جامعة غرداية

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية

قسم العلوم الإسلامية

التطبيقات القضائية لقواعد الإحالة في باب الزواج و الطلاق

-دراسة المقارنة- بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: الشريعة والقانون

من إعداد الطالبة: **تحت إشراف:**

- بلحرش فاطنة **-د/ علي بن البار**

أمام لجنة المناقشة المتكونة من:

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
أولاد سعيد أحمد	**أستاذ**	**غرداية**	**رئيسا**
بن البار علي	**أستاذ محاضر أ**	**غرداية**	**مشرفا ومقررا**
شوقي النذير	**أستاذ**	**غرداية**	**مشرفا مساعدا**
شباب عادل	أستاذ **محاضر ب**	غرداية	ممتحنا

السنة الجامعية: 2023/2022

بسم الله الرحمن الرحيم

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة غرداية

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية
قسم العلوم الإسلامية

غرداية في: 2023/06/04

تصريح شرفي للطالب

(يلتزم فيه بالقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها وفقا للقرار رقم: 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016)

أنا الممضي أسفله:

1) اسم ولقب الطالب (01) : بلحرش فاطمة

رقم التسجيل: 18183908216 8

التخصص: شريعة وقانون

2) اسم ولقب الطالب (02): /

رقم التسجيل: /

التخصص: /

المكلفان بإنجاز مذكرة التخرج لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر والموسومة بـ:

.....

.....

أصرح بشرفي أني قمت بإنجاز مذكرة نهاية الدراسة المذكور عنوانها أعلاه بجهدي الشخصي، ووفقا للمنهجية المتعارف عليها في البحث العلمي(دليل إعداد مذكرات التخرج)، وبذلك أتحمل المسؤولية الكاملة عن أي مخالفة لقواعد الأمانة العلمية وما يترتب عن ذلك من متابعة بما فيها الإجراءات الإدارية حسب المقررات الوزارية المعمول بها.

التوقيع: الطالب الأول:..... الطالب الثاني:.....

تشهد بصحة إمضاء أو بصمات
بلحرش فاطمة
الموقع أمامنا
غرداية يوم: 04 جوان 2023

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة غرداية

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية
قسم العلوم الإسلامية

غرداية في: 2023/12/19

إذن بالتجليد والإيداع [مذكرة ماستر]

أنا الممضي أسفله الأستاذ(ة): أحمد الأرسعيد

رئيس اللجنة المناقشة للمذكرة الموسومة بـ: التطبيقات المعاصرة لقاعدة الإحلال في باب الزواج والطلاق دراسة مقارنة

من إعداد الطلب(ة):1- بلحسن ياسمينة

2-

وإشراف: د. علي بن السايح

تخصص: الشريعة والقانون

أقرّ بأن الطلبة أنجزوا عملهم وفق ما قدم لهم من ملاحظات وتعديلات في لجنة المناقشة، ويمكنهم تجليد المذكرة وإيداعها عند إدارة القسم قصد إتمام الإجراءات الإدارية اللازمة.

إمضاء المشرف:

إمضاء رئيس لجنة المناقشة

ملاحظة: تسلم الاستمارة مع المذكرة المجلّدة لأمانة القسم

https://mail.google.com/mail/u/0/?hl=ar#sent?projector=1

شكر وعرفان

الحمد الله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله؛

والحمد الله الذي أكرمني لإتمام هذه المذكرة التي أرجو أن أنال بها رضاه

أما بعد:

في جميع مراحل حياتنا نقابل أناس يستحقون منا الشكر؛

و أولى الناس بشكري هم: أمي و أبي حفظهما الله، وجدتي أطال الله في عمرها فهم سبب نجاحي و سعادتي في الدنيا و الآخرة ؛

كما أتقدم بأسمى عبارات الشكر و الإمتنان إلى:

أستاذي المشرف الذي لم يبخل علي بالإشراف والتوجيه والتصحيح رغم كثرة مسؤولياته وانشغالاته؛

دون أن أنسى أعضاء لجنة المناقشة الكرام على قبولهم وحضورهم اليوم لمناقشة عملي هذا.

وإلى جميع الأساتذة الكرام الذين تابعو مسيرتنا الدراسية من بداية المشوار الجامعي إلى نهايته.

بلحرش فاطنة

إهداء

إلى:

– أمي وأبي حفظهما الله

–جدتي أطال الله في عمرها

–إخوتي وأخواتي قرة عيني

–إلى كل عائلتي و جميع الأصدقاء الأعزاء

–إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد

أهدي ثمرة جهدي هذه.

بلحرش فاطنة

قائمة المختصرات

- ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

- م.ع. غ. أ. ش :المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية.

-ص: صفحة.

-ص ص: من صفحة إلى صفحة.

-ن ص: نفس الصفحة.

-ط: طبعة.

-مج: مجلد.

-م.م.ع: مجلة المحكمة العليا.

-ج: جزء.

-ج.ر.ج.ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

-د.ط: دون ذكر الطبعة.

-د.س.ش:دون ذكر سنة النشر.

مقدمة

مقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله عليه أفضل الصلاة وأزكى التسليم.

أما بعد: جاءت الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي لتنظيم حياة البشر في جميع مسائل الحياة سواء من الناحية الإجتماعية أو من الناحية الأسرية ومن ضمن هذه المسائل والأحكام يستنبط القانون الأسرة الجزائري قواعده والذي بدوره يعتبر الشريعة الإسلامية المصدر الإحتياطي الأول لكل فروعه كما نصت عنه المادة الأولى من ق. م.ج " يسري القانون على جميع المسائل التى تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها وإذا لم يوجد نص تشريعي يحكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف"[1].

كما تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر المادي لقانون الأسرة الجزائري وهو ما تؤكده المادة 222من ق.أ.ج "أنه كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"[2] وهذا ما يدفع القاضي إلى تطبيق القواعد القانونية للإحالة سواء في إنشاء الرابطة الزوجية وكل ما يتعلق بها من خطبة وصداق أو إشتراط في عقد الزواج، أو ما يتعلق بها في إنحلال وفك هذه الرابطة من طلاق و تطليق وخلع ومن الآثار المتعلقة بهذه الأخيرة في فك هذه الرابطة الزوجية.

وتكمن أهمية هذا الموضوع بكونه موضوعا حساسا يمس كيان المجتمع فهو يتحدث عن الزواج والطلاق وما يترتب عنهما من آثار وأي تقصير في هذه الآثار قد ينجم عنه مفاسد الأخلاق وإنتشار الآفات الإجتماعية في المجتمع.

ومن الأسباب التي دفعتني لإختيار هذا الموضوع هو ميولي الشديد لدراسة الاجتهادات القضائية وخاصة ما تعلق منها بالأحوال الشخصية المتعلقة بالزواج والطلاق والأثار المتعلقة بهم.

---

[1] الأمر رقم 75 -58المؤرخ في 20رمضان عام 1395الموافق 26سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم

[2] قانون رقم 84 - 11المؤرخ في 9يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة ج،ر،ج،ج عدد24، صادر بتاريخ 12يونيو 1984، معدل ومتمم بالأمر رقم 05- 02مؤرخ في 27فبراير2005، يتضمن تعديل قانون الأسرة ج،ر،ج،ج عدد15، صادر بتاريخ 27فيفري 2005

و تتمحور إشكالية موضوعنا حول التطبيقات القضائية لأحكام المادة 222من قانون الأسرة الجزائري في قضايا الزواج والطلاق، فهذه المادة تحيل القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص في قانون الأسرة الجزائري، وبصدد هذا الموضوع قمت بطرح الإشكالية التالية: ما هي التطبيقات القضائية لقواعد الإحالة في مسائل الزواج والطلاق؟

وتتفرع هذه الاشكالية إلى التساؤولات الفرعية التالية:

ما مدى توفق القاضي في تطبيق قواعد الإحالة في باب إنشاء الرابطة الزوجية؟

وفيما تتمثل إجتهادات القاضي لقواعد الإحالة في باب فك الرابطة الزوجية؟

وتهدف هذه الدراسة إلى توضيح مدى إجتهاد قاضي شؤون الأسرة الجزائري فيما لم يرد فيه النص في قانون الأسرة الذي يحيل القاضي لأحكام الشريعة الاسلامية لاستنباط منها الأحكام.

وللإجابة على هذه الإشكالية إعتمدت على المنهج الإستقرائي والمنهج المقارن بحيث إستعمالت المنهج الإستقرائي في تتبع المصادر والمراجع لجمع المواد العلمية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري وتحليل نصوصهما للوصول إلى النتائج، كما استعنت بالمنهج المقارن للمقارنة بين نصوص قانون الأسرة وأحكام الشريعة في مسائل الزواج والطلاق.

حيث قسمت موضوع المذكرة إلى فصلين :

تناولت في الفصل الأول التطبيقات القضائية لقواعد لإحالة في باب إنشاء الرابطة الزوجية.

المقسم على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول :تطبيق قاعدة الإحالة في الصداق ، والمبحث الثاني: تطبيق قاعدة الإحالة للإشتراط في عقد الزواج ، و المبحث الثالث: تطبيق قاعدة الإحالة في إثبات الزواج و إثبات النسب

وخصصت الفصل الثاني لدراسة التطبيقات القضائية لقواعد لإحالة في باب فك الرابطة الزوجية.

وتطرقت فيه إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تطبيق قاعدة الإحالة بخصوص الطلاق، والمبحث الثاني: تطبيق قاعدة الإحالة بخصوص التطليق، المبحث الثالث: تطبيق قاعدة الإحالة بخصوص الخلع.

رغم قلة الأبحاث في هذا الموضوع فقد إعتمدت على دراسة سابقة للدكتورة مبدوعة حدة، وهي أطروحة دكتوراه بعنوان"ضوابط الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في قضايا الأسرة وتطبيقاتها في اجتهاد القضائي الجزائري" تمت مناقشتها سنة 2021، حيث بينت لنا الضوابط التي يعتمد عليها القاضي لحل منازعات شؤون الأسرة وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص في قانون الأسرة، كما تضمنت الأطروحة مجموعة من اجتهادات المحكمة العليا في هذه المسائل.

رغم أهمية أطروحة الدكتورة مبدوعة حدة، إلا أنها كانت عامة تخص جميع قضايا الأسرة، أما مذكرتي هذه فهي تركز على قضايا الزواج والطلاق فقط، وبالتالي تسهل للباحث أو القاضي الرجوع إليها في هذه المسائل مباشرة، وتحديد قواعد الإحالة إلى الشريعة الإسلامية دون عناء.

وكذلك إعتمدت على دراسة سابقة لدكتور محفوظ بن صغير، وهي أطروحة دكتوراه بعنوان" الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري "

ومن الصعوبات التى واجهتها في إعداد هذه المذكرة هي شح في المادة العلمية وخاصة في القانون الأسرة الجزائري وعدم توفر الكتب الكافية فالمكتبة ، وصعوبة المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

الفصل الأول

التطبيقات القضائية للإحالة في باب إنشاء الرابطة الزوجية.

الفصل الأول

التطبيقات القضائية للإحالة في باب إنشاء الرابطة الزوجية

لم يستقر قضاء المحكمة العليا في حالة النقص التشريعي بشأن تطبيق قاعدة الإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وقد تراوحت قراراتها بين الأخذ من أحكام المذهب المالكي تصريحا ودلالة، وأحيانا قد تجمع بين أكثر من مذهب لإستنباط القواعد منه بشأن الأحكام التى لم يرد فيها النص في قانون الأسرة الجزائري ومن ضمن هذه الأحكام الصداق والإختلاف الذي ورد في قبضه وكذلك من ناحية حكم الإشتراط في عقد الزواج و مسئلة إثبات عقد الزواج وإثبات النسب وتم تقسيم كل واحدة منها إلى مبحث وكل مبحث إلى ثلاثة مطالب وهذا ما سنحاول دراسته في هذا الفصل.

المبحث الأول: تطبيق قاعدة الإحالة في الصداق

لم يتناول المشرع الجزائري عقد الزواج بالتفصيل الكافي لكل مسألة وترك ذلك للقضاء لاستكمال ما نقص بالاجتهاد والرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الاحتياطي الوحيد لقانون الأسرة الجزائري [1] كما أنه لم يتعمق في مسائل الصداق بشكل واسع بل ذكره كشرط من شروط عقد الزواج فقط كغيره من الشروط ولم يحدد مقداره بل تركه لشريعة الإسلامية لتفصيل فيه كما ورد في القرآن الكريم والسنة النبوية، وكما هو معروف حسب قدرت الشخص لدفع المهر، و بهذا الحكم اصبح الناس يتعاملون بدفع مقدار المهر حسب ما هو متعارف عليه في كل بلد.

المطلب الأول: الصداق وطبيعته بين الشريعة و القانون.

لقد أنزل الله تعالى القرآن الكريم لصلاح البشر وحمايتهم من المعاصي وإتباعهم لطريق السوي لفهم

[1] محاضرة في مقدمة عامة حول قانون الأسرة، الموقع elearning.centre-univ-mila.dz، تاريخ الاطلاع 26ماي 2023، الساعة 21:30د

أحكامه ومسائله لتسهيل قربهم إلى الله ومعرفة كل إنسان ما عليه فعله لنيل رضى الله تعالى، ومن ضمن هذه المسائل قد حفظ الله للإنسان نفسه وماله ونسله لجعل الزواج هو الوحيد للحفاظ على هذه المسائل من خلال ذكره في القرآن الكريم لأهميته البالغة في إبتعاد الإنسان على المعاصي والوقوع في المفاسد ولسير حيات البشر على الطريق الصحيح، وكذلك حفظ للمرأة حقوقها وجعل لها مهر لطلب الزواج منها أو بما يسمى بالصداق و هذا ما سنحاول دراسته في هذا المطلب ومعرفت طبيعته بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

الفرع الأول: تعريف الصداق في الشريعة الإسلامية

لقد إختلاف الفقهاء في تحديد تعريف الصداق وكل واحد عرفه بما هو متعارف عليه حسب مذهبه

و هذا ما سنحاول تعريفه حسب كل مذهب.

أولا: تعريف الصداق لغة

يعرف الصداق لغة بأنه ما يدفعه الزوج إلى زوجته بعقد الزواج[1]

ثانيا: تعريف الصداق اصطلاحا

1-عرفته المذاهب الأربعة على النحو التالي:

أ-عند الحنفية :اسم للمال الذي يجب في عقد النكاح علي الزواج في مقابله البضع :وإعتراض بعدم شمول للواجب بالوطء بشبهة ومن ثم عرفه بعضهم بأنه اسم لما تستحقه المرأة بعقد أو بوطء.[2]

ب-عند المالكية: ما جعل لزوجة نظير الإستمتاع بها، و الإتفاق على إسقاطه مفسد العقد، ويشترط

[1] الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء 39، ص151

[2] ابن عابدين محمد أمين، رد المختار على دار المختار، ج4، ط، خ، دار عالم الكتاب، الرياض، المملكة العربية السعودية 2003، ص230، نقلا عن مبدوعة حدة، المرجع السابق، ص158.

فيه شروط الثمن من كونه متمولا طاهرا منتفعا به مقدورا على تسليمه ومعلوما.[1]

ج–عند الشافعية: هو ما وجب بنكاح أو بوطء.[2]

وله في الشرع ستة أسماء جاء كتاب الله تعالى منها بثلاثة أسماء، وهي الصداق والأجر، والفريضة وجاءت السنة منها بإسمين المهر و العلائق.

د–عند الحنابلة: بأنه العوض في النكاح سواء سمي في العقد أو فرض بعده بتراضيهما أو الحاكم ونحوه، أي النكاح والوطء بشبه.[3]

2-في القانون الجزائري

عرف القانون الجزائري الصداق في نص المادة 14 من قانون الأسرة [4] التي جاءت كما يلي:"الصداق هو ما يدفع نحلة لزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كيف تشاء".

3–تعريفات معاصرة

المهر هو الحق المالي الذي أوجبه الشارع على الرجل لامرأته بالعقد عليها أو الدخول بها ويسمى الصداق،أو الأجر،أو الفريضة ونحو ذلك مما هو مذكور في القرآن الكريم.[5]

---

[1] الدردير ابن البركات أحمد بن محمد بن أحمد، الشرح الصغير حاشية الصاوي، ج2، دار المعارف، ب، ط، القاهرة، مصر، 1991، ص428.

[2] الماوردي، ابن حسن علي ابن محمد، الحاوي الكبير، في فقه الإمام الشافعي (شرح مختصر المزني)، ج9، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1994، ص393.

[3] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، الأحوال الشخصية، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط2، تاريخ النشر 1405هـ/1985م، ص428.

[4] مذكرة قانون الأسرة لسنة 2007

[5] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص73.

كما بينت المادة 15 من الأمر 05-02[1] المعدل لقانون الأسرة كيفية تحديده حيث جاء فيها: "يحدد الصداق في العقد سواء معجلا أو مؤجلا، في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل" .

