

جامعة أحمد دراية - أدرار



كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

المسائل المسكوت عنها في الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري

أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق

تخصص القانون الخاص

الأستاذ المشرف:

أ.د/ منصور المبروك

إعداد الطالب:

عماد شريفي

لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة أدرار	أستاذ التعليم العالي	أ.د/ مسعودي يوسف
مشرفا ومقررا	جامعة أدرار	أستاذ التعليم العالي	أ.د/ منصور المبروك
مناقشا	جامعة أدرار	أستاذ التعليم العالي	أ.د/ بن عومر محمد الصالح
مناقشا	جامعة غليزان	أستاذ محاضر - أ	د/ عيساوي عبد النور
مناقشا	جامعة غليزان	أستاذ محاضر - أ	د/ زقاي بغشام
مناقشا	المركز الجامعي النعامة	أستاذ محاضر - أ	د/ عماري نور الدين

السنة الجامعية: 2020-2021

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



يقول العماد الأصفهاني :

إني رأيت أنه ما كتب أحدُهم في يومه كتاباً إلا قال في غده ،
لو غير هذا لكان أحسن ولو زيد ذلك لكان يُستحسن ، ولو قدّم هذا لكان أفضل ، ولو ترك
ذلك لكان أجمل ،

وهذا من أعظم العبر ، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر.



شُكْرُ وَعِرْفَانٌ

www.arbfonts.com

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين نبينا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين.

لله الحمد كله والشكر كله أن وفقني وأهمني الصبر على المشاق التي واجهتني لإنجاز هذا العمل.

أما بعد: أنني أوجه وافر الثناء والتوقير والعرفان بالجميل إلى أستاذي : أ.د المبروك منصوري الذي منحني الكثير من وقته، وكان لرحابة صدره وسمو خلقه المميز في متابعة الأطروحة أكبر الأثر في إتمام هذا العمل، أسأل الله العلي العظيم أن يجازيه عني خير الجزاء.

ويدعوني واجب الوفاء والعرفان بالجميل، أن أترحم على أستاذي المرحوم: أ.د مبروك المصري الذي رافقني في بداية عملي وكان لي خير موجه، فصدقا لم أعرف من أي أبواب الثناء أدخل، وبأي أبيات القصيد أعبّر عن عرفاني وامتناني له على كل ما قدمه لي، أسأل الله العظيم أن يغفر له ويرحمه، ويسكنه فسيح الجنان، آمين.

كما لا يفوتني أن أتقدم بشكري لرفيقي وصديقي وأخي زكرياء مجول على مساعدته لي تلبية لنداء الأخوة، فلك مني صديقي كل الود والاحترام.

وأتشرف بتقديم جزيل الشكر لأعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مراجعة هذا العمل وتصويبه .

إِهْدَاءٌ

www.arbfonts.com

أهدي ثمرة عملي هذا إلى
حبيبي وقرّة عيني رسول الله صلى الله عليه وسلم
وإلى والدي الكريمين، وإلى زوجتي وأولادي، وكل من ساعدني في إنجازه،
كما أهدي هذا العمل إلى روح أستاذاي ومشرفي السابق : الأستاذا الدكتور مبروك المصري
رحمه الله،
إلى روح كل من : عمي الأمين شريقي، وصهري العروسي قاسمي، وأختي سميرة رحمهم الله.
إلى كل الأهل والأصدقاء كل واحد باسمه.
إلى كل محب للعلم والشرفاء في هذا العالم،
إلى فلسطين الحبيبة، والأقصى المبارك فك الله أسره أمين.

عماد

* قائمة المختصرات *

ج ر: الجريدة الرسمية .

د.ط: دون طبعة.

ط: الطبعة.

ص : الصفحة.

ج: الجزء.

ع: عدد.

د.م: دون مكان نشر.

د.ت: دون تاريخ نشر.

د.ن: دون ناشر.

مج: مجلد.

ه: هجري.

غ أ ش : غرفة الأحوال الشخصية.

غ ش أ م : غرفة شؤون الأسرة والمواريث.

م ق: المجلة القضائية.

ن ق : نشرة القضاة.

م م ع: مجلة المحكمة العليا الجزائرية.

م.ج ع ق: المجلة الجزائرية للعلوم القانونية.

إ ق: اجتهاد قضائي.

غ ق خ: غرفة القانون الخاص.

مقدمة

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، أما بعد:

خلق الله - سبحانه وتعالى - سيدنا آدم - عليه السلام - وأخرج منه زوجه حواء - عليها السلام، وانحدر النسل الإنساني منهما لحكمة استعمار الأرض، واستمرار النوع البشري، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً﴾⁽¹⁾، ومنذ ذلك العهد بدأت سنة الزواج بين الذكر والأنثى، فكانت أول أسرة نشأت في تاريخ البشرية أسرة آدم وحواء، ومن حينها صار الزواج سبيلاً وحيداً لإنشاء أسرة، ولبقاء النوع البشري. تُعدُّ الأسرة النواة الأولى لبناء المجتمع باعتباره جزءاً أساسياً من منظومة الأمة، وأول عقدة من الناحية التاريخية في شبكة العلاقات التي تتيح للمجتمع أن يؤدي نشاطه المشترك الذي يجري داخل أسرة تقوم على أساس الزواج الذي وضع له الإسلام ضوابطاً وأحكاماً، منها ما جاء مجملاً ومنها ما هو مفصّل في القرآن الكريم، وأردفها بسنة نبوية شريفة زادت بها بياناً وتفصيلاً.

وضعت الشريعة الإسلامية قواعد وأحكاماً لكل من أراد إقامة الرابطة الزوجية، مانحة له حقوقاً ومحمّلة إياه التزامات، إن التزم بها كان الزواج عليه نعمة، وإن حاد عنها تحول إلى نقمة، والهدف من ذلك إيجاد أسرة يسود فيها كل معاني الوفاق والمحبة والتسامح؛ ما جعل الشريعة مصدراً مهماً وأساسياً للقوانين الوضعية الأسرية في البلاد العربية والإسلامية.

انطلاقاً مما سبق، تُعدّ التشريعات الأسرية إطاراً تنظيمياً يُعنى بالأسرة وشؤونها؛ لأنّها تتضمن قواعد قانونية تحلّ المشكلات التي تواجه كيان الأسرة، في كل فيما يتعلق بالزواج وانحلاله وآثارهما، من نفقة، ونسب، وعدة، وحضانة وولاية... وغيرها؛ وعليه نجد أنّ مشرعي قوانين الأسرة يُحاولون جاهدين وضع قواعد ونصوصاً محكمة ومتناسكة ودقيقة، وذلك بصياغتها بلغة قانونية سليمة على نحو واضح ودقيق ومتسلسل، يُكمل بعضها بعضاً؛ الأمر الذي يُسهّل على رجال القانون تطبيق هذه النصوص، والتعامل معها بسلاسة، ومن التشريعات الأسرية في البلاد العربية قانون الأسرة الجزائري الذي جاء مُنظماً لمسائل الزواج وانحلاله.

غداة الاستقلال، واجهت المنظومة القانونية في الجزائر -بوجه عام- وفي الجانب الأسري - بوجه خاص- فراغاً تشريعياً رهيباً؛ ما اضطرّ المشرع الجزائري إلى إصدار قانون يُجيز الاستمرار في العمل بالمنظومة القانونية الفرنسية، وهو القانون (62-57) المؤرخ في (31 ديسمبر 1962) الخاص بتمديد العمل بالتشريعات الفرنسية⁽²⁾، إلا ما كان يضمّ بين طياته موادّ عنصرية أو استعمارية، أو كل ما يمسّ بالحقوق والحريات، إلى غاية صدور قوانين وطنية، وتطبيق هذا المبدأ كان آخر قانون

(1) سورة النساء، الآية 01.

(2) قانون رقم 157/62 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962، والمتضمن المتعلق بتمديد العمل بالقوانين الفرنسية، ج ر عدد 02 الصادرة بتاريخ 11 جانفي 1963.

مقدمة

أصدرته السلطات الاستعمارية في الجانب الأسري هو الأمر (274/59) المؤرخ في (1959/02/04) (1)، الذي كانت نصوصه منحرفة انحرافاً واضحاً عن أحكام الشريعة الإسلامية والأعراف المحلية الجزائرية؛ ما نتج عنه صعوبة في تطبيقه (2)، وبعدها بدأت الدولة الجزائرية تُصدر تباعاً عدداً من القوانين التي تنظم مسائل جزئية في الأحوال الشخصية، وكان ذلك بداية من سنة (1963) بإصدار قانون رقم (63-22) الصادر في (29) جوان (1963) المنظم لسن الزواج وإثبات العلاقة الزوجية (3)، وتالت بعده الأوامر والمراسيم إلى غاية (1971)، فصدر الأمر رقم (65-71) الصادر في (22) سبتمبر (1971) الخاص بإثبات كل زواج غير مسجل في سجلات الحالة المدنية (4)، وبعد هذا القانون صدر الأمر رقم (29-73) الصادر في (05) جويلية (1973) (5)، الذي ألغى العمل بالقانون رقم (62 / 157) المذكور آنفاً، وكل القوانين الفرنسية الداخلية، قاطعاً كل صلة بقوانين المستعمر الفرنسي، في ظلّ الإصدار القانوني الجزائري.

على الرغم من صدور القوانين المذكورة سلفاً؛ ففي أثناء مرحلة الستينيات والسبعينيات بقي القضاء في الجزائر في مسائل الأحوال الشخصية غير متأثر بأي اتجاه، مُطبّقاً لأحكام الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك -رضي الله عنه- مجتهداً في المسائل غير الموجودة في القوانين والمراسيم الصادرة في وقت سابق.

بقي الأمر على حاله إلى غاية سنة (1984)، وهي سنة صدور أول قانون أسرة في الجزائر المستقلة الخاص بالأمر رقم (84-11) الصادر في (09) جوان (1984) المتضمن قانون الأسرة (6)، وقد استمر العمل بهذا التشريع مدة تزيد عن عشرين سنة، أكتشفت في أثناءها العديد من الثغرات القانونية التي استوجبت إعادة النظر في أحكامه بالتعديل، خاصة ما أثارته بعض النصوص القانونية في الجانب التطبيقي من إشكالات عملية على مستوى القضاء جعلت تعديلها أمراً ضرورياً وحتماً.

(1) الأمر رقم 274 / 59 المؤرخ في 1959/02/04، المتعلق بالزواج المبرم في محافظات الجزائر، والوحدات والساورة، قبل أشخاص من الأحوال المدنية المحلية (مترجم)، ج ر للمستعمر الفرنسي، عدد 35 الصادرة في 11 فبراير 1959.

(2) عبد الرحمان هرنان، محطات قانون الأسرة الجزائري، بين الماضي والحاضر، منشورات المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، (د.ط.)، 2012، ص 44.

(3) قانون رقم 63/224 الصادر في 29 جوان 1963، والمتضمن تحديد السن الأدنى للزواج، ج ر عدد 44 الصادرة في 02 جويلية 1963.

(4) الأمر رقم: 65-71 المؤرخ في 22 سبتمبر 1971، يتعلق بإثبات كل زواج لم يكن موضوع عقد محرر أو منسوخ في سجلات الحالة المدنية، ج ر عدد 79 الصادرة في 28 سبتمبر 1971.

(5) الأمر 29-73 المؤرخ في 05 جويلية 1973، يتضمن إلغاء القانون رقم 62-157 المؤرخ في 1962/12/31 والرامي إلى التمديد حتى اشعار آخر، لمفعول التشريع النافذ إلى غاية 31 ديسمبر من سنة 1962. ج ر عدد 62 الصادرة في 03 غشت 1973.

(6) أمر رقم 11-84، مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر، ع 24، الصادرة في 12 رمضان عام 1404 الموافق 12 يونيو سنة 1984.

طلبت جهات بتعديل قانون الأسرة الجزائري مثل بعض الجمعيات النسوية التي عزفت على وتر تحرير المرأة، وذلك بالمطالبة بتعديل بعض النصوص المضمنة في قانون الأسرة على أساس أنها تمس حرية المرأة، وطلبت بالمساواة في مسائل جوهرية مفصول فيها مصدرها الشريعة الإسلامية. عليه بعد أكثر من عشرين سنة من صدور قانون الأسرة وتطبيقه، جاء التعديل المنتظر بالأمر رقم (02-05) المؤرخ في (27) فبراير (2005)⁽¹⁾، الذي حاول المشرع بوساطة أحكامه سد بعض الثغرات القانونية الموجودة في الأمر (11/84)، ومحاولة رفع التعارض بين بعض مواد و بعض القوانين الأخرى؛ ولكن هذا التعديل لم يكن في مستوى التطلعات، بل أحدثت أحكام هذا الأمر اضطراباً من الأساس الشرعي لبعض النصوص، فأصبحت مخالفة للشريعة، ومس الأعراف التي سارت عليها الأسرة الجزائرية أيضاً، وطال الحذف بعض النصوص التي لم تكن سبباً في تعطيل مصالح الناس (كالوكالة مثلاً)، وبقيت كثير من المواد يشوبها الغموض والقصور مع أنها عدلت، ولم تُنظم العديد من المسائل التي طالها السكوت قبل التعديل.

لأن أغلب أحكام قانون الأسرة الجزائري استمدت من الشريعة الإسلامية؛ ما جعلها مصدراً أساسياً له، فكان بذلك قانوناً مستقلاً بذاته من فروع القانون الخاص، ذو طبيعة متميزة عن باقي القوانين الأخرى، خلافاً لتشريعات الدول الأخرى غير الإسلامية التي تخضع موضوعات الأسرة فيها لأحكام القانون المدني؛ لذلك فالمرجعية الشرعية لقانون الأسرة كانت من المفروض أن تجعل منه تشريعاً مُعالجاً لجميع المسائل الأساسية التي تنظم شؤون الأسرة دون استثناء؛ إلا أنه وبالبحث في بعض النصوص المنظمة لمسائل الزواج وانحلاله، نجد أن قانون الأسرة قد سكت وأغفل كثيراً من الجوانب والتفاصيل؛ فصار عائقاً للقضاة في أثناء تطبيقهم لنصوص القانون، ودفع بالمشرع إلى محاولة إيجاد حل لهذا الإشكال بإحالة كل مسألة غير واردة في نصوص قانون الأسرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية بنص المادة (222) من قانون الأسرة الجزائري المعدل التي نصت: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يُرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية»؛ ولكن هذه الإحالة لم تكن حلاً لعديد المسائل المسكوت عنها.

الملاحظ أن الدارس للمادة (222) سابقة الذكر يجد أن إرادة المشرع الجزائري قد اتجهت إلى الانفتاح على كل المذاهب الفقهية والرجوع إلى أحكامها دون استثناء، على عكس بعض القوانين العربية الأخرى التي قيدت قضائها بمذهب معين؛ ومع أن المذهب المالكي هو السائد في الجزائر؛ إلا أن ما يرمي إليه المشرع من هذا التوجه التعددي المذهبي هو تحقيق مقصد من مقاصد الشريعة،

(1) أمر رقم 84-11، مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر، ع 24، الصادرة في 12 رمضان عام 1404 الموافق 12 يونيو سنة 1984، معدّل وامتّم بالأمر رقم 02-05، مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، ج ر عدد 15 صادر في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005.

وهو التيسير على الناس وتحقيقاً لمصلحة الأسرة، شريطة ألا يخالف حكم القاضي المُجتهِد فيه ما قرّرتَه الشريعة الإسلامية؛ ولكن من وجهة نظر أخرى، نجد أنّ الإحالة المطلقة دون التقيّد بمذهب معيّن قد أثارت كثيراً من الاختلافات في الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا، والأمر نفسه في قرارات المحاكم والمجالس القضائية؛ ما أنجر عنه إشكالات عمليّة على مستوى التطبيق القضائي.

اليوم، وبعد أكثر من ستّة عشر (16) سنة من التّعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري، أصبحت جهات مختلفة تدعو إلى ضرورة إعادة النّظر في فحوى بعض النّصوص القانونيّة الخاصّة بتنظيم مسائل جوهرية تمسّ كيان الأسرة، على أن يكون هذا التّعديل يمسّ قواعد اجتهادية ظنيّة المصدر وقابلة للتغيير بتغيير الأزمنة والأمكنة، دون المساس بنصوصٍ قطعيّة الثبوت والدلالة أو نصوص يحدث تعديلها مساساً بالنظام العام؛ لذلك فالتّعديل الذي يستجيب لتطلّعات فقهاء القانون والباحثين وعامة الناس، وجب أن ينظر فيه أهل الاختصاص من فقهاء الشريعة الإسلامية والتّخبة من أساتذة الشريعة وقانون الأسرة، آخذين في الاعتبار ما توصّلت إليه الأبحاث والأعمال الأكاديمية في هذا المجال من نتائج، وما يصدر عن مختلف الملتقيات والندوات العلميّة من توصيات واقتراحات، واضعين نصب أعينهم الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا كمكمل لما سكت عنه قانون الأسرة، وهذا نظراً لما تحويه من أحكام تصلح أن تكون نصوصاً قانونيّة.

مع أنّ قانون الأسرة الجزائري حديثٌ باعتباره من التّشريعات الصّادرة أخيراً مُقابلَةً بالدول العربيّة؛ إلا أنّ هناك مسائل لم تجد الاهتمام التّشريعي، فلم يستفد من التّشريعات الأسريّة للبلاد العربيّة التي حوت مسائل لم يذكرها ضمن طياته؛ إلا أنّ قانون الأسرة غفل عنها وتحاشاها وسكت عنها، فكان ذلك دافعاً أكاديمياً إلى البحث في هذا الموضوع، الذي يجد إجابات للإشكالات المثارة بشأن ما سكت عنه القانون فجاءت الدّراسة معنونة بـ "المسائل المسكوت عنها في الزواج وانهلاله في قانون الأسرة الجزائري"، وركّز البحث على بعض المسائل التي سكت عنها التّشريع الجزائري في مجال الأحوال الشّخصيّة وتخصّص قيام الرّابطة الزوجية وانهلالها، نظراً لكثرة المسائل التّفصيليّة في الجانب الفقهي وما يُقابلها في الجانب الآخر من النّاحية القانونيّة.

في هذا الصّدّد استُبعِدَت بعض المسائل لأنّها مسائل قطعيّة الثبوت والدلالة لا مجال للاجتهاد فيها، التي وردت ضمن قانون الأسرة الجزائري في نصوص واضحة لا تحتاج إلى بيان أو اجتهاد، أمّا ما سكت عنه القانون من مسائل اجتهادية فكانت محلّ بحثٍ وتبيان، استعاناً بما ورد في الفقه الإسلامي من أحكام، وما أوردته القوانين المقارنة، واستدلالاً بآخر ما نشرته المحكمة العليا من اجتهادات قضائيّة، متوصّلاً بذلك إلى حلولٍ قانونيّة مُتضمّنة ما سكت عنه قانون الأسرة الجزائري.

لا ريب في أنّ واضعي القوانين يبذلون جهداً لضمان شمولها لمعالجة كلّ المسائل ومراقبة سلامة نصوصها وأحكامها، فلا نجد قانوناً متكاملًا يخلو من النقص أو القصور، وهو الحال لدى المشرّع الجزائري عند صياغته لنصوص قانون الأسرة (11/84) المؤرخ في (09/06/1984)، المعدّل بالأمر (02/05) في (27/02/2005)، الذي حاول إخراج كقانون يُعالج معظم المسائل الخاصّة بالأسرة بعيداً عن كلّ ما يمكن أن يعترض نصوصه من غموض أو نقص أو سكوت، وبعد الدّراسة المعمّقة والتّمحيص لقواعد هذا القانون تبين أنّه يوجد كثيرٌ من الثّغرات والمسائل التي أغفلها، فتوصّلت إلى نتيجة مفادها هي تصنيف المسائل وتسميتها التي لم يذكرها قانون الأسرة الجزائري بمسائل «مسكوت عنها»، واضعاً «كتاب الزّواج وانحلاله» من قانون الأسرة الجزائري في ميزان البحث بهدف الوصول إلى نتائج تُسهم في رفع اللبس عن كلّ مسألةٍ مغفلة فيه.

أهميّة موضوع هذه الدّراسة في القاعدة القانونيّة، كمعيارٍ لقياس الاحتياجات الفعلية للمجتمع التي تجعل سلوك أفرادها أكثر تنظيمًا؛ إذ يجب أن تتضمّن هذه القاعدة حلولاً للمشكلات التي تقف في وجه المجتمع، وإلاّ أضحت دون فائدة، فكانت الحاجة ملحةً لوضع قوانين دقيقة وشاملة للتغلب على ما يطرأ من مشكلاتٍ مستحدثة، ومَعَ محاولة المشرّعين تجنّب الخطأ والنقصان والإغفال عند وضعهم لقانون الأسرة الجزائري -وهذا أمر مستحيل- إلاّ أنّه قد سجّلت عنه ملاحظات كثيرة، منها مسائل لم يعالجها أو عالجها بنصوصٍ مقتضبة لا تؤدّي إلى حلّ الإشكال؛ ما دفعني لدراسته موضوع «المسكوت عنه» محاولاً الكشف عن خباياه، بإمالة اللّثام عن المواطن التي سكت عنها قانون الأسرة الجزائري، مسترشداً باجتهادات الفقهاء المسلمين، وبما ورد من أحكام في القواعد القانونيّة لقوانين الأحوال الشّخصيّة للبلاد العربيّة، وبعض القوانين الأجنبيّة، إضافةً إلى الاستشهاد بالاجتهادات القضائيّة للمحكمة العُليا الجزائريّة، وبعض قرارات محاكم النّقض في الدّول العربيّة.

تبعاً لأهميّة هذه الدّراسة يمكن اختصار ما ترمي إليه وتستهدفه في الآتي:

- تبيان المسائل المسكوت عنها في قانون الأسرة الجزائري، بغية تنوير الباحثين وواضعي القوانين وتبصيرهم بمواضع السّكوت في مسائل، ومسائل أخرى لم ترد أصلاً، فهذه الدّراسة تُعدّ اجتهاداً وإسهاماً لإعادة بناء تشريع أسري خال من الثّغرات في التّعديلات المُقبلة.
- الوقوف على ما سارت عليه التّشريعات الأسريّة المقارنة في النّصوص التي سكت عنها قانون الأسرة الجزائري، واسقاطها عليه استفادة منها في وضع نصوصٍ متكاملة غير مهملة لأيّ جانب.
- الكشف عن دور الاجتهاد القضائي في استكمال ما سكت عنه قانون الأسرة الجزائري، نتيجة نشوء بعض المشكلات العمليّة بسبب السّكوت التّشريعي، والسماح للمشرّع من الاستفادة من الاجتهادات وتدارك الثّغرات مستقبلاً بإنشاء نظامٍ قانونيّ أسريّ متكامل.

مقدمة

- العمل على إبراز القوة التشريعية والشرعية التي تكتسبها أحكام قانون الأسرة الجزائري؛ ما يسهم في تعزيز المراكز القانونية لأطراف العلاقة الزوجية سواء عند تكوينها أو بعد إنهاؤها، بالنظر في واقع المجتمع وما يطرأ عليه من أحداثٍ تخلّ - بلا شك- في قيم التكافل والتسامح داخل الأسرة ومن ثمّ المجتمع.

- اقتراح نصوص قانونية لمسائل مسكوت عنها، تُسهم في إرساء منظومة قانونية أُسرّية متكاملة، تكفل حماية كافية لطرفي العلاقة الزوجية وثمرتهما، وتُسهم في توطيد أواصر التعاون من أجل الحفاظ على الأسرة في ظلّ المخاطر المحيطة بها.

- تقديم مثل هذه الدراسات لأقسام البحث العلمي في مجال التشريع الأُسري، تيسيرًا على الباحثين للاستفادة منها، واعتماد نتائجها لبحوث جديدة.

يتقيّد مجال دراسة بحث المسائل المسكوت عنها في الزّواج وانحلاله بثلاث حدود:

حدًا مكانيًا متمثلاً في مجال تطبيق قانون الأسرة الجزائري داخل حدود الجزائر الإقليمية، بواسطة إصدار المشرّع الجزائري لتشريعات أُسرّية تكفل حماية الأسرة والمجتمع، وخارج الحدود وفق قواعد تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية والمنصوص عنها في القانون المدني الجزائري⁽¹⁾.

أمّا حدّ الدّراسة الزّمني فهي مرحلة ما بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري (11/84) بالأمر (02/05) المؤرّخ في (27) فبراير (2005)، وما أُضيف له من نصوصٍ تنظيمية تشرّح بعضًا ممّا جاء في مضمونه من طريق إقرار الفحص الطّبي قبل الزّواج تطبيقًا لنصّ المادّة (07) مكرّر من قانون الأسرة والمتضمنة شروط عقد الزّواج الشكليّة، التي على إثر تعديل قانون الأسرة أصدر المشرّع المرسوم التنفيذي رقم (154/06) المؤرّخ في (11/05/2006)، المتضمن شروط وكيفيات تطبيق المادّة 07 مكرر من قانون الأسرة⁽²⁾، فاتّضحت إرادة المشرّع في إضفاء مرونة وتطوّر في التشريع مواكبة لما هو حاصل على المستوى الإقليمي من تعديلاتٍ مسّت القوانين المقارنة، وتماشياً مع توصيات الاتفاقيات الدوليّة حيث صادقت الجزائر على عدّة اتفاقيات منها الاتفاقية الدوليّة للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة⁽³⁾.

(1) الأمر رقم 58-75، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر، عدد 78 صادر في 24 رمضان عام 1395 الموافق 30 سبتمبر سنة 1975، معدّل ومتمّم.

(2) مرسوم تنفيذي رقم 154/06 المؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1427 الموافق 11 مايو 2006 يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج ر عدد 31 الصادرة في 16 ربيع الثاني عام 1427 الموافق 14 مايو سنة 2006.

(3) اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، أو "سيداو" CEDAW وهي اتفاقية دولية تم اعتمادها من الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18 ديسمبر 1979، ودخلت حيز النفاذ في 03 سبتمبر 1981. متاحة على موقع الأمم المتحدة:

<https://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx>

أما حدّ الدّراسة الموضوعي ظهر في البحث والتّقصّي وراء المسائل المسكوت عنها في الزّواج وآثاره، متطرّقاً لما سكت عنه قانون الأسرة الجزائري في مقدّمات الزّواج المتمثّلة في الخطبة وأحكامها، وما سكت عنه في مقوّمات عقد الزّواج من تفاصيل في ركن الرّضا، وذلك لحساسيّته وارتباطه ببعض المسائل المسكوت عنها، أمّا الشّروط فتطرّقت لها مركزاً على شرطي الأهليّة والصّدق لما فيهما من تفاصيل كثيرة مسكوت عنها، أمّا في آثار عقد الزّواج وقع اختياري على مسألتين هما حقوق الزّوجين والنّفقة، لخطورة ما تحتويانه من مسائل تمسّ مصلحة الأسرة وأفرادها، وما وقع عليه اختياري في انحلال الزّواج كان مسائل مهمّة أثارت إشكالاتٍ عمليّة استوجبت الدّراسة والبحث متمثّلة في شروط الطّلاق والتّطليق للشّقاق ومسائل في الخلع، أمّا في آثار الفرقة فكانت العدّة وما فيها من مسائل كثيرة مسكوت عنها، إضافةً إلى أحكام الحضانة لخطورتها واحتوائها على مسائل مسكوت عنها؛ ومن ثمّ فمجال الدّراسة مسّ مسائل ذات أهميّة تفاصيلها تحتاج إلى بيان، أمّا ما استبعدته في دراستي فكلّ مسألةٍ قطعيّة الثّبوت والدّلالة أو مسألة لم تكن ذات أهميّة، أو أنّ قانون الأسرة فصلّها وأوسعها تحليلاً وعليه لا تحتاج إلى تدقيق.

مع وجود دراسات عديدة تعنى بقضايا الأسرة وما ينظّم مسائلها في القانون؛ إلاّ أنّه ومن خلال بحثي على ما له علاقة بموضوع دراستي لم أجد -بحسب علمي- دراسةً أكاديميّةً تطابق عنوان دراستي: المسائل المسكوت عنها في الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، مع وجود دراسات قريبة الصّلة تناولت جزئياً الموضوع من زوايا أخرى، أهمّها:

- أطروحة دكتوراه للطّالب محفوظ بن صغير بعنوان: «الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري»، جامعة باتنة، قسم الشّريعة، تخصصّ فقه وأصوله، نوقشت سنة (2009)، تطرّق فيها الباحث للاجتهاد القضائي وذلك ببيان أصوله وضوابطه في الفقه الإسلامي وعلاقته بنظام الأسرة وتطبيقاته فيه، ومدى خضوع الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة لنفس شروط الاجتهاد العام في الفقه الإسلامي التي وضعها علماء الأصول، مُركّزاً فيها على المواد المعدّلة في قانون الأسرة بالأمر (02/05) المؤرّخ في (2005/02/27)، وتناولت هذه الدراسة تبيان مدى توافق ما جاء به قانون الأسرة من أحكام وما استقرّت عن القضاء من مبادئ، مع ما هو مقرر في مبادئ الشّريعة الإسلاميّة، وقد أشارت الدراسة إلى بعض المسائل التي غفل عنها قانون الأسرة.

- مذكرة ماجستير للطّالب إسماعيل شيخ بعنوان «الإشكالات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري»، جامعة وهران، قسم العلوم الإسلاميّة، نُوقشت سنة (2013)، تكلم فيها

ووقعت عليها الجزائر في سنة 1996 مع تحفظات. مرسوم رئاسي رقم 03/96 المؤرّخ في 19 شعبان عام 1416 الموافق 10 جانفي 1996 يتضمن الموافقة مع التحفظ على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، ج ر عدد 3 الصادرة في 23 شعبان عام 1416 الموافق 14 يناير سنة 1996.

الباحث عن الإشكالات العملية الواردة في تطبيق المادة (222) من قانون الأسرة الجزائري، والاختلافات القضائية الناتجة عن اعتماد القضاة لمختلف المذاهب، مع عرض بعض التطبيقات من قانون الأسرة الجزائري.

- أطروحة دكتوراه للطالب لعلی سعادي بعنوان «الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري-دراسة مقارنة-»، جامعة الجزائر1، قسم العلوم الإسلامية، نُوقشت سنة (2015)، الدراسة التي قام بها الباحث تطرقت لمسائل في الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بالفقه الإسلامي، حيث استفاد الباحث في معالجة قواعد قانون الأسرة عرضاً وتحليلاً، ولم يُعدم البحث من الإشارة لبعض المسائل التي اغفلها القانون.

وتماشياً مع دراستنا هذه مع الدراسات السابقة في بعض الجزئيات المتعلقة بالجانب المفاهيمي الفقهي لبعض المسائل، وتختلف عنها من حيث أنها تتضمن مسائل لم يسبق دراستها.

وتميّزت دراستنا هذه -بحسب علي-كونها من الدراسات المستجدة التي احتوت على المسكوت عنه كوصف للمسائل التي لم يذكرها ولم يحتويها قانون الأسرة الجزائري، حاولت من خلالها جمع العديد من المسائل المسكوت عنها في بحث واحد، حتى يسهل الرجوع إليها من طرف الباحثين والمختصين في شؤون الأسرة، كما تميّزت الدراسة أيضاً بتبيان واستنباط سبب سكوت قانون الأسرة الجزائري عن هذه المسائل مع اقتراح حلول لها، وإبراز توجهات قرارات المحكمة العليا حيال ذلك، ثم مقابلة ومقارنة ما سكت عنه القانون بما جاء في قوانين الأسرة للبلاد العربية والأجنبية.

أمّا أسباب اختياري لهذا الموضوع فتتمثل في ميلي الشخصي للبحث في المسائل التي لم يتناولها المشرع الجزائري بالتنظيم وسكت عنها قانون الأسرة، فقررت خوض غمار هذا الموضوع للكشف عن الأسباب التي أدت بالقانون إلى السكوت عن تلك المسائل ومقترحا حلولاً لذلك.

ومن نافلة القول أن كل باحث لابد من أن تعترض طريق بحثه صعوبات، أذكر منها:

- اتّسع موضوع البحث وتشعبه ما يصعب حصره والإمام بكلّ تفاصيله؛ كونه يحتوي على كثيرٍ من المسائل الفرعية والتفصيلية التي تحتاج إلى كثيرٍ من الوقت والجهد، للكشف عنها ومعالجتها.

- صعوبة التنقل للحصول على بعض المراجع في جامعات أخرى، في ظلّ الأوضاع الاستثنائية التي فرضها انتشار وباء كورونا.

مما لا شكّ فيه أنّ الفراغ التشريعي الذي يُعاني منه قانون الأسرة الجزائري، قد أحدث قلقاً داخل الدوائر القانونية والقضائية، وتكرّر التساؤل عن كيفية مواجهة التحدّيات التي تكتنف الحياة

الأسرية في ظلّ هذا الفراغ، فأصبحت إعادة النّظر في النّظام التّشريعيّ الأسريّ ضرورة وحتميّة قانونيّة لمواكبة التّطور الذي غير أنماط حياتنا الإنسانيّة، والسّؤال الذي يطرح في هذا البحث هو:

هل استطاع قانون الأسرة الجزائريّ حلّ المشكلات المستجدّة في ظلّ عدم تعرّضه وسكوته عن الكثير من المسائل المتعلقة بالزّواج وانحلاله؟

يتفرع عن هذه الإشكاليّة -على سبيل التّوضيح- أسئلة فرعيّة تتمثل في:

-ما الدّلالة اللفظيّة للمسكوت عنه؟ وهل يمكن أن يكون مفهوم المسكوت عنه لدى فقهاء الشّريعة هو نفسه الوارد في القانون؟

-هل سكوت قانون الأسرة عن بعض المسائل في تكوين عقد الزّواج وإنشائه فيه مساس بشريّة عقد الزّواج؟

-ما سبب توجّه المشرّع نحو إلغاء حقوق كلا الزوجين وضّمهما في نصّ واحد، الذي انبثقت عنه مسائل جوهريّة مسكوت عنها؟

-هل تطرق قانون الأسرة لمسقطات التّفقة وهي من المسائل المهمّة في أثناء تنظيمه للتّفقة كأثر من آثار عقد الزّواج؟

-ما سبب سكوت قانون الأسرة الجزائريّ عن شروط المطلق والمطلّقة؟

-لماذا لم يعط قانون الأسرة الجزائريّ اهتمامًا كافيًا بتفاصيل التّطليق للشّقاق مع أهميّته ضمن أسباب التّطليق المذكورة في المادّة (53) منه؟

-لماذا سكت قانون الأسرة عن بعض المسائل في عدّة الفرقة والوفاة؟

-هل وُقِّق قانون الأسرة في الإمام بكلّ أحكام حضانة الولد؟ وما سبب سكوته عن أحكام الزيارة مع أنّها مسألة ذات أهميّة تضرّ بمصلحة المحضون؟

-هل من أسباب سكوت قانون الأسرة عن بعض المسائل هو إحالتها إلى الشّريعة الإسلاميّة أو القواعد العامّة أو العرف؟

- هل استطاع الاجتهاد القضائيّ سدّ الفراغ الملحوظ في قانون الأسرة؟

إنّ معالجة موضوع هذا البحث تطلّبت منّا الاستعانة بالمنهج الاستقرائيّ، بوساطة تبيان كلّ من: مفهوم، وشروط، وخصائص كلّ مسألة سكت عنها القانون، واقتفاء أثر كلّ مسألة ذات صلة بالموضوع، باستقراء ما قاله الفقهاء واجتهدوا فيه، مع نقله ووضعه في ميزان البحث للاستدلال به إثباتًا لصحّة الاستنتاجات ومعقوليّتها، واستعنّت بالمنهج التحليليّ أيضًا لعرض ما ورد في الآراء الفقهيّة

والنصوص القانونية وقرارات المحكمة العليا الخاصة بموضوع هذا البحث وتحليلها، مع استنباط الأحكام منها للوصول إلى مواضع السكوت.

لأنّ المنهج المقارن أنسب المناهج لمعالجة مثل هذه الموضوعات؛ وذلك بعرض المسألة واتباعها بمختلف آراء المذاهب الفقهية وأدلتها، ثمّ مقابلتها بالجانب القانوني كشفاً لمواطن سكوت قانون الأسرة الجزائري، ثمّ مقابلة المسألة ببعض قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية والأجنبية التي عالجت المسألة نفسها، مع إبداء رأي الشراح إن وُجد.

إماماً بكلّ جوانب الدّراسة في المسائل المسكوت عنها في الزّواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، وعرض ما اتّصل بها من أفكار، ثمّ الإجابة عن الإشكالية الرئيسية وما رافق ذلك من أسئلة فرعية انبثقت عنها؛ جاءت خطة الدّراسة مقسّمة إلى بايين. خُصّصَ الباب الأوّل للمسائل المسكوت عنها في الزّواج وآثاره، فتعرضنا في الفصل الأوّل إلى المسائل المسكوت عنها في الزّواج، تطرّقت فيه إلى الدّلالة اللفظية للمسكوت عنه في الفقه والقانون في مبحثٍ أوّل، وإلى المسكوت عنه في تعريف الزّواج ومقدّماته في مبحثٍ ثانٍ، والمسكوت عنه في تكوين عقد الزّواج وإنشائه في مبحثٍ ثالث؛ في حين تناولت في الفصل الثاني المسائل المسكوت عنها في آثار الزّواج، تعرضت فيه للمسكوت عنه في حقوق الزوجين في مبحثٍ أوّل، والمسكوت عنه في التّفقة الزوجية في مبحثٍ ثانٍ.

ثمّ تطرقت في الباب الثاني من هذه الدّراسة إلى المسائل المسكوت عنها في انحلال الزّواج وآثاره، فتعرضت في الفصل الأوّل منه إلى المسائل المسكوت عنها في انحلال الزّواج، وتطرّقت فيه إلى المسائل المسكوت عنها في الطّلاق في مبحثٍ أوّل، ثمّ إلى المسكوت عنه في التّطليق والخلع في مبحثٍ ثانٍ؛ في حين تناولت في الفصل الثاني المسائل المسكوت عنها في آثار انحلال الزّواج، فدرستُ فيه المسكوت عنه في العدة في مبحثٍ أوّل، ثمّ المسكوت عنه في الحضانة في مبحثٍ ثانٍ، ثمّ إلى خاتمة تضمّنت النتائج والاقتراحات المهمّة.

الباب الأول

المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

الباب الأول

المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

عند صدور قانون الأسرة الجزائري، حاول المشرع تلافي الكثير من النقائص للخروج به كقانون متكامل معالجا لكل المسائل المتعلقة بالأسرة، ورغم ذلك لا يمكن للقانون تحمل جميع المسائل التفصيلية بين طياته، والتي فصل فيها الفقهاء باختلاف مذاهبهم ومشاربهم، بحكم أن الشريعة الإسلامية من مصادر قانون الأسرة، ولتجنب النقصان والسكوت في مسائل عدة عمد المقتن إلى وضع نص قانوني يكون هو الأصل في استكمال كل نقص أو سكوت أو غموض يشوب مسألة من المسائل، وذلك بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية، والمعني بذلك المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، التي كان انفتاحها على كل المذاهب الفقهية متسببا في إشكاليات منشأها اختلاف الأحكام القضائية باختلاف الآراء الفقهية، وبالرغم من تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، إلا أن القانون ظل ساكنا عن مسائل عديدة تحتاج إلى تبيان وتفصيل تخص الزواج وآثاره، وهو ما ارتأيت أن أتطرق إليه في هذا الباب من خلال الفصلين التاليين:

الفصل الأول: المسائل المسكوت عنها في الزواج.

الفصل الثاني: المسائل المسكوت عنها في آثار الزواج.

الفصل الأول

المسائل المسكوت عنها في الزواج

الفصل الأول

المسائل المسكوت عنها في الزواج

حاول المشرع خلال وضعه لقواعد قانون الأسرة، والمتعلقة بانعقاد عقد الزواج وضع عديد الشروط والضوابط حماية له، كونه ميثاق غليظ بالتعبير القرآني، وهو يعبر عن رباط رضائي دائم بين رجل وامرأة على الوجه المشروع يهدف إلى إنشاء أسرة قوامها المودة والرحمة، وتحقيق الإحصان بين الزوجين ابتعادا عن كل العلاقات المشبوهة المفضية للسفاح وغيره على حد تعبير المادة الرابعة من قانون الأسرة، وبالرغم من ذلك كله إلا أن المشرع حال صياغته أو تعديله لتقنين الأسرة سكت وأغفل مسائل جوهرية وأخرى تفصيلية التي تضبط جوانب عقد الزواج فتجعله أكثر متانة وأشد ترابطا، سواء في مقدماته حال الخطبة أو خلال بناء أسسه وقواعده حال انعقاده.

وسأستعرض في هذا الفصل الدلالة اللفظية للمسكوت عنه من تعريف لغوي واصطلاحي وقانوني، وتوضيح ما هو المسكوت عنه في قانون الأسرة، ودور قرارات المحكمة العليا في استكمال ما سكت عنه القانون، ثم أتناول بعض المسائل التي سكت عنها قانون الأسرة الجزائري في مقدمات الزواج(الخطبة)، وبعض المسائل في مقومات الزواج، مركزا على المسائل المهمة ومستبعدا لبعض المسائل كون السكوت عنها لاعتبارها من قبيل الجزئيات التي لا يمكن للقانون احتوائها فكان لابد من تجاهلها وعدم ذكرها.

وعليه قسمت هذا الفصل إلى المباحث التالية:

المبحث الأول: الدلالة اللفظية للمسكوت عنه في الفقه والقانون.

المبحث الثاني: المسكوت عنه في مقدمات الزواج (الخطبة).

المبحث الثالث: المسكوت عنه في تكوين عقد الزواج وإنشائه.

المبحث الأول: الدلالة اللفظية للمسكوت عنه في الفقه والقانون

إن البحث في الدلالة اللفظية للمسكوت عنه تستوجب تعريف مصطلح "المسكوت" عند فقهاء اللغة والتعريف الاصطلاحي له، ثم التعريف القانوني وذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: التعريف اللغوي لمصطلح المسكوت

ويعرف المسكوت كونه اسم مفعول من فعل سَكَتَ، وَسَكَتَ، ويعرف السَكَتُ: السُّكُوتُ⁽¹⁾.

- يقول ابن فارس: السِّينُ وَالْكَافُ وَالتَّاءُ يَدُلُّ عَلَى خِلَافِ الْكَلَامِ⁽²⁾.

- ويأتي بمعنى قطع الكلام والسَكَتُ والسُّكُوتُ: خِلافُ النُّطْقِ، وَيُقَالُ: "تَكَلَّمَ الرَّجُلُ ثُمَّ سَكَتَ، بِغَيْرِ أَلْفٍ، فَإِذَا انْقَطَعَ كَلَامُهُ فَلَمْ يَتَكَلَّمْ"⁽³⁾، وَرَجُلٌ سَكَّيْتُ بِالْكَسْرِ وَالتَّثْقِيلِ كَثِيرُ السُّكُوتِ⁽⁴⁾.

- ومعنى سَكَتَ: تَعَمَدَ السُّكُوتُ أَوْ الْإِعْرَاضُ⁽⁵⁾.

- ويأتي بمعنى الموت يقول الفيروز آبادي: وَسَكَتَ مَعْنَاهُ مَاتَ⁽⁶⁾.

- وقد يأتي اللفظ على المجاز⁽⁷⁾ بمعنى السكون، فيقال ضربته حتى أسكت حركته، وسكت عنه الغضب والحزن، كما في قوله تعالى ﴿وَلَمَّا سَكَتَ عَنْ مُوسَى الْغَضَبُ﴾⁽⁸⁾.

ويفهم كذلك من السكوت أنه ضد الكلام والنطق ومرادف للصمت⁽⁹⁾، والصمت أبلغ من السكوت، لأنه قد يستخدم لمن لا قدرة له على النطق، ولذا أطلق على كل ما لا نطق له: الصامت

(1) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط8، 2005، ص153.

(2) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، (د.م.)، (د.ط.)، 1979، ج3، ص89.

(3) ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، ط3، 1993، ج2، ص43. مسعود جبران، معجم الرائد، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط7، 1992، ص445.

(4) الفيومي، المصباح المنير، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، (د.ط.)، (د.ت.)، ج1، ص281.

(5) ابن سيده، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق عبد الحميد هندواي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2000، ج6، ص704.

(6) الفيروز آبادي، المرجع السابق، ص153. والسكت الذي يفيد الموت ما جاء في حديث معاذ بن مالك الذي أقيم عليه حد الزنا، أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، حديث رقم1694 تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية: فيصل عيسى البابي الحلبي، القاهرة، مصر (وصورتها: دار إحياء التراث العربي - بيروت، لبنان) (د.ط.)، (د.ت.)، ج3، ص1320.

(7) الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، تحقيق صفوان عدنان الداودي، دار القلم، الدار الشامية، دمشق، بيروت، ط1، 1991، ص416. الزمخشري، أساس البلاغة، تحقيق محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1998، ج1، ص465.

(8) سورة الأعراف، الآية 154.

(9) فرّق بعض العلماء بين السكوت والصمت وبينوا الفرق بينهما: -أَنَّ السُّكُوتَ هُوَ: "تَرَكَ التَّكَلَّمَ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ، وَهَذَا الْقَيْدُ الْأَخِيرُ يَفَارِقُ الصَّمْتَ؛ فَإِنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى التَّكَلَّمَ غَيْرُ مَعْتَبَرَةٍ فِيهِ- كَمَا أَنَّ الصَّمْتَ يَرَاعَى فِيهِ الطُّوْلُ النَّسْبِيَّ فَمَنْ ضَمَّ شَفْتَيْهِ أَنَا يَكُونُ سَاكِتًا وَلَا يَكُونُ صَامِتًا إِلَّا إِذَا طَالَتْ مَدَّةُ الضَّمِّ- السُّكُوتُ إِسْمَاكٌ عَنِ الْكَلَامِ حَقًّا كَانَ أَوْ بَاطِلًا، أَمَّا الصَّمْتُ فَهُوَ إِسْمَاكٌ عَنِ قَوْلِ الْبَاطِلِ دُونَ الْحَقِّ". عدد من المختصين، نظرة النعيم في مكارم أخلاق الرسول الكريم - صلى الله عليه وسلم، إشراف صالح بن عبد الله بن حميد، دار الوسيلة،

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

والمصمت أما السكوت فيطلق على من له نُطق⁽¹⁾، يقول الجرجاني في السكوت: هو ترك التكلم مع القدرة عليه⁽²⁾.

ومن خلال ما سبق يتبين أن المعنى اللغوي للسكوت هو الصمت والامتناع عن الكلام وتجنبه بشكل مقصود أو عن غير قصد.

المطلب الثاني: التعريف الاصطلاحي لمصطلح المسكوت

مصطلح "المسكوت" من مصدر سكت والسكوت كما أسلفنا، وله معنيين عام وخاص⁽³⁾:

فالمعنى العام هو الصمت والامتناع عن الكلام، عكس الكلام هو تبيان وإظهار، وهو نفسه المعنى اللغوي، أما المعنى الخاص فهو يقصد به السكوت في مواضع معينة مثل التعبير عن الإرادة في العقود والسكوت نوعان: سكوت مكلف وسكوت مشرّع⁽⁴⁾:

- سكوت المكلف: وهو سكوت صادر عن المكلفين المخاطبين بالحكم، وهو الشخص الذي يتعلق به خطاب الشارع والموجه له (وهذا السكوت لا يعنينا وخارج إطار دراستنا هذه).

- سكوت المشرّع: أو ما يسمى بالسكوت التشريعي، وهو السكوت الصادر عن الله سبحانه وتعالى، لحكمة منه، أو هو "السكوت عن إيراد الحكم الشرعي بالنسبة لبعض المسائل، أي إعراض المشرع عن إيراد الحكم الشرعي للمسألة المسكوت عنها"⁽⁵⁾، والمسكوت عنه في الشرع هو ما لم يرد بخصوصه نص، عكس المنطوق به، وهو ما يسمى عند الأصوليين بالمفهوم⁽⁶⁾، الذي هو ما دل عليه اللفظ لا في محل النطق، وبعبارة أخرى هو دلالة اللفظ على حكم شيء لم يذكر في الكلام، أو هو إثبات نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه⁽⁷⁾، وينقسم المفهوم عندهم إلى قسمين مفهوم موافقة ومفهوم مخالفة، فأما مفهوم الموافقة فيعرّف على أنه ما دلّ به اللفظ يثبت حكم المنطوق به للمسكوت

جدة، المملكة العربية السعودية، ط1، 1998، ج7، ص2634.

(1) الزبيدي، تاج العروس، تحقيق إبراهيم التريزي، مطبعة حكومة الكويت، الكويت، (د.ط.)، 1972، ج4، ص559.

(2) الجرجاني، التعريفات، دار الكتب العلمية بيروت-لبنان، بيروت، لبنان، ط1، 1983، ص120.

(3) رمزي محمد علي دراز، السكوت وأثره على الأحكام في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، (د.ط.)، 2017، ص ص49-50.

(4) رمزي محمد علي دراز، المرجع السابق، ص78 وما يليها.

(5) رمزي محمد علي دراز، نفس المرجع، ص79.

(6) وللعلم فالأصوليون لا يرد عندهم الحديث عن المسكوت عنه في الغالب إلا عند الحديث عن أقسام المفهوم وهما مفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة. حسين بن خلف الجبوري، المسكوت عنه في الشرع، موقع الإسلام اليوم، نقلا عن الرابط التالي:

<http://www.islamtoday.net/fatawa/question-60-81511.htm>، تاريخ التصفح: 2017/11/14.

(7) وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، سورية، ط1، 1986، ص361 وما يليها.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

عنه وموافقته له نفيًا وإثباتًا⁽¹⁾، مثال ذلك ما ورد في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ﴾⁽²⁾، فالمسكوت عنه في الآية الكريمة: "وهو تحريم ضرب الوالدين، وشتمهما- قد دلَّ عليه اللفظ المنطوق به وهو: تحريم التأفيف، فتقول: إذا كان مجرد التأفيف قد حرم، فمن باب أولى أن يحرم ما لم ينطق به الشارع وهو: الضرب وكل ما هو أشد من التأفيف"⁽³⁾.

أما مفهوم المخالفة، فيعرّف أنه: "دلالة اللفظ على ثبوت حكم للمسكوت عنه مخالف للحكم الذي دلَّ عليه المنطوق نفيًا وإثباتًا"⁽⁴⁾، مثاله: ما جاء في حديث: "... وَفِي صَدَقَةِ الْغَنَمِ فِي سَائِمَتِهَا..."⁽⁵⁾، فإن اللفظ المنطوق دلَّ على أن الزكاة في الغنم السائمة⁽⁶⁾، وبمفهوم المخالفة دلَّ على: "أن الغنم المعلوفة لا زكاة فيها. فاللفظ - وهو الغنم السائمة - دلَّ على ثبوت حكم للمسكوت عنه، وهو - هنا - الغنم المعلوفة - مخالف للحكم الذي دلَّ عليه المنطوق - وهو وجوب الزكاة - وهذا الحكم المخالف هو: أن المعلوفة لا زكاة فيها"⁽⁷⁾.

نستخلص مما سبق أن الأصوليين أنفسهم لم يضعوا للمسكوت عنه تعريفًا خاصًا، وقد صنّفوه خلاف المنطوق به، وتطرقوا له تحت تسمية المفهوم بقسميه⁽⁸⁾، ورغم أن هذا التعريف قريب نوعًا ما من تسمية موضوع البحث، إلا أنه يتعد عنه من حيث كون السكوت التشريعي الإلهي، يختلف تمامًا عن السكوت التشريعي الوضعي.

المطلب الثالث: التعريف القانوني للمسكوت

السكوت التشريعي الوضعي يختلف عن السكوت التشريعي الإلهي، كون الأخير يقسم إلى عدة أنواع قد تأخذ إحداها مجرى السكوت القانوني⁽⁹⁾، ولم أجد -حسب علمي- أي تعريف للمسكوت

(1) عبد الكريم النملة، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1999، ج4، 1743.

(2) سورة الإسراء، الآية 23.

(3) عبد الكريم النملة، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1999، ج4، 1743.

(4) عبد الكريم النملة، المرجع السابق، ج4، 1765.

(5) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الزكاة، باب زكاة الغنم، حديث رقم 1454، تحقيق جماعة من العلماء، طباعة بالمطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق، مصر، 1311، وصورها وأعاد طبعها د. محمد زهير الناصر، بدار طوق النجاة، بيروت، لبنان، ط1، 2001، ج2، ص118.

(6) هي الغنم التي ترعى دون أن تعلق.

(7) عبد الكريم النملة، المرجع السابق، ج4، 1765.

(8) للمزيد من التفاصيل حول المفهوم وأقسامه وأنواعه وتسمياته. راجع عبد الكريم النملة، المهذب في علم أصول الفقه المقارن. ج4، 1737

وما يليها. محمد أبو زهرة، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، (د.م)، (د.ط)، (د.ت)، ص147 وما يليها، الجويني، البرهان في أصول الفقه، تحقيق صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1997، ج1، ص166 وما يليها. الأمدي، الأحكام في

أصول الأحكام، تحقيق عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت)، ج3، ص66 وما يليها.

(9) المقصود هنا هو السكوت عن بعض الأحكام التفصيلية، وقد قسم الأستاذ رمزي الدرّاز السكوت التشريعي الإلهي إلى عدة أنواع وهي:

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

في القانون، لكن يمكن تفسير ذلك من خلال المسائل التي لم يتطرق لها المشرع القانوني، وبالتالي إمكانية تأويلها على أنها سكوت على حسب المسألة المطروحة في المواد القانونية، ووجب في هذا المقام التفريق بين السكوت التشريعي في قانون العقوبات، والسكوت التشريعي في باقي القوانين الأخرى، كون السكوت في قانون العقوبات يفسر على أنه عدم ذكر المسألة، وأي تفسير آخر قد يؤدي بالمساس بمبدأ الشرعية⁽¹⁾، عكس الكثير من القواعد في القوانين الأخرى نجدها قابلة للتفسير والاجتهاد والتأويل، مثل بعض قواعد قانون الأسرة الجزائري.

وجب التنبيه أن السكوت في التشريع قد يفسر عدة تفسيرات الأمر الذي يوجب على القاضي أو الفقيه أن يبحث في كنه النص المراد تفسيره، والأسباب التي أدت إلى عدم وضوح النص حتى يتبين قصد المشرع من النص⁽²⁾، ويدخل في نطاق سكوت المشرع كذلك حالات النقص في القانون، فإذا أغفل المشرع ذكر مسألة أو لفظ من الألفاظ لا يمكن أن يكون النص مستقيماً دونها، فنقول أنه سكت عن إيراد مسألة كان من الواجب ذكرها، وهذه الحالة صُنفت ضمن طرق تفسير النصوص القانونية إذا اعتراها نقص أو غموض أو وجود خطأ فيها⁽³⁾.

1- المسكوت عنه في قانون الأسرة الجزائري: الأصل العام أن المشرع الجزائري جعل من مصادر القانون في مجملها ما نصت عليه المادة الأولى من التقنين المدني: "يسري القانون على جميع المسائل التي تناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"، من خلال هذا النص بين المشرع الجزائري أن للقانون مصادر رسمية أصلية وأخرى رسمية احتياطية، متمثلة في التشريع كمصدر رسمي أصلي، ومن الشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصادر رسمية احتياطية، وهذا الترتيب القاضي ملزم باتباعه ومراعاة الأولوية، وبالتالي فالحكم بالتشريع المصدر الأصلي هو الأساس فلا اجتهاد مع النص، ولا يمكن الرجوع إلى باقي المصادر إلا في :

السكوت المطلق-سكوت تفهم دلالاته بطريق من طرق دلالة اللفظ على المعنى-سكوت عن بيان أحكام بعض المسائل التفصيلية-سكوت من القرآن الكريم عن النص عن أحكام بعض المسائل-سكوت في السنة النبوية -سكوت من بعض المجتهدين في حالات معينة (حالات الإجماع السكوتي)، ولزيد من التفصيل في هذه الأنواع انظر، رمزي محمد علي دراز، المرجع السابق، ص80 وما يليها.
(1) المادة الأولى من قانون العقوبات والتي تنص على: "لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون"، الأمر 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج، ر، رقم 49 مؤرخة صادر في 21 صفر عام 1386 الموافق 11 يونيو سنة 1966، معدّل ومتّم.

(2) محمد سعيد جعفرور، مدخل للعلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، (د.ط.)، 2007، ص297.

(3) محمد سعيد جعفرور، نفس المرجع، ص301.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

- حالة سكوت التشريع عن معالجة موضوع معين، وذلك يتحقق حال انعدام النص التشريعي ليطبقه القاضي على المسألة.

- حالة وجود نص تشريعي صريح يحيل القاضي إلى مصدر آخر من مصادر القانون⁽¹⁾، وهي حالتين تنطبق على المسكوت عنه في موضوع بحثنا هذا، فالمشرع سكت عن معالجة عديد المسائل في قانون الأسرة من جهة، من جهة أخرى أحال المشرع بشكل صريح وبنص قانوني إلى المصدر الرسمي الاحتياطي الأول وهي الشريعة بنص المادة 222 والتي تنص: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، وبالتالي أي نقص أو غموض في هذا القانون يرجع فيه إلى الشريعة الإسلامية، على اعتبار أنها مصدر لقانون الأسرة، وبالتالي فالقاضي والفقهاء يرجعان إلى الشريعة الإسلامية للوقوف على كثير من معاني النصوص التشريعية المستمدة منها، كأحكام الزواج والطلاق والموارث⁽²⁾.

سكوت قانون الأسرة عن مسائل كثيرة يعتبر قصور في التشريع⁽³⁾، لأن القاضي حال حكمه على نزاع معين قد لا يجد له تأصيلاً في النصوص القانونية، مما يضطره إلى اللجوء إلى الشريعة الإسلامية، كمصدر أسامي لقانون الأسرة، أو الاستنجاذ باجتهادات المحكمة العليا كمصدر تفسيري، بسبب وجود العديد من القضايا الاجتهادية السابقة لهذا النزاع، ويمكن القول أن القصور ظاهرة قانونية موجودة في كافة القوانين، كون صياغة التشريعات عمل بشري محض لا يمكنه أن يصل إلى الكمال، وقدرة الانسان مقيدة في استيعاب كل المسائل التي تطرح أمام القاعدة القانونية لإيجاد حل لها⁽⁴⁾، ولسد هذا القصور جعل المشرع من المادة 222 من قانون الأسرة كحل للمسائل المسكوت عنها والمغفلة، ولا ننسى دور الاجتهاد القضائي كمكمل لما لم ينص عليه القانون ضمن طياته.

2- دور قرارات المحكمة العليا في استكمال ما سكت عنه قانون الأسرة:

بالرغم من سكوت المشرع عن الإحالة لقرارات المحاكم كمصادر تفسيرية سواء من خلال المادة الأولى من القانون المدني، وكذلك ضمن قواعد قانون الأسرة⁽⁵⁾، إلا أننا نجد للمحكمة العليا

(1) محمد سعيد جعفر، نفس المرجع، ص 297.

(2) توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، (النظرية العامة للقانون)، الدار الجامعية، مصر، (د.ط.)، (د.ت)، ص 437.

(3) عُرّف القصور التشريعي على أنه: "هو حالة يواجهها القاضي خلال قيامه بمهمته في تفسير وتطبيق قواعد التشريع على الحالة المعروضة أمامه سواء أكان هذا التشريع موضوعياً أم إجرائياً وقد تكون الحالة التي يواجهها القاضي (حالة النقص في التشريع) سواء أكان النقص في الصياغة أم في المفهوم وقد يكون القصور (سكوت النص) عن الحالة القانونية المعروضة أمامه". انظر عواطف عبد المجيد الطاهر، "القصور في التشريع"، مجلة دجلة، ج 2، ع 1، العراق، 2019، ص 63.

(4) عواطف عبد المجيد الطاهر، نفس المرجع والصفحة.

(5) المشرع العراقي كان أكثر وضوحاً في اعتبار الأحكام التي أقرها القضاء والفقهاء الإسلامي في العراق وفي البلاد الإسلامية الأخرى، تسترشد بها المحاكم حال حكمها في قضايا الأحوال الشخصية، حيث نصت الفقرتين الثانية والثالثة من المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية: "2- إذا

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

واجتهاداتها دورا كبيرا في استكمال ما سكت عنه القانون واغفله، مما يجعل هذه الأخيرة كسوابق قضائية يسترشد بها القضاة في المحاكم للحكم في المسائل المسكوت عنها، بما استقر عليه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مع الأخذ في الاعتبار ما نصت عنه المادة 222 بشكل صريح من إحالة مباشرة للشريعة الإسلامية كمصدر أولي حال سكوت القانون أو اغفاله لمسألة من المسائل.

بالرجوع للمادة 222- سابقة الذكر- نجدها قد وسعت من الرجوع إلى الشريعة الإسلامية حال الاغفال أو السكوت دون الاعتماد على مذهب واحد، فالنص القانوني اختار منهجا واضحا يجعل من القاضي لا يتقيد بالمذهبية والحكم في المسألة بما جاء في باقي المذاهب الفقهية، وهو مبدأ جعل من التطبيق القضائي أحد الركائز التي تساهم في تطوير النصوص القانونية لقانون الأسرة الجزائري، من خلال اجتهادات القضاة وإعمالهم لسلطتهم التقديرية في استنباط الأحكام للمسائل المسكوت عنها أو المغفلة دون الاعتماد على مذهب فقهي معين⁽¹⁾، وعلى اعتبار أن الانفتاح على باقي المذاهب الفقهية يعتبره البعض ميزة للمشروع الجزائري في تقنين الأسرة، خلافا لبعض قوانين الأسرة للبلاد العربية⁽²⁾ التي حددت مذهبا واحدا معيننا يكون الرجوع إليه فيما لا نص فيه⁽³⁾، وقوانين أخرى لم تحدد أصلا⁽⁴⁾، إلا أن خيار الانفتاح على كل المذاهب الفقهية قد تكون مساوئه أكثر من مزاياه⁽⁵⁾، لأنه يؤدي إلى إشكالات عملية في التطبيق حيث كل قاض يؤوّل كل مسألة حسب فهمه وتفسيره ومدى تأثيره بمذهب فقهي معين، فما قد يبدو ميزة في الظاهر يخفي في باطنه إشكالات في التفسير والتطبيق وتباين واختلاف في الأحكام القضائية على مستوى الجهات⁽⁶⁾، وبالرغم من أن المشرّع جعل الشريعة

لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون. 3-تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقهاء الإسلاميين في العراق وفي البلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية". قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188، الصادر في 19/12/1959، المعدل بالقانون 11 لسنة 1963، والقانون 21 لسنة 1978.

(1) جيلالي تشوار، "عدم المذهبية الصرف كمنهج تبناه المشروع الجزائري لوضع الأحكام الأسرية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ج46، ع3، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2009، ص ص 306-307.

(2) نصت المادة 305 من قانون الأحوال الشخصية السوري على: "كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي"، وفي التعديل الأخير سنة 2019 أضاف مادة 305 مكرر حيث نصت: "يرجع في فروع كل مسألة قانونية نص عليها في هذا القانون إلى القول الأرجح في المذهب الفقهي الذي استمدت منه هذه المسألة"، وهو دليل على أن المشروع السوري بالرغم من اعتبار المذهب الحنفي هو المعتمد في القانون والوحيد الذي يرجع إليه فيما لا نص فيه، إلا أنه يُستنتج أنه استعان بمذاهب فقهية أخرى، وهو ما استنبط من نص المادة 305 مكرر الجديدة. انظر قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953 وتعديلاته إلى غاية 2019.

(3) هذه القوانين كانت محل انتقاد من خلال إلزامها القاضي بالرجوع إلى مذهب فقهي واحد وهو السائد في البلاد مما يفقد الاجتهاد المرونة والانفتاح، ويؤدي إلى تضيق دائرة رفع الحرج خاصة أن مسائل الأحوال الشخصية تمس عنصرا مهما في المجتمع وهي الأسرة،

(4) المشرّع التونسي سكت ولم يورد أي حل حين وجود نقص أو غموض في مجلة الأحوال الشخصية التونسية. ساسي بن حليمة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، (د.ط.)، 2011، ص 12.

(5) الخلافات الفقهية بين المذاهب، وقد تكون داخل المذهب الواحد في المسألة الواحدة، بل قد تعدد الأقوال بين إمام المذهب وتلاميذه، فما هو خيار القاضي أمام هذا الكم الهائل من الأقوال، فضببط الأحكام الشرعية وتبيان الراجح منها بإصدار حكم في المسائل الخلافية والنص عليها قانونا هو أيسر حل للقاضي. وهبة الزحيلي، جهود تقنين الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، سورية، ط1، 2014، ص 38.

(6) ساسي بن حليمة، دراسات في الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، (د.ط.)، 2012، ص 108.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

الاسلامية مصدرا لقانون الأسرة إلا أننا نجد بعض النصوص القانونية سواء قبل التعديل أو بعده طرحت إشكاليات منها مدى التزام المشرع بالمرجعية الفقهية لقانون الأسرة، من خلال إلغاء لبعض المواد وتعديلها بالرغم من أن أحكامها ثابتة بالنص القرآني والسنة النبوية الشريفة، مما أوجد فراغا قانونيا عقّد من مهام القضاة في إيجاد الحلول⁽¹⁾.

الأمثلة كثيرة في تطبيق المحكمة العليا للشريعة الإسلامية حال سكوت قانون الأسرة عن مسألة ما بالرجوع لمذهب من المذاهب الفقهية، نجد منها شهادة التسماع، وهي مسألة سكت عنها قانون الأسرة الجزائري واستكملها الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا حيث جاء في قرار: "لا يكون الاعتماد على شهادة التسماع، بخصوص اثبات الزواج العرفي، إلا إذا كان ما يشهد به الشاهد، تسمعا، أمرا متواترا، سمعه عن جماعة ثقات"⁽²⁾.

(1) أحمد غرابي، "مدى الالتزام بالمرجعية الشرعية في تعديلات قانون الأسرة"، مجلة دراسات وأبحاث، ع22، جامعة الجلفة، الجزائر، 2016، ص187 وما يليها.

(2) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 0851807، 2015/02/12، م م ع، 2015، ع1، ص 235.

المبحث الثاني: المسكوت عنه في تعريف الزواج ومقدماته (الخطبة)

لقدسية عقد الزواج وتميزه عن باقي العقود الأخرى، وضعت له الشريعة الإسلامية قيودا وضوابط تضمن تماسكه واستمراره، فشُرعت الخطبة كخطوة أولى لانتقاء الشريك المناسب، وأحيطت بضوابط عدة، لكن قانون الأسرة الجزائري عند تنظيمه للخطبة سكت على مسائل سنورد بعضها في هذا المبحث. وقبل ذلك سأتطرق إلى المسكوت عنه في تعريف الزواج مبينا مواطنه ومقارنا له بما جاء في الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة في مطلب أول، ثم أتناول المسكوت عنه في بعض مسائل "الخطبة" مستعرضا تعريفها وطبيعتها وأثر العدول عنها، في مطلب آخر.

المطلب الأول: المسكوت عنه في تعريف الزواج⁽¹⁾

عرّف الفقهاء الزواج بتعاريف متباينة، لكنها تصب كلها في معنى واحد، أما قانون الأسرة كان له تعريف وافق في جانب منه الفقهاء، وهو ما سأبينه من خلال فرعين، مستعرضا في الأول التعريف الفقهي والقانوني للزواج، وفي الثاني ما سكت عنه قانون الأسرة الجزائري في تعريف الزواج.

الفرع الأول: التعريف الفقهي والقانوني للزواج

من خلال هذا الفرع أتعرض لتعريف الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

أولا – التعريف الفقهي:

إذا رجعنا إلى كتب الفقه الإسلامي نجد للزواج تعاريف متعددة⁽²⁾، فقد عرّفه أحد فقهاء الحنفية الزواج ب: "هو عقد يرد على ملك المتعة قصدا"، فملك المتعة عبارة عن ملك الانتفاع والوطء، والمراد بالملك الحل لا الملك الشرعي، واحتراز بقوله قصدا، عند شراء جارية للتسري⁽³⁾ فجّل المتعة يكون ضمنيا ولو قصده المشتري بالرغم من كونه ليس عقد نكاح⁽⁴⁾، أما المالكية فقد عرفه ابن عرفه المالكي⁽⁵⁾ على أنه: "عقد على مجرد متعة التلذذ بأدمية غير موجب قيمتها بينة قبله غير عالم عاقده

(1) الزواج في اللغة من لفظ زَوْج، يزوج، زواجا، فالزء والواو والجيم أصل يدل على مقارنة شيء لشيء، من ذلك الزوج زوج المرأة، والمرأة زوج بعلمها، وهو الفصحح. قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا النُّفُوسُ زُوِّجَتْ﴾ سورة التكويم، الآية 07، ومعناه الاقتران. وإذا النفوس زوجت قرنت الأرواح بالأجساد، أي ردت إليها، فالترؤيج أن يقرن الشيء بمثله. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، 1964، ج19، ص232. الزبيدي، المرجع السابق، ج6، ص23. ابن فارس، المرجع السابق، ج3، ص35.

(2) محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ط4، 1983، ص46.

(3) يعرف التسري بأنه الاستمتاع بالأمة المملوكة (ملك اليمين).

(4) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، (دم، ط2، دت)، ج3، ص85.

(5) هو محمد بن محمد ابن عرفة الورغي، أبو عبد الله: إمام تونس وعالمها وخطيبها في عصره، فقيه مالكي، ولد سنة 716 هـ، وتوفي سنة 803 هـ، تولى إمامة الجامع الأعظم سنة 750 هـ، من أشهر كتبه المختصر الكبير الحدود. انظر الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط15، 2002، ج7، ص43.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

حرمها إن حرمها الكتاب على المشهور، أو الإجماع على الآخر"⁽¹⁾، فالتعريف معقد من حيث التركيبة اللغوية⁽²⁾، ويستشف منه باختصار قصده العقد لاحتوائه الإيجاب والقبول لأن الأصل في العقد الربط، وقوله على مجرد يقصد بها المتعة المجردة بمعنى المقصودة بغير إضافة لإخراج عقد الزواج عن عقد المنافع كالإجارة والكراء، وعلى الذوات وهو البيع، وقصد لفظ التلذذ بدل التمتع كون الأخير أعم وأشمل، ويدخل تحته التمتع الحسي والمعنوي، كالتمتع بالجاء والولاية، والتمتع بالركوب والأكل، فأخرج الأمور المعنوية بالتلذذ، وذكر آدمية لإخراج التلذذ بالطعام والشراب في هذا المقام⁽³⁾، وعرفه الشافعية بأنه: "عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو نحوه"، وقوله بلفظ إنكاح أو نحوه أي لفظ مشتق من الإنكاح والتزويج، فأخرج به بيع الأمة كون عقدها يتضمن حلية الوطاء دون إنكاح⁽⁴⁾، أما الحنابلة فهو: "عقد التزويج فعند إطلاق لفظه ينصرف إليه ما لم يصرفه عنه دليل"⁽⁵⁾.

ومن خلال تعريفات الفقهاء نلاحظ أنها جاءت مركزة على موضوع عقد الزواج وهو "الاستمتاع" وثمرته حل الاستمتاع، ولم تتطرق التعريفات الفقهية لمسألة قيام عقد الزواج على نية التأبيد، لتفادي الوقوع في زواج المتعة والزواج المؤقت المحرمان في الشريعة لتنافيها مع شرط الديمومة والاستمرارية للعلاقة الزوجية⁽⁶⁾.

ثانيا- التعريف القانوني للزواج:

جاء تعريف الزواج في قانون الأسرة الجزائري المعدل من خلال المادة 04 على أنه: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

وباستقراء النص القانوني نستنتج أن المشرع الجزائري وعلى خلاف الفقهاء الذي قصروا عقد الزواج في حل الاستمتاع بين الزوجين سما به إلى أعلى المراتب، ورسم له غايات ومقاصد، تتمثل في هدف شخصي وهو إحصان النفس، وآخر ثنائي يتمثل في تكوين أسرة قوامها المودة والرحمة والتعاون والتآلف، وهدف اجتماعي يساهم في استمرار النوع الإنساني وبقاءه⁽⁷⁾، فيؤدي كل من الزوجين

(1) ابن عرفة، المختصر الفقهي لابن عرفة، تحقيق حافظ عبد الرحمن خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، (د.م)، ط1، 2014، ج3، ص187.

(2) محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة (الزواج)، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط3، 2015، ج1 ص165.

(3) ميارة، شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام، تحقيق عبد اللطيف حسن عبد الرحمن دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000، ج1، ص242.

(4) البجيرمي، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب، مطبعة الحلبي، (د.ط)، 1950، ج3، ص321.

(5) شمس الدين بن قدامة، الشرح الكبير، تحقيق عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، هجر للطباعة والنشر، مصر، ط1، 1995، ج20، ص05.

(6) جميل فخري جانم، مقومات عقد الزواج، دار الحامد، الأردن، ط1، 2009، ص19.

(7) كريمة محروق، عقود الزواج بين المستجدات الفقهية ونصوص القانون، دار هومة، الجزائر، ط1، 2019، ص ص27-28.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

الواجبات المنوطة بهما تجاه الأبناء من تربية وغيرها⁽¹⁾، وقد زيدت للمادة بعد تعديل قانون الأسرة عبارة "عقد رضائي" وحسن فعل، حيث يقول الأستاذ العربي بلحاج في هذا المقام: "جدير بالذكر أن المادة 4 ق.أ المعدلة (...) أضافت في تعريفها للزواج بأنه «عقد رضائي» تقييدا وتحديدا لعموم المادة 4 من القانون القديم رقم 11/84 المؤرخ في 09/06/1984. وذلك لكون الزواج رضائيا بالأساس، يقوم على تقابل إرادتي الرجل والمرأة، عن طريق اقتراح الإيجاب بالقبول (...). وهو تعديل سليم وفي محله، لأن الزواج يعتبر من أسس العقود المدنية والرضائية، وأعظمها شأنًا"⁽²⁾، ولأن العبارة تؤدي إلى تحقيق جميع الأهداف المذكورة في التعريف، من إنشاء أسرة قوامها المودة والرحمة والتآزر وإحصان كل من الزوجين الآخر ولا يكون ذلك إلا برضاها، وقصد المشرع الجزائري من عبارة "يتم بين رجل وامرأة" الزواج الطبيعي مستثنيا في ذلك كل العلاقات غير الطبيعية⁽³⁾، أما قوله "على الوجه الشرعي"⁽⁴⁾ بمعنى زواج موافق للشرع لا يعتبر أي علاقة غير شرعية زواجا، فالإقتراح الشرعي يضمن علاقة كريمة بين الرجل والمرأة، مما يؤدي إلى تكوين أسرة تقوم على قواعد سليمة، وهذه الأحكام حددت مفهوم الزواج، وجعلته يقتصر على العناصر الأساسية، ويستوعب جميع الأشكال السابقة بعد عملية تصحيح لبعضها، فيتكون حينئذ الزواج المشروع من وجهة نظر التشريع الإسلامي⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: المسكوت عنه في تعريف الزواج

سكت قانون الأسرة الجزائري في تعريفه للزواج عن موضوعه الذي هو حل المعاشرة⁽⁶⁾، وبدلا من ذلك ركز على أهداف الزواج، ويقول الأستاذ العربي بلحاج في هذا المقام: "لم يتعرض القانون لموضوع عقد الزواج و آثاره القانونية، ولكنه ذكر غايته المتمثلة في تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة

(1) عبد الفتاح تقيّة، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية -دراسة مقارنة-، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، (د.ط.)، 2012، ص 37.

(2) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط6، 2010، ص56.

(3) كالزواج الذي يكون بين رجل ورجل أو بين امرأة وامرأة، وقد عكفت عديد الدول الغربية إلى تقنينه تحت ضغط من الجمعيات الحقوقية بدعوى الحرية الجنسية، وهذه الزيجات حرمتها الشرائع السماوية بنصوص قطعية، كونها منافية للفطرة الإنسانية.

(4) علّق الأستاذ سليمان ولد خصال على عبارة "على الوجه الشرعي": من أن يُفهم من خلالها قصد المشرع ليس الزواج فقط بل يشمل عقودا أخرى كالبيع والإيجار، واستشهد بتعريف الزواج في قانون الأحوال الشخصية السوري كونه أدق وأوضح حيث جاء في المادة 01 المعدلة: "الزواج عقد بين رجل وامرأة يحل كل منهما للآخر شرعا"، فحليّة كل واحد منهما للآخر تعبر عن الزواج دون غيره. انظر سليمان ولد خصال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 2012، ص ص22-23. وقانون الأحوال الشخصية البحريني أضاف عبارة: "لتكوين أسرة" لتبيان أن العقد عقد زواج حيث جاء نص المادة 05 "الزواج عقد شرعي بين رجل وامرأة لتكوين أسرة بشروط وأركان". قانون رقم (19) لسنة 2017 بإصدار قانون الأسرة البحريني.

(5) العربي بخي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د.ط.)، 2013، ص20.

(6) سليمان ولد خصال، المرجع السابق، ص22. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط6، المرجع السابق، ص ص56-57. دليلة فركوس، جمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة "انعقاد الزواج"، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2016، ص 43. محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي، دار الوعي للنشر والتوزيع، الروبية، الجزائر، (د.ط.)، 2013، ص ص34-35. محمد كمال الدين إمام، الأحوال الشخصية للمسلمين، دار المطبوعات الجامعية، مصر، (د.ط.)، 2018، ص49.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

والتعاون واحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب" (1)، لأن المودة والرحمة وإحصان الزوجين هي أهداف محصلة لعقد الزواج، وسكوت تشريعات الأسرة (2) عن موضوع الزواج (3) خلق فراغا في التعريف (4)، بابتعادها عن موضوع الزواج ومحله والتركيز فقط على الأهداف (5)، على خلاف ما عرّفه الفقهاء.

ويرى جانب آخر من الفقه القانوني أنه بالرغم من عدم ذكر قانون الأسرة لحل المعاشرة الزوجية، إلا أنه يمكن استخلاصها من روح النص القانوني (6).

يرجّح سبب سكوت قانون الأسرة الجزائري عن موضوع الزواج و آثاره القانونية، واكتفائه فقط ببيان أهدافه، هو خوفه من أن يفهم ذكر "حل المعاشرة" في تعريف الزواج، أنه جعل من أجل اللذة والمتعة (7)، فاستبدل الموضوع بالأهداف (8)، وكان الأجدر بالمشعر الجزائري ذكر موضوع عقد الزواج، حتى يكون متوافقا مع التعريفات الفقهية.

ما يبيّن حرص المشرّع على الابتعاد عن كل لفظ ذو صلة بالمعاشرة الزوجية، أنه لم يستعمل لفظ "النكاح" في تعريفه واستعمل بدله لفظ "الزواج" هروبا من حقيقته ومجازته بين عقد ووطء، وهذا الحرص كذلك كان حاضرا عند المشرّع المغربي عندما استبدل عقد النكاح بعقد الزواج بمعناه التعاقدي حتى يكون بعيدا عن المعنى الجنسي للفظ النكاح (9).

(1) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط6، المرجع السابق، ص 56.

(2) العربي بلحاج، نفس المرجع، ص 57.

(3) عكس البعض منها التي تضمنت موضوع الزواج الذي ينصبّ على الاستمتاع مثال ذلك ما جاء في المادة 11 من قانون الأحوال الشخصية السوداني: "الزواج هو عقد بين رجل وامرأة على نية التأييد، يحل استمتاع كل منهما بالآخر، على الوجه المشروح". قانون الأحوال الشخصية للمسلمين السوداني رقم 42 الصادر في 1991/07/24.

(4) من وجهة نظر أخرى من يرى الأئمة ليست في عدم ذكر موضوع الزواج، بل العكس في احتواء تعريف الزواج للاستمتاع اقتداء بالشريعة الإسلامية، وأعاب البعض على التعريف القانوني (القانون السوداني كمثال)، كونه حصر موضوع الزواج في الاستمتاع، ومن وجهة نظري هذا خلاف ما جاء به الشرع.

(5) أول من تكلم عن مشكلة تعريف الزواج في القوانين الوضعية هو الأستاذ مصطفى السباعي من خلال شرحه لقانون الأحوال الشخصية السوري، حيث عكف على تحليل تحاشي المشرّع تبيان موضوع عقد الزواج من خلال تعريفه في القوانين والذي ذكره الفقهاء صراحة. انظر مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الوراق ودار التزيين، بيروت، لبنان والرياض، السعودية، ط9، 2001، ج1، ص34. وقد حذا الكثير من الشراح والباحثين في قانون الأسرة الجزائري حذو الأستاذ مصطفى السباعي في تفسير عدم ذكر المشرّع الجزائري موضوع الزواج وهو الاستمتاع في تعريفه للزواج في المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري.

(6) دليلة فركوس، جمال عياشي، المرجع السابق، ص 43.

(7) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط6، المرجع السابق، ص 56-57. سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 22.

(8) مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص 34. سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 22-23. محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص فقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، جامعة باتنة، الجزائر، 2009/2008، ص 290.

(9) عادل حاميدي، الدليل الفقهي والقضائي للمحامي في المنازعات الأسرية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب، ط1، 2016،

ص 547.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

من التعريفات الحديثة ذات الطرح الموفق الذي يعبر عن مقاصد الزواج من الجانب الشرعي، تعريف الأستاذ جميل فخري جانم حيث عرفه بأنه : "ميثاق ترابط وتماسك شرعي بين رجل وامرأة يحل لكل منهما الاستمتاع بالآخر على نية التأييد بقصد الإحصان والعفاف وتكثير سواد الأمة بإنشاء أسرة تحت رعاية الزوج على أسس مستقرة تكفل لهما تحمل أعبائها في سكينه وطمانينة ومودّة واحترام"⁽¹⁾.

سكت أيضا قانون الأسرة الجزائري في تعريف الزواج عن ذكر عنصر التأييد، وهو عنصر مهم ومميز، كون نظام الأسرة في الإسلام يقوم على نية إقامة علاقة أبدية دائمة أساسها الاستقرار الروحي والجسدي، متمثلا في السكن النفسي، الذي بدوره يؤدي إلى تحقيق المودة والرحمة المتبادلة بين الزوجين التي تساهم في ديمومة واستمرارية الأسرة⁽²⁾، وبغض النظر على انحلال الزواج بجميع أشكاله⁽³⁾ باستثناء الوفاة، الذي قد يكون علاجاً لإشكال اعترى العلاقة الزوجية، فالمقصود بالتأييد هو ألا يتفق رجل وامرأة على عقد زواج لمدة محددة معلومة كانت أو غير معلومة، وهو أمر حرّمته الشريعة الإسلامية ومن أمثلته زواج المتعة والزواج المؤقت والزواج بنية الطلاق وغيرها⁽⁴⁾.

وقد وردت عبارة التأييد في بعض القوانين المقارنة منها مدونة الأسرة المغربية بنص المادة 04 : "الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين طبقاً لأحكام هذه المدونة"⁽⁵⁾. فوجه الدوام معناه ديمومة عقد الزواج وشرط فاسخ لكل علاقة احتوت شبهة التأييد.

المطلب الثاني: المسكوت عنه في مقدمات الزواج "الخطبة"

لتبيان المسكوت عنه في مقدمات الزواج ألا وهي الخطبة، أتناول أولاً تعريفها في فرع أول، يليه فرع ثان لبيان بعض من أحكام الخطبة، بعده فرع ثالث يحوي أثر العدول عن الخطبة في الهدايا والصدقات كونه يتضمن مسائل سكت عنها قانون الأسرة الجزائري.

(1) جميل فخري جانم، مقومات عقد الزواج، المرجع السابق، ص20.

(2) العربي بختي، نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة، مؤسسة كنوز الحكمة، الجزائر، ط1، 2013، ص181.

(3) طرق انحلال الرابطة الزوجية: الوفاة، الطلاق، التطليق، الخلع. انظر محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، المطبعة والوراقة الوطنية، المغرب، ط3، 2005، ص16.

(4) هناك نوع آخر مستحدث يدعى زواج "البارت تايم" يشبه زواج المسيار، ويختلف عن زواج المتعة كونه غير محدد المدة، لكنه يشترط فيه الزوجين أن يلتقيا مرة واحدة في الأسبوع (عطلة نهاية الأسبوع)، ومع أن أركان وشروط هذا الزواج قد تكون متوافرة، إلا أن بعض الفقهاء اعتبر افتقاده للاستقرار والسكن النفسي قد يؤدي بالزوجين إلى الانفصال سريعا، وبالتالي فهو وجه آخر للزواج المؤقت مادام شرطه الأساسي ألا يقيم الزوجان معا.

(5) القانون 03.70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، ظهير شريف رقم 22.04.1 صادر في 03 فبراير 2004.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

الفرع الأول: تعريف الخطبة

تتنوع تعريفات الخطبة بين تعريف لغوي عند علماء اللغة، وآخر فقهي في المذاهب الأربعة، وقانوني ضمن القواعد المنظمة لقانون الأسرة .

أولا- الخطبة لغة:

معنى خطب الرجل المرأة يَخْطُبُهَا خِطْبَةً "بكسر الخاء"، أي طلب الزواج منها⁽¹⁾، وخطب المرأة إلى أهلها معناه أراد أن يتزوج منهم⁽²⁾، وهو حينئذ خاطبٌ وخطيبٌ، وخطب المرأة إلى أهلها طلبها منهم للنكاح⁽³⁾.

ثانيا- الخطبة فقها: عرّف الفقهاء الخطبة بعدة تعاريف منها:

- الحنفية : الخطبة هي طلب التزوّج⁽⁴⁾.

- المالكية: هي "استدعاء النكاح وما يجري من المحاوره"⁽⁵⁾.

- الشافعية: هي تقدّم الخاطب بطلب النكاح من المخطوبة تصريحاً وتعريضاً⁽⁶⁾.

- الحنابلة: تقدّم الرجل لخطبة امرأة طالبا نكاحها على الوجه المشروع⁽⁷⁾.

عرّفها الأستاذ محمد مصطفى شلي على أنها: " أن يتقدم الرجل إلى امرأة معينة تحل له شرعا أو إلى أهلها يطلب الزواج بها، بعد أن توجد عنده الرغبة في زواجها، فإذا أوجب إلى طلبه تمت الخطبة بينهما"⁽⁸⁾.

عليه يمكن تعريف الخطبة فقها أنها: "طلب الرجل المرأة للزواج منه على الوجه الذي يصح شرعا".

ثانيا- الخطبة قانونا:

لم يعرف قانون الأسرة الجزائري الخطبة سواء في القانون 11/84 الصادر في 09/06/1984، ولا بعد تعديله بالقانون 02/05 المؤرخ في 27/02/2005، حيث نصت المادة 05 فقرة 01 منه على أن: "الخطبة وعد بالزواج"، ويستشف من النص القانوني أن الطبيعة القانونية للخطبة هي وعد بالزواج، حيث يتقدم رجل لامرأة طالبا الزواج منها مستقبلا، وهي سبيل يتمكن من خلاله الخاطب والمخطوبة

(1) ابن منظور، المرجع السابق، ج6، ص360. الفيروز آبادي، المرجع السابق، ص580.

(2) الفيومي، المرجع السابق، ج1، ص173.

(3) الفيروز آبادي، المرجع السابق، ص81. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، دار الدعوة، (د.م، د.ط، د.ت)، ج1، ص243.

(4) ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2، 1992، ج3، ص08.

(5) خليل بن إسحاق الجندي، التوضيح في شرح المختصر، تحقيق أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، (د.م)، ط1، 2008، ج3، ص508.

(6) ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى (لصاحبها مصطفى محمد)، مصر، (د.ط)، 1983، ج7، ص209.

(7) موفق الدين بن قدامة، المغني، تحقيق طه الزيني وآخرون، مكتبة القاهرة، مصر، ط1، 1968، ج7، ص143.

(8) محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص67.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

الاتفاق على الزواج ومستلزماته⁽¹⁾، وهو ما أكدته قرارات المحكمة العليا حيث جاء في أحدها : "من المقرر شرعا وقانونا أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها"⁽²⁾.

سكت قانون الأسرة عن إعطاء تعريف للخطبة ولم يتطرق للتعريف الفقهي كذلك⁽³⁾، بل تعرض للطبيعة القانونية لها وهو تعريف قاصر، بدلا من ذلك كان عليه وضع مادة قانونية منفصلة لتعريف الخطبة، ومادة أخرى للطبيعة القانونية لها.

يرجع سبب سكوت قانون الأسرة عن تعريف الخطبة، هو تركه الأمر للفقهاء الإسلاميين والقانونيين لتقديم تعريف مناسب لها، وكذا اتباعه لقوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية التي عرّفت الخطبة على أنها وعد بالزواج.

الفرع الثاني: بعض أحكام الخطبة

تستمد الخطبة قوتها من السند الشرعي المتمثل في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والاجماع، كما أنه لم يختلف الفقهاء ولا القانونيين في اعتبارها مجرد وعد لا غير، وللخطبة شروط لا بد أن تتحقق حتى تكون صحيحة غير مخالفة للشرع، وهو ما سأتناول تفصيله من خلال التعرض لمشروعية الخطبة، ثم لطبيعتها ووصفها الشرعي وشروطها.

أولا- السند الشرعي للخطبة:

أ- في القرآن الكريم : قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ﴾⁽⁴⁾، ووجه الاستدلال من الآية في قوله تعالى ولا جناح عليكم أي لا إثم عليكم⁽⁵⁾ وهو دليل على أن الخطبة مباحة.

ب- في السنة النبوية الشريفة : عن: "أبو هريرة رضي الله عنه قوله صلى الله عليه وسلم: لا يخطب الرجل على خطبة أخيه"⁽⁶⁾، وجه الدلالة من الحديث أن الخطبة مباحة وما النهي عن الخطبة على الخطبة إلا لإباحتها.

ج- الإجماع: أجمع علماء الأمة على أن الخطبة مباحة⁽⁷⁾.

(1) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط6، المرجع السابق، ص 84.

(2) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 81129، 17/03/1992، م ق، ع3، 1994، ص62.

(3) أنظر محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص59. دليلة فركوس، جمال عياشي، المرجع السابق، ص 50.

(4) سورة البقرة، الآية 235.

(5) القرطبي، المرجع السابق، ج3، ص187.

(6) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب تحريم الجمع بين امرأة وعمتها أو خالتها في النكاح، حديث رقم 1408، ج2، ص1029.

(7) أسامة بن سعيد القحطاني وآخرون، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 2012، ج3، ص97.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

ثانيا- طبيعة الخطبة:

الخطبة وعد وليست عقد وهذا ما خلص إليه الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، فالخطبة في الفقه الإسلامي وعد بالزواج غير ملزم، ولا يرتب على الطرفين أي التزام من التزامات عقد القران⁽¹⁾، وهو ما سارت عليه معظم قوانين الأحوال الشخصية، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري على أن: "الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"، وهو ما جاء كذلك في الفقرة الأولى من المادة الخامسة من مدونة الأسرة المغربية: "الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج"⁽²⁾.

ثالثا- الوصف الشرعي للخطبة وشروطها:

أتناول في هذا الصدد الوصف الشرعي للخطبة ثم أتطرق إلى شروطها.

أ- الوصف الشرعي للخطبة: فالخطبة عند الجمهور مباحة، وتحرم في بعض الحالات، كالتصريح بالخطبة والتعريض للمعتدة من طلاق رجعي، والتصريح للمعتدة من وفاة، وكراهة مشددة عند الاحرام بحج أو عمرة⁽³⁾.

ب- شروط الخطبة: ومن شروط الخطبة⁽⁴⁾:

أن تكون ممن تحل له (المحرمات من النساء)، والمعتدة من طلاق رجعي، وألا تكون مخطوبة للغير (الخطبة على الخطبة)⁽⁵⁾.

الملاحظ أن قانون الأسرة الجزائري سكت عن أحكام الخطبة وشروطها وأنواعها ومواصفات الخاطب والمخطوبة، وهذا متروك للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، والرجوع فيها لأحكام الشريعة الإسلامية وما تعارف عليه المجتمع الجزائري فيما يستحب في المخطوبة والخطاب، وعلى سبيل المثال ورد في المادة الثانية من مشروع القانون الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون الخليجي -وثيقة مسقط- حكما من أحكام الخطبة المسكوت عنه في كثير من التشريعات الأسرية على غرار القانون الجزائري، وهو: "تمنع خطبة المرأة المحرمة ولو كان التحريم مؤقتا، ويجوز التعريض

(1) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، دار الفكر، دمشق، سورية، ط3، 2012، ج8، ص ص24-25.

(2) مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

(3) عبد الناصر العطار، الوسيط في أحكام الأسرة في الإسلام، المكتبة الأزهرية للتراث، مصر، (د.ط)، 2010، ص09.

(4) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص28 وما يليها. وللمزيد انظر، بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مطبعة دار التأليف، مصر، ط2، 1961، ص34 وما يليها.

(5) اتفق الفقهاء على أن الخطب الثاني أثم شرعا، لعدم جواز الخطبة على الخطبة لحديث رسول الله ﷺ ولكن عقد الزواج يقوم صحيحا إذا أستوفى جميع أركانه وشروطه الشرعية والقانونية.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

بخطبة معتدة الوفاة والمبانة". فهذه المادة منعت خطبة المحرمات من النساء ولو كان التحريم مؤقتاً، كما جوزت صراحة التعريض للمعتدة والمطلقة البائن⁽¹⁾.

الفرع الثالث: المسكوت عنه في أثر العدول⁽²⁾ عن الخطبة (الهدايا والصداق)

طبيعة الخطبة أنها مجرد وعد بالزواج ولا يمكن إجبار أي طرف من طرفي الخطبة بأي التزام عقدي، والقانون أعطاهما هذه الصفة من خلال نص المادة 05 من قانون الأسرة حيث نصت : "الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"، وأقرت المادة سالفه الذكر الحق في العدول لكل طرف، إلا أن مجرد العدول وحده يفترض أنه لا يفضي لأي أثر، لكن جرى العرف على تبادل الهدايا خلال فترة الخطبة، وقد يُقدم خلالها الصداق، فيعتبران حينئذ من آثار العدول عن الخطبة، مما قد يثير عديد المشكلات نتيجة لذلك، الأمر الذي جعل مشرعي قوانين الأحوال الشخصية يخصصون مواد تعالج مصير الهدايا والصداق بعد انتهاء الخطبة سواء بالعدول أو الوفاة أو باتفاق الطرفين، وقانون الأسرة الجزائري سكت عن مسائل في هدايا الخطبة ولم يتعرض لمسألة الصداق، وهو ما سنتناوله من خلال هذا الفرع:

أولاً- المسكوت عنه في مآل هدايا الخطبة

سأتناول في هذا الجزء حكم استرداد الهدايا بعد العدول في الفقه الإسلامي، وقانون الأسرة الجزائري، وكذلك استرداد الهدايا في انقضاء الخطبة بالوفاة وانقضاءها بالاتفاق بين الطرفين، وما سُكت عنه في هذه المسائل.

أ- مآل الهدايا في حال انقضاء الخطبة بالعدول:

1- في الفقه الإسلامي: اختلف الفقهاء في رد هدايا الخطبة على النحو التالي:

ذهب الحنفية⁽³⁾ إلى اعتبار هدايا الخطبة لها نفس حكم الهبة، وللواهب حق الرجوع في هبته، إلا إذا منعه مانع من الرجوع في الهبة والمنصوص عنها في المذهب⁽⁴⁾، ومن الهدايا المستهلكة المأكولات،

(1) وثيقة مسقط للنظام (القانون) الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، مجلس التعاون لدول الخليج العربية، الأمانة العامة، الرياض، 1997.

(2) يعرّف العدول على أنه "رجوع أحد الطرفين، أو كليهما عن الخطبة، وفسخها بعد إتمامها، وحصول الرضا منهما". انظر جميل فخري جانم، مقدمات عقد الزواج، دار الحامد، الأردن، ط1، 2009، ص236.

(3) ابن عابدين، المرجع السابق، ج3، ص153. ومعهم الظاهرية. انظر ابن حزم، المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت)، ج8، ص71 وما يليها. جميل فخري جانم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، دار الحامد، الأردن، ط1، 2009، ص114-115.

(4) عدّد فقهاء الحنفية موانع الرجوع في الهبة وهي : - وفاة أحد طرفي العقد - خروج الموهوب وانفصاله عن ملك الموهوب له - زواج أحد طرفي عقد الهبة بالآخر - وجود محرمة وقرابة بين الواهب والموهوب له - هلاك الموهوب - الزيادة في الشيء الموهوب شرط أن تكون متصلة به ويستحيل فصلها، أخذ عوض عن الهبة. انظر، عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 2003، ج3، ص268.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

والألبسة، سواء بقيت عند المهدي له أو أهداها لغيره، فكل ما سبق ذكره من الهدايا لا تسترد فكل هذه الهدايا لا تسترجع لانقضاء عينها⁽¹⁾.

أما المذهب المالكي فقد كان له رأي اعتمد فيه على الأعراف الصحيحة القائمة أو اشتراط أحد الخاطبين على الآخر شرطاً قبيل العدول، وفي حال عدم وجود "العرف والشرط"، فالعادلُ منهما هو الذي يتحمل نتيجة عدُوله ولا يأخذ شيئاً مما أهداه حتى ولو كان قائماً رافة بالمخطوبة، أما إن كانت المخطوبة هي من عدلت عن الخطبة فللخاطب استرداد كل هداياه بعينها إن كان قائماً، وبتعويض قيمته أو احضار مثله إن هلكت الهدية أو استهلك⁽²⁾.

أما الشافعية فرد الهدية حق للخاطبين، سواء كانت موجودة أو استهلكت، فعلى كلاهما رد قيمتها حال استهلاكها لأن الهدايا قدمت من أجل النكاح واتمامه، وإن كانت النية من أجل الهدية فقط فلا رجوع⁽³⁾.

أما عند الحنابلة فمصير الهدايا حال العدول عن الخطبة من الطرفين، هو عدم المطالبة بها واستردادها موجودة كانت أو مستهلكة، وحكم الهدايا حكم الهبة ولا رجوع فيها إلا للوالدين⁽⁴⁾. بعد عرض ما قرره الفقهاء بشأن الهدايا عند العدول فالترجيح يكون للمذهب المالكي لأنه أقرب الآراء لإنصاف المتضرر من عدول أحد الطرفين عن الآخر.

2- في قانون الأسرة الجزائري:

جاءت في المادة الخامسة، الفقرة الثالثة من قانون الأسرة الجزائري لتبيّن مآل الهدايا بين الخاطبين حال العدول، حيث جاء في نصها: "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته"، والنص القانوني تعاطى مع مسألة حساسة قد تنشأ عند العدول عن الخطبة نظراً لما يقدّم فيها من هدايا ثمينة في مناسبات مختلفة، وتكون مرهقة للخاطب، من شأنها أن تثير الكثير من النزاعات، لكن قانون الأسرة الجزائري عند تعاطيه مع مسائل هدايا الخطبة عند العدول سكت عن كثير من أحكامها، وهو ما سأتناوله في النقاط التالية:

3- المسكوت عنه في هدايا الخطبة بعد العدول:

حاول قانون الأسرة الجزائري من خلال نص المادة الخامسة الفقرة الثالثة، الامام بالمشكلات التي تعترى الهدايا المقدمة في الخطبة بعد العدول، لكنه رغم ذلك سكت عن بعض المسائل وهي:

(1) محمد محدة، الخطبة والزواج، مطابع عمار قرني، باتنة، الجزائر، ط2، 1994، ص61.

(2) الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار المعارف، (د.ط، د.ت)، ج2، ص348.

(3) البجيرمي، المرجع السابق، ج3، ص330. جميل فخري جانم، التدابير الشرعية للحد من العدول، المرجع السابق، ص ص116-117.

(4) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج6، ص65.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

3-1- سكت قانون الأسرة عن رد الهدايا في حال الاستهلاك، فالنص في شقه الأول كان متوافقا مع المذهب المالكي، أما في شقه الثاني فقد خالفه، حيث نصت المادة أنه لا يمكن رد الهدايا إن استهلك، سالكا بذلك مسلك المذهب الحنفي في عدم رد الهدايا⁽¹⁾، لكن نحن نعلم أن المتعارف عليه في الجزائر متوافق مع المذهب المالكي في رد الهدايا ولو استهلك، فكان على القانون الأخذ برأي المالكية كاملا، لأنه رأي منصف يحتمل المتسبب في العدول مسؤولية عدوله، ورضاه بما ينتج عنه من ضرر نتيجة فقدان هداياه، وبالمقابل رد الهدايا التي قُدمت له ولو استهلك أو هلك.

سكوت قانون الأسرة عن هذا الشق من النص لا يعد إنصافا، كون الخاطب قد يقدم للمخطوبة هدايا ثمينة (كالمصوغ والحلي..) ثم تنقل ملكيته سواء بصورة مباشرة، أو تحايلا كإهداء أو وهبها للغير، وعند المطالبة بها تزعم هلاكها أو استهلاكها، وبالرجوع للنص القانوني نجده يطالب المخطوبة برد ما هو موجود وقائم، وما استهلك أو هلك فلا مجال لإرجاعه، ففي هذه الحالة ينتفي العدل، فالمذهب المالكي كما نعلم يفرض على المخطوبة العادلة عن الخطبة إرجاع الهدية الهالكة أو المستهلكة بمثلها أو قيمتها⁽²⁾.

3-2- قانون الأسرة الجزائري سكت عما تقدمه المخطوبة من هدايا للخاطب، فمن باب أولى مادام الخاطب لا يمكنه استرداد هداياه إن عدل عن الخطوبة، فكذلك المخطوبة لا تسترد شيئا مما أهدته إن كان العدول منها⁽³⁾.

3-3- سكت قانون الأسرة كذلك عن المثيلة، فنص في المادة الخامسة الفقرة الثالثة عن استرداد الهدايا بعينها إن كانت قائمة، وبقيمتها إن استهلك، وكان عليه أن ينص على المثيلة⁽⁴⁾، أي أن يقوم العادل منهما برد مثلها إن كانت من المثليات، وقيمتها يوم القبض إن استهلك أو هلك⁽⁵⁾.

3-4- سكت القانون كذلك عن المتسبب في العدول، فقد يكون العدول أحيانا نتيجة ضغط من أحد الطرفين على الآخر، يفرض أحدهما شروطا تعجيزية، كطلب المخطوبة سيارة خاصة، أو إطالة مدة الخطبة بدون سبب مقنع⁽⁶⁾، ويكون على القاضي أعمال سلطته التقديرية في هذا المقام بحثا وتقصيا

(1) الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2008، ص42.

(2) الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص43.

(3) الرشيد بن شويخ، نفس المرجع، ص44.

(4) العربي بلحاج، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د.ط)، 2014، ص64.

(5) فالقاعدة في الضمان تقضي أنه يلزم في المثلي من الجهاز مثله كالحبوب والثمار، وفي المقوم قيمته مثل الحلي والثياب. الصادق الغرياني،

الفقه المالكي وأدلته، دار الريان، بيروت، لبنان، ط1، 2002، ج2، ص504.

(6) في هذه الحالة عبي الاثبات يكون على عاتق الطرف العادل (المدعي) وبيين السبب.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

وراء الدوافع الحقيقية⁽¹⁾ التي أدت للعدول، بغض عن النظر عن صدر منه، والتعويض في هذه الحالة يكون على عاتق المتسبب دون الطرف الصادر منه العدول⁽²⁾.

أما قرارات المحكمة العليا فقد تناولت مسألة العدول، ففي إحداها تضمن عدولا من الخاطب، وقد نص القرار على : "من المقرر قانونا أنه لا يسترد الخاطب مما أهداه إذا كان العدول منه، ومتى تبين -في قضية الحال- أن الطرفين جرت بينهما خطبة زواج ثم وقع العدول عن الخطبة من طرف الخاطب"⁽³⁾، وفي قرار آخر كان العدول من المخطوبة جاء فيه : "من المقرر قانونا أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمامها الزواج، أن ترد ما لم يستهلك من هدايا وغيرها"⁽⁴⁾.

يلاحظ من خلال هذين القرارين أنهما لم يخالفا ما جاءت به الفقرة 03 من المادة 05 وبالتالي وافقا ما جاء به قانون الأسرة الجزائري في المواد المذكورة سابقا، وكان على قضاء المحكمة العليا استكمال ما سكت عنه قانون الأسرة في نصوصه.

يرجح سبب سكوت القانون عن هذه المسألة هو ترك المجال للعرف⁽⁵⁾ لأن أحكام الخطبة غالبا ما تحكمها الأعراف الصحيحة السائدة في البلاد، أو اتباعه لما قرره المذهب المالكي عند رد هدايا الخطبة في حال العدول وهو الأخذ بالعرف أو الشرط بين الطرفين فإذا لم يوجد يُعمل بما قرره المذهب.

في القانون المقارن عدل قانون الأحوال الشخصية السوري عن اتباع المذهب الحنفي في رد هدايا الخطبة، واتباع المذهب المالكي وهذا بعد تعديله سنة 2019⁽⁶⁾، حيث نص في المرسوم التشريعي 59 لسنة 1953 في الفقرة 03 من المادة 04 قبل التعديل على أنه : "تجري على الهدايا أحكام الهبة"، وأما بعد تعديل قانون الأحوال الشخصية بالقانون 04 لسنة 2019 فقد نصت الفقرة 03 من المادة 04 على: "إذا عدل أحد الخاطبين عن الخطبة بسبب مقبول فيسترد ما أهداه إلى الآخر إن كان قائما أو قيمته يوم القبض ما لم يكن هناك عرف أو شرط بخلاف ذلك"، وفي هذه المادة كانت المرجعية

(1) ربط مصير الهدايا في العدول بالسبب المبرر للعدول، يشجع الطرف المحتفظ بالهدايا أو الذي يريد استرجاعها، بالافتراء على الآخر وقذفه بما يسيء سمعته وعرضه وأخلاقه، فالقضاء في غنى عن مناقشة مثل هذه الوقائع، ليحكم في مصير الهدايا، وقد اقترح الأستاذ أحمد الخليلي لتفادي الصعوبات العملية في استرجاع الهدايا تطبيق أحكام الهبة على هدايا الخطبة، خاصة وأن قولاً منسوباً للمذهب المالكي يؤيد ذلك. للمزيد انظر أحمد الخليلي، من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة "الزواج"، دار الكلمة، مصر، ط1، 2015، ج1، ص115.

(2) محمد محدة: الخطبة والزواج، ص64. محفوظ بن صغير، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص68. الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص44.

(3) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 219313، 16/03/1999، م ق، 2001، عدد خاص، ص39. انظر جمال سايس، الاجتهاد القضائي الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، الجزائر، ط1، 2013، ج2، ص1008.

(4) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 92714، 13/07/1993، م ق، 1995، ع1، ص128. انظر جمال سايس، نفس المرجع، ج2، ص797.

(5) ذلك لكون العرف له اعتباره في الشرع، فالقاعدة الفقهية تقول: "المعروف عرفا كالمشروط شرطا"، والكثير من أحكام الخطبة يحكمها العرف.

(6) قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

الفقهية للمشرع السوري ما قرره المذهب المالكي في هدايا الخطبة، وهو توجه في محله لإضفاء العدالة بين الخاطبين.

ب- مآل الهدايا في حال انقضاء الخطبة بالوفاة:

سكت قانون الأسرة الجزائري ولم يتطرق لمسألة استرداد الهدايا عند موت الخاطب أو المخطوبة، لكن في الفقه الإسلامي⁽¹⁾ ذهب جمهور الفقهاء من حنفية، ومالكية، وحنابلة، إلى أن الأصل فيه عدم الاسترداد⁽²⁾، ففي المذهب الحنفي مثلا تأخذ الهدية أحكام الهبة، لأن من موانع الرجوع في الهبة موت الواهب فيسقط حقه في استرداد ما وهب، والعكس إن مات الموهوب له فلا مجال لاسترداد الهدية لأنها أصبحت من نصيب الورثة.

أما المقرر في المذهب الشافعي⁽³⁾ هو إرجاع الهدايا بقيمتها إن كانت قيمة إن استهلكت، وبعينها إن مازالت بحوزة الطرف الآخر، وحجتهم في ذلك أن الهدايا قدمت من أجل الزواج وهذا الزواج لم يتم لوقوع حادثة الوفاة.

سكوت قانون الأسرة الجزائري في هذا المقام غير مبرر كون حادثة الوفاة قد تقع في أي لحظة خلال فترة الخطبة، بل وقد تقع والخطبان في حال العدول وبالتالي قد يكيف الطرف الآخر المسألة حسب هواه، وهو ما دفع ببعض فقهاء القانون⁽⁴⁾ إلى جعل حكم الهدايا عند وفاة أحد الأطراف -في خلاف مؤدي إلى العدول- هو نفس حكم الهدايا عند الوفاة خلال فترة الخطبة العادية، حتى ولو كان المتوفي هو المتسبب في العدول.

وقانون الأحوال الشخصية السوري تدارك الأمر بإضافة نص قانوني يتعرض لمصير هدايا الخطبة حال الوفاة بعد التعديل، وكان قبل التعديل مغفلا لها، من خلال إضافة فقرة جديدة في المادة 04 من التعديل الأخير، حيث نصت الفقرة الجديدة على: "إذا انتهت الخطبة بالوفاة أو بسبب لا يد لأحد الخاطبين فيه أو بعارض حال دون الزواج فلا يسترد شيء من الهدايا"⁽⁵⁾، وتطرقت بعض التشريعات الأخرى كذلك لمصير هدايا الخطبة بسبب الوفاة ومنها قانون الأحوال الشخصية الكويتي

(1) للمزيد انظر عبد الناصر العطار، خطبة النساء، مطبعة السعادة، مصر، (د.ط.)، 1976، ص14. جميل فخري جانم، مقدمات عقد الزواج، المرجع السابق، ص ص271-272.

(2) بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2000، ج10، ص190. المرادوي، الإنصاف في معرفة

الراجح من الخلاف، تحقيق عبد التركي وعبد الفتاح الحلو، هجر للطباعة والنشر، مصر، ط1، 1995، ج21، ص ص248-249.

(3) سئل: "عمن خطب امرأة، ثم أنفق عليها نفقة ليتزوجها، فهل له الرجوع بما أنفقه أم لا؟"، (فأجاب) بأن له الرجوع بما أنفقه على من دفع له، سواء كان مأكولا، أو مشروبا، أم ملبسا، أم حلوا، أم حليا، وسواء رجع هو، أم مجيبه، أم مات أحدهما، لأنه إنما أنفقه لأجل تزوجها، فيرجع به إن بقي، وببدله إن تلف". البكري الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، دار الفكر للطباعة والنشر، (د.م)، ط1، 1997، ج3، ص310.

(4) محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، دار محمود، مصر، ط8، 1998، ج1، ص36.

(5) قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

(1) فجاء في المادة 06 فقرة ب منه: "وإذا انتهت بالوفاة أو بعارض دون الزواج، لم يسترد شيء من الهدايا".

المعمول به في القوانين المقارنة مناسب لاسترداد الهدايا حال وفاة أحد الطرفين، وعليه نقترح إضافة فقرة للمادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري تكون كالتالي: "إذا انتهت الخطبة بوفاة أحد الطرفين أو بعارض حال دون الزواج انتفى حق الآخر في استرداد ما أهداه".

ج- مآل الهدايا في حال انقضاء الخطبة بالاتفاق بين الطرفين

سكت قانون الأسرة الجزائري عن مسألة انتهاء الخطبة بالاتفاق بين الطرفين أي بالتراضي، كونها مسألة واردة الحدوث لأن النص القانوني تكلم فقط على مصير الهدايا حين عدول أحد الطرفين⁽²⁾، وعليه فالراجح هو الحكم بما اتفق عليه الطرفين حول مصير الهدايا، وبالتالي فإن تم الاتفاق بين الطرفين على أن كل طرف يسترجع هداياه فالأمر منته، وإلا ينظر إلى المتسبب في العدول قبل الاتفاق، ونطبق ما قرره المذهب المالكي إذا كان العدول من الخاطب أو المخطوبة، وإلا فالسلطة التقديرية للقاضي هي الحكم في تحديد مصير الهدايا.

في القانون المقارن نجد أن قانون الأحوال الشخصية الكويتي تعرّض لمسألة العدول باتفاق الطرفين حيث جاء في المادة 06 فقرة أ: "إذا انتهت الخطبة بعدول الطرفين، فإن كان بسبب من أحدهما، اعتبر عدول الآخر بمقتض، وطبقت الفقرة ب من المادة السابقة وإلا أسترده كل منهما ما أهداه إن كان قائما"، ويُفهم من خلال هذه المادة أنه إذا كان العدول بالاتفاق، وتبين بعد ذلك أن إحداهما متسبب فيه، حينئذ يعتبر العدول مسببا، وتطبق الفقرة "ب" من نص المادة 05 والتي تنص على: "وإن كان العدول بمقتض، استرد ما أهداه إن كان قائما أو قيمته يوم القبض إن كان هالكا أو مستهلكا" والأمر سيان للخاطب والمخطوبة، ومرجعية قانون الأحوال الشخصية الكويتي في هذه المادة كانت المذهب المالكي⁽³⁾.

ثانيا- المسكوت عنه في مآل الصداق بانقضاء الخطبة بالعدول أو الوفاة أو بالاتفاق

قد يُقدّم بعض الصداق أو جله خلال فترة الخطبة، كبادرة حُسن نية من الخاطب على صدقه وقرب موعد الزفاف، وكما هو معلوم ففترة الخطبة قد تعتمرها بعض الظروف تجعل الخلاف يدب بين الخاطبين مما ينجّر عنه عدول أحد الطرفين أو كلاهما، فما هو مصير الصداق حينئذ؟

(1) قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984، المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996 و29 لسنة 2004 و66 لسنة 2007، وزارة العدل الكويتية، ط1، 2011.

(2) الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص45.

(3) قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المرجع السابق.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

أ- مآل الصداق في حال انقضاء الخطبة بالعدول:

جاء الكلام في الفقرة الرابعة من المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري على هدايا الخطبة فقط، وسكت القانون عن الصداق المقدم لها أو لوليها خلال فترة الخطبة، سواء كان كاملاً أو جزء منه، كناية عن البدء في التحضير للزواج، على اعتبار أن الصداق شرط من شروط الزواج بنص المادة 09 مكرر من القانون سالف الذكر، فما هو مصير الصداق إذا وقع خلاف بين الخاطبين خلال فترة الخطبة؟

1- في الفقه الاسلامي: للفقهاء في رد الصداق بعد العدول قولان:

القول الأول: وهو للمذهب المالكي⁽¹⁾ فينظر إلى مصدر العدول فإن كان من المخطوبة رُد للخاطب كامل صداقه، وإن كان من الخاطب فيسترده بعينه إن كان قائماً، وبقيمته إن استهلك، وإن هي تصرفت فيه فيُرجع عليه بما اشترت به من جهاز، والعرف محكّم في هذه المسائل، لأن المخطوبة قد تشتري بمبلغ الصداق جهازاً تحت نظر الخاطب وبإيعاز منه، فليس من العدل أن يطالب بما أعطاه نقداً، فإما يقبل بالجهاز أو ثمن ما بيع به الجهاز ولو قل⁽²⁾، وجاء في شرح الزرقاني على مختصر خليل: "لو خطب شخص امرأة ودفع لها الصداق قبل العقد فتجهزت به ثم لم يحصل عقد لمنازعتها فهل يرجع بما اشترته أو بالتقدير، والظاهر الأول إن أذن لها أو علم أو جرى به"⁽³⁾.

القول الثاني: وهو لجمهور الفقهاء⁽⁴⁾ فقد اتفقوا على أن الخاطب يسترد كل ما قدمه سواء كان قائماً أو هالكا أو مستهلكا، فإن هلك أو استهلك رده بالمثل إن كان مثلياً، وبالقيمة إن كان قيمياً، بغض النظر عن سبب العدول الخاطب أو المخطوبة⁽⁵⁾، لأن حجته أن الصداق لا يجب إلا بالعقد الصحيح أو الدخول.

بناء على ما تناولته فالراجح ما قال به المالكية، كون العدول من الخاطب ليس كالعدول من المخطوبة، ومسألة أخرى قد تحدث وهو أن يكون المتسبب في العدول الطرف الآخر غير العادل⁽⁶⁾، هذا الأخير هو الذي يتحمل الفارق بين القيمتين وهما قيمة الجهاز بعد بيعه وقيمة الصداق المعطى⁽⁷⁾.

(1) عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2002، ج4، ص55.

(2) محمد الكشيبور، المرجع السابق، ج1، ص212.

(3) عبد الباقي الزرقاني، المرجع السابق، ج4، ص55.

(4) البجيرمي، المرجع السابق، ج3، ص429. ابن عابدين، المرجع السابق، ج3، ص153. ابن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، (د.م)، ط7، 1989م، ج2، ص193.

(5) وهبة الزحيلي: موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج8، ص39.

(6) قد يحدث طارئ يؤدي إلى عجز أحدهما، أو ظهور عيب لم يكن أحدهما يعلمه في الآخر.

(7) هناك من يذهب إلى أنه في حالة تحويله إلى جهاز، يكون الخيار للمخطوبة برد مثله أو قيمته وتحتفظ بالجهاز، أو تتخلى عن الجهاز

2- في قانون الأسرة الجزائري:

سكت قانون الأسرة الجزائري ولم يعالج مسألة الصداق المقدم خلال الخطبة قبل التعديل وبعده لا بشكل صريح ولا ضمني⁽¹⁾، مما يجعل القاضي عند حكمه يطبق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري والتي ترجعه إلى أحكام الشريعة الإسلامية والمنفتحة على كل المذاهب الفقهية، لكنه في نفس الوقت عند الرجوع إلى المادة سالفة الذكر قد يثار إشكال من شأنه أن يجعل الأحكام القضائية مختلفة، وذلك لاختلاف الفقهاء في مصير الصداق المقدم خلال الخطبة.

يرجح سبب سكوت قانون الأسرة الجزائري عن الصداق المقدم خلال الخطبة كونه لا يثبت إلا بالعقد الصحيح، ووجب على المشرع وضع حلٍ للمسألة لتدارك الفراغ القانوني، كون هذا الأمر كثير الحدوث في مجتمعنا⁽²⁾، وهو ما اثبتته الاجتهاد القضائي من معالجه مسائل الصداق المعجل خلال فترة الخطبة، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا: "...وأن قضاة القرار المطعون فيه ثبت لهم عدول الطاعنة عن إتمام الزواج دون مبرر شرعي أو قانوني، وأن هذا العدول لا يمكن شرعا ولا قانونا أن يتحمل المطعون ضده الخسائر و الأضرار المترتبة عليه، مما دفعه من هدايا وغيرها، خاصة تلك التي قدمها للطاعنة بهدف إتمام الزواج، وقد أتاحت المادة 5 من ق.أ للخطاب أن يستعيد كل ما لم يستهلك من الهدايا إذا عدلت المخطوبة عن الخطوبة فأحرى وأولى أن يكون له ذلك في حالة عدول الزوجة عن إتمام الزواج دون مبرر شرعي أو قانوني"⁽³⁾، وفي هذا القرار اعتبر الصداق لا يثبت إلا بالعقد الصحيح.

جاء في قرار آخر للمحكمة العليا⁽⁴⁾: "أنه يتبين من أوراق الطعن أن الطرفين قد جرت بينهما خطبة نكاح ثم زالت بعدول الخاطب عنها لذلك لا يعتبر ما قدمه إلى المخطوبة من حلي ونقود صداقا، وإنما يعتبر من الهدايا التي يقدمها الخاطب إبان فترة الخطبة إلى المخطوبة، وبالتالي لا يحق له استرداد ما اهداه لها طالما كان العدول منه..."، ويستشف من هذا القرار أن الاجتهاد القضائي سار على مذهب جمهور الفقهاء على اعتبار أن الصداق لا يثبت إلا بالعقد، لكن ما قرره بشأن الحلي و النقود يشوبه الغموض، حيث كيفها على أنها هدايا وليست صداقا، ولم يستند على أي قاعدة تجعل قراره مسببا عليها، وكان على القضاة رد هذه المسألة إلى العرف الجاري، باعتباره الفيصل في حل الخلاف عند

للخطاب، الذي له أن يرفضه إن كان ثمنه وقت الاسترجاع أقل مما تم شراءه به، فهنا يتقاسم الطرفان تعويض الفارق، أو يباع في المزداد العلي وما نقص من ثمنه يتحمله المتسبب في العدول. للمزيد انظر أحمد الخليلي، المرجع السابق، ج1، ص118.

(1) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة الجزائر، ط4، 2010، ص20. سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص38.

(2) رجح الأستاذ الرشيد بن شويخ سبب سكوت المشرع عن المهر خلال الخطبة، كون المشرع الجزائري نظر إلى عادات المجتمع الجزائري والمتعارف عليه دفع المهر بعد أو أثناء العقد وليس أثناء الخطبة. انظر، الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص48.

(3) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 92714، 1993/07/13، مذكور سابقا.

(4) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 219313، 1999/03/16، مذكور سابقا.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

الالتباس في تكييف هذه الوضعية (الهدايا) كونها صداق أو هدية، ولأن في التشريع المقارن وبالتحديد "المصري" وقع خلاف على أن "الشبكة"⁽¹⁾ هل تعتبر من هدايا الخطبة؟، فجاء الجواب على أنها تعتبر من هدايا الخطبة، ولا تعتبر مهرا إلا في حالتين: إذا اتفق على أنها مهر، أو جرى العرف على اعتبارها مهرا⁽²⁾.

أما في القوانين المقارنة فجل تشريعات الأسرة للبلاد العربية عالجت الصداق بعد العدول⁽³⁾، لكنها اختلفت باختلاف الفقهاء ففريق اتبع جمهور الفقهاء في استرداد الصداق مهما كان العادل⁽⁴⁾، وفريق اتبع المذهب المالكي منها مدونة الأسرة المغربية حيث جاء في المادة التاسعة منها: "إذا قدم الخاطب الصداق أو جزء منه، وحدث عدول عن الخطبة أو مات أحد الطرفين أثناءها، فللخاطب أو لورثته استرداد ما سلم بعينه إن كان قائما، وإما فمثله أو قيمته يوم تسلمه. إذا لم ترغب المخطوبة في أداء المبلغ الذي حول إلى جهاز، تحمل المتسبب في العدول ما قد ينتج عن ذلك من خسارة بين قيمة الجهاز والمبلغ المؤدى فيه"⁽⁵⁾، فمدونة الأسرة المغربية في الفقرة الأولى منها تكلمت عن الصداق القائم غير المتصرف فيه، وأوجبت ارجاعه كاملا، بغض النظر عن المتسبب في العدول، والفقرة الثانية تكلمت حال تصرف المخطوبة في قيمة الصداق والشراء به أو بجزء منه جهازا، فخير المخطوبة بين الاحتفاظ بالجهاز وارجاع الصداق نقدا، أو إن رفضت تحمّل المتسبب في العدول فارق الثمن بين قيمة الجهاز ومبلغ الصداق المؤدى.

ب- مآل الصداق في حال انقضاء الخطبة بالوفاة:

كما هو الحال في مصير الهدايا بسبب وفاة أحد الخطيبين، سكت قانون الأسرة الجزائري كذلك عن مصير الصداق المقدم خلال الخطبة حال وفاة أحد الخطيبين، وهو أمر ليس بغريب مادام أنه سكت عن الصداق بالجملة، والمجمع عليه عند فقهاء الشريعة أن استرداد الخاطب ما دفعه من صداق للمخطوبة يكون بعينه إن كان قائما، وبمثله إن كان مثليا إن هلك أو استهلك، وبقيمته إن كان قيميا⁽⁶⁾، لأن الصداق من متطلبات الزواج وليس من متطلبات الخطبة، والدليل على ذلك أن الزوجة

(1) وهي أشياء ذات قيمة غالبا ما تكون من الحلي يقدمها الخاطب للمخطوبة وقد تكون في بعض الأحيان نقودا.

(2) محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ج 1، ص 30-31. المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 92714، 13/07/1993، مذكور سابقا.

(3) سكت القانون الليبي الذي يحوي الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق عن مسألة الصداق كأثر من آثار العدول عن الخطبة. انظر قانون رقم

(10) لسنة 1984 الليبي بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهم.

(4) المادة 19 الفقرة 2 من قانون الأحوال الشخصية العراقي، المرجع السابق. المادة 31 من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين السوداني،

المرجع السابق.

(5) مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

(6) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 8، ص 39.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

لو طُلِّقت بعد العقد وقبل الدخول فلا يحق لها إلا نصفه، ومادامت المرأة بعد العقد لا تملك إلا نصف الصداق فكيف لها قبل العقد، فالمهر الذي تحوزه هو ملك للخاطب لا ملكها⁽¹⁾.
والحل يوافق ما ذهب إليه الفقهاء كون الوفاة حادث مفاجئ لا دخل للإنسان فيه، والخطبة مجرد وعد بالزواج، ولا تستحق المخطوبة شيئاً من الصداق لأن الزواج لم يتم، ولو اشترت بمبلغ الصداق جهازاً فلا يعتبر رده بعينه بل ترده ما لا لورثة الخاطب.

أما في قرارات المحكمة العليا فلم أجد -حسب علمي- أي قرار يعالج هذه المسألة.
وقد أحسن المشرع السوري صنعا عندما عدّل النصوص القانونية التي تنظم الصداق حال الخطبة، خاصة عند وفاة أحد الخطيبين، حيث أضاف للمادة 4 فقرة جديدة وهي الفقرة 1 وتنص على: "عدول أحد الخاطبين عن الخطبة أو وفاته يجيز للخاطب أو لورثته استرداد ما أداه من المهر أو قيمته إن تعذر رده بعينه"⁽²⁾، حيث أضاف المشرع السوري حالة "الوفاة" لأحد الخاطبين خلال الخطبة كسبب من أسباب رد الصداق، وبذلك حسم الأمر حيث أن الصداق يرد عينا أو بقيمته.
ونص قانون الأسرة القطري في المادة السابعة⁽³⁾ الفقرة الثانية على أنه: "إذا سلم الخاطب لمخطوبته قبل العقد مالا على أنه من المهر، ثم عدل أحد الطرفين عن الخطبة، أو مات أثناءها، فيحق له أو لورثته، استرداد ما سلم بعينه إن كان قائماً، وإلا فمثله أو قيمته يوم القبض". فقانون الأسرة القطري جعل للعرف والاتفاق نصيب من النص، فعبارة "مالا على أنه من المهر" تجعل المال من غير المهر يكتف كهدايا، وأحسن صنعا في هذه الجزئية، أما مصير الصداق هو استرداده في حال الوفاة كما سبق تفصيله.

لكن ما نلاحظه من خلال التشريعات التي فصّلت في مصير الصداق في حال وفاة أحد طرفي الخطبة، لم تبين مصير الصداق في حال ما إذا أُشترى به جهاز (كله أو جزئه)، فمن المعقول أنه حال وفاة الخاطب فالمخطوبة مُطالببة برد الصداق لورثة الخاطب، بعينه إن كان قائماً وبمثله من المثليات إن هلك أو استهلك، وبقيمته إن كان قيمياً، وفي حال وفاة المخطوبة فيُرجع للخاطب بما اشترت به من جهاز.

ج- مآل الصداق في حال انقضاء الخطبة بالاتفاق :

سكت قانون الأسرة الجزائري عن مصير الصداق في حال انقضاء الخطبة بالاتفاق بين الطرفين بالتراضي، والمعلوم أنه إذا اتفق على إنهاء الخطبة بالتراضي فإنه يسري على جميع جوانبها من صداق وهدايا، وفي الصداق إذا اتفق الخاطبان على إرجاعه فلهما الخيار سواء نقداً أو جهازاً

(1) محمد محدة، المرجع السابق، ص 60.

(2) قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق.

(3) القانون رقم 22 لسنة 2006 بإصدار قانون الأسرة القطري.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

حسب الحالة، وإلا تطبق ما سبق بيانه في استرداد الصداق عند العدول من أحد الطرفين، مع الاخذ بعين الاعتبار المتسبب في العدول في حال وجود جهاز، والسلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تحديد وضعية الصداق والحكم باسترداده.

رغم أن جل تشريعات الأسرة للبلاد العربية تطرقت لمسألة مآل الصداق المقدم في الخطبة عند العدول أو الوفاة، لكنها لم تتطرق لهذه الأخيرة عند العدول بالاتفاق بين الطرفين، أو بحدوث طارئ يحول دون إتمام الزواج، والتي لم يغفلوا عنها حال معالجتهم لمآل هدايا الخطبة.

المبحث الثالث: المسكوت عنه في تكوين عقد الزواج وإنشائه

لعظم مكانة عقد الزواج ولخطورته لما يتعلق به من الاحتياط للفروج والمحافظة على الأنساب أحاطته الشريعة الإسلامية بضوابط تمثلت في أركان وشروط تبعده عن كل سبب يساهم في بطلانه أو فساده، ومن باب الحرص على شدّ رباط الزواج وليُبرم على أكمل وجه، ولتحقق الهدف الأسى منه، من مودة ورحمة واحصان بين الزوجين، وللمبحث في المسكوت عنه في أركان عقد الزواج وشروطه قسمت هذا المبحث إلى مطلبين، فتعرضت في المطلب الأول للمسكوت عنه في أركان عقد الزواج (ركن الرضا)، ثم للمسكوت عنه في الشروط الموضوعية لعقد الزواج في مطلب ثان.

المطلب الأول: المسكوت عنه في أركان⁽¹⁾ عقد الزواج

عقد الزواج كغيره من العقود الأخرى يقوم على أركان وشروط تضبطه، وقد اختلف الفقهاء في تحديد أركان عقد الزواج، ولم يكن هذا الاختلاف بين المذاهب فقط، بل يتعداه إلى داخل المذهب الواحد فالمالكية مثلا اختلفوا في تصنيف بعض الأركان شروطا وبعضها الآخر أركانا.

وفرق الفقهاء بين أركان عقد الزواج وشروطه من كون الأركان يترتب تخلفها بطلان عقد النكاح بطلانا مطلقا (الصيغة مثلا)، أما شروط الصحة فتخلفها يترتب البطلان النسبي الذي يؤدي إلى تصحيح ذلك الفساد (تخلف الصداق مثلا)⁽²⁾.

تأثر المشرع الجزائري بالخلاف الواقع بين الفقهاء في الأركان والشروط وكان له توجيهين، فقبل تعديل قانون الأسرة نصت المادة 09 على: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصداق"، ومن خلال هذه المادة يتضح أنه اتبع المذهب المالكي من خلال جعل أركان عقد الزواج متمثلة في الصيغة "الرضا"، والولي والشاهدين والصداق، أما بعد تعديل 2005 فقد حصر الأركان كلها فقط في ركن واحد وهو "الرضا"، مما ينم على اتباعه للمذهب الحنفي بدل المالكي، وعليه ولمعالجة الأركان وما سكت عنه القانون فيها، قسمت هذا المطلب إلى فرعين متناولا في الأول أركان عقد الزواج في الفقه والقانون، متعرضا في فرع آخر المسكوت عنه في ركن عقد الزواج (الرضا).

(1) الركن في اللغة: ركن يركن ركونا، والركن: كل ناحية قوية من نواحي جبل أو دار أو قصر، والركن الجانب الأقوى من كل شيء. اسماعيل بن عباد، معجم المحيط في اللغة، تحقيق محمد حسن آل ياسين، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط1، 1994، ج6، ص248. أما في الاصطلاح ما توقف عليه وجود الشيء وكان جزءا من ماهيته وداخلا فيه. انظر محمد عبد اللطيف قنديل، فقه النكاح والفرائض، (د.ن، دم، د.ت)، ص 68. وأركان الشيء أجزاء ماهيته، والماهية لا توجد بدون جزئها، فكذا الشيء لا يتم بدون ركنه. انظر، الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، (د.م)، ط2، 1994، ج5، ص46.

(2) تخلف ركن من الأركان يعتبر من النظام العام، يثيره القاضي من تلقاء نفسه، عكس تخلف شرط من شروط الصحة التي تتعلق بأطراف العقد فقط. انظر فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجزائري الجديد، منشورات أمين، الجزائر، (د.ط)، 2008، ص14.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

الفرع الأول: أركان عقد الزواج في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في تحديد أركان عقد الزواج، إلا أنهم اتفقوا على أن الصيغة "الرضا" الركن الأساسي له، وأقوالهم كالتالي:

- الحنفية: أركان عقد الزواج اختصرها فقهاء الحنفية في ركن واحد والمتمثل في الإيجاب والقبول⁽¹⁾، أما الباقي فهي شروط، لأن كل عقد عندهم مكون من عاقدين، ومعقود عليه، والصيغة (الإيجاب والقبول)، ولأن الصيغة تستلزم وجود العاقدان والمعقود عليه، فاقترصر أكثر الفقهاء على الصيغة فقط (الإيجاب والقبول)⁽²⁾.

- المالكية: وقع خلاف في المذهب المالكي في أركان عقد الزواج فقول فيه يذهب إلى اعتبار الأركان أربعة وهي الصيغة والمحل (الزوجان)، والصداق والعاقد (الولي)⁽³⁾، وقول آخر ذهب إلى أنها خمسة، الزوج والزوجة، والولي، والصداق، والصيغة⁽⁴⁾، واعتبر قول آخر أركان عقد الزواج ثلاثة، ولي، ومحل، وصيغة (المحل عند المالكية هما الزوج والزوجة)، وعلل هذا القول على استثناء الصداق اعتباره شرط صحة لا ركناً، والدليل صحة نكاح التفويض⁽⁵⁾.

- الشافعية: وأركان عقد الزواج عند الشافعية⁽⁶⁾ تتمثل في الزوجين، والصيغة، والولي، والشهود، وفيهم من اعتبر الزوجان ركناً واحداً، فأصبحت الأركان أربعة لتعلق العقد بالزوجين⁽⁷⁾.

- الحنابلة: جلّ فقهاءهم عدّ أركان العقد ثلاثة، وهم الزوج، والزوجة، والإيجاب والقبول، ولم يذكر الزوجان في مصنفات أخرى⁽⁸⁾، كون الزوجان أمر واضح والأصل هي الصيغة⁽⁹⁾.

الملاحظ بعد تبين موقف الفقه من مسألة تحديد أركان عقد الزواج والاختلاف الحاصل بين الفقهاء في تحديد ما هو ركن مما هو شرط (حتى داخل المذهب الواحد)، وجود اضطراب في التمييز بينهما، ما انعكس سلباً على تحديد الزواج الفاسد من الباطل، وأثر كذلك على قانون الأسرة لأن الاختلاف بين الركن والشرط يترتب عليه الاختلاف في الأثر المترتب عن تخلف أحدهما.

(1) المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق طلال يوسف، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (د.ط. د.ت)، ج1، ص185.

(2) عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم الكويت، ط2، 1990، ص22.

(3) المواق المالكي، التاج والاكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1994، ج5، ص42..

(4) ابن جزي، القوانين الفقهية، (د.ن، د.م، د.ط، د.ت)، ص131.

(5) الصاوي، المرجع السابق، ج2، ص335.

(6) زكرياء الانصاري، فتح الوهاب شرح منهج الطلاب، دار الفكر، سوريا، (د.ط)، 1994، ج2، ص41.

(7) الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، طبعة أخيرة، 1984، ج6، ص209.

(8) "المقنع" و"المنتقى".

(9) الرحيباني، المرجع السابق، ج5، ص46.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

الفرع الثاني: أركان عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

جاء في قانون الأسرة 11/84 الصادر في 09 جوان 1984 قبل التعديل في المادة التاسعة منه: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصدّاق"، والملاحظ أن قانون الأسرة الجزائري في هذه المادة لم يفرّق بين الركن والشرط، وجمعهما في نص واحد، متبعا في ذلك أحد أقوال المالكية مع إضافة ما لم يرد في أقوالهم كلها وهو شرط الشاهدين، وجعله ركنا قبل التعديل، أما بعد التعديل استدرك المشرع الأمر وأعاد صياغة المادة، حيث اختصر الأركان كلها في ركن واحد وهو التراضي، المتمثل في الصيغة وهي "الايجاب و القبول" بنص المادة 10 منه، متبعا في ذلك المذهب الحنفي، وما إضافة لفظ "رضائي" في تعريف الزواج في المادة الرابعة من قانون الأسرة المعدل، إلا دليل على نية المشرع في تكريس رضا الطرفين، مما ساهم في اختصار الأركان في ركن واحد تأكيداً لحرية العاقدان في التعبير عن الإرادة⁽¹⁾.

الملاحظ كذلك أن المشرع الجزائري لم يصنف ويرتب المواد المنظمة لعقد الزواج في تقنين الأسرة تصنيفاً وترتيباً منطقياً، حيث جعل تعريف عقد الزواج (المادة 04) تحت قسم الخطبة، وكان حريا به أن يجعله تحت القسم الثاني وهو الزواج، وأما جعله للمادة 09 (ركن الرضا) تحت أركان الزواج هو شيء مقبول، لكنه أحدث خللاً منطقياً عندما خلطها بالشروط (المادة 09 مكرر) لأنهما مختلفتان، فلم يوفق المشرع الجزائري هنا في فصل الأركان عن الشروط، وبالتالي كان عليه وضع الأركان تحت عنوان مستقل ثم الشروط بعدها في عنوان آخر، وكذلك كان عليه وضع المادة 10 التي تفصل الرضا كونه إيجاباً وقبولاً، تحت ركن الرضا مباشرة (المادة 09)، وليست بعد شروط عقد الزواج.

(1) وهي كذلك اتجاه المشرع إلى تكريس المساواة بين الرجل والمرأة في إنشاء عقد الزواج والتعبير عن إرادتهما في إنشاء الرابطة الزوجية، ونفس الأمر ورد في مدونة الأسرة المغربية، إذ نصت المادة 04 منها على: "الزواج ميثاق تراضي وترايط شرعي بين رجل وامرأة..." انظر محمد الصالح بن عومر، "مساواة المرأة في التشريعات الأسرية المغربية"، مجلة الحقيقة، ع38، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2016، ص62. وقد علق بعض شراح قانون الأسرة على كلمة رضائي، أن "المشرع" لما أضافها قيّد عقد الزواج في الرضائية وأخرج الشكلية مع أنها ركن وحيد، ولو أطلق اللفظ دون تقييد بالرضائي كان أحسن حتى يجمع بين الرضائية والشكلية. انظر سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص22.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

الفرع الثالث: المسكوت عنه في أركان عقد الزواج (ركن الرضا):

سكت قانون الأسرة الجزائري في عقد الزواج على "المحل" (1) وهما الزوجان (2) لأنهما جزء لا يتجزأ من أركان عقد الزواج ولا يتم إلا بهما، وأكدت ذلك تعاريف بعض الفقهاء منهم المالكية، وكان على القانون ذكر المحل في الأركان، لأنه بالرجوع للمادة 04 نجد أنها تنص على أن: "الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة ... وبالتالي مادام قانون الأسرة صرح في التعريف أن الزواج بين رجل وامرأة ولا يتم إلا بهما فلا يتصور عقد دونهما، وما نصت عليه المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري يؤكد ذلك حيث جاء فيها: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، وكان على المشرع إضافة هذا الركن وتسميته بـ"المحل" أو "الزوجين" أو كما سماها أحد فقهاء القانون "بالركن البيولوجي" (3)، وهو اتجاه موفق، لأن مستجدات الزواج أصبحت كثيرة وحقيقة واقعة في عصرنا هذا، وما تشريع الزيجات الفاسدة والمنافية للفطرة وعلى رأسها زواج المثليين (الزواج من نفس الجنس) عنا ببعيد، حيث شرعتها بعض الدول الغربية وحمتها بقواعد قانونية، متعدية بذلك على أطر الحياة الأخلاقية للمجتمع.

مادام قانون الأسرة الجزائري قد سكت صراحة على هذا الركن عند حديثه على أركان عقد الزواج (4)، يستوجب منا استعراض الركن المادي للرضا المتمثل في الركن البيولوجي، ثم استعراض

(1) بالإضافة للمذهب المالكي كذلك المذهب الحنفي اعتبر الزوجة محل عقد الزواج. انظر ابن عابدين، المرجع السابق، ج3، ص185. واختلف الفقهاء في تعيين المحل في عقد الزواج، فمنهم من يرى أنه الزوجين، كما رأينا عند المالكية سابقا أشهرهم الحطاب في مواهب الجليل، وعند الحنفية ابن عابدين في رد المحتار، وذهب فريق من الفقهاء المحدثين إلى اعتبار المحل هي "الزوجة" المعقود عليها فقط، وهم كما ذكرهم الأستاذ جميل فخري جانم في كتابه مقومات عقد الزواج وهم: زكرياء البرديسي في كتابه الأحكام الإسلامية في الأحوال الشخصية، محمد حسين الذهبي في كتابه الشريعة الإسلامية، وقد عارض فريق من الفقهاء المعاصرين الطرحين الأوليين، وذهبوا إلى كون المحل ليس في الزوجين ولا الزوجة وحدها وإنما في حل الاستمتاع بينهما، كما ذكره الأستاذ مصطفى الزرقاء في شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، انظر مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص34. وكذلك الأستاذ مصطفى الزرقاء في المدخل الفقهي العام، ودليلهم أن المحل يكون في بعض العقود مشاهبا للعقاد والموضوع، وعقد النكاح الحقيقي محله المتعة المشتركة بين الزوجين بغية التناسل، وموضوعه ملك هذه المتعة (ويظهر من خلال كلام الأستاذين السباعي والزرقاء أنهما متأثرين بالتعريف الفقهي للزواج عند الحنفية)، وعلق الأستاذ مصطفى الزرقاء على من اعتبر محل العقد هي الزوجة وحدها (المعقود عليها) أنهم لما جعلوا الغرض من المتعة هي الاستيلاء فاعتبروها بذلك محلا وحيدا للعقد، لكن الحقيقة أن المحل ليس في الزوجين إنما-حسبه- في المتعة الجنسية المشتركة بين الزوجين لا المرأة وحدها، وبرر الزرقاء كلامه بقوله أنه لو سرننا في اعتبار الزوجة محلا للعقد لكان محل العقد والعقاد شيئا واحدا. انظر، مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، سوريا، ط2، 2004، ج1، ص401. والحقيقة في هذا المقام أن سبب الاختلاف في المحل راجع إلى الاختلاف في تعريف الركن، فالركن عند الحنفية هو جزء من ماهية الشيء وبالتالي فالصيغة فقط عندهم هي الجزء من ماهية الشيء، وبالتالي ما دامت كذلك فلا اعتبار لباقي الأركان.

(2) ذكرت بعض قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية المحل وهما الزوجين في الأركان، منها قانون الأسرة القطري الذي نص في المادة 11 على: "ركننا عقد الزواج هما: 1- الزوجان بشروطهما، 2- الإيجاب والقبول"، وهو اتجاه حسن لأنه لا يتصور قيام إيجاب وقبول دون وجود زوجين، ولا يتصور وجود رضا دون وجودهما. انظر قانون الأسرة القطري، المرجع السابق.

(3) جيلالي تشوار، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، (د.ط)، 2001، ص04.

(4) جيلالي تشوار، نفس المرجع، ص10.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

الركن المعنوي المتمثل في الايجاب والقبول، ثم الوكالة في عقد الزواج كمسألة مسكوت عنها في قانون الأسرة الجزائري.

أولاً- الركن البيولوجي "المادي" (اختلاف جنسي الزوجين)⁽¹⁾:

من أهداف الزواج تكوين أسرة للسكن الروحي والنفسي قوامها المودة والرحمة واحصان الزوجين، والمحافظة على الأنساب، ولا تتحقق هذه الأهداف إلا إذا كان الزواج بين رجل وامرأة، فالمودة والرحمة جاءت في السياق القرآني في قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾⁽²⁾، أما إحصان الزوجين فمعناه ابعادهما عن كل الممارسات التي حرّمها الشرع المنافية للفطرة الإنسانية السليمة، فيكون إحصان الزوج بإبعاده عن ارتكاب جريمة الزنا واللواط، والزوجة من ارتكاب جريمة الزنا والسحاق، لأنها جرائم تورث غضب الله.

أما المحافظة على الانساب فهل يتصور من زواج بين مثلي الجنس (بين رجل ورجل، أو امرأة وامرأة) أن يُنتج نسلا، فحكمة الله البالغة في جعل الزواج بين رجل وامرأة ما هي إلا بهدف استمرار النوع الإنساني في أطر شرعية، فلا يمكن المحافظة على الأنساب بعلاقات غير شرعية نتیجتها اختلاط الأنساب، فإذا كانت كل أهداف الزواج تصبّ في كونه يقوم على أسس شرعية وفطرية صحيحة قوامها رجل وامرأة، فلا يمكن أبدا أن تبيح الشريعة الزواج بكيفية أخرى.

أ- أن يكون الزوج رجلا والزوجة امرأة:

الحالة الطبيعية أن يكون الرجل ذكرا محقق الرجولة، وتكون المرأة أنثى محققة الأنوثة مخرجا بذلك زواج المثليين من الزيجات الطبيعية، لأنه لا يعطي اعتبار للجنس، ولأن الزواج بالصورة الطبيعية يلبي حاجات فطرية بأطر شرعية، مما ينتج نسلا للحفاظ على استمرارية الحياة وبقاء الجنس البشري.

لم تطرح مسألة التحقق من الجنس عند الفقهاء، فيكفي إقرار الولي بأنه سيزوج ابنته الأنثى من رجل، فكانت طرق الاثبات تركز على الشهود حيث لا تتعدى شهادتهم كون فلان عقد على فلانة أو دخل على فلانة من أجل تحقيق العلانية في الزواج، ففي المجتمع الجزائري سابقا كانت عملية التحقق من جنس الزوجين غير واردة لاستبعاد الأنواع المستحدثة من الزواج (الزواج المثلي)، والاشكال المطروح في ذلك العصر هو اكتشاف أحد الزوجين عيب من العيوب في الآخر

(1) حسن فعل الأستاذ تشوار جيلالي بتسمية الركن البيولوجي والمتمثل في اختلاف جنسي الزوجين، ولم يُطرح هذا الأمر إلا بعد ظهور دعوات في البلدان الغربية لزواج مثلي الجنس.

(2) سورة الروم، الآية 21.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

(1)، ويحق حينئذ للزوج أو الزوجة فسخ العقد ولو بعد إتمام الزواج لأنه أصبح يتنافى مع الغاية التي شرع من أجلها الزواج⁽²⁾.

أما قانونا فمسألة إثبات جنس كل واحد من الزوجين يكون باستظهار شهادة ميلاد كلا الطرفين تقدم لضابط الحالة المدنية أو الموثق خلال إبرام عقد الزواج، وهو ما نصت عليه المادة 74 من قانون الحالة المدنية⁽³⁾: "يجب على واحد من طالبي الزواج أن يثبت حالته المدنية بتقديم إحدى الوثائق الآتية :- مستخرج مؤرخ بأقل من ثلاثة (3) أشهر، إما لشهادة ميلاد، وإما لتسجيل الحكم الفردي أو الجماعي المثبت للولادة.."⁽⁴⁾، وعليه إذا انعقد عقد الزواج وظهر فيما بعد أن أحد الزوجين من نفس الجنس أعتبر هذا العقد باطلا رغم قيامه صحيحا، لانعدام ركن من أركانه وهو الركن البيولوجي (المادي)، والمتمثل في اختلاف جنسي الزوجين.⁽⁵⁾

ب- التصحيح الجنسي:

ويقصد بالتصحيح الجنسي حتمية خضوع الخنثى لعملية تصحيح حتى يتحقق ركن الاختلاف في الجنس، وعليه سأستعرض الخنثى كحالة للزواج أو للتصحيح الجنسي وفق الشريعة والقانون.

1- تعريف الخنثى:

1-1- الخنثى في اللغة: وهو من الفعل خنث أي استرخى، والانخنث: "التثني وتخنث الرجل: فَعَلَ فِعْلًا المخنث، وتخنث الرجل وغيره: سقط من الضعف"⁽⁶⁾.

(1) العيوب الجنسية تنقسم إلى قسمين عيوب جسمية وعيوب جنسية.

(2) تطرق الفقهاء لمسألة التفريق للعيوب الجنسية واختلفوا في ذلك، فهناك عيوب في الزوج وعيوب في الزوجة وعيوب مشتركة. للمزيد انظر عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج4، ص161 وما يليها.

(3) الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق 19 فبراير سنة 1970 والمتعلق بالحالة المدنية معدل ومتمم بالقانون رقم 14-08 مؤرخ في 13 شوال عام 1435 الموافق 9 غشت سنة 2014، ج ر عدد 49، المؤرخة في 24 شوال عام 1435 الموافق 20 غشت سنة 2014، وبالقانون 17-03 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1438 الموافق 10 يناير سنة 2017، ج ر عدد 02، المؤرخة في 12 ربيع الثاني 1438 الموافق 11 يناير سنة 2017.

(4) انظر جيلالي تشوار، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص10.

(5) وردة دلال، "زواج مثلي الجنس"، مجلة دراسات قانونية، ع16، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، الجزائر، جانفي 2013، ص56.

(6) الزبيدي، المرجع السابق، ج5، ص240.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

2-1- الخنثى في الاصطلاح: وهو شخص مُترَبَّبٌ في حاله ولم تتضح ذكورته من أنوثته، بحالتين إما له ذكر وفرج، أو لا يملك منهما شيء أصلاً، ولا يمكن الفصل في ذكورته أو أنوثته إلا ببروز دلالات كلٍ منهما (1).

يحدد الجنس قبل البلوغ بخروج البول (2)، فإن خرج بوله من عضو الذكر كان ذكراً، وإن خرج من مخرج الأنثى كان أنثى، وإن خرج من كلاهما كانت الغلبة للأسبق (3)، وبعد البلوغ بالعلامات الظاهرية البارزة فهو ذكر إن كانت له لحية أو احتلم كالرجال، أما إن برز له ثديين أو حاض فهو أنثى، ومن المعلوم أن علامات بعد البلوغ أثبتت من علامات قبل البلوغ، وفي الحالتين يعتبر خنثى عادية غير مشكّل (4).

أما الخنثى مشكّل فهو عدم ظهور علامة من العلامات السابق ذكرها في الخنثى العادية، وظهرت علامات لكنها لم تبين جنسه حقيقة، وبالتالي يصبح من غير الممكن تحديد جنسه، والفقهاء في العصور الأولى كان اعتمادهم في تحديد الخنثى بالعلامات الظاهرة، ومن استعصى عليهم أمره اعتُبر خنثى مشكّل، واليوم وبعد تطوّر الطب لم يعد هنالك خنثى مشكّل إلا نادراً (5).

اتفق الفقهاء في الشريعة الإسلامية أن زواج الخنثى مشكّل، لا يتم حتى يتبين أمره أذكر كان أو أنثى، على عكس الخنثى العادية متى تبينت ذكورته من أنوثته فزواجه صحيح (6).

3-1- الخنثى في الطب: نتيجة للتطور الطبي أصبح هناك مفهوم آخر للخنثى فقسمها الأطباء حسب الحالة إلى خنثى كاذبة وخنثى حقيقية (7) وهما كالتالي:

أ- الخنثى الكاذبة: وهي ما أشار إليها الفقهاء بالخنثى غير المشكّل وتنقسم في الطب إلى قسمين:

أ-1- خنثى أصلها أنثى وظاهرها ذكر: وهي أن تكون الغدة مبيض والأعضاء الخارجية ذكر، فهي خنثى أنثى كاذبة.

(1) سيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط3، 1977، ج3، ص655.

(2) لكن تبقى مسألة البول نسبية مع التطور التكنولوجي في المسائل الطبية، لأن الشخص يمكن أن يخضع للتصوير بالرنين المغناطيسي وللتحاليل المخبرية، التي توضح مدى غلبة جنس على آخر.

(3) سيد سابق، المرجع السابق، ج3، ص655.

(4) سيد سابق، نفس المرجع والصفحة.

(5) حاتم أحمد عباس، "تغيير الجنس البشري وموقف الشريعة الإسلامية منه"، مجلة ديبالي للبحوث الانسانية، ع52، كلية التربية للعلوم الانسانية، جامعة ديالى، العراق، ص18.

(6) ابن عابدين، المرجع السابق، ج3، ص4. الخرشبي، شرح مختصر خليل، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت)، ج8، ص226. الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت)، ج2، ص438. الهوتي، كشاف القناع عن

متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت)، ج5، ص110.

(7) جهاد حمد محمد، الأحكام الشرعية في ضوء المستجدات الطبية، والبيولوجية العضوية، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، 2010، ص162.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

أ-2- خنثى أصلها ذكر وظاهرها أنثى: فهي الخنثى التي غدتها الداخلية خصية وأعضاءها الخارجية أنثى، وهي خنثى ذكر كاذبة، وهذا النوع من الخنثى ليس نادرا، ويكون ناتجا عن خلل في الهرمونات أو بسبب نشاط زائد في الغدة الكظرية أو بها ورم، أو بسبب تناول الأم أدوية خلال الثلاثة الأشهر الأولى للحمل⁽¹⁾.

ب- الخنثى الحقيقية: وهي التي أشار إليها الفقهاء بالخنثى المشكل، وحتى تُعرف ينظر إلى الغدة فإن كان لها خصية ومبيض أو يكون ملتصقان، بحيث لا يمكن تمييزهما فهي خنثى حقيقية، ولا يكون هناك أي اعتبار للأعضاء الخارجية التي قد تشبه الذكر أو تشبه الأنثى أو كليهما معا، والخنثى الحقيقية نادرة الوجود ولم يسجل الطب أن خنثى حقيقية قد قامت بالإنجاب (دور الذكر كاملا)، ثم تحولت إلى أنثى، والحالات القليلة المسجلة هي ما يوجد بها خصية ومبيض معا، بينما الأعضاء البارزة إما لأنثى أو لذكر أو كليهما معا، وغالبا ما تكون الغدد التناسلية (الخصية والمبيض) غير موجودة أو هامدة⁽²⁾، وهناك عدة حالات نجح فيها التدخل الجراحي لإرجاع خنثى إلى أصلها ذكرا إن كانت ذكرا، أو أنثى إن كانت في الأصل أنثى⁽³⁾.

أما بالنسبة للحكم الشرعي لتصحيح جنس الخنثى⁽⁴⁾، فقد نص الفقهاء المحدثين (المعاصرين)، على جواز تصحيح جنس الخنثى لاستجلاء الحقيقة⁽⁵⁾، وقد جاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشرة والمنعقدة بمكة المكرمة من تاريخ 19 إلى 26 فبراير 1989، بعد نظره في مسألة التصحيح الجنسي حيث نص قراره على: "أما من اجتمع في أعضائه علامات النساء والرجال، فينظر فيه إلى الغالب من حاله، فإن غلبت عليه الذكورة جاز علاجه طبيا بما يزيل الاشتباه في ذكورته، ومن غلبت عليه علامات الأنوثة، جاز علاجه طبيا، بما يزيل الاشتباه في أنوثته، سواء أكان العلاج بالجراحة، أم بالهرمونات؛ لأن هذا مرض، والعلاج يقصد به الشفاء منه، وليس تغييرا لخلق الله عز وجل"⁽⁶⁾.

(1) محمد علي البار، "مشكلة الخنثى بين الطب والفقهاء"، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، مج4، ع6، رابطة العالم الإسلامي، 2005، ص365.

(2) محمد علي البار، نفس المرجع والصفحة.

(3) جهاد حمد محمد، المرجع السابق، ص 163 وما يليها.

(4) جهاد حمد محمد، نفس المرجع، ص 160 وما يليها.

(5) بقي مع التطور الطبي أصبحت أحكام الخنثى مبنية على رأي ومعلومات الأطباء المبنية على المشاهدة والتجربة، وما ذهب إليه الفقهاء في الخنثى قابل للمراجعة على ضوء التقدم الحاصل في الطب، وعليه وجب الجمع بين رأي الأطباء المختصين ورأي الفقهاء للخروج بأحكام تتلاءم مع المعلومات الطبية الحديثة. للمزيد انظر محمد علي البار، المرجع السابق، ص365.

(6) رابطة العالم الإسلامي، قرارات مجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دوراته العشرين 1977-2010، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، الإصدار الثالث، 2010، ص291.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

رغم شرعية قيام الخنثى بتصحيح جنسه، لكن هذا الأمر لا يرخص له قانونا عند العقد إخفائه على الطرف الآخر، وسكوته في هذه الحالة يوقع الطرف الآخر في الغلط، إذ يعتقد أنه تزوج شخصا طبيعيا، ولكنه يجد نفسه أمام خنثى أجرى عملية تصحيح لجنسه، مما يجعل حقه في طلب فسخ العقد وابطاله مشروعا، إذ شاب أركان العقد عيبا من عيوب الرضا وهو "الغلط"⁽¹⁾.

ج- تحويل الجنس: ويقصد بتحويل الجنس تغييره من ذكر إلى أنثى أو العكس وذلك عن طريق عمليات جراحية، وهو يختلف عن تصحيح الجنس لكونه يصحح شخصا به طفرة "خنثى"، أما التحويل فيكون لشخص عادي مكتمل الأعضاء سواء كان ذكرا أو أنثى، حيث تُجرى له عملية تعديل على أعضاءه التناسلية أو استئصالها "الخصاء"، مع حقه بهرمونات الجنس المختلف لجنسه والذي يريد التحول إليه حتى يكتسب ملامح الجنس الجديد، وفي الواقع يعتبر التحويل الجنسي عبارة عن تعديل أو بالأحرى إفساد للخلقة للأعضاء الجنسية في مظهرها الخارجي وليس تغييرا كاملا فبنيته الجسدية وكروموسوماته الجسدية تبقى رجلا وهو جنسه الأصلي إن حوّل إلى أنثى، وكذلك أنثى إن هي حولت إلى رجل وهو ما يعبر عنه بالخنوثة⁽²⁾ المفتعلة أو الموضوعية⁽³⁾.

الفقه الإسلامي في هذا المجال يعارض تغيير الجنس من ذكر لأنثى أو العكس، لأن ذلك تغييرا لخلق الله، ومناف للفطرة السليمة التي فطر الله الناس عليها، حيث جاء في حديث: "ابن عباس رضي الله عنهما قال: لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المتشبهين من الرجال بالنساء، والمتشبهات من النساء بالرجال"⁽⁴⁾، ووجه الاستدلال من الحديث أن التشبه بالنساء في اللباس كبيرة من الكبائر، وتغيير الجنس بقطع عضو من الأعضاء من التشبه فهو حرام⁽⁵⁾، ولأن التشبه بالنساء فيه قطع لعضو فقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الخصاء فجاء في حديث عبد الله: "كنا نغزو مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، وليس لنا شيء، فقلنا: ألا نستخصي؟ فنهانا عن ذلك"⁽⁶⁾، ووجه الاستدلال من الحديث أن النهي في هذا الحديث نهى تحريم عن الخصاء⁽⁷⁾.

(1) جيلالي تشوار، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص40.

(2) الخنوثة البسيكولوجية أو النفسية، هي إحساس الشخص بميلانه إلى الجنس الآخر رغم اكتمال أعضائه في جنسه، أي عدم وجود أي خلل فزيولوجي في أعضائه لكنه يسعى إلى تغيير جنسه بداعي انتمائه إلى الجنس الآخر.

(3) حاتم أحمد عباس، المرجع السابق، ص173.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب اللباس، باب المتشبهون بالنساء، والمتشبهات بالرجال، حديث رقم 5885، ج7، ص159.

(5) أسماء بنت عبد الرحمن بن ناصر الرشيد، "أثر جراحة تغيير الجنس في عقد النكاح"، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، ع48، المملكة العربية السعودية، 2019، ص322.

(6) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب ما يكره من التبطل والخصاء، حديث رقم 5075، ج7، ص04.

(7) العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، بؤب أحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، تصحيح: محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، لبنان، (د.ط.)، 1379هـ، ج9، ص119.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

الفقهاء المعاصرين حرّموا مسألة تغيير الجنس من دون حاجة طبية كالتصحيح للخنثى، حيث جاء في قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، التابع لرابطة العالم الإسلامي، في دورته الحادية عشرة، المنعقدة بمكة المكرمة ما يلي: "الذكر الذي كملت أعضاء ذكوره، والأنثى التي كملت أعضاء أنوثتها، لا يحل تحويل أحدهما إلى النوع الآخر، ومحاولة التحويل جريمة يستحق فاعلها العقوبة، لأنه تغيير لخلق الله، وقد حرّم سبحانه هذا التغيير، بقوله تعالى، مخبراً عن قول الشيطان: ﴿وَأْمُرْهُمْ فَلْيُغَيِّرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ﴾⁽¹⁾. فقد جاء في صحيح مسلم عن ابن مسعود أنه قال: لعن الله الواشمات والمستوشمات، والنائمات والمتنمصات، والمتفلجات للحسن، المغيرات لخلق الله عز وجل. ثم قال: ألا العن من لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهو في كتاب الله عز وجل - يعني قوله: ﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾⁽²⁾"⁽³⁾.

إن الشريعة الإسلامية ما حرّمت شيء إلا فيه ضرر، ويكمن الضرر من تغيير الجنس معلوم وبين سواء في جسد المغيّر جنسه، أو في جملة الأحكام الخاصة بالعبادات والمعاملات، فالفقه الإسلامي فرّق بين الأحكام الواجبة على المرأة واختلافها عن الأحكام الموجهة للرجل لأن في تغيير الجنس عبث بالشريعة وأحكامها، خاصة أن جل من يغير جنسه يكون تحت وهم اضطراب هويته الجنسية واتباعه لهواه أو يكون مريضاً نفسياً يحتاج لعلاج طبي نفسي ينزع عنه ميوله للجنس الآخر. يذهب كثير من الباحثين إلى كون عمليات تغيير الجنس وتحويله، يصححها كره للشخص المعني لجنسه الذي ولد به واحساسه بالانتماء للجنس الآخر، وذلك لعدد العوامل منها الاجتماعية كملازمة الشخص لأحد الوالدين المختلفين في الجنس، أو لعب الولد مع البنات، ثم بعد ذلك يحس بانجذاب تجاه ذلك الجنس، وفي الحقيقة كل هذه الأسباب اعتبارية الهدف منها تبرير عملية تغيير الجنس، فكثير من الأشخاص في الدول الغربية قام بتغيير جنسه حتى بعد زواجه وإنجاب الأطفال، وقد تبدأ مظاهر القرب من طلب عملية التحويل، بمصاحبة الجنس المختلف وليس لباسه، وتمني حصوله على أعضاء تناسلية مثله، مما يؤدي به الأمر في النهاية إلى طلب إجراء عملية التحويل⁽⁴⁾.

قد يكون التغيير الجنسي نتيجته التخنث الذي يقوم على إيهاام نفسي، وذلك بشعور الشخص الذي في هذه الحالة بأنه امرأة في جسد رجل أو العكس، على خلاف الخنثى الذي يكون مشكلته منبتها

(1) سورة النساء، الآية 119.

(2) سورة الحشر، الآية 07.

(3) رابطة العالم الإسلامي، المرجع السابق، ص 291.

(4) رابطة العالم الإسلامي، نفس المرجع والصفحة.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

طفرة طبيعية خلال تكوّنه في بطن أمه، فيحتاج إلى تدخل جراحي من أجل تبيان الجنس السائد عنده (1).

يشعر دائماً طالب التغيير الجنسي، أنه لم يكن ضحية ولادة وإنما ضحية الطبيعة، من خلال شعوره أن جنسه الفعلي ليس جنسه المرفولوجي أو ما يسمى جنسه البسيكولوجي، وحتى يتحقق مراده واعتقاده، يلجأ لأي وسيلة منها العمليات الجراحية من أجل تغيير ظاهره الجنسي (2).

وللدلالة على أن الجنس يتجاوز الذكورة والأنوثة البيولوجية من ذكر وأنثى فقد ظهرت تسميات أخرى اعتبارية الهدف منها أن تجعل من الشخص يوصف عند ولادته بوصف دون تحديد جنسه وهو مصطلح "الجندر" Gender فالجنس يعبر عن الجنس البيولوجي ذكراً كان أو أنثى أما "الجندر"، فهو مصطلح فضفاض يعبر عن الهوية الاجتماعية ويعنى به النوع الاجتماعي وهو النعت الذي يطلق على الشخص بعد بلوغه وفقاً للهوية الجنسية التي يحس بالانتماء إليها (3)، وتعرف الهوية الجندرية (Gender Identity): "وهو شعور الانسان بنفسه كذكر أو أنثى، ولكن هناك حالات لا يرتبط فيها شعور الانسان بخصائصه العضوية، ولا يكون هناك توافق بين الصفات العضوية وهويته الجندرية، إن الهوية الجندرية ليست ثابتة بالولادة، بل تؤثر فيها العوامل النفسية والاجتماعية بتشكيل نواة الهوية الجندرية وتتغير وتتوسع بتأثير العوامل الاجتماعية كلما نما الطفل" (4)، وبالتالي نستخلص أن لفظ الجنس (sex) يعبر عن الذكر والأنثى بالمعنى العضوي، أما الجندر (Gender) فيتجاوز التقسيم الطبيعي فيتضمن الذكر والأنثى بالمعنى الاجتماعي دون تفريق بين ذكر وأنثى بالمعنى العضوي، ويتضمن الجندر أنواع أخرى من الأشخاص وهم: "مغايرو الجنس (Transgender)، ومتحولو الجنس (Transsexual)، وثنائيو الجنس (Intersex) أي المختنون، والجنس الثالث (Non- binary)" (5).

(1) جيلالي تشوار، "الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ج 35، ع 4، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 1998، ص ص 29-30.

(2) جيلالي تشوار، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 19.

(3) منال مروان منجد، "عمليات تحويل الجنس في دولة الإمارات العربية المتحدة: دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، مج 2، ع 16، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 2019، ص 99.

(4) الهادي حسن أحمد، "مناقشة نقدية للهوية الجندرية: رؤية معرفية إسلامية"، مجلة الاستغراب، ع 16، المركز الاسلامي للدراسات الاستراتيجية، مكتب بيروت، 2019، ص 56.

(5) منال مروان منجد، المرجع السابق، ص 100. وتعريف المصطلحات: Transgender أو ما يسمى: "العبور الجندري أو التحول الجندري يعني اختلاف الهوية الجندرية للذكر أو الأنثى أو لأي شخص عن الجنس المحدد لهم عند الولادة. منهم من يريد تغيير جسده الذي ولد به ومنهم من لا يريد ذلك. أما Transsexual فهو التغيير من جنس لآخر بسبب اختلاف تعبير بعض الأشخاص عن هويتهم الجنسية والاجتماعية عن الجنس الذي يولدون به، ويخضعون لعلاجات تغيير نوع الجنس، مثل العلاج الهرموني لتغيير الجنس وجراحة تغيير الجنس". أما Intersex "حالة الشخص الذي ولد بجنس وسط (حرفياً (بالإنجليزية: Intersex) إنترسكس)، أي بين ما يعدّ معياراً للذكورة والأنوثة. المعنى بجنس وسط هو وجود اختلافات عن المعايير المعهودة للجنسين الذكر والأنثى". أما Non- binary أو الجنس الثالث كما يطلق عليهم، "هو نظام لتصنيف الهويات

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

حتى تخرج الدول الغربية من نطاق الفطرة الإنسانية السليمة التي أساسها وجود ذكر وأنثى، دون أن تلقى حرجا استحدثت "الجندر" كنوع من التحرر من الجنس "sex" الذي ولد به الانسان بإباحة كل ما هو مناف للطبيعة من علاقات غير شرعية، وإزالة القيود الدينية والقانونية المحاصرة لهذا التفلت، من أجل إيجاد حلول لكل شاذ أو من له إحساس بالضيق الجندي وهذا الأخير مصطلح استحدثت كوسيلة لإباحة وتسهيل التحول الجنسي، ويعرّف الضيق الجندي Gender "Dysphoria" بأنه: "امتلاك الفرد لشعور قوي ومستمر بأن الجنس التشريحي له (الجنس البيولوجي) لا يتطابق مع الإحساس الداخلي له بكونه ذكرا أو انثى أو مختلط أو محايد أو أي شيء آخر -كهوية جنسية- وهذا الشعور بعدم التطابق يسبب للفرد ضائقة كبيرة أو يضعف بشدة قدرته على العمل"⁽¹⁾. وقد كان الضيق الجندي أو الانزعاج الجندي يسمى سابقا "باضطراب الهوية الجنسية"⁽²⁾.

