



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة مولود معمري
تيزي وزو
كلية الحقوق والعلوم السياسية



المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري المعدل
- دراسة مقارنة-

أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم
تخصص قانون

إشراف:
أ.د. بن شويخ رشيد

إعداد الطالبة:
مخازني فايزة.

لجنة المناقشة:

كتو محمد شريف، أستاذ. جامعة تيزي وزو..... رئيسا
بن شويخ رشيد، أستاذ. جامعة البلدية..... مقرر
بويزري سعيد، أستاذ. جامعة تيزي وزو..... ممتحنا
قاري كمال الدين، أستاذ محاضر أ. جامعة البويرة..... ممتحنا
أيت شاوش دليلة، أستاذ محاضر أ. جامعة بجاية..... ممتحنا
زايدي حميد، أستاذ محاضر أ. جامعة تيزي وزو..... ممتحنا

تاريخ المناقشة:

.2022/05/04

إهداء

إلى روعي التي غابته عنى.....أبي الغالي رحمه الله.
إلى الجبل الشامخ، ملهمتي ومدرستي.....أمي حفظها الله.
إلى الراحل بلا وداع، وجرحي الدامي.....أخي رابع رحمه الله.

إلى عائلتي الصغيرة

ولديا، قرة عيني، ووتين قلبي، محمد جواد الدين، و خليل عبد الولي...أنار الله دربهما.

زوجي ورفيقي وسكني.....حفظه الله.

إلى إخوتي وأخواتي.....سندي وخطري.

محمد، بوعلام، عمر.....أدامهم الله لي عزا وفخرا.

خوخة وعزيزة.....بمقام الأم منزلة حبا وحنانا.

نوال، رفيقة دربي، وخليقة روعي..... كل السعادة والمهنة لك.

إلى كل أولاد إخوتي وأخواتي وأولادهم.....دامت المحبة والألفة والرحمة تملأ قلوبكم.

إلى كل زوجاتهم وأزواجهن.....طبتن ودامت عشرتكم.

إلى كل أهلي وعائلتي

إلى كل أصدقائي وزملا دراستي ومهنتي

إلى كل من علمني حرفا

شكر وعرفان

الشكر لله والحمد لله والثناء لله أولاً وآخراً وفي كل حين.

كل التقدير والإحترام والشكر لأستاذي ومشرفي الدكتور بن شويخ رشيد، على كل ما قدمه لي برحابة صدر وأمانة.

إلى أساتذتي الكرام أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بمناقشة رسالتي، وإثرائها بنصائحهم الثمينة والقيمة، وخبرتهم الواسعة.

إلى الأستاذ "أعراب بلقاسم"، وهو صاحب فضل كبير في مشواري الجامعي.

إلى ابنة أخي "فدوى مخازني" على المساعدات التقنية التي قدمت لها لي.

إلى كل من مد يد العون لي من قريب أو بعيد.

قائمة المختصرات

ج.ر.ج.ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ص: الصفحة.

ص-ص: من الصفحة...إلى الصفحة...

ق.أ: قانون الأسرة.

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق.أ.ش.ك: قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ق.م: القانون المدني.

م.أ.ش.ت: مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

م: ميلادي.

هـ: هجري.

صلى الله عليه وسلم: صلى الله عليه وسلم.

المقدمة.

خلق الله تعالى الكون ومعه كلّ ما يحقق دوامه ويضمن بقاءه، وشاء أن يكون الإنسان أهمّ مكوناته ودعامه استمراريته، لذلك جعله جنسين متكاملين متساويين في الإنسانية، هما الرجل والمرأة، وحدد لكل منهما طبيعته الخاصة التي تتفق مع متطلبات الحياة والهدف الذي خلق من أجله.

إنّ الرجل بحكم طبيعته الفيزيولوجية والروحية لديه القدرة أكثر من المرأة على مواجهة الأخطار وتحمل الأعباء، ويميل نحو الرئاسة والقيادة والزعامة، غير أن ممارسته الخاطئة لذلك جعلته يخرق مبدأ تكاملهما وتساويهما في الإنسانية من خلال سيطرته على المرأة وتكريس هيمنته المطلقة عليها لأزمة ليست قليلة، كانت خلالها محرومة من أبسط حقوقها، وتعامل معاملة الدواب والحيوانات، لذلك نجد أن الشرائع السماوية في مجملها جعلت منهما هدفا مباشرا لرسالاتها، وموضوعا محوريا لخطابها العام، وفي ذلك حرصت على إعلاء شأن الإنسان وسموه ورفعته كأفضل من خطأ على هذه البسيطة، وكذلك اهتم الفكر البشري منذ بدء الخليقة بهما، وحاول تحديد مكانة كل من المرأة والرجل في قوانين وضعية كانت القديمة منها مجحفة جدا بحقوق المرأة، فيما حاولت الأحدث إنصافها.