الفرع الثاني: دليل وجوب الصداق بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

أولا: دليل وجوب الصداق في الشريعة الإسلامية

1-دليل وجوب الصداق من القرآن الكريم:

قال الله تعالى: ﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗ فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا ﴾ [النساء الأية 4]

وقد دلت الآية أن الله يخاطب الأزواج أن يؤتوا النساء صدقاتهن عن طيب نفس بدون مماطلة وبدون إكراه، والآية تحتمل المعنيين بدون تناقض، فحملها على الوجهين فالخطاب موجه للأزواج وللأولياء.

2- دليل وجوب صداق من السنة النبوية

-حَدَّثَنَا سُلَيْمَانُ بْنُ حَرْب حَدَّثَنَا شُعْبَةُ عَنْ عَبْد الْعَزيز بْن صُهَيْب عَنْ أَنَس « أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَن ابْنَ عَوف تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى وَزْن نَوَاة، فَرَأَى النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم بَشَاشَةَ الْعُرْس فَسَأَلَهُ فَقَالَ :إِنِّي تَزَوَّجْتُ امْرَأَةً عَلَى وَزْن نَوَاة، وَعَنْ قَتَادَةَ عَنْ أَنَس أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَن بْنَ عَوْف تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى وَزْن نَوَاة منْ ذَهَبٍ »[2].

3- دليل وجوب الصداق بالإجماع

اجمع المسلمون منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا على أن الصداق واجب للزوجة

---

[1]عدلت بالأمر رقم 05-02، مؤرخ في 27 فبراير2005، يعدل ويتمم قانون رقم84-11، مؤرخ في 9يونيو1984 يتضمن قانون الأسرة، ج، ر،ج، عدد15، مؤرخ في27 فيفري2005.

[2]أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، الحديث 5148، ط01، رقم الإيداع 10505/ 2008، شركة القدس لنشر وتوزيع، ص1066.

على زوجها، حيث انه لو أبيح الزواج من دونه لا أدى ذلك إلى الحط من قدر النساء والإستهانة بأمر الزواج لأتفه الأسباب أو بدون سبب يدعو إلى الإنفصال، لأن الزوج لم يكلف شيئا من الصداق حيث لم يدفع إلى زوجته إذا ما أراد أن يطلق، والزواج بأخرى.[1]

ثانيا: دليل وجوب الصداق في القانون

يستنتج وجوب الصداق في عقد الزواج من نص المادة 9 (المعدلة) من قانون الأسرة الجزائري التي جاءت كما يلي:" يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزواج.
- الصداق.
- الولي .
- انعدام الموانع الشرعية للزواج".[2]

حيث جاءت هذه المادة بصيغة الأمر والوجوب، ولم تترك حرية للأطراف إلا في تحديده، وحتى إذا لم يحدد فتستحق الزوجة صداق المثل كما أشارت إليه المادة 15 من نفس القانون المذكورة أعلاه.

الفرع الثالث: أنواع الصداق في الشريعة والقانون

لقد إتفق فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون في تقسيم أنواع الصداق وقسمهم إلى نوعين على ما يلي:

أولا: الصداق المسمى: وهو الصداق الذي يثبت بمجرد اتفاق الزوجين معا، مهما بلغت قيمته، طالما

[1] خيري مليكة، سالمي رحمة، القواعد الفقهية المتعلقة بالصداق، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص الأحوال الشخصية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، 2016، ص10.

[2] عدلت بالأمر رقم 02/05المؤرخ في 27فبراير2005 (ج، ر15، ص20)

تم بإرادة الطرفين وإرادات من ينوب عن الزوجين شرعا[1]

هو ما أشارت إليه المادة 9و15من قانون الأسرة ويعتبر جملة الصداق المسمى في العقد ما جرى عرف الناس عليه في تقديم الزوج للزوجة البكر قبل الزفاف ثيابا أو نحوها، وإن اختلف الزوجان في قبض الصداق فالقول للزوجة قبل الدخول والقول قوله بعد الدخول.[2]

ثانيا: صداق المثل: هو صداق ما يمثل الزوجة من أسرة أبيها، مع مراعاة تساوي الزوجين وقت العقد من حيث السن والجمال والثقافة والبكر أو الثيب، والبلد الذي تعيش فيه.[3]

الفرع الرابع: مقدار الصداق

بالرغم من أن القرآن الكريم نص على الصداق إلا أنه لا يحتوي على آية تحدد مقداره كما أن الفقهاء أجمعوا بأن المهر لا حد لأكثره، غير أنه لا ينبغي المغالاة في المهور لهذا سنتطرق هنا إلى مقدار الصداق من حيث حده الأعلى [4]وحده الأدنى:

أولا:الحد الأعلى لصداق

إتفق الفقهاء على أنه ليس لصداق حدا أعلى لعدم ورود نص في القرآن أو السنة في ذلك غير أنه ينبغي عدم المغالاة في المهور ولكن عارضته امرأة في المسجد وهو يخطب فقالت له: كيف يجوز لك ذلك والله تعالى يقول : ﴿ وَإِنۡ أَرَدتُّمُ ٱسۡتِبۡدَالَ زَوۡجٖ مَّكَانَ زَوۡجٖ وَءَاتَيۡتُمۡ إِحۡدَىٰهُنَّ قِنطَارٗا فَلَا تَأۡخُذُواْ مِنۡهُ شَيۡـًٔاۚ أَتَأۡخُذُونَهُۥ بُهۡتَٰنٗا وَإِثۡمٗا مُّبِينٗا ﴾ [سورة النساء الآية 20]

فقال عمر : أصابت المرأة وأخطأ عمر

ومن هذا إتفق الأئمة إلى أنه كل ما صلح عليه إسم المال، جاز أن يكون مهرا لقوله تعالى :

---

[1] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية بن عكنون –الجزائر، ط5-9-2007، ص101

[2] المادة 17 من الأمر 05-02.

[3] موقع https://dzayerinfo.com ، تم الاطلاع يوم 25جوان 2023، على ساعة 09:55د

[4] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص274

﴿ وأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُم أَن تَبتَغُواْ بِأَموَٰلِكُم مُّحصِنِينَ غَيرَ مُسَٰفِحِينَ فَمَا ٱستَمتَعتُم بِهِۦ مِنهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَة وَلَا جُنَاحَ عَلَيكُم فِيمَا تَرَٰضَيتُم بِهِۦ مِن بَعدِ ٱلفَرِيضَةِ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيما ﴾

[النساء الآية 24]

حدثنا يحي حدثنا وكيع عن سفيان عن أبي حازم عن سهل بن سعد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لرجل تزوج ولو بخاتم من حديد»[1]

ولعل السر في ذلك أن المغالاة في المهور، كما شاع بين الناس في هذا الزمان يؤدي إلى الإعراض عن الزواج ويشجع الشباب عن الإحجام عنه، وليس ذلك من مصلحة المجتمع لما ينشأ عن ذلك من أخطار إجتماعية وأخلاقية تحول دون إنتشار الزواج وظهور الفساد.[2]

وفي ذلك جاء قوله صلى الله عليه وسلم :«إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه فإلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير » [3]

فالرسول صلى الله عليه وسلم ذكر الدين والخلق ولم يشر إلى المال ومن ثم فإن الصداق أساسه الشرعي هو قيمته المعنوية أو الرمزية وليس قيمته المادية والمالية[4].

ثانيا: لحد الأدنى لصداق

1-المذهب الحنفي والمالكي: ذهب الحنفية إلى أن أدنى المهر عشرة دراهم، وما قيمته عشرة دراهم يوم العقد وقد استدل الحنفية لمذهبهم ما رواه جابر رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: «لا مهر أقل من عشرة دراهم» ولأنه حق الشرع وجوبا : إظهار الشرع وجوب إظهار الشرف المحل فيتقدر

[1] صحيح البخاري، المرجع السابق، باب المهر بالعروض وخاتم من حديد، رقم الحديث 5150، ص1067

[2] العربي بلحاج، مرجع سابق، ن ص

[3] سنن الترميذي، في باب النكاح، رقم الحديث 1084

[4] العربي بلحاج، مرجع سابق، ن، ص

بماله وهو العشرة استدلالا لا بنصاب السرقة ولو سمي بأقل من عشرة دراهم يكمل العشرة عند الأصحاب الثلاثة[1].

وذهب المالكية إلى أن أقل الصداق ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الفضة شرعية أو ما يساوي أحدهما، ودليلهم في ذلك ما ثبت عندهم أن عبد الرحمان بن عوف تزوج على وزن نواة من ذهب وهو ما يساوي ربع دينار محترم وهو أقل ما يقطع فيه يد السارق فهكذا يجب أن يكون أقل ما يستحل به بضع المرأة[2].

2-المذهب الشافعي والحنبلي : ليس في هذين المذهبين لأقل المهر حد وكل ما جاز أن يكون ثمنا وقيمة لشيء جاز أن يكون صداقا، وهذا ما أخذ المشرع الجزائري بما ذهب إليه المذهب الشافعي والحنبلي في نص المادة 14ق.أ.ج والتي تقتضي بأن "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كيف تشاء".

ومن هذا فلا حد لأقل الصداق أو أكثر وكل ما صح إلتزامه شرعا صلح أن يكون صداق سواء كان عقارا أو منقولا أو منفعة أو العمل الذي يصلح أن يكون صداقا هو كل عمل أو شيء يصح إلتزامه مما يتفق مع نظام العقود والمعاملات [3].

المطلب الثاني: الاختلاف في الصداق

قد يحصل في بعض الأحيان خلاف بين الزوجين في مسائلة الصداق إما عدم تحديد قيمته أم في قبضه وهذا ما سنحاول دراسته في هذا الفرع.

الفرع الأول: الاختلاف في الصداق على أحوال مختلفة

اختلف الفقهاء في تحديد الخلاف القائم بين الزوجين في مسائلة الصداق لأن كل شخص له اختلاف

[1] بلخيري مليكة، سالمي رحمة، المرجع سابق، ص16

[2] بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب السنية والجعفرية والقانون، دار النهضة، مصر،ت، ن 1يناير1998، ص186

[3] بلخيري مليكة، سالمي رحمة، مرجع سابق، ص17

معين من جانب الصداق لذلك قسم الفقهاء الخلاف في الصداق إلى خمسة اختلافات وقسموها على النحو التالي:

أولا: اختلاف يتعلق في أصل التسمية أو في مقدار المسمى

إذا اختلف الزوجان في تسمية المهر ولم تكن بينة لأحدهما، فالقول قول الزوج بيمينه، لأنه يدعي ما يوافق الأصل، وللزوجة مهر المثل بالدخول أو الموت، فإن طلق ولم يدخل بها فلها المتعة فقط.

أما إذا اختلفا في مقدار المهر المسمى، أو جنسه، أو صفته، بعد العقد ولا بينة لأحدهما، فالقول قول من يدعي مهر المثل منهما[1].

ثانيا: الاختلاف في قبض الصداق

إذا اختلف الزوجان في قبض معجل الصداق كله أو بعضه، ووقع الاختلاف قبل الدخول بها، وجب على الزوج إثبات ما يدعيه، قام ببينة على دعواه حكم له بما ادعاه، وإن عجز عن إقامة البينة كان القول لزوجة مع يمينها، نصت المادة 17ق.أ.ج: "في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحد منهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول لزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإن كان بعد البناء فالقول لزوج أو ورثته مع اليمين"[2].

ثالثا: الاختلاف حول صداق السر وصداق العلن

فإذ كان الاتفاق بين الزوجين صريحا على أن صداق العلن هو صوري اتخذ لشهرة والسمعة، فلا عبرة به ويطالب الزوج بصداق السر أما في حالة النزاع حيث تمسك الزوج بصداق السر، وتمسكت الزوجة بصداق العلن فالقول قول الزوجة ويلزم الزوج بدفع الصداق المعلن عليه لأنه الشيء الذي يشهد له الظاهر[3].

رابعا:الاختلاف حول صداق الهدايا

[1] 113العربي بلحاج، الوجيز في شرح القانون، مرجع سابق، ص

[2]العربي بلحاج، نفس المرجع، ن ص.

[3] العربي بلحاج، نفس المرجع، ص114

كما لو أرسل الزوج إلى زوجته هدايا مختلفة قبل الدخول أو بعده ولم يبين هل هذه الأشياء من الصداق أم من الهدايا؟ فأي طرفين أقام البينة على إدعائه كان الحكم القضائي بجانبه، وإذا تساوت البينات رجحت بينة الزوجة وحكم لها بأن ما دفعه كان من الهدايا ولم يكن من الصداق، لان بينة الزوجة خلاف الظاهر وإن لم يستطيع أحد الزوجين إثبات إدعائه فمرد هذا الخلاف إلى العرف.[1]

[1] العربي بلحاج، نفس المرجع، ن، ص.

خامسا: الخلاف حول الجهاز

وأخيرا جرى العرف في بلادنا، طبقا لمبادئ الفقه المالكي بأن الزوجة تجهز نفسها من الصداق المقبوض، كما جرى العرف على أن أهل الزوجة يشاركونها في إعداد جهازها من أموالهم الخاصة ولو أنّه في الحقيقة الشرعية يعتبر حقا خالصا للزوجة تتصرف فيه كيف تشاء طبقا للمادة 14ق.أ.ج، وليس عليها إعداد الجهاز ولو قبضت الصداق، وليس لأحد أن يجبرها على ذلك.[1]

المطلب الثالث: قرار المحكمة العليا في الصداق

قد يحصل في بعض الأحيان نزاع على الصداق بين الزوجين أو ورثتهما، وليس لأحد منهما البينة في قبض الصداق، وفي هذه الحالة يرجع القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية لإستنباط منها الحكم لعدم وجود البينة التي تثبت صحة قول الزوجين أو ورثتهما وهذا ما سنحاول تبيانه في هذا القرار.

قرار المحكمة العليا، الملف رقم 73515، الصادر بتاريخ 1991/06/18.

-من المقرر قانونا أنه في حالة النزاع على الصداق بين الزوجين أو ورثتهما، وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون المادة 17 من ق. أ. ج[2].

وعليه تكون قاعدة النزاع في الصداق بأن يحكم للزوج الذي يقدم البينة فإذا لم يكن لأحد الزوجين بينة قضي بما قالته الزوجة أو ورثتها قبل الدخول بشرط تأدية اليمين، ويقضي لزوج لما يدعيه إذ حدث النزاع بعد الدخول مع يمينه وهو ما جرى عليه قضاء المحكمة العليا في عدة قرارات لها لاعتقاد أن عدم النص

[1] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص115

[2] م.ع. غ. أ. ش، قرار رقم 73515، مؤرخ في 1991/06/18، المجلة القضائية، عدد4، لسنة 1992، ص69. والقرار رقم: 59335، المؤرخ في: 1990/04/30، المجلة القضائية، عدد1، 1992، ص29، وكلها قرارات عن النزاع في قبض الصداق

على صور النزاع في الصداق لا يعتبر من قبيل الفراغ التشريعي لأن الظاهر أن المشرع عمم الحكم الوارد في نص المادة 17على جميع النزاعات التي قد ترد في الصداق، سواء في التسمية أو في المقدار أو الوصف أو الجنس وغيرها، ومن ثم فإن المسألة تدخل من دائرة المنصوص عنه وتخرج من دائرة الإحالة، ولا يمكن للقضاة في تفسير النص في حالة الاختلاف في قبض الصداق للتنفيذ والرجوع إلى الشريعة الإسلامية في الحالات الأخرى لأن إرادة المشرع واضحة من خلال صياغة النص.

المبحث الثاني:

تطبيق قاعدة الإحالة في إثبات عقد الزواج وإثبات النسب.

شرع الله الزواج كوسيلة شرعية وحيدة للعلاقة بين الرجل والمرأة والذي عن طريقه يحفظ النوع الإنساني، ويتحقق الاستقرار الأسري والإحصان، والوقاية من الوقوع في فساد الأخلاق وبه سيتم إنشاء مجتمع مسلم، ومن خلال هذا المبحث سنتطرق إلى تطبيق قاعدة الإحالة في إثبات عقد الزواج وإثبات النسب لذلك قسمت هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب المطلب الأول: إثبات عقد الزواج بين الشريعة والقانون والمطلب الثاني: إثبات النسب أم المطلب الثالث هو أساس موضوع هذا المبحث وهو اجتهاد المحكمة العليا في إثبات عقد الزواج وإثبات النسب.

المطلب الأول: إثبات عقد الزواج

يسجل عقد الزواج في الحالة المدنية بالبلدية وبحضور الزوجين والولي والشاهدين، كما يسجل أمام الموثق وبحضور جميع الأطراف أيضا، ثم يقوم الموثق بتسجيله في الحالة المدنية، حسب ما نصت عليه المادة18ق.أ.ج،وفي هذه الحالة لا يطرح إثباته أي إشكال، فهو يثبت بنسخة من هذا العقد أو بحكم من المحكمة فقط.

ولكن الإشكال يطرح في الزواج العرفي الذي لا يكون مسجلا في الحالة المدنية، وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب.