دأب عدد من الدول الغربية إلى تقنين مسألة تغيير الجنس، وأول من قننه دولة السويد سنة 1972 ثم تبعها دول أخرى⁽³⁾، وكان الطرح في بادئ الأمر يتمحور حول التغيير الحقيقي الجسدي للجنس، لكن اليوم أصبح الطرح مغايرا من خلال تغيير الهوية الجنسية التي يشعر بالانتماء إليها، بحيث يمكن أن يكون رجلا بهوية امرأة أو العكس، ويصبح جنسه الحقيقي مغايرا لجنسه في الوثائق الثبوتية، يعني أن التغيير يكون ماديا وقانونيا، مادي بالتغيير الفيزيولوجي، وقانوني بتغيير نوعه الاجتماعي دون إجراء أي عملية تغيير في تفاصيل جسده⁽⁴⁾، الأمر الذي سارت عليه دول أوروبية

الجنسية مناقض للثنائية الجندرية التي تحصر الهوية إلى ذكورية أو أنثوية فقط. هذا النظام يعترف بالأشخاص الذين لا ينتمون إلى أي من صنفَي الثنائية فنجد فيه أشخاصا حاملين لخصائص ذكورية وأنثوية في آن واحد، قد يعرف الأشخاص الذين يتبعون هذا النظام أنفسهم على أنه لديهم جنسان أو أكثر (ثنائي الجندر، ثلاثي الجندر، أو جامعي الجندر)، أو بدون أي جنس، أو منتقلين بين الجنسين، أو أصحاب جنس ثالث، أو بكل بساطة لا يعرفون أنفسهم". انظر موقع ويكيبيديا (الموسوعة الحرة)، <https://ar.wikipedia.org/wiki> / تاريخ التصفّح: 2021/03/15.

ويدخل من ضمن الصنف الأخير كذلك المثليات والمثليين ومزدوجي الميل الجنسي والمتحولين جنسياً، ويطلق عليهم اختصارا "LGBTI".
Marjolein van den Brink, Peter Dunne, "Trans and intersex equality rights in Europe – a comparative analysis", European Commission, November 2018, P34. Available on the website: https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=638586. browsing date: 16/03/2021.

(1) ريم خميس مهدي، "الضيق الجندي"، مجلة الفنون والأدب وعلوم الانسانيات والاجتماع، ع59، كلية الإمارات للعلوم التربوية، فرع للجامعة الأوروبية للفنون والعلوم الانسانية في النمسا، الامارات العربية المتحدة، 2020، ص 68.
(2) وقد كان اضطراب الهوية الجنسية، مصنفا من الأمراض العقلية والسلوكية، لكن في شهر مايو 2019، اعتمدت منظمة الصحة العالمية رسميًا الإصدار الحادي عشر من التصنيف الدولي للأمراض (ICD-11) حيث تمت إزالة جميع الفئات ذات الصلة من الفصل الخاص بالاضطرابات العقلية والسلوكية، وإزالة كل أمراض الناس المتحولين. انظر ريم خميس مهدي، نفس المرجع والصفحة. وانظر كذلك مؤشر حقوق المتحولين في أوروبا وآسيا الوسطى 2020، Trans Rights Europe & Central Asia Index 2020، موقع: Transgender Europe، نقلا عن الرابط التالي: <https://tgeu.org/trans-rights-europe-central-asia-index-maps-2020> / تاريخ التصفّح: 2021/03/16.

(3) ألمانيا 1980، إيطاليا 1982، هولندا 1985، تركيا 1988.

(4) منال مروان منجد، المرجع السابق، ص 114-117.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

حيث أعطت الحرية كاملة في التغيير المادي والقانوني (حق تقرير المصير في جسده) دون شروط، حيث كان يشترط سابقاً لإجراء عملية التغيير الجنسي استيفاء المعايير الطبية أو مدنية أو عمرية ولكنها اليوم ألغيت، وهذه الدول هي الدنمارك وإيسلندا وأيرلندا و لكسمبورغ ومالطا والنرويج⁽¹⁾، ودولا أخرى تشترط للتغيير القانوني للنوع الاجتماعي دون المادي شروطاً منها التشخيص الإلزامي للصحة العقلية، والتعقيم القسري، والخضوع لعملية جراحية تحويلية⁽²⁾، وبعض الدول تقيّد ذلك بإجراءات قضائية وليست إدارية مثال ذلك فرنسا، لكنها في سنة 2016 عدّلت قوانين الاعتراف بالنوع الاجتماعي فألغت التعقيم باعتباره شرطاً مسبقاً إلزامياً، ومع ذلك بموجب القانون⁽³⁾ لا يمكن للمتقدمين لعملية التحوّل الانخراط دون إجراء قضائي⁽⁴⁾، وفي السابق تعرّضت فرنسا لعقوبات من طرف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بسبب تقييد حرية تصرّف الأشخاص في أبدانهم⁽⁵⁾.

بالرغم من الضغوط الكبيرة من هيئات الاتحاد الأوروبي على الدول الأعضاء بخصوص تغيير النوع الاجتماعي، إلا أنه مازال كثير من الدول لا تعترف بكل الحقوق ودول أخرى تنزع كل القيود تجاه تغيير الجنس على أساس الهوية الجندرية أو تغيير النوع الاجتماعي مادياً كان أو قانونياً ولكل أسبابه. أما الدول العربية ففي الجانب القانوني لم يتطرق أي قانون بشكل صريح لمسألة التحويل والتغيير الجنسي، إلا القانون الإماراتي الاتحادي المحدد للمسؤولية الطبية، فنص في المادة الأولى (01) منه على أن تغيير الجنس هو: "تغيير جنس الشخص الذي يكون انتماؤه الجنسي واضحاً ذكورة أو انوثة وتتطابق ملامحه الجسدية الجنسية مع خصائصه الفسيولوجية والبيولوجية والجينية ولا يوجد اشتباه في انتمائه الجنسي ذكراً أو أنثى، كما يعني الانحراف في عملية تصحيح الجنس بما

(1) انظر مؤشر حقوق المتحولين في أوروبا وآسيا الوسطى 2020، المرجع السابق.

(2) يطالب مجلس أوروبا الدول الأعضاء فيه بتوفير الاعتراف القانوني بالنوع الاجتماعي، ومن أصل 54 دولة وخمس دول أسيوية عضو فيه، يوجد 41 دولة تعترف قانونياً بالنوع الاجتماعي، ويمكن للأشخاص المتحولين جنسياً تغيير علامة الجنس، بالرغم من ذلك من هذه الـ 41 يوجد: 31 دولة تفرض التشخيص الإلزامي للصحة العقلية (10 دول لم تعد تفرض التشخيص الإلزامي للصحة العقلية)-13 دولة تفرض التعقيم القسري-20 دولة تشترط الطلاق-31 دولة تفرض سناً أدنى مما يجعل الوصول إلى الاعتراف القانوني بالنوع الاجتماعي أكثر صعوبة أو مستحيل للقصر، و حسب المؤشر فإن 06 دول فقط تعترف بحق الشخص في تقرير مصيره باختيار نوعه الاجتماعي دون أي قيد، للمزيد انظر مؤشر حقوق المتحولين في أوروبا وآسيا الوسطى 2020، المرجع السابق.

(3) القانون قانون 19 نوفمبر 2016، القانون المدني الفرنسي، القسم الثاني مكرر، تعديل بيان الجنس في الحالة المدنية، المادة 61 من فقرة 5 إلى 8.

Le code civile: disponible sur le site: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGISCTA000033437635>. Date de navigation: 16/03/2021

(4) Marjolein van den Brink, Peter Dunne, op. cit, P.57.

(5) محمد نجيب سعدي، "التغيير الجنسي من منظور قانوني وشرعي"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، مج4، ع2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، الجزائر، 2020، ص410. وأقرت الأمم المتحدة بشرط التعقيم الإلزامي كشكل من أشكال التعذيب أو المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة. لقد أكد مجلس أوروبا بحزم أنه يجب على الدول الأعضاء إلغاء هذا الشرط التعسفي. في عام 2017، قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بأن التعقيم القسري ينتهك حق المتحولين في الحياة الخاصة والعائلية. انظر مؤشر حقوق المتحولين في أوروبا وآسيا الوسطى 2020، المرجع السابق.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

يخالف الصفة الجنسية التي انتهت اليها التحاليل الطبية"، أما تصحيح الجنس فهو: "التدخل الطبي بهدف تصحيح جنس الشخص الذي يكون انتماؤه الجنسي غامضا، بحيث يشتهه أمره بين ان يكون ذكرا او انثى، وذلك كأن تكون له ملامح جسدية مخالفة للخصائص الفسيولوجية والبيولوجية والجنينية للشخص، كمن تدل ملامحه على أنه ذكر بينما هو في الحقيقة أنثى والعكس"⁽¹⁾. أما المادة السابعة (07) منه فقد نصت: "يجوز إجراء عمليات تصحيح الجنس وفق الضوابط الآتية: 1- أن يكون انتماء الشخص الجنسي غامضاً ومشتبهاً في أمره بين ذكر أو أنثى. 2- أن تكون له ملامح جسدية جنسية مخالفة لخصائصه الفسيولوجية والبيولوجية والجنينية. أن يتم التثبت من حكم الفقرتين (1، 2) من هذه المادة بتقارير طبية وموافقة لجنة طبية متخصصة تنشأها الجهة الصحية وذلك بهدف تحديد جنس المريض والموافقة على عملية التصحيح وعلى تلك اللجنة إحالة الموضوع إلى الطبيب النفسي لإجراء التهيئة النفسية اللازمة"⁽²⁾، وفق ما جاء في المادة السابعة أنها أجازت عمليات تصحيح الجنس وجعلت لها شروطا وضوابط كالتقارير الطبية وموافقة لجنة طبية متخصصة، حتى لا يحيد النص القانوني عن الهدف المشّر من أجله، الذي هو التصحيح وليس تغييرا للجنس بدواعي اضطراب الهوية الجنسية المنهي عنه شرعا والمباح قانونا في كثير من الدول الغربية، وباقي الدول العربية -حسب علمي- لم تتطرق لهذه المسألة عدا تطرق القضاء لبعض المسائل التي كانت محل جدل⁽³⁾.

أما المشرّع الجزائري برغم اغفاله مسائل التصحيح والتغيير الجنسي في قانون الأسرة، إلا أننا نجده قد جرّم في قانون العقوبات عملية الخصاء التي يفقد من خلالها الرجل قدرته على الانجاب، فنصت المادة 274 منه: "كل من ارتكب جناية الخصاء يعاقب بالسجن المؤبد، ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة".

د- المسكوت عنه في الركن البيولوجي (المادي): سكت قانون الأسرة الجزائري عن الركن البيولوجي في أركان عقد الزواج، ويرى الأستاذ الفاضل تشوار الجيلالي أن سكوته بديهي تقتضيه طبيعة الأمور في عقد الزواج⁽⁴⁾، خاصة أن المادة 04 منه تنص على أن الزواج عقد يتم بين رجل وامرأة فحسب هذا الأمر، وفي رأيي يظل تعيين الزوجين أمرا مهما، حيث أننا في زمن استحدثت في دول أخرى أجناس متعددة كالمتحولين جنسيا، والجنس الثالث، والهوية الجندرية التي لا تعترف بالذكورة ولا الأنوثة الأمر

(1) مرسوم بقانون اتحادي رقم 04 لسنة 2016 بشأن المسؤولية الطبية، الامارات العربية المتحدة.

(2) مرسوم بقانون اتحادي رقم 04 لسنة 2016 بشأن المسؤولية الطبية، نفس المرجع.

(3) للمزيد حول موقف القضاء العربي من مسائل التغيير الجنسي. انظر وهيبة مكرلوف، الأحكام القانونية لنظام تغيير الجنس، أطروحة تندرج ضمن متطلبات نيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016/2015، ص 143 وما يليها.

(4) جيلالي تشوار، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 10.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

الذي يؤدي إلى زواج من نفس الجنس، وهي أمور اعترفت بها وأبحاثها قوانين بعض الدول الغربية كما مر علينا، وهو أمر ذو إشكال في الدول العربية والإسلامية التي من بينها الجزائر، فقد يُجري رعية من الرعايا الجزائريين المتواجدين بأحد الدول المبيحة للتغيير الجنسي عملية تحوّل، فنكون عندئذ أمام مسألة أمر واقع من خلال انعقاد زواج بين رجل وامرأة متحوّلة جنسيا أو العكس. ويكون تفصيل ذلك كالتالي:

1- مسألة كون الرجل رجلاً والمرأة امرأة: سكت قانون الأسرة الجزائري ولم يذكر تعيين الزوجين، ولم يبينه صراحة واكتفى بالنص على أن عقد الزواج بين رجل وامرأة فقط (المادة 04).

أما في القانون المقارن فنجد أن بعض قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية قد أضافت شروط في الأركان لتعيين الزوجين، فنصت المادة 25 من قانون الأسرة البحريني على: "يشترط في الزوجين: أ- تعيينهما تعييناً قاطعاً"، يُفهم من نص المادة تعيين الزوجين من حيث الصفة كونهما ذكراً وأنثى، ومن حيث الاختيار مخافة التدليس.

2- مسألة التصحيح الجنسي: كثيراً ما تطرح مسألة التصحيح الجنسي للخنثى حال كون الشخص رجلاً في الظاهر ذكر لكن أعضاؤه غير واضحة وبعد العملية يتضح أنه امرأة أو العكس، فهذه مسألة تُطرح حال إرادة المُصحح جنسه طلب الزواج، فما هو حكم زواجه؟ سكت قانون الأسرة الجزائري عن هذه المسألة، وإن احتُج على أنها نادرة الوقوع، فالإجابة تكون أنه مادام هناك عمليات تصحيح جنسي للخنثى فالمسألة واردة الحدوث.

بناء على ما تقدّم فمادام جنس الخنثى ظاهراً فحقه في الزواج ثابت متى تأكّدت قدرته على الاتصال الجنسي بشكل طبيعي، أما الخنثى الحقيقية (المشكّل) كما تقدم في أقوال الفقهاء فلا يجوز له الزواج حتى يتّضح أمره، وفي الوقت الحالي مع التطور التكنولوجي وابعاد الفقهاء المعاصرين تصحيح جنس الخنثى غير واضح المعالم، فبعد إجراء عملية التصحيح مع اشتراط نجاحها وتوضّح أمره كونه ذكر أو أنثى، إضافة إلى تقرير طبي مفصل يبيّن جنسه من طرف الطبيب المعالج، وبعد تعديل أوراقه الثبوتية، حينها يستطيع الزواج وتنطبق عليه نفس الأحكام المنظمة لحالة الشخص العادي، وما يترتب عنها من حقوق وواجبات تجاه الزوج الآخر⁽¹⁾.

زواج الخنثى لا يمكن أن ينتهي حال انعقاد عقد الزواج، فالحق باقٍ للزوجة في طلب التطليق متى علمت بإجراء عملية التصحيح دون علمها، أو كان بالزوج عيباً منقراً جراء العملية، أو اكتشفت بعد الزواج وجود عيب جنسي أخفاه الزوج لا يحقق الغاية من الزواج، فهذه كلها أسباب تؤدي إلى

(1) جيلالي تشوار، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص18.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

ابطال عقد الزواج على أساس الغلط في صفة من الصفات الجوهرية خلال التعاقد، لأن عدم القدرة على القيام بالعلاقة الجنسية أو وجود أي شيء يعيقها هو مساس بسبب أساسي في التعاقد كون الهدف من الزواج هو احصان الزوجين⁽¹⁾.

في سبيل معالجة أمر العيوب بعد الزواج وضع قانون الأسرة نصوصا تعطي الحق للزوجة في طلب التطلق بسبب العيوب، إن هي اكتشفت عيبا كان يخفيه عنها الزوج، حيث نصت المادة 53 فقرة 2: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب الآتية: 2...- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج"، وقانون الأسرة لم يحدد العيوب على سبيل الحصر، وتركها للسلطة التقديرية للقاضي، والعيوب التي تكون عقبة دون تحقيق أهداف الزواج هي عيوب جنسية وأمراض منفرة، ويستوي في ذلك الرجل و المرأة، والعيب في حد ذاته ليس سببا لانحلال عقد الزواج إن كان موجودا وقت انعقاد الزواج، إنما السبب الحقيقي هو عدم علم الطرف المضرور وسكوت الطرف المريض، مما يعطي حقا للطرف المتضرر في المطالبة بالطلاق إن كان زوجا، وبالتطلق إن كانت زوجة⁽²⁾.

مسألة أخرى سكت عنها قانون الأسرة وهي اكتشاف الخنثى الخاضع للتصحيح، بعد الزواج أنه عاجز عن المباشرة، حاله حال الزوج العنين أو الخصي، وهي مسألة عالجهما الاجتهاد القضائي، فالمحكمة العليا استقر اجتهادها على أن العاجز عن مباشرة زوجته يُضرب له سنة كاملة كأجل من أجل التطبيب، شرط بقاء الزوجة بجانب زوجها المريض أثناء مدة العلاج وبعدها، وإذا لم تتحسن حالته جاز لها طلب التطلق⁽³⁾.

أمر آخر قد يثار، وهو أن يكون الزواج بالخنثى الذي صُحح جنسه إلى رجل، ويثبت بعد الزواج أنه عقيم لا ينجب، رغم قيامه بواجباته الزوجية، فتعتبر هذه الحالة حينئذ عيب موجب للتطلق، رغم أن هذا الأمر نادر الوقوع لكنه موجود، وقد توصلت بعض الدراسات العلمية الحديثة أن الخنثى المُصَحَّح جنسه إلى ذكر لا ينجب، عكس الخنثى المصحح إلى الأنثى فباستطاعتها الإنجاب⁽⁴⁾، وقرارات المحكمة العليا أعطت الحق للزوجة في طلب التطلق بسبب عقم زوجها، وهو ما أكدته أحد القرارات بناء على وجود عيب يعيق تحقيق الهدف من الزواج وهو تكوين أسرة وتربية أولاد، واستنادا للخبرة الطبية فقد تأكدت لقضاة الموضوع أن الزوج عقيم لا ينجب⁽⁵⁾، وعليه فالمشرع الجزائري مطالب في التعديلات القادمة لقانون الأسرة الجزائري معالجة مسائل الخنثى وحالته في انعقاد الزواج، بوضع

(1) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط5، 2007، ج1، ص 286.

(2) العربي بلحاج، نفس المرجع، ص ص 280-283. جيلالي تشوار، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص12.

(3) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 34784، 1984/11/19، م ق، 1989، ع3، ص73.

(4) صالح فواز، "جراحة الخنثوة وتغيير الجنس في القانون السوري"، مجلة جامعة دمشق، مج19، ع2، سوريا، 2003، ص67.

(5) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 87301، 1992/12/22، م ق، 1995، ع2، ص92.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

شروط وضوابط تحول دون وقوع أحد الزوجين في عيب الغلط، التي منها اجبار الخنثى المصحح جنسه على استظهار تقرير طبي معد من طبيب جراح محلّف يؤكد إشرافه على العملية، بتوضيح الجنس الذي خلّص إليه بعد العملية هل هو ذكر أو أنثى، حتى يتوضّح الأمر للطرف الآخر ويكون بذلك على بيّنة من أمره وله الخيار.

أما في القانون المقارن نجد قانون الأحوال الشخصية اليميني الوحيد -بحسب علمي- الذي جعل الزواج من الخنثى المشكل من الموانع المؤقتة، حيث نصت المادة 26 فقرة 8 منه على: "يحرم على الرجل الزواج من :.. 8- الخنثى المشكل"⁽¹⁾، فحسب هذا القانون فالزواج من الخنثى مشكل مانع مؤقت متى أجرى عملية وتبيّن جنسه، ذكرا كان أو أنثى جاز الزواج منه بعد ذلك.

وقد أقرّ المشرّع المغربي في القانون رقم 36.21 المتعلق بالحالة المدنية الجديد (14 يوليو 2021)، بجنس "الخنثى" من خلال الاعتراف به عند الولادة، السماح له بتغيير جنسه مستقبلا إن طرأ تغيير في جنسه ويكون ذلك بطرق قانونية، حيث نص المادة 28: "يدعم التصريح بولادة الخنثى بشهادة طبية تحدد جنس المولود، ويعتمد عليها في تحرير الرسم، وإذا حدث تغيير على جنس الخنثى في المستقبل فيغير بمقتضى حكم صادر عن المحكمة المختصة"⁽²⁾، وسيسهل هذه النص من التعامل مع حالات "الخنثى" عند تصحيح جنسه إن طرأ عليه تغيير في المستقبل.

وعالج القضاء المغربي مسألة تصحيح جنس الخنثى من ذكر إلى أنثى، وطالب صاحب التصحيح تغيير جنسه من ذكر إلى أنثى في الوثائق الرسمية، وذلك بعد اجراءه لعملية التصحيح، وقد انتدبت المحكمة طبيبين مختصين خلّصا في خبرتهما بعد معاينة الشخص المعني، أنه فعلا كان خنثى وقد قام بعملية تصحيح لجنسه من ذكر لأنثى نتيجة أن الصفات التي كان يحملها أقرب للأنثى من الذكر، وقد حكمت المحكمة في النهاية بقبول طلب المعني وتغيير الاسم الشخصي له من محمد إلى ثريا، مع الأمر بتسجيل هذا التغيير في سجلات الحالة المدنية مع إبقاء على لقبه وتاريخ ميلاده دون تغيير، و مما جاء في تعليل الحكم: "حيث أن دعوى المدعي تهدف إلى اصدار حكم بتغيير اسمه الشخصي من محمد إلى ثريا، وارفق طلبه بشواهد وتقارير طبية أنه أصبح أنثى بعد ما أجريت له عملية جراحية بسيطة، (...) وحيث أن الطالب صرح في مقاله بأنه خنثى أقرب إلى معالم الأنثى منه إلى معالم الرجل. وحيث أنه بعد الاطلاع على ما سطره فقهاء المذهب المالكي في كتبهم فيما أعلم حول الخنثى المشكل كله يتعلق فيما يجب له وعليه من عبادات ومعاملات، دون أن يشير أي واحد منهم إلى تدخل الطب الجراحي لإصلاح وضعية الخنثى المشكل كما في قضيتنا هذه (...)",

(1) قرار جمهوري بالقانون رقم (20) لسنة 1992م بشأن الأحوال الشخصية اليميني، المعدل بالقانون رقم (27) لسنة 1998م والقانون رقم (24) لسنة 1999م والقانون رقم (34) لسنة 2003.

(2) ظهير شريف رقم 81. 21. 1 صادر في 3 ذي الحجة 1442 (14 يوليو 2021) بتنفيذ القانون رقم 36.21 المتعلق بالحالة المدنية.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

وحيث أن الدكتور وهبة الزحيلي وهو يعتبر من الفقهاء المتأخرين أشار في كتابه الفقه الإسلامي وأدلته الجزء الثامن صحيفة 426 عند تعرضه لميراث الخنثى المتشكل ما نصه: "فهو من أشكال أمره، فلم تعرف ذكورته من أنوثته، كأن يبول مما يبول منه الرجال والنساء معاً، أو يظهر له لحية وثديان في آن واحد. والغالب مع تقدم الطب الحديث إنهاء إشكاله بإجراء عملية له، تؤدي إلى إيضاح أمره"، وحيث أنه وتبعاً لما أشير إليه أعلاه فإن المحكمة تبين لها أن الحكم المستأنف القاضي برفض الطلب صدر في غير محله خاصة أنه ثبت من خلال التقارير الطبية، والعملية الجراحية التي أجريت على الطالب أصبح أمره واضحاً وصنف في جنس الاناث مما يتعين معه التصريح بإلغاء الحكم المستأنف والحكم تصدياً بقبول الطلب والأمر بتغيير الاسم الشخصي للطالب وجعله ثرياً بدل محمد وتسجيل هذا التغيير في سجلات الحالة المدنية والإبقاء على باقي هويته من اسم عائلي وتاريخ ومكان الازدياد مع تحميله الصائر"⁽¹⁾.

3- مسألة تحويل الجنس أو تغييره : سبق وتطرقت لمسألة التغيير الجنسي وموقف كثير من الدول الغربية منها، حيث أبحاث التغيير الجنسي الكامل بشقيه المادي والقانوني وتغيير الجنس نتيجة الاصابة باضطراب الهوية الجنسية، والرغبة في التحول من ذكر إلى أنثى دون إجراء عملية جراحية، وقانون الأسرة الجزائري سكت على مسألة تغيير الجنس، وسكوته قصور في القانون، لأن مسائل التغيير الجنسي تمس بالعديد من القضايا الخاصة بالأحوال الشخصية للإنسان، فمن أركان عقد الزواج رجل وامرأة مع ضرورة اختلاف جنسهما، لأنه لا يمكن تصور زواج بين رجل ورجل متحول امرأة أو العكس، فنكون قد دخلنا باب زواج المثليين، وبالتالي يعتبر عقد هذا الزواج باطل بطلانا مطلقاً، بل يتعداه إلى جرائم مصنفة ضمن الشذوذ الجنسي المعاقب عليها في قانون العقوبات⁽²⁾، وله مساس بأنظمة أخرى منها المواريث، فلو أُبيح تغيير الجنس للمرأة وغيرت جنسها لرجل فلا تصور حجم الاختلال الذي يمس قاعدة "للذكر مثل حظ الأنثيين" المفروضة بنص قرآني قطعي الثبوت

(1) قرار عدد 91.306 صادر عن محكمة الاستئناف بتطوان، بتاريخ 1991/03/08، في الملف المدني عدد 90.685. انظر "الاجتهاد القضائي"، مجلة الندوة، ع8، هيئة المحامين بطنجة، المغرب، 1992، ص34 وما يلها. انظر كذلك محمد الكشيبور، "تغيير الاسم الشخصي المصاحب لتغيير الجنس"، مجلة المناهج القانونية، ع15-16، المغرب، 2011، ص39 وما يلها. وفي قاعدة هذا القرار جاء ما نصه: "الخنثى المتشكل هو الذي لا تعرف ذكوريته من أنوثته-القول قول الخنثى في ذكوريته وانوثته-الخنثى الذي يميل إلى الذكورة يزوج بأنثى-الخنثى الذي يميل إلى الأنوثة ينكح رجلاً-لا مانع في الفقه الإسلامي من إجراء عملية تكون نتيجةها إنهاء اشكال الخنثى وتؤدي إلى إيضاح أمره- تؤدي معرفة حقيقة الخنثى إلى الحكم بتغيير اسمه الشخصي بالكيفية التي تناسب وضعيته الجديدة".

(2) تنص المادة 338 من قانون العقوبات الجزائري : "كل من ارتكب فعلاً من أفعال الشذوذ الجنسي على شخص من نفس جنسه يعاقب بالحبس من شهرين (02) إلى سنتين (02)، وبغرامة مالية من 500 دج إلى 2000 دج..".

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

والدلالة، وكذلك في مسألة الشهادة بالنسبة للرجل والمرأة، فالمعلوم في الشريعة أن شهادة الرجل تقابله شهادة امرأتان، فما الحكم إذن إن غير الجنس⁽¹⁾.

في ظل سكوت قانون الأسرة الجزائري على مسألة التغيير الجنسي قد تُثار عديد الإشكالات ففي حالة تقدم شخص مغير جنسه لطلب إبرام عقد الزواج، فالأمر عادي عند الدول الغربية المبيحة لزواج المثليين أو زيجات لا تعطي أي اعتبار لاختلاف جنسي الزوجين، نظرا للسقوط الأخلاقي وتتبع الأهل في تغيير بنية الأسرة المكونة أساسا من رجل وامرأة، فدونهما لا يمكن قيام أسرة على أسس سليمة.

أما بالنسبة للدول الإسلامية والجزائر دولة منها، فلا يمكن الخوض في هذه المسألة كونها محرمة، ولا يمكن للمغير جنسه الزواج على اعتبار أنه من نفس جنس الذي سيتزوجه، وندخل في باب من أبواب الشذوذ الجنسي المحرم، وقد نصت المادة الرابعة من قانون الأسرة على أن الزواج يكون بين رجل وامرأة، فإذا قام المغير جنسه بطلب الزواج أمام الجهات الموكلة لها بعقده فعليه رفض طلبه حال علمها بتغيير جنسه⁽²⁾.

إشكال آخر قد يُثار حال انعقاد عقد الزواج، هو جهل الطرف الآخر بالحالة الجنسية للمغير جنسه، ففي هذا الموقف وبعد تأكد المتضرر من خداعه عن طريق إخفاء الطرف الآخر جنسه الحقيقي، كان له حق طلب ابطال عقد الزواج بشرط أن يثبت عدم علمه بالتغيير الجنسي فلو علم قبل إبرام العقد ما قبل به، ولا يمكن الإقرار بصحة الزواج المبني على الغش وإخفاء الحقائق الخاصة بالحالة الجنسية للعقد، وبالتالي فمثل هذه الزيجات يجب ابطالها متى طلب المتضرر ذلك في ضوء جميع الضمانات التي تضمن المصالح الشخصية ولا تمس بالنظام العام⁽³⁾. وفي هذه الحالة فالزوج المتضرر له طلب الطلاق إن كان زوجا، وطلب التطبيق إن كانت زوجة إما للعيوب أو للضرر، وهي أسباب مذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

أما حين قيام الرابطة الزوجية كيف يمكن تصوّر الواقع إذا غير أحد الزوجين جنسه؟ فالنتيجة هي تحمّل من غير جنسه منهما مسؤوليته الكاملة لأنه سيحرم الأولاد من حقوق الأبوة، إن كان أبا، وحق الأمومة إن غيرت الأم جنسها لرجل، فكل المعايير ستتغير ولن يبقى أساس للأسرة فتضيع الحقوق والواجبات وتنقلب الموازين وتضطرب الأحكام الشرعية والقانونية المنظمة لسير

(1) علي علي سليمان، "تعليق على حكم في قضية تغيير الجنس"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مج 33، ع 4، جامعة الجزائر، 1996، ص ص 616-617.

(2) جيلالي تشوار، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 42.

(3) جيلالي تشوار، "حق الشخص في التصرف في جسمه الرق، العذري والتغيير الجنسي نموذجا"، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، ع 07، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009، ص ص 72-73.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

الأُسرة، ولا هروب من النتيجة الحتمية وهي انفصال الزوجين، بأحد الطرق المحددة قانونا سواء كان بالطلاق أو التطليق⁽¹⁾، مع عدم المساس بحقوق الأولاد المكتسبة من الزواج والمُعترف بها قانونا كأثر من آثار الطلاق أو البطلان⁽²⁾، وعليه فالواجب على قانون الأسرة التصدي لهذه المسائل بالنص على الركن البيولوجي، من خلال منع كل زواج بين طرفين أحدهما مغير لجنسه، بإضفاء صفة عدم الشرعية على ذلك، باستثناء مسائل التصحيح الجنسي للخنثى بعد تبين أمره بشرط قدرته على الزواج من خلال تقارير يعدها أطباء مختصون في مجال الأمراض الجنسية.

كما تجدر الإشارة إلى أنه على المشرع تعديل القوانين الأخرى ذات الصلة بجريمة التغيير الجنسي، وعلى رأسها القانون الطبي وتعديله بإضافة نصوص تجرم إجراء عمليات التغيير الجنسي، وتبيان وجه الخلاف بينه وبين التصحيح الجنسي الذي يكون استثناء للحالات الخاصة كالخنثى مشكل المستدعية تدخلا جراحيا من أجل توضيح أمره ذكرا كان أو أنثى، وكذلك الأمر في قانون العقوبات من خلال تعديله بإضافة نصوص تجرم عمليات تحويل الجنس، بعقوبات صارمة خاصة إن كانت العملية لرجل كامل الذكورة بتحويله لأنثى أو العكس دون وجود مشكل في جسده، وتكون دوافعه نتيجة هوى عابر أو اضطراب في الهوية الجنسية، أو الرغبة في تغيير ملامح الجسد بحجة الإحساس بميل نحو الجنس الآخر غير جنسه الحقيقي.

مع تسليط أقصى العقوبات على كل طبيب معالج يقوم بإجراء عمليات جراحية القصد منها تحويل وتغيير جنس شخص انتهاكا للأخلاق والقيم، خاصة إن كانت هذه العمليات لا تستدعي تدخلا جراحيا عاجلا لإنقاذ حياة مريض.

أخيرا يقول الأستاذ جيلالي تشوار في هذا المقام: "إذا أصبح جسم الانسان ملهة يلهو بها العابثون والعابثات، الذين لا يبالون بما يترتب على ذلك التغيير من هدم أسر وتشتيت أبناء، ما داموا قد أشبعوا أهواءهم ومارسوا هويتهم، فإنه ستتولد أيضا على هذا الإهمال عدة مشاكل وأمراض اجتماعية جديدة (...). فإن الحقيقة التي لا تقبل الجدل أن أساس العنصر البشري هو وجود الذكر والأنثى الذي تتحقق في ظل رابطتهما غايات المجتمع وأن يحاط عقد القران بكل القوانين للمحافظة على شرعيته ولتحقيق أهدافه السامية، وحتى لا يقف القانون عاجزا في معالجة ما يطرأ على المجتمع من مشكلات تقتضيها سنة التأثير الغربي احتفاظا بالأسس الثابتة من قواعد ومبادئ حتى لا يمسه روح التجديد يؤدي بالمجتمع تدريجيا إلى الانحلال..."⁽³⁾.

(1) جيلالي تشوار، حق الشخص في التصرف في جسمه، المرجع السابق، ص73.

(2) جيلالي تشوار، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص41.

(3) جيلالي تشوار، "الجنس، الزواج والقانون"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مج32، ع4، جامعة الجزائر، 1995، ص790-789.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

ثانيا- المسكوت عنه في الصيغة اللفظية "الايجاب والقبول" (الركن المعنوي):

لا يمكن تصور عقد الزواج بين رجل وامرأة إن لم يكونا متراضيين فقد اتفقت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية على أن الزواج لا يقوم إلا بتراضي الزوجين (الطرفين)، فيبرز هنا مبدأ سلطان الإرادة بأن لا يشوبها أي عيب من عيوب الإرادة، ولا يكون الرضا صحيحا إلا إذا صدر عن شخص ذو أهلية كاملة⁽¹⁾، وإلا عد العقد باطلا بنص المادة 33 من قانون الأسرة⁽²⁾.

فالإيجاب والقبول هم عنصرا الصيغة اللفظية، فالإيجاب هو الكلام الذي يصدر أولا من أحد العاقدين يشير إلى موافقته على العقد، أم القبول فهو ما يصدر ثانيا من كلام من الطرف الآخر من العقد يشير كذلك إلى موافقته ورضاه بما قاله الطرف الأول⁽³⁾، بالنظر للمادة التاسعة من قانون الأسرة نجدها تؤكد على أن انعقاد عقد الزواج لا يكون الا بالرضا، حيث تنص على: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، فلفظ تبادل⁽⁴⁾ معناها الايجاب والقبول، وهذا ما وضحته المادة العاشرة من قانون الاسرة الجزائري، حيث جاء فيها: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر...".

الملاحظ أن قانون الأسرة الجزائري في نصه على ركن الرضا، سكت على مسائل من بينها الألفاظ التي تتم بها الصيغة، والطريقة التي يتم بها تبادل الايجاب والقبول سواء شخصا أو عن طريق وكيل، وكذا شروط الايجاب والقبول⁽⁵⁾، ما يستدعي التعرض إلى الطرق الدالة على الرضا في انعقاد عقد الزواج وما تشملها من مسائل، ثم شروط الايجاب والقبول، وأخيرا أيبّن المسكوت عنه في جميع هذه المسائل في قانون الأسرة الجزائري.

أ- المسكوت عنه في الطرق الدالة على الرضا: الطرق الدالة على التعبير على الإرادة في كل العقود إما تكون لفظا أو كتابة أو إشارة، وسأتطرق في هذه الجزئية إلى الألفاظ المخصصة التي ينعقد بها عقد الزواج أي التعبير باللفظ (التعبير الصريح)، ثم للطرق الظاهرة للتعبير عن رضا الزوجين حتى يتسنى للشهود التعرف على مدى قبول الزوجين ورضاهما بالزواج، وهو التعبير عن الرضا بما يقوم مقام اللفظ (التعبير غير الصريح) ويكون إما بالكتابة أو بالإشارة.

(1) محمد لمن لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط2، 2006، ص34.

(2) تنص المادة 33 من قانون الاسرة الجزائري المعدل على " يبطل عقد الزواج إذا اختل ركن الرضا".

(3) دليلة فركوس، جمال عياشي، المرجع السابق، ص71.

(4) اعتبر أحد شراح قانون الأسرة أن كلمة "تبادل" لا تصلح في مقام النص، واعتبرها خلط وسفه وسوء صياغة، لأن الرضا لا يمكن أن يكون متبادلا، بل يعبر عنه بوسائل التعبير. انظر محمد باوني، عقد الزواج وآثاره دراسة مقارنة بين الفقه والقانون، منشورات مكتبة اقرأ،

قسطنطينة، الجزائر، ط1، 2009، ص52.

(5) دليلة فركوس، جمال عياشي، المرجع السابق، ص71.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

1- التعبير عن الرضا باللفظ (التعبير الصريح): وهو الأصل العام في التعبير عن الرضا ويكون لفظاً عن طريق الألفاظ المخصوصة السابق ذكرها في هذا البحث، فإذا كان العاقدان قادران على الكلام والتعبير لفظاً ونطقاً، تعين عليهما وجوباً التعبير بالألفاظ، ولا اعتبار مطلقاً للكتابة والاشارة في هذا المقام⁽¹⁾.

1-1- الألفاظ المخصوصة لانعقاد عقد الزواج:

يُقصد بعبارات الإيجاب والقبول هي الصيغة اللفظية التي ينعقد بها عقد الزواج، والأصل العام أن جميع العبارات التي تدل على إرادة المتعاقدين الجازمة بالزواج جائزة، ولا يشترط ألفاظ بعينها أو عبارات مخصوصة⁽²⁾، لأن القاعدة الفقهية تنص على: "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"⁽³⁾، وقد أخذ قانون الأسرة الجزائري هذا المنحى في المادة 10 منه حيث نصت: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً"، أما في الفقه الإسلامي فقد اتفق الفقهاء⁽⁴⁾، على انعقاد الزواج بلفظي الانكاح والتزويج، ودليلهم في ذلك قوله تعالى: ﴿وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا﴾⁽⁵⁾، وقوله تعالى: ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَا كَهَا﴾⁽⁶⁾ ويتبين من الآيات الكريمة أن لفظ التزويج واضح وجلي.

أما بغير لفظي الانكاح والتزويج اختلف الفقهاء على النحو التالي⁽⁷⁾:

القول الأول: وهو ما ذهب إليه الحنابلة والشافعية على أن عقد الزواج لا يصح إلا بلفظي التزويج والانكاح، لأن ما خرج عن هذين اللفظين، كلفظ الهبة مثلاً لا ينطبق على معنى الزواج، والشهود قد لا يفقهون إذا انعقد بلفظ الهبة وبالتالي لا يقع، والدليل قوله تعالى: ﴿وَأَمْرًا مُّؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لِّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾⁽⁸⁾، ووجه الاستدلال من الآية

(1) محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 108.

(2) محمد كمال الدين إمام، نفس المرجع، ص 106.

(3) معنى القاعدة أنه عند قيام العقد ليست العبرة بالمعاني والألفاظ والصيغ التي يبيدها العاقدان، بل العبرة بما قصده كلا من المتعاقدين من هذا العقد. أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، سوريا، ط 2، 1989، ص 55.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 2، 1986، ج 2، ص 229. ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، مصر، (د.ط)، 2004، ج 3، ص 32، ابن المفلح، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1996، ج 6، ص 94، الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1994، ج 4، ص 226.

(5) سورة النساء، الآية 01.

(6) سورة الأحزاب، الآية 37.

(7) للمزيد انظر جميل فخري جانم، مقومات عقد الزواج، المرجع السابق، ص 50 وما يلها. وذهب الأستاذ سيد سابق إلى كون الاختلاف بين الفقهاء في لفظي الانكاح والتزويج كان في الإيجاب أو ما اشتق منهما، لأن هذين اللفظين يدلان على القصد بوضوح، أما القبول فلم يشترط الفقهاء أن يكون مشتقاً من ألفاظ خاصة يكفي بأن يكون أي لفظ ذا دلالة على الرضا والموافقة على الزواج كقبلت ووافقت. انظر سيد سابق، المرجع السابق، ج 2، ص 36.

(8) سورة الأحزاب، الآية 50.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

الكريمة، أن الهبة خالصة للنبي محمد ﷺ دون غيره من المؤمنين، قال تعالى: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ﴾⁽¹⁾، ووجه الاستدلال من الآية أن النكاح موقوف فقط على لفظي التزويج والانكاح⁽²⁾. وجعل لفظ الهبة خصوصية لرسول الله ﷺ وأما في السنة لما روي عن: "جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال في حجة الوداع: فاتقوا الله في النساء، فإنكم أخذتموهن بأمان الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله"⁽³⁾، ووجه الدلالة من الحديث أنه ليس في كتاب الله عدا لفظي الانكاح والتزويج فدل ذلك على أنه لم يستحل الفروج إلا بهما⁽⁴⁾، وقد رُد عليهم بكون كلمة الله ليست عقد النكاح، وإنما كلامه الذي تكلم به المتضمن وتحليله وشرعه، لا العقد الذي هو كلام العباد⁽⁵⁾، والألفاظ من غير لفظي الانكاح والتزويج كناية والكنائيات تحتاج إلى نية، والنية باطن مكمنها الصدر والعقد يحتاج إلى الشهادة، والشهود لا يمكنهم الاطلاع على نية المتعاقدين⁽⁶⁾.

القول الثاني: وهو ما ذهب إليه الحنفية⁽⁷⁾ والظاهرية⁽⁸⁾ إلى أن الزواج ينعقد بغير لفظي الانكاح والتزويج، وكل لفظ يدل على تملك الأعيان كلفظ الهبة والعطية والصدقة، ودليلهم في ذلك حديث النبي ﷺ: "أذهب فقد مُلِكْتَهَا بما معك من القرآن"⁽⁹⁾، ووجه الدلالة من الحديث أن كل لفظ يدل على تراضٍ بين الزوجين، بشرط فهم الشهود للمقصود.

أما الألفاظ التي تدل على تملك المنفعة مؤقتا كالإعارة والإجارة، لا يصح انعقاد الزواج بها⁽¹⁰⁾.

(1) سورة القصص، الآية 27.

(2) القرطبي، المرجع السابق، ج 13، ص 272.

(3) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم، حديث رقم 1218، ج 2، ص 886.

(4) الماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1999، ج 9، ص 154.

(5) ابن تيمية، درء تعارض العقل والنقل، تحقيق محمد رشاد سالم، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، ط 2، 1991، ج 7، ص 268.

(6) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، تحقيق عبد الرحمان قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، (د.ط)، 1995، ج 20، ص 534.

(7) الكاساني، المرجع السابق، ج 2، ص 229-231.

(8) ابن حزم، المرجع السابق، ج 9، ص 47.

(9) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب الصداق، حديث رقم 1425، ج 2، ص 1040.

(10) الكاساني، المرجع السابق، ج 2، ص 231.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

القول الثالث: وهو ما قال به المالكية⁽¹⁾، حيث أجازوا انعقاد الزواج بكل لفظ يفيد الانكاح والتزويج، وكذلك بلفظ الهبة شريطة أن يذكر معه الصداق، كقول الولي للزوج "وهبت لك ابنتي بمهر كذا، ويقول الزوج قبلت"،⁽²⁾ ودليلهم في ذلك ما احتج به الحنفية.

القول الرابع: هو قول المالكية والحنفية، فهم لا يحصرون ألفاظ الزواج فيما حدده الشرع فقط، بل وسعوا من الألفاظ عدا التي ذكروا عدم صلاحيتها، حتى يتيسر على الناس عقد الزواج بكل ما تعارفوه من ألفاظ غير لفظي الانكاح والتزويج، شريطة أن يكون القصد منه إرادة عقد الزواج.

1-2- المسكوت عنه في التعبير عن الرضا لفظا (الألفاظ المخصوصة):

بحسب المادة 10 من قانون الأسرة، وهي الوحيدة التي تضمنت الإيجاب والقبول ونصها: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا..."⁽³⁾، أباح قانون الأسرة الجزائري في هذه المادة للمتعاقدين استعمال كل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا⁽³⁾، وبالتالي فالقانون انفتح على كل المذاهب الفقهية في ألفاظها المخصوصة عند الشافعية والحنابلة، وكل الألفاظ حسب ما ورد في المذهب المالكي والحنفي، لكنه رغم ذلك سكت⁽⁴⁾ على التحفظات الواردة حول الألفاظ التي لا تفيد معنى النكاح، كألفاظ الإعارة والإجارة في المذهبين سابق الذكر⁽⁵⁾، كونها لا تفيد الديمومة بقاء الزوجين مع بعضهما مدى الحياة، والملاحظ كذلك سكوت قانون الأسرة الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 10 عن إيراد عبارة "لغة أو عرفا" والتي تعبر عن استعمال أي لفظ في اللغة أو العرف يفيد انعقاد عقد الزواج، وبدلا من ذلك ذكر العبارة في الفقرة الثانية عند كلامه عن طرق التعبير عن الإرادة للعاجز عن الكلام، والأصل أن تبيان الألفاظ في اللغة والعرف عند النطق بالصيغة يكون للمتحدث وليس للعاجز.

(1) الخرشى، المرجع السابق، ج3، ص173.

(2) اختلفت المالكية في لفظ الهبة، فذهب ابن القصار وعبد الوهاب في الإشراق والباقي وابن العربي في أحكامه، إلى أن عقد الزواج ينعقد بكل لفظ يستوجب التأييد لا التأييت (أي لفظ الهبة)، وذهب ابن رشد الجدي إلى أنه لا ينعقد بما عدا زوجت وأنكحت. انظر، عبد الباقي الزرقاني، المرجع السابق، ج3، ص300.

(3) يذكر الأستاذ سليمان ولد خسال في ميسره، إلى أن المشرع الجزائري لو اتبع المذهبين الشافعي والحنبلي في تحديد ألفاظ الزواج بلفظي الانكاح والتزويج لكان أفضل، حتى يبرز ما يميز عقد الزواج عن باقي العقود الأخرى، من قداسة وخطورة وأهمية. سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص46.

(4) يضيف الأستاذ عبد العزيز سعد في شرحه لقانون الأسرة الجزائري، إلى أن المشرع الجزائري رغم تشدده في التأكيد على ركن الرضا كركن مهم في عقد الزواج، لكنه سكت عن الطريقة التي يعبر بها الطرفان عن إرادتهما، سواء كان شخصيا أو بوكيل أو مفوض، انظر عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص39. والمشرع الجزائري مادام استبعد الوكالة كحل عند غياب أحد طرفي العقد -كما سنتعرض له لاحقا- فلا يمكن له أن يدرجها ضمن قواعد التراضي.

(5) إن استعمال لفظ الهبة والتملك والإجارة تسيء إلى المرأة وتجعل منها شيئا لا إنسان وهي التي كرمها الله سبحانه وتعالى. للمزيد انظر محمد الكشيبور، المرجع السابق، ج1، ص239.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

سكوت القانون عن عبارة "لغة وعرفا" في الفقرة الأولى غير مبرر، لأن معنى الإيجاب والقبول بكل لفظ يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا، هو الابتعاد عن كل تضييق لغوي مذكور في بعض الآراء الفقهية، فيجوز انعقاد عقد الزواج بأي لغة غير العربية أو ألفاظ مخصوصة معينة، وبأي صيغة مستعملة اسمية كانت أو فعلية أو ماضي أو مضارع، فكلها شكلية لا طائل منها إلا تعطيل انعقاد عقد الزواج، والأصل هو انعقاد الزواج بألفاظ صريحة تتضمن إيجابا وقبولا ويتحقق هذا بكل لفظ مفهوم بأي لغة وصيغة كانت (1).

في القوانين المقارنة نجد مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، ذكرت لفظي اللغة والعرف في كل الحالات حيث نصت المادة 26 منها على: "يتم عقد الزواج بإيجاب من أحد الزوجين أو وكيله وقبول الآخر أو وكيله بواسطة ألفاظ تفيد مقتضى النكاح لغة أو عرفا" (2)، وبالتالي أباحت كل لفظ في اللغة مشتق من الانكاح والتزويج مع فتح المجال للألفاظ العرفية.

2- التعبير عن الرضا بما يقوم مقام اللفظ (التعبير غير الصريح):

1-2- التعبير عن الرضا كتابة: قد لا يستطيع الشخص التعبير عن ارادته كلاما، ولغياب أحد أطراف العقد يلجأ إلى التعبير عن الإرادة كتابة، وللتطرق لهذه الوسيلة وجب التفريق بين حالتين (3):

1-1-2- التعبير عن الرضا كتابة والعاقدين حاضرين: فإذا كان العاقدين حاضرين في مجلس العقد، وكانا سليمين من كل العاهات التي تحول دون نطق الصيغة، وعبرا عن إرادتهما كتابة فإن الزواج لا ينعقد، حتى ولو لفظ بهما أحدهما وكتبها الآخر، لأن الأصل في التعبير عن الإرادة بالألفاظ "الكلام"، إلا إذا كانت هناك ضرورة ملحة تستدعي الكتابة كالصمم والخرس، شريطة أن يُحسن الكتابة ويصح التعبير بالإيجاب والقبول في هذا المقام، لأنها المخرج الوحيد للتعبير عن الرضا (4)، وهذه المسألة تطرق لها قانون الأسرة الجزائري في المادة 10 فقرة 2 حيث نصت: "ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة"، حيث أعطى الرخصة لكل من تمنعه عاهة من إبرام عقد الزواج، واعتبر القانون هذه الرخصة استثناء، تاركا الوسيلة الأصلية في التعبير عن الإرادة هي اللفظ (5).

(1) أحمد الخليلي، المرجع السابق، ج 1، ص 145.

(2) انظر قانون رقم 052-2001 بتاريخ 19 يوليو 2001 يتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

(3) رمضان الشرنباصي، جابر الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد، في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، (د.ط.)، 2014، ص 97-98.

(4) رمضان الشرنباصي، جابر الشافعي، نفس المرجع، ص 97.

(5) دليلا فركوس، جمال عياشي، المرجع السابق، ص 76.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

2-1-2- التعبير عن الرضا كتابة وأحد المتعاقدين غائب عن مجلس العقد:

قد يكون أحد طرفي العقد غائبا لتعذر حضوره، وتيسيرا على الناس أجاز بعض الفقهاء عقد الزواج كتابة بين غائبين، لكن فريقا آخر لم يعترف بصحة هذا العقد وهو ما سنتناوله كالتالي⁽¹⁾:

القول الأول: وهو عدم صحة عقد الزواج كتابة سواء بين غائبين أو حاضرين، وهو قول جمهور الفقهاء، حيث يقول المالكية وعنهم العدوي المالكي⁽²⁾: "وتكفي الكتابة والإشارة من أحرص"⁽³⁾، وعن الشافعية فيقول زكرياء الأنصاري الشافعي: "وينعقد بإشارة الأحرص المفهمة"⁽⁴⁾، وعن الحنابلة فيقول الرحبياني الحنبلي: "ولا يصح النكاح من قادر على النطق بإشارة ولا كتابة للاستغناء عنها"⁽⁵⁾. وسبب منعهم لعقد الزواج كتابة كونه من الكنايات، لأن الزواج كتابة عبرة عن كناية، ولا عبرة بألفاظ الكناية عندهم.

القول الثاني: وهو ما ذهب إليه الحنفية من جواز انعقاد الزواج من الغائب دون الحاضر، واشتروا أن تكون الكتابة مفهومة ومُستَبَيِّنَةً، وأن تكون على ورق، حيث يقول الكاساني الحنفي: "ولو أرسل إليها رسولا وكتب إليها بذلك كتابا فقبلت بحضرة شاهدين سمعا كلام الرسول وقراءة الكتاب جاز ذلك لاتحاد المجلس من حيث المعنى؛ لأن كلام الرسول كلام المرسل؛ لأنه ينقل عبارة المرسل"⁽⁶⁾.

وصورته أن يكتب رجلا لامرأة رسالة فيها تزوجتك على مهر كذا، فإذا وصلها الكتاب وأحضرت شاهدين وقرأت عليهم، وقالت زوجت نفسي منه، حينئذ يكون الزواج قد تم، وأما إذا قالت زوجت نفسي من فلان دون أن تقرأ فحوى الرسالة، أو تطلعهم عليها فالزواج في هذه الحالة لا يتم لأنهم سمعوا إلا جانبا واحد من العقد وهي المرأة⁽⁷⁾.

الترجيح: وبعد استعراض أقوال الفقهاء في انعقاد الزواج كتابة يرى الباحث ترجيح قول الحنفية في انعقاد الزواج كتابة بين غائبين، لأنه ومن خلال الواقع المعيش قد يحتاج الشخص إلى انعقاد الزواج بالرسالة المكتوبة سواء كانت ورقية أو إلكترونية، شرط أن تكون الكتابة واضحة وأن يطلع عنها

(1) أحمد عبود، "رضا المرأة في عقد الزواج في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة دراسات قانونية، ع10، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، الجزائر، فبراير 2011، ص38.

(2) علي بن أحمد بن مكرم العدوي المصري، مالكي المذهب، كان من المشايخ المعروفين في عصره، ولد سنة 1112 هـ في بني عدي، وتوفي بالقاهرة سنة 1189 هـ، من مؤلفاته حاشية على شرح زيد القيرواني وحاشية على شرح العزبة للزرقاني. انظر الزركلي، المرجع السابق، ج4، ص260.

(3) العدوي، حاشية العدوي، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، لبنان، (د.ط)، 1994، ج2، ص40.

(4) زكرياء الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الاسلامي، (د.م، د.ط، د.ت)، ج1، ص575.

(5) الرحبياني، المرجع السابق، ج5، ص49.

(6) الكاساني، المرجع السابق، ج2، ص233.

(7) رأي الفقه الاسلامي واضح في عقد الزواج (عكس العقود الأخرى) الذي يكون أحد طرفيه غائبا، فاعتد بالرسالة في الايجاب فقط، أما القبول فيجب أن يكون شفهيًا أو كتابة أو إشارة للعاجز أمام الشهود.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

الشهود سواء كان إيجاباً أو قبولا، ومع التطور التكنولوجي أصبح للرسالة أهمية كبرى خاصة في الاتصال بوسائل الاتصال الحديثة وخصوصا البريد الإلكتروني، أو مواقع التواصل الاجتماعي، لأن التعاقد بالبريد الإلكتروني وبوسائل الاتصال الحديثة، يأخذ حكم الكتابة مع اتحاد المجلس زمانا لا مكانا مع مراعاة مصدر الرسالة⁽¹⁾، والقانون المدني الجزائري يؤكد ذلك من خلال نص المادة 323 مكررا 1، ويعتبر الكتابة في شكلها الإلكتروني لها حجية كالكتابة العادية بشرط التأكد من هوية صاحبها ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها وذلك بالاعتماد على وسائل الإثبات وأهمها على التوقيع الإلكتروني⁽²⁾.

3-1-2- المسكوت عنه في التعبير عن الرضا كتابة:

سكت قانون الأسرة الجزائري عن التعبير عن الرضا كتابة، سواء كان أطراف العقد حاضرين أو غائبين⁽³⁾، وهو أمر يقتضي تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، والتي تحيل على الشريعة الإسلامية حال ورود إشكال يخص هذه المسألة.

يرجح سبب سكوت قانون الأسرة عن التعبير عن الرضا كتابة، إلى اتباعه لجمهور الفقهاء في عدم صحة عقد الزواج كتابة، سواء بين حاضرين أو غائبين، حيث قال الجمهور: "إن عقد الزواج ميثاق غليظ لا يقوى على عقده غير اللفظ وهذا مما يرجح وجه التعبد في إجرائه بألفاظ محددة ولا يتم هذا بالكتابة سواء كان العاقدان حاضرين أو غائبين"⁽⁴⁾.

يرجح سبب آخر لسكوته عن هذه المسألة حماية للمتعاقدين وتأكيده لمجلس العقد، لما في مجلس العقد من مزايا تحقق مصلحة للمتعاقدين، وتدفع عنهم أي ضرر يمكن أن ينتج عن التعاقد بالكتابة (عن بعد)، ويبعد كل غلط وتدليس، وجميع أشكال عيوب الرضا التي تنتج عن التعاقد بين غائبين⁽⁵⁾، كون خصوصية عقد الزواج تحتم انعقاده في مجلس العقد، حتى يتمكن المتعاقدان من

(1) في هذا المقام يمكن اعتبار التعبير عن الإرادة بواسطة الصوت، كالهاتف، وبرامج المحادثة الصوتية، مجلس عقد حكيم لغياب أحد طرفي العقد عن المجلس الحقيقي، واعتبر بعض الشراح أن التعاقد بالهاتف تعاقد بين حاضرين زمانا، لسماع الطرفين لبعضهما في الوقت ذاته، والتعاقد ببرامج المحادثة المرئية، فقد اعتبروه حكم تعاقد بين حاضرين زمانا ومكانا. للمزيد انظر عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2015، ص ص 92-94.

(2) تنص المادة 323 مكررا 1 من القانون المدني الجزائري على: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

(3) محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 335.

(4) حسن البغا، مصطفى البغا، قانون الاحوال الشخصية زواج وطلاق 1، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية، (د.ط)، 2018، ص 51.

(5) يعطي مجلس العقد عدة مزايا للمتعاقدين والتي تعتبر من نتائجه، فيعطي للمخاطب بالاجاب خيار القبول إلى غاية أن ينفذ المجلس، وكذلك خيار الرجوع للموجب، ويعطي خيار المجلس لكلا الطرفين، وقد اختلف الفقه كثيرا في هذه المسائل الثلاث، للمزيد انظر عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1، (د.ت)، ج2، ص 12 وما يليها.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

التفكير بروية، فإن كان العقد فيه مصلحة له أتمه، وإن كان فيه ضرر لأحدهما تمكّن من التخلص من هذا التعاقد في حينه.

في القانون المقارن نجد قانون الأحوال الشخصية السوري المعدل، قد ذكر في المادة السابعة منه جواز انعقاد الزواج كتابة، إذ تنص على: "يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة إذا كان أحد الطرفين غائباً عن المجلس"⁽¹⁾.

2-2- التعبير عن الرضا بالإشارة المفهومة:

اتفق الفقهاء⁽²⁾ على أن انعقاد الزواج بالإشارة المفهومة لا يكون إلا من العاجز عن النطق "الأخرس"، سواء كان خرسه دائماً أو طارئاً، وإن كان قادراً على الكتابة فالكتابة أولى من الإشارة، أما إذا كان عاجزاً عن الكتابة فلا سبيل له إلا التعبير بالإشارة، ويشترط أن تكون الإشارة مفهومة ومعلومة للمتعاقد الآخر والشهود، وإذا كانت مفهومة للمتعاقد وغير مفهومة للشهود لا ينعقد عقد الزواج، يقول موفق الدين بن قدامة⁽³⁾ في هذا المقام: "فأما الأخرس فإن فهمت إشارته صح نكاحه بها؛ لأنه معنى لا يستفاد إلا من جهة واحدة"⁽⁴⁾، واختلف فقهاء الحنفية⁽⁵⁾ في حال كون العاجز عن الكلام يعرف الكتابة ويعقد بالإشارة فذهب بعضهم إلى جواز ذلك، وفريق آخر ذهب إلى عدم صحة الإشارة من العاجز عن الكلام وقادر على الكتابة، لأن هذه الأخيرة لأنها أقوى دلالة من الإشارة المفهومة.

2-2-1- المسكوت عنه في التعبير عن الرضا بالإشارة المفهومة:

ما جاءت به الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون الأسرة الجزائري، يوحي إلى أن المشرع قد وضّح طريقة التعبير عن الإرادة للعاجز عن الطرق الصريحة، لكنه سكت عن تبيان أولوية الكتابة على الإشارة عند العاجز عن الكلام والمتقن للكتابة، لأنها أحوط وأبين وأفهم، وهو اختيار قانون الأحوال الشخصية السوري حيث جاء في المادة 10 منه: "يصح الإيجاب أو القبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب وإلا فبإشارته المعلومة"⁽⁶⁾، لأن الكتابة واضحة وتقرأ على الشهود فينعقد العقد دون لبس أو غموض، ولم يضيف كذلك قانون الأسرة الجزائري بعد كلمة الإشارة ما

(1) قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق.

(2) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص79. الكاساني، المرجع السابق، ج2، ص231. عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، (د.ط.)، 1989، ج3، ص267.

(3) موفق الدين عبد الله بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي الدمشقي فقيه حنبلي، ولد 541 هـ وتوفي 620 هـ، من أكابر الحنابلة، له مؤلفات منها كتاب المغني. الزركلي، المرجع السابق، ج4، ص67.

(4) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص79.

(5) الكاساني، المرجع السابق، ج2، ص231.

(6) قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

يبين فحواها، من كونها إشارة مفهومة أو معلومة من الطرف الآخر ومن الشهود، حتى يتضح النص أكثر، وهو ما تطرقت له مدونة الأسرة المغربية في المادة 10 فقرة 2 حيث جاء فيها: "يصح الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب، وإلا بإشارته المفهومة من الطرف الآخر ومن الشاهدين"⁽¹⁾.

ب- شروط الإيجاب والقبول كمسكوت عنها:

تعتبر شروط الإيجاب والقبول من الشروط المهمة لتعلقها بركن جوهري من أركان عقد الزواج وهو التراضي، وعليه سأطرق في هذه الفقرات إلى بيان أهم شروط الإيجاب والقبول، مُعرجاً بعدها إلى ما سكت عنه قانون الأسرة فيها، مبينا سبب سكوته.

1- شروط الإيجاب والقبول:

وتنقسم شروط الإيجاب والقبول إلى ثلاثة شروط وهي أن تكون الصيغة منجزة، مع اتحاد مجلس الإيجاب والقبول، مع موافقة القبول للإيجاب من كل وجه، وتفصيلها يكون كالآتي:

الشرط الأول: وهي أن تكون الصيغة حالة "منجزة"

معنى الصيغة "منجزة" أن تصدر الصيغة من العاقدين تفيد الزواج مباشرة، غير مقيدة بأمر أو شرط، أو مضافة للمستقبل بأجل، لأن العقد المنجز الحال يرتب جميع آثاره في الحال بتوافر أركانه وشروطه، والفرق بين الشرط والأجل نوجزها كما يلي⁽²⁾:

- فالشرط واقعة في المستقبل لا يمكن أن تتحقق فيعلق على إثرها إما وجود الالتزام فيكون شرطا واقفا، أو انتفائه فيكون فاسخا، كأن يقول الرجل للمرأة أتزوجك إذا حصلت على شهادة أكاديمية، أو إذا حصلت على وظيفة.

- الأجل هو ربط عقد الزواج بواقعة ستقع في المستقبل، لكن يعرف وقت حدوثها كالأيام، والشهور والسنوات، كأن يقول تزوجتك في شهر مارس القادم، أو يُجهل وقت وقوعها كقدوم شخص أو وفاته.

ربط عقد الزواج بما ورد في الحالتين السابقتين يؤدي إلى بطلانه لأن الصيغة لم تفد إنشاء العقد في الحال، ولأن عقد الزواج لا يقبل التعليق، ولا الإضافة كونه من عقود التمليكات، ومن هذا الباب نجد تحريم الإسلام لأنواع الزواج غير المؤبدة⁽³⁾.

(1) مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

(2) وزارة العدل المغربية، دليل عملي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية المعلومة القانونية والقضائية، ع1، 2004، ص23.

(3) يقصد بأنواع الزواج غير المؤبدة: زواج المتعة والزواج المؤقت، وزواج المتعة هو كل زواج احتوت صيغته على لفظ المتعة والاستمتاع، كقول الرجل للمرأة: أتمتع بك لمدة معينة بأجر أو صداق معين حسب المدة، والهدف من زواج المتعة مادي وهو انتفاع المرأة بالمال وانتفاع الرجل

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

من هذا الباب وجب أن تكون الصيغة بانعقاد الايجاب والقبول ما يعبر عنهما بلفظين في صيغة الماضي، مثل قول زوجتك. فيرد عليه قبلت زواجها، لأن صيغة الماضي تدل على تمام الرضا⁽¹⁾، وإنشاء تصرّف لم يكن موجودا من قبل، لأن صيغ الماضي في اللغة أوضح وأقوى لإنشاء العقود⁽²⁾.

أبديّة عقد الزواج هو موضوع مهم وعنصر أساسي في تعريف عقد الزواج، يلقي بظلاله على عناصر عدة في مسائل الزواج، وهو ما بيناه من خلال سكوت قانون الأسرة على عنصر التأييد في تعريف عقد الزواج.

أما إذا رُبط العقد بحدث وقع في الماضي أو تحقق حصوله في الحال ينعقد العقد، لأن التعليق في هذه الحالة تعليق لفظي لا حقيقي والصيغة في هذه الحالة جاءت منجزة لحصول ما علق عليه، كأن يقول لها تزوجتك إن كنتي حاصلة على شهادة البكالوريا، وقالت "قبلت"، وكانت حينئذ حاصلة عليها، وفي هذه الحالة تحقق الشرط قبل المجلس⁽³⁾.

الشرط الثاني: اتحاد مجلس الايجاب والقبول:

يقصد باتحاد المجلس كما بينت سابقا، هو اتصال الايجاب بالقبول في مجلس واحد، وينقسم مجلس العقد إلى نوعين⁽⁴⁾:

- مجلس حقيقي وهو الأصل، ويتحقق بوجود العاقدان مع ولي الزوجة والشهود⁽⁵⁾، حاضرين حضورا مؤكدا، مع اتحاد الزمان والمكان.
- مجلس حكمي، عند غياب أحد العاقدين كما هو الحال في التعاقد بالرسول أو الكتابة أو الهاتف أو أحد وسائل الاتصال الحديثة، وهذا المجلس يبدأ بمجرد وصول الكتاب وقراءة الايجاب أمام الشهود أو بداية الاتصال الصوتي أو المرئي.

بالاستمتاع لمدة مؤقتة، والزواج المؤقت هو زواج لمدة معينة مقابل مهر معين محدد لتلك المدة، ونكاح المتعة في حقيقته نكاح مؤقت لمدة معينة سواء كانت معلومة أو مجهولة، ونوعا الزواج المذكورين باطلين شرعا، وهذا رأي جمهور الفقهاء. انظر عبد العزيز رمضان سمك، الأحوال الشخصية "أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري"، مطبعة جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، (د. ط)، 2013، ص53. وكثير من الفقهاء لا يفرقون في الحكم بين الزواج المؤقت وزواج المتعة، مادامت الغاية منهما هو جعل الزواج محدد لمدة معينة، والمشعر الجزائري سكت عن زواج المتعة ولم يذكره صراحة، وكان عليه ذكر ديمومة الحياة الزوجية في تعريف الزواج، حتى يتلافى السكوت المطلق عن الزوجات غير المؤبدة، فيجعلها بعض ضعاف النفوس مطية لعقد مثل هذه العقود المحرمة والباطلة شرعا.

(1) عبد الناصر العطار، الوسيط في أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص146.

(2) سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص47.

(3) عبد العزيز رمضان سمك، المرجع السابق، ص50-51.

(4) رمضان الشرنباصي، جابر الشافعي، المرجع السابق، ص105.

(5) قد يتحقق المجلس بشاهدين وأحد العاقدان في المجلس الحكمي، وقد يتحقق بشاهدين ووكيلا للزوج وفي نفس الوقت وليا للزوجة أو العكس أي الزوج وفي نفس الوقت وكيل ولي الزوجة، وقد يكون وكيل عن ولي الزوجة ووكيلا عن الزوج في آن واحد، وهنا يكون أطراف العقد ثلاثة فقط. دليلة فركوس، جمال عياشي، المرجع السابق، ص86.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

واتحاد المجلس يقصد به ارتباط واقتران الايجاب والقبول سواء كان المجلس حقيقيا أو حكيميا، فإذا تم وحصل الايجاب والقبول وعلم الموجب بالقبول انعقد العقد، وانعقاد العقد في المجلس الحكمي يكون بوصول الكتاب وإعلان القبول ويسمعه الشهود⁽¹⁾.

أما الفورية⁽²⁾ في العقد فقد اختلف الفقهاء، فالحنفية والحنابلة⁽³⁾ لا يشترطون الفور في انعقاد الزواج مهما طال مجلس العقد⁽⁴⁾، وإن اشتغل طرفا العقد بكلام متعلق بعقد الزواج فهو في الحقيقة جزء من العقد، ولا يعتبر قاطعا له⁽⁵⁾ (كالكلام عن الصداق والشروط)، ولكن اختلاف المجلس عندهم يكون بعد صدور الايجاب من الموجب وقيام الطرف الآخر من المجلس قبل صدور القبول منه أو اشتغاله بأمر خارج عن العقد، ثم يعود ويصدر منه القبول، ففي هذه الحالة لا ينعقد العقد، لأن مجرد الوقوف من المجلس عند الحنفية يغيّر المجلس⁽⁶⁾.

أما عند المالكية⁽⁷⁾ والشافعية⁽⁸⁾ فيشترطون الفورية، ولا بأس بالفاصل اليسير الذي لا يقطعها، وتخلل الكلام بين الايجاب والقبول يضر العقد، لأن الاشتغال بما لا يفيد العقد دليل إعراض، أما الانصراف الطويل والذهاب دون عودة ينتفي على إثرها مجلس العقد ولا ينعقد عقد الزواج، وعليه وجب الاحتياط في المسألة لكون عقد الزواج من العقود التي لا خصوصية، وأرجح في هذا المقام ما ذهب إليه المالكية والشافعية، أن الفورية في الايجاب والقبول تستوجب عدم الفصل بينهما بأي كلام أو تصرف أجنبي عن عقد الزواج، أو صدور الايجاب بعد تفرق مجلس العقد لسبب من الأسباب، وتلقي القبول بعد اجتماعه مرة ثانية، وبالتالي في جميع هذه الحالات لا ينعقد عقد الزواج لحصول العارض وانتفاء الفورية.

خلال انعقاد عقد الزواج أمام الجهات المختصة وهم ضابط الحالة المدنية أو الموثق، فما تقع من فواصل زمنية يسيرة مرتبطة بالإيجاب والقبول تعتبر جزء من العقد⁽⁹⁾، كانتظار قدوم الزوجة للتصريح بالقبول أو أحد الشاهدين، أو أي كلام من مقتضيات العقد، أما تلقين الإمام لعبارة

(1) رمضان الشرنباصي، جابر الشافعي، المرجع السابق، ص105.

(2) يقصد بالفورية في العقد هو صدور القبول فوراً بعد الايجاب دون فاصل يسير أو طويل، والهدف من الفورية هو توالي الايجاب والقبول

(3) الهوتي، المرجع السابق، ج5، ص41.

(4) العرف محكم في مدى اتحاد المجلس من عدمه، فما اعتبره العرف فاصلا طويلا يؤدي للإعراض فلا ينعقد العقد، أما ما اعتبره فاصلا يسيرا فلا يضر ويصح العقد.

(5) جميل فخري جانم، مقومات عقد الزواج، المرجع السابق، ص145.

(6) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الاسلامي، المرجع السابق، ج8، ص62.

(7) ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج3، ص36.

(8) الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج2، ص330. أحمد الخليلي، المرجع السابق، ج1، ص118.

(9) أحمد الخليلي، نفس المرجع، ج1، ص149.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

القبول لولي الزوجة وانتظاره للرد في العقود المبرمة في المساجد، لا تعتبر من العوارض التي تفسد فورية الايجاب والقبول.

الشرط الثالث: موافقة القبول للإيجاب من كل وجه:

مخالفة القبول للإيجاب هو اختلافهما وعدم توافقهما وتلاقيهما في الغاية والقصد، وبمعنى آخر أن يوافق القابل على ايجاب الموجب كما صدر منه، كأن يقول العاقد جنتك خاطبا بنت الحسب والنسب على صداق مقداره عشرون ألف دينار، فيصدر القبول عن الزوجة بقول ولها أو قولها قبلت، هنا ينعقد العقد، أما إذا وقع اختلاف بين القبول والايجاب، أو اقترن القبول برفض شرط فرضه الموجب، أو اقترن بشرط ألحقه القابل بقبوله، ففي كل هذه الحالات لا تطابق بين الايجاب والقبول⁽¹⁾، ومثال اختلاف القبول مع الايجاب، اقتران القبول برفض شرط فرضه الموجب وهو أن يطلب الرجل من المرأة الزواج شريطة أن تتوقف عن الدراسة، فيكون جواب المرأة بالقبول مع رفض شرط التوقف عن الدراسة، والمثال الثاني عن اقتران القبول بشرط أضافه القابل كأن يتقدم الموجب(الرجل) بإيجابه ويقبله قبول من المرأة مع شرط عدم السفر بها من بلاد والديها.

في المثالين السابقين وكما أسلفت لا يوجد تطابق بين القبول والإيجاب بمجرد صدور القبول، وإنما يعتبر إيجابا جديدا يتطلب قبولا من الموجب السابق، وهو ما نصت عليه المادة 66 من القانون المدني الجزائري: "لا يعتبر القبول الذي يغير الايجاب إلا إيجابا جديدا". وعليه ففي المثالين السابقين فإن المرأة التي قبلت الزواج بشرط عدم التوقف عن الدراسة، أو عدم السفر بها يعتبر قبولها بمثابة إيجاب جديد يستلزم قبولا من الزوج، وإذا أضاف الرجل شروطا جديدة على ما تقدمت به المرأة اعتبرت شروطه إيجابا جديدا يستلزم قبولا من المرأة، ولا ينعقد العقد حتى يعلن القابل منها على موافقته شروط الآخر دون زيادة أو تعديل⁽²⁾.

والمخالفة بين القبول والايجاب قد تكون في شخص المرأة، أو في مقدار الصداق:

- فالمخالفة في شخص المرأة كأن يقول الولي زوجتك ابنتي خديجة فيرد الرجل قبلت ابنتك جويرية، فالعقد في هذه الحالة باطل لكونه غلط⁽³⁾ في شخص أحد العاقدين.

(1) أحمد الخمليشي، المرجع السابق، ج 1، ص 146.

(2) أحمد الخمليشي، نفس المرجع، ص 146-147.

(3) يكون الغلط عند انعقاد الزواج دون الزوجين أي من ينوبهما، ودون تعيين اسميهما، وعليه يجب تعيين الزوجين وتحديد هويتهم بالاسم واللقب واسم الأب لتفادي الغلط خلال العقد (تقديم بطاقة الهوية وعقد الميلاد أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية)، وذهب بعض الفقه أن الغلط في تعيين أحد الزوجين لا طعن فيه، لأن الأصل في الزواج أن يكون بعد خطبة وتعارف ومقدمات للزواج التي تتيح للطرفين معرفة بعضهما البعض جيدا. للمزيد انظر عبد الناصر العطار، الوسيط في أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص 164 وما يليها.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

- أما المخالفة في مقدار الصداق كأن يقول الولي للرجل زوجتك ابنتي "نصيرة" على صداق مقداره سبعون ألف دينار، فيقول قبلت زواج ابنتك بصداق مقداره أربعون ألف دينار، لم يصح العقد، أما إذا كان المخالفة لمصلحة الموجب كزيادة المهر مثلا كقوله قبلت زواجها بصداق قدره تسعون ألف دينار، فهذه الزيادة لا تضر العقد فيصح⁽¹⁾.

وكذلك من هذا الباب يشترط قبل صدور القبول، عدم رجوع الموجب عن ايجابه، فإن عدل الموجب عن ايجابه قبل القبول، لم يصح العقد ولو صدر القبول بعد رجوعه، وكذلك لو حصل طارئ للطرف الآخر قبل صدور القبول، كجنون دائم أو فقدان عقل فالعقد غير صحيح⁽²⁾.

2- ما سكت عنه قانون الأسرة في شروط الإيجاب والقبول:

سكت قانون الأسرة الجزائري عن بيان شروط الايجاب والقبول ولم يذكر منها ولو شرطا واحدا، مما يقتضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، بتطبيق نص المادة 222 من قانون الأسرة⁽³⁾، ويرجح سبب سكوت قانون الأسرة عن شروط الإيجاب والقبول، إلى اعتماد المشرع الجزائري في صياغة قواعد شروط عقد الزواج بشكل كبير على المذهب المالكي، الأمر الذي انعكس على تقسيم الشروط في القانون جاعلا منها شروطا واحدة إما موضوعية أو شكلية، على عكس التشريعات التي اتبعت المذهب الحنفي إذ تُقسّم الشروط إلى أربعة أنواع: شروط انعقاد، وشروط صحة، وشروط لزوم، وشروط نفاذ، حيث تُصنّفُ شروط الايجاب والقبول من ضمن شروط الانعقاد، وكان على المشرّع الجزائري ذكر شروط الانعقاد المحتوية لشروط الايجاب والقبول على قول الحنفية، على اعتبار أنه جعل من أركان عقد الزواج ركنا وحيدا، لأن الانفتاح على جميع المذاهب الذي اتخذه المشرّع سبيلا في نص المادة 222، يجعله في جِلٍّ من ذكر أي مسألة مغفلة، بغض النظر عن المذهب الذي أخذت منه، سيما أن شروط الإيجاب والقبول لها أهمية خاصة لتعلّقها بالركن الوحيد في عقد الزواج وهو التراضي.

هناك سبب آخر يمكن أن يكون هو المُبَرَّر لسكوت قانون الأسرة عن ذكر الشروط هو ترك مجال تفصيلها للقواعد العامة في القانون المدني الجزائري، التي فصّلت في مجلس العقد والفورية وتوافق الايجاب والقبول، ورغم هذا المسوغ فالسكوت عن شروط مهمة تتعلق بركن عقد الزواج يبقى أمرا غير مقبول، لكون عقد الزواج ليس كباقي العقود، إذ يكتسي حساسية وتعتبره ظروف خاصة

(1) نصر سلمان، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، دار ابن كثير، دمشق، سوريا، ط1، 2007، ص61.

(2) نصر سلمان، نفس المرجع والصفحة.

(3) محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص337.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

على عكس التصرفات والعقود الأخرى، مما يحتم على المشرع الجزائري تدارك السكوت في التعديلات القادمة من خلال ذكر شروط الإيجاب والقبول.

فقرارات المحكمة العليا لم تكن في منأى عن شروط الإيجاب والقبول، ففي قرار لها عالجت قضية تبين أهمية مجلس العقد في صحة عقد الزواج، حيث جاء فيه: "...لأنه ثبت في الإقرار بالزواج أمام الموثق أن الزوج والزوجة حضرا مجلس العقد وعبرا عن رضاهما بالزواج وبحضور ولي الزوجة..."⁽¹⁾

أما في القوانين المقارنة فقد وردت شروط الإيجاب والقبول في العديد من قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية، نذكر منها قانون الأسرة القطري الذي ينص في المادة 13 منه على: "يشترط لصحة الإيجاب والقبول ما يلي: 1- صدورهما عن رضاء تام بألفاظ تفيد معنى الزواج لغةً أو عرفاً، وفي حالة العجز عن النطق، فبالكتابة، فإن تعذرت فبالإشارة المفهومة. - 2 صدورهما بصيغة منجزة دالة على الاستدامة. 3- بقاء الإيجاب صحيحاً لحين صدور القبول. 4- موافقة القبول للإيجاب صراحةً أو ضمناً. 5- اتحاد مجلس العقد."⁽²⁾

ثالثا- الوكالة في عقد الزواج كمسألة مسكوت عنها في قانون الأسرة:

الأصل في عقد الزواج أن يكون إبرامه من طرف العاقدین الأصليين، شخصيا دون توكيل، لكن لظروف خاصة يمكن لأطراف العقد أن يوكلوا غيرهم، لكن قانون الأسرة المعدل سكت عن الوكالة بعد أن تطرق لها قبل التعديل، ولدراسة الوكالة في قانون الأسرة وجب تعريفها في اللغة والاصطلاح والقانون، ثم التطرق لها في عقد الزواج، بعدها أتناول مسألة سكوت قانون الأسرة الجزائري عن الوكالة وأسباب ذلك.

أ- تعريف الوكالة:

لبيان تعريف الوكالة وجب التطرق له لغويا ثم اصطلاحيا، وبعدها التعريف القانوني.

1- **الوكالة في اللغة:** الوكالة في اللغة من التوكيل، يقول ابن منظور: "الذي يقوم بأمره، سمي وكيلاً لأن موكله قد وكل إليه القيام بأمره فهو موكل إليه الأمر"⁽³⁾، "والاسم (الوكالة) بفتح الواو وكسرها.

(1) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 492298، 2009/04/08، م م ع، 2009، ع2، ص302.

(2) قانون الأسرة القطري، المرجع السابق.

(3) ابن منظور، المرجع السابق، ج 11، ص736.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

و (التوكّل) إظهار العجز والاعتماد على غيرك، والاسم (التكلان)، و (اتكل) على فلان في أمره إذا اعتمده"⁽¹⁾، وقد تعني الحفظ، والكفالة، والاعتماد، والتفويض"⁽²⁾.

2- الوكالة في الاصطلاح: اتفق الفقهاء على كون الوكالة في عقد الزواج إنابة الغير في القيام بالتصرف، ولكنهم اختلفوا في وضع تعريف مناسب لها، إذ يعرفها الحنفية على أنها: "إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم"⁽³⁾، ويعرفها المالكية على أنها: "...فالوكالة نيابة عن الموكل، فهي لا تكون إلا فيما تصح فيه النيابة مما يلزم الرجل القيام به لغيره أو يحتاج إليه لمنفعة نفسه"⁽⁴⁾، ويعرفها الشافعية أنها: "تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته"⁽⁵⁾، ويعرفها الحنابلة على أنها: "عبارة عن إذن في تصرف يملكه الأذن فيما تدخله النيابة"⁽⁶⁾.

يظهر من خلال تعاريف الفقهاء أنها لم تكن ملمّة بجميع جوانب الوكالة، فما أظهره تعريفٌ غفل عنه الآخر، والملاحظ أن جميع الفقهاء أشاروا إلى كون الوكالة عقد نيابة، والمعروف أن النيابة أعم وأشمل من الوكالة، وعليه ومن خلال التعريفات السابقة يمكن استنباط تعريف للوكالة: "وهي تفويض الغير إجراء تصرف معلوم قابل للنيابة ممن يملكه غير مشروط بموته"⁽⁷⁾.

3- التعريف القانوني للوكالة: جل القوانين المدنية العربية عرّفت الوكالة ومنها المشرع الجزائري، فقد جاء في المادة 571 من القانون المدني الجزائري: "الوكالة أو الانابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصاً آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه"، يستنتج من خلال التعريف أن الوكالة هي عقد يكلف بموجبه شخص (الموكّل)، شخصاً ثانياً (الوكيل) للقيام مقامه بفعل أي شيء لحساب الموكّل (الأصيل) وباسمه، وقد اتبع المشرع الجزائري الفقه الإسلامي من خلال تركيزه على إرادة الموكل في تعيين من ينوبه قانوناً، عكس بعض التشريعات الأخرى التي ركزت على الأثر القانوني للوكالة مثل المشرع المصري"⁽⁸⁾.

(1) زين الدين الرازي، مختار الصحاح، تحقيق يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت، لبنان، ط5، 1999، ص344.

(2) انظر محمد رضا العاني، الوكالة في الشريعة والقانون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2007، ص32.

(3) ابن نجيم، المرجع السابق، ج7، ص139.

(4) ابن رشد الجدي، المقدمات الممهّدات، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الاسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1988، ج3، ص49.

(5) الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج3، ص231.

(6) المرادوي، المرجع السابق، ج13، ص440.

(7) هذا التعريف للأستاذ محمد رضا العاني استخلصه من تحليل تعاريف الفقهاء، وقد شرّحه بالتفصيل. للمزيد انظر محمد رضا العاني، المرجع السابق، ص44-45.

(8) تنص المادة 699 من القانون المدني المصري على: "الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل". القانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني المصري. وللمزيد انظر محمد رضا العاني، المرجع السابق، ص45.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

ب- الوكالة في عقد الزواج:

يعتبر عقد الزواج من العقود التي تقبل الوكالة، كأن يقول شخص لآخر وكتك في إبرام عقد زواجي من فلانة بصدّاق قدره مبلغ معين فيقول الآخر قبلت الوكالة، وما قرره الفقه الإسلامي في الوكالة يجعل منها أمراً مهماً في عقود الزواج، وكل شخص يملك تصرفاً بنفسه له حق مباشرته بنفسه أو توكيل غيره، وعليه فالوكالة جائزة في عقد الزواج للرجل الذي يريد أن يتزوج ويوكل غيره في مباشرة عقد زواجه لأنه يحق له تولي عقده بنفسه (1).

ب-1- الدليل الشرعي للوكالة في عقد الزواج:

1- من القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعُثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ (2). ويستدل من الآية أن الحكمان هما من ينوبان عن الزوجين (3).

2- من السنة النبوية: أما سند الوكالة من السنة عدة أحاديث أذكر منها حديث: "سهل بن سعد رضي الله عنه قال: جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، إني قد وهبت لك من نفسي، فقال رجل: زوجنيها، قال: قد زوجناكها بما معك من القرآن" (4)، والنبي صلى الله عليه وسلم كان وكيلًا في زواج هذه المرأة من الصحابي.

3- الاجماع: أجمع الفقهاء على أن الوكالة جائزة من عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا.

ب-2- نوعا الوكالة في عقد الزواج: وقد تكون عامة أو خاصة:

ب-2-1- الوكالة العامة : لا تصلح لعقد الزواج لكونها وكالة يفوض فيها الموكل للوكيل صلاحية كامل التصرف في جميع أموره وحقوقه بغير استثناء، وكما قال الحنفية والمالكية هي وكالة صحيحة لكن يستثنى منها التوكيل في الزواج والطلاق والعتاق والتبرعات (5).

(1) رمضان الشرنباصي، جابر الشافعي، المرجع السابق، ص 244.

(2) سورة النساء، الآية 35.

(3) لابن العربي في تفسيره رأي آخر في الحكمين، بأنهما ليسا وكيلين وإنما قاضيين فيقول: "هذا نص من الله سبحانه في أنهما قاضيان لا وكيلان، وللوكيل اسم في الشريعة ومعنى، وللحكّم اسم في الشريعة ومعنى، فإذا بين الله سبحانه كل واحد منهما فلا ينبغي لشاذ فكيف لعالم أن يركب معنى أحدهما على الآخر، فذلك تلبس وإفساد للأحكام". ابن العربي، أحكام القرآن، تخرّيج وتعليق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 2003، ج1، ص539.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوكالة، باب وكالة المرأة الإمام في النكاح، حديث رقم 2310، ج3، ص 100-101. محمد رضا العاني، المرجع السابق، ص 44-45.

(5) محمد رضا العاني، المرجع السابق، ص 160-161.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

ب-2-2- الوكالة الخاصة: فهي الأصل لأن الوكالة تكون في أمر معين كالزواج والطلاق والبيع والشراء، ومادامت الوكالة الخاصة معنية بعقد الزواج فقد قسمها الفقهاء إلى نوعين وكالة مطلقة ووكالة مقيدة.

- الوكالة المطلقة: وهي الوكالة التي يكون فيها إيجاب الموكل خالي من أي قيد وللوكيل الحرية المطلقة في التصرف، فالوكالة المطلقة خالية من أي بيان لصفة الزوجة أو عمرها أو نسبها أو قيمة المهر، فللوكيل كامل الحرية في اختيار ما يناسب الموكل⁽¹⁾.

- الوكالة المقيدة: وهي الوكالة التي يقيد فيها الموكل إرادة الوكيل، فيذكر له عدة شروط في الزوجة المراد التزوج بها عن طريق الوكالة، فيعين له امرأة معينة معروفة ويحدد له السن والمهر، وعلى الوكيل الالتزام بحدود الوكالة إلا ما كان أفضل مما اشترطه عليه، وإذا تجاوز الوكيل حدوده المقيدة في الوكالة يبقى الزواج موقوفاً على إجازة الموكل، ولا يتم الدخول مادام الموكل لم يصل إلى علمه مخالفة الوكيل لشروطه، لأن الوكيل يستمد سلطته من الموكل فلا يجوز له مخالفته ولو بشيء لم يقصده⁽²⁾.

ب-3- آثار الوكالة على الوكيل والموكل:

ب-3-1- آثار الوكالة على الوكيل: إذا انعقد الزواج بوكالة صحيحة مستوفية الشروط غير متجاوز الوكيل فيها حدوده ترتبت الآثار التالية⁽³⁾:

♦ انعقاد عقد الزواج مادامت الأركان والشروط متوفرة ويضاف إلى الموكل.

♦ عدم جواز توكيل الوكيل لآخر ينوبه، بل يجب عليه أن يتولى العقد بنفسه لأن الوكالة خاصة وشخصية، فالموكل أوكله هو دون غيره بإبرام عقد الزواج، إلا إذا أذن الموكل للوكيل بتوكيل غيره كتابة، ففي هذه الحالة يجوز له ذلك⁽⁴⁾.

♦ يجوز لوكيل ولي الزوجة أن يزوج نفسه منها، واختلف الفقهاء في ذلك فقد أجاز المالكية⁽⁵⁾ هذا مع شروط⁽⁶⁾، وأجاز الحنفية توكيل المرأة مباشرة لمن يزوجه، فيكون وكيلاً من جهة

(1) اختلف الفقهاء في إطلاق الوكالة، فذهب الجمهور إلى أنها لا تسري على إطلاقها وإنما يقيد بها العرف، أما الحنفية فجوزوا إطلاقها. للمزيد انظر محمد رضا العاني، المرجع السابق، ص 162-163.

(2) رمضان الشرنباصي، جابر الشافعي، المرجع السابق، ص 247.

(3) رمضان الشرنباصي، جابر الشافعي، نفس السابق، ص 247.

(4) اشترط الفقهاء شروطاً في الوكيل الثاني، الذي قد يوكله الزوج، ألا يكون محرماً بحج أو عمرة، وألا يكون ناقص الأهلية كالصبي غير المميز أو فاقد كالمجنون والمعتوه.

(5) الخطاب الرعي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، (د.م)، ط 3، 1992، ج 3، ص 439.

(6) من الشروط التي اشترطها المالكية: 1- اشتراط رضاها فلو اشترطت عليه أن يزوجه من تريد فزوجها من نفسه، أو أراد تزويجها من آخر دون مشورتها فإنه لا يجوز حتى تجيز له هي أو ترده. 2- أن يشهد على رضاها بشاهدين مخافة انكارها. 3- ويجب أن تكون مما يباح له تزويجها.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

وأصيلا من جهة أخرى، أو توكل من يكون وكيلًا من الطرفين "عاقداً واحداً" (كالجد يزوج ابن ابنه من بنت ابنه الآخر)، وأما الحنابلة في رواية⁽¹⁾ فأجازوا ذلك أن تأذن المرأة لابن عمها أو الحاكم أن يتزوجها وهو في الوقت ذاته وليها، أما الشافعية⁽²⁾ فلا يصح لديهم من وكلته امرأة أن يتزوج بها، بل له أن يوكل ابن عم آخر له ليتزوجها منه، واشترطوا شروطاً فيمن تولى طرفي العقد (مسألة الجد وكيلًا لطرفي العقد).

ب-3-2- آثار الوكالة على الموكل: تتمثل آثار العقد بالنسبة للموكل قيام عقد الزواج صحيحاً بأركانه وشروطه، شريطة صحة الوكالة وعدم تجاوز الوكيل في الوكالة المطلقة لما حدده العرف، وفي الوكالة المقيدة تحقق الشروط التي قيد بها الموكل الوكيل، وفي هذا المقام فالحقوق والواجبات الناتجة عن عقد الزواج تتعلق بالموكل دون الوكيل، لأن عقد الزواج من العقود التي تضاف للموكل مباشرة لا إلى وكيله لأن الوكيل في هذه الحالة هو من عبّر فقط عن إرادة الموكل، ولا يمكن لآثار العقد أن ترجع إليه بل تعود للموكل مباشرة، فبتمام العقد تنتهي مهامه⁽³⁾.

ج- سكوت قانون الأسرة عن الوكالة في عقد الزواج:

سكت قانون الأسرة الجزائري عن الوكالة في عقد الزواج، بإلغائها بعد تعديل 2005، التي كانت موجودة بنص المادة 20 قبل التعديل في القانون 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984⁽⁴⁾، وقد أثار إلغاء هذه المادة خلافاً بين فقهاء قانون الأسرة، حتى أن بعضهم اعتبر أن هذا الإلغاء غريباً وخروجاً عن القواعد القانونية والعرفية⁽⁵⁾، والبعض الآخر بَرز الإلغاء كون عقد الزواج يتسم بالخطورة والمسؤولية الجسيمة، فهو عقد يقوم على ركن الرضا الذي يجعل من "شخصية" إيجابه وقبوله أمر ضروري، لا يقبل التوكيل لأي شخص مهما كانت صفته وقرابته⁽⁶⁾، ويبدو أن المشرعين الذين وضعوا تعديل قانون الأسرة عند إلغاء الوكالة، أغفلوا ولم يضعوا نصاً صريحاً لمنع عقد الزواج بالوكالة، الأمر الذي يجعل من تطبيق القاضي للمادة 222 التي تحيله إلى الشريعة الإسلامية مجيزة له التوكيل

الحطاب الرعيبي، المرجع السابق، ج3، ص439. أبوبكر الكشناوي، أسهل المدارك "شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك"، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2، (د.ت)، ج2، ص75.

(1) في رواية أخرى لا يجيزون ذلك إذ يقول صاحب المغني: "والرواية الثانية لا يجوز أن يتولى طرفي العقد، ولكن يوكل رجلاً يزوجه إياها بإذنها". موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص26.

(2) الشريبي، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج4، ص269.

(3) رمضان الشرنباصي، جابر الشافعي، المرجع السابق، ص248.

(4) نصت المادة 20 من قانون الأسرة الملغاة على: "يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة".

(5) الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص71.

(6) العربي بلحاج، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، (د.ط.)، 2013، ص282.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

في عقد الزواج، ما يجعل حذف المادة 20 بغير معنى⁽¹⁾، وإذا انفتح القاضي على كل المذاهب فهناك من يجيز أحقية المرأة في تزويج نفسها أو توكيل غيرها⁽²⁾.

يرجح سكوت قانون الأسرة الجزائري عن الوكالة إلى أسباب هي⁽³⁾:

- قد يبرر سكوت التطبيق السني لبعض الأشخاص الموكّلون بإبرام عقد الزواج مخافة غشّهم أو تدليسهم، أو تجاوز حدود الوكالة الممنوحة لهم، ولكنها تبقى أسباب غير كافية لا تلغى بسببها الوكالة بشكل كلي، بل كان يكفي القانون احاطتها بشروط وضوابط تحول دون مخالفة قواعد الوكالة⁽⁴⁾.

- أن الوكالة في عقد الزواج جزء لا يتجزأ من أحكام الوكالة المذكورة في القانون المدني الجزائري، ابتداء من المادة 571 وما يليها، مما يجعل ذكر الوكالة في عقد الزواج أمرا سبق ذكره فلا سبيل لتكراره⁽⁵⁾.

- يرجح كذلك سبب سكوت قانون الأسرة الجزائري عن الوكالة هو اعتماده بعد التعديل لركن وحيد في عقد الزواج، ألا وهو ركن التراضي المنصوص عليه في المادة 09 منه، ما يجعل حرية الاختيار⁽⁶⁾ مبدأ لا حياد عنه، والذي يؤدي إلى إجبارية تلفظ الشخص بالإيجاب والقبول، ما يجعل الوكالة في عقد الزواج وجودها كعدمها.

يبدو أن سكوت قانون الأسرة الجزائري عن الوكالة في عقد الزواج، لا تبرير له ولو كان اتجاهه لتكريس شخصية وشفوية الإيجاب والقبول ذو أهمية، وكان من المفترض به ذكر الإلغاء صراحة في مادة مستقلة، تمنع اعتماد الوكالة كوسيلة لإبرام عقد الزواج حتى يزول اللبس، حيث أن بقاء النص ملغى يُؤوّل في هذه الحالة إلى أن المشرع ألغى الوكالة صراحة وأبقاها ضمنا، لسهولة رجوع القاضي لأحكام الشريعة الإسلامية، وتطبيق قواعد الوكالة في عقد الزواج المبنوثة في كتب التراث الإسلامي.

بالرغم من الانتقادات⁽⁷⁾ التي طالت الرأي الذي احتتمل سكوت القانون بإلغائه للوكالة هو إحالة نصها بطريقة ضمنية إلى قوانين أخرى، إلا أنه يمكن أن يكون احتمالا صحيحا، وسبب ذلك بقاء نص الوكالة في عقد الزواج صريحا في قانون الحالة المدنية رقم 20/70 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المعدّل والمتمم، والذي يحوي المادة 32 منه والتي تجيز بشكل صريح تمثيل الأطراف المتعاقدين بوكيل حال

(1) الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص72.

(2) وهو ما نص عنه قانون الأحوال الشخصية العراقي، انظر عبد القادر الحياي، "الوكالة في عقد النكاح بين الشريعة والقانون"، مجلة كلية الامام الأعظم، ج6، العراق، سبتمبر 2008، ص17.

(3) يذهب الأستاذ عبد العزيز سعد إلى أن مبرر إلغاء المادة 20 استلهمه المشرع من نص المادة الثانية من الأمر 59-274 لسنة 1959 الملغاة، التي توجب الزوجين الحضور شخصا وإلا عُدّ العقد باطلا. عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص79.

(4) أحمد غرابي، المرجع السابق، ص194.

(5) فضيل العيش، المرجع السابق، ص139. العربي بلحاج، أحكام الزوجية، المرجع السابق، ص282.

(6) العربي بلحاج، أحكام الزوجية، المرجع السابق، ص282..

(7) العربي بلحاج، نفس المرجع والصفحة.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

تعذر حضورهم لسبب من الأسباب، حيث نصت المادة 32 على: "يجوز للأطراف المعنيين في حالة ما اذا كانوا غير ملزمين بالحضور شخصيا ان يمثلوا بوكيل مفوض خصوصي و رسمي"، فحسب النص يجوز لطالبي إبرام عقد الزواج بالإضافة للشروط الشكلية والقانونية المطلوبة، أن يمثلوا بوكيل مفوض في حال وجدوا أنفسهم غير ملزمين بالحضور الشخصي كتعذر الحضور لمرض أو سفر، ويتضح كذلك من خلال النص أن الوكالة يشترط فيها أن تكون وكالة خاصة ومقيدة.

ونص المادة 21 من قانون الأسرة الجزائري أكد على تطبيق أحكام قانون الحالة المدنية، في إجراءات عقد الزواج التي تنص على: "تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج"، وإجراءات تسجيل عقد الزواج في قانون الحالة المدنية يحوي المادة 32 المجيزة بشكل صريح للوكالة.

بالرجوع للمادة 20 من قانون الأسرة الملغاة، نجدها تنص على أن الوكالة في الزواج تكون للزوج فقط دون الزوجة، والتي يعتبر حضورها شخصيا أمر ضروري، عكس المادة 32 من قانون الحالة المدنية الحالي التي لم تفرّق بين الزوج والزوجة في إبرام الوكالة، ما يجعل إلغاء المادة 20 يفسح المجال أمام الزوجة للتعاقد بالوكالة مثلها مثل الزوج، وبالتالي كان على المشرع الجزائري إبقاء المادة 20 المتعلقة بالوكالة في عقد الزواج، وتقييدها بشروط إضافة للشروط المذكورين في المادة 32 من قانون الحالة المدنية (خاصة ومقيدة)، لأن ذكر نص قانوني ينظم الوكالة في عقد الزواج ضمن طيات قانون الأسرة، يجعل منه نصا خاصا يبعد كل تأويل لخضوعه للقواعد العامة.

وما ورد في القانون المقارن بشأن الوكالة، جدير بالدراسة كمدونة الأسرة المغربية وقانون الأحوال الشخصية السوري المعدل، فقد جاء في المادة 17 من مدونة الأسرة المغربية ما نصه:

" يتم عقد الزواج بحضور أطرافه غير أنه يمكن التوكيل على إبرامه، بإذن من قاضي الأسرة، المكلف بالزواج وفق الشروط الآتية:

- 1- وجود ظروف خاصة، لا يتأتى معها للموكل أن يقوم بإبرام عقد الزواج بنفسه؛
- 2- تحرير وكالة عقد الزواج في ورقة رسمية أو عرفية، مصادق على توقيع الموكل فيها؛
- 3- أن يكون الوكيل راشدا متمتعا بكامل أهليته المدنية، وفي حالة توكليه من الولي يجب أن تتوفر فيه شروط الولاية؛
- 4- أن يعين الموكل في الوكالة اسم الزوج الآخر ومواصفاته، والمعلومات المتعلقة بهويته، وكل المعلومات التي يرى فائدة في ذكرها؛

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

5- أن تتضمن الوكالة قدر الصداق، وعند الاقتضاء المعجل منه والمؤجل. وللموكل أن يحدد الشروط التي يريد إدراجها في العقد والشروط التي يقبلها من الطرف الآخر؛

6- أن يؤشر القاضي المذكور على الوكالة بعد التأكد من توفرها على الشروط المطلوبة.

فمدونة الأسرة المغربية حاولت من خلال هذه الشروط تقييد الوكالة⁽¹⁾، وجعلها بإذن القاضي وفق الشروط المذكورة أعلاه لضمان عدم الغش والتدليس، والشرطين الرابع والخامس يبينان بوضوح كون الوكالة مقيدة وليست عامة، وتأشير القاضي يفسر حفظ الوكالة في ملف الزواج للاحتجاج بها عند النزاع.

أما في قانون الأحوال الشخصية السوري المعدل تنص المادة الثامنة: "1/ يجوز التوكيل في عقد الزواج وكالة مطلقة أو مقيدة. 2/ ليس للوكيل أن يزوج موكله من نفسه أو من أحد أصوله أو فروعه إلا إذا نص على ذلك صراحة في الوكالة"⁽²⁾، فقد نصت المادة صراحة على الوكالة بنوعها المطلقة والمقيدة وهو ما قرره المذهب الحنفي، ولم تكن عبارة مطلقة أو مقيدة موجودة قبل التعديل⁽³⁾، وأضاف في الفقرة الثانية منع تزويج الوكيل أحد أصوله أو فروعه من موكلته إلا ما ينص عنها صراحة في الوكالة، وأضاف هذه العبارة حتى لا يظن المنع من الموكل فقط بل يتعدى إلى قرابته.

المطلب الثاني: المسكوت عنه في الشروط⁽⁴⁾ الموضوعية⁽⁵⁾ لعقد الزواج

أحاطت الشريعة الإسلامية عقد الزواج بضوابط وشروط حماية له، وسارت على ذلك التشريعات الأسرية وقانون الأسرة الجزائري منها، حيث نصت المادة 09 مكرر على شروط الزواج التي جاء فيها: "يجب ان تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج"، حيث قسّم القانون شروط عقد الزواج إلى شروط موضوعية وأخرى

(1) الهدف من هذه الشروط كذلك هو التقليل من عقود الزواج المبرمة بالوكالة الذي لا ضرورة تبره. أحمد الخليلي، المرجع السابق، ج 1، ص 141.

(2) قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق.

(3) كان نص المادة 08 قبل التعديل كالتالي: "1- يجوز التوكيل في عقد النكاح. 2- ليس للوكيل أن يزوج موكلته من نفسه إلا إذا نص على ذلك في الوكالة".

(4) الشرط لغة معناه العلامة، وجمعه شُرُوطٌ وشَرَائِطٌ. ويقال اشْتَرَطَ عليه، وأما أشْرَاطُ الساعةِ فهي علاماتها. انظر ابن منظور، لسان العرب، ج 7، ص 329. أما اصطلاحاً فهو ما يعتمد على وجوده الشيء في الواقع أو بحكم الشارع، فيكون الحكم بدونه باطلاً، رغم أنه ليس جزءاً من حقيقته، ويقول القرافي: "والشرط ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته"، ومثال ذلك الوضوء للصلاة، فالوضوء شرط للصلاة، ولا وجود للصلاة دون وضوء رغم أن الوضوء ليس جزءاً من حقيقة الصلاة لكنه بعدمه تنعدم الصلاة، لكن وجوده لا يلزم وجود الصلاة. انظر القرافي: الفروق، عالم الكتب، (د.م. د. ط، د.ت)، ج 1، ص 60. محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، ط 2، 2006، ص ص 403-404.

(5) وفرق قانون الحالة المدنية الجزائري بين الشروط الموضوعية والشكلية وهو ما سكت عنه قانون الأسرة على الرغم من كونها مسألة ذات أهمية. انظر العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 6، المرجع السابق، ص 114.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

شكلية، وسأتطرق في هذا المقام للشروط الموضوعية دون الشكلية، مركزا على الأهلية والصداق في عقد الزواج وما سكت عنه قانون الأسرة الجزائري فيهما.

أولا- المسكوت عنه في أهلية الزواج:

تعتبر الأهلية من الشروط التي وضعتها القوانين حماية للقصر عند إبرام عقد الزواج، وهو شرط وقع الخلاف حول وجوبه عند الفقهاء، والقانون عند تعاطيه مع الأهلية سكت عن بعض المسائل فيها، وقبل التطرق للمسكوت عنه في الأهلية وجب التعرّض لمفهومها في اللغة والاصطلاح والقانون، ثم التطرق إلى شرط الأهلية في الفقه الإسلامي وفي قانون الأسرة الجزائري، وبعدها إلى المسكوت عنه.

أ- تعريف الاهلية: سأتناول في هذه الجزئية تعريف الأهلية في اللغة والاصطلاح والقانون كالتالي:

1- في اللغة: وهي الصلاحية للأمر، وهي الجدارة والاستحقاق⁽¹⁾، ويقال فلان أهل للمنصب فهو جدير به.

2- في الاصطلاح: وهي: "أهلية الإنسان للشيء صلاحيته لصدور ذلك الشيء وطلبه منه وهي في لسان الشرع عبارة عن صلاحيته لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه وهي الأمانة التي أخبر الله عز وجل بحمل الإنسان إياها" يقول الله تعالى: ﴿وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا﴾⁽²⁾، ويعرفها الأستاذ مصطفى الزرقا على أنها: "صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلا صالحا لخطاب تشريعي"⁽³⁾. وعليه يمكن تعريف الأهلية في عقد الزواج بأنها صلاحية الشخص للزواج وقدرته لتحمل أعباءه وما ينتج عنه من مسؤوليات.

3- في القانون: ويقصد بالأهلية في القانون صلاحية الشخص لاكتساب حقوق وتحمل التزامات، وأن يباشر بنفسه الأعمال القانونية المتعلقة بهذه الحقوق⁽⁴⁾، والأهلية من هذا التعريف تنفّج إلى نوعين أهلية وجوب وأهلية أداء، فتعرّف أهلية الوجوب على أنها صلاحية الشخص بثبوت حقوقه بميلاد الشخصية القانونية التي تثبت للشخص الطبيعي بانفصاله عن أمه وولادته حيا، وتتعدى للجنين في بطن أمه مكتسبا حقوقا منها الحق في الحياة والنسب والميراث.

أما أهلية الأداء فتتمثل في قدرة الشخص على مباشرة تصرفات قانونية بنفسه تنتج آثارها القانونية من حقوق والتزامات، وهذه القدرة تستوجب أن يصدر التصرف عن إرادة سليمة وواعية

(1) مسعود جبران، المرجع السابق، ص 151. مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ج 1، ص 32. مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ج 2، ص 783.

(2) سورة الأحزاب، الآية 72.

(3) مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ج 2، ص 783.

(4) عمار بوضياف، النظرية العامة للحق، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 1، 2010، ص 56.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

مدركة ومميزة لأبعاد التصرف و آثاره القانونية⁽¹⁾، ومنه فأهلية الأداء لا تثبت لجميع الأفراد بمجرد وجود الشخصية القانونية، بل لها شروط و جب توافرها وهي السن و حرية التصرف و الحالة العقلية و خلو الإرادة من العيوب.

ب- أهلية الزواج في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري:

يندرج ضمن هذا البند شرط من شروط عقد الزواج ألا وهو الأهلية، وهو من الشروط التي إن تخلفت في القانون، دون ترخيص من القاضي و دون سن الرشد، قد يترتب عنها بطلان عقد الزواج، وهو ما اختلف فيه الفقهاء بين محدّد لسن الزواج و غير محدّد له، وهو ما سأليناه من خلال التطرّق لما قال به الفقهاء في أهلية الزواج، ثم ما وضعه القانون من قواعد منظّمة للأهلية كشرط من شروط عقد الزواج.

1- أهلية الزواج في الفقه الإسلامي:

لم يحدد الفقهاء سنا معيناً للزواج، و من خلال شروحهم استنتج أن سن الزواج يكون بالبلوغ⁽²⁾، و قدّروا بلوغ الولد أو البنت لسن خمسة عشر سنة على الراجح، إلا أنهم اختلفوا في تزويج الصغار دون البلوغ إلى رأيين:

1-1- الرأي الأول: وهو ما قال به أكثر الفقهاء⁽³⁾ بجواز تزويج الصغار، و لا تحديد لسن الزواج، و استدّلوا بـ:

- قوله الله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَيْسُنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾⁽⁴⁾، فدل على أن الصغيرة التي لم تحض يجوز تزويجها، إذ لا عدة إلا بعد زواج صحيح تام الأركان⁽⁵⁾.

(1) عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص 57.

(2) علامات البلوغ خمسة كما حددها الفقهاء: الثلاثة الأولى مشتركة بين الذكر و الانثى و الأخيرتين للأنثى فقط وهي: 1- الاحتمام 2- الانبات (ظهور الشعر حول الفرج) 3- البلوغ بالسن 4- الحيض 5- الحمل. للمزيد انظر محسن الجميلي، "حكم تزويج الصغار بين الشريعة و القانون"، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية، المجلد الرابع، العدد 13، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الأنبار، العراق، 2013، ص 1486.

(3) النووي، روضة الطالبين و عمدة المفتين، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 3، 1991، ج 7، ص 53. ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج 3، ص 34. الكاساني، المرجع السابق، ج 2، ص 244. ابن حزم، المرجع السابق، ج 9، ص 38. البهوتي، الروض المربع بشرح زاد المستنقع مختصر المنع، تحقيق خالد بن علي المشيقي و آخرون، دار الركائز للنشر و التوزيع، الكويت، ط 1، 1438، ج 3، ص 85.

(4) سورة الطلاق، الآية 4.

(5) عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، منشورات جامعة حلب (كلية الشريعة)، سوريا، (د.ط.)، (د.ت.)،

ج 1، ص 169.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

- من السنة ما جاء في حديث عائشة رضي الله عنها: "أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها وهي بنت ست سنين، وأدخلت عليه وهي بنت تسعٍ ومكثت عنده تسعاً"⁽¹⁾، ووجه الدلالة من هذا الحديث جواز تزويج الولي للصغيرة، ورد على هذا الرأي كون أن زواج النبي صلى الله عليه وسلم من أمنا عائشة رضي الله عنها في ذاك السن إنما خصوصية من خصوصياته⁽²⁾، ولما كان زواج الصغار مباحاً عند الفقهاء ؛ فقد أحاطوه بضمانات عدة لحمايتهم⁽³⁾.

2-1- الرأي الثاني: وهو ما ذهب إليه ابن شبرمة⁽⁴⁾، وأبو بكر الأصبم⁽⁵⁾، إلى تحديد سن الزواج وعدم تزويج الصغار قبل البلوغ، ومتى ما وقع الزواج كان باطلاً غير مرتب لأي أثر، ودليلهم في ذلك قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾⁽⁶⁾، ويستفاد من الآية أنه: "لو جاز التزويج قبل البلوغ، لم يكن لهذا فائدة، ولأنه لا حاجة بهما إلى النكاح"⁽⁷⁾، ورد عليهم بأن: "قد تكون هناك مصلحة بتزويج الصغار، ويجد الأب الكفاء، فلا يفوت إلى وقت البلوغ"⁽⁸⁾.

من العلماء المعاصرين الذين أبطلوا زواج القاصر الأستاذ محمد عقلة مستدلاً بما قال به ابن شبرمة ومن معه، وأضاف عناصر أخرى في نفس السياق وهي⁽⁹⁾:

- حرمان القاصر من اختيار شريك حياته، واجباره على العيش مع شخص لم يختاره، وحين البلوغ قد لا يقع الانسجام ويحدث ضرر نتيجة لذلك.
- الضرر المحتمل للأم والطفل نتيجة الحمل المبكر للقاصر.
- القاصر في كل الشرائع ليس أهلاً للتصرف، والزواج يترتب عليه حقوق وواجبات، فكيف لنا بتحميل قاصر تبعات نفسية ومادية هو أصلاً في غنى عنها.

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب إنكاح الرجل ولده الصغار، حديث رقم 5133، ج 7، ص 17.

(2) ابن حزم، المرجع السابق، ج 9، ص 39.

(3) من هذه الضمانات: 1- أن يراعى وجه مصلحتها في هذا الزواج، 2- أن يتولى عقد زواجها ولها الشرعي فقط، 3- ألا يتعجل بالدخول بها حتى يتأكد من أنها صالحة لذلك، 4- أن يكون لها مهر المثل، 5- يجوز لها فسخ عقد زواجها عند البلوغ. انظر سيد سابق، المرجع السابق، ج 2، ص 116.

(4) عبد الله بن شبرمة الضبي من أهل الكوفة وفقهائها والمكني بـ أبو شبرمة مات سنة 144 هـ كان من أئمة الفروع، وأما الحديث فما هو بالمكثّر منه، له نحو من ستين أو سبعين حديثاً. انظر، ابن حبان، مشاهير علماء الأمصار وأعلام فقهاء الأقطار، تحقيق مرزوق على ابراهيم، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، ط 1، 1991، ص 265. الذهبي، سير أعلام النبلاء، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، (د.م)، ط 3، 1985، ج 6، ص 348.

(5) أبو بكر الأصبم شيخ المعتزلة، توفي سنة 201 هـ، له عدة مؤلفات منها "خلق القرآن" و"الأسماء الحسنی". انظر، الذهبي، نفس المرجع، ج 9، ص 402.

(6) سورة النساء، الآية 6.

(7) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 8، ص 183.

(8) وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ج 8، ص 184.

(9) محمد عقلة، نظام الأسرة في الإسلام، مكتبة الرسالة الحديثة، الأردن، ط 2، 1989، ج 1، ص 267.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

بعد عرض الرأيين يترجح الرأي الثاني، بعدم تزويج الصغار قبل البلوغ، لعدم قدرتهم على تحمل المسؤوليات والأعباء الناتجة عن الحياة الزوجية، وما شُرِعَ الزواج إلا لراشد يحقق له المقاصد الشرعية، من مودة ورحمة ومحافظة على النسل وهي الأهداف الحقيقية لعقد الزواج.

2- أهلية الزواج في قانون الأسرة الجزائري:

اعتبر قانون الأسرة الجزائري الأهلية شرطا من شروط صحة الزواج، وذكرها مستهلا بها الشروط في المادة 9 مكرر التي نصت على: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: - أهلية الزواج - الصداق - الولي - شاهدان - انعدام الموانع الشرعية"، وهذا الاستهلال فهم أنه أعطى أهمية لصلاحيته الشخص لإبرام عقد الزواج من خلال ذكر الأهلية وإدراجها في شروط عقد الزواج، فهي الشرط القانوني الوحيد ضمن الشروط الموضوعية، ويُفهم من خلال ما أشار إليه المشرع في المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري⁽¹⁾ أن الأهلية تكتمل ببلوغ سن الرشد القانوني وهو 19 سنة كاملة للرجل والمرأة، والمنصوص عليه في المادة 40 من القانون المدني الجزائري⁽²⁾، دون أن تكون هذه الأهلية مشوبة بعوارض من العوارض⁽³⁾، واختيار قانون الأسرة الجزائري لهذا السن بعد التعديل، هو تأكيد لقدرة الطرفين على الزواج التي تترتب عن السن القانوني من مسؤوليات مادية منها الانجاب والنفقة، وأخرى معنوية كتربية الأولاد والمعاشرة بالمعروف⁽⁴⁾. من هنا يتبين أن قانون الأسرة اعتمد في تحديد الأهلية على معيارين: معيار بلوغ سن التاسعة عشر كحد أقصى لا يمكن الاحتجاج بتخلف الأهلية بعده، ومعيار القابلية للزواج من الجانبين الجسدي والنفسي⁽⁵⁾.

لقد أعطى قانون الأسرة الجزائري في نص الفقرة الثانية(02) من المادة السابعة (07) المعدلة، كلا من الرجل والمرأة اللذين لم يبلغا سن الرشد القانوني من شرط الأهلية لوجود مصلحة أو ضرورة، متى تأكد للقاضي قدرة الطرفين على الزواج، ولا يجوز لمن رغب وليه في تزويجه قبل 19 سنة من الطرفين أو أحدهما إتمام عقد الزواج إلا برخصة مسبقة من رئيس المحكمة، بعد تقديمه طلب بمنح

(1) تنص المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري على: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة ...".

(2) تنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري على: "...وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

(3) من عوارض الأهلية: الصغر أو العته أو الجنون، فقد حدد المشرع الجزائري سن التمييز بثلاث عشرة سنة بنص المادة 42 من القانون المدني، ولا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في سنه أو عته أو جنون، أما من تجاوز الثلاثة عشر سنة ولم يبلغ سن الرشد، أو بلغ سن الرشد وكان مصابا بسفه أو كان ذو غفلة يعتبر ناقص الأهلية، وهو ما نصت عليه المادة 43 من القانون المدني الجزائري.

(4) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط6، المرجع السابق، ص117. وكان المشرع الجزائري قبل التعديل ينص على اكتمال أهلية الرجل بـ 21 سنة وأهلية المرأة 18 سنة، وقبل ذلك في القانون 274-59 المؤرخ في 04-02-1959 الخاص بعقود الزواج التي يبرمها الأشخاص الذين يخضعون لنظام الأحوال الشخصية المحلية، في عمالات الجزائر والساورة والواحات خلال الاستعمار الفرنسي، حدد سن الزواج بـ 18 سنة للرجل و15 سنة للمرأة، أما القانون 224-63 المؤرخ 09/06/1963 الصادر بعد استرجاع السيادة الوطنية فحدد سن الزواج 18 سنة للرجل و16 سنة للمرأة.

(5) دليلة فركوس، جمال عياشي، المرجع السابق، ص105.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

رخصة الإذن بالزواج⁽¹⁾، دون أن ننسى ما جاء في المادة 11 الفقرة الثانية من قانون الأسرة بأنه : "يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"، بحيث يتوقف الزواج على موافقة الولي، وإذا حصل خلاف بين الولي والقاصر، فالأمر يُرجع فيه لمناخ الرخصة ألا وهو القاضي الذي يعمل بسلطته التقديرية مقررًا منح الرخصة من عدمها، وهذا بعد التأكد من وجود الأسباب الضرورية والمصلحة الطارئة للقاصر مع القدرة البدنية والنفسية⁽²⁾.

ج- ما سكت عنه القانون في الأهلية:

جعل قانون الأسرة الجزائري الأهلية في الزواج شرط صحة، مثله مثل قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية، إلا أنه رغم معالجته لشرط الأهلية وربطها بالقواعد العامة، فقد سكت عن مسائل مهمة تخص هذا الشرط سأوردها فيما يلي:

1- سكت قانون الأسرة في المادة 07 فقرة 2 عن تحديد السن الأدنى للزواج⁽³⁾، الذي يجب على القاضي الرجوع له عند الإذن بالزواج لمن هم دون سن الأهلية، وكان على القانون أن يحذو حذو بعض التشريعات الأسرية للبلاد العربية، التي منها قانون الأحوال الشخصية السوري، الذي حدد سنًا أدنى للترخيص بالزواج للفتى والفتاة قبل تعديله والمقدر بـ 15 سنة للفتى و13 سنة للفتاة⁽⁴⁾، وبعد تعديله بالقانون 2019/04 المؤرخ 2019/02/07، وحد السن بين الجنسين وجعله 15 سنة⁽⁵⁾ كحد أدنى، والسبب في الأخذ بهذا السن باعتبار أن الفقهاء حددوا سن 15 سنة للبلوغ، الذي بموجبه يصبح الشخص مكلفًا بواجبات دينية وديوية، وما ترشيد القاصر في هذه السن وإكسابه أهلية التقاضي إلا دليل على تحمّل الحقوق والالتزامات الخاصة بالزواج⁽⁶⁾، فعلى المشرع الجزائري اختيار سن

(1) باعتبار من تقدم بطلب إذن الزواج قاصر فإن من ينوبه هو الولي أو وصي أو مقدم بنص المادة 81 من قانون الأسرة.
(2) يرى جانب من فقهاء القانون، أن الأسباب الضرورية لتزويج الفتاة القاصر كونها تعرضت للخطف ويراد تزويجها من خاطفها، أو يكون الطفل مريضًا وعلاجه الزواج. انظر عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 26. ويرى جانب آخر من فقهاء القانون أن نص المادة 07 فقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري المعدل، لم تشر إلى موافقة الولي في الإذن، بالزواج وكان على المشرع استبدال عبارة "لمصلحة أو ضرورة" بعبارة "مبررات مقبولة" وذلك لربط الإذن القضائي بوقائع قابلة للإثبات القضائي. انظر العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط6، المرجع السابق، ص120.

(3) انظر العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط6، نفس المرجع، ص119. محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص427. لعلى سعادي، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة تدرج ضمن متطلبات نيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2015/2014، ص57.

(4) جاء في المادة 18 من قانون الأحوال الشخصية السوري قبل التعديل: "1- إذا ادعى المراهق البلوغ بعد إكماله الخامسة عشرة أو المراهقة بعد إكمالها الثالثة عشرة وطلبًا الزواج يأذن به القاضي إذا تبين له صدق دعواهما واحتمال جسميهما".

(5) جاء في المادة 18 من قانون الأحوال الشخصية السوري المعدل: "1/ إذا ادعى المراهق أو المراهقة البلوغ بعد إكمال الخامسة عشرة وطلبًا الزواج يأذن به القاضي إذا تبين له صدق دعواهما واحتمال جسميهما.. ومعرفتهما بالحقوق الزوجية". انظر قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق.

(6) الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص61.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

مناسبٍ موحد بين الفتى والفتاة يرجع إليه القاضي عند ترخيصه بزواج القاصر والمقدر بـ 16 سنة للفتى والفتاة على حد سواء، على اعتبار أنه ساوى بينهما في سن الرشد القانوني، وجاء اختيار هذا السن تماشياً والتطور الثقافي وتغير الظروف الاجتماعية⁽¹⁾.

بالإضافة إلى أن مصلحة الطرفين لا تسمح لهما بإبرام عقد الزواج مطلقاً دون 16 سنة، وعلى القاضي التأكيد من قدرة طرفي الزواج على التمييز⁽²⁾ تجعل منهما مدركين لما هما مقدمين عليه من التزامات⁽³⁾، وإن استلزم الأمر الاستعانة بالخبرة الطبية أو إجراء بحث اجتماعي، ويرتبط ذلك بالأدوات التي تكشف للقاضي أهلية طالب الرخصة والتحقق من بلوغه الطبيعي، ووجود المصلحة الحقيقية، ومدى استفادة كلا الطرفين من هذا الزواج، و مدونة الأسرة المغربية نصت من خلال المادة 20 على: "لقاضي الأسرة المكلف بالزواج أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في المادة 19 أعلاه، بمقرر يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك، وبعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبي الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي"، وحسب نص المادة سالفه الذكر فإن المصلحة يجب أن تكون مهمة وضرورية، وأن تكون هي الباعث الأساسي لهذا الطلب، وهو ما يجب أن يتأكد منه القاضي قبل منح الإذن بالزواج للقاصر، كذلك الاستماع لأب القاصر أو أمه أو هو شخصياً. ويمكن للقاضي الاستعانة بخبرة طبية لطبيب مختص⁽⁴⁾ أو إجراء بحث اجتماعي ليقنتع بأحقية هذا القاصر للإذن، ويستطيع الاستعانة بكل الوسائل المذكورة مجتمعة أو يلجأ لواحدة دون أخرى إعمالاً للسلطة التقديرية الممنوحة له⁽⁵⁾.

(1) أصبحت أكثر الأسر لا تسمح بزواج البنت إلا بعد إنهاء دراستها سواء كانت الثانوية أو الجامعية.

(2) جعل القانون المدني الجزائري في المادة 42 سن التمييز هو بلوغ 13 سنة كاملة، وعلى اعتبار أن اقتراح الحد الأدنى للسن الذي ينبغي النزول إليه في رخصة القاضي في قانون الأسرة هو 16 سنة كاملة، وبحساب الفرق نجدها 3 سنوات، فهي -بحسب علمي- مدة كافية لجعل القاصر مميزاً بعض النظر عن سنه.

(3) جيلالي تشوار، "سن الزواج بين الإذن والجزاء"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مج36، ع4، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 1999، ص79.

(4) الخبرة الطبية تبقى للاستثناس فقط للقاضي وليست ملزمة له، حتى ولو جاء تقريرها إيجابياً، بالنضج و قدرة القاصر الجسدية على الزواج، إلا أن القاضي قد لا يعطي الإذن بالزواج لأسباب أخرى (سبب اجتماعي)، وهو ما جاء في أحد أحكام القضاء المغربي: "المستأنف اعتمد في تبرير طلبه على موجب العنت والمحكمة بعد اطلاعه على الموجب عدد 745 صحيفة 412 فإن شهودها لم يتبينوا بوضوح ما هو السبب الداعي إلى تزويج البنت... كما أن الشهادة الطبية وكذا التقرير الطبي وإن كان في صالح البنت، فإن المحكمة ترى خلاف ما يهدف إليه الطلب لكون البنت لازالت في سن مبكرة 14 سنة، وأن مصلحتها تقتضي عدم الزوج بها في مشاكل الحياة الزوجية... الأمر الذي يكون معه الحكم المستأنف الذي قضى برفض الطلب قد صادف الصواب فيما قضى به ويتعين تأييده". قرار محكمة الاستئناف بطنجة رقم 7/05/401 صادر بتاريخ 2005/06/09، في ملف رقم 7/05/164، أشار إليه الأستاذ إدريس الفاخوري، العمل القضائي الأسري، ج1، مطبعة الأمنية الرباط، ط1، 2009، ص35 وما يليها. انظر أنس سعدون، مدونة الأسرة بين القانون والممارسة على ضوء أهم الاجتهادات القضائية (زواج القاصرات بالمغرب)، مجلة العلوم القانونية، ع4-5، مطبعة الأمنية، الرباط، (د.ت)، ج1، ص66.

(5) محمد الكشيبور، المرجع السابق، ج1، ص262.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

كان على المشرع في قانون الأسرة الجزائري إضافة بعض الشروط لزواج القاصر، كالشروط المذكورة سابقا والموجودة في القوانين المقارنة، بحثا وتقصيا عن المصلحة الضرورية التي أدت بالقاصر لطلب الإذن بالزواج⁽¹⁾، يبقى أن المعيار الأساسي لشروط الاستعانة لمنح الرخصة، هو تحقق البلوغ الفيزيولوجي دون القانوني للفتى والفتاة، رغم أن المشرع الجزائري ربط سن الزواج بالأهلية، وهذا لا يتصل بالبلوغ ولكن له علاقة بحكم المادة 81 من قانون الأسرة كما يرى جانب من الفقه⁽²⁾.

يرجح سبب سكوت قانون الأسرة الجزائري عن تحديد سن أدنى لزواج القاصر، هو ترك الأمر لإعمال السلطة التقديرية لرئيس المحكمة في استصدار الرخصة من عدمها بسبب السن.

أما في قرارات المحكمة العليا فقد تضمنت قضية ابطال عقد زواج لبنت أقل من 15 سنة⁽³⁾، وفي أخرى عالجت مسألة عقد زواج على قاصر، وطلبت فسخ عقد الزواج قبل البناء وقد بلغت الفتاة سن الرشد، حيث جاء في حيثيات القرار: "وحيث بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن قاضي الموضوع لم يتجاوز سلطته عندما قضى بفسخ عقد الزواج بين الطرفين قبل البناء بالمطعون ضدها بل طبق القانون إذ تأكد لديه أنها أثناء خطبتها كانت قاصرة ولما لم يدخل بها إلى غاية بلوغها سن الرشد كان لها الحق الشرعي في انجاز عقد الزواج بها أو ابطاله"⁽⁴⁾.

2- سكت قانون الأسرة الجزائري على مسألة الطعن في الإذن القضائي الممنوح للقاصر، لأن الإذن الذي يمنحه القاضي لا يمكن لوليه الطعن فيه، وبالنسبة للمشرع المغربي فقد نصت المادة 20 فقرة 2 على أن: "مقرر الاستجابة لطلب الإذن بزواج القاصر غير قابل لأي طعن"، ويُفهم من نص المادة أن الإذن غير قابل للطعن بعد صدوره من القاضي، كذلك ما ورد في الفصل السادس من مجلة الأحوال الشخصية التونسية⁽⁵⁾ حيث نصت: "...والإذن بالزواج لا يقبل الطعن بأي وجه"، بحيث يكون مقرر الإذن بالزواج قابلا للتنفيذ بمجرد صدوره، ويكون مبني على مبررات قانونية مقنعة، لأن القاضي يصدر استثناء والاستثناء يكون في أضيق الحدود وعند الضرورة.

(1) معيار المصلحة والضرورة اللذين ذكرهما المشرع الجزائري في المادة 07، يقدرهما القاضي ويجب عليه أن يكون حذرا في تقديرهما، بأن لا يعطي الترخيص إلا لمن توافرت لديه مبررات قوية، وعلى القاضي أن لا يتعسف في منح الرخصة لأنها لا تمس بمصالح المجتمع. انظر جيلالي تشوار، سن الزواج بين الإذن والجزاء، المرجع السابق، ص 79.

(2) الغوثي بن ملحمة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2015، ص 31.

(3) المحكمة العليا، غ.ق.خ، 1966/12/07، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، 1968، ع1، ص139، نقلا عن كتاب العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ط6، المرجع السابق، ص123.

(4) المحكمة العليا، غ.ق.خ، ملف رقم 255711، 2001/02/21، م ق، 2002، ع2، ص424.

(5) مجلة الأحوال الشخصية التونسية، صدرت بالرائد الرسمي التونسي، عدد 66، بتاريخ 17 أوت 1956، انظر سلسلة المدونات والمجلات القانونية التونسية المحيطة، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2019، ص9.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري للطعن في الاذن القضائي ولا الطعن في رفض الإذن، أما بالنسبة للمشرع المغربي فرفض الإذن بالزواج عنده قابل للطعن، أمام محكمة الاستئناف طبقا للقواعد العامة في قانون المسطرة المدنية المغربية⁽¹⁾.

3- سكت قانون الأسرة الجزائري كذلك عن الشق الجزائي والعقوبة المقررة ضد المشاركين في تزويج قاصر، أو الجزاء المترتب عن مخالفة المادة 07 من قانون الأسرة المعدل⁽²⁾، وهي مسألة نص عليها قانون تحديد السن الأدنى للزواج رقم 63/224 الصادر في 29 جوان 1963⁽³⁾، والذي نصت المادة الثالثة منه: "يكون باطلا كل زواج يتم عقده خلافا لأحكام المادة الأولى، ويمكن الطعن فيه إما من قبل الأزواج أنفسهم أو من قبل الذين لهم منفعة، أو النيابة العامة، ويكون قابلا للإبطال بناء على طلب الزوجين وحدهما..."، وعليه حسب المادة يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا قبل الدخول، وباطلا بطلانا نسبيا بعده، ويمكن الطعن فيه من طرف الزوجين فقط حسب الفقرة الثانية من المادة 03 من نفس القانون⁽⁴⁾.

(1) للمزيد انظر عبدالرحمان حموش، "زواج القاصر والمصاب بإعاقة ذهنية في القانون المغربي"، مجلة المنبر القانوني، ع7، المغرب، 8، أفريل 2015، ص157.

(2) سليمان ولد خصال، المرجع السابق، ص57. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط6، ص118

(3) قانون رقم 63/224 الصادر في 29 جوان 1963، والمتضمن تحديد السن الأدنى للزواج، مذكور سابقا.

(4) سليمان ولد خصال، المرجع السابق، ص57.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

4- سكت قانون الأسرة الجزائري عن الترخيص بزواج المجنون والمعتوه⁽¹⁾، وكل مصاب بعاهة عقلية أو مرض نفسي⁽²⁾، ولم يتعرض لهم مما يجعل القاضي يطبق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري⁽³⁾، رغم أن الفقهاء⁽⁴⁾ قد أجازوا هذا الزواج تحت ضوابط، والقاضي يجد نفسه مرخصاً لزوج المجنون والمعتوه أخذاً بعين الاعتبار ما ورد في المادتين 81 و 85 من قانون الأسرة الجزائري، فحسب المادة 85 من قانون الأسرة فتصرفات المجنون، والمعتوه، والسفيه، غير نافذة إذا صدرت حال جنونه أو عته أو سفهه، أي باطلة بطلاناً مطلقاً، وعقد الزواج من ضمنها⁽⁵⁾، وما نصت عليه المادة 81: "من كان

(1) عوارض الأهلية تختلف في الفقه الإسلامي عن القانون، ففي الفقه الإسلامي عوارض الأهلية نوعان : سماوية ومكتسبة:

أولاً- العوارض السماوية: وهي التي تطرأ على الإنسان فطرياً دون اختيار منه: مثل الجنون والعتة والنوم ومرض الموت. وتعرض فقط للمجنون والعتة: أ- الجنون: هو اختلال في العقل يترتب عنه هيجان، الأمر الذي يجعل الشخص معدوم الأهلية، وهو محجور عليه باعتباره فاقد العقل والتمييز، والفقه الإسلامي يميز بين الجنون المستمر والجنون المتقطع، وفي الأخير يعتد بتصرفاته حال وعيه.
ب- العته: هو حالة تعترى الشخص تجعله عليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير، ويكمن الفرق بين الجنون والعتة، أن هذا الأخير لا يفقد عقله إنما هو ضعف في الوعي والادراك دون اضطراب ولا هيجان، وحكمه كالصبي المميز له أهلية أداء ناقصة، وإذا فقد عقله وتمييزه يصنف مجنوناً.

ثانياً- العوارض المكتسبة : هي التي يكون لاختيار الشخص دخلاً في تحصيلها كالسفه والغفلة والسكر والمدين بدين مستغرق.

أ- السفه: هو تذبذب للمال وانفاقه على خلاف مقتضى العقل والشرع. ب- الغفلة: هو من لا يعرف التصرف الراجح من الخاسر، حيث يخدع بسهولة بسبب البساطة وسلامة القلب.

أما في القانون الجزائري فالجنون والعتة منصوص عنهما في الفقرة الأولى من المادة 42 من القانون المدني الجزائري وجاء فيها : "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون"، وشرح الفقه القانوني فحوى المادة على أن: 1- الجنون: حالة مرضية تصيب الإنسان وتفقد القدرة والوعي للتمييز بين العمل النافع والضار. 2- العته: هو الحال الذي يعترى ذهن الإنسان فيفقد القدرة على التفرقة بين ما هو نافع أو ضار، على الرغم من أنه لم يفقد عقله مثل المجنون، ولقد ساوى القانون في الحكم بين الجنون والعتة على خلاف ما ذهب إليه الفقه الإسلامي . أما السفه والغفلة فيكون ناقص الأهلية حسب المادة 43 من القانون المدني هو: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفهاً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون". وشرح الفقه القانوني كذلك فحوى المادة 43 على أن: 1- السفه: وهو حالة تجعل المرء ينفق المال بشكل لا يمكن السيطرة عليه، -2- والغفلة: معناها سهولة وقوع الإنسان في حيف وغبن بسبب نيته السليمة مع طيبة القلب، مما يجعله يخطئ التصرف، وحكم السفه وذا الغفلة شأن ناقص الأهلية (الغير مميز). انظر محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون والحق، دار العلوم، الجزائر، 2006، ص ص 153-155.

(2) إلى جانب الأمراض العقلية هناك أمراض نفسية قد تدخل ضمن الرخصة في الزواج، ويعرفها الدكتور محمد كنعان: "على أنها جملة من الأمراض غير العضوية التي تتظاهر بأعراض جسدية وسلوكية، وانفعالية مختلفة، وتنشأ على أسباب مختلفة، كالاستعداد البنيوي والوراثة، وتأثيرات البيئة الاجتماعية والتربية والخبرات الحياتية، وتشكل الأمراض النفسية نسبة عالية بين الناس". للمزيد انظر محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس، لبنان، ط1، 2000، ص 908.

(3) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ط6، المرجع السابق، ص 124.

(4) اتفق الفقهاء على زواج المجنون والمعتوه والمجنونة والمعتوهة، واختلفوا في بعض تفاصيل وأسباب زواجهم على النحو التالي:

المذهب الحنفي: ذهب الحنفية إلى عدم اشتراط العقل في الزواج، فيجوز للولي اجبار ابنه المجنون أو ابنته المجنونة والمعتوه والمعتوهة صغيراً كان أو كبيراً ثيباً كانت أو بكرًا، وذلك بشرط دفع الضرر لأن الجنون لا يفقد شهوة الجماع. السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، (د.ط)، 1993، ج4، ص 218. المذهب المالكي: أجاز المالكية اجبار المجنون المحتاج للنكاح لإقباله على الفساد. العدوي، المرجع السابق، ج2، ص 49. المذهب الشافعي: أجاز نكاح المجنون والمجنونة بشرط ظهور الحاجة للنكاح، والرغبة فيه، أو توقع الشفاء بالزواج بشهادة عدلين بوجود المصلحة. الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج4، ص 264. المذهب الحنبلي: ذهب إلى جواز اجبار البكر المجنونة على الزواج، شرط ظهور سبب وهو ميلها للرجال. المرادوي، المرجع السابق، ج20، ص ص 122-123.

(5) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ط6، المرجع السابق، ص 123.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي طبقا لأحكام هذا القانون"، وبالتالي ففاقد الأهلية أو ناقصها إن تزوج، لا يمكنه إجراء العقد بنفسه، إلا بوساطة وليه أو وصيه أو مقدمه.

يرجع سبب سكوت قانون الأسرة الجزائري عن مسألة الإذن بزواج المجنون والمعتوه، هو ترك هذه المسألة للسلطة التقديرية للقاضي، للنظر في صلاحية الشخص للزواج من عدمها.

وزواج المجنون والمعتوه والسفيه والمريض النفسي، وإن كان فيه مصلحة لهم ترجى من وراءها شفاؤهم، فقد قيّدت بشروط منها⁽¹⁾:

- 1- لا يتم منح الإذن إلا في وجود تقرير طبي من طبيب مختص في الأمراض النفسية والعقلية، وهذا التقرير يوضح بشكل مؤكد أن زواج هذا الشخص المصاب بالمرض العقلي يساعده على الشفاء، ولا ينتقل إلى نسله⁽²⁾، بإضافة إلى ذلك فالفحص الطبي المذكور سابقا والذي يتم من طرف طبيب مختص في الأمراض النفسية والعقلية، لا يغني عن الفحص الطبي المشروط في المادة 07 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، والمطلوب في ملف عقد الزواج الذي يثبت خلو الزوجين من أي مرض أو عارض يحول دون قيام عقد الزواج.
 - 2- القبول الصريح للطرف الآخر بالزواج من المريض العقلي في تعهد رسمي بعد أن يطلع القاضي على التقرير.
 - 3- أن يكون الطرف الثاني راشداً كامل الأهلية وفق ما نصت عليه المادة 07 من قانون الأسرة⁽³⁾.
 - 4- اشتراط وجود من ينفق على المجنون، والقيام بشؤونه وأعبائه المادية والمعنوية.
- القوانين المقارنة سارت على نهج الفقه الإسلامي، حيث أجازت زواج المجنون، والمعتوه، عند وجود مصلحة وضرورة لزواجه، وفق شروط منها أن يكون زواجه برخصة من القاضي بعد موافقة

(1) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ط6، المرجع السابق، ص 123.

(2) قضية انتقال المرض العقلي أو النفسي إلى نسله تبقى مطروحة وبقوة، لأن الانبئات العلمية في مجال الطب النفسي و العقلي تؤكد في كثير من الأحيان انتقال المرض إلى الأولاد، وإن استبعد الجانب الوراثي مباشرة يبقى بشكل جزئي قابل للتحقيق، ويقول الدكتور عبد المجيد الخليدي أن أسباب الضعف العقلي أو التخلف العقلي عند الأطفال، قد يكون سببه إما عوامل وراثية أو اضطرابات وخلل تمثيلي (...)، أو لوجود بعض الصفات الوراثية المنتمية" انظر عبد المجيد الخليدي، كمال حسن الوهبي، الأمراض النفسية والاضطرابات السلوكية عند الأطفال، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، ط1، 1997، ص ص 131-132. ويقول ياسر محمد سعيد قديو: "أما آثار مرض الفصام بعد الزواج إذا كان أحد الزوجين فصاميا، فقد لاحظ بعض علماء النفس وجود المرض في بعض العائلات بشكل متواصل (...)، أما زواج المعاق عقليا فيذهب بعض علماء النفس أن زواج أصحاب التخلف العقلي البسيط يعد سلاحا ذا حدين، فمن حقهم ممارسة حياتهم الطبيعية، لكن الأخذ بنظر الاعتبار قضية النسل الناتج عن ذلك، وتقدر الأسباب الوراثية التي تؤدي إلى التخلف العقلي عند الأطفال ب(75%) من جملة بقية الأسباب الأخرى، وبهذا تحتل الأسباب الوراثية السبب الأول في التخلف العقلي". ياسر محمد سعيد قديو، أثر الحالات النفسية في قضايا الأحوال الشخصية، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ط1، 2018، ص ص 115-117.

(3) تعتبر مدونة الأسرة المغربية القانون العربي الوحيد الذي أشار لهذه المسألة في المادة 23 منه.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

الولي موافقة صريحة عكس حالة القاصر، وهذه الشروط تعددت في قوانين الأحوال الشخصية المقارنة، وأستعرض ما أقره قانون الأحوال الشخصية اليمني في هذا المجال على سبيل المثال، حيث نصت المادة 11 منه على ما يلي: "1- لا يعقد زواج المجنون والمعتوه إلا من وليه بعد صدور إذن من القاضي بذلك. 2- لا يأذن القاضي بزواج المجنون والمعتوه إلا بتوافر الشروط التالية: أ- قبول الطرف الآخر التزوج من بعد اطلاعه على حالته. ب- كون مرضه لا ينتقل منه إلى نسله. ج- كون زواجه فيه مصلحة له ولا ضرر لغيره. 3- يتم التثبت من الشرطين الأخيرين المذكورين في الفقرة السابقة من هذه المادة بتقرير من ذوي الاختصاص"⁽¹⁾.

ثانيا- المسكوت عنه في الصداق:

يقتضي بحث الصداق كشرط من شروط عقد الزواج، وما سكت عنه القانون فيه، إلى تقسيم هذا البند إلى قسمين، حيث أستعرض في الأول تعريف الصداق لغة واصطلاحاً وقانوناً، ثم حكم الصداق وسنده الشرعي ووقته وقدره، ثم أتناول في قسم آخر بعض المسائل المسكوت عنها في الصداق، كالصداق "المسمى" و"صداق" المثل" وبعض حالات تأكده. أ- تعريف الصداق وحكمه وسنده الشرعي: نستعرض في هذا الجزء تعريف الصداق لغة، واصطلاحاً وقانوناً، ثم حكمه وسنده الشرعي.

1- تعريف الصداق:

1-1- في اللغة: الصداق في اللغة من: "الصاد والبدال والقاف أصل يدل على قوة في الشيء قولاً وغيره"⁽²⁾، والصداق: مهر المرأة، "سمي بذلك لقوته وأنه حق يلزم، ويقال: صَدَّقْتُ وَصُدِّقْتُ وَصَدِّقَةٌ"⁽³⁾. ويعرّف المهر: بأنه الصَّدَاق، ومعنى أمهرها: جعل لها مهراً، أما مهرها: أعطائها مهراً⁽⁴⁾، وله عدة أسماء أخرى كالعطية والنحلة، الأجر، الفريضة.. وغيرها، وسمي بذلك لإشعاره بصدق رغبة الزوج في الزواج.

2-1- في الاصطلاح: اختلف الفقهاء في تعريف الصداق حسب المذاهب فمن المذاهب اعتبره: "ما يجعل من المال للزوجة نظير الاستمتاع بها" كالمذهب المالكي⁽⁵⁾، والمذهب الشافعي⁽⁶⁾: "ما وجب بنكاح أو وطأ أو تفويت بضع قهراً كإرضاع"، ومن المذاهب التي اعتبرت الصداق عوض في النكاح المذهب

(1) قانون الأحوال الشخصية اليمني، المرجع السابق.

(2) ابن فارس، المرجع السابق، ج3، ص339.

(3) ابن فارس، نفس المرجع والصفحة.

(4) الفيروز آبادي، المرجع السابق، ص478.

(5) الصاوي، المرجع السابق، ج2، ص428.

(6) الشريبي: مغني المحتاج، المرجع السابق، ج4، ص366.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

الحنفي⁽¹⁾: "المال يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع"، والمذهب الحنبلي⁽²⁾: "العوض المسمى في عقد نكاح والمسعى بعده". وعرفه من الفقهاء المعاصرين الأستاذ جميل فخري محمد جانم أنه: "المال الذي يجب على الرجل للمرأة بسبب عقد الزواج عليها أو وطنه لها"⁽³⁾، وعرفه محمد مصطفى شلبي: "المهر حق مالي أوجبه الشارع للمرأة على الرجل في عقد زواج صحيح، أو دخول بشبهة، أو بعد عقد فاسد"⁽⁴⁾، وعرفه الأستاذ مبروك المصري رَحِمَهُ اللهُ: "هو ما تأخذه المرأة من الرجل هدية من الله، إعلاماً منه سبحانه وتعالى لشرف هذا العقد وقداسته، وهو حق للمرأة على زوجها أوجبه الله سبحانه وتعالى"⁽⁵⁾.

3-1- في القانون:

عُرِفَ الصداق في قانون الأسرة الجزائري من خلال المادة 14: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء"، وهو تعريف لا يختلف عن تعاريف الفقهاء، فالصداق الذي يقدمه الزوج لزوجته يجب أن يكون مالا، منقولاً أو عقاراً، وأن يكون مباحاً، سالماً من الغش والخديعة، وهو في الأخير ملك خالص للمرأة ولا يؤخذ منها إلا برضاها⁽⁶⁾.

2- حكم الصداق وسنده الشرعي:

المقصود بحكم الصداق عند الفقهاء كونه يعتبر أثراً من آثار عقد الزواج أو ركناً من أركانه أو شرطاً من شروطه، وقد اختلفوا في ذلك، لذا سأتطرق لحكم الصداق عند الفقهاء إضافة إلى سنده الشرعي من الكتاب والسنة والاجماع.

1-2- حُكِمَ الصداق: اختلف الفقهاء في تحديد حكم وطبيعة الصداق فمنهم من اعتبره ركناً من أركان الزواج ومنهم من اعتبره شرط صحة، ومن الفقهاء من اعتبره أثراً من آثار عقد الزواج. القول الأول: وهو لجمهور الفقهاء⁽⁷⁾ حيث اعتبروا الصداق من آثار عقد الزواج وليس شرطاً ولا ركناً، ودليلهم في ذلك قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ

(1) البابرتي، العناية شرح الهداية، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، (وصَوَّرَتَهَا دار الفكر، لبنان)، ط1، 1970، ج3، ص316.

(2) الرحيباني، المرجع السابق، ج5، ص173.

(3) جميل فخري جانم، آثار عقد الزواج، دار الحامد، عمان، الأردن، ط1، 2009، ص112.

(4) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص360.

(5) مبروك المصري، الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دار هومة، (د.ط)، 2010، ص88.

(6) سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص79. وللمزيد عن شروط المهر في الفقه الإسلامي. انظر عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج4، ص90 وما يليها.

(7) الماوردى، المرجع السابق، ج9، ص390. السرخسي، المرجع السابق، ج5، ص62. الهوتي، كشاف القناع، المرجع السابق، ج5، ص128.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

فَرِيضَةً⁽¹⁾، ووجه الاستدلال من الآية هو جواز الطلاق قبل الدخول دون مهر، ودلت كذلك على جواز نكاح التفويض⁽²⁾ وهو زواج لا يُذكر فيه الصداق ويُفرض فيه فيما بعد⁽³⁾، وهذا يبين أنه لو كان ركنا لما انعقد عقد الزواج.

القول الثاني: وهو قول عند المالكية حيث اعتبره فريق منهم ركنا من أركان عقد الزواج، حيث جاء في حاشية الدسوقي: "وركنه) أي النكاح أي أركانه أربعة الأول (ولي و) الثاني (صداق)..."⁽⁴⁾.

القول الثالث: وقول آخر للمالكية اعتبره شرط صحة من شروط عقد الزواج حيث جاء في بداية المجتهد: "أنه شرط من شروط الصحة، وأنه لا يجوز التواطؤ على تركه"⁽⁵⁾، ودليلهم في ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾⁽⁶⁾.

أما قانون الأسرة الجزائري كيف الصداق على أنه شرط صحة، بنص المادة 09 مكرر المتضمنة لشروط عقد الزواج، جاعلا مرجعيته الفقهية ما قال به المالكية من جعل الصداق شرط صحة، واضعا بذلك حدا للاضطراب الذي كان عليه القانون قبل التعديل.

2-2- السند الشرعي للصداق:

أدلة كثيرة وردت في القرآن والسنة النبوية الشريفة تؤكد مشروعية الصداق منها:

2-2-1- القرآن الكريم: والآيات في الصداق كثيرة نذكر منها:

قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾⁽⁷⁾، أي أعطوا النساء مهورهن عطيةً عن طيب نفسٍ، والنحلة العطية بلا قصد العوض، وهو دلالة على أن الصداق إكرام للمرأة، بالرغبة في التزوج بها⁽⁸⁾.

2-2-2- السنة النبوية الشريفة: وردت في السنة أحاديث تؤكد الصداق منها حديث: "سهل بن سعد رضي الله عنه: أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فعرضت عليه نفسها، فقال: ما لي اليوم في النساء من حاجة، فقال رجل:

(1) سورة البقرة، الآية 236.

(2) نكاح التفويض: "وهو جائز اتفاقا وهو أن يسكتا عن تعيين الصداق حين العقد ويفوض ذلك إلى أحدهما أو إلى غيرهما ثم لا يدخل بها حتى يتعين فإن فرضه أحدهما بعد فرضية الآخر لزمه". ابن جزى، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص 136.

(3) القرطبي، المرجع السابق، ج 3، ص 197.

(4) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، (د.ط، د.ت)، ج 2، ص 220.

(5) ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج 3، ص 45.

(6) سورة النساء، الآية 4.

(7) سورة النساء، الآية 4.

(8) محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، دار الصابوني للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط 1، 1997، ص 237. وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 8، ص 248.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

يا رسول الله زوجنيها، قال: ما عندك؟ قال: ما عندي شيء، قال: أعطها ولو خاتما من حديد، قال: ما عندي شيء، قال: فما عندك من القرآن؟ قال: كذا وكذا، قال: فقد ملكتها بما معك من القرآن" (1).
وجه الدلالة من الحديث مما ثبت عن الرسول ﷺ أنه لم يعقد زواج من غير صداق، ومن السنة تسمية الصداق في العقد، لأن ذكره أبعد ما يكون عن الخصومة بعد الزواج (2).

2-2-3- الإجماع: وانعقد إجماع المسلمين على وجوب الصداق للزوجة على زوجها في النكاح (3).
3- تعجيل وتأجيل الصداق:

يجوز تعجيل الصداق بمجرد العقد، وقد يكون مؤجلا كله أو بعضه بحسب الاتفاق، واختلف الفقهاء في ذلك على النحو التالي: فالجمهور (4) يجيزون التأجيل والتعجيل لكون الصداق يعتبر أثرا عندهم ويجوز نكاح التفويض، وعند عدم ذكر الصداق فالعرف محكم، كما يجوز تأجيله إلى أقرب الأجلين الطلاق أو الوفاة، أما المالكية (5) فالصداق معجل وعلامة تعجيله البناء لأنه بحلول الدخول تكون الزوجة قد استلمت جزءا منه ولو ربع دينار، فبحسبهم من يعتبره شرط صحة لا يتم الدخول إلا بالتسليم، أي لا يتم الدخول والعرف هو الحكم في حال عدم الاتفاق، ولم يجز المالكية التأجيل لأقرب الأجلين واعتبروهما أجلا مجهولا (6)، وتأجيل الصداق كله فيه كراهة عند المالكية، والأصل عندهم دفع كل الصداق عند إبرام العقد (7)، وقانون الأسرة الجزائري اتبع رأي جمهور الفقهاء (8) من خلال نص المادة 15 والتي جاء فيها: "يحدد الصداق في العقد، سواء كان معجلا أو مؤجلا، وفي حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل".

4- قدر الصداق:

قدر الصداق يعني حديه الأعلى والأدنى وقد اتفق الفقهاء في حد واختلافوا في الآخر على النحو التالي:

- (1) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب النكاح، باب إذا قال الخاطب للولي: زوجني فلانة، فقال: قد زوجتك بكذا وكذا جاز النكاح، وإن لم يقل للزوج: أرضيت أو قبلت، حديث رقم 5141، ج7، ص18.
- (2) وهبة الزحلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج8، ص248.
- (3) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص209.
- (4) ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج3، ص44. البائري، المرجع السابق، ج3، ص316. موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص222. أحمد القليوبي، أحمد عميرة، حاشيتنا قليوبي وعميرة، دار الفكر، بيروت، لبنان، (د.ط)، 1995، ج3، ص276.
- (5) المواق المالكي، المرجع السابق، ج5، ص199.
- (6) جميل فخري جانم، آثار عقد الزواج، المرجع السابق، ص126.
- (7) محمد الكشيبور، المرجع السابق، ج1، ص381.
- (8) سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص85. محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص349.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

3-1- الحد الأسمى للصدّاق: ليس للصدّاق حد أعلى عند الفقهاء⁽¹⁾، والدليل قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾⁽²⁾، وفي الآية دليل على عدم تحريم كثرة الصدّاق، مع أن الأفضل والأنسب الاقتداءً بالحبيب المصطفى ﷺ في التيسير بتخفيف الصدّاق⁽³⁾.

3-2- الحد الأدنى للصدّاق: على عكس الحد الأعلى للصدّاق وقع خلاف بين الفقهاء في تحديد الحد الأدنى للصدّاق إلى ثلاثة أقوال⁽⁴⁾:

القول الأول: وهو للحنفية⁽⁵⁾، وأقل المهر عندهم عشرة دراهم، بالقياس على نصاب حد السرقة، ودليلهم ما جاء في حديث: "جابر بن عبد الله أنه قال: قال رسول الله ﷺ: لا تنكحوا النساء إلا الأكفاء، ولا يزوجهن إلا الأولياء، ولا مهر دون عشرة دراهم"⁽⁶⁾.

القول الثاني: وهو للمالكية⁽⁷⁾، ومفاده أن أقل الصدّاق ربع دينار ذهبية أو ثلاثة دراهم، ودليلهم في ذلك حديث: "أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ رأى على عبد الرحمن بن عوف أثر صفرة، قال: ما هذا؟ قال: إني تزوجت امرأة على وزن نواة من ذهب، قال: بارك الله لك، أولم ولو بشاة"⁽⁸⁾.

القول الثالث: وهو قول الشافعية⁽⁹⁾ والحنابلة⁽¹⁰⁾، إلى أنه لا حد لأقل الصدّاق، فأبي صدّاق اتفقوا عليه فهو جائز، ودليلهم في ذلك: قوله تعالى: ﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ﴾⁽¹¹⁾، ووجه الدلالة من الآية أنها لم تحدد مقدار الصدّاق.

القول الرابع: من خلال ما سبق يترجح ما قال به أصحاب القول الثالث، من أنه لا حد لأقل المهر، واضعاً بذلك اعتبار للأعراف والعادات الصحيحة.

(1) القدوري، التجريد، تحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، دار السلام، القاهرة، مصر، ط2، 2006، ج9، ص 4626. ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج3، ص 45. الماوردي، المرجع السابق، ج9، ص 396. موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص 210.

(2) سورة النساء، الآية 20.

(3) عبد الرحمن السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، تحقيق عبد الرحمن بن معلا اللويحي، مؤسسة الرسالة، ط1، 2000، ص 172.

(4) جميل فخري جانم، آثار عقد الزواج، المرجع السابق، ص 119 وما يليها.

(5) الكاساني، المرجع السابق، ج2، ص 275.

(6) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب النكاح، باب اعتبار الكفاءة، حديث رقم 13760، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 2003، ج7، ص 215.

(7) ابن جزى، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص 135.

(8) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب النكاح، باب كيف يدعى للمتزوج، حديث رقم 5155، ج7، ص 21.

(9) الشريبي، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج4، ص 367.

(10) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص 210.

(11) سورة النساء، الآية 24.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

قانون الأسرة الجزائري لم يضع قدرا للصدّاق، وهو ما يُستنتج من نص المادة 14 من قانون الأسرة، متبعا في ذلك ما قال به أصحاب القول الثالث من عدم وضع مقدار محدد للصدّاق⁽¹⁾، وعليه وجب القول أن عقد الزواج لا بد فيه من مهر سواء تمت تسميته في العقد أم لا، وهذا الصّدّاق لا تحديد لأكثره، كما لا يوجد تحديد لأقله⁽²⁾.

ب- المسكوت عنه في مسائل الصّدّاق:

عالج قانون الأسرة الجزائري مسائل الصّدّاق في أربعة (04) مواد هي 14 و 15 و 16 و 17، ووقع التعديل على مادة واحدة وهي المادة 15 المتعلقة بوجود تحديد الصّدّاق في العقد، وأضاف لها فقرة وهي: "في حال عدم تحديد قيمة الصّدّاق، تستحق الزوجة صدّاق المثل"، ومن خلال استقراء المواد وجدت أن قانون الأسرة الجزائري سكت عن بعض المسائل، التي عالجها الفقه الإسلامي في الصّدّاق، وقد اخترت منها مسألة الصّدّاق "المسمى" وصدّاق "المثل"، حيث لم يحدد القانون المعايير التي يمكن من خلالها اعتبار صدّاق المثل، وكذلك سكت قانون الأسرة عن عناصر من مؤكّدات الصّدّاق للزوجة، فذكر في نص المادة 16: "تستحق الزوجة الصّدّاق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول"، فاغفل القانون مسائل في تأكّد كامل الصّدّاق ونصفه سيرد ذكرها، وعليه سأعرض لمسألتي الصّدّاق "المسمى" وصدّاق "المثل"، ثم بعد ذلك لمسائل مؤكّدات الصّدّاق للزوجة.

ب-1- الوصف الشرعي والقانوني للصدّاق: والصدّاق قد يتصف بصفتين إما صدّاقا مسمى أو صدّاق مثل⁽³⁾، ومن المعلوم أن العرف الجاري في الجزائر تسمية الصّدّاق قبل العقد أو خلاله، لكن في بعض الأحيان قد لا يتفق الطرفين على تحديد قيمة الصّدّاق أو تسميته، ونكون أمام عقد زواج لم يسم فيه الصّدّاق بقصد أو بغير قصد، وتكون الزوجة تستحق أن ذاك صدّاق المثل، وقد سكت قانون الأسرة عن مسائل فيهما، ولمعالجتهما وجب تبيان معنى الصّدّاق المسمى وصدّاق المثل، ثم مناقشة ما ورد في المواد التي عالجت المسألتين وبيان المسكوت عنه فيهما.

ب-1-1- الصّدّاق المسمى: ويعرّف على أنه الصّدّاق الذي تم الاتفاق عليه عند العقد أو تم تقديره بعده بالتراضي بين الطرفين إن تم عقد الزواج ولم يسم في الصّدّاق ثم تم الاتفاق بعده على مقدار محدد، فهو حينئذ الصّدّاق المفروض متى وقعت التسمية صحيحة⁽⁴⁾، ومتى كانت التسمية غير

(1) سليمان ولد خصال، المرجع السابق، ص 82. محفوظ بن صغير، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص 148.

(2) الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 77.

(3) محمد الكشور، المرجع السابق، ص 377.

(4) محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص 370.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

صحيحة نكون أمام صدق المثل، والصدق المسعى في العادة هو ما تعارف عليه الناس كاللباس والمتاع وأطقم الذهب مثلا⁽¹⁾، ويشترط فيه بعض الشروط التي ذكرها الفقهاء على اختلاف⁽²⁾:

1- أن يكون معلوما لا جهالة فيه -2- أن يكون مالا مقوما له قيمة -3- أن لا يكون مغصوبا فإذا سمي لها صدق مغصوب لا يصح -4- ألا يقل على أقل قيمة للصدق.

أهمية تسمية الصدق تكمن في حفظ حقوق المرأة ومراعاة مصلحتها لدرء أسباب الخلاف⁽³⁾، لأنه لو وقع طلاق قبل الدخول دون تسمية فليس للمرأة صدق، وعليه إذا توافرت الشروط المقررة عد صدقا مسعى، وعلى الزوج تقديمه والوفاء به للزوجة.

المادة 15 من قانون الأسرة الجزائري عالجت مسألة تسمية الصدق فنصت على : "يحدد الصدق في العقد (...) في حال عدم تحديد قيمة الصدق، تستحق الزوجة صدق المثل"، وكانت قبل التعديل لسنة 2005 مضاف لها كلمة "يجب" معناه وجوب تحديد المهر عند العقد، لكن بعد التعديل حذفت "يجب"، والسؤال المطروح: هل هذا الحذف جاء من أجل ترك الخيار للعاقدين في تسمية الصدق أو ترك تسميته عمدا (اسقاطه) عند العقد أو نسيانه؟⁽⁴⁾، رغم أن التسمية واجبة لتدارك الخلاف، وبالتالي أقترح صياغة جديدة في جُزئية تحديد الصدق وتكون كالتالي: "يكون الصدق في العقد مسعى تسمية صحيحة".

كذلك وُجد غموض في صياغة عبارة من المادة 15 في قانون الأسرة الجزائري: "...وفي حال عدم تحديد قيمة الصدق..."، هل يقصد عدم تحديده عمدا أو نسيان تحديده أو أن تسميته غير صحيحة؟ فالعبارة تبدو قاصرة وجب أن تكون واضحة كالتالي: "في حالة عدم تسمية الصدق في العقد، أو كانت تسميته غير صحيحة أو اتفق على اسقاطه (نفيه) وجب صدق المثل".

أما في القانون المقارن جاءت المادة 51 فقرة 02 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي: "إذا لم يسم لها في العقد مهر أو سمي تسمية غير صحيحة أو نفي أصلا وجب لها مهر المثل"⁽⁵⁾.

مسألة أخرى تضاف للصدق المسعى وهي: يجوز للمرأة أن تمنع نفسها حتى تقبض الصدق، فإذا سلمت نفسها للزوج، فيصير دينها في ذمته وليس له عذر في عدم الوفاء به ولها المطالبة بالصدق في أي حال وهو ما قال المالكية⁽⁶⁾، وعلى المشرع تدارك هذه المسألة المهمة، واقترح اضافة الفقرتين

(1) دليلة فركوس، جمال عياشي، المرجع السابق، ص 125

(2) للمزيد انظر جميل فخري جانم، آثار عقد الزواج، المرجع السابق، ص 133 وما يليها.

(3) عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، (د.ط)، 2010، ص 135.

(4) ويعلق الأستاذ سليمان ولد خسال على هذا الوضع قائلا: "الغريب في الأمر أنه وبالرغم من أن الصدق شرط من شروط صحة عقد الزواج، إلا أنه لا يسجل أمام ضابط الحالة المدنية إلى يومنا هذا، والسبب في ذلك -شكلي في تقديري- هو أن سجلات الحالة المدنية مازالت نماذجها لم تغير منذ زمن بعيد رغم تلاحق القوانين والأوامر؟؟". انظر سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 83.

(5) قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 لسنة 2005.

(6) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ط6، المرجع السابق، ص 207.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

التاليتين: "للزوجة الامتناع عن الدخول حتى تقبض الصداق أو معجله، وإن رضيت بالدخول دون صداق، فهو دين في ذمة الزوج"⁽¹⁾.

يكون اقتراح صياغة جديدة للمادة 15 كالتالي: "1- يسمى الصداق في العقد تسمية صحيحة، وفي حالة عدم تسمية الصداق في العقد، أو كانت تسميته غير صحيحة أو أتفق على السكوت عنه، وجب صداق المثل، 2- للزوجة الامتناع عن الدخول حتى تقبض الصداق أو معجله، وإن رضيت بالدخول دون صداق فهو دين في ذمة الزوج".

ب-1-2- صدق المثل: صداق المثل للمرأة هو الصداق الذي تزوج عليه عادة في المجتمع نفسه بمثل هذا الزوج امرأة تقاربها وقت انعقاد الزواج سنا، ومالا، وجمالا، ومكانة اجتماعية، ودينا وعقلا، وكذلك من حيث البكارة، والثيوبه، وكل سمة من السمات التي يختلف الصداق باختلافها في العرف الجاري⁽²⁾.

أصل التسمية حديث: "علقمة، قال أتى عبد الله في امرأة تزوجها رجل، ثم مات عنها، ولم يفرض لها صداقا، ولم يكن دخل بها، قال: فاختلفوا إليه، فقال: أرى لها مثل صداق نساءها، ولها الميراث، وعليها العدة فشهد معقل بن سنان الأشجعي: أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في برؤع ابنة واشق بمثل ما قضى"⁽³⁾.

ب-1-2-1- وجوب صداق المثل للزوجة في الفقه الاسلامي: تستحق الزوجة صداق المثل عند الفقهاء عندما لا يعين لها صداق، أو عيّن لها صداق فاسد غير صحيح، أو في زواج التفويض⁽⁴⁾، أو لم تنكح نكاحا صحيحا أي وطئها فعليا دون عقد كما في نكاح الشبهة⁽⁵⁾.

ب-2-2-1- وجوب صداق المثل الزوجة في قانون الأسرة الجزائري: قانون الأسرة الجزائري عند تعرضه لصداق المثل، المنصوص عليه في المادة 33، التي تتكلم عن الزواج الفاسد الذي تم دون صداق جاء فيها: "إذا تم الزواج بدون (...) أو صداق (...) يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"، حيث سكت القانون ولم يتعرض لمفهوم صداق المثل ومعايير⁽⁶⁾ حتى يسهّل

(1) قانون الأسرة القطري عالج هذه المسألة فقد نصت المادة 40 على: "يجوز للزوجة الامتناع عن الدخول حتى تقبض معجل مهرها، وإذا رضيت الزوجة بالدخول قبل أن تقبض مهرها من الزوج فهو دين في ذمته". قانون الأسرة القطري، المرجع السابق.

(2) مصطفى الزرقا وآخرون، مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري، دار القلم، سورية، ط1، 1996، ص75. رمضان الشرنياصي، جابر الشافعي، المرجع السابق، ص265.

(3) أخرجه أحمد في مسنده، مسند المكيين، حديث معقل بن سنان الأشجعي، حديث رقم 15943، تحقيق شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، وآخرون، مؤسسة الرسالة، (د.م)، ط1، 2001، ج25، ص291. إسناده صحيح على شرط الشيخين.

(4) بقي التنبيه أن في زواج التفويض أنه قد ينتهي بتراضي الزوجين بما اتفقا عليه بعد الدخول، أو بصداق المثل بعد البناء، أو بعدم استحقاق الزوجة لأي شيء من المهر إذا أنهى العقد قبل البناء نتيجة عدم تراضي الزوجين. أحمد الخليلي، المرجع السابق، ج1، ص246.

(5) محمد محدة، المرجع السابق، ص ص 278-279.