فكان قانون حمورابي يمنع المرأة من الميراث، ويعتبرها كالحیوان وضمن قطعان الماشية، وكان يعتبر الزواج تسليم المرأة نفسها للرجل الذي يريدّها مع إلزامها بتقديم الصداق له، وكانت الشريعة الهندية تلزمها بحرق نفسها مع زوجها إذا توفي قبلها، لأنه لا يجوز أن تبقى بعده، كما كانت فاقدة للأهليّة، حيث تخضع لأبيها وهي طفلة، ولزوجها وهي شابة، ولأولادها وهي عجوزا، فيما كانت شريعة الهندوس تساويها بالأفاعي والسموم والجحيم والوباء الفتاك، وحتى شريعة اليونان التي تعتبر مهد الحضارات لم تكن تعترف للمرأة بحقوقها، بل كان أفلاطون يدعو لأن تكون المرأة ملكا مشاعا تحرم حتى من أمومتها لأولادها الذين يجب أن تسلمهم للدولة عند إنجابهم، كذلك اعتبر الفيلسوف أرسطو أن من أسباب سقوط إسبارطة أنّها منحت للمرأة بعض حقوقها كالميراث، أما القانون الروماني الذي يعتبر مصدر القوانين الغربية الحالية

فكان يعتبر المرأة كالعبد، يمتلكها زوجها الذي يتمتع بالسلطات المطلقة عليها حتى حق الحياة والموت.

ظلت المرأة على هذا الحال إلى زمن غير بعيد بل أنه في سنة 1885م عقد رجال دين مسيحيون مؤتمرا في مدينة "ماكون" الفرنسية للبحث في كيان المرأة، وخرجوا منه بأنها جسم بدون روح باستثناء مريم العذراء، كما أن كل القوانين الغربية كانت قاهرة للمرأة بما فيها القانون الفرنسي الذي جاء بعد الثورة الفرنسية التي قامت على المذهب الفردي الذي يبرز شخصية الإنسان رجلا كان أو امرأة، غير أنه كان يعتبرها ناقصة الأهلية وينظر إليها كما الصبي أو المجنون، ويرجع ذلك لتأثره بفكر نابليون الذي كان يعتبر المرأة ملكا لزوجها.

غير أن حال المرأة في الغرب بدأ يتغير نتيجة للثورة الصناعية التي أوجدت أسلوبا جديدا للحياة، اضطرت معه المرأة للعمل لإعالة نفسها حتى لو كانت زوجة أو أمًا، مما جعلها تظهر مع الرجل أكثر من ذي قبل، ولأنه كان هناك تمييزا بينها وبينه، حيث كانت تعمل أكثر منه في نفس المصنع ولمدة أطول فيما تأخذ أجرة أقل منه، فإنها بدأت في المطالبة بحقوقها، فكانت قضيتها في بدايتها ليست مجرد قضية مساواة مع الرجل ولكن قضية كفاح من أجل الوصول إلى مستوى يضمن لها العيش الكريم مثله.

بعدها أصبحت هذه الثورة تأخذ منحًا آخرًا يتجه نحو المطالبة بالمساواة مع الرجل، وراحت أوروبا وأمريكا في الخمسينيات تتنافسان على ادعاء الأسبقية في المطالبة بحقوق الإنسان بصورة عامّة، وبدأت المؤتمرات والإعلانات العالمية الخاصة بذلك في الظهور، كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948م، ثم أصبح التركيز على المرأة بصورة خاصة، فتكالبت المؤتمرات والاتفاقيات والمعاهدات الداعمة لها، أهمها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (CEDAW) عام 1979م، والتي تعتبر رغم بعض التحفظات عليها من أهم النصوص الوضعية التي حاولت معالجة المسائل المتعلقة بالمرأة، هذه الأخيرة التي عرفت اليوم أقصى درجات مساواتها مع الرجل خاصة في ظلّ العولمة، لتفحم بذلك رقبتها في خشونته، وتنتقل من التفريط إلى الإفراط.