الفرع الأول:تعريف الزواج العرفي في الشريعة الإسلامية

هو ذلك الزواج القائم على جميع أركانه الشرعية غير أنه لم يتم تسجيله أمام الجهات الرسمية ويسمى الزواج العرفي وفق ما تعارف عليه الناس منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، فتسجيل الزواج أمام الجهات الرسمية لم يكن معروف في القرون السابقة.[1]

فالزواج عند الفقهاء هو عقد يفيد حل استمتاع كل من العاقد بالأخر على الوجه المشروع، يقول الشيخ أحمد حماني رحمة الله عليه: "فالنكاح المتفق على صحته هو ما كان برضا الزوجين وبولي وصداق، وشاهدي عدل، وصيغة تفيد التأبيد". [2]

فالزواج العرفي زواج صحيح شرعا متى توافرت أركانه ولا يحتاج إلى توثيقه للقول بشرعيته، وإنما جاء التسجيل من أجل الإثبات وحماية حقوق الطرفين.

الفرع الثاني: تعريف الزواج العرفي في القانون الجزائري

عرفت المادة 4ق.أ.ج الزواج كما يلي: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"[3].

وبالتالي فهو عقد يجب أن تتوافر فيه جميع أركان عقد الزواج من أهلية الزوجين والصداق وحضور الولي والشاهدين، لكن هذا العقد لا يتم أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق وإنما بحضور إمام، أو شيخ الجماعة، فهو عقد صحيح قانونا، لكن لا يمكن إثباته إلا بحكم قضائي.

الفرع الثالث: وسائل إثبات الزواج العرفي في الشريعة الإسلامية

---

[1] الأستاذ سمار عبد العزيز، مقال، موقع www.mohamh.netتم الاطلاع يوم 27جوان2023على ساعة 15:15د

[2]الشيخ أحمد حماني، فتاوى و استشارات شرعية و مباحث فقهية، ج 1، منشورات وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، الجزائر، 1992، ص354.

[3]عدلت بالأمر 05-02المؤرخ في 27فبراير 2005، حررت في ظل القانون رقم84-11، المؤرخ في 9يونيو 1984، يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة مع ورد في المادة 9من هذا القانون.

يثبت الزواج شرعا بإحدى طرق ثلاثة، الإقرار والبينة.

أولا: **الإقرار**

إذا ادعى أحد الزوجين الزواج أو أمر يتعلق به كالمهر أو النفقة مثلا، فإن أقر الطرف الآخر ثبت لأن الإقرار حجة على المقر، ويكون الثبوت بصداقهما عليه فيكون الإقرار للواقع وإثباتا لزوجة سابقا، لا إنشاء لعقد الزواج وقت الإقرار، ولم يقل الفقهاء ذلك[1].

ثانيا:البينة

إذا لم يقر المدعي طولب بالبينة، فإن أتى بشهود يشهدون على دعواه ثبت العقد، فإن عجز المدعي عن إقامة البينة وجهت اليمين إلى الطرف الأخر[2]المنكر، فإن حلف على أن هذه الدعوى غير صحيحة، رفضت الدعوى وليس معنى رفضها أنها لا تسمع بعد ذلك، بل يصح تجديدها إذا وجد المدعي شهودا يشهدون له.

الفرع الرابع:إجراءت تسجيل الزواج العرفي في القانون الجزائري

بعد إثبات عقد الزواج العرفي عن طريق القضاء يتم تسجيله وفقا لمجموعة الإجراءات الواجب إتباعها وتنقسم هذه الإجراءات على قسمين:

أولا: تسجيل الزواج العرفي غير المتنازع فيه

بالرجوع إلى المادة 18من قانون الأسرة التي تنص: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9و9مكرر من هذا القانون"[3] والمادة 71من قانون الحالة المدنية التي

[1] محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذاهب الجعفرية والقانون، ط4، دار النشر بيروت، س. ش، 1403هـ/ 1983م، ص144

[2] محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص145

[3]عدلت بالأمر رقم 05-02المؤرخ في 27فبراير2005، حررت في ظل القانون رقم84-11المؤرخ في 9يونيو1984كما يلي: يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادة9من هذا القانون

جاء فيها: "الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها" [1]نجد بأن المشرع قد أسند مهمة القيام بإجراءات تحرير وثيقة عقد الزواج المبرمة داخل الوطن والمتعلقة بزواج المواطنين الجزائريين

لشخصين دون غيرهما وهما ضابط الحالة المدنية والموثق الذي يوجد بدائرة اختصاص مسكن الخطيبين أو أحدهما أو الذي يوجد بدائرة اختصاص محل إقامة أحدهما[2]

ثانيا: إجراءات تسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه

في حال وجود نزاع حول قيام عقد الزواج أو صحته، فإن الطريق الوحيد هو إقامة دعوى إثبات الزواج أمام المحكمة المختصة، وإذا حكمت المحكمة بقيام هذا الزواج وأمرت بتسجيله في سجلات الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة، عندها يمكن لكلا الزوجين استخراج نسخة من عقد الزواج من مصلحة الحالة المدنية [3]

فدعوى إثبات الزواج العرفي من دعاوى الأحوال الشخصية التي تتعلق بالنزاعات الناشئة بين أفراد الأسرة الواحدة بدأ من الزوجين إلى الأصول إلى الفروع، وهي دعوى تقريبية يطلب فيها المدعي تقرير وجود حق أو مركز قانوني، دون إلزام الخصم بأداء معين.[4]

المطلب الثاني: إثبات النسب

لم يعترف الإسلام في موضوع النسب إلاّ ما ينتج عنه من الزواج الصحيح إذ جعله طريقا أصليا في ثبوت النسب، ومن ثبت نسبه من أبيه بواسطة الزواج كان هذا النسب صحيحا، ولا يحتاج إلى إثباته،

---

[1] القانون المدني، كتاب الالتزامات والعقود، لسنة 2007، ص 13

[2] جقال عبد الله، إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته في التشريع الجزائري، مذكرة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر الموسم الجامعي 2023م/2014م، ص53.

[3] المادة 22 من الأمر 02/05: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي ويجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة"

[4] جقال عبد الله، المرجع السابق، 70ص

ويعبر عنه أراء الفقهاء في ثبوت النسب في الفرع الأول، وهو ما أخذ به قانون الأسرة الذي حدد مجموعة من الوسائل لإثبات النسب في الفرع الثاني

الفرع الأول: أقوال الفقهاء في إثبات النسب

يتفق فقهاء الشريعة أن النسب لا يثبت إلا من الزواج الصحيح، ولكنهم يختلفون في بعض الجزئيات مثل اشتراط الدخول وأدنى مدة الحمل وذلك بتحديدهم لطرق الإثبات التالية:

أولا: الفراش

أجمع الفقهاء رحمهم الله تعالى على إثبات النسب به وهو أقوى الطرق كلها، والمراد بالفراش هو فراش الزوجة الصحيح من عقد نكاح صحيح معتبر شرعا توفرت شروطه وأركانه وانتفت موانعه[1]، وكذلك يراد بالفراش ما يشبه فراش الزوجة الصحيح، وهو عقد نكاح فاسد، وهو مختلف في صحته.

والوطء بشبهة إذا ولد لأقل مدة الحمل من تاريخ الوطء فأكثر، على اختلاف أنواعه فيما يتعلق بثبوت نسب المولود الناتج عن ذلك الوطء.

ثانيا: البينة (الشهادة)

وهي الحجة واضحة الدليل، لأن أغلب البينات هي الشهادة ويثبت الحق بهم ولوقوع البيان بقول الشهود

إذا ثبت نسب بالمدعي عليه بالبينة لحق نسبه للمدعي وجميع الأحكام المتعلقة بالنسب، ويثبت لمدعي النسب بناء على شهادة رجلين عدلين بصحة ما إدعاه عند مذهب الجمهور[2].

ثالثا: الاستلحاق (الإقرار بالنسب)

إقرار بجملة المقر على نفسه فقط (الإقرار بأصل النسب) كإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة المباشرة.

واشترط الفقهاء لصحة الإقرار بالنسب هذه الشروط التالية:

[1] ابن عابدين، رد المختار على دار المختار، ج10، ص414

[2] ابن عابدن، رد المختار على دار المختار، مرجع سابق، ن ص.

– أن يكون المقر بالنسب عاقلا وبالغا.

– أن يكون المقر له مجهول النسب.

– أن لا يصرح المقر بأن المقر له ولده من الزنى.

– أن يكون المستلحق الأب لا الأخ ولا الجد ولا غيرهما لأن الاستلحاق لفراش الشخص لا غيره.[1]

الفرع الثاني: إثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري .

جاء في المادة40 ق.أ.ج: أنه "يثبت بالزواج الصحيح بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32-34 من هذا القانون.

يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب " وكل هذه الطرق إستنبطها القانون الجزائري من الشريعة الأسلامية لإثبات النسب.

ونصت المادة 32من ق.أ.ج:أنه "يبطل الزواج، إذا إشتمل على مانع أو شرط يتنافى بمقتضيات العقد"[2]

وكذلك نصت المادة 34من ق.أ.ج : أنه "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الإستبراء"

بتحليل نص 40من ق.أ.ج، نستنتج أن هذه الطرق محددة على سبيل الحصر ولا يمكن إثبات النسب بأي طريق آخر غيرها، وذلك كالآتي:

أولا:الزواج الصحيح

يثبت النسب بالزواج الصحيح إذا توفرت فيه الشروط التالية:

أ–إمكانية الإتصال بين الزوجين:

وهو حسب ما نصت عنه المادة 41 من ق، أ، ج على أنه" ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة" ومن هذه المادة نستنتج أنه عدم التقاء الزوجين لا يثبت

[1] د/ حسن محسن صيهود، كيفية إثبات النسب بالطرق الشرعية، كلية لحقوق ديالى مصر، مجلة الفتح، العدد 40، جوان 2009

[2] عدلت بالأمر رقم 02/05المؤرخ في 27فبراير2005.

حررت في ظل القانون رقم 11/84المؤرخ في 9يونيو 1984كما يلي: يفسخ النكاح، إذا اختل أحد أركانه، أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج.

بمقتضاه النسب بحيث إذا حملت الزوجة وقت وجود زوجها في السجن في هذه الحالة لا يثبت نسب الولد لزوجها وذلك لعدم الإتصال بين الطرفين[1].

ب- عدم نفي الولد بالطرق المشروعة

في حال ما إذا نفي الزوج الحمل الموجود في رحم زوجته بالطرق المشروعة قد يكون في هذه الحالة أن هذا الولد لا ينسب إليه، ويعني أن الزوج قد اتهام الزوجة بإرتكاب الزنا، ولكن القاضي الجزائري قد قضى في هذه الحالة أنه ينبغي على الزوج برفع دعوى لعان بمجرد علمه بالحمل أو رؤية الزنا [2]

وقد نصت المادة40من ق، أ، ج أنه" لا يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"[3]، ومن هذه الطرق البصمة الوراثية ويستعمل المشرع هذه الطريقة كوسيلة لإثبات النسب فقط دون نفيه.

ج-ولادة الولد بين أدنى مدة الحمل و أقصاها

نصت المادة 42من ق، أ، ج على أنه " أقل مدة الحمل 06أشهر و أقصاها 10أشهر" وأن الحد الأدنى للمدة يبدأ من تاريخ إبرام الزواج و الحد الأقصى يبدأ من تاريخ الإنفصال أي من تاريخ الحكم بالطلاق أو البطلان أو الفساد أو من تاريخ وفاة الزوج. [4]

ثانيا:الإقرار

جاء في المادة 44 ق.أ.ج انه: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة"،[5] ثم أتبعتها المادة 45 بقولها "أن الإقرار بالنسب في غير الأبوة والبنوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه".

---

[1] تشوار جيلالي، محاضرات في قانون الأسرة الجزائري، جزاء الأحوال الشخصية، جامعة تلمسان، ص 45

[2] تشوار جيلالي، نفس المرجع، ن ص.

[3] عدلت بالأمر رقم 02/05المؤرخ في 27فبراير 2005، حررت في ظل القانون رقم 11/84المؤرخ في 9يونيو1984كما يلي: يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمادة 32و33و34من هذا القانون.

[4] أ/ تشوار جيلالي, مرجع سابق ، ص46

[5] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ج5، ط4، دار هومة لطباعة وتوزيع الجزائر، سنة 2010، ص102

ومن محاولة تحليل هذين النصين يتضح لنا أن قانون الأسرة الجزائري إتباع فقهاء الشريعة الإسلامية في طريقة إثبات النسب بالإقرار أو الاعتراف بالمولود كابن لمدعى الأبوة وأخضع هذا الإقرار إلى وجوب توفر شرطين أساسيين وهما :

-أن يتعلق الإقرار بطفل مجهول النسب.

- وأن لا يكذبه العقل أو العادة: كفارق السن القليل الذي لا يسمح بالأبوة لمدعيها أو العقم وعدم الإنجاب أن يقر أو يدعي أن فلان ابنه، كما أنه لا يتصور الادعاء أو الإقرار ببنوة طفل معلوم النسب ومعروف عند أهله وقومه أنه ابن فلان.[1]

-وهناك شرط ثالث لم تنص عليه المادة 45 المذكورة أعلاه، إلا أنه يمكن استنتاجه من قصد المشرع، وهو شرط وجود الطفل محل الإقرار ناتجا عن زواج شرعي صحيح بين رجل وامرأة، لأنه لا يجوز شرعا أن يولد الطفل من زنا، ثم يدعي ويقر الرجل أن هذا الطفل ابنه [2]و هذا ما ذكرناه سابقا في إمكانية إلتقاء الزوجين بزواج الصحيح شرعا.

ثالثا:البينة

يمكن اثبات الزواج بالبينة أيضا طبقا للمادة 40 ق.أ.ج سالفة الذكر، والمراد بالبينة هي الدلائل، أو الحجج التي تأكد وجود واقعة مادية وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر، أو غيرهما من وسائل الإثبات الواردة في قانون الإجراءات، والبينة هي اقوى من الإقرار من حيث الإثبات، ويكون إثبات البينة الكاملة عن طريق رجلين عادلين أو رجل وامرأتين عدول و هذا ما إتفق عليه فقهاء الشريعة في إثبات النسب بالبينة .[3]

رابعا: نكاح الشبهة

نكاح الشبهة هو نكاح يقع صحيحا من حيث المبدأ ثم يتبين أنه اشتمل على خطأ أو على مانع، كأن

---

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ج5, ط4, دار هومة لطباعةوتوزيع- الجزائر-سنة2010ص102

[2] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص103

[3] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص199

يتزوج الرجل امرأة على أساس أنها خالية من الموانع ثم يتضح أنها أخته من الرضاعة، فيثبت به النسب إذا أتت بولد بين أقل مدة الحمل وأقصاها.[1]

خامسا: الزواج الفاسد

ورد في نص المادة 40المعدلة على أن النسب يثبت بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32-33-34من قانون الأسرة .

ومن مراجعة هذه المواد يتضح لنا أن المادة 34هي وحدها التي تنص على فسخ عقد الزواج بعد الدخول، حيث جاءت كما يلي:" كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الإستبراء"، أما المادة 32 فإنها كانت تقرر الفسخ قبل تعديل 2005، حيث كان نصها كالآتي:" يفسخ النكاح إذا إختل أحد أركانه، أو إشتمل على مانع أو شرط يتنافى بمقتضيات العقد أو ثبت ردة الزوج"، لكن بعد التعديل أصبح نصها كالأتي:" يبطل الزواج إذا إشتمل على مانع أو شرط يتنافى بمقتضيات العقد".

كما أن المادة 33تقرر البطلان أيضا في الفقرة الأولى كلما اختل ركن الرضاء، وفي الفقرة الثانية نصت على أنه إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين، أو صداق، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعدالدخول بصداق المثل.[2]

المطلب الثالث : اجتهادات المحكمة العليا في إثبات الزواج وإثبات النسب .

من قرارات المحكمة العليا في قضايا الأحوال الشخصية أنه في حال مالم يرد فيه نص في قانون الأسرة وحسب ما نصت عنه المادة 222من هذا القانون يحيل القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية ومن ضمن هذه القرارات قرار إثبات الزواج العرفي وقرار إثبات النسب وهذا ما سنحاول تفصيله في الفروع التالية:

الفرع الأول: قرار المحكمة العليا في إثبات الزواج العرفي

[1] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 103

[2] العربي بلحاج، مرجع سابق، ن ص

قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2009/03/11الملف رقم 479392، غرفة الأحوال الشخصية إستقرت المحكمة العليا على تثبيت الزواج العرفي، وإعتباره صحيحا بمجرد إستيفائه لشروطه الشرعية، وقد نظم كل من قانون الحالة المدنية وقانون الإجراءات المدنية والإدارية إجراءات إثبات الزواج وهذا ما سنحاول طرحة في قرار المحكمة العليا المتعلق بإثبات الزواج العرفي.

من المقرر قانونا أن القاضي غير ملزم في مجال إثبات الزواج العرفي بعد وفاة الزوج، بالرجوع إلى تطبيق الشريعة الإسلامية وتوجيه اليمين للزوجة، مادام النص القانوني موجودا .