(6) التساؤل الذي يطرح نفسه: هل مازالت المعايير التي يعمل بها القضاء هي نفسها المعمول بها قديما أم معايير أخرى ظهرت مع التطور

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

العمل القضائي، رغم أن هذه المسألة تدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي، لكن يجب على هذا الأخير أن يوضّح معايير المماثلة⁽¹⁾ التي أسس عليها حكمه.

وعليه فصدّاق المثل يراعى في تقديره أمران ضروريان⁽²⁾، وهما :

- 1- المركز الاجتماعي للزوجة ومالها من أوصاف تؤثر في زيادة أو نقص مهر الصداق، كالسن والتدين، وحسن الخلق، والجمال، والحسب، والثقافة.
- 2- كما يراعى المستوى العام للمهور في بلد الزوجة المستحقة للصدّاق معتمداً في ذلك على الأعراف والعادات السائدة.

هذا وقد وضع قرار للمحكمة العليا مفهوماً لصدّاق المثل مبينا معاييرها، حيث جاء فيه: "يقصد بصدّاق المثل في الشريعة الإسلامية، صداق مثل أقارب المخالعة وحالها في حسيها ومالها وجمالها، مثل مهر الأخت الشقيقة أو لأب، فضلا عن العرف السائد في المنطقة التي أبرم فيها عقد زواج الطرفين"⁽³⁾.

في القانون المقارن⁽⁴⁾ نجد المادة 42 من قانون الأسرة القطري قد عرّفت مهر المثل حيث نصت: "ويقدر مهر المثل بمهر من يماثل المرأة من النساء"⁽⁵⁾، ونصت كذلك المادة 26 و60 من مدونة الأسرة المغربية على وجوب مراعاة الوسط الاجتماعي للزوجين عند تحديد مهر المثل.

- سكت قانون الأسرة الجزائري عن ذكر مقدار الصداق صراحة، أثناء إبرام العقد وسماع الشهود لقيّمته وتسجيله في وثيقة الزواج، لأن ذكر مقدار الصداق أمر مهم يجنبه الوقوع في كثير من الإشكالات، لذا وجب على المشرع الجزائري تدارك ذلك، ليصبح الالتجاء إلى صداق المثل يكون إلا في الحالات التي نصت عليها المادة 33 من قانون الأسرة، هذا ومدونة الأسرة المغربية وضعت مادة قيّدت فيها المتعاقدين بتضمين مقدار الصداق حال العقد، وتسميته في وثيقة العقد، فقد نصت المادة 67 الفقرة 07 من المدونة المغربية أن يتضمن عقد الزواج على: "مقدار الصداق في حال تسميته مع بيان

الحاصل في شتى الميادين؟ يقول الأستاذ حامد الجندلي: "أمام هذه التعريفات والخصائص العامة لمهر المثل يطرح التساؤل حول إمكانية الحديث عن مهر المثل فعلا في وقتنا الحاضر. فهل ما زالت هذه الاعتبارات التي على أساسها يقدر مهر المثل قائمة. بالنظر إلى تقارب المستويات الاجتماعية والأخلاقية والثقافية والاقتصادية وتراجع الفوارق لانتشار التعليم والمساواة في العمل أصبح من الصعب الإقرار بتبني المعايير التقليدية. إلا أن هذا الإقرار بصعوبة تبني المعايير التقليدية لا يعني نفي وجودي معايير. فالتزوج بالمرأة واختيارها دائما يكون بناء على معايير. ولئن كانت المعايير سابقة الذكر قد لا تصمد فإنه من المحتم ظهور معايير جديدة مستوحاة ومستنبطة من المعايير التقليدية أو حتى مختلفة عنها. إذا [إذن] فمهر المثل يبقى دائما قائما ما دامت المرأة تتزوج لأسباب، فتلك الأسباب هي معايير المهر". انظر حامد الجندلي، قانون الأحوال الشخصية التونسي وعلاقته بالشريعة الإسلامية، منشورات مجمع الأطرش، تونس، ط1، 2011، ص272.

(1) دليلة فركوس، جمال عياشي، المرجع السابق، ص126.

(2) حامد الجندلي، المرجع السابق، ص271.

(3) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 1054305، 2017/02/01، م م ع، 2017، ع1، ص161.

(4) لم يتبن المشرع التونسي مصطلح مهر المثل، والسبب لأنه لم يعترف بزواج التفويض. حامد الجندلي، المرجع السابق، ص272.

(5) قانون الأسرة القطري، المرجع السابق.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

المعجل منه والمؤجل، وهل قبض عيانا أو اعترافاً⁽¹⁾، ويراقب هذا التنصيص كقاعدة عامة من طرف قاضي التوثيق طبقا لمقتضيات المادة 35 من القانون 16-03 بشأن خطة العدالة⁽²⁾.

ب-2- مؤكدات الصداق للزوجة:

نصت المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري على تأكيد أحقية الزوجة للصداق وجاء فيها :
"...وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء"، ومن خلال النص لا يحق مطلقا للزوج المطالبة به، أو تنازلها له عنه، أو مساهمتها في تجهيز البيت، ولها عن طيب نفس التنازل عنه لغيره أو التنازل لأحد أبويها، ومتى كان العقد صحيحا فإن الزوجة يثبت لها الصداق كاملا، وقد تستحق نصفه فقط، وقد لا تستحقه مطلقا، حيث نص القانون صراحة على ثلاث حالات تؤكد الصداق كله بالدخول والوفاء، وتؤكد نصفه بالطلاق قبل الدخول، بنص المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري، وسكت ولم ينص على تأكده بالخلوة الصحيحة، وهو ما سأستعرضه كالتالي:

①- مؤكدات الصداق كله:

يتأكد الصداق كله بالدخول الحقيقي والوفاء، وهو ما نص عليه القانون وتفصيل ذلك كالتالي:

أ- ما نص عليه القانون في مؤكدات الصداق كله:

أ-1- الدخول الحقيقي: اتفق الفقهاء⁽³⁾ على أن الصداق يكون مستحقا كاملا بالدخول الحقيقي بالعقد الشرعي، ويشترط أن يكون الزوج بالغا والمرأة قادرة على الوطاء، فإن كان الزوج غير بالغ والمرأة غير قادرة فلا يتحقق، ويجب الصداق حتى لو وطأ الرجل زوجته في الحرام (الإحرام والحيض)، سواء كان صداق مسمى أو صداق مثل، بدليل ما جاء في قوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾⁽⁴⁾، وجه الاستدلال من الآية أيها الرجال: "فمن طلبتم أن تتمتعوا أو تنتفعوا بتزوجها فأعطوها المهر الذي تفرضونه لها عند العقد عطاء فريضة (...).والعادة أن يعطى كله أو أكثره قبل الدخول، ولا يجب كله إلا بالدخول"⁽⁵⁾.

قانون الأسرة الجزائري أكد أن الدخول الحقيقي موجب لكامل الصداق، وهو ما جاء في المادة 16 منه حيث نصت: "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول..."، ومعنى ذلك أن الزوجة تستحق

(1) مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

(2) محمد الكشور، المرجع السابق، ج1، ص380.

(3) جميل فخري جانم، آثار عقد الزواج، المرجع السابق، ص149.

(4) سورة النساء، الآية 24.

(5) محمد رشيد رضا، تفسير المنار، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، (د.ط)، 1990، ج5، ص11. المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم

492298، بتاريخ 2009/04/08، م م ع، 2009، العدد2، ص302.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

الصداق كله بالدخول الحقيقي سواء كان مسمى أو غير مسمى أو صداق مثل، وكذلك صداق المثل للزواج الفاسد، المنصوص عليه في المادة 33 من قانون الأسرة.

التطبيق القضائي جاء موافق لما أقره الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، في مسألة استحقاق كامل الصداق بالدخول الحقيقي، حيث ورد في أحد قرارات المحكمة العليا: "من المقرر فقها وشرعا أن الزوجة تستحق الصداق كاملا بمجرد الدخول واختلاء الزوج بها. ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة"⁽¹⁾.

أ-2- الوفاة⁽²⁾: اتفق الفقهاء⁽³⁾ على أن الصداق يكون مستحقا كاملا للزوجة بالموت قبل الدخول والخلو الصحيح، مادام العقد صحيحا مبرما، لأن الصداق وجب بنفس العقد، وخالفهم المالكية⁽⁴⁾ بعدم استحقاقه حال عدم التسمية، ويجب كاملا سواء مات الزوج أو الزوجة موتا طبيعيا أو بفعل أجنبي أو بقتل الزوج نفسه أو بقتله لزوجته، لأن ارتكابه لجناية القتل لا تُسقط حقا واجبا عليه، فإن مات الزوج يثبت للزوجة الصداق وتأخذه من تركته أو تأخذ المؤجل منه إذا عجل لها جزءا قبل وفاته لأنه دين في ذمته ولا يسقط بالموت، فتأخذ حقا من التركة قبل تقسيمها، وإن كان المتوفى الزوجة استحق ورثتها الصداق والزوج وارث معهم، فيقسم بينهم حسب تقسيم الأنصبة⁽⁵⁾، وإذا قتلت الزوجة نفسها لا خلاف بين الفقهاء في استحقاقها الصداق كونه حقا متعلقا بالورثة، أما إذا قتلت الزوجة زوجها عمدا فقد اختلف الفقهاء إلى قولين:

القول الأول: وهو قول الحنفية والحنابلة⁽⁶⁾ أن الصداق للزوجة القاتلة زوجها عمدا لا يسقط، ودليلهم في ذلك حديث: "أبي عبد الله في بروع ابنة واشق بمثل ما قضى"، وقولهم أن القتل له عقوبة مقررة وهو القصاص، ولو أسقطنا عنها الصداق فهو عقوبة زائدة لم تقرر شرعا.

(1) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 49283، بتاريخ 1988/05/09، م ق، 1992، ع2، ص44.

(2) دليلهم في ذلك حديث: "أتي عبد الله في امرأة تزوجها رجل، ثم مات عنها، ولم يفرض لها صداقا، ولم يكن دخل بها، قال: فاختلفوا إليه، فقال: أرى لها مثل صداق نساها، ولها الميراث، وعليها العدة فشهد معقل بن سنان الأشجعي: أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في بروع ابنة واشق بمثل ما قضى".

(3) الكساني، المرجع السابق، ج2، ص294. الخرشبي، المرجع السابق، ج3، ص260. الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج4، ص374. موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص246.

(4) المواق المالكي، المرجع السابق، ج5، ص199. ودليلهم في ذلك ما أخرجه الإمام مالك في الموطأ بسند صحيح: "عن نافع: أن بنت عبيد الله بن عمر، وأمها (2) بنت زيد بن الخطاب، كانت تحت ابن لعبد الله بن عمر، فمات. ولم يدخل بها، ولم يسم لها صداقا. فابتغت أمها صداقا. فقال عبد الله بن عمر: ليس لها صداق. ولو كان لها صداق لم يمسه، ولم نزلها. فأبت أمها أن تقبل ذلك. فجعلوا بينهم زيد بن ثابت، فقضى أن لا صداق لها. ولها الميراث". أخرجه مالك بن أنس في الموطأ، كتاب النكاح، باب ما جاء في الصداق والحباء، حديث رقم: 1923، تحقيق محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبو ظبي، الإمارات، ط1، 2004، ج3، ص753.

(5) محمد الكشيبور، المرجع السابق، ج1، ص389. جميل فخري جاني، آثار عقد الزواج، المرجع السابق، ص142.

(6) الكاساني، المرجع السابق، ج2، ص294. ابن المفلح، المرجع السابق، ج6، ص218.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

القول الثاني: وقال به المالكية والشافعية⁽¹⁾ أن قتل الزوجة زوجها تخلصاً منه، الظاهر عدم استحقاقها الصداق، بل تعامل بخلاف غايتها، حتى لا يكون دافعاً للنساء يقتلن بسببه أزواجهن⁽²⁾.
الترجيح: أرجح القول الثاني لما فيه من العدالة لأن الزوجة أنهت الزواج بمعصية وحرمانها من المهر أولى من حرمانها من الميراث.

أما قانون الأسرة الجزائري سكت في مسألة استحقاق الزوجة لكامل صداقها بوفاتها، وذكر ذلك فقط في حالة وفاة الزوج⁽³⁾، من خلال المادة 16 حيث نصت: "أو بوفاة الزوج.."، وهذا يعتبر قصور في النص القانوني الذي يجب تغييره، بزيادة عبارة "قبل الدخول" لأن جميع الفقهاء اتفقوا على أن الصداق يثبت بوفاة أحد الزوجين قبل الدخول، وعليه وجب على المشرع تصحيح العبارة في التعديلات القادمة وتصبح العبارة الجديدة هي: "أو بوفاة أحد الزوجين قبل الدخول".

ب- ما لم ينص عليه القانون في مؤكدات الصداق كله:

سكت قانون الأسرة الجزائري عن مسألة فيها خلاف فقهي، وهي الخلوة الصحيحة هل تعد من مؤكدات الصداق، وعليه سأستعرض في هذا البند تعريف الخلوة الصحيحة وأقسامها، ثم اختلاف الفقهاء فيها، وموقف القانون والقضاء منها.

ب-1- تعريف الخلوة: وهي أن يجتمع الزوج والزوجة في مكان يضمنان فيه عدم اطلاع الناس عليهما كغرفة أو بيت أو بناء، وإن اجتمعا في الشارع أو بحضور الناس أو في الصحراء أو على السطح لا سائر له انتفت الخلوة⁽⁴⁾.

ب-2- أقسام الخلوة: وتنقسم الخلوة إلى قسمين خلوة صحيحة وأخرى فاسدة.

1- خلوة صحيحة⁽⁵⁾ : حتى تكون الخلوة صحيحة وجب اجتماع الزوج والزوجة في مكان يأمنان فيه من اطلاع وكشف الناس لهما، شريطة أن يكون العقد صحيحاً وليس فاسداً، وزاد الحنفية انتفاء الموانع التالية⁽⁶⁾:

(1) الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تحقيق مكتب البحوث والدراسات لدار الفكر، دار الفكر، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت)، ج2، ص424.

(2) عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج4، ص102.

(3) لعلى سعادي، المرجع السابق، ص92.

(4) مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص190.

(5) الآثار المترتبة عن الخلوة الصحيحة عند الحنفية هي: ثبوت المهر كاملاً ووجوب العدة، لكن بعض الفقهاء ذكروا أن وجود المانع الشرعي لا يؤكد المهر ولكن يؤكد العدة للاحتياط، أما المانع الحسي و الطبيعي فوجودهما ينفي المهر والعدة. للمزيد انظر محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، (د.م، د.ط، د.ت)، ص190.

(6) الكاساني، المرجع السابق، ج2، ص292-293. مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص ص190-192.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

- مانع طبيعي⁽¹⁾: هو وجود شخص ثالث معهما يمنع من الدخول ولو كان أعمى أو نائم، أو صبياً مميزاً، أما في حضور الصبي الصغير غير المميز أو المجنون فالخلوة صحيحة.

- مانع حسي: وهو كل ما يمنع الجماع إن كان الرجل غير بالغ والمرأة صغيرة غير مطيقة للجماع، أو كان أحدهما به عيباً من عيوب الزواج، أما العين والخصي فخلوته عند أبي حنيفة صحيحة.

- مانع شرعي: كأن يكون أحدهما محرماً بحج أو عمرة أو صائماً فرضاً أو تطوع، أو بالمرأة حيض أو نفاس...

2- الخلوة الفاسدة: هي كل خلوة لم تخل من الموانع المذكورة، سواء كان المانع طبعياً أو حسي أو شرعي.

ب-3- اختلاف الفقهاء في تأكد الصداق كاملاً بالخلوة الصحيحة:

اختلف الفقهاء في تأكد الصداق بالخلوة الصحيحة إلى مذهبين:

المذهب الأول: هو ما قال به الحنفية والحنابلة بوجوب الصداق كاملاً بالخلوة الصحيحة مع وجوب العدة للزوجة، ودليلهم في ذلك قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِخْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا {20} وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾⁽²⁾، ووجه الدلالة من الآيات أن الخلوة الصحيحة تقرر الصداق، ذلك لأن الله تعالى منع الزوج من أن يأخذ منها شيئاً من الصداق لأن: "هذا المنع مطلق ترك العمل به قبل الخلوة، فوجب أن يبقى معمولاً به بعد الخلوة"⁽³⁾.

وما روي عن الصحابة -رضوان الله عليهم- عن الأحنف بن قيس، أن عمراً، وعلياً رضي الله عنهما قالوا: "إذا أغلق باباً وأرخت ستراً فلها الصداق كاملاً وعليها العدة"⁽⁴⁾.

المذهب الثاني: هو ما ذهب إليه المالكية والشافعية والظاهرية⁽⁵⁾، من أن المرأة لا تستحق كامل صداقها بالخلوة الصحيحة، وإن طُلقَتْ وجب لها نصف الصداق لأن طلاقها كان قبل الدخول، ولا صداق كامل لها إلا بالدخول الحقيقي أو المسيس كما يقول المالكية، ودليلهم في ذلك قوله تعالى:

(1) هو كل ما ينفر منه الإنسان بطبيعته. مصطفي السباعي، نفس المرجع والصفحة.

(2) سورة النساء، الآيات 20-21.

(3) فخر الدين الرازي، مفاتيح الغيب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط3، 1420، ج10، ص ص 13-14.

(4) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الصداق، باب من قال من أغلق باباً أو أرخت ستراً فقد وجب الصداق وما روي في معناه، حديث رقم: 14482، ج7، ص416.

(5) ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج3، ص48. الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج4، ص374. ابن حزم، المرجع السابق، ج9، ص80.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

﴿وَأِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾⁽¹⁾، ووجه الاستدلال من الآية أنه لا اعتبار للخلوة في استحقاق كامل الصداق لأن المقصود بالمس في الآية الوقاع(الجماع)⁽²⁾.

كذلك حديث: "ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال في الرجل يتزوج المرأة يخلو بها فلا يمسه ثم يطلقها ليس لها إلا نصف الصداق لأن الله تعالى يقول: ﴿وَأِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾⁽³⁾"⁽⁴⁾.

زاد بعض المالكية في هذا المقام أن الصداق يكتمل بالمسيس⁽⁵⁾ والذي يثبت بإرخاء الستور والاختلاء بها خلوة اهتداء⁽⁶⁾ وإن ادعى الزوج عدم المسيس، كما يكتمل إذا أقامت عنده سنة كاملة، حتى ولو أقرت هي بأنه لم يمسه كما لو كانت مريضة مرضا يمنع الجماع، أو كان هو مريضا بمرض يحول دون المعاشرة الزوجية⁽⁷⁾ لأن إقامة سنة كاملة في بيت الزوج تقوم مقام الوطء.

القول الراجح: وهو ما ذهب إليه المالكية والشافعية من كون الخلوة الصحيحة لا توجب إلا نصف المهر، لقوة أدلتهم، وقد انتقدت⁽⁸⁾ أدلة الحنفية والحنابلة، وأكثر كتب التفسير فسرت المسيس بالدخول الحقيقي وليس الخلوة.

ما يؤكد قوة كلام المالكية أنهم جعلوا آلية للفصل حال الاختلاف بين الزوجين في حدوث المسيس، وهي قاعدة إثبات تتمثل في: فإذا ادعت المرأة المسيس وأنكره الزوج، صدقت في ادعائها بعد اليمين وتستحق كامل الصداق، وإن اعترف الزوج بالمسيس وأنكرته الزوجة لزمه الصداق كاملا⁽⁹⁾، والمذهب المالكي في هذا المقام كان دقيقا في إثبات المسيس من عدمه دون الحكم على كامل الصداق بمجرد الخلوة.

(1) سورة البقرة، الآية 237.

(2) فخر الدين الرازي، المرجع السابق، ج 6، ص 478.

(3) سورة البقرة، الآية 237.

(4) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الصداق، باب الرجل يخلو بامرأته ثم يطلقها قبل المسيس، حديث رقم: 14473، ج 7، ص 415.

(5) المسيس عند الفقهاء الدخول الحقيقي.

(6) إرخاء الستور وخلوة الاهتداء دون الوطء بعد العقد لا تلزم الصداق كله، بل يجب أن يصحها وطء بعد العقد وهو المشهور من مذهب مالك، وهي خلاف الخلوة الصحيحة عند الحنفية، والتي يتأكد فيها كامل الصداق بمجرد الخلوة ولو دون وطء.

(7) عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 142.

(8) انظر جميل فخري جانم، آثار عقد الزواج، المرجع السابق، ص 154 وما يليها.

(9) أحمد الخليلي، المرجع السابق، ج 1، ص 248.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

ب-4- موقف القانون والقضاء من الخلوة الصحيحة:

1- موقف قانون الأسرة الجزائري: قانون الأسرة الجزائري عن الخلوة الصحيحة ولم يذكرها، عكس كثير من قوانين الأسرة المقارنة التي ذكرتها في المواد المعالجة للصداق⁽¹⁾، واعتبرتها موجبة لكامل الصداق.

الناظر في المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري يلاحظ أن كلمة "الدخول" جاءت عامة، حيث يمكن أن ينصرف معناها إلى الدخول الحقيقي أو الدخول الحكمي أي الخلوة الصحيحة⁽²⁾، لكن ما جاء في المادة 17 من نفس القانون والتي تنص: "في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين"، هذه المادة عالجت النزاع بين الزوجين في الصداق، والتي ذكرت فيها كلمة "البناء" تجعل بالتأكيد أن مقصد قانون الأسرة كان الدخول الحقيقي الذي يعني الوطاء دون أدنى شك⁽³⁾.

برز اشكال في فقه القضاء التونسي في معرفة ما هو "الدخول"، فجاء في قرار محكمة التعقيب التونسية⁽⁴⁾ سنة 1973 أن: "الدخول يتمثل في اختلاء الزوج بزوجته"، واعتبرت المحكمة أن الاتصال الجنسي غير ضروري، وكذلك من باب أولى افتضاض البكارة التي تعتبر دخولا فعليا، وعلى النقيض من ذلك جاء في قرار آخر: "مجرد وجود علاقة جنسية بين الطرفين لا يكفي لاعتبار الدخول قد تم وإعطاء الزوجة حكم الزوجة المدخول بها إذ أن ذلك لا يعتبر بناء بالمعنى القانوني ولا يعتد به"⁽⁵⁾، في قرار آخر سنة 2008 عرّفت محكمة التعقيب التونسية الدخول وميزت بينه وبين مرحلة عقد الزواج حيث جاء في قرارها: "لئن لم يعرف المشرع البناء أو الدخول وهو المصطلح المستعمل في مجلة الأحوال الشخصية فقد استقر فقه القضاء على تعريف الدخول بأن تكون الزوجة قد التحقت بمحل الزوجية لمساكنة الزوج والقيام بواجباتها الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة. فالدخول يستوجب توفر الخلوة بين الزوجين وهو ما عبر عنه فقه قضاء محكمة التعقيب بإرخاء الستور، والخلوة هي أن يجتمع الزوجان ولو لمرة واحدة في مكان يأمنان فيه عدم اطلاع الغير ولا لزوم فيهما للإشهار بين الناس. ويتعين التمييز بين الدخول وابرام عقد الزواج باعتبار أن الخلوة بين الزوجين

(1) دليلة فركوس، جمال عياشي، المرجع السابق، ص 133.

(2) زكية حميدو تشوار، "التعليق على المادة 16 من قانون الأسرة المؤكدة لكل الصداق بالدخول"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مج 45، ع 3، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2008، ص ص 84-85.

(3) زكية حميدو تشوار، "التعليق على المادة 16 من قانون الأسرة المؤكدة لكل الصداق بالدخول"، المرجع السابق، ص ص 84-85.

(4) القرار التعقيبي المدني، عدد 9294 بتاريخ 1973/2/20، نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني، ص 13. نقلا عن سامي بن حليلة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 14.

(5) القرار التعقيبي المدني، عدد 21420 الصادر بتاريخ 1988/12/13 نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني، عدد 1، ص 196. نقلا عن سامي بن حليلة، نفس المرجع والصفحة.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

تؤكد وتثبت الدخول في حين أن عقد الزواج يستوجب الاشهار وهو ما يؤمنه المشرع باشتراط شهادة شاهدين من أهل الثقة لانعقاد الزواج طبقاً لأحكام الفصل 3 م أ ش⁽¹⁾.

- سبب سكوت قانون الأسرة الجزائري: لعل من أسباب سكوت القانون عن الخلوة الصحيحة، اكتفائه بلفظ "الدخول" في نص المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري، وهذا لاختياره ما نص عليه المالكية⁽²⁾، من كون اعتبار الخلوة الصحيحة ليست من مؤكدات كامل الصداق، بل يتأكد بالوطء والمسيس والوفاء، وهو ما قال به بعض شراح قانون الأسرة الجزائري⁽³⁾.

وجب على المشرع الجزائري إثر اتباعه المرجعية الفقهية للمذهب المالكي في استحقاق الصداق كاملاً بالدخول، ونفيه للخلوة الصحيحة، التأسيس لمبدأ إثبات المسيس (الوطء) من خلال وضع قاعدة قانونية تكون مبينة لإجراءات نفي المسيس وإثباته بين الزوجين، كما وردت في كتب الفقه المالكي، أو بالصيغة المذكورة في قرار المحكمة العليا والذي سأتناوله لاحقاً⁽⁴⁾.

2- موقف قضاء المحكمة العليا : جاء موقف المحكمة العليا (المجلس الأعلى سابقاً) من الخلوة الصحيحة متضارباً، فأحياناً تكون بعض القرارات موافقة لما جاء به قانون الأسرة في اعتبار الوفاة والدخول فقط من مؤكدات الصداق كاملاً، وفي أحيان أخرى نصت بعض القرارات على الخلوة الصحيحة التي سكت عنها القانون، وقرارات أخرى أسست لمبدأ مهم مسكوت عنه في القانون، وهو قاعدة اثبات المسيس من عدمه المحددة لاستحقاق كامل الصداق أو نصفه، وتفصيل ذلك كالتالي :
2-1- قرارات موافقة لما جاء في قانون الأسرة : هو ما جاء في قرار للمحكمة العليا : "من المقرر شرعاً أن انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية واختلاء الزوج بها في بيته وغلق بابها عليها وهو الذي ما يعبر عنه شرعاً « بإرخاء الستار » أو « خلوة الاهتداء » يعتبر دخولا فعليا يترتب عليه الآثار الشرعية وتنال الزوجة كامل صداقها (...). فإن قضاة الاستئناف الذين حكموا للزوجة بكامل صداقها بالإضافة إلى نفقة العدة ونفقة الإهمال، فإن قضاءهم هذا يندرج ضمن المادة 16 من قانون الأسرة..."⁽⁵⁾.

كما لاحظنا من خلال القرار، أن قضاة المحكمة العليا أسسوا قرارهم بناء على ما نص به قانون الأسرة من خلال المادة 16، بقي التنبيه أن عبارتي "إرخاء الستور"، و"خلوة اهتداء"، الواردتين في هذا القرار المقصود بهما الدخول الحقيقي أو ما يعرف بالمسيس والمستحق للصداق بكامله في المذهب المالكي⁽⁶⁾، وليس الخلوة الصحيحة المقررة في مذاهب أخرى (الحنفي والحنبلي)، وهو ما

(1) القرار التعقيبي، عدد الصادر بتاريخ 2008/12/04 (غير منشور). نقلا عن ساسي بن حليمة، نفس المرجع، ص 15.

(2) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ط6، المرجع السابق، ص 220.

(3) انظر دليلة فركوس، جمال عياشي، المرجع السابق، ص 133، العربي بلحاج، نفس المرجع والصفحة.

(4) المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 34262، 1984/11/19، م ق، 1990، ع1، ص 75.

(5) المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 55116، 1989/10/02، م ق، 1991، ع1، ص 33.

(6) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط6، المرجع السابق، ص 219.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

اختلط على البعض، من أن القرار وافق المذهب الحنفي، بنصه على خلوة الاهتداء فهذا على ما يبدو يعتبر استنتاج خاطئ.

2-2- قرارات نصت على الخلوة الصحيحة : حيث جاء في قرار للمحكمة العليا ما نصه : "من المقرر شرعا وقانونا أنه إذا أبرم عقد زواج صحيح وتأكدت الخلوة بين الزوجين. أصبح للزوجة حق في جميع توابع العصمة وكامل صداقها حتى ولو لم يقع احتفال بالدخول..."⁽¹⁾، يتضح من خلال هذا القرار أن قضاة المحكمة العليا أسسوا قرارهم على اعتبار أن الخلوة الصحيحة موجبة لكامل الصداق، وجميع توابع العصمة.

في قرار آخر جاء فيه: "الخلوة الصحيحة، بعد توفر أركان الزواج، تجعل الدخول قد تم شرعا"⁽²⁾، يتضح من هذا أن قرارات المحكمة العليا أعطت للخلوة حكم الدخول الحقيقي، الموجب لكامل الصداق إلى جانب الدخول ووفاء الزوج المنصوص عليهما في المادة 16 سالفه الذكر، واتبعت هذه القرارات المذاهب المقررة للخلوة الصحيحة كمؤكدة لكامل الصداق، وقد خالفت قانون الأسرة الذي مقصده واضح من الدخول، حيث أن الدخول الحقيقي لا يشتمل عنده على خلوة كما هو مبين أعلاه.

2-3- قرار نص على مبدأ إثبات المسيس: هو قرار للمحكمة العليا نص على مبدأ جديد مسكوت عنه في قانون الأسرة الجزائري، وموجود في مدونة مالك رحمته الله عليه⁽³⁾، وفحوى هذا المبدأ⁽⁴⁾:
- أنه إذا وقع إرخاء الستور عليهما، وخلا بعضهما إلى بعض (خلوة اهتداء)⁽⁵⁾، وأدعت الزوجة الوطاء، وأنكر هو تصدق بعد اليمين، ولها كامل الصداق، حتى لو وجدت بكارتها أو كانت في حيض أو نفاس، وإن نكلت الحلف للزوج حينئذ تستحق نصف الصداق.

(1) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 74375، 18/06/1991، م ق، 1993، ع 1، ص 61.

(2) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 289545، 08/05/2002، م م ع، 1993، ع 2، ص 373.

(3) مالك بن أنس، المدونة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1994، ج 2، ص ص 229-232.

(4) لا يجب لها الصداق إلا بدعواها المسيس، فإن أقرت أنه لم يمسهها جاز عليها قولها ولم يكن لها إلا نصف الصداق. انظر ابن رشد الجد، المقدمات المهمات، المرجع السابق، ج 1، ص 541. ويقول ابن جزى: "واختلفا في المسيس فالقول قولها وإن خلاها من غير بناء فالقول أيضا قولها وقال ابن القاسم إن خلاها في بيته فالقول قولها وإن كان في بيتها لم تصدق عليه". ابن جزى، المرجع السابق، ص 135.

ويقول ابن عبد البر في هذا المقام: "إن ادعى عليها قبض الصداق ولم يدخل بها دخول بناء أن القول قولها مع يمينها ولو اختلفا في المسيس فقالت قد وطنني وقال لم أطأها فإن كان لم يدخل بها وإنما خلاها في بيتها فالقول قوله مع يمينه وإن كان قد خلاها في منزله دون بناء وقال لم أمسها فالقول قولها مع يمينها وقد قيل إنه متى ما صح أنه خلاها أن القول قولها في المسيس مع يمينها وسواء خلاها في بيتها أو في بيته وعليها العدة في الوجبهين جميعا ولو طلقها والمسألة بحالها كان لها نصف الصداق". انظر ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق محمد الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط 2، 1980، ج 2، ص 558.

(5) بالإضافة إلى خلوة اهتداء هناك خلوة سماها فقهاء المالكية بخلوة الزيارة وهي: "خلوة الزيارة وهي أن تزوره في بيته، أو يزورها في بيتها، أو يزور الاثنان شخصا آخر في بيته. فإن زارته هي في بيته وادعت الوطاء وأنكر، صدقت بعد أن تحلف اليمين على ذلك، وإن زارها في بيتها، وادعت وأنكر، عمل بقول باليمين أيضا، ومثل ذلك ما إذا زارا أجنبياً في بيته، فإنها إن ادعت وأنكره، عمل باليمين، لأن الظاهر يصدقه، فإن ادعى هو

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

- أما إذا أقر الزوج بالمسيس (الوطء) فيؤخذ بإقراره، وعليه الصداق كاملاً، سواء ثبتت بينهما خلوة أو لم تثبت، وسواء وافقته الزوجة أو أنكرت، وإذا استمرت على الإنكار تحرم منه كاملاً إلا إذا تراجع قبل تراجع الزوج عن إقراره⁽¹⁾.

- إذا ثبت الدخول، ولم يثبت المسيس، فلا تستحق المطلقة إلا نصف الصداق.

جاء في القرار المذكور فيه مبدأ إثبات المسيس ما نصه: "من المقرر شرعاً أن إثبات أو نفي ادعاء الزوج عدم المساس، وادعاء الزوجة المسيس يوم الدخول بها، يكون فيه الحكم، القول قولها بيمينها أن حلفت استحقت الصداق كاملاً وأن نكلت حلف الزوج وتشاطر صداقها، فإن نكل صدقت هي واستحقت كامل صداقها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قضاء منعدم التسبب ومخالفاً لقواعد شرعية. ولما كان المجلس القضائي أهمل تطبيق هذه القاعدة وسكت عنها واكتفى بالقضاء على الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية الذي خرجت منه، فإنه بهذا القضاء أنزل عمله منزلة عدم التسبب وخالف قواعد شرعية ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"⁽²⁾.

يمكن القول أن القرار سالف الذكر لو يُؤخذ بعين الاعتبار في التعديلات القادمة، سيُسهم في وضع لبنة لصياغة نص قانوني واضح، وبشكل فعال في توحيد الاجتهاد القضائي، ويؤكد الاختيارات الفقهية للمشرع، وفي هذا المقام لا أوافق ما سار عليه بعض الفقه القانوني الجزائري⁽³⁾، من أن بعض قرارات المحكمة العليا، حسن فعلت باعتمادها على الخلوة الصحيحة كمؤكدة للصداق في اجتهاداتها، وسبب معارضتي هو التأكيد على سلامة اختيار المشرع الجزائري، للمذهب المالكي كمنهج في عدم اعتبار الخلوة الصحيحة من مؤكدات كامل الصداق، لأن المذهب يحتوي حلاً بديلاً متمثلاً في مبدأ إثبات المسيس (حال الاختلاف في الدخول الحقيقي)، والذي اتخذته المحكمة العليا كحل في أحد قراراتها، لهذا على المشرع الجزائري اعتبار هذا المبدأ وتقنينه، وفق ما ورد في قرار المحكمة العليا المذكور أعلاه.

الوطء، وأنكرت هي، كان الحكم هو ما تقدم في خلوة الاهتداء". انظر عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج4، ص102. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط6، المرجع السابق، ص117.

(1) محمد بن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية (الجزء الأول)، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، (د.ط)، 1998، ص121.

(2) المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 34262، 1984/11/19، مذكور سابقاً.

(3) ما ذكره الأستاذ العربي بلحاج والأستاذة دليلة فركوس وجمال عياشي. انظر العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ط6، المرجع السابق، ص 221. دليلة فركوس، جمال عياشي، المرجع السابق، ص134.

②- مؤكّدات نصف الصداق:

②-1- مؤكّدات نصف الصداق للمطلقة قبل الدخول في الفقه والقانون:

اتفق الفقهاء على أنه إذا وقعت فُرقة بين الزوجين قبل الدخول، وكان العقد صحيحاً وسعى لها الصداق تسمية صحيحة، فيجب على الزوج حينئذ نصف الصداق لزوجته، ودليل الفقهاء⁽¹⁾ قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾⁽²⁾، ووجه الاستدلال من الآية أن وقوع الطلاق قبل الميسر وكان قد سعى للزوجة صداق فلها نصف الصداق المسمى، والنصف الثاني يُرجع إلى الزوج⁽³⁾، وحتى يتحقق نصف الصداق للمطلقة يشترط: أن يكون العقد صحيحاً، وأن تكون تسمية الصداق وقعت صحيحة، وأن يقع الطلاق قبل الدخول الحقيقي (والخلوة الصحيحة عند من يعتد بها).

نص قانون الأسرة الجزائري على مسألة شطر الصداق للمطلقة قبل الدخول في المادة 16 التي جاء فيها: "...وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول..."، معناه أن الزوجة متى قبضت الصداق أثناء العقد أو قبله أو لم تقبضه لكن سعى لها، وحصل طلاق قبل الدخول فإنها تستحق نصف الصداق المسمى، فإن هي قبضته كاملاً وجب عليها أن ترجع للزوج نصفه، إلا إذا تنازل لها، وإن هو سعى لها ولم يعطها فهو ملزم بتسليمها نصف المسمى إلا أن تُسامح المرأة وتتنازل⁽⁴⁾، بنص الآية الكريمة، قال تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾⁽⁵⁾.

②-2- المسكوت عنه في مؤكّدات نصف الصداق للمطلقة قبل الدخول:

سكت قانون الأسرة الجزائري عند ذكره لاستحقاق الزوجة لنصف الصداق بالطلاق قبل الدخول في المادة 16، حيث لم يبيّن نوع الفُرقة وتركها مطلقة، هل كانت الفُرقة طلاقاً بالإرادة المنفردة للزوج أو بالتطليق من الزوجة، أو بالخلع، أو منهما معا اتفاقاً (طلاق بالتراضي)⁽⁶⁾، لأن تحديد نوع الفُرقة يكشف المتسبب فيها وبالتالي يسهّل على القاضي الحكم بأحقية الصداق ومقداره، فليس من العدل أن تكون المتسببة في الطلاق الزوجة ومع ذلك تأخذ نصفه، أو كان المتسبب في الطلاق الزوج ويظهر أن الزوجة هي المتسببة بهدف حرمانها من الصداق.

(1) ابن عابدين، المرجع السابق، ج3، ص104. ابن جزي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص135. الرملي، المرجع السابق، ج6، ص356. موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص240.

(2) سورة البقرة، الآية 237.

(3) أحمد المراغي، تفسير المراغي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط1، 1946، ج2، ص197.

(4) عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص144.

(5) سورة البقرة، الآية 237.

(6) الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص78.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا استكمالاً لما أغفله قانون الأسرة من تحديد المتسبب في الطلاق : "إن القضاء بالطلاق قبل الدخول طبقاً لأحكام المادة 05 من ق.أ بدل المادة 52 منه دون تحديد المسؤولية عن هذا التفريق يعد خطأ في تطبيق القانون"⁽¹⁾، وفي قرار آخر للمحكمة العليا يؤيد طرحنا حول المتسبب في الفرقة حيث جاء فيه: "لا تستحق الزوجة نصف الصداق، إلا عند الطلاق قبل الدخول (م16 ق.أ) ولما ثبت -من قضية الحال- أن الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج، وبدون مبرر شرعي أو قانوني، فإنه لا يمكن والحالة هذه تحميل المطعون ضده، بالخسائر والأضرار المترتبة عن ذلك، وأن دفع الطاعنة المتعلق بأحقيتها في نصف الصداق، إنما يتحقق لو تم الطلاق بإرادة الزوج، مما يتعين القول أن قضاة الموضوع أصابوا في قضائهم ويتوجب رفض الطعن"⁽²⁾،
بالتالي على المشرع الجزائري تعديل المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري جزئياً، بالنص على تحديد من المتسبب في الطلاق هل الزوج أو الزوجة أو هما معاً، ما يحدد الطرف المسئول، ويمكن الزوجة من حق إن كان لها استوفته.

(1) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 256857، 2001/01/23، م ق، 2001، ع2، ص294.

(2) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 92714، 1993/07/13، م ق، 1995، ع1، ص128.

الفصل الثاني

المسائل المسكوت عنها في آثار الزواج

الفصل الثاني

المسائل المسكوت عنها في آثار الزواج

تنبثق عن عقد الزواج عدة آثار شرعية وقانونية، فالآثار الشرعية تتمثل في حرمة المصاهرة المذكورة ضمن شروط عقد الزواج، وحق التوارث بين الزوجين، أما آثار العقد الصحيح في القانون فهي ما ورد في المواد 36 من قانون الأسرة الجزائري والمتمثلة في الحقوق المشتركة بين الزوجين، والنسب كأثر من آثار عقد الزواج في المواد 40-46 من قانون الأسرة الجزائري، والنفقة الزوجية في المواد 74-78.

وعليه فقانون الأسرة الجزائري لما تطرق لآثار العقد الصحيح سكت عن عدة مسائل فيها، وبالتالي فالحديث في هذا الفصل عن المسكوت عنه في آثار عقد الزواج الصحيح سيكون مقتصرًا على ما نصت عليه المادة 36 من حقوق مشتركة، ثم التعرّض للنفقة الزوجية كحق مادي للزوجة وما سكت عنه القانون فيهما، فيكون التقسيم حينئذ يوافق ما سار عليه قانون الأسرة كما يلي:

المبحث الأول: المسكوت عنه في حقوق الزوجين

المبحث الثاني: المسكوت عنه في النفقة الزوجية

المبحث الأول: المسكوت عنه في حقوق الزوجين

فرّق قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل بين حقوق الزوج وحقوق الزوجة بنص المواد 37 و38 و39، لكن بعد التعديل 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، جعلها حقوقاً مشتركة بين الزوجين بنص المادة 36 الجديدة، وألغى المادتين 38 و39، والملاحظ للمادة 36 من قانون الأسرة الجزائري يرى أنها جمعت حقوق الزوج والزوجة في نص واحد عكس ما كان عليه الحال قبل التعديل، ولعل قيام المشرع بهذا الدمج كان بهدف تكريس المساواة بين الرجل والمرأة، رغم أن فقهاء الشريعة فرقوا بين الحقوق المترتبة للزوجين عن الزواج الصحيح بين حقوق مشتركة ومتبادلة، وحقوق خاصة بالزوجة وحقوق خاصة بالزوج، وبالتالي في هذا المبحث فالكلام عن المسكوت عنه في حقوق الزوجين بشكل عام يوجب التركيز على الحقوق المشتركة بين الزوجين وما سكت عنه قانون الأسرة، وكذلك ما سكت عنه القانون في بعض حقوق الزوج، أما حقوق الزوجة فقد ضُمّتت جملها ضمن الحقوق المشتركة للزوجين. وعليه فدراستي لهذا المبحث تكون وفق تقسيم محدد إلى ثلاث مطالب، متناولاً في المطلب الأول مفهوم الحقوق الزوجية وحكم معرفة الزوجين لحقوقهما والحكمة منها، والمطلب الثاني أتناول المسكوت عنه في الحقوق المشتركة من خلال تبيان حقين مهمين وهما حق الاستمتاع وحق المساكنة الشرعية، أما في المطلب الثالث فسأتطرق إلى بعض حقوق الزوج المسكوت عنها في قانون الأسرة.

المطلب الأول: مفهوم الحقوق الزوجية وحكم معرفتها والحكمة منها

الفرع الأول: تعريف الحقوق الزوجية⁽¹⁾:

لبيان مفهوم الحقوق وجب تعريف الحق في اللغة، والاصطلاح، والقانون وتفصيله كما يلي:

أولاً- الحق في اللغة: هو الثابت الذي لا يسوغ إنكاره، وهو خلاف الباطل⁽²⁾.

ثانياً- الحق في الاصطلاح: عرّفه الأستاذ مصطفى الزرقا أنه: "اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً"، فهذا التعريف شامل لكل أنواع الحقوق المتعلقة بالدين، كحقوق الله وتشمل العبادات من صلاة وصيام ونحوهما، وكذلك الحقوق المدنية كحق الملكية والحقوق المعنوية كحق طاعة الزوجة زوجها وحق طاعة الولد والده⁽³⁾.

ثالثاً- الحق في القانون: فالحق في القانون هو استئثار شخص معين بقيمة معينة أو شيء معين، يخول له التسلط والاقتضاء، ويهدف إلى مصلحة يحميها القانون لأنها ذات قيمة اجتماعية،

(1) سأورد تعريف الحق دون الزوجية لأنه سبق تعريفها في تعريف الزواج.

(2) الزبيدي، المرجع السابق، ج25، ص166. قاسم بن عبد الله القونوي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تحقيق يحيى حسن مراد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 5 د.ط-، 2004، ص78.

(3) مصطفى الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، سورية، ط1، 1999، ص19. وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج10، ص19..

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

والاستئثار هو انفراد صاحب الحق دون غيره بموضوع الحق، أما التسلط فهو الاعتراف لصاحب الحق بسلطة الانتفاع والاستغلال، أما الاقتضاء فهو يحتم على الغير عدم التعرض لصاحب الحق أو حرمانه من ممارسة سلطته على الحق المعترف بها قانونا، أما الحماية القانونية فهي تتمثل في جواز رفع صاحب الحق دعوى قضائية عند التعرض له أو الاعتداء على حقوقه⁽¹⁾، وتعرّف الحقوق الزوجية بشكل عام على أنها : "مجموعة الحقوق والواجبات المقررة شرعا للرجل والمرأة بعد عقد الزواج الصحيح من أجل تحقيق المقاصد العامة من الزواج"⁽²⁾.

الفرع الثاني: حكم معرفة الزوجين لحقوقهما والحكمة منها

قُسمت معرفة حقوق الزوجين فيما بينهما بين واجب ومندوب، فالواجب من هذه الحقوق يُلزم كلا الزوجين معرفته، كونها تقوم عليها الزوجية وأي إخلال بحق منها قد يدمر الحياة الزوجية لا سمح الله، فالزوجان مجبران على معرفتها والتقيّد بأحكامها، كحق طاعة الزوج، وحق الصداق، والحقوق المندوب معرفتها للزوجين والعمل بها يزيد من تمتين أواصر المحبة بينهما، وتؤدي إلى تحقيق مقاصد الزواج كالتزّين للزوج مثلا⁽³⁾، وتبقى الحكمة الكبرى من معرفة كل من الزوجين لحقوقهما وواجباتهما هي تحقيق الأهداف المتوخاة من الزواج ومن ضمنها الاستقرار الأسري⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: الحقوق المشتركة بين الزوجين والمسكوت عنه فيها

وردت حقوق الزوجين في قانون الأسرة الجزائري في الفصل الرابع من الباب الأول، وقد جاءت تحت عنوان حقوق وواجبات الزوجين، غير أن المتمعّن فيها سيجد أنها حقوق مجردة دون واجبات، يضاف إلى ذلك أنها جاءت حقوقا مشتركة بين الزوجين وليست مقسّمة حيث كل زوج وحقوقه الخاصة، وهو ما كرّسه قانون الأسرة الجزائري من خلال التعديل الأخير مساويا بين الزوجين، فجاء نص المادة 36 المعدلة على النحو التالي: "يجب على الزوجين: 1- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة. 2- المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة. 3- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الاولاد وحسن تربيتهم. 4- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات. 5- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم. 6- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والاقربين بالحسنى والمعروف. 7- زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف".

(1) انظر عمار بوضياف، المرجع السابق، ص ص 16-18.

(2) عبد القادر بن عزوز، أحكام فقه الأسرة، دار قرطبة، الجزائر، ط1، 2007، ص31.

(3) عبد القادر بن عزوز، المرجع السابق، ص31.

(4) عبد القادر بن عزوز، نفس المرجع، ص ص 31-32.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

خلافا لقانون الأسرة الجزائري وردت في بعض قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية تقسيمات أخرى للحقوق، حيث خصصت لكل زوج حقوقه ثم الحقوق المشتركة بين الزوجين في مادة أخرى منفصلة، وذلك اتباعا لما أقرته الشريعة الإسلامية، التي جعلت من الحقوق المشتركة بين الزوجين المتمثلة في المعاشرة بالمعروف، وحل استمتاع كل من الزوجين بالآخر، وحق التوارث بين الزوجين، وحرمة المصاهرة، والمساكنة، وثبوت النسب.

عند مقارنة قانون الأسرة الجزائري بما جاء في الشريعة الإسلامية من حقوق مشتركة، نجد القانون ذكرها متناثرة في مواده وهي : المعاشرة بالمعروف في الفقرة الثانية من المادة 36، حق التوارث في المواد 126-130، حرمة المصاهرة في المادة 26، ثبوت النسب في المادة 40، كلها إذن حقوق لم يسكت عنها قانون الأسرة الجزائري، عدا حقين سكت عن ذكرهما هما : "حق حل الاستمتاع بين الزوجين"، و "حق المساكنة"، لأنه من الحقوق المشتركة بين الزوجين المرسخة شرعا، والمذكورة في كثير من قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية، وعليه سأتناول حقي الاستمتاع والمساكنة، متطرقا لحكهما في الشريعة، وسكوت القانون عنهما مبينا سبب سكوته.

الفرع الأول: حل الاستمتاع بين الزوجين

يتضمن هذا الفرع مسألة مهمة باعتبارها تحقق جانبا من أهداف الزواج، وهي حق حل الاستمتاع بين الزوجين، فهو من الحقوق المشتركة التي أقرتها الشريعة وسكت عنها صراحة قانون الأسرة الجزائري، وعليه سأتناول في هذا الفرع حل الاستمتاع بين الزوجين في الفقه الإسلامي في بند أول، ثم في قانون الأسرة الجزائري في بند ثان.

أولا- في الفقه الإسلامي:

حق حل الاستمتاع بين الزوجين أو كما يسميه البعض الحق الجنسي، هو من الحقوق المشتركة بين الزوجين والتي أقرتها الشريعة الإسلامية، باعتبارها من الآثار الطبيعية لعقد الزواج الصحيح، وهذا الاستمتاع لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال وجود الزوجين مع بعضهما، ولا يمكن أن ينفرد به أحدهما عن الآخر، وهو من وسائل تحقيق مقاصد الشريعة في الزواج، للمحافظة على الوجود الإنساني واستمرارية النسل، وحق المطالبة به مشروع للزوجين معا، فللزواج الحق مطالبة زوجته بالوطء إلا لوجود مانع كالحيض، والنفاس، والمرض المستجد، وللزوجة كذلك⁽¹⁾، وقد رغبت الشريعة في ذلك بقوله تعالى: ﴿أَجَلٌ لَّكُمْ لَيْلَةَ الصَّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ﴾⁽²⁾، وهو تصوير قرآني رائع للعلاقة بين الزوجين التي تتعدى الجانب الحسي إلى الروحي، ويجب على الزوج أن يعف زوجته، فلا يتركها إلا لأسباب قاهرة، لأن النبي ﷺ عدّ الإعفاف حقا من الحقوق

(1) الهوتي، كشف القناع، المرجع السابق، ج5، ص192.

(2) سورة البقرة، الآية 187.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

الثابتة للزوجة، وهو ما يؤكد الحديث : "حدثني عبد الله بن عمرو بن العاص قال: قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم: ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل؟ قال: بلى يا رسول الله، قال: فلا تفعل نم وقم وصم وأفطر فإن لجسدك عليك حقا وإن لعينيك عليك حقا وإن لزوجك عليك حقا وإن لزورك عليك حقا وإن بحسبك أن تصوم من كل شهر ثلاثة أيام فإن كل حسنة بعشر أمثالها وإذا ذاك صيام الدهر كله، قال: فشددت فشدد علي، قال: يا رسول الله، إني أجد قوة قال: فصم من كل جمعة ثلاثة أيام، قال: فشددت فشدد علي قلت: يا رسول الله إني أجد قوة، قال: فصم صيام نبي الله داود عليه السلام ولا تزد على ذلك، قال: فقلت وما كان صيام نبي الله داود؟ قال: نصف الدهر"⁽¹⁾، ومعنى الحديث أن لأهلك عليك حق، ولا ينبغي للرجل أن يُتعب نفسه في العبادة، ما يجعله ضعيفا غير قادر عن القيام بحقوق زوجته نفقة ووطء⁽²⁾.

شرعا رغبت الشريعة في إعفاف النفس، حتى أنها جعلت الأجر والمثوبة في كل استمتاع بين الزوجين، فقد جاء في حديث أبي ذر رضي الله عنه أنه قال: "وفي بضع أحدكم صدقة، قالوا: يا رسول الله، أيأتي أحدنا شهوته ويكون له فيها أجر؟ قال: أرأيتم لو وضعها في حرام أكان عليه فيها وزر؟ فكذلك إذا وضعها في الحلال كان له أجر"⁽³⁾، ومعنى الحديث: "وفي هذا دليل على أن المباحات تصير طاعات بالنيات الصادقات فالجماع يكون عبادة إذا نوى به قضاء حق الزوجة ومعاشرتها بالمعروف الذي أمر الله تعالى به أو طلب ولد صالح أو إعفاف نفسه أو إعفاف الزوجة ومنعهما جميعا من النظر إلى حرام أو الفكر فيه أو الهم به أو غير ذلك من المقاصد الصالحة"⁽⁴⁾

عادة، يرتب الزوجان الجماع بناءً على ما يلبي رغبتيهما، ومع ذلك قد يطرأ خلاف بين الزوجين، بأن تشكو الزوجة من هجران زوجها لها، وذلك بالحد من الاتصال الجنسي معها، مما يجعلها تتضرر نتيجة لذلك، ما ولّد خلافا بين الفقهاء في حكم وجوب وطء الرجل زوجته وامتناعه مع مقدرته الجسدية إلى قولين⁽⁵⁾:

(1) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الصيام، باب من كره صوم الدهر واستحب القصد في العبادة لمن يخاف الضعف على نفسه، حديث رقم 8474، ج 4، ص 493.

(2) العسقلاني، المرجع السابق، ج 9، ص 299.

(3) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الزكاة، باب بيان أن اسم الصدقة يقع على كل نوع من المعروف، حديث رقم 1006، ج 2، ص 697.

(4) النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط 2، 1392 هـ، ج 7، ص 92.

(5) نور الدين أبو لحية، أحكام العشرة الزوجية وأدائها، دار الكتاب الحديث، مصر، ط 1، (د.ت)، ص 153 وما يليها.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

القول الأول: وهو ما قال به جمهور الفقهاء⁽¹⁾، على أن وطء الرجل لزوجته واجب، إن لم يمنعه من ذلك عذر شرعي، ورغم اتفاقهم على وجوبه إلا أنهم اختلفوا في المدة الزمنية الواجبة لكل وطء⁽²⁾، ودليلهم في ذلك:

- ما جاء في حديث: "عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه: "... وإن لزوجك عليك حقا...".

- عن: "الثوري، عن جابر، ومالك بن مغول، عن الشعبي قال: جاءت امرأة إلى عمر، فقالت: زوجي خير الناس يقوم الليل، ويصوم النهار، فقال عمر: لقد أحسنت الثناء على زوجك. فقال كعب بن سور: لقد اشتكت فأعرضت الشكوية. فقال عمر: اخرج مما قلت. قال: أرى أن تنزله بمنزلة رجل له أربع نسوة له ثلاثة أيام ولياليهن، ولها يوم وليلة"⁽³⁾، ووجه الاستدلال لو لم يكن الوطاء واجبا على الزوج، لما استحقت الزوجة فسخه للعيوب التي تحول دون قيام الزوجية، وكذلك امتناعه بالإيلاء⁽⁴⁾، ولو كانت المعاشرة ليست حقا لكان للزوج اختيار إحدى زوجاته للوطء دون أخرى، وهذا حرام⁽⁵⁾.

القول الثاني: وهو ما ذهب إليه الشافعية⁽⁶⁾، بأن النكاح لا يلزمه وهو حقه فله تركه، ويستحب له مجامعتها، وفي هذا المقام يقول صاحب المذهب: "ولا يجب عليه الاستمتاع لأنه حق له فجاز تركه كسكنى الدار المستأجرة ولأن الداعي إلى الاستمتاع الشهوة فلا يمكن إيجابه والمستحب ألا يعطها"⁽⁷⁾.
القول الراجح: الراجح في هذه المسألة ما قال به الجمهور، لأن ما أوجب النكاح إلا للاستمتاع وترك الزوج لحقه في الاستمتاع لا ينفي حق الزوجة فيه، وأقر شيخ الإسلام ابن تيمية⁽⁸⁾ أن حق الوطاء للزوجة غير مقدر بوقت معين وإنما يقدر بحاجة المرأة إلى ذلك وقدرة الزوج، ويرى المالكية أن للزوجة

(1) الكاساني، المرجع السابق، ج2، ص333. موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص304. ابن جزى، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص141. ابن حزم، المرجع السابق، ج7، ص174.

(2) اختلف الفقهاء في المدة الواجبة للوطء: فالحنفية في ظاهر الرواية والشافعية أن الزوج لا يلزم إلا مرة واحدة، وفي رواية أخرى لأبي حنيفة، واعتمدها الحنابلة فيجب عليه إذا لم يكن به عذر مرة كل أربعة أشهر، وذهب بعض الفقهاء إلى أن الزوج غير مجبر بعدد مرات الوطاء، لكنه يبذل قصارى جهده لحماية زوجته وإبعادها عن المحرمات، وعند المالكية لها مرة كل أربعة ليال. وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، دار الوعي، الجزائر، ط5، 2012، ص106. شهاب الدين النفاوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، (د.م. د.ط)، 1995، ج2، ص22.

(3) أخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه، كتاب الطلاق، باب حق المرأة على زوجها وفي كم تشتاق، حديث رقم 12586، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي، الهند، ط2، 1403، ج7، ص148.

(4) الفرقة بسبب الإيلاء: "وهو أن يحلف الزوج ألا يقرب زوجته أكثر من أربعة أشهر. فإن لم يعد عن يمينه بعد أمر القاضي له عقب ادعاء الزوجة فترق بينهما". وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج8، ص ص339-340.

(5) نور الدين أبو لحية، أحكام العشرة الزوجية، المرجع السابق، ص153.

(6) الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج4، ص413.

(7) الشيرازي، المرجع السابق، ج2، ص481.

(8) هو أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام ابن عبد الله بن أبي القاسم الخضر النميري الحراني الدمشقي، شيخ الإسلام ابن تيمية، حنبلي المذهب، ولد بحران سنة 661هـ وتوفي بدمشق سنة 728هـ، كان فصيحا للسان وبرع في العلم والتفسير، ثم ناظر العلماء من مؤلفاته مجموعة الرسائل والمسائل، الجوامع الزركلي، المرجع السابق، ج1، ص144.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

حق طلب التفريق للضرر، إذا كان الزوج غير قادر على الجماع، أو لم يكن هناك سبب أو عذر شرعي مقبول لقيامه بحق الوطء، وطلب المرأة الوطء شرعا لا ينافي الحياء ولا المروءة لأنه يحقق هدفا من أهداف النكاح، فإذا استحال جاز طلبه من الحاكم قضاء⁽¹⁾، خاصة ونحن في زمان انتشر ذكر فيه ما يسمى بالثقافة الجنسية، أو ما يسمى بالمغريات المادية ومثيرات الشهوة الجنسية، وما لها من دور في التأثير على النفوس الضعيفة سواء من الرجال أو النساء، وما زاد الطين بلة انتشار ثقافة الاختلاط التي ساهمت بشكل كبير في كسر حاجز الحياء بين الجنسين مما أدى الى تفشي الفاحشة، فأصبح من الواجب على الزوج اشباع غريزة زوجته حتى يحصنها ويقمها شرور الزمان وآفاته⁽²⁾.

حرصا على إحصان الزوجين عليهما التزّين لبعضهما، فالزوجة مطالبة بالتزّين لزوجها لتصرف نظره عن المحرّم لما هو مباح، وأن تحرص على أن يرى منها ما يسره، ولا يشم منها إلا ما تطيب به النفس، والزوج كذلك عليه بالتزّين لأمرأته بما يتزين به الرجال، حتى يحصنها ولا تنظر إلا لزوجها⁽³⁾. مثلما للزوجة حق الاستمتاع للزوج كذلك هذا الحق، وقد أكدت الشريعة الإسلامية أنه إذا دعا الزوج زوجته، فعليها الاستجابة لرغباته⁽⁴⁾ لحديث: "أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه فأبت فبات غضبان عليها لعنتها الملائكة حتى تصبح"⁽⁵⁾، ومعنى الحديث أن اللعنة لن تصيب المرأة إلا بغضب بعلمها منها، بسبب رفض دعوته لها، أما خلاف ذلك فلا تتحقق اللعنة، خاصة إن كان لها عذر أو ترك حقه دون مطالبة.

لكن يبقى للمرأة الحق في الامتناع عن تسليم نفسها -كما تقدم في شرط الصداق- ورفض طاعة الزوج، قبل أن تستوفي مهرها كاملا في التفويض أو بعضه في المعجل، وأما إذا سلمت نفسها برضاها، سواء بتأجيل كامل الصداق أو بعضه، فليس لها الحق في الامتناع وطاعة الزوج، ولكن لا يمنعها ذلك من المطالبة بحقها، وإن سلمت نفسها لزوجها قبل قبول المهر المعجل، طواعية وبالغة سن الأهلية، فلها كل الحق في منع نفسها من زوجها وعدم طاعته حتى بعد الوطء أول مرة، حتى يوفىها معجل صداقها، لأنه واجب بعقد النكاح، لأن الصداق يقابل كل الوطء لا الجماع مرة واحدة⁽⁶⁾.

(1) الخطاب الرعيبي، المرجع السابق، ج 4، ص 11.

(2) أمين ماهر، المرشد الأسري، دار حرف للنشر والتوزيع، مصر، 2017، ص ص 117-118.

(3) الشوكاني، نيل الأوطار، تحقيق عصام الدين الصبايطي، دار الحديث، مصر، ط 1، 1993، ج 6، ص 248.

(4) عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، الأردن، ط 5، 2011، ص ص 114-115.

(5) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب بدء الخلق، باب إذا قال أحدكم: آمين والملائكة في السماء، حديث رقم 3237، ج 4، ص 116.

(6) عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، الأردن، ط 5، 2011، ص ص 114-115.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

ثانيا- في قانون الأسرة الجزائري:

سكت قانون الأسرة الجزائري عن حق الزوجين في الاستمتاع ببعضهما فلم يدرجه في الحقوق المشتركة، ولم ينص عليه لا في قانون الأسرة قبل التعديل ولا بعده، وكان القانون قد سكت عن حل الاستمتاع بين الزوجين في مواضع أخرى كان يجب أن يتطرق إليه منها:

- ما جاء في المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتضمنة لتعريف الزواج نصت: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"، من خلال التعريف لم يتطرق النص القانوني لموضوع الزواج وهو حل الاستمتاع، مثله مثل باقي القوانين المقارنة الأخرى، وموضوع عقد الزواج سبق تفصيله في الفصل الأول من هذا الباب.

- ما جاء في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري التي تحوي ثمانية أسباب موجبة للتطليق، منها فقرتين ورد فيهما سببين للتطليق لهما نفس المقتضى، وهاتين الفقرتين هما الثالثة والخامسة، حيث نصت الفقرة الثالثة: "...الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر..."، وهو ما يعرف في الشريعة الإسلامية بالإيلاء، ونصت الفقرة الخامسة: "...الغيبه بعد مرور سنة بلا عذر ولا نفقة..."، وهما سببين قررها قانون الأسرة لتطليق الزوجة من زوجها جراء الضرر الذي يسببه الهجر في المضجع، والغياب عن البيت لمدة تزيد عن سنة، وهما من الأسباب التي تمس بشكل مباشر حق الزوجة في الاستمتاع.

كان على قانون الأسرة الجزائري النص بشكل صريح على حق حل الاستمتاع ضمن الحقوق المشتركة للزوجين، لأن الشريعة الإسلامية تضمنته كأثر من آثار عقد الزواج الصحيح في جميع المذاهب على اختلافها، كذلك عند النظر في التطبيق القضائي نجد أن قضاء المحكمة العليا⁽¹⁾ قد اجتهد في حل العديد من القضايا التي تمس مسألة الاستمتاع بين الزوجين، دون أن ننسى الفقه القانوني الجزائري الذي أكد حق الاستمتاع ووجوده رغم سكوت القانون عنه، حيث سماها الأستاذ الغوثي بن ملححة الحقوق المشتركة من الجانب الشخصي أي متصلة بشخصي الزوجين، وهي حل التقارب الجسدي وما تقتضيه طبيعة الإنسان مما هو محرّم إلا بالزواج، وحل العشرة الزوجية بينهما حق أصلي يتفرع عنه فرعان، حق الاستمتاع وحسن العشرة⁽²⁾.

سكت قانون الأسرة كذلك عن الجزاء المقرر لامتناع أحد الزوجين من إعطاء حق الآخر، فبالنسبة للزوجة امتناعها من تمكين نفسها للزوج هو في أصله نشوز، وجزاء النشوز سقوط النفقة، وهو ما كان مقررا في قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 37 من

(1) جاء في قرار للمحكمة العليا: "متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي -وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج..." المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 34784، 1984/11/19، م ق، 1989، ع3، ص73.

(2) الغوثي بن ملححة، المرجع السابق، ص85.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

قانون 11/84 التي تتكلم عن حقوق الزوجة: "يجب على الزوج نحو زوجته: 1- النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها"، وبعد التعديل ألغي مضمون المادة واستبدل بالذمة المالية بين الزوجين، ولم يعد لسقوط النفقة بسبب النشوز أي أثر في قانون الأسرة الجزائري المعدل، وهذا على ما يبدو قصور في القانون، لأن الكلام عن النشوز في المادة 55 من قانون الأسرة الحالي والتي لم تحدد أسبابه، وجعلت الحكم بالطلاق أو التطليق، دون الكلام عن سقوط نفقة الناشز كإجراء أولي فيه نقص واغفال، بل حذف لفظ النشوز من المواد الخاصة بالحقوق المشتركة بحد ذاته قصور، وهذا كله على ما يبدو نتيجة حتمية، لضم القانون حقوق الزوجة وحقوق الزوج وجعلهما حقوقا مشتركة، دون فسح المجال للكلام عن حقوق كل واحد منهما على حدة، فالنفقة مثلا خاصة بالزوجة وحدها وضرورة إدراجها ضمن الحقوق أمر لا مفر منه، وقد يقول قائل أنه جرى تفصيلها في مواد منفصلة خاصة بها (المواد 72 من قانون الأسرة الجزائري وما يلها من نصوص)، فنجيب أن ذكر النفقة الزوجية ضمن نصوص الحقوق الزوجية أكثر من ضرورة، حتى تُقيد الزوجة وتجعل امتناعها عن حق زوجها بنشوزها سببا لإسقاط نفقتها، ومن نافلة القول أن الزوج يُقيد من خلال الحكم عليه بالنفقة أو التطليق للضرر جزاء الاخلال بالنفقة الزوجية.

أما بالنسبة للزوج فجزاء امتناعه عن إعطاء حق الزوجة في الاستمتاع، يستشف من المادة 53 فقرة 3 و5 اللتين توجبان التطليق، بسبب هجر الزوج زوجته دون مبرر لأكثر من 04 أشهر (الإيلاء)، والغيبة لأكثر من سنة.

القضاء الجزائري رغم سكوت القانون عن أسباب إسقاط النفقة بالنشوز، وبرغم تعديل المادة وحذف النشوز كسبب من مسقطاتها، إلا أنه استمر في استكمال ما سكت عنه قانون الأسرة الجزائري، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا بعد التعديل وجاء فيه: "يبقى التزام الزوج بالإنفاق على زوجته، المقيمة عند أهلها قائما، مادام لم يثبت نشوزها بحكم قضائي"⁽¹⁾، وبمفهوم المخالفة يفهم من القرار أن الزوجة التي يثبت نشوزها بحكم قضائي تسقط نفقتها.

أما في القانون المقارن نجد قانون الأسرة القطري نص على حق الاستمتاع من خلال المادة 56 منه: "الحقوق المشتركة بين الزوجين هي: 1- حل استمتاع كل منهما بالآخر على الوجه الشرعي. 2- إحصان كل منهما الآخر. 3- المساكنة الشرعية"، والملاحظ من هذه الفقرات الثلاث أنها تؤدي إلى معنى واحد هو حسن المعاشرة الزوجية وفقا لعقد الزواج الصحيح، الذي من خلاله يمكن لكل زوج الاستمتاع بالآخر وإعفافه، واختيار عبارة "المساكنة الشرعية" من قانون الأسرة القطري كان في محله، لأنه يؤدي إلى أحد معاني المساكنة وهو حل الاستمتاع بين الزوجين، وهذا كان توجه مدونة الأسرة المغربية في المادة 51 منها، التي وردت فيها الحقوق المتبادلة بين الزوجين مستهله بـ "المساكنة

(1) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 466390، 2008/11/12، م م ع، 2008، ع 2، ص 317.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

الشرعية"، ولتلافي لفظ الاستمتاع كان على قانون الأسرة الجزائري وضع لفظ المساكنة الشرعية بدل السكوت عنهما.

الفرع الثاني: المساكنة الشرعية

المساكنة الزوجية هو حق تكلمت عنه بعض القوانين المقارنة، وسكتت عنه أخرى منها قانون الأسرة الجزائري، بينما هو حق أقرته الشريعة الإسلامية، وللحديث عن المساكنة الشرعية ينبغي التعرض إلى التعريف اللغوي والاصطلاحي والقانوني لها، ثم أتناول الالتزامات المنبثقة عنها، بعدها أتطرق للمسكوت عنه في حق المساكنة مع بيان الأسباب، وموقف القضاء منها.

أولا- تعريف المساكنة

سأتناول في هذا البند تعريف المساكنة في اللغة، والاصطلاح، والقانون كالتالي:

أ- المساكنة في اللغة: هي من سكن الشيء يسكن سكونا فهو ساكن، والسكن: الأهل الذين يسكنون الدار⁽¹⁾، وهي من لفظ: "ساكن يُساكن، مُساكنةً، فهو مُساكن، والمفعول مُساكن، ساكن والدّه: أقام معه في دار واحدة"⁽²⁾، مساكنة الزوجة زوجها: الإقامة معه في بيت واحد⁽³⁾.

ب- المساكنة في الاصطلاح:

المساكنة هي صميم العلاقة الزوجية وأهم واجب تلقى مسؤوليته على الزوجين، وتكمن أهميتها في أنها صلب موضوع التعايش المشترك⁽⁴⁾، وهو ما جاء بنص الآية الكريمة في قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾⁽⁵⁾، وجاء معنى لفظ لتسكنوا: "أن كل واحد من الزوجين ناقص في نفسه مفتقر إلى الآخر، ويحصل من المجموع واحد تام له أن يلد وينسل، ولهذا النقص والافتقار يتحرك الواحد منهما إلى الآخر حتى إذا اتصل به سكن إليه، لأن كل ناقص مشتاق إلى كماله، وكل مفتقر مائل إلى ما يزيل فقره. وهذا هو الشبق المودع في كل من هذين القرينين"⁽⁶⁾، وعليه: "وبحكم دلالة أسلوبية الآية في نفس الوقت توجد ثمة سمة ينبغي توافرها عند الزوجة وهي أن تكون محل المساكنة مصداقا وتعبيرا

(1) ابن فارس، المرجع السابق، ج3، ص88.

(2) أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، (د.م)، ط1، 2008، ج2، ص1087.

(3) محمد رواس قلعي، حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، (د.م)، ط2، 1988، ص425.

(4) محمود داوود يعقوب، "واجب المساكنة"، نقلا عن الرابط التالي:

<https://maitremahmoudyacoub.blogspot.com/2017/05/blog-post.html>، تاريخ التصفح: 2020/05/02.

(5) سورة الروم، الآية21.

(6) محمد حسين الطباطبائي، الميزان في تفسير القرآن، مؤسسة الأعلى للمطبوعات، بيروت، لبنان، ط1، 1997، ج16، ص171.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

وسلوكا، بمعنى عليها أن تزيل موانع المبادرة من الزوج إليها كأن تدرك منتهى رغبتة نفساً وطبعاً ليتحول هذا الإدراك إلى فعلٍ مفهم للمساكنة ومُفعم بالمودة والرحم" (1).

حقيقة المساكنة أن يختلط الزوجان جسداً ومكاناً، وهو ما يعبر عنه بالمخالطة الجنسية إثر الزواج الصحيح، والمخالطة في الامتعة والسكن (2)، ويعود أصل الكلمة في الإنجليزية (Cohabitation) إلى أواسط القرن السادس عشر، من كلمة (cohabitare) التي تعني في اللغة اللاتينية "تجمع"، والمشتقة من كلمتين: (-co) التي تعني "معاً" و(-habitate) التي تعني «يعيش»، وأصبحت المساكنة اليوم، عادة شائعة بين الناس في العالم الغربي (3). الأمر الذي يحتم التفرقة بين نوعين من المساكنة في المفهوم الإسلامي مساكنة شرعية وأخرى غير شرعية.

ب-1- المساكنة الشرعية وغير الشرعية:

كون مصطلح المساكنة يعتبر دخيلاً على المجتمعات الإسلامية، وجب إضافة لفظ "شرعية"، حتى نربطه بضوابط الشريعة في أطر الزواج الصحيح، لأن مفهوم المساكنة عند المجتمعات الغربية يختلف عن المفهوم الإسلامي، باعتبارها في الغرب تقوم في كثير من الأحيان على علاقات غير شرعية، ولا تعبر عن الزواج بتاتا، وتفصيل ذلك فيما يلي:

ب-1-1- المساكنة الشرعية:

لا يمكن الحديث على مساكنة شرعية دون وجود عقد زواج صحيح تام الأركان والشروط، والذي على إثره يُنتج الزواج آثاره التي منها حق المساكنة الشرعية، حيث عُرِّفت أنها حق كلا الزوجين الاستمتاع بالآخر عن طريق الجماع ومقدماته، لأن من مقاصد الزواج الإعفاف والتناسل وعمارة الأرض، فالجماع واجب شرعي بقدر ما تحفظ معه العفة، ويحول دون مقارفة الحرام، بشرط توفر القدرة، وانتفاء المانع الشرعي (4)، وعرفت المساكنة الشرعية في تعريف آخر على أنها: "حق من الحقوق الزوجية المشتركة وتتفرع إلى فرعين وهي أن يكون للأسرة مسكن يجتمع فيه الزوجين، بحيث يمكنهما من الاستمتاع كل واحد بالآخر" (5)، وللمساكنة إلى جانب الاستمتاع معنى آخر هو إقامة

(1) مرتضى علي الحلبي، "ثقافة المساكنة بين الزوجين في رؤية القرآن الكريم"، مدونة كتابات في الميزان، نقلا عن الرابط التالي:

<https://www.kitabat.info/subject.php?id=62751K>، تاريخ التصفح: 2020/05/02.

(2) عمر النسفي، طلبية الطلبة، المطبعة العامرة، مكتبة المثنى ببغداد، العراق، (د.ط.)، 1311، ص 68.

(3) موسوعة ويكيبيديا، مساكنة، موقع ويكيبيديا (الموسوعة الحرة)، نقلا عن الرابط التالي:

https://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%85%D8%B3%D8%A7%D9%83%D9%86%D8%A9#cite_note-oxford-6، تاريخ التصفح:

2020/05/01.

(4) عبد الرحمن الجوزو، مسند العروس لتأسيس الأسرة الإسلامية السعيدة، مؤسسة عز الدين، بيروت، لبنان، (د.ط.)، ص 210.

(5) محمد بن معجوز، المرجع السابق، ج 1، ص 128.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

الزوجة مع زوجها في بيت الزوجية⁽¹⁾ الذي يعده هو، وهذا الأخير أشار إليه قانون الأسرة الجزائري في مشمولات النفقة المذكورة بنص المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري التي تجعل "المسكن" من مستلزمات النفقة، وهي مسألة لم يسكت عنها قانون الأسرة الجزائري لكنه لم يفصل فيها.

على اعتبار أن المساكنة من الحقوق المتبادلة والمشاركة بين الزوجين، يوجب ذلك على الزوج إعداد مسكن الزوجية، وتجهيزه والاستقرار فيه مع زوجته، والمبيت معها، مع إعطائها حقوقها الزوجية وبرضاها، إلا بوجود عذر أو مانع شرعي أو في حال التعدد (القسم بين الزوجات)⁽²⁾، ويوفّر لها الملابس، والمأكل، ولا يظلمها، ولا يتعمد الاضرار بها، وإن غاب عنها، وتضررت من غيابه عن مسكن الزوجية، لها حق طلب التطليق للهجر في المضجع لأكثر من أربعة أشهر، أو للغيبة بعد مرور سنة بلا عذر ولا نفقة⁽³⁾، وهو المنصوص عليه في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، فكما للزوج واجبات في المساكنة للزوجة كذلك واجب الانتقال إلى بيت الزوجية، الذي عيّنه الزوج مقرا للأسرة، ولا حجة لها بالامتناع عن مساكنة زوجها، إن هي قبضت صداقها كله أو معجّله كما سبق أن فصلنا بيانه، شرط أن يكون المسكن في بلدها⁽⁴⁾، والقرار في بيت الزوجية يوجب عليها عدم الخروج منه إلا بإذن الزوج أو لضرورة، وفي هذا الصدد لا يمكن لأحد من الزوجين الاشتراط في عقد الزواج عدم المساكنة مع الزوج الآخر، فهو شرط باطل، لكن لا يفسد عقد الزواج، فيصح العقد ويبطل الشرط، ويمكن لهما الاتفاق على محل السكنى، لكن ليس لهما الاتفاق على عدم المساكنة⁽⁵⁾.

وللمساكنة وجه آخر شرعي، فبتحققها تستحق الزوجة النفقة، نتيجة ركونها والتزامها بمساكنة زوجها ومعاشرته من خلال إعطائه كامل حقوقه، وإن هي رفضت مساكنته سواء بعدم تمكينه من نفسها أو خروجها من بيت الزوجية دون عذر أو سبب وجيه، تسقط نفقتها وتعد ناشزا. وما يلزم على الزوجين فهمه وتطبيقه أن المساكنة بينهما هي ثقافة بناء حياة آمنة، بحيث يمكن لسفينة الزوجية أن تستقر وتبحر في هدوء وسلام⁽⁶⁾.

(1) مسكن الزوجية أو بيت الطاعة هو: "محل منفرد معين مختص بالزوجة، لا يشاركها أحد في سكناه من أهل الزوج المميزين، وله غلق يخصه ومرافق سواء كانت في البيت أو في الدار، على ألا يشاركها فيها أحد إلا برضاها"، للمزيد حول مسكن الزوجية انظر، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، الكويت، ط2، 1404، ج8، ص235. ويجب على الزوج أن يهيئه على حسب قدرته المالية، وهو حق من حقوق الزوجة على الزوج". محمد بن معجوز، المرجع السابق، ج1، ص129.

(2) محمد بن معجوز، نفس المرجع والصفحة.

(3) حتى لو فرضنا أنه غاب عنها مدة سنة مع إنفاقه عنها، فلها الحق أن ترفع ضده دعوة للضرر، لأن الضرر لا يعتبر فقط في عدم الانفاق عليها بل يتعداه إلى أضرار أخرى، منها أن غيابه عن فراش الزوجية يعتبر ضررا بالنسبة للزوجة.

(4) أما إن كان المسكن خارج بلدها اشترط الفقهاء شروطا منها: أن يكون السفر والبيت مأمونا- وأن يكون الزوج مأمونا حتى لا يضر بها وهي بعيدة عن بلدها. راجع محمد بن معجوز، المرجع السابق، ج1، ص129.

(5) محمود داوود يعقوب، المرجع السابق.

(6) مرتضى علي الحلبي، المرجع السابق.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

ب-1-2- المساكنة غير الشرعية: وهي من منظور علم النفس الاجتماعي: "عبارة عن رجل وامرأة يعيشان مع بعضهما البعض خارج إطار الزواج، ويعيشان كزوجين في معيشتهم ديمومة ولكنها خارج الالتزامات والحدود"⁽¹⁾، وحسب مفهوم آخر هي: "عقد شفهي بين ذكر وأنثى عازبين يلتزمان فيه بالعيش المشترك تحت سقف واحد ويبيحان لنفسهما التمتع أحدهما بالآخر أحياناً، ويتشاركان في الوجوه الأخرى للحياة العامة بصيغ مختلفة ومتعددة بعيدة عن الضغوط العائلية والعادات الاجتماعية، وهي لا تعني بالضرورة القيام بعلاقة جنسية كاملة مع الطرف الآخر، ولا تعني السكن الدائم مع الشريك، فقد تكون هناك صداقات حقيقية ليس لها صلة بالجنس، فيتعامل الطرفان على أنهم شركاء في السكن وكأنهم من الجنس نفسه"⁽²⁾، ويفهم من خلال التعريفين السابقين أن المساكنة وحدها دون لفظ "الشرعية"، هي مساكنة للعيش تحت سقف واحد، لرجل وامرأة دون وجود زواج أو عقد شرعي يحلها لبعض⁽³⁾، وقد تكون هذه المساكنة بين جنسين مختلفين (رجل وامرأة)، أو بين شخصين من نفس الجنس، والذي يسمى الزواج المثلي، وهو محرّم شرعاً.

لكن وجب التنبيه أن المساكنة ليست على إطلاقها عند الغرب دون زواج، ففي الديانة المسيحية حق المساكنة موجود مع عقد الزواج، وكذا في الشريعة اليهودية⁽⁴⁾، ويلزمون الأزواج بهذا الحق المشترك، الذي يتولد عنه حق المخالطة الجسدية، التي من خلالها يمكن كل من الزوجين جسده للآخر.

المساكنة غير الشرعية قد يكون فيها عقد⁽⁵⁾، لكن هذا العقد تختلف الآثار المترتبة عنه مقارنة بالآثار المترتبة عن الزواج الشرعي، بالإضافة إلى ذلك فالمساكنة في الدول التي تعترف بها، تحوي شروطاً منها الأهلية، ففي كثير من قوانين الدول الغربية التي تسمح بالمساكنة غير الشرعية، وفي

(1) هناء الحمراي، "المساكنة كارثة جديدة بعد الزواج العرفي"، شبكة الألوكة، نقلا عن الرابط التالي:

<https://www.alukah.net/social/0/65178/#ixzz6L36ihlx>. تاريخ التصفح: 2020/04/30.

(2) نور عويس، المساكنة في القانون السوري، موقع مساواة، نقلا عن الرابط التالي: <http://musawasyr.org/?p=10028>. تاريخ التصفح: 2020/04/30.

(3) منذ السبعينيات، أدى ارتفاع المساكنة إلى تغيير كبير في الطريقة التي شكل بها الأمريكيون العائلات. وبحلول عام 1995، أصبح التعايش شائعاً: 45٪ من النساء اللواتي تتراوح أعمارهن بين 19 و44 عاماً قد عشن مع شريك غير متزوج. انظر

Sheela Kennedy, and Larry Bumpass, Cohabitation and children's living arrangements: New estimates from the United States, DEMOGRAPHIC RESEARCH, VOLUME 19, ARTICLE 47, PAGES 1663-1692, 19 SEPTEMBER 2008.

(4) تنص مجموعة الأقباط الأرثوذكس على أنه: "يجب على المرأة أن تسكن مع زوجها وأن تتبعه أينما سار لتقييم معه في محل لائق يختاره لإقامته" انجيل متى، الاصحاح 19، الآيات 4-6. وتتجه نصوص الشريعة اليهودية إلى ذلك: 'للزوجة الحق في طلب مسكن شرعي بما يلزمه من الأثاث بقدر حالة الرجل' المواد 106، 122، 107، من مجموعة ابن شمعون شعار الخضر، ص 112-115. انظر محمد حسين منصور، قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين في مصر ولبنان، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، (د.ط)، 1995، ص ص 253-254.

(5) هناك مساكنة غير شرعية دون عقد، يتفق فيها شخصين بالإقامة مع بعضهما دون أن يعلم غيرهما، وهي كثيرة الانتشار في الدول التي لا تسمح بالمساكنة غير الشرعية بجميع صورها، وكذلك حتى في الدول التي تسمح بالمساكنة غير الشرعية لكنها تلزم عقداً بين الطرفين يبيح لهما فعل كل شيء دون زواج.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

غياب التوثيق يمكن أن يثبت عقد المساكنة أمام القضاء، وفيه يمكن للطرفين الاتفاق على ما يريدان من التزامات وآثار، وتدوينها في العقد فتصبح ملزمة لهما، ومثال ذلك كاتفاق الطرفين على المساكنة مع بعضهما مدة محدودة، دون المخالطة الجسدية بينهما (مساكنة دون جنس)، أو يتفقا على الدفع المشترك للثمن المستحق لبدل إيجار البيت، أو تعهد أحدهما بتأمين نفقات المعيشة أو يشتركا في ذلك⁽¹⁾.

بالرغم من محاولة العالم الغربي التأثير على الدول الإسلامية، بالمساس لكل ما يمت بصلة للدين والأخلاق ومنظومة القيم والعادات الصحيحة، ومحاربة كل ما يحيي المجتمع الإسلامي من الانحلال والفساد، بإعطاء صورة ممتازة عن المساكنة دون زواج، وترسيخها كحل بديل عن الزواج المثقل بالالتزامات حسيم، إلا أنه ظهرت العديد من الدراسات الغربية، منها دراسة أمريكية توصل فيها باحثان إلى أن المساكنة قبل الزواج تعزز من فرص الطلاق بعده، وخلصا في نهاية دراستهما بعد إجراء مسح على شريحة كبيرة من المتزوجين، إلى أن المساكنة بعد الزواج من الأسباب القوية والمؤدية لاستقرار الأسرة واستدامة الزواج⁽²⁾.

ج- المساكنة في القانون:

لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري للمساكنة الشرعية ولم يذكرها، بالرغم من أن قوانين أخرى ذكرتها صراحة، منها مدونة الأسرة المغربية الذي ذكرها في المادة 51 فقرة 01 من مدونة الأسرة المغربية ونصت على: "الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين: 1- المساكنة الشرعية بما تستوجبه من معاشرة زوجية، وعدل وتسوية عند التعدد..."، وقانون الأحوال الشخصية الإماراتي في المادة 54

(1) عبدالله علي، "التكييف القانوني لمسألة المساكنة"، موقع الجمل، نقلا عن الرابط التالي: <http://www.aljaml.com>، تاريخ التصفح: 2020/05/05.

(2) أجريت هذه الدراسة على 1050 شخصا متزوجا بين رجال ونساء، وأجري مسحًا هاتفياً موجزاً بشأن تاريخ المعاشرة والعديد من جوانب زيجاتهم، واقتصرت الفئة العمرية للمشاركين من 18 إلى 34 سنة، وفترة زواجهم تقل عن 10 سنوات (معنى ذلك أن العينة تشمل فقط الأفراد الذين تزوجوا بين عامي 1996 و 2007)، فاكتشفوا أن أغلبية المشاركين (91.8٪) لم يحصل طلاق بينهم، أما فيما يتعلق بالمساكنة أفاد 40.5٪ أنهم لم يعيشوا مع بعض قبل الزواج، و 16.4٪ عاشوا في مسكن واحد بعد الخطوبة، و 43.1٪ تساكنا قبل الارتباط القانوني (الخطوبة)، وبعد البحث وجدوا أن 18.7٪ من الأزواج الذين عاشوا معاً قبل الزواج (مساكنة)، تحدثوا بشكل صريح واقترحوا الطلاق كحل، بالمقارنة مع الذين لم يتساکنا إلا بعد الزواج التي كانت نسبتهم 10.2٪ فقط، و أما الذين تساكنا بعد الخطوبة كانت نسبتهم 12.3٪. انظر

Rhoades, Galena K et al. "The pre-engagement cohabitation effect: a replication and extension of previous findings." *Journal of family psychology* : JFP : journal of the Division of Family Psychology of the American Psychological Association (Division 43) vol. 23,1 (2009): 107-11. doi:10.1037/a0014358.

وفي دراسة أخرى أُقَدِّم من التي تقدمت، توصل فيها باحثان إلى أن المساكنة قبل الزواج، وما تحويه من ممارسات تؤدي إلى التأثير على عقيدة الشخص الدينية ويصبح أقل تدينا. انظر

Axinn, W.G., Thornton, A. The relationship between cohabitation and divorce: Selectivity or causal influence?. *Demography* 29, 357–374 (1992). doi.org:10.2307/2061823.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

الفقرة الثانية حيث نصت على: "الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين: ...2- المساكنة الشرعية..."، وعلى نهجه سار قانون الأسرة القطري⁽¹⁾.

قانون الأحوال الشخصية السوري تطرق في حقوق الزوجين إلى مسكن الزوجية وشروطه، حيث نصت المادة 65 منه: "على الزوج إسكان زوجته في مسكن أمثاله"⁽²⁾، وبالتالي فالمسكن الصالح هو الذي يؤمن لها راحتها، ويتوافر على المرافق الشرعية، وأن يكون مما يسكن فيه أمثاله، سواء كان بيتا مستقلا، أو غرفة من بيت إذا كان لها قفل خاص ومرافق خاصة⁽³⁾.

ثانيا- المسكوت عنه في المساكنة الشرعية:

سكت قانون الأسرة الجزائري عن حق المساكنة الشرعية في قانون الأسرة، ولعل البعض يفسر سكوته عن المساكنة، ما قصده من خلال المادة 78 التي تكلم فيها عن المسكن كفرع من مشمولات النفقة، وهذا على ما يبدو استنتاج خاطئ، لأن المساكنة بين الزوجين ليست فقط مقتصرة في المسكن، بل تتعدى ذلك إلى الاشتراك في حياة واحدة تحت سقف واحد، وما ينتج عن ذلك من معايشة ومخالطة جسدية بينهما، والمساكنة أو المعيشة المشتركة تعتبر النتيجة الطبيعية المباشرة للزواج، وعليه كان على قانون الأسرة الجزائري تخصيص فقرة في الحقوق المشتركة بين الزوجين، يؤكد فيها وجود حق المساكنة الشرعية كجزء من الحقوق بين الزوجين، فهذا المسلك يكون قانون الأسرة قد أوجد حولا لمشكل لم يذكره في حقوق الزوجين وهو النشوز⁽⁴⁾، والمذكور بنص المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري⁽⁵⁾، فهذا النشوز لم يضع له القانون تعريفا ولم يبين فحواه، إنما استشف من خلال التطبيق القضائي المتمثل في مغادرة أحد الزوجين بيت الزوجية وحرمان الآخر من حقوقه، منها حق الاستمتاع الشرعي، وهي نتيجة مباشرة للإخلال بحق المساكنة الشرعية المغيب ذكره ضمن الحقوق المشتركة؛ لأن النص الصريح على حق المساكنة بين الزوجين لا يمنحهما فرصة للتعدي على هذا الحق، فهو منهج وقاية ووسيلة ناجعة، تجنّبهما الوقوف في أروقة المحاكم تنفيذا لحكم الرجوع إلى بيت الزوجية على الزوجة أو الزوج، ونتيجته لا محالة الحكم بالطلاق أو التطلق عند رفض الرجوع، والأمثلة كثيرة عالجتها المحكمة العليا من خلال العديد من قراراتها المتضمنة قضايا النشوز بين الزوجين⁽⁶⁾.

(1) انظر المادة 54 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، والمادة 56 من قانون الأسرة القطري .

(2) قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق.

(3) مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص 199.

(4) سأطرق للنشوز من خلال المبحث الثاني من هذا الفصل، والمتعلق بالنفقة الزوجية كأثر من آثار الزواج والنشوز كمسقط من مسقطات النفقة.

(5) تنص المادة 55 من قانون الأسرة المعدل: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر".

(6) المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 189226، 1998/04/21، م ق، 2001، عدد خاص، ص144. المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 1307506، 2019/09/04، م م ع، 2019، ع2، ص98.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

يقول الأستاذ العربي بلحاج في هذا المقام: "الزوجة الناشزة عن طاعة زوجها بغير حق شرعي لا نفقة لها مدة نشوزها(...). كالتى تترك دار الزوجية بلا مسوغ شرعي، أو تخرج من البيت الزوجي بدون إذن زوجها وبغير حق، أو لا تطيع زوجها بالأمر التي أوجب الشارع عليها طاعته فيها، أو امتنعت عن الانتقال الى بيت الزوج بدون سبب شرعي، أو منعت من الدخول الى البيت الزوجي الذي يقيمان فيه معا (...). فإنه يجوز للزوج في مثل هذه الحالات طلب الطلاق على أساس النشوز انطلاقاً من المادة 55 من ق.أ، طالما ان الزوجة مستمرة في نشوزها واستحالت الحياة الزوجية المشتركة. وعلى المحكمة أن تكلف الزوج إثبات النشوز، فإن صح هذا فهو مانع من إلزامه النفقة لها، وسبب من أسباب الطلاق، ولا يثبت النشوز إلا بوجود مسكن شرعي رفضت الزوجة الانتقال إليه"⁽¹⁾.

أما في القانون المقارن، وبالضبط في قانون الأحوال الشخصية السوري بعد تعديله بالقانون 04 لعام 2019 المؤرخ في 2019/02/07 وضع حلولاً لمشكل الاخلال بالمساكنة، والتي عبّر عنها بمنع الزوجة نفسها من زوجها أو الامتناع عن الانتقال إلى مسكن الزوجية وغيرها من الأسباب، وجعلها من مسقطات النفقة، وهو ما نصت عليه المادة 73: "يسقط حق الزوجة في النفقة عند عدم وجود المسوغ الشرعي في الأحوال الآتية: 1/ إذا منعت نفسها من الزوج. 2/ إذا امتنعت عن الانتقال إلى بيت الزوجية. 3/ إذا تركت بيت الزوجية. 4/ إذا منعت الزوج من الدخول إلى بيت الزوجية...". لكن المشرع السوري بعد التعديل الأخير لقانون الأحوال الشخصية بالقانون 20 لعام 2019 المؤرخ في 2019/06/27 ألقى الفقرات سابقة الذكر واختصرها في فقرة واحدة، حيث نصت المادة 73 على: "تسقط النفقة الزوجية في إحدى الحالتين: 1- إذا امتنعت عن الإقامة مع زوجها في مسكن الزوجية دون عذر شرعي...". حيث يلاحظ أن جل الفقرات التي تنص على أسباب سقوط النفقة ألغيت، منها منع الزوجة نفسها عن الزوج، أو امتناعها عن الانتقال لبيت الزوجية أو تركه أو منع الزوج من دخوله، واستبدلت بسبب واحد وهو امتناعها عن الإقامة مع زوجها في مسكن الزوجية دون عذر شرعي.

أما المادة 72 من قانون الأحوال الشخصية السوري المعدل استثنت سقوط النفقة عن الزوجة، حين منع نفسها من الزوج إذا لم تقبض معجل مهرها أو لم يبرئ لها المسكن الشرعي⁽²⁾.

سكت قانون الأسرة الجزائري عن حالة أخرى، تتمثل في إخراج أحد الزوجين الآخر بطرده خارج بيت الزوجية دون مبرر، وهي حالة اجتماعية وارد حدوثها في الواقع المعيش، رغم أن حالات إخراج الزوجة هي الأكثر شيوعاً في المجتمع، وفي ظل هذا الفراغ التشريعي، ما الذي يمكن للزوجة فعله حال طردها إذا كان لا حول لها ولا قوة كأن تكون يتيمة الأبوين فلا أهل لها ولا أقارب تلجأ إليهم، فهل تبقى بلا مأوى؟ ففي ظل السكوت التشريعي وعلى اعتبار أنها وضعت شكواها أمام العدالة فهل تنصفها

(1) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط5، المرجع السابق، ج1، ص ص 309-310.

(2) قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

هذه الأخيرة؟ والأكد أنه لو كان النص القانوني موجودا لأعطى كافة الحلول للزوجين معا من أجل إرجاع الزوج المطرود⁽¹⁾، وقد تطرقت مدونة الأسرة المغربية لهذا الاشكال، بالرغم من بعض الملاحظات التي قدمها الباحثون المغاربة حول النص القانوني المعالج لمسألة الزوج المطرود، لكنه يعتبر حلا لمشكلة طرد أحد الزوجين الآخر من بيت الزوجية، حيث نصت المادة 53 من المدونة المغربية على: "إذا قام أحد الزوجين بإخراج الآخر من بيت الزوجية دون مبرر، تدخلت النيابة العامة من أجل إرجاع المطرود إلى بيت الزوجية حالا، مع اتخاذ الإجراءات الكفيلة بأمنه وحمايته"⁽²⁾، وأعطى المشرع المغربي كل الصلاحيات للنيابة العامة بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه في إطار أعمالها الولائية الحمائية التي أسندت لها، رغم ما يحيط بعملية الإرجاع من خطورة حال إرجاع الزوجة لزوج قد يتربص بها، الأمر الذي يجعل من النيابة العامة تتخذ كافة الضمانات لحماية الزوجة من بطش زوجها حال مغادرتهم مسكن الزوجية بعد إرجاعها⁽³⁾، ومن أجل إضفاء الجانب الجزري على قواعد المدونة، أصبح الطرد من بيت الزوجية جريمة يعاقب عليها القانون، فقد قام المشرع المغربي بتعديل القانون الجنائي بإضافة فصل وهو الفصل 1-480 الذي ينص على: "يعاقب بالحبس من شهر واحد إلى ثلاثة أشهر وغرامة من 2.000 إلى 5.000 درهم، عن الطرد من بيت الزوجية أو الامتناع عن إرجاع الزوج المطرود من بيت الزوجية، وفقا لما هو منصوص عليه في المادة 53 من مدونة الأسرة، وتضاعف العقوبة في حالة العود"⁽⁴⁾، وأسباب إضافة هذا الفصل كانت نتيجة صدور قانون محاربة العنف ضد النساء لأنهن الأكثر تضررا في الطرد من بيت الزوجية من الرجال⁽⁵⁾.

- سبب السكوت عن المساكنة الشرعية:

يرجع سبب سكوت قانون الأسرة الجزائري عن المساكنة الشرعية بعدم تضمينها في الحقوق المشتركة بين الزوجين، إلى ابتعاده عن كل لفظ يوحي بالاستمتاع الجنسي الذي هو موضوع عقد الزواج، وبالمقابل لفظ "المساكنة" الشرعية يُعني عن ذكر الاستمتاع كحق من الحقوق المشتركة، فيعطي بعدا آخر للحياة الزوجية كونها سكنا للزوجين من ناحيتين وهما: حل الاستمتاع وتوفير سكن الزوجين معا، وقد يفهم كذلك أن سبب سكوت القانون هو ذكره للمسكن من ضمن مشمولات

(1) كريم آيت بلا، "دور النيابة العامة في حماية الزوجة على ضوء مقتضيات المادة 53 من مدونة الأسرة"، مجلة قانونك الإلكترونية، نقلا عن الرابط التالي: <http://9anonak.blogspot.com>، تاريخ التصفح: 2020/05/08.

(2) مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

(3) محمد الكشور، المرجع السابق، ج1، ص 481.

(4) ظهير شريف رقم 1.59.413 صادر في 28 جمادى الثانية 1382 (26 نوفمبر 1962) بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي، وأضيف الفصل 1-480 بموجب ظهير شريف رقم 1.18.19 صادر في 5 جمادى الآخرة 1439 (22 فبراير 2018) بتنفيذ القانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء، الجريدة الرسمية عدد 6655 بتاريخ 23 جمادى الآخرة 1439 (12 مارس 2018).

(5) للمزيد أنظر، محمد الزمات، "إشكاليات ومستجدات الطرد من بيت الزوجية"، مجلة منازعات الأعمال، ع36، المغرب، نوفمبر 2018، ص113 وما يليها.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

النفقة دلالة على المساكنة، وهو استنتاج بعيد كما سبق وأسلفت، قد يعبر عن جزء وحيد من فرعي المساكنة المذكورين سابقا وهو وجود الزوجين في مسكن واحد، بيد أن هذا لا يعبر عن الاستمتاع بين الزوجين.

قانون الأسرة الجزائري عند ذكره للنشوز في نص المادة 55، لم يبيّن على أي حق استند في تحديده للنشوز⁽¹⁾ وعقوبته؟ هل على حق مشترك بين الزوجين أم على حقوق كل واحد منهما على حدة؟ والاجابة تكون أن المادة 55 الخاصة بالنشوز مبنية على نصوص ملغاة، فحقوق الزوج وحقوق الزوجة المذكورة في المواد 37-38-39 أُلغيت بالأمر 02/05 المعدل لقانون الأسرة الجزائري 11/84، وبعد التعديل ظهرت المادة 36 الجديدة المتضمنة للحقوق المشتركة بين الزوجين، حيث أنها لم تكن كافية للتعبير على المساكنة الشرعية بين الزوجين، وبالتالي فالنشوز لم يعد له أي معنى يذكر فلم يُن لا على حق كل زوج على حدة ولا على حق مشترك بينهما، وعليه فالمشعر الجزائري مطالب بإضافة لفظ "المساكنة الشرعية" في الحقوق الزوجية المشتركة في التعديلات القادمة، لأن المساكنة تعتبر من الواجبات ذات الأهمية المتبادلة بين الزوجين، وحق جوهرى يكتسي أولوية تجعل من وجوده، ذو وزن لممارسة باقي الحقوق والواجبات⁽²⁾.

من وجهة نظر أخرى يعتبر السكوت عن المساكنة غير مبرر، في ظل انتشار الكثير من الزوجات المستحدثة في هذا العصر التي قد لا تتحقق فيها المساكنة، فقد يكون زواجا شرعيا بلا مساكنة، أو زواج غير شرعي مع مساكنة⁽³⁾، الأمر الذي يجعل من تجاهل المساكنة وتجنب ذكرها، يفتح مجالا للتقريب والتأويل. هناك

فلو افترضنا أن الفقرة الأولى من المادة 36 تضمنت المساكنة التي تنص: "المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة"، فهذا الافتراض خاطئ يجعل مجرد تأويلها يطرح العديد من التساؤلات مقارنة بقوانين أخرى⁽⁴⁾، حيث الناظر للفقرة يجدها جاءت عامة ومطاطة، تُؤل إلى أكثر

(1) ذهب فقهاء القانون إلى أن النشوز له معنى واسع، فهو إخلال الزوجة بالتزاماتها الزوجية ولو بقيت مساكنة لزوجها، فهي حينئذ المرأة خارجة عن طاعة زوجها دون مسوغ شرعي، لكن هنالك مفهوم آخر أكثر تطبيقا على المستوى القضائي، وهو المعنى الضيق للنشوز، الذي يعرف على أنه إخلال الزوجة بواجب المساكنة فقط. انظر ساسي بن حليمة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 98.

(2) محمود داوود يعقوب، المرجع السابق.

(3) الزواج بلا مساكنة يتمثل في الزوجات المستحدثة، والتي منها زواج المسيار وهو زواج صحيح تام الأركان، تتنازل فيه الزوجة عن المسكن والنفقة، وتلتقي مع الزوج للمعاشرة، ثم يذهب كل لحاله، أما المساكنة بلا زواج، فهي المساكنة غير الشرعية المنتشرة في الدول الغربية كالمخادنة والصدّاق. للمزيد انظر محمود داوود يعقوب، نفس المرجع.

(4) مقارنة بالمشعر الفرنسي عند ذكره الالتزام بالحياة المشتركة، أعقها مباشرة بالكلام عن مسكن الزوجية وهو ما نص عنه في الفقرة الأولى والثانية من المادة 215 من القانون المدني الفرنسي :

"Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie. La Résidence de la famille est au lieu qu'ils choisissent d'un commun accord". L'ordonnance, n° 2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

من معنى، ولا تؤدي إلى معنى المساكنة، وبالتالي فإن مجرد "مفهوم الزواج" يوجب المساكنة الشرعية، يصبح مفهوما تقليديا يحتاج إلى تبيان وتوضيح، الأمر الذي جعل بعض تشريعات الأسرة المقارنة، تؤسس نصوصا تذكر من خلالها المساكنة صراحة، في قواعدها القانونية المنظمة للحقوق المشتركة بين الزوجين⁽¹⁾.

د- المساكنة الشرعية في القضاء:

رغم سكوت قانون الأسرة الجزائري عن المساكنة الشرعية في القانون، إلا أنه بتفحص قرارات المحكمة العليا نجد أنها اختلفت، فقرارات ذكرت المساكنة الشرعية صراحة، وأخرى عبّرت عنها ببيت الزوجية، وفي قرارات أخرى اعتبرتها نشوزا دون الإشارة إليها كإخلال بالمساكنة، واستندت جل هذه القرارات على المادة 55 المتعلقة بالطلاق للنشوز و المادة 78 المتعلقة بالسكن وأجرته، ولم تستند هذه القرارات على المواد المنظمة لحقوق الزوجين، وعليه فغياب حق المساكنة من نصوص قانون الأسرة، انعكس على قرارات المحكمة العليا إلا في بعض قرارات -حسب اطلاعي- عكس مجلة الأحوال الشخصية التونسية التي لم تذكر واجب المساكنة، إلا أنه ذكرت صراحة في قرارات محكمة التعقيب التونسية⁽²⁾.

سأتناول بعض قرارات المحكمة العليا التي تضمنت المساكنة باختلافها، فالقرار الأول هو الذي ورد فيه لفظ المساكنة بشكل صريح حيث جاء فيه: "لقد أصاب القضاة وجه الحق إذ اعتبروا أن استئناف الطرفين حياتهما المشتركة بعد انفصال ثابت بمحرر من محررات "القاضي" بمثابة زواج جديد صحيح. إن هذه المساكنة التي لا يمكن وصفها بأنها معاشرة غير شرعية قد أعقبت زواجا صحيحا وإن كانت قد فصمت عراه إلا أنه تولد عنه حق الزوج في الرجعة وفقا للشريعة الإسلامية

la preuve des obligations : entrée en vigueur le 1 octobre 2016 sauf les alinéas 3 et 4 de l'article 1123 et ceux des articles 1158 ET 1183, J.O. 11 février 2016.

في الفقرة الأولى: "... يلتزم الزوجان بالحياة المشتركة " أما في الفقرة التي بعدها مباشرة تكلم عن مسكن الزوجية: حيث نصت على: " محل إقامة الأسرة في المكان الذي يختارونه بالاتفاق المتبادل، وبالتالي يعرف المسكن العائلي على أنه : هو المكان الذي يختاره الزوجان للعيش ولتأسيس حياتهما الزوجية، والنقطة المهمة لمعرفة سكن الأسرة هي إرادة الزوجين، معناه أن المكان الذي يقع فيه سكن الأسرة يتم اختياره بالضرورة من قبل الزوجين، ولحماية مسكن الزوجية، وحتى عندما يكون الزوجان مالكين للعديد من الممتلكات غير المنقولة، فإنهما لا يملكان سوى منزل عائلي واحد (المادة 215 من القانون المدني) - الذي يستبعد المنازل الأخرى، التي لن تستفيد من خطة الحماية . انظر

La Protection du domicile conjugal, site avocats et partenaires. Disponible sur le site :

<https://www.avocatsetpartenaires.fr/actualite-juridique/277-la-protection-du-domicile-conjugual.html> . Date de

navigation : 08/05/2020.

(1) محمود داوود يعقوب، المرجع السابق.

(2) ساسي بن حليلة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص98.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

والعادات بل أن الطرفين أقرأ أمام القاضي المقرر بصحة زواجهما وشرعية الابن الذي ولد عنه...⁽¹⁾، ويستنتج من هذا القرار، أن قضاة المحكمة العليا أقروا بالمساكنة الشرعية ووصفوها بأنها معاشرة زوجية، مما يمثل معنى من المعاني الحقيقية للمساكنة التي سبق ذكرها.

أما القرارات التي عبّرت عن المساكنة الشرعية ببيت الزوجية، فقد قضت المحكمة العليا في قرار أن امتناع الزوجة عن مساكنة الزوج لا يمكن اعتباره نشوزا، حيث جاء فيه: "حيث أن الامتناع عن مساكنة أقارب الزوج وذويه لا يعتبر نشوزا من طرف الطاعنة..."⁽²⁾، يستنتج من خلال هذا القرار أنه عبّر عن المساكنة بوجهها الآخر، وهو انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية ومساكنة الزوج، وهو نفس الحكم الذي تضمنه قرار آخر الذي قضت فيه المحكمة العليا على أن مقر الزوجية هو بيت الزوج وعلى الزوجة الالتحاق به، ومما جاء فيه: "متى كان من المقرر شرعا -وعلى المذهب المالكي جرى به قضاء المجلس الأعلى- أن الشريعة الإسلامية تفرض على الزوجة الالتحاق بمنزل زوجها فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لقاعدة مقررة شرعا. وإذا كان من الثابت شرعا أن المحل الزوجي هو منزل الزوج وليس منزل الزوجة، فإن قضاة الاستئناف بقضائهم عكس ذلك خرقوا قاعدة مقررة شرعا وعملا، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على مخالفة أحكام هذا المبدأ"⁽³⁾.

أما القرارات التي اعتبرت الاخلال بحق المساكنة نشوزا دون الإشارة الصريحة إليه، وذلك بمجرد مغادرة الزوجة بيت الزوجية دون سبب وجيه، لكن حبذا لو سبّب القضاة أحكامهم بمسألة الاخلال بحق المساكنة الشرعية، واعتبروا ذلك مظهرا من مظاهر النشوز⁽⁴⁾.

يمكن القول أن أكثر القرارات التي جاءت معالجة للنشوز، تضمنت الرجوع إلى بيت الزوجية استنادا للنص القانوني المتعلق بالنشوز (المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري)، وليس بالرجوع للنص المتعلق بالحقوق المشتركة بين الزوجين، ولو كانت الحقوق المشتركة بين الزوجين متضمنة "للمساكنة الشرعية" كما ذكرت آنفا، لكان من السهولة بمكان جعلها مرجعا لتكليف وتحقيق قضايا الرجوع لبيت الزوجية، ولكانت إجراءات فرض الرجوع بين الزوجين أسهل من أن يوقع التطلق للضرر مع التعويض بمجرد رفض رجوع الزوج، أو الطلاق للضرر مع التعويض في حال رفض الزوجة الرجوع،

(1) المحكمة العليا، غ أش، ملف (دون رقم)، 1968/11/27، ن ق، 1969، ع5، ص64. انظر جمال سايس، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي الجزائري، منشورات كليك، الجزائر، ط1، 2014، ج1، ص52.

(2) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 251682، 2000/11/21، م ق، 2001، ع1، ص290.

(3) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 32653، 1984/04/02، م ق، 1989، ع2، ص59.

(4) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 39941، 1986/02/24، (غير منشور)، نقلا عن العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966-2010، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية، ط4، 2012، ص281.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

باستثناء وجود أسباب تعفي أحد الزوجين من وصفه ناشزا حال ثبوت الضرر، وهذا ما استقر عليه العمل القضائي الجزائري، ومثال ذلك عدم اعتبار الزوجة ناشزا وامتناعها عن الرجوع لبيت الزوجية بسبب الضرر الذي لحقها من الزوج الذي رفع دعوى قضائية سابقة، متمهما فيها زوجته بالمرض العقلي ثم تراجع عن الدعوى، بعدها رفع ضدها دعوى رجوع لبيت الزوجية، فقررت المحكمة العليا أن اعتبار امتناع الزوجة عن الرجوع لبيت الزوجية له ما يبرره وهو اهانتها وبالتالي لا يعد موقفها هذا نشوزاً⁽¹⁾، كذلك اعتبر قضاء المحكمة العليا أن عدم توفير مسكن مستقل عن الأهل أو مستقل في المضجع ومؤث وبه كافة وسائل العيش، هو سبب كاف ينفي عن الزوجة حالة النشوز، حيث جاء في القرار : "لا يعد نشوز، امتناع الزوجة عن الرجوع، في حالة عدم توفير الزوج المسكن المستقل، المحكوم به قضاء"⁽²⁾.

أما حال نشوز الزوج وهي حالة تطرقت لها المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري، والتي فسرت من خلال قرارات المحكمة العليا وما استقر عليه اجتهادها، أن نشوز الزوج يُثبت بناء على عدم توفيره سكن منفرد للزوجة، ومما جاء في أحد القرارات : "من المقرر قانوناً أنه عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر ومتى تبين في القضية الحال أن الطاعن ثبت نشوزه بامتناعه عن توفير السكن المنفرد المحكوم به للزوجة وتعويضها، طبقوا صحيح القانون"⁽³⁾.

بالرجوع للقانون المقارن، فقد أشرت سابقاً لمسألة عدم ذكر مجلة الأحوال الشخصية التونسية للمساكنة الشرعية ضمن قواعدها، إلا أن فقه القضاء التونسي عرّفها، فقد أكدت محكمة التعقيب التونسية في معظم قراراتها المتعلقة بالمساكنة أنها من الواجبات الزوجية، حيث جاء في أحدها : "وحيث أنه من المسلم به أن المساكنة هي من أهم واجبات الزوجية وتمثل الغرض الأصلي و الأساسي من عقد الزواج وتشكل بالتالي المصدر الذي ينطلق منه ما يصبح يتبادل الطرفان من حقوق وواجبات"⁽⁴⁾، وفي قرار آخر : "لئن تعد المساكنة من أوكد الواجبات الزوجية باعتبارها الغرض الأساسي لعقد الزواج وقد استقر فقه القضاء في هذا المجال على ما جرت عليه العادة والعرف من وجوب مساكنة الزوجة لزوجها بمحل الزوجية الذي يوفر لها باعتبارها رئيس العائلة إلا أن ذلك الواجب المحمول على الزوجة لا يمثل حائلاً أمامها ومانعاً في التصدي له وترك المجال للزوج في التصرف فيه بحسب الحاجة والدافع"، ففي هذا القرار كذلك تعرّض الفقه القضائي التونسي

(1) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 189324، 1998/05/19، م ق، 2001، عدد خاص، ص 147.

(2) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 653323، 2011/11/10، م م ع، 2012، ع 2، ص 234.

(3) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 189226، 1998/04/21، م ق، 2001، عدد خاص، ص 144.

(4) القرار التعقيبي المدني، عدد 1165، مؤرخ في 1978/05/09، نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني لسنة 1978، ص 251. نقلاً عن ساسي بن حليلة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 98.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

للمساكنة بين الزوجين معرّفا إياها، مكرّسا كذلك وجوب البحث والتقصي وراء نوايا الزوج وتعبّسه، فقد تكون أسبابا تنتفي معها مسؤولية الزوجة في الإخلال بالمساكنة⁽¹⁾.

أما في القضاء المغربي فقد جاءت العديد من القرارات متطرفة للمساكنة الشرعية، سواء على مستوى المحاكم أو على مستوى قضاء محكمة النقض، فعلى مستوى المحاكم، عالج حُكم على مستوى المحكمة الابتدائية بالناظور مسألة المساكنة الشرعية، والذي جاء في حيثياته: "وحيث أن المعلوم شرعا وقانونا أن أهم التزام من الالتزامات التي تقع على الزوجين هو المساكنة الشرعية والمعاشرة بالمعروف والاحترام المتبادل والمودة والرحمة والرعاية والاهتمام بشؤون البيت وهو ما يقتضي تواجدهما معا ببيت الزوجية"⁽²⁾، وفحوى الحكم أن الزوج رفع دعوى رجوع لبيت الزوجية من أجل الحكم برجوع الزوجة التي ثبت للمحكمة تواجدها خارج بيت الزوجية، أما على مستوى قضاء النقض فقد جاء في أحد قراراته ما فحواه: "إدانة الزوج بالسجن لمدة ثلاث سنوات نافذة من أجل التزوير يشكل ضررا للزوجة يبرر التطليق، لحرمانها من حقوقها الشرعية التي منها المعاشرة والمساكنة"⁽³⁾.

أما في مسألة طرد أحد الزوجين الآخر من بيت الزوجية، وفي سابقة قضائية في القضايا الأسرية بالمغرب قضت إحدى المحاكم الأسرية، وفي جلسة علنية بتاريخ 06 فبراير 2020، برجوع زوج إلى بيت الزوجية بعد غيابه الطويل عنه، والمعلوم أن دعاوى الرجوع في الغالب ترفع ضد الزوجة، وبعض ما جاء في حيثيات هذا الحكم: "وحيث إن محاولة الصلح بين الطرفين باءت بالفشل، وحيث إن الزواج النافذ شرعا يرتب حقوقا وواجبات متبادلة بين الزوجين أهمها المساكنة الشرعية ومسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال، والتي لن تتأتى إلا بإقامة الزوجين معا في بيت واحد تحت سقف واحد، وحيث إن المدعى عليه توصل ولم يحضر يشكل إقرارا ضمنيا منه بتواجده خارج بيت الزوجية ثابت بإقرارها، الأمر الذي يخالف ما تستجوبه التزامات الزواج من مساكنة ومعاشرة بالمعروف، ما يستدعي الحكم عليه بالرجوع إلى بيت الزوجية"⁽⁴⁾.

(1) القرار التعقيبي المدني، عدد 2012. 72717، مؤرخ في 2012/11/08، غير منشور. نقلا عن فاطمة الزهراء بن محمود، سامية دولة، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية، قراءة في فقه القضاء، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ط1، 2015، ص116.

(2) المحكمة الابتدائية بالناظور، قسم قضاء الأسرة، حكم رقم: 582، بتاريخ 2010/12/27، ملف رقم: 2009/635. نقلا عن ادريس الفاخوري، المنازعات الأسرية أمام قضاء الموضوع ومحكمة النقض، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، منشورات مجلة الحقوق، دار نشر المعرفة، المغرب، (د.ط.)، 2015، ص198.

(3) قرار محكمة النقض عدد 56 المؤرخ في 2002/01/23، ملف شرعي عدد 2001/1/2/475. موقع محكمة النقض المغربية، نقلا عن الرابط التالي: <http://www.juris.courdecassation.ma/resume.aspx?path=7751> تاريخ التصفح: 2020/05/11.

(4) المحكمة الابتدائية بمراكش، قسم قضاء الأسرة، حكم رقم: 334، بتاريخ 2020/02/06، ملف رقم: 2019/1610/2182. نقلا عن الرابط التالي: <https://www.maroclaw.com> تاريخ التصفح: 2020/05/11.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

المطلب الثالث: المسكوت عنه في حقوق الزوج

حقوق الزوج على زوجته في الشريعة الإسلامية تتمثل في طاعته بالمعروف، وحق إرضاع أولاده منها في حدود استطاعتها، والإشراف على المسكن وتنظيمه، كذلك حُسن معاملة والدي الزوج وأقاربه بالمعروف، وكان قانون الأسرة الجزائري في المواد 36 و37 و38 و39 قبل التعديل يفرّق بين الحقوق المشتركة وحقوق وواجبات الزوج وحقوق وواجبات الزوجة، لكن توجه المشرع بعد تعديله لقانون الأسرة، بجمعه كل الحقوق ووضعها في نص قانوني واحد تحت اسم الحقوق المشتركة (المادة 36 المعدلة)، مخرجا الذمة المالية بين الزوجين في مادة مستقلة من خلال المادة 37، وتم إلغاء المادتين 38 و39 المتعلقةتين بحقوق الزوجة والزوج منفصلين، وفحوى المادة 39 الملغاة والمتضمنة حقوق الزوج والمحزرة في ظل القانون 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984، والملغاة بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005: "يجب على الزوجة: - طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة. - إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم. - احترام والدي الزوج وأقاربه"، وباستقراء النص الملغى ومقارنته بالحقوق المشتركة المنبثقة عن التعديل، نجد أن قانون الأسرة الجزائري نقل بعضا من حقوق الزوج وأدخلها ضمن الحقوق المشتركة، منها تربية الأولاد واحترام والدي الزوج واقاربه، وألغى طاعة الزوج وارضاع الأولاد.

بالتالي فالمسكوت عنه في حقوق الزوج هو ما ألغاه قانون الأسرة في تعديله الأخير، والمتمثل في حق طاعة الزوج، وحق الارضاع، وهذه الحقوق وإن لم ينص عليها قانون الأسرة صراحة، فهي ضمنيا موجودة وذلك حين تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تجعل من الشريعة الإسلامية مصدرا له وجاعلة الحقوق السابقة الذكر حقوقا مشروعة، وهو ما سأتناوله في الفروع التالية.

الفرع الأول: حق الطاعة كمسكوت عنه

الأسرة كالسفينة لا بد لها من قبطان يقودها ويتولى شؤونها كي لا تغرق، والزوج في أسرته كهذا القبطان يجب أن يمتلك المواصفات والخصائص والمؤهلات التي تمكنه من حماية الأسرة من التفكك والاندثار، لما يملكه من خصائص تمكنه من الوصول بالأسرة إلى بر الأمان، وهذه الصفة المعطاة للزوج تُلزم الزوجة طاعته، وعليه فالكلام عن الطاعة يوجب التعرّض لتعريفها لغة واصطلاحا، ثم بيان مشروعيتها وحدودها، ثم سبب سكوت القانون عنها.

أولا- تعريف الطاعة:

يقتضي التعرّف على معنى الطاعة التعرّض لتعريفها في اللغة والاصطلاح.

أ- الطاعة في اللغة: من طاع له يطوع ويطاع: انقاد له، ومعنى طوعُ دل على الإصحاب والانقياد⁽¹⁾.

(1) ابن فارس، المرجع السابق، ج3، ص431. الفيروز آبادي، المرجع السابق، ص744.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

والطاعة مثل: "الطوع لكن أكثر ما تقال في الائتثار فيما أمر، والارتسام فيما رسم وقوله تعالى: ﴿فَطَوَّعَتْ لَهُ نَفْسُهُ﴾⁽¹⁾ تابعته وطاوعته، أو شجعته وأعانتة وأجابته إليه"⁽²⁾، والطاعة تعني امتثال أمره احتذاه وعمل على مثاله⁽³⁾. وعليه فالطاعة في اللغة تعني الطوع والانقياد والاحتذاء بالمأمور به على مثاله.

ب- الطاعة في الاصطلاح:

ب-1- الطاعة في القرآن الكريم:

- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾⁽⁴⁾، ووجه الاستدلال من الآية: "أمر بطاعة الله وهي العمل بكتابه العزيز وبطاعة الرسول؛ لأنه هو الذي يبين للناس ما نزل إليهم، وقد أعاد لفظ الطاعة لتأكيد طاعة الرسول؛ لأن دين الإسلام دين توحيد محض لا يجعل لغير الله أمرا، ولا نهيا، ولا تشريعا، ولا تأثيرا"⁽⁵⁾.

- قوله تعالى: ﴿يَخَافُونَ رَبَّهُمْ مِنْ فَوْقِهِمْ وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ﴾⁽⁶⁾، ووجه الاستدلال من الآية، معنى: "ويفعلون ما يؤمرون" أي: مثابرين على طاعته تعالى، وامتنال أوامره، وترك زواجه"⁽⁷⁾.

ب-2- الطاعة في الاصطلاح الشرعي⁽⁸⁾: كما تقدّم معنا أن الطاعة لا تكون إلا عن أمر، فقد عرّفها الجرجاني: "هي موافقة الأمر طوعاً"⁽⁹⁾، وكذلك عرّفت على أنها: "وهي امتثال الأمر، كما أن المعصية ضدها"⁽¹⁰⁾، وهي كذلك "امتنال الاوامر واجتناب النواهي"⁽¹¹⁾، هي كذلك: "فعل المأمورات ولو ندباً، وترك المنهيات ولو كرهاً"⁽¹²⁾.

والطاعة في الاصطلاح الشرعي هي امتثال للأوامر واجتناب للنواهي، وكل الطاعات مقيدة بطاعة الله تعالى ويظهر ذلك في قوله: ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾⁽¹³⁾، ما خصص لهم

(1) سورة المائدة، الآية 30.

(2) أبو البقاء الحنفي، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، تحقيق: عدنان درويش، محمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، (د.ط.د.ت)، ص583.

(3) المطرزي، المغرب في ترتيب المعرب، دار الكتاب العربي، (د.م، د.ط، د.ت)، ص436.

(4) سورة النساء، الآية 59.

(5) محمد رشيد رضا، المرجع السابق، ج5، ص146.

(6) سورة النحل، الآية 50.

(7) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، (د.م)، ط2، 1999، ج4، ص576.

(8) عادل شاهين، أخذ المال على أعمال القرب، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، (د.م)، ط1، 2004، ج1، ص118.

(9) الجرجاني، المرجع السابق، ص140.

(10) ابن العربي، المرجع السابق، ج1، ص573.

(11) القرطبي، المرجع السابق، ص5، ص259.

(12) أبو البقاء الحنفي، المرجع السابق، ص583.

(13) سورة النساء، الآية 59.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

طاعة مثلاً لو قال "وأطيعوا أولي الأمر منكم"، إنما قال تعالى: ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ﴾⁽¹⁾، فجعل طاعة ولاية الأمر ضمن طاعة الله ورسوله غير خارجة عنها، وطاعة الوالدين مقيدة بطاعة الله ورسوله، وطاعة الزوجة لزوجها داخلية في طاعة الله ورسوله، وطاعة الولد لوالده كذلك، وهذه الطاعات كلها مقيدة بطاعة الله ورسوله، وأي طاعة غير مقيدة بطاعة الله لا تعتبر طاعة⁽²⁾، وهو ما جاء في حديث رسول الله ﷺ: حيث قال "من أمركم منهم بمعصية الله، فلا تطيعوه"⁽³⁾.

عند تعريف الطاعة عموماً لم نجد أن كتب الفقه قد خصصت تعريفاً واضحاً بيننا لمفهوم الطاعة الزوجية، وذلك لوضوح المعنى عندهم، إلا أن بعض الكتب المعاصرة أعطت تعريفات للطاعة الزوجية على ضوء التعريفات اللغوية والفقهية للطاعة⁽⁴⁾ ومنها:

- أنها: "موافقة الزوجة أمر الزوج وامتناله على الوجه الذي يقره الشرع"⁽⁵⁾.

- عُرِفَتْ كذلك بأنها التزام الزوجة بمقتضى مضمون عقد الزوجية في حدود الاستطاعة، فطاعة الزوج عبادة وما نيل رضى الله إلا برضى الزوج، وترضى زوجها لوجه الله تعالى وابتغاء رضاه، فالطاعة الزوجية من الإيمان، فهي عبادة تنال بها الزوجة رضا زوجها، وتزيد من الود والرحمة بينهما، وهي طريق لتحصيل الأجر، فطاعة زوجها تكون لها سبباً في دخولها الجنة⁽⁶⁾.

ثانياً- مشروعية الطاعة الزوجية:

إن حق الطاعة نابع ومؤسس⁽⁷⁾ من حق القِوامة⁽⁸⁾ التي أوجهاها الله للرجل دون المرأة، وهي من الصور التي فرضها الله سبحانه وتعالى للقضاء على التشاجر والاختلاف، فجعل القِوامة بيد الزوج

(1) سورة النساء، الآية 59.

(2) محمد صالح المنجد، حقوق الزوج على زوجته، الموقع الرسمي للشيخ محمد الصالح المنجد، نقلاً عن الرابط التالي:

<https://almunajjid.com/courses/lessons/173>، تاريخ التصفح: 2020/05/13.

(3) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الجهاد، باب لا طاعة في معصية الله، حديث رقم 2863، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي، (د.م، د.ط، د.ت)، ج2، ص955.

(4) عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية، دار النفائس، الأردن، ط1، 2011، ص196.

(5) محمد جمال أبو سنينة، الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2005، ص45.

(6) منة عبد الخالق، مفهوم الطاعة، موقع المرسل، نقلاً عن الرابط التالي: <https://www.almsal.com/post/899685> تاريخ التصفح: 2020/05/14

(7) هناك من يرى أن حق الطاعة ليس مؤسس من حق القِوامة، وإنما هو مستمد من عقد الزواج وما تترتب عليه من آثار شرعية. انظر محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص232.

(8) القِوامة لغة: من قام على الشيء يقوم به قياماً، أم القِيم على القوم: من يسوسهم، وقِيم المرأة: بعلمها وهو الذي يقوم بأمرها ويوفر لها ما تحتاجه. ابن منظور، المرجع السابق، ج12، ص502-503. الفيومي، المرجع السابق، ج2، ص520.

- القِوامة اصطلاحاً: تتمثل قِوامة الزوج في قيامه على زوجته بالتأديب والتدبير، مع حفظها وصيانتها، وإصلاح حالها وتولي أمرها، وتوجيه النصيح لها، ويأمرها وينهاها كما يقوم الوالي على الرعية. عبد الكريم زيدان، الفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1993، ج7، ص277.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

وأمر الزوجة بطاعته فيما يصدر إليها من أمر في حدود ما أمر الله، وقد جاءت في الكتاب العزيز والسنة النبوية المطهرة عديد الأدلة التي تثبت الطاعة الزوجية.

أ- في القرآن الكريم:

- قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾⁽¹⁾، ووجه الاستدلال من الآية "إن من شأنهم المعروف المعهود (الرجال) القيام على النساء بالحماية والرعاية والولاية والكفاية، ومن لوازم ذلك أن يفرض عليهم الجهاد دونهن، فإنه يتضمن الحماية لهن"⁽²⁾.

- قوله تعالى: ﴿فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ﴾⁽³⁾، ووجه الاستدلال أن طاعة الزوج واجبة على الزوجة في الآية القنوت وهو السكون والطاعة لله وللأزواج، أما الحافظات للغيب، أي اللاتي يحفظن أزواجهن فيما يغيب عن الناس⁽⁴⁾.

ب- في السنة النبوية:

أ- عن: "ابن عباس رضي الله عنهما قال: جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إني وافدة النساء إليك، هذا الجهاد كتبه الله على الرجال فإن نصبوا أجروا، وإن قتلوا كانوا أحياء عند ربهم يرزقون ونحن معاشر النساء نقوم عليهم فما لنا من ذلك؟ قال: فقال النبي صلى الله عليه وسلم: أبلغني من النساء أن طاعة الزوج واعترافا بحقه يعدل ذلك وقليل منكن من يفعله"⁽⁵⁾.

ب- عن: "أبي هريرة رضي الله عنه سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم: أي النساء خير؟ قال: الذي تسره إذا نظر، وتطيعه إذا أمر، ولا تخالفه فيما يكره في نفسها وماله"⁽⁶⁾، وجه الدلالة من الحديث وجوب طاعة الزوجة لزوجها، وحرمة عصيانه ومخالفة أوامره في ما شرع الله، ولأن الإسلام جعل من حقوق الزوج حُرمة تتقدم على كل حق عدا حق الله عز وجل ورسوله صلى الله عليه وسلم، وذات أولوية على حقوق الوالدين ونوافل العبادات وهو ما أكدته حديث: "أبو هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لو كنت أمرا أحدا أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها لما عظم الله من حقه عليها"⁽⁷⁾، والسجود في هذا المقام: "يدل على الخضوع، بل هو أمثل طريقة للدلالة على الخضوع، ولا يجوز لأحد أن يسجد لأحد مهما علا وعظم قدره، فالسجود

(1) سورة النساء، الآية 34.

(2) محمد رشيد رضا، المرجع السابق، 5، ص 55.

(3) سورة النساء، الآية 34.

(4) أحمد المراغي، المرجع السابق، ج 5، ص 26.

(5) أخرجه البزار في مسنده، مسند ابن عباس م، حديث رقم 5209، تحقيق عادل بن سعد، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط 1، 1988 م، ج 11، ص 377.

(6) أخرجه أحمد في مسنده، مسند المكثرين من الصحابة، مسند أبي هريرة رضي الله عنه، حديث رقم 7421، ج 12، ص 383-384.

(7) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتب القسم و النشوز، باب ما جاء في عظم حق الزوج على المرأة، حديث رقم 14704، ج 7، ص 475.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

لله تعالى وحده، ولو كان السجود مباحا لغير الله تعالى، لكان أحق الناس بالسجود أن تسجد المرأة لزوجها"⁽¹⁾.

ج- المعنى الحقيقي للطاعة الزوجية:

إن الطاعة كنقطة هامة هي من جهة لازم من لوازم القوامة، ومن جهة أخرى باعتبارها واحدة من المسائل التي لا تزال تثير جدلا في مجتمعاتنا، على اعتبار أن هناك من هو بيننا يصرّ على فهم طاعة الزوجة لزوجها إنما تعني الانقياد المطلق، وآخرون لم يجدوا مسوغا لهذه الطاعة إلا اعتبارها دليل تخلف وتراجع، وجهل وعيش خلف الأسوار، والحق أن الطاعة في الإسلام على حقيقتها لا هذا ولا ذاك، فالبيت المسلم يقوم على قاعدة منصفة مثلها الآية الكريمة في قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَّمْنَ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلْمٌ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾⁽²⁾، أي للنساء حقوق زوجية على الرجل كما للرجال حقوق عليهن، فالرجل يُحسن عشرة زوجته بما تعارفه الناس، والزوجة تحسن عشرة زوجها، بما عُرف عند النساء وما يفعلنه لأزواجهن من تزيّن، وتطيب، وود...، وعليه فالمعروف ينبغي أن يكون هناك رجل مستبدّ، وامرأة ذليلة منقادة فما هذه إلا أعراف وضعها الناس في فترة من الجاهلية، ما هي من الإسلام في شيء، كما أن الأسرة لا يمكن أن تقوم على جلبة تتألف من تشاجر دائم بين رجل وامرأة، من أجل هدف واه وهو لمن ستكون الغلبة في النهاية، وكلمته هي العليا وقراره هو النافذ، وبالتالي فلا يمكن على هذا النحو أن تكون الحياة الأسرية مستقرة، بل بالعكس فهي شأنها شأن كل حياة اجتماعية تحتاج للود والتفاهم والمشاركة، ولاستقرارها مثل كل كيان قائم لابد فيها من رئيس ومرؤوس، رئيس يرجع له حال الخلاف فله تكون الكلمة الأخيرة، وسلطة القرار، ومرؤوس هو بمثابة الوزير أو الهيئة الاستشارية للرئيس، تؤخذ مشورته، ويحترم رأيه بل يؤخذ به كثيرا في مسائل شتى قد تخص الرئيس أحيانا⁽³⁾.

ديننا أعظم من أن يجعل طاعة الزوج أمر محتمّ مفروض على الزوجة، لا يعترف بوجودها ولا حُسبان لرأيها، والرأي للزوج وحده، وأي أمر منه فالزوجة مطيعة منقادة لاحول ولا قوة لها، وعليها التطبيق دون مناقشة وإلا اعتُبرت ملعونة خالدة في أدنى درجات جهنم؛ أبدا لا فالطاعة ليست حقا استبداديا للزوج، فالإسلام يوجب طاعة الزوج لكن في حدود، شريطة ألا يتخطى دائرة المعروف، فإذا تخطى هذه الدائرة سُجِب منه حق الطاعة⁽⁴⁾.

(1) جميل فخري جانم، آثار عقد الزواج، المرجع السابق، ص 78.

(2) سورة النساء، الآية 34.

(3) زينب عبد السلام أبو الفضل، قوامة النساء المشكلة والحل الإسلامي، مكتبة الإيمان للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، ط 1، 2001، ص 26.

(4) زينب عبد السلام أبو الفضل، المرجع السابق، ص 29.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

حتى لا نظلم الشريعة الإسلامية ففي القانون الفرنسي الذي كان مطبقا حتى سنة 1938، كان يمنح للزوج على زوجته ما تسمى "السلطة الزوجية"، مؤداها أن تلتزم الزوجة بطاعة زوجها، ومن السلطات الممنوحة للزوج مراقبته لتصرفات وسلوك زوجته والاشراف عليها، منها علاقاتها بغيرها، وله حق الاعتراض على تنقلها وسفرها ودراستها، وعملها، لكن بعد سنة 1938، أُلغيت كل السلطات الممنوحة للزوج واستبدل بـ "رب الأسرة" عوض "السلطة الزوجية" وسُلبت منه كل ما كانت تخوّله السلطة الزوجية⁽¹⁾.

ثالثا- حدود الطاعة الزوجية:

لما أقرت الطاعة لم يكن إقرارها بلا حدود، سواء فيما أمر به الله أو لم يأمر به، لأنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، فللزوجة أن ترفض متى كانت الطاعة استجابة لأوامر تفتقر للصواب، وفيها مساس بالدين والعقيدة، كما لو أمرها بترك الصلاة مثلا، بالتالي فالطاعة ليست أكثر من أداء الواجب، فإن أمرها زوجها بالقرار في البيت فهو أمر الله قبل أن يكون أمر الزوج، ولها الاستجابة له دون رفض، لأنه واجب عليها قبل أن تحتاج الى أوامر من الزوج⁽²⁾، وبالرغم من ذلك فالشريعة لم توجب على المرأة الامتثال لأوامر زوجها إلا إذا تحققت شروط ثلاث⁽³⁾:

الأول: أن يكون الأمر الذي أصدره الزوج يتعلق بشأن من شؤون الزوجية، فلو كان في شأن من شؤونها الخاصة كتصرف في بعض مالها، فلا يجب عليها أن تمتثل.

الثاني: أن يكون موافقا لأوامر الشريعة، فلو أمرها بما يخالف الشريعة لا يجب عليها الامتثال.

الثالث: أن يكون الزوج قائما بما وجب عليه من الحقوق لها.

مجمل القول أن ما ينظم العلاقة بين الزوجين في الحقوق والواجبات، يلخصه ما جاء في قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَّمْنَ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽⁴⁾، وبعض الأحاديث النبوية وليست كلها على إطلاقها تجرم الزوجة إن هي خالفت زوجها، لكن يجب أن تُفهم في إطار الآية الكريمة، والشروط الثلاثة المذكورة سابقا، والمقيّدة لحق الطاعة الممنوح للزوج، وهي شروط مستنبطة من روح الشريعة ونصوصها⁽⁵⁾.

رابعا- ولاية التأديب: من موجبات حق الطاعة في الشريعة الإسلامية، حق التأديب عند نشوز الزوجة بمخالفة أمر الزوج في ما هو معروف وليس بمعصية، وإذا هي ترفعت عليه ولم تعطه حقا من حقوقه المشروعة يجوز له تأديبها، وإن تيقن من طاعتها كف عن ذلك، وهو ما نصت عليه الآية الكريمة في قوله تعالى: ﴿فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ

(1) محمد بلتاجي، في أحكام الأسرة دراسة مقارنة (الزواج والفرقة)، دار التقوى، مصر، ط1، 2001، ص416.

(2) فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، (د.ط)، 1986، ج1، ص200.

(3) محمد معي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الطلائع، مصر، (د.ط)، 2012، ص86.

(4) سورة النساء، الآية 34.

(5) زينب عبد السلام أبو الفضل، المرجع السابق، ص34.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا⁽¹⁾، والناظر للآية الكريمة يجدها أوجبت تأديب الزوجة التي يخاف نشوزها فقط⁽²⁾، ورجوعاً للآية يستنتج أن المرأة الصالحة، والقانته، والحافظة للغيب غير معنية بالتأديب، وبالتالي فهو أمر للزوجة، للقيام بحق الزوج وطاعة وحفظاً لماله ونفسها حال غيبته⁽³⁾، وهو ما يفسره كذلك حديث: رسول الله ﷺ فيما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: "سئل رسول الله ﷺ عن خير النساء، قال: التي تطيع إذا أمر، وتسر إذا نظر، وتحفظه في نفسها وماله"⁽⁴⁾، والقنوت في الآية هو طاعة الزوجة لله في زوجها، ولا تطيعه لذاته، فطاعته في هذا المقام تعني تقيدها بالأحكام الشرعية، والحفظ أن تحفظ زوجها في عرضه وماله وبيته⁽⁵⁾.

أما الناشز فقد جعلت لها الآية الكريمة علاجاً تدريجياً، يبدأ بالوعظ ثم الهجر ثم الضرب غير المبرح، وإن أطاعت الزوجة زوجها، فالشريعة نهت عن استمرارية التأديب حال الإطاعة من غير شق وتأنيب، بنص الآية في قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْنَّ سَبِيلًا ﴾⁽⁶⁾.

1- وسائل التأديب: حددت الشريعة ثلاث وسائل لا يتجاوزها الزوج في التأديب، إنما يختار منها ما يلائم حال الزوجة ونوع المعصية، وعلى الزوج أن يبدأ بالأخف منتقلاً للأشد، وعليه أن يوازن ويناسب ما بين الأفعال الصادرة عن الزوجة والوسيلة، ويجب على الزوج أن يتقيد بالترتيب القرآني في تأديبها حتى يصل إلى المقصد المرجو منه ألا وهو الطاعة⁽⁷⁾.

أ- الموعظة الحسنة: هو أول الطرق لمعالجة نشوز الزوجة وينقسم إلى طبقات أَدْنَاهَا التنبية الديني، والخُلقي من غير تنقص وأَعْلَاهَا اللوم والتنبية إلى ما ظهرت من عيوب⁽⁸⁾، بأن يتكلم معها بكلام رقيق لين، ويبين لها أن نشوزها قد يحرمها من بعض الحقوق، لعلها تعتبر وتعتذر وتعديل عن نشوزها واعراضها.

ب- الهجر في المضعع: عندما لا ينجح الزوج في الموعظة الحسنة يبدأ بالهجر في المضعع، وهو نوعين: هجر للفراش مع اتخاذ مضععاً آخر في البيت (دون مغادرة منزل الزوجية)، أو بقاءه في الفراش ويهجرها فيه، بأن لا يكلمها ويُعرض عنها، والهجر الثاني أفضل لما فيه من إحياء الشعور بالزوجية،

(1) سورة النساء، الآية 34.

(2) يقول ابن عباس رضي الله عنهما تخافون بمعنى تعلمون وتيقنون. انظر القرطبي، المرجع السابق، ج5، ص170.

(3) القرطبي، المرجع السابق، ج5، ص170.

(4) أخرجه النسائي في سننه الكبرى، كتاب عشرة النساء، باب طاعة المرأة زوجها، حديث رقم 8912، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 2001، ج8، ص184.

(5) نور الدين أبو لحية، أحكام العشرة الزوجية، المرجع السابق، ص80.

(6) سورة النساء، الآية 34.

(7) محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص240.

(8) محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج، المرجع السابق، ص164.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

ولأن هجرانها في نفس الفراش يدفع بها إلى سؤاله عن سبب هجره ونفوره منها، الأمر الذي يؤدي إلى بداية حل الخلاف بينهما ورجوع الزوجة عن نشوزها، ولا يجوز للزوج هجرانها فوق أربعة أشهر لأنها مدة الإيلاء المقررة شرعا والتي تبيح التفريق بينهما⁽¹⁾.

ج- الضرب⁽²⁾: وما يلجأ الزوج إلى هذه الوسيلة إلا استنفاد الوسيلتين الأوليين الوعظ والهجر، ولا يُسأل الزوج فيما ضرب زوجته فقد روي عن: "عمر بن الخطاب عن رسول الله ﷺ قال: لا يسأل الرجل فيما ضرب امرأته"⁽³⁾، والشريعة لما وضعت هذا الأسلوب حددته بوجهين:

الوجه الأول: أنه آخر الوسائل علاجا للزوجة عندما لا يجدي الوعظ والإرشاد والهجر نفعا.

الوجه الثاني: الضرب الذي سمحت به الشريعة هو غير المبرح الذي لا يكسر عظما ولا يهشم لحما، والذي يتجنب فيه الوجه والمناطق الحساسة من الجسم، وغير مقصود به الإهانة والانتقام، ومكانه البيت حتى لا تصبح أسرارهم حديث الناس، ويكون ضربا مَقْصُودُهُ التقويم، كالضرب بالسواك مثلما روي⁽⁴⁾.

مع أن الضرب مباح بشروطه المذكورة آنفا إلا أن الشريعة الإسلامية استبعدته، وجعلته آخر حل إن لم نقل نقرت منه، ولا يكون وسيلة للردع والتأديب، إلا في حال كون الزوجة لا ينفع معها إلا هذا الحل، وعُرف عن النبي ﷺ من خلال السيرة، أنه لم يضرب قط وهو خير قدوة لنا، حيث جاء في حديث: "ابن عباس رضي الله عنهما، عن النبي ﷺ، قال: خيركم خيركم لأهله، وأنا خيركم لأهلي"⁽⁵⁾.

يقول الأستاذ محمد مصطفى شلبي: "ليس الضرب هو الوسيلة الوحيدة المشروعة، بل إنها إحدى وسائل ثلاث، وكانت في المرتبة الثالثة لا يلجأ إليها إلا عند فشل الأولى والثانية"⁽⁶⁾. ويقول الإمام الشوكاني في هذا المقام: "فإن اكتفى بالتهديد ونحوه كان أفضل، ومهما أمكن الوصول إلى الغرض بالإيهام لا يعدل إلى الفعل لما في وقوع ذلك من النفرة المضادة لحسن المعاشرة المطلوبة في الزوجية إلا إذا كان في أمر يتعلق بمعصية الله"⁽⁷⁾.

(1) جميل فخري جانم، آثار عقد الزواج، المرجع السابق، ص 85.

(2) الضرب إحدى وسائل العلاج، وهو ما نادى به علماء النفس، وأساتذة علم الاجرام والعقاب ورجال القانون وهناك محاولة لتشويه صورته، وذلك باعتباره منافي للرفق والتقدم والحضارة، متنكرين للحقائق التي تثبت أن البناء التربوي والتشريعي في كل أمم العالم يقوم في بعض أحواله على العقاب بالضرب. محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 240.

(3) أخرجه أبو داود في سننه، أول كتاب النكاح، باب في ضرب النساء، حديث رقم 2147، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، دمشق، سورية، بيروت، لبنان، ط1، 2009، ج3، ص 480.

(4) جميل فخري جانم، آثار عقد الزواج، المرجع السابق، ص 86. محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 242.

(5) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب النكاح، باب حسن معاشره النساء، حديث رقم 1977، ج1، ص 636.

(6) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 353.

(7) الشوكاني، المرجع السابق، ج6، ص 251.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

أما إذا تجاوز الزوج حد التأديب المسموح به في الهجر والضرب، كأن يهجرها فوق أربعة أشهر، أو يضربها ضرباً مبرحاً، مسبباً لها ضرراً في جسدها، في هذه الحالة يعد الزوج متعدياً حد التأديب، فللزوجة حينها حق رفع أمرها للقاضي، الذي له السلطة التقديرية، إما في الصلح بين الزوجين أو معاقبة الزوج، لأن الضرب رخصة استثنائية للزوج، فإذا تجاوزها يُعاقب على تخطئها، كما يحق للزوجة أيضاً طلب التفريق لما أصابها من ضرر من زوجها⁽¹⁾.

خامساً- سبب سكوت قانون الأسرة عن حق الطاعة:

سكت قانون الأسرة الجزائري عن حق طاعة الزوج، وهي من المسائل التي كانت موجودة في القانون 11/84 قبل تعديله بالأمر 02/05 المؤرخ 2005/02/27 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري، والذي حذف -كما ذكرت سابقاً- المادة 38 منه.

أما سبب سكوت القانون عن الطاعة، هو سيره في اتجاه تكريس المساواة بين الزوجين⁽²⁾ في الحقوق والواجبات، فلا يتصور حسب إبقاء الطاعة مع المساواة في خط واحد، فالطاعة تتنافى مع التوجه الجديد للقانون، وعلى ما يبدو أن حذف حق الطاعة توجه خاطئ ماسٌّ بما هو مثبت في الشريعة الإسلامية، من إقرار لحق طاعة الزوج الذي يقابله حق الزوجة في الصداق والنفقة، فلا نتصور وجود أسرة بلا رئيس يسير بها إلى بر الأمان، ما يعرضها لهزات عنيفة قد تعصف بها وبمستقبلها، ولأن قيادة الأسرة تحتاج إلى رجل يقوم بشؤونها، ويؤمن لها احتياجاتها، لأنه يملك المقومات الفطرية كقوة التحمل الجسمية والعقلية، وهذه الصفات تغيب عند المرأة التي تغلب عليها العاطفة واللين⁽³⁾، وبالرغم من سكوت قانون الأسرة الجزائري عن حق الطاعة، إلا أن المجتمع الجزائري بتدينه وأعرافه الصحيحة المستمدة من الشريعة الغراء يعترف بالطاعة الزوجية.

التعديل الأخير لقانون الأسرة بإلغائه حق الطاعة، تسبب في فراغ تشريعي، الأمر الذي يحتم الرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري المعدل⁽⁴⁾، وإلغاء حق الطاعة أمر مخالف لما جاء به النص القرآني في قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾⁽⁵⁾، فعلى المشرع أن يدرك أن القوامة وما يقابلها من طاعة، هي مسؤولية وتكليف قبل أن تكون تسلط وانتقاص من حقوق الزوجة، وفي هذا المقام يقول الأستاذ تشوار الجيلالي: "وتطبيقاً كذلك لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، قام المشرع بإعادة صياغة المادة 36 وما يليها من

(1) رمضان الشرنباصي، جابر الشافعي، المرجع السابق، ص301.

(2) العربي بلحاج، أحكام الزوجية، المرجع السابق، ص530.

(3) جمال الكيلاني، "مبدأ القوامة وأثره في إصلاح الزوجة"، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، مج 32، ع 109، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2017، ص207.

(4) العربي بلحاج، أحكام الزوجية، المرجع السابق، ص530.

(5) سورة النساء، الآية 34.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

قانون الأسرة التي كانت تحدد حقوق وواجبات كل واحد من الزوجين، ومن ثم بالتنصيص في المادة 36 المعدلة بأن تسيير شؤون الأسرة ينبغي أن يتم عن طريق التشاور والتفاهم والتراضي بين الزوجين، وذلك بعدما ألغى المادة 1/39 التي كانت تنص على طاعة الزوجة لزوجها بصفته رب الأسرة. وللعلم أن القوامة التي نادى بها الشريعة الإسلامية فهي توجب على المرأة أمرا وعلى الرجل أمور، منها القيام على النساء بالحماية والرعاية والولاية والكفاية، وهي أمور ليست استبدادية ولا مقهورة، بل هي المسؤولية والتكليف للذين يقعا عليه أكثر مما يقع عليهما⁽¹⁾.

ينبغي التنبيه إلى أمر في غاية الأهمية، هو ارتباط مفهوم الطاعة بمفهوم النشوز ارتباطا وثيقا، في أحكام الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية، لأن النشوز باختصار هو أن تستعلي المرأة على زوجها وتستخف به ولا تطيع أمره⁽²⁾، وبالنظر لقانون الأسرة الجزائري نجد ذكر النشوز من خلال المادة 55 التي نصت: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق.."، فذكر القانون للنشوز هو اعتراف ضمني بحق طاعة الزوج الملغى نصه، واعترفت كذلك قرارات المحكمة العليا بحق الطاعة قبل التعديل وبعده⁽³⁾.

إن ابتكار مسألة الحقوق المشتركة نتيجة المساواة المزعومة بين الزوجين، كان سببا لسكوت قانون الأسرة الجزائري عن حق الطاعة، الذي يقابله واجب الانفاق، وهو نفس ما قررتته مدونة الأسرة المغربية التي أخذت بالمساواة القائمة على التماثل والتطابق استجابة لما جاء في الاتفاقيات الدولية، والتي تدعو هذه الاتفاقيات الأطراف الموقعة عليها إلى اتخاذ كافة الخطوات المناسبة لتحقيق المساواة بين الرجال والنساء في الحقوق والواجبات، عند انعقاد الزواج وخلالاه وعند انحلاله⁽⁴⁾.

أما باقي القوانين المقارنة للأحوال الشخصية للبلاد العربية⁽⁵⁾، فجُلها تركت تقسيم الحقوق كما ورد في الفقه الإسلامي، من حقوق مشتركة بين الزوجين، وحقوق للزوج، وحقوق للزوجة، مع محافظتها على حق الطاعة للزوج، كقانون الأسرة البحريني⁽⁶⁾ حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 40 على حقوق الزوج التي جاء فيها: "حقوق الزوج على الزوجة -أ- العناية به، وطاعته، ومعاشرته

(1) جيلالي تشوار، "تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك"، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، ع 12، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011، ص 14.

(2) الطبري، جامع البيان عن تأويل أي القرآن، تحقيق محمود محمد شاكر (ينتهي تحقيقه في الآية 27 من سورة إبراهيم)، دار التربية والتراث، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، (د.ط، د.ت)، ج 8، ص 300.

(3) ربطت قرارات المحكمة العليا النشوز بعدم الرجوع لبيت الزوجية إخلالا بطاعة الزوج بعد الحكم عليها بالرجوع. انظر المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 33762، 1984/07/09، م ق، 1989، ع 4، ص 119. المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 653323، 2011/11/10، م م ع، 2001، ع 234.

(4) حميد مسرار، نظرية الحق وتطبيقاتها في أحكام الأسرة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د.ط)، 2013، ص 302.

(5) منها قانون الأحوال الشخصية الإماراتي وفق المواد 54-55-56. قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المرجع السابق.

(6) قانون رقم (19) لسنة 2017 بإصدار قانون الأسرة البحريني.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

بالمعروف"، والملاحظ من النص القانوني محافظته على حقوق الزوج مؤكداً على أن طاعة الزوجة لزوجها من الحقوق الثابتة، موافقا بذلك لما نصت عليه أحكام الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني: حق الإرضاع لولد الزوج كمسكوت عنه

من الحقوق الواجبة على الزوجة للزوج هي إرضاع أولاده منها، دون أجر كما قررت الشريعة الإسلامية، وقد وافقت عديد قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية الفقه الإسلامي، في جعل الرضاع من الحقوق المترتبة على الزوجة للزوج، إثر انعقاد الزواج وقيامه صحيحاً، والمشرع الجزائري وعلى غرار القوانين سالفه الذكر، أقر قبل تعديل قانون الأسرة بواجب إرضاع الزوجة أولادها من الزوج، لكن بعد التعديل ألغى المادة المحتوية على حقوق الزوج التي من ضمنها حق الإرضاع، وما سأتطرق إليه من خلال هذا الفرع هو تعريف الرضاع ومشروعيته، ثم حكمه وفق ما قرره الفقه الإسلامي، ثم التعرض لسبب سكوت القانون عن الرضاع بعد أن كان مقرراً قبل التعديل.

أولاً- تعريف الرضاع:

سأتطرق في هذه البند لتعريف الرضاع في اللغة واصطلاح الفقهاء، ثم في قانون الأسرة الجزائري. أ- الرضاع لغة: الرضاع (بفتح الراء وكسرهما)، من رضع الولد رضعا، مثل سمع وضرب، ورضاعاً ورضاعة، أي امتص ثدي أمه أو غيرها، والرضع هو شرب اللبن من الضرع أو الثدي، والمرضع: التي لا ولد معها وقد يكون لها ولد، أما المرضعة التي ولدها في يدها ويرضع ثديها، ويقال مرضع لأن الرضاع للنساء فقط⁽¹⁾.

ب- الرضاع اصطلاحاً: وجاء تعريفه في اصطلاح الفقهاء كما يلي:

- عند الحنفية: "هو مص الرضيع من ثدي الأدمية في وقت مخصوص، أي وصول اللبن من ثدي المرأة إلى جوف الصغير من فمه أو أنفه في مدة الرضاع"⁽²⁾.
- عند المالكية: وصول لبن امرأة، وإن ميتة وصغيرة "بوجور" (ما يدخل في وسط الفم)، أو "سَعوط" (ما صُب في الأنف)، أو حقنة تكون غذاء أو خلط بغيره من طعام أو شراب، لا غلب (فإذا خلط لبن امرأة بلبن أخرى يصبح ابناً لهما)، ولا كماء أصفر (غيره مما ليس بلبن)⁽³⁾.
- عند الشافعية: "فهو اسم لحصول لبن امرأة أو ما حصل منه في جوف طفل"⁽⁴⁾.
- عند الحنابلة: "مص من دون الحولين لبناً أثاب عن حمل، أو شربه ونحوه"⁽⁵⁾.

(1) ابن منظور، المرجع السابق، ج 8، ص 126 وما يلها. الفيروز أبادي، المرجع السابق، ص 722. ابن فارس، المرجع السابق، ج 2، ص 400.

(2) ابن نجيم، المرجع السابق، ج 3، ص 238.

(3) الدسوقي، المرجع السابق، ج 2، ص 503.

(4) زكرياء الأنصاري، أسنى المطالب، المرجع السابق، ج 3، ص 415.

(5) الهوتي، الروض المرعب، المرجع السابق، ج 3، ص 279.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

- عند الظاهرية: " ولا يسمى إرضاعاً إلا ما وضعت المرأة المرضعة من ثديها في فم الرضيع (...) أما كل ما عدا ذلك فلا يسمى شيء منه إرضاعاً، ولا رضاعة"⁽¹⁾.

بعد استعراض ما عرّفه الفقهاء في الرضاع بالتعريف الأقرب، هو تعريف المالكية لكونه عرّف الرضاع بوصول اللبن إلى جوف الرضيع، وإن كانت المرأة صغيرة أو ميتة، وبأي وسيلة كانت عن طريق الفم أو الأنف أو الحقن، وإن اختلط لبن مرضعته بلبن امرأة أخرى فيصبح حينئذ ابناً لهما، وهو ما لم يتعرض له فقه آخر، وتعرض كذلك لاختلاطه بغير اللبن.

ج- الرضاع قانوناً : لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري لمفهوم الرضاع، ولم يعتبره من حقوق الزوج بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005، إذ أنه ألغى المادة 39 التي كانت تحوي فقرة ثانية تنص: "ارضاع الأولاد عند الاستطاعة"، ولم يصبح حق الرضاع موجود ضمن طيات قانون الأسرة المعدل، وبقي الرضاع مذكوراً فقط في موانع الزواج ضمن المادة 24 التي بينت أن الرضاع من الموانع المؤبدة للزواج حيث نصت: "موانع النكاح المؤبدة هي، ...-الرضاع"، وبعدها المادة 27 التي نصت: "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب"، متبعة ما جاء في الحديث النبوي الشريف⁽²⁾، أما المادة 28 فبينت أحكام الرضاع تجاه مرضعته وإخوته من الرضاع وعلى فروعه، أما المادة 29 فبينت شروط الرضاع التي يعتد بها في تحريم الزواج وهو ما وقع خلال الحولين قبل الفطام، ولا يعتد بما بعده سواء كان قليلاً أو كثيراً، حيث نصت: "لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلاً أو كثيراً".

ثانيا- مشروعية الرضاع:

الرضاع مشروع في الكتاب والسنة والاجماع، وهو كالتالي:

أ- في القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمَّ الرِّضَاعَةَ﴾⁽³⁾، ووجه الاستدلال من الآية الكريمة فيها توجيه من رب العزة للأمهات أن يرضعن أولادهن تمام الرضاعة، سنتين كاملتين، ولا مراعاة للرضاعة بعد هذه المدة، واختلف المفسرون في الوالدات هل هي في عامة المطلقات ولهن أولاد أم المتزوجات، ويقول الإمام القرطبي: والأظهر أنها في المتزوجات لأنهن المستحقات للنفقة والكسوة مقابل التمكين⁽⁴⁾. وعليه فالرضاعة واجبة على الأم عند الاستطاعة أو غيرها بأجرة لحفظ حياة الرضيع.

(1) ابن حزم، المرجع السابق، ج10، ص185.

(2) عن: "ابن عباس رضي الله عنه، قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم في بنت حمزة: لا تحل لي، يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، هي بنت أخي من الرضاعة". أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشهادات، باب الشهادة على الأنساب، والرضاع المستفيض، والموت القديم، حديث رقم: 2645، ج3، ص170.

(3) سورة النساء، الآية 34.

(4) ابن كثير، المرجع السابق، ج1، ص634. القرطبي، المرجع السابق، ج3، ص160.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

ب- في السنة النبوية: عن: "ابن عباس، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أريد على بنت حمزة بن عبد المطلب، فقال: إنها ابنة أخي من الرضاعة، وإنه يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب"⁽¹⁾. وجه الاستدلال من الحديث كونه يحوي حكماً بتحريم الزواج نتيجة الإرضاع، وهو دليل على أن الرضاع ثابت في السنة النبوية، وهو فعل متعارف عليه عند العرب قبل وبعد البعثة.

ثالثاً- حكم الرضاع:

اتفق الفقهاء على أن الرضاع واجب على الأم شرعاً، وتحاسب عليه وذلك خوفاً وحفاظاً على صحة الرضيع، متزوجة كانت أو مطلقة طلاقاً رجعيًا أو بائناً، واختلف الفقهاء إلى قولين في وجوب الرضاع قضاء، ومدى استطاعة القاضي إجبار المرضعة على الرضاع⁽²⁾:

القول الأول: للمالكية وهو أن تجبر الأم قضاء بإرضاع ولدها مادامت في عصمة أبيه أو في طلاق رجعي إن امتنعت دون عذر، ودليلهم في ذلك قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾⁽³⁾، ولم يوجبوا الإرضاع أيضاً للمطلقة طلاقاً بائناً، وذلك لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآوَهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾⁽⁴⁾، إلا أنهم استثنوا منها حالات⁽⁵⁾:

- إذا كانت المرضعة ذات حسب وقدر وثراء، من عائلات شأنها لا ترضع أولادها، وتخصيص

الحسبية من عموم النص لاعتبار المذهب العرف في هذه المسألة.

- مرض الأم بحيث لا تمكنها حالتها الصحية من إرضاع وليدها.

وتجبر الحسبية وذات القدر على الرضاع إذا لم يقبل الطفل ثدي غيرها، أو استحالة العثور على مرضعة، أو حال موت أبيه، أو اعساره ولا مال للولد لاستئجار مرضعة، فكل هذه الحالات لا تستثني أحداً حسبية كانت أو وضيعة، لأن مصلحة الرضيع والخوف على صحته فوق كل اعتبار.

القول الثاني: وهو قول جمهور الفقهاء⁽⁶⁾ بأن ألا تجبر الأم على إرضاع ولدها، سواء كانت دنيئة أو شريفة، في عصمة الزوج كانت أو مطلقة بائنة، وعلى الأب الاسترضاع لولده، أي استئجار مرضعة لترضعه⁽⁷⁾، ودليلهم في ذلك قوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَاسْتَرْضِعْ لَهُ أُخْرَى﴾⁽⁸⁾، وما استحباب رضاع

(1) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب النكاح، باب يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، حديث رقم 1938، ج 1، ص 623.

(2) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 8، ص 660 وما يليها.

(3) سورة النساء، الآية 34.

(4) سورة الطلاق، الآية 06.

(5) الصادق الغرياني، الأسرة أحكام وأدلة، دار بن حمودة ودار الشعب، زليتن، مصراته، ليبيا، ط 8، 2011، ص 369.

(6) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 5، ص 367. ابن عابدين، المرجع السابق، ج 3، ص 212. الرملي، المرجع السابق، ج 7، ص 222.

(7) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، المرجع السابق، ج 22، ص 239.

(8) سورة الطلاق، الآية 06.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

الأم، إلا لأن لبنها أصلح لولدها، ولأن الرضاع حق للأم والولد، فلا جبر لأحد في استيفاء حقه، إلا إذا اجبر على ذلك لأسباب⁽¹⁾، وهي نفس الأسباب التي ذكرها المالكية في جبر الحسيبة.

أباحته الشريعة استئجار الموضع عند امتناع الأم عن إرضاع ولدها، إن كانت في عصمة الزوج فلها حق استئجار مريض، أو إذا طلقت طلاقاً بائناً فلها حق طلب الأجرة، وفي حال امتناع الأم دون سبب من الأسباب، فعلى الوالد استئجار مرضعة (ظئراً) لإرضاع ولده محافظة على حياته⁽²⁾، وتقدر أجرة الرضاع بأجرة المثل أو بما تعارف عليه الناس، أو بتقدير ثمن الحليب الذي يكفيه إن كان يرضع حليباً اصطناعياً⁽³⁾.

رابعاً- سبب سكوت قانون الأسرة عن حق الرضاع:

سكت قانون الأسرة الجزائري عن حق الرضاع، وهو من حقوق الزوج، وهذا السكوت كان بعد التعديل، والذي ألغيت فيه المادة 39 من القانون سالف الذكر، التي تنص على حقوق الزوج، وتحتوي واجب إرضاع الأولاد، ونص الفقرة الملغاة كان كالتالي: "يجب على الزوجة (...) 2- إرضاع الأولاد عند الاستطاعة..."، وبالتالي فإلغاء حقوق الزوج ومن ضمنها حق الرضاع ودمجها في حقوق مشتركة، يبدو أنه قصور في القانون، لأن المتتبع للشريعة الإسلامية، وبعض قوانين الأسرة للبلاد العربية يجد أنها لم تستغن عن إقرار واجب الرضاعة على الأم، وأكدت من خلال حقوق الزوج المنفصلة عن الحقوق المشتركة.

يرجح سبب سكوت قانون الأسرة عن حق الرضاع⁽⁴⁾، أنه عند دمج حقوق الزوجة بحقوق الزوج في حقوق مشتركة، ترتب عن ذلك حذف حقوق كليهما ووضعهما في قالب واحد، مما أدى إلى حرمان الولد من حقه في الإرضاع، فهل يُتصور أن إلغاء المشرّع لحق الرضاع الذي هو أهم شيء بالنسبة للولد أنه محق في ذلك؟

مشكلة أخرى قد تطفو نتيجة هذا السكوت التشريعي، وهي الرضاع حال حدوث طلاق بين الزوجين، حينئذ نكون أحوج من أي وقت مضى لنص قانوني ينظم ويحل مشكل الرضاع للأم المطلقة رجعياً والبائنة، ويقول الأستاذ محمد محدة رحمته الله في هذا المقام: "وإن كان النص (القانوني) يوحى بأن هذا الواجب عند قيام العلاقة الزوجية، فهل يبقى هذا الالتزام حتى بعد حلها؟ نقول نعم وهذا ما جعل الفقهاء يلزمون زوجها بقبول زيارة أبنائها لها يومياً إن كانوا صغاراً حتى تذكروهم وتربهم"⁽⁵⁾.

(1) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 8، ص 661.

(2) وهبة الزحيلي، نفس المرجع والصفحة.

(3) عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 202.

(4) كما يرجح سبب سكوته إلى ترك المسألة للعرف الصحيح الموافق للشريعة الإسلامية، الذي يوجب على الأم إرضاع ولدها، إلا في حالة عدم استطاعتها كمرض أو ضعف.

(5) محمد محدة، المرجع السابق، ص 410.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

كذلك غياب النص يحتم الرجوع للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية، ومع انفتاحها على كل المذاهب الفقهية ما يوئد صعوبة في اختيار الحكم الأفضل لإرضاع الولد، وهو أمر لم يكن ليُطرح لو أبقى النص القانوني لحق الرضاع كما هو قبل التعديل، وكانت الفقرة الثانية من المادة 39 الملغاة في التعديل، مرجعيتها الفقهية ما قال به جمهور الفقهاء في عبارة "عند الاستطاعة"، وهو أمر يوحي بنسب الرضاعة وليس وجوبها، مع بعض الاستثناءات كما قال المالكية، وفي ظل هذا الانفتاح فالنص على الرضاع في القانون، أصبح أمرا ضروريا لأنه يجعل القاضي يحكم بفحوى المادة القانونية المكتوبة دون اللجوء إلى الاجتهاد.

يقول الأستاذ سليمان ولد خسال في إلغاء الرضاعة من قانون الأسرة: "ألغى المشرع واجبا مهما هو واجب الرضاعة (...). وهذا بالرغم من حملات الوعي التي قامت بها الدولة الجزائرية عن طريق وزارة الصحة إظهارا وبرازا لفوائد الحليب الكثيرة"⁽¹⁾، وبالفعل فإن الجزائر من الدول التي نادى بالمحافظة على صحة الطفل عند ولادته، عن طريق إلزام الأم بإرضاعه.

وفي القانون المقارن، نجد أن مدونة الأسرة المغربية أدرجت إرضاع الأولاد في المادة 54 منها المتضمنة حقوق الأطفال، حيث نصت في الفقرة الرابعة: "إرضاع الأم لأولادها عند الاستطاعة"، وزادت في المادة 201 الخاصة بنفقة الأولاد وتضمنت أجره الرضاع، ونصت على: "أجرة رضاع الولد على المكلف بنفقته"⁽²⁾، وكلها نصوص تبين مدى حرص المشرع المغربي على الرضاعة الطبيعية للأولاد وتنظيمها من خلال التشريع الأسري.

خامسا- أهمية الرضاعة الطبيعية للطفل في الحولين الأوليين:

ظهرت في السنوات الأخيرة الرضاعة الاصطناعية عن طريق توفير حليب للرضع، مستخرج من الأبقار (رضاعة القنينة)، ورغم التطور الحاصل في هذا المجال إلا أن العلماء لا ينصحون به خلال السنتين الأوليين للرضيع، إلا في حال عدم توفر حليب الأم (أو اللجوء إلى الاسترضاع كحل وضعته الشريعة الإسلامية)، لأن حليب البقر الموجه للرضع لا يحتوي على كمية كافية من الفيتامينات، منها فيتامين (ج) أو الحديد اللازم للنمو، أو بعض الأحماض الأمينية الأساسية، ما يجعل الأطفال عرضة لفقر الدم، ومن جهة أخرى احتواء حليب البقر على كميات كبيرة من المعادن والبروتينات، التي قد تشكل ضغطا على كليتي الطفل عند تصفية دمه، لأن البروتينات البقرية أكثر صعوبة في التفكيك

(1) سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 113.