بالموازاة مع ذلك كانت المرأة العربيّة في الجاهليّة محرومة من غالبية حقوقها، وكان ينظر إليها على أنها عار يلحق بالعائلة إذا ولدت، لذلك كانوا يدفنونها حيّة، وكانت ممنوعة من كل حقوقها، حتى جاءت الشريعة الإسلاميّة التي سبقت كلّ القوانين إلى إعطاء المرأة كل حقوقها التي تتناسب مع فطرتها وطبيعتها العامّة كإنسان، ومميّزاتها الخاصّة كامرأة وكزوجة وكأم، ليكون بذلك القرآن الكريم أول من جاء بأسمى نظام احترام المرأة وعرف ما يناسبها وحاول الموازنة بين ثلاثية "الفرد، الأسرة، المجتمع" مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة الإنسان ذكرا كان أو أنثى وما يناسبه، ورغم ذلك فإنه لم يسلم من الانتقاد والتطاول عليه، واتّهم بأنه دين يفرّق بين المرأة والرجل، ولم يكن هذا من فعل الغربيون فقط بل سائرهم بعض العرب والمسلمين الذين لم يتمكنوا من التفرقة بين عادات المجتمع وظلم بعض الرجال والدين، فراحوا تحت تأثير الثورة التحريرية النسوية ينتقدون بعض أحكام القرآن بعدما عارضوا وانتقدوا قوانين الأسرة المستمدة منه، وهو حال غالبية القوانين العربية كقانون الأسرة الجزائري.

صدر قانون الأسرة الجزائري بموجب القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984 م، وقد استمد غالبية أحكامه من الشريعة الإسلاميّة، وبالضبط من المذهب المالكي، محاولا مسايرة المجتمع الجزائري المعروف بمحافظته وتمسّكه بالدين الإسلامي، غير أنّ اختلاف المذاهب الفقهيّة، وتطور المجتمع الجزائري خاصّة في ظلّ العولمة، وتأثر العديد من الأشخاص بالثورة التحريرية النسويّة العالميّة، إضافة الى وجود ثغرات قانونيّة، جعل هذا القانون يعرف انتقادات عديدة، وظهرت عدّة آراء مختلفة ومتناقضة من حيث موقفها منه، يمكن تلخيصها في ثلاث تيارات مهمّة، هي:

-الاتجاه الأول: يؤيده بشدّة ويعتبره انعكاسا للمجتمع الجزائري وهويّته المسلمة وأصالته العربيّة، ويؤكد أنّ النّظام الإسلامي المتعلّق بالأسرة هوّ أسلم وأكمل وأمثل نظام يحقق ما تهدف إليه الدّولة بمفهومها القانوني من حماية للمجتمع ببناء أسرة قويّة، يؤخذ فيها بعين الاعتبار طبيعة كل مكّون لها بإعطائه ما يتناسب مع ذلك ودون إهماله أو تجاهل إرادته، ويعتبرون أنّ

استمداد أحكام الأسرة من الشريعة الإسلامية ما هو إلاّ تحصيل حاصل باعتبار الدستور الجزائري يعتبر الإسلام دين الدولة.

-الاتجاه الثاني: أنصاره من أشدّ المعارضين لقانون الأسرة، وأهمّ المطالبين بإلغائه لعدّة اعتبارات، منها:

1- أنه يفرّق بين المرأة والرجل ممّا يناقض الدستور الذي يعتبر أسمى القوانين، والذي يضمن المساواة بين جميع المواطنين في الحقوق والواجبات، ويلغي كل تمييز قائم على الجنس أو العرق أو الدين.

2- أنه يكرس هيمنة الرجل على المرأة خاصّة فيما يتعلّق بتعدّد الزوجات والطلاق بإرادة الزوج المنفردة وشرط الولي وغيرها.

3- أنه لا يساير التطوّرات العالمية، ولا يتماشى مع مبادئها العامّة خاصّة مبدأ المساواة، ولا يرقى إلى مستوى تطلّعات المرأة المتحرّرة.