من الوجه المأخوذ من مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية والذي جاء فيه أنه بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية، في حال وفاة أحد الزوجين فان إثبات الزواج العرفي يكون بشهادة الشهود واليمين استنادا إلى قول الشيخ خليل بأن لا نكاح بعد الموت، وبالرجوع إلى محضر تحقيق المؤرخ في 2006/05/20فان المطعون ضدها لم تؤدي اليمين القانونية لكن حيث أن المادة 22من ق، أ، ج تنص بأن الزواج يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية ففي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توفرت أركانه وفقا لذلك القانون، ومادامت المحكمة قامت بإجراء تحقيق وتأكدت من توفر أركان الزواج المنصوص عليها في قانون الأسرة فإن قضاة الموضوع غير ملزمين بالرجوع إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وتوجيه اليمين للمطعون ضدها مادام النص القانوني موجودا1 .

الفرع الثاني: قرار المحكمة العليا في إثبات النسب

قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1991/04/23 الملف رقم 69798، غرفة الأحوال الشخصية.

اعتمدت المحكمة العليا في قراراتها المعلنة في مجلتها القضائية غرفة الأحوال الشخصية المتعلقة بقضايا الأسرة ومن ضمن هذه القضايا قضية إثبات النسب بالطرق الشرعية ومن هذه الطرق طريقة الإقرار وعدم نفيه باللعان أمام المحاكم وهذا ما نصت عنه قرارات المحكمة العليا التالية:

أ-قرار المحكمة العليا في نفي النسب باللعان.

[1] قرار: م. ع. غ. أ. ش، الملف رقم 479392الصادر بتاريخ 2009/03/11، م. ق. لسنة 2009، العدد2، ص287

من المقرر شرعا وقانونا أنه إذا وقع اللعان يسقط نسب الولد ويقع التحريم بين الزوجين، ومن المقرر كذلك أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر من تمام فإن النعي عن القرار المطعون فيه بالخطأ، في تطبيق القانون الغير المؤسس.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الولد ازداد قبل ستة أشهر بعد الزواج وأن اللعان الذي وقع من الزوج كان مطابقا للشريعة الإسلامية فان قضاة المجلس بقضائهم بانعدام نسب الولد لأبيه طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

وطبقا لأحكام لمادة 42 من قانون الأسرة فان أقل مدة حمل هي ستة أشهر أما المادة 41 من قانون الأسرة فتنص على أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا ولم ينفى باللعان، حيث أن اللعان لا يكون إلا بالمسجد العتيق وفي أجل لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه:

بحيث أن عقد الزواج قد تم في 1993/09/05والولد قد وضع يوم 1994/04/19والبناء قد تم أسبوعا بعد تحرير العقد المذكور وعليه فالخبرة التي أمر بها قضاة الموضوع مخالفة للشرع والقانون مادام الولد قد ازداد لأكثر من ستة اشهر ومن الخطأ الفادح عن وزن الولد وكأن النسب أصبح يخضع للأوزان كما جاء في القرار المنتقد بالإضافة [1]إلى أن اللعان لا يتم أمام المحاكم بل مكانه المسجد العتيق ولا يصح في غيره من المساجد وفي أجل محدد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه، وهذا ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا مع أن الإمام مالك رضي الله عنه حدده بيوم واحد من يوم العلم وإلا سقط الحق في المطالبة باللعان سوءا لرؤية الزنا أو نفي الحمل كما في قضية الحال[2] .

ب- قرار المحكمة العليا في إثبات النسب بالإقرار:

قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/12/15، الملف رقم 202430، غرفة الأحوال الشخصية.

[1] قرار: م. ع. غ، أ. ش، الملف رقم 69798، الصادر بتاريخ 1991/04/23، م. ق. لسنة 1994، العدد03، ص54.

[2] قرار: م.ع. غ. أ. ش. الملف رقم 172379، صادر بتاريخ 1997/10/28، م.ق. لسنة 2001، عدد خاص، ص70.

من المقرر شرعا أنه يثبت النسب بالإقرار لقول الشيخ خليل في باب بيان أحكام الإقرار، ولزوم إقرار الحمل في بطن المرأة[1]

كما أن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثب حتى مع الشك وفي الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد.

ويثبت في قضية الحال أن المطعون ضده أقر بحمل الطاعنة بشهادة جماعة أمام الموثق بتاريخ 1997/04/06، فإن هذه الشهادة لا تعتبر صلحا بل هي توثيق لشهادة جماعة عن إقرار المطعون ضده بحمل الطاعنة، كما أن المادتين 341،461من القانون المدني لا تنطبق على قضية الحال التي هي من قضايا الحالات التي يحكمها قانون الأسرة

كما أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل وطلب الطلاق قبل الدخول قصد الوصول إلى استرداد نصف الصداق، رغم أن الصداق المدفوع في قضية الحال يغلب عليه معنى التعويض أكثر منه مقابل الصداق

وعليه فإن القضاة لما لم ينتبهوا إلى وجوب جماعة الشهود الذين حضروا إقرار المطعون ضده أمام الموثق، فإنهم خالفوا الشرع والقانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب.

حيث أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل والدفع في تحديد أقل مدة الحمل بستة أشهر، لأن الإقرار في حالة ثبوته يغني عن أي دليل أخر، بمعنى أنه لا يحق للمقر أن يثير أي دفع لإبطال مفعول هذا الإقرار.

المبحث الثالث

تطبيق قاعدة الإحالة في الاشتراط في عقد الزواج

يرتبط الاشتراط في عقد الزواج بأحد أهم المبادئ التي تحكم العقد وهو مبدأ الرضائية، كما أن لهذا الموضوع أهمية بالغة في تنظيم وتوضيح أحكامه والتقليل من المنازعات التي قد تثور بين الزوجين، ومن خلال هذا المبحث سوف نأخذ الاشتراط في عقد الزواج بين الشريعة والقانون الجزائري في المطلب

[1] قرا: م. ع. غ. أ. ش، الملف رقم202430 الصادر بتاريخ 1998/12/15، م. ق. لسنة 2001، عدد خاص، ص88.

الأول، ثم أثاره في المطلب الثاني، والمطلب الثالث: اجتهاد المحكمة العليا في اشتراط الزوجة السكن المنفرد لها.

المطلب الأول: الاشتراط بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

إن الاشتراط في العقود بصفة عامة أمر جائز شرعا وقانونا ما دام يحقق منفعة أو مصلحة لأحد الطرفين ولا يضر بمصلحة الطرف الأخر، وذلك تطبيقا للمبدأ القائل بأن العقد شريعة المتعاقدين وتماشيا مع قول الرسول صلى الله عليه وسلم في حديث رواه الترميذي مفاده أن المسلمين عند شروطهم ألا شرط أحل حراما أو حرم حلالا[1].

الفرع الأول: الاشتراط وآثاره في الشريعة الإسلامية

أولا: تعريف الاشتراط لغة: هو العلامة اللازمة، أي لا تنفك عن الإنسان[2]

ثانيا: تعريف الاشتراط اصطلاحا: هو إلزام الشيء و التزامه وهو ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده الوجود[3].

ثالثا: آثار الإشتراط في الشريعة الإسلامية.

وهي ما يشترط الزوج أو الزوجة عند إبرام العقد وهي حسب تعريف الفقهاء وتنقسم إلى نوعان شروط صحيحة وشروط باطلة والشروط الصحيحة على نوعين ما يلزم الوفاء بها وما لايلزم الوفاء بها:

أ-شروط صحيحة يلزم الوفاء بها:

وهي التي تكون فيها مصلحة مشروعة لزوجة، ولا تمس حقوق غيرها، ولا تقيد حرية الزوج في عمله الخاص المشروع، كشرط ألا يسافر بها[4]، أو ألا ينقلها من بلدها أو دارها.

---

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص75

[2] محمد حسين عبد الغفار كتاب تيسير أصول الفقه للمبتدئين، على الموقع http://www.islamweb.ne، ص4

[3] محمد حسين عبد الغفار، المرجع السابق، ص4.

[4] وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، دار الفكر، دمشق، ط4، سنة النشر1429هـ/ 2008م، ص64

ويحق لزوجة فسخ الزواج إن لم ينفذ الشرط، عملا بمذهب الحنابلة.

ب_شروط صحيحة لا يلزم الزوج تنفيذها قضاء وهي:

-أن تشترط الزوجة ما يقيد حرية الزوج في عمله الخاص، كشرط ألا يسافر للعمل، أو لا يتزوج عليها.

-أن تشترط ما يمس حقوق غيرها، كإشتراطها أن يطلق زوجته الأخرى وهذا الشرط نهى عنه الرسول صلى الله عليه وسلم[1].

ج-شروط باطلة لا يحق الوفاء بها ويكون العقد بها صحيحا:

وهو أن يقيد الزوج بقيد ينافي نظامه الشرعي، كإشتراط عدم المهر، أو إنفاق الزوجة على الزوج وما ينافي مقاصده الشرعية، كإشتراط أن تسافر المرأة وحدها، وهذا باطل بإتفاق المذاهب لمنفاته بمقتضى العقد أو الشرع.[2]

الفرع الثاني: تعريف القانون الجزائري للاشتراط في الزواج

جاء في المادة 19 ق.أ.ج: "لزوجين 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 "[3]، وأضافت المادة 34 من نفس القانون: "يبطل الزواج إذا إشتمل على مانع أو شرط يتنافى بمقتضيات العقد".

وعليه فإن الشروط وفق قانون الأسرة أيضا نوعان:

أ-**شروط صحيحة**: وتكون نافذة مادامت غير متناقضة مع أحكام عقد الزواج ومثالها:

- أن تشترط الزوجة على الزوج أن لا يتزوج عليها إلا برضاها .

[1] وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ن ص

[2] وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، مرجع سابق، ص 65.

[3] عدلت بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27فبراير2005

-أن تشترط الزوجة على زوجها أن تمارس عملها ودراستها إن كانت تدرس .

-أن تشترط الأ يرغبها في سفر إلى بلد أجنبي أو بعيدا جدا عن أهلها إلا برضاها.

-إشتراطها سكن بعيدا عن ضرتها أو بعيدا عن أهل الزوج لأسباب مشروعة كإلحاق الضرر بها .

-أن تشترط في عقد الزواج نفسه أو في عقد منفصل أن يكون الطلاق بيدها تمارسه عندما يلحقها الضرر.

-أن يشترط الزوج على زوجته ضمن عقد الزواج نفسه أو ضمن عقد عقد لاحق أن تتنازل عن حقها في الإنفاق عليها و أن تلتزم هي بالإنفاق على نفسها من عملها .

-أن يشترط عليها أن تتنازل عن حقها في التصرف في راتبها وتحرر له وكالة لتصرف في أموالها الخاصة بها[1].

حيث يبدو أن هذه الشروط لا تحل حرام ولا تحرم حلالا و أنها لا تمس بحقوق الغير ولا تضر أحدا و إذا وافق الزوج على أحد أو بعض هذه الشروط ثم خالفها وأخل بها فإنه من حق الزوجة أن تقاضي زوجها أمام القاضي وتطلب التطليق بإعتبار أن مثل هذه الشروط فيها منفعة لزوجة وليس فيا إضرار بالغير[2]

ب- شروط غير صحيحة: التي تؤدي إلى إبطال الزواج وهي التي تتنافى بمقتضيات العقد، ومثالها:

-إشتراط الزوجة على الزوج عدم الإنجاب.

- أو أن تشترط عليه البقاء في بيت أهلها وعدم الإنتقال إلى بيت الزوجية.

-أو أن يشترط عليها التنازل عن المهر.

_أن تشترط الزوجة تطليق الزوج لزوجة الثانية أو عدم التعدد عليها وهذا منافي لأحكام الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري[3]

المطلب الثاني: آثار الاشتراط في الزواج في القانون الجزائري

[1] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص74.

[2] عبد العزيز سعد, المرجع السابق، ص57

[3] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 74

تختلف آثار الإشتراط في الزواج حسب نوع الشروط وهذا ما تم تقسيمه في هذا المطلب على فرعين، الفرع الأول آثار الشروط الصحيحة في عقد الزواج، والفرع الثاني الشروط الصحيحة المنافية للعقد وهذا ما سنحاول توضيحه في النقاط التالة:

الفرع الأول: آثار الشروط الصحيحة في عقد الزواج

أغفلت المادة 19ق.ا.ج المذكورة أعلاه جزاء عدم الوفاء بالشروط التي يشترطها الزوجان، وعليه فلا شك أنها تخضع للقواعد العامة فيكون من حق الطرف المتضرر المطالبة بالفسخ أو الطلاق بحسب الأحوال، إستنادا للفقرة 9من المادة 53 ق.أ.ج التي تقتضي أنه يجوز لزوجة أن تطلب التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج مع حقها في المطالبة بالتعويض إذا أصابها ضرر مادي أو معنوي بسبب عدم الوفاء بالشرط.[1]

وكان على المشرع في التعديل الجديد أن يتطرق إلى كيفية المطالبة بالتنفيذ والإجبار على التنفيذ أولا تطبيقا للقواعد العامة في تنفيذ الالتزامات والاتفاقات المبرمة بين المتعاقدين قبل اللجوء إلى التطليق أو الفسخ، لأن التطليق في حد ذاته ضرر، فمثلا إذا إشترطت الزوجة على الزوج ألا يمنعها من إتمام دراستها ولم يلتزم الزوج بالشرط بعدما وافق عليه في عقد الزواج، فهنا يكون إجباره على التنفيذ أفضل وأنفع لها من التطليق[2].

الفرع الثاني: آثار الشروط الصحيحة المنافية للعقد

من حقها المطالبة بالتعويض إذا أصابها ضرر مادي أو معنوي بسبب عدم الوفاء بالشرط، كما إن تزوج عليها بعد أن اشترطت ذلك، وكان على المشرع في التعديل الجديد أن يتطرق إلى كيفية المطالبة بالتنفيذ والإجبار على التنفيذ أولا تطبيقا للقواعد العامة في تنفيذ الالتزامات والاتفاقات المبرمة بين المتعاقدين[3]

[1] بن شويخ رشيد، مرجع سابق، ص 137

[2] بن شويخ رشيد، مرجع سابق، ن ص

[3] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 75

وفي حال أخل الزوج أو الزوجة بتنفيذ الحق للطرف المتضرر المطالبة بفسخ أو الطلاق حسب الأحوال مع الاحتفاظ بحقه في التعويض، وكذلك ف حال إذا إشترطت عليه ألا يمنعها من إتمام دراستها و أثبتت ذلك بكافة وسائل الإثبات ولم يلتزم الزوج بالشرط بعدما وأفق عليه في عقد الزواج[1]

المطلب الثالث: اجتهاد المحكمة العليا في اشتراط الزوجة سكن منفرد لها

قد وضعت أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الأسرة الجزائري شروط في إبرام عقد الزواج يضعها الزوج أو الزوجة وتكون صحيحة وغير متنافية للعقد و هي الشروطة المذكورة سابقا وفي حال ما أخل أحد الزوجين بهذه الشروط قد يتعرض لإجراءات قانونية وهذا ما سنحاول ذكره في هذا المطلب وهو قرار إشتراط الزوجة سكن منفرد لها وهي من الشروط الصحيحة

لقد إعتمد القرار على قواعد الشريعة التى تقر للزوجة الحق في مطالبة زوجها بإسكانها منفردة مستقلة عن أهله ولو لم تكن تحفظت بذلك الحق حين عقد الزواج أو سبق لها أن سكنت مع أقاربه ثم إشتكت الضرر بسبب جوارهم، حيث أن هذا الشأن أن وجه الطعن ينتقد القرار المطعون فيه بخرق تلك القواعد وذلك أنه ألزم الطاعنة باستئناف الحياة الزوجية مع زوجها بمنزل أهله بسيدي داود التي إشتكت سابقا من سوء المعاشرة هناك.

متى كان في قضية الحال أنه من الأحكام الشرعية أن للزوجة الحق في مطالبة زوجها بإسكانها منفردة ومستقلة عن أهله ولو لم تكن قد إحتفظت بهذا الحق حيث إبرام عقد الزواج أو سبق أن سكنت مع أقارب زوجها ثم إشتكت بسبب الضرر الذي لحق بها منهم، فإن القضاة بما يخالف هذه الأحكام يعد خرقا لما أقرته من مبادئ الشريعة الإسلامية.

وعليه يستوجب نقض القرار الذي ألزم الزوجة بأستئناف الحياة الزوجية مع زوجها بمنزل أهله بسبب أزمة السكن السائدة في العاصمة

ومن هذا القرار إتضح لنا أن هذا الحكم قد خرق أحكام المادة و كذلك هذا القرار مبني على خرق أحكام المادة 8من ق، ا، م التى تحدد الإختصاص بدائرة المقر الزوجي.

[1] بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص137

فبهذا يكون قرار قضاة الاستئناف هضم حقا ثابتا للمرأة شرعا لا يمكن إبعاده بسبب أزمة السكن بالجزائر أو غيرها. وعليه يكون هذا الوجه للطعن سديدا ومقبولا [1].