(2) مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

والهضم من البروتينات البشرية، التي يحويها حليب الأم الطبيعي، كما لا ننسى أن كثيرا من الرضع لهم حساسية مفرطة تجاه حليب البقر المصنّع⁽¹⁾.

أهمية الرضاعة الطبيعية للأم والطفل على حد سواء، تظهر من خلال حرص الشريعة الإسلامية عليها، مخافة ضياع حق الوليد في الرضاع، وبالمقابل فإن الشركات التجارية الكبرى تستغل صحة الأولاد، بالترويج للحليب الصناعي، ولفكرة إرضاع الأطفال منه وأنه لا يختلف عن حليب الأم في فوائده، حيث أن الرضاعة الطبيعية ليست مجرد إلقاء حليب الأم في فم الرضيع وانتهى، بل يتعدى ذلك إلى كونها عملية تربية، وبناء نفسي واجتماعي للولد، ليكتسب الرضيع من خلال الرضاعة الهمة وقوة الإرادة، ويكون له ارتباطا جسديا وروحيا مع أمه، وعائلته، ومجتمعه⁽²⁾.

(1) محمد بورباب، "الإعجاز التشريعي في الحث على الرضاعة الطبيعية"، مجلة الاقتصاد الإسلامي العالمية. ع 76، منشورات جامعة كاي (<https://kie.university/>)، سبتمبر 2018، ص 17.

(2) مرهف عبد الجبار سقا، "نظام الرضاعة في الإسلام"، مجلة الاقتصاد الإسلامي العالمية. ع 76، منشورات جامعة كاي (<https://kie.university/>)، سبتمبر 2018، ص 26.

المبحث الثاني: المسكوت عنه في النفقة الزوجية

النفقة الزوجية⁽¹⁾ من الحقوق المادية للزوجة وهي أثر من آثار الزواج، التي أكدتها النصوص الشرعية، وجعلتها من متطلبات الحياة الزوجية وواجبة على الزوج، من مآكل وكسوة ومسكن .
قانون الأسرة الجزائري عند تعاطيه مع النفقة، سكت عن جملة من المسائل والتفصيلات المهمة، التي تنظّم النفقة كأثر من آثار الزواج، وعالجتها الشريعة الإسلامية بتفاصيلها الدقيقة، وقبل التطرق لبعض المسائل المسكوت عنها في النفقة في قانون الأسرة الجزائري، سأتطرق لماهية النفقة الزوجية، من تعريف ومشروعية ومشمئلات وأسباب استحقاق، ثم أعرج بعدها إلى بعض المسائل التي سكت عنها قانون الأسرة الجزائري في النفقة، مستظها سبب سكوته عنها.

المطلب الأول: ماهية النفقة

سأتعرّض في هذا المطلب إلى تعريف النفقة في اللغة والاصطلاح والقانون، ثم إلى دليل مشروعيتها في الكتاب الكريم والسنة النبوية الشريفة، وبعدها إلى مشمئلات النفقة، وأسباب استحقاقها.

الفرع الأول: تعريف النفقة

سأتناول في هذا الفرع التعريف اللغوي للنفقة، ثم في الاصطلاح الفقهي والقانوني.

أولا- في اللغة:

النفقة من فعل "نفق" ، من نفاذ الشيء وهلاكه، فيقال نفقت الدابة أي هلكت، ونفقت النقود نفدت⁽²⁾، وما قيل فيها: "ووجدت كل ما فاءه نونا وعينه فاء" كفعل نفد، ونفر، ونفس، ونفث، ونفض...، يكون دالا على معنى الذهاب والخروج، وإن لم يكن بالكلية قد يذهب بعضه⁽³⁾. ومعنى نفق البيع ينفق بالضم أي راج، وأنفق الرجل ذهب منه ماله وافتقر⁽⁴⁾. والإنفاق صرف المال في وجوه الخير، والنفقة من الإنفاق ما يوجب للمرأة على زوجها من مآكل، وملبس، ومسكن، وغيرها⁽⁵⁾.

ثانيا- في الاصطلاح الفقهي: اختلف الفقهاء في تعريف النفقة، من حيث كونها طعاما فقط، أو طعاما وملبسا وسكنا، فعند الحنفية هي: "الإدراج على شيء بما فيه بقاؤه"⁽⁶⁾، وعند المالكية هي: "ما به قوام

(1) على عكس المشرع الجزائري الذي جمع مسائل النفقة في فصل واحد، فقد فرقت بعض قوانين الأحوال الشخصية في موادها بين النفقة بشكل عام والنفقة الزوجية، بحيث خصصت بابا للأحكام العامة بالنفقة، وبابا للنفقة الزوجية بشكل خاص، من بينها على سبيل المثال مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية. انظر مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، المرجع السابق.

(2) ابن منظور، المرجع السابق، ج10، ص357.

(3) عصام الدين إسماعيل، حاشية القونوي على تفسير البيضاوي ومعه حاشية ابن التمجيد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2001، ج1، ص484.

(4) زين الدين الرازي، المرجع السابق، ص316.

(5) مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ج2، ص942.

(6) ابن عابدين، المرجع السابق، ج3، ص572.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

معتاد حال الأدمي دون سرف"⁽¹⁾، ومعنى دون سرف ما زاد عن الحاجة الطبيعية للمرء من طعام في المعتاد⁽²⁾، أما عند الشافعية فهي: "من الإنفاق وهو الإخراج، ولا يستعمل إلا في الخير"⁽³⁾، أما عند الحنابلة هي: "كفاية من يمونه خبزا وأدما وسكنا وتوابعها (...). والتوابع كئمن الماء والمشط والسترة ودهن المصباح والغطاء والوظء ونحوها"⁽⁴⁾.

النفقة في الشرع بشكل عام هي الطعام والكسوة والسكنى، لكن في عرف الفقهاء: هي "الطعام فقط، ولذا يعطون عليه الكسوة والسكنى، والعطف يقتضي المغايرة"⁽⁵⁾، ومن خلال ما سبق نستنتج أن النفقة الزوجية هي ما يُفرض للزوجة على الزوج، من مال لتوفير الطعام، واللباس، والكسوة، والعلاج، وكل ما أُعتبر منها في العرف والعادة دون سرف.

النفقة المقصودة في مبحثنا هذا هي النفقة الزوجية التي تعرّف على أنها: ما ينفقه الزوج على زوجته حد كفايتها، من طعام، ولباس وسكنى، وجميع ما يعتبر ضروريا من النفقات التي تحتاج إليها بالمعروف.

ثالثا- في القانون: عند تفحص النصوص القانونية المنظمة لأحكام النفقة في قانون الأسرة الجزائري، من المادة 74 إلى المادة 80، نجد أن المشرع لم يعرّف النفقة الزوجية، واقتصر فقط على موجباتها وأصنافها ومشمولاتها وتقديرها⁽⁶⁾.

الفرع الثاني: مشروعية النفقة

اتفق الفقهاء على أن النفقة واجبة للزوجة على الزوج، وهي أثر من آثار عقد الزواج الصحيح ومن حقوق الزوجة، سواء كانت فقيرة أو غنية، مسلمة كانت أو غير مسلمة، ودليلهم في ذلك وجوبها في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والاجماع:

أولا- القرآن الكريم:

قال تعالى: ﴿لِيُنْفِقُ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾⁽⁷⁾.

وجه الدلالة من الآية احتوائها لبيان الإنفاق وقدره، حتى ينفق الزوج على أسرته، وعلى قدر طاقته، وفي الآية أمرٌ بالإنفاق كل على قدر حاله، فلا يكلف الزوج ما لا طاقة له به، مع الاعتدال في

(1) الخرشبي، المرجع السابق، ج4، ص183.

(2) الصاوي، المرجع السابق، ج2، ص729.

(3) الرملي، المرجع السابق، ج7، ص187.

(4) الرحيباني، المرجع السابق، ج5، ص616.

(5) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج8، ص742.

(6) سليمان ولد خصال، المرجع السابق، ص115.

(7) سورة الطلاق، الآية 07.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

الانفاق على الزوجة حتى لا تُضَيَّع، وفي الآية دليلٌ على أن : " النفقة تختلف باختلاف أحوال الناس يسراً وعسراً" (1).

ثانيا - السنة النبوية الشريفة:

أ- عن: " سليمان بن عمرو بن الأحوص قال: حدثني أبي، أنه شهد حجة الوداع مع رسول الله ﷺ فحمد الله، وأثنى عليه، وذكر ووعظ، ثم قال: (...). إن لكم من نساءكم حقا، ولنساءكم عليكم حقا، فأما حقاكم على نساءكم، فلا يوطئن فرشكم من تكرهون، ولا يأذن في بيوتكم لمن تكرهون، ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسوتهن وطعامهن" (2)، ووجه الدلالة من الحديث الشريف هو وجوب النفقة للزوجة على زوجها، سواء كانت غداء، أو كسوة، أو سكنا، وتكون مقدره بالكفاية.

ب- عن: " 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).
وجه الدلالة من الحديث أن نفقة الزوجة والأولاد الصغار واجبة، وهي مقدره بالكفاية بالمعروف (4).
ثالثا- الإجماع:

تجب النفقة للزوجة على زوجها، ونُقل الإجماع على ذلك (5).

الفرع الثالث: مشتملات النفقة

مشتملات النفقة هي ما تحتويه من عناصر كالطعام، والكساء، والسكن، والعلاج، وقد وردت في قانون الأسرة الجزائري ضمن المادة 78 التي نصت: "تشمل النفقة: الغذاء، والكسوة، والعلاج، والسكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"، ويظهر من خلال النص أن ما ذكره القانون جاء على سبيل المثال لا الحصر، خاصة أن الحياة الزوجية قد تختلف فيها النفقة باختلاف الزمان والمكان، وعليه سأتناول في هذا الفرع مشتملات النفقة في الفقه الإسلامي ثم في قانون الأسرة الجزائري.

(1) محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، المرجع السابق، ج3، ص378.

(2) أخرجه ابن ماجه في سننه : كتاب النكاح، باب حق المرأة على زوجها، حديث رقم 1851، ج1، ص594.

(3) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، حديث رقم 5364، ج7، ص65.

(4) بدر الدين العيني، عمدة القارئ شرح صحيح البخاري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (د.ط. د.ت)، ج12، ص18.

(5) أسامة بن سعيد القحطاني وآخرون، المرجع السابق، ج3، ص763.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

أولا- نفقة الغذاء:

في الفقه الإسلامي اتفق الفقهاء⁽¹⁾ على نفقة الطعام والشراب، لكنهم اختلفوا في مقدار نفقة الغذاء إلى قولين، فجمهور الفقهاء (حنفية، ومالكية، وحنابلة)⁽²⁾، ذهبوا إلى كون مقدار نفقة الغذاء يكون بالكفاية بالمعروف (غير مقدرة، وتقديرها يكون بالعرف حسب المكان والزمان)، أما الشافعية⁽³⁾ فقد خالفوا الجمهور واعتبروا النفقة مقدرة، فللمعسر مُد من الطعام وعلى الموسر مُدّين، وعلى متوسط الحال مُدّ ونصف من الحَب، والاعتبار بمُد النبي ﷺ وهو مائة وثلاثة وسبعون درهماً وثُلث درهم، وجنس الطعام يكون من المتعارف عليه من غالب قوت البلد من قمح أو شعير أو تمر وغيرها. أما في قانون الأسرة الجزائري فنفقة الغذاء (الطعام) واجبة على الزوج، بنص المادة 78 من قانون الأسرة، دون تحديد لمقدارها تماشياً مع ما قاله جمهور الفقهاء.

ثانيا- نفقة الكسوة:

اتفق الفقهاء⁽⁴⁾ على أن وجوب الكسوة للزوجة على الزوج، والاعتبار بالكفاية بقدر يسار واعسار الزوجين، واتفقوا بوجودها صيفاً، وشتاء لاختلاف اللباس في الفصلين، ويكون اللباس بما جرى به العرف والعادة باختلاف الأزمنة والأمكنة، وزاد الشافعية⁽⁵⁾ على الملبس الأفرشة المعتادة للمسكن، وزاد المالكية⁽⁶⁾ للكسوة كل ما تعلق بالزينة من دهن، وكحل، وحناء، وكل ما اعتاده النساء لإزالة الشعث كالمشط والمكحلة والنضوح⁽⁷⁾، وما هو مستحدث كمستلزمات النظافة كالمعقمات والصابون وكل ذي صلة.

نفقة الكسوة واجبة على الزوج طبقاً لنص المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري المعدل، حيث لم يقدرها القانون، تاركاً ذلك لقاضي الموضوع ويخضع تحديدها للعرف الجاري، مع مراعاة الحالة الاجتماعية للزوجين.

(1) الكاساني، المرجع السابق، ج4، ص23. ابن جزى، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص141. موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج8، ص195. وقد فصل الفقهاء في نوعية الطعام من خبز، وإدام، وزيت، وخل، وماء، ولحم، وغيرها.. للمزيد انظر وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج8، ص753.

(2) السرخسي، المرجع السابق، ج5، ص182. موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج8، ص197. الصاوي، المرجع السابق، ج2، ص731 وما يليها.

(3) النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج9، ص40-42. وقد استدلووا بالآية: ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾ سورة المائدة، الآية 89. قياساً على الكفارة.

(4) الكاساني، المرجع السابق، ج4، ص23. ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج3، ص76. الشريبي، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج5، ص157. بهاء الدين المقدسي، العدة شرح العمدة، دار الحديث، القاهرة، مصر، (د.ط)، 2003، ص430.

(5) النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج9، ص42.

(6) المواقيت المالكي، المرجع السابق، ج5، ص545.

(7) النضوح: طيب فواح الرائحة.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

ثالثا- نفقة السكن أو أجرته:

أجمع الفقهاء على وجوب توفير الزوج للزوجة سكنا ملائما يتناسب مع حالهما معا، والمسكن هو ذلك الموضع المعدّ للسكن، والمشمول على كل المرافق اللازمة للاستقرار فيه من مثله لمثلها، وهو المنصوص عليه في الآية الكريمة في قوله تعالى: ﴿اسْكُنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾⁽¹⁾، وإن كانت هذه الآية مخصوصة بالمطلقات، إلا أن من كانت في العصمة الزوجية أولى، وفي حال الطلاق على الزوج توفير سكن أو بدل إيجار⁽²⁾، وأقل السكن الذي يجب على الزوج توفيره لزوجته:

- أن يحوي حجرة مستقلة بمرافقها المشتملة على مطبخ ودورة مياه، وينغلق عليه باب خاص، حيث تأمن فيه الزوجة على نفسها ومالها، هذا إن كانا معسرين أو متوسطي الحال، أما إذا كان موسرا فله أن يسكنها بدار تليق بمقامهما⁽³⁾، وفرق المالكية بين المرأة الشريفة ذات القدر لها أن تطلب سكنا منفردا أما في حال عدم اشتراطه في العقد فإنها تسكن مع أهله، أما الوضيعة قليلة الحال قليلة الصداق ليس لها أن تطلب السكنى بمفردها، ولو لم يشترط الزوج ذلك عند العقد، مادام في البيت متسع ولم تتضرر من أهله، فإذا تضررت منهم فلها حق طلب سكن منفرد⁽⁴⁾.

- أن يكون السكن منفردا وخاليا من الغير، ولو كان من أهله وأولاده باستثناء الولد غير المميز، وبالمقابل لا يحق لها إسكان أي أحد من أولادها من زوج آخر أو أهلها دون رضی الزوج، وأن يكون المسكن في حال تأمن فيه على نفسها ومالها⁽⁵⁾.

- أن يكون المسكن مفروشا بما يناسب العصر في حدود قدرة الزوج، فإن لم يستطع فلا يجب عليه، وعليه تزويدها ببعض أدوات الطبخ سواء التقليدية أو الآلات الحديثة لأنها ضرورية في عرف وعادات الناس⁽⁶⁾.

أما قانون الأسرة الجزائري فقد أوجب المسكن أو أجرته بنص المادة 78 منه، دون أي يذكر الضوابط التي تنظم مسكن الزوجية، وما يشمله تاركا ذلك للعرف والعادة.

(1) سورة الطلاق، الآية 06.

(2) محمد محدة، المرجع السابق، ص 384 وما يليها.

(3) الصادق الغرياني، الأسرة، المرجع السابق، ص 158.

(4) الصادق الغرياني، نفس المرجع، ص 159.

(5) محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 224.

(6) مبروك المصري، المرجع السابق، ص 466.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

أما قضاء المحكمة العليا، فجاءت العديد من قراراته مؤكدة للسكن المنفرد للزوجة، حيث نص أحدها على : "لا يعد نشوز، امتناع الزوجة عن الرجوع، في حالة عدم توفير الزوج المسكن المستقل، المحكوم به قضاء"⁽¹⁾.

رابعا- نفقة العلاج:

يرى فقهاء الشريعة الإسلامية عدم وجوب نفقة العلاج على الزوج، بل تقع على عاتق الزوجة، أو من هو مُلزم بنفقتها⁽²⁾، وبالمقابل نُقلت بعض الأقوال الأخرى عن المالكية⁽³⁾توجب نفقة العلاج للزوجة على الزوج، أما الفقهاء المحدثين فجلهم ذهب إلى إلزام الزوج بنفقة علاج زوجته، حيث يقول الأستاذ وهبة الزحيلي في هذا المقام: "ويظهر لدي أن مداواة لم تكن في الماضي حاجة أساسية (...). فاجتهاد الفقهاء مبني على عرف قائم في عصرهم. أما الآن فقد أصبحت الحاجة إلى العلاج كالحاجة إلى الطعام والغذاء، بل أهم"⁽⁴⁾، ولعل نفقة العلاج لم تكن مُكلفة في زمن الفقهاء المتقدمين مثلما هو عليه اليوم⁽⁵⁾، والراجح وجوب نفقة علاج الزوجة على الزوج، لأن النفقة على الزوجة بكل مشتملاتها نابعة من المعاشرة بالمعروف لقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽⁶⁾، ومن المعاشرة بالمعروف أن ينفق عليها حال مرضها ويداويها ويعتني بصحتها، وليس من المروءة أن يمسكها حال صحتها ويردها إلى أهلها حال مرضها⁽⁷⁾.

اتفق الفقهاء القدامى⁽⁸⁾ والمحدثين⁽⁹⁾ على وجوب نفقة الحمل، والولادة، وأجرة القابلة، والنفاس، واعتبارها من نفقة العلاج للزوجة، رغم اتفاقهم على عدم وجوب نفقة العلاج كما تقدم.

(1) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 653323، 2011/11/10، مذكور سابقا.

(2) ابن عابدين، المرجع السابق، ج3، ص575. المواق المالكي، المرجع السابق، ج5، ص545. الشريبي، الإقناع، المرجع السابق، ج2، ص486. موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج8، ص199.

(3) عيش، المرجع السابق، ج4، ص392. وهو قول الفقيه ابن عبد الحكم المالكي.

(4) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج8، ص750.

(5) هناك من عدّد ثلاث أسباب لعدول الفقهاء قديما عن نفقة علاج الزوجة : 1- أن النساء في القديم كانوا يعالجن أنفسهن بأنفسهن بما يتوفرن عليه من أعشاب عكس وقتنا الحاضر، 2- أن الطب لم يكن بالتقدم المعروف اليوم، وكان مبنيا على تجارب منقوصة، الأمر الذي يجعل اعتقاد البعض أنه سحر، مما جعل بعض الفقهاء يتحرج من إباحته-3- لم يعتبر من الضروريات كباقي المشتملات إنما هو عارض طارئ ويشترط الفقهاء كفاية النفقة في عناصرها الدائمة، كالطعام وغيره. للمزيد انظر خالد بن عبد الله المزني، " نفقة الزوجة في العصر الحاضر"، مجلة قضاء، ع3، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الجمعية العلمية القضائية السعودية، المملكة العربية السعودية، فبراير 2014، ص200 وما يليها.

(6) سورة النساء، الآية 19.

(7) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج8، ص750.

(8) ابن نجيم، المرجع السابق، ج4، ص192. الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص510. المرادوي، المرجع السابق، ج24، ص301. النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج9، ص51.

(9) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج8، ص762. دليلة فركوس، جمال عياشي، المرجع السابق، ص223.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

أما قانون الأسرة الجزائري، أخذ برأي الفقهاء المتأخرين وذلك بإلزام الزوج بنفقة علاج الزوجة ومصاريفها، وهو ما جاء في المادة 78 منه، حيث نصت: "...والكسوة والعلاج..."، ويدخل ضمن مصاريف التطبيب علاج كل الأمراض بأنواعها الثلاثة: الجسدية، والنفسية، والعقلية، طارئاً كان المرض أو ملازماً، وتتضمن المصاريف كذلك العمليات الجراحية والأدوية، والإقامة بالمستشفيات، وجميع الفحوصات، والأشعة والتحليلات، وكل ما له علاقة بالمرض وعلاجه، وكل ما رأى الطبيب أنه من الوسائل الضرورية لعلاج الزوجة⁽¹⁾.

أما نفقة النفاس ولو سكت عنها قانون الأسرة الجزائري إلا أنه من خلال التطبيق القضائي، نجد أن قرارات المحكمة العليا⁽²⁾ أوجبت على الزوج مصاريف الولادة، والنفاس، والعناية بصحة النفساء، وهذا ما ورد في أحد قرارات المحكمة العليا حيث نص: "...تشمل مصاريف النفاس، مصاريف العناية بصحة النفساء وصحة طفلها، ونظامها الغذائي لمدة معينة، ولا تقتصر على العلاج والأدوية فقط"⁽³⁾. في القانون المقارن نجد قانون الأحوال الشخصية الأردني، قد نص على نفقة القابلة والطبيب، إذ جاء في المادة 70 منه: "أجرة القابلة والطبيب الذي يُستحضر لأجل الولادة عند الحاجة إليه، وثمان العلاج وأجور المستشفى والنفقات التي تستلزمها الولادة أو التي تنشأ بسببها، يلزم بها الزوج بالقدر المعروف حسب حاله سواء كانت الزوجية قائمة أو غير قائمة"⁽⁴⁾، ويقول الأستاذ محمد حسن القضاة في شرح هذه المادة من النفقة الزوجية الواجبة نفقة أجرة القابلة أو الطيبة أو الطبيب وأجرة المستشفى، وثمان الأدوية، ولا يهم الزوجية قائمة أو غير قائمة، لأن الأصل سلامة المولود وأمه يعني الأصل والفرع في آن واحد، ولأن آثار الزوجية مازالت قائمة، فالمولود هو حلقة الوصل بين الزوجين حال انفصالهما⁽⁵⁾.

خامساً- ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة:

ورد في الفقرة الأخيرة من المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري، نص يفتح المجال أمام العرف والعادة لتحديد كل ما هو ضروري لنفقة الزوجة والأولاد، حيث نصت: "...وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"، لأن حصر كل مشتملات النفقة في نص قانوني يعد مستحيلاً، ومن الضروريات

(1) محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ج 6، ص 231.

(2) هناك من القرارات ما اعتبرت مصاريف الولادة والنفاس من الضروريات التي جرى العرف والعادة عليها، حيث جاء في مضمون القرار: "ومن ثم يصوغ (يسوغ) للطاعنة أن تطالب بمصاريف النفاس باعتباره من الضروريات في عرف وعادات العائلة الجزائرية، وفق التعريف الوارد بالمادة 78 من ق.أ.". المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 502268، 2009/06/10، م م ع، 2011، ع 2، ص 266.

(3) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 594435، 2011/01/13، م م ع، 2010، ع 1، ص 219.

(4) قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (36) لعام 2010.

(5) محمد حسن القضاة، الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، (دن)، عمان، الأردن، ط 1، 2012، ج 1، ص 231.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

بعض المستجدات التي قد تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة، كمصاريف التمدرس وتعليم الأولاد، ومصاريف العيدين.

الفرع الثالث: تقدير النفقة⁽¹⁾:

يقصد بتقدير النفقة، هو مراعاة حال الزوجين عسرة، ويسرة حال تقدير مفروض الزوجة من النفقة، وهي مسألة اختلف فيها الفقهاء، وانعكس ذلك على قانون الأسرة، لذا سأتناول في هذا الفرع تقدير النفقة في الفقه الإسلامي، ثم في قانون الأسرة الجزائري.

أولا- تقدير النفقة في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في تقدير النفقة إلى قولين:

القول الأول: ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من مالكية وحنابلة وقول للحنفية⁽²⁾، من أن النفقة تقدر حسب حال الزوجين معا، فيجب على الزوج الموسر لزوجته الموسرة نفقة الموسرين، وعلى المعسر للمعسرة نفقة المعسرين، وعلى الموسر للمعسرة نفقة وسط بين نفقة الموسرين والمعسرين، وعلى المعسر للموسرة نفقة وسط، ويلزم بأداء جميع المفروض إليها، إلا أنه موكل له بأداء النفقة بقدر كفايتها⁽³⁾، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمُؤَلَّدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽⁴⁾، ويستدل من الآية نصها على وجوب النفقة للزوجة بالمعروف ومعناه في الآية النفقة تكون على قدر حال الزوج في ماله، والزوجة في منصبها⁽⁵⁾، كما استدلوا بحديث عائشة رضي الله عنها: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف".

القول الثاني: هو ما ذهب إليه الشافعية والحنفية⁽⁶⁾، من اعتبار حال الزوج وحده سواء كان ميسور الحال أو معسرا، ودليلهم قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا

(1) كذلك وضَّح الفقهاء طريقة استيفاء النفقة بعد تقديرها إما: 1- التمكين: وهو قيام الزوج من تلقاء نفسه بالإنفاق، دون أن يُطلب منه ذلك بتوفر مشتملاتها مباشرة دون نقود، أو يعطها مبلغا من النقود كل فترة في منزل الزوجية، تستوفي منه الزوجة حاجتها ما يكفها من شراء طعام وكسوة، وهي الطريقة الأصل في النفقة التي أساسها المعاشرة بالمعروف. 2- التمليك: عندما لا يقوم الزوج بتوفير حاجيات الزوجة بالنفقة، أو وقر لها أقل من كفايتها، يحق للزوجة الطلب من الزوج فرض نفقة لها، أو زيادة ما يلزم لها، فإن أجاها انتهى الأمر، وإلا رفعت أمرها للقاضي لتقديرها، وسميت بالتمليك لأن الزوجة تملك ما يفرض لها من نفقة وتتصرف فيه كيفما شاءت. انظر رمضان الشرنباصي، جابر الشافعي، المرجع السابق، ص 289. ومن القوانين المقارنة التي تكلمت عن طرق استيفاء النفقة قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، حيث نصت المادة 66 فقرة ب: "يلزم الزوج بدفع النفقة إلى زوجته إذا امتنع عن الإنفاق عليها أو ثبت تقصيره". قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني وتعديلاته رقم 61 لسنة 1976. للمزيد انظر عثمان التكروري، المرجع السابق، ص 130.

(2) عبد الباقي الزرقاني، المرجع السابق، ج 4، ص 438. الحجاوي المقدسي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق عبد اللطيف السبكي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت)، ج 4، ص 136. الكاساني، المرجع السابق، ج 4، ص 24. وعند الحنفية قال بهذا الرأي الإمام الخصاصي رحمته الله.

(3) محمد معي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 142.

(4) سورة البقرة، الآية 233.

(5) ابن جزي، التسهيل لعلوم التنزيل، تحقيق عبد الله الخالدي، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، لبنان، ط 1، 1416، ج 1، ص 125.

(6) الماوردي، المرجع السابق، ج 11، ص 423. الكاساني، المرجع السابق، ج 4، ص 24. وعند الحنفية قال بهذا الرأي الإمام الكرخي رحمته الله.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴿١﴾، وعليه فالقول الراجح ما ذهب إليه الجمهور من اعتبار لحال الزوج والزوجة معا يسارا أو اعسارا لما فيه من تيسير على الموسر والمعسر.

ثانيا- تقدير النفقة في قانون الأسرة الجزائري:

سار قانون الأسرة الجزائري على مذهب جمهور الفقهاء، مراعيًا في ذلك حال الطرفين ابتداءً بالزوج ومدخوله، وظروف معيشته في الوسط الاجتماعي، وكذلك حال الزوجة المستحقة للنفقة، وهو ما جاء في المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش.."، وسايرت المحكمة العليا⁽²⁾ في كثير من قراراتها ما جاء في قانون الأسرة من الأخذ بعين الاعتبار حال الزوج والزوجة معا في تقدير النفقة، يبقى أن الأصل والمعول عليه دائما في تحديد النفقة هو النظر إلى حال الزوج ووضعه المالي، ومستوى الأسعار والوضع الاقتصادي للبلاد يوم الحكم بالفرقة، عملا بما جاء في نص المادة 79، والقاضي حال حكمه بالنفقة مُجَبَّرٌ على تسبب قراره المحدد لها، مع ذكر أدلة الإثبات من مستندات، ووثائق التي اعتمد عليها في تحديد النفقة⁽³⁾، فقد جاء في قرار للمحكمة العليا: "إن عدم الاطلاع على الوضعية المادية والاجتماعية للزوج وعلى مرتبه الشهري وإغفال ذكر السندات التي اعتمد عليها في تقدير مبلغ النفقة، كل ذلك يجعل القرار مستوجب النقض"⁽⁴⁾.

بالإضافة إلى تقدير النفقة أدرجت المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري، مسألة أخرى تتمثل في إمكانية مراجعة مبلغ النفقة الملزم بها الزوج، وتعديلها إما بالزيادة أو النقصان، لكن بشرط أن يمضي على الحكم مدة سنة⁽⁵⁾، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 79 على: "...ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"، ويرجع السبب المباشر في إعادة النظر في قيمة النفقة، الوضع المالي للزوج أو تغيير الظروف المعيشية، فقد يتحسن وضع الزوج المادي عن ما كان عليه وقت فرضها، فللزوجة حينئذ حق طلب إعادة النظر في النفقة، بما يتناسب ووضعه المادي المتيسر، وقد يسوء وضع الزوج المالي فيطلب من القاضي انقاص قيمة النفقة بما يتناسب ووضعه المالي المتعسر، وفي الفقه القانوني يرى البعض أن المدة التي اعتمدها قانون الأسرة الجزائري في مراجعة تقدير النفقة طويلة والمقدرة بسنة كاملة، وبالتالي وجب على المشرع إعادة النظر فيها وتقليصها إلى ستة أشهر كما هو جار العمل به في

(1) سورة الطلاق، الآية 07.

(2) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 44630، 09/02/1987، م ق، 1990، ع3، ص55. المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 51715، 16/01/1989، م ق، 1992، ع2، ص55.

(3) العربي بلحاج، أحكام الزوجية، المرجع السابق، ص591.

(4) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 21823، 15/12/1980، ن ق، 1981، ع2، ص105.

(5) دليلة فركوس، جمال عياشي، المرجع السابق، ص232.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

بعض القوانين المقارنة⁽¹⁾، حيث نجد من أوجيها في ست شهور فقط، وهو توجه قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني حيث جاء في المادة 71 منه: "لا تسمع دعوى الزيادة او النقص في النفقة المفروضة قبل مضي ستة أشهر على فرضها ما لم تحدث طوارئ استثنائية كارتفاع الأسعار"⁽²⁾.

قضاء المحكمة العليا سار على ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 79 حيث ورد في أحد القرارات: "من المقرر قانونا أنه يجوز للقاضي مراجعة النفقة بعد مضي سنة من الحكم...."⁽³⁾.

اعتبر قانون الأسرة الجزائري وفق المادة 79 سالفه الذكر الأحكام القضائية الخاصة بالنفقة، أحكاما وقتية لا يترتب عليها أي مراكز ثابتة⁽⁴⁾، وبالتالي يجوز مراجعتها بالزيادة والنقصان، متى استدعى الأمر شريطة مرور سنة على الحكم، لكن المشرع قيد مدة سنة دون استثناءات طارئة قد تحدث خلال السنة التي حكمت بها النفقة، فقد تكون الاستثناءات الطارئة حالات مستعجلة كالعلاج الذي يقتضي مصاريف هامة⁽⁵⁾، وحبذا لو أضاف المشرع الجزائري للفقرة الثانية من المادة 79 استثناء، مفاده إعادة النظر في النفقة يكون بعد مرور سنة كاملة، إلا في حالات استثنائية مستعجلة، وهو ما أورده مدونة الأسرة المغربية في المادة 192 منها إذ نصت: "لا يقبل طلب الزيادة في النفقة المتفق عليها، أو المقررة قضائيا أو التخفيض منها، قبل مضي سنة، إلا في ظروف استثنائية"⁽⁶⁾.

الفرع الرابع: موجبات⁽⁷⁾ النفقة الزوجية

المقصود بموجبات النفقة هي الأسباب التي على إثرها تجب النفقة بعد صحة العقد، وما يقابل النفقة للزوجة على الزوج، فإذا لم يقدم أحدهما للآخر ما يقابله جاز له منعه من حقه، وهو ما سأتناوله من خلال هذا الفرع، متطرقا لموجبات النفقة في الفقه الإسلامي واختلاف الفقهاء فيها، ثم في قانون الأسرة الجزائري.

(1) الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 151.

(2) قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، المرجع السابق.

(3) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 136604، 23/04/1996، م ق، 1997، ع 2، ص 89.

(4) عادل حاميدي، المرجع السابق، ص 528.

(5) عادل حاميدي، نفس المرجع، ص 529.

(6) مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

(7) موجبات النفقة وهي أسباب وجوبها، وقد عددها الفقهاء في ثلاث أسباب وهي الزوجية، والقربة، والمملك، فالنفقة الزوجية ما ينفقه الزوج على زوجته بالعقد الصحيح (وهي محل دراستنا في هذا المبحث)، والقربة من نفقة على الأصول والفروع (الأبوين والأولاد)، والمملك هو ما يملكه الانسان من خدم (نظام الرق قديما) وحيوان ونبات، وقد سكت المشرع الجزائري عن موجبات النفقة، ومن القانون المقارن نجد مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية قد ذكرتها ضمن المادة 142: "موجبات النفقة هي: الزوجية والقربة والالتزام". انظر مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، المرجع السابق.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

أولا- موجبات النفقة الزوجية في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في موجبات النفقة الزوجية، إلى ثلاثة أقوال⁽¹⁾ :

القول الأول: وهو لابن حزم الظاهري⁽²⁾، وقول للشافعية⁽³⁾، وقول للمالكية⁽⁴⁾، من أن موجبات النفقة هو العقد الصحيح، فإذا قام العقد صحيحا بأركانه وشروطه وجبت النفقة، والعلة عندهم أن سبب الوجوب هو العقد، وما جاء بعده من آثار لا يسقط بالمعتبر به (العقد)⁽⁵⁾، ودليلهم في ذلك قوله ﷺ: "ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"⁽⁶⁾، ولا تسقط نفقتها بنشوز أو صغر.

القول الثاني: وهو ما قال به الحنفية⁽⁷⁾، من وجوب النفقة بالعقد الصحيح لكن بشرط تحقق الاحتباس⁽⁸⁾، بحيث يؤدي الاحتباس إلى استيفاء المقصود من الزواج، فالقاعدة الشرعية تقول: "كل من حبس لمصلحة غيره ومنفعته فإن نفقته واجبة على من حبسه لمصلحته ومنفعته"⁽⁹⁾، فإذا كانت الزوجة غير رافضة الانتقال إليه والدخول بها حقيقة أو حكما لزم لها النفقة، ولهذا لا تجب النفقة في الزواج الفاسد لعدم تحقق حقيقة الاحتباس⁽¹⁰⁾.

القول الثالث: وهو ما قال به جمهور الفقهاء⁽¹¹⁾ من مالكية، وشافعية، وحنابلة، من أن النفقة تجب بالعقد الصحيح وهو المتفق عليه عند جميع الفقهاء، وأضافوا له شرطا آخر وهو تمكين الزوجة نفسها للزوج تمكينا تاما، إذ العقد وحده غير كافٍ بل يستوجب التمكين بالاستمتاع، لأن الاستمتاع وحده لا يوجب النفقة للتي وُطئت في نكاح شبهة، وأضاف المالكية بالإضافة للتمكين دعوتها له أو ولها إلى الدخول بعد مدة من العقد، فإن لم يستجب لزمته نفقتها⁽¹²⁾، والدليل: "تزوج النبي ﷺ

(1) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، المرجع السابق، ج 41، ص 36 وما يليها. وانظر كذلك عبد السلام بن محمد الشويعر، أثر عمل المرأة في النفقة الزوجية، بحث محكم قدم حلقة البحث التي أقامها مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 2011، ص 12 وما يليها.

(2) ابن حزم، المرجع السابق، ج 9، ص 249. نوقش توجه ابن حزم رحمه الله نحو استحقاق الناشز للنفقة بأنه يؤدي عند تطبيقه إلى فساد الحياة الزوجية وعدم استقرارها. انظر محمد بلتاجي، دراسات في الأحوال الشخصية، دار السلام للطباعة والنشر، مصر، ط 1، 2006، ص 89.

(3) أحمد القليوبي، أحمد عميرة، المرجع السابق، ج 4، ص 78. وهو قول الشافعي في القديم.

(4) ابن عبد البر، الكافي، المرجع السابق، ج 2، ص 559. وقد قال به ابن القاسم المالكي.

(5) عبد السلام بن محمد الشويعر، المرجع السابق، ص 12.

(6) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحاج، باب حجة النبي ﷺ، حديث رقم 1218، ج 2، ص 886.

(7) الكاساني: بدائع الصنائع، ج 4، ص 16.

(8) يعرف الاحتباس على أنه تكريس المرأة نفسها لخدمة زوجها مع الحرص على توفير الأسباب لتكوين أسرة سعيدة لا يعترها الشقاء. فضيل سعد، المرجع السابق، ص 185.

(9) محمد معي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 137.

(10) سعد محمد حسن أبو عبدة، النفقة الزوجية في الشريعة الإسلامية، كلية الشريعة والقانون جامعة أسيوط، مصر، ط 1، 2001، ص 17.

(11) ابن جزي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص 147. الشريبي، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 5، ص 165 (قول الشافعي في الجديد). موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 8، ص 195.

(12) ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج 3، ص 77.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

عائشة وهي بنت ست سنين، وبني بها وهي بنت تسع، ومكثت عنده تسعا⁽¹⁾، لم ينفق النبي ﷺ على عائشة ﷺ حتى تم الدخول ولو أنفق رسول الله ﷺ عليها لبلغنا، ولو كان حقا لأمنا عائشة ﷺ لساقه إليها، ولما استباح أن يوفىها من حق واجب لها⁽²⁾.

الترجيح: القول الراجح من الفقهاء هو القول الثالث الذي أوجب النفقة بالعقد الصحيح والتمكين مع دعوته للدخول، فإن لم يستجب للدعوة وتماطل وجبت عليه نفقتها، وبرئت ذمة الزوجة، وإذا دعاها ولم تستجب، سقطت نفقتها إلا إن كان هناك مسوغ شرعي مقبول، فعليه في هذه الحالة نفقتها، وأما من رجح قول الحنفية بوجوب النفقة بتحقيق الاحتباس، كان رأيه أن النفقة ليست مقابل الوطاء، ولو كان كذلك لسقطت حال حيض المرأة ونفاسها، لتعذر الحصول على السبب الموجب، لذلك كانت للاحتباس أولى.

ثانيا- موجبات النفقة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري:

جاء في نص المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة..."، من ظاهر النص يتبين أن قانون الأسرة الجزائري، اتبع جمهور الفقهاء في اعتبار موجبات النفقة بالعقد الصحيح مع الدخول والتمكين، أو دعوته للدخول وهو ما قال به المذهب المالكي⁽³⁾، وعليه فمن فحوى المادة يُفهم أن من كان عقد زواجها صحيحا، وتم الدخول بها فلها النفقة، ولها النفقة كذلك إن لم يتم الدخول الحقيقي بها متى أثبتت قبوله، ولا يكون لها ذلك إلا بدليل اثبات، كدعوتها له بالدخول عن طريق القضاء وامتنع فحينئذ لها النفقة⁽⁴⁾، ويستنتج كذلك من النص القانوني أن الزوجة المعقود عليها عرفيا لا نفقة لها، إلا في الحالة التي يتم فيها العقد بصفة رسمية وصحيحة ويتباطأ الزوج في الدخول لسبب غير شرعي، وفي هذه الحالة تطلبه الزوجة للدخول بشكل صريح⁽⁵⁾، وبعض فقهاء قانون الأسرة يرى أن استحقاق النفقة يكون من يوم العقد، لأن الزوجة أصبحت زوجة للعاقد عليها وبالتالي فهي محبوسة له⁽⁶⁾، وهو ما قال به -كما ذكرت سابقا- المذهب الظاهري وبعض المالكية.

الظاهر أن سبب تأخير النفقة إلى الدخول من منظور الفقه الاسلامي، هو ما يرتبه الزواج من أحقية الزوج في احتباس الزوجة وطاعته، فتثبت لها النفقة وهو ما يتحقق به الهدف من الزواج،

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، باب النكاح، باب من بنى بامرأة وهي بنت تسع سنين، حديث رقم 5158، ج 3، ص 244.

(2) الماوردي، المرجع السابق، ج 11، ص 437.

(3) يقول ابن رشد الحفيد: "فإن مالكا قال: لا تجب النفقة على الزوج حتى يدخل بها أو يدعى إلى الدخول بها". انظر ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج 3، ص 77.

(4) محمد محدة، المرجع السابق، ص 358.

(5) فضيل العيش، المرجع السابق، ص 71.

(6) الغوثي بن ملح، المرجع السابق، ص 80.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

بالرغم من أن حق الاحتباس والطاعة مقابل النفقة لم يعد مقبولا في منظور مشرعي قوانين الأسرة المعاصرة، والتي تبنت مبدأ المساواة بين الزوجين، والبُعد عن كل ما يمس كرامة المرأة والزوجة -في نظرهم- من تفسير أو تأويل فقهي، إلا أن الأستاذ محمد الكشيبور يرد أن: النفقة تبقى واجبة للزوجة على زوجها لأن الشريعة الإسلامية أوجبت ذلك⁽¹⁾، ويقول: "ولا نضيف شيئا آخر تبريرا للقاعدة، فالتبرير هو حكم الله سبحانه وتعالى في قوله: ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ﴾"⁽²⁾"
(3)

الناظر لقرارات المحكمة العليا، يجدها قد اتبعت ما قرره المادة 74 من قانون الأسرة من اعتبار الدخل الحقيقي والحكمي (دعوته لها بالدخول)، من موجبات النفقة الزوجية، حيث جاء في قرار: "إن حق النفقة مرتبط بحق التمتع بالزوجة ولو حكما"⁽⁴⁾، وفي قرار مشهور قُرّر فيه الدخل كموجب للنفقة: "ومن المقرر أيضا أن الدخل المسلم به يوجب العدة حتى ولو اتفق الطرفان على عدم الوطاء ويوجب نفقتها ونفقة ما قبلها في غياب المسقط عليها ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون في غير محله يستوجب رفضه"⁽⁵⁾.

أما القضاء المغربي اعتبر رفع دعوى النفقة من زوجة غير مدخول بها، هي في الحقيقة دعوة إلى الدخل، وعلى إثره تستحق الزوجة النفقة⁽⁶⁾.

المطلب الثاني: بعض المسائل المسكوت عنها في النفقة الزوجية

لم ينظم قانون الأسرة الجزائري جميع أحكام النفقة المثبوتة في كتب الفقه الإسلامي، والتي اعتمد عليها القضاء كسند ضروري عند الحكم سدا للفرغ القانوني المترتب عن هذا السكوت، لكن ليست كل المسائل يمكن الرجوع إليها بسهولة بين طيات المصادر، والكتب الفقهية المطوّلة، التي تحتاج إلى زاد لغوي، واستنباطي، لفك المعاني والألفاظ، والأحكام في المتون والحواشي، ما يجعل الكثير من القضاة يستعينون بالشروح الفقهية مثل شرح مختصر خليل، و يجعل مهمة القاضي صعبة كالماشي في دروب وعرة باحثا ومستقصيا في المادة الفقهية، مازجا بين أحكام الفقه الإسلامي ومواد قانون الأسرة الجزائري، قاصدا بر الأمان وكله حرص على أن يخرج الحكم مضبوطا مستجيبا

(1) يقصد أن الشريعة الإسلامية أوجبت النفقة في مقابل الاحتباس، لأن الزوجة تكون حينئذ متفرغة لخدمة الزوج، ومن المعقول أن من فرغ نفسه لخدمة غيره فنفاقته تكون على من احتبسه. انظر محمد الكشيبور، المرجع السابق، ج 1، ص ص 509-510.

(2) سورة الأحزاب الآية 50

(3) محمد الكشيبور، المرجع السابق، ج 1، ص 510.

(4) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 39394، 10/02/1986، ن ق، 1988، ع 44، ص 151.

(5) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 55116، 02/10/1989، م ق، 1991، ع 1، ص 33.

(6) محمد الكشيبور، المرجع السابق، ج 1، ص ص 508-509.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

لمقتضيات المشكلة المطروحة، وقد يلجأ القضاة في كثير من الأحيان إلى الاجتهادات القضائية السابقة في قضايا النفقة عندما يستعصي عليه الأمر في المصادر الأخرى⁽¹⁾.

من وجهة نظر أخرى يجدر بالمحاكم في بعض الأحيان، الابتعاد عن الاستدلال بالفقه الإسلامي في بعض قضايا النفقة (مثلا موجباتها)، إلا إذا كانت مضطرة التماسا للحل، كتقييد مطلق أو تفصيل مجمل، منعا من الوقوع في فوضى الاجتهاد ومساوئه⁽²⁾، لأن مناقشة أسباب وجوب النفقة مثلا من احتباس أو عقد أو استمتاع هو نقاش متجاوز من قبيل تحصيل الحاصل، لأن النفقة غدت واجبة بالعقد، دون الالتفات لما أقره التقنين من اتباع للمذهب المالكي، من أن النفقة واجبة بالدخول أو دعوتها إليه، ولأن واقعة الدخول صعبة الإثبات، على اعتبار أن دعوى المطالبة بالنفقة لغير المدخول بها، هي في الأصل دعوة للزوج للدخول بها قبل أن تكون للنفقة، وهو ما سار عليه القضاء المغربي⁽³⁾. عليه سأعرض في هذا المطلب بعض المسائل التي سكت عنها قانون الأسرة الجزائري في المواد المنظمة لأحكام النفقة، من بينها شروط استحقاق النفقة، وبعض مسقطاتها كالنشوز، ثم عمل الزوجة كمسكوت عنه، عارضا كل مسألة من جانبا الفقهي، متطرقا لمواطن سكوت القانون فيها، مبينا سبب سكوته، وذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول: شروط استحقاق النفقة كمسكوت عنها:

رغم ذكر قانون الأسرة الجزائري لأسباب وجوب النفقة، إلا أنه لم يتطرق لشروطها، وعليه سأتطرق في هذا الفرع إلى شروط استحقاق النفقة في الفقه الإسلامي، ثم في قانون الأسرة الجزائري، مع تبيان سكوت القانون وسببه.

أولا- شروط استحقاق النفقة في الفقه الإسلامي:

يمكن اجمال شروط استحقاق النفقة في الفقه الإسلامي إلى ثلاث⁽⁴⁾:

أ- **العقد الصحيح**: يشترط لوجوب النفقة أن يكون عقد الزواج بين الزوجين صحيحا، فالمرأة التي عقد نكاحها فاسدا، أو متزوجة زواج شبهة لا نفقة لها، لأن النفقة مقابل الاحتباس والتسليم وهما منفيان في العقد الفاسد، وزاد المالكية أن تدعوه للدخول فإذا لم تدعه فلا نفقة لها⁽⁵⁾، وإن كان العقد صحيحا فيجب أن لا تفوت عليه حق الاحتباس وإلا اعتبرت ناشزا، إلا إذا كان لها أسباب وجيهة تدفعها كاحتجاجها على دفع معجل صداقها، أو عدم إعداد بيت زوجية يليق بها للانتقال إليه،

(1) عادل حاميدي، المرجع السابق، ص 545-547.

(2) عادل حاميدي، نفس المرجع والصفحات.

(3) عادل حاميدي، نفس المرجع والصفحات.

(4) جميل فخري جانم، آثار عقد الزواج، المرجع السابق، ص 230.

(5) الدسوقي، المرجع السابق، ج 8، ص 508. ابن عابدين، المرجع السابق، ج 3، ص 572. الشريبي، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 5، ص 165،

موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 8، ص 195.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

والظاهرة لم يعترفوا إلا بشرط واحد وهو العقد الصحيح، فهو عندهم وحده كاف لاستحقاق النفقة⁽¹⁾.

ب- أن تكون الزوجة مطيقة للوطء صالحة للمعاشرة الزوجية، ولها القدرة على القيام بشؤون البيت، أما إن كانت صغيرة فلا نفقة لها⁽²⁾.

ج- تمكين نفسها من الزوج تمكيناً تاماً: شرط أن تكون سليمة من العيوب الجنسية، وهو متفق عليه بين الفقهاء مع اختلاف طفيف في مكان وزمان التمكين، وإن منعت نفسها دون مسوغ مشروع فلا نفقة لها، وعند الحنفية وجب على الزوجة تسليم نفسها إلى زوجها حقيقة أو حكماً، فالتسليم الحقيقي هو دخولها بيت الزوجية أم الحكمي فهو إبداء استعدادها للانتقال لبيت الزوجية بعد مطالبته لها بالانتقال⁽³⁾.

د- زاد المالكية⁽⁴⁾ عن باقي الفقهاء شرطاً وهو ألا يكون أحد الزوجين مشرفاً على الموت، لأن مرض الموت مانع للاستمتاع ينفي النفقة عن الزوجة، ما لم يتم الدخول بها، واشتراطوا كذلك بلوغ الزوج فلو كان صغيراً لم تجب نفقته لها ولو موسراً وقادراً على الوطاء ما لم يدخل بها، فإن دخل وجبت نفقته، وأن يكون الزوج موسراً قادراً على النفقة بماله، وإن ثبت اعساره فلا نفقة عليه⁽⁵⁾.

ثانياً- شروط استحقاق النفقة في قانون الأسرة الجزائري:

سكت قانون الأسرة الجزائري عن شروط استحقاق النفقة، ولم يذكرها ضمن النصوص القانونية المقررة للنفقة، وبالرغم من أن بعض شراح⁽⁶⁾ قانون الأسرة حاولوا استنتاجها من خلال المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري، لكن بالنظر للمادة المذكورة نجد فحواها، يتجه نحو أسباب وجوب النفقة الزوجية والمشروحة سابقاً، دون تبيان للشروط التي تستحق بها الزوجة النفقة على تفصيل.

- سبب سكوت القانون عن شروط استحقاق النفقة: يرجح سبب سكوت القانون عن الشروط هو ذكر بعض ما ينظمها ضمن نصوص قانون الأسرة، فعلى سبيل المثال فحكم نفقة الصغير غير البالغ، وردت ضمناً في المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري، التي تمنع زواج الصغير دون 19 سنة كاملة (سن الأهلية)، باستثناء من يملك ترخيصاً للترشيد من القاضي، وكذلك نفقة الصغيرة غير

(1) ابن حزم، المرجع السابق، ج9، ص249.

(2) ابن جزي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص147. ابن نجيم، المرجع السابق، ج4، ص188. ابن المفلح، المرجع السابق، ج7، ص142. الشيرازي، المرجع السابق، ج3، ص148.

(3) الصاوي، المرجع السابق، ج2، ص729. الكاساني، المرجع السابق، ج4، ص18. الشريبي، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج5، ص165، الحجواوي المقدسي، المرجع السابق، ج4، ص142. رمضان الشرنباصي، جابر الشافعي، المرجع السابق، ص278.

(4) المالكية فرقوا في الشروط بين المدخول بها وغير المدخول بها. انظر محمد محدة، المرجع السابق، ص358 وما يليها.

(5) محمد محدة، نفس المرجع، ص358-359.

(6) العربي بلحاج، أحكام الزوجية، المرجع السابق، ص581. دليلة فركوس، جمال عياشي، المرجع السابق، ص226.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

الصالحة للمعاشرة الجنسية، وبالتالي فممنع القانون لزواج الصغير هو ممنع لنفقة ناقص الأهلية أو عديمها، وعلى هذا فلا يمكن الزواج بصغيرة غير مدركة لحقوقها وواجبتها، وهي لا تستحق النفقة إلا بعد بلوغها والدخول بها، أو دعوة الزوجة الزوج للدخول بعد أن عقد عليها عقدا صحيحا⁽¹⁾، وقد اعتبر بعض من الفقه القانوني أن سكوت قانون الأسرة على شرط الصغر يعتبر إيجابيا، وذلك لزواله في أرض الواقع⁽²⁾.

أما في قرارات المحكمة العليا، التي يعتبر مضمون قراراتها كمكمل لما سكت عنه قانون الأسرة، فقد جعلت من شروط استحقاق النفقة ارتباطها بحق الاستمتاع بالزوجة ولو حكما، وهو ما قرره الفقه الحنفي - كما سبق ووضحت - فقد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا ما نصه: "إن حق النفقة مرتبط بحق التمتع بالزوجة ولو حكما"⁽³⁾.

أما في القانون المقارن، فنجد مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية ذكرت أسباب وجوب النفقة متبعة في ذلك المذهب المالكي، إضافة للشروط حيث نصت المادة 147 منها على: "تجب على الزوج نفقة زوجته إذا دخل بها أو دعت له للدخول بعد عقد صحيح بشرط كونه بالغا وهي مطيقة، وليس أحدهما مشرفا على الموت"⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: بعض مسقطات⁽⁵⁾ النفقة كمسكوت عنها لتفويت حق الزوج:

بعد عرض موجبات وشروط استحقاق نفقة الزوجة وتحققها، فنفقة الزوجة تصبح واجبة على الزوج، ولو كانت ماكثة عند أهلها، وإن تخلف أحد الشروط أو أكثر، فقد تفوت الزوجة على نفسها النفقة دون مبرر شرعي، ومن الشروط الموجبة للنفقة التي أوردها الفقهاء شرط الاحتباس، الذي لا يتحقق إلا بصحة العقد، فالعقد الباطل أو المفسوخ لا يحقق الاحتباس⁽⁶⁾، و تنافي هذا الأخير قد يكون بسبب من الزوجة أو بآخر خارج عن إرادتها، وحال تنافي الاحتباس تظهر عدة صور تعتبر كمسقطات للنفقة⁽⁷⁾، وقد سكت قانون الأسرة الجزائري عن بعض صور مسقطات النفقة، بسبب تنافي الاحتباس، وقد وقع اختياري على صورتين فقط من مسقطات النفقة وهما: سقوط النفقة بالنشوز، وسقوطها بخروج المرأة للعمل، وسبب هذا الاختيار يكمن في أن النشوز كان غير مسكوت عنه في قانون الأسرة قبل التعديل في المادة 37 فقرة 1، وتم السكوت عنه بإلغائه بعد التعديل، وهو

(1) العربي بلجاج، أحكام الزوجية، المرجع السابق، ص ص 584-585.

(2) فضيل سعد، المرجع السابق، ص 180.

(3) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 39394، 10/02/1986، المذكور سابقا.

(4) مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، المرجع السابق.

(5) تسقط بالأداء والابراء وموت أحد الزوجين .

(6) فضيل سعد، المرجع السابق، ص 185..

(7) من مسقطات النفقة والتي تنافي الاحتباس عند الفقهاء: المرأة الناشز، والمرأة المسافرة، والمرأة المغصوبة، والمرأة المحبوسة، والمعقود عليها بعقد فاسد، والصغيرة والمريضة، والمرأة العاملة.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

ما يدعو للبحث والتقصي عن سبب سكوت القانون عن النشوز في الحقوق الزوجية، واكتفى بالإشارة له كسبب من أسباب الطلاق في المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري، أما عمل المرأة وعلاقته بسقوط النفقة، فيعتبر من المسائل المستجدة، التي أثارت كثيرا من الإشكالات، لأن مسألة خروج المرأة للعمل دون أن تسقط نفقتها يحتاج إلى شروط وضوابط، وقد سكت قانون الأسرة الجزائري عن عمل المرأة، مما يستوجب البحث في المسألتين، مبينا مفهوم سقوط النفقة بالنشوز وسقوطها بخروج المرأة للعمل، ثم سبب سكوت قانون الأسرة عنهما، ودور القضاء في المسألتين.

أولا- نشوز الزوجة كمسقط للنفقة: المتفق عليه فقها أن المرأة الناشز لا نفقة لها بخلاف الظاهرية وقول للمالكية، وعليه سأتطرق لتعريف النشوز في اللغة والاصطلاح، وحكم نفقة المرأة الناشز، وصور النشوز، ثم أتعرض بعدها لموقف قانون الأسرة الجزائري من النشوز كسبب مسقط للنفقة وسبب سكوته عنه، ثم التطرق لموقف قرارات المحكمة العليا من المسألة.

أ- تعريف النشوز:

لتبيان مفهوم النشوز يقتضي منا الأمر تناول تعريفه في اللغة والاصطلاح والقانون.

1- النشوز في اللغة: النون والشين والزاء أصل سليم يشير إلى العلو والارتفاع، والنشز: الموضع العالي، والنشوز الارتفاع، ونشزت المرأة استصعبت على زوجها، ونشز الزوج ضرب وجفا⁽¹⁾، ومنه المرأة النشوز هي المرتفعة المتعالية عن زوجها، يقول تعالى: ﴿وَإِذَا قِيلَ انشُزُوا فَانشُزُوا﴾⁽²⁾ أي ارتفعوا وانضموا⁽³⁾.

2- النشوز في الاصطلاح:

النشوز عند الحنفية هو: "النشوز يكون من الزوجين وهي كراهة كل واحد منهما صاحبه"⁽⁴⁾، ويقول المالكية: النشوز هو "كراهية كل واحد من الزوجين صاحبه"⁽⁵⁾، وعند الشافعية: "مخالفة كل واحد منهما صاحبه"⁽⁶⁾، وعند الحنابلة: "وهو كراهة كل واحد من الزوجين صاحبه، وسوء عشرته"⁽⁷⁾. وبالتالي فتعاريف الفقهاء متقاربة تصب كلها في كون النشوز كراهية الزوجين لبعضهما وسوء عشرة كل واحد منهما للآخر.

(1) ابن فارس، المرجع السابق، ج5، ص ص 430-431.

(2) سورة المجادلة، الآية 11.

(3) القرطبي، المرجع السابق، ج3، ص 295.

(4) البابرقي، المرجع السابق، ج4، ص 215.

(5) القرطبي، المرجع السابق، ج5، ص 171.

(6) الشيرازي، المرجع السابق، ج2، ص 488.

(7) ابن المفلح، المرجع السابق، ج6، ص 263.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

يقول بعض الفقهاء أن النشوز يكون من الزوجة لا العكس، وردّ آخرون أن النشوز كما يكون من الزوجة يكون كذلك من الزوج⁽¹⁾، فيكون النشوز من الزوجة في الخروج عن طاعة زوجها، وعدم الامتثال لأوامره دون عذر شرعي، ومغادرتها مسكن الزوجية دون إذنه، ومنعه من معاشرتها والاستمتاع بها، باستثناء نشوزها لمسوغ شرعي حينها لا تعتبر ناشزا، وقد يكون من الزوج كذلك، بأن يُعرض عن الزوجة ويتجهم وجهه في وجهها، وينصرف عن جماعها ويسيء عشرتها⁽²⁾.

النشوز منصوص عليه في الكتاب الكريم في قوله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْتَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾⁽³⁾، أي : "تخافون عصيانهن وتعالين عما أوجب الله عليهن من طاعة الأزواج"⁽⁴⁾.

3- النشوز في القانون: سكت قانون الأسرة الجزائري عن النشوز، ولم يعط تعريفا له سواء قبل التعديل أو بعده، الأمر الذي يوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بنص المادة 222 لتعريفه.

ب- حكم نفقة المرأة الناشز:

وقع خلاف بين الفقهاء في حكم نفقة الناشز وانقسموا إلى رأيين، هل تجب للزوجة النفقة أو لا تجب⁽⁵⁾:

الرأي الأول: وهو ما قال به جمهور الفقهاء⁽⁶⁾ من أن الناشز لا نفقة لها، ودليلهم من السنة النبوية المطهرة حديث: "سليمان بن عمرو بن الأحوص قال: حدثني أبي، أنه شهد حجة الوداع مع رسول الله ﷺ فحمد الله، وأثنى عليه، وذكر ووعظ"، ثم قال: "... إن لكم من نساءكم حقا، ولنساءكم عليكم حقا، فأما حقاكم على نساءكم، فلا يوطئن فرشكم من تكرهون، ولا يأذن في بيوتكم لمن تكرهون، ألا وحقن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسوتهن وطعامهن"، ووجه الدلالة من الحديث: "وجوب نفقة الزوجة وكسوتها عند عدم [نحو] النشوز وهو واجب إجماعاً"⁽⁷⁾، ويقول صاحب المغني: "أن النفقة إنما تجب في مقابلة تمكينها، بدليل أنها لا تجب قبل تسليمها إليه، وإذا منعها النفقة كان لها منعه التمكين، فإذا منعه التمكين كان له منعها من النفقة..."⁽⁸⁾.

(1) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، المرجع السابق، ج 40، ص 284.

(2) فخر الدين الرازي، المرجع السابق، ج 11، ص 235.

(3) سورة النساء، الآية 34.

(4) القرطبي، المرجع السابق، ج 5، ص ص 170-171.

(5) نور الدين أبو لحية، الحقوق المادية والمعنوية للزوجة، دار الأنوار للنشر والتوزيع، (دم)، ط 2، 2015، ص 299 وما يليها.

(6) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 8، ص 236. الكاساني، المرجع السابق، ج 4، ص 18. الشريبي، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 5، ص 168. ابن جزى، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص 147.

(7) محمد بن علان الصديقي، دليل الفالحين لطرق رياض الصالحين، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2004، ج 3، ص 103.

(8) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 8، ص 236.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

الرأي الثاني: وهو ما قال به الظاهرية⁽¹⁾. وبعض المالكية⁽²⁾، أن ما على الناشز يَبَيِّنُهُ اللهُ تعالى من خلال الآية ولم يسقط نفقتها في قوله: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾⁽³⁾، فأوجب الله عزَّجَلَّ الهجر ثم الضرب ولم تُحرم الزوجة من النفقة، فعوقبت بمنعها حقها (يقصدون جمهور الفقهاء في الرأي الآخر)، وهذا شرع في الدين لم يأذن به الله، فهو باطل⁽⁴⁾.

الترجيح: القول الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، كون النفقة لا تكون إلا بالتمكين بعد عقد صحيح، ولا يمكن لناشر خرجت عن طاعة زوجها، ولم تمكنه من الاستمتاع، وفوتت عليه حق الاحتباس أن ينفق عليها، أما عند وجود حق أو مسوغ شرعي يجعلها تخرج من بيت الزوجية دون إذن زوجها لضرورة أو عرف، فللزوجة الحق اتفاقاً في بقاء نفقتها.

ج- صور النشوز:

صور النشوز عددها الفقهاء إلى أكثر من صورة، وقد وقع اختياري على صورتين، الأولى: منع الزوجة زوجها من وطئها والاستمتاع بها، والصورة الثانية خروج الزوجة من بيت زوجها دون رضاه.

1- الصورة الأولى: منع الزوج من الوطاء والاستمتاع بها:

من الأهداف التي شرع من أجلها الزواج هي إحصان النفس واستمرار النسل الإنساني والمحافظة عليه بالطرق الشرعية، وهو ما نصت عليه الشرائع والقوانين، وعقد الزواج ميثاق غليظ إذا قام صحيحاً ترتبت عنه آثار منها الحقوق والواجبات، ومن هذه الحقوق حق الاستمتاع بين الزوجين لإحصان كل واحد منهما الآخر، والسؤال المطروح هو: إن امتنعت الزوجة عن تمكين نفسها من الزوج هل تعتبر ناشزاً بحرمانه من وطئها فقط أو ما دون ذلك من مقدمات؟ فقد اتفق الفقهاء على اختلاف طفيف بينهم أن الزوجة إن امتنعت عن تمكين نفسها من زوجها دون سبب شرعي⁽⁵⁾، اعتبرت ناشزاً وتفصيل ذلك كما يلي:

(1) ابن حزم، المرجع السابق، ج9، ص114.

(2) الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص514. اختلف عند المالكية في الناشز هل لها نفقة؟ فعند ابن المواز وهو مذكور عن مالك ورواه عن ابن القاسم، ومثله سحنون أن لها النفقة، وقال البيهقي لا نفقة لها؛ لأنها منعت من الوطاء الذي هو عوض النفقة. الحطاب الرعيبي، المرجع السابق، ج4، ص188. لكن متأخري جمهور المالكية أفتوا بعدم وجوب النفقة للناشر. انظر محمد محدة، المرجع السابق، ص362.

(3) سورة النساء، الآية 34.

(4) ابن حزم، المرجع السابق، ج9، ص114.

(5) المانع الشرعي كالحيض والنفاس، فإن وجد عذر لوجود قروح قرب فرجها، أو التهابات حادة، فلا تسقط نفقتها، ومن الأعذار وجود مرض يضر معه الوطاء، ويمكن التمتع بها من دون الفرج. انظر وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج8، ص736.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

- الحنفية: لم يعتبر الحنفية الامتناع عن الوطاء فقط كاف لحصول النشوز، بل قيده بالخروج من بيت الزوجية، لأن حصول الخلوة معها في البيت يمكنه من الاستمتاع بها ولو جبراً ولا تعتبر ناشزاً ولو امتنعت، حيث جاء في الدر المختار: " قيد بالخروج؛ لأنها لو مانعته من الوطاء لم تكن ناشزة"⁽¹⁾.

- المالكية: إن امتنعت الزوجة عن الوطاء دون مسوغ شرعي سقطت نفقتها عن كل يوم تمتنع فيه عن زوجها، وجاء في الشرح الكبير: "(قوله: ولا لغير ممكنة) أي سواء دخل بها ثم منعته"، أي لا نفقة لمن لم تمكّن، وزاد المالكية الغائب عنها زوجها غيبة قريبة فهو في حكم الحاضر لها النفقة، أما الغائب غيبة بعيدة فيسألها القاضي عن تمكين نفسها لو كان زوجها حاضراً، فإن وافقت وجبت لها النفقة، والا فلا نفقة لها⁽²⁾.

- الشافعية: يعتبر الامتناع عن الاستمتاع عندهم نشوزاً، ووسع الشافعية من رقعة الامتناع فأضافوا له مقدمات الجماع كاللمس والتقبيل وغيره، حيث جاء في مغني المحتاج: "وتسقط ولو كان نشوزها بمنع لمس أو غيره من مقدمات الوطاء بلا عذر بها إلحاقاً لمقدمات الوطاء بالوطء"⁽³⁾.

- الحنابلة: تسقط النفقة عندهم بالامتناع كذلك، جاء في المبدع: "وإذا ظهر منها أمارات النشوز، بالألتجيبه إلى الاستمتاع، أو تجيبه متبرمة متكرهه وعظها..."⁽⁴⁾.

من خلال ما سبق من أقوال الفقهاء، نستنتج أن الامتناع عن الاستمتاع والوطء وعدم تمكين الزوجة زوجها من نفسها يعتبر نشوزاً.

2- الصورة الثانية: والصورة الثانية من صور النشوز خروجها من بيت الزوجية أو عدم الانتقال إليه بدعوتها إليه بعد العقد، والمتفق عليه عند الفقهاء⁽⁵⁾، أن خروجها من بيت الزوجية أو عدم الانتقال إليه بعد العقد، مسقط للنفقة عند انعدام المسوغ الشرعي، وعند الكلام عن الخروج وجب التفرقة بين الخروج الحقيقي والخروج الحكمي:

1-2- الخروج الحقيقي: يعتبر خروج الزوجة من بيت بعلمها دون إذنه ورضاه أو دون مسوغ شرعي نشوزاً، فيسقط حقها في النفقة لتفويت حق الزوج في الاحتباس، وقد يكون خروجها بإذنه ورضاه لكن تأبى الرجوع إلى بيت الزوجية، ولا تسقط نفقتها إن كان خروجها بمسوغ شرعي كعدم صلاحية البيت

(1) ابن عابدين، المرجع السابق، ج3، ص576.

(2) الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص508.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج5، ص168. موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج8، ص236. الكاساني، المرجع السابق، ج4، ص18. الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج5، ص168. ابن جزى، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص147.

(4) ابن المفلح، المرجع السابق، ج6، ص263.

(5) الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج5، ص168. الهوتي، شرح منتهى الإيرادات، عالم الكتب، (د.م)، ط1، 1993، ج3، ص234. الكاساني، المرجع السابق، ج4، ص18. ابن جزى، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص147.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

للسكن، أو كان البيت مشغولا بالغير، أو لخلو البيت من الأدوات الضرورية اللازمة للعيش⁽¹⁾، أو خرجت من البيت لضرورة كخروجها للقاضي لطلب النفقة.

2-2- الخروج الحكمي: هو منع الزوجة زوجها من الدخول إلى بيتها التي تملكه بعد أن أقاما فيه مدة معينة، ولم تخبره قبل منعه من إيجاد بيت آخر ليسكنها فيه مع عدم إمهاله مدة زمنية⁽²⁾، حينئذ تسقط نفقتها لأن منعه لها من غير طلب سابق، أما إذا طلبت منه الانتقال من منزلها والبحث عن منزل آخر بالإيجار وأمهلته مدة كافية، ومنعته بعدها من دخول بيتها لا تعتبر ناشزا ولا تسقط نفقتها، وكذلك طلب انتقالها من منزلها إلى منزله إن كان له منزل فلا تسقط نفقتها في هذا الحال⁽³⁾.

أما الامتناع عن الانتقال إلى منزل الزوجية بغير مبرر شرعي، أو بسبب ليس للزوج دخل فيه وكان المنزل مجهزا ومستوفيا للشروط الشرعية، وكان الزوج قد دعاها إلى الانتقال إليه ورفضت عندئذ تسقط نفقتها، إلا إذا كانت هناك مبررات شرعية وقتها تجب لها النفقة⁽⁴⁾.

د- النشوز في قانون الأسرة الجزائري:

سكت قانون الأسرة الجزائري عن مسقطات النفقة عموما بجميع أشكالها، والنشوز كسبب مسقط للنفقة كان مذكورا بشكل صريح في نص المادة 1/37 الملغاة من قانون 11/84، والتي تنص على: "يجب على الزوج نحو زوجته: 1- النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها"، وبالتالي بعد التعديل ترك قانون الأسرة الجزائري بين طيات القانون الطلاق بسبب النشوز فقط بنص المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري حيث جاء فيها: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر"، ومن تحليل المادة القانونية يستنتج كذلك مسألة أخرى هي أن النشوز الموجب للطلاق قد يصدر من الزوجين أو أحدهما فقط⁽⁵⁾.

كذلك المادة 55 لم تبيّن في الطلاق للنشوز كقيته، ومتى يعتبر كل من الزوجين ناشزا⁽⁶⁾، وسكوت القانون في هذا المقام غير مبرر لأن نفقة الزوجة فقها وقضاء تسقط بالنشوز، وعلى افتراض أن قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل اتبع المذهب الظاهري⁽⁷⁾ في اعتبار النشوز ليس مسقطا

(1) حسين عبد الغني سمرة، مسقطات النفقة، دار الهاني للطباعة والنشر، (دم، دط)، 2001، ص 15.

(2) محمد محدة، المرجع السابق، ص 365.

(3) حسين عبد الغني سمرة، المرجع السابق، ص 15.

(4) رمضان الشرنباصي، جابر الشافعي، المرجع السابق، ص 279.

(5) نشوز الزوج وتضرر الزوجة منه والموجب للطلاق والمستنتج من قرارات المحكمة العليا: 1-ترك دار الزوجية-2-التخلي عن الواجبات الشرعية-3-عدم توفير السكن الشرعي للزوجة ويدخل من ضمنه عدم توفير سكن منفرد للزوجة-4-تماطل الزوج في ارجاع الزوجة. انظر فضيل العيش، المرجع السابق، ص 40

(6) فضيل العيش، نفس المرجع والصفحة.

(7) ابن حزم، المرجع السابق، ج 9، ص 249.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

للنفقة، فمن باب أولى أنه اتبع نفس المذهب كذلك في موجبات النفقة كونها تجب بالعقد الصحيح فقط، وليس بالدخول أو بدعوته إليه حسب ما جاء في المادة 74 المذكورة أعلاه .

وجاء نص المادة 55 المتعلقة بالنشوز باللغة الأجنبية، بعد ترجمته نجده ينص على أن النشوز هو مغادرة أحد الزوجين لبيت الزوجية، فهو يعبر إذن على صورة واحدة للنشوز، ويضيف أحد الشراح بقوله أن النص العربي جاء أوسع في تفسير النشوز، الذي له عدة صور⁽¹⁾، عكس النص الفرنسي⁽²⁾، لكن على ما يبدو بالملاحظة والاستقراء، يتبين أن النص العربي للمادة 55 قد لا يحتمل كل صور النشوز، بل يتكلم فقط عن النشوز المسقط للنفقة دون أي تفصيل.

- سبب سكوت القانون : يرجح سبب سكوت قانون الأسرة الجزائري عن النشوز ومفهومه، كون صور النشوز كثيرة في الفقه الإسلامي، ولا يمكن حصرها في تعريف واحد⁽³⁾، وترك المشرع ذلك بالإحالة للشريعة الإسلامية بنص المادة 222 عند انعدام النص، لكن هذا لم يمنع بعض القوانين المقارنة من إعطاء مفهوم له، مثل قانون الأحوال الشخصية الأردني الذي نصت المادة 62 منه على : "إذا نشزت الزوجة فلا نفقة لها ما لم تكن حاملاً فتكون النفقة للحمل، والناشز هي التي تترك بيت الزوجية بلا مسوغ شرعي، أو تمنع الزوج من الدخول إلى بيتها قبل طلبها النقلة إلى بيت آخر"⁽⁴⁾.

يرجح سبب آخر لسكوت قانون الأسرة الجزائري عن النشوز، هو أن المشرع الجزائري قد ألغى المادة 37 فقرة 1 من قانون الأسرة، التي كانت قبل التعديل توجب النفقة الزوجية وتسقطها بالنشوز، ووضع بدلها المادة 36 التي جمع فيها حقوق الزوج وحقوق الزوجة، وأسماها الحقوق المشتركة بين الزوجين، محاولاً ظاهرياً المساواة بينهما، وبهذه المساواة ألغى المشرع النشوز كمسقط لنفقة الزوجة، ويعتقد أن المساواة في الحقوق والواجبات بين الزوجين والمنبثقة عن التعديل الأخير⁽⁵⁾، قد أخذ بها المشرع الجزائري جزئياً من القانون الفرنسي رقم 459-70 المؤرخ في 04/06/1970⁽⁶⁾، الذي أسند رئاسة الأسرة وتربية الأولاد إلى الزوجين، عوض أن تسند للزوج وهو المعروف شرعاً دون تفرقة بينهما، لكنه بالمقابل لم يأخذ المشرع الجزائري بما سار عليه الفرنسي، في تحميل الزوجة مع الزوج الانفاق

(1) لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة، الجزائر، ط3، 2011، ج1، ص313.

(2) هناك تناقض بين النص العربي لبعض مواد قانون الأسرة وترجمتها إلى اللغة الفرنسية. الغوثي بن ملحمة، "حول تعديل بعض النصوص لقانون الأسرة لسنة 1984"، مجلة الدراسات الإسلامية، المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، ع8، ديسمبر 2005، ص76.

(3) محمد خضر قادر، نفقة الزوجة في الشريعة الإسلامية-دراسة مقارنة بالقانون-، دار اليازوري، الأردن، 2010، ص ص 107-108.

(4) قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق.

(5) عبد الرحمان هرنان، المرجع السابق، ص ص 116-119

(6) Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale. Disponible sur le site :

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000693433> . Date de navigation : 10/07/2020

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

على الأسرة والأولاد، بل أتبع الشريعة الإسلامية في إلزام الزوج وحده بالإنفاق على الزوجة والأولاد، وهو ما نص عليه كذلك المشرع المغربي⁽¹⁾.

هـ- النشوز في قضاء المحكمة العليا:

أما في الجانب القضائي فقرارات المحكمة العليا ذكرت النشوز بشكل صريح⁽²⁾، بخلاف قانون الأسرة الذي سكت عنه في حقوق الزوجين، واعتبر القضاء النشوز مسقطا للنفقة في صورتين، حال الامتناع عن الاستمتاع وحال مغادرة بيت الزوجية، ففي الامتناع عن الاستمتاع جاء في حيثيات قرار من قرارات المحكمة العليا، أن عدم البقاء في بيت الزوجية، وحرمان الزوج من الاستمتاع بزوجته، يعد نشوزا مسقطا للنفقة، حيث جاء فيه: "وحيث أن المطعون ضدها (...) ولا هي بيته يستمتع بها بطريق أو بآخر ومن ثم ففرض نفقة لها ليس له مستند من الشرع..."⁽³⁾، الملاحظ في هذا القرار أن الامتناع عن الاستمتاع مسقط للنفقة، إضافة إلى أن هذا القرار، اعتبر ما ذهب إليه الشافعية من كون مقدمات الجماع مثلها مثل الوطاء مسقطا للنفقة، لأن الزوجة حسب ما ورد في القرار، كان بها عيب من عيوب الزواج في الفرج وكان على الزوج الاستمتاع بها من دونه، أما الصورة الثانية فهي مغادرة الزوجة بيت الزوجية، فلا يمكن اعتباره نشوزا في القضاء إلا بتحقيق شرطين اثنين وهما:

1- أن يصدر حكم بالرجوع إلى بيت الزوجية.

2- أن يحاول الزوج تنفيذ هذا الحكم ولا ترضى الزوجة بذلك⁽⁴⁾.

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا: "إن نشوز الزوجة يثبت إذا صدر ضدها حكم بالرجوع، نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه، وبلغ لها بطريقة قانونية ورفضت الامتثال له بشكل صريح"⁽⁵⁾. أكد قرار آخر للمحكمة العليا أن اثبات النشوز يكون عن طريق حكم قضائي، حيث جاء فيه أنه: "يبقى التزام الزوج بالإنفاق على زوجته، المقيمة عند أهلها، قائما، مادام لم يثبت نشوزها بحكم قضائي"⁽⁶⁾، وعليه فوفقا لما هو معمول به في القضاء فلا اعتبار لإثبات النشوز إلا بحكم قضائي نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه بالرجوع لمسكن الزوجية، وثبوت ذلك بمحضر عدم الرجوع⁽⁷⁾، فتعتبر الزوجة حينئذ ناشزا وتسقط نفقتها قضاء.

(1) عبد الرحمان هرنان، المرجع السابق، ص ص 155-156

(2) هناك من اعتبر النشوز في الاجتهاد القضائي له مفهوم اجرائي، لارتباطه بالإجراءات المعمول بها قضاء لإثبات النشوز. دليلا فركوس، جمال عياشي، المرجع السابق، ص 228.

(3) المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 39394، 10/02/1986، مذكور سابقا.

(4) لو افترضنا أن الزوج أتى بشهود قبل الحكم، ليشهدوا على رفضها الرجوع لبيت الزوجية، فلا اعتبار لذلك دون الحكم وتبقى نفقتها سارية. محمد محدة، المرجع السابق، ص 363.

(5) المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 39394، 10/02/1986، ن ق، 1988، ع 44، ص 151.

(6) المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 466390، 12/11/2008، م م ع، 2008، ع 2، ص 317.

(7) محمد محدة، المرجع السابق، ص 364.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

أما إجراءات اثبات النشوز فهي كما جاءت في أحد القرارات: "حيث إن القرار المنتقد مؤسسا وسليما وطبق صحيح القانون، ذلك لأن الطاعن كان عليه قبل كل شيء العمل على تنفيذ الحكم القاضي بالرجوع وإعطاء مهلة للمحكوم عليها للانصياع لهذا الحكم اختياريا، وبعد مرور المدة الاختيارية هذه ينتقل المحضر القضائي إلى إقامة المحكوم عليها ويخبرها بالحكم الصادر ضدها بالرجوع لمنزل الزوجية، وفي هذه الحالة إذا صرحت أمامه بأنها ترفض الرجوع وبالتالي فهي ترفض ما قضى به الحكم القضائي النهائي ففي هذه الحالة فقط تعد المطعون ضدها ناشزا، غير أن الطاعن لم يحترم هذه الإجراءات ولم يتبعها، الأمر الذي يجعل القرار المطعون فيه غير مشوب بانعدام الأساس القانوني [القانوني] مما يستلزم معه رفض الوجه المثار وتبعا لذلك رفض الطعن"⁽¹⁾.

يتضح من القرار أن إجراءات النشوز تبدأ باستصدار حكم، وترك الزوجة للانصياع له اختياريا، وإذا تجاوزت تلك المدة يصبح نهائي، ينتقل على إثرها المحضر القضائي لتنفيذ الحكم، ويخبرها بالحكم الصادر بالرجوع إن هي لم تُعلم بذلك، وإذا صرحت أمامه -ما يعني هي شخصيا ولا يمكن أن ينوبها غيرها كوالدها مثلا- برفضها الرجوع دون مسوغات شرعية وقانونية، ففي هذه الحالة يحق للزوج حق معاودة المحكمة المختصة لإثبات النشوز واسقاط النفقة⁽²⁾.

يستخلص من الجانب التطبيقي القضائي للنشوز، أن النفقة الزوجية لا تسقط، إلا بصور حكم بالرجوع لبيت الزوجية وثبوت نشوز الزوجة وامتناعها⁽³⁾، فالحكم القضائي النهائي مع التنفيذ، هو الوسيلة الوحيدة لإثبات النشوز ولا اعتبار لأي وسيلة أخرى، وعلى ما يبدو هي إجراءات معقدة تطيل من أمد النزاع، وكان على المشرّع إضفاء مرونة وسهولة في تبيان نشوز الزوجة وتنفيذه، من خلال انتقال المحضر القضائي ثم إثبات امتناعها دون استصدار حكم بالرجوع وتنفيذه، كما هو معمول به في التشريع التونسي⁽⁴⁾.

1- ما لا يعتبر نشوزا في قضاء المحكمة العليا:

صدرت قرارات عن المحكمة العليا بخصوص النشوز كمسقط للنفقة، لكنها لم تحكم بالنشوز لأسباب وهي:

- لا يعد نشوزا، رفض الزوجة العودة لبيت الزوجية بعد إهانتها كاتهامها بالجنون مثلا⁽⁵⁾.

(1) المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 476387، 2009/01/14، م م ع، 2009، ع 1، ص ص 261-263.

(2) العربي بلحاج، أحكام الزوجية، المرجع السابق، ص 602.

(3) هي من المبادئ التي استقر عليها الاجتهاد القضائي في قضايا النشوز، انظر المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 39941، 1986/02/24، (غير منشور)، نقلا عن العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 281.

(4) سار فقه القضاء في تونس بمرحلتين لإثبات النشوز، مرحلة أولى لا يثبت النشوز إلا بحكم، ومرحلة ثانية وهي المعمول بها حاليا أن النشوز يثبت بكافة وسائل الاثبات منها محضر عدل منفذ (المحضر القضائي)، يدعو بموجبه الزوج الزوجة للمساكنة ويقيد عليها رفضها إن رفضت.

انظر ساسي بن حليلة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 99.

(5) المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 189324، 1998/05/19، إ ق، 2001، عدد خاص، ص 147.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

- لا تعتبر الزوجة ناشزا، عند اشتراط رجوعها لبيت الزوجية حضور الزوج لبيت أهلها كرد لكرامتها (1).

- لا يعد نشوزا، عدم انتقال الزوجة لبيت الزوج للسكن مع أهله، حينما تطلب سكنا منفردا عنهم مستقلا أثاثا ومعاشا ومضجعا (2).

- لا يعد نشوزا، عدم طاعة الزوجة زوجها بسبب الضرر الحاصل لها نتيجة ضربها من طرفه (3).

و- النشوز في القانون المقارن:

في القانون المقارن ورد في المادة الأولى الفقرة الرابعة والخامسة من قانون الأحوال الشخصية المصري ما نصه: "ولا يجب النفقة للزوجة إذا ارتدت، أو امتنعت مختارة من تسليم نفسها دون حق أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج، أو خرجت دون اذن زوجها، ولا يعتبر سببا لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية -دون إذن زوجها- في الأحوال التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع مما ورد فيه نص أو جرى به عرف أو قضت به ضرورة" (4)، ومن خلال ما ورد فيما سبق يتضح أن قانون الأحوال الشخصية المصري حاول تبيان بعض مسقطات النفقة، من ارتداد وامتناع الزوجة عن تسليم نفسها للزوج، وخروجها من بيت الزوجية، ثم يبين الأسباب الشرعية المنافية للنشوز.

أما في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، فقد ذكر صراحة حالات سقوط نفقة الزوجة، حيث جاء في المادة 71 منه: "تسقط نفقة الزوجة في الأحوال الآتية: 1- إذا منعت نفسها من الزوج أو امتنعت عن الانتقال إلى بيت الزوجية الشرعي دون عذر شرعي، 2- إذا تركت بيت الزوجية دون عذر شرعي، 3- إذا منعت الزوج من الدخول إلى بيت الزوجية دون عذر شرعي..."، وفي هذه المادة يبين قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، أنه من حالات سقوط النفقة منع الزوجة الزوج من المتعة، ورفضها الانتقال إلى مسكن الزوجية دون مسوغ شرعي، كذلك تركها مسكن الزوجية أو منعها الزوج من دخوله دون سبب شرعي، أما في المادة 72 فقد يبين القانون الإماراتي، الأحوال التي لا تعتبر فيها الزوجة ناشزا منها: "يجوز للزوجة أن تخرج من البيت في الأحوال التي يباح لها الخروج فيها بحكم الشرع أو العرف أو مقتضى الضرورة، ولا يعتبر ذلك منها إخلالا بالطاعة الواجبة" (5).

(1) المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 184055، 1998/02/17، م ق، 1998، ع 2، ص 85.

(2) المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 184055، 1998/02/17، مذكور سابقا. المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 653323، 2011/11/10، مذكور سابقا.

(3) المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 245209، 2000/06/20، إ ق، 2001، عدد خاص، ص 262.

(4) قانون الأحوال الشخصية المصري، رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون 25 لسنة 1929 والمعدل بالقانون 100 لسنة 1985.

(5) قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المرجع السابق.

ثانيا- عمل الزوجة كمسقط للنفقة:

لم يعد العمل الكسبي مقتصرًا على الرجل بل شاركته المرأة في ذلك، حيث لم تعد النظرة لعمل المرأة في زماننا المعاصر كما كانت عليه في العصور السابقة، نتيجة تبدل وتيرة الحياة وتغيّر نمطها، ولم تعد مشكلة تستدعي حلا بل أصبح سهلا ميسورا واعتاده الناس، وانطلاقا من أن الدور الأصلي للزوج هو الكسب وجلب القوت لأسرته، يقابله مكوث الزوجة بالبيت، إلا أن التغيرات التي مست الحياة الإنسانية دفعت بالزوجة للخروج للعمل الكسبي إلى جانب زوجها، واعتبارا لهذا فمسألة عمل الزوجة، من المسائل التي أسالت كثيرا من الحبر وأثارت جدلا كبيرا، وفي المقابل التزم قانون الأسرة الجزائري موقف الحياد بالسكوت، باستثناء إقراره بوجود نفقة الزوجة على الزوج بنص المادة 74 سواء بالدخول بعد العقد الصحيح، أو بدعوتها له بالدخول مالم يثبت نشوزها بحكم قضائي نهائي، فهل يؤثر خروج الزوجة للعمل على أحقيتها في النفقة، وهل يعتبر ذلك نشوزا مسقطا لنفقتها؟

للإجابة على هذا التساؤل سأطرق لموقف الفقه الإسلامي من خروج الزوجة للعمل وأثره في نفقتها، من خلال تبيان الفرق بين عمل الزوجة برضا زوجها، وعملها دون رضاها، دون الخوض في الخلاف الذي وقع بين الفقهاء المتقدمين في مشروعية عمل الزوجة، وهي مسألة لم يختلف فيها الفقهاء المعاصرون حيث اتفقوا على مشروعيته بشروط، متناولا بعدها موقف القانون من عمل الزوجة، والمقصود بعمل الزوجة هو العمل خارج البيت متمثلا في امتثالها للتعليم أو المحاماة أو التمريض ليلا أو نهار⁽¹⁾.

أ- خروج الزوجة للعمل⁽²⁾ دون رضا زوجها: الأصل العام أن يكون الزوج راضيا، وإن لم يكن الزوج راضيا هل يجب لها النفقة؟ اختلف الفقهاء إلى قولين:

- القول الأول: هو سقوط نفقتها لخروجها من البيت دون رضا الزوج فهي في هذا المقام تعتبر ناشز، وهذا ما قال به جمهور الفقهاء⁽³⁾، وفي هذا المقام يقول الحصكفي الحنفي⁽⁴⁾ وهو الصريح في نفي نفقة العاملة: "وبه عرف جواب واقعة في زماننا أنه لو تزوج من المحترفات التي تكون بالنهار في مصالحتها

(1) محمد محدة، المرجع السابق، ص 367.

(2) فُرق بين عمل الزوجة داخل البيت وخارجه، فعمل الزوجة داخل البيت قُسم إلى قسمين وهما عملها الأصلي وهو الذي هو من لوازم الزوجية والأمومة، وعملها الثانوي لكسب المال وزيادة الدخل كالغزل والنسيج. للمزيد انظر عطا سالم أبو الغنم، عمل الزوجة وتأثيره على الحقوق والواجبات الأسرية-دراسة فقهية قانونية مقارنة-أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا بجامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن، 2017، ص 36 وما يليها.

(3) علاء الدين الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 2002، ص 258. الكاساني، المرجع السابق، ج 4، ص 18. ابن جزي، لقوانين الفقهية، المرجع السابق، ص 147. الهوتي، شرح منتهى الإرادات، المرجع السابق، ج 3، ص 234.

(4) محمد بن علي بن محمد الحِصْنِي، وكنيته الحصكفي: مفتي الحنفية بمدينة دمشق. ولد بها سنة 1025 هـ، وتوفي بها سنة 1088، كان عالي الهمة فاضلا، منكبًا على التدريس، من كتبه الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، إفاضة الأنوار على أصول المنار. الزركلي، المرجع السابق، ج 6، ص 294.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

وبالليل عنده فلا نفقة لها" ، لأن وجوب النفقة عند الفقهاء منوط بالاحتباس والتمكين ، وهي خرجت للعمل دون موافقة الزوج ، فبنى الفقهاء أحكامهم على أن خروج المرأة من بيتها دون إذن الزوج نشوز سواء كانت للعمل أو غيره ، ولأن : "الاحتباس في هذه الحالة ناقص غير كامل ، فلو سلمت المرأة نفسها بالليل دون النهار أو عكسه ؛ فلا نفقة لنقص التسليم"⁽¹⁾ ، وقد سار على هذا الرأي عدد من الفقهاء المتأخرين منهم : الأستاذ محمد أبو زهرة⁽²⁾ ، والأستاذ عبد العظيم شرف الدين⁽³⁾ ،

- القول الثاني: لا تسقط نفقة الزوجة على زوجها إن هي خرجت للعمل دون رضاه ، وهو ما قال به الظاهرية وبعض المالكية⁽⁴⁾ ، ومؤدى هذا الرأي أن النفقة لا تسقط بالنشوز ، وهو سبق أن بينته بدليله في أسباب وجوب النفقة.

- القول الثالث: وهو تشطير النفقة بحسب الوقت الذي مكثت فيه خارج البيت ، فإن هي خرجت اليوم كله سقطت نفقتها في ذلك اليوم ، وإن بقيت شطر اليوم سقطت نفقتها بحسب الوقت الذي استغرقته خارج البيت ، وهو قول للشافعية⁽⁵⁾ وآخر للحنابلة: حيث يقول صاحب الروض الندي: "تشطر النفقة لناشر ليلا فقط أو نهارا فقط أو بعض أحدهما"⁽⁶⁾ ، وتعطى الزوجة نصف النفقة ، ويسقط نصفها الآخر ، مقابل النصف الآخر الذي فوتته على الزوج ، لصعوبة تقدير النفقة بالزمن الذي خرجت فيه⁽⁷⁾.

القول الرابع: يترجح في هذه المسألة ، ما ذهب إليه أصحاب القول الأول ، هو سقوط نفقة المرأة العاملة دون إذن زوجها ، لأن الزوجة وحسب العرف والعادة لا يستحسن لها الخروج دون إذن بعلها ، وإن خرجت دون إذنه فهي ناشز ، حينئذ لا ينفق عليها بل تنفق على نفسها .
إلا أنه في بعض الحالات قد تضطر الزوجة في ظروف طارئة إلى الخروج للعمل دون إذن الزوج ، ولا تسقط نفقتها وهي⁽⁸⁾:

- حال إعسار الزوج وعدم كفايته لنفقة الزوجة ، فليس له منعها من خروجها لطلب الرزق وكفاية نفسها.

(1) وهبة الزحيلي ، موسوعة الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ج8 ، ص748 .

(2) محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر ، مصر ، ط3 ، (د.ت) ، ص239 .

(3) عبد العظيم شرف الدين ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية (الزواج) ، الدار الدولية ، القاهرة ، مصر ، (د.ط) ، 2004 ، ص448 .

(4) ابن حزم ، المرجع السابق ، ج9 ، ص114 . الدسوقي ، المرجع السابق ، ج2 ، ص514 .

(5) الرحيباني ، المرجع السابق ، ج5 ، ص634 .

(6) أحمد البعلبي ، الروض الندي شرح كافي المبتدي ، المؤسسة السعيدية ، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، (د.ط ، د.ت) ، ص434 .

(7) محمد واصل ، "أحكام نفقة الزوجة العاملة ، مجلة العلوم الشرعية ، مج8 ، ع4 ، جامعة القصيم ، المملكة العربية السعودية ، يوليو 2015 ، ص1473 . عبد السلام بن محمد الشويعر ، المرجع السابق ، ص12 .

(8) مازن إسماعيل هنية ، منار محمد رمضان ، "نفقة وإنفاق الزوجة العاملة" ، مجلة فكر وإبداع ، ج94 ، رابطة الأدب الحديث ، مصر ، 2015 ، ص279 .

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

- ضرورة خروجها للعمل بسبب عدم وجود غيرها يقوم بهذا العمل ويحسنه، كطب النساء وتعليمهن.
ب- خروج المرأة للعمل برضا زوجها:

إذا خرجت الزوجة للعمل برضا زوجها فلها النفقة باتفاق الفقهاء⁽¹⁾، فالزوج برضاه أسقط حقه في الاحتباس والتمكين لأن الاحتباس حق للزوج وله التنازل عنه وبرضاه، وهنا رضي بالاحتباس الناقص دون التام، سواء كانت عاملة قبل الزواج أو تزوجها غير عاملة ثم أذن لها بالعمل بعد الزواج، وينقسم الرضا إلى قسمين، صريحا بالاتفاق بين الزوجين، أو ضمنيا بسكوت الزوج:

1- الاذن الصريح: يتمثل في اتفاق الزوجة مع الزوج في ألا يمنعها من العمل قبل الزواج صراحة عند العقد أو بعده⁽²⁾، أو اشتراطها قبل الزواج مواصلة عملها أو العمل بعده، فهل يعتبر شرط عملها صحيحا أم باطل؟

اختلف الفقهاء إلى ثلاثة آراء في اشتراط⁽³⁾ الزوجة العمل قبل الزواج أو مواصلته بعده، وفي وجوب الوفاء بهذا الشرط:

- الرأي الأول: هو صحة الشروط على مجملها، ما لم تنافي عقد الزواج، وهو ما قال به الحنابلة⁽⁴⁾، ودليلهم في ذلك:

- القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽⁵⁾. ووجه الدلالة من الآية، أن الله وجه الأمر للذين آمنوا: "يعني يا أيها الذين التزمتم بإيمانكم أنواع العقود والعهود في إظهار طاعة الله أوفوا بتلك العقود"⁽⁶⁾.

- السنة النبوية الشريفة: عن: "عقبة، عن النبي ﷺ قال: أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"⁽⁷⁾، ووجه الدلالة من الحديث أنه يبين أن من بين الشروط الأحق بالوفاء شروط عقد الزواج، وهو دليل على تقديمها على باقي العقود بالوفاء مما أكد على صحتها ولزومها⁽⁸⁾.

(1) ابن نجيم، المرجع السابق، ج4، ص196. الخرشي، المرجع السابق، ج4، ص192.

(2) عبد السلام بن محمد الشويعر، المرجع السابق، ص42.

(3) الشروط الجعلية أو الشروط المقترنة بعقد الزواج إما أن تكون: 1- شروط يقتضها العقد كاشتراطها العدل بينها وبين الزوجات الأخريات، ويجب عليه الوفاء بها- 2- الشروط المنافية للعقد: كاشتراطها عدم ارثه أو تأقيت عقد الزواج، وهذه الشروط محرمة وباطلة- 3- شروط ليست من مقتضى العقد ولا تنافيه: كاشتراط الزوجة على الزوج عدم التعدد، واشتراطها اكمال دراستها، أو أن تكمل عملها بعد الزواج إن كانت عاملة، أو العمل بعده في المستقبل. انظر محمد محدة، المرجع السابق، ص151 وما يليها.

(4) الهبوتي، شرح منتهى الإرادات، المرجع السابق، ج2، ص664.

(5) سورة المائدة، الآية 01.

(6) فخر الدين الرازي، المرجع السابق، ج11، ص276.

(7) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، حديث رقم 5151، ج7، ص20.

(8) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص93.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

- الرأي الثاني: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى صحة عقد الزواج المقترن بالشروط التي لا يقتضيها وليست منافية له مع استحبابها، وعدم لزوم الوفاء بها، وهو ما ذهب إليه المالكية⁽¹⁾ والأصل في المذهب كراهتها لما فيها من التضييق⁽²⁾ إلا إن كان الالتزام بها في يمين، ودليلهم في ذلك حديث: "عائشة رضي الله عنها لما اشترت بريرة فاشتراط أهلها أن الولاء لهم فأخبرت النبي صلى الله عليه وسلم فقال لها: ابتاعي، فأعتقي فإنما الولاء لمن أعتق، قال: ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: ما بال أناس يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له، وإن شرط مائة مرة شرط الله أحق وأوثق"⁽³⁾، ويقول صاحب الحاشية: "وهو ما لا يقتضيه العقد فلا ينافيه كأن لا يتسرى عليها أو لا يتزوج عليها أو لا يخرجها من مكان كذا أو من بلدها فلا يفسخ قبل ولا بعد ولا يلزم الوفاء به وإنما يستحب ما لم يكن التزمها لها في يمين"⁽⁴⁾، وعليه فعند المالكية يجوز للزوج عدم الوفاء بشروط العمل، وإن اشترطته قبل الزواج فله منعها وإلا اعتبرت ناشزا.

- الرأي الثالث: وذهب أصحاب هذا الرأي إلى بطلان الشروط وصحة عقد الزواج، وهو ما ذهب إليه الحنفية⁽⁵⁾ والشافعية⁽⁶⁾، فيلغى الشرط ويصح عقد الزواج، وإن اشترطت الزوجة عملها فلا اعتبار لشرطها وللزوج حق منعها، ودليلهم في ذلك ما ورد في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "والمسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً"⁽⁷⁾، ووجه الدلالة من الحديث أن كل شرط يحرم حلالاً ويحل حراماً لا يعتد به، كشرط عدم السفر بها وعدم التزوج عليها، فهي شروط باطلة والعقد صحيح، يقول صاحب العناية: "وإن كان شرط عدم التزوج وعدم المسافرة وطلاق الضرة فاسد لأن فيه المنع عن الأمر المشروع"⁽⁸⁾.

الترجيح: بعد عرض الآراء الثلاثة فالرأي الراجح هو الأول، والقائل بصحة الشروط في عقد الزواج، شرط أن تكون الشروط مشروعة غير منافية لمقتضى العقد، لأن فائدة الشروط الصحيحة للمشرط تنعكس بالرضا بين الزوجين واستمرار المعاشرة بالمعروف، ومن هذه الشروط شرط عمل الزوجة

(1) ابن رشد الجد، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، تحقيق محمد حيي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، 1988، ج4، ص378. الحطاب الرعيني، المرجع السابق، ج3، ص446.

(2) عبد القادر بن داود، المرجع السابق، ص149.

(3) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المكاتب، باب ما يجوز من شروط المكاتب، ومن اشترط شرطاً ليس في كتاب الله، حديث رقم 2561، ج3، ص152.

(4) الصاوي، المرجع السابق، ج1، ص393.

(5) الزيلعي، تبين الحقائق، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، ط1، 1313، ج2، ص149.

(6) الشافعي: الأم، ج5، ص79.

(7) أخرجه الترمذي في سننه: أبواب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، حديث رقم 1352، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي وآخرون، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط2، 1968، ج3، ص626.

(8) البابرتي، المرجع السابق، ج3، ص350.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

سواء كان قبل الزواج أو بعده، فإن أخل الزوج بهذا الشرط العمل ومنعها بعدما اشترطته وخرجت دون إذنه فلا تسقط نفقتها، إلا إذا كان العمل غير مشروع، أو كان مضرًا بمصلحة الأسرة فللزواج حينئذ منعها.

2- الاذن الضمني: يتمثل في كون الزوج عالما بعمل زوجته سواء كان قبل الزواج أو بعده ويصمت ولا يمانع خروجها للعمل، مع قدرته على منعها، ويقول الخرخشي المالكي⁽¹⁾ في هذا المقام: "وأما لو كان قادرا على منعها ابتداء ولم يمنعها لم تسقط لأنها خرجت بإذنه"⁽²⁾، وإذنه الضمني كذلك يتمثل في علمه بالعمل وسكوته عليه واعانتته لها بتوصيلها لمقر وظيفتها⁽³⁾، وعليه فخرج المرأة لعملها بعلم زوجها وسكوته لا يسقط نفقتها إذا منعها من العمل، لأنه وإن اعطي الزوج الحق في هذا المقام بمنعها من مواصلة عملها وكان قد سكت عنه مسبقا، قد يتسبب لها في ضرر بترك وظيفتها خاصة بعد الطلاق، أما رجوع الزوج عن رأيه في قبوله وموافقته المسبقة على عملها صراحة أو ضمنا، يعتبر تغيرا وظلما للزوجة فيجوز لها رفع شكواها للقاضي⁽⁴⁾.

أما في الفقه المعاصر، فقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي حول عمل الزوجة خارج البيت: "إن خروج الزوجة للعمل لا يسقط نفقتها الواجبة على الزوج المقررة شرعاً، وفق الضوابط الشرعية، ما لم يتحقق في ذلك الخروج معنى النشوز المُسقط للنفقة"⁽⁵⁾.

أما في مسألة الاشتراط فقد نص القرار على: "يجوز للزوجة أن تشتراط في عقد الزواج أن تعمل خارج البيت فإن رضی الزوج بذلك ألزم به، ويكون الاشتراط عند العقد صراحة، يجوز للزوج أن يطلب من الزوجة ترك العمل بعد إذنه به إذا كان الترك في مصلحة الأسرة والأولاد"⁽⁶⁾.

ج- عمل الزوجة في قانون الأسرة الجزائري:

سكت قانون الأسرة الجزائري عن مسألة عمل الزوجة وأثره في النفقة، وهو أمر بديهي لأنه في الأساس سكت عن مسقطات النفقة، بالرغم من أن مسألة عمل الزوجة من المسائل المهمة والمستجدة، والتي تحتاج إلى توضيح، بنص قانوني واضح وجلي، ولأن عمل المرأة من الحقوق الأساسية

(1) محمد بن عبد الله الخراشي المالكي أبو عبد الله، ولد سنة 1010 هـ وتوفي بالقاهرة سنة 1101 هـ، وهو أول من تولى مشيخة الأزهر، وينسب لقرية خراش الموجودة بالبحيرة بمصر، فقهها ورعا وفاضلا. من مؤلفاته الشرح الكبير على متن خليل. انظر الزركلي، المرجع السابق، ج6، ص241.

(2) الخرخشي، المرجع السابق، ج4، ص192.

(3) عبد السلام بن محمد الشويعر، المرجع السابق، ص43.

(4) عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق، ج1، ص169.

(5) مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرار رقم 144(2/16) بشأن اختلافات الزوج والزوجة الموظفة، منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته السادسة عشرة بدبي (دولة الإمارات العربية المتحدة) 30 صفر - 5 ربيع الأول 1426 هـ، الموافق 9 - 14 نيسان (إبريل) 2005. نقلا عن الرابط التالي: <http://www.iifa-aifi.org/2174.html> تاريخ التصفح: 2020/07/13.

(6) مجمع الفقه الإسلامي الدولي، نفس المرجع.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

والمنصوص عليها دستوريا حيث نصت عليها المادة 68 من التعديل الدستوري 2020⁽¹⁾: "تعمل الدولة على ترقية التناسف بين الرجال والنساء في سوق التشغيل، تشجع الدولة ترقية المرأة في مناصب المسؤولية في الهيئات والإدارات العمومية وعلى مستوى المؤسسات"، حيث بينت هذه المادة حرص الدولة على حظوظ المرأة من التشغيل، وتقلد المناصب الادارية إلى جانب الرجل، وهو ما نصت عليه كذلك المادة 66: "العمل حق وواجب"، فهذه المادة أكدت على أن الحق في العمل مكفول للجميع نساء ورجالا.

في موضوع ذو صلة بعمل المرأة، فقد مكن قانون الأسرة الزوجة من اشتراط استمرارية عملها بعد الزواج وعدم منعها، فقانون الأسرة الجزائري أعطى ضمانا للزوجة في مواجهة تعسف الزوج إن منعها من العمل، فسار على خطى الشريعة الغراء في منح الزوجة حق الاشتراط في عقد الزواج، متبعا المذهب الحنبلي الذي توسع في تضمين شروط مقترنة بالعقد، وجعل قانون الأسرة الجزائري العمل من الشروط المهمة التي يمكن اشتراطها، حيث ذكره صراحة ضمن الأمثلة، وهو ما نصت عليه المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري حيث جاء فيها: "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"، وعليه فعند اشتراط الزوجة العمل يعتبر حينئذ شرطا صحيحا، ولا تسقط إثره نفقتها إن هي مُنعت من الخروج له وأصرت، مع الإشارة أن هذا الشرط مقيد بعدم التعارض مع مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد⁽²⁾ (المادة 32 و 36 من قانون الأسرة الجزائري)، إضافة إلى ذلك جعل قانون الأسرة مخالفة الشروط المتفق عليها بين الزوجين، ومنها عمل المرأة إن هي اشترطته، فإن منعها الزوج أو ضيق عليها، يكون سببا يخول لها طلب التطليق نظير مخالفة الزوج الشروط المتفق عليها، وهو المنصوص عليه في المادة 53 الفقرة 09 من قانون الأسرة الجزائري المعدل، حيث جاء فيها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:..9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج".

مسألة أخرى مسكوت عنها في قانون الأسرة الجزائري، وهي الرضا الضمني بسكوت الزوج عن عمل زوجته بعد الزواج وإعانتها عليه، فتعتبر الزوجة غير ناشز ولا تسقط نفقتها، لكن شرعا يبقى له الحق في الرجوع عن اذنه الضمني، إن أضر خروجها هذا بمصلحة الأسرة.

- سبب سكوت القانون عن مسألة الزوجة العاملة: يرجح سبب سكوت قانون الأسرة الجزائري عن تنظيم مسألة الزوجة العاملة، وإخراجها من النشوز المسقط للنفقة إلى سببين:

(1) مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 30 ديسمبر سنة 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، الجريدة الرسمية رقم 82 المؤرخة في 30 ديسمبر سنة 2020.

(2) العربي بلحاج، أحكام الزوجية، المرجع السابق، ص 597.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

1- عدم ورود مسقطات النفقة بشكل عام، والنشوز بشكل خاص كسبب مسقط للنفقة.
2- قد يكون سبب عدم ذكر عمل الزوجة كمسقط للنفقة، هو ذكر قانون الأسرة عمل الزوجة بشكل صريح ضمن المادة 19 المنظمة للشروط المقترنة بعقد الزواج، وما نصت عليه المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري التي ورد فيها أن عمل الزوجة لا يؤثر في الحضانة، ولا يعتبر سببا من مسقطاتها، حيث جاء فيها: "ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة".

أقترح على المشرع الجزائري إضافة مادة مستقلة تنظم نفقة الزوجة العاملة وأحكامها، في نص يُبين فيه مسألة العمل وأثره على النفقة، مُعْتَبِرا فيه تغيير الأحكام بتغير الظروف والأزمان، لأن عمل الزوجة في المجتمع الجزائري، أصبح واقعا يلزم تنظيمه تفاديا لكل إشكال عملي مستقبلي في القضاء. من المسائل التي سكت عنها قانون الأسرة الجزائري في اشتراط عمل الزوجة في المادة 19 بصفة خاصة والشروط بصفة عامة، هي إمكانية الرجوع عن شرط عمل الزوجة إن كان مرهقا للزوج، حيث أنه قد تطرأ وقائع مستجدة، تجعل من هذا الشرط صعب التحقيق أو مستحيل أو تنجر عنه مشاكل قد تعصف بالأسرة كلها، وفي هذا الصدد فقد عالجت بعض القوانين المقارنة، ومنها مدونة الأسرة المغربية هذه المسألة من خلال الفقرة 02 من المادة 48 إذ تنص على: "إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا، أمكن للملتزم به أن يطلب من المحكمة إعفاءه منه أو تعديله ما دامت تلك الظروف أو الوقائع قائمة، مع مراعاة أحكام المادة 40"⁽¹⁾، وحسب ما ذهبت إليه مدونة الأسرة المغربية فقد أخذت بنظرية الظروف الطارئة⁽²⁾، وهي ظروف تسمح للمحكمة وبطلب من الملتزم بالشرط، تعديله أو إلغاؤه بسبب أنه أصبح مرهقا، أو نتيجة لوقائع مستجدة⁽³⁾، أي أنه في حال اشتراط الزوجة عملها، قد تطرأ ظروف كثيرة تُمس بمصلحة الأسرة نتيجة هذا العمل، يحق للزوج حينئذ منعها الخروج للعمل، وفي وضع آخر كأن يشترط الزوج على زوجته عدم العمل بعد الزواج، لكن ولفظروف معيشية طارئة تضطر الزوجة للبحث عن عمل تُسد به حاجتها، مخالفة التزامها بالشرط المنصوص عليه في العقد.

(1) مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

(2) الحالة الاستثنائية التي يطرأ فيها -بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه - حادث لم يكن متوقعا، من شأنه أن يؤدي إلى اختلال التوازن بين التزامات الطرفين اختلالا فادحا؛ إذ يصبح الالتزام الملقى على عاتق المدين، مرهقا له إرهاقا شديدا، ويترتب على تنفيذه له خسارة فادحة. ياسر ذنون، رؤى إبراهيم، "نظرية الظروف الطارئة وأثرها على الأحكام القضائية"، مجلة الشريعة والقانون، ع57، كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، يناير 2014، ص188.

(3) - محمد الكشور، المرجع السابق، ج1، ص ص 253-254.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج و آثاره

القانون المغربي تطرق لمسألة أخرى مهمة وهي عمل المرأة الحر، باعتباره محل حماية قانونية⁽¹⁾، فلا يمكن أن يكون عمل الزوجة محل شرط مُسقط، وهو ما نصت عليه مدونة التجارة المغربية وبمقتضى المادة 17 منها حيث جاء فيها: "يحق للمرأة المتزوجة أن تمارس التجارة دون أن يتوقف ذلك على إذن من زوجها، كل اتفاق مخالف يعتبر لاغيا"⁽²⁾، فاعتبرت هذه المدونة ممارسة النشاط التجاري من جانب المرأة المتزوجة، من متعلقات النظام العام لا يمكن تعطيله عن طريق الشرط، سواء ضُمن هذا الشرط بعقد الزواج أو بعقد مستقل⁽³⁾.

في القوانين المقارنة⁽⁴⁾ نجد قانون الأحوال الشخصية المصري في المادة الأولى للقانون 100 لسنة 1985، نصت على عدم سقوط نفقة المرأة العاملة، حيث جاء فيها: "ولا يعتبر سببا لسقوط نفقة الزوجة (...) ولا خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب بإساءة استعمال الحق، أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه"⁽⁵⁾، فالزوج إن امتنع عن النفقة وفق ما ذكرته المادة يجبر قانونا، فقد جاء في المذكرة التفسيرية للقانون في فحوى هذه المادة: "لا يعتبر خروج المرأة للعمل المشروع إذا أذن الزوج بالعمل، أو عملت دون اعتراض منه، أو تزوج عالما بعملها، فلا يعتبر ذلك خروجاً بدون إذن الزوج، ولا يترتب عليه سقوط نفقتها، وذلك ما لم يظهر أن عملها مناف لمصلحة الأسرة، أو مشوب بإساءة استعمال الحق، وطلب منها الزوج الامتناع عنه، وغني عن البيان أن الفصل عند الخلاف في كل ذلك للقاضي"⁽⁶⁾، وقانون الأحوال الشخصية المصري مثله

(1) ألغى المشرع المغربي الفصل 726 من قانون الالتزامات والعقود والذي كان ينص على: "إن المرأة المتزوجة لا يمكنها أن تلتزم بأداء خدماتها كمرضع أو بطريفة أخرى بدون إذن زوجها، ولهذا الأخير الحق في أن يفسخ العقد الذي يبرم بدون رضاه"، ويقول الأستاذ موسى عبود تعليقا على هذا الفصل هو أن الفقرة الثانية من الفصل 36 (من مدونة الأحوال الشخصية المغربية الملغاة)، والذي يوجب طاعة الزوجة لزوجها، وبما أن إبرام عقد العمل يتعلق بشخص المرأة، فيمكن القول أن المرأة من خلال الفصل السابق الذكر ملزمة بطاعة زوجها في إبرام عقود الشغل. موسى عبود، دروس في القانون الاجتماعي، المركز الثقافي العربي، بيروت، لبنان، ط2، 1994. ص ص 183-185. وقد ألغى الفصل 36 والمتضمن حقوق الزوج في مدونة الأحوال الشخصية المغربية، وفي مدونة الأسرة الجديدة دمج المشرع المغربي حقوق الزوجين في حقوق مشتركة ولم يعد لحق الطاعة وجود. أما الفصل 726 من قانون الالتزامات والعقود ألغى بموجب القانون رقم 95.25 الصادر بتنفيذ ظهير الشريف رقم 1.95.153 الصادر في 11 أغسطس 1995.

(2) ظهير الشريف رقم 1.96.83 الصادر في الفاتح أغسطس 1996، بتنفيذ القانون رقم 95.15 المتعلق بمدونة التجارة.

(3) محمد الكشور، المرجع السابق، ج1، ص 250.

(4) في قانون الأحوال الشخصية السوري نصت المادة 73 على أن نفقة الزوجة تسقط إن عملت خارج بيت الزوجية دون إذن زوجها، لكن القانون سالف الذكر سكت عن مسألة العمل حين اشتراطه هل يعد نشوزا. انظر أسامة الحموي، "ما سكت عنه قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق وآثارهما ويحتاج إلى تقنين"، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، ع1، جامعة الإسكندرية، مصر، 2008، ص68.

(5) قانون الأحوال الشخصية المصري، المعدل بالقانون 100 لسنة 1985.

(6) حسين عبد الغني سمرة، المرجع السابق، ص41.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

مثل مدونة الأسرة المغربية، وضع استثناءات يمكن من خلالها الزوج، الرجوع عن إذنه للزوجة العاملة بعد أن وافق على عملها قبل ذلك، في حالتين⁽¹⁾ :

1- إذا ظهر أن استخدامهما لهذا الحق مشوب بإساءة استعمال الحق.

2- إذا ظهر أن استعمالهما لهذا الحق مناف لمصلحة الأسرة.

وقد أورد الأستاذ محمد عزمي البكري أمثلة عن الاستثناءات الواردة في المادة المذكورة أعلاه فقال: "ففي إساءة استعمال حق الخروج للعمل: أن لا تراعي ستر عورتها أثناء ذهابها وإيابها من العمل وخلال تواجدتها بمكان العمل، ومشاركتها رجال أجنبي مختلطة بهم، اصطحابها رجال أجنبي خلال ذهابها وإيابها، ظهورها بمظهر المتبرجة بصورة تدعو إلى الفتنة. (...). واستعمال الحق منافيا لمصلحة الأسرة، ومصصلحة الأسرة تشمل الزوج والزوجة والأولاد، ومثاله أن يكون الزوج مريضا ومحتاجا للزوجة لرعايته والقيام بشؤونه، أو أن يكون أحد أولادها مريضا وهو في حاجة تامة لرعايتها، أو أن تزيد ساعات عملها عن المعتاد فيؤدي بصورة مباشرة في ضياع شؤون بيتها وإنهاك قواها بحيث لا تستطيع القيام بواجباتها الزوجية"⁽²⁾.

وعمل الزوجة المسموح به شرعا، والمشتراط قانونا يجب أن يكون وفق ضوابط حددها الفقه أهمها⁽³⁾:

- أن يكون العمل بإذن زوجها، حفاظا على استقرار الأسرة وديمومة العشرة بالمعروف، لأن الأصل في الشريعة الإسلامية الإذن سواء كان صريحا أو ضمنيا.

- أن يكون العمل مشروعاً، بعيداً عن كل ما هو محرم كالعمل في الملاهي، وأماكن اللهو والقمار ودور السينما.

- أن يرافقها زوج محرم، إذا كان مقر عملها يتجاوز مسافة القصر ويعتبر سفراً، لنهي النبي ﷺ عن ذلك.

- ألا تختلي برجل أجنبي في مقر عملها، لأنه يعتبر من المحرمات والخلو من مداخل الشيطان، لقول النبي ﷺ "لا يخلون رجل بامرأة إلا مع ذي محرم"⁽⁴⁾.

- الالتزام بالحجاب الشرعي والتخلق بأخلاق الإسلام، فالالتزام المرأة بالحجاب الشرعي هو الذي يزيد لها وقار وحشمة ويبعد عنها عيون الذئاب الجائعة، ومن شروط الحجاب أن يكون فضفاضاً لا يشف ولا

(1) قانون الأحوال الشخصية المصري، المعدل بالقانون 100 لسنة 1985.

(2) محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ج1، ص321.

(3) انظر أحمد بورزق، حمد بوجمعة، عمل الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ورقة بحثية مقدمة ضمن الملتقى الدولي التاسع الموسوم بقضايا الأسرة المسلمة المعاصرة في ضوء أصول ومقاصد الشريعة الإسلامية، المنعقد يومي 27-28 نوفمبر 2018، بكلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة1، الجزائر، الأعمال الكاملة للملتقى الدولي التاسع، ج3، ص385 وما يليها.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب لا يخلون رجل بامرأة إلا ذو محرم، والدخول على المغيبة، حديث رقم 5233، ج7، ص37.

الباب الأول : المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره

يصف، وأما تخلقها بأخلاق الإسلام فيتمثل في غض بصرها، وعدم خضوعها بالقول فيطمع الذي في قلبه مرض، وألا تخرج متزينة متعطرة لنبي النبي ﷺ عن ذلك⁽¹⁾.

خلاصة الباب الأول:

تطرق في هذا الباب إلى المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره، حيث تناولت مفهوم المسكوت عنه في الشريعة والقانون، وبيّنت فيه أن سكوت القانون يعتبر قصورا في التشريع، رغم وجود المادة 222 التي تحيل إلى الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون، إلا أن الانفتاح على كل المذاهب الفقهية يجعل من الأحكام القضائية محل اختلاف، وبيّنت كذلك الدور الريادي الذي تلعبه قرارات المحكمة العليا في استكمال ما غفل عنه قانون الأسرة، بعدها تناولت مكان سكوت قانون الأسرة في تعريف الزواج ومقدماته، متوصلا إلى أن قانون الأسرة الجزائري سكت على جملة من المسائل، منها موضوع عقد الزواج في التعريف، ومفهوم الخطبة والمسائل المنظمة لأثر العدول عنها، أما في مقومات عقد الزواج، فمحل سكوت قانون الأسرة كان في ركن المحل وهما الزوجان كركن بيولوجي لعقد الزواج، وما له من ارتباط بمسائل التصحيح والتغيير الجنسي، ثم الوكالة لما لها من أهمية، التي كانت محل إلغاء بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005، ثم في شروط عقد الزواج تناولت شرطي الأهلية والصداق، مبينا تفاصيل فيهما سكت عنها القانون، منها مسائل ترشيد القاصر ومسائل في استحقاق الزوجة للصداق.

أما آثار عقد الزواج فقد تعرضت لسكوت قانون الأسرة لتفاصيل في حقوق الزوجين، أهمها حق المساكنة الشرعية، كحق مشترك بين الزوجين مسكوت عنه، أما في النفقة الزوجية سكت عن النشوز بالرغم كونه من أهم مسقطاتها، إلا أن قانون الأسرة الجزائري لم يتطرق له بعد التعديل، ولم يكن لعمل الزوجة وأثره على نفقة الزوجة محل ذكر في قانون الأسرة الجزائري .

(1) عن: "أبي موسى، عن النبي ﷺ قال : كل عين زانية، والمرأة إذا استعطرت فمرت بالمجلس فهي كذا وكذا، يعني زانية". أخرجه الترمذي في سننه، كتاب النكاح، باب ما جاء في كراهية خروج المرأة متعطرة، حديث رقم 2786، ج 5، ص 106.

الباب الثاني

المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج و آثاره

الباب الثاني

المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج و آثاره

تعد ديمومة الزواج وبقائه من الأهداف الأساسية التي قامت عليها هذه الرابطة المقدسة، القائمة على المودة والرحمة، مصداقا للآية الكريمة في قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾⁽¹⁾، لكن قد تعترض العلاقة الزوجية عوارض تحول دون رسم طريق الاستمرارية والأبدية، فينحرف مسار الحياة الزوجية من الود والوئام إلى التنافر والخصام وتنقلب إلى جحيم، بعد أن كانت نعيما، فلا علاج في هذا الحال إلا بالطلاق والانفصال، وهو ما قرره الشارع الحكيم حفظا للحقوق وتخلّصا من علاقة زوجية، قد يؤدي استمرارها إلى نتائج وخيمة تهدد كيان الأسرة والمجتمع.

وقد نظّم قانون الأسرة الجزائري على غرار القوانين الأخرى مسائل انحلال الزواج، من طلاق، وتطليق، وخلع وما ينجر عن هذا الانحلال من آثار، فوضع لها شروطا وضوابطا تحفظ حقوق الزوجين والأولاد، ولكن قانون الأسرة حين معالجته لمسائل انحلال الزواج و آثاره، سكت عن كثير من المسائل المهمة، تحتاج إلى تفصيل والتي سأتطرق إلى بعض منها دون أخرى، من مبدأ أن أهميتها تجعل منها محلا للدراسة، كل هذا دون انتقاص من أهمية باقي المسائل، التي كان لابد على قانون الأسرة الجزائري التطرق إليها نظير أهميتها، وهو ما حاولت أن أتعرض له في هذا الباب من خلال الفصلين التاليين:

- الفصل الأول: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج.

- الفصل الثاني: المسائل المسكوت عنها في آثار انحلال الزواج.

(1) سورة الروم، الآية 21.

الفصل الأول

المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج

الفصل الأول

المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج

بناء على ما جاء في أحكام الفقه الإسلامي من أن طرق انحلال الزواج يكون بطريقتين، إما بالوفاة أو الطلاق، فنن المشرع الجزائري هذه المسائل من خلال المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري، التي نصت على أن انحلال الرابطة الزوجية يكون بالطلاق أو الوفاة، وبالتالي فإن عرى العلاقة الزوجية تنحل دون تدخل من الزوجين أو من القضاء بوفاء أحدهما، حيث يتم تلقائياً وإجبارياً إنهاء عقد الزواج القائم بينهما، بموجب القانون دون أي تدخل من إرادتهما.

أما ما نصت عليه المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري، فيعتبر عن طرق انحلال الزواج بتدخل من الزوجين، فإما أن يكون بإرادة الزوج المنفردة بالطلاق، أو بطلب من الزوجة بطريقتين هما التطليق أو الخلع، أو بتراضي الزوجين، والطلاق بالإرادة المنفردة وضعته الشريعة الإسلامية بيد الزوج لحكمة بالغة، حتى لا يُحداه به عن المقصد الشرعي، وهذه المسؤولية تجعله متروياً ومترتباً في إيقاع الطلاق، والحديث عن الطلاق بيد الزوج، لا يجعلنا نغفل عن ما قررتة الشريعة للمرأة من حق حال تضررها من الزواج، فوضعت لها عديد الطرق لحل الرابطة الزوجية عن طريق التفريق القضائي، أو ما يسمى قانوناً بالتطليق، شرط تحقق أسباب وجيهة قررها الفقه الإسلامي، وسار على خطاها القانون، كما للزوجة الحق في طلب الخلع، مقابل بدل تدفعه تخلّصاً من حياة تراها بائسة بسبب كراهيتها لشريك حياتها، كما يمكن للزوجين أن يفكا عرى الزوجية تراضياً بينهما، حين يرى كل طرف أن نهاية ميثاق الزوجية حالت دون استمرارية زواجهما أسباباً مشتركة، وهو أيسر الطرق وأقلها كلفة في انحلال الرابطة الزوجية، شريطة أن لا يقع ضرر على أحدهما أو كلاهما، نتيجة الشروط المتفق عليها في عريضة إيقاع الطلاق بالتراضي.

سكت قانون الأسرة حال معالجته لانحلال الزواج عن عدة مسائل، وقد وقع اختياري على بعض منها، متناولاً في هذا الفصل لمسائل في الطلاق، والتطليق، والخلع مسكوت عنها، أما بالنسبة لباقي المسائل التي لم أتطرق إليها وتدخل في هذا الباب كالإيلاء مثلاً، نجده منصوص عنه في قانون الأسرة الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة 53، التي تتضمن الهجر في المضعج فوق أربعة أشهر، أما اللعان فقد ذكره قانون الأسرة الجزائري بشكل مقتضب في النسب، ولم ينظمه بنص واضح، ولعل سبب ذلك أن اللعان مسألة فقهية بحثية، لم تطرح أمام القضاء⁽¹⁾ ولم تكن محل نص إجرائي، وبقيت حبيسة الجانب الشرعي دون غيره،

(1) العربي بختي، أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص 126.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

وعليه سأتطرق في هذا الفصل إلى بعض المسائل المسكوت عنها في الطلاق في مبحث أول، وبعض المسائل المسكوت عنها في التطليق والخلع في مبحث آخر.

المبحث الأول: المسائل المسكوت عنها في الطلاق

الحياة الزوجية ميثاق غليظ وجب المحافظة عليه، لذا وضعت الشريعة الإسلامية ضوابط متينة لصيانته، وقد تعتري هذه الحياة مشكلات عويصة لا يمكن حلها، فتحوّل دون استمراريتها ولا علاج لها إلا بالفُرقة، وعليه فإن التطرق لبعض المسائل المسكوت عنها في الطلاق، يوجب ذكر ماهيته من تعريف ومشروعية، ثم ذكر بعض المسائل المسكوت عنها في الطلاق.

المطلب الأول: ماهية الطلاق

في هذا المطلب سأطرق لتعريف الطلاق في اللغة والاصطلاح والقانون، ثم مشروعيته، والحكمة من مشروعيته، وذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف الطلاق

أتعرض في هذا الفرع إلى التعريف اللغوي والاصطلاحي والقانوني للطلاق كالتالي:

أولاً- الطلاق لغة: وهو من: "طلق الطاء واللام والقاف أصل صحيح مطرد واحد، وهو يدل على التخلية والإرسال. يقال: انطلق الرجل ينطلق انطلاقاً (...). تقول: أطلقتها إطلاقاً"⁽¹⁾، والطارقة من الإبل: ناقة تبعث في الحي تسرح من جنبهم حيث أرادت، أو التي يتركها الراعي لنفسه فلا يحتلبها على الماء⁽²⁾، ويقال: "طلق امرأته تطليقا وطلقت هي تطلق بالضم طلاقاً فهي طالق"⁽³⁾. إذن الطلاق من الإرسال، فطلّقتُ المرأة أي أرسلتها، والطلاق معروف في الجاهلية قبل الإسلام حيث أعطت بعض القبائل العربية حق الطلاق للمرأة، فكانت تطلق زوجها ما شاءت، ومن عادات نساء الجاهلية إن هي أرادت تطليق زوجها حولت أبواب خبائها، من الشمال إلى الجنوب، أو كانت إلى الشرق فتحولته إلى الغرب⁽⁴⁾.

ثانياً- الطلاق اصطلاحاً: أما في اصطلاح الفقهاء فالطلاق هو:

- عند الحنفية: "عبارة عن حكم شرعي برفع القيد النكاحي بألفاظ مخصوصة"⁽⁵⁾.
- عند المالكية: "الطلاق حل العصمة المنعقدة بين الزوجين"⁽⁶⁾. وعُرف كذلك: "صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجه"⁽⁷⁾.

(1) ابن فارس، المرجع السابق، ج3، ص420.

(2) الفيروز آبادي، المرجع السابق، ص904.

(3) زين الدين الرازي، المرجع السابق، ص192.

(4) أحمد ذيب، قواعد الطلاق وضوابط الفراق، دار هومة، الجزائر، ط2، 2017، ص24.

(5) البابرتي، المرجع السابق، ج3، ص463.

(6) ابن رشد الجدي، المقدمات المهمّات، المرجع السابق، ج1، ص497.

(7) عليش، المرجع السابق، ج4، ص42.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

- عند الشافعية: "حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه"⁽¹⁾.

- عند الحنابلة: "حل قيد النكاح"⁽²⁾.

الملاحظ من التعاريف السابقة، أن أكثر الفقهاء جعلوا تقييد الطلاق بألفاظ مخصوصة، مستثنين منه الطلاق الرجعي، لأنه لا يرفع قيد النكاح، لكن يبقى هناك اعتراض على ما جاء به الفقهاء، مادام الطلاق الرجعي لا يرفع قيد النكاح، فمن باب أولى فاللفظ المخصوص لا يرفع كذلك، والصحيح الثابت أن الطلاق الرجعي يرفع قيد النكاح، لكن ليس في الحال بل في المآل⁽³⁾، بقي أن التعريف الثاني للمالكية بقوله "حُكْمية" أخرج به: "الصفات الحسية، لأن الطلاق معنى تقديري اعتباري يقدره الشرع والعقل ويعتبره لا حسي"⁽⁴⁾.

أما عند الفقهاء المتأخرين، فقد عرفه الشيخ عبد الوهاب خلاف بأنه: "حلُّ رباط الزوجية الصحيحة، في الحال أو المآل، بعبارة تفيد ذلك صراحة أو دلالة، تصدر من الزوج، أو من القاضي بناء على طلب الزوجة"⁽⁵⁾.

وعرفه الأستاذ وهبة الزحيلي: "رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص"، فحلّ الرابطة الزوجية في الحال يكون طلاقاً بائناً، أما المآل فيكون طلاقاً رجعياً بعد العدة إما بائناً بينونة صغرى أو كبرى، أما اللفظ المخصوص فيكون صريحاً كلفظ الطلاق، وكنائياً كلفظ البائن والحرام والإطلاق ونحوها، ويقع كذلك بالكتابة والاشارة عند العاجز، ويتبع لفظ الطلاق لفظ آخر وهو "الخلع"، وكذلك قول القاضي: "فرقت" في التفريق لغيبة الزوج أو حبسه، أو حال امتناعه عن الإنفاق أو بسبب الشقاق وسوء المعاشرة، وقد أُخرج من الألفاظ المخصوصة "الفسخ" لأن عقدة النكاح في الحال تنحل به دون لفظ الطلاق⁽⁶⁾.

عليه يعرف الطلاق على أنه: رفع قيد النكاح من الزوج أو القاضي في الحال أو المآل، بألفاظ مخصوصة مشتقة من الطلاق أو فيما معناه.

ثالثاً- الطلاق في قانون الأسرة الجزائري:

جاء تعريف الطلاق في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري كما يلي: "يحل 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"، واستعمل قانون الأسرة الجزائري لفظ "يحل" الذي يشمل جميع صور الطلاق

(1) زكرياء الأنصاري، أسنى المطالب، المرجع السابق، ج3، ص263.

(2) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج3، ص263.

(3) مبروك المصري، المرجع السابق، ص113.

(4) التسولي، البهجة في شرح التحفة، تحقيق محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1998، ج1، ص536.

(5) عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص128.

(6) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج8، ص344.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

سواء بالإرادة المنفردة للزوج أو بالتراضي أو بطلب من الزوجة عن طريق القاضي⁽¹⁾، وانتقد هذا التعريف من وجهين، الأول: أنه ساوى بين الطلاق والفسخ⁽²⁾ لأنه تعريف مطلق يخرج الطلاق الرجعي منه⁽³⁾.

الثاني: أنه ساوى بين الرجل والمرأة في إيقاع الطلاق، وخالف بذلك النصوص الشرعية التي جعلت الطلاق بيد الزوج ابتداء⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: مشروعية الطلاق

الطلاق مشروع في الكتاب الكريم، والسنة النبوية الشريفة، والاجماع، ولم تضع الشريعة الإسلامية الطلاق إلا كحل لكثير من المشكلات الزوجية التي لا حل لها إلا الفُرقة.

أولاً- الكتاب الكريم:

- قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾⁽⁵⁾، ووجه الاستدلال من الآية أنه خطاب مفاده يا أيها النبي قل لأمتك إذا طَلَّقْتُم نساؤكم، أي إذا ابتغيتم طلاقهن، فلا يكون إلا لعدة⁽⁶⁾.

(1) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط5، المرجع السابق، ج1، ص208.

(2) الفُرقة قسمان: فرقة طلاق، وفرقة فسخ وتفصيلها: "فالطلاق إنهاء الرابطة الزوجية، وهو إما أن يكون رجعياً، أو بائناً بينونة صغرى، أو بائناً بينونة كبرى. أما الفسخ فهو إزالة ما يترتب على العقد من أحكام، وقد يكون الفسخ لخلل صاحب نشوء العقد، كما لو نشأ العقد غير لازم، وقد يكون الفسخ لخلل طراً على العقد بعد نشوئه تماماً صحيحاً". انظر العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط5، المرجع السابق، ص206. يختلف الطلاق عن الفسخ في عدة وجوه يمكن إيجازها في: 1- الطلاق لا ينقض العقد مطلقاً، ولا يرفع الجِل إلا في البينونة الكبرى، إنما ينهي الزواج بلفظ مخصوص يترتب عليه زوال الملك كما في الطلاق البائن، ونقصان الملك كما في الطلاق الرجعي، أما الفسخ ففي بعض الحالات ينقض العقد، ويصح كأن لم يكن كإعدام الأهلية. انظر محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص311. 2- حقيقة الفسخ هي نقض العقد من أصله، وإزاحة الجِل الذي يترتب عليه، أما الطلاق فهو فك للرابطة الزوجية وإنهاء للعقد، والحل لا يزول في الحال بل يزول كذلك في المآل، إلا في البينونة الكبرى. انظر أحمد ذيب، المرجع السابق، ص28-29. 3- في الطلاق لا يشترط وجود بواعث عرضية ماثلت العقد أو جاءت بعده تتعارض معه، أو يقتضي عدم لزومه (العقد)، بل هو حق للزوج، أما الفسخ فيكون لحالات طارئة على العقد تتنافى مع بقاء العقد ومثال ذلك الردة. انظر محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص311. 4- لا وجود للطلاق دون عقد صحيح لينهيه، أما الفسخ فقد يكون في عقد صحيح أو عقد فاسد به خلل. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط5، المرجع السابق، ج1، ص206.

(3) مبروك المصري، المرجع السابق، ص114. 5- الطلاق قد يقع رجعياً كما قد يقع بائناً، ففي الرجعي يجوز مراجعة الزوجة خلال العدة، والفسخ فرقة بائنة دون رجعة. انظر العربي بلحاج، نفس المرجع، ص207. 6- إنهاء الرابطة الزوجية بالطلاق يُنقص من طلاقات الرجل التي يملكها، سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً، أما إنهاء الزواج بالفسخ، فلا ينقص عدد الطلاقات التي يملكها الرجل. انظر محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص311. 7- لا يقع في عدة الفسخ طلاق إلا ما كان بسبب الردة، أما الطلاق فيقع في عدته طلاق لأن الطلاق لا ينقض العقد ولا يزيل الحل، والمقصود في هذا المقام الطلاق الرجعي. محمد كمال الدين إمام، نفس المرجع، ص314.

(4) أحمد ذيب، المرجع السابق، ص24.

(5) سورة الطلاق، الآية 01.

(6) البغوي، معالم التنزيل في تفسير القرآن (تفسير البغوي)، تحقيق عبد الرزاق المهدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1، 1420، ج5، ص106.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

- قال تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾⁽¹⁾، ووجه الاستدلال أن الله تعالى فرض هذه الآية حتى يُعلم عدد مرات الطلاق التي يستطيع فيها الرجل أن يراجع زوجته دون تجديد مهر وولي⁽²⁾.

ثانيا- السنة النبوية الشريفة:

- عن: "عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أبغض الحلال إلى الله الطلاق"⁽³⁾.

- عن: "عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: أنه طلق امرأته وهي حائض، على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: 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"⁽⁴⁾، ووجه الدلالة من الحديثين أن الطلاق مشروع، وما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم من سنة قولية أو فعلية أو تقريرية، تدل على أن الطلاق مشروع في الإسلام⁽⁵⁾.

ثالثا- الاجماع⁽⁶⁾: أجمع فقهاء الأمة منذ عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على جواز طلاق الرجل زوجته، ولم ينكر أحد هذا الصنيع، فصار هذا إجماعا⁽⁷⁾.

الفرع الثالث: الحكمة من مشروعية الطلاق

قد تستعصي الحياة الزوجية، فتكون تصرفات أحد الزوجين خلالها سببا لوقوع الآخر في الحرام، نتاج تقصير أو نفور من طرف أحدهما أو كلاهما، أو طارئ استجد، مما يدفع أحدهما إلى عدم احتمال الآخر، فيحصل التنافر والتباعد في السلوك والطباع، ويظهر الشقاق وتتولد الكراهية

(1) سورة البقرة، الآية 229.

(2) القرطبي، المرجع السابق، ج 3، ص 126.

(3) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الطلاق، باب حدثنا سويد بن سعيد، حديث رقم 2018، ج 1، ص 650.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب قول الله تعالى: {يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة} [الطلاق]: 1، حديث رقم 5251، ج 7، ص 41.

(5) محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 298.

(6) أجمع علماء الأمة على مشروعية الطلاق، لكن اختلف الفقهاء في حكمه الأصلي، فجمهور الفقهاء ذهبوا إلى أن الأصل في الطلاق الإباحة، وقد يخرج عن الإباحة في أحوال، وفقهاء آخرون إلى أن الأصل فيه المنع، وقد يخرج عن المنع في مواضع، ومن الفقهاء الذين قالوا أن الأصل فيه الحظر الشيخ ابن تيمية حيث يقول: "فإن الأصل في الطلاق الحظر؛ وإنما أبيح منه قدر الحاجة والحاجة تندفع بثلاث مرات"، انظر ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، ج 32، ص 293، وعلى العموم فكل الفقهاء اتفقوا على أن الطلاق تعتريه الأحكام التكليفية الخمسة: فيكون مباحا، كالطلاق الذي يكون ضرورة تدعو له الحاجة، كوجود عيب منقر في الزوجة، يحول دون قضاء وطره منها، ويخاف على نفسه العنت، ويكون واجبا عند تيقن الزوج عدم قدرته على امساك الزوجة، فيلزمه تسريحها كطلاق الحكمين بعد تعذر الإصلاح بين الزوجين، ويكون الطلاق مندوبا كطلاق العاجز عن أداء حقوق الزوجة، ويكون حراما كطلاقها في حيضها، أو في طهر مسها فيه. انظر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، المرجع السابق، ج 29، ص 08. مبروك المصري، المرجع السابق، ص 30.

(7) محمد عقلة الابراهيم، الزواج وفرقه في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، ط 2، 2017، ص 201.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

والبغضاء والتعنّت ويستحيل بعدها الإصلاح، فتصير الحياة الزوجية جحيماً لا يطاق، دافعة بالأهداف التي من أجلها شُرِعَ الزواج من رحمة ومودة إلى هاوية سحيقة، تسقط فيها كل معاني الميثاق الغليظ، مما قد يؤدي بأحد الزوجين إلى ارتكاب المحظور في حق الآخر⁽¹⁾.

على إثر ذلك شرعت الشريعة الإسلامية الطلاق كعلاج، رأفة بالزوجين ورفقا بهما للخروج من عقد التزامه بإرادتهما ليسعدا في ظله، فرجع عليهما بالشقاق والشقاء والحرَج، ومن ثم إلى تقصير في حق الله تعالى في عبادة من العبادات⁽²⁾، يقول صاحب البدائع: "ولأن شرع الطلاق في الأصل لمكان المصلحة؛ لأن الزوجين قد تختلف أخلاقهما وعند اختلاف الأخلاق لا يبقى النكاح مصلحة؛ لأنه لا يبقى وسيلة إلى المقاصد فتقلب المصلحة إلى الطلاق ليصل كل واحد منهما إلى زوج يوافقه فيستوفي مصالح النكاح منه"⁽³⁾.

المطلب الثاني: المسائل المسكوت عنها في الطلاق

سكت قانون الأسرة الجزائري عن كثير من المسائل في الطلاق كطريق من طرق انحلال الزواج، وقد اخترت مسائل منها: شروط الطلاق متمثلة في شروط كل من المطلق والمطلّقة، وكذلك ألفاظ الطلاق، وعليه سأعرض لكل مسألة على حدة، مينا أحكامها في الفقه الإسلامي ثم مواطن سكوت القانون وسببه.

الفرع الأول: شروط الطلاق المسكوت عنها

حتى يقع الطلاق صحيحاً، وجب توفر شروط ليرتّب آثاره الشرعية والقانونية، وشروط الطلاق تنقسم إلى ثلاثة أقسام، وهي شروط المطلق، وشروط المطلّقة، وما تعلق بالصيغة والألفاظ، وهي مسائل سكت عنها قانون الأسرة الجزائري، سأعرض لها بعد تبيان كل مسألة على حدة، وسبب سكوت القانون عنها.

أولاً- شروط الزوج المطلق المسكوت عنها:

يعتبر الزوج هو الأصل⁽⁴⁾ في إيقاع الطلاق، وذلك لما جاءت به أكثر الآيات القرآنية، التي أعطته الأحقية في إيقاعه⁽⁵⁾، يقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾⁽⁶⁾، والشريعة لما ملّكت الطلاق للزوج واعطته

(1) رمضان الشرنباصي، جابر الشافعي، المرجع السابق، ص310. الصادق الغرياني، الأسرة، المرجع السابق، ص181.

(2) الصادق الغرياني، نفس المرجع والصفحة.

(3) الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص112.

(4) الحكم المترتبة عن جعل الطلاق بيد الرجل كثيرة، لكن تخرج علينا عديد الجمعيات والمؤتمرات النسائية، التي تطالب بالتسوية بين الرجل

والمرأة في حق إيقاع الطلاق. انظر مبروك المصري، المرجع السابق، ص179.

(5) محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص321.

(6) سورة البقرة، الآية 230.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

الحق في ايقاعه، جعلت له ضوابط وقيود، حتى لا يتمادى الزوج في الطلاق، فيخرب بيده أسرة متماسكة هي خلية من خلايا المجتمع الإسلامي المكون للأمة المسلمة⁽¹⁾، وكذلك أصل حق الزوج في ملكيته الطلاق هو حديث نبوي شريف فعن: "ابن عباس رضي الله عنهما، قال: أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجلاً، فقال: يا رسول الله، إن سيدي زوجني أمته، وهو يريد أن يفرق بيني وبينها، قال: فصعد المنبر"، فقال: "يا أيها الناس، ما بال أحدكم يزوج عبده أمته، ثم يريد أن يفرق بينهما، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق"⁽²⁾، والمقصود أن الذي يملك الطلاق هو الزوج، لأنه يملك الساق، والساق كناية عن الجماع، ووجب التنبيه أن الشارع إن أعطى هذا الحق للزوج⁽³⁾ - كما سبق وذكرت- بالمقابل أعطى للزوجة حقوقاً أخرى، كحرية الاختيار في الزواج، وحق التفريق للضرر، وحق الخلع إن هي تضررت فعلاً، وهي كلها وسائل علاج لدفع الضرر عن الزوجة المتضررة من الزوج⁽⁴⁾.

I- شروط المطلق في الفقه الإسلامي:

الشروط المتعلقة بالمطلق هي أهلية المطلق واختياره وقصده، وسأتناولها كالتالي:

أ- الأهلية: هي الأحوال التي يكون فيها المطلق أهلاً للطلاق بالغاً عاقلاً، وتفصيلها كالآتي:

1- البلوغ: اتفق الفقهاء⁽⁵⁾ على أن المطلق يجب أن يكون بالغاً، وعليه فطلاق الصبي لا يقع ودليلهم في ذلك حديث: "عائشة رضي الله عنها، عن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: رُفِعَ القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل"، وقد قال حماد: "وعن المعتوه حتى يعقل"⁽⁶⁾. ووجه الاستدلال من الحديث أنه دليل على أن الصغير من الثلاثة الذين لا تكليف لهم ومنه إيقاع الطلاق، بالرغم أن هذا الحديث فيه كلام كثير من فقهاء الحديث⁽⁷⁾، غير أن للحناابلة⁽⁸⁾ قول في تحديد من يقع طلاقه من الصبيان فعندهم أن الذي يعقل الطلاق ويَعْلَمُ عواقب ما سيصدر منه واقع طلاقه لا محالة، وحددوا عمره ما بين العشر واثني عشرة سنة، ودليلهم في ذلك قول الصحابي سعيد بن

(1) أحمد ذيب، المرجع السابق، ص 100.

(2) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الطلاق، باب طلاق العبد، حديث رقم 2081، ج 1، ص 672.

(3) تترتب على حق الزوج وحده إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة النتائج التالية: 1- لا يجوز لغير الزوج الطلاق، ويطلق مكانه القاضي إن توافرت أسباب الطلاق ولم يطلق، لما يحوزه القاضي من ولاية شرعية حتى لا تضرر الزوجة- 2- لا يجوز للولي لمن كان في ولايته صغيراً أن يطلق مكانه، وهو الراجح بين الفقهاء- 3- مادام صاحب الحق هو الزوج فحيثما تلفظ بالطلاق في أي وقت يرتب آثاره مادام مستوفياً للشروط. انظر محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 322.

(4) أحمد ذيب، المرجع السابق، ص 100-101.

(5) الكاساني، المرجع السابق، ج 3، ص 100. الدسوقي، المرجع السابق، ج 2، ص 365. الشربيني، الإقناع، المرجع السابق، ج 2، ص 437. موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 7، ص 381.

(6) أخرجه أحمد في مسنده، مسند النساء، مسند الصديقة عائشة بنت الصديق رضي الله عنها، حديث رقم 24694، ج 41، ص 224.

(7) الصنعاني، سبل السلام، دار الحديث، (د.م، دط، د.ت)، ج 2، ص 265.

(8) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 7، ص 381.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

المسيب: "إذا أحصى الصلاة، وصام رمضان، جاز طلاقه"⁽¹⁾، والراجح والله أعلم أن طلاق الصغير لا يقع⁽²⁾.

2- العقل: عُرّف العقل على أنه: "الغريزة التي بها يعقل الإنسان (...). وصفة من الصفات التي وهبها الله عز وجل للإنسان ليميّز بها بين الحق والباطل لأنه آلة التمييز"⁽³⁾، وعُرّف: "علوم ضرورية يفرق بها بين المجنون الذي رفع القلم عنه وبين العاقل الذي جرى عليه القلم فهذا مناط التكليف"⁽⁴⁾.

الفقهاء اتفقوا على أن يكون المطلق عاقلاً⁽⁵⁾، لكن هناك خلاف في بعض ما يدخل تحت باب العقل في إيقاع الطلاق، وهو طلاق المجنون ومن يقع في دائرته، وطلاق السكران والغضبان.

1-2- طلاق المجنون⁽⁶⁾:

اتفق الفقهاء⁽⁷⁾ على أن طلاق المجنون لا يقع، والجنون نوعان: جنون مطبق، وجنون منقطع، فالمطبق وهو الذي يستمر جنونه كل حياته، وبالتالي يبطل كل تصرف صادر منه ومنها الطلاق، أما الجنون المنقطع فهو من يغيب عقله حيناً، وفي أحيان كثيرة يرجع إليه، وحكم الطلاق في هذا النوع أنه لا يقع حال جنونه ويقع حال إفاقته، وعليه فالمستنتج أن الطلاق لا يقع بزوال عقله وأهليته⁽⁸⁾، ودليلهم في ذلك حديث: "عائشة رضي الله عنها، عن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل"، وقد قال حماد: "وعن المعتوه حتى يعقل"، ووجه الاستدلال من الحديث أن المجنون غير مكلف فلا يقع طلاقه البتة⁽⁹⁾، وقد صنف الفقهاء مع المجنون، النائم، والمغى عليه، والمدهوش⁽¹⁰⁾، والمعتوه⁽¹¹⁾.⁽¹²⁾

2-2- طلاق الغضبان والسكران: في طلاق الغضبان والسكران خلاف بين الفقهاء سأورده كما يلي:

(1) موفق الدين بن قدامة، نفس المرجع والصفحة.

(2) محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص323.

(3) جابر ادريس علي أمير، منهج السلف والمتكلمين، مكتبة أضواء السلف، الرياض المملكة العربية السعودية، ج1، ص ص72-73.

(4) للمزيد انظر ابن تيمية، بغية المرئاد، تحقيق موسى الدويش، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط3، 1995، ص260.

(5) الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص100. الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص365. الشربيني، الإقناع، المرجع السابق، ج2، ص437. موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص381.

(6) سبق تعريف الجنون في الباب الأول من هذا البحث.

(7) المرغيناني، المرجع السابق، ج1، ص224. المواق المالكي، المرجع السابق، ج5، ص308. الشربيني، الإقناع، المرجع السابق، ج2، ص437، المرادوي، المرجع السابق، ج8، ص432.

(8) محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص324.

(9) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص381.

(10) المدهوش هو: "الذي اعترته حال انفعال لا يدرى فيها ما يقول أو يفعل، أو يصل به الانفعال إلى درجة يغلب معها الخلل في أقواله وأفعاله، بسبب فرط الخوف أو الحزن أو الغضب". وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج8، ص351.

(11) سبق تعريفه في الباب الأول من هذا البحث.

(12) محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص324.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

2-2-1- طلاق الغضبان⁽¹⁾: هو الطلاق الذي يوقعه الزوج وهو في حالة نفسية مضطربة غير طبيعية، نتيجة الغضب الشديد لأمر عارض طارئ⁽²⁾، والغضب كما ذكره ابن قيم الجوزية رحمته الله على ثلاث أوجه:

الأول: ما يزيح العقل فلا يحس الرجل ماذا صدر منه من أقوال، ولا يذكر ما قاله بعد أن يستفيق فطلاقه في هذه الحالة لا يقع.

الثاني: ما يكون في بداية الغضب بحيث لا يمنع الرجل من احساسه بما يقوله وما قصده هل قصد إيقاع الطلاق أو لا، فهذا طلاقه واقع.

الثالث: من اشتد به الغضب واستحكم، ويبقى حاضر الذهن، لكن الغضب يكون حائلا بينه وبين نيته، ويندم على فعله بعد زوال غضبه، فهذا الأخير محل نظر وخلاف⁽³⁾، وقد اختلف الفقهاء في الوجه الثالث على قولين:

القول الأول: هو ما قال به جمهور الفقهاء من حنفية⁽⁴⁾، ومالكية⁽⁵⁾، وشافعية⁽⁶⁾، وحنابلة⁽⁷⁾، من أن طلاق الغضبان يقع، ودليلهم في ذلك حديث: "خولة بنت ثعلبة قالت: في - والله - وفي أوس بن صامت أنزل الله عز وجل صدر سورة المجادلة قالت: كنت عنده وكان شيخا كبيرا قد ساء خلقه وضجر، قالت: فدخل علي يوما فراجعتة بشيء فغضب، فقال: أنت علي كظهر أمي (..) فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم: مريه فليعتق رقبة، قالت: فقلت: والله يا رسول الله ما عنده ما يعتق، قال: فليصم شهرين متتابعين، قالت: فقلت: والله يا رسول الله إنه شيخ كبير ما به من صيام، قال: فليطعم ستين مسكينا، وسقا من تمر، قالت: فقلت: والله يا رسول الله ما ذاك عنده، قالت: فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: فإننا سنعيه بعرق من تمر، قالت: فقلت: وأنا يا رسول الله سأعيه بعرق آخر، قال: قد أصبت وأحسن، فاذهبي فتصدي عنه، ثم استوصي بابن عمك خيرا"⁽⁸⁾، وهو حديث طويل في الظهار، ووجه الدلالة من الحديث أن الظهار في الجاهلية كان طلاقا، فرخص الله لأمة محمد صلوات الله

(1) الغضب: تغير يحصل عند غليان دم القلب ليحصل منه التَشَقِّي للصدر. الجرجاني، المرجع السابق، ص 162.

(2) إسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، دار الحامد، الأردن، ط 1، 2009، ص 241.

(3) ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 27، 1994، ج 5، ص 196. وألف في ذلك كتاب سماه طلاق الغضبان.

(4) ابن عابدين، المرجع السابق، ج 3، ص 244.

(5) الدسوقي، المرجع السابق، ج 2، ص 366.

(6) البكري الدمياطي، المرجع السابق، ج 4، ص 09.

(7) الرحيباني، المرجع السابق، ج 5، ص 322.

(8) أخرجه أحمد في مسنده، مسند القبائل، حديث خولة بنت ثعلبة، حديث رقم 27319، ج 45، ص 300-302.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

وجعل فيه كفارة، ولم يحسب طلاقاً كما كان قبل البعثة⁽¹⁾، وما يستنتج من فحوى الحديث أن الظهار وقع في الغضب.

القول الثاني: هو ما قال به الإمام ابن القيم رحمته الله وهو من متأخري الحنابلة، ولم يرد هذا القول عند المتقدمين منهم⁽²⁾، وهو أن الغضبان لا يقع طلاقه، وقد وافق هذا القول بعض الفقهاء المعاصرين، منهم الأستاذ سيد سابق حيث يقول: "والغضبان الذي لا يتصور ما يقول، ولا يدري ما يصدر عنه، لا يقع طلاقه لأنه مسلوب الإرادة"⁽³⁾، ودليلهم في ذلك من الكتاب العزيز قوله تعالى: "لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبْتُمْ قُلُوبَكُمْ وَاللَّهُ عَفُورٌ حَلِيمٌ"⁽⁴⁾، ووجه الدلالة أن الغضبان لا تنعقد يمينه، وعليه يقاس طلاق الغضبان⁽⁵⁾.

أما من السنة النبوية الشريفة، حديث: "عائشة رضي الله عنها، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: "لا طلاق، ولا عتاق في إغلاق"⁽⁶⁾.

ما جاء على لسان الإمام ابن القيم رحمته الله أن الإمام ابن تيمية رحمته الله يقول أن الإغلاق انسداد باب العلم، فيدخل في هذا الباب طلاق الغضبان الذي لا يعقل ما يقول لأنه أُغلق عليه باب العلم والقصد، فلا يقع طلاقه⁽⁷⁾، وقد وقع خلاف في لفظ "الإغلاق": "فسره بعضهم بالغضب (...). غلق إذا غضب غضباً شديداً لكن غالب أهل الغريب فسروه بالإكراه وقالوا كأن المكره أُغلق عليه الباب حتى يفعل"⁽⁸⁾.

الترجيح: بعد التعرض للقولين يترجح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، في وقوع الطلاق حال الغضب الطبيعي، وهو أمر مُسلم به، فالإنسان لا يطلق زوجته إلا حال الغضب، وإذا قلنا أن الطلاق لا يقع حال الغضب، لَتَحَجَّجَ كل مطلق بقوله فيما فعله في زوجته "أني كنت غضباناً"⁽⁹⁾، وأرجح القول الثاني في عدم وقوع الطلاق حال الغضب الشديد، كون الشخص لا يعي ما يقول، فيدخل حينئذ في حكم المجنون الذي لا يقع طلاقه.

(1) ابن كثير، المرجع السابق، ج 8، ص 37.

(2) العسقلاني، المرجع السابق، ج 9، ص 389.

(3) سيد سابق، المرجع السابق، ج 2، ص 249.

(4) سورة البقرة، الآية 225.

(5) ابن قيم الجوزية، إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، ط 1، 1425، ص 09.

(6) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب لطلاق، باب طلاق المكره والناسي، حديث رقم 2046، ج 1، ص 660.

(7) ابن قيم الجوزية، تهذيب السنن، تحقيق إسماعيل مرحبا، مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط 1، 2007، ج 2، ص 911.

(8) السندي، حاشية السندي على سنن ابن ماجه، دار الجيل، بيروت، لبنان، (د.ط. د.ت)، ج 1، ص 630. جلال الدين السيوطي، جمع

الجوامع، تحقيق مجموعة من المحققين، طباعة الأزهر الشريف، القاهرة، مصر، ط 2، 2005، ج 11، ص 555.

(9) العسقلاني، المرجع السابق، ج 9، ص 389.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

أما في حال توسط الحال بين الغضب الشديد، والغضب العادي، ووقع التباس في الأمر، فالأمر متروك للقاضي بإعمال سلطته التقديرية في تحديد الحالة المترددة بين الحالتين، فإن كان الغضب شديدا فلا يوقع الطلاق، وإن كان الغضب قريبا من الحالة العادية، فيلحقه بالغضب العادي، ويثبت الطلاق، مستعينا بجميع ظروف الوقائع والملابسات المحيطة التي تم فيها الطلاق⁽¹⁾.

يقول الأستاذ يوسف قاسم: "شاع في الفترة الأخيرة على بعض الألسنة أن طلاق الغضبان غير واقع، وهذا غير صحيح، فالحديث عن النبي ﷺ: لا طلاق، في إغلاق، ولئن أمكن إدخال الغضب في مضمونه، فليس كل غضب يمكن أن يكون عذرا، بل المراد الغضب المغلق الذي يجعل الانسان لا يدرك ماذا قال، وماذا فعل، وماذا صدر منه، ولذلك رفض بعض العلماء تفسير الاغلاق بالغضب (...). ولذلك ينبغي الحذر في ذلك جدا، وخاصة من يعرض نفسه للفتوى، وكما جاء في الأثر: أجرأكم على الفتوى أجرأكم على النار. فلا ينبغي التهاون في ذلك على حساب الدين، فكل انسان أدري بحقيقة موقفه والحالة التي كان عليها، وقت صدور العبارة منه فإن كان واعيا مدركا لما قال فهو مسئول عن عبارته، وإن كان [لا] يدري ماذا قال فهو، في حالة إغلاق حيث انغلق عليه باب التفكير والقصد والادراك"⁽²⁾.

2-2-2- طلاق السكران⁽³⁾:

السكران هو من تناول مادة مسكرة أو مخدرة تفقده كامل أو بعض قواه العقلية، وقد يأخذ في بعض الأحيان حكم المجنون أو المعتوه⁽⁴⁾، ولوقوع طلاق السكران وجب التفرقة بين نوعين من السكر، سُكْر بتناول حلال، وسُكْر بتناول محرم، فالسُكْر بتناول مادة حلال كالدواء مثلا، أو شرب محلول لا يدري أنه مسكر، وغاب عقله فطلق فلا يقع طلاقه بالاتفاق⁽⁵⁾، أما السُكْر بتناول مادة محظورة تزيل العقل كالخمر والمخدرات، مع العلم المسبق بأنه مسكّر ففي السكر المحرم، وجب التفرقة بين نوعين من السُكْر بحسب حالته:

(1) إسماعيل أبا بكر علي البامري، المرجع السابق، ص242.

(2) يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، مصر، ط2، 1992، ص ص 303-304.

(3) السُكْر في اللغة: "السين والكاف والراء أصل واحد يدل على حيرة. من ذلك السكر من الشراب. يقال سكر سكرًا، ورجل سكير، أي كثير السكر.. ونقول أسكره الشراب أزال عقله. ابن فارس، المرجع السابق، ج3، ص89. الفيومي، المرجع السابق، ج1، ص281. أما في الاصطلاح فهو: "غفلة تعرض بغلبة السرور على العقل، بمباشرة ما يوجبها من الأكل والشرب (...). والسكر من الخمر، عند أبي حنيفة: ألا يعلم الأرض من السماء، وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي: هو أن يختلط كلامه، وعند بعضهم: أن يختلط في مشيته إذا تحرك". انظر الجرجاني، المرجع السابق، ص120.

(4) محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة (انحلال ميثاق الزوجية)، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط3، 2015، ج2، ص39.

(5) مبروك المصري، المرجع السابق، ص190.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

- 1- سُكْر مفقود للتمييز (طافح⁽¹⁾): وهو السُّكْر الذي يكون صاحبه فاقداً للتمييز، الذي تتوقف عليه صحة الالتزامات الشرعية والقانونية، والسكران في هذه الحالة حكمه حكم المجنون والمعتوه، وبالتالي فهو سكران سكرًا طافحًا، وهذا الأخير لا يقع طلاقه، يقول صاحب المواهب: "سكران لا يعرف الأرض من السماء، ولا الرجل من المرأة فلا خلاف أنه كالمجنون في جميع أحواله"⁽²⁾.
- 2- سكر مختلط: وهو سكر يبقى فيه للسكران بقية من عقله، بحيث يختلط كلامه لكنه عنده نوع من التمييز، وفي هذا اختلف الفقهاء في وقوع طلاقه إلى قولين:
- القول الأول: هو ما قال به الحنفية⁽³⁾، والمالكية⁽⁴⁾، وقول للشافعية⁽⁵⁾ وهو الصحيح في المذهب، والحنابلة في رواية⁽⁶⁾، والزهري⁽⁷⁾، والشعبي⁽⁸⁾، والثوري⁽⁹⁾، والأوزاعي⁽¹⁰⁾، وغيرهم⁽¹¹⁾، بأن طلاق السكران يقع في حال السكر المختلط، ودليلهم في ذلك:
- من القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾⁽¹²⁾، فهذه الآية لم تفصل بين السكران وغيره إلا من خص بدليل⁽¹³⁾، ونوقش هذا الدليل أن مجمل آيات الطلاق العامة لم تميز بين حالات الطلاق سواء كان سكرانًا أو معتوهاً أو مجنونًا، وما ورد في الأثر أن الصحابة أجمعوا على عدم وقوع طلاق السكران⁽¹⁴⁾.

- (1) الطافح هو الممتلئ المرتفع، فيقال سكران طافح، أي أن الشراب قد ملأه حتى ارتفع، وهو مجاز فيقال للذي يشرب الخمر حتى يمتلئ سكرًا: طافح، أي ملأه الشراب. انظر الزبيدي، المرجع السابق، ج 6، ص 578.
- (2) الحطاب الرعيبي، المرجع السابق، ج 4، ص 242.
- (3) الكاساني، المرجع السابق، ج 3، ص 99.
- (4) ابن جزى، المرجع السابق، ص 151.
- (5) الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 4، ص 456.
- (6) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 7، ص 379.
- (7) محمد بن مسلم بن عبد الله بن شهاب الزهري، قرشي النسب، تابعي من المدينة، من أوائل من دونوا الحديث، من كبار الفقهاء الحفاظ، ولد سنة 58 هـ، وتوفي بشعب سنة 124 هـ، الزركلي، المرجع السابق، ج 7، ص 97.
- (8) عامر بن شراحيل بن عبد ذي كبار، الشعبي، تابعي من كبار الحفاظ. كوفي المولد سنة 19 هـ، وتوفي بها سنة 103 هـ. انظر الزركلي، المرجع السابق، ج 3، ص 251.
- (9) سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري، من كبار محدثين، كان تقيًا عالمًا متفقهًا في علوم الدين، من مواليد الكوفة سنة 97 هـ و هو بها توفي سنة 161 هـ، من مؤلفاته: الجامع الكبير والجامع الصغير، الزركلي، نفس المرجع، ج 3، ص 104.
- (10) عبد الرحمن بن عمرو بن يحمى الأوزاعي، كان فقيهًا زاهدًا إمام ربوع الشام، من الكتاب المجموعة رسائلهم، ولد في بعلبك سنة 88 هـ، وتوفي ببيروت سنة 157 هـ، من كتبه السنن والمسائل، انظر الزركلي، نفس المرجع، ج 3، ص 320.
- (11) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 7، ص 379.
- (12) سورة البقرة، الآية 230.
- (13) الكاساني، المرجع السابق، ج 3، ص 99.
- (14) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الطلاق، باب من كان لا يرى طلاق السكران جائزًا، رقم 17973، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط 1، 1409، ج 4، ص 77.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

- من الأثر: عن: "علي، قال: كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه"⁽¹⁾، وجه الاستدلال من الأثر أن الطلاق جائز من الكل باستثناء المعتوه، وحالة السكران المختلط سُكره لا تدخل في هذا الباب، ونوقش هذا الدليل من الإمام ابن حزم أنه لا يجوز الاستدلال بخبر علي رضي الله عنه، قائلًا أنه خبر كاذب، ولو صح لم يكن حجة، لأن من احتجوا به لا يجيزون طلاق الصبي غير المميز وليس به عته⁽²⁾.

- من المعقول: وحجتهم من المعقول أن عقل السكران المختلط السُّكر زال بسبب محرّم؛ وهو معصية فطلاقه يقع عقابا له جزاء ارتكاب معصية السُّكر، فلو قذف محصنة استحق عقوبة القذف⁽³⁾، ونوقش هذا الدليل كذلك على أن القول بأنها عقوبة له وزجر لا يمكن أن يستقيم لوجهين: الوجه الأول: أن حد السكران حدده الشرع، ولا يجوز الزيادة عليه إلا بدليل، ولا دليل في هذه المسألة، الوجه الثاني: أن هذه العقوبة تتعدى إلى زوجته وأولاده، بخلاف باقي العقوبات لا تتعدى لغيره⁽⁴⁾.

القول الثاني: لا يقع طلاق السكران سكرًا مختلطًا، وهو ما قال به الظاهرية⁽⁵⁾، والحنابلة في رواية⁽⁶⁾، وقول آخر للشافعية (في القديم)⁽⁷⁾، وهو قول عثمان رضي الله عنه، ومذهب عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه⁽⁸⁾، وعطاء⁽⁹⁾، وطاووس⁽¹⁰⁾، وعكرمة⁽¹¹⁾، واختاره الطحاوي وكثير من أهل العلم⁽¹²⁾، ومن المتأخرين الأستاذ أبو زهرة، والأستاذ محمد بلتاجي⁽¹³⁾، ودليلهم في ذلك:

- من القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾⁽¹⁴⁾، ووجه الاستدلال من الآية أنه سبحانه وتعالى جعل قول السكران غير معتبر، وبالتالي

(1) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الطلاق، باب ما قالوا: في طلاق المعتوه، رقم 17912، ج 4، ص 72.

(2) ابن حزم، المرجع السابق، ج 9، ص 475.

(3) الكاساني، المرجع السابق، ج 3، ص 99.

(4) مبروك المصري، المرجع السابق، ص 192.

(5) ابن حزم، المرجع السابق، ج 9، ص 471.

(6) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 7، ص 379.

(7) النووي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، (دم، د.ط، د.ت)، ج 17، ص 56.

(8) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 7، ص 379.

(9) المفسر: عطاء بن أسلم، أبي رباح، بن صفوان، ولد سنة 27 هـ توفي سنة 114 هـ من مشايخه: ابن عباس، وأبو هريرة رضي الله عنهما وغيرهما. من كتبه غريب القرآن. انظر وليد بن أحمد الحسين الزبيري، وآخرون، الموسوعة الميسرة في تراجم أئمة التفسير والإقراء والنحو واللغة، مجلة الحكمة، مانشستر، بريطانيا، ط 1، 2003، ج 2، ص 1529.

(10) طاووس بن كيسان الخولاني الهمداني، بالولاء، من أكابر التابعين المتفقيين في الدين والراوين للحديث، عاش زاهدا متقشفا، جرى في وعظ الخلفاء والملوك والولاة، ولد سنة 33 هـ باليمن وتوفي في الحج سنة 106 هـ، انظر الزركلي، المرجع السابق، ج 3، ص 224.

(11) عكرمة بن عبد الله البربري المدني، مولى عبد الله بن عباس: من التابعين، ولد سنة 25 هـ وتوفي سنة 105 هـ، ارتحل وتقل بين البلدان، وروى عنه حوالي ثلاثمائة رجل، من بينهم تابعين يفوقون السبعين رجلا. الزركلي، نفس المرجع، ج 4، ص 244.

(12) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الطلاق، باب من كان لا يرى طلاق السكران جائزا، رقم 17974، ج 4، ص 77.

(13) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 291. محمد بلتاجي، في أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص 447.

(14) سورة النساء، الآية 43.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

فهو غير مكلف لعدم معرفته ما يقول، وعليه فلا طلاق له⁽¹⁾، وقد نوقش هذا الدليل بأن السكران غير مكلف، والعكس صحيح لأن النهي عن قرب الصلاة عند حالة السكر في هذا الموضع لا يكون إلا لمكلف⁽²⁾.

- من السنة النبوية: عن "سليمان بن بريدة، عن أبيه، قال: جاء ماعز بن مالك إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: يا رسول الله، طهرني، فقال: ويحك، ارجع فاستغفر الله وتب إليه، قال: فرجع غير بعيد، ثم جاء، فقال: يا رسول الله، طهرني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ويحك، ارجع فاستغفر الله وتب إليه، قال: فرجع غير بعيد، ثم جاء، فقال: يا رسول الله، طهرني، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: مثل ذلك حتى إذا كانت الرابعة، قال له رسول الله: فيم أطهرك؟ فقال: من الزنى، فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم: أبه جنون؟ فأخبر أنه ليس بمجنون، فقال: أشرب خمرا؟ فقام رجل فاستنكهه، فلم يجد منه ريح خمر، قال، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أزنيت؟ فقال: نعم، فأمر به فرجم"⁽³⁾، ووجه الدلالة من الحديث أن النبي ﷺ أمر أن يستنكه المقرّ بالزنا حتى يتثبت من كونه غير سكران، وهو دليل على أن الإقرار لا يلزم حال السكر، وقوله باطل كالمجنون⁽⁴⁾.

- من الأثر: عن أبان بن عثمان رضي الله عنه، عن عثمان رضي الله عنه، قال: "كان لا يجيز طلاق السكران، والمجنون"⁽⁵⁾، وهو ما صح عن عثمان رضي الله عنه ولا خلاف بين الصحابة في ذلك⁽⁶⁾.

- من المعقول: ولأن السكران فاقد للعقل، فهو أشبه بالمجنون، ولأنه فاقد الإرادة فأقرب من أن يشبهه بالمكره، ولأن خطاب العقل بالأوامر والنواهي يكون إلا للمكلف ولا يخاطب فاقد العقل، فالسكران داخل تحت هذا الحكم فلا يقع طلاقه⁽⁷⁾.

الترجيح: القول الراجح ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني بعدم وقوع طلاق السكران، سواء كان بمعصية أو غيرها، لغياب عقله وهو مناط التكليف فهو أشبه بالمجنون، ولقوة أدلتهم لما هو ظاهر، وكذلك لمصلحة الأسرة فلا يؤخذ بقول فاقد الوعي في تفكيك أسرة كاملة.

(1) ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ج 5، ص 190.

(2) الماوردي، المرجع السابق، ج 10، ص 236.

(3) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، حديث رقم 1695، ج 3، ص 1321.

(4) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، ج 33، ص 102.

(5) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الطلاق، باب من كان لا يرى طلاق السكران جائزا، رقم 17973، ج 4، ص 77.

(6) ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ج 5، ص 190.

(7) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 7، ص 379.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

ما شرع الطلاق إلا لحاجة، والتغليظ على السكران بإيقاع طلاقه لا يستقيم، ففيه ضرر على الزوجة والأولاد-كما تقدم- وإن أراد الحاكم تغليظ العقوبة على السكران، فليدخلها في باب العقوبات التعزيرية، ويعتبر طلاقه لغوا من الكلام، ولا حاجة للطلاق في هذا المقام⁽¹⁾.

ب- الاختيار والقصد: من شروط المطلق أن يكون له قصد واختيار من غير إجبار، وما يدخل في باب الاختيار والقصد طلاق المكره، وطلاق الهازل، وطلاق المخطئ، وعليه سأستعرض تباعا طلاق المكره والهازل والمخطئ كالتالي:

1- طلاق المكره⁽²⁾: الأصل في الطلاق أن يصدر طواعية من المطلق، وبمعنى آخر أن تكون إرادته غير منقوصة ولا يشوبها أي عيب من عيوب الإرادة والتي منها الإكراه، ويقصد بطلاق المكره هو حمل الزوج على الطلاق جبرا، بشيء يرهبه في نفسه أو ماله أو أهله، ولا يقع الإكراه حتى تتحقق شروطه.

1-1- شروط الإكراه: ومن هذه الشروط:

- أن يكون من مقتدر بسلطان أو قاهر كاللص.

- غلبة الظن عنده أن يحدث الوعيد به إن لم يحقق له رغبته.

- أن يكون مما يحصل به ضررا كبيرا، كجرائم القتل والضرب المبرح والتقييد والسجن لمدد طويلة، أما الإهانات والشتائم فليست بإكراه⁽³⁾.

2-1- أنواع الإكراه: فرّق الفقهاء بين نوعين من الإكراه بحق والإكراه بغير حق⁽⁴⁾:

1-2-1- الإكراه بحق⁽⁵⁾: وهو الإكراه المشروع والذي لا ينجزّ عنه اثم ولا ضرر، بحيث يحق في هذه الحالة للقاضي أن يكره الزوج على الطلاق لضرر ألمّ بالزوجة.

2-2-1- الإكراه بغير حق: وهو الإكراه المحرّم، أي الإكراه ظلما، بإجبار الزوج على طلاق زوجته دون وجه حق، وهو المختلف فيه بين الفقهاء على قولين:

(1) مبروك المصري، المرجع السابق، ص192.

(2) الإكراه في اللغة: "كرهت الشيء من باب سلم كراهية (...). الكره بالضم المشقة وبالفتح الإكراه يقال: قام على كره أي على مشقة. وأقامه فلان على كره أي أكرهه على القيام. (...) وأكرهه على كذا حمله عليه كرها". انظر زين الدين الرازي، المرجع السابق، ص269.

الإكراه في الاصطلاح: هو إلزام الانسان واجباره، طبعًا أو شرعًا، فيقدم على شيء غير راض عنه، ليرفع الضرر عن نفسه، أو هو حمل انسان على ما يكره بالوعيد. انظر الجرجاني، المرجع السابق، ص33.

(3) محمد إسماعيل أبو الريش، أركان الطلاق في الشريعة الإسلامية، (د.ن)، مصر، ط1، 1980، صص76-77.

(4) نور الدين أبو لحية، حق الزوجين في حل العصمة الزوجية، دار الكتاب الحديث، مصر، ط1، (د.ت)، ص54.

(5) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص383.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

القول الأول: هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية (1) والشافعية (2) والحنابلة (3) والظاهرية (4) من أن المكره لا يقع طلاقه، ودليلهم:

- قوله تعالى: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلِمْتُمْ غَضَبَ مِّنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ (5)، ووجه الاستدلال من الآية أن العلماء اتفقوا على أن من أكره بالكفر وخشي القتل على نفسه، لا يأثم بكفره وقلبه مطمئن بالإيمان، ولا يفرق بينه وبين زوجته، ولا يدخل في دائرة الكفر (6).

- حديث: "أبي ذر الغفاري رضي الله عنه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إن الله قد تجاوز عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه" (7). وجه الدلالة من الحديث أن الاستكراه قول حُمل عليه بغير حق فلم يصح، ومثال ذلك إكراه المسلم على الكفر لا يقع (8).

- حديث عائشة رضي الله عنها "تقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: لا طلاق ولا عتاق في إغلاق" (9)، أي لا طلاق في إكراه، ومعنى الإغلاق الإكراه، لأن المكره مغلق في أمره ومضيق عليه، كمن أغلق عليه الباب وحُبس وضيق عليه (10).

- أجمع الصحابة رضي الله عنهم، على عدم وقوع طلاق المكره، ولم يظهر لهم مخالف (11).

القول الثاني: وهو ما ذهب إليه الحنفية، والشعبي، والنخعي (12)، والثوري (13)، على أن طلاق المكره يقع، ودليلهم:

- قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ (14)، فوجه الاستدلال من الآية أن الطلاق واقع من الزوج سواء كان مكرها أو غير مكره، ونوقش هذا الدليل على أن الآية دخلها

(1) الخرشي، المرجع السابق، ج 4، ص 34.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 4، ص 523.

(3) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 7، ص 382.

(4) ابن حزم، المرجع السابق، ج 9، ص 462.

(5) سورة النحل، الآية 106.

(6) القرطبي، المرجع السابق، ج 10، ص 182.

(7) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، حديث رقم 2043، ج 1، ص 659.

(8) الشيرازي، المرجع السابق، ج 3، ص 4.

(9) أخرجه أحمد في مسنده، مسند النساء، مسند الصديقة عائشة بنت الصديق رضي الله عنه، حديث رقم 26360، ج 43، ص 378.

(10) ابن منظور، المرجع السابق، ج 10، ص 291.

(11) النووي، المجموع شرح المذهب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د.ط.)، 2011، ج 20، ص 291.

(12) إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود، أبو عمران النخعي، من كبار التابعين في الصلاح والصدق والرواية وحفظ الحديث، ولد بالكوفة سنة 46 هـ وتوفي بها سنة 96 هـ، كان إماماً مجتهداً صاحب مذهب. انظر الزركلي، المرجع السابق، ج 1، ص 80.

(13) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 7، ص 382.

(14) سورة البقرة، الآية 230.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

التقييد باستثناء طلاق الثلاثة المرفوع عنهم القلم (المجنون والنائم والصبي)، وبقيت دلالتها ظنية في الباقي، فجاء حديث عائشة رضي الله عنها ومضمونه: "لا طلاق ولا عتاق في إغلاق"، فأخرج المكره وضمهم إلى الثلاثة السابق بيانهم⁽¹⁾.

- عن: "أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح، والطلاق، والرجعة"⁽²⁾، ووجه الاستدلال من الحديث أن المكره لا يخلو أن يكون جادا أو هازلا فوجب أن يقع طلاقه⁽³⁾، ونوقش هذا الدليل بأن ساوى بين الجد والهزل في وقوع الطلاق، وكما هو معروف فالمكره ليس بجاد ولا هازل، وقد أنزل المكره منزلة الهازل في الطلاق، فالجاد قاصد للطلاق ومريد للفرقة، والهازل قاصد للطلاق وغير مريد للفرقة، أما المكره فليس قاصدا للطلاق ولا مريدا للفرقة⁽⁴⁾.

- وكذلك: "أنه قصد إيقاع الطلاق في منكوحته في حال أهليته فلا يعرى عن قضيته دفعا لحاجته اعتبار بالطائع، وهذا لأنه عرف الشرين واختار أهونهما، وهذا آية القصد والاختيار، إلا أنه غير راض بحكمه وذلك غير مخل به كالهازل"⁽⁵⁾، ونوقش هذا الدليل على أن المكره مسلوب الإرادة فاقد الاختيار، والطلاق أمر خطير يحتاج بصفة خاصة إلى إرادة حرة سليمة، لا تشوبها شائبة⁽⁶⁾.

الترجيح: بعد عرض الأدلة ومناقشتها، تبين أن القول الراجح هو عدم وقوع طلاق المكره، وهو قول جمهور الفقهاء، وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها من المناقشة، ولأن المكره مادام بين يدي المكره (بكسر الراء)، فهو مجبر تحت التهديد والوعيد، بتنفيذ ما يُطلب منه من طلاق وغيره، وبالتالي فإرادته معدومة ومشوبة بعيب من عيوب الرضا ألا وهو الاكراه⁽⁷⁾.

2- طلاق الهازل⁽⁸⁾: الهازل هو من قصد اللفظ ولم يقصد النتيجة، وبالتالي فهو يلفظ بالطلاق ولا يريد إيقاعه⁽⁹⁾، فعلى سبيل المثال قول الزوج لزوجته هزلا، أنت طالق لعبا بينهما، ولا يقصد الزوج إيقاع الطلاق، واختلف الفقهاء في وقوع هذا الطلاق إلى قولين:

(1) محمد إسماعيل أبو الريش، المرجع السابق، ص 80.

(2) أخرجه أبو داود في سننه، أول كتاب الطلاق، باب في الطلاق على الهزل، حديث رقم 2194، ج 3، ص 516.

(3) النووي، المجموع، المرجع السابق، ج 20، ص 289.

(4) النووي، نفس المرجع والصفحة.

(5) المرغيناني، المرجع السابق، ج 1، ص 224.

(6) محمد إسماعيل أبو الريش، المرجع السابق، ص 81.

(7) محمد إسماعيل أبو الريش، نفس المرجع والصفحة.

(8) الهزل لغة: هو نقيض الجد، وأهزله أي وجده لعبا، الفيروز آبادي، المرجع السابق، ص 1071. أما في الاصطلاح: فالهازل هو "الذي يتكلم من غير قصد لموجبه وحقيقته، بل على وجه اللعب". انظر القنوجي، الروضة الندية، تعليق العلامة ناصر الدين الألباني، دار ابن القيم للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط 1، 2003، ج 2، ص 240.

(9) محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 328.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

القول الأول: وهو وقوع طلاق الهازل، وهو ما ذهب إليه الحنفية⁽¹⁾، والمشهور من مذهب الامام مالك⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾، ودليلهم في ذلك:

- من القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا﴾⁽⁵⁾، ووجه الاستدلال من الآية أن طلاق الهازل واقع، يقول أبو الدرداء رضي الله عنه: "كان الرجل يطلق في الجاهلية ويقول: إنما طلقت وأنا لاعب، وكان يعتق وينكح ويقول: كنت لاعبا، فنزلت هذه الآية"⁽⁶⁾.

- من السنة النبوية الشريفة: عن "أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ثلاث جدهن جد وهزلن جد: النكاح، والطلاق، والرجعة"، ووجه الدلالة من الحديث أن الهازل يتكلم بالطلاق عن قصد واختيار كامل، وبذلك فطلاقه واقع وحكمه لازم ولا يُكترث إلى عدم رضاه بحكمه⁽⁷⁾، ونوقش هذا الدليل كونه من الأخبار الموضوعية⁽⁸⁾.

- من الأثر: عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: "أربع مقفلات النذر، والطلاق، والعتاق، والنكاح"⁽⁹⁾، ومعنى مقفلات: "معناه أنه لا مخرج منهن إذا جرى بهن القول وجب فيهن الحكم"⁽¹⁰⁾، وهو نفس سياق حديث "ثلاث جدهن جد..."⁽¹¹⁾، ونوقش هذا الدليل على أنه لو صح لم يكن لهم فيه متعلق؛ لأن الظاهر من الحديث يخالف قولهم، باعتبار أن الهزل غير جائز البتة في النكاح، والطلاق وغيره، ومادام غير جائز فيها فلا تقع به الفرقة، وإن صح كما أرادوا فلا حجة من غير كلام النبي صلى الله عليه وسلم، باعتبار أن الحديث مرفوع⁽¹²⁾.

- كذلك احتج الإمام ابن القيم رحمته الله بقوله: "أن المكلف إذا هزل بالطلاق أو النكاح أو الرجعة لزمه ما هزل به، فدل ذلك على أن كلام الهازل معتبر وإن لم يعتبر كلام النائم والناسي وزائل العقل والمكره، والفرق بينهما أن الهازل قاصد للفظ غير مريد لحكمه، وذلك ليس إليه فإنما إلى المكلف الأسباب،

(1) الكاساني، المرجع السابق، ج 3، ص 100.

(2) عليش، المرجع السابق، ج 4، ص 45.

(3) الشربيني، المرجع السابق، ج 4، ص 455.

(4) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 7، ص 397.

(5) سورة البقرة، الآية 231.

(6) القرطبي، المرجع السابق، ج 3، ص 156.

(7) أبو الحسن السندي، فتح الودود في شرح سنن أبي داود، تحقيق محمد زكي الخولي، مكتبة لينة، دمنهور، جمهورية مصر العربية، مكتبة أضواء المنار، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط 1، 2010، ج 2، ص 537.

(8) ابن حزم، المرجع السابق، ج 9، ص 465.

(9) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب صريح ألفاظ الطلاق، حديث رقم 14994، ج 7، ص 558.

(10) الخطابي، غريب الحديث، تحقيق عبد الكريم إبراهيم الغرابوي، دار الفكر، دمشق، سوريا، (د.ط.)، 1982، ج 2، ص 83.

(11) الخطابي، نفس المرجع.

(12) ابن حزم، المرجع السابق، ج 8، ص 196.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

وأما ترتب مسبباتها وأحكامها فهو إلى الشارع قصدهُ المكلف أو لم يقصده، والعبرة بقصده السبب اختياراً في حال عقله وتكليفه فإذا قصده، رتب الشارع عليه حكمه جد به أو هزل⁽¹⁾.

القول الثاني: ما ذهب إليه الظاهرية⁽²⁾ والمالكية في قول⁽³⁾، ورواية للحنابلة⁽⁴⁾ من أن طلاق الهازل لا يقع، والدليل:

- من القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾⁽⁵⁾، ووجه الاستدلال من الآية أن العزم لمن يوقع الطلاق والهازل لا عزم له، ونوقش دليلهم على أن استدلالهم بالآية على هذه المسألة غير صحيح من أصله، وإنما نزلت في حق المولى عزَّجَل⁽⁶⁾.

- من السنة النبوية: حديث: "محمد بن إبراهيم التيمي، أنه سمع علقمة بن وقاص الليثي، يقول: سمعت عمر بن الخطاب رضي الله عنه على المنبر قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى"⁽⁷⁾، ووجه الاستدلال من الحديث أنه لا نية للهازل المطلق، ولفظه الصريح يفتقر إلى النية⁽⁸⁾. لأنه لم ينو الطلاق بلفظه ولم يقصد ايقاعه⁽⁹⁾، ونوقش هذا الدليل على أنه عام وخصصته الأدلة المثبتة لطلاق الهازل.

الترجيح: بعد بيان أدلة الأقوال ومناقشتها، يترجح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من أن الطلاق من الهازل يقع، رغم أن أدلتهم لم تسلم من المناقشة، إلا أنه ودرءاً للمفاسد الناجمة عن التلاعب بعقد الزواج، أعتبر كل هزل في الطلاق واقع.

3- طلاق المخطئ⁽¹⁰⁾: المخطئ في الطلاق شخص جرى لفظ الطلاق على لسانه بلا نية ولا قصد، فأراد لفظاً ونطقاً بغيره، وهو الرجل الذي يريد أن يتكلم بلفظ فسبق لسانه بلفظ الطلاق، مثال ذلك أن

(1) ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ج5، ص186.

(2) ابن حزم، المرجع السابق، ج8، ص196.

(3) عليش، المرجع السابق، ج3، ص269. التسولي، المرجع السابق، ج1، ص568. ابن رشد الجدي، البيان والتحصيل، المرجع السابق، ج5، ص241.

(4) الشوكاني، المرجع السابق، ج6، ص278.

(5) سورة البقرة، الآية 227.

(6) الشوكاني، المرجع السابق، ج6، ص278.

(7) أخرجه البخاري في صحيحه، باب بدء الوحي، كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ حديث رقم 01، ج1، ص06.

(8) الشوكاني، المرجع السابق، ج6، ص278.

(9) عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق، ج2.

(10) الخطأ في اللغة: نقيض الصواب، ونفس المعنى في أخطاء، وتخطأت، وأما الخطأ فهو الذنب. والسهم إذا لم يصب الهدف فهو خطأ وخاطئ وهي خاطئة. انظر الفارابي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط4، 1987، ج1، ص47. مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص242. الخطأ في الاصطلاح هو ما ليس للإنسان فيه قصد (...). كما إذا رمى شخصاً ظنه صبيداً أو حربياً فأصاب به مسلماً آدمياً خطأ. الجرجاني، المرجع السابق، ص99-100.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

يقول رجل لزوجته أنت طالق خطأ، وكان قصده قول: أنت طاهر⁽¹⁾، أو ينطق باللفظ الصريح ويقول أردت بقولي أي سرحتك من يدي أو من العمل، أو فارقتك بجسسي⁽²⁾.

اتفق الفقهاء من حنفية⁽³⁾، ومالكية⁽⁴⁾، وشافعية⁽⁵⁾، وحنابلة⁽⁶⁾، وظاهرية⁽⁷⁾، على عدم وقوع طلاق المخطئ شرعا، أي فيما بينه وبين الله تعالى ووقوعه قضاء.

فعند الحنفية يقول صاحب البحر الرائق: "وأفاد أن طلاق الهازل، واللاعب، والمخطئ واقع كما قدمناه لكنه في القضاء وأما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يقع على المخطئ وما في الخلاصة من أن طلاق المخطئ واقع أي في القضاء"⁽⁸⁾، وقد وضع بعض الباحثين أقوالا للحنفية يوقعون به طلاق المخطئ شرعا وقضاء وفي هذه المسألة نظر، ولعل ما ورد في بعض المتون من فقهاء الحنفية هو الذي جعل هذا الاتجاه يؤيد طلاق المخطئ ومثال ذلك ما جاء في بدائع الصنائع: "وكذا كونه عامدا ليس بشرط حتى يقع طلاق الخاطئ وهو الذي يريد أن يتكلم بغير الطلاق فسبق لسانه بالطلاق لأن الفأنت بالخطأ ليس إلا القصد وأنه ليس بشرط لوقوع الطلاق كالهازل واللاعب بالطلاق"⁽⁹⁾، وعليه فالحكم عند الحنفية مثله مثل جمهور الفقهاء من وقوع طلاق المخطئ قضاء وعدم وقوعه شرعا⁽¹⁰⁾.

زاد المالكية أنه إذا تبين أن الشخص أخطأ سهوا في الطلاق، فإنه يُقبل قوله شرعا ولا يقبل قضاء، ولا ينفعه أنه سبق لسانه بلا قصد التلفظ، إلا إذا جاء بينة تنفعه في إثبات سبق لسانه، وسبق اللسان عندهم لغو إن ثبت، ولو نازعته الزوجة في سبق اللسان، فإنه ينظر في قرينة صدقه أو كذبه فإن قامت عمل عليها، وإلا فقوله مع اليمين⁽¹¹⁾.

أما عند الحنابلة فطلاق المخطئ لا يقع شرعا ولا يقع قضاء، وفي القضاء إن كان في حال الغضب أو سؤالها الطلاق، لم تُقبل دعواه قضاء، لأن لفظه ظاهر في الطلاق، والقرينة تدل عليه، أما إن كان كلامه عكس ما ورد وسبق لسانه لفظ الطلاق دون قصد، يُقبل قوله ولا يصح طلاقه⁽¹²⁾.

(1) التوبجري، موسوعة الفقه الإسلامي، بيت الأفكار الدولية، (د.م)، ط1، 2009، ج4، ص186.

(2) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص386.

(3) ابن نجيم، المرجع السابق، ج3، ص278.

(4) الشوكاني، المرجع السابق، ج6، ص278.

(5) الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج4، ص468.

(6) الشوكاني، المرجع السابق، ج6، ص278.

(7) ابن حزم، المرجع السابق، ج9، ص459.

(8) ابن نجيم، المرجع السابق، ج3، ص278.

(9) الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص100.

(10) للمزيد حول هذه المسألة انظر إسماعيل أبا بكر علي البامري، المرجع السابق، ص ص 243-244.

(11) عليش، المرجع السابق، ج4، ص46.

(12) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص386.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

أما عند الظاهرية فمن: "طَلَّقَ وهو غير قاصد إلى الطلاق، لكن أخطأ لسانه، فإن قامت عليه بينة قُضي عليه بالطلاق، وإن لم تقم عليه بينة لكن أتى مستفتياً لم يلزمه الطلاق"⁽¹⁾.

دليل جمهور الفقهاء في مسألة طلاق المخطئ هو:

1- قوله تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾⁽²⁾، وجه الاستدلال من الآية أنه: "لا إثم عليكم فيما فعلتموه من ذلك مخطئين قبل النهي أو بعده على النسيان أو سبق اللسان. ولكن ما تعمدت قلوبكم ولكن الجناح فيما تعمدت قلوبكم أو ولكن ما تعمدت قلوبكم فيه الجناح. وكان الله غفوراً رحيماً لعفوه عن المخطئ"⁽³⁾.

2- حديث: "أبي ذر الغفاري رضي الله عنه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إن الله قد تجاوز عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه"⁽⁴⁾.

3- حديث: "عمر بن الخطاب رضي الله عنه على المنبر قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى"، ووجه الدلالة من الحديث ما قاله ابن حزم: "أن لا عمل إلا بنية ولا نية إلا بعمل"⁽⁵⁾.

القول الراجح هو عدم وقوع طلاق المخطئ من جميع وجوهه، سواء سبق لسانه أو لم يسبق، كما أقرت الشريعة أن الأعمال بالنيات، فمادامت النية بعدم إيقاع الطلاق، فلا اعتداد بزلة اللسان، لأن الحياة الزوجية أكبر من أن تهدم وتشتت بكلمة خطأ، وهذا هو ما تصبو إليه الشريعة وتؤكد مقاصدها.

وألحق الفقهاء طلاق الناسي، والساهي، والجاهل بطلاق المخطئ⁽⁶⁾.

II - شروط المطلق في قانون الأسرة الجزائري:

سكت قانون الأسرة الجزائري عن شروط الزوج المطلق، ولم يذكر الصفة التي يجب أن تتوفر فيه حتى يقع طلاقه، ما يوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بتطبيق نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري⁽⁷⁾، وبالتالي سأستعرض شروط المطلق المسكوت عنها قانوناً، وتفصيلها كالتالي:

(1) ابن حزم، المرجع السابق، ج 9، ص 459.

(2) سورة الأحزاب، الآية 05.

(3) ناصر الدين البيضاوي، أنوار التنزيل وأسرار التأويل، تحقيق محمد عبد الرحمن المرعشلي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط 1، 1418، ج 4، ص 225.

(4) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، حديث رقم 2043، ج 1، ص 659.

(5) ابن حزم، المرجع السابق، ج 9، ص 459.

(6) الناسي: هو من يفعل الأشياء ولا يتذكر، وإذا ذكر يتذكر. أما الساهي: هو الذي يفعل الأشياء، ولا يتذكرها، وإذا ذكر لا يتذكر لغيبه باله حين فعله. أما الجاهل: وهو المتلفظ بالطلاق غير الفاهم معناه، كأن يلقن شخص أعجمي لفظ الطلاق فقال له وهو جاهل لمعناه. محمد عقلة الإبراهيم، المرجع السابق، ص 213-214.

(7) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 5، المرجع السابق، ص 230.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

أ- البلوغ: سكت قانون الأسرة الجزائري عن مسألة طلاق الصبي الصغير، لكن من خلال النظر والتمحيص في المادة 48 المعدلة نجدها تنص على: "يُحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة..."، فهل قانون الأسرة قصد بإرادة الزوج كونها شرطاً لوقوع الطلاق؟ حسب ما يبدو فالإرادة المقصودة هي الإرادة المنفردة للطلاق من الزوج دون الزوجة أو التراضي بينهما، ويعني ذلك العصمة الزوجية.

- سبب سكوت قانون الأسرة على شرط البلوغ: يرجح سبب سكوت القانون على شرط البلوغ في إيقاع الطلاق، أنه اشترط الأهلية في عقد الزواج ببلوغ 19 سنة كاملة، بنص المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري المعدل، ومنعه الزواج دون هذا السن إلا برخصة من القاضي، في حال وجود مصلحة أو ضرورة، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 07، وأضيف للمادة بالتعديل فقرة تكسب القاصر المتزوج رخصة من القاضي، تؤهله للتقاضي حيث نصت الفقرة 03 من المادة 07: "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي، فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات"، وعليه فكل متزوج برخصة فهذه المادة ترشده، وتعطيه الحق في التقاضي للمطالبة بحقوقه والتزاماته⁽¹⁾.

كذلك بالرجوع لقانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽²⁾، وفي المواد المنظمة لطلب الطلاق من الزوجين، نجد المادة 437 منه قد نصت على أن تقديم طلب الطلاق من الزوج منقوص الأهلية، يوجب تقديم الطلب باسمه من طرف وليه أو مقدمه، حسب الوضع، فهذه المادة مكملتها لما نصت عليه مواد قانون الأسرة الخاصة بترشيده القاصر للزواج (فقرة 03 من المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري)، من خلال اكتساب الزوج القاصر أهلية التقاضي بكل ما تعلق بالحقوق والالتزامات المنبثقة عن آثار عقد الزواج

أما في القانون المقارن، نجد من اشترط صراحة البلوغ والعقل لوقوع الطلاق، وهو ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة 102: "يقع طلاق كل زوج عاقل، بالغ، مختار..."⁽³⁾.

ب- العقل: سكت قانون الأسرة الجزائري عن شرط العقل في الطلاق؛ كطلاق المجنون ومن يدخل في دائرته، وطلاق الغضبان، والسكران، وتفصيل ذلك:

ب-1- طلاق المجنون: يرجح سبب سكوت قانون الأسرة الجزائري عن ذكر طلاق المجنون، أنه تركه للقواعد العامة في القانون المدني، التي تنظم تصرفات عديم الأهلية وناقصها، كذلك ما ورد في المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري، التي تنص على: "تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة

(1) سليمان ولد خصال، المرجع السابق، ص 140. لعل سعادى، المرجع السابق، ص 228.

(2) قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، ع 21، صادرة في 17 ربيع الثاني عام 1429 الموافق 23 أبريل سنة 2008.

(3) قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المرجع السابق.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج و آثاره

إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه"، فاستنتاجا؛ وحسب هذه المادة فطلاق المجنون والمعتوه، والسفيه لا يقع، لكن يؤخذ على المشرع الجزائري أنه ساوى بين تصرفات المجنون، والمعتوه، والسفيه، رغم أن الفرق واضح، مثلا فالسفيه لا تنفذ تصرفاته إلا في الجانب المالي فقط، فالمشرع الجزائري في قانون الأسرة وجب عليه رفع هذا التناقض، بتعديل المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري، وفق ما سار عليه القانون المدني في المادة 43 منه، والتي تصنّف السفيه في خانة الناقص الأهلية لا عديمها⁽¹⁾، وعليه استنتاجا مما سبق، فطلاق المجنون، والمعتوه لا يقع، ويلحق به كما قال الفقهاء طلاق النائم، والمغشى عليه، والمدهوش.

يمكن للولي أو الوصي أو المقدم حق مراجعة القضاء، من أجل طلب طلاق المجنون من زوجته، إذا طرأت ظروف خطيرة يستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية، بحيث ينجم عنها ضرر كبير سواء للمجنون أو وزوجه، ويُطلب من النيابة العامة التدخل كطرف أصلي في النزاع⁽²⁾.

وعند النظر في المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وفي المواد المنظمة لطلب الطلاق من الزوجين والتي تنص على: "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية، يقدم الطلب باسمه، من قبل وليه أو مقدمه، حسب الحالة"، نجدها استثنت عديمي الأهلية من مجنون وغيره، فهل بهذا يكون المشرع الجزائري استبعد طلاق المجنون، وبمفهوم آخر زواجه كذلك، أم أن الأمر لا يعدو أن يكون سقط سهوا!!، وبالتالي على المشرع توضيح ذلك في التعديلات القادمة.

كذلك في شروط الطلاق بالتراضي بين الزوجين، منع قانون الإجراءات المدنية والإدارية تقديم طلب الطلاق (عريضة موحدة بين الزوجين)، إذا كان أحد الزوجين ناقص الأهلية، وهو تحت تصرف ولي أو وصي أو مقدم، أو اعترى قدراته الذهنية والعقلية أي خلل يحول دون تعبيره عن إرادته، حيث جاء في المادة 432 منه على أنه: "لا يجوز تقديم طلب الطلاق بالتراضي، إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم أو ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية تمنعه من التعبير عن إرادته".

ب-2- طلاق السكران: سكت قانون الأسرة الجزائري عن هذا الطلاق، ويرجع سبب سكوته هو جعله ثبوت الطلاق لا يكون إلا بحكم، بعد جلسات صلح يعقدها القاضي مع الزوجين المتخاصمين بنص المادة 49 من قانون الأسرة، فهذا الأمر يجعل من طلاق السكران مستحيل الوقوع⁽³⁾، لكن وبالنظر

(1) سليمان ولد خصال، المرجع السابق، ص140. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط5، المرجع السابق، ص230. لعلى سعادي، المرجع السابق، ص228.

(2) محمد الكشور، المرجع السابق، ج2، ص39.

(3) يرى بعض شراح قانون الأسرة الجزائري، أن سكوت القانون عن شروط إيقاع الطلاق، يوحي بعدم جواز طلاق السكران عندما يكونه سكره طافحا مُفَقِدُهُ عقله، بناء على ما جاء في المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على: "تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه، والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه"، ومعنى ذلك أن الزوج حال تلفظه بالطلاق، لم يكن متمتعا بقواه العقلية. انظر العربي بختي، أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص115.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

للجانِب الشرعي قد يصدر الطلاق العرفي خارج المحكمة من زوج سكران، فكيف يكون الحكم حينئذ؟ فعلى قانون الأسرة الجزائري الفصل في الأمر، من خلال النص على طلاق السكران وبشكل صريح، وعلى افتراض أن الأمر متروك للقاضي، وذلك بالرجوع إلى نص المادة 222 التي تحيله إلى الشريعة الإسلامية فأى مذهب يتبع، وأي حكم يتبع من المذاهب الفقهية المختلفة، خاصةً قد مرّ علينا من قبل الخلاف القائم بين الفقهاء في مسألة طلاق السكران كالسكر الطافح، والسكر المختلط الذي فيه جانب من التمييز الموقّع للطلاق، وعليه كان على المشرّع الفصل في المسألة والنص عليها، كما فعلت بعض القوانين المقارنة، ومنها مدونة الأسرة المغربية التي نصت المادة 90 منها: "لا يقبل طلب الاذن بطلاق السكران الطافح..."⁽¹⁾، ويبقى أن تحديد درجة السكر ونوعه طافحا كان أو غير طافح التي تسمح بإيقاع الطلاق من عدمه من اختصاص قاضي الموضوع⁽²⁾، وبالمقابل نجد بعض القوانين الأخرى، لم تبين درجة السكر طافحا كان أو مختلطا وتركها على العموم⁽³⁾، بالنص على عدم وقوع طلاق السكران مطلقا، منها قانون الأحوال الشخصية الأردني حيث نصت المادة 86 فقرة أ منه على: "لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره ولا المعتوه ولا المغى عليه ولا النائم"⁽⁴⁾.

ب-3- طلاق الغضبان: سبب سكوت قانون الأسرة الجزائري عن طلاق الغضبان، هو نفس سبب سكوته عن حكم طلاق السكران، خاصة أن المسألة فيها خلاف فقهي، فوجب النص عليها مستقبلا للخروج من دائرة الخلاف، وتسهيل الأمر على قاضي الموضوع لاختيار المذهب الموجب الاتباع، وفي بعض قوانين الأسرة المقارنة، لوحظ بعد الاطلاع على ما نصت عنه في طلاق الغضبان، قد اتبعت مبدأ التيسير ولو على حساب مخالفة المذهب المتبع، وهو ما سارت عليه مدونة الأسرة المغربية، حيث نصت على أن طلاق الغضبان غضبا مطبقا لا يقع، وهو ما جاء في المادة 90: "لا يقبل طلب الإذن بطلاق(..) وكذا الغضبان إذا كان مطبقا"⁽⁵⁾، ومدونة الأسرة في هذا النص خالفت المذهب المالكي، الذي يوقع طلاق الغضبان ولو كان مطبقا، لأن الطلاق عند المالكية يقع ولو كان الغضب مشتدا⁽⁶⁾.

ج- الاختيار والقصد: ويحتوي على طلاق المكره، والهازل، والمخطئ، وموقف القانون منها، بالتفصيل التالي:

(1) مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

(2) تعتبر المخدرات في هذا العصر أخطر من الخمور خاصة الحبوب المهلوسة، وما ينجر عنها من جرائم جراء تناولها، فهي تشترك مع السكر من حيث الحكم المترتب عليها بصدد الطلاق. محمد الكشيبور، المرجع السابق، ج2، ص ص 41-42.

(3) منها قانون الأحوال الشخصية السوري. انظر أسامة الحموي، المرجع السابق، ص 80.

(4) قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق.

(5) مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

(6) محمد الكشيبور، المرجع السابق، ج2، ص ص 42-44.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

ج-1- طلاق المكره: سكت قانون الأسرة الجزائري عن طلاق المكره، ولم يبيّن حكمه مثله مثل باقي الأنواع المذكورة سابقا التي تخصّ المطلق، ويرجح سبب سكوته كما بينت أعلاه بالإجراءات المذكورة في المادة 48، لكن كل هذا لا يمكن التحقق منه، إن كان الطلاق خارج أسوار المحكمة، والقوانين المقارنة تطرقت لحكم طلاق المكره، منها قانون الأحوال الشخصية السوري المعدل الذي عالج المسألة من خلال المادة 89 الفقرة 1 والتي نصت: "لا يقع طلاق (...) ولا المكره..."⁽¹⁾، وبالتالي فقانون الأحوال الشخصية السوري خالف المذهب الحنفي⁽²⁾ الذي يوقع طلاق المكره كما تقدم في الجانب الفقهي.

ج-2- طلاق الهازل: سكت عنه كذلك قانون الأسرة الجزائري، وهو ما لاحظته في جل قوانين الأحوال الشخصية العربية-بحسب علمي- حيث سكتت عن طلاق الهازل، وفي هذا المقام يقول الأستاذ محمد الكشور أن مدونة الأسرة المغربية لم تُشرْ إلى طلاق الهازل لكن-نظريا على الأقل- واقع في إطارها، مادام المذهب المالكي مكمل لها⁽³⁾، لكن في قانون الأسرة الجزائري، والمنفتح على جميع المذاهب فأى الأقوال⁽⁴⁾ والمذاهب على خلافهم يتّبع؟ لكن وعلى ما يبدو وحسب ما يحتّمه الواقع العملي من اتباع إجراءات قضائية لرفع دعوى الطلاق وإيقاعه، فهي لا تسمح بوقوعه إلا بعد إجراء جلسات صلح، شرط أن لا تتجاوز مدة الصلح ثلاثة أشهر، فالمسألة إذن تبقى دينية صرفة⁽⁵⁾.

ج-3- طلاق المخطئ: كذلك كما هو الحال في سابقه، سكت قانون الأسرة الجزائري تاركا المجال للاجتهاد القضائي، وفي القانون المقارن نجد قانون الأحوال الشخصية السوري المعدل نص في المادة 89 الفقرة الأولى: "لا يقع طلاق السكران ولا المكره ولا المجنون والمعتوه ولا المدهوش ولا المخطئ"، وزاد القانون في الفقرة الثالثة من نفس المادة تعريف المخطئ حيث نصت: "المخطئ هو الذي سبق لسانه بلفظ الطلاق دون قصد"⁽⁶⁾.

ختاما يمكن القول أن قانون الأسرة الجزائري سكت عن جميع شروط المطلق، ولكن يبقى بعضها يستنتج من مواد قانونية متناثرة في قانون الأسرة أو بالرجوع للقواعد العامة، دون بيان مباشر لأحكامها، وقد استحسن بعض الشراح توجه المشرع الجزائري في جعل الطلاق يخضع لإشراف القضاء، وتحت الرقابة المباشرة للقاضي حتى يتسنى له التأكد من وجود وتوافر شروط أهلية المطلق

(1) قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق.

(2) أسامة الحموي، المرجع السابق، ص 80.

(3) محمد الكشور، المرجع السابق، ج 2، ص 47.

(4) تعددت الأقوال المختلفة حتى في المذهب الواحد.

(5) محمد الكشور، المرجع السابق، ج 2، ص 47.

(6) قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

من بلوغ وصحة عقل واختيار وقصد بإرادة كاملة⁽¹⁾، وهو ما ورد في نص المادة 250 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث دلّ دلالة قاطعة أن القاضي لا ينطق بالحكم حتى يتثبت من إرادة الزوج في إيقاع الطلاق من عدمه، حيث نصت على: "يتأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق، ويأمر باتخاذ كل التدابير التي يراها لازمة في ذلك".

لكن يُطرح إشكال من الناحية الشرعية، وهو حال وقوع الطلاق خارج دائرة القضاء، فهل للزوج الهازل أو السكران أو الغضبان، وقد طلق زوجته ويعلم الحكم الشرعي لهذا الطلاق إمكانية العيش معها، أو يفارقها في انتظار رفع الدعوى وحكم القضاء الذي قد يراجعها وهي بانته منه في مدة الصلح الذي قد يتجاوز العدة؟ والاجابة هي: على المشرع إعادة الاعتبار لشروط المطلق وتبianaها في التعديلات القادمة، لأن التوجه نحو اعتبار الطلاق والاشهاد عليه خارج أسوار المحكمة، يعيد الأهمية بشكل مباشر لشروط المطلق، حال طلاقه لزوجته خارج المحكمة شريطة أن يكون أمام شهود أو بالإقرار أو أمام ضابط عمومي، وفي هذه الحالة يؤخذ بعين الاعتبار حال المطلق كامل الإرادة أو به حالة من الحالات السابق ذكرها من غضب وإكراه وغيره.

ثانيا- شروط المطلقة المسكوت عنها: للحديث على شروط المرأة المطلقة والتي تكون محلا للطلاق، أي من يقع عليها الطلاق وجب التطرق للمسألة في الفقه الإسلامي من خلال معالجة وضعين للزوجة محل الطلاق: الوضع الأول وهي الزوجة التي تكون محلا للطلاق أي التي يقع عليها الطلاق، والوضع الثاني الزوجة التي لا تكون محلا للطلاق، ثم بعد ذلك إلى شروط المطلقة في قانون الأسرة الجزائري. أ- شروط المطلقة في الفقه الإسلامي: لتناول شروط المطلقة في الفقه الإسلامي، وجب التفرقة بين وضعين هما الزوجة التي يقع عليها الطلاق، والتي لا يقع عليها الطلاق كما يلي:

1- الزوجة التي يقع عليها الطلاق: في هذه الحالة فالزوجة الواقع عليها الطلاق إما أن تكون زوجة حقيقية أو زوجة حكمية وتبيان ذلك كما يلي:

1-1- الزوجة الحقيقية: هي أن تكون الزوجة المطلقة زوجة حقيقية بعقد صحيح، أي أن الزوجية قائمة حقيقة باتفاق الفقهاء⁽²⁾، غير مرفوع قيد نكاحها بحال أو مأل.

1-2- الزوجة الحكمية: هي الزوجة المطلقة المعتدة ومازالت في عدتها من طلاق رجعي، لأنه لا ينهي عقد الزواج مادامت في العدة، وقد اتفق الفقهاء على وقوع الطلاق في العدة⁽³⁾، أما المعتدة من طلاق بائن، فقد اختلف الفقهاء فيها إلى مذهبين⁽⁴⁾:

(1) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط5، المرجع السابق، ج1، ص231.

(2) الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص126. ابن جزى، المرجع السابق، ص152. موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص433. الماوردي، المرجع السابق، ج10، ص113.

(3) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، المرجع السابق، ج29، ص12.

(4) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، نفس المرجع، ج29، ص13.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

المذهب الأول: وهو ما قال به جمهور الفقهاء من مالكية⁽¹⁾، وشافعية⁽²⁾، وحنابلة⁽³⁾، إلى أن طلاق الزوجة البائن سواء كانت بينونة صغرى أو كبرى لا يقع، وذلك لانقضاء النكاح بالبينونة، ولأن الزوج لا يملك محل الطلاق والمتمثل في العصمة الزوجية حال نفاذ الطلاق⁽⁴⁾.

المذهب الثاني: وهو ما قال به الحنفية⁽⁵⁾ من وقوع الطلاق في المبانة بينونة صغرى دون الكبرى، حيث جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية ما نصه: "جواز عودها إلى زوجها بعقد جديد أثناء العدة، ولا يجوز زواجها من غيره قبل انقضاء العدة، ولهذا فإنها محل لصحة الطلاق عندهم، وعلى هذا فلو طلق رجل زوجته المدخول بها بائنا مرة واحدة، ثم طلقها أخرى في عدتها كانتا اثنتين، هذا ما لم يقصد تأكيد الأولى، فإن قصد تأكيد الأولى لم تقع الثانية"⁽⁶⁾.

القول الراجح ما قال به أصحاب المذهب الأول، من عدم وقوع الطلاق في البينونة الصغرى، لأن الزوجة ليست محلاً للزوجية، ولم تعد تحت عصمة الزوج ولا يجوز له مراجعتها، إلا بعقد وصدّق جديدين.

2- الزوجة التي لا يقع عليها الطلاق: أما حالات الزوجة التي لا يقع الطلاق عليها فنعدددها في أربع حالات⁽⁷⁾:

1-2- المتزوجة بعقد غير صحيح: ما جعل الطلاق إلا لإنهاء العقد الصحيح، والعقد الفاسد ليس بصحيح وينجر عنه التفريق بين الزوجين، ومن أسباب فساد الزواج الفسخ المؤدي للحرمة المؤقتة والمؤبدة كفقْدان ركن من أركان الزواج، والزوجة في هذه الحالة تصبح أجنبية عن الزوج بمجرد فسخ عقد الزواج.

2-2- المطلقة قبل الدخول: فالمرأة المطلقة قبل الدخول هي أجنبية عن الزوج، ولا عدة لها، ولها الزواج مباشرة بعد طلاقها لانعدام المحل، وبالتالي فلا طلاق لها.

2-3- الزوجة المبانة بينونة كبرى: هي الزوجة المعتدة من طلاق الثلاث، أي استوفت جميع الطلقات المخولة للزوج لإسماعها، لأن الطلاق بالطلقة الواحدة والطلقتين يصبح بائنا بينونة صغرى⁽⁸⁾، وإن

(1) خليل بن إسحاق الجندي، مختصر العلامة خليل، تحقيق أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، مصر، ط1، 2005، ص116.

(2) زكرياء الانصاري، فتح الوهاب، المرجع السابق، ج2، ص432-89.

(3) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص432.

(4) الدسوقي، المرجع السابق، ج3، ص295.

(5) ابن عابدين، المرجع السابق، ج3، ص230.

(6) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، المرجع السابق، ج29، ص13.

(7) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط5، المرجع السابق، ج1، ص206.

(8) الطلاق البائن بينونة صغرى: هو طلاق لا يستطيع الزوج إرجاع حليلته إلى عصمته بعد أن طلقها، إلا بعقد وصدّق جديدين، وكذلك الخلع يقع بائنا، والمطلقة قبل الدخول تقع طلقها بائنة، وكذلك كل طلاق يوقعه القاضي (التطليق) لسبب من الأسباب كعدم الانفاق أو للعبور أو للضرر، للمزيد انظر وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج8، ص413.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

استوفت المرأة عدتها في الطلاق الرجعي⁽¹⁾ ولم يراجعها الزوج، يستطيع مراجعتها لكن بعقد ومهر جديدين، وإن زادها الطلقة الثالثة كانت البينونة الكبرى، التي تنجرّ عليها الحرمة المطلقة، ولا تحل المطلقة للزوج حتى تنكح زوجا غيره، وتبين منه بفرقة أو موت، عندئذ له الحق في مراجعتها، وعليه فهذا الصنف من النساء لا يقع عليه الطلاق لأنها أصبحت أجنبية عن الزوج.

4-2- الطلاق في الحيض: هو طلاق تكون فيه الزوجة حائضا، لأن الأصل في الطلاق شرعا ألا تكون الزوجة حائضا، ولا في طهر مسها فيه، وهو أحد قسمي الطلاق ويسمى بالطلاق البدعي، ويقابله الطلاق السني⁽²⁾، الذي يكون في طهر لم يمسه فيها، وسبب عدم قبول الطلاق في الحيض هو مخافة أن ينفر منها الزوج بسبب حيضها، وحتى يظهر الطلاق لضرورة حتمتها ظروف وأسباب حقيقية، ومحرم شرعا أن يوقع الزوج الطلاق على زوجته المدخول بها في طهر مسها فيه أو حيض، لكن يقع هذا الطلاق قضاء ويندرج ضمن الطلاق البدعي، أما الزوجة غير المدخول بها، والحامل التي تجلّى حملها، واليائس من المحيض، والتي لم تحض في أي زمان، فيقع عليهن الطلاق دون اعتبار للسنة والبدعة⁽³⁾.

بالرغم من هذا اختلف الفقهاء في وقوع الطلاق البدعي إلى فريقين:

الفريق الأول: الطلاق البدعي واقع ويلزم صاحبه رغم حرمة، وهو ما قال به جمهور الفقهاء⁽⁴⁾ من حنفية، ومالكية، وشافعية، وحنابلة، وكثير من الصحابة والتابعين رضي الله عنهم، ودليلهم:

(1) الطلاق الرجعي: هو طلاق يمكن للزوج فيه إرجاع زوجته أثناء العدة من غير عقد جديد، ما لم تنقضي عدتها دون رضاها، وفي الطلقتين الأولتين فقط غير البائنتين، شرط مراجعتها قبل انقضاء العدة، أما إذا انقضت عدتها يصبح الطلاق بائنا بينونة صغرى، ولا يستطيع الزوج مراجعتها إلا بعقد جديد، ويشترط رضاها، وقد قسم الفقهاء الطلاق إلى رجعي، وبائن بقسميه البينونة الصغرى والكبرى.

(2) الطلاق السني والبدعي من تقسيم الشرع، من حيث موافقته السنة ومخالفتها، فالطلاق السني: هو الطلاق الموافق للسنة، بالمواصفات الواردة في الشريعة، من طلاق الزوجة في طهر لم يمسه فيها، وطلاقها تطليقة واحدة، وقد اختلف الفقهاء في شروطه:

فعند الحنفية طلاق السنة قسمان حسن، وأحسن، فالحسن طلاق الرجل حليلته في طهر لم يمسه فيها، ثم في طهرها الذي بعده يسميها طليقة واحدة، وفي الطهر الذي بعده واحدة، فتبين منه. أما الأحسن فيطلق الرجل زوجته تطليقة، في طهر لم يجامعها فيها، إلى غاية انتهاء عدتها، أما عند المالكية فعددوا شروطها: أن يطلقها طليقة واحدة، وأن تكون على طهر، ولم يجامعها في طهرها ذلك، وألا يطلقها في عدتها من طلاق رجعي، ولا عوض فيه، وأن تكون ممن يحضن، وأما الشافعية والحنابلة فشروطهم كذلك في طهر لم يمسه فيها، لكنهم خالفوا الفقهاء في وقوع الطلقات الثلاث طليقة واحدة طلاقا سنيا. أما الطلاق البدعي: هو الطلاق المخالف لأمر الله ﷻ ولسنة النبي ﷺ والذي يوقعه الزوج في طهر مسها فيه، أو يطلقها حال حيضها أو نفاسها، أو يطلقها ثلاث طلقات دفعة واحدة، أو يطلقها في العدة، واتفق الفقهاء أن طلاق الحائض أو في طهر جامعها فيه طلاق بدعي، أما بالنسبة لغير المدخول بها، أو الحامل المستبين حملها، أو التي لا تحيض فلا بدعة لطلاقهم. انظر مبروك المصري، المرجع السابق، ص 123 وما يليها.

(3) بهاء الدين المقدسي، المرجع السابق، ص 445.

(4) اللبائري، المرجع السابق، ج 3، ص 468. ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج 3، ص 86، موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 7، ص 366، الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 4، ص 497.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

- قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾⁽¹⁾، وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا﴾⁽²⁾، ووجه الاستدلال من آيات الطلاق، أن النصوص جاءت عامة ولم تفرق بين طلاق بدعي وسني.

- حديث "مالك، عن نافع؛ أن عبد الله بن عمر، طلق امرأته، وهي حائض، على عهد النبي صلى الله عليه وسلم. فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، عن ذلك. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: مره فليراجعها، ثم يمسكها، حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق، قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء"⁽³⁾، ووجه الاستدلال من الحديث أن الأمر بالمراجعة دليل على أن الطلاق وقع في الحيض، والرجعة لا يمكن أن تكون إلا بعد طلاق، لأنه لا معنى من المراجعة إن لم يكن طلاق⁽⁴⁾.

نوقش دليلهم من حديث "مره فليراجعها"، هو دليل غير قائم والمراجعة المقصودة في هذا المقام بمعناها اللغوي، لأن المراجعة بمعناها الاصطلاحي هو ارجاع المطلقة، وهو لفظ مستحدث بعد عهد النبي ﷺ، ولم تستخدم المراجعة في القرآن بهذا المعنى المستحدث، بل ذكر لفظ الإمساك والرد في قوله تعالى: ﴿وَبِعُولَتَيْنِ بِرِءٍ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾⁽⁵⁾، وقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ﴾⁽⁶⁾، والمراجعة في القرآن استخدمت في غير موضع المعنى الاصطلاح، ولكنها استعملت في المطلقة بالطلقة الثالثة، بعد أن تزوج رجلاً غيره وتبين منه، فيستطيع الزوج الأول مراجعتها بزواج جديد، يقول تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾⁽⁷⁾⁽⁸⁾.

أجيب عليهم أن الحقيقة الشرعية (الاصطلاحية) مقدمة على الحقيقة اللغوية بالاتفاق، ولأن النبي ﷺ مبعوث لهذه الأمة لتبليان الأمور الشرعية لا اللغوية، وبما أنه أمره بالرجعة بعد الطلاق، فهو دليل مؤكد على أن الطلاق وقع⁽⁹⁾.

- حديث: "أنس بن سيرين، قال: سمعت ابن عمر، قال: طلق ابن عمر امرأته وهي حائض، فذكر عمر للنبي صلى الله عليه وسلم فقال: ليراجعها، قلت: تحتسب؟ قال: فمه؟ وعن قتادة، عن يونس بن

(1) سورة البقرة، الآية 228.

(2) سورة البقرة، الآية 230.

(3) أخرجه مالك بن أنس في الموطأ، كتاب الطلاق، ما جاء في الإقراء، في عدة الطلاق، وطلاق الحائض، حديث رقم 2139، ج 4، ص 830.

(4) محمد عقلة الإبراهيم، المرجع السابق، ص 236.

(5) سورة البقرة، الآية 228.

(6) سورة البقرة، الآية 229.

(7) سورة البقرة، الآية 229.

(8) انظر أحمد محمد شاكر، نظام الطلاق في الإسلام، مكتبة السنة، القاهرة، مصر، ط 2، 1998، ص 22.

(9) محمد إبراهيم الحفناوي، الموسوعة الفقهية الميسرة (الطلاق)، مكتبة الإيمان، المنصورة، مصر، ط 2، 2005، ص 106.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج و آثاره

جبير، عن ابن عمر، قال: مره فليراجعها، قلت: تحتسب؟ قال: أرأيت إن عجز واستحقم⁽¹⁾، ووجه الاستدلال أنه وبالرغم من أن الطلاق في حيض لكن حُسبت على ابن عمر رضي الله عنه، ويقول صاحب إرشاد الساري عن لفظ "فمه" في الحديث: "هي ما الاستفهامية أدخل عليها هاء السكت في الوقف مع أنها غير مجرورة وهو قليل أي فما يكون إن لم تحتسب أو هي كلمة كف وزجر أي انزجر عنه فإنه لا شك في وقوع الطلاق وكونه محسوبًا في عدد الطلاق"⁽²⁾. وأضاف: "أرأيته (إن عجز) عن فرض فلم يقمه (واستحقم) فلم يأت به أيكون ذلك عذرًا له وقال النووي الهمزة في أرأيت للاستفهام الإنكاري أي نعم يحتسب الطلاق ولا يمنع احتسابه لعجزه وحماقته"⁽³⁾.

- حديث: "سعيد بن جبير، عن ابن عمر، قال: حسبت علي بتطبيقه"⁽⁴⁾، وهو نفس استدلال الحديث السابق.

نوقش دليلهم هذا على أن: "تطبيقه عبد الله حسبت عليه، فهذا غايته أن يكون من كلام نافع، ولا يعرف من الذي حسبها، أهو عبد الله نفسه، أو أبوه عمر، أو رسول الله - صلى الله عليه وسلم -؟ ولا يجوز أن يشهد على رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالوهم والحسبان، وكيف يعارض صريح قوله: ولم يرها شيئًا بهذا المجل؟ والله يشهد - وكفى بالله شهيدا - أنا لو تيقنا أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - هو الذي حسبها عليه، لم نتعد ذلك، ولم نذهب إلى سواه"⁽⁵⁾.

- قال الجمهور: "والإيمان أصل العقود وأجلها وأشرفها، يزول بالكلام المحرم إذا كان كفرًا، فكيف لا يزول عقد النكاح بالطلاق المحرم الذي وضع لإزالته"⁽⁶⁾.

الفريق الثاني: الطلاق البدعي لا يقع، وهو ما ذهب إليه الظاهرية⁽⁷⁾، وما روي عن سعيد بن المسيب⁽⁸⁾، وعطاء، وطاووس، وخلص، وابن تيمية، وابن القيم⁽⁹⁾، والشوكاني، والصنعاني⁽¹⁰⁾، ومن

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب إذا طلقت الحائض تعدد بذلك الطلاق، حديث رقم 5252، ج7، ص41.

(2) القسطلاني، إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط7، 1323هـ، ج8، ص129.

(3) القسطلاني، نفس المرجع والصفحة.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب إذا طلقت الحائض تعدد بذلك الطلاق، حديث رقم 5253، ج7، ص41.

(5) ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ج5، ص217.

(6) ابن قيم الجوزية، نفس المرجع، ص212.

(7) ابن حزم، المرجع السابق، ج9، ص363.

(8) سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب المخزومي القرشي، سيد التابعين، من فقهاء المدينة، ولد سنة 13 هـ، وكان محدثًا وفقهًا وزاهدًا وورعًا، توفي بالمدينة سنة 94 هـ. انظر الزركلي، المرجع السابق، ج3، ص102.

(9) ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ج5، ص203.

(10) الصنعاني، المرجع السابق، ج2، ص250.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

الفقهاء المعاصرين أحمد شاكر⁽¹⁾، والأستاذ سيد سابق والأستاذ محمد أبو زهرة⁽²⁾، والأستاذ يوسف القرضاوي⁽³⁾.

واستدل أصحاب هذا الفريق بـ:

- قوله تعالى: «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ»⁽⁴⁾، ووجه الاستدلال من الآية: "المطلق في حال الحيض أو الطهر الذي وطئ فيه لم يطلق لتلك العدة التي أمر الله بتطبيق النساء لها كما صرح بذلك الحديث المذكور في الباب. وقد تقرر في الأصول أن الأمر بالشيء نهي عن ضده، والمنهي عنه نهياً لذاته أو لجزئه أو لوصفه اللازم يقتضي الفساد، والفساد لا يثبت حكمه"⁽⁵⁾.

نوقش دليلهم بأنه: "لأن النهي إذا كان لمعنى ولا يعود إلى المنهي عنه لم يكن النهي موجبا لفساد ما نهى عنه، كالنهي عن البيع عند نداء الجمعة لا يوجب فساد البيع"⁽⁶⁾.

- عن: "عائشة رضي الله عنها، أن رسول الله ﷺ قال: من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد"⁽⁷⁾، ووجه الدلالة من الحديث أن تعمد طلاق الزوجة في حيضها والطلاق البدعي -بصفة عامة- مخالف للسنة، وما خالف ما شرعه الله ورسوله، فهو مردود⁽⁸⁾.

- حديث "أخبرني أبو الزبير، أنه سمع عبد الرحمن بن أيمن مولى عروة يسأل ابن عمر وأبو الزبير يسمع، قال: كيف ترى في رجل طلق امرأته حائضاً؟ قال: طلق عبد الله بن عمر امرأته وهي حائض على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فسأل عمر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال: إن عبد الله بن عمر طلق امرأته وهي حائض، قال عبد الله: فردها علي ولم يرها شيئاً، وقال: إذا طهرت فليطلق أو ليمسك، قال ابن عمر: وقرأ النبي - صلى الله عليه وسلم - «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ»⁽⁹⁾ في قبل عدتهن"⁽¹⁰⁾، وجه الدلالة من الحديث أن النبي ﷺ لم يعتبر تلك التغطية بشيء، ولم تحسب على ابن عمر رضي الله عنه، ويعتبر هذا الحديث هو المعتمد عليه عند أصحاب الفريق الثاني⁽¹¹⁾.

(1) مبروك المصري، المرجع السابق، ص 127.

(2) سيد سابق، المرجع السابق، ج 2، ص 265. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 288.

(3) يوسف القرضاوي، موقع القرضاوي، نقلاً عن الرابط التالي: <https://www.al-qaradawi.net/node/3621>، تاريخ التصفح: 2020/08/24.

(4) سورة الطلاق، الآية 01.

(5) الشوكاني، المرجع السابق، ج 6، ص 268.

(6) الماوردي، المرجع السابق، ج 10، ص 116.

(7) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الأفضية، نقض الأحكام الباطلة، ورد محدثات الأمور، حديث رقم 1718، ج 3، ص 1343.

(8) سيد سابق، المرجع السابق، ج 2، ص 266.

(9) سورة الطلاق، الآية 1.

(10) أخرجه أبو داود في سننه، أول كتاب الطلاق، باب في طلاق السنة، حديث رقم 2185، ج 3، ص 508.

(11) محمد إبراهيم الحفناوي، المرجع السابق، ص 108.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

نوقش هذا الدليل على ما ورد في فتح الباري: "قال أبو داود روى هذا الحديث عن ابن عمر جماعة وأحاديثهم كلها على خلاف ما قال أبو الزبير"⁽¹⁾، ويقول ابن عبد البر في التمهيد: "ولم يرها شيئاً منكر عن ابن عمر لما ذكرنا عنه أنه اعتد بها ولم يقله أحد عنه غير أبي الزبير وقد رواه عنه جماعة جلة فلم يقل ذلك واحد منهم وأبو الزبير ليس بحجة فيما خالفه فيه مثله فكيف بخلاف من هو أثبت منه ولو صح لكان معناه عندي والله أعلم ولم يرها على استقامة أي ولم يرها شيئاً مستقيماً لأنه لم يكن طلاقه لها على سنة الله وسنة رسوله"⁽²⁾، ويقول الخطابي رحمته: "وقال أهل الحديث لم يزو أبو الزبير حديثاً أنكر من هذا، وقد يحتمل أن يكون معناه أنه لم يره شيئاً باتاً يحرم معه المراجعة ولا تحل له إلا بعد زوج أو لم يره شيئاً جائزاً في السنة"⁽³⁾.

رُد على من طعن في رواية أبي الزبير بأن روايته تقويمها رواية أخرى وهي: "حدثنا حديج بن معاوية، نا أبو إسحاق، عن عبد الله بن مالك، عن ابن عمر، أنه طلق امرأته وهي حائض، فانطلق عمر إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: إن عبد الله طلق امرأته وهي حائض، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ليس ذلك بشيء."⁽⁴⁾.

سبب الاختلاف في هذا الدليل هو أن رواية مسلم والنسائي⁽⁵⁾ لم يرد فيها عبارة: "ولم يَرَهَا شيئاً"، مما جعل كثير من علماء الحديث ينكرها⁽⁶⁾، لكن بالرجوع لفتح الباري نجد أن ابن حجر قال وإسناد هذه الزيادة على شرط الصحيح⁽⁷⁾.

الترجيح: بعد عرض مسألة ثبوت الطلاق في الطلاق البدعي وتبيان أدلة الفقهاء، التي يظهر من خلالها أن كل فريق أستدل بأدلة تتراوح بين القوة والضعف، وأوافق القول الثاني بعدم وقوع طلاق الحائض، من باب التيسير ورفع الحرج على الناس، حفاظاً على الروابط الأسرية، والتقليل من حالات الطلاق في المجتمع، وهو مقصد مهم من مقاصد الشريعة، ويقول الأستاذ يوسف القرضاوي في هذا المقام: "واجتهاد ابن تيمية وابن القيم هنا: اجتهاد له اعتبار، وهو موثق بالأدلة، وهو الموافق لمقاصد الشرع

(1) العسقلاني، المرجع السابق، ج 9، ص 354.

(2) ابن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق مصطفى العلوي، محمد البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، (د.ط.)، 1387، ج 15، ص ص 65-66.

(3) الخطابي، معالم السنن (شرح سنن أبي داود)، المطبعة العلمية، حلب، سورية، ط 1، 1932، ج 3، ص 235.

(4) أخرجه سعيد بن منصور في سننه، كتاب الطلاق، باب الرجل يطلق امرأته وهي حائض، حديث رقم 1552، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية، الهند، ط 1، 1982، ج 1، ص 403.

(5) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها، حديث رقم 1471، ج 2، ص 1098. أخرجه النسائي في سننه، كتاب الطلاق، باب وقت الطلاق للعدة التي أمر الله عز وجل أن تطلق لها النساء، حديث رقم 3392، ج 6، ص 139.

(6) أبو الزبير ثقة، ولم يُتكلّم فيه، إلا بأنه يروي بعض الأحاديث بالعنعنة من غير سماع، فيُخاف من تدليسه، والأمر في هذا الحديث ليس كذلك، لأنه صرح بأنه سمعه من ابن عمر رضي الله عنهما، انظر أحمد محمد شاكر، المرجع السابق، ص 18.

(7) العسقلاني، المرجع السابق، ج 9، ص 353. الشوكاني، المرجع السابق، ج 6، ص 267.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

في بقاء الأسرة، وحمايتها من التصدُّع لأدنى الأسباب، وقد أخذ به بعض قوانين الأحوال الشخصية، ومنها القانون القطري، كما تبناه كثير من رجال الفقه والفتوى في عصرنا⁽¹⁾.

ب- شروط المطلقة في قانون الأسرة الجزائري:

سكت قانون الأسرة الجزائري عن مسألة تقسيم الطلاق إلى سني وبدعي، ولم يشر إليه، وهذا يعني أنه يرجع في ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية من خلال المادة 222، وهذه الإحالة قد تؤدي إلى إحداث تضارب في الأحكام القضائية، واضطرابها في القضايا المتشابهة نتيجة الاختلاف بين الفقهاء في شروط المطلقة، بل وفي بعض الأحيان قد يكون الاختلاف في القضية الواحدة بين محكمة وأخرى⁽²⁾، وهو ما سنتعرف عليه في سكوت قانون الأسرة الجزائري عن شروط المطلقة وسببه، وتفصيل ذلك كالتالي:

ب-1- الزوجة التي يقع عليها الطلاق قانوناً: سكت قانون الأسرة الجزائري عن الزوجة التي يقع عليها الطلاق، سواء كانت زوجة حقيقية أو زوجة حكمية، وما تحوي هذه المسألة من خلاف فقهي، ويرجع سبب سكوتها على هاتين المسألتين هو اعتماده على الطلاق الذي لا يثبت إلا بحكم، حسب مقتضيات المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، وعليه: "يجب أن يرفق مع العريضة، شهادة عائلية ومستخرج من عقد زواج المعنيتين" وهو ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة 429 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المبينة لإجراءات الطلاق، وبالتالي لا اعتبار لأي عريضة طلاق دون أن تكون مرفقة بمستخرج من عقد الزواج الذي يثبت وجود رابطة زوجية صحيحة بين الزوجين.

في المقابل فإنه في حال وقوع الطلاق بين الزوجين خارج أسوار المحكمة، وتوجّه الزوجان بعدها لتثبيته أمام القاضي، هل تعتبر الزوجة في هذا الطلاق زوجة حكمية أم حقيقية لو تم وفق الإجراءات المذكورة سابقاً في المادة 429؟ والإجابة تكون أن هذا الطلاق وقع على زوجة حكمية في العدة الحقيقية، التي بدأت من يوم تَلَفُّظ الزوج بالطلاق، وقد يطرأ إشكال آخر هو: هل هذه الطلقة وقعت على زوجة حكمية معتدة من طلاق رجعي أم من طلاق بائن؟ وعليه فلا حل لهذا الإشكال إلا باعتماد نظام حقيقي لإثبات الطلاق المتلفظ به من الزوج خارج المحكمة، والذي يتحدد من خلاله وقتُ التَلَفُّظ، وعدد الطلقات، وبداية العدة.

من جهة أخرى، ولتجنب الوقوع في هذا الإشكال ذهبت العديد من قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية، إلى تقنين شروط المطلقة المتضمن وجود عقد زواج صحيح أو حكمي، وهو ما جاء في قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة 103 حيث نصت: "لا يقع الطلاق على الزوجة إلا إذا كانت

(1) يوسف القرضاوي، المرجع السابق.

(2) مبروك المصري، المرجع السابق، ص 134.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

في زواج صحيح، وغير معتدة⁽¹⁾، ويظهر من خلال المادة أن قانون الأحوال الشخصية الكويتي يبين بشكل جلي، أن الطلاق يقع على زوجة من زواج صحيح، ولكن عند اضافته لعبارة "غير معتدة" لم يبين نوع العدة هل من طلاق رجعي أو بائن، ويبدو أنه استبعد طلاق المعتدة بنوعيه، وبالرجوع للمذكرة الإيضاحية للقانون الكويتي، وجدت أن اختيار القانون كان عدم "إرداف الطلاق" على المعتدة، مهما كانت العدة التي فيها المطلقة، اتباعاً لصحيح مذهب أحمد ومن وافقه⁽²⁾ حسب القانون الكويتي، لكن بالرجوع إلى معرض كلام الحنابلة فهم متفقون مع الجمهور في وقوع الطلاق في العدة من الطلاق الرجعي، وفي هذا المقام يقول العلامة موفق الدين بن قدامة: "والرجعية زوجة يلحقها طلاقه، وظهاره، وإيلاؤه، ولعانه، ويرث أحدهما صاحبه"⁽³⁾.

أما المدونة المغربية فقد سكتت عن مسألة محلية الطلاق ووقوعه في العدة، وقبل تعديل مدونة الأحوال الشخصية المغربية الملغاة فقد ورد في الفصل 45 منها: "محل الطلاق المرأة التي في نكاح صحيح أو المعتدة من طلاق رجعي ولا يصح الطلاق على غيرهما ولو معلق"، منه وحسب المنصوص عليه في المادة الملغاة فإن الطلاق نافذ في الزواج الصحيح وفي عدة الطلاق الرجعي، وما دامت مدونة الأسرة سكتت عن هذه القاعدة، الأمر الذي يحيل العمل بمقتضيات المادة 400 من مدونة الأسرة المغربية، مع العلم أن القضاء المغربي لم يحدّد موقفه من الطلاق خلال عدة المطلقة من طلاق رجعي⁽⁴⁾.

ب-2- الزوجة التي لا يقع عليها الطلاق قانوناً: سكت قانون الأسرة الجزائري عن بيان النساء اللواتي لا يقع عليهن الطلاق وهن:

1- المتزوجة بعقد غير صحيح قانوناً: الذي بموجبه يُفسخ العقد بقوة القانون، سواء كان البطلان بسبب اشتغال عقد الزواج لمانع أو شرط ينافي بمقتضيات العقد (المادة 32 من قانون الأسرة)، أو بسبب فقدان ركن الرضا، أو قبل الدخول إذا تم دون شرط من شروط الزواج (المادة 33)، أو تم عقد الزواج بإحدى المحرمات (المادة 34)، وهنا لا يسمى طلاقاً، بل يعتبر فسخاً وبموجبه تصبح الزوجة أجنبية عن زوجها⁽⁵⁾.

2- المطلقة قبل الدخول قانوناً: لم يورد قانون الأسرة الجزائري مسألة المطلقة غير المدخول بها، وقد تعرضنا لبيان حكمها في الفقه الإسلامي، لكن سكوت القانون عن هذا النوع من الطلاق، في

(1) قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المرجع السابق.

(2) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي، رقم 51 لسنة 1984 المعدل، وزارة العدل، مطبعة الخط، الكويت، ط1، 2011، ص 152.

(3) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص519.

(4) محمد الكشيبور، المرجع السابق، ج2، ص ص 69-70.

(5) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط5، المرجع السابق، ج1، ص206.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

حاجة إلى بيان قانوني في التعديلات القادمة، لأن كل طلاق يكون رجعياً باستثناء بعض الحالات، منها المتزوجة غير المدخول بها لأنها لا عدة لها ومادامت لا عدة لها فهي أجنبية على الزوج ولا يقع عليها طلاق، وقد تطرقت بعض قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية لهذه المسألة وعالجتها منها قانون الأسرة القطري في المادة 112: "كل طلاق يقع رجعياً إلا (...) والطلاق قبل الدخول..."⁽¹⁾، فالمادة جعلت من طلاق غير المدخول بها لا يحتاج إلى عدة، وبالتالي فهي أجنبية ولا يقع عليها الطلاق.

3- المبانة من طلاق الثلاث قانوناً: سكت قانون الأسرة الجزائري عن شروط المطلقات اللواتي لا يقع عليهن الطلاق، ومن ضمن هؤلاء الزوجة المطلقة بتطبيقه مكملة للثالثة، وهو طلاق غير رجعي بل بائن بينونة كبرى، فتُحرم الزوجة على زوجها حرمة مؤقتة، وهذا الصنف من المطلقات لا يقع عليه الطلاق، وكما سبق أن بينت فالمشعر الجزائري مطالب كذلك بتبيان هذه النقطة، وهو ما تعرض له قانون الأسرة القطري من خلال المادة 112 سابقة الذكر حيث نصت: "كل طلاق يقع رجعياً إلا الطلاق المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول، وما نص عليه في هذا القانون أنه بائن أو فسخ".

سكت قانون الأسرة الجزائري كذلك على وضع تعريف للطلاق الرجعي، والطلاق البائن بينونة صغرى، والباين بينونة كبرى الواقع من طرف الزوج، وما نصت عليه المواد 50 و51 منه هو إشارة عابرة لإمكانية مراجعة الزوج زوجته بعد حكم القاضي، وكأن الفيصل بين الطلاق الرجعي والباين هو حكم القاضي⁽²⁾، ونحن نعلم أن الأحكام الشرعية هي التي تبين الفرق بين الطلاقين، حيث تنص المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، وأما المادة 51 فتتنص: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء"، وعليه كان على المشعر وضع تعريف واضح جلي للطلاق الرجعي، والطلاق البائن بينونة صغرى، والطلاق البائن بينونة كبرى، وهو ما فعلته بعض القوانين المقارنة، من بينها قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين من خلال المادة 136 حيث نصت: "الطلاق نوعان: رجعي وبائن، وذلك على الوجه الآتي: (أ) الطلاق الرجعي، لا ينهي عقد الزواج، إلا بانقضاء العدة. (ب) الطلاق البائن ينهي عقد الزواج وهو نوعان: (أولاً) الطلاق البائن بينونة صغرى ولا تحل المطلقة بعده لمطلقها إلا بعقد ومهر جديدين. (ثانياً) الطلاق البائن بينونة كبرى ولا تحل المطلقة بعده لمطلقها إلا بعد انقضاء عدتها من زوج آخر دخل بها فعلاً في زواج صحيح"⁽³⁾.

(1) قانون الأسرة القطري، المرجع السابق.

(2) مبروك المصري، المرجع السابق، ص 141.

(3) قانون الأحوال الشخصية للمسلمين السوداني، المرجع السابق.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

4- الطلاق في الحيض قانوناً: لم ينص قانون الأسرة الجزائري على مسألة الطلاق حال حيض الزوجة أو نفاسها، أو في طهر لم يمسه فيها، وهي شروط اشترطها الفقهاء لوقوع الطلاق من عدمه في خلاف تم التعرّض له في الجانب الفقهي، والذي رُجح فيه عدم وقوع الطلاق في الحيض حماية للأسرة ومصالحها، ويُفهم من سكوت القانون في هذه المسألة عدم اشتراطه الطهر من حيض، وعدم المسيس في الطهر، وبالتالي موافقته لما قال به جمهور الفقهاء في وقوع الطلاق من الزوج حال حيض زوجته أو نفاسها، واحتساب طلقته شرعاً مع الإثم، وتجنباً لهذا التأويل نقترح على المشرّع الجزائري أن يقنّن هذه المسألة، ويوضحها احتياطاً للفروج وابتعاداً عن الوقوع في الحرام، من خلال نص قانوني واضح، يبين فيه وقوع الطلاق من عدمه على الحائض والنفساء.

مع إحاطة الأمر بضوابط مهمة، منها إلزام الزوجة حين تَلَقَّطِ الزوج بالطلاق الإقرار بحالتها إن كانت حائضاً أو على طهر، سواء كان الطلاق خارج المحكمة أو بواسطة القاضي حين النطق بالحكم، حتى تعطي الزوجة للمحكمة مهلة للنظر في إصدار حكم الطلاق حتى تطهر، وإن هي أخفت حيضها متعمدة فهي آثمة بسكوتها عن حرام ارتكبه زوجها، وأما في اثبات الحيض إذا ادّعت المطلقة الحيض، فالقول قولها مع اليمين، ما لم تظهر قرائن حقيقية تدحض أقوالها⁽¹⁾، وقد أشار قانون الأسرة القطري بشكل صريح إلى عدم وقوع الطلاق في الحيض، أو في طهر مسها فيه متبعاً في ذلك ما قاله الفقهاء المانعون من وقوع الطلاق في الحيض، وهو ما جاء في نص المادة 108 فقرة 02 منه: "لا يقع الطلاق: 2- في العدة أو الحيض للمدخل بها، أو في طهر مسها فيه..."⁽²⁾.

ثالثاً- الألفاظ التي يقع بها الطلاق المسكوت عنها:

وقوع الطلاق يكون بألفاظ اتفق الفقهاء في بعضها، واختلفوا في أخرى، أو بما يقوم مقام اللفظ من كتابة أو إشارة، وهي مسائل ذات أهمية، وعليه سأتطرق إلى الألفاظ التي يقع بها الطلاق فقهاً، وبعدها إلى موقف قانون الأسرة الجزائري منها، ثم أتعرض إلى ما يقوم مقام اللفظ في الطلاق في الفقه الإسلامي، ثم موقف القانون من ذلك، بالتفصيل التالي:

أ - ألفاظ الطلاق: تنقسم ألفاظ الطلاق إلى قسمين صريح وكنائي، فالطلاق الصريح ما تلفظ به الزوج بصريح العبارة، أما الطلاق بالكناية هو الطلاق الذي يقع بألفاظ الكناية⁽³⁾.

1- الطلاق الصريح: وعرف اللفظ الصريح في الطلاق على أنه: "اللفظ الذي لا يستعمل إلا في حل عقدة النكاح في عرف من نطق به، والسماع له، والموجّه إليه، بناء على الوضع اللغوي لهذا اللفظ،

(1) انظر محمد الكشور، المرجع السابق، ج2، ص 71.

(2) قانون الأسرة القطري، المرجع السابق.

(3) مبروك المصري، المرجع السابق، ص114.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

أو بناء على العرف العام عند الناس في استعمال هذا اللفظ في هذا المعنى" (1). وعُرف كذلك بأنه: "ما كان بلفظ لا يستعمل إلا في معنى الطلاق، وحل قيد النكاح، ولا يحتمل غير هذا المعنى لغة أو شرعا أو عرفا" (2) والمعلوم لدى الفقهاء أن الطلاق الصريح لا يحتاج إلى نية.

اتفق الفقهاء في تعيين الألفاظ الصريحة، بأنها لا تخرج عن لفظ (طلق)، فالحنفية (3) والمالكية (4)، ذهبوا إلى أن اللفظ الصريح في الطلاق فيما يعبر عنه بلفظ الطلاق: "أنت طالق، أو مطلقة، أو طلقتك أو أنا طالق منك أو أنت مطلقة أو الطلاق لي لازم، فيلزم حينئذ الطلاق ولو لم ينو حل العصمة بهذا اللفظ لأنه صريح" (5)، وزاد على اللفظ الصريح الشافعية والحنابلة (6) لفظي "الفراق والسراح"، وما اشتق منهما، وهما مذكورين في القرآن، فلفظ السراح في قوله تعالى: ﴿أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ (7)، ولفظ الفراق في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾ (8)، ويخالفهم الجمهور كون لفظ الفراق مثلا ورد في مواضع أخرى لا تعني الطلاق، كقوله تعالى: ﴿وَاعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا﴾ (9).

في اللفظ الصريح لا اعتبار للنية، لأن العمل بالنية يكون في اللفظ المبهم أو المحتمل لتعيين المراد بالمعنى، والنية محتواة في اللفظ الصريح، فمن نطق به فلا رجوع عنه عند جمهور العلماء، ما لم ترد قرينة قوية على صحة دعواه (10)، والظاهرية (11) يرون أن الطلاق يقع باللفظ الصريح، لكن إذا ادعى أنه لم ينو الطلاق يصدق عند الفتيا، ولا يصدق قضاء.

(1) عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ج 7، ص 444.

(2) محمد عقلة الإبراهيم، المرجع السابق، ص 218.

(3) الكاساني، المرجع السابق، ج 3، ص 101.

(4) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، المكتبة العلمية، (د.م)، ط 1، 1350، ص 193. لكن القاضي عبد الوهاب بالإضافة إلى الألفاظ الصريحة أضاف لها كنايةات ظاهرة تجري مجرى الصريح، وهي أنت خلية (يعني فارغة من زوج) أو برية (بائنة)، بقة (القطع). انظر، القاضي عبد الوهاب، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق محمد مراي، دار الإمام مالك، الجزائر، ط 1، 2014، ص 174.

(5) النفراوي، المرجع السابق، ج 2، ص 34.

(6) الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ص 444. موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 7، ص 385.

(7) سورة البقرة، الآية 231.

(8) سورة النساء، الآية 130.

(9) سورة آل عمران، الآية 103.

(10) أحمد ذيب، المرجع السابق، ص 45.

(11) ابن حزم، المرجع السابق، ج 9، ص 437.

2- الطلاق غير الصريح (الكناية)⁽¹⁾:

هو كل طلاق تم بألفاظ غير صريحة، لم يخصصها الشرع أو العرف للطلاق، بل هي الألفاظ تستعمل للطلاق وغيره⁽²⁾، فلفظ الكناية لفظ لم يوضع مخصوصا للطلاق، بل هو محتمل لشيئين، إما وُضع لأمر متعلق بالطلاق، أو لأمر آخر بعيد عن معنى الطلاق، ومثال ذلك لفظ "خلية"، فهو لفظ يحتمل إنهاء الزوجية، ويحتمل الخلو من الخير أو الشر، فإذا نوى المعنى الأول فيقع الطلاق، وإذا نوى الثاني فلا يقع الطلاق⁽³⁾، وقد وردت ألفاظ الكنايات عند الفقهاء على اختلاف أُورد بعضها باختصار:

"أنتِ بائن، أنتِ عليّ حرام، خلية، بريئة، برية، بتة، أمركِ بيدكِ، اختاري، اعتدي، استبرئي رحمكِ، أنتِ واحدة، خلّيت سبيلكِ، حبلكِ على غاربكِ، فارقتكِ، خالعتكِ -ولم يذكر العوض-، لا سبيل لي عليكِ، لا ملك لي عليكِ، لا نكاح لي عليكِ، أنتِ حرة، قومي، اخرجي، اغربي، انطلقِي، انتقلي، تقنعي، استتري، تزوجي، ابتغي الأزواج، الحقي بأهلكِ، وأنتِ الحرج، لعل الله يسوق إليكِ خيرا"، ونحو ذلك⁽⁴⁾، بقي الخلاف في لفظي السراح كقوله سرحتكِ، ولفظ فارقتكِ فالمالكية والحنفية يعتبرانهما من الكنايات، والشافعية والحنابلة من الصريح.

أما حكم الطلاق بالكناية فقد اختلف الفقهاء في وقوعه:

- القول الأول: هو ما ذهب إليه الحنفية، والحنابلة، إلى كون الطلاق بالكنايات لا يقع إلا بالنية، أو بدلالة الحال على وقوعه، كمذاكرة الطلاق، أو حال الغضب، وفصل الحنفية في وقوع الطلاق قضاء بالكنايات، ففي حال الرضا، وعدم مذاكرة الطلاق، فلا طلاق في هذا الحال إلا بنية، أما حال عدم الرضا ومذاكرة الطلاق وطلبه من الزوجة، وقع الطلاق من دون اعتبار النية في الألفاظ "اعتدي، بتة، خلية، بائن، برية"، أما في ألفاظ "اخرجي، اذهبي، اغربي، قومي، تقنعي"، فكلها تحتاج إلى نية، أما في حال الغضب فلفظ "اعتدي" كافٍ، لوقوع الطلاق دون نية، وباقي الألفاظ تحتاج إلى نية⁽⁵⁾.

(1) الكناية هي: "ترك التصريح بذكر الشيء إلى ما يلزمه، لينتقل من المذكور إلى المتروك كما تقول فلان طويل النجاد لينتقل منه إلى ما هو ملزومه، وهو طول القامة". انظر علاء الدين البخاري، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، دار الكتاب الإسلامي، (دم، دط، دت)، ج1، ص66. وعرفت الكناية كذلك أنها: "كلام استتر المراد منه بالاستعمال، وإن كان معناه ظاهراً في اللغة، سواء كان المراد به الحقيقة أو المجاز". انظر الجرجاني، المرجع السابق، ص187.

(2) محمد عقلة الإبراهيم، المرجع السابق، ص220.

(3) الجزيري، المرجع السابق، ج4، ص286.

(4) الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص105. البهوتي، كشف القناع، المرجع السابق، ج5، ص250. الماوردي، المرجع السابق، ج11، ص423. ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج3، ص97.

(5) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج8، ص367.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

- القول الثاني: هو ما ذهب إليه المالكية، والشافعية⁽¹⁾، إلى أنه لا يعتدّ بالطلاق إذا لفظه بلفظ كنائي إلا بوجود النية، فإن صرح أنه لم تكن عنده نية الطلاق حال التلقظ سُمع قوله مع اليمين، فإن أقسم لم يقع طلاقه، وإن نكل وقع طلاقه، وزاد الشافعية في نية الكناية شمولها كل اللفظ، فلو لازمت بدايته وغابت في نهايته لم يقع الطلاق⁽²⁾.

فرّق المذهب المالكي⁽³⁾ بين الكناية الظاهرة والكناية المحتملة، وما خرج من الصريح والكناية، وتفصيل ذلك:

- الكناية الظاهرة: هي التي جرى العرف والعادة أن تستعمل للطلاق، في اللغة والشرع كلفظي الفراق والتسريح، ومثال ذلك كقوله: أنت بتّة، أو بائن أو خلية، وغيرها فهذا حكمه حكم الصريح، واختلف الفقهاء في المذهب المالكي في الكنايات الظاهرة في وقوعها عددا مع النية من عدمها⁽⁴⁾.

- الكناية المحتملة: هي ألفاظ من شأنها أن تستعمل في غير الطلاق، كقوله ابعدني، أنت حرة أو الحقي بأهلك، وانطلق وغيرها، فالطلاق في هذه الألفاظ لا يقع إلا بنية، ويصدق إن ادعى عدم الطلاق⁽⁵⁾.

- الألفاظ التي خرجت عن الصريح والكناية: وهي: "التي لا تدل على الطلاق كقوله اسقني ماء أو ما أشبه ذلك فإن أراد به الطلاق لزمه على المشهور وإن لم يرد له لم يلزمه"⁽⁶⁾.

يبقى للعرف دور في مسألة الطلاق بالكناية، فدلالة الألفاظ يرجع فيها إلى الحقيقة العرفية وما اعتاده الناس من كلام، فهناك ألفاظ ذكرها الفقهاء، ولم تعد قيد الاستعمال في عصرنا الحاضر، وقد يحتاج ذكرها إلى تفسير معناها، وقد يثير ذكرها الاستغراب عند بعض الناس⁽⁷⁾.

3- ألفاظ الطلاق في قانون الأسرة الجزائري: سكت قانون الأسرة الجزائري ولم يتطرق لمسألة الألفاظ التي يقع بها الطلاق، الأمر الذي يرجع فيه للشريعة الإسلامية بتطبيق المادة 222، كحل متاح للقاضي حال السكوت لما لم يتطرق له القانون، وكما سبق أن أشرت فالرجوع إلى المسائل الخلافية قد يولّد تضاربا في الأحكام القضائية.

- سبب سكوت قانون الأسرة عن ألفاظ الطلاق: قد يفسّر سبب سكوت القانون عن مسألة الألفاظ في الطلاق، أن الطلاق في القانون تعبير عن الإرادة حسب المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري المعدل، ما أدى به إلى تركّ الألفاظ للقواعد العامة في القانون المدني، التي تنص على أحوال التعبير

(1) الماوردي، المرجع السابق، ج 10، ص 155. النفراوي، المرجع السابق، ج 2، ص 34.

(2) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 8، ص 367.

(3) ابن جزى، المرجع السابق، ص 152.

(4) انظر ابن الحاجب، جامع الأمهات، تحقيق أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضر، اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، (د.م)، ط 2، 2000، ص 296.

(5) الصاوي، المرجع السابق، ج 2، ص 566. ابن جزى، المرجع السابق، ص 152.

(6) ابن جزى، نفس المرجع والصفحة.

(7) نصر سلمان، سعاد سطحي، فقه الطلاق في ضوء الكتاب والسنة، دار السلام، (د.م)، (د.ط)، 2009، ص 12.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

عن الإرادة⁽¹⁾، في الفقرة الأولى من المادة 60 من القانون المدني التي تنص على: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه"، والناظر لهذه المادة يجدها تدل على الجانب الصريح دون الكنائي، فغفل عن ذكر الكناية وأشار فقط للتعبير الصريح.

بالتالي كان على قانون الأسرة الجزائري تضمين الطلاق بالكناية مع استبعاد كل كناية غير متضمنة للنية، لأن الطلاق بالكنايات كثير الوقوع، والعرف الجزائري مليء بكنايات الطلاق، التي توقع الطلاق مع النية وهو ما يجهله كثير من الناس.

وجب التنبيه في هذا المقام إلى نقطة مهمة، هي أن مسألة الكنايات وإن كانت قيد الاستعمال عند الناس، لكن لا يعتد بها أمام القضاء، حسب الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 429 وما يليها، وما يلي ذلك من إجراءات الصلح المنصوص عليها في المادة 49 من قانون الأسرة، وإن فشلت مساعي الصلح يثبت الطلاق بحكم، دون أي اعتداد لصريح طلاق الزوج وكناياته، وهو أمر إن صلح قضاء فلا يصلح شرعاً، فقد يقع الطلاق كناية مع وجود النية، وتبين حينئذ الزوجة من زوجها قبل رفع الدعوى، وهنا يستحيل رجوعها إلا بعقد وصدّق جديد، فهل تصلح مراجعة الزوجة في هذه الحالة من طرف القاضي؟ وعليه أعيد مرة أخرى أنه لا مجال للشك في أن الاعتداد بطلاق الزوج خارج المحكمة عن طريق شهود أو إقرار أو تصريح، هو الوحيد الكفيل بالخروج من الإشكالات الفقهية، احتياطاً للفروج وابتعاداً عن الحرام، وسبيلاً وحيداً لمعرفة صريح الطلاق من كناياته.

في القانون المقارن -بحسب علمي- الوحيد الذي انفرد بذكر مسألة كنايات الطلاق قانون الأسرة القطري، متبعاً في ذلك المذاهب الموجبة للنية في كنايات الطلاق⁽²⁾، وهو ما نصت عليه المادة 107: "يقع الطلاق: 1- باللفظ الصريح أو الكتابة، وعند العجز عنهما، فبالإشارة المفهومة. 2- بالكناية إذا نوى الزوج إيقاع الطلاق"⁽³⁾.

ب- ما يقوم مقام اللفظ في الطلاق:

قد يقع الطلاق بما يقوم مقام اللفظ، كوقوعه كتابة أو إشارة، وهو ما سأطرق إليه كالتالي:

(1) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط5، المرجع السابق، ج1، ص250.

(2) قانون الأسرة القطري تبني وبشكل صريح ما قرره المذهب المالكي من اشتراط النية في كنايات الطلاق. انظر محمد الكشبور، المرجع السابق، ج2، ص54.

(3) قانون الأسرة القطري، المرجع السابق.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

1- الطلاق بالكتابة: اتفق الفقهاء⁽¹⁾ على أن الطلاق يقع بالكتابة إن تعذر على المطلق أن يصدره لفظاً حاضراً أو غائباً، واشترطوا أن تكون الكتابة مستبينة⁽²⁾، وزاد الحنفية أن تكون مرسومة⁽³⁾، لكنهم اختلفوا في نية الطلاق بالكتابة هل يقع بالنية أو دون نية:

القول الأول: هو ما قال به جمهور الفقهاء من حنفية، ومالكية، والشافعية⁽⁴⁾ أن الطلاق بالكتابة يقع إذا نوى وقوع الطلاق ولا يقع إن لم ينو، لأنه ككنايات الطلاق فالكتابة محتملة قد يقصد بها اختبار القلم، أو تحسين الخط، أو كزبُ الأهل، فلا يقع الطلاق من غير نية⁽⁵⁾، وزاد الشافعية أن الطلاق لا يقع بالكتابة إلا في حقِّ الغائب، لأن الحاضر يستطيع التلقظ به إلا إذا كان عاجزاً عن الكلام⁽⁶⁾.

القول الثاني: هو قول الشعبي، والنخعي، والزهري، والحكم⁽⁷⁾، والحنابلة على اختلاف⁽⁸⁾، وهو أن يقع الطلاق كتابة وإن لم ينو الرجل، لأن الكتابة تقوم مقام اللفظ، والحنابلة لا يثبت عندهم الكتاب بالطلاق إلا بشاهدين عدلين⁽⁹⁾.

الترجيح: القول الراجح ما ذهب إليه الجمهور من أن الطلاق بالكتابة المستبينة يحتاج إلى نية لأنه من الكنايات هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى تحقيق مقصد من مقاصد الشريعة، وهو المحافظة على الأسرة، فليس مجرد أن يكتب شخص كتابة ما تأخذ بمحمل الجد وتُدمر بها أسرة، وهذه الكتابة قد تكون ألفاظ كتبها يُحسِنُ بها خطّه كما قال العلماء الأجلاء.

2- الطلاق بالإشارة:

اتفق الفقهاء⁽¹⁰⁾ على أن الطلاق يقع بالإشارة للأخرس غير القادر على الكلام، بشرط أن تكون إشارته مفهّمة، أما إن كانت غير مفهومة فلا يقع الطلاق، ويقع الطلاق إن كانت هناك قرينة مع الإشارة غير المفهّمة تدل على الطلاق، وإن غابت القرينة فهو عند المالكية كناية خفية (محتملة)،

(1) ابن عابدين، المرجع السابق، ج3، ص246. الخرخشي، المرجع السابق، ج4، ص49. الماوردي، المرجع السابق، ج10، ص167.

(2) معنى أن الكتابة مستبينة واضحة أن تقرأ مكتوبة على ورق وغيره، فلا اعتبار بكتابة كتبت على وسادة أو هواء.

(3) مرسومة أي مكتوبة باسم زوجته، كأن يكتب: يا فلانة (اسمها) أنت طالق، أما إن كتبها دون توجيه الخطاب إليها (يعني دون اسمها) مثال ذلك كأن يكتب على ورقة: أنت طالق، فلا يقع الطلاق إلا بالنية، لاحتمال أن الجملة كتبها من غير تعمد الطلاق وإنما لتحسين خط يده. انظر سيد سابق، المرجع السابق، ج2، ص ص256-257.

(4) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص486.

(5) شمس الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج22، ص233.

(6) الشيرازي، المرجع السابق، ج3، ص13.

(7) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص486.

(8) مبروك المصري، المرجع السابق، ص119.

(9) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص488.

(10) الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص100. ابن جزى، المرجع السابق، ص153. الشيرازي، المرجع السابق، ج3، ص13. موفق الدين بن قدامة،

المرجع السابق، ج7، ص79.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

تحتاج إلى نية حتى لو كان المطلّق غير أخرس⁽¹⁾، وبالرغم من اتفاق الفقهاء في وقوع الطلاق بالإشارة للأخرس، إلا أنهم اختلفوا في وقوعه بالإشارة عند الأخرس الذي يعرف الكتابة إلى قولين: القول الأول: هو لجمهور الفقهاء⁽²⁾ من حنفية، ومالكية، وشافعية، وحنابلة، إلى أن طلاق الأخرس يقع بالإشارة إن كان يعرف الكتابة.

القول الثاني: هو ما قال به بعض الحنفية من أن طلاق الأخرس بالإشارة مع معرفته الكتابة لا يقع، فالكتابة أولى من الإشارة في البيان، يقول صاحب المبسوط: "وإذا طلق الأخرس امرأته في كتاب، وهو يكتب جاز عليه من ذلك ما يجوز على الصحيح في كتابه؛ لأن الأخرس عاجز عن الكلام، وهو قادر على الكتاب فهو والصحيح في الكتاب سواء"⁽³⁾.

الترجيح: القول الراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لكون الإشارة تقوم مقام اللفظ والكتابة عند الأخرس شرط أن تكون مفهومة، ولإن كانت الكتابة أوضح وبمعرفته لها قد يسهّل الأمر لتبَيُّن وقوع الطلاق من عدمه، لكن احتياطا للفروج فبالإشارة يقع طلاقه سواء يعرف الكتابة أو لا.

3- موقف قانون الأسرة الجزائري من الطلاق بما يقوم مقام اللفظ:

سكت قانون الأسرة الجزائري عن مسألة الطلاق باللفظ كما سبق وأشرت، فمن البديهي أن يسكت عما يقوم مقامه من طلاق بالكتابة أو الإشارة، ونفس الكلام والتعليق الذي ذكر سلفا في الطلاق باللفظ.

- سبب سكوت قانون الأسرة عما يقوم مقام اللفظ: على ما يبدو فإن سبب سكوته عن الطلاق بالإشارة هو تركه مسائل التعبير عن الإرادة للقواعد العامة، لكن هذا الترك قد يضر بمسائل الطلاق ذات الخصوصية، فهي تحتاج دائما إلى تفصيل لمسائلها بجانب مهم من حياة الفرد وأسرته، خاصة أن الصيغة لها أهمية كبيرة في إيقاع الطلاق، وبالتالي كان على المشرع تضمين مسائل الصيغة في شروط الطلاق، وصيغ الطلاق كما فعلت عدة قوانين أسرية للبلاد العربية، وكمثال على ذلك ما جاء في مدونة الأسرة المغربية حيث نصت المادة 73 منها على: "يقع التعبير عن الطلاق باللفظ المفهم له وبالكتابة، ويقع من العاجز عنهما بإشارته الدالة على قصده"⁽⁴⁾، وكذلك ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 107 من قانون الأسرة القطري حيث نصت: "يقع الطلاق: 1- باللفظ الصريح أو الكتابة، وعند العجز عنهما، فبالإشارة المفهومة"⁽⁵⁾.

(1) الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص384.

(2) بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، المرجع السابق، ج5، ص302. عليش، المرجع السابق، ج4، ص90، النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج8، ص39. موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص486.

(3) الدررخسي، المرجع السابق، ج5، ص62.

(4) مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

(5) قانون الأسرة القطري، المرجع السابق.

المبحث الثاني: المسكوت عنه في التطليق والخلع

الأصل في من يوقع الطلاق هو الزوج بإرادته المنفردة، لكن قد تقع المرأة في ضيق وحرَج بسبب الضرر الحاصل عليها من زوجها فلا تجد طريقاً أو وسيلة للتخلص منه، ولتجنب مثل هذا الحال جعلت الشريعة الإسلامية للزوجة المتضررة مخرجاً، بحيث يمكنها من خلاله اللجوء للقضاء طلباً للفرقة من الزوج النافرة منه، نتاج ضرر أصابها قد يؤدي إلى عواقب وخيمة لا تحمد عقباها، وهذه الفرقة تكون بطريقتين إما بالتطليق أو ما يسمى في الفقه الإسلامي بالتفريق القضائي، أو بالخلع مقابل دفعها مالا للزوج يسمى بدل الخلع دفعا للضرر الذي أصابها، وكل الحلول سابقة الذكر تبين مدى سماحة الشريعة الإسلامية وعدالتها، في إعطاء حقوق المرأة حتى في إنهاء العلاقة الزوجية رغم أنها من أبغض الحلال عند الله، إلا أن الضرورة والتطلب يجعل من التطليق والخلع حلاً لا سبيل لغيره، وكل من التطليق والخلع يعتبران فرقة لا تتم إلا عن طريق حكم القاضي بعد رفع الدعوى، فهما طريقتان يمثلان مخرجاً للمرأة في إنهاء الزواج، يقابله حق الزوج في إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة.

عليه سأتطرق في هذا المبحث إلى نوعي الفرقة، التي تكون بطلب من الزوجة وهما التطليق والخلع على التوالي في مطلبين، مع التعرض لبعض المسائل فيهما والتي سكت القانون عنها.

المطلب الأول: المسائل المسكوت عنها في التطليق

التطليق أو التفريق القضائي كما يسميه الفقهاء هو طلب الزوجة التفريق لسبب من الأسباب، بحيث يصبح من المستحيل مواصلة الحياة الزوجية وتحقق أهدافها، وقد وضعت الشريعة الإسلامية أسباباً تتمكن خلالها الزوجة من طلب التفريق نتيجة لتضررها، وقد سار على نهجها قانون الأسرة الجزائري، لكنه عند تعاطيه مع مسائل التطليق سكت عن الكثير منها، ما يستدعي البحث فيها والتطرق لبعضها، ولتوضيح ذلك سأعرض في هذا المطلب إلى مفهوم التطليق في اللغة والاصطلاح والقانون في فرع أول، ثم إلى التكييف الشرعي والقانوني للتطليق في فرع ثان، بعدها أتعرض للمسائل المسكوت عنها في التطليق في فرع ثالث، الذي وقع الاختيار فيه على مسألة واحدة من مسائل التطليق ألا وهي التطليق للشقاق، لما في ذلك من مسائل تفصيلية مسكوت عنها، أما مشروعية التطليق فأساسه الطلاق الذي تطرقت لمشروعيته من خلال هذا البحث.

الفرع الأول: مفهوم التطليق

لتبيان مفهوم التطليق وجب التطرق لتعريفه في اللغة، وفي اصطلاح الفقهاء، وفي قانون الأسرة الجزائري.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

أولاً- التطلاق في اللغة: التطلاق من فعل طَلَّقَ يَطْلُقُ تَطْلِيقًا⁽¹⁾، طَلَّقَ الرجل امرأته تطليقا فهو مَطْلُوقٌ⁽²⁾، والتطلاق هو: "مصدر طَلَّقَ المشدد، كسَلَّمَ تسليمًا، وكَلَّمَ تكليمًا، وهو يستعمل كالطلاق في حل القيد، سواء كان حسيًا، أو معنويًا"⁽³⁾، وبالتالي في اللغة لا يختلف التطلاق عن الطلاق فلا تختص به الزوجة دون الزوج أي أن لهما نفس المصدر ويوقعهما الزوج.

ثانيا- التطلاق في الاصطلاح: التطلاق هو الطلاق الذي تطلبه المرأة عن طريق القاضي لضرر أصابها من الزوج، والذي يسميه الفقهاء بـ "التفريق القضائي"، وعُرِّفَ على أنه: "حل القاضي أو من يقوم مقامه عقدة النكاح حالاً أو مآلاً لسبب يقتضي الحل أو تقرير ثبوت انحلالها"⁽⁴⁾.

التطلاق هو التسمية التي اعتمدها المشرع الجزائري في قانون الأسرة، للفرقة بينه وبين الطلاق الذي يوقعه الزوج بالإرادة المنفردة، أما الخُلْعُ فهو فراقٌ باتفاق على بدلٍ تدفعه الزوجة للزوج مقابل مخالعتها، بخلاف التطلاق الذي يوقعه القاضي بطلب من الزوجة لسبب من الأسباب⁽⁵⁾.

عرّف الأستاذ بن معجوز التطلاق بأنه: "هو حكم القاضي بإنهاء الرابطة الزوجية بين زوجين، ولو بغير رضا الزوج، وذلك إذا رفعت الزوجة دعوى بطلب الطلاق واستندت إلى سبب من الأسباب"⁽⁶⁾، وعليه فالمراد بالتطلاق التفريق بين الزوجين عن طريق القاضي، لأن الأصل في الطلاق يكون بيد الزوج وحده، لكن في حال تحوّل الحياة الزوجية إلى شقاق وكرهية، أو عند انتفاء الأهداف التي من أجلها شُرِعَ الزواج مع رفض الزوج طلاق الزوجة مسبباً لها ضرراً، حينئذ يصبح للزوجة الحق في طلب التطلاق، فيفترق القاضي بينها وبين زوجها بشرط توافر أسباب موجبة للتطلاق وبعد فشل محاولات الصلح⁽⁷⁾.

فالتطلاق إذن هو إبداء رغبة الزوجة في إنهاء عقد الزواج عن طريق القضاء، على اعتبار أنها لا تملك حق الطلاق، شريطة توافر سبب من الأسباب الموجبة للتطلاق المنصوص عليها شرعاً وقانوناً. ثالثاً- التطلاق في قانون الأسرة الجزائري: وهو ما أطلق عليه القانون اسم "الطلاق بطلب من الزوجة" بنص المواد 48 و53 و54 من قانون الأسرة الجزائري، ولا يقوم إلا على شروط لا بد من توفرها، منها:

(1) زين الدين الرازي، المرجع السابق، ص192.

(2) الفيومي، المرجع السابق، ج1، ص173.

(3) الجزيري، المرجع السابق، ج2، ص376.

(4) أشرف يعي العمري، نظرية التفريق القضائي بين الزوجين، أطروحة تدرج ضمن متطلبات نيل شهادة الدكتوراه، تخصص فقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005، ص13.

(5) سميرة معاشي، "أحكام التطلاق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري"، مجلة المنتدى القانوني، ع6، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أبريل 2009، ص202.

(6) محمد بن معجوز، المرجع السابق، ج1، ص204.

(7) عبد العزيز رمضان سمك، المرجع السابق، ص224.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

- لا بد أن يتم في المحكمة وأمام القاضي بعد تعذر الصلح بين الزوجين، ويسمى حينها الطلاق بطلب من الزوجة، ويوقعه القاضي دون رضا الزوج، طالما الزوجة متضررة من بقاء الزوجية⁽¹⁾.

- لا بد من تحقق الأسباب الموجبة للتطبيق الواردة في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، وتطلبه الزوجة لأنه حق محصور ومقيّد لها⁽²⁾.

للقاضي في مسائل التطبيق السلطة التقديرية الكاملة في النزاع المطروح أمامه، فينظر في السبب الموجب للتطبيق، ويتحقق من وجود الضرر الواقع على الزوجة من الزوج، وله أن يستعين بوسائل أخرى كالشهود والخبرة والظروف المحيطة بالنزاع، ثم يحكم بما يراه مناسبا إما الإصلاح والرجوع أو الحكم بالفرقة عند عدم التوصل إلى صلح مع استحالة استمرارية الحياة الزوجية، وأسباب التطبيق في قانون الأسرة الجزائري جاءت على سبيل الحصر في المادة 53 والتي تنص على: "يجوز للزوجة أن تطلب التطبيق للأسباب الآتية:

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 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 بدون عذر ولا نفقة،

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه،

7- ارتكاب فاحشة مبينة،

8- الشقاق المستمر بين الزوجين،

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج،

10- كل ضرر معتبر شرعا".

وجب التنويه أن المادة 53 قبل تعديل قانون الأسرة 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984، حوّث سبع (07) فقرات فقط تتضمنها سبع أسباب، لكن بعد التعديل أضاف المشرع ثلاث فقرات على التوالي، الفقرة السادسة ووضعت لمخالفة أحكام المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري والخاصة بالتعدد، والفقرة الثامنة والمتضمنة الشقاق المستمر بين الزوجين، والفقرة التاسعة والمتضمنة

(1) سعد فضيل، المرجع السابق، ص 270-271. سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 154.

(2) سميرة معاشي، المرجع السابق، ص 202.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، أما الفقرة العاشرة فخصّصت لكل ضرر معتبر شرعا، وقد كانت قبل التعديل في الفقرة السادسة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: التكييف الشرعي والقانوني للتطليق (التفريق القضائي)

أ- التكييف الشرعي للتطليق:

التفريق القضائي هو: "قد يكون طلاقاً؛ وهو عند التفريق بسبب عدم الإنفاق أو الإيلاء أو للعلل أو للشقاق بين الزوجين أو للغيبة أو للحبس أو للتعسف، وقد يكون فسخاً للعقد من أصله كما هو حال التفريق في العقد الفاسد، كالتفريق بسبب الردة وإسلام أحد الزوجين، والتفريق بسبب الإعسار عند الشافعية والحنابلة"⁽²⁾.

رغم اختلاف الفقهاء القدامى حول طبيعة التفريق القضائي في أنه طلاق (رجعي أو بائن) أو فسخ⁽³⁾، إلا أنه يوجد من الفقهاء المحدثين من وحد طبيعة الفرقة في التفريق القضائي، فحسبهم هي ليست طلاقاً تارة وفسخاً تارة أخرى، إنما تقع كلها فسخاً حتى لا تُنقص من عدد طلاقات الزوج، وهو رأي كما يرويه فيه تحقيق لمصلحة الزوجين وأبعد عن الاضطراب، لأن هناك فرقة (جمع فرقة) جعلها القانون طلاقاً إلا أنها في الفقه تعتبر فسخاً وهي: التفريق للعيوب، ولعدم الإنفاق، والتفريق للغيبة أو الضرر، ويضاف لها التطليق للردّة عن الإسلام واللعان⁽⁴⁾.

ب- التكييف القانوني للتطليق:

الملاحظ للمواد المنظمة للتطليق في قانون الأسرة الجزائري، يجد أنها لم تتعرض لطبيعة الفرقة في التطليق، هل هي طلاق بائن أو رجعي أو فسخ؟ ويبدو هذا نقص يعتري القانون، لأن طبيعة الفرقة بالتطليق وإن لم يوردها القانون لها اعتبار في الشرع، واستنتاجاً؛ مادام التطليق لا يقع إلا قضاء ولا يثبت إلا بحكم قضائي (المادة 49) فهو حينئذ طلاق بائن وجوباً، باستثناء المراجعة خلال جلسات الصلح فهي لا تحتاج إلى عقد جديد (المادة 50)، وبالتالي على المشرع ذكر طبيعة الفرقة في التعديلات القادمة.

(1) نسرين شريقي، كمال بوفوروة، قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، ط1، 2013، ص85.

(2) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج8، ص487. واختلاف الفقهاء كان حول اعتبار الفرقة دون الزوج، هل تعتبر طلاقاً أو فسخاً، وسأبين ذلك مُسقطاً الأمثلة فقط على التفريق القضائي المعتبر قانوناً: فَالْحَنْفِيَّةُ يعتبرون التفريق القضائي طلاقاً إن كان بسبب عيب من العيوب منها: الجب، والعنة، والتفريق بالإيلاء واللعان، وما خرج عما ذكر يعتبر فسخاً، أما المالكية فيعتبر التفريق طلاقاً: فسخ الحاكم بالغيب طلاق بائن، الفرقة بسبب الإعسار طلاق رجعي، الفرقة بسبب العيب طلاق بائن، والإيلاء طلاق رجعي، أما الفرق باللعان والرضاع فهي فسخ، وعند الشافعية: فتعتبر طلاقاً: فرقة الإيلاء، وفرقة الحكمين، أما الفرقة بسبب الردة واللعان والرضاع فتعتبر فسخ، وعند الحنابلة فتعتبر فسخاً كل فرقة بسبب ردة أحد الزوجين، والفرقة لعيب من العيوب، والفرقة بسبب الإعسار، وفرقة الإيلاء واللعان، وفيما عداها طلاق. للمزيد انظر نور الدين أبو لحية، أحكام الطلاق والفسخ وآثارهما، دار الأنوار للنشر والتوزيع، (د.م)، ط2، 2015، ص29 وما يليها.

(3) راجع في أول هذا الفصل الفرق بين الطلاق والفسخ.

(4) علي حسب الله، الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة ونسب، دار الفكر العربي، مصر، ط1، 1968، ص119. مبروك المصري، المرجع السابق، ص59.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج و آثاره

جاء في بعض القوانين المقارنة أن الطلاق الواقع عن طريق القضاء يكون فسخا، حيث نصت الفقرة 03 من المادة 101 من قانون الأسرة القطري على: "تقع الفرقة بين الزوجين: ...-3- بحكم القضاء، وتسمى فسخا"⁽¹⁾.

الفرع الثالث: المسكوت عنه في التطليق

تضمنت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري عشرة أسباب تخوّل للزوجة طلب التطليق، وهذه الأسباب وإن كانت في مجملها قد قرّرها الفقه الإسلامي، إلا أنها احتوت أسبابا أخرى لم ترد في كتب الفقهاء، ولكن أوردتها قوانين الأحوال الشخصية المقارنة من بينها التطليق بسبب الإخلال بالشروط المقترنة بعقد الزواج، كذلك التطليق للشقاق، وأيضا التطليق لمخالفة أحكام وشروط التعدّد، وعليه بالنظر لمُجمل الأسباب الموجبة للتطليق التي توسّع الفقه الإسلامي في أحكامها، وصعّب على القوانين احتواء جزئياتها مع الخلاف الفقهي الواقع فيها، واعتماد قانون الأسرة الجزائري الانفتاح على كافة المذاهب الفقهية، ارتأيت أن أتطرق لسبب واحد من أسباب التطليق، مُستعرضا فيه ما سكت عنه قانون الأسرة مع تبيان دور قضاء المحكمة العليا في الاستكمال والمعالجة، وهذا السبب هو التطليق للشقاق المستمرّ بين الزوجين المذكور في الفقرة الثامنة من المادة 53، وهو سبب نتج عن التعديل الأخير لقانون الأسرة سنة 2005، والهدف من اختياري لهذا السبب هو أن الفقهاء لم يتطرقوا له كسبب مباشر من أسباب التطليق، وقد تطرقت له جُلّ قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية جاعلة منه سببا من أسباب التطليق، فهناك من القوانين من خصصت للتطليق للشقاق بابا مستقلا كمدونة الأسرة المغربية، مبيّنة فيه أحكامه وشروطه، إضافة إلى ذلك جعلت القوانين سالفه الذكر التطليق للضرر والشقاق حقا للزوجين دون الزوجة وحدها، وهو مالم يتّبعه قانون الأسرة الجزائري جاعلا من التطليق للشقاق حقا أصيلا للزوجة فقط، كما يعتبر التطليق للشقاق في قانون الأسرة الجزائري من مخرجات الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، حيث ورد ذكره في أحد القرارات⁽²⁾ قبل أن يُعتمد كسبب من الأسباب الموجبة للتطليق في قانون الأسرة الجزائري بعد تعديله.

عليه وللبحث في المسكوت عنه في التطليق للشقاق بين الزوجين، وجب تبيان مفهوم الشقاق ومظاهره، والحكمة من تشريعه، ثم علاجه، بعدها أُنعرّض لما سكت عنه قانون الأسرة الجزائري في التطليق للشقاق، وأخيرا التعرّض لما ورد بشأنه في قضاء المحكمة العليا.

أولا- مفهوم التطليق للشقاق: لاستعراض مفهوم التطليق للشقاق يجب تعريف لفظي "تطليق" (سبق تعريفه)، ثم "الشقاق" في اللغة، والاصطلاح، والقانون.

(1) قانون الأسرة القطري، المرجع السابق.

(2) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 139353، 1996/09/24، م ق، 1997، ع 2، ص 96.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

أ- تعريف الشقاق: أتعرض في هذا البند إلى التعريف اللغوي، والاصطلاحي، والقانوني للشقاق كالتالي:

1- الشقاق في اللغة: الشقاق في اللغة مصدر من شقق، فالشِقُّ قد يعني الجهة والناحية كقول أحدهم أنهم في موضع حرج ضيق كالشِقِّ في الجبل، وقد يعني النصف "الشِقُّ" لقوله ﷺ: "اتقوا النار ولو بشِقِّ تمر" (1)، وقد يعني الشَّقُّ: الصدع في الحائط ويقصد به الخلاف والمنازعة (2).

يعرّف الشقاق كذلك: "بكسر الشين مصدره شاقة مشاقة وشقاقا، وهو الخلاف والعداوة، والحقيقة من اللفظ أن يأتي كل منهما ما يشق على صاحبه، فيكون كل منهما في شق أي جانب غير الجانب الآخر، فيقال مثلا فلان شق عصا الطاعة: أي عصا وفارق الجماعة" (3).

بالتالي فالشقاق في اللغة حسب موضوعنا هو الخلاف بين الزوجين بحيث يَنْتُجُ عنه العداوة، والتباعد والخلاف الشديد بينهما.

2- الشقاق في الاصطلاح: لم أجد -حسب اطلاعي- للفقهاء القدامى تعريفا للشقاق، لكن ما أستنتج من تعاريف قريبة كان من تفسير آيات الشقاق، فقد جاء في معاني القرآن وإعرابه: "والشقاق العداوة، واشتقاقه من -المتشاقين- كل صنف منهن في شق، أي في ناحية" (4)، وجاء في تفسير المنار: "والشقاق هو الخلاف الذي يكون به كل من المختلفين في شق أي في جانب" (5)، أما عند الفقهاء المعاصرين فقد عرفه الأستاذ وهبة الزحيلي على أنه: "النزاع الشديد بسبب الطعن في الكرامة" (6)، وعُرّف كذلك: "هو النزاع بين الزوجين، سواء أكان بسبب من أحد الزوجين، أو بسببهما معا، أو بسبب أمر خارج عنهما" (7).

عليه يمكن تعريف الشقاق أنه كل نزاع يُفضي إلى الخلاف الشديد بين الزوجين، الأمر الذي يجعل الحياة الزوجية بينهما مُنشقة، فاقدة على إثره مظاهر الود والرحمة والطمأنينة، ممّا يحول دون تحقيق أهداف الزواج واستمراريته.

3- الشقاق في قانون الأسرة الجزائري: لم يعرف قانون الأسرة الجزائري لفظ الشقاق، ولم يعط أصلا تعريفا للتطبيق للشقاق المنصوص عليه، وكان للتطبيق القضائي (8) دور في تعريف التطبيق

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الزكاة، باب اتقوا النار ولو بشق تمره والقليل من الصدقة، حديث رقم 1417، ج2، ص109.

(2) زين الدين الرازي، المرجع السابق، ص167. ابن منظور، المرجع السابق، ج10، ص183.

(3) محمد رواس قلعي، حامد صادق قنبي، المرجع السابق، ص265.

(4) إبراهيم الزجاج، معاني القرآن وإعرابه، تحقيق عبد الجليل عبده شلي، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط1، 1988، ج2، ص48.

(5) محمد رشيد رضا، المرجع السابق، ج5، ص64.

(6) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج8، ص503.

(7) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، المرجع السابق، ج29، ص53.

(8) انظر قرار المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 36414، 1985/05/20، م ق، 1990، ع 2، ص 58. المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم

139353، 1996/09/24، مذكور سابقا. المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 624622، 2011/07/14، م م ع، 2012، ع 2، ص 227.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

للشقاق حيث عرّفه على أنه: مجموعة الإجراءات التي تقوم بها المحكمة في حال استحالة استمرارية العلاقة الزوجية وتصدّعها نتيجة الخلاف العميق والمستمر بين الزوجين، تطبيقاً لنص المادتين 53 فقرة 8 و56 من قانون الأسرة الجزائري، والذي يتوّج إما بمواصلة الحياة الزوجية بعد صلحٍ أو انهائها.

ثانياً- أسباب ومظاهر الشقاق:

إن من أهداف الشريعة الإسلامية هو ترسيخ المحبة والودّ والرحمة بين الزوجين من أجل بناء أسرة ثابتة مستقرّة، والحدّ من المبالغة في النزاع الذي قد يثور بينهما، الذي قد يتطور ليصبح شقاقاً مستمراً، بيد أن الخلاف اليسير بين الزوجين، لا يمكن أن يصنّف شقاق يصلُّ بالزوجين لأروقة المحاكم، لكن الشقاق الموجب للصلح هو الشقاق المفضي إلى النزاع الشديد المتواصل الذي بيّنته الآية الكريمة في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾⁽¹⁾، ومعنى الشقاق في الآية الكريمة الخلاف بين الزوجين، وسُمِّي هذا الخلاف شقاقاً لأن المخالف يفعل ما يشقُّ على صاحبه⁽²⁾، ولأن الاختلاف والتنافر بين الزوجين عادة ما يكون لأسباب لا يمكن الكشف عنها أو ذكرها تحرجاً منها، لذلك وضعت الشريعة الإسلامية حلولاً لرأب الصدع بين الزوجين والكشف عن أسباب الخلاف والشقاق، فإذا لحق الزوجة ضررٌ من الزوج جاز لها رفع أمرها للقاضي، فإن ثبت الضرر طلقها منه مباشرة، وإن لم يثبت له الضرر جاز للقاضي انتداب حكّمين، حكمٌ من أهل الزوج، وآخر من أهل الزوجة، للنظر والبحث والتمحيص في أسباب وتدايعات الخلاف بين الزوجين، ويقررا إما جمعا أو تفريقا، وحتى يتّضح للحكّمين الشقاق وجب أن يكونا على علم بمظاهره وأسبابه لتمييزه عن باقي الخلافات الأخرى، ومن مظاهر الشقاق -بعضها مُستنج من التطبيقات القضائية-:

1- طول أمد النزاع بين الزوجين واستمراريته، ولحوق ضررٍ بيّن من ذلك للزوجة، ولا يعتد بالخلافات البسيطة اليومية بين الزوجين.

2- أن يكون الشقاق كبيراً مفضياً لنزاعات شديدة يُصعب حلها، ولا يمكن تحمّله لشدته⁽³⁾.

3- يجب أن يكون الشقاق قائماً دائماً، فما إن يهدأ إشكالٌ إلا ويثور آخر⁽⁴⁾.

4- تکرّر الشكوى من الزوجة، دون تبيان للضرر والعجز عن اثباته⁽⁵⁾.

(1) سورة النساء، الآية 35.

(2) محمد سيد طنطاوي، التفسير الوسيط للقرآن الكريم، دار نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، الفجالة، القاهرة، مصر، ط1، 1997، ج3، ص141.

(3) إبراهيم ندخوشي، التطبيق للشقاق والضرر بين الفقه المالكي ومدونة الأسرة المغربية، بحث تكميلي يندرج ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في القضاء، كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، ماليزيا، 2012، ص13.

(4) إبراهيم ندخوشي، نفس المرجع والصفحة.

(5) محمد بن معجوز، المرجع السابق، ج1، ص223.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

هذا على سبيل المثال، ويحتمل أن تكون كثير من المظاهر لا يمكن حصرها لتعدد الظروف والصورف، ويبقى الاشكال في صعوبة إثبات بعض مظاهر الشقاق، خاصة إن كانت معنوية غير ظاهرة متعلقة بشيء داخلي كالنفور والكرهية.

في هذا المقام يقول صاحب الشرح الكبير: "ولها أي للزوجة التطلق على الزوج بالضرر وهو ما لا يجوز شرعا كهجرها بلا موجب شرعي وضررها كذلك وسبها وسب أبيها، نحو يا بنت الكلب يا بنت الكافر يا بنت الملعون كما يقع كثيرا من رعا ع الناس ويؤدب على ذلك زيادة على التطلق كما هو ظاهر وكوطئها في دبرها لا بمنعها من حمام وفرجة وتأديبها على ترك صلاة أو تسر أو تزوج عليها ومتى شهدت بينة بأصل الضرر فلها اختيار الفراق ولو لم تشهد البينة بتكرره أي الضرر أي ولها اختيار البقاء معه ويزجره الحاكم ولو سفهية أو صغيرة ولا كلام لولها في ذلك فقولها أنفا وبتعديده زجره الحاكم فيما إذا اختارت البقاء معه ويجري هنا هل يطلق الحاكم أو يأمرها به ثم يحكم قولان وعليهما أي الحكمين وجوبا الإصلاح بين الزوجين بكل وجه أمكن"⁽¹⁾.

ثالثا- الحكمة من تشريع التطلق للشقاق: إذا كان هناك صراع وانقسام دائم بين الزوجين، فلن تتحقق السعادة أبدا خاصة بين طرفين متنافرين في الطباع، يحاول كل واحد منهما شجب الآخر، وما وُضع الصلح بين الزوجين إلا لهدف واحد وهو ارجاع الحياة الزوجية إلى السكة الصحيحة قوامها التفاهم والتوافق، فإن لم يؤتي الصلح أكله فلا حل حينئذ إلا التفريق بين الزوجين، تلافيا لحدوث ما هو أكبر من ذلك من جرائم بينهما قد يهلك على إثرها أحدهما دون الآخر⁽²⁾.

رابعا- علاج الشقاق:

من المعلوم أن المذهب المالكي⁽³⁾، هو المذهب الوحيد الذي أقرّ التفريق بين الزوجين للضرر، متى تضررت الزوجة من الزوج دون أن يسميه شقاقا مستمرا فتشكوه للقاضي، وذلك دفعا للضرر الواقع على الزوجة نتيجة تحول حياتها مع زوجها إلى عذاب⁽⁴⁾، وهو ما اتبعته جل قوانين الأحوال الشخصية، في حين لم يجز جمهور الفقهاء من حنفية، وشافعية، وحنابلة التفريق للضرر مهما كان شديدا، وعلى الزوجة حسبهم رفع أمرها للقاضي فيزجر الزوج ويؤدبه حتى يمتنع ويرجع عن الإضرار بها⁽⁵⁾، والقوانين حال معالجتها لمسائل التطلق للضرر، أطلقت عليه تسمية التطلق للشقاق حال استمرار الخلاف الشديد بين الزوجين.

(1) الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص345.

(2) عبد الله عبد المنعم العسيلي، المرجع السابق، ص296.

(3) الخرشي، المرجع السابق، ج4، ص7.

(4) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج8، ص503.

(5) وهبة الزحيلي، نفس المرجع والصفحة.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

من حكم الشريعة الغراء عند تفاقم الخلافات بين الزوجين، نتيجة تصرفات مشينة من الزوجة، كأن يرى الزوج منها خلقاً مُنقراً، أو ناكرة للمعروف غير آبهة بنصحه وتوجيهه، أو من الزوج، كأن ترى الزوجة تصرفات غير لائقة، كنفوره منها ورفضه الكلام معها دون سبب يذكر، وعدم رضاه عن كل تصرف صادرٍ منها، فيقع عندئذ الصدام الذي ينسدّ معه كل طريق للحوار، وتزداد الهوة اتساعاً بينهما ليصل الأمر حد الفرقة، وأمام هذا الحال غير الطبيعي المسمى فقهاً بالخلاف الشديد نتيجة النشوز وقانوننا بالشقاق المستمر بين الزوجين، وحين استحكام الخلاف مع عدم ثبوت الضرر والتباس الأمر على القاضي، وضعت الشريعة الإسلامية سُبلاً لرأب الصدع وعلاجاً رسّخه القرآن متمثلاً في حل توافقي بين الزوجين، عن طريق ما يسمى فقهاً بالتحكيم⁽¹⁾ أي إرسال حكمين، حكماً من جهة الزوج وآخر من جهة الزوجة، عملاً بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾⁽²⁾، ولدراسة التحكيم كعلاج للشقاق الواقع بين الزوجين، وجب التعرّض إلى الشروط الواجب توفرها في الحكمين، ثم لمن وُجّه الخطاب في الآية ببعث الحكمين وفيما تتمثل مهمتهما؟ وهو ما سأعرّض له كالتالي:

أ- شروط الحكمين:

الحكمان هما طرفان يعينهما القاضي حال اشتداد النزاع بين الزوجين، وفق شروط وجب أن تتوفر فيهما للسعي في حل النزاع بين الطرفين، وقد اشترط الفقهاء شروطاً في الحكمين، حتى يكونا صالحين لأداء مهمة الإصلاح، والجمع، أو التفريق بين الزوجين، فاتفق الفقهاء في شروط واختلّفوا في أخرى، أوجزها فيما يلي:

- 1- الإسلام: وقد اشترط الفقهاء⁽³⁾ أن يكون الحكمين مسلمين ولم يخالفهم في ذلك أحد، مصداقاً في قوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾⁽⁴⁾.
- 2- الأهلية: وهي العقل والبلوغ، فلا يقبل تحكيم الصبي والمجنون⁽⁵⁾.

(1) التحكيم في اللغة: ومصدره حكم، فيقال حكّم بالأمر أي قضى، وحكّمه في الأمر أي جعله حكماً. مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ج 1، ص 190. أما في الاصطلاح: هو "تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما". وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، المرجع السابق، ج 20، ص 271.

(2) سورة النساء، الآية 35.

(3) ابن همام، فتح القدير على الهداية، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط 1، 1970، ج 7، ص 316. أبو الوليد الباجي، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، مصر، ط 1، 1332، ج 4، ص 113. النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج 7، ص 371. موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 7، ص 321.

(4) سورة النساء، الآية 141.

(5) المرغيناني، المرجع السابق، ج 3، ص 108. الخرشبي، المرجع السابق، ج 4، ص 8. النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج 7، ص 371. موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 7، ص 321.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

- 3- العدالة: فالعدالة في الحكم تستوجب منه أن يكون مجتنباً لكبائر الذنوب، مبتعداً عن صغائرها، غير فاعل بكل ما يخل بالمروءة، متمسماً بالأمانة⁽¹⁾.
- 4- العلم بأحكام الجمع والتفريق: يشترط كذلك في الحكمان تصرفهما في التحكيم بكل السبل التي يريانها مفيدة في الجمع أو التفريق، فعلمهما بالأحكام الشرعية له اعتبار⁽²⁾.
- 5- الذكورة: هي أن يكون الحكم ذكراً، وقد اختلف الفقهاء في هذا الشرط على قولين: القول الأول: وهو للمالكية⁽³⁾، والحنابلة⁽⁴⁾، وقول عند الشافعية⁽⁵⁾، حيث اشترطوا الذكورة في الحكمين، يقول الإمام الصاوي المالكي: "لأن الحكم حاكم وإمام مقتدى به، ولا يصح الحكم من النساء ولا الاقتداء بهن لنقصهن في العقل والدين"⁽⁶⁾.
- القول الثاني: عدم اشتراط الذكورة، فيمكن أن يكون الحكمين من النساء، وهو ما قال به الحنفية⁽⁷⁾، والشافعية في قول آخر⁽⁸⁾، يقول صاحب العناية: "فلو حكّم امرأة فيما يثبت بالشهادات جاز؛ لأنها من أهل الشهادة فيها"⁽⁹⁾.
- 6- قرابة الحكمان:

اختلف الفقهاء في مسألة انتداب الحكمين في أن يكونا من أهلي الزوجين، بين الوجوب والاباحة، فالمالكية⁽¹⁰⁾ يرون أن الحكمين يجب أن يكونا من أهلي الطرفين، وذلك لاطلاعهما على حال الزوجين أكثر من الأجانب حكماً بظاهر الآية، وإن لم يكونا من الأهل جاز أن يكونا من جيرانهما، لأن الجيران يعلمون المزيد بحال الزوجين، فإن لم يكن من الجيران جاز أن يكون من غيرهم، والحكمة من تخصيص الأهل، كون كل واحد من الزوجين يُخلص للحكم ما لا يخلص به للأجنبي⁽¹¹⁾، ولأن الأقربون أعلم بالرواية، وأعرف بتفاصيلها، وأقرب إلى إصلاحها، فكانوا أولى من الأجانب⁽¹²⁾.

(1) البابرّي، المرجع السابق، ج7، ص316. الزرقاني، المرجع السابق، ج4، ص108. الشيرازي، المرجع السابق، ج2، ص488. موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص321.

(2) عليش، المرجع السابق، ج3، ص549. موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص321. نور الدين أبو لحية، العلاج الشرعي للخلافات الزوجية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، ط1، (د.ت)، ص61.

(3) عليش، المرجع السابق، ج3، ص549.

(4) الرحيباني، المرجع السابق، ج5، ص49.

(5) الشيرازي، المرجع السابق، ج2، ص488.

(6) الصاوي، المرجع السابق، ج1، ص439.

(7) البابرّي، المرجع السابق، ج7، ص316.

(8) الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج4، ص429.

(9) البابرّي، المرجع السابق، ج7، ص316.

(10) الخرشي، المرجع السابق، ج4، ص8.

(11) أبو الحسن اللخمي، التبصرة، تحقيق أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط1، 2011، ج6، ص2589.

(12) القاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، (د.ط، د.ت)، ص876.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج و آثاره

أما الجمهور⁽¹⁾ فذهبوا إلى عدم اشتراط وجوب أن يكون الحكمين من أهل الزوجين، فالأولى أن يكونا من الأهل، وإلا فالقاضي ينتدب غيرهما.

يبقى أنه للزوجين الخيرة في الاتفاق على حكمين، لكن اتفاهما قد يُضْعَفُ بعض شروط الحكمين من جهة، كاختيار أحدهما امرأة أو غير فقيه في أحوال التحكيم، ومن جهة أخرى قد يفيد؛ لأن ثقة الزوجين في الحكمين له دور كبير في جمع المختلف فيه، وتقريب وجهات النظر المتباعدة، ويبقى الأصل في التحكيم هو تطبيق ما جاء به الشرع دون مخالفة بيّنة لما جاءت به النصوص، وعند المخالفة البيّنة الصريحة لا اعتبار لحكم الحكمين، قبولاً وتنفيذاً⁽²⁾.

أما فائدة الحكمين فتبقى في استفراد كل منهما بصاحبه، ليستكشف حقيقة الأمر، ويعلم رغبته في بقاء قيد النكاح أو رفعه، بعد ذلك يلتقي الحكمان ويقرران الصواب⁽³⁾.

ب- المخاطب ببعث الحكمين:

اختلف الفقهاء في المخاطب ببعث الحكمين في قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ﴾⁽⁴⁾، هل هو خطاب موجه للحاكم "القاضي"، أو عامة المسلمين ومن بينهم الزوجين، وخلافهم هذا إلى قولين: القول الأول: هو لجمهور العلماء⁽⁵⁾، فقالوا بأن الخطاب موجه إلى السلطان أو الحاكم أو من يقوم مقامهم من القضاة، يقول صاحب أحكام القرآن: "من قال: إن المخاطب الزوجان فلا يفهم كتاب الله (...). وأما من قال: إنه السلطان فهو الحق"، وزاد المالكية من أن يكون الخطاب موجه إلى السلطان أو إلى أولياء الأيتام إن كان الزوجين محجورين⁽⁶⁾.

القول الثاني: ما قاله به السُّبِّيُّ⁽⁷⁾، وبعض الحنفية من أن الخطاب موجه لأهل الزوجين أو الزوجين بذاتهما، يقول ابن عابدين: "السنة إذا وقع بين الزوجين اختلاف أن يجتمع أهلها ليصلحوا بينهما، فإن لم يصلحوا جاز الطلاق والخلع"⁽⁸⁾، وهناك من قال إن الخطاب موجه لعامة المسلمين وصالحهم، حيث يقول صاحب تفسير مفاتيح الغيب: "المراد كل واحد من صالحي الأمة وذلك لأن قوله: (خفتم) خطاب للجميع وليس حملة على البعض أولى من حملة على البقية، فوجب حملة على

(1) ابن همام، المرجع السابق، ج4، ص244. أبو حامد الغزالي، الوسيط في المذهب، تحقيق أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار

السلام، القاهرة، مصر، ط1، 1417هـ، ج5، ص308. ابن المفلح، المرجع السابق، ج6، ص265.

(2) عبدالقادر أنحوت، "التحكيم في الشريعة بين الزوجين أنموذجاً"، مجلة البيان، ع263، المنتدى الإسلامي، بريطانيا، 2009، ص13.

(3) فخر الدين الرازي، المرجع السابق، ج10، ص74.

(4) سورة النساء، الآية 35.

(5) ابن العربي، المرجع السابق، ج1، ص538. القرطبي، المرجع السابق، ج5، ص175. الماوردي، المرجع السابق، ج9، ص602. موفق الدين بن

قدامة، المرجع السابق، ج7، ص320. ابن حزم، المرجع السابق، ج9، ص246.

(6) ابن العربي، المرجع السابق، ج1، ص538-539.

(7) ابن العربي، نفس المرجع، ج1، ص538.

(8) ابن عابدين، المرجع السابق، ج3، ص441.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

الكل، فعلى هذا يجب أن يكون قوله: (وإن خفتم) خطاباً لجميع المؤمنين. ثم قال فابعثوا فوجب أن يكون هذا أمراً لأحد الأمة بهذا المعنى، فثبت أنه سواء وجد الإمام أو لم يوجد، فللصالحين أن يبعثوا حكماً من أهله وحكما من أهلها للإصلاح. وأيضا فهذا يجري مجرى دفع الضرر، ولكل أحد أن يقوم به" (1).

الترجيح: القول الراجح ما قال به علماء الأمة من كون الخطاب موجه للحاكم وللسلطان، لأنه هو من بيده سلطة الجمع والتفريق بين الزوجين، وقد يُفسرُ ظاهر الآية أن الخطاب للجميع من حكام وصالحين والزوجين، لكل حسب مكانه فالكلمة للحاكم إن وصل الأمر إليه، وللأهل والصالحين إن رأوا في الأمر حلا وديا قبل التنازع أمام القضاء، ويقول صاحب تفسير المنار: "كلا القولين وجيه، فالأول يكلف الحكام ملاحظة أحوال العامة والاجتهاد في إصلاح أحوالهم، والثاني يكلف كل المسلمين أن يلاحظ بعضهم شئون بعض، ويعينه على ما تحسن به حاله" (2).

ج- مهمة الحكمين:

تعتبر مهمة الحكمين في البحث والتمحيص وراء أسباب الشقاق المستمر، فإن قرّبا وجهات نظر الزوجين، وأصلحا ذات بينهما، وكُل ذلك برجوع الزوجين فيها ونعمة، وإلا فرقا بينهما فيغني الله كلا من سعته، واتفق الفقهاء على أن الجمع بين الزوجين لا يحتاج إلى توكيل أو إذن منهما، لكنهم اختلفوا في كون الحكمين هل هما وكيلان لا يمكنهما التفريق إلا بأمر من الحاكم أو الزوج، أو حاكمان يجوز لهما الجمع والتفريق، كالتالي:

القول الأول: وهو أن الحكمان لا يعدوان أن يكونا وكيلين عن الزوجين، والتفريق يوقعه الحاكم بما يشير به الحكمان نتيجة لما توصلا إليه، وليس من صلاحيتهما التفريق، وهو ما قال به الحنفية، والشافعية، ورواية عند الحنابلة، والظاهرية (3)، وقولهم لا يجوز للحكمين التفريق لأن الزوجين بالغين راشدين، وكل زوج ملّك على الآخر شيء، فلا يمكن إزالة ما يملكانه دون موافقتهما (4).
ودليلهم في ذلك:

(1) فخر الدين الرازي، المرجع السابق، ج10، ص74.

(2) محمد رشيد رضا، المرجع السابق، ج5، صص64-65.

(3) الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1994، ج2، ص239، موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص321. ابن حزم، المرجع السابق، ج9، ص246. لكن موفق الدين بن قدامة لم يبين أي الروايتين كانت أظهر في المذهب، لكن بالنظر إلى المرادوي نجد أنه رجّح الحكمين كوكيلين وليس حاكمين فيقول: "اعلم أن الصحيح من المذهب، أن الحكمين وكيلان عن الزوجين". انظر المرادوي، المرجع السابق، ج21، ص479. انظر كذلك عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، لبنان، ط2، 1968، ج2، ص795.

(4) يوسف الفنلداوي، تهذيب المسالك في نصرة مذهب مالك، تحقيق أحمد البوشيخي، دار الغرب الإسلامي، تونس، ط1، 2009، ج2، صص505-506.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

1- قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾⁽¹⁾، ووجه الدلالة من الآية أن الحَكَمَ الذي من قِبَل الزوج وكيلٌ له، والذي من قِبَلها وكيل لها، وهذا دليل بطلان من ادعى أن الحَكَمَانِ حَاكِمَانِ يَجْمَعَانِ وَيُفْرَقَانِ متى شاءا بغير أمر الزوجين⁽²⁾.

2- قوله تعالى: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾⁽³⁾، ووجه الدلالة من الآية، أن الله تعالى عند ذكره للحكمين في الآية لم يُعْطِهما إلا الإِصْلَاحَ، مما يبيِّن أن ما بعد الإِصْلَاحَ ليس موكول لهما⁽⁴⁾.

3- عن: "ابن سيرين، عن عبيدة، أنه قال في هذه الآية: {وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها} ⁽⁵⁾ قال: جاء رجل وامرأة إلى علي رضي الله عنه ومع كل واحد منهما فئام⁽⁶⁾ من الناس فأمرهم علي رضي الله عنه فبعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ثم قال للحكمين: تدریان ما عليكما عليكما إن رأيتما أن تجمعا أن تجمعا، وإن رأيتما أن تفرقا أن تفرقا، قالت المرأة: رضيت بكتاب الله بما علي فيه ولي، وقال الرجل: أما الفرقة فلا، فقال علي رضي الله عنه: كذبت والله حتى تقر بمثل ما أقرت به"⁽⁷⁾، ووجه الاستدلال من الحديث: أنه ليس للحاكم التفريق إلا برضا الزوجين ولو كان ذلك لبعث الحكمين بغير رضاهما⁽⁸⁾.

القول الثاني: أن الحكمين حَاكِمَانِ، ولهما من الجمع والتفريق مثل حكم القاضي، ولا اعتبار لرضا الزوجين في حكمهما، وهو ما قال به المالكية⁽⁹⁾، والرواية الثانية للحنابلة⁽¹⁰⁾، وقول للشافعي، والأوزاعي وروى عن عثمان، وعلي، وابن عباس رضي الله عنهم، وروي كذلك عن الشعبي والنخعي⁽¹¹⁾، ويقول القرطبي: "فإن الله سبحانه خاطب غير الزوجين إذا خاف الشقاق بين الزوجين بإرسال الحكمين، وإذا كان المخاطب غيرهما كيف يكون ذلك بتوكيلهما، ولا يصح لهما حكم إلا بما اجتمعا عليه. هذا وجه الإنصاف والتحقيق"⁽¹²⁾، وأوجب المالكية على الحاكم أن ينقذ ما اتفق عليه الحكمان دون مخالفة، يقول الدسوقي المالكي: "يجب على الحكمين أن يأتيا للحاكم الذي أرسلهما فيخبراه بما فعلا ليحتاط

(1) سورة النساء، الآية 35.

(2) أبوبكر الجصاص، المرجع السابق، ج2، ص239.

(3) سورة النساء، الآية 35.

(4) فخر الدين الرازي، المرجع السابق، ج10، ص74.

(5) سورة النساء، الآية 35.

(6) الفئام: الجماعة من الناس.

(7) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب القسم والنشوز، باب الحكمين في الشقاق بين الزوجين، حديث رقم 14782، ج7، ص498.

(8) الماوردي، المرجع السابق، ج10، ص167.

(9) ابن جزى، المرجع السابق، ص142.

(10) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص320.

(11) القرطبي، المرجع السابق، ج5، ص176.

(12) القرطبي، نفس المرجع، ص179.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

علمه بالقضية فإذا أخبراه وجب عليه إمضاؤه من غير تعقب وإن خالف مذهبه (قوله ونفذ حكمهما) أي بأن يقول الحاكم حكمت بما حكمتما به⁽¹⁾، ودليلهم في ذلك:

1- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾⁽²⁾، ووجه الاستدلال من الآية أن الله تعالى سمّاهما حكيمين، ومادام كذلك فمن شأنهما الحكم بغير رضا المحكوم عليهما، وهذا ظاهر الآية⁽³⁾.

2- استدلووا بالأثر السابق ذكره في القول الأول، والمروي عن علي عليه السلام قال للحكيمين: "تدريان ما عليكما؟ عليكما إن رأيتما أن تجمعا أن تجمعا، وإن رأيتما أن تفرقا أن تفرقا"، ووجه الدلالة من الحديث: "فلو كانا وكيلين أو شاهدين لم يقل لهما: أتدريان ما عليكما؟ إنما كان يقول: أتدريان بما وكلتما؟ وهذا بين"⁽⁴⁾.

3- لا يمكن تسمية الوكيل بالحكم في لغة القرآن، ولا في ألسنة الناس ولا في العرف، سواء كان عاما أو خاصا⁽⁵⁾.

الترجيح: الراجح من الأقوال ما قال به الفريق الأول، من كون الحكمان هما وكيلان للحاكم لا للزوجين، ولأن الحكمان ما أنتدبا إلا للإصلاح، فإن عجزا عن الإصلاح فلهما أن يرفعا أمرهما للحاكم، وله الاستئناس بما توصلا إليه فيحكم بالخلع إن كانت الزوجة ظالمة، وبالتطليق إن كان الزوج ظالما، وبلا تعويض بينهما إن كانت الإساءة منهما معا، وهو أمر سارت عليه القوانين بإعطاء القاضي السلطة الكاملة في إيقاع الطلاق حال التفريق للشقاق.

يقول ابن حزم الظاهري في هذا المقام: "وإذا شجر بين الرجل وامرأته: بعث الحاكم حكما من أهله، وحكما من أهلها عن حال الظالم منهما، وينهيا إلى الحاكم ما وقفا عليه من ذلك، ليأخذ الحق ممن هو قبله، ويأخذ على يدي الظالم، وليس لهما أن يفرقا بين الزوجين، لا بخلع، ولا بغيره"⁽⁶⁾.
د- نوع الفرقة: اختلف الفقهاء في نوع الفرقة في التفريق حال انتداب الحكيمين، فالحنابلة يقع عندهم التفريق فسخا، كون أن أي تفريق عن طريق القضاء هو فسخ⁽⁷⁾، وذهب الشافعي في الجديد، وبعض الحنابلة إلى أنهما إن وقعت الفرقة خلعا فهي طلاق بائن، وإن وقعت طلاقا فهي طلاق رجعي⁽⁸⁾.

(1) الدسوقي، المرجع السابق، ج 2، ص 346.

(2) سورة النساء، الآية 35.

(3) ابن كثير، المرجع السابق، ج 2، ص 297.

(4) القرطبي، المرجع السابق، ج 5، ص 176.

(5) القرطبي، نفس المرجع والصفحة.

(6) ابن حزم، المرجع السابق، ج 9، ص 246.

(7) نصر سلمان، سعاد سطحي، المرجع السابق، ص 103.

(8) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، المرجع السابق، ج 29، ص 56.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

أما الملكية⁽¹⁾، فالتفريق حال التحكيم يقع عندهم طلاقاً بائناً⁽²⁾، سواء عُيّن الحكمين بواسطة القاضي أو من الزوجين أو أهلهم، ويقع هذا الطلاق طليقة واحدة، ولو أوقعه الحكمين أكثر من واحدة لا تعتبر بحكمهما إلا مرة واحدة، وسواء كان التفريق طلاقاً أو خلعا⁽³⁾، وحجتهم أن الطلاق بسبب الضرر، ما وُضع إلا لحد النزاع والخلاف فكيف به يكون رجعيًا.

سبب الخلاف في نوع الفُرقة، ينطلق من مبدأ اعتبار الحكمين حاكمان أو وكيلان، فمن اعتبرهما حاكمين بمثابة القاضيين تقع الفُرقة طلاقاً بائناً أو فسخاً، أما من اعتبرهما وكيلين فتقع فُرقتهما طلاقاً.

خامساً- ما سكت عنه قانون الأسرة الجزائري في الشقاق المستمر بين الزوجين:

ورد ذكر الشقاق وعلاجه من خلال المادتين 53 فقرة 8، والمادة 56 من قانون الأسرة الجزائري، حيث نصت الأولى على التطبيق بسبب: "الشقاق المستمر بين الزوجين.."، ونصت الثانية على: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي الحكمين، حكماً من أهل الزوج، وحكماً من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يُقدما تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين"، وجعل قانون الأسرة الجزائري الشقاق سبباً من أسباب التطلاق، مخصّصاً له فقرة واحدة ساكتاً عن كل تفاصيله، على عكس القوانين المقارنة، ومنها مدونة الأسرة المغربية التي جعلته حالة خاصة ليست كمثل باقي أسباب التطلاق الأخرى (كالتطلاق للغيبه وعدم الانفاق...)، مخصصة له مواداً أربعاً من المادة 94 إلى المادة 97 متضمنة البحث وراء أسباب الشقاق، وحملت الحكمين بذل الجُهد لإنهاء الشقاق والنزاع بين الزوجين.

من خلال النظر إلى الفقرة المنظّمة للشقاق يُلاحظ أن قانون الأسرة الجزائري سكت على عدة مسائل أوردها كالاتي:

1- لم يعط قانون الأسرة الجزائري تعريفاً دقيقاً للشقاق المستمر⁽⁴⁾، بالرغم من ذكره في الفقرة 8 من المادة 53، وتعريفه بصورة غير مباشرة في المادة 56، مع العلم أن المادة 56 صدرت بالقانون 11/84، أما الفقرة 8 من المادة 53 فظهرت بعد تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05، وهو أمر أدى للالتباس في مفهوم الشقاق، هل هو ما تضمنته المادة 53 أم المادة 56؟⁽⁵⁾، فقانون الأسرة الجزائري بهذا الطرح

(1) ابن العربي، المرجع السابق، ج 1، ص 542.

(2) يقول الإمام القرافي: "كل طلاق لا يندفع الضرر إلا به فهو بائن الا طلاق المعسر"، فالأصل عند الملكية أن كل طلاق يوقعه القاضي يقع بائناً إلا طلاق المعسر بالإنفاق. انظر القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد بوخيزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 1، 1994، ج 4، ص 444.

(3) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، المرجع السابق، ج 29، ص 56.

(4) محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 648.

(5) أحمد عبود، "المفهوم القضائي للشقاق المستمر بين الزوجين كسبب للتطلاق في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع 1، جامعة البليدة، الجزائر، 2011، ص 155.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

في المادتين، جعل من الشقاق الموجب للتطليق يشوبه الغموض، وكان عليه تبيان بعض أسبابه ومظاهره في إحدى المادتين حتى يزول الالتباس، لأن ترك الفقرة الثامنة من المادة 53 المتضمنة الشقاق المستمر كسبب من أسباب التطليق، دون بيان لمفهومه، ومظاهره، وأسبابه قد يجعله سببا عاما، تركب موجته كل زوجة تريد التنصّل من التزامات الحياة الزوجية دون دوافع واقعية، متعلّلة بأسباب واهية لا ترقى للشقاق، لأن الشقاق هو نزاع مستمر يُفْضِي إلى الخلاف الشديد بين الزوجين، الأمر الذي يجعل الحياة الزوجية مُهْتَزّة وخالية من الود والرحمة والطمأنينة، حينئذ يمكن للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي لينظر فيه، فإن ثبت له الضرر طلقها مباشرة، وإن لم يثبت عين حكّمين لتقصي حال الزوجين، ليخلصا في نهاية تقريرهما بنتيجة يزودا القاضي بتفاصيلها فيقرر عندها إما الجمع أو التفريق، مع تعيين المتسبّب والمتضرّر من الزوجين، وعليه وجب على المشرّع تدارك الأمر بتعديل الفقرة المتضمنة التطليق للشقاق، من خلال حصر مفهومه، وتحديد مظاهره وأسبابه، سداً للذريعة أمام كل دعوة كيدية تُخفي من وراءها الزوجة أسبابا غير واقعية أو شقاقا غير موجود بالمرّة.

2- سكت قانون الأسرة الجزائري ولم يبيّن معنى الاستمرارية في الشقاق وكيفية إثباتها⁽¹⁾، وهو في الحقيقة أمر في غاية الصعوبة، لأن استمرارية الشقاق لا يمكن أن يُكشَف عنها القضاء، إلا بعد أن يثبّت الشقاق بين الزوجين، عن طريق وقائع تشكل قرائن قوية تقدم من أحد الطرفين، تُثبت ما آل إليه حالّ الزوجين من شقاق مع العجز عن إصلاح ذات البين، ونتيجة لهذا فعلى عاتق القضاء أن يبيّن تفاصيل ما سكت عنه قانون الأسرة، من إثبات الشقاق واستمراريته، بالبحث العميق في تفاصيل الحياة الزوجية، وطبيعة العلاقة بين الزوجين، حتى يستطيع القاضي الوصول إلى الوقائع المشخّصة لوضعية الشقاق المتسبّب في تصدع الحياة الزوجية، وبالخصوص في الفترة التي تعقّب تقديم الزوجة طلبها للتطليق أمام القضاء، فوجب أن يتعمّد القاضي تمديد فترة معالجة الدعوى حتى يتسنى له مراقبة سلوك الزوجين بعدها، التي قد تبرز على اثرها وقائع وقرائن كافية يمكن من خلالها اكتشاف وجود الشقاق، والتأكد من استمراريته، وحجم مساهمة كلّ من الزوجين فيه⁽²⁾، ومن الأسباب التي لم يذكرها القانون، ويمكن من خلالها أن يستنتج القاضي أن هناك فعلا شقاق مستمر بين الزوجين، وهو معمول به قضاء يتمثل في: تكرار رفع الدعوى أو تكرار الشكوى من طرف الزوجة وعجزها عن إثبات الضرر، حينئذ ينتدب القاضي حكّمين يقومان بمهمة الإصلاح، إضافة لما

(1) محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 649.

(2) يضيف الأستاذ الخليلي أنه أثناء دراسة اللجنة الاستشارية - قبل صدور مدونة الأسرة المغربية المعدلة - لموضوع الشقاق قُدم لها المقترح التالي حول اثبات الشقاق: "تعتمد المحكمة في ثبوت الشقاق وتصدع العلاقة الزوجية على: 1- الوقائع المادية للعلاقات الفعلية بين الزوجين وحياتهما. ويمكن إثبات هذه الوقائع بكل الوسائل بما فيها شهادة الشهود الذين تستمع إليهم المحكمة. 2- الأبحاث التي تجرّيها مع الزوجين مباشرة أو بواسطة الحكّمين"، ويضيف الأستاذ أن المقترح لم يقبل لأن أغلبية الأعضاء كانت معارضة لإدراج الشقاق سببا للتطليق. أحمد الخليلي، من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة "الطلاق"، دار نشر المعرفة، الرباط، المغرب، ط 1، 2016، ج 2، ص 155.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

سبق فمسألة تكرار الشكوى ليست مسألة جديدة فهي موجودة في الفقه الإسلامي أوردها فقهاء المذهب المالكي وفيها قولان⁽¹⁾:

قول أول: يشترط لإرسال الحكمين تكرار الدعوى مع عدم معرفة من المتضرر، حيث جاء في التاج والاكليل: "إذا عي على الإمام خبرهما وطال عليه تكررهما ولم يتبين له من الظالم منهما لم يمنعه أن ينظر في أمرهما"⁽²⁾، وفي هذا المقام يقول ابن عرفة المالكي: "ففي بعث الحكمين بمجرد تشاجر الزوجين وشكوى أحدهما الآخر، ولا بينة (...) فإن طال أمرهما وتكررت شكواهما بعثتهما لهما"⁽³⁾، فطول أمد النزاع وتكرر الشكوى هما الضابط في هذا القول لاكتشاف الشقاق.

وقول ثانٍ: وهو المشهور من أقوال المالكية، ويذهب أصحابه إلى أن القاضي يفرّق بين الزوجين حين ثبوت الضرر ولو مرة واحدة دون تكرار⁽⁴⁾، يقول الخرشي المالكي: "إذا ثبت بالبينة عند القاضي أن الزوج يضار زوجته وهي في عصمته ولو كان الضرر مرة واحدة فالمشهور أنه يثبت للزوجة الخيار فإن شاءت أقامت على هذه الحالة وإن شاءت طلقت نفسها بطلقة واحدة بائنة"⁽⁵⁾، ومعناه أن ترفع المرأة أمرها للقاضي لأول مرة، وتدعي تضررها من زوجها بأي نوع من الضرر⁽⁶⁾، فيكون لها الخيار في مواصلة الحياة الزوجية مع أخذ حقوقها، أو الحكم لها بالتفريق.

وهناك رأي وسط بين القولين، وهو ما قال به صاحب البهجة حيث يقول: "لا بد من تكرار الضرر حيث كان أمراً خفيفاً فإن كان ضرباً فاحشاً كان لها التخليق به ولو لم يتكرر"⁽⁷⁾، ومغزى هذا القول أنه لا يعتد بالضرر اليسير⁽⁸⁾ في تكرار الدعوى، وإن كان الضرر فاحشاً حكّم القاضي بالتخليق مباشرة.

(1) عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، المرجع السابق، ج2، ص769.

(2) المواق المالكي، المرجع السابق، ج5، ص263.

(3) ابن عرفة، المرجع السابق، ج4، ص79.

(4) عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، المرجع السابق، ج2، ص777. أسامة الحموي، المرجع السابق، ص100.

(5) الخرشي، المرجع السابق، ج4، ص09.

(6) من أنواع الضرر المتسبب في الشقاق بين الزوجين، بحيث يستحيل معه التقرب إلى بعضهما، ومواصلة الحياة الزوجية، ادعاء الزوجة الإساءة إليها وإلى أهلها مع إصراره على ذلك، وسلب أموالها واهانتها في السر والعلن، أو يثبت الزوج رفضها إحسانها لوالديه واستقبالهما، وسماعها له كلاماً لا يليق به كزوج، وتحميلة من مصاريف الانفاق ما لا يقدر. انظر محمد الكشيبور، المرجع السابق، ج2، ص159.

(7) التسولي، المرجع السابق، ج1، ص487.

(8) لم يشترط كثير من فقهاء المالكية أن يكون الضرر فاحشاً، بل يكفي أن يبدل الزوج وجهه عن الزوجة يعتبر من الضرر، وقد ذكر الأستاذ عبد الرحمن الصابوني أن بعض قوانين الأحوال الشخصية منها قانون الأحوال الشخصية السوداني المنشور الشرعي رقم 17 لسنة 1915، جعلت من الضرر الموجب للتخليق، هو الذي لا يستطيع به دوام الحياة الزوجية لشدته، ولعل توجه المشرعين كان من أجل التضييق من دائرة الطلاق لأتفه الأسباب. انظر عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، المرجع السابق، ج2، ص777.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

عليه فالأخذ بالقول الأخير الذي كان وسطا في مسألة تكرار رفع الدعوى⁽¹⁾، هو الأنسب لدى القضاء، ومن القوانين المقارنة التي أخذت بهذا السبب قانون الأحوال الشخصية المصري حيث تنص المادة 6 منه على: "إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طليقة بائنة، إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكيمين"⁽²⁾. بناء على ما سبق فالمشعر الجزائري مطالب بتقنين ما سار عليه القضاء، من جعل تكرار الشكوى⁽³⁾، سببا من أسباب ثبوت الشقاق بين الزوجين وتقييده بضوابط، من بينها عدم قبول دعوى التطبيق المرفوعة من الزوجة للمرة الأولى التي لم يثبت من خلالها الضرر، وألا يمكّن القاضي الزوجة من رفع دعوى تطبيق للشقاق، إلا إذا سبقها دعويين آخرين على الأقل ولم يثبت خلالهما الضرر، كل هذا من أجل إثبات أن الشقاق مستمر ومستفحل بين الزوجين، وفي حال تحقق شرط تكرار الدعوى، يتعين على القاضي قبول دعوى الزوجة طلب التطبيق للشقاق، ومن ثم يعين حكيمين للتوفيق بين الزوجين، وهذا الاقتراح الأخير مستوحى من الفقرة الثانية من الفصل السادس والخمسون من مدونة الأحوال الشخصية المغربية الملغاة والتي تنص على: "إذا رفض طلب التطبيق وتكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكيمين لسداد بينهما".

ما تجدر الإشارة إليه أن من سُرح قانون الأسرة الجزائري⁽⁴⁾، من يرى أن قانون الأسرة قد أحسن صنعا عندما لم يعين أنواعا من الضرر ولا أسبابا من الشقاق، تستطيع الزوجة من خلالها رفع شكواها أمام القاضي، لأن الضرر المعتبر شرعا هو المفضي إلى النزاع، الذي تستحيل معه استمرارية المعيشة بين الزوجين، وعلى ما يبدو فإن هذا الطرح غير موفق، خاصة حال عدم ذكر أسباب ومظاهر الشقاق في المادة القانونية المتضمنة التطبيق للشقاق، ولأن الضرر وإن لم يحدّد

(1) وقد ذكر المالكية أسبابا تُسقط مسألة تكرار الدعوى، وهي تمكينه من معاشرتها، فإن مكّنت الزوجة نفسها من الزوج بعد تكرر الضرر وقبل رفع الدعوى الثانية أو الثالثة، يسقط حقا في التمسك بوجود الضرر الموجب للتطبيق، كون أن التمكين قرينة على الصلح، يقول التسولي في البهجة: "إن ادعى الزوج أنها مكنته من نفسها بعد قيامها بالضرر وصدفته سقط حقا كانت جاهلة أو عالمة"، انظر التسولي، المرجع السابق، ج 1، ص 480. لكن التمكين من النفس ليس دائما قرينة على الصلح، لذلك وجب إثبات الصلح حتى يكون التمكين قرينة، ويمكن إثبات العكس، فالزوجة قد تمكن زوجها من المعاشرة وهي متضررة، خوفا من الله واللجنة الواردة في حديث رسول الله ﷺ. انظر لجنة إعداد قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، "المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي"، ملحق مجلة الشريعة والقانون، ع 26، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2006، ص 212.

(2) قانون الأحوال الشخصية المصري، المرجع السابق.

(3) هناك من القوانين لم تشترط تكرار الشكوى حتى يبعث الحكيمين، بل بمجرد عدم الصلح بينهما ينتدب حكيمين، وبررت ذلك أن تكرار الشكوى ليس شرطا أنزل في كتاب الله حتى يغيّر نظام التحكيم، انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المرجع السابق، ص 165. وبعد تعديل 2004 أصبح قانون الأحوال الشخصية الكويتي يأخذ بعين الاعتبار ثبوت الضرر من عدمه، فإن ثبت للقاضي الضرر حكم بالتفريق، وإن لم يثبت انتدب حكيمين، للتوفيق أو التفريق.

(4) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 5، المرجع السابق، ج 1، ص 303.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج و آثاره

فإنه يبقى جلي، على سبيل المثال لا الحصر بنص الفقرة 10 من المادة 53 حيث شمل جميع أنواع الضرر المعتبرة شرعا، أما أسباب الشقاق ومظاهره غير جلية، فمن الضروري ذكرها نصا، حتى يسهل على المحكمة انتهاج خيار التحكيم، دونما انتظار لتكرار الشكوى من طرف الزوجة، وقد ذكرت سابقا من خلال هذا البحث⁽¹⁾ بعض المظاهر والأسباب، التي قد يستطيع القاضي بعد الرجوع إليها، أن يتحقق من وجود شقاق مستمر بين الزوجين دون ضرر بين أحيانا.

من الأسباب الأخرى للشقاق المستمر بين الزوجين، هو الاخلال بالحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين والمذكورة بنص المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري، والتي تنظم الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة، والمعاشرة بالمعروف بتوطيد كل أواصر الود والرحمة والاحترام المتبادل، وتدعو إلى التعاون المشترك في تسيير الأسرة، وتجنب كل خلاف يمس بمصلحتها بصفة عامة ومصلحة الأولاد ومستقبلهم بصفة خاصة، لأن الناظر لكل مشكلة تهز كيان الأسرة يجد منشأها التعدي على الحقوق الزوجية.

3- سكت قانون الأسرة كذلك عن مسألة مهمة في الشقاق المستمر الموجب للتطليق، هي أنه لم يعط مهلة محددة للزوجين للنظر بروية أملا في المصالحة بينهما، وذلك بتأجيل القضية شهرا آخر، مثلما قرره بعض فقهاء المالكية⁽²⁾، وبعض قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية⁽³⁾ عند الخلاف بين الزوجين، وعدم ثبوت الضرر مع تكرار الشكوى وفشل محاولات الصلح بينهما، بإعطاء الزوجين مهلة، لعل الله بهذه المهلة يفتح بابا للصلح، ترجع على إثرها مياه الحياة الزوجية إلى مجاريها، فالقاضي حين ترفع أمامه الزوجة طلبا للتطليق للضرر والشقاق، ينظر في الأمر ويبدل جهده في الإصلاح بين الزوجين، فإن استعصى عليه الأمر وبقي الخلاف قائما، زجر القاضي الزوج ونهاه عن أذية زوجته، وأجل القضية مدة معينة، وإن عادت الزوجة واشتكت من زوجها وطلبت التفريق لجأ القاضي حينها للتحكيم، وقد يعتقد البعض أن المشرع الجزائري ادخل المهلة ضمن جلسات الصلح بين الزوجين التي هي إجراء وجوبي، يتمثل في عقد جلسات سرية بين الزوجين والقاضي، في مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر المذكورة بنص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري⁽⁴⁾، لكن على ما يبدو فإن النص القانوني

(1) انظر الصفحة 239 من هذا البحث.

(2) يقول المواق المالكي: "إذا اشتكت المرأة إضرار زوجها بها ورفعت إلى الحاكم أمرها وتكررت بالشكوى وعجزت عن إثبات الدعوى، فإن الحاكم يأمر زوجها بإسكانها بين قوم صالحين ويكلفهم تفقد خبرهما واستعلام ضررهما، فإن كانت ساكنة معه في مثل هؤلاء القوم لم يلزمه نقلها إلى غيرهم"، انظر المواق المالكي، المرجع السابق، ج 5، ص 263.

(3) انظر الفقرة الثالثة من المادة 112 من قانون الأحوال الشخصية السوري إذ تنص على: "3- إذا لم يثبت الضرر يؤجل القاضي المحاكمة مدة لا تقل عن شهر أملاً بالمصالحة فإن أصر المدعي على الشكوى ولم يتم الصلح عين القاضي حكمين من أهل الزوجين وإلا ممن يرى القاضي فيه قدرة على الإصلاح بينهما وحلفهما يميناً على أن يقوما بمهمتهما بعدل و أمانة".

(4) إجراء الصلح بين الزوجين بحضور القاضي إجراء وجوبي بنص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، ضمن إجراءات الطلاق والتطليق والخلع عن طريق جلسات سرية، وبمحاولات صلح بما لا تتجاوز مدتها الثلاثة أشهر، حيث نصت المادة 49 على: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

يشير إلى مدة الصلح وجلساتها، فإن فشلت مساعي الإصلاح يفرق القاضي بينهما، أي أن النص لا يمتُّ بصلّة للمهلة التي سبق طرحها.

بينما في القانون المقارن، نجد قانون الأحوال الشخصية الأردني قد عمل بما شرحته أنفاً، من خلال تأجيل الدعوى بإعطاء مهلة لا تقل عن شهر بين الزوجين أملاً في المصالحة، قد تهدأ خلالها عاصفة الشقاق بينهما، حيث نصت الفقرة أ من المادة 126 على: "إذا كان طلب التفريق من الزوجة، وتحقق القاضي من صحة ادعائها، بذلت المحكمة جهدها في الإصلاح بينهما، فإذا لم يمكن الإصلاح أنذر القاضي الزوج بأن يصلح حاله معها وأجل الدعوى مدة لا تقل عن شهر، فإذا لم يتم الصلح بينهما وأصرت الزوجة على دعواها أحال الأمر إلى حكمين"⁽¹⁾، وكل هذه الأساليب العملية شرعت لاستبعاد الطلاق بجعله آخر حل بين الزوجين لعواقبه الوخيمة على الأسرة والمجتمع.