[1] قرار: م. ع. غ. أ .ش، الملف رقم 38331، المؤرخ في 1985/11/04، المنشور بالمجلة القضائية لسنة 1989، العدد1 ص102.

الفصل الثاني:

التطبيقات القضائية للإحالة في فك الرابطة الزوجية.

الفصل الثاني:

التطبيقات القضائية للإحالة في فك الرابطة الزوجية

هناك سببان هامين لإنحلال الرابطة الزوجية، الأول ليس لأي من الزوجين دخل فيه وهو وفاة أحد الزوجين فتنحل الرابطة الزوجية تلقائيا، أما السبب الثاني فيكون بإرادة الزوجين دخل في فك الرابطة الزوجية ويأخذ عدة صور ومن هذه الصور قسمت هذا الفصل على ثلاثة مباحث نذكر منها

المبحث الأول:تطبيق قاعدة الإحالة بخصوص الطلاق، والمبحث الثاني: تطبيق قاعدة الإحالة بخصوص التطليق، والمبحث الثالث: تطبيق قاعدة الإحالة في الخلع .

وجميع هذه الصور تثير عدة إشكالات قانونية وفقهية، ولها مواقف مختلفة من إجتهادات المحكمة العليا وعليه سوف نتناول هذه الصور في الشريعة الإسلامية ثم في قانون الأسرة وبعدها نتناول بعض اجتهادات المحكمة العليا.

ا لمبحث الأول: تطبيق قاعدة الإحالة بخصوص الطلاق

جاءت الشريعة الإسلامية بعدت أحكام لتنظيم العلاقة الزوجية وجعلت الطلاق أبغض الحلال إلى الله، ولكنه رغم ذلك فهو حلال، وحتى لا يُظلم أي من الزوجين بسبب الطلاق وضعت له الشريعة ضوابط وأحكام سار عليها قانون الأسرة وهذا ما سنحاول دراسته في المطلب الأول وهو ماهية الطلاق بين الشريعة والقانون، وفي المطلب الثاني الطلاق وآثاره شرعا وقانونا، وفي المطلب الثالث اجتهادات المحكمة العليا في الطلاق وآثاره.

المطلب الأول: ماهية الطلاق بين الشريعة والقانون الجزائري

يعتبر الطلاق من ضمن صور فك الرابطة الزوجية ويكون بالإرادة المنفردة لزوج لفك هذه الرابطة لأن الله تعالى جعل العصمة في يد الرجل لتخلص من الرابطة الزوجية، وكذلك القانون خول له هذه

العصمة ومن خلال هذا المطلب سنحاول معالجة الطلاق وأحكامه بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري لذلك قسمت هذا المطلب على ستة فروع.

الفرع الأول: تعريف الطلاق في الشريعة الإسلامية

أولا: تعريف الطلاق لغة: حل القيد والإطلاق وقيل الطلاق للمرأة إذا طلقت، والإطلاق لغيرها إذا سرح [1].

ثانيا: تعريف الطلاق اصطلاحا:حل قيد النكاح، وحل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه ورفع قيد النكاح في الحال أو المال بلفظ مخصوص: هو الصريح كالفظ الطلاق[2]، وفيما يلي تعريفه عند المذاهب الأربعة:

1-تعريف الحنفية لطلاق: بأنه حل الرابطة الزوجية الصحيحة من جانب الزوج بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه في الحال أو المال. [3]

ويتضح من خلال تعريف الحنفية لطلاق هو التعريف الأدق والأشمل وخاصة في عبارة الحال أو المال فيقصد بالحال وهو الطلاق البائن، أو المال هو الطلاق الرجعي، وفي هذا الأخير تبقى الرابطة الزوجية قائمة حكميا، ويحق لزوج مراجعة زوجته مادامت العدة قائمة.

تعريف المالكية للطلاق: عرفه ابن عرفة [4]بقوله: صفة حكمية ترفع متعة الزوج بزوجته.

[1] الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ص211

[2] وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، مرجع سابق، ج 3 ص356

[3] محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص491

[4] ابن عرفة : هو أبو عبدالله محمد بن محمد بن عرفة الورغمي، فقيه مالكي، أشعري المعتقد ولد في تونس، وتوفي فيها ،كان إمام في جامع الزيتونة وخطيبه في العهد الحفصي .

تعريف الحنابلة للطلاق: هو نفس تعريف الحنفية لطلاق بأنه رفع قيد النكاح في الحال أو في المال بلفظ مشتق من طلق، مما يفيد معناه ذلك صراحة أو دلالة صادر من الزوج أو من يقوم مقامه، فيرفع قيد النكاح[1].

تعريف الشافعية لطلاق: بأنه حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه، وإن كان المراد بالنكاح العقد كانت الإضافة بيانية، والمعنى حل عقد النكاح، وإن كان المراد بالنكاح الوطء كانت الإضافة حقيقية، ومعناه رفع العقد المبيح للوطء[2].

الفرع الثاني: تعريف الطلاق في القانون الجزائري

جاء في المادة 48 ق. أ.ج :"مع مراعاة أحكام المادة 49أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53و54من هذا القانون"[3].

وعليه فإن الطلاق حسب نص هذه المادة هو فك الرابطة الزوجية أو انحلالها بإرادة أحد الزوجين أو كلاهما، وهو يأخذ صورة الطلاق الذي يتم بإرادة الزوج المنفردة أو بالتراضي، كما يشمل التطليق الذي يتم بطلب الزوجة، ويشمل أيضا الخلع الذي يتم بإرادة الزوجة بدفع مقابل لزوج.

الفرع الثالث: مشروعية الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

الطلاق مشروع بصفة الدوام، ومراعاة للواقع ودافعا للحرج وهذا ما سنبين مشروعيته في القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع والقانون الجزائري.

---

[1] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة المعدل، مرجع سابق، ص 172.

[2] فقه عام، الفقه على المذاهب الأربعة، جامع الكتب الإسلامية، باب الطلاق، ص 248، متاح على الموقع ketabonline.com تم الإطلاع يوم 25جويلية 2023 على الساعة 21:44د.

[3] عدلت بالأمر 05-02، المؤرخ في 27فبراير2005

أولا: دليل وجوب الطلاق في القرآن الكريم

قال الله تعالى: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ ﴾ [البقرة الآية 229]

وقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق الأية1]

ثانيا: دليل وجوب الطلاق في السنة النبوية

حَدَّثَنَا أَبُو بَكْرٍ مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ بَالَوَيْهِ، حدثنا مُحَمَّدُ بْنُ عُثْمَانَ بْنِ أَبِي شَيْبَةَ، حدثنا أَحْمَدُ بْنُ يُونُسَ، حدثنا مَعْرُوفُ بْنُ وَاصِلٍ، عَنْ مُحَارِبِ بْنِ دِثَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَا أَحَلَّ اللَّهُ شَيْئًا أَبْغَضَ إِلَيْهِ مِنَ الطَّلَاقِ»[1]

ثالثا: دليل وجوب الطلاق بالإجماع

فلقد أجمع علماء الأمة الإسلامية من أيام الرسول صلى الله عليه وسلم حتى اليوم على أن لرجل أن يطلق زوجته ولم ينكر أحد هذا الأمر إلا إذا كان الطلاق تغير بسبب شرعي.[2]

رابعا: مشروعية الطلاق في القانون الجزائري

نصت المادة 48(المعدلة) من ق. أ. ج على أنه" مع مراعاة أحكام المادة 49أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53و54من هذا القانون.

وكذلك نصت المادة 49 (المعدلة)من نفس القانون على أنه" لا يثبت الطلاق إلا بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن يتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".

---

[1] أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرك للصحيحين ط1عالم الكتب، بيروت 1990، رقم الحديث 279، ص214.

[2] بن شويخ الرشيد، المرجع سابق، ص173

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط و الطرفين[1].

خامسا: حكم الطلاق

1-يكون مكروها إلا إذا كان بدون سبب وهو الحكم الأصلي فيه لقوله صلى الله عليه وسلم أبغض الحلال إلى الله الطلاق.

2-يكون حراما إذا خاف الزوج بسببه الوقوع في الحرام.

3-ويكون واجبا إذا حدث ضرر فادح أو شقاق كبير يؤدي استمراره إلى عواقب وخيمة ولا يمكن إزالتها إلا به.

4- يكون مندوبا إذا كانت الزوجة مضيعة للواجبات الدنية كالصلاة ونحوها ولا إجبارها كأن كانت غير عفيفة لأن ذلك يضر بسمعته ويضر بتربية أبنائه.

5-يكون مباحا إذا لم يتحمل الزوج سوء خلق امرأته وتضرر بذلك.[2]

الفرع الرابع: أنواع الطلاق

أ-طلاق سني: هو ما تم وقوعه وفقا لشرع والسنة بحيث في طهر لم تمس فيه المرأة وبطلقة واحدة لا أكثر.

ب- طلاق بدعي: هو ما تما علي خلاف ذلك كطلاق الحائض أو طلاق ثلاثة في المرة الواحدة.[1]

---

[1] عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005

حررت في ظل القانون رقم84-11المؤرخ في 9يونيو 1984كما يلي: لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر

[2] شيخ أحمد بومعزة، اختصار المسالك لمعرفة فقه الإمام مالك، دار الهدي، ط2، سنة 1442هـ/2020م، ص233

الفرع الخامس: طرق الطلاق بين الشريعة والقانون

هناك ثلاثة طرق لطلاق وهي:

أولا:لطريقة الأولى: وهي الطلاق بإرادة الزوج لوحده.

قد يجد الزوج في سلوك زوجته ما لا يستطيع البقاء معها وعلى معاشرتها، ولذلك أبيح له الطلاق إذا كان السبيل الوحيد لحل المشكلة التى وقع فيها بعد إستنفاذ جميع الوسائل التي تسبق الطلاق كالموعظة الحسنة، والضرب بغرض التأديب ومحاولة الصلح.[2]

ثانيا: لطريقة الثانية: وهي الطلاق بالتراضي في الشريعة الإسلامية

أباحت الشريعة الإسلامية الطلاق بالتراضي أيضا لقوله تعالى :

﴿ وَإِنۡ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيم ﴾ [البقرة الآية227]، وقوله تعالى:﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغۡنِ ٱللَّهُ كُلّا مِّن سَعَتِهِۦۚ وَكَانَ ٱللَّهُ وَٰسِعًا حَكِيما ﴾ [النساء الآية130]

وهذا الطلاق بالتراضي من شأنه أن يرفع الحرج عن الزوجين معا، فإذا إشتد الخصام أو الخلاف بين الزوجين ولم يتمكنا من الإنسجام مع بعضهما البعض بعد إستنفاذ جميع الطرق اللأزمة للصلح بين الزوجين وإتفقا علي إنهاء الرابطة الزوجية بطريق ودي[3].

ثالثا: الطريقة الثالثة: فهي الطلاق بطلب من من الزوجة، بمعني أن الزوجة إن تضررت من سلوك زوجها فإنها لاتطلق نفسها بنفسها، وإنما لها أن تطلب الطلاق من القاضي بناء علي جملة من

[1] شيخ أحمد بومعزة، المرجع السابق، ص236

[2] بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص175

[3] بن شويخ الرشيد، نفس المرجع، ن ص

المبرارات التي تستدعي طلب الزوجة فراق زوجها، وهذه المبرارات نصت عليها المادة 53 المتعلقة بالتطليق والمادة 54 المتعلقة بالخلع، حيث يجوز لزوجة أن تخلع زوجها.[1]

الفرع السادس: أقسام الطلاق

أولا: الطلاق الرجعي

يملك الزوج أن يراجع زوجته بدون موافقتها وبدون عقد جديد أو مهر جديد ما دامت في العدة

لأن العدة في الطلاق الرجعي إمتداد لزوجية، أو هي عطلة زوجية تعود الحياة بعدها أكثر نشاطا ورغبة في البقاء، فكلاهما عروس جديد، وقد استفاد كلاهما من التجربة.

لا يجوز للزوج أن يُخرجها من بيته، ولا يجوز لها أن تخرج، ليبقى كلاهما بجوار الآخر مدة العدة فلعل قربهما يُحدث بعد ذلك أمراً، فتعود الحياة أحسن مما كانت.[2]

كما في قوله تعالى : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ ﴾ [البقرة الآية 229]

ثانيا: الطلاق البائن

وهو الذي لا تعود به الزوجة إلى مطلقها إلا بعد عقد جديد ومهر جديد، وبرضاها وله صور عديدة منها:

-الطلاق قبل الدخول.

-الطلاق الذي يكون في نظر عوض أي الخلع.

[1] بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 176

[2] محمود محمد غريب، كتاب الطلاق تحسبونه هينا وهو عند الله عظيم، النشر دار القلم للتراث، القاهرة، ط2، 1423هـ/2004م، ص7 .

-الطلاق الواقع بحكم من القاضي بسبب الضرر أو نحوه في غير مسألتي المعسر والمولي، كما أن المطلقة رجعيا بعد إنقضاء عدتها يصير طلاقها الرجعي بائنا.

وينقسم الطلاق البائن إلى قسمين:

1-طلاق بائن بينونة صغرى: وهو الطلاق الذي يستطيع الزوج أن يراجع زوجته فيه بعد أن طلاقها وبعد انتهاء عدتها، غير أنه لا يستطيع إرجاعها إلا بعقد ومهر جديدين، لأن العلاقة الزوجية قد إنتهت بمجرد إنتهاء العدة، ويراجعها بعقد جديد ومهر جديد ويكون هذا النوع من الطلقة الأولى والثانية فقط[1].

2-طلاق بائن بينونة كبرى: وهو الطلاق الذي يكون الزوج قد إستنفذ فيه جميع الطلقات الثلاث أي طلقها للمرة الثالثة، فهو بذلك لا يستطيع مراجعتها إلا إذا تزوجت رجلا أخر بعده، ويدخل بها فإن طلقها أو توفي عنها وأكملت عدتها، أجاز له أن يتزوجها من جديد بعقد جديد ومهر جديد.

وقد إختلف الفقهاء في شأن هذا النوع من الطلاق إذا وقع بالفظ المتكرر ثلاث مرات أو إشارة فهل يقع بائنا أم لا، كما إذا قال الرجل لزوجته أنت طالق بالثلاثة أو إذا تلفظ بالطلاق ثلاثة مرات .

فرأى جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة أنه يقع بائنا بينونة كبرى، أما الرأي الثاني فيرى بأنه لا يقع إلا بطلقة واحدة مهما كان العدد وبه أخذت أغلب التشريعات العربية. [2]

أما رأي قانون الأسرة الجزائري فالنص غير واضح في الموضوع من خلال المادة 51 من ق. أ. ج:على أنه "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاثة مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو

[1] بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 179

[2] بن شويخ الرشيد، نفس المرجع، ن ص

يموت عنها بعد البناء"، فهو لم يبين إذا هي ثلاث طلقات[1] متفرقة أو في مجلس واحد، لكن بما أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم فإنه يستنتج أنه يجب أن تكون ثلاث طلقات متفرقة.

المطلب الثاني: آثار الطلاق

في حال وقوع الطلاق بين الزوجين يترتب عنه آثار تتعلق بالزوجة أو الأطفال من نفقة وحضانة وهذا ما سنحاول دراسته في هذا المطلب المقسم علي فرعين الفرع الأول النفقة والفرع الثاني الحضانة .

الفرع الأول: النفقة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

يجب على الزوج أن ينفق على زوجته بالعادة ولو كانت غنية ويجب علي الولد ذكرا كان أو أنثى أن ينفق علي أبويه الفقرين، ويجب علي الأب أن ينفق علي أولاده الصغار الذين لا مال لهم، وعلي الذكور حتى سن البلوغ مع القدرة علي الكسب وعلي الإناث حتي يتزوجن ويدخل بهن أزواجهن ويجب علي السيد أن ينفق علي رفيقه، ويجب علي المالك أن ينفق علي رعيته.

أولا: تعريف النفقة بين الشريعة والقانون

1-تعريف النفقة في الشريعة الإسلامية

تعرف النفقة لغة أنها مشتقة من مادة النون والفاء والقاف وهم أصلان صحيحان يدل أحدهما علي إنقطاع الشئ وذهابه والأخر لإخفاء الشيء وإغماضه، أما اصطلاحا فسوف نتطرق إليه في المذاهب الأربعة:

حيث عرفها الحنفية:بأنها الإدرار علي الشئ بما به بقأوه [2]، أما المالكية فقد ذهب إبن عرفة بأنها مابه قوام المعتاد حال الأدامي دون سرف، والقوام بالكسر نظام الشيء وعماده والمعنى ما به نظام حال الأدمي المعتاد، وخرجا أيضا ما ليس بمعتاد في قوت الأدمي كالحلوى والفواكه فإنه ليس بنفقة شرعية ولا يحكم بها حاكم، وبقوله أيضا: "دون سرف" ما كان سرفا فإنه ليس بنفقة شرعية ولا يحكم بها الحاكم.