ورغم سكوت قانون الأسرة الجزائري عن هذه المسألة، إلا أننا نجد المشرع الجزائري قد أورد في المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والخاصة بمواد الصلح: منح مهلة تفكير للزوجين خلال فترة جلسات الصلح حيث نصت: "يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة..."، ومما يؤخذ على هذا النص القانوني أنه لم يبين المجال الزمني لهذه المهلة، لأن من المعلوم أن مدة جلسات الصلح لا تتجاوز الثلاثة أشهر، وبالتالي كان من الضروري ذكر مدة المهلة في هذه المادة وتبيان استقلاليتها عن مدة الصلح في النص القانوني المنظم لجلسات الصلح في المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمادة 49 من قانون الأسرة الجزائري لأنه الأولى من القوانين الأخرى بالنص عن المهلة سالف الذكر، بالإضافة إلى تحديد مدتها الزمنية كما فعل القانون الأردني. 4- ومن الوسائل الأخرى للتقليل من فرص الطلاق، وزيادة فرص إصلاح ذات البين التي سكت عنها قانون الأسرة الجزائري، هي عدم الحكم بالتطليق مباشرة، ولو ثبت الضرر (ويستثنى من هذا حالات الضرر الفاحش كالجرائم وغيرها)⁽²⁾، لأن الحكم بالتطليق مباشرة عند ثبوت الضرر، هو المستشف من المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري، وبالتالي كان على المشرع وضع نص قانوني يوجب انتداب الحكمين في أي حالة من حالات الفرقة والمنصوص عليها في المادة 48، سواء كان طلاقاً بالإرادة المنفردة أو تطليقاً أو خلعا، وليس فقط حال اشتداد الخصام بنص المادة 56 من قانون الأسرة، سواء ثبت للقاضي الضرر أو لم يثبت، لأن المادة 49 من قانون الأسرة وإن نصت وجوباً على جلسات الصلح، إلا أنها لم تبين انتداب الحكمين خلالها، وترك ذلك للمادة 56 فقط عند اشتداد الخصام وعدم ثبوت

عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى. يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين".

(1) قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق.

(2) قانون الأحوال الشخصية السوري سكت كذلك عن هذه المسألة. انظر أسامة الجموي، المرجع السابق، ص 97.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

الضرر، وهذا على ما يبدو فيه تضيق على مساعي بذل الجهد من أجل الإصلاح بين الزوجين، لأن انتداب الحكمين كما هو معلوم واجب في كل قضية طلاق مهما كان نوعها، لتلافي الفرقة ومحاولة إصلاح ذات البين ما أمكن، وما وضعت النصوص القانونية إلا بهدف التضيق على الأزواج من فرص إيقاع الطلاق ومحاولة الإصلاح، ولهذا نجد بعض فقهاء الأحوال الشخصية⁽¹⁾ من اقترح المرور إلى التحكيم مباشرة مهما كان الخلاف بين الزوجين، سواء رُفِع النزاع أمام القضاء أو لم يُرفع، وليس التحكيم فقط لمجرد وجود الشقاق المستمر بين الزوجين، والبحث عن ثبوت الضرر من عدمه، والحكم بالتطليق مباشرة حال ثبوته، بل في أي حال ساءت فيه العلاقة بين الزوجين وجب حينها مباشرة انتداب حكمين، وهذا على ما يبدو أعدل وأسلم من ترك النزاع يتفاقم ويتصاعد يوما بعد يوم، فيستحيل حينئذ الإصلاح بين الزوجين وتنتج عنه الفرقة.

5- جعل قانون الأسرة الجزائري حق طلب التطليق للشقاق للزوجة فقط بنص فقرة 8 المادة 53، مؤكداً أنه حقٌّ صرف للزوجة دون الزوج مقابل الطلاق بالإرادة المنفردة له، إلا أنه وبالرجوع للفقهاء الإسلامي، نجد أن الفقهاء جعلوا من التفريق للخلاف والضرر حقا للزوجين، فأياً زوجة تضررت من زوجها لها حق رفع دعوى، وكذلك الزوج، وبالتالي فالزوج المتضرر والراغب في إنهاء العلاقة الزوجية عليه إثبات تضرره من الزوجة، فيتساوى حقه مقابل حق الزوجة في رفع دعوى التفريق للضرر، لأن الزوج وإن تضرر قد يبدو أمام القاضي عند عدم ثبوت الضرر متعسفاً في استعمال حقه في الطلاق، بالمقابل وخلال التحكيم قد يظهر للحكمين الضرر الذي أصاب الزوج، ولم يظهر للقاضي من مجريات الجلسة التي بدا فيها الزوج متعسفاً، ومن القوانين المقارنة التي قرّرت حق الزوجين معاً، في رفع دعوى الشقاق متى تضرر أحدهما من الآخر مدونة الأسرة المغربية من خلال نص المادة 94: "إذا طلب الزوجان أو أحدهما..."⁽²⁾، فالمدونة المغربية جعلت التطليق للشقاق بطلب أحد الزوجين حقا متساويا بينهما، بل وعنوانت الباب الأول من القسم الرابع بـ: "التطليق بطلب أحد الزوجين بسبب الشقاق"، أما الباب الثاني فخصصته لدعاوى التطليق الأخرى التي من حق الزوجة رفعها لوحدتها دون الزوج.

بالتالي على المشرع الجزائري إعادة النظر في التطليق للشقاق وجعله حقا للزوجين، بإخراجه من أسباب التطليق الخاصة بالزوجة، وافراده بأحكام خاصة تنظمه جاعلا من التطليق للشقاق حقا مشتركا.

6- سكت قانون الأسرة الجزائري عن شروط تعيين الحكمين، باستثناء شرط أن يكونا من أهلي الزوجين، والمذكور بنص المادة 56 الأمر الذي يرجع فيه للشريعة الإسلامية بتطبيق المادة 222 من

(1) انظر عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق، ج 2، ص 96.

(2) مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

قانون الأسرة، والفقهاء الإسلامي توسّع في شروط الحكمين، وقد وقع خلاف بين الفقهاء حول بعض الشروط، مثل الذكورة، والعدالة، وكان الأجدد بالمشروع الجزائري السير على ما سارت عليه بعض قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية من ذكر للشروط اللازمة، أو على الأقل استحداث مذكرة إيضاحية يبيّن من خلالها شروط الحكمين هروبا من الخلاف الفقهي، وكذلك سكت القانون عن إمكانية انتداب حكمين من غير الأهل، إن تعذر وجود حكمين من أهلها، وعليه أقرّح أن يعدل الفقرة الثانية للمادة 56 من قانون الأسرة بإضافة العبارة الآتية: "... يعين القاضي حكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وإن تعذّر عليه، اختار حكمين آخرين من غير الأهل ممن يتوسم فيهم العدالة والصلاح"، وقد أفردت بعض قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية⁽¹⁾، بعض شروط الحكمين على اختلاف بينها مثل شرط الذكورة، فمن القوانين نجد القانون المصري الذي كان ينص على شرط الذكورة ثم ألغاه بعد ذلك، متبعا في ذلك المذهب الحنفي الذي لا يشترط الذكورة في الحكمين، بعد أن كان متبعا المذهب المالكي⁽²⁾، ومن القوانين التي اشترطت الذكورة بالإضافة إلى شروط أخرى القانون الليبي حيث جاء في المادة 37 منه على: "يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم، وأن يكونا ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما"⁽³⁾.

7- سكت قانون الأسرة الجزائري، ولم ينص عن مهمة الحكمين، هل هما حاكمان أو وكيلين، وهل بإمكانهما التفريق أو اقتراحه على القاضي، وبالتالي فسدت هذه الثغرة يكون بالرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة رجوعا للشريعة الإسلامية، ولكن نحن نعلم اختلاف الفقهاء في هذه المسألة كما مرّ علينا في الشق الفقهي، وقد تم ترجيح المذهب القائل بأن الحكمان وكيلان للحاكم وليس للزوجين، ولا اعتبار لرأي الحكمان، أي أن دورهما يقتصر على الإصلاح فقط دون التفريق، وهو ما اتبعته قوانين الأحوال الشخصية مستحدثة بعض الأحكام⁽⁴⁾، وقانون الأسرة الجزائري على غرار قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية، اتخذ نفس الموقف فلم يعتبر الحكمان حاكمان أو وكيلين للزوجين، بل هما مسخّرين من القاضي ليوفقا بين الزوجين إن استطاعا، وإن استحال عليهما الأمر رفعا تقريرا للقاضي، والكلمة الأخيرة له في التوقيع على محضر الصلح إن أصلحا بين الزوجين، أو الحكم بما أشار عليه الحكمان بالتفريق أو مواصلة الخصومة، لأن رأي الحكمين بالنسبة للقاضي في القانون للاستئناس فقط، قد يأخذ به أو يتركه، وما قرّره المشروع في وضعية الحكمين هو الظاهر

(1) لم ينص قانون الأحوال الشخصية السوري على شروط الحكمين. أسامة الحموي، المرجع السابق، ص 99.

(2) رمضان الشرنباصي، جابر الشافعي، المرجع السابق، ص 422 وما يليها. مبروك المصري، المرجع السابق، ص 261.

(3) القانون الليبي بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وأثارهم، المرجع السابق.

(4) مثلا جعل القوانين رأي الحكمين في تقريرهما يستأنس به القاضي فهما ليسا حاكمان ولا وكيلين بل مسخّرين.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

من النصوص القانونية المنظمة لعملهما، سواء في المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري، أو المواد 446 إلى 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فالحكّمين ليسا بحاكّمين أو وكيلين للزوجين بنص المادة 449 من القانون سالف الذكر، فهما مجرد مبعوثين لهما دور الإصلاح وليس من شأنهما التفريق، وحسب المادة 447 من قانون الإجراءات المدنية فالحكّمان يُطلعا القاضي بما تعترض مهامهما من صعوبات أثناء أداءهما مهمة التوفيق والإصلاح، دون تدخل منهما، أما إن توصلا إلى صلح بين الزوجين فعليهما أن يثبتا ذلك في محضر، ويوقع عليه القاضي بموجب أمر غير قابل للطعن، وهو المنصوص عليه في المادة 448 من القانون السالف الذكر، وأعطت المادة 449 الصلاحية الكاملة للقاضي لإنهاء مهام الحكّمين تلقائيا دون تدخل منهما، إذا تبينت للقاضي صعوبة تنفيذ مهمتهما، وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة، وتستمر الخصومة دون أثر يذكر للحكّمين.

8- سكت قانون الأسرة الجزائري عن مسألة اختلاف الحكّمين، وهل يجوز استبدالهما بأخرين، أو إضافة حكم ثالث لهما، وهو ما سارت عليه بعض قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية، أما بالنسبة للمشرع الجزائري، يستنتج من خلال نص المادة 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي تنص على أن القاضي ينهي مهام الحكّمين في حال تبين له صعوبة إنجاز مهمتهما، دون أن يذكر استبدالهما أو دعمهما بحكم آخر، ويبدو على القانون أنه أثر إعطاء السلطة للقاضي في إنهاء مهام الحكّمين والرجوع للخصومة بدل انتداب آخرين، وهو توجه على غير سليم في رأيي، لأن انتداب حكّمين آخرين حال اختلاف الحكّمين الأولين فيه نوع من البحث عن سبل الإصلاح، وليس الرجوع للخصومة التي يكون مآلها في أكثر الأحيان الفُرقة.

9- سكت قانون الأسرة الجزائري عن صور الإساءة بين الزوجين، ولم يبيّنهما والتي يستشققها الحكّمان من خلال المهمة المكلفان بها، وبالتالي كان عليه تبيان صور الإساءة، لأنها تمهّد الطريق للحكّمين لتحديد مسؤولية من الزوجين المتسبب في الشقاق، وصور الإساءة من الزوجين المفضية للشقاق لا تخرج عن أربعة⁽¹⁾:

أ- إن وَجَدَ الحكّمان أن الإساءة جميعها من الزوج، أوصى الحكّمان بالتفريق بطلقة بائنة، والإبقاء على كل حقوق الزوجة المادية والمعنوية والمترتبة على الطلاق.

ب- إن كانت الإساءة جميعها من الزوجة، اقترح الحكّمان فُرقة مقابل بدل مناسب تدفعه الزوجة إلى الزوج (الخلع).

ت- إن كانت الإساءة مشتركة بينهما، أوصى الحكّمان بالتفريق دون بدل، أو ببدل بحجم الإساءة الصادر من كل منهما.

ث- وإن جُهِل المسيء منهما، اقترح الحكّمان التفريق دون بدل.

(1) رمضان الشرنباصي، جابر الشافعي، المرجع السابق، ص 424.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

بعدها يرفع الحكمان تقريرهما للقاضي، موضحين الأسباب التي بنيا عليها قرارهما، إما الإصلاح أو تبیان حجم الإساءة مع اقتراح التفريق⁽¹⁾.
بقي أنه على الحكّمين عند البحث عن أسباب الشقاق، وتحديد حجم الإساءة، النظر إلى من رفع دعوى الشقاق من الزوجين، ومدى مسؤوليته، فإذا كانت الشكوى مرفوعة من الزوجة وتبين عدم إضرار الزوج بها، للحكّمين اقتراح رفض الدعوى لانتفاء الضرر، وإن كانت الدعوى مرفوعة من الزوج، وتبين إضراره بها، لهما أن يرفعا نفس الاقتراح برفض الدعوى، لأن هذا الطرح يصب في مسعى الصلح والحفاظ على الأسرة، ولأن الإبقاء على الزوجية هو أسعى هدف يحاول القانون القضاء الوصول إليه من خلال التحكيم.

في القانون المقارن، نجد كثير من قوانين الأسرة للبلاد العربية نصت على تبیان صور الإساءة، التي من خلالها يستطيع الحكّمان تحديد مسؤولية كل زوج في الشقاق، ومن بينها قانون الأحوال الشخصية الإماراتي الذي نص في المادة 120 على: "إذا عجز الحكّمان عن الإصلاح: 1- فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج، والزوجة هي طالبة التفريق، أو كان كل منهما طالباً، قرر الحكّمان التفريق بطلقة بئنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجية المترتبة على الزواج والطلاق، 2- إذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة قررا التفريق نظير بدل مناسب يقدرانه تدفعه الزوجة. 3- إذا كانت الإساءة مشتركة قررا التفريق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الإساءة. 4- إن جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما، فإن كان الزوج هو الطالب اقترح الحكّمان رفض دعواه، وإن كانت الزوجة هي طالبة أو كان كل منهما طالباً التفريق قرر الحكّمان التفريق بينهما دون بدل"⁽²⁾، فقانون الأحوال الشخصية الإماراتي بيّن حجم الإساءة كما سرت عليه القواعد العامة، لكن يؤخذ عليه في الفقرة الرابعة حين جهل الحال وعدم معرفة المسيء، كان عليه حين تعرّضه للزوجة الطالبة للتفريق، وتبين أن الضرر منها والزوج متمسك بالرابطة الزوجية، أن يحكم برفض الدعوى لا التفريق حفاظاً على الأسرة وكيانها.

10- سكت قانون الأسرة الجزائري عن نوع الفرقة في التفريق للشقاق، لكن استنباطاً من القانون فكل فرقة يوقعها القاضي عن طريق حكم، تعتبر طلقة واحدة بئنة، حسب ما جاء في نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، ولا يعتد بالطلاق خارج المحكمة، وبالتالي فالطلاق الذي صدر فيه حكم يكون بائناً بينونة صغرى، إلا ما كان مكملًا للثلاث فإنه يقع بائناً بينونة كبرى، وكان على قانون الأسرة الجزائري النص على تبیان نوع الفرقة للتطبيق للشقاق والتطبيق بشكل عام في مادة قانونية، وهو

(1) رمضان الشرنباصي، جابر الشافعي، المرجع السابق، ص 424.

(2) قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المرجع السابق.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

ما نجده في مدونة الأسرة المغربية التي بيّنت ذلك من خلال المادة 122 حيث نصت: "كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن إلا في حالي التطليق للإيلاء وعدم الانفاق"⁽¹⁾.

بعد عرض بعض ما سكت عنه قانون الأسرة الجزائري فيما سبق ذكره، نجده جعل من انتداب الحكّمين حل من الحلول، وإن كان منقوص التفاصيل، لكن جرى تطبيقه على مستوى القضاء بشكل موسّع استكمالاً لما لم يرد في القانون.

بعض التشريعات بالرغم من ورود انتداب الحكّمين ضمن نصوصها، إلا أنه لوحظ عدم الالتجاء له إلا نادراً على المستوى القضائي، من ذلك مجلة الأحوال الشخصية التونسية، فبمقتضى الفصل 25 منها والذي ينص على التحكيم كحل من الحلول، إلا أن ذلك يعتبر نادر التطبيق بل مهجور ولا يرجع إليه في العمل القضائي، على حد قول بعض الشراح⁽²⁾ بالرغم من ما يوفره هذا الاجراء من فرص نجاح في الإصلاح بين الزوجين، ولعل السبب يعود إلى كون القضاة أصبحوا لا يثقون في شخص الحكّم وعمله، وعلى ما يبدو هو سبب غير مُقنع كون التحكيم مفعّل في غير مواد الأسرة، والنص موجود بين طيات مجلة الأحوال الشخصية التونسية، وهو سند قانوني حقيقي لكن أهمل العمل به لأسباب غير مقنعة⁽³⁾.

سادسا- التطليق للشقاق في قرارات المحكمة العليا:

كان لقضاء المحكمة العليا الدور الكبير في استكمال ما سكت عنه قانون الأسرة في التطليق للشقاق، بل كان هو السبّاق في اعتبار التطليق للشقاق كسبب من أسباب التطليق قبل تعديل قانون الأسرة 11/84 بالأمر 02/05 الصادر في 2005/02/27، وبعد التعديل حاول القضاء تبيان بعض أسباب التطليق للشقاق ومظاهره والتي لم ترد في القانون.

1- التطليق للشقاق في القضاء قبل تقنينه في قانون الأسرة:

وضعت الاجتهادات القضائية قبل تعديل قانون الأسرة الشقاق المستمر بين الزوجين سبباً من أسباب التطليق، وهذا نموذج لقرار صادر عن المحكمة العليا حيث جاء فيه: "من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعاً، ولما كان -في قضية الحال- أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عنه إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما. فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب الكافي للتفريق القضائي، طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"⁽⁴⁾، ويعتبر هذا

(1) مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

(2) حامد الجندلي، المرجع السابق، ص 575. فاطمة الزهراء بن محمود، سامية دولة، المرجع السابق، ص 120-121.

(3) حامد الجندلي، نفس المرجع والصفحة.

(4) المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 139353، 1996/09/24، مذكور سابقاً.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

أول قرار ذكر فيه الشقاق بشكل صريح -بحسب علمي- واعطى هذا القرار مفهوما للشقاق المستمر على أنه استفحال الخصام بين الزوجين لمدة طويلة مع استمراريته⁽¹⁾، وهو ما لم يذكره قانون الأسرة حتى بعد تعديله.

2- التطبيق للشقاق في القضاء بعد تقنينه في قانون الأسرة:

بعد تقنين التطبيق للشقاق ووضعه ضمن أسباب التطبيق في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، ورغم غموض النص القانوني المنظم للتطبيق للشقاق، إلا أن القضاء استمر في الحكم به، مبينا المسكوت عنه قانونا لبعض مظاهر الشقاق وأسبابه، وقد ورد في أحد القرارات ما نصه: "يثبت الشقاق المستمر، من خلال ما يظهر من الحياة الزوجية والخصومات القضائية بين الطرفين، لا يكفي الخلاف الظاهر في جلسة الصلح، لثبوت الشقاق المستمر والاعتماد عليه في التطبيق"⁽²⁾، ومن خلال تحليل ما جاء في فحوى القرار، يبدو أنه يبين مظهرا من مظاهر الشقاق وإثباته:

الأول: الشقاق ما يظهر من الحياة الزوجية: ويقصد به المشاكل اليومية بين الزوجين، التي تصل حدا يمكن من خلاله اعتباره شقاقا، وكذلك ما يشهد به الظاهر من طول أمد النزاع واستمراريته مُفضيا لنزاعات شديدة من الصعب حلها، وكلها تعتبر من مظاهر الشقاق.

الثاني: الخصومات القضائية بين الزوجين: ويقصد بها تكرّر الشكوى حيث تكون دليل إثبات على وجود الشقاق، والذي أساس دليله الفقه واعتدّ به القضاء وسكت عنه القانون، شرط أن تكون الزوجة قد رفعت دعوى من قبل لتضررها من الزوج ورُفضت.

لكن ما يعاب على هذا القرار، أنه لم يعتدّ بالخلاف الظاهر في جلسة الصلح كدليل إثبات على وجود الشقاق، وكان على القاضي الأخذ به، لأنه قد تظهر خلال جلسات الصلح مظاهر خلاف تدل على أن الشقاق مستفحل بين الزوجين، ومثاله أن توجه الزوجة الاتهام للزوج بالإضرار بها فيصمت، وصمته في هذا المقام دون أن يدافع عن نفسه ببنت شفة، ودون أن يُبدي ردة فعل تبرئه من التهم الموجهة إليه، هو موقف يعطي للقاضي يقينا أن الزوجة فعلا متضررة من شقاق مستفحل بينهما، وما لوحظ في حيثيات هذا القرار أن قاضي الدرجة الأولى لم ينتدب حكّمين للنظر في حال الزوجين، بالرغم من كونه إجراء ضروري، يفسح المجال أمام القاضي للاطلاع أكثر على حال الزوجين حتى يثبت له الشقاق.

أخيرا يستنتج من قرارات المحكمة العليا، أنها قبل تقنين الشقاق عرفته وأسست ما يسمى بالتطبيق للشقاق المستمر الذي كان محل تعديل، وبعد تقنينه حاولت استكمال ما غفل عنه قانون الأسرة من تبيان لمظاهر الشقاق، التي منها تراكم المشاكل اليومية للزوجين وتكرار الشكوى بينهما.

(1) انظر قرار المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 36414، 1985/05/20، المذكور سابقا.

(2) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 624622، 2011/07/14، المذكور سابقا.

المطلب الثاني: المسائل المسكوت عنها في الخلع

الأصل في الحياة الزوجية أنها تقوم على المودة والرحمة والمعاشرة بالمعروف، وقد يعترها نزاع وخلاف نتاج إحساس بالنفور دون سبب ظاهر، وخوفاً من وقوع ما لا يحمد عقباه وضعت الشريعة حلولاً لهكذا حالة، فللزواج الطلاق بالإرادة المنفردة ولو كان متعسفاً، أما الزوجة فقد شرع لها الخلع حلاً إن كان الزوج مضراً بها أو مقصراً في أداء حقوقها أو كارهاً له وهو مصرّ على عدم فك الرابطة الزوجية، وحتى يكون هناك إنصاف للزوج، جعلت الشريعة هذا الخلع مقابل بدل تدفعه الزوجة له تعويضاً لما خسر ودفعاً للضرر عن نفسها، وهذا من مقاصد الشريعة الإسلامية وعدالتها، وقد سار قانون الأسرة الجزائري على ما جاء في الفقه الإسلامي، من خلال تقنين الخلع في المادة 54 والتي نصت على: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"، فهذه المادة إن نصت على الخلع كطريق من طرق الفُرقة، إلا أن الملاحظ أنها جعلت منه حقاً فردياً للزوجة وليس رضائياً، يضاف إلى ذلك أن القانون عند تنظيمه للخلع في نص قانوني واحد أغفل عدة مسائل فيه، فقد سكت مثلاً عن: شروط المختلعة وألفاظ الخلع وغيرها، وعليه سأعرض في هذا المطلب إلى ماهية الخلع في فرع أول، ثم أتطرق لبعض المسكوت عنه في الخلع في فرع آخر.

الفرع الأول: ماهية الخلع

سأتناول في هذا الفرع تعريف الخلع، ثم إلى مشروعيته، والحكمة منه، وطبيعته الفقهية والقانونية، ورضائيته.

أولاً- تعريف الخلع: سأعرض في هذه الجزئية إلى تعريف الخلع في اللغة، وفي الاصطلاح الشرعي، وفي القانون.

أ- الخلع في اللغة: جاء في معجم مقاييس اللغة: "الخاء واللام والعين أصل واحد مطرد، وهو مزيلة الشيء الذي كان يشتمل به أو عليه. تقول: خلعت الثوب أخلعه خلعا، وخلع الوالي يخلع خلعا"⁽¹⁾، وخلع عليه إذا نزع لباسه وطرحه عليه، أي منحه إياه لقاء صنيع له، أو هو تطليق المرأة بعوض منها أو من غيرها، والخالع وهي المرأة المطلقة من زوجها بفدية⁽²⁾.

في الأمور الحسية المقصود من لفظ الخلع، أن يخلع ما كان يرتديه سواء كان لباساً أو شيئاً آخر، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿إِنِّي أَنَا رَبُّكَ فَاخْلَعْ نَعْلَيْكَ إِنَّكَ بِالْوَادِ الْمُقَدَّسِ طُوًى﴾⁽³⁾، ففي هذه الآية الخلع أي النزع، وفي الأمور المعنوية هو إزالة الزوجية فيقال خلعت المرأة زوجها مُخالعة، يعني افتدت منه

(1) ابن فارس، المرجع السابق، ج 2، ص 209.

(2) الزمخشري، المرجع السابق، ج 1، ص 262. الفيروز آبادي، المرجع السابق، ص 713.

(3) سورة طه، الآية 12.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

بمال⁽¹⁾، وقد قال الفقهاء أن العرف خص استعمال الخلع بفتح الخاء لإزالة غير الزوجية وبالضم لإزالة الزوجية⁽²⁾، وسُمي الخلع من الخلع وهو النزاع، استعارة من نزع الثياب لأن كل من الزوجين لباس للآخر في المعنى المجازي، لقوله تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لِهِنَّ﴾⁽³⁾. وعليه يمكن حصر المعنى اللغوي للخلع في النزاع، والفصل، والإزالة، والارسال، والاطلاق من القيد⁽⁴⁾، والمنح، والعطاء (كأن بالمرأة منحت زوجها مالا لقاء طلاقها).

ب- الخلع في الاصطلاح الشرعي: اختلف الفقهاء في تعريف الخلع على النحو التالي:

- الحنفية: عرفوه على أنه: "إزالة ملك النكاح بلفظ الخلع"⁽⁵⁾، ويظهر من خلال التعريف أن الخلع يتمثل في إزالة الزوجية بلفظ من ألفاظ الخلع أو فيما معناها.

- المالكية: عرفه المالكية على أنه: "أن تبذل المرأة أو غيرها للرجل مالا على أن يطلقها أو تسقط عنه حقها"⁽⁶⁾، ويظهر من خلال التعريف أن الخلع عند المالكية طلاق ببذل مال من الزوجة.

- الشافعية: الخلع هو "فرقة بين الزوجين ولو بلفظ مفاداة بعوض مقصود راجع لجهة الزوج، بلفظ طلاق أو خلع"⁽⁷⁾، يتضح من التعريف أن الخلع يحصل بأحد ألفاظ الطلاق مقصوده من ناحية الزوج طلاقا صريحا أو كناية.

- الحنابلة: وعرفه فقهاء الحنابلة على أنه: "هو فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة"⁽⁸⁾، والفائدة من ذلك تخلّصها من الزوج، ولا رجعة له على الزوجة إلا برضاها، والراجع عند فقهاء الحنابلة أن الخلع لا يقع إلا بعوض، فإن خالعت الزوجة زوجها دون بدل لم يقع الخلع ولا الطلاق، إلا إذا طُلقت بلفظ صريح أو كناية مع النية، ويقع حينئذ طلاقا رجعيًا⁽⁹⁾.

عرّف الفقهاء المعاصرون الخلع، ومنهم الأستاذ عبد الكريم زيدان على أنه: "إزالة ملك النكاح بمال تدفعه الزوجة لزوجها بألفاظ مخصوصة"⁽¹⁰⁾.

(1) نورة منصور، التطبيق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، (د.ط.)، 2010، ص 101.

(2) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 552.

(3) سورة البقرة، الآية 187.

(4) الصادق الغرياني، الأسرة، المرجع السابق، ص 221.

(5) ابن الهمام، المرجع السابق، ج 4، ص 210. الزيلعي، المرجع السابق، ج 2، ص 267.

(6) ابن جزى، المرجع السابق، ص 154.

(7) الشربيني، الإقناع، المرجع السابق، ج 2، ص 434.

(8) الجبوتي، كشف القناع، المرجع السابق، ج 5، ص 212.

(9) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 9، ص 459.

(10) عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ج 8، ص 115.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

بعد استعراض تعريفات الفقهاء، يتبين أنها تصبّ كلها في كون الخلع هو بذل الزوجة مالا للزوج بهدف فك الرابطة الزوجية بينهما، والتعريف الأنسب للخلع هو تعريف المالكية من كونه طلاقً بعوض، بحيث أنه يختصر الفرق بين الطلاق، والتفريق، والخلع، وعليه من خلال ما سبق يمكن تعريف الخلع على أنه طلاق بعوض تبذل فيه الزوجة مالا للزوج أو من غيرها، لقاء طلاقها بتراض منهما.

ج- الخلع في القانون: سكت ولم يعرف قانون الأسرة الجزائري الخلع، ولم يعط له أي تفاصيل تبيّن مفهومه، وأسبابه، واجراءاته، بالرغم من كون الخلع من طرق انحلال الزواج، وفحوى المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري جاء عاما ومختصرا في مادة واحدة رغم أهمية الخلع كطريق لإنهاء العلاقة الزوجية⁽¹⁾، ونصت على: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"، ونص المادة يحتاج إلى توضيح أكثر للخلع من خلال إبراز تفاصيله الدقيقة مثلما نظمها الفقه الذي جعل له أحكاما وضوابط، فمثل هذه المسائل ليست وليدة تقنين وضعي يخضع لاجتهادات المشرعين، بل هي مسائل شرعية وردت بنصوص قطعية وإن كان فيها جانب يخضع للاجتهاد، وبالتالي كان على قانون الأسرة الجزائري وضع تعريف للخلع كما فعل قانون الأسرة القطري حيث نصت المادة 118: "الخلع هو حلّ عقد الزواج بتراضي الزوجين بلفظ الخلع، أو ما في معناه، على بدل تبذله الزوجة"⁽²⁾. بيّن القانون القطري أن الخلع حل عقد الزوجية بلفظ الخلع أو فيما معناه، وهو توجه المذهب الحنفي في ألفاظ الخلع، مقابل بدل تدفعه الزوجة لزوجها، والخلاف بيّن بين قانون الأسرة الجزائري والقطري، في أن الخلع في القانون الجزائري لا يستوجب تراضي الزوجين، أم القطري فتراضي الزوجين واجب في الخلع.

ثانيا- السند الشرعي للخلع:

جاء دليل الخلع في القرآن الكريم، والسنة النبوية، والإجماع.

أ- القرآن الكريم: في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾⁽³⁾، وجه الاستدلال من الآية أنه لا إثم عليها، فيما تعطيه إياه من مال ليخلعها، والمحذور من الطلاق طلبها لغير هذا العذر، ولا إثم عليه فيما أمسك من بدل تبذله له، لأن ما أعطته برضاها واختيار منها دون إكراه منه⁽⁴⁾.

(1) أحمد بولقصبيا، "الخلع في الاجتهاد القضائي الجزائري"، مجلة التراث، ع3، جامعة زيان عاشور بالجلفة، مخبر جمع دراسة وتحقيق مخطوطات المنطقة وغيرها، الجزائر، نوفمبر 2012، ص234.

(2) قانون الأسرة القطري، المرجع السابق.

(3) سورة البقرة، الآية 229.

(4) محمد رشيد رضا، المرجع السابق، ج2، ص308.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

ب- السنة النبوية الشريفة: جاءت في السنة النبوية أحاديث كثيرة تثبت مشروعية الخلع، لكن أشهرها ما جاء في رواية البخاري: "عن ابن عباس، أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس، ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتريدن عليه حديقته؟ قالت: نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"⁽¹⁾، ووجه الدلالة من الحديث أن الخلع مشروع، وأنه يمكن للرجل أن يخالع زوجته مقابل مال تفتدي به نفسها، وقد أجاز رسول الله ﷺ ذلك من امرأة ثابت بن قيس⁽²⁾، وأجاز له قبض العوض من زوجته، ويخالعها لسوء عشرته ونقصان حقه، ومعنى: "ما أعتب عليه في خلق ولا دين"، أي لا أريد فراقه لسوء خلقه ولا لنقص دينه، "ولكني أكره الكفر في الإسلام"، وكأنها كانت تقصد أن الكراهة الشديدة قد تفضي بها إلى إظهار الكفر حتى يفسخ نكاحها من زوجها⁽³⁾.

ج- الاجماع: أجمع فقهاء الأمة⁽⁴⁾ على أن الخلع مشروع وجائز، ولا يُعلم أحد خالف ذلك إلا بكر بن عبد الله المزني⁽⁵⁾، عن الرجل يريد مخالعة زوجته، قال لا يحل له أن يأخذ منها شيئاً، لأن الآية في قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾⁽⁶⁾، منسوخة بالآية في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾⁽⁷⁾، وقد رد على هذا القول بأن الآية الأولى فيها إباحة للخلع حال نفور الزوجة وبغضها، وفي الآية الثانية حظر في حال نفور الزوج وبُغضه، فالآيتان لحُكْمين مختلفين، فلا مكان للنسخ فيهما⁽⁹⁾.

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، حديث رقم 5273، ج 7، ص 47.

(2) تعددت الروايات في المرأة التي وقع عليها الخلع في هذا الحديث، يقول العسقلاني رحمته في هذه المسألة: "قال ابن عبد البر اختلف في امرأة ثابت بن قيس فذكر البصريون أنها جميلة بنت أبي، وذكر المدنيون أنها حبيبة بنت سهل قلت والذي يظهر أنهما قصتان وقعتا لامرأتين لشهرة الخبرين وصحة الطريقتين واختلاف السياقين". انظر العسقلاني، المرجع السابق، ج 9، ص 399.

(3) العسقلاني، المرجع السابق، ج 9، ص 400.

(4) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 7، ص 324.

(5) الإمام، القدوة، الواعظ، الحجة، أبو عبد الله المزني، البصري، أحد الأعلام، حدث عن: المغيرة بن شعبة، وابن عباس، وابن عمر، وأنس

بن مالك رحمته، كان فقهما توفي سنة 108 هـ. الذهبي، المرجع السابق، ج 4، ص 532.

(6) سورة البقرة، الآية 229.

(7) سورة النساء الآية 20.

(8) ابن عبد البر، التمهيد، المرجع السابق، ج 23، ص 375.

(9) عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، المرجع السابق، ج 2، ص 500.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

وقد ردّ عليه الامام الطبري فقال: "فأما ما قاله بكر بن عبد الله، من أن هذا الحكم في جميع الآية منسوخ بقوله: (وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا) (1) فقول لا معنى له" (2).

ثالثا- حكم الخلع:

كما سبق أن تطرقت في الإجماع فحكم الخلع الإباحة إذا توافرت شروطه، لكنه بالنظر للأدلة التي شرع بها الخلع يبقى حلا غير مرغوب فيه في الشريعة، وخاصة ما جاء في الأحاديث التي تنص على طلب المرأة التطليق أو الخلع دون سبب وجيه وما ينتظرها من وعيد، فعن ثوبان قال: "قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: أيما امرأة سألت زوجها طلاقا في غير ما بأس، فحرام عليها رائحة الجنة" (3)، فالحديث خطير في حرمانها رائحة الجنة، وهو مما يدل على أن الأصل في الخلع الحظر إلا لحاجة وضرر بين، وأقوال بعض الفقهاء تشير إلى أن الأصل فيه الحظر (4)، لأنه طلاق، والطلاق كما مر علينا فإنه محظور ولا يجوز إلا لحاجة (5)، وقد يكون محرما إذا كان يدفعها الزوج إلى الخلع من أجل الفدية (6)، مع العلم أن آخرون ذهبوا إلى أن حكمه الحرمة وهو قول بكر بن عبد الله المزني -سبق بيانه-، وحرمة آخرون بشروط منها ارتكاب فاحشة مبيّنة (حتى يجد على بطنها رجلا كناية عن الزنا) وهو ما روي عن ابن سيرين وأبي قلابة ودليلهم قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ ﴾ (7)، وقول آخر أنه لا يحل الخلع إلا من ناشز وهو لعطاء والزهري وروي عنه أنه قال: "لا يحل للرجل أن يأخذ من امرأته شيئا من الفدية حتى يكون النشوز من قبلها قيل له وكيف يكون النشوز قال أن تظهر له البغضاء وتسيء عشرته وتظهر له الكراهية وتعصي أمره" (8)، بيد أن الرأي الغالب هو الإباحة وهو ما قال به الجمهور.

(1) سورة النساء الآية 20.

(2) الطبري، المرجع السابق، ج 4، ص 581.

(3) أخرجه أبو داود في سننه، أول كتاب الطلاق، باب في الخلع، حديث رقم 2226، ج 3، ص 543. وقال الأرنبوط اسناده صحيح. وروي حديث آخر: "عن ثوبان، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: المختلعات هن المنافقات" أخرجه الترمذي في سننه، أبواب الطلاق واللعان، باب ما جاء في المختلعات، حديث رقم 1186، ج 3، ص 484. ومعنى الحديث أن التي تتخلى زوجها لميلها لآخر، وبالرغم من جواز الخلع لأن بقاء الزوجية في هذا الحال يورث الكراهية والتباغض بين الزوجين إلا أنه يكون مكروها من جانب الزوجة. انظر الماوردي، المرجع السابق، ج 10، ص 06.

(4) يقول الرحيباني الحنبلي عن الخلع: "ولأنه عبث فيكون مكروها". انظر الرحيباني، المرجع السابق، ج 5، ص 291. ويقول الشربيني الشافعي عن الخلع: "ولكنه مكروه لما فيه من قطع النكاح الذي هو مطلوب الشرع". الشربيني، الإقناع، المرجع السابق، ج 2، ص 435. وجاء في منح الجليل: "جاز الخلع بضم الخاء المعجمة وسكون اللام بلا كراهة على المشهور، وكرهه ابن القصار" انظر عليش، المرجع السابق، ج 4، ص 3. يقول العسقلاني عن الخلع: "وهو مكروه إلا في حال مخافة أن لا يقيما أو واحد منهما ما أمر به وقد ينشأ ذلك عن كراهة العشرة إما لسوء خلق أو خلق" انظر العسقلاني، المرجع السابق، ج 9، ص 396.

(5) ابن عبد البر، التمهيد، المرجع السابق، ج 23، ص 375.

(6) عبد القادر بن عزوز، المرجع السابق، ص 165.

(7) سورة النساء، الآية 19.

(8) ابن عبد البر، التمهيد، المرجع السابق، ج 23، ص 370.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

رابعاً: الطبيعة الشرعية والقانونية للخلع:

أ- الطبيعة الشرعية للخلع:

اختلف الفقهاء في الطبيعة الشرعية للخلع من حيث تكييفه على مذهبين:

المذهب الأول: وهو ما قال به الحنفية على أن الخلع يمين من جهة الزوج، معاوضة من جهة الزوجة وذلك لأن الزوج طلب عوض مال مقابل الخلع، وبالتالي اشتراطه الخلع بمقابل فكان أشبه باليمين، أما للزوجة فهي تدفع للزوج عوضاً لخلعها فكان معاوضة، وهي ليست بمعاوضة صرفة بل أشبه بالمعاوضة لأن المعاوضات الصرفة تكون في مال مقابل مال⁽¹⁾، وعلى هذا التكييف يترتب:

- لا رجوع للزوج عن إيجابه قبل قبولها، لأنه معلق بشرط المال ولا رجوع فيه، وللزوجة الرجوع.
- للزوج إضافة الإيجاب للمستقبل لأنه معلق، ولا يجوز للزوجة لأنه معاوضة من جانبها وعقود المعاوضة يجب أن تكون منجزة.

- وللزوجة اشتراط الخيار في مدة محددة تكون لها الحرية في القبول أو الرفض⁽²⁾.

المذهب الثاني: وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، من مالكية، وشافعية، وحنابلة، من أن الخلع معاوضة له شبه بالمعاوضات من الجانبين، الزوج والزوجة، مما يترتب عنه:

- للزوجين الرجوع عن الإيجاب مادام لم يصدر عن الآخر قبول.

- لا يصح للزوجين تعليق الخلع ولا إضافته للمستقبل.

- وللزوجين معا خيار اشتراط الخيار في مدة معلومة⁽³⁾.

اختلاف الفقهاء في تكييف الخلع، أدى إلى اختلافهم في كون الخلع فسخاً أو طلاقاً بائناً، وعلى

الراجح فتكييف الخلع معاوضة من الجانبين ينطبق مع كونه فسخاً لا طلاقاً بائناً⁽⁴⁾.

ب- الطبيعة القانونية للخلع: سكت ولم يبيّن قانون الأسرة الجزائري الطبيعة القانونية للخلع من كونه فسخاً أو طلاقاً بائناً، لكن الذي يستنتج من خلال النص القانوني في المادة 48 من أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم، وبالتالي لا اعتبار للطلاق، والتطليق، والخلع، دون حكم القاضي، وأكدت الفقرة الثانية من المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري أنه من راجع زوجته بعد صدور الحكم يحتاج إلى عقد

(1) محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ج4، ص 114.

(2) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج8، ص 465 وما يليها. عدنان ألكول، الخلاصة الفقهية في الأحوال الشخصية، دار إلهيات، أنقرة، تركيا، ط1، 2019، ص ص 140-141.

(3) وهبة الزحيلي، نفس المرجع والصفحة. عدنان ألكول، نفس المرجع والصفحة.

(4) عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، المرجع السابق، ج2، ص 545.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

جديد، وعليه يستنتج مباشرة أن الطلاق بائن بحكم القاضي ولا رجعة فيه، وبالتالي فالخلع طلاق بائن في قانون الأسرة الجزائري⁽¹⁾.

خامسا: رضائية الخلع

الخلع طريق من طرق الفُرقة وقع خلاف في رضائته بين الفقهاء فيما بينهم وأهل القانون، فهل يتم برضا الزوجين أم لا؟ وللإجابة على هذا السؤال، سأعرض لرضائية الخلع في الفقه الإسلامي، ثم في قانون الأسرة الجزائري.

أ- رضائية الخلع في الفقه الإسلامي:

الأصل في الخلع أن يكون بتراضي الزوجين، لكن الفقهاء اختلفوا في اعتبار الخلع هل يكون برضى الزوجين أو يوقعه القاضي.

القول الأول: أن الخلع يجوز دون القاضي وبتراضي الزوجين ويستحب للزوج رفضه، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء⁽²⁾، من حنفية، ومالكية، وشافعية، وحنابلة، وقال به عمر وعثمان رضي الله عنهما، وروي عن الزهري، وشريح⁽³⁾، وإسحاق⁽⁴⁾، ومن الفقهاء المعاصرين الأستاذ وهبة الزحيلي⁽⁶⁾.
ودليلهم في ذلك:

1- قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾⁽⁷⁾، ووجه الدلالة أن الله عزَّ وجلَّ جعل الخلع برضى الزوجين دون تدخل من القاضي.

2- حديث رسول الله ﷺ: "أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس، ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أترددين عليه حديثه؟ قالت: نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اقبل

(1) هناك من قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية من نصت صراحة على اعتبار الخلع فسخا، ومنها قانون الأحوال الشخصية الإماراتي حيث نصت الفقرة الرابعة من المادة 110 على: "الخلع فسخ". انظر قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المرجع السابق.

(2) السرخسي، المرجع السابق، ج6، ص173. الزرقاني، المرجع السابق، ج4، ص113. موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص324. العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة، المملكة العربية السعودية، ط1، 2000، ج10، ص15. موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص324. ابن حزم، المرجع السابق، ج9، ص511.

(3) شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، يمني الأصل، تمت تولىته على قضاء الكوفة بالعراق، من أشهر القضاة في الإسلام في زمن عمر وعثمان وعلي ومعاوية رضي الله عنهم، كان مأمونا في الحديث، توفي بالكوفة سنة 78 هـ. انظر الزركلي، المرجع السابق، ج3، ص161.

(4) إسحاق بن إبراهيم بن مخلد بن إبراهيم ينتهي إلى زيد مناة بن تميم بن راهويه، ولد سنة 161 هـ وتوفي سنة 238 هـ، وقال النسائي أحد الأئمة ثقة مأمون. انظر صلاح الدين الصفدي، الوافي بالوفيات، تحقيق: أحمد الأرناؤوط وتركي مصطفى، دار إحياء التراث، بيروت، لبنان، (د.ط)، 2000، ج8، ص252.

(5) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص324.

(6) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج8، ص463.

(7) سورة البقرة، الآية 229.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

الحديقة وطلقها تطليقة"، ووجه الاستدلال من الحديث أن قول رسول الله ﷺ: "أقبل الحديقة وطلقها تطليقة"، هو أمر جاء على سبيل الإرشاد والاصلاح وليس على سبيل الإيجاب والالزام⁽¹⁾.

3- الخلع عقد مثله مثل عقود المعاوضة، فعقد البيع يقطع بالتراضي بالإقالة، فكذلك التراضي على الخلع يقطع الزوجية، وفي كلتا الحالتين لا حاجة إلى قاض ليحكم بالإقالة⁽²⁾.

القول الثاني: وهو عدم اشتراط رضا الزوج في الخلع، وللقاضي سلطة في ايقاعه، وهو ما قال به الحسن البصري⁽³⁾، وابن سيرين⁽⁴⁾ (5)، والإمام الشوكاني⁽⁶⁾، ومن الفقهاء المعاصرين عبد الرحمن الصابوني⁽⁷⁾، والإمامين أبو زهرة وسيد سابق⁽⁸⁾.

ودليلهم في ذلك:

1- قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾⁽⁹⁾، وقوله ﷺ: "فإن خفتم" جعل الخوف لغير الزوجين، وهو خطاب موجه للحكام وولاة الأمور، وقد احتج به من جعل الخلع إلى السلطان، وقد قوى ذلك قراءة حمزة لـ "يُخَافَا" بضم أوله مبني للمجهول، والمراد به الولاية⁽¹⁰⁾.

2- ذكر صاحب الفتح القدير دليلاً آخر لمن اشترط الحاكم في وقوع الخلع، فيقول: "ويظهر أن قوله تعالى {فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما} (11) فإنه تعالى شرعه مشروطاً لخوف الأئمة والحكام إذ هم المخاطبون بقوله تعالى فإن خفتم وهذا فرع الترافع إليهم"⁽¹²⁾، ومعنى ذلك أن ضرورة الترافع أمام القاضي تجعل من إذنه شرطاً مهماً، ولا معنى للترافع إن انتفى هذا الشرط المقرون باشتراط خوفه⁽¹³⁾.

(1) العسقلاني، المرجع السابق، ج9، ص400.

(2) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص324.

(3) الحسن بن يسار البصري، من التابعين، من أئمة البصرة، من أفقه وأشجع وأفصح النساك، وكان حبر الأمة في زمنه، مدني المولد سنة 21 هـ، وتوفي سنة 110 هـ بالبصرة. انظر الزركلي، المرجع السابق، ج2، ص226.

(4) محمد بن سيرين البصري، إمام زمانه في علوم الدين بالبصرة، من التابعين، ولد بالبصرة سنة 33 هـ، وتوفي بها سنة 110 هـ، من أشرف المصنفين، أصيب بصمم في أذنه، كان فقيهاً راوياً للحديث ورعاً معبراً للرؤى. انظر الزركلي، نفس المرجع، ج6، ص154.

(5) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص324. ابن عبد البر، الاستذكار، تحقيق سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2000، ج6، ص85.

(6) الشوكاني، المرجع السابق، ج6، ص294.

(7) للمزيد انظر عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ج8، ص119 وما يليها.

(8) سيد سابق، المرجع السابق، ج2، ص299.

(9) سورة البقرة، الآية 229.

(10) القرطبي، المرجع السابق، ج3، ص138. العسقلاني، المرجع السابق، ج9، ص397.

(11) سورة البقرة، الآية 229.

(12) ابن همام، المرجع السابق، ج4، ص215.

(13) عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، المرجع السابق، ج2، ص589.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

3- ما جاء في حديث رسول الله ﷺ عن حادثة خلع امرأة ثابت بن قيس حيث قال ﷺ: "أقبل الحديقة وطلقها تطليقة"، فوجه الاستدلال من الحديث أن أمر النبي ﷺ لثابت جاء على سبيل الإيجاب والالتزام لا على سبيل الإرشاد⁽¹⁾.

الترجيح: بعد استعراض القولين وأدلتهمما تبين أن أدلة الفريقين متقاربة رغم ترجيح كثير من الفقهاء والباحثين للقول الأول، من أن الخلع يكون برضى الزوجين دون اجبار من القاضي، وهذا الرأي الغالب، وعليه أرجح القول الأول، وذلك لقوة أدلته، بالرغم أنها لم تسلم من المناقشة، خاصة حينما استدلو بحديث رسول الله في خلع امرأة ثابت ابن قيس على أنه أمر استحباب وإرشاد لا وجوب، فردّ الشوكاني أن العسقلاني لم يذكّر ما يدل على صرف الأمر عن حقيقته⁽²⁾.

يمكن القول أن السير على ما جاء به الجمهور ومن خالفهم يكون مخرجا محققا لنتيجة عادلة، تبعا لما هو واقع ما بين الزوجين، وذلك على النحو التالي: فإن كان الخلع بالتراضي بين الزوجين، فيتفقان ويرفعانه للقاضي للحكم بينهما، مع مراعاة شروط الخلع بعد الاتفاق على البذل، وإن وقع خلاف وشقاق بين الزوجين، ولم يوافق عليه الزوج، يُرفع الأمر للقاضي فيحكم بما هو مناسب سواء وافق أو لم يوافق، ويبقى للخلع عن طريق القضاء أهمية خاصة، وهو حل نهائي للكثير من القضايا المعطّلة، لكون الزوجة متضررة والزوج رافض للخلع متعنّت دون سبب، يقول ابن رشد الحفيد: "والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة، جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل"⁽³⁾.

ب- رضائية الخلع في قانون الأسرة الجزائري:

يقع الخلع بحكم أمام القضاء وجوبا في قانون الأسرة الجزائري، ولا اعتبار لوقوعه خارج دائرته بنص المادة 48، وكانت المادة 54 من نفس القانون قبل تعديله تعطي اعتبار لرضى الزوج، لكن بعد التعديل نصت المادة صراحة على أن حكم الخلع لا يتوقّف على موافقة الزوج دون مناقشة الأسباب التي رفعت من أجلها الزوجة الطلب، ولا يكون للقاضي التدخل إلا في حال الخلاف في العوض بين الزوجين (المبلغ المالي المقدم من الزوجة)⁽⁴⁾، حيث نصت المادة 54: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

(1) الصنعاني، المرجع السابق، ج2، صص 245-246.

(2) الشوكاني، المرجع لسابق، ج6، ص294. وانظر كذلك عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، المرجع السابق، ج2، ص622.

(3) ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج3، ص90.

(4) لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، (د.ط.)، 2014، ص169.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

جاء تعديل نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري بناء على ما كرّسه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، التي اتخذت فيه منحيين منفصلين لمبدأين مختلفين بدءاً من سنة 1992⁽¹⁾، حيث كانت كل قرارات المحكمة العليا قبل هذا التاريخ تركز اعتبار إرادة الزوج في إيقاع الخلع، لكن بعد تلك السنة أصبح الخلع حقاً خالصاً للزوجة أي لا اعتبار لإرادة الزوج⁽²⁾، وهذا مثال لأحد القرارات ذو التوجه الأول المؤكد لرضائية الخلع جاء فيه: "متى كان من المقرر شرعاً أن الخلع يعتبر عقداً رضائياً، ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكاً لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع"⁽³⁾، أما بعد تغير توجه المحكمة العليا باعتبار الخلع حقاً صرفاً للزوجة فلا صوت يعلو فوق صوتها إن هي أرادت مخالفة زوجها دون الالتفات إلى موافقته ورضاه، إلا في مسألة الاختلاف في مقدار العوض، حيث جاء في قرار بعد تغير توجه المحكمة العليا ما نصه: "إن الخلع ليس بعقد رضائي وموافقة الزوج غير ضرورية فيه وللزوجة وحدها الحق في مخالفة نفسها من زوجها مقابل مبلغ مالي"⁽⁴⁾.

قانون الأسرة الجزائري بعد تعديله سار على ما كرّسه الاجتهاد القضائي، من عدم اعتبار موافقة الزوج، وبالتالي لم يعد الخلع فيه عقداً رضائياً⁽⁵⁾، بعد أن كان رضائياً⁽⁶⁾-قبل التعديل- ولا يمكن فرضه على الزوج⁽⁷⁾، بل أصبح حقاً إرادياً للزوجة مقابل حق العصمة للزوج⁽⁸⁾، تستخدمه متى كرهت عشرة الزوج دون أسباب، مقابل مبلغ مالي تدفعه كعوض للفرقة.

(1) هذا التغيير في الاجتهاد كان سببه غموض النص القانوني في المادة 54 من قانون الأسرة، والتي لا يفهم منها وجوب رضی الزوج من عدمه، الأمر الذي فتح للقضاة الباب للاجتهاد من خلال تكريس رضی الزوج في قضايا الخلع، فكان جوهرياً منذ صدور القانون سنة 1984 حتى سنة 1992، حيث تغير المنع من الرضائية إلى الحق الإرادي الأصيل للمرأة في طلب الخلع دون موافقة الزوج، وهو ما كُرس فعلاً في العمل القضائي إلى غاية تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005. للمزيد انظر أحمد بولقصبيات، المرجع السابق، ص 239 وما يليها.

(2) التغيير المفاجئ للاجتهاد مسألة تستحق النقد، وكان على رجال المحكمة العليا تهيئة الرأي العام واعلامه بهذا التغيير الذي يمس الرضائية كعنصر جوهري في قضايا الخلع، مع تبيان الأسباب التي افضت لهذا التغيير، وإظهار السند الفقهي لهذا التوجه الجديد. أحمد بولقصبيات، نفس المرجع، ص ص 240-242.

(3) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 33652، 1984/06/11، م ق، 1989، ع 03، ص 38.

(4) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 336380، 2005/07/13، ن ق، 2006، ع 61، ص 328.

(5) وهو ما ورد بصريح العبارة في قرار المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 336380، 2005/07/13، مذكور سابقاً.

(6) وهو ما نصت عليه المحكمة العليا كذلك في قرار: المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 33652، 1984/06/11، مذكور سابقاً.

(7) جاء في قرار للمحكمة العليا والذي جاء في حيثياته: "حيث أن قاضي الموضوع قد أصدر الحكم المطعون فيه القاضي بالطلاق خلعا على الرغم من عدم قبول الزوج لمبدأ الخلع أصلاً هذا مخالف لأحكام المادة 54 من ق.أ. (...) وأن واقعة الثابت بن قيس لا يفهم منها أن للقاضي حق فرض قبول الخلع على الزوج". المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 73885، 1991/04/23، م ق، 1993، ع 2، ص 55.

(8) جاء في قرار للمحكمة العليا ونصه: "لكن حيث أنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المحكمة سببت حكمها بأن الخلع حق إرادي للزوجة يقابل حق العصمة للطاعن، ولا يعتد فيه بإرادة الطاعن واستندت إلى المادة 54 من قانون الأسرة". المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 656259، 2011/09/15، م م ع، 2012، ع 1، ص 318.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

أما في القانون المقارن كان القانون المصري⁽¹⁾ هو أول قانون استثنى رضا الزوج في الخلع في سنة 2000 ضمن تعديلاته، حيث صدر القانون متضمنا إمكانية الخلع بين الزوجين بحكم القاضي بطلب من الزوجة⁽²⁾، واتبعت بعض قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية، ولعل من الأسباب التي جعلت من القانون لا يتوافق مع الفقه في أحكام الخلع، هي الأسباب نفسها التي أدت إلى تعديل قانون الأحوال الشخصية ونذكر منها⁽³⁾:

- عجز كثير من الزوجات عن إثبات الضرر في قضايا الشقاق، أو عدم اطلاع المحكمة لأسباب بُغضها للزوج، فجاء هذا التعديل ليمنحها حق طلب الخلع دون أسباب محددة وواضحة.
- الوقت الوجيز الذي تستغرقه قضايا الخلع مقارنة بقضايا التفريق الأخرى، التي تستغرق وقتا طويلا يضر بحقوق الزوجة وحقوق أولادها.
- ابتزاز الأزواج وتعسفهم في حق إيقاع الطلاق، بترك الزوجة معلّقة والضغط عليها للخضوع، لذلك وضع التقنين هذا الاجراء للحد من إضرار الأزواج بزواجهم.

الفرع الثاني: المسائل المسكوت عنها في الخلع

إن تطرق قانون الأسرة الجزائري للخلع كطريق من طرق انحلال الزواج في مادة واحدة، كان له نتيجة سلبية، وهي اغفاله للعديد من المسائل القانونية المنظمة له⁽⁴⁾، وقد يقول قائل أن القانون نص في المادة 222 منه على الإحالة للشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود النص، وهو حل سهل أمام القاضي للاستنباط من الآراء الفقهية ما هو مناسب دون قيد، لأن المادة سالفه الذكر لم تُقيده بمذهب معين، لكن الأمر ليس بالسهولة التي نظن، لأنه بالاستقراء والبحث العميق لأحكام الفقه الإسلامي نجد أن بعض المسائل فيها خلاف فقهي، مما ينعكس على الأحكام القضائية ويجعلها تتعارض فيما بينها باختلاف الجهات القضائية، ويصعب من عمل المحكمة العليا كجهة موحدة للاجتهاد القضائي، وعليه سأتطرق في دراستي هذه لموضوع المسكوت عنه في الخلع لبعض المسائل دون أخرى، وما سأتناوله من مسائل كان محل ذكر في القوانين المقارنة فاسترشدت ببعضها لتبيان مواضع

(1) المادة 20 من قانون رقم 1 لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.

(2) انظر منال محمود المشني، "أحكام الخلع وآثاره في قانون الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)"، ورقة بحثية مقدمة ضمن المؤتمر الدولي الموسوم بقضايا المرأة المسلمة بين أصالة التشريع الإسلامي وبريق الثقافة الوافدة، المنعقد في الفترة 14-16 مارس 2006، رابطة الجامعات الإسلامية، القاهرة، مصر، سلسلة مركز دراسات الأسرة، حل عقدة النكاح في ضوء الشريعة الإسلامية، إشراف جعفر عبد السلام، (دن)، مصر، ط1، 2006، ص 160.

(3) منال محمود المشني، نفس المرجع، ص 160 وما يليها.

(4) يرى الأستاذ العربي بختي أن الحل على ما سكت عنه المشرع في بعض مسائل الخلع، هو اتباع مذهب مالك رحمته الله عند القضاء بما لم يوضحه القانون. انظر العربي بختي، أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص 126.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج و آثاره

سكوت قانون الأسرة الجزائري عن بعض المسائل في الخلع، منها مسائل في أركان الخلع⁽¹⁾، وهي شروط الزوج المخالع والزوجة المختلعة، وألفاظ الخلع، وإن لم يسكت عن العوض (المقابل المالي)، إلا أنه لم يتطرق لأنواعه كالخلع مقابل بعض حقوق الأولاد، وكذلك سأعرض لمسألة الخلع قبل الدخول.

أولاً- ما يشترط في الزوجان في الخلع كمسكوت عنه:

حتى يقع الخلع صحيحاً وجب توفر شروط في الزوج المخالع، والزوجة المختلعة، وهو ما سأعالجه في هذا البند بتبيان شروطهما في الفقه الإسلامي، ثم في قانون الأسرة الجزائري، مع إيضاح سبب سكوته عن هذه المسألة.

أ- شروط الزوج المخالع والزوجة المختلعة في الفقه الإسلامي:

حتى يكون الخلع صحيحاً وجب توفر شروط من جانب الزوج المخالع، والزوجة المختلعة.

أ-1- الزوج المخالع: ما يشترط في الزوج المطلق يجب توفره في المخلع، من أهلية، وبلوغ، وعقل فلا يصح طلاق المجنون، والمعتوه، كذلك أن يكون قاصداً غير مكره أو مخطئ، وعليه فكل من صح طلاقه صح خُلعُه، وقد سبق أن تطرقت لشروط الزوج المطلق بالتفصيل.

أ-2- الزوجة المختلعة: أما الشروط الواجب توفرها في الزوجة المختلعة هي قيام الزوجية بعقد صحيح أي أن تكون محلاً للخلع أو في عدة طلاق رجعي فهي زوجة حُكماً، ووجب أن تكون كاملة الأهلية من بلوغ، وعقل، غير معتوهة، ولا سفهية، وغير محجور عليها حتى يلزم العوض، لأن الخلع فيه بذل عوض، لذا استوجب أن تكون ممن يصح تبرُّعُها قادرة على التصرف في مالها، أما إذا وقع الخلع مع انعدام أهلية التصرف فاختلف الفقهاء في تفاصيلها على النحو التالي⁽²⁾:

1- حال انعدام أهلية الزوجة مع وقوع الخلع:

- الحنفية: لا يقع الخلع من الصغيرة والسفهية، وإن وقع من المميزة التي تعرف الطلاق فتبين منه ولا يلزمها العوض المالي، وإن دفع ولَّيها من مالها فلا يلزمها العوض، وإن دفعه من حرّ ماله وقع صحيحاً⁽³⁾.

- المالكية: لو دفعت الزوجة مالا لزوجها لطلاقها وكانت صغيرة سفهية، فإن خالع الزوج وقبض المال لزمه الطلاق وبانت منه وعليه ردُّ المال، أما إذا اشترط في الصيغة كأن يقول: "إن تم لي مال"، فإن الخلع لا يقع إن ردُّ المال، وإن كان ولياً مُجبراً (يُجبرها على النكاح إن طلقت، كأن لا تزال بكراً أو ثيباً

(1) اختلف الفقهاء في أركان الخلع، فالحنفية يرون أنه يتمثل في الإيجاب والقبول إن كان بعوض، لأن من المعلوم عندهم في العقود أن الركن الوحيد هو الإيجاب والقبول وما عداهما شروط، أما الجمهور فأركان الخلع عندهم خمسة: الزوج المخالع، والزوجة المختلعة، والصيغة، والعوض (المال وغيره). انظر جمال عبد الوهاب عبد الغفار، الخلع في الشريعة الإسلامية (دراسة فقهية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، (د.ط.)، 2003، ص 57.

(2) انظر مبروك المصري، المرجع السابق، ص 269.

(3) الجزيري، المرجع السابق، ج 4، ص 352.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

غير بالغة) فيقع الخلع صحيحا من مالها دون إذنها، وإن كان غير مجبر (أي لا يجبرها على النكاح إن طلقت) فلا حق له في أن يخالع عنها دون إذنها⁽¹⁾.

- الشافعية: خلع الصغيرة والمحجور عليها لسفه والمدخول بها لا يلزمها مالا، ويقع طلاقا رجعيا إلا في حالة واحدة يقع بائنا ويلزم العوض، حين يأذن وليها بالخلع مقابل مال، إذا خيف من زوجها أن يبدد مالها، أما غير المدخول بها فيقع طلاقا بائنا دون عوض⁽²⁾.

- الحنابلة: لا يقع الخلع من صغيرة، أو سفهية أو مجنونة حتى ولو تم بإذن الولي، لأن بدل الخلع تصرف مالي وليست أهل لهذا التصرف، ولا إذن للولي في التبرعات⁽³⁾.

2- حال تمام أهلية الزوجة وهي في مرض الموت:

اختلف الفقهاء في وقوع الخلع من الزوجة المريضة مرض الموت⁽⁴⁾، خوفا من محاباة الزوج أو حرمانه من الميراث إلى قولين⁽⁵⁾:

القول الأول: وهو ما قال به الحنفية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، من أن الخلع جائز عند المريضة مرض الموت، لكن اختلفوا في المقدار المختل به.

- الحنفية: ذهبوا إلى جواز الخلع شريطة أن يأخذ الأقل قيمة من الثلاثة البديل أو ثلث المال أو الميراث، والحديث عن ثلث المال كون العوض من التبرعات، فإن ماتت في العدة يُنظر فإن كان مقدار الثلث من العوض، يُنظر إلى نصيبه من الميراث، فإن كان نصيبه من الميراث أكثر من العوض أخذ العوض لأنه أقل من الثلث والميراث، وإن كان الثلث أقل من العوض الذي خالعه عليه، ينظر إلى نصيبه من الميراث، فإن كان الثلث أقل من الميراث أخذ الثلث، وإن كان الميراث أقل أخذ الميراث، يعني أنه في جميع الحالات يأخذ الأقل، سواء كان بدل الخلع، أو الثلث، أو الميراث. هذا بالنسبة للمدخول بها، أما غير المدخول بها فتبين منه مباشرة ولا حق له في الميراث منها، وينظر فقط إلى العوض وثلث التركة فيأخذ الأقل منهما⁽⁶⁾.

- الشافعية: يصح خلع المريضة مرض الموت، ولكن لا يجب أن يتجاوز العوض مهر المثل، فإن تجاوز العوض مهر المثل نُظر هل هو أكثر من ثلث التركة، فإن كانت الزيادة أقل من مهر المثل، جاز له أخذه دون اعتراض من الورثة، وإن كانت الزيادة أكثر من الثلث تخضع لإجازة الورثة، فإن أجازوها أخذ

(1) الصادق الغرياني، الأسرة، المرجع السابق، ص ص 229-230.

(2) الجزيري، المرجع السابق، ج4، ص352.

(3) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، المرجع السابق، ج19، ص246.

(4) يعرّف مرض الموت بأنه: "ذلك المرض الذي يقعد المريض عن قضاء مصالحه، ويغلب فيه الموت عادة وينتهي بالموت فعلا". انظر نسيم

شيخ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، (د.ط)، 2012، ص ص 182-183.

(5) سامح عبد السلام محمد، الخلع كما شرعه الإسلام، دار النهضة العربية، مصر، ط1، 2011، ص ص 156-157.

(6) ابن عابدين، المرجع السابق، ج3، ص460. الجزيري، المرجع السابق، ج4، ص354.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

الزوج الزيادة، وإن لم يجزها الورثة، أو كان ثلث التركة أقل من الزيادة، فسخ بدل الخلع بزيادته وأرجع العوض لقيمة مهر المثل (1).

- الحنابلة: يصح كذلك خلع المريضة، والزوج له الأدنى من بين الميراث والعوض، فإن كان العوض أقل من الميراث أخذ العوض، وإن كان أكثر منه أخذ الميراث (2).

القول الثاني: هو أن الخلع في مرض الموت للزوجة والزوج صحيح غير جائز ولا يرثها، ويُحرم عليه أخذ شيء منها، وإن أخذ عليه رده، لأن الطلاق وقع بائنا وينفذ ولا توارث بينهما (3)، وهو المشهور من مذهب مالك رحمته الله، وفي قول آخر لابن القاسم يجوز أخذ قدر إرثه منها يوم وفاتها وليس يوم الخلع، وليس له أكثر من مقدار إرثه منها، إن كان أقل أو يساويه، وإن كان مقدار المختلح به أكبر ردّ الزيادة عن إرثه، ولا ميراث بينهما، وإن صحّت من مرضها تم الخلع، وأخذ العوض دون مقارنته بنصيبه من ميراثها (4).

الترجيح: بعد عرض القولين تبين أن الراجح هو قول جمهور الفقهاء من أن الخلع يجوز في مرض الموت، على أن لا يزيد عوضه عن الميراث، فإن زاد أرجع الزيادة، وإن كان العوض أقل من الميراث فله العوض، يعني أنه يأخذ الأقل ما بين العوض والميراث، حتى لا يقع إضرار بالورثة، والترجيح لقدر العوض وقع اختياراً ما بين ما قال به الحنابلة وقول ابن القاسم من المالكية، وهو على ما يبدو الرأي الأقرب للصواب، ذلك لأن اعتبار مهر المثل تقويم للبدل غير صالح، لكون خروج البضع من مال الزوج غير متقوم، عكس النكاح فمهر المثل تقويم له لدخول البضع في ملك الزوج، أما الزيادة على مقدار الزوج في الميراث باطلة، لاتهمه بإيصال الزوجة له جزءاً من ثروتها بغير مقابل في مرض موتها ولا سبيل لها إلا هذا الطريق، فتأخذ الزيادة هنا حكم الوصية لو ارث، وعليه فاعتبار نصيب الزوج من الميراث هو المناسب، بحجة أنها لو لم تُخالعهُ لأخذ نصيبه من ميراثها (5).

ب- شروط الزوج المخالعة والزوجة المختلعة في قانون الأسرة الجزائري:

سكت قانون الأسرة الجزائري عن شروط الزوج المخالعة والزوجة المختلعة، ولم يتطرق لأي مسألة في الخلع، عدى تبيان إمكانية إنهاء الرابطة الزوجية بالخلع من طرف الزوجة عن طريق القضاء، فهو خلع قضائي وليس رضائي، ونفى التراضي بين الزوجين في الاتفاق على الخلع وجعله حقا للزوجة دون موافقة الزوج، وتطرق لمسألة العوض وتحديدده بمهر المثل وقت الخلع وليس زمن انعقاد الزواج، وفي

(1) الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 4، ص 434. الجزيري، المرجع السابق، ج 4، ص 357.

(2) شمس الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 22، ص 101.

(3) الصاوي، المرجع السابق، ج 2، ص 29.

(4) الدسوقي، المرجع السابق، ج 2، ص 355. وقد برر بعض فقهاء المالكية أن قول مالك رحمه الله، لم يجز خلع المريضة إنما كان قصده ليس عدم جوازها بالكلية، إنما يبطل ما جاوز المقدار الزائد عن الخلع ولا ميراث بينهما. انظر الخرشبي، المرجع السابق، ج 4، ص 20.

(5) انظر الرحيباني، المرجع السابق، ج 5، ص 313. الدسوقي، المرجع السابق، ج 2، ص 355. عيلة الكحلوي، "الخلع دواء ما لا دواء له"، مجلة الزهراء، مع 1، كلية الدراسات الإسلامية والعربية فرع البنات، جامعة الأزهر، القاهرة، مصر، 1992، ص 430.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

حال الخلاف في بدل الخلع وقيمته فالقاضي هو من يتدخل لتحديده فيما لا يتجاوز مهر المثل، وهو المنصوص عليه بنص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري.

- سبب سكوت القانون عن شروط المخالغ والمختلعة: بالنسبة لأهلية الزوج المخالغ والزوجة المُختَلَعَةُ فقد بينتها فيما سبق في شروط الزوج المطلق، وفسّرت سبب سكوت قانون الأسرة عن هذه المسألة، من أهلية وعقل وقصد واختيار، ومادام خلع المرأة الزوج مقابل طلاق الزوج لها بالإرادة المنفردة على قدم المساواة فإن لهما الشروط نفسها، وما دُمْتُ قد تَطَرَّقْتُ لسبب سكوت قانون الأسرة الجزائري، عن الشروط فلا مجال لإعادة سردها مرة أخرى⁽¹⁾.

سكت قانون الأسرة الجزائري عن مسألة تطرقت لها بعض القوانين المقارنة، وهي حال إثبات الزوجة اعتراء إرادتها عيب من العيوب، وهو تعرّضها للإكراه الشديد من طرف الزوج لطلب الخلع ليستفيد من العوض، فإذا ما أثبتت الزوجة ذلك وتبيّن للقاضي صدقها وتضررها⁽²⁾، حكم لها باسترجاع ما اقتدت به من عوض مع نفاذ الفُرقة بينهما، وهو ما جاء في المادة 117 من مدونة الأسرة المغربية حيث نصت: "للزوجة استرجاع ما خالعت به، إذا أثبتت أن خُلْعها كان نتيجة إكراه أو إضرار الزوج بها، وينفذ الطلاق في جميع الأحوال"⁽³⁾.

أما بالنسبة للزوجة المختلعة المريضة مرض الموت فقد سكت قانون الأسرة الجزائري عنها كما سكت في الطلاق، مما يجعل القاضي يعمل بمقتضى المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيل إلى الشريعة الإسلامية، مع العلم أن هناك خلاف بين الفقهاء في بعض تفاصيل هذه المسألة، ولعلّ سبب سكوت القانون مردّه لما قال به الإمام مالك رحمته الله من عدم جواز خلع المريضة مرض الموت، مع العلم أن في المذهب المالكي قول آخر لابن القاسم يجيز خلع المريضة مرض الموت، على ألا يتجاوز بدل الخلع مقدار ميراثه منها.

عند الرجوع إلى القانون المدني الجزائري، نجده أجاز تصرفات مريض مرض الموت وجعلها صحيحة، إن كانت بقصد التبرع، فيعتبر مضافا لما بعد الموت وتدخل في حكم الوصية، حيث نصّت المادة 776 فقرة 1 من القانون المدني: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا لما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا

(1) انظر الصفحة 211 وما يليها من هذا البحث.

(2) قانون الأسرة لجزائري في المادة 54 ضيق من سلطة القاضي في تحويل القضية من خلع إلى تطليق، إن تأكد أن الزوج هو المتسبب في ضرر للزوجة، الأمر الذي يؤدي بها إلى طلب الخلع لا التفريق للشقاق أو للضرر بسبب عجزها عن إثبات تضررها من الزوج، وبالتالي على المشرع الجزائري إعادة النظر في هذه المسألة، وتوسيع صلاحيات قاضي الموضوع في تحويل القضية من طلب خلع إلى تطليق خلال ما يستشفه من جلسات الصلح، لأن الزوجة -إن ثبت الضرر- قد يحكم لها بالتطليق ويعوّض لها الزوج، عكس ما كانت تطلبه من خلع لتتخلّص من زوج يظلمها ويأخذ عوضا منها بغير حق. للمزيد راجع كمال بعாகية، آمال حبار، "إكراه الزوج زوجته على الخلع"، المجلة الجزائرية للمخطوطات، مج 13، ع 2، مخبر مخطوطات الحضارة الإسلامية في شمال أفريقيا، جامعة أحمد بن بلة وهران 1، الجزائر، ديسمبر 2018، ص 208 وما يليها. (3) مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

التصرف"، وبالتالي فنص المادة يجعل من قصد المريض مرض الموت هو الذي يعتدّ به عند القضاء، ولا عبرة للتصرف القانوني الذي نجم عنه التبرع، لأن النية أمر باطني لا يمكن الكشف عنها إلا من خلال قرائن وملابسات لازمت هذا التصرف خلال مرض الموت، وهذه الأخيرة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، وبالتالي يبحث القاضي في قصد الزوجة المختلعة إن كانت نيتها محاباة الزوج والاضرار بالورثة أو العكس.

أكدت نصوص قانون الأسرة الجزائري، أن الفرقة بالخلع لا تقع إلا بحكم قضائي بنص المادة 49 من القانون، وعليه فبمجرد صدور الحكم بالخلع تبيّن الزوجة من الزوج حيث لا توارث بينهما، ويصبح الزوج في هذه الحالة أجنبياً عن الزوجة، وبالرجوع لنص المادة 54 فقرة 2 فالزوجان يتفقان على بدل الخلع، وإن اختلفا فالقاضي يحكم ببديل لا يتجاوز مهر المثل، هذا في الأحوال العادية، أما في حال مرض موت الزوجة، فالسؤال الذي يُطرح: هل الزوج يستحق المبلغ المتفق عليه والذي يكون أكثر من نصيبه من الميراث؟ أو يتدخل القاضي ليرجعه إلى مهر المثل إن وجدته مبالغاً فيه مُضراً بالورثة؟ حسب بعض الشراح⁽¹⁾ فإن رأي المشرع الجزائري يتوجه نحو عدم التوارث بين الزوجين، لأن الفرقة بائنة، والزوج يُعتبر حينئذ أجنبياً، فالعوض حُكمه يكون في حدود صداق المثل، وإن زاد فالزيادة تأخذ حكم الوصية بما لا يتجاوز ثلث التركة، وعلى ما يبدو أن سكوت قانون الأسرة الجزائري عن هذه المسألة، قد تنتج عنه إشكالات عملية خاصة أن نية الزوجة المختلعة قد لا تتضح لقاضي الموضوع، حين طلبها الخلع في مرض الموت هل هي محاباة للزوج وإضرار بالورثة، أم إضرار بالزوج لحرمانه من الميراث، وبالتالي فالمسألة لا تخرج من وجهين:

- الوجه الأول: وهي أن قصد الزوجة في خلعها الزوج في مرض الموت كان منها محاباة للزوج لإعطائه أكثر من نصيبه الذي يستحقه في الميراث كما قال أكثر الفقهاء، مما جعل بعضهم يحكم بأقل عوض للزوج من بين البديل، والثلث، والميراث خوفاً من إضرارها بالورثة.

- الوجه الثاني: وهو أن تخلع الزوجة زوجها خلع فرار⁽²⁾، بهدف الإضرار به، لعلمها بتدني قيمة مهر المثل أمام تركتها الكبيرة، خاصة إن لم يكن لهما فرع وارث، فتحرّمهُ من نصف التركة فراراً، وتسعى إلى الخلع باذلة جهدها لإيقاعه.

في كلتا الحالتين وجب على قاضي الموضوع التدخل، بالنظر والتمحيص في المسألة وإرجاع الحقوق لأصحابها، فإن كان المتضرر هم الورثة من خلال محاباة الزوجة الزوج والاتفاق معه على

(1) خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار الجامعة الجديدة، مصر، (د.ط.)، 2015، ص 173.

(2) وقد تعرض الأستاذ نور الدين بولحية لهذه المسألة لكني عالجتها بعكس ما عالجتها، فالقصد من الفرار بالخلع عندي هو الإضرار بالزوج، وقد تعرض لها الأستاذ بعكس ما طرحته وهو فرار الزوجة ببديل الخلع بأكثر من نصيبه من الميراث محاباة له وإضراراً بالورثة. انظر نور الدين أبو لحية، الحقوق المادية للزوجة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، ط 1، (د.ت)، ص 207-208.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

مبلغ للخلع يستغرق التركة أو يفوق نصيبه، فالقاضي مُلزم بالحكم بأقل من نصيبه من تركة الزوجة، وإن كان العوض أقل لزمه، لأنه هو من جرّ على نفسه الفُرقة وأسقط حقه بقبول الخلع، وأما إن كان المتضرر هو الزوج، من خلال تعسّف الزوجة في إيقاع الخلع عن طريق القضاء، دون أسباب حقيقية ثم يُحكم له بمبلغ أقل من نصيبه من الميراث وهذا ظلم بعينه، والواجب أن يمكن الزوج من نصيبه إن كان مبلغ العوض أقل من التركة، بعد تبين القاضي من سوء نية الزوجة المختلعة، وذلك من خلال طلبها الخلع في مرض الموت قصد الإضرار بالزوج، وعلى القاضي إنصاف الزوج حتى إن انقضت العدة، وبانت منه ولو بعد مدة طويلة، على اعتبار أن بعض الفقهاء أوجبوا له العوض دون تجاوز نصيبه في التركة⁽¹⁾.

من باب الانصاف بين الزوجين فللزوجة المطالبة بحقه حال خَلعه في مرض الموت من الزوجة فرارا، كمقابل لحق الزوجة في طلاق الفار⁽²⁾، وهو طلاق يوقعه الزوج المريض مرض الموت قاصدا الاضرار بالزوجة وحرمانها من الميراث، فهذا الطلاق إن وقع فلن يؤثر في ميراث الزوجة المطلقة سيان كانت معتدة أو انتهت عدتها، ولو تزوّجت غيره عند بعض الفقهاء، وهو حكم أيده الاجتهاد القضائي الجزائي من خلال أحد قرارات المحكمة العليا، الذي أعطى حق الميراث للزوجة بعدما طلقها الزوج في مرض الموت طلقة بائنة، ولو بعد مدة طويلة، شريطة تبين قصد الزوج الإضرار بالزوجة، حيث جاء فيه: "حيث أن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق عليه فالطلاق المحكوم به صحيح شرعا وقانونا بخلاف الميراث، فإن حق الطاعة فيه ثابت شرعا إذا طلقت في مرض الموت، لأنه لا يوجد أي تلازم بين العدة والحق في الميراث حتى ولو وقعت الوفاة بعد مدة طويلة من انقضاء عدتها لاحتمال أن طلاقه لها كان بنية حرمانها من الميراث، عملا بقاعدة المعاملة بنقيض المقصود."⁽³⁾، وبالتالي فالزوج في هذا القرار عومل بنقيض مقصوده، فقصد حرمانها من الميراث، فحُكم عليه بعكس قصده بثبوت ميراث الزوجة منه، وبإسقاط هذا الحكم على حال الزوج المخالِع، فالزوجة المختلعة سيئة النية القاصدة الاضرار بالزوج تُعامل بنقيض مقصودها، ويرثها الزوج في هذه الحالة ولو بعد مدة طويلة.

(1) لأن سبب الخلاف بين الفقهاء في العوض في مرض الموت، مرده العدة وجواز زيادة العوض عن المهر الذي أصدقها إياه الزوج، من خلال مقارنة نصيبه من التركة بثلتها، فالفقهاء الذين اعتبروا بدل الخلع تبرع، ففي العدة ينظر لنصيبه في التركة وبعد العدة لا اعتبار له، إنما ينظر له كوصية لا تتجاوز الثلث لأن الزوج أصبح أجنبيا، أما الفقهاء الذين اعتبروا الطلاق بانئا مباشرة ولا اعتبار للعدة عندهم، فلا توارث بين الزوجين سواء قبل العدة أو بعدها، بل ومنهم من لم يجوز الخلع بتاتا في مرض الموت، أما الذين أوجبوا نصيبه من التركة وعدم مجاوزته له دون النظر للثلث أو العدة، فالسبب عندهم أن زيادة العوض عن الصداق الذي أعطاه لها الزوج جائزة ولا حرج فيها، والمعلوم أن أكثر الفقهاء أجازوا أن تفتدي الزوجة من الزوج بأكثر مما أعطاه من مهر. للمزيد حول مسألة الزيادة في بدل الخلع أنظر عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، المرجع السابق، ج2، ص 581-582.

(2) طلاق الفار هو طلاق الزوج زوجته وهو في مرض الموت، وسي بهذا الاسم لأن الزوج يفِرُّ من الزوجة بالطلاق ليحرمها من الميراث.

(3) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 179696، 1998/03/17، إق، 2001، عدد خاص، ص 98.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج و آثاره

بالتالي على المشرع الجزائري تقنين هذه المسألة، من خلال نصوص قانونية توضح أحكام الخلع، من بينها مسألة خلع المريضة مرض الموت، وجعل مقدار عوضه بما لا يتجاوز نصيبه من الميراث كما سبق ورجحت ذلك من خلال معالجة المسألة.

في القانون المقارن، نجد قانون الأحوال الشخصية الكويتي قد أقر أحكام خلع المريضة مرض الموت، من خلال المادة 119 التي نصت: "يصح خلع المريضة مرض الموت، ويعتبر العوض من ثلث مالها عند عدم إجازة الورثة، فإن ماتت وهي في العدة، فللمخالع الأقل من ميراثها، ومن العوض، ومن ثلث المال، وإن ماتت بعد العدة، أو قبل الدخول، فله الأقل من العوض، ومن ثلث المال"⁽¹⁾، ويتضح من خلال المادة السابقة، أن قانون الأحوال الشخصية الكويتي قد اتبع ما قال به الحنفية في أحكام خلع مريضة مرض الموت.

ثانيا- ألفاظ الخلع (الصيغة) كمسكوت عنها :

أتطرق في هذا البند لألفاظ الخلع في الفقه الإسلامي، وما سكت عنه قانون الأسرة الجزائري فيها.

أ- ألفاظ الخلع في الفقه الإسلامي: الفقهاء اعتبروا الخلع تراضي بين الزوجين، فهو يحتاج إلى إيجاب وقبول فهي إذن الصيغة التي تحوي ألفاظ الطلاق، وقد أورد الفقهاء شروطا لصيغة الخلع هي نفسها المذكورة في صيغة الطلاق.

واختلف الفقهاء في ألفاظ الخلع على النحو التالي⁽²⁾:

- الحنفية: الألفاظ التي يقع بها الخلع عند الحنفية هي: خالعتك، باينتك، بارأتك، فارقتك، طلقي نفسك على ألف، وقد زاد صاحب الدر المختار لفظي البيع والشراء، كبعثت نفسك أو طلاقك على ألفي دينار، واعتبروا لفظ الخلع وما في معناه ولفظ المبارأة و لفظي البيع والشراء كنايات بشرط النية، تقع طلاقا بائنا ولو لم يُذكر العوض، أما الطلاق على مال⁽³⁾، بلفظ صريح يقع بائنا إن ذكر المال، وإن نُفي المال وقع طلاقا رجعيًا⁽⁴⁾، ووقع خلاف بين فقهاء الحنفية في أن الخلع كناية، ومن

(1) قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المرجع السابق.

(2) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج8، ص ص 460-461.

(3) الطلاق على مال هو: "... في أحكامه كالخلع؛ لأن كل واحد طلاق بعوض فيعتبر في أحدهما ما يعتبر في الآخر" الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص152. وجمهور الفقهاء لا يفرقون بين الخلع والطلاق على مال، أما الحنفية يفرقون بين الخلع والطلاق على مال، وسبب التفرقة بينهما حال كون البديل باطلا (خمرا أو لحم خنزير مثلا)، فإن كان خلعا وقع طلاقا بائنا ولا شيء للزوج، وإن كان طلاقا على مال وقع رجعيًا، لأن لفظ الخلع من الكنايات متى وقع كان بائنا، أما الطلاق على مال فهو صريح فيقع بائنا، إن صح البديل وإن لم يصح كان وجوده كعدمه ووقع صريحا، فيكون طلاقا رجعيًا. انظر وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج8، ص475. وقد انتقد الأستاذ عبد الرحمان الصابوني من أن التفرقة بين الخلع والطلاق على مال عند الحنفية ليس له ما يبرره وبالتالي لا فرق بينهما. عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، المرجع السابق، ج2، ص546.

(4) ابن عابدين، المرجع السابق، ج3، ص443. عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ج8، ص168.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

يقول أن الخلع من الكنايات وفي هذا يقول الأستاذ عبد الرحمن الصابوني: "نستطيع أن نوفق بين رأي الأحناف في أن الخلع كناية، وبين من يقول أنه صريح، إن الأحناف يقولون إذا اقترنت صيغة الخلع بالعوض كان صريحاً لأن العوض يقوم مقام النية- فعلى أشهر الروايات الثلاث عن أبي حنيفة التي تقول أن الخلع إذا لم يكن على مال كان مجرد طلاق بائن توحد المعنى وأصبح الخلع دائماً مقروناً بالمال وهكذا يصبح صريحاً لا كناية"⁽¹⁾.

- المالكية: ألفاظ الخلع عند المالكية أربعة: الخلع، والصلح، والمبارأة، والفدية (المفاداة)، ولكل لفظ معنى يختص به: فالخلع هو بذل كل ما أعطاه الزوج، أما الصلح ببعض ما أعطاه، والمبارأة التي تبارئ زوجها قبل الدخول، والمفتدية وهي الزوجة التي تأخذ بعض العوض وتفندي ببعضه الآخر⁽²⁾.

- الشافعية: صريح الخلع عند الشافعية في لفظي الخلع والمفاداة، فإن وقع بهما الخلع فلا يحتاج إلى نية، والسبب أن لفظ الخلع ثبت بالعرف، وأما المفاداة فقد وردت بنص القرآن الكريم في آية الخلع⁽³⁾، وفي قول آخر فَلَفْظُ الخلع والمفاداة كناية، أما لفظ الفسخ فكناية حين اعتبار الخلع طلاق في صحيح المذهب الشافعي، وصريح حين اعتبار الخلع فسخ⁽⁴⁾.

- الحنابلة: ألفاظ الخلع عند الحنابلة صريحة وكنائية، فالصريحة ثلاثة، الخلع والمفاداة والفسخ، فالخلع ثابت بالعرف والمفاداة لفظ ورد في القرآن، والفسخ كقوله فسخت نكاحك؛ لأنه حقيقة فيه، كل هذه الألفاظ يقع بها الخلع من غير نية، وما عداها كناية تستوجب النية مثل: أبنتك، وبارأتك، وأبرأتك⁽⁵⁾.

ب- ألفاظ الخلع في قانون الأسرة الجزائري: سكت قانون الأسرة الجزائري عن الصيغة في الخلع والألفاظ التي يقع بها ولم يورد ذكرها، مما يستوجب تطبيق نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، ولكن كما تطرقنا في الجانب الفقهي اختلف الفقهاء في الصيغة والألفاظ، ما يصعب من اختيار القضاة حين الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي المتوسعة في ألفاظ الخلع، وعلى المشرع الجزائري أن يحدد الألفاظ التي يقع بها الخلع كما ورد في قوانين مقارنة.

(1) عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، المرجع السابق، ج2، ص 514.

(2) القرطبي، المرجع السابق، ج3، ص 146. ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج3، ص 89. ابن عرفة، المرجع السابق، ج4، ص 92. وهبة الزحيلي،

الفقه المالكي الميسر (أحكام الأسرة)، دار الكلم الطيب، سورية، (د.ط.)، 2010، ج3، ص 197.

(3) الشيرازي، المرجع السابق، ج2، ص 491.

(4) أبو المعالي الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، (د.م.)، ط1، 2007، ج13، ص 292-

293. عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، المرجع السابق، ج2، ص 521.

(5) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص 329.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

- سبب سكوت القانون عن ألفاظ الخلع: يرجح سبب سكوت قانون الأسرة الجزائري عن الألفاظ التي يقع بها الخلع، هو عدم اعتباره الخلع رضائياً بين الزوجين أي انتفاء الإيجاب والقبول ولا مجال لاعتبار الصيغة، فالخلع حسب النص القانوني يتم دون موافقة الزوج.

من القوانين المقارنة التي نصت على ألفاظ الخلع نجد قانون الأسرة القطري، الذي نصت المادة 118 منه على: "الخلع هو حلّ عقد الزواج بتراضي الزوجين بلفظ الخلع، أو ما في معناه..."⁽¹⁾ حيث نجد أن قانون الأسرة القطري اعتبر اللفظ الصريح في الخلع أن يكون بلفظ الخلع وكل ما في معناه، وبالتالي فقد اعتبر كل لفظ في معنى الخلع يقع به دون تفريق بين صريح وكنائي، أما في قانون الأحوال الشخصية الكويتي فنصت المادة 111 منه على: "الخلع هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض ترضيا عليه، بلفظ الخلع، أو الطلاق، أو المبرأة، أو ما في معناها."⁽²⁾ جاء في المذكرة الايضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي أن الخلع طلاق مقابل عوض، وكذلك المبرأة والطلاق على مال، وأضافت المذكرة أنه لا اعتبار لخلع وقع بأي لفظ من الألفاظ المذكورة، إلا إذا وقع باتفاق بين الزوجين على عوض، وإن صدر من الزوج بإرادته المنفردة لفظ الخلع ولم يتفق مع الزوجة على تقديم عوض من طرفها، فلا يقع خلعا وإنما طلاقا رجعياً⁽³⁾.

ثالثا- الخلع مقابل بعض حقوق الأولاد كمسكوت عنه:

عند الاتفاق بين الزوجين على الخلع، وبَدَلَهُ⁽⁴⁾ قد يكون بدل الخلع نقودا، وقد يكون على منافع مقومة بمال⁽⁵⁾، كسكنى الدار أو زراعة أرض لمدة معينة، أو إرضاع ولده والانفاق عليه، أو إسقاط بعض حقوقها كتنازلها عن حضانتهم⁽⁶⁾، وعليه سيقصر بحثي على الخلع مقابل نفقة الأولاد وأجرة رضاعهم، وتنازل الزوجة عن حضانة أولادها.

أ- تنازل الزوجة على نفقة الأولاد وأجرة رضاعهم مقابل الخلع:

قد يكون بدل الخلع تنازل الزوجة على نفقة أولادها لمدة معلومة، فهل هذا جائز في الفقه والقانون؟

(1) قانون الأسرة القطري، المرجع السابق.

(2) قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المرجع السابق.

(3) المذكرة الايضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المرجع السابق، ص 158.

(4) بدل الخلع، وهو ما يتفق عليه الزوجة والزوج من مال أو منفعة مقابل موافقة الزوج على مفارقتها، وشروطه على خلاف بين الفقهاء هي:

1- أن يكون مالا متقوما أو منفعة مقومة بالمال-2- أن يكون معلوما-3- أن يكون مقدورا على تسليمه. للمزيد انظر محمد عبد الفتاح أبو العينين، المرجع السابق، ص 189 وما يليها.

(5) ويجوز الخلع بالمنافع كسكنى الدار، وزراعة أرض، ولكن شرط أن لا يخالف نصا شرعيا، وإن صادمت نصا شرعيا امتنع أن تكون عوضا في الخلع، كأن يخالغها على أن لا تتزوج غيره. المرجع نفسه، ص 199.

(6) للمزيد انظر وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 8، ص 477.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

1- في الفقه الإسلامي: يرى فقهاء الحنفية، والمالكية⁽¹⁾، أن الخلع جائز إن خالعهما على نفقة ولده الصغير، وحجتهم أن الخلع على نفقة الصغير لا يمس بحقه، والجهالة ليست كبيرة فمدة الانفاق معلومة⁽²⁾، وإن امتنعت الزوجة عن الانفاق بعد الخلع أو مات الولد، أو توفت، فيرجع عليها الزوج بمقدار المدة الباقية في ذمتها من النفقة، وتؤخذ من تركتها إن توفت، وتكون من الديون الممتازة، وإن اعسرت ينفق الزوج ويرجع عليها إن هي أيسرت⁽³⁾، وكذلك في أجرة الرضاعة أجازها الفقهاء أن تكون بدلا للخلع على أن تكون المدة خلال الحولين، وإن لم تلتزم خلال المدة المتفق عليها، كان للزوج الرجوع عليها، وإن مات الولد رجع عليها بما التزما به المدة الباقية وإن ماتت الزوجة كذلك أخذ من تركتها ما بقي من التزامها⁽⁴⁾، وأجاز المالكية كذلك أن تُخالع الزوجة على نفقة حملها إن كانت حامل، وإن أعسرت أنفق عليها، ويرجع عليها إن أيسرت⁽⁵⁾.

يرى الظاهرية عدم جواز الخلع مقابل نفقة الصغير وأجرة رضاعه⁽⁶⁾، واعتبروه باطلا، كون النفقة وأجرة الرضاع مجهولة القدر ولا يعرف سعرها، فقد تزيد أو تنقص، ولا تملكه الزوجة فمخالعتها بما لا تملك باطل⁽⁷⁾.

الراجح ما قال به الحنفية، والمالكية، من جواز الخلع على نفقة الولد وأجرة رضاعه، مع تحديد المدة وإن اعسرت الزوجة المختلعة فالنفقة على الأب، وله أن يرجع عليها بمقدار ما بقي.

2- في قانون الأسرة الجزائري: سكت قانون الأسرة الجزائري عن مسائل الخلع مقابل بعض المنافع أو إسقاط حقوق، ونص صراحة في الفقرة 02 من المادة 54، على أن المقابل يكون مالا حيث جاء فيها: "إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، ..."، مما يبين أنه استبعد كل بدل غير مالي، وتوجه القانون في هذا المقام لا يسلم من النقد، لأن الشريعة الإسلامية كمصدر لهذا القانون أباحت ذلك، وقيدته بضوابط كرجوع النفقة للزوج حال اعسار الزوجة، وعليه في حال تم الخلع مقابل منفعة أو حق من الحقوق كما سبق تفصيله، فعلى القاضي الرجوع للشريعة الإسلامية بنص المادة 222 من

(1) ابن همام، المرجع السابق، ج 4، ص 236. ابن عبد البر، الكافي، المرجع السابق، ج 2، ص 595. النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج 7، ص 401. موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 7، ص ص 356-357.

(2) المدة المعلومة أختلِف في قدرها عند الفقهاء، بين من حددها بحول الرضاع وما زاد عنها فهو ساقط، ومن أجاز المدة الطويلة بالاتفاق هو ما سُمع عن ابن القاسم من المالكية، أن الأم المختلعة يلزمها الانفاق إن اشترط عليها الزوج الانفاق خمس عشرة سنة لكان ذلك لازما لها، انظر أبو الأصبع، ديوان الأحكام الكبرى، تحقيق يحي مراد، دار الحديث، القاهرة، مصر، (د.ط.)، 2007، ص 232.

(3) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 8، ص 479.

(4) ابن عابدين، المرجع السابق، ج 3، ص 455. عبد الباقي الزرقاني، المرجع السابق، ج 4، ص 117. الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 52. د.ط، 1990، ج 5، ص 216. المرادوي، المرجع السابق، ج 22، ص 52.

(5) الخرشبي، المرجع السابق، ج 4، ص 13.

(6) جواز الاجارة في الرضاع جاء بنص الآية يقول تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾، سورة الطلاق، الآية: 6.

(7) ابن حزم، المرجع السابق، ج 9، ص 526.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

قانون الأسرة الجزائري للحكم في هذه المسألة، ويرجع سبب سكوت قانون الأسرة الجزائري عن هذه المسألة، عدم اعتباره لبديل خلع يتضمن تنازل عن نفقة الأولاد أو أجرة ارضاع، حماية لحقوق الأولاد كون النفقة مسألة حساسة تمسّ بالجانب المعيشي للأولاد ضحايا هذا الخلع، لكن وجب التذكير أن مسائل بدل الخلع، وإن اتفق على أن تكون مقابل نفقة الأولاد، فإنها تظل من الجوانب المادية للخلع القابلة للاستئناف بنص المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري، وبالتالي لا خوف على الأولاد من ضياع حقوقهم.

أما في القانون المقارن، فنجد مدونة الأسرة المغربية تطرقت لمسألة الخلع مقابل المنافع شريطة ألا يضر بحقوق الأولاد، حيث نصت المادة 119 منها على: "لا يجوز الخلع بشيء تعلق به حق الأطفال أو بنفقتهم إذا كانت الأم معسرة. وإذا أعسرت الأم المختلعة بنفقة أولادها، وجبت النفقة على أبيهم، دون مساس بحقه الرجوع عليها"⁽¹⁾، المدونة المغربية اشترطت لقبول بدل الخلع مقابل نفقة الأولاد أن تكون الأم موسرة عند الخلع، أما إعسارها بعد الخلع فترجع النفقة للأب وله الرجوع على الزوجة بما أنفق حين يسارها⁽²⁾، وقد ذهب بعض شراح المدونة إلى أن حال العجز الكلي لانفاق الأم المختلعة على أطفالها، يؤدي إلى إمكانية إلغاء المحكمة شرط الانفاق عليها، وتبقى كلها على عاتق الأب، أما في حال كان العجز جزئياً قدّرت المحكمة النسبة التي تستطيع الزوجة تحمّلها من النفقة، وتفرض الباقي على الزوج، يبقى أن إلغاء النفقة المتفق عليها كبديل للزوج لا يؤثر على استمرارية الخلع بين الزوجين، والذي نص عليه حكم المحكمة ووقع طليقة بئنة⁽³⁾، وأضاف القانون الليبي حالة موت الولد أو أمه خلال المدة المتفق عليها للنفقة في الخلع، حيث نصت المادة 16 فقرة ج على: "وإذا ماتت هي أو الولد خلال المدة المعينة رجعت الأب بما يصيب المدة الباقية في مال الأم أو في تركتها ما لم يتفق على خلاف ذلك"⁽⁴⁾.

منعت كذلك جل القوانين المقارنة المقاصّة بين نفقة الولد ودين للأب على الأم الحاضنة، لأن النفقة من الديون الممتازة، وهو ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 104: "لا يجري التقاص بين نفقة الولد المستحقة على أبيه ودين الأب على الحاضنة"⁽⁵⁾.

بالتالي على المشرع الجزائري تقنين مسألة نفقة الأولاد كبديل للخلع، وتبيان أحكامها بدقة على غرار قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية التي عالجتها، وجعل هذا البديل تحكمه ضوابط دقيقة

(1) مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

(2) يجب على الزوجة المختلعة إثبات واقعة الأعسار بكل طرق الإثبات. محمد الكشور، المرجع السابق، ج 2، ص 138.

(3) أحمد الخمليشي، المرجع السابق، ج 2، ص ص 131-132.

(4) القانون الليبي بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وأثارهم، المرجع السابق.

(5) قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

بمنع المقاصة حال ثبوت إعسار الزوجة، ورجوع النفقة للأب حال إعسارها بعد أن كانت موسرة، مع بقائها دينا في ذمة الزوجة ترجعه للزوج حال يسارها.

ب- الخلع مقابل إسقاط الحضانة كمسكوت عنه:

قد يكون الخلع مقابل إسقاط حضانة الأولاد، وهو ما سأتعرض له من خلال تبيان موقف الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من ذلك.

1- في الفقه الإسلامي: أما الخلع مقابل إسقاط حضانة الولد الصغير، فالمفتى به في المذهب الحنفي أنه لا يجوز فيصح الخلع ويبطل شرط التنازل عن الحضانة، لأن الأم أولى بحضانة ولدها وهو حق للولد غير قابل للتنازل ولا تملكه الأم، أما المذهب المالكي فأختلف فيه، ففريق جواز مخالعة الزوجة زوجها مقابل إسقاط حضانتها لولدها وانتقالها مباشرة للأب، على المشهور، وهو خلاف ما به العمل في المذهب⁽¹⁾ من أن الحضانة لمن يلي الأم وهي الجدة لأم، وقد برر ذلك الإمام الخرشي رحمته الله بقوله: "وينتقل الحق فيها للأب وهذا دليل لأحد القولين الجارين في أن من ترك حقه في الحضانة إلى من هو في ثالث درجة أنه لا يكون للثاني القيام لأن الأب المسقط له قام مقام الأم المسقطه فكما أنه لا قيام لمن بعدها مع وجودها فلا كلام له مع من قام مقامها"⁽²⁾، وفريق آخر قيد ذلك بشروط، إذا لم يخش على الولد ضرر، كتعلقه بأمه، أو أن الأب غير مؤهل لحضانة الولد، فإن توفر هذين الشرطين لا تسقط الحضانة ولو اتفقا على إسقاطها⁽³⁾.

2- في قانون الأسرة الجزائري: سكت القانون على مسألة إسقاط الحضانة مقابل الخلع، مثل سكوته على مسألة النفقة على الأولاد كبديل للخلع، ويرجح سبب سكوته هو حماية لحق حضانة الأم لأولادها، ويمكن القول أن معرض سكوته في هذا المقام لا يستقيم، بل كان عليه التطرق لهذه المسألة، ومنعها بنص صريح حتى لا تكون محل مساومة بين الزوجين في الخلع، وعكس قانون الأسرة الجزائري قامت العديد من التشريعات الأسرية للبلاد العربية بالنص على منع الخلع مقابل إسقاط حضانة الأولاد عن الزوجة حماية لحقوقهم، وهو ما جاء بشكل صريح في قانون الأحوال الشخصية الكويتي حيث نصت 118 على: "إذا اشترط الأب في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة، صح الخلع، وبطل الشرط، وكان للحاضنة أخذ الولد، ويلزم أبوه بنفقته، وأجرة حضانته"⁽⁴⁾.

(1) محمد الشنقيطي، لوامع الدرر في هتك أستار المختصر، دار الرضوان، نواكشوط، موريتانيا، ط1، 2015، ج7، ص18.

(2) الخرشي، المرجع السابق، ج4، ص13.

(3) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج8، ص479. محمد الشنقيطي، المرجع السابق، ج7، ص19.

(4) قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المرجع السابق.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

رابعاً- الخلع قبل الدخول كمسكوت عنه:

المعلوم أن الخلع يكون في عقد الزواج الصحيح بعد الدخول، لكن قد يقع ضرر على الزوجة بعد العقد وقبل الدخول فهل يجوز لها أن تخالع زوجها؟

أ- في الفقه الإسلامي: الخلع قبل الدخول وقع تسميته عند المالكية مبارأة لأن الإمام مالك رحمته الله في المدونة عرّف المبارأة على أنها: "المبارئة التي تبارئ زوجها قبل أن يدخل بها، فتقول. خذ الذي لك فتاركني، ففعل فهي طلقة"⁽¹⁾، وبالتالي وإن أُسْتَعْمِلَ اللفظ في عامة الخلع، إلا أن هذا التعريف يبيّن جواز الخلع قبل الدخول بين الزوجين، وزاد القرطبي في تفسيره: "وروى عيسى بن دينار عن مالك: المبارئة هي التي لا تأخذ شيئاً ولا تعطي، والمختلعة هي التي تعطي ما أعطها وتزيد من مالها، والمفتدية هي التي تفتدي ببعض ما أعطها وتمسك بعضه، وهذا كله يكون قبل الدخول وبعده"⁽²⁾، بالرغم من أن ابن رشد الحفيد يظهر من كلامه وتعليقه أنه يشكك فيما ذهب إليه المالكية في التفرقة بين الفدية، والمبارأة، والخلع، وجعلها لفظاً واحداً للخلع⁽³⁾، أما عند الحنفية فالمبارأة كالخلع تقع بها الفُرقة بئنة بلا نية، أم عند الحنابلة فالمبارأة من الكنايات، يقع بها الخلع مع اشتراط النية⁽⁴⁾، والمغزى العام أن الخلع قبل الدخول جائز سواء سُمي مبارأة أو خلعا.

ب- في قانون الأسرة الجزائري: سكت قانون الأسرة الجزائري على مسألة الخلع قبل الدخول، ولم يتطرق لها، بالرغم من كونها ظاهرة كثيرة الوقوع، واكتفى بالنص على الخلع في نص المادة 54 سالفه الذكر، دون التطرق للخلع قبل الدخول أو بعده.

أما اجتهادات المحكمة العليا، وفي موقف غريب فقد تطرقت لمسألة الخلع قبل الدخول، وجعلته من المبادئ التي استقرت عليها؛ أن الخلع لا يتم إلا بعد الدخول، ولا اعتبار له قبل الدخول، ولا يمكن للزوجة المطالبة به إلا بعد البناء، ولا احتجاج بالخلع إلا عند بلوغ الحياة الزوجية حالة من الكراهية والنفور بحيث تستحيل معه استمرار الحياة الزوجية، وزد على ذلك جاء في قرارات المحكمة العليا أن إيقاع الخلع قبل الدخول فيه مخالفة للقانون، وما جاء في أحد القرارات: "حيث متى كان هناك عقد زواج مسجل ببلدية شميني بتاريخ 19-08-2003، والمطعون ضدها لم يتم الدخول بها، فإن محكمة أول درجة لما قضت بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع تكون قد أخطأت في تطبيق أحكام قانون الأسرة، لأن الخلع لا يتم إلا بعد الدخول بالزوجة، الشيء الذي لا وجود له في دعوى الحال، مما

(1) مالك بن أنس، المدونة، المرجع السابق، ج 2، ص 249.

(2) القرطبي، المرجع السابق، ج 3، ص 146.

(3) ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج 3، ص 89.

(4) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 8، ص 483.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

يستوجب القول بأن الوجهين سديدين ويؤديان إلى نقض وإبطال الحكم المطعون فيه⁽¹⁾، وهذا الموقف في هذا القرار يستدعي النظر، لأنه بالرجوع إلى القانون لا نجد ضمن مادة الخلع (المادة 54) ما يوحي بأنه لا يتم إلا بعد الدخول، وأن لا يحتجّ به عند الزوجة إلا بعد بلوغ النفور والتباغض درجة لا يمكن بعدها مواصلة الحياة الزوجية، زد على ذلك اعتبر القرار -سابق الذكر- الحكم بفك الرابطة الزوجية خالف بشدة القانون، معتبرا انتفاء الدخول سبب رئيسي في بطلان الخلع المحكوم به، وعليه ففي نظر قضاة المحكمة العليا أن الزوجية مازالت قائمة بين الزوجين، وما ذهب إليه فحوى هذا القرار على ما يبدو قد جانب الصواب، لما فيه من مخالفة للنصوص الشرعية، التي أجازت وقوع الخلع طليقة بئنة، دون اعتبار للدخول من عدمه باستثناء العدة.

وعلى اعتبار أن قرارات المحكمة العليا هدفها توحيد الاجتهاد واستكمال ما غفل عنه قانون الأسرة الجزائري، إلا أنه في هذا المقام الاجتهاد القضائي قام بدور معاكس، حيث استكمل المسكوت عنه بما يخالف الشريعة الإسلامية التي هي مصدر من مصادره، وذلك بنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري والتي تحيل إليها، حال اغفال القانون لمسألة من المسائل.

(1) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 09-103، 2009/01/14، قرار غير منشور. نقلا عن لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 173. وانظر كذلك القرار: المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 258613، 2006/06/14، م م ع، 2006، ع 2، ص 424.

الفصل الثاني

المسائل المسكوت عنها في آثار انحلال الزواج

الفصل الثاني

المسائل المسكوت عنها في آثار انحلال الزواج

قد تطرأ على الحياة الزوجية مشكلات بين الزوجين تهز كيان الأسرة، فوضعت الشريعة حلولاً لإصلاح ذات البين، رأياً للصدع وإرجاعاً لمياه الحياة الزوجية إلى مجاريها، فتنقل حينها من حياة يشوبها التوتر والقلق إلى حياة يسودها الانسجام والتوافق ويحافظ كل طرف على حقوق الآخر، وهو الهدف المبتغى من الشرع، فإن لم تنجح سبل الإصلاح والوفاق، واستفحل النزاع والشقاق، وتتجلى كل الأسباب المؤدية للانفصال والفرق، فلا طريق حينئذ يسلكه الزوجين غير الفرقة والطلاق، فتتحل على إثره رابطة الميثاق، بأي طريق من طرق انحلاله، وتترتب حينها آثار لصيانة حقوق الزوجة منها العدة، التي شرعت تحقيقاً لمقاصد الشريعة من بينها اجتناب اختلاط الأنساب، وهي فرصة للزوجين ليتمكنوا من خلالها الرجوع بالحياة الزوجية إلى سابق عهدها، وأثر ثانٍ للفرقة هو الحضانة، الهدف منها حماية الأولاد كثمرة للزواج بتربيتهم تربية سليمة وتنشئتهم بأخلاق قويمية، بالسعي لاختيار الطرف المناسب والأجدر لرعايتهم والاهتمام بهم.

وقد عالج قانون الأسرة الجزائري مسائل العدة والحضانة في نصوص قانونية، حاول فيها الامام بعناصرها، لكنه سكت عن عدة مسائل، فحاولت من خلال هذا الفصل الكشف عن بعضها، مع تبيان سبب سكوته عنها، وقد قسّمت هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: المسكوت عنه في العدة.

المبحث الثاني: المسكوت عنه في الحضانة.

المبحث الأول: المسكوت عنه في العدة

أحكام العدة في الإسلام تتضمن حكماً ربانية، ترمي لتحقيق أهداف متعددة منها معالجتها لجانب روعي للرابطة الزوجية، من خلال صيانة مشاعر الزوجين لإظهار مدى إخلاص الزوجة لزوجها، وجانب مادي يتمثل في حفظ الأنساب من الاختلاط، بانتظار مدة معينة تتحقق فيها براءة رحم الزوجة، درءاً لفساد كبير قد يصيب المجتمع والأمة، وقد أحاطت الشريعة الإسلامية العدة بضوابط، تجعل منها فترة محظور فيها على الزوجة المعتدة الخروج والخطبة، اتقاء للفتنة وسدّاً لباب الفساد والشبهة.

تطرق قانون الأسرة الجزائري لمسألة العدة في نصوص قانونية، بالرغم من ذلك سكت عن تفاصيل كثيرة، فوق اختيار على بعض منها، وللتعرض لها قسّمت المبحث إلى مطلبين، مطلب أول أتعرض فيه إلى تعريف العدة في الفقه، والقانون، ثم مشروعيتها، والحكمة منها، وأنواعها، بعدها أتطرق إلى بعض ما سكت عنه قانون الأسرة الجزائري في العدة في مطلب آخر.

المطلب الأول: ماهية العدة

للتعرض لماهية العدة سأتناول تعريفها، ثم مشروعيتها في القرآن الكريم، والسنة النبوية الشريفة، والاجماع، ثم الحكمة منها، بعدها أتطرق إلى أنواع العدة.

الفرع الأول: تعريف العدة

لتبيان معنى العدة سأعرض لتعريفها في اللغة، والاصطلاح، والقانون.

أولاً- العدة في اللغة: العدة من العدّ وهو الإحصاء، وعددت الشيء أي أحصيته، وعدة المرأة هي حساب المرأة أيام أقرائها، وقد اعتدت المرأة أي بدأت عدتها أو انقضت، وتُجمع العدة على عدَدٍ، ويرجع أصلها من العد⁽¹⁾.

ثانياً- العدة في الاصطلاح: العدة في اصطلاح الفقهاء هي :

- عند الحنفية: "العدة أجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح"⁽²⁾، والمقصود من أجل ضرب، هو ثلاثة قروء عدة من تحيض، وثلاثة أشهر عدة اليائس، والحامل عدتها وضع حملها، وعدة غير الحامل التي توفي عنها زوجها أربعة أشهر وعشر، ويقصد بما بقي من آثار النكاح هو آثار النكاح المادية والمعنوية، فالمادية هي الحمل والمعنوية يحرم عنها زوجها⁽³⁾.

(1) ابن فارس، المرجع السابق، ج4، ص29. زين الدين الرازي، المرجع السابق، ص202. الهروي، تهذيب اللغة، تحقيق محمد عوض مرعب، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1، 2001، ج1، ص69.

(2) ابن عابدين، المرجع السابق، ج3، ص520.

(3) عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج4، ص451.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

- عند المالكية: العدة هي: "تربص المرأة زماناً معلوماً قدّره الشارع علامة على براءة الرحم غالباً، لفسخ النكاح أو موت الزوج أو طلاقه أو فقدته"⁽¹⁾، وهي مدة حددها الشرع لتربص فيها الزوجة بعد فراق زوجها دون نكاح، بهدف التحقق من براءة الرحم، ووفاء للزوج المتوفى⁽²⁾.

- عند الشافعية: العدة هي: "اسم لمدة تربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد أو لتفجعها على زوجها"⁽³⁾، ومعنى تربص أي تنتظر، ومعنى للتعبد هي عدة الصغيرة التي ثبتت براءة رحمها، فتكون عدتها تعبدية احتراماً للعلاقة الزوجية التي قد يندمان على الفُرقة فتكون لهما فرصة الرجوع، أما قوله لتفجعها على زوجها، معناه أن الزوجة تعدد عدة وفاة بمجرد العقد دون الوطاء سواء كان صحيحاً أو فاسداً⁽⁴⁾.

- عند الحنابلة: العدة هي: "التربص المحدود شرعاً، يعني مدة معلومة تربص فيها المرأة لتعرف براءة رحمها"⁽⁵⁾، وفي هذه المدة لا يحل لها الزواج سواء كانت عدتها من طلاق أو وفاة⁽⁶⁾.

بعد عرض تعاريف الفقهاء للعدة تبين أنها متقاربة من كونها مدة زمنية معلومة تربص بها المرأة بعد الطلاق والوفاة، كبيّنة على براءة رحمها.

ثالثاً- في القانون: بالرغم من أن قانون الأسرة الجزائري خصّ العدة بنصوص قانونية، إلا أنه لم يتعرّض لتعريفها، واكتفى بتبيان أنواعها، وأحقية السكن مدة العدة للمتوفى عنها زوجها، وذلك من خلال المواد: 58 إلى 61 من القانون، وعلى العكس من ذلك نجد في القانون المقارن من وضع للعدة تعريفاً كقانون الأسرة القطري في المادة 156 منه حيث عرّفها على أنها: "العدة هي مدة تربص تقضيها الزوجة وجوباً دون زواج إثر الفرقة"⁽⁷⁾، ورغم تعريف القانون القطري للعدة إلا أنه وضع لها تعريفاً عاماً دون تفرقة بين عدة الطلاق وغيره.

الفرع الثاني: مشروعية العدة

كل زوجة فارقها زوجها بوفاة أو طلاق، واجبة عليها العدة، ودليل ذلك من الكتاب، والسنة، والاجماع.

أولاً- في القرآن الكريم: جاءت عدة آيات تنصّ على العدة منها:

(1) أبوبكر الكشناوي، المرجع السابق، ج2، ص182.

(2) الصادق الغرياني، الأسرة، المرجع السابق، ص315.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج5، ص78.

(4) عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج4، ص454.

(5) البهوتي، كشف القناع، المرجع السابق، ج5، ص411.

(6) عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج4، ص455.

(7) قانون الأسرة القطري، المرجع السابق.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

1- قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾⁽¹⁾، ووجه الاستدلال أن الله أوجب في الآية على المطلقة العدة وربطها بالحيض، ويُقصد بذلك المطلقات المدخول بهن، غير الحامل واليائس من المحيض البالغة، والمعلوم أن غير المدخول بهن لا عدة عليهن⁽²⁾.

2- قال تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا﴾⁽³⁾، ووجه الدلالة من الآية أن الله عزَّجَلَّ يَبَيِّنُ حينما تُجهل عدة من يئست من المحيض والصغيرة التي لم تحض، وذوات الأحمال، أو أشكل أمرهن أن عدتهن ثلاثة أشهر، إلا الحامل فعدتها تنتهي بوضع حملها⁽⁴⁾.

3- قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَتَوَقَّؤْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾⁽⁵⁾، ووجه الاستدلال من الآية أن عدة الزوجات المتوفى عنهن أزواجهن أربعة أشهر وعشر ليال، وعدة الحامل وضع حملها، وعلى قول أكثر العلماء فهذه الآية جاءت ناسخة للآية: ﴿وَالَّذِينَ يَتَوَقَّؤْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً لِأَزْوَاجِهِمْ مَتَاعًا إِلَى الْحَوْلِ غَيْرِ إِخْرَاجٍ﴾⁽⁶⁾، ويضيف القرطبي: "لأن الناس أقاموا برهة من الإسلام، إذا توفي الرجل وخلف امرأته حاملاً أوصى لها زوجها بنفقة سنة وبالسكنى ما لم تخرج فتتزوج، ثم نسخ ذلك بأربعة أشهر وعشر، وبالميراث"⁽⁷⁾.

ثانياً- السنة النبوية الشريفة: أما في السنة النبوية فقد وردت العديد من الأحاديث بخصوص العدة منها:

1- حديث "مالك، عن نافع؛ أن عبد الله بن عمر، طلق امرأته، وهي حائض، على عهد النبي صلى الله عليه وسلم. فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، عن ذلك. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: مره فليراجعها، ثم يمسكها، حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق، قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء"، ووجه الاستدلال من الحديث أن الزوجة المطلقة لا يفارقها زوجها حتى تعتد وترى الطهر، ثم تنتظر الحيضة فتحيض، ثم تطهر، ثم إن أراد طلقها قبل جماعها وإن لم يُرد أمسك، وهي العدة التي أنزلها الله وأمر أن تطلق لها المرأة⁽⁸⁾.

(1) سورة البقرة، الآية 228.

(2) محمد علي الصابوني، روائع البيان تفسير آيات الأحكام، مكتبة الغزالي، مؤسسة مناهل العرفان، دمشق سورية، بيروت، لبنان، ط3، 1980، ج1، ص327.

(3) سورة الطلاق، الآية 04.

(4) محمد علي الصابوني، روائع البيان، المرجع السابق، ج2، ص607.

(5) سورة البقرة، الآية 234.

(6) سورة البقرة، الآية 240.

(7) القرطبي، المرجع السابق، ج3، ص174.

(8) ابن عبد البر، التمهيد، المرجع السابق، ج15، ص52.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج و آثاره

2- حديث رسول الله ﷺ أنه قال: "لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال، إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً"⁽¹⁾، ووجه الدلالة من الحديث هو وجوب العدة والإحداد للمتوفى عنها زوجها، وهو أمر مجمع عليه بين الفقهاء وإن اختلفوا في التفاصيل، سواء كانت مدخول بها أو لا، صغيرة أو كبيرة، ثيبا كانت أو بكرًا⁽²⁾.

ثالثا- الإجماع: وقد أجمع علماء الأمة على وجوب العدة⁽³⁾، مع اختلافهم في بعض تفاصيلها.

الفرع الثالث: الحكمة من العدة

تتجلى الحكمة من العدة في مظاهر أذكر منها:

- أُوجِبَت العدة من الطلاق أو الوفاة أو الفسخ للتأكد من براءة الرحم، ومخافة اختلاط الأنساب، فقد جاء في حديث رسول الله ﷺ أنه قال: "لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره"⁽⁴⁾، ومعنى الحديث أن يأتي الرجل الحبلى من الأمة، مخافة اختلاط ماءه مع ماء غيره.

- هي مدة للتعبّد وحق لله، وقد عُرفت بأنها مدة تترىص فيها المرأة للتعبّد، لبراءة الرحم والإحداد⁽⁵⁾.

- فرصة للزوجين في الطلاق الرجعي، بعد تجربة فراق، قد يندم الزوج على ما فرط من سوء العشرة فيتراجعا لأن السبب في الفرقة قد تكون نزعة غضب عابرة سرعان ما تزول، وهو ما عبّر عنه القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾⁽⁶⁾⁽⁷⁾.

- أما في عدة الوفاة فهي دليل على وفاء الزوجة لزوجها وحزنها وإحداها عليه، فهي التي عاشت معه مدة من الزمن في سكينته ومودة ورحمة، وكذلك مواساة لأهل الزوج وتعبيرها عن وقوفها إلى جانبهم في مصابهم⁽⁸⁾.

- من حكمها تثبيت نسب الأولاد وإلحاقهم بأبائهم.

الفرع الرابع: أنواع العِدِّد

للعدة أنواع مختلفة شرعها الله لكل حالة من حالات الفرقة بين الزوجين، لحكمة يعلمها الخالق، وتنقسم إلى ثلاثة أنواع عدة بالقروء، وعدة بالأشهر، وعدة بوضع الحمل.

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب تحد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا، حديث رقم 5334، ج7، ص59. وأخرجه مسلم في صحيحه، تاب الطلاق، باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها، وغيرها بوضع الحمل، حديث رقم 1486، ج2، ص1125.

(2) النووي، المنهاج، المرجع السابق، ج10، ص112.

(3) أسامة بن سعيد القحطاني وآخرون، المرجع السابق، ج3، ص624.

(4) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، جماع أبواب عدة المدخول بها، باب استبراء من ملك الأمة، حديث رقم 15588، ج7، ص738.

(5) سميرة عبد العزيز، العدة وأحكامها في الشريعة الإسلامية، دار الايمان، الإسكندرية، مصر، ط1، 2008، ص23.

(6) سورة الطلاق، الآية 01.

(7) الصادق الغرياني، الأسرة، المرجع السابق، ص316.

(8) سعاد سطحي، "أحكام العدة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري"، مجلة المعيار، مج4، ع8، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، الجزائر، 2004، ص ص 159-160.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

أولاً- العدة بالقروء⁽¹⁾: وهي عدة الزوجة المدخول بها غير الحامل "الحائل" ثلاثة قروء، بنص الآية في قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾⁽²⁾، وتخصيص الآية أخرج غير المدخول بها، والحامل والصغيرة والأيسة من المحيض، وتختلف باختلاف مفهوم القراء فعند من اعتبر القراء "طهر" فهي ثلاثة أطهار تتخللها حيضتان، وعند الفقهاء الذين اعتبروا القراء "حيض" فهي ثلاث حيضات.

أ- أسباب العدة بالقروء: العدة بالقروء لها أسباب وشروط وجوب منها⁽³⁾:

1- فرقة من زواج صحيح: وهذه الفرقة بأنواعها دون استثناء، وأوجب العدة فيها للتحقق من براءة الرحم، فيشترط لوجوبها الدخول بالزوجة أو ما كان في حكم الدخول أي الخلوة الصحيحة عند الجمهور عدى ما ذهب إليه الشافعي في الزواج الصحيح، أما في الزواج الفاسد فتجب عند مالك، والشافعي، ولا تجب عند الحنفية، والحنابلة، ويضيف المالكية في النكاح الفاسد لا تجب العدة دون بناء ولا خلوة صحيحة.

2 - الفرقة في زواج فاسد عن طريق القاضي، ويشترط فيها الدخول عند جمهور الفقهاء من غير المالكية، والعدة واجبة عند المالكية بمجرد الخلوة بعد زواج فاسد.

3- وجوب العدة احتياطاً في الوطاء بشبهة العقد، عند دخول الرجل بالمرأة على أساس أنها زوجته فيكتشف أنها غير امرأته، فالشبهة تقوم مقام الحقيقة حال الاحتياط فتجب العدة⁽⁴⁾.

ب- اختلاف الفقهاء في القراء: اختلف الفقهاء في كون القراء هل هو حيض أو طهر، وهذا الاختلاف ليس نابغاً من الجانب اللغوي من كون القراء من الأسماء المشتركة التي تحتل الحيض والطهر في نفس الوقت، بل نابغ من أن كل فريق من الفقهاء اختار قولاً، واحتج له من جهة المعنى:

(1) القراء في اللغة: هو الحيض ويجمع (أقراء) مثل أفرأخ و (قروء) مثل فلوس، والقراء كذلك الطهر وهو من الأضداد، فهو يصلح للطهر والحيض، انظر زين الدين الرازي، المرجع السابق، ص 249. القراء في الاصطلاح: اختلف فقهاء اللغة في تحديد لفظ القراء هل هو حيض أو طهر، لأن القراء في كلام العرب يحتمل المعنيين فهو من الأسماء المشتركة، فيقع على الطهر والحيض في آن واحد، وقالوا القراء الوقت، وهو يكون للحيض تارة، وللطهر تارة أخرى، فيقال هبت الرياح لقارها، أي: وقت هبوبها، وأنشدوا: شنت العقر عقر بني شليل ... إذا هبت لقارها الرياح. انظر ابن فارس، المرجع السابق، ج 5، ص 79. موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 11، ص 199.

(2) سورة البقرة، الآية 228.

(3) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 8، ص 599. وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، المرجع السابق، ج 3، ص 251.

(4) وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، المرجع السابق، ج 3، ص 251.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

1- القول الأول: القُرء هو الطهر، وهو ما ذهب إليه المالكية⁽¹⁾، والشافعية⁽²⁾، ورواية لأحمد⁽³⁾، والظاهرية، وهو قول لعائشة وزيد بن ثابت⁽⁴⁾ وابن عمر⁽⁵⁾، والزهري وأبو ثور⁽⁵⁾ وغيرهم⁽⁶⁾.
ودليلهم في ذلك:

1-1- من القرآن الكريم:

- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾⁽⁷⁾، ووجه الاستدلال من الآية أن طلاق النساء يكون في زمن العدة، وهو الطهر، لأن الطلاق في الحيض محرّم⁽⁸⁾، وقد أُعْتُرض على هذا الاستدلال لأن الطلاق لا يمكن أن يكون في العدة بل يسبقها، وهي مترتبة عليه، فلا يصح أن تسبق العدة وقوع الطلاق، و"اللام" في الآية لام اختصاص، وهي اختصاص الفعل في زمن معين، مثال ذلك كأن تقول صنعت معروفا لغرة شهر محرّم يعني في بداية شهر محرّم، وبالتالي فالآية تنص: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ أي في وقت استقبال عدتهن⁽⁹⁾.

- قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾⁽¹⁰⁾، ووجه الاستدلال من الآية، أن العرب تؤنّث المذكر في العدد، وتذكر المؤنث، وجاء لفظ قروء مؤنث، والطهر مذكر والحيضة مؤنثة، أما الوجه الثاني فالأطهار تجمع على قروء، والحيض يجمع على أقراء، ووجه آخر أن القراء مشتق في اللغة من قرأت الماء في وعاء أي لمته وجمعته، فوقت تجمّع الدم هو زمن الطهر⁽¹¹⁾، وقد نوقش هذا الاستدلال على أن القراء والأقراء كلاهما جمع، كما يقال فلس وفلوس، ونزل وأنزال، أما مسألة جمع المذكر يؤنث، والطهر مذكر فحقيقة المسألة أن الإعراب يتبع اللفظ دون المعنى فيقال ثلاثة أفراس وثلاث دواب⁽¹²⁾.

(1) الخرخشي، المرجع السابق، ج4، ص137. عليش، المرجع السابق، ج4، ص297.

(2) العمراني، المرجع السابق، ج11، ص15.

(3) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج8، ص101.

(4) زيد بن ثابت بن الضحاک الأنصاري الخزرجي، أبو خارجه، من أكابر الصحابة، كان كاتباً للوحي. ولد بالمدينة سنة 11 ق ه ونشأ بمكة توفي سنة 45 ه، وهاجر مع النبي ﷺ وهو ابن 11 سنة، وتعلم وتفقه في الدين، فكان رأساً بالمدينة في القضاء والفتوى والقراءة والفرائض. الزركلي، المرجع السابق، ج3، ص57.

(5) إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي، أبو ثور: الفقيه رفيق الإمام الشافعي، قال فيه ابن حبان: كان أحد أئمة الدنيا علماً وفقهاً وفضلاً وورعاً، توفي ببغداد سنة 240 ه، له مصنفات كثيرة منها: "تذكرة الحفاظ". الزركلي، المرجع نفسه، ج1، ص37.

(6) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج8، ص101.

(7) سورة الطلاق، الآية 01.

(8) زكرياء الأنصاري، فتح الوهاب، المرجع السابق، ج2، ص126.

(9) سامي بن محمد دبولي، أحكام العدة في الفقه الإسلامي، رسالة تدرج ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير، تخصص فقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 1401/1402، ص84.

(10) سورة البقرة، الآية 228.

(11) ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج3، ص109. الخرخشي، المرجع السابق، ج4، ص137.

(12) السرخسي، المرجع السابق، ج6، ص14.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

2-1- من السنة النبوية الشريفة: حديث "مالك، عن نافع؛ أن عبد الله بن عمر، طلق امرأته، وهي حائض، على عهد النبي صلى الله عليه وسلم. فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، عن ذلك. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: مره فليراجعها، ثم يمسكها، حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق، قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء"، ووجه الاستدلال من الحديث أن الزوجة المطلقة لا يفارقها زوجها حتى تعتد، ثم تطهر، ثم تحيض مرة ثانية، ثم تطهر، ثم بعدها إن ابتغى طلق قبل جماعها، وإن ابتغى أمسك، وهي العدة التي تطلق لها المرأة وأمر بها الله (1)، ويقول ابن رشد الحفيد: هو "دليل واضح على أن العدة هي الأطهار، لكي يكون الطلاق متصلا بالعدة" (2).

3-1- من الأثر: ما روي عن: "عائشة رضي الله عنها أنها قالت: صدقتم، وتدرسون ما الأقراء؟ إنما الأقراء، الأطهار" (3)، ووجه الدلالة من قول عائشة رضي الله عنها أن الاقراء هي الأطهار، ويقول الشافعي وهو على ما قالت به أم المؤمنين أنه مما يُبتلى به النساء وهن أعلم بذلك (4).

2- القول الثاني: القراء هو الحيض، وهو ما قال به الحنفية (5)، والحنابلة (6) في المشهور عنهم، ومن الصحابة أبو بكر، وعمر، وعثمان، وعلي، وابن عباس، وابن مسعود، وأبي موسى الأشعري رضي الله عنه، وجمع كثير من الصحابة والتابعين (7)، ودليلهم في ذلك:

2-1- من القرآن الكريم:

- قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ (8)، ووجه الدلالة من الآية وجوب اعتداد المرأة بثلاثة حيض كاملة، لأن من قال أنها الأطهار لم يوجب الثلاثة، فقط يكتفي بطهرين اثنين وبعض الثالث، ولأن طلاق السنة محده طلاق الرجل زوجته في طهر لم يمسه فيها، فكان هذا الاستنباط مخالف لظاهر النص، ومن جعل القراء حيض أوجها ثلاثة كاملة، فيكون مسار استنباطه موافقا لظاهر النص، وهو الصحيح (9)، وقد أجيب على دليلهم أن في اللغة يطلق اسم الثلاث على

(1) ابن عبد البر، التمهيد، المرجع السابق، ج 15، ص 52.

(2) ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج 3، ص 110.

(3) أخرجه مالك بن أنس في الموطأ، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الاقراء...، حديث رقم 2140، ج 4، ص 830.

(4) الروياني، بحر المذهب، تحقيق طارق فتحي السيد، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 2009.

(5) ابن همام، المرجع السابق، ج 4، ص 308.

(6) المرادوي، المرجع السابق، ج 9، ص 279. ويقول المرادوي أن الصحيح من مذهب الإمام أحمد أن القراء هو الحيض، ورجع عن قوله بأنه الطهر.

(7) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 8، ص 101.

(8) سورة البقرة، الآية 228.

(9) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 8، ص 101.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

الاثنين وبعض الثالث، وذلك في قوله تعالى: «الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَاتٌ»⁽¹⁾، وهما شهران؛ شوال وذو القعدة، وبعض من الثالث وهو ذو الحجة⁽²⁾، فكذاك ههنا جاز أن تُحمل هذه الثلاثة على الطهرين وبعض الطهر⁽³⁾.

ظاهر الخلاف بين القولين في الاستدلال بهذه الآية أن من قال أنها الأطهار، تنقضي عدتها وتحل للأزواج بدخول الحيضة الثالثة (الحساب من الطهر الذي طلقها فيه)، أما من قال أنها الحيض لا تحل للأزواج إلا بانقضاء الحيضة الثالثة⁽⁴⁾.

- قوله تعالى: «وَاللَّائِي يَئْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ»⁽⁵⁾، ووجه الاستدلال من الآية أنه سبحانه وتعالى نقل الحساب إلى الشهور عند عدم الحيض، فأقام الأشهر مقام الحيض وليس مقام الطهر، وكذلك لما قامت الأشهر مقام القروء فالبديل يعتبر بتمامها، وبالتالي فالأشهر لأبد من اتمامها، وجب أيضا أن يعتبر الكمال في المبدل وهو القراء، فلا بد أن تكون الأقراء كاملة وهي الحيض، ولا كمال في الأطهار لأن فيها قراءان وجزء من القراء⁽⁶⁾، ونوقش دليلهم هذا أن جعل الشهور مقام الحيض، فليس بصريح أن جعل القروء هي نفسها الحيض، بل الغاية من النص القرآني أن جعل الاعتداد بالأشهر هو الشرط الوحيد حال اليأس من المحيض، ومادامت تحيض فلا تنتقل إلى عدة الأيسة، فالأقراء والتي هي الأطهار -عند الفريق الأول- لا توجد إلا مع الحيض⁽⁷⁾.

2-2- من السنة النبوية الشريفة: حديث: "عائشة رضي الله عنها، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: طلاق الأمة تطليقتان، وقرؤها حيضتان"⁽⁸⁾، ووجه الدلالة من الحديث أن الأصل الذي تنقضي به العدة هو الحيض، ومنه كان استدلالهم أن عدة الأمة حيضتان⁽⁹⁾.

(1) سورة البقرة، الآية 197.

(2) ابن الرفعة، كفاية النبيه في شرح التنبيه، تحقيق مجدي محمد سرور باسلوم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2009، ج15، ص33.

(3) فخر الدين الرازي، المرجع السابق، ج6، ص437.

(4) ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج3، ص109.

(5) سورة البقرة، الآية 228.

(6) فخر الدين الرازي، المرجع السابق، ج6، ص437.

(7) ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ج5، ص555.

(8) أخرجه أبو داود في سننه، أول كتاب الطلاق، باب في سنة طلاق العبد، حديث رقم 2189، ج3، ص512. وضعفه الألباني انظر محمد ناصر الدين الألباني، ضعيف سنن أبي داود، مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1998، ص170.

(9) الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص194.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

اعترض على هذا الدليل أن الفريق الأول يقول لو استدللنا بهذا الحديث عليكم لاعترضتم عليه، وذلك لكونه حديث ضعيف معلول، وهو حديث قال فيه الترمذي: "غريب لا نعرفه إلا من حديث مظاهر بن أسلم، ومظاهر لا يُعرف له في العلم غير هذا الحديث"⁽¹⁾.

2-3- من المعقول:

- أن العدة أوجبت لبيان براءة الرحم، ولا دليل لبراءته إلا بحصول الحيض لا الطهر، فكان القرء حيضا لا طهرا⁽²⁾.

- ولأن: "العدة استبراء، فكانت بالحيض، كاستبراء الأمة، وذلك لأن الاستبراء لمعرفة براءة الرحم من الحمل، والذي يدل عليه الحيض، فوجب أن يكون الاستبراء به"⁽³⁾، واعترض على هذا الدليل أن الاستبراء ليس بالحيضة، وإنما بالطهر الذي قبلها وقد طلقها فيه، وكذلك لأن: "القائلين بأنها الحيض يقولون إنها لا تعدد إلا بالحيض المقبلة بعد الطهر الذي طلقت فيه فجعلوا عليها ثلاثة قروء وشيئا آخر وذلك خلاف الكتاب والسنة"⁽⁴⁾.

الترجيح: بعد عرض أقوال الفريقين واستدلّاهم ومناقشة بعض أدلتهم، فالراجح قول المالكية، والشافعية من كون القرء هو الطهر، بالرغم من كون أدلة الفريقين متقاربة، إلا أنها تبقى مسألة اجتهادية، يكون لكل فريق أدلته وحججه التي يحتج بها، ويقول ابن رشد الحفيد في هذا المقام من أن مذهب الحنفية أظهر من جهة المعنى، وحجة الفريقين من جهة المسموع متساوية أو أقرب⁽⁵⁾، فكذلك حجة مالك والشافعي أظهر من جهة اللغة، مع التساوي في المسموع أو أقرب في التساوي⁽⁶⁾.

ثانيا- العدة بالأشهر:

أصل العدة بالأشهر، وهو ما نصت عليه الآية الكريمة في صنف من النساء، قال تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَدْسُنَّ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾⁽⁷⁾، ووجه الاستدلال من الآية أن عدة المرأة الأيسة من المحيض إن شككتم ولم تدرؤا ما عدتها، فعدتها ثلاثة أشهر، ونفس الحكم للشابة الصغيرة التي لم تر الحيض، يُضاف إلى الصنفين المذكورين أنفا، عدة الوفاة لغير الحامل، بالرغم من أنها أكثر منهما مدة لكنها تصنف عدة بالأشهر، وتفصيل ذلك فيما يأتي:

(1) ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ج 5، ص 556.

(2) الكاساني، المرجع السابق، ج 3، ص 194.

(3) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 8، ص 102.

(4) ابن عبد البر، التمهيد، المرجع السابق، ج 15، ص 99.

(5) ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج 3، ص 110.

(6) مبروك المصري، المرجع السابق، ص 407.

(7) سورة الطلاق، الآية 04.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

أ- عدة الأيسة والصغيرة التي لم تحض:

هي عدة تكون بدلا عن الحيض فتحسب بالأشهر، وسبب وجوبها الطلاق، أما شروط وجوبها هو الصغر أو الكبر أو عدم حيض للصغيرة والكبيرة، ويضاف الدخول الحقيقي إلى شروطها أو الاختلاء بالزوجة خلوة صحيحة عند الجمهور عدا الشافعية في الزواج الصحيح، وزاد المالكية في الزواج الفاسد⁽¹⁾، وهي تنقسم إلى:

1- عدة الأيسة: الأيسة هي المرأة التي بلغت سن ينقطع عنها المحيض، بحيث تصل إلى سن لا يمكنها فيه الحمل ولا الولادة، ويسمى حينئذ سن اليأس⁽²⁾، واتفق الفقهاء⁽³⁾ على أن عدة المرأة الأيسة ثلاثة أشهر، وهو ما نصت عليه صراحة الآية سالفه الذكر، لكن الفقهاء اختلفوا في السن الذي تبلغ فيه المرأة سن اليأس:

- الحنفية: إذا بلغت المرأة سن من لا تحيض مثلها فهي آيسة، وقد روي عنهم أنها تقدر بخمسين سنة، وفي رواية أخرى ستين سنة، وفصلوا بين الأجناس فجعلوا للروميات خمسين سنة لسرعة هرمهن، والخراسانيات ستين سنة، وأكثر مشايخهم قدروها ما فوق الخمسين⁽⁴⁾.

- المالكية: ما قال به المالكية أن اليائسة إن رأت الدم وقد بدأت بالأشهر ترجع إلى عدة الحيض وتلغي الأشهر إن كانت فوق الخمسين ودون السبعين، إن قلن من النساء من يعرفن الدماء أنه دم حيض كان حيضا، وانتقلت عدتها من عدة أشهر إلى عدة قروء، وإن كان غير دم حيض أكملت عدتها بالأشهر، أما فوق سن السبعين أو الثمانين فلا اعتبار لذلك لأنه ليس بحيض⁽⁵⁾.

- الشافعية: ذهب الإمام الشافعي رحمته الله أن المعتبر في اليأس يأس نساء عشيرتها، وأقاربها من الأبوين الأقرب إليها فالأقرب لتقاربهن طبعاً وخُلُقاً⁽⁶⁾، فإن بلغت سنا معروف فيها انقطاع حيضهن، فتعتبر قد دخلت سن اليأس دون تحديد لسن معينة، إلا أن فقهاء الشافعية اختلفوا اختلافا متباينا في سن اليأس، فالمشهور عندهم اثنان وستون سنة، وقيل ستون سنة، وقيل خمسون، وكذلك من ذهب إلى أنها من تجاوزت السبعين سنة، وقيل خمس وثمانون، وهناك من ذهب إلى أن المرأة غير العربية

(1) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 8، ص 599.

(2) المفهوم اللغوي لليأس هو القنوط، انظر زين الدين الرازي، المرجع السابق، ص 348. أما اصطلاحاً فسن اليأس هو مرحلة تمر بها المرأة في متوسط عمرها، وتتميز بتغيرات نفسية وفسيولوجية، قد يصاحبها انفعالات وتوترات وقلق، وتصاحبه انخفاض في الدورة الشهرية إلى غاية انقطاعها. انظر عبد الله أبو زعيزع، مفاهيم معاصرة في الصحة النفسية، دار الأكاديميون للنشر والتوزيع، الأردن، 2015، ص 163-164.

(3) الكاساني، المرجع السابق، ج 3، ص 195. شهاب الدين النفراوي، المرجع السابق، ج 2، ص 57. النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج 8، ص 370. موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 08، ص 147.

(4) السرخسي، المرجع السابق، ج 6، ص 27. ابن عابدين، المرجع السابق، ج 1، ص 304.

(5) ابن يونس الصقلي، الجامع لمسائل المدونة، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، ط 1، 2013، ج 10، ص 568.

(6) البكري الدمياطي، المرجع السابق، ج 4، ص 49.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

لا يمكن لها أن تحيض بعد الخمسين، والمرأة العربية تحيض بعدها، ولا تحيض بعد الستين إلا قرشية، ووجه آخر في المذهب أن المرجع في تحديد سن اليأس هو البلد الذي فيه المرأة، لأن للبيئة والأهوية تأثير في الأمزجة والأبدان⁽¹⁾.

- الحنابلة: عن الإمام أحمد خمسون سنة، وقيل عنه أنه قال إن كانت الحيضة من أعجمية فخمسون، وإن كانت عربية فستون، لقوة طبيعتهم⁽²⁾.

بعد عرض أقوال الفقهاء، نلاحظ أنهم اتفقوا أن حدوث اليأس من المحيض على المرأة يكون في سن محدد، لكنهم اختلفوا في هذا السن فيما يتراوح ما بين الخمسين والستين سنة، إلا أن المالكية زادوا أن من فوق الخمسين يُنظر هل يعتبر دمها حيضاً أو لا، وجعلوا له حداً أعلى وهو السبعين سنة، ولا اعتبار لما بعده، وفرق الشافعية، والحنابلة في سن اليأس بين المرأة العربية وغيرها من النساء، فجعلوا للعربية حداً وهو الستون سنة، أما غير العربية فلا تتجاوز الخمسين سنة.

الترجيح: بعد عرض ما قال به الفقهاء أرجح قولٌ عند الشافعية، جاء فيه أن سن اليأس تحكمه البيئة التي تسكنها المرأة، لما فيها من تأثير على الجانب النفسي والعضوي، كما قد يكون للجانب الجيني دور في تحديد سن اليأس من خلال مقارنتها بأمها، يبقى أن جانباً مهماً في هذه المسألة مرتبط بالتطور التكنولوجي في الطب، لأن له دور كبير في تحديد سن اليأس عند المرأة بدقة، خاصة عند حدوث إشكالات في تحديده، وبالتالي فسن اليأس يختلف من امرأة لأخرى.

يرى الأطباء أن سن اليأس الطبيعي عند النساء يقع غالباً ما بين سن الخامسة والأربعين والخامسة والخمسين، وقد يحدث قبل سن الخامسة والأربعين، وربما يتأخر بعد سن الخامسة والخمسين، لكن هذا التأخر يكون نادر الحدوث، وأرجع الأطباء الاختلاف بين النساء في سن اليأس إلى عدة عوامل منها⁽³⁾:

1- التغذية السليمة وخاصة البروتينات والفيتامينات الصحية، فالمرأة صاحبة التغذية الصحية السليمة يتأخر لديها سن اليأس.

2- سن البلوغ: فكل من تأخر لديها البلوغ حدث اليأس مبكراً.

3- الحالة النفسية للمرأة: فكلما كانت الحالة النفسية للمرأة سيئة كانت سن اليأس أقرب للظهور.

4- البنية الجسدية: فكلما كانت المرأة بدينة وقصيرة يظهر اليأس عندها مبكراً.

(1) ابن الرفعة، المرجع السابق، ج15، ص41.

(2) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج08، ص107.

(3) عمر سليمان الأشقر وآخرون، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس، الأردن، ط1، 2001، ج1، ص141.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

5- عدد مرات الحمل وآخر مرة حملت فيها المرأة: فكلما قل عدد مرات الحمل كان اليأس أقرب، وإن آخر حمل لها قبل الثلاثين من العمر كان سن اليأس مبكراً⁽¹⁾.

2- عدة الصغيرة التي لم تحض:

البنات الصغيرة غير بالغة سن الحيض، قُدِّرَ سنُّها عند جمهور الفقهاء من غير الشافعية بحد أدنى هو تسع سنين، وإن رأت الدم فهو فاسد، واختلف الفقهاء في بعض تفاصيل حكم عدتها كالتالي: - الحنفية: ذهبوا إلى أن الصغيرة دون تسع سنين تعتدّ، وعدتها ثلاثة أشهر إن طُلقت ولم تحض، ولو نزل عليها الدم فلا اعتبار له، لأنه ليس دم حيض فتتّم عدتها بالأشهر، أما المراهقة التي تجاوزت التسع سنين ووصل سنّها خمس عشرة سنة عند الصحابان⁽²⁾ وسبع عشرة سنة عند أبو حنيفة ولم تحض، فعدتها ثلاثة أشهر⁽³⁾.

- المالكية: ذهب المالكية إلى أن عدة الصغيرة التي إن كانت تطيق الوطاء فعدتها ثلاثة أشهر، ولو كانت دون تسع سنين، أما التي لا يوطأ مثلها ولا تطيقه فلا عدة عليها، ولو كانت أكبر من تسع سنين، وعدتها ثلاثة أشهر إن لم تحض⁽⁴⁾، وقد عارض هذا القول بعض المالكية، واعتبروا أن الصغيرة التي ليست في سن من تحيض كبنات تسع أو عشر ومطيقه للوطاء ولا تحمل غالباً، فلا عدة عليها⁽⁵⁾.

- الشافعية: ذهب الشافعية إلى أن الصغيرة لا تعتدّ إن لم تكن تطيق الوطاء، وإن كانت تطيقه فعدتها ثلاثة أشهر⁽⁶⁾، وحُكِمَ من بلغت السن (سن الحيض) ولم تحض فثلاثة أشهر⁽⁷⁾. - الحنابلة: ذهب الحنابلة إلى أن الصغيرة التي دون تسع سنين لا عدة عليها⁽⁸⁾، أما فوق التسع فعدتها ثلاثة أشهر لأن التسع سنين أقل سن يمكن أن تحيض فيه الصغيرة، والمرجع في هذه المسائل إلى الوجود، ولا توجد من النساء عادة من تحيض تحت هذا السن⁽⁹⁾.

بعد عرض ما قال به الفقهاء، الملاحظ أنهم اتفقوا على أن أقل سن للحيض تسع سنين، وإن رأت الدم دون التسع فهو دم فساد وليس بحيض، واتفق جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، على أن لا عدة تحت التسع سنين إلا إذا كانت مطيقه للوطاء، عكس الحنفية الذين أوجبوا العدة على من تحت التسع سنين، مهما كان وضعها مطيقه أو لا وعدتها ثلاثة أشهر، ولو رأت الدم

(1) عمر سليمان الأشقر وآخرون، المرجع السابق، ص 142.

(2) يقصد بصاحبها الإمام أبو حنيفة وهما: أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني.

(3) بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، المرجع السابق، ج 5، ص 597.

(4) عليش، المرجع السابق، ج 4، ص 295.

(5) ابن عرفة، المرجع السابق، ج 4، ص 400.

(6) البجيرمي، المرجع السابق، ج 4، ص 89.

(7) ابن الرفعة، المرجع السابق، ج 15، ص 38.

(8) الهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج 3، ص 191.

(9) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 1، ص 264.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

فهو فساد وليس بحيض، واتفقوا كذلك على أن المراهقة (من تسع سنين إلى الخامسة عشر) وبلغت سن الحيض ولم تحض فعدتها ثلاثة أشهر، على ما جاء في النص القرآني، هذا إن لم تر الدم، فإن نزل عليها الدم تنتقل إلى عدة الاقراء، وهو الأصل، لأن عدة الشهور استثناء لغياب الدم⁽¹⁾.
الترجيح: بعد عرض أقوال الفقهاء فالراجح من القول في عدة الصغيرة، ما قال به الرأي الثاني من المالكية وهو أن الأقل من تسع سنين لا عدة لها وإن كانت مطيقة للوطء، أما من بلغت سن الحيض ولم ينزل عليها الدم فعدتها ثلاثة أشهر.
ب- عدة الوفاة لغير الحامل:

هي نوع من العدة يجب أصلاً بنفسه، معناه أنها ليست بديلاً عن الحيض، وإنما أوجبت بالنص القرآني الصريح، وقد اتفق الفقهاء⁽²⁾ على أن عدة المرأة المتوفى عنها زوجها وهي غير حامل أربعة أشهر وعشر ليالٍ بأيامها من تاريخ الوفاة، وقد استثنيت الحامل من هذا التخصيص لوجود أدلة أخرى تخص عدتها، والأصل في وجوبها:

1- من القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾⁽³⁾، وجه الدلالة من الآية، أن عدة المرأة التي يتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشر ليالٍ بأيامها، ولا تتعرض بالزينة، ولا تخرج من بيتها بغير عذر، ولا تواعد الرجال بالزواج⁽⁴⁾، وبالنظر للآية نجد أنها جاءت بحكم عام لكل متزوجة، تم البناء بها أم لم يتم، كبيرة أو صغيرة، حرة أو أمة⁽⁵⁾، أما التبرُّص فكما قال القرطبي هو: "التأني والتصبر عن النكاح، وترك الخروج عن مسكن النكاح وذلك بالأ تفارقه ليلاً"⁽⁶⁾، وشرط آخر يضاف لهذه العدة صحة الزواج دون فساد، فإن كان فاسداً، فعدتها ثلاث حيضات عند الحنفية، والحنابلة إن كانت ممن تحيض، وثلاثة أطهار عند مالك، والشافعي، وإن لم تكن ممن يحضن فعدتها حينئذ ثلاثة أشهر، لأن المقصد من طول زمن العدة هو إبداء الأسف على نعمة الزواج، ولا يتحقق ذلك إن كان الزواج غير صحيح⁽⁷⁾.

2- من السنة النبوية الشريفة: أما من السنة فقد استدلت الفقهاء بحديث رسول الله ﷺ أنه قال: "لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال، إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً"،

(1) سامي بن محمد ديولي، المرجع السابق، ص 165 وما يليها.

(2) الكاساني، المرجع السابق، ج 3، ص 192. الخرخشي، المرجع السابق، ج 4، ص 144. النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج 8، ص 398. موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 8، ص 115.

(3) سورة البقرة، الآية 234.

(4) محمد رشيد رضا، المرجع السابق، ج 2، ص 332.

(5) ابن العربي، المرجع السابق، ج 1، ص 283.

(6) القرطبي، المرجع السابق، ج 3، ص 176.

(7) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 8، ص 605.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

ووجه الدلالة من الحديث، أن المرأة تعدت من وفاة الزوج أربعة أشهر وعشر، والاحداد بتجنب الزينة والطيب مدة عدتها.

ج- عدة من أرتفع عنها الحيض (المرتابة) بسبب أو دون سبب:

المرتابة أو المتحيرة هي المرأة التي ارتفع حيضها، يعني التي كانت تحيض بشكل عادي ثم انقطع حيضها، ويمكن أن يكون بسبب معلوم أو دون سبب معلوم.

ج-1- عدة المرتابة بسبب معلوم: فالمرأة المطلقة إذا ارتفع عنها الحيض، وعرفت ما رَفَعَهُ من رضاع أو علة أو نفاس، فعليها الانتظار حتى يزول السبب ويعود لها الدم وإن طال الزمن، حتى بلوغها سن اليأس فتعدت حينئذ عدة الآيسات ثلاثة أشهر، هذا ما قال به جمهور الفقهاء من حنفية، وشافعية، وحنابلة في الصحيح، أما عند المالكية ففي المرضع فقط⁽¹⁾، لأن الإرضاع هو السبب الذي جعل الحيض يتأخر، فلو فطمت الطفل رجع لها الحيض، ولو تأخر الحيض بعد فطامه سنة خرجت من العدة، وأصبح بإمكانها النكاح⁽²⁾، وهو مذهب علي، وعثمان، وزيد بن ثابت رضي الله عنه، وقد حكم عثمان رضي الله عنه بذلك في المرضع وهو ما رواه عنه البيهقي⁽³⁾.

أما من ارتفع حيضها بسبب المرض فللمالكية⁽⁴⁾ قولان: الأول حُكِمَها حُكْمَ المرضع تعدت بالأقراء، أما الثاني فحُكِمَها كالتى ارتفع حيضها دون سبب، والقول الأخير هو رواية أخرى للحنابلة⁽⁵⁾، فتعدت بأقرب الأجلين؛ إما ثلاثة قروء أو سنة كاملة من حين زوال السبب (المرض).

ج-2- عدة المرتابة بسبب غير معلوم: المرتابة بسبب غير معلوم، من جاءها الحيض ولو مرة، لكنه ارتفع عند الطلاق من غير سبب (لا مرض ولا نفاس ولا رضاع)، واختلف الفقهاء في حُكْمِها على النحو التالي:

القول الأول: وهو ما قال به المالكية، والشافعي في القديم، والحنابلة⁽⁶⁾، وما قال به عمر وابن عباس رضي الله عنهما، أن المرتابة من غير سبب معروف تنقضي عدتها بسنة حيث تتريص تسعة أشهر وهي مدة الحمل، لأن مدة الحمل في الغالب لا تزيد عن هذه المدة، ثم تعدت بثلاثة أشهر عدة الآيسات، وبانقضاء المدة تكون سنة تنقضي بها العدة⁽⁷⁾، ودليلهم في ذلك:

(1) الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص195. النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج8، ص371. شمس الدين الزركشي، شرح الزركشي، دار العبيكان، (دم)، ط1، 1993، ج5، ص549.

(2) الخرشي، المرجع السابق، ج4، ص138. الصادق الغرياني، المرجع السابق، ص329.

(3) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، المرجع السابق، ج19، ص246.

(4) ابن جزى، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص156.

(5) ابن ضويان، المرجع السابق، ج2، ص282.

(6) ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج3، ص110. الشيرازي، المرجع السابق، ج2، ص488. موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج8، ص109.

(7) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، المرجع السابق، ج29، ص329.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

- حديث سعيد بن المسيب؛ "أنه قال: قال عمر بن الخطاب: أيما امرأة طلقت، فحاضت حيضة، أو حيضتين. ثم رفعتها حيضتها. فإنها تنتظر تسعة أشهر، فإن بان بها حمل، فذلك. وإلا اعتدت بعد التسعة الأشهر، ثلاثة أشهر، ثم حلت"⁽¹⁾، ووجه الدلالة من الحديث أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال في امرأة حاضت حيضتين وارتفع حيضها، ولا تعرف سبب رفعه، تعتد تسعة أشهر، وإن لم يظهر حملها اعتدت ثلاثة أشهر فهي سنة كاملة، ولم يُعرف لهذا الرأي مخالف وقد أجمع عليه الصحابة، وقضى به عمر الفاروق وهو خليفة ولم ينكره منكر⁽²⁾، وقد نوقش دليلهم هذا على أن الشافعي في الجديد من مذهبه غير رأيه اتباعاً لقول ابن مسعود⁽³⁾، في حديث: "علقمة أنه طلق امرأته تطليقة أو اثنتين، ثم ارتفعت حيضتها ستة عشر أو سبعة عشر شهراً، ثم ماتت، فجاء ابن مسعود، فقال: حبس الله عليك ميراثها، فورثه منها"⁽⁴⁾، مُبرراً حديث عمر على أنه في المرأة التي ينست من المحيض.

- من العقل ما قاله موفق الدين بن قدامة رحمته الله: "ولأن الغرض بالاعتداد معرفة براءة رحمها، وهذا تحصل به براءة رحمها، فاكتفي به، ولهذا اكتفي في حق ذات القرء بثلاثة قروء، وفي حق الأيسة بثلاثة أشهر، ولو روعي اليقين، لاعتبر أقصى مدة الحمل، ولأن عليها في تطويل العدة ضرراً، فإنها تمنع من الأزواج، وتحبس دائماً، ويتضرر الزوج بإيجاب السكنى والنفقة عليه. وقد قال ابن عباس: لا تطولوا عليها الشقة، كفاها تسعة أشهر"⁽⁵⁾.

القول الثاني: وهو ما ذهب إليه الحنفية⁽⁶⁾، والشافعي في الجديد⁽⁷⁾، وهو مذهب علي، وعثمان، وزيد بن ثابت رضي الله عنهم⁽⁸⁾، أن المرأة إن حاضت حيضة أو حيضتين ثم طُلت وارتفع حيضها، فتنظر الحيض وإلا تبقى حتى سن اليأس فتعتد بالأشهر، ودليلهم في ذلك:

- قوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَئْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ﴾⁽⁹⁾، ووجه الدلالة من الآية أن الله أوجبها في عدة المرأة اليائسة من المحيض، وقد اقتضى الظاهر من اللفظ في الآية ﴿إِنْ ارْتَبْتُمْ﴾، أنها في اليائس من الحيض من غير ارتياب، والخطاب في الآية موجه لمن ارتاب في حساب العدة من الرجال، ولو كان الارتياب في الآية لليأس لكان الخطاب موجه للنساء قبل الرجال،

(1) أخرجه مالك بن أنس في الموطأ، كتاب الطلاق، باب جامع عدة الطلاق، حديث رقم 2162، ج 4، ص 839.

(2) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 8، ص 111. أبو الوليد الباجي، المرجع السابق، ج 4، ص 108.

(3) تعليق للبيهقي عند سرده لحديث عمر. أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب العدد، باب عدة من تباعد حيضها، حديث رقم 15500، ج 15، ص 506.

(4) أخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه، كتاب الطلاق، باب تعتد اقراءها ما كانت، حديث رقم 11104، ج 6، ص 342.

(5) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 3، ص 612.

(6) الكاساني، المرجع السابق، ج 3، ص 195.

(7) الروباني، المرجع السابق، ج 11، ص 266.

(8) الكاساني، المرجع السابق، ج 3، ص 195.

(9) سورة الطلاق، الآية 4.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

لأن الحيض يتوصل إلى معرفته من جهتها وهي مصدقة فيه، وبالتالي كان الخطاب واضحاً للرجال الذين ارتابوا في حساب العدة، وعليه فلا عدة لذوات الحيض إلا بالإقراء لا بالشهور⁽¹⁾.

نوقش دليلهم هذا على أن الارتباب في الآية للمرأة التي ارتفع حيضها، ولا تدري ما رفعه فحكم لها حكم الاعتداد بتسعة أشهر للحمل، فإذا لم تر الحمل اعتدت بثلاثة أشهر أخرى وتحل بعدها للأزواج، وهذا القول أولى من أن يُحكم لها حكم المرأة الشابة، التي يطلقها زوجها ويرتفع حيضها فتبقى ثلاثين سنة معتدة في انتظار الحيض⁽²⁾، وقوله تعالى: ﴿إِنْ ارْتَبْتُمْ﴾ فتفسيرها إن ارتبتم في حيضها، وليس إن ارتبتم في حكمها أكانت يائساً أو لا، كما فسرت من بعض الفقهاء والمفسرين، فهذا التفسير مبطل لمعنى عبارة (إن ارتبتم)⁽³⁾.

- في الأثر: عن "علقمة أنه طلق امرأته تطليقة أو اثنتين، ثم ارتفعت حيضتها ستة عشر أو سبعة عشر شهراً، ثم ماتت، فجاء ابن مسعود، فقال: حبس الله عليك ميراثها، فورثه منها"، ووجه الدلالة من الحديث أن المرأة إن طلقت وانقطع حيضها تنتظر إلى أن تحيض، فتعتد بالإقراء، أو تصل لسن اليأس فتعتد بثلاثة أشهر، لأن الاعتداد بالأشهر ورد فيمن لم يحضن، وهذه المطلقة لا تدخل ضمنهن، فينتظر وصولها لسن اليأس، فهي مطلقة ورجاؤها نزول الدم فلا عدة لها بالشهور⁽⁴⁾.

نوقش استدلالهم هذا أن أحمد بن حنبل رحمته الله قال: "وحديث ابن مسعود: حبس الله عليك ميراثها، قال وكيع فيه: وكانت مرضت، قال: ولم أسمع هذا الحرف إلا من وكيع"⁽⁵⁾، معنى أن المرأة التي وردت في الحديث كانت قد مرضت.

الترجيح: من خلال ما سبق يتبين للباحث أن القول الراجح هو القول الأول، من أن عدة المرتابة أو ممتدة الطهر سنة تتضمن تسعة أشهر للحمل وثلاثة أشهر أخرى إن لم يظهر حمل، ومع التطور التكنولوجي في المجال الطبي فليس من الممكن أن تظل المطلقة في عدةٍ مدة طويلة (سنة كاملة)، فمن السهل معرفة حملها من عدمه، ويكفيها فقط أن تعتد ثلاثة أشهر عدة طلاق إن اكتشفت أنها غير حامل، وإن تبين حملها فعدتها وضعه.

(1) أبوبكر الجصاص، المرجع السابق، ج2، ص239.

(2) ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ج5، ص586.

(3) أحمد محمد شاكر، المرجع السابق، ص89.

(4) الرافعي، العزيز شرح الوجيز، تحقيق علي محمد عوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1997، ج9، ص438.

(5) أبو داود، مسائل الإمام أحمد رواية أبي داود السجستاني، تحقيق أبي معاذ طارق بن عوض الله بن محمد، مكتبة ابن تيمية، مصر، ط1، 1999، ص252. أحمد بن حنبل، مسائل أحمد بن حنبل رواية ابنه عبد الله، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1، 1981، ص368.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

د- عدة المستحاضة⁽¹⁾:

فالمرأة المطلقة والمعتدة وكانت من ذوات الحيض، وحاضت ولم ينقطع عنها الدم فهي مستحاضة، ووضعها لا يخلو من أمرين⁽²⁾:

د-1- المستحاضة المميّزة للدم: فالمطلقة المستحاضة إن تمكّنت من التمييز بين دم الحيض ودم الاستحاضة بلون أو رائحة⁽³⁾، أو كانت لها عادة أيامها معروفة، فهذه تعدد بالأقراء لا بالأشهر باتفاق الفقهاء⁽⁴⁾، وعدتها ثلاثة قروء.

د-2- المستحاضة غير المميّزة للدم (المتحيّرة): هي المرأة التي لم تستطع التمييز بين الدمين (دم الحيض ودم الاستحاضة)، أو كانت من اللواتي لهن حيض معروف ونسيته، ونسيت مقداره وأيامه، أو كان يأتيها الدم يوم بيوم، سواء المبتدئة أي التي نزل عليها الدم مرة واحدة أو غيرها فقد اختلف الفقهاء في حكمها:

القول الأول: هو ما قال به الحنفية، والشافعية، والحنابلة في قول، والظاهرية⁽⁵⁾، إلى أن المتحيّرة غير المميّزة للدم من حيض أو استحاضة تعدد بثلاثة أشهر، وذلك بأن تحسب أيام الحيض بغالب النساء وهي ستة أو سبعة أيام من كل شهر، ويبدأ هذا الحساب من أول يوم شاهدت فيه الدم وما بقي من الأيام استحاضة، فتحسب بهذا ثلاثة أشهر فتقضّي عدتها، ودليلهم في ذلك:

- من القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَئْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ﴾⁽⁶⁾، ووجه الاستدلال من الآية: "معنى ذلك: إن ارتبتم مما يظهر منهن من الدم، فلم تدرؤا أدم

(1) الاستحاضة في اللغة: وهي استفعال من الحيض فيقال استحاضة، فمصدرها الحيض لأن الحيض معروف و الاستحاضة نادرة، والسين الزائدة في الاستحاضة كناية عن التحول فيقال استحجر الطين تحول من حال إلى حال، فكذلك الاستحاضة فهي تحول من دم الحيض إلى دم آخر وهو دم الاستحاضة. انظر ليلي الزويبي، أحكام العدة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الوراق، عمان، الأردن، 5 د.ط-، 2006، ص133. أما في الاصطلاح الشرعي فهي: "سيلان الدم في غير أوقاته المعتادة من مرض وفساد من عرق في أدنى الرحم يسمى العادل". انظر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، المرجع السابق، ج29، ص328.

(2) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، نفس المرجع، ص ص 328-329.

(3) لأن دم الحيض يكون أسود ورائحته كريهة أما إن كان دماً أحمرًا خفيفاً فهو دم استحاضة، وأصل في ذلك ما جاء في الحديث: "عن عروة بن الزبير، عن فاطمة بنت أبي حبيش، أنها كانت تستحاض، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: إذا كان دم الحيض، فإنه دم أسود يعرف، فأمسكي عن الصلاة فإذا كان الآخر فتوضئي فإنما هو عرق". أخرجه النسائي في سننه الكبرى، كتاب الطهارة، باب الفصل بين دم الحيض، والاستحاضة، حديث رقم 215، ج1، ص159.

(4) بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، المرجع السابق، ج5، ص616. شهاب الدين النفراوي، المرجع السابق، ج2، ص58. البكري الدمياطي، المرجع السابق، ج4، ص48. موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج8، ص112.

(5) ابن همام، المرجع السابق، ج4، ص312. الروياني، المرجع السابق، ج11، ص264. موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج8، ص112. ابن حزم، المرجع السابق، ج10، ص50. وللحنفية في رواية أخرى تعدد بسبعة أشهر احتياطاً للأنساب، على اعتبار أن مدة الطهر شهران وعدة القراء عشرة أيام والرأي القائل بثلاثة أشهر هو الأطهر، وإن كان الحنفية يرجحون الثاني. انظر بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص301.

(6) سورة الطلاق، الآية 4.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

حيض، أم دم استحاضة⁽¹⁾، لأن المرأة المستحاضة هي: "التي لا يستقيم لها الحيض، تحيض في الشهر مرارا، وفي الأشهر مرة، فعدتها ثلاثة أشهر"⁽²⁾.

- السنة النبوية الشريفة: فعن: "حمنة بنت جحش أنها استحاضت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: إني استحضت حيضة منكرة شديدة، قال لها: احتشي كرسفا قالت له: إنه أشد من ذلك، إني أتج ثجا، قال: تلجمي، وتحيزي في كل شهر في علم الله ستة أيام، أو سبعة أيام، ثم اغتسلي غسلا، فصلي، وصومي ثلاثة وعشرين، أو أربعة وعشرين.."⁽³⁾، ووجه الدلالة من الحديث أن من اختلط عليها الدم فعدتها بالشهور، لأن الغالب من النساء تحيض كل شهر مرة، وما شرعت العدة بالشهور إلا حين ارتفاع الحيض وخفاؤه⁽⁴⁾.

القول الثاني: هو ما قال به المالكية، وقول عند الحنابلة⁽⁵⁾، أن المستحاضة إن لم تستطع التمييز بين الدمين، أهو دم حيض أو استحاضة، فتعد بسنة، تسعة أشهر استبراء وثلاثة أشهر عدة، وجعل مالك رضي الله عنه حكمها حكم المرتابة التي ارتفع حيضها دون سبب⁽⁶⁾، وأما في الوفاة فقد روي عن مالك: "أن المستحاضة تعدّ فيها بأربعة أشهر وعشر وتحل"⁽⁷⁾، ودليلهم في ذلك:

- من الأثر: عن "مالك، عن ابن شهاب، عن سعيد بن المسيب أنه قال: عدة المستحاضة سنة"⁽⁸⁾. ووجه الاستدلال أن المستحاضة إن لم تميّز بين دم الحيض ودم الاستحاضة فتعدّ سنة، وأما إن ميّزت فتعدّ بالأقراء لا بالسنة⁽⁹⁾.

الترجيح: بعد عرض القولين يمكن ترجيح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، من أن عدة المستحاضة غير المميزة بين دم الاستحاضة ودم الحيض، هي ثلاثة أشهر في مقابل ثلاث حيض، وذلك من باب التيسير على المطلقة المستحاضة، ومادامت الاستحاضة دائمة لديها فالحيض حتما موجود ولا مجال لإسقاط عدة المرتابة على المستحاضة والتي مدتها سنة كاملة، لما فيه من حرج على المرأة فيكفي أن تحسب لكل شهر حيضة، وتعدّ ثلاثة أشهر وتحل، ومن متأخري المالكية من سار على قول أبي

(1) الطبري، المرجع السابق، ج23، ص52.

(2) الطبري، نفس المرجع والصفحة.

(3) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الطهارة وسننها، باب ما جاء في البكر إذا ابتدئت مستحاضة، أو كان لها أيام حيض فنسيتها، حديث رقم 627، ج1، ص205.

(4) ابن جزى، المرجع السابق، ص156. ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج3، ص112. أبوبكر الكشناوي، المرجع السابق، ج2، ص182.

(5) المواق المالكي، المرجع السابق، ج5، ص475. شمس الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج24، ص75.

(6) ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج3، ص112.

(7) ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، المرجع السابق، ج5، ص402.

(8) أخرجه مالك بن أنس في الموطأ، كتاب الطلاق، باب جامع عدة الطلاق، حديث رقم 2164، ج4، ص840.

(9) محمد بن عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، مصر، ط1، 2003، ج3، ص321.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

حنيفة في جعلها ثلاثة أشهر، يقول القرطبي المالكي في هذا المقام: "عدتها ثلاثة أشهر. وهو قول جماعة من التابعين والمتأخرين من القرويين. ابن العربي: وهو الصحيح عندي"⁽¹⁾.

ثالثا- عدة الحامل:

إلى جانب العدة بالقروء والعدة بالأشهر، يوجد نوع ثالث من أنواع العدة، وهو العدة بوضع الحمل للحامل، على ما جاء في النص القرآني في قوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا﴾⁽²⁾، وقد اتفق الفقهاء⁽³⁾ على أن عدة كل من الحامل المطلقة والحامل المتوفى عنها زوجها وضعت حملها ولو بعد مدة وجيزة من الطلاق أو الوفاة، يقول الكاساني من الحنفية: "أنها لو ولدت والميت على سيره انقضت به العدة"⁽⁴⁾ مستدلين بعموم الخطاب للآية سابقة الذكر، وإن كان ظاهر النص في المطلقة لأنه: "عليها عطف وإلها رجوع عقب الكلام، فإنه في المتوفى عنها زوجها كذلك"⁽⁵⁾.

أ- الدليل على عدة الحامل:

1- من القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾⁽⁶⁾، ووجه الاستدلال من الآية أنها جاءت عامة في المطلقات والمتوفى عنهن أزواجهن، فمتى كانت إحداهن حاملا فعدتها تنتهي بوضع حملها⁽⁷⁾.

2- من السنة النبوية الشريفة:

2-1- عن: "ابن شهاب، قال: حدثني عبيد الله بن عبد الله بن عتبة، أن أباه كتب إلى عمر بن عبد الله بن الأرقم الزهري: يأمره أن يدخل على سبيعة بنت الحارث الأسلمية، فيسألها عن حديثها، وعن ما قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم حين استفتته. فكتب عمر بن عبد الله بن الأرقم، إلى عبد الله بن عتبة، يخبره أن سبيعة بنت الحارث أخبرته: أنها كانت تحت سعد ابن خولة، وهو من بني عامر بن لؤي، وكان ممن شهد بدرًا، فتوفي عنها في حجة الوداع وهي حامل، فلم تنشب أن وضعت حملها بعد وفاته، فلما تелت من نفاسها، تجملت للخطاب، فدخل عليها أبو السنابل بن بعكك، رجل من بني عبد الدار، فقال لها: ما لي أراك تجملت للخطاب، ترجين النكاح؟ فإنك والله ما أنت بناكح حتى تمر عليك أربعة أشهر وعشر، قالت سبيعة: فلما قال لي ذلك جمعت علي ثيابي حين أمسيت، وأتيت

(1) القرطبي، المرجع السابق، ج18، ص165.

(2) سورة الطلاق، الآية 04.

(3) الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص196. ابن جزي، القوانين الفقهية، ص157. الماوردي، المرجع السابق، ج11، ص235. موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج8، ص117.

(4) الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص196.

(5) القرطبي، المرجع السابق، ج18، ص165.

(6) سورة الطلاق، الآية 04.

(7) ابن جزي، التسهيل لعلوم التنزيل، المرجع السابق، ج2، ص372.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك : فأفتاني بأني قد حللت حين وضعت حملي، وأمرني بالتزوج إن بدا لي"⁽¹⁾، ووجه الدلالة من الحديث أن سبيعة بنت الحارث توفي عنها زوجها وهي حامل ، ووضعت بعد مدة لا تتجاوز العدة، وقد تعددت الروايات حول المدّة التي مكثتها بعد وفاة زوجها ثم وضعت حملها، فقبل نصف شهر وقيل خمس وعشرون يوماً، وعلى هذا الحديث قال جمهور العلماء وأئمة الفتوى أن انقضاء عدة المرأة الحامل المتوفى عنها زوجها تكون بالولادة⁽²⁾.

2-2- عن: "مالك، عن نافع، عن عبد الله بن عمر؛ أنه سئل عن المرأة، يتوفى عنها زوجها، وهي حامل؟ فقال عبد الله بن عمر: إذا وضعت حملها، فقد حلت. فأخبره رجل من الأنصار كان عنده؛ أن عمر بن الخطاب، قال: لو وضعت وزوجها على سريرها، لم يوقن بعد فحلت"⁽³⁾ ووجه الدلالة من الحديث أن الحامل عدتها وضع حملها باتفاق الفقهاء، وقد قال مالك رحمته الله: "وهذا الأمر الذي لم يزل عليه أهل العلم عندنا"⁽⁴⁾.

خالف هذا التوجّه بعض الصحابة منهم: علي بن أبي طالب و ابن عباس رضي الله عنهما⁽⁵⁾، وسحنون من المالكية⁽⁶⁾، وجعلوا من عدة المتوفى عنها زوجها أبعد الأجلين، ومعنى ذلك لو ولدت الزوجة بعد وفاة زوجها بيوم فإنها لا تحل للأزواج إلا بعد انقضاء عدتها، ولو كانت حاملاً لأكثر من أربعة أشهر وعشراً فتعتد بوضع الحمل ولو بعد تسعة أشهر، ويقول الإمام القرطبي في تفسيره عن حجّتهم: "والحجة لما روي عن علي وابن عباس روى الجمع من قوله تعالى: ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً﴾ وبين قوله: ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾، وذلك أنها إذا قعدت أقصى الأجلين فقد عملت بمقتضى الآيتين، وإن اعتدّت بوضع الحمل فقد تركت العمل بأية عدة الوفاة، والجمع أولى من الترجيح باتفاق أهل الأصول"⁽⁷⁾، وقد استحسن القرطبي استدلالهم لكن حديث سبيعة هو من أفسد عليهم استدلالهم -حسب قوله- كونها اعتدّت بعد وفاة زوجها بليال بأمر رسول الله صلى الله عليه وآله وهو حديث صحيح، وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه رجع عن هذا⁽⁸⁾، وبالتالي كانت حجة جمهور العلماء من أن عدة المتوفى عنها زوجها هي وضع حملها أقوى وهي المرجّحة.

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المغازي، باب، حديث رقم 3991، ج 5، ص 80.

(2) العسقلاني، المرجع السابق، ج 9، ص 474.

(3) أخرجه مالك بن أنس في الموطأ، كتاب الطلاق، باب عدة المتوفى عنها زوجها، حديث رقم 2189، ج 4، ص 849.

(4) أخرجه مالك بن أنس في الموطأ، نفس المرجع، ص 850.

(5) الكاساني، المرجع السابق، ج 3، ص 197. ابن رشد الجد، المقدمات المهمّات، المرجع السابق، ج 1، ص 513. الماوردي، المرجع السابق، ج 11، ص 235. ابن المفلح، المرجع السابق، ج 7، ص 72.

(6) القرطبي، المرجع السابق، ج 3، ص 174.

(7) القرطبي، نفس المرجع، ص 175.

(8) القرطبي، نفس المرجع والصفحة.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

ب- مدة الحمل: مدة حمل الزوجة تتضمن أقل مدة للحمل وأكثره:

1- أقل مدة للحمل: اتفق (1) الفقهاء على أنها ستة (06) أشهر، وقد استند الفقهاء إلى النصوص القرآنية في قوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ﴾ (2)، وكذلك قوله تعالى: ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ (3)، ووجه الدلالة من الآيتين، أن علي رضي الله عنه استنبط أقل مدة للحمل من الآيتين السابقتين، فإذا انقصنا الحولين الكاملين من الثلاثين شهرا بقيت ستة أشهر فقط (4).

ما يؤكد ذلك ما جاء في الأثر: "أن عمر رضي الله عنه أتى بامرأة قد ولدت لستة أشهر فهم برجمها، فبلغ ذلك عليا رضي الله عنه فقال: ليس عليها رجم، فبلغ ذلك عمر رضي الله عنه فأرسل إليه فسأله فقال: {والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة} (5) وقال: {وحمله وفساله} (6) ثلاثون شهرا فستة أشهر حمله حولين تمام لا حد عليها أو قال: لا رجم عليها قال: فخلى عنها ثم ولدت" (7).

2- أكثر مدة الحمل: وقد اختلف الفقهاء في أكثر مدة للحمل إلى عدة أقوال أشهرها:

القول الأول: وهو المشهور من مذهب الإمام مالك رضي الله عنه (8)، والشافعية، والحنابلة في رواية، من أن أكثر مدة الحمل (04) سنين، ودليلهم أن المسألة التي لا نص فيها، يستدل فيها إلى الوجود، وقد وجد أن المرأة تحمل لأربع سنين (9)، وكذلك ما رواه: "داود بن رشيد قال: سمعت الوليد بن مسلم، يقول: قلت لمالك بن أنس: إني حدثت عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: لا تزيد المرأة على حملها على سنتين قدر ظل المغزل، فقال: سبحان الله من يقول هذا هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن في اثني عشرة سنة تحمل كل بطن أربع سنين" (10).

(1) ابن عابدين، المرجع السابق، ج3، ص134. ابن رشد الجد، المقدمات الممهديات، المرجع السابق، ج1، ص527. الماوردي، المرجع السابق،

ج11، ص204. موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج8، ص121.

(2) سورة البقرة، الآية 233.

(3) سورة الأحقاف، الآية 15.

(4) القرطبي، المرجع السابق، ج5، ص262.

(5) سورة البقرة، الآية 233.

(6) سورة الأحقاف، الآية 15.

(7) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب العدد، باب ما جاء في أقل الحمل، حديث رقم 15549، ج7، ص727.

(8) القاضي عبد الوهاب، المعونة، المرجع السابق، ص923.

(9) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج8، ص121. الشريبي، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج5، ص87.

(10) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب العدد، باب ما جاء في أكثر الحمل، حديث رقم 15553، ج7، ص728.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

القول الثاني: وذهب الحنفية⁽¹⁾، والحنابلة في رواية⁽²⁾ وما قال به الإمام الثوري رحمته الله⁽³⁾، أن أقصى مدة للحمل سنتان، ودليلهم الأثر المروي عن: "عائشة رضي الله عنها" قالت: ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين ولا قدر ما يتحول ظل عود المغزل"⁽⁴⁾، ووجه الدلالة من الأثر، أن الحمل أسرع زوالاً، ومثال لقلته، وشبهته بظل عود المغزل فهو أسرع زوالاً من باقي الظلال⁽⁵⁾.

القول الثالث: ذهب المالكية في رواية أخرى، أن أكثر الحمل هو خمس سنين⁽⁶⁾، وهو قول عباد بن العوام⁽⁷⁾، والليث بن سعد⁽⁸⁾ (9)، ودليلهم في ذلك أن العبرة في الوجود والعرف إن لم يكن شرع، وقد وُجد من ولد لخمس سنين.

القول الرابع: وهو لا حد لأكثر الحمل، يقول أبو عبيد القاسم بن سلام⁽¹⁰⁾ (11): "لا حد لأكثره وهذا كله غلط؛ لأن الله تعالى ذكر الحمل مطلقاً ولا حد له في اللغة، ولا في الشرع فرُجع فيه إلى العادات والأعراف، وقد وُجد هذا عادة في نادر من النساء"⁽¹²⁾.

القول الخامس: وهو ما ذهب إليه الظاهرية، ومحمد بن عبد الحكم⁽¹³⁾ (14)، من أن أقصى مدة حمل طبيعي هي تسعة (09) أشهر، ودليله: "ولا يجوز أن يكون حمل أكثر من تسعة أشهر ولا أقل من ستة أشهر؛ لقول الله تعالى: {وحمله وفصاله ثلاثون شهراً}⁽¹⁵⁾. وقال تعالى: {والوالدات يرضعن أولادهن

(1) السرخسي، المرجع السابق، ج 6، ص 44.

(2) المرادوي، المرجع السابق، ج 17، ص 295.

(3) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 8، ص 121.

(4) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب العدد، باب ما جاء في أكثر الحمل، حديث رقم 15552، ج 7، ص 728.

(5) ابن نجيم، المرجع السابق، ج 4، ص 177.

(6) ابن عبد البر، الكافي، المرجع السابق، ج 2، ص 595.

(7) عباد بن العوام بن عمر بن عبد الله الكلبي الواسطي، ولد سنة 118 هـ وتوفي سنة 185 هـ، من رجال الحديث، ثقة. كان يتشيع، فحبسه هارون الرشيد. ثم أطلقه، فأقام ببغداد وكان من نبلاء الرجال في كل أمره. الزركلي، المرجع السابق، ج 3، ص 257.

(8) الليث بن سعد عبد الرحمن الفهقي، كان محدثاً وفقهياً، إمام أهل مصر في زمانه، خراساني الأصل، قلقشندي المولد سنة 94 هـ، ووفاته في القاهرة سنة 175 هـ. وكان كريماً جواداً، الزركلي، نفس المرجع، ج 5، ص 248.

(9) ابن حزم، المرجع السابق، ج 10، ص 132.

(10) القاسم بن سلام الهروي الأزدي، الخراساني البغدادي، الخزازي بالولاء، أبو عبيد، ولد بهراة سنة 157 هـ، وتوفي سنة 224 هـ، من أكابر فقهاء الحديث والفقه والأدب، وكان مؤدباً، سافر إلى بغداد وتولى القضاء، ثم سافر بعدها إلى مصر. الزركلي، المرجع السابق، ج 5، ص 176.

(11) ابن حزم، المرجع السابق، ج 10، ص 132.

(12) الروياني، المرجع السابق، ج 11، ص 394.

(13) محمد بن عبد الله بن عبد الحكم، المصري، ولد سنة 182 هـ وتوفي بمصر سنة 268 هـ، فقيه عصره. انتهت إليه الرياسة في العلم بمصر.

كان مالكي المذهب، ولازم الإمام الشافعي، ثم رجع إلى مذهب مالك. الزركلي، المرجع السابق، ج 6، ص 223.

(14) ابن حزم، المرجع السابق، ج 10، ص 132.

(15) سورة الأحقاف، الآية 15.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة⁽¹⁾ فمن ادعى أن حملا وفصالا يكون في أكثر من ثلاثين شهرا: فقد قال الباطل والمحال، ورد كلام الله عز وجل جهارا⁽²⁾.

رد ابن حزم الظاهري على جميع الأقوال التي جاوزت التسعة أشهر كأقصى حد، وفي رده على أحدها يقول: "قال أبو محمد: وكل هذه أخبار مكذوبة راجعة إلى من لا يصدق، ولا يعرف من هو؟ لا يجوز الحكم في دين الله تعالى بمثل هذا"، وقد احتجّ ابن حزم بشدّة واردا أدلة من الكتاب والسنة، على من زاد عن التسعة أشهر مستثنيا ما بقي من جنين ميت متكلس باق في بطن أمه لمدة طويلة⁽³⁾. نتيجته الخلاف بين الفقهاء في أقصى مدة للحمل، كونها بها يثبت النسب وتحدد العدة، فالولد المولود في حدود السنتين يثبت نسبه عند كل الفقهاء، وتنقضي العدة عدا الظاهرية الذين يحددون أقصى مدة للحمل عندهم بتسعة أشهر، وإن وُلد بعد السنتين وأقل من الأربع فلا يثبت نسبه عند القائلين بأقصى حد للحمل سنتين، ويثبت نسبه عند المشهور من المالكية، والشافعية، ورواية عند أحمد في حدود الأربع سنين، وتنقضي حينئذ العدة⁽⁴⁾ أمّا إن جاوز الأربعة سنين ولم يجاوز الخمسة فلا يثبت النسب عندهم، ويثبت عند من قال بالخمسة سنين وتنقضي عندهم العدة. الترجيح: بعد تبيان أقوال الفقهاء ومن ردّ عليهم أرجح -والله أعلم- ما ذهب إليه ابن حزم الظاهري، من أن أقصى مدة للحمل هي تسعة أشهر، مع زيادة مدة قد تمتد لأُسبوعين أو ثلاثة، وذلك لكون هذا القول يتفق مع ما ذهب إليه الطب الحديث، من أن مدة الحمل الطبيعية تتم ما بين الأسبوعين 39 والـ 42 من الحمل (ما بين الثامن والعاشر من الأشهر)، ولو تأخّر الحمل إلى الأسبوع الـ 43 أصبح الجنين في خطر، ويُرجع الأطباء عدم بقاء الجنين أكثر من المعتاد إلى اعتماده في غذائه على المشيمة التي تمده بالغذاء، لأن في الأسبوعين الأخيرين تصبح ضعيفة غير قادرة على امداده بالغذاء، وبالتالي يصبح الجنين معرضا لخطر الموت، ونادرا ما ينجو جنين من الموت المحتم بقي في بطن أمه مدة خمس وأربعين (45) أسبوعا، ولم يُعرف أن مشيمة استطاعت أن تُمد جنينا بالغذاء بعد هذه المدة⁽⁵⁾، ولهذا يظهر خطأ من ظنّ أن الحمل يمتد لسنوات، ومن ادعى ذلك فقد يكون رأيه مبني على تصديقه أخبار غير صحيحة، أو يكون نتيجة ما يسمى بالحمل الكاذب⁽⁶⁾ الذي تظن المرأة أنها حامل وهي ليست

(1) سورة البقرة، الآية 233.

(2) ابن حزم، المرجع السابق، ج10، ص132.

(3) ابن حزم، نفس المرجع، ص ص 132-133. عمر سليمان الأشقر وآخرون، المرجع السابق، ج1، ص171.

(4) هشام آل الشيخ، أثر التقنية الحديثة في الخلاف الفقهي، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 2006، ص ص 626-627.

(5) هشام آل الشيخ، نفس المرجع، ص ص 631-632.

(6) الحمل الكاذب: حالة نفسية قد تصاب بها بعض النساء اللواتي يبحثن عن الحمل وإنجاب الأولاد ولا ينجبن، فتنتفخ بطونهن بالغازات، ويعتقدن أنهن حوامل رغم تأكيد الفحوصات المخبرية والطبية أنهن غير حوامل، فتتوهم المرأة منهن أن ما في بطنها جنين لسنتين، وقد تحمل بشكل عادي في هذه الفترة، وتعتقد جزما أن ما كان في بطنها جنين لسنوات نتيجة وهمها ووهم من حولها. انظر، محمد علي البار، خلق الانسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية، المملكة العربية السعودية، ط3، 1983، ص ص 453-454.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

بحامل⁽¹⁾. والناظر لأقوال الفقهاء يجد أنهم وسعوا من المدد المتعلقة بالحمل وإن كان فيها ارتياب، إلا مبنى الحكم الشرعي في هذا المسائل هو الاحتياط للأنساب⁽²⁾.

الفرع الخامس: تحوّل العدة

يقصد بتحوّل العدة هو الانتقال من عدة بالأشهر إلى عدة بالقروء، أو انتقال عدة القروء إلى عدة بالأشهر، أو تحوّل العدة من عد طلاق إلى عدة وفاة.

أ- تحوّل العدة من الأشهر إلى القروء: ومعنى ذلك أن المرأة الصغيرة التي لم تحض والآيسة إن شرعت في العدة بالشهور، ونزل عليها دم الحيض وهي في العدة، لزمها الانتقال إلى العدة بالقروء، ولا تحسب ما مضى من عدة الشهور، ولا تنهي عدتها عند الحنفية والحنابلة إلا بثلاث حيضات كاملات، وأطهار ثلاثة عند المالكية والشافعية، لأن الأشهر جعلت لها بدلا عن الأقراء، فيحظر عنها الاعتداد بالشهور في وجود القراء، كالأستطاعة على الوضوء بالماء ووجوده للمتميم⁽³⁾.

ب- تحوّل العدة بالقروء إلى الأشهر: أما المرأة المطلقة والتي بدأت عدتها بالأقراء فتحيض حيضة أو حيضتين، ثم يحدث أن يرتفع عنها الدم، وجب عليها أن تنتقل إلى عدة الأشهر دون أن تبدأ من جديد، وكذلك لمن ارتفع حيضها لسبب معلوم أو مجهول كما سبق أن بينت ذلك.

ج- انتقال العدة من الطلاق إلى عدة وفاة: إذا توفي عن المطلقة زوجها الذي طلقها طلاقا رجعيا، فإنها تنتقل باتفاق الفقهاء من عدة طلاق بالأقراء أو الشهور إلى عدة الوفاة وترثه، سواء كان الزوج طلقها وهو في كامل صحته أو كان في مرض الموت، لأن المطلقة في الطلاق الرجعي تُعد زوجة ما لم تنقضي عدتها، فتسقط الرجعة، وتبدأ عدة الوفاة دون النظر إلى ما بقي من عدة الطلاق، وتسقط عنها النفقة، وتثبت عليها عدة الوفاة من احدات وغيره، أما ان كان الطلاق بائنا، فلا تتحول إلى عدة الوفاة لأنها ليست زوجته بالبينونة الصغرى أو الكبرى، بل تستأنف عدة الطلاق ولا نفقة لها إلا إذا كانت حاملا⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: مسائل العدة المسكوت عنها

حاول قانون الأسرة الجزائري أن يبقى في نطاق ما قرره الشريعة الإسلامية من أحكام للعدة، فتطرق لها من خلال المواد 58 حتى 61، لكنه بالرغم من ذلك سكت عن عدة مسائل في العدة، وعليه سأورد بعضها منها في عدة الفرقة وعدة الوفاة وعدة الحمل.

(1) عمر سليمان الأشقر وآخرون، المرجع السابق، ج 1، ص 177.

(2) هشام آل الشيخ، المرجع السابق، ص 635.

(3) مبروك المصري، المرجع السابق، ص 414. وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 8، ص 610.

(4) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 8، ص 611-612.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

الفرع الأول: ما سُكت عنه في عدة الفُرقة

نصت المادة 58 من قانون الأسرة الجزائري: "تعد المطلق المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق"، من خلال المادة يتضح أن قانون الأسرة الجزائري لم يشذ عن الفقه الإسلامي، واشترط أن تكون المطلقة مدخولا بها حتى تعدد، ولا عدة لغيرها، واعتبر عدة اليائس ثلاثة أشهر وهو ما اتفق عليه الفقهاء، وجعل عدة المطلقة ثلاثة قروء وفق ما جاء به النص القرآني، وبالرغم من ذلك كله إلا أن قانون الأسرة سكت على مسائل أذكر منها:

أ- لم يعرف عدة ضمن النصوص القانونية، عكس بعض القوانين المقارنة التي وضعت لها تعريفاً، مثل قانون الأحوال الشخصية الإماراتي من خلال المادة 136 التي تنص على: "عدة مدة تربص تقضيها الزوجة وجوباً دون زواج إثر الفُرقة"⁽¹⁾.

ب- لم يبيّن قانون الأسرة الجزائري المقصود بالقرء، هل هو الطهر أو الحيض، وقد تم معالجة هذه المسألة في الجانب الفقهي وقد بيّنت الخلاف الفقهي، لأن ترك القانون للمسألة كما هي وإحالتها إلى الشريعة الإسلامية بنص المادة 222 من قانون الأسرة لا يحل الإشكال⁽²⁾، وعليه كان على قانون الأسرة إتباع أحد القولين حتى تتضح الصورة للمرأة المعتدة وتبيّن من أمرها، فترك القرء غامضاً قد يؤدي إلى الدخول في المحظور من خلال مراجعة الزوج زوجته في العدة معتبراً أن القرء هو الحيض، وهي ترفض العودة بحكم أنها بانة منه معتبرة القرء طهراً، وكلاهما يدعي حقا لا يخالف الشرع، وبالتالي على المشرع مستقبلاً وضع النقاط على الحروف وتبيان ما هو القرء حيضاً كان أو طهراً، ويقول الأستاذ مبروك المصري رحمته الله: "فمعنى هذا أن السكوت عن معنى القرء مؤداه إلى تضارب الأحكام القضائية، وفتح باب المنازعات (...)" وكان على المقنن أن يرفع هذا الإشكال بكلمة واحدة وهي النص على معنى القرء وهو الحيض أو الطهر"⁽³⁾.

يرجح سبب سكوت قانون الأسرة الجزائري على هذه المسألة كونه وضع في الحسبان أن المذهب المتبع في الجزائر هو المذهب المالكي، وبالتالي فالناس دون تعقيد سيعتبرون القرء طهراً، لكن يبقى النص الصريح عن حقيقة القرء هو أكثر بيانا وأدّل برهاناً، وعلى المشرع تدارك هذا النقص في التعديلات القادمة.

(1) قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المرجع السابق.

(2) لأن المدة التي تمكّنها المعتدة بالحيض تختلف عن المعتدة بالطهر، فالمعتدة بالحيض عليها أن تنتظر الطهر من الحيضة الثالثة يعني انتهاء الحيضة الثالثة (طهر) وبعده حيض، ثم طهر وحيض، ثم طهر ثم حيض، ثم طهر، مع خلاف بين الفقهاء قبل أو بعد الاغتسال)، أما المعتدة بالأطهار فلا تنتظر انتهاء الحيضة الثالثة، فبمجرد ابتداءها تنقضي عدتها. انظر مبروك المصري، المرجع السابق، ص 421-422.

(3) مبروك المصري، المرجع السابق، ص 422.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

في القانون المقارن نجد أن قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية، اختلفت في اعتبار القرء طهرا أو حيضا على حسب المذاهب المتبعة في بلدانها، فنجد أن مدونة الأسرة المغربية قد نصت صراحة على أن القرء طهرا متبعة في ذلك المذهب المالكي فنصت المادة 136 الفقرة الأولى: "تعتد غير الحامل بما يلي: 1- ثلاثة أطهار كاملة لذوات الحيض"⁽¹⁾، أما قانون الأحوال الشخصية السوداني اعتبر القرء حيضا حيث نصت المادة 210 الفقرة الثانية: "تكون عدة غير الحامل بأي من الوجوه الآتية: (أ) ثلاث حيضات كاملة لذوات الحيض"⁽²⁾.

ج- سكت قانون الأسرة الجزائري كذلك على المرأة التي لم تحض، والمراد بالتي لم تحض الفتاة الصغيرة في السن أو من النساء من بلغت سن المحيض ولم تر الدم، ويرجع سبب سكوت القانون عن ذكر الصغيرة التي لم تحض، كونه لا يجيز زواجها، لأن من الشروط القانونية اكتمال الأهلية ببلوغ سن التاسعة عشر كاملة، وهو ما نصت عليه المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري، لكن هذه المادة تحوي استثناء يمكن من خلاله القاضي أن يرخص بزواج من هي أقل من السن القانوني، وهنا يثار إشكال فقد تكون الفتاة المرشدة محل الرخصة من اللائي لم يحضن⁽³⁾، ويجب التنبيه إلى أن عدم الحيض لا يقتصر فقط على الصغيرة غير البالغة، وإنما يعم كل امرأة لم تحض بعد ولو كانت بالغة للسنة القانونية⁽⁴⁾ ومتزوجة ومدخول بها، وبالتالي على المشرع تدارك هذا النقص بالنص عليه مستقبلا.

د- سكت ولم ينص قانون الأسرة الجزائري على عدة المرأة التي لم تحض واليائس إن هما رأتا الدم بعدما بدأتا العدة بالأشهر، فإن حاضت الصغيرة وجب عليها الانتقال إلى العدة بالأقراء وكذلك اليائس، وقد عالجت القوانين المقارنة هذه المسألة منها قانون الأحوال الشخصية الإماراتي حيث نصت المادة 139 الفقرة الثانية منه على: "عدة المطلقة غير الحامل: (...) ب - ثلاثة أشهر لمن لم تحض أصلاً أو بلغت سن اليأس وانقطع حيضها فإن رأت الحيض قبل انقضائها استأنفت العدة بثلاثة أطهار"⁽⁵⁾.

هـ- سكت قانون الأسرة الجزائري عن مسألتين هما: عدة المستحاضة وعدة ممتدة الطهر، وقد سبق أن بينت خلاف الفقهاء فيهما، وبالتالي فالإحالة للمادة 222 من قانون الأسرة قد لا يزيح الغموض

(1) مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

(2) قانون الأحوال الشخصية للمسلمين السوداني، المرجع السابق.

(3) كما سبق وبينت من خلال هذا البحث أن المشرع الجزائري لم يجعل سنا أدنا يتوقف عنده القاضي في الترخيص لعقد الزواج للقصر، وقد اقترحت سن 15 سنة، وهي سن كافية للفتاة حتى تبلغ سن الحيض، حتى لا يثار إشكال سكوت المشرع عن مسألة طلاق القاصر التي لم تحض.

(4) مبروك المصري، المرجع السابق، ص 421.

(5) قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المرجع السابق.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

عنها⁽¹⁾، فوجب على المشرع مستقبلا ذكر هذه المسائل صراحة، وعليه فعدة المستحاضة المميزة للدم ثلاثة قروء، وعدة غير المميزة للدمين (دم الحيض ودم الاستحاضة) هي ثلاثة أشهر كما سبق ورجحت ذلك، بدل سنة كاملة كما ذهب إليه المالكية، وذلك تيسيرا على المعتدة.

أما عدة ممتدة الطهر (المرتابة) فإن كان بسبب الرضاع ورجع لها الحيض بعد الفطام، تعدت بثلاثة قروء، وإن لم يرجع لها الدم تعدت سنة ثم تحل للأزواج، وحكم المريضة كحكم المرضع، وأما من ارتفع حيضها لغير سبب فتعدت سنة كاملة تسعة أشهر لبراءة الرحم، وثلاثة أشهر أخرى عدة الآيسات.

على ما يبدو ففي جميع الحالات المذكورة سابقا فالمرأة المعتدة تنقضي عدتها بمرور ثلاثة أشهر فقط، إن أثبت الفحص الطبي (بالتحليل المخبري والكشف بالأشعة) خلو الرحم من الحمل، لأن مقاصد الشريعة التيسير وعدم الإطالة عن المعتدة في جميع الحالات الخاصة بذوات الحيض، فالتطور التكنولوجي في المجال الطبي أصبحت نتائجه دقيقة جدا، تخدم الشريعة وتسندها في جانبها التعبدي.

في القانون المقارن، عالجت مدونة الأسرة المغربية هذه المسائل في فقرة واحدة، حيث نصت في الفقرة الثالثة من المادة 136 على: "تربص متأخرة الحيض أو التي لم تميزه من غيره، تسعة أشهر ثم تعدت بثلاثة أطهار"⁽²⁾، ويتضح جليا من خلال المادة أن مدونة الأسرة المغربية، اتبعت المذهب المالكي في الحكم على المعتدة ممتدة الطهر والمستحاضة، وجعلها سنة كاملة تسعة أشهر للحمل ثم ثلاث أطهار، ولعل الهدف من تطويل المدة في جميع الحالات هو الاحتياط للأنساب حتى لا تختلط⁽³⁾. سار قانون الأحوال الشخصية الكويتي في اتجاه التيسير على المعتدات إن حصل لهن طارئ، فجعل من عدة ممتدة الدم (المستحاضة) غير المميزة، تسعون يوما، أما من ميزت الدم فعدتها ثلاثة قروء، أما ممتدة الطهر غير اليائس فعدتها أقل الأجلين من ثلاث حيضات أو سنة⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: ما سكت عنه في عدة الوفاة

جاء في نص المادة 59 من قانون الأسرة الجزائري: "تعدت المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام.."، وبالرغم من نص القانون على مدة عدة الوفاة، وهي مضي أربعة أشهر وعشرة أيام، إلا أنه سكت عن مسائل:

(1) مبروك المصري، المرجع السابق، ص 427.

(2) مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

(3) محمد الكشيبور، المرجع السابق، ج 2، ص 138.

(4) انظر المادة 157 فقرة ج من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المرجع السابق.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج و آثاره

أ- مسائل متفرقة مسكوت عنها في عدة الوفاة:

1- سكت قانون الأسرة الجزائري في عدة الوفاة عن كون عقد الزواج صحيحا، والسكوت عن بيان هذه المسألة قد يخلط الأمر، لأن من المعلوم -كما سبق وبينت- أن عدة الوفاة في الزواج غير الصحيح، لا يمكن أن تتجاوز ثلاثة قروء باتفاق الفقهاء، لأن الهدف من تطويل مدة العدة هو إبراز الأسف على الزواج، ولا يتحقق ذلك إن كان الزواج غير صحيح.

2- سكت قانون الأسرة الجزائري عن بيان أن تكون عدة الوفاة للمدخول بها أو لغير المدخول بها على السواء، أو كون الزوجة حائلا غير حامل، على ما جاء في الآية الكريمة والمبينة لعدة الوفاة فقد جاءت على العموم لكل: "متزوجة، مدخول بها أو غير مدخول بها، صغيرة أو كبيرة، أمة أو حرة"⁽¹⁾.

3- سكت قانون الأسرة الجزائري عن عدم اعتبار الخلوة الصحيحة، من مؤكدات عدة الوفاة كما سبق وبينت في الدراسة الفقهية للعدة.

بالتالي كان على قانون الأسرة الجزائري أن يذكر في نص المادة، أن الزواج يجب أن يكون صحيحا تام الأركان لقيام عدة الوفاة، وأن تكون الزوجة حائلا غير حامل، سواء كانت مدخولا بها أو لا، واعتبار الخلوة الصحيحة من مؤكدات العدة.

بخصوص مسألة الخلوة الصحيحة في العدة نجد أن قرارات المحكمة العليا عالجتها معتبرة إياها من مؤكدات العدة، وهو استكمال لما سكت عليه القانون، حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا ما نصه: "من المقرر شرعا أن انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية واختلاء الزوج بها في بيته وغلق بابه عليها وهو الذي ما يعبر عنه شرعا، بإرخاء الستار، أو، خلوة الاهتداء، يعتبر دخولا فعليا يترتب عليه الآثار الشرعية(...)" ومن المقرر أيضا أن الدخول المسلم به يوجب العدة حتى ولو اتفق الطرفان على عدم الوطء"⁽²⁾.

أما القوانين المقارنة فنجدها على خلاف قانون الأسرة الجزائري، قد عالجت مسائل في عدة الوفاة، وهو ما جاء في الفقرة 1 من المادة 138 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي حيث نصت: "تعتد المتوفى عنها زوجها في زواج صحيح ولو قبل الدخول أربعة أشهر وعشرة أيام ما لم تكن حاملا"⁽³⁾. فقد جمعت المادة المذكورة كل المسائل التي تخص عدة المتوفى عنها زوجها غير الحامل.

أما مسألة الخلوة الصحيحة كمؤكد لعدة الوفاة، فقد وردت في مدونة الأسرة المغربية بنص المادة 130: "لا تلزم العدة قبل البناء والخلوة الصحيحة إلا للوفاة"⁽⁴⁾.

(1) تفسير الآية 134 من سورة البقرة. انظر ابن العربي، المرجع السابق، ج 1، ص 283.

(2) المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 55116، 1989/10/02، مذكور سابقا.

(3) قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المرجع السابق.

(4) مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

ب- المسكوت عنه في مسائل تحوّل العدة في الوفاة: أما في انتقال العدة من عدة طلاق إلى عدة وفاة، فقد سكت قانون الأسرة الجزائري على ثلاث مسائل وهي:

1- التحوّل من عدة طلاق رجعي إلى عدة وفاة في الزواج الصحيح: سكت قانون الأسرة الجزائري ولم ينص على مسألة تحوّل العدة من عدة طلاق إلى عدة وفاة، والمسألة تترتب عند وفاة الزوج، والزوجة معتدّة من طلاق رجعي فتتحوّل إلى عدة وفاة من جديد، دون احتساب ما مضى من عدة الطلاق وترثه الزوجة، وهي مسألة نصت عليها عديد القوانين، منها قانون الأحوال الشخصية السوري المعدل حيث جاء في المادة 127 الفقرة 1: "إذا توفي الزوج وكانت المرأة في عدة الطلاق الرجعي تنتقل إلى عدة الوفاة ولا يحسب ما مضى"⁽¹⁾.

2- التحوّل من عدة الطلاق البائن إلى عدة وفاة: سكت قانون الأسرة الجزائري كذلك عن حكم تحوّل العدة من الطلاق البائن إلى عدة وفاة، لأن الأصل في الفقه الإسلامي هو أن المطلقة البائن من الزوج بينونة صغرى أو كبرى تُكمل عدتها وهي عدة الطلاق، ولا نفقة لها لأنها حينئذ أجنبية عنه، وقد وردت هذه المسألة كذلك في قانون الأحوال الشخصية السوري المعدل في المادة 127 فقرة 2: "إذا توفي الزوج وكانت المرأة في عدة البينونة فإنها تكملها ولا تلزم بعدة الوفاة".

3- التحوّل من عدة الطلاق البائن إلى عدة الوفاة في طلاق مريض مرض الموت: فحوى هذه المسألة أن الزوجة قد يطلقها زوجها طلاقاً بائناً في مرض الموت، فالزوجة في هذه الحالة تعتدّ بأبعد الأجلين بين عدة الطلاق وعدة الوفاة، عند وفاة مطلقها قبل انقضاء عدتها من طلاق بائن، متى تحققت شروط طلاق الفرار فإنها ترثه ولو كان الطلاق بائناً، وسكت قانون الأسرة الجزائري على هذه المسألة، وهي مسألة وردت في القانون المقارن وتحديداً في قانون الأحوال الشخصية الكويتي حيث نصت المادة 157 فقرة ج/5: "أبعد الأجلين من عدة الطلاق، أو عدة الوفاة للمبانة بطلاق الفرار من الإرث، إذا توفي مطلقها قبل تمام عدتها"⁽²⁾، ومعنى ذلك أن المطلقة طلاقاً بائناً في طلاق الفار، ترثه بأبعد الأجلين أي تعتدّ الزوجة المبانة عدة وفاة إن كانت أطول أو تعتدّ عدة طلاق إن كانت أطول (لوجود سبب)، وذلك لأن المبانة تكون زوجيتها غير قائمة فتجب عليها عدة الطلاق في الوفاة، وبما أنها ترث الزوجة مطلقها (طلاق فرار) فتكتسي معنى الزوجية، الأمر الذي يوجب عليها عدة الوفاة، فثبت في حقها أن تعتدّ العدتين، على أن تدمج الأقل مدة في الأطول مدة⁽³⁾.

(1) قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق.

(2) قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المرجع السابق.

(3) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المرجع السابق، ص 178.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

الفرع الثالث: ما سُكت عنه في عدة الحامل

نصت المادة 60 على: "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة"، وباستقراء النص القانوني يمكن إبداء الملاحظات التالية:

أ- ما نص عليه القانون من عدة الحامل جاء موافقاً لما قال به جمهور الفقهاء، من أن عدة الحامل من طلاق أو وفاة هو وضع حملها، لكن قانون الأسرة الجزائري سكت عن مسألة نص عليها الفقهاء وهي سقوط الحمل باعتباره من منهيات العدة، وهو ما نصت عليه القوانين المقارنة منها قانون الأحوال الشخصية السوداني حيث جاء في المادة 210 فقرة 1: "عدة الحامل وضع حملها أو سقوطه مستبين الخلقة"⁽¹⁾.

ب- ما نصت عليه المادة من أن أقصى مدة للحمل، جاء غير موافق لما قال به الفقهاء، أما أقل مدة للحمل المذكورة في المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري فجاءت موافقة لما قرره الفقه، على أن أقل مدة حمل هي ستة (06) أشهر، ولعل قانون الأسرة الجزائري جاء نصه موافقاً لما قرره الطب الحديث، من أن مدة الحمل لا تزيد عن عشرة (10) أشهر، غير مكترث بما قرره الفقهاء واجتهدوا فيه⁽²⁾، لكن قانون الأسرة في هذه المسألة سكت عن مسألة جوهرية وهي حال النزاع على مدة الحمل والريبة فيه، كادعاء الزوج أن الحمل ليس منه ونفيه، فيكون الحل بإحالة الأمر إلى ذوي الخبرة من الأطباء المختصين في مجال طب النساء والتوليد، وهو ما تطرق له القانون المقارن في مدونة الأسرة المغربية من خلال ما نصت عليه في المادة 134 من المدونة حيث جاء فيها: "في حالة ادعاء المعتدة الريبة في الحمل، وحصول المنازعة في ذلك، يرفع الأمر إلى المحكمة التي تستعين بذوي الاختصاص من الخبراء للتأكد من وجود الحمل وفترة نشوئه لتقرر استمرار العدة أو انتهاءها"⁽³⁾، ويقول الأستاذ محمد الكشيبور في شرح هذه المادة: "إذا ادّعت المعتدة الريبة في الحمل ونوزعت في ذلك (...) عرضت من طرف المحكمة على أهل المعرفة وطبيعي أن أهل المعرفة في هذه الحالة لن يكونوا سوى الأطباء من ذوي الاختصاص والخبرة في شؤون ولادة النساء"⁽⁴⁾.

(1) قانون الأحوال الشخصية للمسلمين السوداني، المرجع السابق.

(2) سعاد سطحي، المرجع السابق، ص 179.

(3) مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

(4) محمد الكشيبور، المرجع السابق، ج 2، ص 138.

المبحث الثاني: المسكوت عنه في الحضانة

من الآثار الشرعية والقانونية لانحلال الزواج الحضانة، وهي أن تسند رعاية الأبناء لأحد الأبوين المحكوم له، أي الأقدر والأكفأ على الاعتناء بهم والقيام بمصالحهم، فالحضانة حق مرتبط بالأبناء، يهدف حفظهم، وصيانتهم، وتربيتهم تربية سوية، وسليمة، وتأديبهم وحفظاً لتعليمهم، خوفاً على ضياعهم نتيجة انفصال الأبوين، والحضانة مسؤولية ملقاة على عاتق الحاضن، من خلالها تضمن تنشئة أخلاقية، وصحية، ودراسية قيّمة تصل بالمحزون إلى برّ الأمان، وقد اهتمت الشريعة الإسلامية بموضوع الحضانة، وكذا الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، وقانون الأسرة الجزائري الذي لم يكن بمنأى عن ذلك، فقد نظّم على غرار التشريعات الأخرى موضوع الحضانة، وخصّص لها نصوصاً بين طياته باعتبارها أثر من آثار الطلاق في الفصل الثاني من الباب الثاني وهو انحلال الزواج، لكن بالرغم من هذا جاءت كثير من الأحكام القانونية الخاصة بالحضانة قاصرة، ولم تحط بجميع تفاصيلها في بعض المواضع، نتج عنه سكوت القانون عن الكثير من المسائل، فوقع اختياري على بعض العناصر التي كان من الواجب النص عليها، ولمعالجة موضوع المسكوت عنه في الحضانة، سأتطرق في مطلب أول إلى ماهية الحضانة من مفهوم، وحُكم، ومشروعيتها وتحديد لمراتب الحاضنين في الفقه والقانون، أما في المطلب الثاني سأعرض إلى بعض المسائل المسكوت عنها في الحضانة، من شروط الحاضن، ثم إلى مسألتين متفرقتين مسكوت عنهما من مسائل الحضانة هما: تخيير المحزون وحق زيارته.

المطلب الأول: ماهية الحضانة

للتطرق لماهية الحضانة وجب عرض تعريفها، ثم طبيعتها كحق للطفل أو حق للحاضن، ثم إلى حكمها، وسندها الشرعي في الكتاب والسنة، ثم إلى مراتب أصحاب الحق في الحضانة فقها وقانوناً.

الفرع الأول: تعريف الحضانة

سأعرض في هذا الفرع إلى تعريف الحضانة في اللغة، والاصطلاح، والقانون.

أولاً- الحضانة في اللغة: الحضانة من فعل حضن وحفظ الشيء وصانته، منها حضن الطائر بيضه أي ضمه تحت جناحه، وقول احتضنت الشيء أي جعلته في حضني، وقيل أن الحضن هما الصدر والعضدان، ومنها يخرج لفظ الاحتضان وهو احتمال الشيء ووضعه في الحضن كاحتضان الأم وليدها، أما الحضانة بالكسر معناها جعله في حضنه أو رباه⁽¹⁾.

(1) ابن فارس، المرجع السابق، ج2، ص73. ابن منظور، المرجع السابق، ج13، ص122. الفيروز أبادي، المرجع السابق، ص1190.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

جاء في لسان العرب: "حُضِنَ الصبي يحضنه حضنا: رباه. والحاضن والحاضنة: الموكلان بالصبي يحفظانه ويربانه"⁽¹⁾. وحضن الولد أي كفله ورباه"⁽²⁾.

ثانيا- الحضانة في الاصطلاح: أما في الاصطلاح الفقهي، فقد عرّف الفقهاء الحضانة، تعريفات متباينة من الناحية اللفظية، لكنها تؤدي إلى معنى واحد وهي كالتالي:

- الحنفية: هي: "تربية الأم أو غيرها الصغير أو الصغيرة"⁽³⁾، وفي تعريف آخر: "تربية الولد لمن له حق الحضانة"⁽⁴⁾.

- المالكية: وهي: "الكفالة، والتربية، والقيام بجميع أمور المحضون ومصالحه"⁽⁵⁾ وفي تعريف آخر: "حفظ الولد والإشفاق عليه والقيام بمصالحه ومراعاة أموره"⁽⁶⁾.

- الشافعية: هي: "القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره، وتربيته بما يصلحه، ووقايته عما يؤذيه"⁽⁷⁾.

- الحنابلة: هي: "حضانة الطفل؛ حفظه عما يضره، وتربيته بغسل رأسه وبدنه وثيابه، ودهنه (...)" وقيل: هي حفظ من لا يستقل بنفسه، وتربيته حتى يستقل بنفسه"⁽⁸⁾.

يستنتج من مجمل تعاريف الفقهاء أن الحضانة هي تربية الولد وكفالاته وحفظه، والقيام بمصالحه حتى يستقل بنفسه.

أما عند الفقهاء المتأخرين فقد عرفها الأستاذ محمد مصطفى شلي على أنها: "القيام على تربية الطفل الذي لا يستقل بأمره برعاية شئونه من تدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه ووقايته عما يهلكه ويضره"⁽⁹⁾، وعرفها الأستاذ عبد الرحمن الصابوني على أنها: "يراد بحضانة الصغير تربيته والاهتمام بجميع شئونه ممن له الحق في ذلك، وقد راعى الشارع ما هو الأصح والأأنفع للطفل في رعاية مصالحه، فجعل أمر العناية به في المرحلة الأولى من طفولته إلى الأم لأنها أرفق وأشفق الناس وأرحمهم به"⁽¹⁰⁾.

(1) ابن منظور، المرجع السابق، ج 13، ص 123. مسعود جبران، المرجع السابق،

(2) مسعود جبران، المرجع السابق، ص 308.

(3) عبد الرحمن شيخي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، (دم، دط، دت)، ج 1، ص 480.

(4) ابن عابدين، المرجع السابق، ج 3، ص 555.

(5) العدوي، المرجع السابق، ج 2، ص 129.

(6) القاضي عبد الوهاب، المعونة، المرجع السابق، ص 940.

(7) النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج 9، ص 98.

(8) المرادوي، المرجع السابق، ج 24، ص 455.

(9) محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص 455.

(10) عبد الرحمن الصابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في الإسلام، دار التوفيق النموذجية، مصر، ط 9، 1983، ص 196.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

نستنتج من تعاريف الفقهاء المتأخرين أنهم لم يحددوا على ما سار عليه المتقدمون من تعريف للحضانة، على أنها تربية الطفل الصغير⁽¹⁾ الذي لا يستطيع تدبير شؤونه بنفسه، والاهتمام به ورعايته وحفظه مما قد يهلكه أو يضره إلى غاية البلوغ، وأوكل أمر رعايته في طفولته لأمه لأنها هي من تحسن تربيته ورعايته.

ثالثا- الحضانة في القانون: لم يبتعد قانون الأسرة الجزائري على ما جاء به الفقهاء المتقدمون والمتأخرون من تعريف للحضانة، ويرجع السبب في ذلك لأهمية الحضانة وجوهريتها لأنها أثر من آثار فك الرابطة الزوجية، تمس بمصلحة الأولاد كثمرة من ثمار الزواج لخطورة فراق الأبوين، وانعكاسه على دينهم وتربيتهم ورعايتهم، حيث جاء تعريف الحضانة في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهرة على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، ويلاحظ على التعريف أنه احتوى على أهداف الحضانة وأسبابها فهو ليس مجرد تعريف بسيط، بل يعتبر من التعاريف المميزة التي اشتملت على كثير من حاجيات المحضون من رعاية، وتربية، وصحة، وحماية، وحفظ خلق⁽²⁾، أما في الفقرة الثانية فقد لَمَح قانون الأسرة الجزائري إلى شروط الحاضن، لكنه سكت ولم يفصّل فيها، وهي موضوع تفصيل لاحق.

الفرع الثاني: طبيعة الحضانة

إن طبيعة حق الحضانة، مُختلف فيها في الشريعة الإسلامية فقد توصل الفقهاء المعاصرون إلى الاستنتاجات التالية: الحضانة هي في نفس الوقت حق للطفل وحق للحاضن، يكون للحق الأول الأسبقية على الثاني مما يولد حالات ثلاث⁽³⁾:

- 1- إذا وُجد أكثر من حاضنة للولد، واستوفوا كلهم الشروط المطلوبة، يكفي أن يتولى أحدهم ذلك حفاظا على حق الطفل، وبمعنى آخر حق الطفل ليس مرتبطا بشخص معين.
- 2- إذا كان أصحاب الحضانة أكثر من واحد وتنازلوا عنها جميعا، فيكون من حق الطفل أن تحضنه أمه وجوبا ولو تنازلت.
- 3- وإن انعدم وجود الأم أو فقدت أهليتها، فالحضانة تكون لأقرب مستفيد مؤهل مستوفي الشروط، مع مراعاة مصلحة المحضون.

(1) تتحقق صفة المحضون على الطفل الصغير، وللبالغ المجنون والمعتوه باتفاق الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة وقول عند المالكية، والمشهور عند المالكية انقطاع الحضانة بالبلوغ ولو كان مجنونا. انظر وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويتية، المرجع السابق، ج 17، ص 301.

(2) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 141.

(3) Abderrahmane Hernane, HADHANA, office des publications universitaires, algerie, 1991, P215-216.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

الفرع الثاني: حُكم الحضانة وسندها الشرعي

أولاً- حُكم الحضانة: لأهمية الحضانة اجتهد الفقهاء في تبيان حُكمها واختلفوا فمنهم من رآها:

1- فرض عين: وهو الوجوب وهو ما قال به الحنفية، والحنابلة، ودليلهم أن الحضانة حق للولد وبالتالي لا حق للأم التنازل عنها لأنه يهلك بتركه، يقول ابن همام: "واختاره أبو الليث والهندواني من مشايخنا لأن ذلك حق الولد، قال تعالى {والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين}(1) والمراد الأمر وهو الوجوب"(2)، ويقول موفق الدين بن قدامة: "كفالة الطفل وحضانتها واجبة؛ لأنه يهلك بتركه، فيجب حفظه عن الهلاك"(3).

2- فرض كفاية: وهو أن الحضانة فرض كفاية، إذا ما ألتم به أحد سقط عن الباقيين، إلا في حَوَلي الرضاع فهو فرض عين على الأم لاحتياجه لرضاعها، وهو ما قال به المالكية، والشافعية، يقول النفراوي: "وإن علم أنه حق للأم، ومن هو بمنزلتها وهو الوجوب العيني، إن لو يوجد إلا الحاضن ولو أجنبيا من المحضون والكفائي عند تعدده، ولذا إذا وجد جماعة طفلا منبوذاً وجب عليهم التقاطه وحضنه، فإذا قام به البعض سقط عن غيره كسائر فروض الكفاية"(4)، ويقول الرافعي الشافعي: "لأن الحضانة من الكفاية، ولا شك أنه الصحيح"(5).

أرجح توجه الفقهاء في كون الحضانة فرض كفاية إن وجد من ألتم به سقط عن الباقيين، وتصبح فرض عين حين احتياج المحضون للرضاع من أمه في الحولين، أو لا وجود لحاضن غيرها. ثانياً- السند الشرعي للحضانة: الحضانة بالمفاهيم المذكورة أنفاً تجد مشروعيتها في الكتاب الكريم والسنة النبوية الشريفة.

أ- القرآن الكريم: وردت عدة آيات في القرآن الكريم تحضّ على العناية بالطفل وتربيته والقيام بمصالحه المادية والمعنوية.

1- قوله 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 بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾(6)، ووجه الاستدلال من الآية أن الأم أحق بحضانة ولدها بعد الفطام، وبيّنت الآية كيفية التعامل بين الأزواج من المعاشرة بالمعروف وتربية الأطفال، لأن أحكام الرضاعة من أحكام البيوت(7).

(1) سورة البقرة، الآية 233.

(2) ابن همام، المرجع السابق، ج 4، ص 328.

(3) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 8، ص 237.

(4) النفراوي، المرجع السابق، ج 2، ص 66.

(5) الرافعي، المرجع السابق، ج 10، ص 100.

(6) سورة البقرة، الآية 233.

(7) القرطبي، المرجع السابق، ج 3، ص 160. محمد رشيد رضا، المرجع السابق، ج 2، ص 324.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

2- قوله تعالى: ﴿وَ اخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيْتَانِي صَغِيرًا﴾⁽¹⁾، ووجه الدلالة من الآية هو: "بيان لبعض الأسباب الموجبة للبر، وأن الوالدين اشتركا في تربية بدنك وروحك بالتغذية والكسوة والحضانة والقيام بكل المؤن، وبالتعليم والإرشاد والإلزام بطاعة الله والآداب والأخلاق الجميلة، وفي هذا دليل على أن كل من له عليك حق تربية- بقيام بمؤنة نفقة وكسوة وغيرها- أن له حقا عليك بالإحسان والبر والدعاء"⁽²⁾.

ب- السنة النبوية الشريفة:

1- عن: "عبد الله بن عمرو، أن امرأة، قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنت أحق به ما لم تنكحي"⁽³⁾، ووجه الدلالة من الحديث، أن الأم أحق بحضانة ولدها من غيرها، وفيه دليل آخر على أن الأم لها أولوية الحضانة من الأب، ما لم يقم مانع من ذلك بالزواج، وهو دليل من الأدلة الواضحة البيّنة على مشروعية الحضانة⁽⁴⁾.

2- عن: "مالك، عن يحيى بن سعيد، أنه قال: سمعت القاسم بن محمد، يقول: كانت عند عمر بن الخطاب امرأة من الأنصار فولدت له عاصم بن عمر، ثم إنه فارقها، فجاء عمر قباء فوجد ابنه عاصما يلعب بفناء المسجد فأخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة. فأدركته جدة الغلام. فنازعته إياه. حتى أتيا أبا بكر الصديق فقال عمر: ابني. وقالت المرأة: ابني. فقال أبو بكر: خل بينها وبينه. قال: فما راجعه عمر الكلام"⁽⁵⁾. ووجه الدلالة من الحديث أنه دليل على مشروعية الحضانة، واستمرارية الحضانة في الذكر إلى البلوغ⁽⁶⁾.

ثالثا- الاجماع: أجمع علماء الأمة على أنه إن حدث طلاق بين الزوجين، ولهما ولد فأمه أحق بحضانته، ونُقل الاجماع على ذلك⁽⁷⁾.

(1) سورة الإسراء، الآية 24.

(2) عبد الرحمن السعدي، تيسير اللطيف المنان في خلاصة تفسير القرآن، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، ط1، 1422هـ، ج1، ص56.

(3) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب النفقات، باب الأم تزوج فيسقط حقها من حضانة الولد وينتقل إلى جدته، حديث رقم 15763، ج8، ص7.

(4) الشوكاني، المرجع السابق، ج6، ص390.

(5) أخرجه امالك بن أنس في الموطأ، كتاب الوصية، باب ما جاء في المؤنث من الرجال ومن أحق بالولد، حديث رقم 2838، ج4، ص1114.

(6) أبوبكر الكشناوي، المرجع السابق، ج2، ص209.

(7) أسامة بن سعيد القحطاني وآخرون، المرجع السابق، ج3، ص802.

الفرع الثالث: أصحاب الحق في الحضانة

أولاً- مراتب أصحاب الحق في الحضانة الفقه الإسلامي:

اتفق الفقهاء على أن الأم هي الأولى بحضانة أولادها ما لم تنكح، فإن تزوجت بغير قريب محرم سقط حقها في الحضانة أو تنازلت عنها انتقلت إلى من يلها، واتفقوا كذلك على أن في حال غياب الأم أو سقوط الحضانة عنها تنتقل إلى أمها (جدة المحضون لأمه)، ولكن الفقهاء اختلفوا في الأطراف الحاضنة فيما عدا الأم، وسأستعرض للمستحقين للحضانة من النساء والرجال وترتيبهم وفق كل مذهب من المذاهب الأربعة واختلافهم فيه، مع أن الأصل في الحضانة للنساء يقول الكاساني: "لأنهن أشفق وأرفق وأهدى إلى تربية الصغار ثم تصرف إلى الرجال"⁽¹⁾، وفي حال عدم وجودهن تكون للرجال، وفي حال وجودهم جميعاً الأولوية للنساء في الجملة، ولا اختلاف إلا في بعض الجزئيات، والمستحقين للحضانة سواء كانوا من النساء أو الرجال ليسوا في مرتبة واحدة، فمراتبهم تختلف باختلاف درجة الاستحقاق⁽²⁾.

أ- الحنفية:

- من النساء: عند الحنفية النساء أولى من الرجال في الحضانة، فالأم وإن انعدمت فأم الأم وأمها، ثم أم الأب (الجدة من جهة الأب وإن علت)، فإن لم توجد الجدات فالحق ينتقل للأخوات (الأخت الشقيقة فالأخت لأم)، ثم الأخت لأب، ثم بنت الأخت الشقيقة فبنت الأخت لأم، ثم بنت الأخت لأب، ثم الخالة الشقيقة فالخالة لأم فالخالة لأب، ثم بنات أخ المحضون الشقيقات، فبنات الأخ لأم، فبنات الأخ لأب (وقدمت بنات الأخت على بنات الأخ لأن الأخت مقدمة على الأخ في الحضانة)، ثم العمات الشقيقات، فالعمات لأم، فالعمات لأب (وقدمت بنات الأخ على العمات لأن بنات الأخ أقرب من العمات لأنهن ولد الأب والعمة ولد الجد)، ثم خالة الأم، ثم خالة الأب، ثم عمة الأم، ثم عمة الأب⁽³⁾.

- من الرجال: إن لم يكن أحد من النساء اللواتي ذكرن سابقاً من يحضن الولد، تنتقل حضانته إلى الرجال وفق ترتيب العصابات في الميراث، فتكون للأب ثم للجد للأب وإن علا، ثم الأخوة وأبنائهم وإن نزلوا، ثم الأعمام وبنوهم، مع مراعاة أن لا تُسَلَّم لابن العم أنثى مشتهة لأنها ليست من محارمه إلا إن كانت صغيرة جداً، وله حضانة الذكر⁽⁴⁾.

(1) يضيف الكاساني: "لأن مبنى الحضانة على الشفقة، والرحم المحرم هي المختصة بالشفقة". انظر الكاساني، المرجع السابق، ج 4، ص 41.

(2) عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ج 10، ص 15.

(3) ابن عابدين، المرجع السابق، ج 3، ص 563. انظر الكاساني، المرجع السابق، ج 4، ص 41-42.

(4) ابن عابدين، نفس المرجع والصفحة.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

لذوي الأرحام حضانة الولد إن لم يكن يوجد أحد من النساء أو لا يوجد أحد من العصابات من الرجال السابق ذكرهم، أو كان ممن سبق ذكرهم لا يصلح للحضانة، وكانت مصلحة المحضون أن تنتقل حضانته لفئة ذوي الأرحام، فتكون حضانته لجدته لأمه، ثم للأخ لأم، ثم ابن أخ لأم، ثم لعم لأم، ثم الخال الشقيق، ثم الخال لأم، ولهؤلاء جميعاً أحقيتهم في الحضانة لكون حقهم في ولاية النكاح ثابتة⁽¹⁾، والأصل إن تساوى اثنان في الدرجة كالإخوة أو الأعمام، فيُقَدَّم الأكثر ورعاً وصلاحاً، ثم الأكبر سناً⁽²⁾.

ب- المالكية:

- من النساء: ذهب المالكية إلى أن استحقاق الحضانة بعد الأم في النساء تكون لأم الأم (جدته لأمه)، ثم جدة الأم وإن علت، ثم خالته الشقيقة، ثم خالته لأم، ثم خالته لأب، ثم خالة الأم الشقيقة، ثم التي للأم، ثم التي للأب، ثم عمّة الأم، ثم الجدة لأب، وتضم أم الأب وأم أمه وأم أبيه و القربى منهم تقدم على البُعدي، مع اعتبار أن الجدة من جهة الأم تقدم دائماً على جهة الأب، وبعد الجدات تكون الحضانة للأب، ثم إلى أخت المحضون على الترتيب، ثم إلى عمته أخت أبيه، ثم عمّة والده على الترتيب المذكور (شقيقة - أم - أب)، ثم خالة الأب، ثم بنت الأخ الشقيق، ثم لأم، ثم لأب، ثم بنات الأخت على الترتيب المذكور، ووقع اختلاف في تقديم بنات الأخ على بنات الأخت أو على نفس المرتبة، والظاهر من قول الفقهاء أنها تقدم الأكفأ والأحرز⁽³⁾.

- من الرجال: الوصي ذكراً كان أو أنثى (مقدّم على جميع العصابات)، ثم الأخ بالترتيب المذكور سابقاً، ثم الجد من جهة الأب وإن علا، ثم الجد من جهة الأم، ثم ابن الأخ، ثم العم، ثم ابن العم، واختلف فقهاء المالكية في حضانة الجد لأم فعند ابن رشد لا حضانة له، وخالفه اللخمي بأن له الحضانة لأن له عطا وشفقة⁽⁴⁾، وفي كل الأحوال إذا اجتمع هؤلاء يقدم منهم دائماً الأكثر شفقة وصيانة وكفاءة، ثم الأسنّ (الأكبر سناً)، وفي حال التساوي في كل ما سبق أجريت القرعة⁽⁵⁾.

ج- الشافعية: الترتيب عند الشافعية يختلف عند اجتماع النساء والرجال، وعند اجتماع النساء فقط، وعند اجتماع الرجال فقط على النحو التالي:

1- عند اجتماع الرجال والنساء: فالحضانة للأم، ثم أم الأم، وأمها المدليات بإنانث، ثم الأب، ثم أمه، ثم أمها (ويشترط في الجدات سواء كن من جهة الأم أو من جهة الأب، أن يكن وارثات حتى

(1) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج8، ص ص 681-684.

(2) وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص 684.

(3) ابن رشد الجد، المقدمات المهمات، المرجع السابق، ج1، ص 527. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، المرجع السابق، ج17، ص302.

الجزيري، المرجع السابق، ج4، ص521.

(4) الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص528. الجزيري، المرجع السابق، ج4، ص521.

(5) الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص528.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

تثبت لهم الحضانة، ومثال ذلك أم أبي أم الأب من جهة الأب لا حضانة لها، لأنها لا ترث، ثم الجد لأب، ثم الأخت الشقيقة، ثم الأخ الشقيق، وهكذا، ويقدم الأقرب فالأقرب حال اجتماع النساء والرجال، والأولوية للنساء (تقدم بنات كل صنف على ذكوره) ومثال ذلك حال اجتماع أخوة وأخوات، وخالة وعمة، قدمت الأخوات لأنهن أولى من الرجال ثم الأخوة كونهم أقرب من الخالة، ثم الخالة وبعدها العمّة، وعند التساوي بين النساء مثلاً كأخواته النساء يُقرع بينهم والحضانة لمن خرجت له⁽¹⁾.

2- عند اجتماع النساء فقط: الأم ثم البنت⁽²⁾، ثم أم الأم وإن علت، ثم أم الأب وأمها وإن علت، وتقدم الجدات الأقرب فالأقرب، ثم الأخت الشقيقة ثم الأخت لأب⁽³⁾، ثم الأخت لأم، الخالة، ثم بنت الأخت، ثم بنت الأخ، ثم العمّة الشقيقة ثم العمّة لأب ثم العمّة لأم بهذا الترتيب (وتقدم عمّات الأم على عمّات أبي المحضون)، ثم كل ذي محرم وارث من العصبات على ترتيب الإرث، مع اعتبار تقديم الشقيقات ثم لأب ثم لأم سواء في الأخوات أو العمات وغيرهم⁽⁴⁾، لأن الشقيقة شفقتها أتم لاجتماعها مع المحضون في الصُّلب والرحم، وبالتالي هي أشفق على المحضون.

3- عند اجتماع الرجال فقط: فتثبت الحضانة لكل رجل محرم وارث على ترتيب الميراث، باستثناء الجد فهو مقدّم على الأخوة، فتكون الحضانة للأب، ثم للجد وإن علا، ثم للأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم الأخ لأم على هذا الترتيب، ثم ابن الأخ الشقيق أو لأب، ثم العم الشقيق، ثم العم لأب وابنهما، ولكون ابن العم غير مُحرّم فلا حضانة له لأنّني مشتبهة إلا إذا كانت صغيرة زمن الرضاع⁽⁵⁾، ولا حضانة لغير وارث وغير محرم، كابن الخال وابن العمّة، أو فقد الإرث وكان محرماً كأبو الأم وخال، وابن أخت وابن أخ لأم⁽⁶⁾.

د- الحنابلة: مراتب أصحاب الحق في الحضانة عند الحنابلة:

- من النساء: والمشهور عندهم يبدأ بالأم، ثم أمها، ثم أمهاتها القربى فالقربى لأنهن في منزلة الأم، ثم الأب، ثم أمه وأمها وإن علت، ثم الجد وأمها، ثم الأخت الشقيقة، ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب، ثم الخالة الشقيقة، ثم الخالة لأم، ثم الخالة لأب، ثم العمّة الشقيقة، ثم العمّة لأم، ثم العمّة لأب،

(1) الشريبي، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج5، ص ص 194-195. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، المرجع السابق، ج17، ص303. الجزيري، المرجع السابق، ج4، ص521. مصطفى الخنّ وآخرون، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دار القلم، دمشق، سوريا، ط4، 1992، ج4، ص ص 193-194.

(2) وهي بنت المحضون الكبير كالمجنون أو المعتوه وقد أكد له الشافعية الحضانة. للمزيد انظر ابن حجر الهيتمي، المرجع السابق، ج8، ص356.

(3) جاء في المفصل: "والأصح تقديم أخت من أب على أخت من أم"، عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ج10، ص21.

(4) النووي، منهاج الطالبين، المرجع السابق، ص266. الجزيري، المرجع السابق، ج4، ص521. عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ج10، ص ص 20-21. موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج8، ص683.

(5) الرملي، المرجع السابق، ج7، ص187. عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ج10، ص ص 20-21.

(6) ابن حجر الهيتمي، المرجع السابق، ج8، ص355.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

ثم خالات أبويه الشقيقات، ثم لأم، ثم لأب، وبعدها عمات أبيه، ثم بنات الإخوة والاحوات. ثم بنت عمه وعمته، ثم بنت عم أبيه، وبنت عمه أبيه، وهلم جرا، مع تقديم الأشقاء دائما، ثم لأم، ثم لأب⁽¹⁾. في رواية أخرى عن الإمام أحمد رحمه الله قدم أم الأب عن أم الأم، وبالتالي تكون مرتبة الأب بعد الأم مباشرة لأن أمهاته يدلين به، يقول موفق الدين بن قدامة: "أن أم الأب وأمهاها مقدمات على أم الأم فعلى هذه الرواية، يكون الأب أولى بالتقديم؛ لأنهن يدلين به، فيكون الأب بعد الأم، ثم أمهاته والأولى هي المشهورة عند أصحابنا"⁽²⁾.

- من الرجال: أما في الرجال من العصابات فتكون للأب، ثم للجد لأب وإن علا، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب ثم أبناءهم وإن نزلوا، ثم الأعمام، ثم أبناءهم.

إن كان المحضون أنثى، فلا حضانة عليها لأبناء عمومته مطلقا لأنهم ليسوا بمحارمها وهو الصحيح من المذهب، وأجاز فقهاء آخرين حضانتها عند ابن عمها ما لم تتجاوز السبع سنين، ولا حضانة له بعد ذلك⁽³⁾.

عند انعدام النساء والعصابات من الرجال تنتقل الحضانة لذوي الأرحام، لأن لهم قرابة رحم يرثون بها عند انعدام من هو أحق منهم، وهم: أب الأم وأمهاها، ثم الأخ لأم، ثم الخال، وذهب بعضهم إلى أن لا حضانة لهم وتؤول للحاكم فيسلمه إلى من يستحقه من المسلمين⁽⁴⁾.

ثانيا- مراتب أصحاب الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

أما في قانون الأسرة الجزائري فقد نصت المادة 64 المعدلة على: "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.."، وكان قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل واضعا ترتيبا آخر، حيث نصت المادة السابقة: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الخالة، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة..."،

من خلال تحليل النص القانوني، يمكن تسجيل الملاحظات التالية:

أ- أول ما يلاحظ على نص المادة أنه بعد التعديل غيّر قانون الأسرة الجزائري مرتبة الحاضنين، فبعد أن كان الأب في المرتبة الرابعة تم تقديمه ليصبح في المرتبة الثانية، وتقهقرت مرتبة الجدة لأم للمرتبة الثالثة، بعد أن كانت الثانية بعد ابنتها، وتم تقديم الجدة لأب مرتبة، بعد أن كانت في الخامسة أصبحت في المرتبة الرابعة بعد الجدة لأم، والخالة تغيرت مرتبتها بعد أن كانت في المرتبة الثالثة،

(1) المرادوي، المرجع السابق، ج 24، ص 463. الجزيري، المرجع السابق، ج 4، ص 522.

(2) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 8، ص 247. انظر كذلك: شمس الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 24، ص 458.

(3) المرادوي، المرجع السابق، ج 24، ص 465. الهوتي،

(4) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 8، ص 246. المرادوي، المرجع السابق، ج 24، ص 467-469. الهوتي، كشاف القناع، المرجع

السابق، ج 5، ص 498.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج و آثاره

أصبحت في المرتبة الخامسة، ويعود سبب تغيير مراتب الحاضنين إلى المشاكل العملية التي صاحبت إسناد الحضانة في حال انعدام الأم إلى الجدة وإلى طبيعة المجتمع الجزائري في معيشتها، فأكثر الأزواج يقيمون مع والدي الزوج وبالتالي تكون علاقته بجدهته لأمه وأبيه وطيدة، وتقديم جهة النساء على جهة الرجال في الحضانة هو توجه شرعي أقره الفقهاء، من خلال أحقية الأم في الحضانة، وبعدها أمها⁽¹⁾. لعل توجه قانون الأسرة الجزائري في جعل الأب في المرتبة الثانية⁽²⁾ قبل أم الأم، قد يفسر على أنه توجه شرعي حيث أن هناك رواية عند الحنابلة تُقرّ أن الأب أولى بالتقديم⁽³⁾ على أم الأم، فمرتبته تكون بعد الأم مباشرة في الحضانة⁽⁴⁾، وقد يفسر كذلك من ناحية أخرى إلى جانب السبب الشرعي هو المشاكل العملية التي نتجت على اسناد الولد إلى خالته مثلا عند انعدام الجدة لأم حسب النص قبل التعديل، والولد في حاجة ماسة لأبيه ماديا ومعنويا.

ب- وضع مصلحة المحضون فوق كل اعتبار للترتيب المنصوص عليه في المادة 64 المعدلة، فقد يضطر القاضي إلى إسناد الحضانة إلى من هو أدنى مرتبة عن من هو أعلى، ومثال ذلك إسناد الحضانة للخالة عوض الأم أو الأب أو الجدة، التي تكون أصلح للمحضون وأشفق وأكثر عناية به.

ج- سكت قانون الأسرة الجزائري عن باقي مستحقي الحضانة، حال انعدام الحاضنين المذكورين في النص القانوني، وذكر عبارة "ثم الأقربون درجة" فلم يبين من هم الأقربون درجة كالأخوات، والإخوة، والعمات ..، وسكوت القانون على هذه المسألة يؤدي إلى تطبيق نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، وبالرجوع إلى ما أرشدتنا إليه هذه المادة نجد خلافا فقهيًا في مراتب الحاضنين باستثناء الأم وأمها، ما يوقع تضاربًا في الأحكام القضائية، بالرغم من قلة حدوث مثل هكذا حالات إلا أن الواقع سجل حدوثها في بعض الأحيان، ونجد في بعض قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية من ذكر باقي مستحقي الحضانة الأقرب فالأقرب⁽⁵⁾، وذكر قانون الأسرة الجزائري لمستحقي الحضانة يحل أشكال

(1) انظر الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص256.

(2) يرى الأستاذ محمد بن معجوز أنه لا مانع من تقديم مرتبة الأب عن باقي الحاضنين، ووضعه في المرتبة الثانية بعد الأم، لأن المسألة اجتهادية ولا يوجد نص صريح يوجب تقديم الأب عن قريبات الأم، وقد يؤيد ذلك أن النبي ﷺ خير الولد بين أمه وأبيه عندما تنازعا حول حضانتها، ولم يقل للأب أنه يوجد من يستحق الحضانة قبلك. انظر محمد بن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية (الجزء الثاني)، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط1، 1994، ص74.

(3) انظر موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج8، ص247 بهاء الدين المقدسي، المرجع السابق، ص477. ابن المفلح، المرجع السابق، ج7، ص182.

(4) هناك من يرى أن المشرع قد اتبع المذهب الجعفري في اسناده الحضانة للأم والأب مخالفا رأي جمهور الفقهاء، الذين يغلبون جانب النساء على الرجال في مسائل الحضانة. انظر كريمة محروق، "مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري واجتهادات المحكمة العليا"، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، مج31، ع2، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، 2017، ص357.

(5) المادة 189 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي. المادة 146 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

كثرتهم وتساويهم في المرتبة، فتقدم النساء على الرجال، وعند التساوي بين من هم في نفس الجنس والمرتبة تؤول لمن هو أكبر سناً، لأنه أصبر على الصغير وأكثر حناناً ورفقاً.

د- لم ينص قانون الأسرة الجزائري على مسألة تعدد مستحقي الحضانة من درجة واحدة، كالإخوة أو الأخوات أو الخالات أو العمّات، فالحل نصت عليه كل المذاهب الفقهية من تقديم الشقيق على الباقي، وتقديم الأصلاح والأقدر جسداً وخُلُقاً، فإن تساوا كانت لأكبرهم⁽¹⁾، وإن تساوا فيُقرع بينهم، وجعل قانون الأسرة الجزائري في هذه المسألة السلطة التقديرية للقاضي في اختيار من هو أصلاح وأكفأ، من خلال تفعيل مصلحة المحضون كمعيار أسى من كل المعايير.

هـ- لم يبيّن قانون الأسرة الجزائري انتقال الحضانة حال وفاة الزوجة، وهو موضوع تطرق له الاجتهاد القضائي جاعلاً من الأب هو الأحق بحضانة ولده ورعايته حال وفاة الزوجة، وينتقل هذا الحق تلقائياً تحقيقاً لمصلحة المحضون، حتى لا يجتمع على المحضون يُثَمَّن، يُثَم الحياة ويُثَم الوفاة⁽²⁾.

في الأخير تبقى مصلحة المحضون هي الأساس في ترتيب الحاضنين وفق السلطة التقديرية للقاضي، فقد يتخلى القاضي عن جميع المذكورين في المادة لعدم صلاحيتهم، ويسندُها لذوي القربى من هو أصلاح وأكفأ، وهو ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها: "تراعى مصلحة المحضون، عند اسناد الحضانة، وليس الترتيب الوارد في المادة 64 ق.أ. يخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع"⁽³⁾.

المطلب الثاني: مسائل الحضانة المسكوت عنها

سأتطرق في هذا المطلب إلى بعض المسائل التي سكت عنها قانون الأسرة الجزائري في الحضانة، وهذا بذكر شروط الحاضن كمسكوت عنها، ثم عرض مسألتين متفرقتين من الحضانة مسكوت عنهما ألا وهي تخير المحضون، وأحكام حق زيارة المحضون.

الفرع الأول: شروط الحاضن كمسكوت عنها

يهدف حماية المحضون وتربيته تربية سوية، وجب أن تتوفر في الحاضن شروطاً من خلالها يمكن أن يقوم بممارسة الحضانة على أكمل وجه، وقد اشترط الفقه الإسلامي شروطاً في الحاضن، سأوردُها مع تبيان سكوت قانون الأسرة الجزائري عنها وسببه.

(1) سليمان ولد خصال، المرجع السابق، ص 184.

(2) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 0990050، 2015/01/15، م م ع، 2015، ع 01، ص 256. المحكمة العليا، غ ش أم، ملف رقم 1329085، 2019/12/04، م م ع، 2019، ع 02، ص 90.

(3) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 613469، 2011/03/10، م م ع، 2012، ع 01، ص 285.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

أولا- شروط الحاضن في الفقه الإسلامي:

الهدف من الحضانة حفظ المحضون وصيانتهم، وهذا لا يمكن أن يتحقق حتى يكون الحاضن أو الحاضنة أهلا لذلك، لذا أقرت الشريعة شروطا في الحضانة أو الحاضن، يمكن تقسيمها إلى قسمين شروط عامة في الرجال والنساء وأخرى خاصة، بكل واحد منهما⁽¹⁾.

أ- الشروط العامة: تتمثل في البلوغ والعقل، والرشد، والأمانة، والقدرة، والإسلام، وتفصيلها كالتالي:
1- البلوغ والعقل: هو شرط متفق عليه عند الفقهاء، من أن يكون المكلف بالحضانة بالغاً عاقلاً، فلا يمكن أن تسند الحضانة إلى صبي ولو كان مميزاً، كونه عاجزاً حتى على رعاية نفسه، ولا إلى مجنون، ولا معتوه لأن هؤلاء عاجزين عن القيام بشؤونهم.

2- الرشد: هو شرط انفرد به المالكية⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾، فلا يمكن أن يكون الحاضن سفياً لأنه لا يصون مال المحضون فيتلفه.

3- الأمانة والأخلاق: وجب أن يكون الحاضن أميناً غير فاسق ذو عدالة ظاهرة، وقد اتفق الفقهاء على أن فسق الحاضن وفجوره سبب مُسقط للحضانة كالكبير مثلاً، لأن بقاء المحضون معه قد يتسبب في فساد أخلاقه وتربيته، إلا أن بعض متأخري الحنفية لم يشترطوا الأمانة في حضانة الولد يقول ابن القيم رحمته الله في ذلك: "ولو اشترط في الحاضن العدالة لضاع أطفال العالم (...)" ولو كان الفسق ينافي الحضانة لكان من زنى أو شرب خمراً أو أتى كبيرة فرق بينه وبين أولاده الصغار والتمس لهم غيره⁽⁴⁾، لكن الراجح أن الأمانة والعدالة الظاهرة شرط في الحاضن ولا حضانة لفاسق فاسد الأخلاق.

4- القدرة على الحضانة: الحضانة جُعِلت للقيام بشؤون المحضون والعناية به، وتربيته ورعاية مصالحه، وهذا يتنافى مع عدم القدرة على ذلك ومن المسلم به اشتراط ذلك، فإذا كانت الحضانة أو الحاضن عاجزاً عن مباشرة الحضانة بسبب الكبر أو المرض، وزاد بعض الفقهاء الصمم والخرس، إلا إذا كان مع الحاضن العاجز من يقوم بخدمته تحت رأيه ومشورته باستثناء العمى⁽⁵⁾، ولا يمكن كذلك أن يباشر الحضانة من كان مريضاً مرضاً مضراً بالمحضون ضرراً مادياً أو معنوياً، ومن أمثلة

(1) عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ج10، ص31 وما يليها. وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج8، ص686 وما يليها. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، المرجع السابق، ج17، ص686 وما يليها.

(2) الصاوي، المرجع السابق، ج2، ص759.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج5، ص197.

(4) ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ج5، ص412.

(5) العدوي، المرجع السابق، ج2، ص130. الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج5، ص197. الحجاوي المقدسي، المرجع السابق، ج4، ص158.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

الأمراض الجذام⁽¹⁾ أو الإيدز حديثا، كما لا يُستثنى من ذلك الأمراض النفسية، والأمراض المعدية، وكل ذلك يبقى تحت السلطة التقديرية للقاضي في اسناد الحضانة، والأولى أن تُسند الحضانة لمن هو بعد الحاضن المريض في المرتبة، إلا إذا كان مرضا يرجى شفاؤه في مدة يسيرة فإنه لا حرج في ذلك⁽²⁾.
5- الإسلام: اشترط بعض فقهاء المالكية⁽³⁾، والشافعية⁽⁴⁾، والحنابلة⁽⁵⁾، عدم ثبوت الحضانة لكافر على مسلم لأن الحضانة ولاية، ولا ولاية لكافر على مسلم، ويقول ابن القيم رحمته الله أن لا حضانة لكافر على مسلم من جهتين: الأولى: الحاضن دائما حريص على نشأة المحضون على دينه، فيربيه عليه، فإذا كُبر وعُقل فمن الصعب تحويله على ما جُبل عليه، فعن: "أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه، أو ينصرانه، أو يمجسانه..."⁽⁶⁾، وإن رُد على أن الحديث جاء في الوالدين خاصة، فالردُّ يكون أن: "الحديث خرج مخرج الغالب، إذ الغالب المعتاد نشوء الطفل بين أبويه، فإن فُقد الأبوان أو أحدهما قام وليُّ الطِّفل من أقاربه مقامهما"⁽⁷⁾.

أما الثانية: هو: "أن الله سبحانه قطع الموالة بين المسلمين والكفار، وجعل المسلمين بعضهم أولياء بعض، والكفار بعضهم من بعض، والحضانة من أقوى أسباب الموالة التي قطعها الله بين الفريقين"⁽⁸⁾.

أما المشهور عند المالكية⁽⁹⁾، والحنفية⁽¹⁰⁾، فلا يشترطون الإسلام في الحضانة الأئني، وزاد الحنفية إلا أن تكون مرتدة فلا حضانة لها، لأنها تُحبس وبحبسها يتضرر المحضون، أما حضانة الكتابية فهي كالمسلمة ثابتة إذا كان الصبي صغيرا ولا يعقل الدين، وإن كان يعقل الدين أو بلغ سن التمييز وخشي عليه أن تُعلمه دينها، نُزع منها ولو كانت أمه، والظاهرية كذلك أوجبوا الحضانة للكافرة حال صغر المحضون، فإذا بلغ سن الاستغناء فلا حضانة لها⁽¹¹⁾.

(1) الجذام: مرض معد مزمن يتسبب عن عدوى بميكروب يسمى باسيل الجذام، وقد يؤدي إلى تشوهات. انظر محمد نصار وآخرون، الموسوعة العربية الميسرة، المكتبة العصرية، لبنان، ط1، 2010، ج3، 1171.
(2) عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ج10، ص40-42.
(3) وهو قول ابن وهب بأن لا حق للأم النصرانية في الحضانة. انظر أبو الحسن اللخمي، المرجع السابق، ج6، ص2570.
(4) الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج5، ص195.
(5) ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ج5، ص410.
(6) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجنائز، باب ما قيل في أولاد المشركين، حديث رقم 1385، ج2، ص100.
(7) ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ج5، ص410.
(8) ابن قيم الجوزية، نفس المرجع والصفحة.
(9) الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص529.
(10) الكاساني، المرجع السابق، ج4، ص42. ابن عابدين، المرجع السابق، ج3، ص556.
(11) ابن حزم، المرجع السابق، ج10، ص143. عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ج10، ص33-4235.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

ب- الشروط الخاصة: وتنقسم الشروط الخاصة بالحاضن، إلى شروط خاصة بالنساء، وشروط خاصة بالرجال.

1- شروط خاصة بالنساء⁽¹⁾:

1-1- أن تكون الحاضنة من محارم المحضون الذكر، وهم أمه وأخته وجدته، ولا تثبت لابنة العم والعمة، وبنات الخال والخالة، لانعدام المحرمية، أما الأنثى فجائز عند الحنفية.

1-2- لا حق للحاضنة في حضانة ابنها إن تزوجت بأجنبي أو قريب غير محرم، باتفاق الفقهاء، والدليل واضح من حديث رسول الله: "أنت أحق به ما لم تنكحي"، ومعناه ما لم تكن تزوجت من ذي رحم محرم للمحضون، فإن تزوجت أجنبياً سقطت نفقتها⁽²⁾، فتمسكُ الطفل المحضون عند رجل أجنبي، فيتعرض لنظرات القسوة والبغض والأذى من زوج أمه، أما إن كان ذو رحم منه كأن تكون الحاضنة خالته وزوجها عم الطفل، فشفقتُهُ تحمله على رعايته، ففي هذه الحالة لا يكون تزوج الحاضنة مسقطاً لحقها في الحضانة⁽³⁾.

1-3- ألا تمكث الحاضنة بالمحضون في مسكن من يكرهه ويمقتُهُ، كسكنى الجدة لأم الحاضنة مع أم المحضون المتزوجة بأجنبي، فعندئذ تسقط حضانة الجدة⁽⁴⁾، لأنها قد تهم بإسناد الحضانة لها من أجل السكنى مع ابنتها أم المحضون.

2- شروط خاصة بالرجال⁽⁵⁾:

1-2- أن يكون الحاضن مَحْرَمًا للمحضونة الأنثى، ولا حضانة لابن العم لها إن كانت أقل من سن التمييز لأنه ليس محرماً لها، وإن كانت صغيرة جدا ولم تبلغ حد الشهوة، فلا خوف عليها وله حضانتها، وإن كانت مشتهة قريبة من البلوغ فلا يؤتمن عليها، فتُسند حضانتها لامرأة أمينة باختيار ابن عمها، وهو ما قال به الشافعية والحنابلة، أم الحنفية فيرون أن القاضي يبقها عند ابن عمها إن لم يكن لها من يحضنها إن كان مؤتمناً عليها، وقد أجاز الشافعية حضانة ابن العم إن كانت معه ابنته أو اخته ثقة، أما عند المالكية فتسقط الحضانة لغير المحرم مطلقاً.

(1) عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ج 10، ص 43 وما يليها. وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 8، ص 688-689. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، المرجع السابق، ج 17، ص 307-308.

(2) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 8، ص 243. مبروك المصري، المرجع السابق، ص 510.

(3) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 408.

(4) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، المرجع السابق، ج 17، ص 307-308.

(5) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 8، ص 689-690. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، المرجع السابق، ج 17، ص 308.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج و آثاره

قد ينتفي إشكال المحرمية بإرضاع زوجة الحاضن للبت المحضونة، أو أمه، أو أخته، أو زوجة أخيه، فيزول الإشكال ويصبح محرما لها، هذا إن كانت رضیعة، أما إن كانت أكبر من سن الرضاع، فتُحدّد مدة الحضانة في هذه الحالة ببلوغ سن الاشتهاء وتسقط الحضانة بعده⁽¹⁾.

2-2- اشترط المالكية على وجوب أن يكون للحاضن الرجل من أب أو غيره، من يقوم بخدمة الولد المحضون ورعايته من النساء زوجة كانت أو ابنة أو أخت، مُستأجرةً لذلك أو متبرعة؛ لأن الرجال لا طاقة لهم ولا صبر على أحوال الأطفال، من تنظيف، وغسل، وعطف، وحنان، فإن لم يكن معه من النساء ممن سبق ذكرهم سقط حقه في الحضانة⁽²⁾.

ثانيا- شروط الحاضن كمسكوت عنها في قانون الأسرة الجزائري:

سكت قانون الأسرة الجزائري عن شروط الحاضن ولم يتعرّض لها صراحة، بالرغم من أن الفقرة الثانية من المادة 62 قد نصّت: "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك"، وبالتالي فالمادة ذكرت توفرّ الشروط في الحاضن لكن لم تفصّل فيها، والناظر إلى المادة 67 بعد التعديل، التي تنص على بعض أسباب سقوط الحضانة التي جاء فيها: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه"، وقبل التعديل كانت تنص: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المرعية شرعا في المادة 62 أعلاه"، فاستعمال لفظ "شرعا" قبل التعديل يوحي بأن قانون الأسرة الجزائري كان يقصد الشروط الشرعية التي نصّ عليها الفقه الإسلامي والواجب توفرها في الحاضن، وغير المذكورة في الفقرة الثانية من المادة 62 ما يدفع القاضي إلى الرجوع للمادة 222 والتي تحيله إلى الشريعة الإسلامية، أما حذف لفظ "شرعا" بعد التعديل ماذا قصد المشرع بهذا الحذف، هل الرجوع إلى المادة 222 مباشرة⁽³⁾ أم الرجوع إلى بعض شروط الأهلية المتناثرة في القانون المدني وقانون الأسرة!!؟

يرجح سبب سكوت قانون الأسرة⁽⁴⁾ عن شروط الحاضن أن بعض من أحكامها مبثوث في القانون الخاص (القانون المدني وقانون الأسرة)، وعليه سأحاول تبيانها والتعليق عليها، مع إظهار مواطن سكوته فيها:

(1) كمال بعاكية، حبار أمال، "الحضانة وشروطها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، مج 7، ع6، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي أمين العقال الحاج موسى أق أخموك تامنغست، الجزائر، 2018، ص428.

(2) الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص529.

(3) فاضل شوقور، "قراءة في أحكام الحضانة في القانون الجزائري في ضوء اتفاقية حقوق الطفل"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، ع6، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، 2017، ص340.

(4) ويرجح سبب سكوته ما قرره علماء المذهب المالكي المتأخرين، من أن مستحقي الحضانة لا يجب عليهم إثبات كل الشروط التي تؤهلهم لذلك، على افتراض أن كل الشروط محققة، وبالتالي على من ينازعه في الحضانة أن يثبت عدم توافر الشروط فيه، وذلك لأن الحق في الحضانة ثابت لمن يستحقها، ومن يريد سقوطها عليه عي إثبات ذلك. انظر محمد بن معجوز، المرجع السابق، ج2، ص72

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

أ- شروط عامة مسكوت عنها:

1- البلوغ والعقل: في هذه المسألة يمكن الاسترشاد بالمادتين الخاصتين بسن الرشد القانوني (19 سنة كاملة) المذكورة في القانون المدني (المادة 40)، والمادة 07 من قانون الأسرة الجزائري، لكن قد نصطدم بالاستثناء الموجود في المادة 07 وذلك بالترخيص للقاصر بالزواج دون سن الرشد القانوني، فهل تصلح القاصر المرشدة غير البالغة سن الرشد القانوني أن تكون حاضنة لابنها وسنها أقل من سن التمييز، على اعتبار أن قانون الأسرة الجزائري لم يضع حدا أدنى للرخصة -كما سبق وبينت في هذا البحث- فقد تزوج القاصر وتنجب وهي في سن الرابعة عشر، فكيف لها أن تحضن ولدها وهي أصلا في حاجة لمن يحضنها، فتُحضن حينئذ الحاضنة الصغيرة القاصر مع ولدها المحضون عند والدتها، أو من تتوفر فيه الشروط لرعايتها هي وابنها، مع اعتبار مصلحة الحاضنة والمحضون في نفس الوقت حتى لو جزمنا أن قانون الأسرة قد رشد القاصر وأصبحت أهلا للتقاضي فيما يتعلق بآثار الزواج (المادة 07 والحضانة جزء لا يتجزأ منها)، على أساس أنها أصبحت مؤهلة للقيام بمسؤولياتها تجاه الزواج وآثاره، إلا أن هذا التأهيل غير كاف لكون المسألة حساسة وتحتاج إلى ضبط قانوني. على قانون الأسرة الجزائري مستقبلا النص على الأهلية القانونية ببلوغ سن الرشد القانوني، للحاضن من الأبوين، وكذلك للحاضن من غير الأبوين كالخالة، والعممة، وبنات الأخ والأخت، وهي مسألة مسكوت عنها.

في القانون المقارن نجد مدونة الأسرة المغربية قد نصت على الشروط الواجبة في الحاضن، منها شرط البلوغ فاشتراطت سن الرشد القانوني للحاضن من غير الأبوين، وذلك مراعاة للمادة 22، والتي تكسب الأزواج القصر الأهلية المدنية لممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج⁽¹⁾، (ويبقى نفس الإشكال المطروح في المدونة المغربية على غرار قانون الأسرة الجزائري في ترشيد القاصر لممارسة الحضانة)، وقد نصت المادة 173 من مدونة الأسرة المغربية على: "شروط الحاضن: 1- الرشد القانوني لغير الأبوين"⁽²⁾.

يرتبط سن الرشد القانوني للحاضن بمدى اتزان عقله وسلامته، ومعنى ذلك ألا يكون مجنونا أو معتوها أو به عاهة عقلية تنقص من إدراكه، وقد فصل الفقهاء في ذلك، وبالنظر لقانون الأسرة يمكن استنتاج بعض الأحكام من خلال المادة 81 منه، والتي تنص على: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم، طبقا

(1) عبد الرحمان حموش، "شروط استحقاق الحضانة وأسباب سقوطها: دراسة في ضوء مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي"، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، رقم 32، منشورات مجلة الحقوق، دار نشر المعرفة، المغرب، (د.ط)، 2016، ص 89-90.
(2) مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

لأحكام هذا القانون"، وبالتالي قانونا فكل من كان فاقدا للأهلية لا يصلح للحضانة، بل بالعكس هو من يحتاج إلى من يراعه ويقوم بشؤونه⁽¹⁾.

2- الأمانة والأخلاق: الأمانة وحسن الخلق من الشروط المهمة لاستحقاق الحضانة، فالحاضن يجب أن يكون أمينا على المحضون في نفسه وخلق وصحته، لأن المحضون يتأثر بالحاضن وخلق، فقد ثبت في الأم الحاضنة ما يطعن في أخلاقها، كأن تُتهم بجرائم مشينة كالزنا وغيره، فالأمر جليل إن كان من الأم الحاضنة فهي قدوة لأبنائها، والاستهانة في هذا الأمر يجعلهم يتبعون سلوكها لا محالة، وبالتالي كان على قانون الأسرة ذكر هذا الشرط لأهميته وخطره على تربية المحضون، وخلق، مخافة اتباع سلوك الحاضن المشين، بالمقابل يبقى ثبوت الجريمة على الحاضن تحكمه أدلة الإثبات، والتي منها: الإقرار والاعتراف، أو صدور أحكام قضائية نهائية تثبت أن الحاضن ارتكب جريمة من الجرائم كالزنا مثلا.

سكوت قانون الأسرة الجزائري عن هذا الشرط، لم يمنع الاجتهاد القضائي من الخوض في مسألة الطعن في سلوك وخلق الحاضن والحاضنة، بل وتشدّد فيه مما جعله يحكم بسقوط الحضانة، وهذا كله من باب الحرص على تربية المحضون وحفظ خلقه وشرفه⁽²⁾، ففي أحد قرارات المحكمة العليا أسقطت الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها، وكذلك عن أمها بعدها في المرتبة (قبل التعديل) لعدم قدرتها على كبح جماح فساد ابنتها، فلا تصلح هي كذلك (أي الجدة) بأن تكون أمينة على الصبي المحضون، حيث جاء في القرار: "كما أن إسقاط حضانة الحاضنة لفساد أخلاقها وسوء تصرفها لهما يسقط حق أمها في الحضانة، كذلك لأن الأم التي لا تقدر على كبح جماح ابنتها فلا تقدر أيضا على كبح جماح المحضون ومراقبته وتربيته النظيفة، وعليه فلا الأم تستحق الحضانة ولا أمها كذلك من ناحية الشرع لفقدان الثقة والأمانة فيهما معا"⁽³⁾.

أجاز القضاء المغربي الحكم بإسقاط الحضانة عن الأم بمجرد الشبهة، دون الحاجة إلى ثبوت ذلك بمقتضى حكم قضائي حيث جاء في قرار قضائي مغربي: "يسقط الحق في الحضانة ولو لم تقتنع المحكمة بثبوت جنحة الفساد قانونا في حق الحاضنة لثبوت الشبهة، مما يعد بمثابة انعدام توفر شرطي الاستقامة والأمانة المشترطة لرعاية المحضون"⁽⁴⁾.

3- القدرة على القيام بشئون المحضون: سكت قانون الأسرة الجزائري عن مدى توافر القدرة لدى الحاضن للقيام بشئون المحضون ورعايته، وحمائته وهي من الشروط المهمة حيث يجب أن يكون

(1) سليمان ولد خصال، المرجع السابق، ص 184.

(2) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 53578، 1989/05/22، م ق، 1991، ع 04، ص 99.

(3) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 31997، 1984/01/09، م ق، 1989، ع 01، ص 73.

(4) قرار عدد 124، بتاريخ 2007/02/21 ملف شرعي عدد: 482/2/1/2006 غير منشور. نقلا عن عادل حاميدي، المرجع السابق، ص 478.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

الحاضن قادر على رعاية المحضون، وخدمة مصالحه، والسهرة على حفظ صحته، وخلقته، وبالتالي لا يمكن لمن كان عاجزاً القيام بذلك، كأن تُسند الحضانة لجدة المحضون الطاعنة في السن العاجزة، فهي في الأصل من يحتاج للخدمة والرعاية، أو تُسند الحضانة لأم مريضة مرضاً عضالاً يجعلها طريحة الفراش أو مرضاً معدياً يُخشى على المحضون منه ما لم يكن مؤقتاً، أو كونها عمياء، أو أن تفقد الأم الحاضنة أهليتها بعلة طارئة، كإصابتها بالجنون مثلاً⁽¹⁾، أو إهمال المحضون في صحته، وحماية جسده مما يؤدي به إلى تدهور حالته الصحية (إن كان مصاباً بمرض مزمن)، وكل تلك الأسباب نتيجة رعونة وعدم حرص الحاضن، فتشكّل خطراً على المحضون وسلامته، مما قد يعرضه لحوادث مميتة تهدد حياته.

عاجت إحدى قرارات المحكمة العليا مسألة تخلف شرط القدرة على ممارسة الحضانة، حيث أسقطت الحضانة عن الأم فاقدة البصر، ومما جاء في القرار: "من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقاً لقواعد الفقه الإسلامي، ولما كان الثابت في قضية الحال - أن الحاضنة فاقدة للبصر، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال، حادوا عن الصواب، وخالفوا القواعد الفقهية. ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيساً على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ"⁽²⁾، وبالرغم من كون هذا القرار قد صدر قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005، إلا أننا لم نجد أثراً لهذا الشرط في القانون بعد تعديله.

في قرار آخر اعتمدت المحكمة العليا على الفقرة الثانية من المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، والقاضي بإسناد الحضانة للأب وليس للخالة بحجة أنها طاعنة في السن، وتسكن رفقة أولادها وغير مؤهلة للقيام بالحضانة، ومن مصلحة المحضونة البنت البقاء ببيت والدها إثر وفاة أمها⁽³⁾.

نقضت المحكمة العليا قراراً أسند الحضانة للأم، لكونها صاحبة الحق فيها (الأولوية)، في حين لم تكلف نفسها عناية حماية الولد، وحفظ صحته ومما جاء فيه: "حيث إن من المقرر قانوناً أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهرة على حمايته وحفظه صحة وخلقاً، وعليه فإن قضاة المجلس الذين أسسوا قرارهم في رفض دعوى إسقاط الحضانة عن الأم

(1) يجب في هذه الحالة تقديم دليل إثبات على فقدان الأم الحاضنة أهليتها، وفي هذا المقام طعنن المحكمة العليا بالنقض في قرار، أسقط حضانة الأم بحجة مرضها عقلياً دون تقديم دليل إثبات. انظر المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 31997، 2002/02/13، م ق، 2002، ع 02، ص 432.

(2) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 33921، 1984/07/09، م ق، 1989، ع 04، ص 76.

(3) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 256629، 2001/02/12، م ق، 2002، ع 02، ص 421.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

استنادا إلى أن هذه الأخيرة أولى بحضانة ولدها، في حين أن النزاع كان قائم على أساس وأن المطعون ضدها لم تسهر على حماية المحضون ولم تحفظ صحته بعد أن تركت في متناوله قارورة النظاف ومكث بسببها بالمستشفى كما أنها لم تلتزم بالإرشادات الطبية وإخضاعه لحماية غذائية تركته يتناول مواد غذائية خطيرة لتتفاقم حالته ويمكن مرة أخرى في المستشفى فإن قضاة المجلس الذين لم يبحثوا ولم يحققوا في موضوع النزاع المطروح عليهم يكونوا فعلوا [فعلا] قد خالفوا القانون ولم يسببوا قرارهم تسببا كافيا وعرضوه للنقض والإبطال⁽¹⁾.

في القانون المقارن نجد قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، قد تطرق لمسألة القدرة على الحضانة، من خلال الفقرتين الرابعة والخامسة من المادة 143 حيث نصتا: "يشترط في الحاضن:.....4- القدرة على تربية المحضون وصيانته ورعايته. 5- السلامة من الأمراض المعدية والخطيرة"⁽²⁾.

4- الإسلام: ملخص هذا الشرط، أن يكون الحاضن على دين المحضون مالم يمس بمصلحته، وقانون الأسرة الجزائري سكت ولم يتطرق لمسألة دين الحاضن، وما ذكر في تعريف الحضانة بنص المادة 62 حيث جاء فيها: "...وتربيته على دين أبيه"، يفهم من سياقه أن القانون لم يشترط أن يكون الحاضن مسلما⁽³⁾، واكتفى فقط بأن يكون على قدر من الكفاءة للقيام بشؤون المحضون، ورعايته، وحفظ صحته، وخلقها، وهو توجه المشهور من مذهب الإمام مالك، الذي لا يشترط أن تكون الأم الحاضنة مسلمة، خاصة حين يكون المحضون صغيرا، ولا يستطيع الاستغناء عنها، إلا إذا بلغ سن التمييز وخيف عليه من أن تعلّمه دينها، في هذه الحالة يمكن إسقاط الحضانة عنها.

أما قضاة المحكمة العليا، فيظهر من خلال قراراتهم أنهم حاولوا تتبع ما نصت عليه المادة 62 من قانون الأسرة، من قيام هدف "التربية على دين أبيه" دون اشتراط تديّن الحاضنة بالإسلام، فأسقط الحضانة عن زوجة مسلمة تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن أبيهم الذي له حق الرقابة، والزيارة، والتربية على دينه⁽⁴⁾، وفي قرار آخر يفهم منه اشتراط تديّن الحاضنة، حيث جاء فيه: "لا يُسقط اكتساب الحاضنة جنسية أجنبية، حقها في الحضانة، طالما لم تثبت ردتها عن الدين الإسلامي"، وحيث جاء في حيثياته كذلك: "حيث ما اكتسبت المطعون ضدها الجنسية الفرنسية دون أن ترتد عن الديانة الإسلامية ولا يوجد أمام الجهة القضائية ما يفيد تخليها عن الدين الإسلامي فإن

(1) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 1016157، 10/05/2016، م م ع، 2016، ع 02، ص 203.

(2) قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المرجع السابق.

(3) وهو اشتراط صريح لقانون الأسرة يسمح بإسناد حضانة الطفل المسلم إلى أمه غير المسلمة. انظر عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 144.

(4) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 334543، 10/15/2005، ن ق، 2008، ع 62، ص 381.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

ذلك لا يُسقط حقها في الحضانة لكونها أولى بحضانة أطفالها وفق المادة 64 من ق.أ.⁽¹⁾، وبمفهوم المخالفة يفهم من القرار أن إسلام الحاضن شرط من شروط الحضانة، وبالتالي تسقط عن من ارتدّ عن دين الإسلام.

على ما يبدو فسكوت قانون الأسرة الجزائري عن مسألة دين الحاضن ليس مُبرراً، وعليه النص على المسألة مستقبلاً، فيُسقط الحضانة على الأم غير المسلمة، التي يُخاف منها تغيير دين الطفل وردّه عن دين الإسلام دين أبيه، وتلقيه تعاليم دينها، فهذه المسائل منصوص عنها فقهيًا، وتطبيقها واجب بنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

في القانون المقارن نجد قانون الأسرة القطري أجاز استحقاق الأم غير المسلمة الحضانة، بشروط وهي ألا تكون مرتدّة عن دين الإسلام، أو أن يُخاف عليه ألا يألف دين الإسلام، وألا يجوز إبقائه معها بعد تجاوزه سن السابعة من العمر⁽²⁾، وقد حسم قانون الأحوال الشخصية الإماراتي في مسألة دين الحاضن، واعتبرها من مسقطات الحضانة، باستثناء إذا كانت مصلحة المحضون تستوجب بقاءه مع أمه غير المسلمة بشرط ألا تتجاوز مدة حضانته له خمس سنوات، سواء كان ذكراً أو أنثى⁽³⁾.

فرّق الفصل 59 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بين حضانة غير الأم على غير ديانة الأب فأسقطها، وحضانة الأم على غير ديانة الأب فثبتهما، فورد في الفصل أن اختلاف الدين بين الحاضنة إن كانت أمّاً وأب المحضون لا يعتبر مانعاً من موانع الحضانة⁽⁴⁾، حيث تقول الأستاذتين فاطمة الزهراء بن محمود وسامية ذولة: "اعتباراً لأهمية وقوة الأمومة كرابطة إنسانية مقدسة تجمعها مع أبنائها ولا تتأثر باختلاف الدين ولأن الأم أمينة أكثر من غيرها على أبنائها (...). إذا كانت الحاضنة غير الأم، فلا تصح حضانتهما إلا بالشروط الآتية: - أن يكون سن المحضون أقل من خمسة أعوام - أن لا يخشى على المحضون أن يألف غير دين أبيه"⁽⁵⁾.

ب- الشروط الخاصة بالنساء كمسكوت عنها: أما الشروط الخاصة بالنساء يمكن تلخيصها كلها في المحرمية، حيث ذكر قانون الأسرة الجزائري اثنين منها، وأدرجها ضمن مسقطات الحضانة هما:

(1) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 457038، 2008/09/10، م م ع، 2008، ع 02، ص 313.

(2) قانون الأسرة القطري، المرجع السابق.

(3) المادة 145 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المرجع السابق.

(4) لكن الاشكال يطرح عند إسناد الحضانة للأم غير المسلمة، ثم ثبت أنها تنشئ المحضون على غير دينه أبيه، يرى الأستاذ بن حليلة أن الحل يكمن في المبدأ العام في الحضانة، والقائم على مصلحة المحضون، ومتى أكد أنها غير متحققة أسقطت الحضانة عن أمه. انظر ساسي بن حليلة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 140.

(5) فاطمة الزهراء بن محمود، سامية ذولة، المرجع السابق، ص 272.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

1- ألا تسكن الحاضنة من غير أمه مع من يكره المحضون، كأن تسكن الجدة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، وقد نص عنها قانون الأسرة الجزائري في المادة 70 حيث نصت: "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم"، وهو شرط فقهي بحث.

2- سقوط حق حضانة الأم لولدها بمجرد زواجها من غير قريب محرم، وهو المنصوص عليه في المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري، وهو شرط فقهي كذلك، والأصل فيه أن زوج الأم ليس محرماً له، والخوف عليه من سوء معاملته كونه أجنبياً عنه.

من خلال الشرطين السابقين والمذكورين في مسقطات الحضانة في المادتين 66 و70 سالفتي الذكر، فإن قانون الأسرة الجزائري ركّز على مسألة كون زوج الحاضنة محرماً للمحضون، أي أن أيّ حضانة كانت تحت زوج أجنبي تسقط مباشرة، دون النظر إلى مصلحة المحضون، أخذاً من المشرع بمبدأ المحرمية اجتهادا من الفقه الإسلامي، رغم أنه لم ينص عليه في نصوص قانونية، وكان من المفروض قياس هذا المبدأ بمبدأ "مصلحة المحضون" المنصوص عليه صراحة في القانون، حتى يتساوى هذين المبدأين في التأثير على أحكام الحضانة⁽¹⁾.

لأن قانون الأسرة الجزائري استبعد عبارة "مصلحة المحضون" من المادتين 66 و70، مما سيكون فيه حتماً ضرر على المحضون، خاصة حين انعدام حاضن يحضنه من غير أمه، فهل تتحقق مصلحة المحضون حين إهماله وابقائه دون حاضن بسبب زوج حاضنته الأجنبي؟ والجواب هو أنه على القاضي استجلاب كافة المعطيات المتوفرة في القضية، من بينها مصلحة المحضون حين بقاءه مع أمه المتزوجة، مع التأكد من موافقة زوج أمه وتحقق شروط الحضانة فيه⁽²⁾، وتعمّده أمام القضاء بعدم أذية المحضون مادياً ومعنوياً.

على اعتبار أن زوج الأم الحاضنة ليس محرماً، وعلى إثره تسقط الحضانة، فهل المشرع الجزائري حين وضعه للقواعد المنظمة للحضانة، أغفل مسألة شرعية مقننة، وهي أن زوج الأم يعتبر محرماً لولدها حرمة مؤبدة والمذكورة في الفقرة 02 من المادة 24 والمادة 26 من قانون الأسرة؟⁽³⁾ وقد عالج القرآن الكريم مسألة زوج الحاضنة في قوله تعالى: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمْ اللَّائِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾⁽⁴⁾، فوضع القرآن إجراءات وقائية تخص مسألة زواج الأم الحاضنة، جاعلاً من زوجها محرماً على أولادها، وهو مؤشّر مهم للاستقرار النفسي والعاطفي للأولاد، وسبيل حماية لهم

(1) زكية تشوار، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2008، ص ص 365-366.

(2) زكية تشوار، نفس المرجع والصفحة.

(3) زكية تشوار، نفس المرجع والصفحة.

(4) سورة النساء، الآية 23.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

من التحرّش الجنسي والنفسي من زوج أمهم، وهو إشارة كذلك للأولاد بأهمية مسؤولية زوج الأم ومكانته ومقامه مقام الأب بائتمانهم عليهم⁽¹⁾.

خلاصة ما سبق فقانون الأسرة سكت عن ذكر عبارة "مصلحة المحضون" في المادتين 66 و70 من قانون الأسرة، وهي ذات أهمية تحل العديد من الإشكالات المتعلقة بالمحضون وزواج أمه بغير قريب محرم، وبالتالي على المشرّع أخذ الأمر بعين الاعتبار في التعديلات القادمة، فهو مشكل عملي يُطرح دائما على مستوى القضاء، وذلك بإضافة: "مصلحة المحضون" في المواد المتعلقة بزواج أمه الحاضنة بغير قريب محرم⁽²⁾، والاستثناءات الواردة عليها، خصوصا إن كان المحضون ولدا صغيرا رضيعا لا يستطيع الاستغناء عن أمه.

الغريب أن كثير من قرارات المحكمة العليا⁽³⁾ تشدّدت في مسألة إسقاط الحضانة عن الأم الحاضنة بمجرد زواجها بغير قريب محرم، دون مراعاة أن يكون المحضون صغيرا لا يستطيع الاستغناء عن أمه، واستثنى في قرار آخر سقوط الحضانة عن المرأة الثابت عنها جرم الزنا، بحجّة أن لها ولدا صغيرا لا يستطيع الاستغناء عنها⁽⁴⁾.

الأغرب من ذلك أنه لم يُنقض أحد قرارات المحكمة العليا بسبب أن الزوجة المطلقة الحاضنة كونها متزوجة بغير قريب محرم (أجنبي)، حيث تم إسناد الحضانة للزوجة بسبب تنازل الزوج عن المحضونة، وإنما نُقض القرار بسبب أن الحكم يُلزم الطاعن بدفع بدل ايجار للحاضنة وهي ساكنة بالبنات المحضونة في بيت زوجها غير القريب المحرم، كونه بمثابة دفع ايجار للمطلقة للعيش فيه مع زوجها⁽⁵⁾، ويظهر من خلال حيثيات القرار أن المحضونة طفلة تجاوزت سبع سنوات وليست رضيعا، والأولى أنه كان على قضاة المحكمة العليا الحكم بنقض القرار، وذلك بإسقاط الحضانة عن الأم المتزوجة بغير قريب محرم، وإسنادها لمن هم أدنى درجة من الأب لتنازله عن الحضانة (جدتها لأمها مثلا)، حسب مقتضيات المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري.

(1) زينب العلواني، الأسرة في مقاصد الشريعة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، هرنندن، فرجينيا، الولايات المتحدة الأمريكية، ط1، 2013، ص268.

(2) لأن عبارة "مصلحة المحضون" المذكورة في المادة 66 من قانون الأسرة تخص التنازل عن الحضانة، ولا علاقة لها بالفقرة الأولى والتي تعالج سقوط الحضانة بالزواج بغير قريب محرم، وهو ما نصت عليه أحد قرارات المحكمة العليا: "تسقط الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون. مصلحة المحضون الواجب على القاضي مراعاتها، تُنصّب على التنازل عن الحضانة فقط". انظر المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 693936. 2012/09/13، م م ع، 2013، ع 01، ص 253.

(3) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 341320. 2005/07/13، ن ق، 2008، ع 62، ص 385.

(4) حيث جاء في حيثيات القرار "حيث أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة شرعا وقانونا إلا بالنسبة للولد الصغير الذي لا يستطيع الاستغناء عن أمه...". انظر المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 341320. 2005/07/13، ن ق، 2008، ع 62، ص 385.

(5) المحكمة العليا، غ ش أم، ملف رقم 0931488. 2016/01/06، م م ع، 2016، ع 01، ص 151.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

القانون المقارن عالج مسألة مصلحة المحضون حال زواج الأم بغير قريب محرم، وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 168 من قانون الأسرة القطري حيث جاء فيها: "...ألا تكون متزوجة من زوج أجنبي عن المحضون دخل بها، إلا إذا قدّرت المحكمة خلاف ذلك لمصلحة المحضون"⁽¹⁾، فالمادة جعلت من مصلحة المحضون هي الأولى حين تَعَدُّرُ حضانتها عند غير أمه لسبب من الأسباب. لتلافي إشكالية زواج الأم الحاضنة بغير محرم، والذي قد يتضرر بعده المحضون نتيجة فراقه لأمه، وضعت المدونة المغربية شروطا، من خلالها يمكن جواز زواج الأم بأجنبي، دون أن يحرمها ذلك من حضانة ولدها المحتاج لرعايتها خاصة دون غيرها، حيث نصت المادة 175 من مدونة الأسرة المغربية: "زواج الأم لا يسقط حضانتها في الأحوال التالية: 1- إذا كان المحضون صغيرا لم يتجاوز سبع سنوات، أو يلحقه ضرر من فراقها.

2- إذا كانت بالمحضون علة أو عاهة تجعل حضانتها مستعصية على غير الأم.

3- إذا كان زوجها قريبا محرما أو نائبا شرعيا للمحضون.

4- إذا كانت نائبا شرعيا للمحضون..."⁽²⁾، وبالتالي فمدونة الأسرة المغربية جعلت من عدم سقوط الحضانة بشكل مطلق عن الأم، متى تزوجت بغير قريب محرم وكان عمر المحضون أقل من سبع سنوات، أو تجاوزها وتحقق من أن الطفل يلحقه ضرر من فراق أمه، ومتى كان الولد المحضون مصاب بمرض أو عاهة تجعل من غير أمه لا تستطيع حضانتها والعناية به، ولا يثبت ذلك إلا بخبرة طبية، وتبقى مصلحة المحضون مقدمة على هذه الشروط متى ثبت أن المحضون متضرر من زواج أمه بغير قريب محرم⁽³⁾، وهذه الشروط تثبت للأم فقط، أما بشأن المرأة الحاضنة غير أم المحضون، فلا تسقط كذلك حضانتها عند زواجها من غير قريب محرم إن تحقق شرطان وهما: الأول إن كان زوجها قريبا محرما للمحضون أو نائبا شرعيا له، والثاني أن تكون الحاضنة هي في حد ذاتها نائبا شرعيا للمحضون⁽⁴⁾، والمستنتج من المادة أن الحاضنة غير الأم لا تسقط حضانتها إن كان زوجها قريب محرما للمحضون كعمه أو خاله، أو أنه نائبا شرعيا له، وكذلك إن كانت الحاضنة نائبا شرعيا للمحضون، لكن السؤال المطروح هل كون الحاضنة غير الأم نائبا شرعيا للمحضون يمنع تضرره من زوج حاضنته؟

وافقت محكمة النقض المغربية ما جاء في المدونة، حيث نقضت قرارا يلتمس صاحبه إسقاط الحضانة عن الأم، بحجة أنها متزوجة بغير قريب محرم، وأن ابنه تجاوز سبع سنوات، وعللت محكمة

(1) قانون الأسرة القطري، المرجع السابق.

(2) مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

(3) محمد الكشور، المرجع السابق، ج 2، ص 517.

(4) المادة 174 من مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

النقض قرارها أن مصلحة المحضون فوق كل اعتبار، ومما جاء في القرار: "لكن حيث أن المحكمة مصدره القرار المطعون فيه ثبت لها بواسطة البحث الذي قامت به بحضور الطاعن والحاضنة والولد أن من مصلحته بقاءه عند والدته رغم زواجها بأجنبي للارتباط المتين الموجود بينهما والاعتناء به في جميع مناحي حياته الصحية والتربوية والتعليمية والنفسية لاسيما أن المطلوبة في النقض استدلت بشهادة طبية صادرة عن طبيب مختص في الأمراض النفسية تؤكد أن فراق الابن عن أمه سوف يؤدي به إلى أعراض نفسية تؤثر على حياته مستقبلا، ومن ثم لما اعتمدت المحكمة كل ذلك وصرحت في تعليل قرارها بأن مصلحة المحضون فوق كل اعتبار استنادا إلى المادة 186 من مدونة الأسرة التي تنص على أن المحكمة تراعي مصلحة المحضون في تطبيق مواد هذه المدونة الخاصة بهذا الباب تكون قد ردت على دفع الطاعن وعللت قرارها بما فيه الكفاية وما بالنعي غير قائم على أساس"⁽¹⁾.

ج- الشروط الخاصة بالرجال كمسكوت عنها: أما الشروط الخاصة بالرجال، وألاهما أن يكون الحاضن محرما للمحضونة الانثى، وثانيتها أن تكون امرأة (زوجة أو بنت أو أخت) مع الحاضن الرجل تعيينه على خدمة المحضون سواء كان أبا أو غيره، فهذين الشرطين سكت عنهما قانون الأسرة، وإن نجده قد نص على الشرط الأول ضمنا، ولنلمس ذلك من خلال المواد 66 و70 من قانون الأسرة الجزائري والتي تسقط حضانة من تزوجت بغير قريب محرم للمحضون، أما الشرط الثاني والمذكور عند فقهاء المالكية، ولم يتطرق له قانون الأسرة الجزائري، المتعلق بالحاضن الرجل من وجوب كونه متزوجا سواء كان الحاضن أبا أو غيره، أو معه من يحضن من النساء، لأن الحضانة عمل شاق والمتعلق أساسا بالعناية بالمحضون، والأنثى أقدر على خدمة المحضون والقيام بشؤونه والتفرغ له، فالرجل وأمام مشاغل الحياة والمهام المكلف بها خارج البيت، لا يكفيه الوقت لخدمة المحضون والقيام بمصالحه، ولتحقيق أهداف الحضانة كلها من تربية وعناية وحفظ للصحة والخلق يستوجب أنثى ثقة، وبالتالي على قانون الأسرة أن يشترط على الأب الذي آلت له الحضانة، أن يُثبِت أن معه من يساعده في الحضانة من النساء، في حال النزاع على الحضانة مع جدة المحضون من أمه مثلا⁽²⁾.

تطرقت قرارات المحكمة العليا لمسألة الحاضن بالغير، حيث نقضت قرارا أسندت فيه الحضانة للأب، ولم يكن تتوفر فيه صفة الحاضن بالغير حيث جاء فيه: "والمجلس بقبوله تنازل المطعون ضدها دون وجود من يقبل الأولاد عنده وإلزام الأب بأخذهم هو ليس حاضنا مباشرا بل

(1) قرار محكمة النقض عدد: 598، المؤرخ في: 2008/12/31، ملف شرعي عدد: 2008/1/2/371، انظر عمر أزوكار، قضاء محكمة النقض في مدونة الأسرة، منشورات دار القضاء، المغرب، ط1، 2014، ص ص 396-398.

(2) محمد الكشور، المرجع السابق، ج2، ص517.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

يحضن بغيره، وأن يكون هذا الغير من النساء راغبا ورحيما بالأولاد، الأمر الذي لا يتوفر فيه فزوجته الثانية لم تكن أكثر حنانا من أمهم التي رفضت وجودهم عندها، الأمر الذي جعل قراره منعدم الأساس القانوني ومخالفا لأحكام الحضانة، وجعل النعي عليه بما في ذلك الأسباب الأربعة المذكورة في محله مما يترتب عنه نقضه...⁽¹⁾.

في قرار آخر رفضت المحكمة العليا، طعنا أُلتمس فيه نقض القرار الذي أُسندت فيه الحضانة للأب، لأن مصلحة البنت المحضونة تستوجب بقاءها في بيت أبيها، الذي تزوج بامرأة ثانية قبلت رعايتها وتربيتها⁽²⁾.

في قرار آخر حديث وافقت المحكمة العليا منح الأب المحكوم له بالحضانة على إثر وفاة الأم، كفالة بنتين لعمتهما لتربيتهما، لأنه هو الولي الشرعي، وهو الأجدر بمصلحة أبنائه⁽³⁾.

في القانون المقارن نجد قانون الأسرة القطري قد تطرّق لهذه المسألة في نص المادة 168 فقرة 2: "...إذا كان رجلا: ...، وأن تكون معه امرأة من أهله تصلح للقيام بواجب الحضانة"⁽⁴⁾.

مسألة أخرى قد تثار وهي أن يكون الحاضن قريبا غير محرم للمحضونة الأنثى كابن عمها، أو يكون وصيا عليها، فالأصل أنه يحضنها دون السابعة، أما بعد هذا السن فلا يمكنه حضانتها حتى لو كان متزوجا، لأن الفقهاء اشترطوا لتكون محرّمة عليه بعد كبرها يجب أن يكون متزوجا من أمها أو جدتها⁽⁵⁾.

- سكت قانون الأسرة الجزائري عن مسألة مهمة أخرى، وهي في حالة عدم توفر الشروط في كل المذكورين في المادة 64 وغيرهم، ما هو الاجراء الذي يقوم به القاضي لتحقيق مصلحة المحضون من خلال حاضن تتوفر فيه الشروط؟ للإجابة على هذا السؤال يجب على القاضي رفع الأمر للنيابة العامة، والتي جعلها قانون الأسرة طرفا أصليا في النزاع بنص المادة 03 مكرر، على غرار عدة تشريعات أسرية أخرى⁽⁶⁾، وذلك باختيار الأكفأ من أقاربه وذوي رحمه أو غيرهم، وللقاضي التحقيق في الظروف المحيطة بالمحضون، عن طريق انتداب مساعدة اجتماعية⁽⁷⁾ للتحقق من ذلك⁽⁸⁾، وإلا فللقاضي

(1) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 51894، 1988/12/19، م ق، 1990، ع 04، ص 72.

(2) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 256629، 2001/02/12، م ق، 2002، ع 02، ص 421.

(3) المحكمة العليا، غ ش أم، ملف رقم 1329085، 2019/12/04، مذكور سابقا.

(4) قانون الأسرة القطري، المرجع السابق.

(5) محمد بن معجوز، المرجع السابق، ج 2، ص 76.

(6) انظر المادة 165 من مدونة الأسرة المغربية.

(7) جاء في قرار للمحكمة العليا: "يستعين القاضي، في الحكم بعدم تحقق مصلحة المحضون، بتقرير مساعدة اجتماعية". المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 330566، 2005/05/18، م م ع، 2005، ع 01، ص 301.

(8) تنص المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، ويجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة، ينتهي التحقيق بتحرير تقرير يتضمن المعاينات التي قام بها المحقق والحلول المقترحة".

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

السلطة التقديرية الكاملة، في تحويل المحضون إلى المراكز المتخصصة للرعاية كمراكز الوسط المفتوح.

وفي القانون المقارن نجد قانون الأحوال الشخصية السوري المعدل بالقانون 20 لسنة 2019 المؤرخ في 2019/06/26⁽¹⁾، تطرّق لمجمل الشروط الواجب توفرها في الحاضن، سواء كانت عامة أو خاصة بالنساء أو الرجال، حيث جاء في المادة 137 : "1- يشترط في الحاضن : أ- العقل. ب- البلوغ. ج- السلامة من الأمراض المعدية الخطيرة . د- القدرة على تربية المحضون ورعايته وحفظه صحة وخُلُقاً . هـ- ألا يسبق الحكم عليه بجريمة من الجرائم الواقعة على الشرف . 2- يشترط في المرأة الحاضن زيادةً على الشروط الواردة في الفقرة 1/ من هذه المادة أن تكون خاليةً من زوج أجنبي عن المحضون إلا إذا قدرت المحكمة خلاف ذلك لمصلحة المحضون. 3- يشترط في الرجل الحاضن ، زيادةً على الشروط الواردة في الفقرة 1/ من هذه المادة : أ- أن يكون عنده من يصلح للحضانة من النساء . ب- أن يكون ذا رحم محرم للمحضون الأنثى. 4- تستمر حضانة الأم ولو كانت على غير دين أب المحضون ، ما لم يثبت استغلالها للحضانة لتنشئته على غير دين أبيه ، وتسقط حضانة غير الأم إن كانت على غير دين أب المحضون بإتمامه الخامسة من العمر."

د- أهم النقاط التي سكت عنها القانون في شروط الحاضن:

بعد استعراض ما سكت عنه قانون الأسرة الجزائري في مسائل شروط الحاضن أو الحاضنة، وجب على المشرّع تدارك النقص الذي يشوب النصوص القانونية المنظمة للحضانة، والنص عليها في التعديلات القادمة، لأن الكثير منها يثير إشكالات عملية، تُهيماً ظروفها تضرُّ بمصلحة المحضون، وبالتالي أقترح إضافة المواد التالية:

1- شروط الحاضن:

- شروط عامة في الحاضن: "يشترط في الحاضن ما يلي:

- أن يكون الحاضن بالغاً راشداً، وللقاضي السلطة التقديرية في منح الحضانة لأحد الأبوين القاصرين.

- أن يتصف بالأمانة والأخلاق.

- أن يكون الحاضن قادراً على تربية المحضون ورعايته.

- أن يكون سليماً من الأمراض المعدية والخطيرة."

- شروط خاصة بالحاضنة الأنثى وهي:

"- أن تكون من محارم المحضون الذكر.

- ألا تكون متزوجة من غير قريب محرم، واستثناء لا يسقط حق الحاضنة المتزوجة بغير

(1) قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

- قريب محرم في الحالات التالية:- أن يكون عمر المحضون أقل أو يساوي ثمان سنوات ذكرا كان أو أنثى، ولا ضرر عليه بفراقها بعد هذا السن.
- أن يكون المحضون مريضا مرضا مزمنا أو من ذوي الاحتياجات الخاصة ولا يقدر على رعايته إلا أمه، لا تثبت الأمراض والعلل إلا بالخبرة من ذوي الاختصاص في الجانب الطبي.
- يسقط حق الزوجة الحاضنة في السكن وأجرته، وتبقى نفقة المحضون سارية والمنصوص عليها في المادة 75 من هذا القانون.
- تسقط الحضانة عن الأم بتضرر الصغير مع مراعاة مصلحة المحضون في جميع الحالات".
- شروط خاصة بالحاضن الذكر وهي:
- " - أن يكون محرما للمحضون الأنثى.
- أن يكون عنده من يصلح للحضانة من النساء، وعلى من آلت له الحضانة أن يُثبت تحقق هذا الشرط، وإن استلزم الأمر اجراء بحث اجتماعي للتثبت من أن هذه المرأة تبدي استعدادا لقبول المحضون مع الالتزام برعايته، ولها القدرة على رعاية المحضون مع تحقق جميع الشروط الأخرى التي تخولها القيام بواجبات الحضانة".
- 2- أما بالنسبة لوحدة الدين بين الحاضن والمحضون فأقترح المادة التالية: "يجوز أن تسند الحضانة للكتابية غير المرتدة، أمّا كانت أو غيرها، شريطة أن لا تلقنه دينها وتربيته على دين أبيه، ومراعاة لمصلحة المحضون تسقط الحضانة عن الحاضنة أمّا كانت أو غيرها إن خيف على دين المحضون، وفي جميع الأحوال تسقط الحضانة ببلوغ المحضون سن السابعة".
- 3- أما في حال انعدام الحاضنين أو عدم كفاءتهم، أقترح النص القانوني التالي: "في حال انعدام الحاضنين وعدم كفاءتهم، مع مراعاة نص المادة 64، يجوز للقاضي وبعد اجراء تحقيق إسناد الحضانة لغير المحكوم لهم قانونا، وفي حال عدم كفاءة غير الحاضنين المقرر لهم حضانة الولد قانونا، فللقاضي السلطة التقديرية في تحويل المحضون إلى أحد المراكز المتخصصة لرعايته".
- أخيرا فالمشرّع الجزائري مطالب في التعديلات القادمة، بذكر شروط الحاضن بتفاصيلها صراحة لأهميتها خاصة أنها تمس جانب خطير من الأسرة ألا وهو حضانة الأولاد وتربيتهم تربية سوية.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

الفرع الثاني: مسائل متفرقة في الحضانة مسكوت عنها

بالنظر إلى المسائل المسكوت عنها في الحضانة ولكثرتها، ارتأيت اختيار مسألتين سكت عنهما قانون الأسرة الجزائري وهما: مسألة تخيير المحضون، ومسألة أحكام حق زيارة المحضون.

أولاً- تخيير⁽¹⁾ المحضون بعد انتهاء الحضانة كمسكوت عنه

ويُقصد بتخيير المحضون هو أنه بعد انتهاء حضانته، أو وصوله لسن معينة، يخير فيها بين البقاء مع حاضنته إن كانت أما أو الذهاب مع أبيه أو العكس، ولمعالجة مسألة تخيير الولد المحضون وجب التعرض لها في الفقه الإسلامي، ثم في قانون الأسرة الجزائري والقوانين المقارنة.

أ- تخيير المحضون في الفقه الاسلامي:

اختلف الفقهاء في تخيير المحضون بعد انتهاء حضانته إلى ثلاثة أقوال⁽²⁾:

القول الأول: وهو جواز تخيير المحضون ذكراً كان أو أنثى، عند انتهاء حضانته ببلوغ سبع سنين وهو قول الشافعية⁽³⁾، فأياً خيّر أحد والديه، لأن المقصود من التخيير هو مصلحة المحضون في وجوده بين من يريد من والديه، وإن اختارهما معا أجريت بينهما القرعة وسُلم لمن خرجت له من الأبوين⁽⁴⁾، ودليلهم في ذلك حديث: أبو هريرة رضي الله عنه قال: "أني سمعت امرأة جاءت إلى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- وأنا قاعد عنده، فقالت: يا رسول الله، إن زوجي يريد أن يذهب بابني، وقد سقاني من بئر أبي عنبه، وقد نفعني، فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: استهما عليه، فقال زوجها: من يحاقيني في ولدي؟ فقال النبي -صلى الله عليه وسلم-: هذا أبوك، وهذه أمك، فخذ بيد أيهما شئت، فأخذ بيد أمه، فانطلقت به"⁽⁵⁾، وجه الدلالة من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم خيّر غلاماً بين أبويه، ونفس الشيء ينطبق على الأنثى.

- حديث: "رافع بن سنان أنه أسلم، وأبت امرأته أن تسلم، فأنت النبي -صلى الله عليه وسلم-، فقالت: ابنتي، وهي فطيم أو شبهه، وقال رافع: ابنتي، فقال له النبي -صلى الله عليه وسلم-: اقعد ناحية وقال لها: اقعدي ناحية، قال: وأقعد الصبية بينهما، ثم قال: ادعواها، فمالت الصبية إلى أمها، فقال النبي -صلى الله عليه وسلم-: اللهم اهداها، فمالت إلى أبيها، فأخذها"⁽⁶⁾.

(1) التخيير في اللغة: والخيرة بمعنى الخيار، والخيار هو الاختيار، ومنه يقال فلان له خيار الرؤية، وخيرته بين الشيتين، الاصطفاء وطلب خير الأمرين، الفيومي، المرجع السابق، ج1، ص185. أما في الاصطلاح: "تفويض الأمر إلى اختيار المكلف في انتقاء خصلة من خصال معينة شرعاً، ويوكل إليه تعيين أحدها، بشروط معلومة". وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويتية، المرجع السابق، ج11، ص67.

(2) انظر عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ج10، ص76 وما يلها.

(3) ابن حجر الهيتمي، المرجع السابق، ج8، ص360.

(4) البكري الدمياطي، المرجع السابق، ج4، ص116.

(5) أخرجه أبو داود في سننه، أول كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، حديث رقم 2277، ج3، ص588.

(6) أخرجه أبو داود في سننه، أول كتاب الطلاق، باب إذا أسلم أحد الأبوين مع من يكون الولد، حديث رقم 2244، ج3، ص559.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

القول الثاني: وهو لا تخيير للمحضون بين أبويه بعد انتهاء مدة الحضانة، ذكرا كان أو أنثى ويُضم لوليه إن كان الأب، وهو ما ذهب إليه الحنفية⁽¹⁾، والمالكية⁽²⁾، والظاهرية⁽³⁾، فالحنفية قدروا انتهاء الحضانة بسبع سنين، بحيث يستغني على النساء فيأكل ويشرب وحده، ويلبس وحده، وأما المالكية فالحضانة إلى سن البلوغ للذكر أو الاثغار⁽⁴⁾ ويُدفع لأبيه، والأنثى تبقى مع أمها للدخول بها (الزواج)، حتى تتعلم عادات النساء⁽⁵⁾، ونسبة هذا القول للمالكية والظاهرية لعدم ذكرهم التخيير. دليلهم في ذلك:

- أن تخيير الصبي أو الجارية المحضون ليس بحكمة، كونه لا يعرف مصلحته وقد لا يحسن الاختيار، لأنه يختار من لا يؤدبه ولا يحرمه من اتباع هواه والهرب من طلب العلم والكتاب⁽⁶⁾.
- أن الحديث المروي عن أبي هريرة والمحتج به: "هذا أبوك، وهذه أمك، فخذ بيد أيهما شئت، فأخذ بيد أمه، فانطلقت به"، المرادُ منه التخيير للبالغ، لأن أمه قالت: "نفعني وسقاني من بئر أبي عنية" وتقصده ينفعني أي يكسب لها، وما يكسب إلا بالغ⁽⁷⁾، وقد نوقش هذا الدليل على أنه لا حضانة لبالغ، وهل يخير من بلغ الأربعين سنة بين أبوين، فحمل هذا الحديث على: "البالغ إخراج له عن حقيقته إلى مجازه بغير موجب ولا قرينة صارفة"⁽⁸⁾.

القول الثالث: وهو جواز التخيير للمحضون الذكر من غير الأنثى، وهو ما قال به الحنابلة أن الذكر يخير بعد بلوغه السبع سنين بين أبويه، فإن اختار أحدهما ضم إليه، ولا تخيير قبل السبع، فإن لم يختار أحدهما، بقي عند أمه دون قرعة لأن الحضانة في الأصل لها⁽⁹⁾، أما الأنثى فيقول صاحب المغني: "وإنما تخطب الجارية من أيها؛ لأنه ولها، والمالك لتزويجها، وهو أعلم بالكفاءة، وأقدر على البحث، فينبغي أن يقدم على غيره، ولا يصار إلى تخييرها؛ لأن الشرع لم يرد به فيها، ولا يصح قياسها على الغلام"⁽¹⁰⁾، ودليلهم في ذلك:

- عن: "أبي هريرة، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: خير غلاما بين أبيه وأمه"⁽¹¹⁾.

(1) السرخسي، المرجع السابق، ج5، ص208. الكاساني، المرجع السابق، ج4، ص44.

(2) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج8، ص239.

(3) ابن حزم، المرجع السابق، ج10، ص157.

(4) الإثغار: سقوط سن الصبي ونباتها. انظر ابن منظور، المرجع السابق، ج4، ص104.

(5) مالك بن أنس، المدونة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1994، ج2، ص258.

(6) السرخسي، المرجع السابق، ج5، ص208.

(7) الكاساني، المرجع السابق، ج4، ص44.

(8) ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ج5، ص427.

(9) ابن قيم الجوزية، نفس المرجع، ص419.

(10) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج8، ص241.

(11) أخرجه سعيد بن منصور في سننه، كتاب الطلاق، باب الغلام بين الأبوين أيهما أحق به، حديث دون رقم، ج2، ص140.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج و آثاره

- أجمع الصحابة على تخيير الغلام فقد روي عن عُمر رضي الله عنه: "خير غلاما بين أبيه وبين أمه" (1)، وروي عن: "عمارة الجرمي، أنه قال: خيرني علي بين عمي وأمي، وكنت ابن سبع أو ثمان" (2)، ويقول صاحب المغني في هذا الأثر: "وهذه قصص في مظنة الشهرة، ولم تنكر، فكانت إجماعا" (3).

الترجيح: بعد عرض أقوال الفقهاء في المسألة فالقول الراجح ما قال به أصحاب القول الأول، من أن التخيير جائز للذكر والأنثى، بالرغم من تساوي أدلة الفقهاء في القوة، إلا أنها تبقى مسألة اجتهادية يكون لكل فريق أدلته وحججه التي يحتج بها، وبالرغم من ترجيحي للتخيير إلا أن مصلحة المحضون تبقى هي الأسى في قبول رأي المحضون من عدمه، وإن خير الولد واختار من لا يصلح له، قُدم الأصلح ولا اعتبار لرأي المحضون، لأن مصلحته تكمن في بقاءه مع من هو أنفع له.

في هذا المقام يقول ابن القيم رحمته الله: "فمن قدمناه بتخيير أو قرعة أو بنفسه، فإنما نقدمه إذا حصلت به مصلحة الولد، ولو كانت الأم أصون من الأب وأغير منه قدمت عليه، ولا التفات إلى قرعة ولا اختيار الصبي في هذه الحالة، فإنه ضعيف العقل يؤثر البطالة واللعب، فإذا اختار من يساعده على ذلك، لم يلتفت إلى اختياره، وكان عند من هو أنفع له وأخير (...). تنازع أبوان صبيا عند بعض الحكام، فخير بينهما، فاختار أباه، فقالت له أمه: سله لأي شيء يختار أباه، فسأله فقال: أمي تبعثني كل يوم للكتاب، والفقير يضربني، وأبي يتركني للعب مع الصبيان، فقضى به للأم، قال: أنت أحق به" (4).

ب- تخيير المحضون في قانون الأسرة الجزائري:

سكت قانون الأسرة الجزائري عن مسألة تخيير المحضون، وبالتالي فالأمر يُرجع فيه إلى الشريعة الإسلامية بتطبيق فحوى المادة 222 منه، ومع اختيار المشرع عدم المذهبية يكون القاضي متفتحا على جميع المذاهب، ونحن عالجتا مسألة التخيير في الفقه الإسلامي، وقد اختلف الفقهاء بين مجيز ومانع، ويرجح سبب سكوت قانون الأسرة الجزائري اتباعه للمذهب المالكي، الذي لا يخير المحضون بعد انقضاء سن الحضانة بين أبويه.

بالنظر إلى المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والتي تنص على: "تنقضي مدة حضانة الذكر لبلوغه (10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية. على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون"، نجد أن القانون فرّق بين الذكر والأنثى في انقضاء الحضانة، فالذكر بعد بلوغه العشر

(1) أخرجه سعيد بن منصور في سننه، نفس المرجع، ص 141.

(2) الهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج 3، ص 251. موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 8، ص 240.

(3) موفق الدين بن قدامة، نفس المرجع والصفحة.

(4) ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ج 5، ص 424.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

سنوات تنقضي حضانته وللقاضي تمديدها إلى غاية 16 سنة بطلب من الأم غير المتزوجة ثانية إذا توفرت فيها الشروط⁽¹⁾، أما الأنثى فتتنقضي حضانتها عند بلوغها 19 سنة كاملة وهو سن الزواج، وإن سلمنا أن قانون الأسرة سيخيّر المحضون، فهل يكون ذلك خلال فترة الحضانة أم بعدها؟ مع العلم أن المحضون يفقد هذه الصفة بانقضاء فترة الحضانة، وعلى اعتبار أن فترة التمديد للذكر ستكون في سن 10 سنوات إذن فهي داخلية ضمن زمن الحضانة⁽²⁾، وهو مخالف لما قال به الفقهاء من أن التخيير يكون بعد انتهاء فترة الحضانة⁽³⁾.

باستقراء قرارات المحكمة العليا، وجدت أن معالجة مسألة تخيير المحضون كانت ضمن فترة ممارسة الحضانة وليس بعد انقضاءها، وبالرغم من معالجتها لمسألة التخيير والتطرق لرغبة الولد المحضون في اختيار من يحضنه، لكن قضاء المحكمة العليا كان متشدداً في اعتماده التخيير، وركز على اعتبار مصلحة المحضون فقط وحدها دون غيرها كمعيار أسى، وهو ما لمستته من خلال أحد القرارات الحديثة حيث نص: "تراعى مصلحة المحضون عند اسناد الحضانة، ولا يعتد برغبة الطفل فقط"⁽⁴⁾.

في قرار آخر نقضت المحكمة العليا قراراً من أحد المجالس، بدعوى أنه أسس على رأي أطفال قصر، واصفة القرار أنه تجاهل الحقيقة بإسناده الحضانة للجدة لأب، بدعوى أن الأولاد يرغبون في ذلك، محتويها ما فحواه: "ومتى ينسب للقاصر قول، فمصلحة القاصر يقدرها الوصي (والقاضي وصي من لا وصي له)"⁽⁵⁾، ويُفهم من هذا القرار أن قضاة المحكمة العليا جعلوا من رأي القصر لا يعتد به، بل يجب أن يكون راشداً حتى يُعتدّ بقوله، وهل الحضانة تستمر بعد سن الرشد!؟

في قرار آخر لم يسمع القضاء لرأي المحضون، حيث جاء فيه: "لا تسقط الحضانة برفض المحضون الالتحاق بالحاضن"⁽⁶⁾، فالمحكمة العليا بهذا المبدأ لا اعتبار لرأي المحضون عندها ومصلحته هي الأولى، بالرغم من أنه ورد من خلال حيثيات القرار أن المحكمة الابتدائية المُصدرة

(1) التمديد يكون للأم غير المتزوجة ثانية، فإن كانت متزوجة فالحضانة مباشرة للأب، ولا يمكن التمديد لغير الأم الحاضنة كالجدة والخالة والعمة. انظر المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 0842551، 15/01/2015، م م ع، 2015، ع 01، ص 231.

(2) زكية حميدو تشوار، "استماع الطفل بعد الطلاق في القوانين المغاربية بين النقص التشريعي والاجتهاد"، مجلة العلوم القانونية، الإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، ع 3، 2005، ص 58.

(3) تختلف مدة الحضانة وانتهائها بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، فالفقه يجعل من انتهاء الحضانة على اختلاف، ابتداء من سن السابعة للذكر والأنثى، والمشرع الجزائري جعل انتهائها ابتداء من عشر سنوات للذكر مع التمديد لـ 16 سنة، و 19 سنة كاملة للأنثى.

(4) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 728882، 14/02/2013، م م ع، 2014، ع 01، ص 304. المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 1180، 12/12/2007، غير منشور، نقلا عن لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرشد، المرجع السابق، ص 215.

(5) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 58220، 05/02/1990، م م ق، 1993، ع 03، ص 53.

(6) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 1038904، 14/10/2015، م م ع، 2015، ع 02، ص 162.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج و آثاره

للحكم قد استمعت للأولاد الراغبين في البقاء مع والدهم، وقضت بإسقاط الحضانة عن الأم اعتباراً لرغبة الأولاد في البقاء عند والدهم.

في قرار حديث نجد أن المحكمة العليا قررت أنه: "لا يعتد برغبة الطفل غير المميز في اختيار من يحضنه"⁽¹⁾، ويُفهم من هذا المبدأ وبمفهوم المخالفة أن الصبي المميز يمكن أن يخير ويعتد برغبته. عليه وبعد النظر والبحث في قرارات المحكمة العليا المذكورة أعلاه وغيرها، وجَدتها متفقة على عدم تخيير المحضون⁽²⁾، لكن من خلال استقراء ودراسة الأحكام والقرارات القضائية (بعضها حديثة) والتي طعن فيها بالنقض، كمحاكم أول درجة والمجالس القضائية لوحظ ميلها في بعض الأحيان إلى الاستماع للطفل المحضون واتباع رغبته⁽³⁾، من خلال إبداء رأيه في اختيار من يحضنه أو نفي الآخر، وفي ظل سكوت قانون الأسرة الجزائري على هذه المسألة المهمة، ومن باب الحرص على مصلحة المحضون والاستعانة برأيه⁽⁴⁾، خاصة وأن المسألة تجد عمادها الشرعي من حديث رسول الله ﷺ أنه قال: "هذا أبوك، وهذه أمك، فخذ بيد أيهما شئت، فأخذ بيد أمه، فانطلقت به"، أرى أنه من الواجب تقنين هذه المسألة مع الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون⁽⁵⁾، مع إعطاء قاضي الموضوع السلطة التقديرية في تسبيب حكمه على أساس الاستماع للمحضون من عدمه، مع توفير كافة الظروف الملائمة من خلال سماعه وحده دون والديه حتى لا يؤثر فيه رأي أحدهما، ثم الاستماع لوالديه كل على انفراد، وعدم الأخذ برأي المحضون عند التأكد من تنافي مصلحته مع اختياره، إلا في حال ظهور قرائن جديدة تكشف للقاضي صدق رغبة المحضون في اختياره وتضرره إن فرض عليه خيار آخر، وأن يتحقق القاضي من أن يكون الحاضن المختار يتوفر على جميع الشروط التي تؤهله لممارسة الحضانة، ولا يمكن للقاضي قبول خيار المحضون إذا كان الحاضن المختار قد أسقط عنه حق الحضانة، وما زالت أسباب سقوطها قائمة، وللقاضي الاستعانة بذوي الخبرة والشؤون الاجتماعية، الذين كثيراً ما كان لهم دور فعّال في كشف الوضعية الحقيقية لبيئة المحضون وظروف حضانته،

(1) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 1072148، 2017/05/03، م م ع، 2017، ع 01، ص 156.

(2) ولعل قضاة المحكمة العليا مستندهم في هذه المسألة هو ما نصت عليه المادة 463 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يتلقى القاضي في الجلسة تصريحات القاصر وتصريحات والده وأمه أو الحاضن أو أي شخص آخر يكون سماعه مفيداً، ويمكن إعفاء القاصر من الحضور...". وعليه حسب المادة فسماع القاصر "المحضون"، وابداء رأيه أمر جوازي للقاضي حال التحقيق في اسناد حضانته، ومصلحة المحضون هي الأولى في اسناد حضانته. للمزيد انظر غضبان مبروكة، حقوق الطفل المحضون في ضوء القضاء الجزائري، أطروحة تدرج ضمن متطلبات نيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2018/2017، ص 84.

(3) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 1038904، 2015/10/14، مذكور سابقاً.

(4) زكية حميدو تشوار، "استماع الطفل بعد الطلاق في القوانين المغربية بين النقص التشريعي والاجتهاد"، المرجع السابق، ص 67.

(5) قد تفسر مصلحة المحضون في هذه الحالة، رؤية القاضي من خلال المعطيات المتاحة لاختيار ما هو أفضل للولد، من بين أمه أو أبيه أو أحد الأقارب وفق مراتب الحاضنين، وبالتالي ففي هذه الحالة الاختيار قام به القاضي لا المحضون. زكية حميدو تشوار، "استماع الطفل بعد الطلاق في القوانين المغربية بين النقص التشريعي والاجتهاد"، المرجع السابق، ص ص 59-60.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

مع تحديد سن أدنى لتخيير المحضون، وهو سن التمييز ببلوغه المحضون 13 سنة والمذكور في المادة 42 فقرة 02 من القانون المدني⁽¹⁾، للذكر والأنثى على السواء.

أما في القانون المقارن فمسألة تخيير المحضون مثلاً في قانون الأحوال الشخصية السوري شهدت تغييرات فقد سكت ولم ينص القانون قبل تعديلات 2019 عن مسألة التخيير، وبعد التعديل بالقانون 04 لعام 2019، نص عن استبعاد التخيير بشكل صريح، بإضافة فقرة تنص على ألا خيار للولد بين أبويه، حيث نصّت المادة 146 المعدلة: "1- تنتهي مدة الحضانة بإكمال الولد -ذكراً كان أو أنثى- الخامسة عشرة من العمر. 2- لا خيار للولد بين أبويه. 3- للأب أن يطلب من القاضي تسليمه الولد الذي انتهت حضنته وفق الإجراءات المنصوص عليها بالفقرة الثالثة من المادة 139 من هذا القانون"، لكن بعد التعديل الثاني بالقانون 20 لعام 2019 عدّلت نفس المادة وأصبحت الفقرة الأولى منها تجيز تخيير الولد المحضون بعد أن منعت سابقاً نفس المادة قبل التعديل حيث جاء فيها: "1- تنتهي الحضانة بإتمام المحضون (ذكراً كان أم أنثى) الخامسة عشرة من العمر، ويجيز بعدها في الإقامة عند أحد أبويه. 2- لمن اختاره القاصر أن يطلب من القاضي تسليمه إياه وفق الإجراءات المنصوص عليها في الفقرة 3/ من المادة 139/ من هذا القانون." ⁽²⁾، وحسب المادة سالفه الذكر فالتخيير يكون بعد انتهاء الحضانة ببلوغ المحضون ذكراً كان أو أنثى سن الخامسة عشر.

وقد وُحِدَت المادة 146 من قانون الأحوال الشخصية السوري المعدلة سن انقضاء الحضانة للذكر والأنثى على السواء بسن الخامسة عشرة، وكانت هذه المادة قبل التعديل تفرّق بين سن انقضاء الحضانة للفتى والفتاة فكانت تنص: "تنتهي مدة الحضانة بإكمال الغلام الثالثة عشرة من عمره والبنت الخامسة عشرة من عمرها".

أما في مدونة الأسرة المغربية فقد نصت صراحة لتخيير المحضون تحت شروط ذكرتها المادة 166 حيث جاء فيها: "تستمر الحضانة إلى بلوغ سن الرشد القانوني للذكر والأنثى على حد سواء. بعد انتهاء العلاقة الزوجية، يحق للمحضون الذي أتم الخامسة عشرة سنة، أن يختار من يحضنه من أبيه وأمه. في حالة عدم وجودهما، يمكنه اختيار أحد أقاربه المنصوص عليهم في المادة 171 بعده، شريطة أن لا يتعارض ذلك مع مصلحته، وأن يوافق نائبه الشرعي. وفي حالة عدم الموافقة، يرفع الأمر إلى القاضي ليبت وفق مصلحة القاصر"⁽³⁾، من خلال المادة السابقة يتبيّن أن مدونة الأسرة المغربية جعلت من انتهاء الحضانة ببلوغ سن الرشد القانوني للولد والفتاة على السواء، وجعل من حق المحضون الذي بلغ سن الخامسة عشرة (15) اختيار من يحضنه من والديه، وفي حال عدم وجودهما

(1) تنص الفقرة الثانية من المادة 42 من القانون المدني الجزائري: "يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة".

(2) قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق.

(3) مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

له الحق في اختيار أحد الأقارب المنصوص عنهم في المادة 171 من المدونة المغربية، وكل ذلك مشروط بمصلحته وموافقة نائبه الشرعي، وموافقة هذا الأخير مطلوبة فقط إلا حال اختياره لغير والديه، لكن مصلحة المحضون تبقى فوق كل اعتبار حتى لو اختار أحد الأبوين، والقاضي دائماً يراقب مدى إمكانية تحقيق مصلحة المحضون ورفض اختياره، إذا كان الشخص الذي تم اختياره لا يحوز على الشروط المطلوبة قانوناً⁽¹⁾.

أما الاجتهاد القضائي المغربي فسار على ما جاء في مدونة الأسرة المغربية من خلال تخيير المحضون مادام تحققت فيه الشروط المذكورة في المادة 166 من مدونة الأسرة المغربية⁽²⁾.
ثانياً- أحكام حق زيارة المحضون⁽³⁾ كمسكوت عنه:

ينشأ حق زيارة المحضون من خلال الحكم بالحضانة لأحد الأبوين دون الآخر، بهدف بقاء الطرف غير الحاضن على علاقة بالمحضون سواء كان ابنه أو حفيده أو حتى قريبه، لأهمية متابعة غير الحاضن لحال المحضون من تربية، وتعليم، ورعاية، صحة وخلقا، وكذلك لتجنب الجفاء في العلاقة بين المحضون وغير الحاضن، وخوفاً من حرمانه من أحد والديه مما يؤثر سلباً على نفسية المحضون وتكوين شخصيته مما قد يدفعه للانحراف مستقبلاً، وقد قرّر قانون الأسرة الجزائري حق الزيارة حتى يسمح للطرف غير الحاضن بالبقاء على اتصال بالمحضون، تلافياً لكل ضرر مادي أو معنوي قد يصيب الولد المحضون عند حاضنه، ولتبيان أحكام زيارة المحضون المسكوت عنها نستعرض في هذا البند أولاً حق الزيارة في الفقه الإسلامي، ثم في قانون الأسرة الجزائري مبينا الأحكام التي سكت عنها.

(1) سعيد الوردى، الحضانة واشكالاتها العملية على ضوء أحكام مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، مطبعة الأمنية، الرباط، المغرب، ط1، 2019، ص45.

(2) حيث جاء في القرار: "يخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية للمحكمة ولها أن تعمل خيار استفسار المحضون عن من يرغب في العيش معه من أصوله، يترتب عن اختيار المحضون العيش مع أمه استحقاقها للحضانة ولا يحق للأب المنازعة في ذلك". قرار محكمة النقض عدد: 254، المؤرخ في: 2007/05/09، ملف شرعي عدد: 2005 / 1 / 2 / 181، انظر عمر أزوكار، المرجع السابق، ص328. وفي قرار آخر لمحكمة النقض: "يحق للمحضون الذي أتم الخامسة عشر من عمره أن يختار الطرف الذي يرغب في العيش معه من أصوله". قرار محكمة النقض عدد: 362، المؤرخ في: 2007/06/20، ملف شرعي عدد: 2006 / 1 / 2 / 633. عمر أزوكار، نفس المرجع، ص333.

(3) الزيارة في اللغة: من زار يزور، زُر، زيارةً وزُورًا، فهو زائر، والمفعول مَزُورٌ، "زار فلانًا: أتاه بقصد الالتقاء به، قصده لأنس أو حاجة، زار صديقَه في بيته". أحمد مختار عمر، المرجع السابق، ج2، ص1008. أما في الاصطلاح: فلم أجد-حسب علمي- تعريفًا وعُرفت استنباطًا زيارة المحضون من التعريف اللغوي والعرف على أنها زيارة الحاضن للمحضون قصد رؤيته، وتفقدته والاطمئنان عليه، والانس معه مدة معلومة. عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، تنفيذ أحكام الحضانة والزيارة، ورقة بحثية مقدمة ضمن ندوة موسومة بـ "أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، المنظمة من المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، وكلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1436 هـ، ص 07.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

أ- حق زيارة المحضون في الفقه الإسلامي: أعطى الفقه تسمية أخرى لزيارة المحضون وهي حق الرؤية، أو رؤية المحضون، واتفق الفقهاء على أن حق الرؤية والزيارة لوالدي المحضون ثابتة، لكن على خلاف في بعض التفاصيل⁽¹⁾:

- الحنفية: لا يحق لأحد الزوجين منع الآخر من رؤية المحضون، وللحاضن إخراج ولده كل يوم حتى يبصره الآخر إن كان قريباً، ولا يجبر الحاضن على إرسال المحضون لمكان إقامة صاحب الحق في الرؤية، بل على هذا الأخير التنقل لرؤية المحضون شرط أن لا يُمنع، ولا تسقط حضانتها⁽²⁾.

- المالكية: إذا كان الابن في حضانة أمه فلا تمنعه من الذهاب لأبيه ليعلمه، ولا يبيت إلا عندها، على أن يتعهد الأب بإعانتها على طلب العلم وتأديبه، أو تعليمه حرفة يستغني بها، وإن كان المحضون عند الأب فلوالدته الحق في رؤيته في بيتها لتطمئن عليه وتتفقدته⁽³⁾.

- الشافعية: فرق الشافعية بين الذكر والأنثى في الزيارة، إن كانت الحضانة لأمه فالذكر له زيارة والده ويكون نهارة عنده وليلاً عندها، وفي حال العكس وكان عند أبيه فلا يمنعه من زيارة أمه لئلا يكون ساعياً في العقوق وقطع الرحم، ولا يمنع الأب الأم من زيارة أبنائها في بيته، وأن يخلي لها حجرة، وإن كره أخرجهم إليها، وإن كانت أنثى وعند أمها فلا خروج لها، وتكون عند أمها ليلاً ونهاراً وله زيارتها في بيتها دون خلوة إن أذن زوجها إن كانت متزوجة، وإن لم يأذن له أخرجت إليه ليراها، ويتفقد حالها والقيام بتأديبها وتعليمها وتحمل نفقتها، ويخصص له وقت الزيارة يوماً في الأسبوع لا كل يوم، إلا إن كان بيتها قريباً فله رؤيتها كل يوم⁽⁴⁾.

- الحنابلة: نفس الأحكام التي قررها الشافعية، وزاد الحنابلة إن مرض المحضون وكان عند أبيه فالأمه الحق في تمريضه في بيتها، لأنه في حاجة لمن يقوم بشئونه، وإن مرض أحد الوالدين، والولد عند الآخر، فله عيادته ولا يُمنع، لأن المريض عاجز ومثني الولد إلى والده أولى⁽⁵⁾.

المستخلص من قول الفقهاء أنهم اتفقوا على عدم منع كل واحد منهما الآخر من زيارة المحضون إن كانت له الحضانة، ولغير الحاضن استئذان ولده ورؤيته، والزيارة للذكر ليست كالأنثى، فالذكر يكون له الخروج دون الأنثى لسترها، ومكان الزيارة يختلف باختلاف الظروف في البيت أو أي مكان يتفقان عليه، شرط عدم الخلوة وعدم الاضرار بالمحضون.

(1) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويتية، المرجع السابق، ج 17، ص 317. داليا علي أبوبكر علي، رؤية المحضون في حالة تنازع الأبوين، دراسة مقارنة، رسالة تدرج ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير، تخصص قانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النيلين، السودان، 2018، ص 35-36.

(2) ابن عابدين، المرجع السابق، ج 3، ص 571. ابن نجيم، المرجع السابق، ج 4، ص 188.

(3) ابن عرفة، المرجع السابق، ج 5، ص 49.

(4) البكري الدمياطي، المرجع السابق، ج 4، ص 118.

(5) موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج 8، ص 242.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

ب- حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري:

لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري لأحكام حق زيارة المحضون، بشكل مفصّل ودقيق ولم يعرفه وذكره بشكل مقتضب، وربطه بحق اسناد حضانة المحضون، وهو ما يستنتج من المادة 64 والتي تنص: "...وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"، والمستنتج من النص القانوني أن قانون الأسرة الجزائري، منح حق الزيارة لمن لم تسند له الحضانة والولاية، وهذا لا يعني انتفاء واجب الطرف الآخر المنزوع الحضانة في رقابة المحضون وتربيته⁽¹⁾، والقانون الجزائري أعطى حق زيارة المحضون للطرف الثاني غير الحاضن، وهو حق منصوص عليه في التشريعات والنصوص والمواثيق الدولية قبل الوطنية، حيث نصت المادة التاسعة فقرة 3 من اتفاقية حقوق الطفل على: "تحتزم الدول الأطراف حق الطفل المنفصل عن والديه أو عن أحدهما في الاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية واتصالات مباشرة بكلا والديه، إلا إذا تعارض ذلك مع مصالح الطفل الفضلى"⁽²⁾.

كان لقرارات غرفة شؤون الأسرة في المحكمة العليا الفضل في تحديد مفهوم حق الزيارة، وتبيان معاملة حيث جاء في قرار: "حيث من المعلوم أن المادة 64 من قانون الأسرة أوجبت على القاضي حين يقضي بإسناد حضانة الأبناء إلى أمهم، أن يمنح للأب حق الزيارة بأن يتفقد أبنائه ويراقبهم ويحميهم من أي خطر يراه محققاً بهم، وتتطلب تلك الحماية أن يكون قريباً منهم، وكان على القاضي أن يرتب زيارة مرنة تقتضيها حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبنائه مرة في الأسبوع على الأقل

(1) وقد كانت السلطة الأبوية للأب قبل تعديل قانون الأسرة، ثم بعد التعديل نُزعت منه وأسندت للحاضن سواء كان أباً أو أما أو غيرهما، بنص المادة 87 من قانون الأسرة والتي تنص على: "...يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد"، وكان على المشرع مراعاة مصلحة المحضون بترك إسناد الولاية تحت سلطته التقديرية، لأن مصلحة الولد قد تستدعي إسناد الولاية لأبيه رغم إسناد الحضانة لأمه، وهو ما نصت عليه المادة 1-2-373 من القانون المدني الفرنسي وإذا اقتضت مصلحة الطفل، يجوز للقاضي أن يعهد بممارسة السلطة الأبوية إلى أحد الأبوين، وحفظاً لمصلحة الطفل، ولاستمرارية وفعالية الروابط الطفل مع الوالد الذي لا يمارس السلطة الأبوية، يجوز للقاضي محكمة الأسرة تنظيم حقوق الزيارة في مكان اجتماع مخصص لهذا الغرض".

"Article 373-2-1: "Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents.(...)Lorsque, conformément à l'intérêt de l'enfant, la continuité et l'effectivité des liens de l'enfant avec le parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale l'exigent, le juge aux affaires familiales peut organiser le droit de visite dans un espace de rencontre désigné à cet effet." . cette article est modifiée par: LOI n° 2019-721 du 10 juillet 2019 relative à l'interdiction des violences éducatives ordinaires .

من خلال النظر في فحوى المادة 64، من الجيد أن نتذكر أن حق الزيارة كما هو منظم، قد أدخله نظام السوابق القضائية الفرنسية أثناء الاحتلال للسماح للأب بممارسة صلاحياته في الولاية. استمر الاجتهاد القضائي الجزائري بعد الاستقلال حتى اليوم، في تنظيم هذا الحق بنفس الطريقة بحرمان الأب من ممارسة سلطته الأبوية بشكل صحيح. Abderrahmane Hernane, op. cit, p. 221.

(2) اتفاقية حقوق الطفل، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 20 تشرين الثاني نوفمبر 1989 تاريخ بدء النفاذ: 2 أيلول سبتمبر 1990، انظر موقع اليونيسيف:

<https://www.unicef.org/child-rights-convention/convention-text> تاريخ التصفح: 2021/03/09.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

لتعهدهم بما يحتاجون والتعاطف معهم،...⁽¹⁾، وهذا القرار فصلّ في حق الزيارة من خلال تفقد الأب لأولاده ومتابعة دراستهم، وحمايتهم من كل خطر محقق بهم، سواء من خلال ظروف حضانتهم مع أمهم أو أي خطر خارجي يهددهم مع الحاضنة، وكذلك تطرق القرار لمسألة المرونة في تحديد الزيارة، من خلال الأخذ بعين الاعتبار مكان تواجد المحضون، مقارنة بسكن والده غير الحاضن، وكذلك تحديد زمن الحضانة، من خلال مدة الزيارة وتكرارها في الأسبوع.

يُحسب لقانون الأسرة الجزائري أنه نظم مسألة التدابير المؤقتة حال الاستعجال، من خلال المادة 57 مكرر حيث نصت: "يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة، ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن"، وهي مادة تتيح لأحد الزوجين طلب الحكم على وجه الاستعجال، بزيارة المحضون في الفترة الواقعة بين رفع دعوى الفُرقة سواء كانت طلاقاً أو تطبيقاً أو خلعا حتى صدور الحكم النهائي، خوفاً على مصلحة المحضون وتأكيدها على الرقابة والمتابعة والحماية خلال مدة سير الدعوى.

تطرق قانون الأسرة الجزائري لحق الزيارة "بشكل مقتضب"، جعله يسكت على عديد الضوابط، والأحكام، والتفاصيل التي تنظم هذا الحق وتضبطه، وتبعده عن الإشكالات العملية، محيلاً الأمر للسلطة التقديرية للقاضي لتحديد كل جوانب حق الزيارة من أصحاب هذا الحق، وأوقاته ونظامه، الأمر الذي قد يجعل من ممارسة حق الزيارة في كثير من الأحيان تتخلله عراقيل وإشكالات معقدة، ما يولّد أحكاماً قضائية مختلفة متناقضة على مستوى المحاكم⁽²⁾، وعليه سأعرض لبعض المسائل الهامة التي سكت عنها قانون الأسرة الجزائري، مبينا دور اجتهادات المحكمة العليا في استكمالها، ومقارنتها ببعض ما جاء في قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية:

1- سكت قانون الأسرة الجزائري عن مسألة تحديد تنظيم حق الزيارة اتفاقاً أو قضاءً، فحق الزيارة قد يُنظم اتفاقاً من خلال العريضة التي يقدمها الزوجين لإيقاع الطلاق بالتراضي، وفق ما جاء بنص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري: "أو بتراضي الزوجين..."، ويكون بطلب مشترك يقدم في عريضة واحدة موقعة من الزوجين، تودع لدى أمانة ضبط المحكمة وفق ما جاء بنص المادة 428 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقد تناولت المادة 429 من القانون سالف الذكر مسألة تحديد العناصر التي يجب أن تتضمنها العريضة إضافة للمعلومات الأساسية، بحيث يجب أن تحتوي على مقترح موجز، يشمل جميع بنود الاتفاق الذي تم بينهما حول توابع الطلاق، والتي من المؤكد أن من بينها حق زيارة المحضون وما يتبعه (لم تذكر صراحة)، ولقاضي الموضوع كامل السلطة في تعديل أو إلغاء

(1) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 59784، 1990/04/16، م ق، 1991، ع 04، ص 128.