[1] بن الشويخ الرشيد، نفس المرجع، ص177

[2] علام ساجي، المرجع السابق، ص145.

وعرفها الحنابلة: هي حفظ الصغير والمجنون والمعتوه والمختل العقل بما يضرهم، وتربيتهم فيما يعمل مصالحهم ونحوه عما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم. [1]

2-تعريف النفقة في القانون الجزائري

مايصرف الزوج علي زوجته وأولاده وأقاربه من طعام وكسوة ومسكنا وكل ما يلزم للمعيشة حسب ماتعارف عليه بين الناس وحسب وسع الزوج وحسب ما نصت عنه المادة 74ق.أ.ج: أنه "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78و79و80من هذا القانون "

كما نصت المادة 78من ق. أ. ج"تشمل النفقة الغداء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة ".

كما نصت المادة79من ق.أ.ج "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة قبل رفع الدعوى" .

كما نصت المادة80من ق. أ. ج: أنه "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء علي بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى".[2]

ثانيا:**دليل وجوب النفقه في الشريعة الإسلامية**

1-في القرأن الكريم: قوله تعالي: ﴿ أَسكِنُوهُنَّ مِن حَيثُ سَكَنتُم مِّن وُجِدِكُم وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيهِنَّ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمل فَأَنفِقُواْ عَلَيهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعنَ حَملَهُنَّ فَإِن أَرضَعنَ لَكُم فَّاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَتَمِرُواْ بَينَكُم بِمَعرُوف وَإِن تَعَاسَرتُم فَسَتُرضِعُ لَهُۥٓ أُخرَىٰ ﴾ [الطلاق الآية6]

وقوله تعالى:﴿ ٱلرجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعضَهُم عَلَىٰ بَعض ﴾ [النساء الآية34]

[1] منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، الكاشف القناع عن متن الإقناع، ج 4، ط1، عالم الكتاب، بيروت-لبنان، 1997، ص432.

[2] قانون الأسرة، فصل النفقة، ص11

2-من السنة النبوية

عن عائشة رضي الله عنها عن هند بنت عتبة قالت "يا رسول الله إن أبى سفيان رجل شحيح ليس يعطيني وولدي إلا ما أحدث منه وهو لا يعلم، قال خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"[1].

3-الأدلة من الإجماع

أجمعت الأمة الإسلامية على وجوب نفقة الزوجة على زوجها وأيد المعقول هذا فإنها ما دامت الزوجة قد تفرغت لواجب الحياة الزوجية، وحبست نفسها وقصرتها على زوجها وجب عليه الإنفاق عليها فمن كان محبوسا بحق شخص كانت نفقته عليه لعدم تفرغه لحاجة نفسه[2].

ثالثا:حالات النفقة

1-الحالات التي تجب فيها النفقة

إذا كانت الزوجة صالحة للحياة الزوجية وانتقلت إلى الزوج أو لم تنتقل بالفعل ولكنها لا تمانع فيه لأنه يكفي منها الاستعداد لتسليم نفقتها.

إذا فأت عليه حقه بسبب مشروع من جهتها، كما لو إمتنعت عن تسليم نفسها لعدم إيفائه معجل الصداق أو عدم إعداده المسكن الشرعي لها .[3]

2-الحالات التي تسقط فيها النفقة بعد وجوبها

إذا كان العقد باطلا أو فاسدا حتى ولو سلمت المرأة نفسها لرجل الذي عقد عليها، لأن هذا العقد واجب الفسخ فيكون التسليم بعده غير مشروع فيجب عليهما أن يفترقا من تلقاء أنفسهما، وإلا فرق القاضي بينهما ومثال ذلك إذا دخل بإمرأة بشبهة من غير العقد عليها لأن هذا الدخول غير مشروع فلا يحق للزوج إحتباس المرأة فضلا عن أنه لم يسبقه عقد صحيح [4]

---

[1] صحيح البخاري، المرجع السابق، رقم الحديث 5364، ص1110

[2] مشري خلود، أحكام النفقة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص شريعة وقانون، جامعة محمد بوضياف المسيلة، سنة 2019م، ص29.

[3] محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص441

[4] محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ن ص

رابعا: حكمة مشروعية النفقة للمطلقة

كرم الله تعالي المرأة أعظم تكريم سواء كانت أما أو أختا أو زوجة وجعل لها ضمان حقوقها، ومن ضمن هذه الحقوق التي جعلها لها النفقة أوجبها للزوجة علي الزوج، بل لم يكتفي بإجابها على الرجل لزوجته بل أوجبها حتي لمطلقته.

إذا كان الشرع قد فرض العدة علي المطلقة ومنعها من الزواج في هذه الفترة حتي تنقضي، فإنه لم يتركها بدون أن يضمن لها ويكفل لها مؤونة طعامها وملبسها ومسكنها وشربها، فأوجب علي المطلق الإنفاق عليها لأنه هو الذي بيده عقدة النكاح، وأيضا قد تكون المطلقة فقيرة ولا عائلة لها فإذا الزمنها بالعدة ومنعناها من الزواج مع عدم إنفاق الزوج عليها قد يؤدي ذلك الي هلاكها أو إنحرفها لتضمن لقمة عيشيها، وهذا مالا يرضاه الإسلام لذلك ألزم المطلق بالنفقة عليها حتي تنتهي فترة العدة التي هي حق من حقوقه.[1]

الفرع الثاني: الحضانة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الحضانة تعريفات مختلفة إلا أنها تتفق في مدلولها وفيما يأتي عرضا لبعض هذه التعريفات "، كما عرفها المشرع الجزائري في المادة 64من ق. أ. ج ووضع شروطا للحاضن إذا تخلفت تسقط عنه الحضانة.

أولا: تعريف الحضانة في الشريعة الإسلامية

عرفها الحنفية بأنها تربية الولد ممن له حق الحضانة.[2] أما المالكية فقد عرفها لإمام مالك بأنها: تربية الولد وحفظه وصيانته حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث يشاء، وعرفها بأنها صيانة العاجز والقيام بمصالحه وهذا التعريف يشمل الصغر والجنون والبكارة[3].

[1] علام سلجي، مرجع سابق، ص 80

[2] ابن عابدين نجل، رد المختار على الدار المختار شرح تنوير الأبصار، ج5، دار عالم الكتب، الرياض، 2011، ص253

[3] الإمام مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994، ص358

أما الشافعية: فيرون أنها حفظ من لم يستقل بأمر نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل وكبير والمجنون، وتربية المحضون بما يصلحه تعهده بطعامه وشرابه.[1]

أما الحنابلة فعرفوها بأنها حفظ الصغير والمجنون والمعتوه وهو المختل العقل بما يضرهم، وتربيتهم فيما يعمل مصالحهم ونحوه عما يضره وتربيته على مصالحه .[2]

ثانيا: تعريف الحضانة في القانون الجزائري

–عرفت المادة 62ق.أ.ج الحضانة بأنها "رعاية الطفل وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحتا وخلقا"، فهي تشمل رعاية الطفل من غذاء وكسوة وسكن وعلاج، كما تشمل التربية على دين أبيه، وتعليمه الأخلاق والقيم، ولحفاظ على صحته.

ثالثا: دليل وجوب الحضانة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

1–دليل وجوب الحضانة في الشريعة الإسلامية

أ–من القرآن الكريم: قال الله تعالى : ﴿ وَحَرَّمنَا عَلَيهِ ٱلمَرَاضِعَ مِن قَبۡلُ فَقَالَتۡ هَلۡ أَدُلُّكُمۡ عَلَىٰٓ أَهۡلِ بَيۡت يَكۡفُلُونَهُۥ لَكُمۡ وَهُمۡ لَهُۥ نَٰصِحُونَ ١٢ فَرَدَدۡنَٰهُ إِلَىٰٓ أُمِّهِۦ كَيۡ تَقَرَّ عَيۡنُهَا وَلَا تَحۡزَنَ وَلِتَعۡلَمَ أَنَّ وَعۡدَ ٱللَّهِ حَقّ وَلَٰكِنَّ أَكۡثَرَهُمۡ لَا يَعۡلَمُونَ ١٣﴾ [القصص الآية 13/12]

ب–من السنة النبوية

[1] شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغنى المحتاج، ج4، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. س. ن، ص592

[2] منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، الكاشف القناع عن متن الإقناع، ج4، ط1، عالم الكتاب، بيروت–لبنان، 1997، ص.432

أن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم حدثت قالت: «جاءتني امرأة لها ابنتان تسألني، فلم تجد عندي غير تمرة واحدة، فأعطيتها فقسمتها بين ابنتيها، ثم قامت فخرجت فدخل النبي صلى الله عليه وسلم فحدثته فقال: من يلي من هذه البنتان شيئا، فأحسن إليهن كن له سترا من النار»[1].

ج–بالإجماع

لا تختلف الأمة في وجوب الكفالة للأطفال، لأنه خلق ضعيف لا يقوى محتاج إلى من يرعاه ويربيه لينفع نفسه ويستغني عن غيره ومن غير المعقول أن يترك الصغير دون كفاله ولا تربية، حتى تتوفاه المنية أو يضيع، وإذا قام به قائم عن غيره والأب أولى به، والأم في حولي الرضاعة، في حال سقوط الأب أو هلاكه ولا يوجد مال، وأي مراضع تستأجر له، أو كان لا يقبل أن يرضع سواها، فتجبر على إرضاعه.[2]

2–دليل وجوب الحضانة في قانون الأسرة

نصت المادة 65 من ق. أ. ج. على أنه "انتهاء مدة الحضانة بالنسبة للذكر ببلوغه 10سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج أي 19سنة، كما نص عل إمكانية تمديدها بالنسبة للذكر إلى 16سنة إذا كانت الحاضنة أم ولم تتزوج بعد، والحكم بانتهاء الحضانة مبني على مصلحة المحضون".

ولم يشر النص إلى مسألة هامة كثيرا ما تثار بالنسبة للمحضون وهو رغبته في الانتقال، في بعض الحالات يرفض الطفل بعد الحكم بانتهائه العيش والانتقال إلى الجهة التي تستند لها الحضانة بسبب تعوده العيش مع أمه لفترة طويلة.

وأوجبت المادة 72(المعدلة) من نفس القانون على أنه" في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

[1] صحيح البخاري، المرجع السابق، الحديث رقم 5995، ص2122

[2] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص287

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".[1]

وفي جميع هذه النصوص نص المشرع على مصلحة المحضون.

المطلب الثالث: قرار المحكمة العليا في الطلاق وأثاره

اجتهدت المحكمة العليا في قرارات كثيرة في قانون الأسرة الجزائري فيما يخص إنشاء الرابطة الزوجية المذكورة سابقا وفي هذا المطلب سنتطرق إلى قرارات المحكمة العليا في إنهاء الرابطة الزوجية ومن هذه القرارات إجتهاد المحكمة العليا في الطلاق و آثاره.

الفرع الأول: قرار المحكمة العليا في الطلاق

قرار المحكمة العليا الملف رقم 39463الصادر بتاريخ 1986/02/10، التفريق بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن.

من المتفق عليه فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي، وأن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته لأنه نزل علي طلب الطلاق، أما الطلاق البائن هو الذي يقع ما قبل الدخول أو وقوع بناء علي عوض تدفعه الزوجة لزوجها لتخلص من الرابطة الزوجية معه، وكذلك الطلاق الذي يوقع القاضي بناء علي طلب الزوجة لدفع الضرر عنها وحسم النزاع بينها وبين زوجها.

فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ولذلك يستوجب نقض القرار الذي أعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقا بائنا .[2]

ومن هذا القرار إتضح لنا أن الطلاق الرجعي لا دخل للقاضي فيه بل هو بإرادة الزوج لأنه نزل على حكم الطلاق، ومن خلال هذه القضية إستند محامي الطعن على هذه الأسباب:

---

[1] حررت في ظل القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9يونيو 1984كما يلي: نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا إن تعذر فعليه أجرت

[2] قرار: م. ع. غ. أ. ش، القرار رقم 39463الصادر بتاريخ 1986/02/10، المجلة القضائية سنة 1989العدد1، ص 115

سبب مأخوذ من مخالفة أحكام الفقه الإسلامي و إنتهاك القواعد الجوهرية للإجراءات وعليه فإنه يتبين لنا أن في هذا القرار لم يراعي الشروط التى تكون في المطلق.

ويتضح أن في هذه القضية المطلق هو في سن السبعة والثمانين سنة و أنه مريض وقد أكره من طرف أبنائه في إيقاع الطلاق، وبهذا الصدد إتفق المذاهب الفقهية الأربعة على أنه لا طلاق لسكران والغضبان والمكروه والمريض لأنه لايصح الطلاق لعدم توفر صحة العقل.

وكما هو متعارف عليه وما هو مذكور سابقا أن الطلاق البائن هو الطلاق الرجعي في الطلقة الأولى والثانية فقط بإتفاق مذاهب الفقه والإمام مالك والإمام الشافعي يعتبران الطلاق رجعيا بإستثناء المكمل لثلاثة وما وقع قبل الدخول.

فالتصريح بالطلاق و إعتباره بائنا دون مراعاة صحته فيه مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية.

أما السبب الثاني: فهو مأخوذ من إنعدام الأسباب و قصورها وذلك أنه لم يكن الحكم بالطلاق أي تأسيس قانوني، وأجاب محامي الطعن أن للمرض والكبر تأثير لأول مرة في الإستئناف وذلك غير مقبول.

و أن الطلاق الذي يحكم به هو طلاق بائن و أن العصمة بيد الرجل في هذه الحالة.

قرار المحكمة العليا في آثار الطلاق .الفرع الثاني:

أولا: قرار المحكمة العليا في الحضانة.

قرار المحكمة العليا، الملف رقم 32594، الصادر بتاريخ 1984/04/02، سقوط الحضانة عن الأم، تجزئة الحضانة.

من المقرر شرعا أن حضانة الأبناء تسند إلى أمهم، ولا يسقط عنها هذا الحق إلا بموجب مبرر شرعي

كما أنه لا يجوز تجزئة الحضانة إلا لنفس السبب، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعي.

ويتضح من خلال هذا القرار أن الطعن فيه يستند إلى وجهان:

الوجه الأول: مأخوذ من مخالفة القواعد الجوهرية في الإجراءات وخاصة أحكام المادة 191 من ق. ا. م حيث خلافا لما يدعيه هذا الوجه أن الجدة للأب تعتبر واحدة من أصحاب الحقوق في الحضانة وترتب معهم من الدرجة الخامسة.

بما أنها بهذه الصفة يسوغ لها التدخل بطريقة الاعتراض غير الخارج عن الخصومة في جميع الأحكام المتعلقة بحضانة أطفال أبناءها.

الوجه الثاني: المأخوذ من مخالفة قواعد الشريعة الإسلامية المتعلقة بالحضانة وبخرق أحكام المادة 42من القانون المدني.

حيث أن الشريعة الإسلامية قررت بأن الحضانة تسند للأم من باب أولى ما دامت الشروط متوفرة فيها ولا تسقط عنها مادامت لم يوجد ما يجردها من هذا الحق مانع شرعي كزواجها أو فساد أخلاقها.

والمبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو أن الحضانة لا يجوز تجزئتها بدون مبرر كما في قضية الحال فإن الأولاد الأربعة هم صغار السن وضمهم لأمهم أولى وأحق وهذا ملائم للمصلحة التي يراعيها الشرع في هذا الباب.

وعليه يستوجب نقض القرار الذي قضى بخلاف هذا المبدأ بتجزئة الحضانة بين الأم والجدة لأب متى أسس حكمه على إسناد الحضانة بين الأم والجدة لأب كان بناء على رغبة الأبناء في البقاء معها ورفضهم لامهم.[1]

ثانيا: قرار المحكمة العليا في النفقة.

[1] قرار: م. ع. غ. أ. ش، الملف رقم 32594، الصادر بتاريخ02/04/ 1984، المنشور بالمجلة القضائية لسنة 1989، العدد 1، ص77،78

قرار المحكمة العليا، الملف رقم 34327، الصادر بتاريخ 1984/10/22، في نفقة العدة، واستحقاقها لزوجة في جميع الأحوال (أحكام الشريعة الإسلامية).

من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة لزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ، يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية، ومن الثابت أن قضاة الاستئناف أيدو الحكم المستأنف فيما قضى به ومن ذلك تقرير نفقة العدة لزوجة فإن وجه الطعن المؤسس في هذه القضية على خرق قواعد الشريعة الإسلامية باعتبار أن الزوجة اعترفت بارتكاب فاحشة الزنا وأنه من المقرر شرعا إسقاط جميع حقوق الزانية يكون غير مقبول، فيما ذهب إليه حول حرمان المطلقة من تقرير نفقة العدة.

ومن خلال هذا القرار يتضح لنا أن الشريعة الإسلامية أوجبت النفقة على المرأة المطلقة حتى تنهي عدتها وذلك لاحتياجها للمال لسد حاجياتها، ولمنعها من كسب المال بطرق غير مشروعة بالانحراف إلى المعاصي.[1]

حيث أن المحكمة العليا طبقت صحيح القانون في هذه القضية مع إحالة القضة إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما يخص نفقة المعتدة من الطلاق.

[1] قرار: م. ع. غ. أ. ش، الملف رقم 34327، الصادر بتاريخ 1984/10/22، المنشور بالمجلة القضائية لسنة 1989، العدد3، ص69

المبحث الثاني:

تطبيق قاعدة الإحالة بخصوص التطليق

الأصل أن يكون الطلاق بيد الرجل، إلا أن الشارع لم يمنع المرأة من حق تطليق نفسها أو تخليص نفسها من أي ضرر لحق بها سواء بعوض أو بدونه وللقضاء سلطة واسعة في هذا المجال، ويعتبر تدخل القاضي، جلبا للمصلحة، لأن من صلاحياته رفع أي ضرر واقع من أحد الأطراف والمعاقبة على شتى أنواع العقوبات المالية والبدنية أو غيرها وهذا ما سنحاول دراسته في هذا المبحث، من خلال التعرض لتعريف التطليق بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري وسلطة القاضي في إيقاعه في المطلب الأول، ثم أسباب التطليق في المطلب الثاني، وبعدها اجتهاد المحكمة العليا في التطليق المطلب الثالث.

المطلب الأول: تعريف التطليق

قد تكون العصمة في يد الرجل لفك الرابطة الزوجية بالطلاق لسوء العشرة بين الزوجين، مما يجعل الزوج بتطليق زوجته لأن العصمة بيده، ولكن في حال تضررت المرأة من هذه الرابطة بإهانتها وضربها من طرف الزوج فهنا جعلت لها الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري اللجوء إلى القاضي لتخلص من هذه الرابطة الزوجية عن طريق القاضي لذلك سمي التطليق بالتفريق القضائي لأن القاضي له دخل في إنهاء هذه الرابطة وهذا ما سنحاول تفصيله في هذا المطلب المقسم على الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف التطليق في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

أولا: تعريف التطليق في الشريعة الإسلامية: جعل الشرع الطلاق بيد الرجل لحكم عديدة كما يمكن لزوجة أن تتخلص من حياة زوجية لا تطيقها بالخلع، أما إذا تضررت ولم تجد التخلص منها ولو بالخلع، فإن الشرع مكنها من أن ترفع أمرها للقاضي لطلب التفريق بينها وبين زوجها ويسمى بطلاق القضائي أو تفريق القضائي أو التطليق[1].

[1] علام ساجي، المرجع السابق، ص149

ثانيا: تعريف القانون الجزائري لتطليق

ويتفق التعريف القانوني للتطليق مع مفهومه في الشريعة، فهو لجوء الزوجة للقاضي من أجل فك الرابطة الزوجية في حالة ثبوت الضرر، وتوافر أسبابه.

وعرفه قانون الأسرة الجزائري حسب ما نصت عنه المادة 53من قانون الأسرة الجزائري المعدلة

هي جملة من الأسباب تستطيع الزوجة بواسطتها أن تطلب التطليق من القاضي وهي أسباب مادية في الغالب تتطلب الإثبات لكي يحكم القاضي لها بالطلاق.[1]

الفرع الثاني: سلطة القاضي في إيقاع الطلاق

من المعلوم أن الأصل في الطلاق حصوله بيد الزوج لا بيد غيره ولو قاضيا، ولكن أجاز جمهور الفقهاء للقاضي بما له من ولاية أن يقوم بالتفريق بين الزوجين نيابة عن الزوج عند نشوزه وتحقق ظلمه لزوجته، فمهمة القاضي منع الظلم ورفع الضرر، وذلك في حالات معينة نص عليها القانون، ولعل أكثر الأئمة توسعا في إعطاء القاضي الحق في إجابة طلب المرأة بالتطليق المالكية والحنابلة، على العكس فيما ذهب إليه الأحناف الذين لم يعطوا القاضي الحق في طلاق المرأة إلا لعيب في الزوج، بل اختلفوا فيما بينهم في حدود حق القاضي في التطليق، فقصره الإمام أبو حنيفة على العيوب التناسلية في الرجل، وأضاف محمد الجنون والجذام والبرص[2].

المطلب الثاني: أسباب التطليق

حددت المادة 53 ق.أ.ج أسباب التطليق على سبيل الحصر وهي عشرة، نذكرها فيما يلي:

[1] بن شويخ رشيد، مرجع سابق، ص189

[2] محفوظ صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصول، جامعة باتنة، لسنة 2008م/2009م، ص637.

أولا: عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج.

ولقد سبقت الإشارة إلى أن النفقة واجبة على الزوج بمجرد العقد عليها ويتأكد هذا الواجب بالدخول أو بانتقال الزوجة إلى بيت الزوجية ويستمر هذا الواجب ما دامت الحياة الزوجية قائمة، ولا يجوز لزوج أن يمنع الإنفاق علي زوجته إلا لعذر مقبول، إلا أن هذا النص تطلب في حالة امتناع عن النفقة بعد صدور الحكم بوجوب النفقة، لأن نفقة الزوجة واجبة علي الزوج، وإذا أثبتت الزوجة امتناع الزوج عن النفقة يقوم القاضي مباشرة بتوجيه إنذار لزوج ينذره به لينفق علي زوجته أو يحدد له أجلا إن كان معسرا وإلا يتعرض للمتابعة بإجباره علي الإنفاق وهنا يمكنها أن تطلب التطليق إذا لم ينفق.

ثانيا: الشقاق المستمر

الشقاق هو النزاع الشديد بسبب الطعن في الكرامة والضرر هو إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو الفعل كالشتم والتقبيح المخل بالكرامة والضرب المبرح، والإعراض والهجر من غير سبب فلا بد اللجوء إلى القضاء لتفريق بهذا السبب الذي يقع به الطلاق بائنا[1].

لقد أخذ قانون الأسرة بالتفريق لشقاق عملا بمذهب المالكية خلافا لبقية المذاهب، منعا لإستمرار النزاع، وكي لا تصبح الحياة الزوجية جحيما لا يطاق، وبلاء لا حل فيه، ولقوله صلي الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار » وترفع الزوجة أمرها للقاضي، فإن أثبتت صحة دعواها، بعث القاضي: حكمين: حكما من أهلها وحكما من أهل الزوج، لفعل الإصلاح، من جمع وصلح، أو تفريق بعوض أو بدونه: لقوله تعالى: ﴿ وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَما مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَما مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗ يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرٗ﴾ [سورة النساء الآية 35]

وقول الحكمين بين الزوجين نافذا باتفاق الفقهاء[2].

ثالثا: العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

[1] وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، مرجع سابق، ص335

[2] وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ن ص

والمقصود بالعيوب العلل التي تحول دون تحقيق أهداف الزواج، المتمثلة في المودة والرحمة والإحصان وغيرها، وهي تشمل الأمراض الجنسية، كالجب والخصاء والعنة، والأمراض الخطيرة كالإيدز، والأمراض المعدية، والأمراض المزمنة التي لا يرجي شفاؤها أو يطول زمن برئها، بحيث يكون لها تأثير على الحياة الزوجية، فمن حق الزوجة أن تطلب التطليق بسبب العيوب استنادا إلي نص المادة، 53-2 ق.أ.ج.

و تفاديا لأي ضرر بسبب إخفاء هذه العيوب من طرف الزوج اشتراط الأمر 05-02 المذكور سابقا الفحص الطبي قبل الزواج، من أجل إطلاع علي الحالة الصحية لطرفين وتفادي أي تدليس أو تغرير.

ويشار إلى أن المشرع الجزائري لم ينص على المهلة التي تنتظرها الزوجة ليعالج الزوج علته وخاصة ما يتعلق بالأمراض الجنسية، في حين نص الفقه الإسلامي عليها، وجعلها سنة كاملة بحيث يمر على الزوج جميع فصول السنة[1].

رابعا: الحكم علي الزوج عن جريمة بها مساس بشرف الأسرة

ومعني هذه الحالة أن يكون الزوج قد ارتكب جريمة من الجرائم الماسة بالشرف و الأدب، كالخيانة الزوجية، وجرائم إغتصاب مما يعتبر ضرارا معنويا يمس الزوجة، وأن يكون الزوج قد أدين فعلا بإرتكابه للجريمة وصدر ضده حكم فيها سواء كان قاضيا بحبسه أم لا، ويشترط في هذه الجريمة أن يستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية.[2]

خامسا: الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة

سادسا: مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8ق.ا.ج والمتعلقة بتعدد الزوجات.

سابعا: إرتكاب فاحشة مبينة

ثامنا مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

تاسعا: الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر

[1] علام ساجي، المرجع سابق، ص106

[2] علام ساجي، م س، ص107

عاشرا: كل ضرر معتبر شرعا.

المطلب الثالث: قرار المحكمة العليا بخصوص التطليق

قرار المحكمة العليا، الملف رقم 34767، الصادر بتاريخ 1984/12/17 بخصوص إثبات الزوجة الضرر الذي لحقها من زوجها و إسائته، لضرر خطير ومستمر، قضاء بما يخالف مبادى الشريعة الإسلامية.

من المقرر شرعا أنه لا يسوغ لزوجة طلب التطليق أو الحصول عليه إلا بعد أن تثبت الضرر الخطير والمستمر الذي لحقها من زوجها ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية.

ومن خلال هذا القرار يستند الطعن على وجهان:

1- مأخوذ من خرق قاعدة جوهرية من الشريعة الإسلامية وذلك لأن القرار المطعون فيه قضى بالتفريق بين المتنازعين بالرغم أن الشريعة الإسلامية لا تسمح بفك الرابطة الزوجية بطلب الزوجة وحدها إلا في حال وجود ضرر أصابها من زوجها .

ويتضح لنا من خلال هذ ا القرار أن الزوجة لم تثبت سبب طلبها لتطليق و الزوج لم يوافق عن هذا الطلب وهنا قد خالفو القاعدة الشرعية لعدم توفر دليل يثبت إيقاع التطليق.

2- مأخوذ من خرق قاعدة جوهرية في الإجراءات وذلك لأن قضية الحال لم تحال إلى النيابة العامة كما هو مشروط في المادة 141من ق. أ. م أن هذه الدعوى تخص حالة الأشخاص ومن خلال هذه القضية ومخالفتها لقاعدة الإجراءات إتضح لنا أن ملف القضية لم يبلغ إلى النيابة العامة، لأنه لايمكن وقوع أي من طرق فك الرابطة الزوجية دون تدخل النيابة العامة في إجراء الصلح.

ومن الثابت في قضية الحال أن قضاة الإستئناف برارو قرارهم بالتطليق لمجرد تصميم الزوجة على التفرقة

بينها وبين زوجها وعلى إستحالة الحياة بينهما وهذا دليل مخطأ وغير مبرر للجوء لتطليق لذلك إستوجب على القاضي نقض القرار و إبطاله إستندا على الأوجه المذكورة سابقا. [1]

المبحث الثالث:

تطبيق قاعدة الإحالة بخصوص الخلع

جعل الله تعالى فك الرابطة الزوجية بيد الرجل لأسباب معينة تدفعه لطلاق زوجته كما ذكرناها سابقا وحفظ الله كرامة المرأة وحقوقها وصانها مما يلحق بها من أذى الزوج لها وجعل لها سبيل للخلاص من هذه الرابطة بالتفريق القضائي أو بما يسمى بالتطليق سابق الذكر للأسباب الموجزة له وفي حال لم تكن هذه الأسباب كافية لإيقاع التطليق، فجعلت الشريعة الإسلامية والقانون الأسرة الجزائري لها لتخلص من هذه الرابطة الخلع بعوض مالي، وهذا ما سنحاول دراسته في هذا المبحث من خلال التطرق إلى تعريف الخلع وأحكامه في المطلب الأول، ثم شروط الخلع في المطلب الثاني، وأخيرا قرار المحكمة العليا بخصوص الخلع في المطلب الثالث.

المطلب الأول:تعريف الخلع و أحكامه

جعل الله تعالى للمرأة العصمة في يدها لتخلص من الرابطة الزوجية بمقابل تدفعه الزوجة لزوجها نظير فكها من هذه الرابطة، ويكون البدل أو المقابل الذي تدفعه هو المهر المدفوع لها من الزوج أو مبلغ أخر يتفق عليه الطرفان و هذا ما سنحاول معرفته عن الخلع تعريفه وحكمه.

الفرع الأول: تعريف الخلع بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

[1] قرار: م. ع. غ. أ. ش، الملف رقم 34767، الصادر بتاريخ 1984/12/17، المنشور بالمج، ق، 1990، العدد1، ص93

لقد إختلاف الفقهاء في تعريف الخلع وكل واحد عرفه حسب ما يراه مناسب في مذهبه وكذلك القانون الأسرة لجزائري عرفه حسب ما هو منصوص عنه في المادة 54من هذا القانون و هذا ما سنحاول التطرق إليه في هذا الفرع.

أولا: تعريف الخلع في الشريعة الإسلامية

لغة: الخلع مشتق من فعل خلع، يقال خلع ثوبه ونعله، أي نزعه، وخلع الدابة، أطلقها من قيدها وخالعت المرأة زوجها أرادته على طلاقها ببدل منها له.[1]

ويعرف الخلع في الإصطلاح حسب تعريف المذاهب الأربعة.

يعرف الخلع في المذهب الحنفي بأنه إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه[2].

أما المالكية فعرفوه: بأنه عقد معاوضة على البضع تملك به الزوجة نفسها ويملك به الزوج العوض ولا يخفى أن هذا التعريف فيه بيان حسن لماهية الخلع[3].

و ذهب الشافعية إلى: أن الخلع شرعا هو اللفظ الدال على الفراق بين الزوجين بعوض متوفرة فيه الشروط، فكل لفظ يدل على الطلاق صريحا كان أو كناية يكون خلعا يقع به الطلاق[4].

وعرفه الحنابلة: أن الخلع هو فراق الزوج إمرأته بعوض يأخذه الزوج من إمرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة[5].

ثانيا: تعريف القانون الجزائري

الخلع هو إتفاق الزوجين على الطلاق نظير عوض تدفعه الزوجة لزوجها، إذا كرهت العشرة والعيش مع زوجها، وهو كما نصت عنه المادة 54من الأمر 05-02 " يجوز لزوجة دون موافقة الزوج

---

[1] علام الساجي، مرجع سابق، ص 70

[2] تم الاطلاع يوم 4جوان2023, على ساعة 00:44د www.fatihsyuhud.org كتاب الخلع على المذاهب الأربعة

[3] كتاب الخلع على المذاهب الأربعة، نفس المرجع

[4] كتاب الخلع على المذاهب الأربعة، نفس المرجع

[5] كتاب الخلع على المذاهب الأربعة، نفس المرجع.

أن تخالع نفسها بمقابل مالي ".[1]

الفرع الثاني: حكم الخلع

الجواز عندما تدعو إليه الحاجة رفعا للحرج والضرر، ما لم يتعلق به أمر أخر يصرفه عن الجواز كأن يكون لغير سبب[2].

ويستدل على جواز الحكم كالآتي:

أولا: في القرآن الكريم

قال الله تعالى: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـٔٗا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾ [سورة البقرة الأية 229]

ثانيا: في السنة النبوية

عن ابن أبي تيمية عن عكرمة عن إبن عباس رضي الله عنه أنه قال :" جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت :يا رسول الله، إني لا أعتب على ثابت في دين ولاخلق، ولكني لا أطيقه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :(فتردين عليه حديقته), قالت نعم"[3]

ثالثا: في القانون الجزائري

نصت المادة 54 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري على مايلي: "يجوز لزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، وإذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

المطلب الثاني: شروط الخلع

[1] بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص70.

[2] الشيخ أحمد بومعزة، مرجع سابق، ص241

[3] صحيح البخاري، المرجع السابق، رقم الحديث 5275، ص1092

لم يتعرض المشرع الجزائري إلى الشروط الواجب توفرها لصحة الخلع مكتفيا بالاشارة إلى جواز الطلاق بالخلع مقابل مال يتفق عليه الزوجان، وفي حال عدم إتفاقهما يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل الأمر الذي يتعين معه الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، ولهذا يشترط لصحة الخلع توفر الأهلية القانونية لكل من الزوجين، وأن تكون هناك علاقة زوجية قائمة بينهما، بالإضافة إلى أن يكون الخلع مقابل مال[1]أو بما يسمى بالبدل.

الفرع الأول: الاهلية القانونية

إذا كان المشرع اشترط الأهلية القانونية في إبرام الزواج طبقا للمادة 7 ق.أ.ج، فإنه من باب أولى أن يشترط الأهلية في الخلع، خاصة وأن هذا الأخير يتم أمام القاضي ومن شروط رفع الدعوى أن يكون الشخص يتمتع بأهلية التقاضي وهي 19 سنة كاملة دون أن يحجر عليه[2].