(2) لينة بوزيتونة، "حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، مج 3، ع 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار تليجي الأغواط، الجزائر، 2019، ص 289.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

الشروط المتفق عليها⁽¹⁾ إن كانت تتعارض مع مصلحة المحضون وهو ما نصت عليه المادة 431 من القانون سالف الذكر، وفي حال عدم الاتفاق على تلکم العناصر، فإن الأمر يؤول إلى القاضي في تحديدها ومن بينها حق الزيارة وأوقاتها ومكانها، أخذاً في اعتباره مصلحة المحضون، مع مراعاة ظروف الزوجين المنفصلين، وملابس كل قضية مطروحة أمامه.

وعليه كان على المشرع خلال وضعه لقانون الأسرة وبعد تعديله، الأخذ بعين الاعتبار -على الأقل- مسألة تحديد أحكام وتفصيل حق الزيارة، سواء كان اتفاقاً بين الزوجين أو تحديدها قضاءً إن استعصى الأمر، مع ذكرها صراحة ضمن النصوص القانونية المنظمة لأحكام الزيارة، وفرض الرقابة البعدية لقاضي شؤون الأسرة على كل اتفاق بين الزوجين المنفصلين، من خلال ضبط أيام وزمن ومدة الزيارة وفتراتها بدقة مع المكان المحدد للزيارة، وذلك منعا لكل مراوغة وتحايل من أحد الطرفين، تنصلاً من المسؤولية في تنفيذ أحكام الاتفاق الخاص بالزيارة.

من القوانين المقارنة التي نظمت مسألة الاتفاق على أحكام الزيارة، قانون الأسرة القطري حيث نصت المادة 186 منه على: "يجوز للأبوين أن يتراضيا على تبادل زيارة المحضون بأي وجه وقدر، ما لم تفض الزيارة إلى خلوة محرمة حال فرقتهما. وإذا لم يتفق الأبوان على تحديد مواعيد لزيارة المحضون، فللقاضي تحديدها، مع مراعاة تدرج مدة الزيارة حسب تقدم المحضون في العمر، وحاجته إلى كل منهما"⁽²⁾، فقانون الأسرة القطري ضبط الاتفاق بين الزوجين، من خلال تبادل الزيارات مع الاحتراز للخلوة المحرمة كون الزوجين أجنبيين عن بعضهما، لكن هذا الأمر يصبُّ في مصلحة المحضون، من خلال المحافظة على استقراره النفسي والاجتماعي، بعيداً عن الخلافات الزوجية التي افضت للطلاق، وزاد بعدها في حالة عدم الاتفاق يكون الأمر للقاضي في تحديدها، مع مراعاة معيار سن المحضون كضابط في تحديد مدة، وعدد الزيارة، وتعديلها وفق تقدّمه في العمر، وحاجته لأمه في المستقبل ولأبيه بعد انقضاء الحضانة.

أما مدونة الأسرة المغربية فقد تطرقت لحق الزيارة من خلال تخصيصها باباً أسمته: "زيارة المحضون" تطرقت فيه إلى أحكام تنظيم حق الزيارة من المادة 180 إلى المادة 186، فأكدت من خلال المادة 180 حق زيارة المحضون لغير الحاضن من الأبوين، أما المادة 181 فأعطت للأبوين إمكانية الاتفاق على الزيارة وتنظيمها، حتى يُسجَل بمقرر إسناد الحضانة، فللأبوين كل طريقة يرونها مناسبة لتنظيم زيارة المحضون بينهما، وفق ما يلائم ظروفهما دون أدنى إخلال بوضعية المحضون، وتسجيل

(1) جاء في قرار للمحكمة العليا: "حيث إن المادة 427 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نظمت إجراءات الطلاق بالتراضي، والمادة 431 بينت بوضوح كيفية أداء القاضي لدوره عند حضور الطرفين أمامه ومحاولة الصلح بينهما وينظر معهما أو وكلاهما في الاتفاق، وله أن يلغي أو يعدل في شروط ذلك الاتفاق إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت النظام العام". انظر المحكمة العليا، غ ش أم، ملف رقم 0905248، 2015/02/12، م م ع، 2015، ع 01، ص 249.

(2) قانون الأسرة القطري، المرجع السابق.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

كل الشروط بعد اطلاع المحكمة عليه لتضمنه في مقرر الإسناد تفاديا لكل خلاف مستقبلا وللرجوع إليه عند الحاجة، وفي حال عدم الاتفاق فقد نصت المادة 182 من مدونة الأسرة المغربية، أن المحكمة هي التي تتولى تحديد أوقات الزيارة ومكانها في مقرر الإسناد، وأن تكون دقيقة في وضعها منعا للتحايل في التنفيذ، ويجب أن تراعي المحكمة في تحديد الزيارة ظروف وملابسات كل قضية، ويكون قرارها قابلا للطعن⁽¹⁾، ففي أحد القرارات أسقطت الحضانة عن الأم الممتنعة والمتحايلة في تنفيذ المقرر القضائي المنظم للحق في زيارة الأب للمحضون وصلة الرحم معه⁽²⁾.

2- سكت قانون الأسرة الجزائري في المادة 64 على مسألة أخرى لا تقل أهمية عن باقي مسائل الزيارة، وهي تحديد من له الحق في الزيارة، وهذا على ما يبدو قصور قانوني قد يحد من حق الزيارة لغير الأبوين، خاصة إن تمسك الحاضن بالسكوت التشريعي، وجعله ذريعة لمنع كل من له صلة قرابة بالمحضون من زيارته والاطمئنان عليه، وبالأخص إن كانوا أصول والدي صاحب الحق في الزيارة، ألا وهما جدّي المحضون، ومعلوم أن الأصول حقهم ثابت في زيارة المحضون، حال وفاة ابنهم أبا كان أو أمًا للمحضون، أو حال غيابه أو سجنه أو فقدانه، فقانون الأسرة الجزائري بسكوته عن هذه المسألة دون النص عليها ضمن قواعده، وتركها خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي قد يُتخذ منه حجة من الحاضن لإبعاد الولد المحضون عن أهله، وأقاربه والتسبب في قطع صلة الرحم بينهم المنهي عنه شرعا.

أما إحالة تحديد أصحاب حق الزيارة للسلطة التقديرية للقاضي، وقضاياها الكثيرة المعالجة على مستوى التطبيق القضائي، تولدت عن ذلك في بعض الأحيان إشكالات عملية، فلو كانت هذه المسألة منصوص عليها قانونا لما كانت تُثار كل مرة، وفي هذا الشأن فقد سبق أن عالجت المحكمة العليا قضية أعطت الحق فيها للخالة في زيارة البنت وهي عند أبيها، ومختصر ما جاء في هذا القرار: "للخالة حق الزيارة لأن القانون رتبها في المرتبة الثالثة بالنسبة لمن يستحقون حقوق الحضانة ومتى كان كذلك فإن لها الحق في الزيارة مما يجعل القرار المطعون فيه قد وفق فيما قضى"⁽³⁾، ونلاحظ في القرار استناد القضاة على ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري في المادة 64، المتضمنة مراتب أصحاب الحق في الحضانة، والتي رتبت الخالة في المرتبة الثالثة (قبل التعديل) من مستحقي الحضانة، وبالتالي فلها حق الزيارة، وبما أن قانون الأسرة لم يفرق ولم يفصل بين مستحقي الحضانة وبين من لهم حق الزيارة، جعل القضاة يلجأون إلى تفسير المادة 64 حيث حكموا بالزيارة دون تفريق بين الأم والخالة، مادامت هذه الأخيرة ممن يحق لهم حضانة الولد، لكن السؤال الذي يُطرح في حال كان هناك من

(1) مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق. سعيد الوردى، المرجع السابق، ص 79.

(2) قرار محكمة النقض عدد: 413، المؤرخ في: 18/07/2007، ملف شرعي عدد: 56/2/1/2007، انظر عمر أزوكار، المرجع السابق، ص 431.

(3) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 258479، 2001/01/23، م ق، 2001، ع 02، ص 300.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

الأقارب له حق الزيارة، لكنه لم يكن محل ذكر في المادة 64 بشكل صريح كالأخت والعم وغيرهما، هل يثبت له حق الزيارة، أم تنتظر السلطة التقديرية للقاضي حتى يثبت له حق الزيارة من عدمها؟ أما مسألة زيارة الجدين "الجد والجددة" أي الأصول المباشرة للمحضون، فقد حكمت المحكمة العليا بحق الزيارة للجد، على اعتبار أنه أصلا للولد وهو بمنزلة والده المتوفى، فكما له حق النفقة فله كذلك حق الزيارة⁽¹⁾، وفي قرار حديث للمحكمة العليا، أعطى الحق للجد والجددة حق زيارة حفيديهما، حال غياب أو وفاة أبائهم أصحاب الحق في الزيارة ومما جاء فيه: "يؤول حق رؤية الأحفاد للأجداد ويستمدون هذا الحق من الابن أو البنت، في حالة غيابهما أو وفاتهما، كون الولد بحاجة إلى رعاية وحنان الجد والجددة"⁽²⁾، وفي قرار آخر أعطى الحق للجددة لأم في المطالبة بحق الزيارة على أساس صلة الرحم حيث جاء فيه: "يحق للجددة لأم المطالبة بالزيارة على أساس صلة الرحم"⁽³⁾.

أعطت المحكمة العليا الأجداد الحق في زيارة ابن ابنهم المحضون، كون ابنهم مسجوناً محكوماً عليه بالإعدام حيث جاء فيه: "تمكين الجد والجددة من زيارة حفيديهما وتحديد مواقيت الزيارة، مراعاة لمصلحة المحضون، لا يتعارض مع حق الأب المتواجد بالمؤسسة العقابية، الذي لا يستطيع ممارسة هذا الحق"⁽⁴⁾، ومما جاء في حيثيات القرار كذلك: "وإن رفض قضاة المجلس لحق الزيارة للعارضان على أساس عدم جواز الحكم بالزيارة مرتين يعد مخالفة لمقتضيات المادة 64 من قانون الأسرة، كما أن هذه المادة تنص أيضا على مصلحة المحضون وأن القرار المطعون فيه لم يراع هذه المصلحة، ذلك أن رفض حق الزيارة سيؤثر حتما بالسلب على الابن ويجعله لا يعرف أقرابه"، والملاحظ أن هذا القرار أسس لمبدأ حتمية الحكم بالزيارة للجدين حال وجود ابنهما (المحكوم له بحق الزيارة) في السجن أو فقدانه، ومن خلال ما صدر عن الاجتهاد القضائي في الحكم بزيارة الأقارب حال وفاة أو فقدان أحد الأبوين صاحب الحق في الحضنة، يؤكد أنه أمر في غاية الأهمية مما يوجب النص عليه في التعديلات القادمة لقانون الأسرة الجزائري.

في القانون المقارن عالجت مدونة الأسرة المغربية مسألة الزيارة لغير الأبوين من خلال نص المادة 185 حيث جاء فيها: "إذا توفي أحد والدي المحضون، يحل محله أبواه في حق الزيارة المنظمة بالأحكام السابقة"⁽⁵⁾، فحق الزيارة كما هو مكفول لغير الحاضن من الأبوين، فبوفاته يحل محله في حق الزيارة أحد أبويه، واعتبر القضاء المغربي أن منع الحاضنة جد الولد المحضون المتوفى والده من

(1) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 189181، 1998/04/21، م ق، 2001، عدد خاص، ص 192.

(2) المحكمة العليا، غ ش أم، ملف رقم 1272554، 2018/06/06، م م ع، 2018، ع 02، ص 89.

(3) المحكمة العليا، غ ش أم، ملف رقم 1329085، 2019/12/04، مذكور سابقا.

(4) المحكمة العليا، غ ش أم، ملف رقم 1064910، 2017/03/08، م م ع، 2017، ع 01، ص 167.

(5) مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

الزيارة وصلة الرحم بحفيده، يشكل ازعاجا فادحا غير مشروع يستلزم تدخل قاضي الاستعجال، ليضع حدا لانتهاك حق الزيارة⁽¹⁾.

في قانون الأسرة القطري نصت المادة 186 على: "وإذا كان أحد الأبوين، أو كلاهما، متوفياً أو غائباً، جازت الزيارة لأقارب المحضون المحارم، وفقاً لا [لما] تراه المحكمة مناسباً"⁽²⁾، فالمادة جوّزت لأقارب المحضون المحارم حق الزيارة دون استثناء، شرط أن يكون أحد أبويه متوفياً أو غائباً، وفق ما تراه مناسبا مع مراعاة مصلحة المحضون، والقانون القطري أعطى الحق في الزيارة لجميع أقارب المحضون المحارم، وهو توجه حسن خاصة بعد ربطه بما تراه المحكمة مناسبا وهي مصلحة المحضون. زاد قانون الأحوال الشخصية السوداني مسألة وجود المحضون لدى غير أبويه فيعين له القاضي مستحق الزيارة من أقاربه المحارم، وهو ما نصت عليه المادة 123 فقرة ج⁽³⁾.

3- من المسائل المسكوت عنها في حق زيارة المحضون، مسألة إعادة النظر في الأحكام المنظمة للزيارة إن وقع تغيير في الظروف الخاصة سواء بالمحكوم له بحق الزيارة، أو الحاضن المحكوم له بممارسة الحضانه، مما يصبح ضرر الزيارة أكثر من نفعها، خاصة أن الزيارة ما حُكم بها إلا تحقيقا لمصلحة المحضون، وما الزيارة إلا جزء لا يتجزأ من هذه المصلحة، التي بواسطتها يستطيع المحكوم له بالزيارة أبا كان أو أما أو جدا... مراقبة المحضون وظروفه وتربيته وتعليمه.

بالتالي متى أصبح حق الزيارة ضارا بمصلحة المحضون أو بأحد الطرفين، جاز للمتضرر طلب تعديله عن طريق القضاء، ويجب أن يكون طلب تعديل نظام الزيارة تحت رقابة القاضي، تبت فيه المحكمة بناء على من تضرر، وأن يدعم طلبه بالحجج والبراهين التي تثبت ذلك، مع بيان أوجه الضرر التي لحقته جراء نظام الزيارة المحكوم به سابقا⁽⁴⁾.

يبقى أن نظام الزيارة من مواقيت وأمكنة سار عليها العمل القضائي، ولا يمكن تحديدها في سياق نص قانوني لأنها تركز أساسا على العرف والعادة، مع مراعاة ظروف كل قضية على حدة، ويبيّن القاضي في منطوق حكمه أيام الزيارة والساعات المسموح بها، وكذلك مكان ممارسة هذا الحق⁽⁵⁾، وسار القضاء على أن مواقيت الزيارة تكون في أيام العطل الأسبوعية، والأعياد الدينية والوطنية، وكذا في أيام العطل المدرسية، أما طول وقصر زمن الزيارة فيختلف باختلاف عمر المحضون، فإن كان طفلا فتكون من التاسعة صباحا إلى غاية الرابعة مساء، وإن كان رضيعا فالزمن يكون أقل من ذلك، أما بالنسبة لمكان الزيارة فإن كان رضيعا أقل من عامين إلى ثلاث سنوات فزيارته

(1) سعيد الوادي، المرجع السابق، ص 80.

(2) قانون الأسرة القطري، المرجع السابق.

(3) قانون الأحوال الشخصية للمسلمين السوداني، المرجع السابق.

(4) سعيد الوادي، المرجع السابق، ص 82.

(5) لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرشد، المرجع السابق، ص 206.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

تكون في بيت حاضنته لحاجته إليها، وأما إن كان أكبر من ذلك فباستطاعة صاحب حق الزيارة الخروج به إلى مكان خارج البيت، أو أخذه لمنزله إن كان قريبا، شرط أن لا يبيت إلا عند حاضنته إلا إذا اتفق على غير ذلك، وله المبيت خارج البيت إن كان متمدرسا وأكبر من سبع سنوات في عطل نهاية الأسبوع، أو العطل المدرسية مناصفة بين الحاضنة وصاحب الحق في الزيارة، كل هذا وتبقى مصلحة المحضون هي الأساس وتتغير من أجلها كل مسألة تضر به⁽¹⁾.

وعليه فالمشروع مطالب في التعديلات القادمة، بإضافة نص قانوني يعطي مكنة لصاحب الحق في الزيارة إعادة النظر في مواقيت وزمن الحضانة، والمكان المخصص لها، حين يصبح تنفيذ هذا الحق مضرا بالمحضون، وصاحب الحق في الزيارة، وحتى الحاضن في بعض الأحيان، أما مسألة التحايل في عدم تسليم المحضون أو الهروب به، فهي مسألة جنائية يعاقب عليها قانون العقوبات الجزائي نصاً. وقد عالجت إحدى قرارات المحكمة العليا بشكل مباشر مسألة إعادة النظر في الأحكام المنظمة لحق الزيارة، فالقرار نقض بسبب التضييق على الأم في الزيارة وتقييد حقها، وطالبت بتعديل الزيارة وتغيير مكان مباشرتها، حيث جاء فيه: "حق الشخص لا يقيد إلا ما قيده به القانون، فزيارة الأم أو الأب لولدها حق لكل منهما، وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعمالها على النحو الذي يراه دون تضييق أو تقييد أو مراقبة، فالشرع أو القانون لا يبني الأشياء على التخوف بل على الحق وحده، والقاضي ملزم في حكمه بهذا المبدأ بأن يحكم بالحق ولا ينظر ما بعد ذلك من أمور مفترضة، إذا فالزيارة في القضية حكم بها للطاعة وقيدت بأن تكون في بيت مطلقها ولا تخرج بالبنت من مدينة تازمالت، وفي هذا تضييق وتقييد لحق وجه يخرج الزيارة من معناها الشرعي وهذا لا يهم غرفة الأحوال الشخصية أنه ليس هو الذي غير الطعن ولكن الطعن يتعلق بتغيير مكان الزيارة والأم فيه على حق تأخذ ابنتها مدة الزيارة أينما تريد في أي بلد تختارها، أما فرض الإقامة المحروسة عليها ببلدة تازمالت وبيت الأب فهذا يخالف الشرع وفيه خرق للقانون وحد من حرية الأشخاص، وإذا كانت الحضانة نفسها قابلة للمراجعة، فمن الضروري أن تكون الزيارة تتقدم عليها في التعديل وتغيير مكان مباشرتها.."⁽²⁾.

في قرار آخر نقضت المحكمة العليا قرار قيّد فيه والد المحضون بحق الزيارة فقط عند بلوغ الطفل 4 سنوات، حيث أكدت المحكمة على مبدأ أن "حق الشخص لا يقيد إلا ما قيده به القانون" وحق الزيارة إن لم يقيد بضوابط فلا يمكن منع المحكوم له بها من زيارة المحضون على الوجه الذي ورد في الحكم، حيث جاء في القرار: "دون أن يظهر من هذا القرار الأسباب التي اعتمدها قضاة الموضوع في قضائهم هذا وكيف توصلوا إلى استحقاق نفقة المحضون بداية من التاريخ المذكور فضلا

(1) لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى، المرجع السابق، ج 1، ص 520.

(2) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 79891، 1990/04/30، م ق، 1992، ع 01، ص 55.

الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره

على أنهم حددوا بداية حق الزيارة عند بلوغ المحضون سن 4 سنوات رغم أن الشخص لا يقيد إلا بما قيده القانون وزيارة الأب حق لابنه بمجرد إسناد الحضانة لغيره وليست مقيدة أو مرتبطة بمدة معينة الأمر الذي يتعين معه القول وأن الوجهين مؤسسين في الحالتين المذكورتين فقط مما يتعين نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يخص تاريخ سريان نفقة المحضون وحق الزيارة⁽¹⁾.

وفي القانون المقارن عالجت مدونة الأسرة المغربية، مسألة تعديل الزيارة بالنص عليها في المادتين 183 و184 منها، حيث نصت المادة 183 على: "إذا استجدت ظروف أصبح معها تنظيم الزيارة المقررة باتفاق الأبوين أو بالمقرر القضائي ضاراً بأحد الطرفين أو المحضون، أمكن طلب مراجعته وتعديله بما يلائم ما حدث من ظروف"⁽²⁾، ويستنتج من المادة أنه قد تستجد ظروف تقتضي إعادة النظر في الزيارة وأوقاتها ومكانها، ومن الأمور المستجدة انشغال الأب بعمل أو لقاء طبيب خلال الوقت المحكوم به، وإعادة النظر يكون عن طريق الزوجين بالاتفاق أو بواسطة المحكمة⁽³⁾، أما المادة 184 فقد نصت: "تتخذ المحكمة ما تراه مناسباً من إجراءات، بما في ذلك من تعديل نظام الزيارة، واسقاط حق الحضانة في حالة الإخلال أو التحايل في تنفيذ الاتفاق أو المقرر المنظم للزيارة"⁽⁴⁾، فمعنى الإخلال في المادة، هو امتناع الحاضن من تمكين من له حق الزيارة من ممارسته، أما التحايل في التنفيذ فلا يكون منعا صريحاً من الحاضن، في تمكين صاحب الحق في الحضانة من زيارة المحضون، لكن يلجأ بالمقابل إلى أساليب احتيالية تؤدي إلى حرمان صاحب الحق في الحضانة من زيارة المحضون، والمحكمة منحت صلاحية اتخاذ القرار الذي تراه مناسباً، بإعمال السلطة التقديرية من تعديل للحضانة أو اسقاطها عن الحاضن⁽⁵⁾.

(1) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 350942، 2006/01/04، م م ع، 2006، ع 01، ص 455.

(2) مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

(3) محمد الكشيبور، المرجع السابق، ج 2، ص 517.

(4) مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

(5) سعيد الوردى، المرجع السابق، ص 84-85.

خلاصة الباب الثاني:

تناولت في هذا الباب ما سكت عنه قانون الأسرة في انحلال الزواج وآثاره، حيث استعرضت فيه المسكوت عنه، في الفُرقة بالطلاق وبيّنت أن القانون لم يتطرّق لجميع شروط المطلق والمطلّقة، مرجحاً المسكوت عن شروطهما بسبب الرقابة المباشرة للقضاء على إجراءات الطلاق، مع التوصية بوضع المشرّع قواعد تنظّم الطلاق المتلفظ به خارج المحكمة، وتطرّقت بعدها لألفاظ الطلاق التي لم يوردها قانون الأسرة ضمن قواعده، وكان للتطبيق للشقاق نصيب من سكوت القانون عن كل تفاصيله، فلم يبين القانون مفهومه ومظاهره وأسبابه، واستعرضت بعدها الخلع وما سكت القانون فيه، من شروط الزوج المخالع والزوجة المختلعة، وكذلك خلع المريضة مرض الموت مقترحا النص على كل هذه المسائل في التعديلات القادمة.

أما في آثار انحلال عقد الزواج، فقد تضمن الفصل سكوت قانون الأسرة الجزائي عن مسائل في العدة والحضانة، فالعدة سكت عن مفهومها على عكس بعض القوانين المقارنة، ولم يبيّن القانون المقصد من القُرء، لأن السكوت عن القُرء يوُلّد خلافاً...، أما الحضانة فمجمل ما سكت عنه قانون الأسرة فيها، كان في شروط حاضن الولد، وكذلك مسائل أخرى متفرّقة لتخيير المحضون وزيارته، واقترحت نصوصاً قانونية يمكن إضافتها مستقبلاً لرفع اللبس عن بعض المسكوت عنه.

خاتمة

خاتمة:

من خلال تطرقي لمختلف جوانب هذه الدراسة التي حاولت فيها التعرّض لبعض المسائل التي سكت عنها قانون الأسرة الجزائري في الزواج وانحلاله، دارسا هذه المسائل على ضوء ما ورد في الفقه الإسلامي، متبعا ذلك بما ورد في القانون وكاشفا مواطن سكوته وسببه، مقارنة كل ذلك بما ورد في بعض قوانين الأحوال الشخصية المقارنة، مستنتجا في الأخير الجوانب التي كان على المشرع الإحاطة بها في الشق القانوني ومتجنبنا السكوت في المواضيع التي تحتاج إلى بيان في تعديلاته القادمة، ولعرض مجمل دراستي فقد قسمتها إلى بايين، الأول منهما تطرقت فيه إلى المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره، وذلك باستعراض ما سكت عنه قانون الأسرة الجزائري في مقدمات الزواج وأركانه وشروطه، ثم ما أغفله في حقوق الزوجين والنفقة الزوجية، وتوصلت في النهاية إلى أن الكثير من المسائل في مقدمات عقد الزواج ومقوماته وآثاره لم يوردها قانون الأسرة ضمن قواعده، أما في الباب الثاني واتباعا للترتيب المنطقي، الذي حاولت من خلاله اظهار بعض مواطن سكوت قانون الأسرة في مسائل انحلال الزواج، من طلاق، وتطليق، وخلع، ثم في آثار فك الرابطة الزوجية من عدة وحضانة مع تبيان بعض من المسكوت عنه فيهما، وخُلصت الدراسة إلى أن قانون الأسرة الجزائري قد سكت وغفل عن عدة مسائل ذات أهمية تحتاج إلى بيان صريح بنصوص قانونية، وقد وضعت كل جزئيات البحث في ميزان المقارنة بشكل تدرّجي بدءاً بالجانب الفقهي ثم التشريعي ثم القضائي، ففي الجانب الأول عرضت المسائل في الفقه الإسلامي ثم قارنتها بالجانب القانوني لإظهار مواطن السكوت، أما في الجانب التشريعي قارنت نصوص قانون الأسرة الجزائري بالقوانين المقارنة التي عالجت مسائل ذات الصلة كانت محل سكوت تشريعي جزائري، أما في الجانب القضائي فعرضت قرارات المحكمة العليا وتعاطيها مع ما سكت عنه القانون من مسائل، بالموافقة بالسكوت، أو المخالفة وذلك بالنص عليها ومعالجتها. من خلال هذه الدراسة يمكن استخلاص النتائج التالية :

- المعنى اللغوي للسكوت هو الصمت والامتناع عن الكلام وتجنبه بقصد أو عن غير قصد، أما اصطلاحا فالأصوليون لم يضعوا تعريفا خاصا بـ"المسكوت عنه" بل اعطوه تصنيفا خلاف المنطوق به، وتعرضوا له بمعنى "المفهوم" بقسميه (مفهوم الموافقة و مفهوم المخالفة)، ورغم التشابه اللفظي للمسكوت بين الفقه والقانون، إلا أنهما يختلفان في المعنى.
- يعتبر سكوت قانون الأسرة عن بعض المسائل قصورا في التشريع، و سدا لهذا القصور جعل المشرع المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري حلا لكل مسألة مسكوت عنها أو مغفلة فيه، أي الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية، مع الانفتاح على كل المذاهب الفقهية.

- انفتاح قانون الأسرة الجزائري على كل المذاهب الفقهية يجعل الأحكام القضائية في بعض المسائل متضاربة، نتيجة اتباع كل اجتهاد قضائي لاتجاه فقهي يختلف عن باقي الاتجاهات الفقهية الأخرى، فكما هو معلوم فالفقهاء يختلفون في بعض المسائل ويتفقون في أخرى، وقد يصل الخلاف في بعض المسائل داخل المذهب نفسه.

- رغم الدور الكبير الذي يلعبه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في الكشف عن المسكوت عنه استكمالاً لما غفل عنه القانون، مما جعل قراراتها نبراساً يسترشد به القضاة في باقي المحاكم (سوابق قضائية)، إلا أن المشرع الجزائري لم يعط أي اهتمام لقرارات المحاكم والإحالة لها، بل لم يذكرها كمصدر تفسيري في المادة الأولى من القانون المدني، ولا في قانون الأسرة الجزائري.

- واجه قانون الأسرة تحديات خلال تطبيقه نتيجة القصور الذي أحاط بالعديد من نصوصه وقواعده، ما جعل من التعديل الأخير (2005) مجرد إعادة صياغة أكثر منه إيجاداً لحلول، صَعُب حلها حين صدر أول مرة (1984).

- سكت قانون الأسرة الجزائري عن أهم شيء في تعريف الزواج في المادة 04 وهو "موضوعه"، الذي يعني فقهاً "الاستمتاع"، متحاشياً ذكره وبدلاً من ذلك نص على أهداف الزواج، وهو خلاف ما جاء به الفقه الإسلامي، كلُّ هذا خوفاً من أن يُفهم قصده من أن الزواج سُرعٌ للذة والاستمتاع.

- سكت قانون الأسرة الجزائري في مقدمات الزواج عن تعريف الخطبة، واضعاً الطبيعة القانونية صدر النص القانوني، متجاهلاً شروط الخطبة، وأحكامها، وأنواعها، ومواصفات كل خاطب، تاركاً الأمر للمادة 222 من قانون الأسرة كحلٍ رجوعاً لأحكام الشريعة الإسلامية والعرف الجاري، وهو أمر قد يعكس صورة من الخلاف الفقهي لعدم توحيد النص القانوني، وأثر الاختلاف في الأعراف من منطقة لأخرى.

- كانت الكثير من المسائل المنظمة لأثر العدول عن الخطبة محل سكوت قانوني، بداية من ارجاع الهدايا المستهلكة بين الخاطبين، وهي مسألة فصلٍ فيها الفقه المالكي، ومسألة من المتسبب في العدول من الطرفين، حتى لا يظلم أحدهما الآخر، وهو أمر يستنبطه القاضي من ظروف وملابسات العدول بين الخاطبين، وكذلك مسائل استرداد الهدايا حال وفاة أحد الخاطبين الذي قضى جمهور الفقهاء بعدمه، مع العلم أن كل المسائل سالفه الذكر كانت محل تطرُق من القوانين المقارنة.

- كانت مسائل مصير الصداق المقدم خلال الخطبة وقبل العقد، عند العدول (عدول أحدهما أو باتفاقهما على العدول) أو الوفاة، محل سكوت قبل تعديل قانون الأسرة وبعده، ويرجع سبب السكوت اعتبار الصداق لا يثبت إلا بالعقد الصحيح، لكن هذا لا يمنع من ذكر مسائل الصداق خلال الخطبة، لتحاشي الفراغ القانوني في مسائل كثيرة الحدوث في الواقع المعيش، حيث كان مصير

الصداق خلال الخطبة، وحال وفاة الخاطب أو المخطوبة محل اهتمام من القوانين المقارنة، منها قانون الأحوال الشخصية السوري، الذي عدّل المواد المغفلة لهذه المسألة وذكرها في آخر تعديلاته، وهو ما يجب أن يقوم به المقنن الجزائري، في إعادة النظر في مصير الصداق، والإشارة إليه في التعديلات القادمة.

- جعل قانون الأسرة الجزائري تعريف عقد الزواج (المادة 04) تحت قسم الخطبة، وكان من المفروض أن يجعله تحت القسم الثاني وهو الزواج، ووفق في وضع المادة 09 المتعلقة بالرضا تحت أركان الزواج، لكن خلطها بالشروط أحدث خلافا منطقيا لاختلافهما، فالمعلوم أن الأركان مستقلة عن الشروط، وكان على المشرع تبيان الاستقلالية في نصوص أبواب مختلفة.

- لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري إلى محل عقد الزواج وهو الزوجان، بالرغم أن الفقهاء فصلوا فيه، وبالتالي فالمشرع الجزائري مطالب بإضافة ركن جديد يطلق عليه اسم "الزوجان" في التعديلات القادمة.

- لم يعالج قانون الأسرة الجزائري مسائل التصحيح الجنسي للخنثى، وما يتعلق بها من كل الجوانب من حقوق، كحق علم الزوجة أو الزوج بعملية التصحيح الجنسي قبل أو اثناء العقد، وإلا اعتُبر تدليسا يُبقي حق الطرف المتضرر في طلب التطليق قائما، وسكت قانون الأسرة عما يحدث بعد الزواج من الخنثى المُصَحَّح جنسها من اكتشاف عيوب أخرى كعدم القدرة على الجماع، والانجاب، وكلها أسباب موجبة للتطليق.

- يختلف التصحيح الجنسي عن التغيير الجنسي، كون الأول مباح للخنثى المُشكّل غير واضح المعالم، فتُجرى له عملية جراحية من أجل إبراز جنسه الحقيقي، عكس التغيير الجنسي، الذي مبدأه تغيير الشخص الطبيعي واضح المعالم جنسه عبثا، نتيجة هوى عابر أو ميل للجنس الآخر، وهو محرّم شرعا، مُباح في بعض الدول الغربية التي تسمح بالممارسات المنافية للفطرة الهادمة للأخلاق.

- سكوت قانون الأسرة في نصوصه عن مسائل التغيير الجنسي، تنتج عنه عدة مشكلات لو وقع زواج بين شخصين أحدهما مغيّر لجنسه، سواء كان التغيير قبل الزواج أو بعده، خاصة إذا قام المغيّر لجنسه بالعملية في بلد أجنبي يُبيح عمليات التغيير الجنسي، ولا مجال لاكتشاف ذلك التغيير من أحد المتعاقدين، ولا ممن يشهد العقد من ضابط الحالة المدنية والشهود، فهذا الزواج فقها وقانونا باطل أو قابل للإبطال، ولو تواطأ الزوجين على إخفائه، لأنه تم بين شخصين من نفس الجنس حتى لو تم تغيير المظهر الخارجي، وهذا الأمر يعتبر من الشذوذ الجنسي المحرّم شرعا، والمعاقب عليه قانونا.

- اختلف الفقهاء في ألفاظ الايجاب والقبول من مقيد لألفاظ مخصوصة، وآخر مُطلق لجميع الألفاظ بشرط أن تقتضي دوام العلاقة الزوجية، و قانون الأسرة الجزائري تبني موقف جميع

الفقهاء، مشترطا أن تكون الألفاظ غير مخالفة للشرع، وهو ما يتضح من نص الفقرة 01 من المادة 10، لكن ما يُعاب على النص القانوني أنه سكت عن مسألتين، الأولى هي اغفال ذكر استثناء الألفاظ التي لا تقتضي دوام الزواج كلفظي "الاجارة" و"الإعارة"، والمسألة الثانية هي عدم ذكر لفظي "لغة وعرفا" في الفقرة الأولى من المادة 10 هذا الاغفال من شأنه أن يؤدي إلى عدم اعتبار أي لغة أخرى غير العربية أو كل لفظ عُرفي يؤدي معنى الزواج في صيغة انعقاد الزواج.

- بالرغم من ذكر الفقرة الثانية من المادة 10 للطرق البديلة المعبّرة عن الإرادة من كتابة وإشارة حال عجز المتعاقد عن التلفظ بصيغة العقد، لكن قانون الأسرة سكت عن التعبير بالكتابة لغير العاجز، سواء كان حاضرا أو غائبا، ولعل سكوته هو اتباع جمهور الفقهاء الذين لا يجيزون انعقاد الزواج "كتابة" لغير العاجز، سواء كان طرفي العقد حاضرين أو غائبين، باستثناء الحنفية الذين يجيزونه بين غائبين فقط، وقد يكون لسكوته سببا آخر هو حمايته لمصلحة المتعاقدين من المخاطر التي قد تنتج عن انعقاد الزواج كتابة بين غائبين من غلط وتدليس.

- رغم أهمية شروط الايجاب والقبول نتيجة تعلّقها بركن التراضي، وهو الركن الوحيد المذكور في المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري، إلا أن هذا الأخير سكت عن شروط الايجاب والقبول ولم يذكرها ضمن القواعد القانونية المحدّدة لأركان عقد الزواج، وتعدّدت أسباب سكوت القانون منها أنه اتّبع الفقه المالكي الذي تخلى عن تقسيم الشروط، أو تركها للقواعد العامة في القانون المدني الذي فصلّ فيها، لكن تبقى كلها مبرّرات غير مقنعة، لأن ذكر شروط الصيغة ضمن أركان عقد الزواج في قواعد قانون الأسرة ذات أهمية كبيرة، ولأنها تجعل من ركن الرضا مُحاط بضوابط (شروط الصيغة) لا يمكن للمتعاقدين تجاوزها أو الاخلال بها.

- سكت قانون الأسرة الجزائري عن الوكالة في عقد الزواج، بعد أن كانت موجودة في القانون قبل التعديل وألغاهما بعد تعديل 2005، ومهما تعدّدت أسباب سكوته عنها، كونها تمس حرية المتعاقدين نتيجة التعبير السيئ لإرادة الأصيل بواسطة الوكيل في عقد خطير كعقد الزواج، أو أنها مذكورة في القانون المدني كشرية عامة ولا مبرّر لإعادة ذكرها مرة أخرى في قانون الأسرة، ويبدو أن قرار إلغاء الوكالة لا معنى له، مادام قانون الأسرة لم ينص في قاعدة قانونية جديدة على إلغائها صراحة بمنع اجراءها.

- ما يبين أن الوكالة لم تُلغى نهائيا من قانون الأسرة هي المادة 21 منه التي توصي بتطبيق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج الذي يجيز الوكالة صراحة، حيث بالرجوع لقانون الحالة المدنية المعدل في المادة 32 منه، نجدها تمنح صراحة لطرفي عقد الزواج حين إبرامه إذا ما كانوا غير ملزمين بالحضور شخصيا، حرية أن يمثلوا بوكيل مفوض خصوصي ورسعي، تحت شروط

ذكرتها المادة سالفه الذكر، وهذا وضّح يؤكد أنه لا أثر لإلغاء الوكالة المذكورة في المادة 20 من قانون الأسرة الجزائري الملغاة، والذي من نتائجه تعطيل العقود لا حمايتها.

- سكت قانون الأسرة الجزائري على مسألة مهمة في رخصة ترشيد القاصر، وهي حين صدور هذه الرخصة من القاضي قد تكون محل طعن من وليّه أو من غيره مع رفض هذا الطعن أساسا، وهي مسألة مهمّة تطرقت لها القوانين المقارنة وأقرّت صراحة برفض الطعن في الرخصة الممنوحة للقاصر حال صدورها من القضاء، وهو ما نصت عليه مدونة الأسرة المغربية ومجلة الأحوال الشخصية التونسية، وسبّب القانونين سالفى الذكر رفضهما الطعن في الرخصة، بأن قرار الإذن بالزواج قابل للتنفيذ بمجرد صدوره من القضاء، ويكون مبني على مبررات قانونية مقنعة، ولأن القاضي يصدر الرخصة استثناء، والاستثناء يكون في أضيق الحدود وعند الضرورة، وبالتالي فلا مجال للطعن فيه.

- وسكت قانون الأسرة الجزائري عن مسألة أخرى في رخصة الترشيد، وهي مسألة الطعن في القرار الصادر عن القاضي برفض إعطاء رخصة للقاصر (الطعن في قرار الرفض بالترشيد)، فالمسألة هنا عكسية فمَنح الرخصة غير قابل للطعن، أما رفضها قابل للطعن أمام محاكم الاستئناف وهو ما سارت عليه القوانين المقارنة.

- سكت قانون الأسرة الجزائري عن مسألة الترخيص بزواج المجنون والمعتوه، وهي مسألة أجازها الفقهاء تحت شروط وضوابط، وتبعتم القوانين المقارنة، وبالرغم من ذلك فسكوته يحيل القاضي للشريعة الإسلامية بنص المادة 222 من قانون الأسرة فيجد القاضي نفسه حينها مرخصا لزواج المجنون والمعتوه، وعليه في هذه الحالة مراعاة المادة 81 من قانون الأسرة التي تنص على أن فاقد الأهلية ينوب عنه قانونا ولي أو وصي، وكذا المادة 85 التي نصت على أن تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت حالة جنونه أو عتهه أو سفهه، أي باطلة بطلانا مطلقا ومنها عقد الزواج.

- اشترطت القوانين المقارنة عند إجازتها لزواج المجنون، ألا يكون إلا برخصة من القاضي بعد موافقة صريحة من وليه، ووجود مصلحة وضرورة ملحة لزواجه، وأن لا يتم منح الإذن من القاضي إلا بعد إجراء فحص طبي من طبيب مختص في الأمراض النفسية والعقلية، يتوج بتقرير طبي يؤكد أن زواج هذا المجنون يساعد في شفائه ولا ينتقل الجنون إلى نسله، وأن يتأكد القاضي من القبول الصريح من الطرف الثاني مع تعهده في محضر رسمي.

- عالجت المادة 15 من قانون الأسرة الجزائري مسائل الصداق التي نصت على: "يحدد الصداق في العقد (...). في حال عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل"، وقبل تعديل قانون الأسرة كان النص مضاف إليه لفظ "يجب" والقصد منها وجوب تحديد الصداق حين العقد، لكن بعد التعديل حُذف اللفظ، ولا يمكن الجزم أن هذا الحذف كان من أجل ترك الخيار للعاقدين في

خاتمة

تسمية الصداق أو هجر تسميته واسقاطه عمدا حين العقد، ونعلم أن التسمية واجبة لتدارك الخلاف، أما الفقرة الثانية من المادة 15 صيغت كالتالي: "وفي حال عدم تحديد قيمة الصداق"، هل يقصد القانون عدم تحديده عمدا أو نسيان تحديده أو تسمية الصداق غير صحيحة؟ وعلى ما يبدو أن كل عبارات المادة غامضة غير واضحة.

- سكت قانون الأسرة الجزائري عن مسألة وجوب الزوجة لكامل صداقها بوفاتها، وذكره فقط في حالة وفاة الزوج، وهو الظاهر من المادة 16 التي جاء فيها: "...أو بوفاة الزوج..."، وهذا يعتبر نقص واغفال في النص القانوني وجب استدراكه.

- سكت قانون الأسرة عن الخلوة الصحيحة كمؤكدة من مؤكدات كامل الصداق متبعا في ذلك المذهب المالكي، لكن قرارات المحكمة العليا تضاربت، فقرارات جاءت موافقة لما في قانون الأسرة من اعتبار الوفاة والدخول فقط كمؤكد لكامل الصداق، وقرارات أخرى نصت على الخلوة الصحيحة كمؤكد لكامل الصداق، وفي قرارات أخرى أسست لمبدأ جديد مهم وهو إثبات المسيس من عدمه المحدد لاستحقاق كامل الصداق أو نصفه، وهذا المبدأ الأخير مذكور في مدونة الإمام مالك رحمته الله، ومضمون المبدأ يكون بسماع قول الزوجة أولا مع اليمين، فإن حلفت استحققت الصداق كاملا، وإن نكلت حلف الزوج وتأخذ نصف الصداق، وإن نكل الزوج تُصدّق الزوجة وتستحق الصداق كاملا.

- سكت قانون الأسرة الجزائري عن حق الزوجين في الاستمتاع، فلم يدرجه في الحقوق المشتركة، ولا في النصوص القانونية لا قبل التعديل ولا بعده، وبالرغم من هذا السكوت إلا أن قرارات المحكمة العليا استكملت ما سكت عنه قانون الأسرة بعلاجها لقضايا كثيرة مست حق الاستمتاع بين الزوجين، وكذلك سكت قانون الأسرة الجزائري عن الجزاء المقرر لامتناع أحد الزوجين من إعطاء حق الآخر، فبالنسبة لامتناع الزوجة عن تمكين نفسها هو في أصله نشوز، وجزاء النشوز سقوط النفقة، وهو ما كان مقررا في المادة 37 فقرة 1 الملغاة، أما بالنسبة للزوج فجزاء امتناعه عن إعطاء حق الزوجة في الاستمتاع، يستنتج من الفقرتين الثالثة والخامسة من المادة 53، اللتين توجبان التطليق بسبب هجر الزوج زوجته دون مبرر لأكثر من 04 أشهر (الإيلاء)، أو الغيبة لأكثر من سنة.

- يتمثل حق المساكنة الشرعية كجزء من الحقوق المشتركة بين الزوجين في شقين: فمن جانب الزوج يجب عليه توفير مسكن الزوجية وتجهيزه بنية الاستقرار فيه مع زوجته، والمبيت معها بإعطائها حقوقها الزوجية، إلا لوجود عذر أو مانع شرعي أو القسم حال التعدد، مع الانفاق عليها بالمعروف، أما من جانب الزوجة فيجب عليها الانتقال مع زوجها إلى بيت الزوجية الذي عينه الزوج مقرا للأسرة، ولا مبرر لها للامتناع عن الانتقال معه والقرار فيه، شرط قبضها صداقها كله أو معجله، ووجوب عدم خروجها منه إلا بإذنه، وأن لا تحرمه من حقوقه الزوجية إلا بمسوخ شرعي، وسكت قانون الأسرة الجزائري عن المساكنة الشرعية ولم يتطرق لها، بالرغم أن قوانين أخرى ذكرتها صراحة.

- سكوت قانون الأسرة الجزائري عن المساكنة وتجاهله إياها في الحقوق الزوجية غير مبرر، في ظل عجز الفقرة الأولى من المادة 36 من القانون التي تنص على: "المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة"، عن التعبير عن المساكنة، فهي مادة تفسرُ بشكل عام، وتحتل العديد من المعاني، التي لا تؤدي معنى المساكنة، خاصة في ظل انتشار الكثير من الزوجات المستحدثات في هذا العصر، التي لا تتحقق فيها المساكنة، فقد يكون زواجا شرعيا بلا مساكنة كزواج المسيار، أو غير شرعي مع مساكنة كالمخادنة المحرّمة، وعلى المشرّع الجزائري إضافة المساكنة في الحقوق المشتركة بين الزوجين في التعديلات القادمة لأن وجودها أضحى أكثر من ضرورة.

- بالرغم من سكوت قانون الأسرة الجزائري عن حق الطاعة، إلا أن المجتمع الجزائري بتدينه وأعرافه الصحيحة المستمدة من الشريعة الإسلامية، يقر بحق طاعة الزوج في غير معصية لله أو مضرّة، وبالتالي إلغاء حق طاعة الزوج من قانون الأسرة الجزائري نتج عنه فراغ تشريعي وجب تداركه.

- من المسائل التي سكت عنها قانون الأسرة الجزائري في مسقطات النفقة النشوز، فلم يعط له تعريفا، مما يلزم القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بنص المادة 222 من قانون الأسرة، رغم أن النشوز كسبب مسقط للنفقة كان موجودا في نص المادة 1/37 الملغاة، ويرجح أسباب سكوت القانون هو ترسيخه للمساواة بين الرجل والمرأة بإلغائه المادة المتضمنة لحقوق الزوج وفيها النفقة الزوجية وسقوطها بالنشوز.

- سكت قانون الأسرة الجزائري عن تنظيم مسألة عمل الزوجة ومدى تأثيره على النفقة، ونعلم أن مسألة عمل الزوجة من المسائل المهمّة والمستجدة، التي تحتاج إلى بيان بنصوص قانونية صريحة، كون عمل المرأة من الحقوق الأساسية المنصوص عليها دستوريا، ونص قانون الأسرة على أن عمل الزوجة، يمكن أن يكون محل شرط عند إبرام عقد الزواج في المادة 19 من قانون الأسرة، لكن بالرغم من ذلك سكت قانون الأسرة عن مسألة أخرى وهي إمكانية الرجوع عن هذا الشرط إن كان مرهقا للزوج، عند حدوث وقائع مستجدة، تجعل من الشرط صعب التحقيق أو مستحيل أو تنتج عنه مشاكل تؤدي إلى انفصام عرى الزواج.

- في انحلال الزواج سكت قانون الأسرة الجزائري عن جميع شروط المطلق، بدءاً بأهليته وكل ما يدخل في شرط العقل من طلاق المجنون، والمعته، وطلاق الغضبان، والسكران، وشروط الاختيار والقصد كطلاق المكره، والهازل، والمخطئ، وتعددت الأسباب المرجّحة لسكوته، لكن ليس لسكوته مبرر لأن بعض القوانين المقارنة تطرقت لشروط المطلق، ولعلّ السبب في جعل القانون يتخلى عن ذكر الشروط هي الرقابة المباشرة للقضاء على الطلاق وإجراءاته، خاصة أن القضاء هو من يتسنى له التأكد من وجود وتوافر شروط أهلية المطلق، من بلوغ، وصحة وعقل، اختيار وقصد بإرادة كاملة عند معالجته لقضايا الطلاق.

- من المسائل المسكوت عنها في الطلاق هي شروط الزوجة المطلقة، حين وقع عليها الطلاق هل هي زوجة حقيقية (متزوجة بعقد صحيح) أو حكمية (خلال فترة العدة في الطلاق الرجعي)؟ وبما أن قانون الأسرة الجزائري سكت عن هذه المسألة، فالحل يكون بالرجوع للشريعة الإسلامية بنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، وهذا الرجوع قد لا يحل الاشكال لاختلاف الفقهاء، ويرجّح سبب سكوت القانون هو اعتماده نظام لا طلاق إلا بحكم القاضي، يجعل من إجراءات رفع دعوى الطلاق أمام المحكمة تقابل بالرفض لعدم وجود عقد زواج صحيح مستخرج من سجلات الحالة المدنية، أو بشهادة للحالة العائلية تثبت وجود عقد زواج صحيح، لكن المشكل هنا لا ينتهي، فقد تطفو إلى السطح إشكالات أخرى، كما في حال تلفظ الزوج بالطلاق خارج المحكمة، ورفع الزوجان بعدها دعوى الطلاق أمام القضاء لاستصدار حكم بالطلاق، فهل يعتبر هذا الطلاق طلاقاً حكمياً خلال فترة العدة، على اعتبار أن الزوجة مطلقة خارجاً؟ والجواب يكون نعم بأن هذا الطلاق حكمي وقع في العدة الحقيقية التي بدأت من يوم تلفظ الزوج بالطلاق، ولحل هذا المشكل وجب على المشرّع وضع نصوص تنظّم الطلاق المتلفظ به من الزوج خارج المحاكم، يحدد من خلالها وقت التلفّظ، وعدد الطلقات وبداية العدة.

- سكت قانون الأسرة الجزائري ولم يتطرق لمسألة الألفاظ التي يقع بها الطلاق، الأمر الذي يؤدي إلى تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، والتي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية كحل من الحلول لما لم يتطرق له هذا القانون، وكما سبق أن أشرت فالرجوع في المسائل الخلافية قد يولد تضارباً في الأحكام القضائية.

- وضع قانون الأسرة الجزائري التطليق للشقاق، في الفقرة الثامنة من الأسباب الموجبة للتطليق المذكورة في المادة 53 منه، لكنه بالمقابل سكت عن كل تفاصيله، على عكس بعض القوانين المقارنة التي خصصت له قواعد قانونية تنظمه خارج أسباب التطليق وتبين إجراءاته وأحكامه، ويمكن اختصار ما سكت عنه قانون الأسرة الجزائري في التطليق للشقاق فيما يلي:

- سكت قانون الأسرة الجزائري ولم يضع تعريفاً دقيقاً للشقاق المستمر، وقد ذكره ضمن الفقرة 8 من المادة 53، والمادة 56 التي عرفت بصورة غير مباشرة، وكان على القانون بيان تعريفه وأسبابه، حتى لا يكون سبباً سهلاً تتخذه ذريعة كل زوجة، تريد التخلص من زوجها، دون توفّر أسباب قوية تظهر الشقاق المستمر بينها وبينه، خاصة أن الشقاق المستمر الحقيقي يكون ناتجاً عن خلاف شديد، تستحيل معه استمرارية الحياة الزوجية، ومن خلال التطبيق القضائي، يستشف أن التطليق للشقاق هو مجموعة الإجراءات التي تقوم بها المحكمة في حال استحالة استمرارية العلاقة الزوجية وتصدها، نتيجة الخلاف العميق والمستمر بين الزوجين، تطبيقاً

نص المادتين 53 فقرة 8 و56 من قانون الأسرة الجزائري، والذي يتوج إما بمواصلة الحياة الزوجية أو انهائها.

- سكت قانون الأسرة الجزائري ولم يبين معنى استمرارية الشقاق، وكيفية إثباتها، وهو أمر صعب لأن استمرارية الشقاق لا يمكن أن تظهر للقاضي إلا بعد إثبات الشقاق نفسه، ولا يكون ذلك إلا عن طريق قرائن قوية تعكسها وقائع تظهر من أحد الطرفين المتخاصمين، يثبت من خلالها الشقاق المستمر مع العجز عن إصلاح ذات البين ولجوء الزوجين للقضاء، وبالبحث والتقصي وجدت أن هناك أسبابا يمكن أن يتأكد من خلالها القاضي من وجود شقاق مستمر بين الزوجين، وقد وردت هذه الأسباب عند فقهاء المالكية، وسكت عنها القانون وعمل بها القضاء، والمتمثلة في تكرار رفع الدعوى أو تكرار الشكوى من الزوجة مع عجزها عن إثبات الضرر الحاصل لها من الزوج، عندئذ يمكن للقاضي تعيين حكمين، للتوفيق والإصلاح بين الزوجين.

- تم التوصل من خلال البحث أن من الأسباب الأخرى للشقاق المستمر بين الزوجين، هو الإخلال بالحقوق والواجبات المشتركة بينهما، المنصوص عليها في المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري، التي تنظم الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة، والمعاشرة بالمعروف بتوطيد كل أواصر الود والرحمة والاحترام المتبادل، وتدعو إلى التعاون المشترك لتسيير الأسرة، وتجنب كل خلاف يمس مصالحها بصفة عامة ومصحة الأولاد ومستقبلهم بصفة خاصة، لأن الناظر لكل مشكلة تهز كيان الأسرة يجد منشأها التعدي على الحقوق الزوجية.

- بالرجوع للمادة 53 فقرة 8 نجد أنها جعلت التطبيق للشقاق حقا للزوجة وحدها دون الزوج، مقابل الطلاق بالإرادة المنفردة له، والفقهاء الإسلامي جعل من التفريق للخلاف والضرر حقا للزوجين، وبالتالي على المشرع الجزائري إعادة النظر في التفريق للشقاق وجعله حقا للزوجين معاً، بإفراده بنصوص قانونية مستقلة عن أسباب التطبيق، وهو ما سارت عليه قوانين مقارنة.

- أما بخصوص الحكمين فقد سكت قانون الأسرة الجزائري عن شروط تعيينهما، باستثناء شرط كونهما من أهلي الزوجين، والمنصوص عليه في المادة 56 من قانون الأسرة، حيث أنه بالرجوع للشريعة الإسلامية نجد أن الفقهاء اختلفوا في بعض التفاصيل كشرطي الذكورة والعدالة، وكان على قانون الأسرة إدراج نص صريح يبين شروط الحكمين، ابتعادا عن الخلاف الفقهي الذي يفضي إلى اختلاف الأحكام القضائية.

خاتمة

- سكت قانون الأسرة الجزائري عن كثير من المسائل في الخلع، إثر حصره في نص قانوني واحد (المادة 54)، حيث أعطى للزوجة حق التطليق خلعا دون رضا الزوج، بعد أن كان قبل التعديل يؤخذ برضاه، والرجوع إلى الشريعة الإسلامية يفتح باب اختلاف الأحكام القضائية، نتيجة تعدد الآراء الفقهية واختلافها في بعض تفاصيل الخلع، مما يصعب عمل المحكمة العليا كجهة موحدة للاجتهاد.
- سكت قانون الأسرة الجزائري عن شروط الزوج المخالغ والزوجة المختلعة، ولم يتطرق لأي مسألة فيهما، عدا تبيانه إمكانية إنهاء الرابطة الزوجية بالخلع من طرف الزوجة عن طريق القضاء، وبالتالي فهو خلع قضائي وليس رضائي.
- سكت قانون الأسرة الجزائري عن مسألة خلع الزوجة المريضة مرض الموت كما سكت عن طلاقها، ولعلّ سكوته يفسّر اتباعه المذهب المالكي، الذي لا يُجوّز خلع المريضة مرض الموت، لكن نجد أن للمالكية قولاً لابن القاسم يجيز فيه خلع المريضة مرض الموت، شرط أن لا يتجاوز بدل الخلع مقدار ميراثه منها، وعلى المشرّع الجزائري تقنين هذه المسألة في نصوص قانونية، يوضح من خلالها أحكام الخلع من بينها شروط المخالغ والمختلعة، وخلع المريضة مرض الموت بجعل مقدار عوض الزوج بما لا يتجاوز نصيبه من الميراث.
- من المسائل التي سكت عنها قانون الأسرة الجزائري في التطليق خلعا، المخالعة مقابل بعض المنافع أو إسقاط حقوق، عوضا عن المال المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 54، الأمر الذي يظهر قانون الأسرة أنه استبعد كل بدل غير مالي، بالرغم من إباحة الشريعة الإسلامية للخلع مقابل المنافع، ولعلّ سكوت القانون يفسّر حمايته لحقوق الأولاد، خوفا عليهم من تنازل الأم عن نفقتهم أو أجره الرضاع، كونها مسائل تمس جوانب حساسة من حياة الأولاد ضحية هذا الفراق.
- مثلما سكت قانون الأسرة عن مسألة نفقة الأولاد في مقابل الخلع، سكت كذلك عن الخلع مقابل إسقاط الحضانة، والمرجّح من سكوته في هذه المسألة هو حماية الأولاد، لكن السكوت في هذا المقام لا يؤدي إلى غرض الحماية، بل بالعكس فالنص الصريح على منع الخلع مقابل الحضانة هو الكفيل بحماية الأولاد، حتى لا تكون حضانتهم محل مساومة بين الزوجين في الخلع.
- لم تكن العدة كأثر من آثار انحلال عقد الزواج بمنأى عن سكوت قانون الأسرة الجزائري، حيث لم يعط لها تعريفا واضحا، مكتفيا ببيان بعض أحكامها وأنواعها، على عكس بعض قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية التي عرّفت العدة منها قانون الأسرة القطري.
- لم يُظهر قانون الأسرة الجزائري المقصود بالقرء هل هو الطهر أو الحيض، مع العلم أن المسألة في جانبها الفقهي بها خلاف وكل فريق من الفقهاء أتى بحجج تثبت صحة مذهبه، وبما أن المسألة مسكوت عنها فإحالتها إلى الشريعة الإسلامية بنص المادة 222 من قانون الأسرة لا يحل الإشكال، وكان على القانون النص صراحة على معنى القرء باتباع أحد الرأيين الفقهيين لتتضح الصورة ويتبين الأمر، لأن

خاتمة

ترك القُراء دون تحديد معناه يفضي إلى الدخول في المحظور، ويظهر ذلك عند محاولة الزوج مراجعة زوجته في العدة، معتبرا القراء هو الحيض، وهي تأتي العودة بحكم أنها بانة منه معتبرة القراء طهرا، وكلاهما يدعي حقا لا يخالف الشرع.

- سكت قانون الأسرة الجزائري عن عدة المستحاضة وعدة ممتدة الطهر، وتطبيق المادة 222 من قانون الأسرة قد لا يرفع اللبس عنهما، لأن فيهما خلاف بين الفقهاء، وذكرها بنص صريح في قانون الأسرة له أهمية، لأن عدة المستحاضة المميزة للدم ثلاثة قروء، وعدة غير المميزة بين دم الحيض ودم الاستحاضة، هي ثلاثة أشهر تيسيرا على المعتدة، عوض سنة كاملة كما ذهب إليه المالكية ومن معهم. - عدة ممتدة الطهر (المرتابة) ثلاثة قروء، إن كان بسبب الرضاع وعاد لها الحيض بعد فطام ولدها، وإن لم يعد لها الدم تعدد بسنة كاملة تجل بعدها للأزواج، أما المريضة فحكّمها حكم المرضع، وأما من ذهب حيضها بغير سبب فعدتها سنة كاملة، مقسّمة بين تسعة أشهر لبراءة الرحم يضاف لها ثلاثة أشهر أخرى عدة الآيسات، وكاقتراح واعتبارا لكل حالات العدة، فإنها تنقضي بعد ثلاثة أشهر فقط، إن ثبت بالفحص الطبي (التحليل المخبري والكشف بالأشعة) خلو الرحم من الحمل، لأن التيسير على النساء المعتدات ورفع الحرج عليهن يكون بعدم إطالة مدة عدتهن، لأن ذلك من مقاصد الشريعة، ولأن التطور التكنولوجي في المجال الطبي أصبحت نتائجه دقيقة جدا، تخدم الشريعة وتسندها في جانبها التعبدي.

- في تحوّل العدة من عدة طلاق إلى عدة وفاة، سكت قانون الأسرة الجزائري على مسائل هي: 1- حال وفاة الزوج وزوجته معتدة من طلاق رجعي تتحول حينها إلى عدة وفاة من جديد دون احتساب ما مضى من عدة الطلاق ولا يسقط حق الزوجة في الميراث، 2- تحوّل العدة من الطلاق البائن إلى عدة وفاة، فعند الفقهاء المطلقة البائن طلاقها بينونة صغرى أو كبرى وتوفي مطلقها، تستكمل عدتها وهي عدة الطلاق دون نفقة 3- أما تحوّل عدة الطلاق إلى عدة وفاة في مرض الموت، فقد تطلق الزوجة طلاقا بائنا وزوجها في مرض الموت، فإن توفي مطلقها قبل انقضاء عدتها من طلاق بائن، تعدد بأبعد الأجلين بين عدة الطلاق وعدة الوفاة، وإن اكتشف أن الطلاق طلاق فرار فإنها ترثه ولو كان بائنا.

- سكت ولم يتعرّض قانون الأسرة الجزائري عن شروط الحاضن، عدا ما نصت عليه المادة 62 في العبارة التالية: "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك" فالمادة ذكرت وجوب توفر الشروط لكنها لم تفصّل فيها، مما يوجب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية بنص المادة 222، ونعلم الخلاف الفقهي في شروط الحاضن، والشروط التي سكت عنها قانون الأسرة الجزائري تنقسم إلى:

- شروط عامة، حيث سكت قانون الأسرة فيها عن تفاصيل تحوي شرط البلوغ، والعقل، والأمانة، والأخلاق، والقدرة على القيام بشئون المحضون، والتدين بدين الإسلام.

• شروط خاصة بالنساء وإن ذكر منها قانون الأسرة الجزائري مسألتين في المادتين 66 و 70 وهما: ألا تسكن الحاضنة من غير أمه مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، وسقوط حضانة الأم عند زواجها بغير قريب محرم، ولكن قانون الأسرة الجزائري سكت فيهما عن عبارة "مصلحة المحضون" في نص المادتين سالفتي الذكر (الفقرة 1 من المادة 66، والمادة 70)، ومصلحة المحضون معيار مهم اعتمده المشرع الجزائري في أغلب مسائل الحضانة، وذكره في المادتين يحل العديد من الإشكالات المتعلقة بزواج أم المحضون بغير قريب محرم، وبالتالي على المشرع أخذ مصلحة المحضون في هذه المسألة بعين الاعتبار في التعديلات القادمة.

• شرطين خاصين بالرجال وهما: أن يكون الحاضن محرماً للمحضونة الأنتى، وشرطاً آخر هو أن تكون مع الحاضن الرجل الذي آلت إليه الحضانة امرأة تعينه على الاهتمام بشئون المحضون، سواء كان أباً أو غيره، لأن الحضانة عمل عسير، والمرأة أكثر قدرة على خدمة المحضون.

- من المسائل المهمة التي سكت قانون الأسرة الجزائري عنها، هي عدم توفر شروط الحضانة في كل الحاضنين المذكورين في المادة 64، والحل بإجراء مهم يقوم به القاضي لتحقيق مصلحة المحضون من خلال رفع الأمر للنياحة العامة وهي طرف أصلي في النزاع بنص المادة 03 مكرر من قانون الأسرة، وذلك باختيار من هو كفؤاً من الأقارب أو غيرهم، وإن خشي القاضي على المحضون من ظروف الحاضن الجديد وعدم ملائمتها له، فله السلطة في انتداب مساعدة اجتماعية للتأكد من ظروف الحاضن، وإن تعذر ذلك فتحويل المحضون إلى المراكز المتخصصة للرعاية هو أفضل خيار له.

- من المسائل التي سكت عنها قانون الأسرة في الحضانة هي تخيير المحضون، أي تخيره بعد انتهاء حضانته أو وصوله لسن معينة بين البقاء مع حاضنته أو الذهاب مع والده، وقد اختلف الفقهاء بين مجيز للتخيير ومانع له، ويرجع سبب سكوت القانون إلى اتباعه للمذهب المالكي الذي لا يخير المحضون بعد انتهاء حضانته، وخلصت إلى أنه قد يكون من المهم الاستماع للمحضون واتباع رغبته في البقاء مع أحد والديه، إذا تأكد القاضي من وجود مصلحة في تخييره دون ضرر، لأن المسألة لها سندها الشرعي في أحاديث رسول الله ﷺ.

- سكت ولم يتطرق قانون الأسرة الجزائري لأحكام حق زيارة المحضون بشكل مفصل ودقيق، ولم يعرف حق الزيارة وذكره بشكل مختصر (المادة 64)، محيلاً الأمر للسلطة التقديرية للقاضي في تحديد كل تفاصيل الزيارة، لكن يبقى النص عليها صراحة أفضل خيار، لتجنب الإشكالات العملية التي تنجر عنها أحكام قضائية متضاربة.

برغم ذلك كان لقرارات المحكمة العليا الفضل في استكمال ما سكت عنه القانون، من خلال التفصيل في حق زيارة الأب لأولاده لتفقدتهم، ومتابعة دراستهم، وحمايتهم، من كل ما يترتب بهم من

أخطار سواء كانت من ظروف حَضَانَتهم مع حاضِنَتهم أمّا كانت أو غيرها، أو أي خطر آخر، وفصّلت كذلك قرارات المحكمة العليا في تحديد زمن الحضّانة، من خلال مدة الزيارة وتكرارها في الأسبوع.

الاقتراحات:

- ضرورة تعديل نصوص قانون الأسرة الجزائري، من خلال إعادة النظر في كثير من المسائل التي سكت عنها والنص عليها مستقبلا، تجنباً للعديد من المشكلات على المستوى العملي وتسهيلاً لعمل القضاة.

- ندعو إلى إصدار مذكرة إيضاحية لقانون الأسرة الجزائري، على غرار ما سارت عليه قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية، لما لها من فائدة عملية تبيّن المرجعية الفقهية لمسائل قانون الأسرة، وكذلك إظهار منحنى قانون الأسرة ومقصده، في المسائل التي سكت عنها واغفلها والتي تحتاج إلى تفسير، مع تبيان سبب اتباعه لمذهب معين في مسألة معيّنة، أو عدم مذهبيته الصرفة إن عزف عن كل المذاهب.

- إعادة النظر في المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، وذلك بربط مرجعيتها بالفقه المالكي المعتمد في الجزائر، مع الانفتاح على المذاهب الأخرى حال عدم الاكتفاء بما ورد مالكيًا، مع مراعاة العرف الجاري في المسائل الاجتماعية الخاضعة لتغير الزمان والمكان.

- ضرورة تعديل نص المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، بإضافة الركن البيولوجي الذي يحدد الزوجان الرجل والمرأة، في ظل الانهيار الأخلاقي المنتشر عالمياً، إثر استحداث بعض الدول لهويات غير فطرية كالمتحولين جنسياً، والجنس الثالث، وحرية اكتساب الهوية الجندرية التي تلغي كل مظاهر ازدواجية الجنسية، هذا الاستحداث قد يؤدي إلى عقد قران بين شخصين من نفس الجنس.

- على المشرع الجزائري حال تعديل قانون الأسرة، الأخذ بعين الاعتبار مسائل الخنثى المُصَحَّح جنسه إثر عملية جراحية وضّحت جنسه هل هو ذكر أو أنثى، مع وجود تقرير طبي رسمي يثبت إجراء عملية التصحيح لتبيان جنسه وقدرته على الوطاء معد من طرف طبيب محلّف، حتى لا يقع الطرف الآخر ضحية للتدليس فيتزوج شخصاً من نفس جنسه دون أن يدري.

- ضرورة تعديل القانون الطبي الجزائري، بإضافة نصوص تجرّم إجراء عمليات التغيير الجنسي، مع بيان أوجه الاختلاف بينه وبين التصحيح الجنسي، هذا الأخير تجرى عملياته للخنثى مشكل استثناءً، والذي في معظم حالاته يحتاج إلى تدخل جراحي من أجل توضيح ذكورته من أنوثته.

- وجوب تعديل قانون العقوبات، بإضافة قواعد قانونية تجرّم عمليات تغيير الجنس، مع تسليط أقصى العقوبات على كل من يغيّر جنسه عبثاً لهوى عابر أو لاضطراب في الهوية الجنسية، أو نتيجة ميله للجنس الآخر، مع تسليط عقوبات قاسية ضد كل طبيب يخالف القوانين السارية، ويخرق

خاتمة

ميثاق أخلاقيات المهنة، إثر قيامه بعمليات تغيير جنس لأشخاص الهدف منها الربح المادي، باستثناء العمليات الجراحية الطارئة التي تهدف إلى إسعاف مريض في حالة حرجة.

- على المشرع الجزائري تدارك النقص الذي شاب المادة 10 من قانون الأسرة في التعديلات القادمة، وذلك بإضافة فقرة تحدد شروط صيغة انعقاد عقد الزواج ويكون نصها كالتالي: "يشترط لصحة الإيجاب والقبول ما يلي: 1- أن تكون الصيغة منجزة، 2- اتحاد مجلس الإيجاب والقبول، 3- موافقة القبول للإيجاب من كل وجه."

- إعادة إدراج المادة 20 الملغاة إثر تعديل 2005 والمنظمة للوكالة في عقود الزواج، مع تقييدها بشروط مذكورة في المادة 32 من قانون الحالة المدنية، وكذلك الاستفادة من القوانين المقارنة التي أجازت الوكالة وأحاطتها بضوابط وشروط، تمنع الوكيل من تجاوز الصلاحيات الممنوحة له بوساطة الوكالة. - تعديل نص المادة 15 من قانون الأسرة المتضمنة بالصدّاق كونها غامضة ولا تؤدي المعنى المطلوب فعليه أقترح صياغة جديدة للمادة وهي: "1- يسمى الصّدّاق في العقد تسمية صحيحة، وفي حالة عدم تسمية الصّدّاق في العقد، أو كانت تسميته غير صحيحة أو أتفق على السكوت عنه، وجب صدّاق المثل، 2- للزوجة الامتناع عن الدخول حتى تقبض الصّدّاق أو معجله، وإن رضيت بالدخول دون صدّاق، فهو دين في ذمة الزوج."

- وجب تعديل المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري التي كانت محل انتقاد لقصورها، والمعالجة لمسألة وجوب كامل الصّدّاق للزوجة بوفاتها، فعلى المشرّع مستقبلا إضافة مسألة وفاة الزوج قبل الدخول، لأن جميع الفقهاء اتفقوا على أن الصّدّاق يثبت بوفاة أحد الزوجين قبل الدخول، وعليه وجب إضافة عبارة للمادة في التعديلات القادمة لتصبح: "أو بوفاة أحد الزوجين قبل الدخول."

- في المستقبل حال تعديل قانون الأسرة، يجب الأخذ بعين الاعتبار ما قرره المذهب المالكي، في مؤكّدات كامل الصّدّاق من اثبات للمسييس كمبدأ طُبّق في قرار للمحكمة العليا، لأن اتباع المبدأ المذكور أنفا يرفع التضارب بين قرارات المحكمة العليا ويوحدها.

- تخصيص فقرة في الحقوق المشتركة بين الزوجين، والمذكورة في المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري، تؤكد وجود حق المساكنة الشرعية كجزء من الحقوق الزوجية، لأن المشرّع بإضافة حق المساكنة الشرعية، يؤسس لحلول مناسبة لعدة إشكالات لم يذكرها القانون، كمغادرة أحد الزوجين بيت الزوجية، أو حرمان أحدهما الآخر من حق الاستمتاع، فهي أسباب مباشرة للإخلال بحق المساكنة الشرعية المغيّب من الذكر ضمن الحقوق المشتركة، لأن النص الصريح على حق المساكنة بين الزوجين، لا يمنحهما فرصة التعدي على هذا الحق، ووقاية للزوجين من مآلات تشتت الأسرة.

خاتمة

- ضرورة إضافة عبارة "المساكنة الشرعية" في التعديلات القادمة بما تحويه من حقوق، باعتبار أن المساكنة من أهم الواجبات المتبادلة بين الزوجين، ومن شأن ذلك غلق الباب أمام أنواع من الزواج التي لا تشترط المساكنة، وانتشار المخادنة كمظهر من مظاهر التأثر بالدول الغربية.
- إدراج نص في قانون الأسرة الجزائري ينظم نفقة الزوجة العاملة، وأحكامها في مادة مستقلة يُبين فيها مسألة العمل وأثره على النفقة، وظروف خروج المرأة للعمل ومدى مشروعيتها، وهل يتطلب علماً وإذناً من الزوج، سواء تزوجها عالماً بعملها أو لا، وتبيان الأسباب المُسقطه لنفقتها من عدمها، لو ظهر أن هذا العمل تسبّب في ضرر للأسرة، مُعتبراً في ذلك تغيّر الأحكام بتغير الظروف والأزمان، لأن عمل الزوجة في المجتمع الجزائري أصبح واقعا لزم تنظيمه، تفاديا لكل إشكال في القضاء.
- إعادة الاعتبار لشروط المطلق وتبianaها في التعديلات القادمة، لأن الطلاق حين يتلفظ به الزوج خارج أسوار المحكمة واقع شرعا لا محالة، قد يكون الزوج ساعتهما مصابا بنوبة جنون أو سُكر أو غضب، وعلى المشرع وضع نص قانوني يثبت فيه الطلاق خارج المحكمة شريطة أن يكون بحضور شهود أقارب كانوا أو غيرهم، مع الأخذ بعين الاعتبار حال المطلق كامل الإرادة أو به حالة من الحالات السابق ذكرها من غضب أو إكراه أو غيره، والنص المقترح كالتالي: "إذا تلفّظ الزوج بالطلاق وكان كامل الإرادة وبحضور شهود يقع طلاقه في الحال، ولا يقع طلاقه حال جنونه أو عته أو سُكره أو غضبه أو إكراهه أو هزله أو خطأه".
- إعادة صياغة الفقرة الثامنة من المادة 53 المتعلقة بالتطبيق للشقاق في التعديلات القادمة لقانون الأسرة الجزائري، بإضافة مفهوم "للشقاق" مع تحديد مظاهره وأسبابه لتتضح صورته، ولا يكون مبررا للزوجة لرفع دعاوى كيدية ظاهرها شقاق وباطنها انتقام، والهدف منها تخلّص الزوجة من الزوج دون وجود مسوّغ مقبول.
- على المشرع الجزائري تقنين ما عمل به القضاء، في مسائل التطبيق للشقاق في التعديلات القادمة لقانون الأسرة، جاعلا من تكرار الدعوى سببا حقيقيا لإثبات الشقاق المستمر بين الزوجين، مع ضبطه بشروط من بينها رفض دعوى التطبيق للشقاق المرفوعة لأول مرة شرط عدم ثبوت الضرر، وقبول دعوى التطبيق للشقاق (أي دعوى ثالثة) إذا سبقتهما دعويين على الأقل ولو لم يثبت الضرر، حينئذ على القاضي انتداب حكّمين للإصلاح بين الزوجين.
- وضع نص في قانون الأسرة الجزائري يلزم القاضي بانتداب حكّمين للإصلاح، في جميع دعاوى الفرقة من طلاق، وتطبيق، وخلع.
- تعديل المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري بإضافة فقرة ثانية توجب تعيين حكّمان في الشقاق يكونان من أهل الزوجين أو غيرهما، ويكون اقتراح تعديل الفقرة بإضافة: "...يعين القاضي حكّمين،

خاتمة

حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وإن تعدّر عليه اختار حكّمين آخرين من غير الأهل ممن يتوسّم فيهم العدالة والصلاح".

- استحداث نص صريح يمنع الخلع مقابل تنازل الزوجة عن حضانة الأولاد، بهدف حمايتهم من أي مساومة بين الزوجين، وهو أمر نصت عليه قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية حماية لحقوق الأولاد.

- تعديل النصوص القانونية المنظّمة للعدة، من خلال إدراج مفهوم للعدة متبوعا ببيان مسألة مهمة في احتسابها وهي تفسير معنى القرء هل هو الحيض أو الطهر، لأن الاختلاف بينهما واضح في احتساب العدة وترك المسألة دون تفسير يعد لبسا، وبالتالي فالنص القانوني الصريح لمعنى القرء هو الحل الكفيل بغلق الباب أمام كل تأويل.

- على المشرّع في التعديلات القادمة النص على مسألة عدة المرأة المستحاضة والممتدة الطهر، والتيسير في عدتهن دون انتظار مدد طويلة كالسنة مثلا، والتأكيد على الفحص الطبي بالوسائل التكنولوجية الحديثة (بالتحليل المخبري والكشف بالأشعة) لأن نتائجها دقيقة وسريعة في كشف خلورحم المعتدة.

- تدارك النقص التشريعي المتمثل في سكوت قانون الأسرة الجزائري عن مسائل شروط الحاضن أو الحاضنة، وذلك بالنص عليها في التعديلات القادمة، أخذا بعين الاعتبار الاقتراحات والملاحظات المدوّنة أدناه، كون شروط الحاضن من المسائل الضرورية التي تمس مصلحة المحضون قبل وأثناء حضانتهم، وهذه الاقتراحات:

أ- شروط الحاضن:

1- شروط عامة في الحاضن: "يشترط في الحاضن ما يلي: - أن يكون الحاضن بالغاً راشداً، وللقاضي السلطة التقديرية في منح الحضانة لأحد الأبوين القاصرين.

- أن يتصف بالأمانة والأخلاق.

- أن يكون الحاضن قادراً على تربية المحضون ورعايته.

- أن يكون سليماً من الأمراض المعدية والخطيرة".

2- شروط خاصة بالحاضنة الأنثى وهي:

"- أن تكون من محارم المحضون الذكر.

- ألا تكون متزوجة من غير قريب محرم، واستثناء لا يسقط حق الحاضنة المتزوجة بغير

قريب محرم في الحالات التالية: "- أن يكون عمر المحضون أقل أو يساوي ثمان سنوات ذكراً

كان أو أنثى، ولا ضرر عليه بفراقها بعد هذا السن.

- أن يكون المحضون مريضاً مرضاً مزمناً أو من ذوي

الاحتياجات الخاصة ولا يقدر على رعايته إلا أمه، لا تثبت

خاتمة

الأمراض والعلل إلا بالخبرة من ذوي الاختصاص في الجانب الطبي.

- يسقط حق الزوجة الحاضنة في السكن وأجرته، وتبقى نفقة المحضون سارية والمنصوص عليها في المادة 75 من هذا القانون.

- تسقط الحضانة عن الأم بتضرر الصغير مع مراعاة مصلحة المحضون في جميع الحالات."

3- شروط خاصة بالحاضن الذكر وهي:

- أن يكون محرماً للمحضون الأنثى.

- أن يكون عنده من يصلح للحضانة من النساء، وعلى من آلت له الحضانة أن يُثبت تحقق هذا الشرط، وإن استلزم الأمر إجراء بحث اجتماعي للتثبت من أن هذه المرأة تبدي استعداداً لقبول المحضون مع الالتزام برعايته، ولها القدرة على رعاية المحضون مع تحقق جميع الشروط الأخرى التي تخولها القيام بواجبات الحضانة.

ب- أما بالنسبة لوحدة الدين بين الحاضن والمحضون فأقترح المادة التالية: "يجوز أن تسند الحضانة للكتابية غير المرتدة، أمماً كانت أو غيرها، شريطة أن لا تلقنه دينها وتربيته على دين أبيه، ومراعاة لمصلحة المحضون تسقط الحضانة عن الحاضنة أمماً كانت أو غيرها إن خيف على دين المحضون، وفي جميع الأحوال تسقط الحضانة ببلوغ المحضون سن السابعة".

ج- أما في حال انعدام الحاضنين أو عدم كفاءتهم، أقترح النص القانوني التالي: "في حال انعدام الحاضنين وعدم كفاءتهم، مع مراعاة نص المادة 64، يجوز للقاضي وبعد إجراء تحقيق إسناد الحضانة لغير المحكوم لهم قانوناً، وفي حال عدم كفاءة غير الحاضنين المقرر لهم حضانة الولد قانوناً، فللقاضي السلطة التقديرية في تحويل المحضون إلى أحد المراكز المتخصصة لرعايته".

- أصاب القصور النص القانوني المنظم لحق زيارة المحضون في قانون الأسرة، نتج عنه اختلاف في أحكام القضاء، وقانون الأسرة حينما ينص صراحة على تفاصيل الزيارة في قواعد قانونية واضحة، يؤدي إلى توحيد الأحكام القضائية ونزع كل لبس، خاصة أن تفاصيل حق الزيارة كثيرة، وتمسّ جانباً حساساً ذو ارتباط بالأبناء، وعليه فالمشرع مطالب بتعديلات توضح حق غير الحاضن في زيارة المحضون من خلال بيان مفهومها، وتحديد أحكامها وتفصيلها، بضبط الأيام، وزمن الزيارة، وفتراتها والوقت بدقة مع المكان المحدد للزيارة، منعاً لكل مراوغة للتنصل من المسؤولية في تنفيذ أحكام الاتفاق الخاص بالزيارة.

خاتمة

- على المشرع إضافة نص قانوني في التعديلات القادمة، يحدد فيه من له الحق في الزيارة من غير الأبوين كأجداد مثلا، ومسألة أخرى في الزيارة عليه تنظيمها وهي إمكانية إعادة النظر في الحكم المنظم للزيارة متى صار تنفيذه مرهقا لصاحب الحق فيها، وفيه ضرر للمحضون، كذلك النص على مسألة التحايل في عدم تسليم المحضون أو الهروب به، كونها مسألة جنائية يعاقب عليها قانون العقوبات الجزائري.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم برواية ورش.

أولاً- المراجع باللغة العربية:

1- كتب التفسير:

1- ابن العربي، أحكام القرآن، تخرّيج وتعليق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 2003.

2- ابن جزي، التسهيل لعلوم التنزيل، تحقيق عبد الله الخالدي، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، لبنان، ط1، 1416هـ.

3- ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، (د.م)، ط2، 1999.

4- إسماعيل عصام الدين، حاشية القونوي على تفسير البيضاوي ومعه حاشية ابن التمجيد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2001.

5- البغوي، معالم التنزيل في تفسير القرآن (تفسير البغوي)، تحقيق عبد الرزاق المهدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1، 1420، ج5، ص106.

6- البيضاوي ناصر الدين، أنوار التنزيل وأسرار التأويل، تحقيق محمد عبد الرحمن المرعشلي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ.

7- الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1994.

8- الزجاج إبراهيم، معاني القرآن وإعرابه، تحقيق عبد الجليل عبده شلبي، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط1، 1988.

9- السعدي عبد الرحمن، تيسير اللطيف المنان في خلاصة تفسير القرآن، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، ط1، 1422هـ.

10- السعدي عبد الرحمن، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، تحقيق عبد الرحمن بن معلا اللويحق، مؤسسة الرسالة، ط1، 2000.

11- الصابوني محمد علي، روائع البيان تفسير آيات الأحكام، مكتبة الغزالي، مؤسسة مناهل العرفان، دمشق سورية، بيروت، لبنان، ط3، 1980.

12- الصابوني محمد علي، صفوة التفاسير، دار الصابوني للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط1، 1997.

13- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية،

قائمة المصادر والمراجع

- القاهرة، ط2، 1964.
- 14- المراغي أحمد، تفسير المراغي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط1، 1946.
- 15- رضا محمد رشيد، تفسير المنار، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، (د.ط)، 1990.
- 16- فخر الدين الرازي، مفاتيح الغيب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط3، 1420هـ.
- 17- محمد حسين الطباطبائي، الميزان في تفسير القرآن، مؤسسة الأعلى للمطبوعات، بيروت، لبنان، ط1، 1997.
- 18- محمد سيد طنطاوي، التفسير الوسيط للقرآن الكريم، دار نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، الفجالة، القاهرة، مصر، ط1، 1997.
- 2- كتب الحديث وشروحه:**
- أ- كتب الحديث:**
- 1- ابن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة، تحقيق كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1409هـ.
- 2- ابن ماجه، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي، (د.م، د.ط، د.ت).
- 3- أبو داود، سنن أبو داود، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، دمشق، سورية، بيروت، لبنان، ط1، 2009.
- 4- أحمد ابن حنبل، مسند أحمد، تحقيق شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، وآخرون، مؤسسة الرسالة، (د.م)، ط1، 2001.
- 5- الألباني محمد ناصر الدين، ضعيف سنن أبي داود، مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1998.
- 6- البخاري، صحيح البخاري، 54، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، بيروت، لبنان، ط1، 2001.
- 7- البيهقي، السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب اعتبار الكفاءة، حديث رقم 13760، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 2003.
- 8- الترمذي، سنن الترمذي، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي وآخرون، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط2، 1975.
- 9- السيوطي جلال الدين، جمع الجوامع، تحقيق مجموعة من المحققين، طباعة الأزهر الشريف، القاهرة، مصر، ط2، 2005.

قائمة المصادر والمراجع

- 10-الصنعاني، مصنف الصنعاني، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي، الهند، ط2، 1403هـ.
- 11- سعيد بن منصور، سنن سعيد بن منصور، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية، الهند، ط1، 1982.
- 12- مالك بن أنس، المدونة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1994.
- 13- مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبو ظبي، الإمارات، ط1، 2004.
- 14- مسلم، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (د.ط)، (د.ت).
- 15- النسائي، سنن النسائي، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 2001.
- ب- شروح الحديث :**
- 1- ابن عبد البر، الاستذكار، تحقيق سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2000.
- 2- الخطابي، غريب الحديث، تحقيق عبد الكريم إبراهيم الغرباوي، دار الفكر، دمشق، سوريا، (د.ط)، 1982.
- 3- الخطابي، معالم السنن (شرح سنن أبي داود)، المطبعة العلمية، حلب، سورية، ط1، 1932.
- 4- السندي، حاشية السندي على سنن ابن ماجه، دار الجيل، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت).
- 5- السندي أبو الحسن، فتح الودود في شرح سنن أبي داود، تحقيق محمد زكي الخولي، مكتبة لينة، دمنهور، جمهورية مصر العربية، مكتبة أضواء المنار، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط1، 2010.
- 6- الصنعاني، سبل السلام، دار الحديث، (د.م، د.ط، د.ت).
- 7- العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، بؤب أحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، تصحيح: محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، لبنان، (د.ط)، 1379هـ.
- 8- العيني بدر الدين، عمدة القارئ شرح صحيح البخاري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت).
- 9- القسطلاني، إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط7، 1323هـ.
- 10- النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط2، 1392هـ.

قائمة المصادر والمراجع

11- محمد بن علان الصديقي، دليل الفالحين لطرق رياض الصالحين، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2004.

3- كتب الفقه:

أ- فقه حنفي:

- 1- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، (د.م، ط2، د.ت).
- 2- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2، 1992.
- 3- ابن همام، فتح القدير على الهداية، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط1، 1970.
- 4- البابرّي، العناية شرح الهداية، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، (وصوّرتها دار الفكر، لبنان)، ط1، 1970.
- 5- الحصكفي علاء الدين، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2002.
- 6- الزيلعي، تبين الحقائق، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، ط1، 1313هـ.
- 7- السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، (د.ط)، 1993.
- 8- العيني بدر الدين، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2000.
- 9- القدوري، التجريد، تحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، دار السلام، القاهرة، مصر، ط2، 2006.
- 10- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، لبنان، ط2، 1986.
- 11- المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق طلال يوسف، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت).
- 12- عبد الرحمن شيخي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، (د.م، د.ط، د.ت).

ب- فقه مالكي:

- 1- ابن الحاجب، جامع الأمهات، تحقيق أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضرى، الإمامة للطباعة والنشر والتوزيع، (د.م)، ط2، 2000.
- 2- ابن جزي، القوانين الفقهية، (د.ن، د.م، د.ط، د.ت).
- 3- ابن رشد الجد، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، تحقيق محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، 1988.
- 4- ابن رشد الجد، المقدمات الممهّدات، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الاسلامي، بيروت، لبنان،

قائمة المصادر والمراجع

- ط1، 1988.
- 5- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، مصر، (د.ط)، 2004.
- 6- ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق محمد الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط2، 1980.
- 7- ابن عرفة، المختصر الفقهي لابن عرفة، تحقيق حافظ عبد الرحمن خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، (د.م)، ط1، 2014.
- 8- ابن يونس الصقلي، الجامع لمسائل المدونة، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، ط1، 2013.
- 9- أبو الأصبع، ديوان الأحكام الكبرى، تحقيق يحي مراد، دار الحديث، القاهرة، مصر، (د.ط)، 2007.
- 10- الباجي أبو الوليد، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1332هـ.
- 11- التسولي، البهجة في شرح التحفة، تحقيق محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1998.
- 12- الخرخشي، شرح مختصر خليل، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت).
- 13- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، (د.ط، د.ت).
- 14- الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، المكتبة العلمية، (د.م)، ط1، 1350هـ.
- 15- الزحيلي وهبة، الفقه المالكي الميسر (أحكام الأسرة)، دار الكلم الطيب، سورية، (د.ط)، 2010.
- 16- الزرقاني عبد الباقي، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، دار، بيروت، لبنان، ط1، 2002.
- 17- الزرقاني محمد بن عبد الباقي، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، مصر، ط1، 2003.
- 18- الشنقيطي محمد، لوامع الدرر في هتك أستار المختصر، دار الرضوان، نواكشوط، موريتانيا، ط1، 2015.
- 19- الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار المعارف، (د.ط، د.ت)،
- 20- العدوي، حاشية العدوي، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، لبنان، (د.ط)، 1994.
- 21- الغرياني الصادق، الفقه المالكي وأدلته، دار الريان، بيروت، لبنان، ط1، 2002.
- 22- الفندلاوي يوسف، تهذيب المسالك في نصرة مذهب مالك، تحقيق أحمد البوشيخي، دار الغرب الإسلامي، تونس، ط1، 2009.
- 23- القاضي عبد الوهاب، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق محمد مراي، دار الإمام مالك، الجزائر، ط1، 2014.

قائمة المصادر والمراجع

- 24- القاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، (د.ط، د.ت).
- 25- القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد بوخبرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1994.
- 26- الكشناوي أبوبكر، أسهل المدارك "شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك"، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2، (د.ت).
- 27- اللخمي أبو الحسن، التبصرة، تحقيق أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط1، 2011.
- 28- المواق المالكي، التاج والاكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1994.
- 29- النفراوي شهاب الدين، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، (د.م، د.ط)، 1995.
- 30- خليل بن إسحاق الجندي، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب، تحقيق أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، (د.م)، ط1، 2008.
- 31- خليل بن إسحاق الجندي، مختصر العلامة خليل، تحقيق أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، مصر، ط1، 2005.
- 32- عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، (د.ط)، 1989.
- 33- مالك بن أنس، المدونة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1994.
- 34- ميارة، شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام، تحقيق عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د.ط)، 2000.

ج- فقه شافعي:

- 1- ابن الرفعة، كفاية النبيه في شرح التنبيه، تحقيق مجدي محمد سرور باسلوم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2009.
- 2- ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى (لصاحبها مصطفى محمد)، مصر، (د.ط)، 1983.
- 3- أبو حامد الغزالي، الوسيط في المذهب، تحقيق أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة، مصر، ط1، 1417هـ.
- 4- الأنصاري زكرياء، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الاسلامي، (د.م، د.ط، د.ت).
- 5- الأنصاري زكرياء، فتح الوهاب شرح منهج الطلاب، دار الفكر، سوريا، (د.ط)، 1994.
- 6- البجيرمي، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب، مطبعة الحلبي، (د.ط)، 1950.
- 7- الجويني أبو المعالي، نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج،

قائمة المصادر والمراجع

- (د.م)، ط1، 2007.
- 8- الخنْ مُصطفى وآخرون، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دار القلم، دمشق، سوريا، ط4، 1992.
- 9- الدمياطي البكري، إغاثة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، دار الفكر للطباعة والنشر، (د.م)، ط1، 1997.
- 10- الرافي، العزيز شرح الوجيز، تحقيق علي محمد عوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1997.
- 11- الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، طبعة أخيرة، 1984.
- 12- الروياني، بحر المذهب، تحقيق طارق فتحي السيد، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 2009.
- 13- الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 5د. ط، 1990.
- 14- الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1994.
- 15- الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت).
- 16- العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة، المملكة العربية السعودية، ط1، 2000.
- 17- القليوبي أحمد، أحمد عميرة، حاشيتنا قليوبي وعميرة، دار الفكر، بيروت، لبنان، (د.ط)، 1995.
- 18- الماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1999.
- 19- النووي، المجموع شرح المهذب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د.ط)، 2011.
- 20- النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط3، 1991.

د- فقه حنبلي:

- 1- ابن المفلح، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1996.
- 2- ابن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، (د.م)، ط7، 1989.
- 3- أبو داود، مسائل الإمام أحمد رواية أبي داود السجستاني، تحقيق أبي معاذ طارق بن عوض الله بن محمد، مكتبة ابن تيمية، مصر، ط1، 1999.
- 4- أحمد بن حنبل، مسائل أحمد بن حنبل رواية ابنه عبد الله، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1، 1981.
- 5- البعلي أحمد، الروض الندي شرح كافي المبتدي، المؤسسة السعيدية، الرياض، المملكة العربية

قائمة المصادر والمراجع

السعودية، (د.ط، د.ت).

6-الجهوتي، الروض المرعب بشرح زاد المستنقع مختصر المقنع، تحقيق خالد بن علي المشيقح وآخرون، دار الركائز للنشر والتوزيع، الكويت، ط1، 1438.

7-الجهوتي، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، (د.م)، ط1، 1993.

8-الجهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت).

9-الحجاوي المقدسي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق عبد اللطيف السبكي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت).

10-الرحيبياني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، (د.م)، ط2، 1994.

11-الزركشي شمس الدين، شرح الزركشي، دار العبيكان، (د.م)، ط1، 1993.

12-المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق عبد التركي وعبد الفتاح الحلو، هجر للطباعة والنشر، مصر، ط1، 1995.

13-المقدسي بهاء الدين، العدة شرح العمدة، دار الحديث، القاهرة، مصر، (د.ط)، 2003.

14-بن قدامة شمس الدين، الشرح الكبير، تحقيق عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، هجر للطباعة والنشر، مصر، ط1، 1995.

15-بن قدامة موفق الدين، المغني، تحقيق طه الزيني وآخرون، مكتبة القاهرة، مصر، ط1، 1968.

ه-فقه ظاهري:

1- ابن حزم، المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت).

4- لغة ومعاجم:

1-آبادي الفيروز، القاموس المحيط، تحقيق نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط8، 2005.

2-ابن سيده، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2000.

3-ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، (د.م)، (د.ط)، 1979.

4-ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، ط3، 1993.

5-بن عباد اسماعيل، معجم المحيط في اللغة، تحقيق محمد حسن آل ياسين، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط1، 1994.

6-جبران مسعود، معجم الرائد، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط7، 1992.

7-أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، (د.م)، ط1، 2008.

قائمة المصادر والمراجع

- 8- الجرجاني، التعريفات، دار الكتب العلمية بيروت-لبنان، بيروت، لبنان، ط1، 1983.
 - 9- الحنفي أبو البقاء، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، تحقيق: عدنان درويش، محمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، (د.ط. د.ت).
 - 10- الرازي زين الدين، مختار الصحاح، تحقيق يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت، لبنان، ط5، 1999.
 - 11- الرعيي الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، (د.م)، ط3، 1992.
 - 12- الزبيدي، تاج العروس، تحقيق إبراهيم التريزي، مطبعة حكومة الكويت، الكويت، (د.ط)، 1972.
 - 13- الزمخشري، أساس البلاغة، تحقيق محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1998.
 - 14- الفارابي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط4، 1987.
 - 15- الفيومي، المصباح المنير، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، (د.ط)، (د.ت).
 - 16- المطرزي، المغرب في ترتيب المعرب، دار الكتاب العربي، (د.م، د.ط، د.ت).
 - 17- النسفي عمر، طلبة الطلبة، المطبعة العامرة، مكتبة المثنى ببغداد، العراق، (د.ط)، 1311هـ.
 - 18- قاسم بن عبد الله القونوي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تحقيق يحيى حسن مراد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 5 د.ط، -، 2004.
 - 19- قلعجي محمد رواس، حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، (د.م)، ط2، 1988.
 - 20- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، دار الدعوة، (د.م، د.ط، د.ت).
- 5- كتب التراجع:**
- 1- ابن حبان، مشاهير علماء الأمصار وأعلام فقهاء الأقطار، تحقيق مرزوق علي إبراهيم، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، ط1، 1991.
 - 2- الذهبي، سير أعلام النبلاء، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، (د.م)، ط3، 1985.
 - 3- الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط15، 2002.
 - 4- الصفدي صلاح الدين، الوافي بالوفيات، تحقيق: أحمد الأرنؤوط وتركي مصطفى، دار إحياء التراث، بيروت، لبنان، (د.ط)، 2000.
 - 5- وليد بن أحمد الحسين الزبيدي وآخرون، الموسوعة الميسرة في تراجم أئمة التفسير والإقراء والنحو واللغة، مجلة الحكمة، مانشستر، بريطانيا، ط1، 2003.

6- كتب فقه معاصر

- 1- الجوزو عبد الرحمن، مسند العروس لتأسيس الأسرة الإسلامية السعيدة، مؤسسة عز الدين، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت).
- 2- ابن تيمية، بغية المرئاد، تحقيق موسى الدويش، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط3، 1995.
- 3- ابن تيمية، درء تعارض العقل والنقل، تحقيق محمد رشاد سالم، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، ط2، 1991.
- 4- ابن تيمية، مجموع الفتاوى، تحقيق عبد الرحمان قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، (د.ط)، 1995.
- 5- ابن قيم الجوزية، إغاثة اللفهان في حكم طلاق الغضبان، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، ط1، 1425هـ.
- 6- ابن قيم الجوزية، تهذيب السنن، تحقيق إسماعيل مرحبا، مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 2007.
- 7- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط27، 1994.
- 8- أبو زهرة محمد، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، (د.م)، (د.ط)، (د.ت).
- 9- أبو لحية نور الدين، أحكام الطلاق والفسخ وآثارهما، دار الأنوار للنشر والتوزيع، (د.م)، ط2، 2015.
- 10- أبو لحية نور الدين، أحكام العشرة الزوجية وآدابها، دار الكتاب الحديث، مصر، ط1، (د.ت).
- 11- أبو لحية نور الدين، الحقوق المادية للزوجة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، ط1، (د.ت).
- 12- أبو لحية نور الدين، الحقوق المادية والمعنوية للزوجة، دار الأنوار للنشر والتوزيع، (د.م)، ط2، 2015.
- 13- أبو لحية نور الدين، العلاج الشرعي للخلافات الزوجية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، ط1، (د.ت).
- 14- أبو لحية نور الدين، حق الزوجين في حل العصمة الزوجية، دار الكتاب الحديث، مصر، ط1، (د.ت).
- 15- أبو عبدة سعد محمد حسن، النفقة الزوجية في الشريعة الإسلامية، كلية الشريعة والقانون جامعة أسيوط، مصر، ط1، 2001.
- 16- آل الشيخ هشام، أثر التقنية الحديثة في الخلاف الفقهي، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 2006.

قائمة المصادر والمراجع

- 17- الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت).
- 18- البخاري علاء الدين، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، دار الكتاب الإسلامي، (د.م، د.ط، د.ت).
- 19- التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، بيت الأفكار الدولية، (د.م)، ط1، 2009.
- 20- الجزيري عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 2003.
- 21- الجويني، البرهان في أصول الفقه، تحقيق صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1997.
- 22- الزحيلي محمد مصطفى، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، ط2، 2006.
- 23- الزحيلي وهبة، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، سورية، ط1، 1986.
- 24- الزحيلي وهبة، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، دار الوعي، الجزائر، ط5، 2012.
- 25- الزحيلي وهبة، جهود تقنين الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، سورية، ط1، 2014.
- 26- الزحيلي وهبة، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، دار الفكر، دمشق، سورية، ط3، 2012.
- 27- الزرقا أحمد، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، سوريا، ط2، 1989.
- 28- الزرقا مصطفى، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، سوريا، ط2، 2004.
- 29- الزرقا مصطفى، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، سورية، ط1، 1999.
- 30- الشوكاني، نيل الأوطار، تحقيق عصام الدين الصبابي، دار الحديث، مصر، ط1، 1993.
- 31- العطار عبد الناصر، الوسيط في أحكام الأسرة في الإسلام، المكتبة الأزهرية للتراث، مصر، (د.ط)، 2010.
- 32- العطار عبد الناصر، خطبة النساء، مطبعة السعادة، مصر، (د.ط)، 1976.
- 33- العلواني زينب، الأسرة في مقاصد الشريعة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، هرندين، فرجينيا، الولايات المتحدة الأمريكية، ط1، 2013.
- 34- الغرياني الصادق، الأسرة أحكام وأدلة، دار بن حمودة ودار الشعب، زليتن، مصراته، ليبيا، ط8، 2011.
- 35- القرافي: الفروق، عالم الكتب، (د.م، د، ط، د.ت).

قائمة المصادر والمراجع

- 36- القنّوجي، الروضة الندية، تعليق العلامة ناصر الدين الألباني، دارُ ابن القَيِّم للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 2003.
- 37- النملة عبد الكريم، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1999.
- 38- جابر ادريس علي أمير، منهج السلف والمتكلمين، مكتبة أضواء السلف، الرياض المملكة العربية السعودية، ج1، 1998.
- 39- جهاد حمد محمد، الأحكام الشرعية في ضوء المستجدات الطبية، والبيولوجية العضوية، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، 2010.
- 40- حسين عبد الغني سمرة، مسقطات النفقة، دار الهاني للطباعة والنشر، (دم، د.ط)، 2001.
- 41- ذيب أحمد، قواعد الطلاق وضوابط الفراق، دار هومة، الجزائر، ط2، 2017.
- 42- رمزي محمد علي دراز، السكوت وأثره على الأحكام في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، (د.ط)، 2017.
- 43- زيدان عبد الكريم: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1993.
- 44- سابق سيد، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط3، 1977.
- 45- شاهين عادل، أخذ المال على أعمال القُرب، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، (دم)، ط1، 2004.
- 46- عبد العزيز سميرة، العدة وأحكامها في الشريعة الإسلامية، دار الايمان، الإسكندرية، مصر، ط1، 2008.
- 47- عدد من المختصين، نظرة النعيم في مكارم أخلاق الرسول الكريم - صلى الله عليه وسلم، إشراف صالح بن عبد الله بن حميد، دار الوسيلة، جدة، المملكة العربية.
- 48- عمر سليمان الأشقر وآخرون، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس، الأردن، ط1، 2001.
- 49- قاسم يوسف، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، مصر، ط2، 1992.
- 50- كنعان محمد، الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس، لبنان، ط1، 2000.
- 51- محمد إبراهيم الحفناوي، الموسوعة الفقهية الميسرة (الطلاق)، مكتبة الايمان، المنصورة، مصر، ط2، 2005.
- 52- محمد إسماعيل أبو الريش، أركان الطلاق في الشريعة الإسلامية، (دن)، مصر، ط1، 1980.
- 53- محمد عبد اللطيف قنديل، فقه النكاح والفرائض، (دن، دم، د.ت).
- 54- محمد عقله الابراهيم، الزواج وفرقه في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، ط2، 2017.

قائمة المصادر والمراجع

- 55- محمد علي البار، خلق الانسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية، المملكة العربية السعودية، ط3، 1983.
- 56- نصار محمد وآخرون، الموسوعة العربية الميسرة، المكتبة العصرية، لبنان، ط1، 2010.
- 57- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، الكويت، ط2، 1404.
- 7- كتب فقه الأسرة وقانونها**
- 1- أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر، مصر، ط3، (د.ت).
- 2- أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، (د.م، د.ط، د.ت).
- 3- أبو سنينة محمد جمال، الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2005.
- 4- أحمد محمد شاكر، نظام الطلاق في الإسلام، مكتبة السنة، القاهرة، مصر، ط2، 1998.
- 5- أزوكار عمر، قضاء محكمة النقض في مدونة الأسرة، منشورات دار القضاء، المغرب، ط1، 2014.
- 6- إسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، دار الحامد، الأردن، ط1، 2009.
- 7- التكروري عثمان، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، الأردن، ط5، 2011.
- 8- الجندلي حامد، قانون الأحوال الشخصية التونسي وعلاقته بالشريعة الإسلامية، منشورات مجمع الأطرش، تونس، ط1، 2011.
- 9- الخمليشي أحمد، من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة "الزواج"، دار الكلمة، مصر، ط1، 2015.
- 10- الخمليشي أحمد، من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة "الطلاق"، دار نشر المعرفة، الرباط، المغرب، ط1، 2016.
- 11- الزوبعي ليلي، أحكام العدة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الوراق، عمان، الأردن، د.ط، 2006.
- 12- السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1، (د.ت).
- 13- الشافعي محمد، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، المطبعة والوراقة الوطنية، المغرب، ط3، 2005.
- 14- الشرنباصي رمضان، جابر الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد، في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، (د.ط)، 2014.
- 15- الصابوني عبد الرحمن، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، منشورات جامعة حلب (كلية الشريعة)، سوريا، (د.ط)، (د.ت).

قائمة المصادر والمراجع

- 16- الصابوني عبد الرحمن، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، لبنان، ط2، 1968.
- 17- الصابوني عبد الرحمن، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في الإسلام، دار التوفيق النموذجية، مصر، ط9، 1983.
- 18- العاني محمد رضا، الوكالة في الشريعة والقانون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2007.
- 19- العيش فضيل، شرح وجيز لقانون الأسرة الجزائري الجديد، منشورات أمين، الجزائر، (د.ط)، 2008.
- 20- الفاخوري إدريس، العمل القضائي الأسري، ج1، مطبعة الأمنية الرباط، ط1، 2009.
- 21- الفاخوري ادريس، المنازعات الأسرية أمام قضاء الموضوع ومحكمة النقض، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، منشورات مجلة الحقوق، دار نشر المعرفة، المغرب، (د.ط)، 2015.
- 22- القضاة محمد حسن، الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، (د.ن)، عمان، الأردن، ط1، 2012.
- 23- الكشور محمد، الواضح في شرح مدونة الأسرة (الزواج)، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط3، 2015.
- 24- الكشور محمد، الواضح في شرح مدونة الأسرة (انحلال ميثاق الزوجية)، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط3، 2015.
- 25- ألكول عدنان، الخلاصة الفقهية في الأحوال الشخصية، دار إلهيات، أنقرة، تركيا، ط1، 2019.
- 26- المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دار هومة، (د.ط)، 2010.
- 27- إمام محمد كمال الدين، الأحوال الشخصية للمسلمين، دار المطبوعات الجامعية، مصر، (د.ط)، 2018.
- 28- باوني محمد، عقد الزواج وآثاره دراسة مقارنة بين الفقه والقانون، منشورات مكتبة اقرأ، قسنطينة، الجزائر، ط1، 2009.
- 29- بختي العربي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د.ط)، 2013.
- 30- بختي العربي، نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة، مؤسسة كنوز الحكمة، الجزائر، ط1، 2013.
- 31- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مطبعة دار التأليف، مصر، ط2، 1961.
- 32- بعلي محمد الصغير، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون والحق، دار العلوم، الجزائر، 2006.
- 33- بلتاجي محمد، دراسات في الأحوال الشخصية، دار السلام للطباعة والنشر، مصر، ط1، 2006.
- 34- بلتاجي محمد، في أحكام الأسرة دراسة مقارنة (الزواج والفرقة)، دار التقوى، مصر، ط1، 2001.

قائمة المصادر والمراجع

- 35- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، (د.ط)، 2013.
- 36- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط6، 2010.
- 37- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط5، 2007.
- 38- بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د.ط)، 2014.
- 39- بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966-2010، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ط4، 2012.
- 40- بن الصغير محفوظ، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي، دار الوعي للنشر والتوزيع، الرويبة، الجزائر، (د.ط)، 2013.
- 41- بن حليلة ساسي، دراسات في الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، (د.ط)، 2012.
- 42- بن حليلة ساسي، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، (د.ط)، 2011.
- 43- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008.
- 44- بن عزوز عبد القادر، أحكام فقه الأسرة، دار قرطبة، الجزائر، ط1، 2007.
- 45- بن محمود فاطمة الزهراء، سامية دولة، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية، قراءة في فقه القضاء، - منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ط1، 2015.
- 46- بن معجوز محمد، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية (الجزء الأول)، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، (د.ط)، 1998.
- 47- بن معجوز محمد، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية (الجزء الثاني)، - مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط1، 1994.
- 48- بن ملحّة الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2015.
- 49- بوضياف عمار، النظرية العامة للحق، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2010.
- 50- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطب والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، (د.ط)، 2001.
- 51- تشوار زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2008.

قائمة المصادر والمراجع

- 52- تقية عبد الفتاح، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية -دراسة مقارنة-، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، (د.ط)، 2012.
- 53- جعفر محمد سعيد، مدخل للعلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، (د.ط)، 2007.
- 54- جمال عبد الوهاب عبد الغفار، الخلع في الشريعة الإسلامية (دراسة فقهية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، (د.ط)، 2003.
- 55- جميل فخري جانم، مقدمات عقد الزواج، دار الحامد، الأردن، ط1، 2009.
- 56- جميل فخري جانم، مقومات عقد الزواج، دار الحامد، الأردن، ط1، 2009.
- 57- جميل فخري جانم، آثار عقد الزواج، دار الحامد، عمان، الأردن، ط1، 2009.
- 58- جميل فخري جانم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، دار الحامد، الأردن، ط1، 2009.
- 59- حامدي عادل، الدليل الفقهي والقضائي للقاضي والمحامي في المنازعات الأسرية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب، ط1، 2016.
- 60- حسن البغا ومصطفى البغا، قانون الأحوال الشخصية زواج وطلاق1، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية، (د.ط)، 2018.
- 61- خلاف عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم الكويت، ط2، 1990.
- 62- خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار الجامعة الجديدة، مصر، (د.ط)، 2015.
- 63- داودي عبد القادر، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، (د.ط)، 2010.
- 64- زينب عبد السلام أبو الفضل، قوامة النساء المشكلة والحل الإسلامي، مكتبة الإيمان للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، ط1، 2001.
- 65- سامح عبد السلام محمد، الخلع كما شرعه الإسلام، دار النهضة العربية، مصر، ط1، 2011.
- 66- سايس جمال: الاجتهاد القضائي الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، الجزائر، ط1، 2013.
- 67- سايس جمال، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي الجزائري، منشورات كليك، الجزائر، ط1، 2014.
- 68- سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة الجزائر، ط4، 2010.
- 69- سعدون أنس، مدونة الأسرة بين القانون والممارسة على ضوء أهم الاجتهادات القضائية (زواج القاصرات بالمغرب)، مجلة العلوم القانونية، ع4-5، مطبعة الأمنية، الرباط، (د.ت).

قائمة المصادر والمراجع

- 70- سعيد الوردى، الحضارة وأشكالها العملية على ضوء أحكام مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، مطبعة الأمنية، الرباط، المغرب، ط1، 2019.
- 71- سلمان نصر، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، دار ابن كثير، دمشق، سوريا، ط1، 2007.
- 72- سلمان نصر، سعاد سطحي، فقه الطلاق في ضوء الكتاب والسنة، دار السلام، (د.م)، (د.ط)، 2009.
- 73- سمك عبد العزيز رمضان، الأحوال الشخصية "أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري"، مطبعة جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، (د.ط)، 2013.
- 74- شرف الدين عبد العظيم، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية (الزواج)، الدار الدولية، القاهرة، مصر، (د.ط)، 2004.
- 75- شريقي نسرين، كمال بوفوروة، قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، ط1، 2013.
- 76- شلي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ط4، 1983.
- 77- عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية، دار النفائس، الأردن، ط1، 2011.
- 78- عبود موسى، دروس في القانون الاجتماعي، المركز الثقافي العربي، بيروت، لبنان، ط2، 1994.
- 79- عزمي البكري محمد، موسوعة الفقه والقضاء، في الأحوال الشخصية، دار محمود، مصر، ط8، 1998.
- 80- عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2015.
- 81- عقله محمد، نظام الأسرة في الإسلام، مكتبة الرسالة الحديثة، الأردن، ط2، 1989.
- 82- علي حسب الله، الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة ونسب، دار الفكر العربي، مصر، ط1، 1968.
- 83- عياشي جمال، محاضرات في قانون الأسرة "انعقاد الزواج"، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2016.
- 84- فرج توفيق حسن، المدخل للعلوم القانونية، (النظرية العامة للقانون)، الدار الجامعية، مصر، (د.ط)، (د.ت).
- 85- فركوس دليلة، عياشي جمال، محاضرات في قانون الأسرة "انعقاد الزواج"، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2016.
- 86- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، (د.ط)، 1986.
- 87- قادر محمد خضر، نفقة الزوجة في الشريعة الإسلامية-دراسة مقارنة بالقانون، دار اليازوري، الأردن، 2010.

قائمة المصادر والمراجع

- 88- قدو ياسر محمد سعيد، أثر الحالات النفسية في قضايا الأحوال الشخصية، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ط1، 2018.
- 89- كمال حسن الوهبي، الأمراض النفسية والاضطرابات السلوكية عند الأطفال، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، ط1، 1997.
- 90- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، (د.ط)، 2014.
- 91- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة، الجزائر، ط3، 2011.
- 92- لوعيل محمد أمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط2، 2006.
- 93- أبو زعيزع عبد الله، مفاهيم معاصرة في الصحة النفسية، دار الأكاديميون للنشر والتوزيع، الأردن، 2015.
- 94- ماهر أمين، المرشد الأسري، دار حرف للنشر والتوزيع، مصر، 2017.
- 95- محدة محمد، الخطبة والزواج، مطابع عمار قرني، باتنة، الجزائر، ط2، 1994.
- 96- محروق كريمة، عقود الزواج بين المستجدات الفقهية ونصوص القانون، دار هومة، الجزائر، ط1، 2019.
- 97- محمد حسين منصور، قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين في مصر ولبنان، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، (د.ط)، 1995.
- 98- محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الطلائع، مصر، (د.ط)، 2012.
- 99- مسرار حميد، نظرية الحق وتطبيقاتها في أحكام الأسرة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د.ط)، 2013.
- 100- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الوراق ودار النرين، بيروت، لبنان والرياض، السعودية، ط9، 2001.
- 101- منصور نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، (د.ط)، 2010.
- 102- هرنان عبد الرحمان، محطات قانون الأسرة الجزائري، بين الماضي والحاضر، منشورات المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، (د.ط)، 2012.
- 103- ولد خسال سليمان، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، الجزائر، ط1، 2010.

8- الرسائل العلمية:

أ- أطروحات الدكتوراه:

- 1- أشرف يحي العمري، نظرية التفريق القضائي بين الزوجين، أطروحة تدرج ضمن متطلبات نيل

قائمة المصادر والمراجع

- شهادة الدكتوراه، تخصص فقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005.
- 2- بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص فقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، جامعة باتنة، الجزائر، 2009/2008.
- 3- سعادي لعل، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة تدرج ضمن متطلبات نيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2015/2014.
- 4- عطا سالم أبو الغنم، عمل الزوجة وتأثيره على الحقوق والواجبات الأسرية-دراسة فقهية قانونية مقارنة-أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا بجامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن، 2017.
- 5- غضبان مبروكة، حقوق الطفل الحاضون في ضوء القضاء الجزائري، أطروحة تدرج ضمن متطلبات نيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2018/2017.
- 6- مكرلوف وهيبة، الأحكام القانونية لنظام تغيير الجنس، أطروحة تدرج ضمن متطلبات نيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016/2015.
- ب-مذكرات الماجستير:**
- 1- إسماعيل شيخ، الإشكالات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، تخصص شريعة وقانون، قسم العلوم الإسلاميّة، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2013.
- 2- داليا علي أبو بكر علي، رؤية المحضون في حالة تنازع الأبوين، دراسة مقارنة، رسالة تدرج ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير، تخصص قانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النيلين، السودان، 2018.
- 3- سامي بن محمد ديولي، أحكام العدة في الفقه الإسلامي، رسالة تدرج ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير، تخصص فقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 1402/1401هـ.
- 4- ندخوشي إبراهيم، التطبيق للشقاق والضرر بين الفقه المالكي ومدونة الأسرة المغربية، بحث تكميلي يندرج ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في القضاء، كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، ماليزيا، 2012.

9-المجلات العلمية:

- 1- "الاجتهاد القضائي"، مجلة الندوة، ع8، هيئة المحامين بطنجة، المغرب، 1992.
- 2- أحنوت عبد القادر، "التحكيم في الشريعة بين الزوجين أنموذجا"، مجلة البيان، ع263، المنتدى الإسلامي، بريطانيا، 2009.
- 3- أسماء بنت عبد الرحمن بن ناصر الرشيد، "أثر جراحة تغيير الجنس في عقد النكاح"، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، ع48، المملكة العربية السعودية، 2019.
- 4- أسماء بنت عبد الرحمن بن ناصر الرشيد، "أثر جراحة تغيير الجنس في عقد النكاح"، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، ع48، المملكة العربية السعودية، 2019.
- 5- بعاكية كمال، آمال حبار، "إكراه الزوج زوجته على الخلع"، المجلة الجزائرية للمخطوطات، مج13، ع2، مخبر مخطوطات الحضارة الإسلامية في شمال أفريقيا، جامعة أحمد بن بلة وهران 1، الجزائر، ديسمبر 2018.
- 6- بعاكية كمال، حبار آمال، "الحضانة وشروطها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، مج7، ع6، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي أمين العقال الحاج موسى أق أخموك تامنغست، الجزائر، 2018.
- 7- بن عומר محمد الصالح، "مساواة المرأة في التشريعات الأسرية المغربية"، مجلة الحقيقة، ع38، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2016.
- 8- بن ملحّة الغوثي، "حول تعديل بعض النصوص لقانون الأسرة لسنة 1984"، مجلة الدراسات الإسلامية، المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، ع8، ديسمبر 2005.
- 9- بورباب محمد، "الإعجاز التشريعي في الحث على الرضاعة الطبيعية"، مجلة الاقتصاد الإسلامي العالمية، ع76، منشورات جامعة كاي، سبتمبر 2018، مقال منشور على موقع: (<https://kie.university/>).
- 10- بوزيتونة لينة، "حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري". المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، مج3، ع2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، الجزائر، 2019.
- 11- بولقصيبات أحمد، "الخلع في الاجتهاد القضائي الجزائري"، مجلة التراث، ع3، جامعة زيان عاشور بالجلفة، مخبر جمع دراسة وتحقيق مخطوطات المنطقة وغيرها، الجزائر، نوفمبر 2012.
- 12- تشوار جيلالي، "الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ج35، ع4، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 1998.

قائمة المصادر والمراجع

- 13- تشوار جيلالي، "الجنس، الزواج والقانون"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مج32، ع4، جامعة الجزائر، 1995.
- 14- تشوار جيلالي، "تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك"، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، ع12، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011.
- 15- تشوار جيلالي، "حق الشخص في التصرف في جسمه الرق، العذري والتغيير الجنسي نموذجاً"، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، ع07، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009.
- 16- تشوار جيلالي، "سن الزواج بين الإذن والجزاء"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مج36، ع4، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 1999.
- 17- تشوار جيلالي، "عدم المذهبية الصرف كمنهج تبناه المشرع الجزائري لوضع الأحكام الأسرية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ج46، ع3، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2009.
- 18- تشوار زكية حميدو، "استماع الطفل بعد الطلاق في القوانين المغاربية بين النقص التشريعي والاجتهاد"، مجلة العلوم القانونية، الإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، ع3، 2005.
- 19- تشوار زكية حميدو، "التعليق على المادة 16 من قانون الأسرة المؤكدة لكل الصداق بالدخول"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مج45، ع3، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2008.
- 20- الجميلي محسن، "حكم تزويج الصغار بين الشريعة والقانون"، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية، المجلد الرابع، العدد 13، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الأنبار، العراق، 2013.
- 21- حاتم أحمد عباس، "تغيير الجنس البشري وموقف الشريعة منه"، مجلة ديالى، ع52، جامعة ديالى، العراق، 2011.
- 22- حسين بن خلف الجبوري، المسكوت عنه في الشرع، مقال منشور على موقع الإسلام اليوم: (<http://www.islamtoday.net/fatawa/quesshow-60-81511.htm>)
- 23- الحمراني هناء، "المساكنة.. كارثة جديدة بعد الزواج العرفي"، مقال منشور على شبكة الألوكة: (<https://www.alukah.net/social/0/65178/#ixzz6L36ihhlx>) .
- 24- حموش عبد الرحمان، "شروط استحقاق الحضانة وأسباب سقوطها: دراسة في ضوء مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي"، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، رقم 32، منشورات مجلة الحقوق، دار نشر المعرفة، المغرب، (د.ط)، 2016.

قائمة المصادر والمراجع

- 25- حموش عبد الرحمان، "زواج القاصر والمصاب بإعاقة ذهنية في القانون المغربي"، مجلة المنبر القانوني، ع7، المغرب، 8، أفريل 2015.
- 26- الحموي أسامة، "ما سكت عنه قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق وآثارهما ويحتاج إلى تقنين"، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، ع1، جامعة الإسكندرية، مصر، 2008، ص68.
- 27- الحيايالي عبد القادر، "الوكالة في عقد النكاح بين الشريعة والقانون"، مجلة كلية الامام الأعظم، ج6، العراق، سبتمبر 2008.
- 28- خالد بن عبد الله المزيبي، "نفقة الزوجة في العصر الحاضر"، مجلة قضاء، ع3، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الجمعية العلمية القضائية السعودية، المملكة العربية السعودية، فبراير 2014.
- 29- دلال وردة، "زواج مثلي الجنس"، مجلة دراسات قانونية، ع16، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، الجزائر، جانفي 2013.
- 30- دنون ياسر، رؤى إبراهيم، "نظرية الظروف الطارئة وأثرها على الأحكام القضائية"، مجلة الشريعة والقانون، ع57، كلية القانون بجامعة الامارات العربية المتحدة، يناير 2014.
- 31- ريم خميس مهدي، "الضيق الجندي"، مجلة الفنون والأدب وعلوم الانسانيات والاجتماع، ع59، كلية الإمارات للعلوم التربوية، فرع للجامعة الاوربية للفنون والعلوم الانسانية في النمسا، الامارات العربية المتحدة، 2020.
- 32- الزماط محمد، "إشكاليات ومستجدات الطرد من بيت الزوجية"، مجلة منازعات الأعمال، ع36، المغرب، نوفمبر 2018.
- 33- سطحي سعاد، "أحكام العدة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري"، مجلة المعيار، مج4، ع8، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، الجزائر، 2004.
- 34- سعيدي محمد نجيب، "التغيير الجنسي من منظور قانوني وشرعي"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، مج4، ع2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، الجزائر، 2020.
- 35- شوقور فاضل، "قراءة في أحكام الحضانة في القانون الجزائري في ضوء اتفاقية حقوق الطفل"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، ع6، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، 2017.
- 36- صالح فواز، "جراحة الخنوثة وتغيير الجنس في القانون السوري"، مجلة جامعة دمشق، مج19، ع2، سوريا، 2003.

قائمة المصادر والمراجع

- 37- عبد السلام بن محمد الشويعر، "أثر عمل المرأة في النفقة الزوجية"، بحث محكم قدم لحلقة البحث التي أقامها مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 2011.
- 38- عبد المجيد الطاهر عواطف، "القصور في التشريع"، مجلة دجلة، ج2، ع1، العراق، 2019.
- 39- عبدو أحمد، "المفهوم القضائي للشقاق المستمر بين الزوجين كسبب للتطليق في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع1، جامعة البليدة، الجزائر، 2011.
- 40- عبدو أحمد، "رضا المرأة في عقد الزواج في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة دراسات قانونية، ع10، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، الجزائر، فبراير 2011.
- 41- علي عبد الله، "التكييف القانوني لمسألة المساكنة"، مقال منشور على موقع الجمل: <http://www.aljaml.com>.
- 42- علي علي سليمان، "تعليق على حكم في قضية تغيير الجنس"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مج33، ع4، جامعة الجزائر، 1996.
- 43- عويس نور، المساكنة في القانون السوري، مقال منشور على موقع مساواة: <http://musawasyr.org/?p=10028>.
- 44- غرابي أحمد، "مدى الالتزام بالمرجعية الشرعية في تعديلات قانون الأسرة"، مجلة دراسات وأبحاث، ع22، جامعة الجلفة، الجزائر، 2016.
- 45- الكحلاوي عبلة، الخلع دواء ما لا دواء له، مجلة الزهراء، مج1، كلية الدراسات الإسلامية والعربية فرع البنات، جامعة الأزهر، القاهرة، مصر، 1992.
- 46- الكشبور محمد، "تغيير الاسم الشخصي المصاحب لتغيير الجنس"، مجلة المناهج القانونية، ع15-16، المغرب، 2011.
- 47- كريم آيت بلا، "دور النيابة العامة في حماية الزوجة على ضوء مقتضيات المادة 53 من مدونة الأسرة"، مقال منشور على مجلة قانونك الالكترونية: <http://9anonak.blogspot.com>.
- 48- الكيلاني جمال، "مبدأ القوامة وأثره في إصلاح الزوجة"، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، مج32، ع109، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2017.
- 49- محروق كريمة، "مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري واجتهادات المحكمة العليا"، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، مج31، ع2، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، 2017.
- 50- محمد علي البار، "مشكلة الخنثى بين الطب والفقه"، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، مج4، ع6،

قائمة المصادر والمراجع

رابطة العالم الإسلامي، 2005.

51- محمود داوود يعقوب، واجب المساكنة، مقال منشور على موقع:

(<https://maitremahmoudyacoub.blogspot.com/2017/05/blog-post.html>).

52- مرتضى علي الحلي، "ثقافة المساكنة بين الزوجين في رؤية القرآن الكريم"، مقال منشور على موقع

مدونة كتابات في الميزان: (<https://www.kitabat.info/subject.php?id=62751K>).

53- مرهف عبد الجبار سقا، "نظام الرضاغة في الإسلام"، مجلة الاقتصاد الإسلامي العالمية، ع 76،

منشورات جامعة كاي، سبتمبر 2018، مقال منشور على موقع: (<https://kie.university/>).

54- معاشي سميرة، "أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري"، مجلة

المنتدى القانوني، ع 6، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة

محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أبريل 2009.

55- منال مروان منجد، "عمليات تحويل الجنس في دولة الإمارات العربية المتحدة: دراسة تحليلية

مقارنة"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، مج 2، ع 2، 16، جامعة الشارقة، الامارات العربية

المتحدة، 2019.

56- المنجد محمد صالح، حقوق الزوج على زوجته، 1399، مقال منشور على الموقع الرسمي للشيخ

محمد الصالح المنجد: (<https://almunajjid.com/courses/lessons/173>).

57- منة عبد الخالق، "مفهوم الطاعة"، مقال منشور على موقع المرسل:

(<https://www.almsal.com/post/899685>).

58- الهادي حسن أحمد، "متاخمة نقدية للهوية الجندرية: رؤية معرفية إسلامية"، مجلة الاستغراب،

ع 16، المركز الاسلامي للدراسات الاستراتيجية، مكتب بيروت، 2019.

59- هنية مازن إسماعيل، منار محمد رمضان، "نفقة وإنفاق الزوجة العاملة"، مجلة فكر وإبداع،

ج 94، رابطة الأدب الحديث، مصر، 2015.

60- واصل محمد، "أحكام نفقة الزوجة العاملة، مجلة العلوم الشرعية"، مج 8، ع 4، جامعة

القصيم، المملكة العربية السعودية، يوليو 2015.

10- الملتقيات العلمية:

1- بورزق أحمد، حمد بوجمعة، عمل الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ورقة بحثية

مقدمة ضمن الملتقى الدولي التاسع الموسوم بقضايا الأسرة المسلمة المعاصرة في ضوء أصول

ومقاصد الشريعة الإسلامية، المنعقد يومي 27-28 نوفمبر 2018، بكلية العلوم الإسلامية، جامعة

باتنة 1، الجزائر، الأعمال الكاملة للملتقى الدولي التاسع، ج 3.

2- عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، تنفيذ أحكام الحضانة والزيارة، ورقة بحثية مقدمة ضمن

قائمة المصادر والمراجع

ندوة موسومة بأثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، المنظمة من المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، وكلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1436 هـ.

3- منال محمود المشني، أحكام الخلع وآثاره في قانون الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، ورقة بحثية مقدمة ضمن المؤتمر الدولي الموسوم بقضايا المرأة المسلمة بين أصالة التشريع الإسلامي وبريق الثقافة الوافدة، المنعقد في الفترة 14-16 مارس 2006، رابطة الجامعات الإسلامية، القاهرة، مصر، سلسلة مركز دراسات الأسرة، حل عقدة النكاح في ضوء الشريعة الإسلامية، إشراف جعفر عبد السلام، (د.ن)، مصر، ط1، 2006.

11-قرارات:

1- قرار رقم 144 (2/16) بشأن اختلافات الزوج والزوجة الموظفة، منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته السادسة عشرة بدبي (دولة الإمارات العربية المتحدة) 30 صفر – 5 ربيع الأول 1426 هـ، الموافق 9 – 14 نيسان (إبريل) 2005. متاح على موقع: <http://www.iifa-aifi.org/2174.html>.

2- رابطة العالم الإسلامي، قرارات مجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دوراته العشرين 1977-2010، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، الإصدار الثالث، 2010.

12-مؤشرات:

1- مؤشر حقوق المتحولين في أوروبا وآسيا الوسطى 2020، Trans Rights Europe & Central Asia Index 2020، منشور في موقع: Transgender Europe (<https://tgeu.org/trans-rights-europe-central-asia-index-maps-2020>).

13-المجلات القضائية:

- 1- المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر، العدد الثاني، 1988.
- 2- المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر، العدد الأول، العدد الثاني، العدد الثالث، العدد الرابع، 1989.
- 3- المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر، العدد الأول، العدد الثاني، العدد الثالث، 1990.
- 4- المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر، العدد الأول، العدد الرابع، 1991.
- 5- المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر، العدد الأول، 1992.
- 6- المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر، العدد الأول، العدد الثاني، العدد الثالث، 1993.
- 7- المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر، العدد الثالث، العدد الرابع، 1994.
- 8- المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر، العدد الأول، العدد الثاني، 1995.

قائمة المصادر والمراجع

- 9- المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر، العدد الثاني، 1997.
- 10- المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر، العدد الثاني، 1998.
- 11- المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر، عدد خاص، العدد الأول، العدد الثاني، 2001.
- 12- المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر، العدد الثاني، 2002.
- 13- مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، العدد الأول، 2005.
- 14- مجلة المحكمة العليا، الجزائر، العدد الثاني، العدد الثاني، 2006.
- 15- مجلة المحكمة العليا، الجزائر، العدد الثاني، 2008.
- 16- مجلة المحكمة العليا، الجزائر، العدد الأول، العدد الثاني، 2009.
- 17- مجلة المحكمة العليا، الجزائر، العدد الأول، 2010.
- 18- مجلة المحكمة العليا، الجزائر، العدد الثاني، 2011.
- 19- مجلة المحكمة العليا، الجزائر، العدد الأول، العدد الثاني، 2012.
- 20- مجلة المحكمة العليا، الجزائر، العدد الأول، 2013.
- 21- مجلة المحكمة العليا، الجزائر، العدد الأول، 2014.
- 22- مجلة المحكمة العليا، الجزائر، العدد الأول، العدد الثاني، 2015.
- 23- مجلة المحكمة العليا، الجزائر، العدد الأول، العدد الثاني، 2016.
- 24- مجلة المحكمة العليا، الجزائر، العدد الأول، 2017.
- 25- مجلة المحكمة العليا، الجزائر، العدد الثاني، 2018.
- 26- مجلة المحكمة العليا، الجزائر، العدد الثاني، 2019.
- 27- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، المحكمة العليا، العدد الثاني، 2002.
- 28- نشرة القضاة، المحكمة العليا، الجزائر، العدد الخامس، 1969.
- 29- نشرة القضاة، المحكمة العليا، الجزائر، العدد الثاني، 1981.
- 30- نشرة القضاة، المحكمة العليا، الجزائر، العدد الرابع والأربعين، 1988.
- 31- نشرة القضاة، المحكمة العليا، الجزائر، العدد الواحد والستين، 2006.
- 32- نشرة القضاة، المحكمة العليا، الجزائر، العدد الثاني والستين، 2008.

14- النصوص القانونية والتنظيمية:

أ- الاتفاقيات الدولية :

- 1- اتفاقية حقوق الطفل، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 20 تشرين الثاني نوفمبر 1989 تاريخ بدء النفاذ: 2 أيلول سبتمبر 1990، متاح على موقع اليونيسيف:

قائمة المصادر والمراجع

[. \(https://www.unicef.org/child-rights-convention/convention-text\)](https://www.unicef.org/child-rights-convention/convention-text)

2- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، "سيداو" CEDAW " تم اعتمادها بموجب قرار للجمعية العامة للأمم المتحدة في 18 ديسمبر 1979، ودخلت حيز التنفيذ في: 03 سبتمبر 1981 . متاحة على موقع الأمم المتحدة :

[. \(https://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx\)](https://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx)

ب- النصوص القانونية الداخلية :

1- النصوص القانونية الجزائية:

1- القانون 274 -59 المؤرخ في 04-02-1959 الخاص بعقود الزواج التي يبرمها الأشخاص الذين يخضعون لنظام الأحوال الشخصية المحلية في عمالات الجزائر والساورة والواحات.

2- قانون رقم 157/62 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962، والمتضمن المتعلق بتمديد العمل بالقوانين الفرنسية، ج ر عدد 02 الصادرة بتاريخ 11 جانفي 1963.

3- قانون رقم 63/224 الصادر في 29 جوان 1963، والمتضمن تحديد السن الأدنى للزواج، ج ر عدد 44 الصادرة بتاريخ 02 جويلية 1963.

4- قانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، ع 21، صادرة في 17 ربيع الثاني عام 1429 الموافق 23 أبريل سنة 2008.

5- الأمر رقم 274/59 المؤرخ في 04/02/1959، المتعلق بالزواج المبرم في محافظات الجزائر، والواحات والساورة، قبل أشخاص من الأحوال المدنية المحلية (مترجم)، ج ر للمستعمر الفرنسي، عدد 35 الصادرة في 11 فبراير 1959.

6- الأمر 156-66 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج ر، رقم 49 مؤرخة صادر في 21 صفر عام 1386 الموافق 11 يونيو سنة 1966، معدّل ومتمّم.

7- الأمر رقم: 65-71 المؤرخ في 22 سبتمبر 1971، يتعلق بأثبات كل زواج لم يكن موضوع عقد محرر أو منسوخ في سجلات الحالة المدنية، ج ر عدد 79 الصادرة في 28 سبتمبر 1971.

8- الأمر 29-73 المؤرخ في 05 جويلية 1973، يتضمن إلغاء القانون رقم 62-157 المؤرخ في 31/12/1962 والرامي إلى التمديد حتى اشعار آخر، لمفعول التشريع النافذ إلى غاية 31 ديسمبر من سنة 1962. ج ر عدد 62 الصادرة في 03 غشت 1973.

9- الأمر رقم 58-75، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر، عدد 78 صادر في 24 رمضان عام 1395 الموافق 30 سبتمبر سنة 1975، معدّل ومتمّم.

10- أمر رقم 84-11، مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون

قائمة المصادر والمراجع

الأسرة، ج ر، ع 24، صادر في 12 رمضان عام 1404 الموافق 12 يونيو سنة 1984، معدّل و متمّم بالأمر رقم 02-05، مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، ج ر عدد 15 صادر في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005.

11- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق 19 فبراير سنة 1970 والمتعلق بالحالة المدنية معدّل و متمم بالقانون رقم 14-08 مؤرخ في 13 شوال عام 1435 الموافق 9 غشت سنة 2014، ج ر عدد 49، المؤرخة في 24 شوال عام 1435 الموافق 20 غشت سنة 2014، وبالقانون 03-17 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1438 الموافق 10 يناير سنة 2017، ج ر عدد 02، المؤرخة في 12 ربيع الثاني 1438 الموافق 11 يناير سنة 2017.

12- مرسوم رئاسي رقم 03/96 المؤرخ في 19 شعبان عام 1416 الموافق 10 جانفي 1996 يتضمن الموافقة مع التحفظ على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، ج ر عدد 03 الصادرة في 23 شعبان عام 1416 الموافق 14 يناير سنة 1996.

13- مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 30 ديسمبر سنة 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، الجريدة الرسمية رقم 82 المؤرخة في 30 ديسمبر سنة 2020.

14- مرسوم تنفيذي رقم 06/154 المؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1427 الموافق 11 مايو 2006 يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج ر عدد 31 الصادرة في 16 ربيع الثاني عام 1427 الموافق 14 مايو سنة 2006.

2- النصوص القانونية العربية:

1- القانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني المصري.
2- مجلة الأحوال الشخصية التونسية، صدرت بالرائد الرسمي التونسي، عدد 66، بتاريخ 17 أوت 1956، سلسلة المدونات والمجلات القانونية التونسية المحينة، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2019.

3- القانون 03.70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، ظهير شريف رقم 22.04.1 الصادر في 03 فبراير 2004.

4- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188، الصادر في 19/12/1959، المعدل بالقانون 11 لسنة 1963، والقانون 21 لسنة 1978.

5- قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953 وتعديلاته.

6- قانون الاحوال الشخصية الفلسطيني وتعديلاته رقم 61 لسنة 1976.

قائمة المصادر والمراجع

- 7- قانون رقم (10) لسنة 1984 الليبي بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وأثارهم.
- 8- قانون الأحوال الشخصية المصري، المعدل بالقانون 100 لسنة 1985.
- 9- قانون الأحوال الشخصية للمسلمين السوداني رقم 42 الصادر في 24/07/1991.
- 10- قانون رقم 1 لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.
- 11- قانون رقم 052-2001 بتاريخ 19 يوليو 2001 يتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.
- 12- قرار جمهوري بالقانون رقم (20) لسنة 1992م بشأن الأحوال الشخصية اليمني، المعدل بالقانون رقم (27) لسنة 1998م والقانون رقم (24) لسنة 1999م والقانون رقم (34) لسنة 2003.
- 13- القانون رقم 22 لسنة 2006 بإصدار قانون الأسرة القطري.
- 14- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (36) لعام 2010.
- 15- قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984، المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996 و29 لسنة 2004 و66 لسنة 2007، وزارة العدل الكويتية، ط1، 2011.
- 16- قانون رقم (19) لسنة 2017 بإصدار قانون الأسرة البحريني.
- 17- قانون رقم 04 لعام 2019 المؤرخ في 07/02/2019 المتضمن تعديل بعض المواد من قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953.
- 18- قانون رقم 20 لعام 2019 المؤرخ في 27/06/2019 المتضمن تعديل بعض المواد من قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953.
- 19- وثيقة مسقط للنظام (القانون) الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، مجلس التعاون لدول الخليج العربية، الأمانة العامة، الرياض، 1997.
- 20- قانون الالتزامات والعقود ألغي بموجب القانون رقم 95.25 الصادر بتنفيذ ظهير الشريف رقم 153.95 الصادر في 11 أغسطس 1995.
- 21- ظهير الشريف رقم 83.96 الصادر في الفاتح أغسطس 1996، بتنفيذ القانون رقم 95.15 المتعلق بمدونة التجارة.
- 22- مرسوم بقانون اتحادي رقم 04 لسنة 2016 بشأن المسؤولية الطبية، الامارات العربية المتحدة.
- 23- ظهير شريف رقم 159.413 صادر في 28 جمادى الثانية 1382 (26 نوفمبر 1962) بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي، وأضيف الفصل 480-1 بموجب ظهير شريف رقم 18.19 صادر في 5 جمادى الآخرة 1439 (22 فبراير 2018) بتنفيذ القانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء، الجريدة الرسمية عدد 6655 بتاريخ 23 جمادى الآخرة 1439 (12 مارس 2018).
- 24- ظهير شريف رقم 81.21 الصادر في 3 ذي الحجة 1442 (14 يوليو 2021) بتنفيذ القانون رقم

قائمة المصادر والمراجع

- 36.21 المتعلق بالحالة المدنية.
- 25- وزارة العدل المغربية، دليل عملي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية المعلومة القانونية والقضائية، ع1، 2004.
- 26- لجنة إعداد قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ملحق مجلة الشريعة والقانون، ع 26، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2006.
- 27- المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي، رقم 51 لسنة 1984 المعدل، وزارة العدل، مطبعة الخط، الكويت، ط1، 2011.

15- مواقع الانترنت:

- 1- موقع محكمة النقض المغربية:
(<http://www.juris.courdecassation.ma/resume.aspx?path=7751>)
- 2- موقع ويكيبيديا (الموسوعة الحرة): (<https://ar.wikipedia.org/wiki/>)
- 3- موقع مجلة مغرب القانون: (<https://www.maroclaw.com>)
- 4- موقع يوسف القرضاوي: (<https://www.al-qaradawi.net/node/3621>)

ثانيا- المراجع باللغة الأجنبية:

1-En français :

A- Textes juridiques :

1- le code civil française : Disponible sur le site :

(<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGISCTA000033437635>) /).

2- Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale. Disponible sur le site :

(<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000693433>).

2- Loi n° 2019-721 du 10 juillet 2019 relative à l'interdiction des violences éducatives ordinaires.

3- L'ordonnance, n° 2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : entrée en vigueur le 1 octobre 2016 sauf les alinéas 3 et 4 de l'article 1123 et ceux des articles 1158 ET 1183, J.O. 11 février 2016.

B- Ouvrages :

1- Abderrahmane Hernane, HADHANA, office des publications universitaires, Algérie, 1991.

C- Articles

1- La Protection du domicile conjugal, site avocats et partenaire. Disponible sur le site : (<https://www.avocatsetpartenaires.fr/actualite-juridique/277-la-protection-du-domicile-conjugal.html>).

2- In English:

A- articles:

1- Axinn, W.G., Thornton, A. The relationship between cohabitation and divorce: Selectivity or causal influence? *Demography* 29, 357–374 (1992).
doi.org:10.2307/2061823.

2- Marjolein van den Brink, Peter Dunne, “Trans and intersex equality rights in Europe – a comparative analysis”, European Commission, November 2018. Available on the website:

(https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=638586).

3- Rhoades, Galena K et al. “The pre-engagement cohabitation effect: a replication and extension of previous findings.” *Journal of family psychology: JFP: journal of the Division of Family Psychology of the American Psychological Association (Division 43)* vol. 23,1 (2009): 107-11. doi:10.1037/a0014358.

4- Sheela Kennedy, and Larry Bumpass, Cohabitation and children's living arrangements: new estimates from the United States, *DEMOGRAPHIC RESEARCH*, VOLUME 19, ARTICLE 47, PAGES 1663-1692, 19 SEPTEMBER 2008.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

	شكر وعرفان
	إهداء
	قائمة المختصرات
1	مقدمة
12	الباب الأول: المسائل المسكوت عنها في الزواج وآثاره
14	الفصل الأول: المسائل المسكوت عنها في الزواج
16	المبحث الأول: الدلالة اللفظية للمسكوت عنه في الفقه والقانون
16	المطلب الأول: التعريف اللغوي لمصطلح المسكوت
17	المطلب الثاني: التعريف الاصطلاحي لمصطلح المسكوت
18	المطلب الثالث: التعريف القانوني للمسكوت
23	المبحث الثاني: المسكوت عنه في تعريف الزواج ومقدماته (الخطبة)
23	المطلب الأول: المسكوت عنه في تعريف الزواج
23	الفرع الأول: التعريف الفقهي والقانوني للزواج
23	أولا - التعريف الفقهي
24	ثانيا- التعريف القانوني للزواج
25	الفرع الثاني: المسكوت عنه في تعريف الزواج
27	المطلب الثاني: المسكوت عنه في مقدمات الزواج "الخطبة"
28	الفرع الأول: تعريف الخطبة
28	أولا- الخطبة لغة
28	ثانيا- الخطبة فقها
28	ثانيا- الخطبة قانونا
29	الفرع الثاني: بعض أحكام الخطبة
29	أولا- السند الشرعي للخطبة
30	ثانيا- طبيعة الخطبة
30	ثالثا- الوصف الشرعي للخطبة وشروطها
31	الفرع الثالث: المسكوت عنه في أثر العدول عن الخطبة (الهدايا والصداق)
31	أولا- المسكوت عنه في مآل هدايا الخطبة

فهرس المحتويات

31	أ- مآل الهدايا في حال انقضاء الخطبة بالعدول
35	ب- مآل الهدايا في حال انقضاء الخطبة بالوفاة
36	ج- مآل الهدايا في حال انقضاء الخطبة بالاتفاق بين الطرفين
36	ثانيا- المسكوت عنه في مآل الصداق بانقضاء الخطبة بالعدول أو الوفاة أو بالاتفاق
37	أ- مآل الصداق في حال انقضاء الخطبة بالعدول
39	ب- مآل الصداق في حال انقضاء الخطبة بالوفاة
40	ج- مآل الصداق في حال انقضاء الخطبة بالاتفاق
42	المبحث الثالث: المسكوت عنه في تكوين عقد الزواج وإنشائه
42	المطلب الأول: المسكوت عنه في أركان عقد الزواج
43	الفرع الأول: أركان عقد الزواج في الفقه الإسلامي
44	الفرع الثاني: أركان عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري
45	الفرع الثالث: المسكوت عنه في أركان عقد الزواج (ركن الرضا)
46	أولاً- الركن البيولوجي "المادي" (اختلاف جنسي الزوجين)
46	أ- أن يكون الزوج رجلا والزوجة امرأة
47	ب- التصحيح الجنسي
50	ج- تحويل الجنس
55	د- المسكوت عنه في الركن البيولوجي (المادي)
62	ثانيا- المسكوت عنه في ركن الصيغة "الايجاب والقبول" (الركن المعنوي)
62	أ- المسكوت عنه في الطرق الدالة على الرضا
63	1- التعبير عن الرضا باللفظ (التعبير الصريح)
63	1-1- الألفاظ المخصصة لانعقاد عقد الزواج
65	1-2- المسكوت عنه في التعبير عن الرضا لفظا (الألفاظ المخصصة)
66	2- التعبير عن الرضا بما يقوم مقام اللفظ (التعبير غير الصريح)
66	1-2- التعبير عن الرضا كتابة
66	11-2- التعبير عن الرضا كتابة والعاقدين حاضرين
67	1-2-2- التعبير عن الرضا كتابة وأحد المتعاقدين غائب عن مجلس العقد
68	1-2-3- المسكوت عنه في التعبير عن الرضا كتابة
69	2-2- التعبير عن الرضا بالإشارة المفهومة

فهرس المحتويات

69	1-2-1 المسكوت عنه في التعبير عن الرضا بالإشارة المفهومة
70	ب- شروط الإيجاب والقبول كمسكوت عنها
70	1- شروط الإيجاب والقبول
74	2- ما سكت عنه قانون الأسرة في شروط الإيجاب والقبول
75	ثالثا- الوكالة في عقد الزواج كمسألة مسكوت عنها في قانون الأسرة
75	أ- تعريف الوكالة
77	ب- الوكالة في عقد الزواج
79	ج- سكوت قانون الأسرة عن الوكالة في عقد الزواج
82	المطلب الثاني: المسكوت عنه في الشروط الموضوعية لعقد الزواج
83	أولا- المسكوت عنه في أهلية الزواج
83	أ- تعريف الأهلية
84	ب- أهلية الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري
87	ج- ما سكت عنه القانون في الأهلية
93	ثانيا- المسكوت عنه في الصداق
93	أ- تعريف الصداق وحكمه وسنده الشرعي
93	1- تعريف الصداق
94	2- حكم الصداق وسنده الشرعي
96	3- تعجيل وتأجيل الصداق
96	4- قدر الصداق
98	ب- المسكوت عنه في مسائل الصداق
98	ب-1- الوصف الشرعي والقانوني للصداق
102	ب-2- مؤكدات الصداق للزوجة
102	أ-1- مؤكدات الصداق كله
102	أ- ما نص عليه القانون في مؤكدات الصداق كله
102	أ-1- الدخول الحقيقي
103	أ-2- الوفاة
104	ب- ما لم ينص عنه القانون في مؤكدات الصداق كله
104	ب-1- تعريف الخلوة

فهرس المحتويات

104	ب-2-أقسام الخلوة
105	ب-3-- اختلاف الفقهاء في تأكيد الصداق كاملا بالخلوة الصحيحة
107	ب-4- موقف القانون والقضاء من الخلوة الصحيحة
107	1- موقف قانون الأسرة الجزائري
108	2- موقف قضاء المحكمة العليا
108	2-1- قرارات موافقة لما جاء في قانون الأسرة
109	2-2- قرارات نصت على الخلوة الصحيحة
109	2-3- قرار نص على مبدأ إثبات المسيس
111	2- مؤكادات نصف الصداق
111	2-1- مؤكادات نصف الصداق للمطلقة قبل الدخول في الفقه والقانون
111	2-2- المسكوت عنه في مؤكادات نصف الصداق للمطلقة قبل الدخول
113	الفصل الثاني: المسائل المسكوت عنها في آثار الزواج
115	المبحث الأول: المسكوت عنه في حقوق الزوجين
115	المطلب الأول: مفهوم الحقوق الزوجية وحكم معرفتها والحكمة منها
115	الفرع الأول: تعريف الحقوق الزوجية
116	الفرع الثاني: حكم معرفة الزوجين حقوقهما والحكمة منها
116	المطلب الثاني: الحقوق المشتركة بين الزوجين والمسكوت عنه فيها
117	الفرع الأول: حل الاستمتاع بين الزوجين
117	أولا- في الفقه الإسلامي
121	ثانيا- في قانون الأسرة الجزائري
123	الفرع الثاني: المساكنة الشرعية
123	أولا- تعريف المساكنة
123	أ- المساكنة في اللغة
123	ب- المساكنة في الاصطلاح
124	ب-1- المساكنة الشرعية وغير الشرعية
124	ب-1-1- المساكنة الشرعية
126	ب-1-2- المساكنة غير الشرعية
127	ج- المساكنة في القانون

فهرس المحتويات

128	ثانيا-المسكوت عنه في المساكنة الشرعية
132	د- المساكنة الشرعية في القضاء
136	المطلب الثالث: المسكوت عنه في حقوق الزوج
136	الفرع الأول: حق الطاعة كمسكوت عنه
136	أولا- تعريف الطاعة
138	ثانيا- مشروعية الطاعة الزوجية
139	أ- في القرآن الكريم
139	ب- السنة النبوية
140	ج- المعنى الحقيقي للطاعة الزوجية
141	ثالثا- حدود الطاعة الزوجية
141	رابعا- ولاية التأديب
144	خامسا- سبب سكوت قانون الأسرة عن حق الطاعة
146	الفرع الثاني: حق الإرضاع لولد الزوج كمسكوت عنه
146	أولا- تعريف الرضاع
147	ثانيا- مشروعية الرضاع
148	ثالثا- حكم الرضاع
149	رابعا- سبب سكوت قانون الأسرة عن حق الرضاع
150	خامسا- أهمية الرضاعة الطبيعية للطفل في الحولين الأوليين
152	المبحث الثاني: المسكوت عنه في النفقة الزوجية
152	المطلب الأول: ماهية النفقة
152	الفرع الأول: تعريف النفقة
152	أولا- في اللغة
152	ثانيا- في الاصطلاح الفقهي
153	ثالثا- في القانون
153	الفرع الثاني: مشروعية النفقة
153	أولا- القرآن الكريم
154	ثانيا - السنة النبوية الشريفة
154	ثالثا- الإجماع

فهرس المحتويات

154	الفرع الثالث: مشتملات النفقة
155	أولا- نفقة الغذاء
155	ثانيا-نفقة الكسوة
156	ثالثا- نفقة السكن أو أجرته
157	رابعا- نفقة العلاج
158	خامسا- ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة
159	الفرع الثالث: تقدير النفقة
159	أولا-تقدير النفقة في الفقه الإسلامي
160	ثانيا-تقدير النفقة في قانون الأسرة الجزائري
161	الفرع الرابع: موجبات النفقة الزوجية
162	أولا-موجبات النفقة الزوجية في الفقه الإسلامي
163	ثانيا-موجبات النفقة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري
164	المطلب الثاني: بعض المسائل المسكوت عنها في النفقة الزوجية
165	الفرع الأول: شروط استحقاق النفقة كمسكوت عنها
165	أولا-شروط استحقاق النفقة في الفقه الإسلامي
166	ثانيا-شروط استحقاق النفقة في قانون الأسرة الجزائري
167	الفرع الثاني: بعض مسقطات النفقة كمسكوت عنها لتفويت حق الزوج
168	أولا- نشوز الزوجة كمسقط للنفقة
168	أ-تعريف النشوز
169	ب-حكم نفقة المرأة الناشز
170	ج- صور النشوز
172	د-النشوز في قانون الأسرة الجزائري
174	هـ- النشوز في قضاء المحكمة العليا
175	1-ما لا يعتبر نشوزا في قضاء المحكمة العليا
176	و-النشوز في القانون المقارن
177	ثانيا-عمل الزوجة كمسقط للنفقة
177	أ- خروج الزوجة للعمل دون رضا زوجها
179	ب- خروج المرأة للعمل برضا زوجها

فهرس المحتويات

181	ج- عمل الزوجة في قانون الأسرة الجزائري
187	الباب الثاني: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج وآثاره
189	الفصل الأول: المسائل المسكوت عنها في انحلال الزواج
192	المبحث الأول: المسائل المسكوت عنها في الطلاق
192	المطلب الأول: ماهية الطلاق
192	الفرع الأول: تعريف الطلاق
192	أولا - الطلاق لغة
192	ثانيا- الطلاق اصطلاحا
193	ثالثا- الطلاق في قانون الأسرة الجزائري
194	الفرع الثاني: مشروعية الطلاق
194	أولا- الكتاب الكريم
195	ثانيا- السنة النبوية الشريفة
195	ثالثا- الاجماع
195	الفرع الثالث: الحكمة من مشروعية الطلاق
196	المطلب الثاني: المسائل المسكوت عنها في الطلاق
196	الفرع الأول: شروط الطلاق المسكوت عنها
196	أولا- شروط الزوج المطلق المسكوت عنها
197	I- شروط المطلق في الفقه الإسلامي
197	أ- الأهلية
197	1- البلوغ
198	2- العقل
198	1-2- طلاق المجنون
198	2-2- طلاق الغضبان والسكران
199	1-2-2 طلاق الغضبان
201	2-2-2 طلاق السكران
205	ب- الاختيار والقصد
205	1- طلاق المكره
207	2- طلاق الهازل

فهرس المحتويات

209	3- طلاق المخطئ
211	II - شروط المطلق في قانون الأسرة الجزائري
212	أ- البلوغ
212	ب- العقل
214	ج- الاختيار والقصد
215	ج-1- طلاق المكره
215	ج-2- طلاق الهازل
215	ج-3- طلاق المخطئ
216	ثانيا- شروط المطلقة المسكوت عنها
216	أ- شروط المطلقة في الفقه الإسلامي
216	1- الزوجة التي يقع عليها الطلاق
216	1-1- الزوجة الحقيقية
216	1-2- الزوجة الحكمية
217	2- الزوجة التي لا يقع عليها الطلاق
217	1-2- المتزوجة بعقد غير صحيح
217	2-2- المطلقة قبل الدخول
217	2-3- الزوجة المبانة بينونة كبرى
218	2-4- الطلاق في الحيض
223	ب- شروط المطلقة في قانون الأسرة الجزائري
223	ب-1- الزوجة التي يقع عليها الطلاق قانونا
224	ب-2- الزوجة التي لا يقع عليها الطلاق قانونا
224	1- المتزوجة بعقد غير صحيح قانونا
224	2- المطلقة قبل الدخول قانونا
225	3- المبانة من طلاق الثلاث قانونا
226	4- الطلاق في الحيض قانونا
226	ثالثا- الألفاظ التي يقع بها الطلاق المسكوت عنها
226	أ- ألفاظ الطلاق
226	1- الطلاق الصريح

فهرس المحتويات

228	2- الطلاق غير الصريح (الكناية)
229	3-ألفاظ الطلاق في قانون الأسرة الجزائري
230	ب-ما يقوم مقام اللفظ في الطلاق
231	1-الطلاق بالكتابة
231	2-الطلاق بالإشارة
232	3-موقف قانون الأسرة الجزائري من الطلاق بما يقوم مقام اللفظ
233	المبحث الثاني: المسكوت عنه في التطليق والخلع
233	المطلب الأول: المسائل المسكوت عنها في التطليق
233	الفرع الأول: مفهوم التطليق
234	أولا-التطليق في اللغة
234	ثانيا- التطليق في الاصطلاح
234	ثالثا-التطليق في قانون الأسرة الجزائري
236	الفرع الثاني: التكييف الشرعي والقانوني للتطليق (التفريق القضائي)
236	أ-التكييف الشرعي للتطليق
236	ب-التكييف القانوني للتطليق
237	الفرع الثالث: المسكوت عنه في التطليق
237	أولا- مفهوم التطليق للشقاق
239	ثانيا-أسباب ومظاهر الشقاق
240	ثالثا- الحكمة من تشريع التطليق للشقاق
240	رابعا-علاج الشقاق
247	خامسا- ما سكت عنه قانون الأسرة الجزائري في الشقاق المستمر بين الزوجين
257	سادسا- التطليق للشقاق في قرارات المحكمة العليا
257	1-التطليق للشقاق في القضاء قبل تقنينه في قانون الأسرة
258	2-التطليق للشقاق في القضاء بعد تقنينه في قانون الأسرة
259	المطلب الثاني: المسائل المسكوت عنها في الخلع
259	الفرع الأول: ماهية الخلع
259	أولا-تعريف الخلع
261	ثانيا-السند الشرعي للخلع

فهرس المحتويات

263	ثالثا-حُكم الخلع
264	رابعا: الطبيعة الشرعية والقانونية للخلع
265	خامسا: رضائية الخلع
269	الفرع الثاني: المسائل المسكوت عنها في الخلع
270	أولا- ما يشترط في الزوجان في الخلع كمسكوت عنه
270	أ- شروط الزوج المخالغ والزوجة المختلعة في الفقه الإسلامي
270	أ-1-الزوج المخالغ
270	أ-2-الزوجة المختلعة
270	1- حال انعدام أهلية الزوجة مع وقوع الخلع
271	2- حال تمام أهلية الزوجة وهي في مرض الموت
272	ب- شروط الزوج المخالغ والزوجة المختلعة في قانون الأسرة الجزائري
276	ثانيا- ألفاظ الخلع(الصيغة) كمسكوت عنها
276	أ- ألفاظ الخلع في الفقه الإسلامي
277	ب- ألفاظ الخلع في قانون الأسرة الجزائري
278	ثالثا- الخلع مقابل بعض حقوق الأولاد كمسكوت عنه
278	أ-تنازل الزوجة على نفقة الأولاد وأجرة رضاعهم مقابل الخلع
279	1-في الفقه الإسلامي
279	2-في قانون الأسرة الجزائري
281	ب-الخلع مقابل إسقاط الحضانة كمسكوت عنه:
281	1-في الفقه الإسلامي
281	2-في قانون الأسرة الجزائري
282	رابعا-الخلع قبل الدخول كمسكوت عنه
282	أ-في الفقه الإسلامي
282	ب-في قانون الأسرة الجزائري
284	الفصل الثاني: المسائل المسكوت عنها في آثار انحلال الزواج
286	المبحث الأول: المسكوت عنه في العدة
286	المطلب الأول: ماهية العدة
286	الفرع الأول: تعريف العدة

فهرس المحتويات

286	أولا-العدة في اللغة
286	ثانيا-العدة في الاصطلاح
287	ثالثا- في القانون
287	الفرع الثاني: مشروعية العدة
287	أولا- في القرآن الكريم
288	ثانيا- السنة النبوية الشريفة
289	ثالثا- الإجماع
289	الفرع الثالث: الحكمة من العدة
289	الفرع الرابع: أنواع العدد
290	أولا- العدة بالقروء
290	أ- أسباب العدة بالقروء
290	ب- اختلاف الفقهاء في القراء
294	ثانيا- العدة بالأشهر
295	أ- عدة الأيسة والصغيرة التي لم تحض
295	1-عدة الأيسة
297	2-عدة الصغيرة التي لم تحض
298	ب-عدة الوفاة لغير الحامل
299	ج- عدة من أرتفع عنها الحيض (المرتابة) بسبب أو دون سبب
299	ج-1- عدة المرتابة بسبب معلوم
299	ج-2- عدة المرتابة بسبب غير معلوم
302	د-عدة المستحاضة
302	د-1-مستحاضة الممييزة للدم
302	د-2- مستحاضة غير الممييزة للدم (المتحيرة)
304	ثالثا-عدة الحامل
304	أ-الدليل على عدة الحامل
306	ب-مدة الحمل
306	1-أقل مدة الحمل
306	2-أكثر مدة الحمل

فهرس المحتويات

309	الفرع الخامس: تحول العدة
309	أ- تحول العدة من الأشهر إلى القروء
309	ب- تحول العدة بالقروء إلى الأشهر
309	ج- انتقال العدة من الطلاق إلى عدة وفاة
309	المطلب الثاني: مسائل العدة المسكوت عنها
310	الفرع الأول: ما سُكت عنه في عدة الفرقة
312	الفرع الثاني: ما سُكت عنه في عدة الوفاة
313	أ- مسائل متفرقة مسكوت عنها في عدة الوفاة
314	ب- المسكوت عنه في مسائل تحوّل العدة في الوفاة
314	1- التحوّل من عدة طلاق رجعي إلى عدة وفاة في الزواج الصحيح
314	2- التحوّل من عدة الطلاق البائن إلى عدة وفاة
314	3- التحوّل من عدة الطلاق البائن إلى عدة الوفاة في طلاق مريض مرض الموت
315	الفرع الثالث: ما سُكت عنه في عدة الحامل
316	المبحث الثاني: المسكوت عنه في الحضانة
316	المطلب الأول: ماهية الحضانة
316	الفرع الأول: تعريف الحضانة
316	أولا- الحضانة في اللغة
317	ثانيا- الحضانة في الاصطلاح
318	ثالثا- الحضانة في القانون
318	الفرع الثاني: طبيعة الحضانة
319	الفرع الثاني: حكم الحضانة وسندها الشرعي
319	أولا- حكم الحضانة
319	ثانيا- السند الشرعي للحضانة
321	الفرع الثالث: أصحاب الحق في الحضانة
321	أولا- مراتب أصحاب الحق في الحضانة في الفقه الإسلامي
324	ثانيا- مراتب أصحاب الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري
326	المطلب الثاني: مسائل الحضانة المسكوت عنها
326	الفرع الأول: شروط الحاضن كمسكوت عنها

فهرس المحتويات

327	أولا-شروط الحاضن في الفقه الإسلامي
327	أ-الشروط العامة
327	1-البلوغ والعقل
327	2-الرشد
327	3- الأمانة والأخلاق
327	4- القدرة على الحضانة
328	5- الإسلام
329	ب- الشروط الخاصة
329	1-شروط خاصة بالنساء
329	2-شروط خاصة بالرجال
330	ثانيا-شروط الحاضن كمسكوت عنها في قانون الأسرة الجزائري:
331	أ-شروط عامة مسكوت عنها
331	1-البلوغ والعقل
332	2-الأمانة والأخلاق
332	3-القدرة على القيام بشئون المحضون
334	4-الإسلام
335	ب-الشروط الخاصة بالنساء كمسكوت عنها
339	ج-الشروط الخاصة بالرجال كمسكوت عنها
341	د- أهم النقاط التي سكت عنها القانون في شروط الحاضن
343	الفرع الثاني: مسائل متفرقة في الحضانة مسكوت عنها
343	أولا- تخيير المحضون بعد انتهاء الحضانة كمسكوت عنه
343	أ-تخيير المحضون في الفقه الاسلامي
345	ب-تخيير المحضون في قانون الأسرة الجزائري
349	ثانيا-أحكام حق زيارة المحضون كمسكوت عنه
350	أ- حق زيارة المحضون في الفقه الإسلامي
351	ب-حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري
360	خاتمة
379	قائمة المصادر والمراجع

فهرس المحتويات

411	فهرس المحتويات
-----	----------------

ملخص :

لا شك أن المشرع خلال وضعه لقواعد قانون الأسرة يبذل جهدا من أجل إخراج قانون سليم نصا وأحكاما، لاسيما أن جل القوانين الوضعية تكاد لا تخلو من نقص أو غموض أو قصور أو إغفال لأنها ببساطة ليست قرآنا منزلا من عند الواحد الديان، وعلى غرار كل واضع للتشريع حاول المشرع الجزائري حين وضعه لقواعد قانون الأسرة الجزائري 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 إخراجها في قواعد منتظمة مرتبة غير متناقضة، وهو ما حرص عليه كذلك بعد تعديله بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، لكن بالرغم من ذلك ومن خلال التطبيق العملي برزت العديد من الإشكالات أبانت قصور هذا القانون، من خلال سكوت المشرع عن كثير من المسائل التي تحتاج إلى بيان عند وضعه للتشريع الأسري، مما أثار لدي ملكة البحث محاولا الإجابة عن الأسئلة المطروحة حول إمكانية القواعد القانونية التي يحتويها قانون الأسرة الجزائري على حل أي اشكال يعترضها في ظل سكوته عن مسائل مهمة تحتاج إلى بيان، وحول مدى إسهام الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في سد الفراغات الناجمة عن سكوت القانون. للإجابة عن هذه الأسئلة سلكت مسلكا منهجيا حيث قسّمت من خلاله البحث إلى باين متطرفا في الأول منهما إلى بيان المسكوت عنه في الزواج وآثاره، أما الباب الثاني فتعلّق بما سكت عنه قانون الأسرة الجزائري في انحلال الزواج وآثاره، وقد نتجت عن هذه الدراسة عدة نتائج أهمها: ضرورة إعادة صياغة قواعد قانون الأسرة الجزائري في قادم التعديلات، لأن الكثير من المسائل تحتاج إلى إيانة، مع التركيز على النصوص التي كانت محط اهتمام الباحثين لما أثارته من إشكالات عملية وسكت عنها القانون في الزواج وآثاره خصوصا ما تعلّق منها بمقومات الزواج وحقوق الزوجين والنفقة، وما كان ذا أهمية في انحلال الزواج من مسائل الطلاق والشقاق وما ينتج عنه من مسائل ذات خطورة كحضانة الأولاد.

الكلمات المفتاحية: المسكوت عنه، قانون الأسرة، الزواج، الطلاق، الشقاق، الحضانة، الخطبة، الاجتهاد.

**TITLE: THE UNDISCUSSED ISSUES IN MARRIAGE AND ITS DISSOLUTION IN
ALGERIAN FAMILY CODE**

Abstract:

The inclusion by the legislature of norms to Family Code in the text of provisions goes to show a significant effort, especially since all Man-made Laws are almost not devoid of defects, ambiguities, shortcomings or omissions, because they are simply not a Qur'an revealed by the One, the true Judge. But unlike all legislative drafters, the Algerian legislature, for its part, has tried to set up regular, arranged, non-contradictory legal bases of the Algerian's family law rules 84-11 of 9 June 1984, amended by Order 05-02 of 27 February 2005. Nonetheless, after practical execution, many problems had been emerged showed the shortcomings of this law, as the legislature neglected many issues that need to be clarified regarding family legislation, thus raising an interesting question about the legal bases of the Algerian's family law rules capability to solve any problem that obstruct their implementation in light of the legislature's disregard of important issues that need to be addressed, and the extent to which the Supreme Court Jurisprudence contributed to filling the gaps arising from the silence of the law. In order to answer these questions, the researcher took a methodological approach, in which the paper has been divided into two chapters; the first addressing the undiscussed issues in marriage and its consequences, while the second relating to what the Algerian family law disregard in the dissolution of marriage and its effects. This study revealed several results, the most important of which are the need for reformulating the Algerian's family law rules in the next amendments, for the purpose of addressing many issues, focusing on the legal provisions under study and the practical problems it raised in marriage and its effects, especially those related to marriage elements, spouses rights and alimony, and what was important in the dissolution of marriage in terms of divorce and marital discord, as well as the consequent serious issues, such as custody of children.

Keywords: *Undiscussed, Family Law, Marriage, Divorce, Discord, Custody, Engagement, Jurisprudence.*