الفرع الثاني: قيام الرابطة الزوجية

حسب المادة 54ق.أ.ج فإنه يشترط القانون لكي تخالع الزوجة زوجها لابد أن يكون هناك زواج شرعي وقانوني صحيح سواء كان [3]قد سجل في سجلات الحالة المدنية أم لم يسجل لكن لا يقبل الحكم بالخلع إلا بعد تسجيل عقد الزواج.

الفرع الثالث: بدل الخلع

من خلال قراءة المادة 54القديمة نجد أنها تنص على أنه يجوز لزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال، يتم الإتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم، أما عندما وقع تعديل لهذه المادة بموجب الأمر 05/02لسنة 2005فإنها أضافت عبارة "دون موافقة الزوج"وأصبحت تنص على أنه يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها

[1] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص265

[2] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص128

[3] عبد العزيز سعد، نفس المرجع، ن ص

مقابل مال، وإذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بصداق المثل وقت صدور الحكم، لذلك فإننا في إطار محاولة تحليل مقارنة هذين النصين نود أن نشير إلى أن القضاء الجزائري كان يعتبر أن الخلع قد شرع لمصلحة الزوجة في صورة رخصة لها لتمكينها من التخلص من زوج أصبحت تبغضه ولم تعد تحتمل عشرته.[1]

المطلب الثالث: قرار المحكمة العليا بخصوص الخلع

من المقرر شرعا وقانونا أن للمرأة الحق في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع في حال سوء العشرة بينها وبين زوجها بمقابل تدفعه الزوجة لزوجها لتخلص من الرابطة الزوجية وهذا ما سنحاول تبيانه في قرار المحكمة الأتي:

قرار المحكمة العليا، الملف رقم 36709، الصادر بتاريخ 1985/04/22.

من المتفق عليه الفقهاء في أحكام الشريعة الإسلامية، أنه في حالة الإتفاق بين الزوجين على بدل الخلع و الإختلاف على مقداره فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع، بإعتبار أن ذلك يعتبر إتفاقا على مبدأ الطلاق بخلع ومن ثم يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق.

من خلال هذا القرار إتضح لنا أن الزوجة رفعت دعوى طلاق لمدة 10سنوات لتعرضها للإساءت من زوجها وتعسفه في رفض الطلاق بعد إستحالة الحياة الزوجية بينهم وقد صرح ذلك أمام قاضي المحكمة درجة أولى وتركها معلقة و إلى جانب هذا إستمر في طرق المساوة مقابل مبلغ باهض تدفعه الزوجة لفك الرابطة الزوجية وقد صرحت الزوجة عدم قدرتها على دفع هذا المبلغ وإستندت أنه أكبر من مبلغ مهرها و هذا مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية و لقانون الإجراءات المدنية و خاصة عند إرجاع القضاة الزوجة إلى محل الزوجية قد خالفو هذه الأحكام.

[1] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص129

ولهذا يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها وإشترط الزوج خلعا قدره 50الف دج، رغم إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع وطلبهما له معا.[1]

[1] قرار: م. ع. غ. أ. ش، الملف رقم 36709، الصادر بتاريخ 1985/04/22، المنشور بالمجلة القضائية لسنة 1989، العدد 1، ص92.

الخاتمة:

اهتمت الشريعة الإسلامية بالرابطة الزوجية وأولتها أهمية بالغة سواء أثناء قيامها أو في حالات انحلالها وقد استنبط المشرع الجزائري الأحكام المتعلقة بالأسرة من الشريعة الإسلامية، واعتبرها الخلية الأساسية في المجتمع، لكن أحيانا تزول المودة بين الزوجين ويستحيل الحفاظ على الرابطة الزوجية بينهما فيتفقا على فكها بالتراضي، أو بإرادة الزوج المنفردة وأحيانا تلجا الزوجة إلى القاضي لتطلب التطليق أو الخلع.

رغم تنظيم قانون الأسرة لأحكام الزواج والطلاق، فإنه تبق هناك كثير من المسائل التي لا يجد لها القاضي حلا، فيلجأ إلى الشريعة الإسلامية، وهذا ما تناولته هذه المذكرة، وبناء على ما تقدم أقترح:

تعديل قانون الأسرة بحيث:

-تضاف فقرة أخرى للمادة 8 من ق. أ. ج: بحيث تنص" ويلتزم الزوج بأن يخصص لكل منهن سكنا منفردا عن الأخرى ". بعد أن كانت المادة تنص عن يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت نية العدل.

-وتضاف فقرة جديدة للمادة 8مكرر1:" ويعاقب الزوج في حالة الغش أو عدم استصدار التصريح وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 8 بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من 50000دج إلى100000دج".

-تعدل المادة 11 بحيث يتم حذف كلمة" أو أي شخص آخر تختاره".

بعد أن كانت تنص على أنه" تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص أخر تختاره دون الإخلال بأحكام المادة 7من هذا القانون ".

-تعدل المادة 19 بحيث تضاف إلى جانب كلمة ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، والسكن المنفرد عن الأهل.

وتضاف لها فقرة أخرى تلزم الزوج بالتنفيذ العيني للشروط، إلا إذا استحال ذلك، فيلزم بالتعويض ".

تعديل المادة 54 من ق. أ. ج: بحيث تصبح" يجوز للزوجة بموافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي يتفقان عليه وإذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع حكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل".

تم بحمد الله وفضله.

الملخص:

بالرغم أن القانون الجزائري نص على جميع القوانين في قانون الأسرة إلا في بعض الأحكام التي لم يرد النص فيها حسب ما نصت عليه المادة 222 من قانون الأسرة (كل ما لم يرد به النص في هذا القانون يرجع فيه إلا أحكام الشريعة الإسلامية)لكونها مصدر احتياطي و مادي لهذا القانون و مدى معرفة القاضي لأحكام الشريعة الإسلامية لإحالة قضايا الأسرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية في ما لم يرد فيه النص كما ذكرنا سابقا على الأحكام المادة 222 و التي من ضمنها معرفة تمكن اجتهاد القاضي في قضايا فك الرابطة الزوجية وما يتعلق بها سالف الذكر في قرارات المحكمة العليا المتعلقة بهذه القضايا دون أن ننسى انه كذلك اجتهد لوضع قرارات بخصوص فك هذه الرابطة الزوجية وفق المشرع الجزائري لإحالة قواعد هذه الأحكام إلى الشريعة الإسلامية و طبقتها تطبيقا حسنا.

Summary

Although the Algerian law provides for all laws in the family code, there are some provisions that are not provided for, as stipulated in Article 222 of the family code (everything that is not provided for in this law refers only to the provisions of Islamic Sharia)Since it is a backup and material source of this law, the extent to which the judge knows the provisions of Islamic Sharia to refer family cases to the provisions of Islamic Sharia, unless, as we mentioned earlier, the provisions of Article 222 are not provided for, including knowing the extent to which the judge is able to exercise diligence in cases of dissolution of the marital bond and related to them, as we

mentioned earlier in the decisions of the Supreme Court related to these cases, without forgetting that he also worked hard to draw up decisions regarding the dissolution of this marital bond in accordance with the Algerian Legislature to refer the rules of these provisions to Islamic Sharia and applied them well

قائمة المصادر و المراجع

القرآن الكريم

I-المصادر:

أولا: المصادر الشرعية

1-ابن عابدين محمد أمين، رد المختار على دار المختار، ج 4، ج10 ط، خ، دار عالم الكتاب، الرياض-المملكة العربية السعودية، 2003.

2-ابن عابدين نجل، رد المختار على الدار المختار شرح تنوير الأبصار، ج5، دار عالم الكتب، الرياض، 2011.

3-أبو إبراهيم إسماعيل بن يحي المزني، المختصر من علم الشافعي، تصحيح وتعليق، أبي عامر عبد الله - شرف الدين الداغساني، ط1، ج2، دار المدارج لنشر، الرياض، 2019.

4-أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، كتاب الطلاق، عالم المعرفة، ط1، 2008.

5-أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرك لصحيحين، ط1، عالم الكتب، بيروت، 1990.

5-الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء39

6-الإمام مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994.

7-الدردير ابن البركات أحمد بن محمد بن أحمد، الشرح الصغير حاشية الصاوي، ج2، ط1، دار المعارف- القاهرة، مصر، 1999.

ثانيا: النصوص القانونية

1-قانون رقم 11/84، مؤرخ في09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر عدد24، صادر بتاريخ12 يونيو1984، معدل ومتمم بالأمر رقم 05/ 02 مؤرخ في 27 فبراير2005، يتضمن تعديل قانون الأسرة، ج ر عدد 15، صادر بتاريخ27 فيفري.2005

2-الأمر رقم 05-02، مؤرخ في 27فبراير2005، يعدل ويتمم قانون رقم11/84، مؤرخ في 9يونيو1984 يتضمن قانون الأسرة، ج ر عدد15، مؤرخ في27 فيفري2005

I- المراجع

أولا: الكتب الشرعية

1-بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب السنية والجعفرية والقانون، ط4 دار- النهضة، القاهرة، مصر،1983.

2-شيخ أحمد بومعزة، إختصار المسالك لمعرفة فقه الإمام مالك، ط2، دار الهدى، الجزائر،2020.

3-شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مفتى المحتاج، ج4، دار المعرفة، بيروت لبنان، د، س، ن.

4-عمر عبد الله، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، ط1، دار المعارف، 1967 .

5-محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1999.

6-محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري والقانون، ط4، دار النهضة العربية لطباعة والنشر، تاريخ النشر 1977/01/01هـ.

7-محمود محمد غريب، الطلاق، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

8-منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، الكاشف القناع عن متن الإقناع، ج 1،ط4 ،عالم الكتاب بيروت،لبنان، سنة 1997.

9-وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر،دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ط 4،سنة 2000.

10-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، الأحوال الشخصية، دار الفكر، ط2، 1985

ثانيا: الكتب القانونية

1-العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007 .

2-العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقا لاحدث التعديلات، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2015.

3-بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط1، دار الخلدونية، 2008.

4-عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، سلسلة تبسيط القوانين، ج5، ط4، دار هومة لطباعة لنشر وتوزيع-الجزائر2010.

5- علام ساجي، المختصر في الزواج والطلاق بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، ط1، دار الهدى،الجزائر، سنة 2021.

ثالثا: الرسائل والمذكرات الجامعية

1-بلخيري مليكة، سالمي رحمة، القواعد الفقهية المتعلقة بالصداق، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص أحوال شخصية، جامعة زيان عاشور جلفة، 2017.

2-جقال عبد الله، إجراءات عقد الزواج الرسمي، وطرق إثباته في التشريع الجزائري، مذكرة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر، الموسم الجامعي 2013م/2014م.

3-صبرين مشطن، ربحة شرع، أحكام الحضانة بين الفقه والتشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر، تخصص قانون عام، جامعة غرداية، 2022م

4-مبدوعة حدة، ضوابط الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه، في العلوم تخصص قانون، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2021.
5-محفوظ صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصول، جامعة باتنة، لسنة 200م/2009م.

رابعا: مجلات

- د/ حسن محسن صيهود، كيفية إثبات النسب بالطرق الشرعية، كلية لحقوق ديالى مصر، مجلة الفتح، العدد 40، جوان 2009.

خامسا: القرارات القضائية

-قرار المحكمة العليا، الملف رقم 38331، المؤرخ في 1985/11/04، المنشور بالمجلة القضائية لسنة 1989العدد1.
-قرار م. ع. غ، أ، ش، الملف رقم 69798، الصادر بتاريخ 1991/04/23، م. ق. لسنة 1994، العدد03.

-قرار م.ع. غ. أ. ش. الملف رقم 172379، صادر بتاريخ 1997/10/28، م.ق. لسنة 2001، عدد خاص.
-قرار م. ع. غ. أ. ش، الملف رقم202430 الصادر بتاريخ 1998/12/15، م. ق. لسنة 2001، عدد خاص.

-قرار م. ع. غ. أ. ش، الملف رقم 479392الصادر بتاريخ 2009/03/11، م. ق. لسنة 2009، العدد2.
- قرار م. ع. غ. أ. ش، القرار رقم 39463الصادر بتاريخ 1986/02/10،المجلة القضائية سنة 1989 العدد1.

-قرار م،ع، غ، أ، ش، قرار رقم 73515، الصادر بتاريخ 1991/06/18، المجلة القضائية، عدد4، لسنة 1992، ص69. والقرار رقم: 59335، الصادر بتاريخ: 1990/04/30، المجلة القضائية، عدد1، 1992.

-قرار م. ع. غ. أ. ش، الصادر بتاريخ 1994/04/19، ملف رقم 115118، المجلة القضائية، عدد52لسنة 1994.

-قرار م. ع. غ. أ. ش، الملف رقم 36709، الصادر بتاريخ 1989/04/22، المنشور بالمجلة القضائية لسنة 1989، العدد 1.

-قرار م. ع. غ. أ. ش، قرار رقم 34767، الصادر بتاريخ 1984/12/17، المجلة القضائية، عدد1، 1990.

سادسا: مقالات إلكترونية

-الأستاذ سمار عبد العزيز، مقال: تم الاطلاع عليه يوم 27جوان2023م، على الساعة 15:15د، على الموقع .www.mohamh.net

-كتاب الخلع على المذاهب الأربعة تم الاطلاع عليه يوم 4جوان 2023 على ساعة00:44دwww.fatihsyud.org

- فقه عام، الفقه على المذاهب الأربعة، جامع الكتب الإسلامية، باب الطلاق، ص 248، متاح على الموقع ketabonline.com، تم الإطلاع عليه على الساعة 21:44د

- محمد حسين عبد الغفار، كتاب تيسير أصول الفقه للمبتدئين، على الموقع www.islamweb.he تم الاطلاع يوم 25ماي2023على الساعة 10:30د

الفهرس

العنوان	الصفحة
مقدمة	1
المبحث الأول: تطبيق قاعدة الإحالة في الصداق	5
المطلب الأول: الصداق وطبيعته بين الشريعة والقانون	5
تعريف الصداق في الشريعة الإسلامية	6
أنواع الصداق في الشريعة والقانون	9
المطلب الثاني: الاختلاف في الصداق	12
المطلب الثالث: قرار المحكمة العليا في الصداق	14
المبحث الثاني: تطبيق قاعدة الإحالة في إثبات عقد الزواج وإثبات النسب	15
الفرع الأول: تعريف الزواج العرفي في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري	16
الفرع الرابع: إجراءات تسجيل الزواج العرفي في القانون الجزائري	17
المطلب الثاني: إثبات النسب	18
الفرع الأول: أقوال الفقهاء في إثبات النسب	19
الفرع الثاني: إثبات النسب في القانون الجزائري	20
عدم نفي الولد بالطرق المشروعة	21

البينة	22
المطلب الثالث: اجتهادات المحكمة العليا في إثبات الزوج وإثبات النسب	23
الفرع الثاني: قرار المحكمة العليا في إثبات النسب	24
المبحث الثالث: تطبيق قاعدة الإحالة في الاشتراط في عقد الزواج	26
المطلب الأول: الاشتراط بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري	27
الفرع الثاني: تعريف القانون الجزائري للاشتراط في الزواج	28
المطلب الثاني: آثار الاشتراط في الزواج	29
الفرع الأول: آثار الشروط الصحيحة المنافية للعقد	30
المطلب الثالث: اجتهاد المحكمة العليا في اشتراط الزوجة سكن منفرد لها	31
الفصل الثاني: التطبيقات القضائية للإحالة في فك الرابطة الزوجية	34
الفرع الأول: تعريف الطلاق في الشريعة الإسلامية	35
الفرع الثاني: تعريف الطلاق في القانون الجزائري	36
دليل وجوب الطلاق في السنة النبوية	37
حكم الطلاق	38
الفرع الخامس: طرق الطلاق	39
الفرع السادس: أقسام الطلاق	40

الطلاق البائن	41
المطلب الثاني: آثار الطلاق	42
تعريف النفقة في القانون الجزائري	43
دليل وجوب النفقة في الشريعة الإسلامية	44
الحالات التي تسقط فيها النفقة	45
تعريف الحضانة في الشريعة الإسلامية	46
دليل وجوب الحضانة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري	47
المطللب الثالث: قرار المحكمة العليا في الطلاق وآثاره	49
الفرع الثاني: قرار المحكمة العليا في آثار الطلاق	50
المبحث الثاني: تطبيق قاعدة الإحالة بخصوص التطليق	52
المطلب الأول: تعريف التطليق وأسبابه	53
الفرع الثاني: سلطة القاضي في إيقاع الطلاق	54
الشقاق المستمر	55
الحكم على الزوج عن جريمة بها مساس بشرف الأسرة	56
المطلب الثالث: قرار المحكمة العليا بخصوص التطليق	57
المبحث الثالث: تطبيق قاعدة الإحالة بخصوص الخلع	58

الفرع الأول: تعريف الخلع بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري	59
الفرع الثاني: حكم الخلع	60
المطلب الثاني: شروط الخلع	61
المطلب الثالث: قرار المحكمة العليا بخصوص الخلع	63
الخاتمة	64
الملخص	67
قائمة المصادر والمرجع	68