واعتبروه قانوناً رجعيّاً قزّم المرأة أمام الرجل، ونادوا بضرورة الغاءه ليس فقط داخل الوطن ولكن أيضاً في المحافل الدّولية، كالملتقيات والمؤتمرات العالمية، مما دفع بمنظمات حقوق الإنسان الدّولية إلى انتقاد الجزائر، ومطالبتها بضرورة تعديل القوانين التي لا تساوي بين المرأة والرجل، واعتبرت منظمة العفو الدّولية في تقريرها المقدم إلى لجنة القضاء على كل أشكال التمييز ضدّ المرأة في ديسمبر 2004 أنّ تحفّظات الجزائر على معاهدة القضاء على كل أشكال التمييز ضدّ المرأة، والتي تستند إلى القوانين الوطنية الدّاخلية، وبخاصّة قانون الأسرة تشكّل عقبات أمام تنفيذها، وطالبتها بضرورة تعديل هذا القانون بما يتمشى مع الواجبات المترتبة على الجزائر بموجب الاتفاقية السّابقة.

-الاتجاه الثالث: يمثله العديد من شراح القانون، وينادون بضرورة تعديله، لتفادي الثّغرات والفراغات القانونية الموجودة فيه.

رغم هذه الآراء التي ظهرت بظهور قانون الأسرة واشتدّت فيما بعد، إلاّ أنّ المشرّع الجزائري ظلّ ساكناً طيلة 20 عاماً قرّر بعدها التّدخل لتعديله بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 18

محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فبراير سنة 2005 م، وذلك بعد أن تبلورت حتمية تعديل وإثراء وتكييف هذا القانون بفعل المشكلات والتحديات الاجتماعية والسياسية والقانونية والقضائية، الوطنية منها والدولية، والتي جابهت نظام الأسرة الجزائرية، وتراكت بمر الزمن، وربما يمكن القول -بعيدا عن الاتجاهات الفقهية التي تعكس توجهات سياسية معينة، ومذاهب فكرة محددة- أنّ المشرع الجزائري عدّل قانون الأسرة لأسباب عديدة، منها:

- ضغوطات الجمعيات النسوية المطالبة بحرية المرأة وتحررها، والتي أضحت لها صوتا عاليا ليس في الداخل فقط بل حتى في الخارج.

- تزايد واستفحال الضغوطات والمساومات والابتزاز الخارجي في نطاق نظام العولمة والنظام العالمي الجديد على الدولة الجزائرية من خلال ذرائع حماية وترقية حقوق الإنسان بصفة عامة، وحقوق المرأة والطفل بصفة خاصة.

- اتساع دائرة الثغرات والنقائص في أحكام قانون الأسرة، وتعطيل فاعلية الأحكام القضائية نتيجة لذلك في حماية الحقوق الزوجية والطفولة، ومصالح المجتمع عامة، وفي سد الثغرات وتكملة النقائص الطارئة في مجال منازعات قانون الأسرة والأحوال الشخصية.

- استفحال ظاهرة الطلاق والتطليق وتفكك الأسرة والعنوسة وتشرّد الطفولة والتسرّب المدرسي، وانتشار مظاهر البؤس والفقر والحرمان والانحلال الخلقي، وتفشي الآفات الاجتماعية والمخدرات وجنوح الأطفال والإجرام، وظهور الأمراض المعدية والفتاكة كالسيدا بصورة أصبحت تهدد المجتمع الجزائري في الصميم بالوهن وعدم الاستقرار الاجتماعي.

- ظهور بعض الاكتشافات العلمية المتعلقة بالإنجاب والنسب، مما يستوجب الفصل في إدراجه في باب المتغيّرات أو الثوابت، كتأجير الرحم، إثبات النسب بالوسائل العلمية، وغيرها.

- إهمال الجانب الإجرامي في إطار القانون قبل التعديل.

- تعدّد المذاهب الفقهية وإطلاع الأفراد عليها بشكل أوسع، ممّا قد يجعلهم يميلون في بعض الأحيان إلى مذهب غير ذلك الذي تبناه المشرع الجزائري.

ويضيف البعض سببان آخران، هما:

- اختلال مبدأ المساواة بين الجنسين على حساب المرأة ودورها في المجتمع، إذ تزايدت ظاهرة خضوعها للعبودية الاجتماعية والتبعية للرجل وهضم حقوقها المدنية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية بصورة خطيرة وملفتة للنظر.

- تعطيل دور المرأة الحيوي والفعال في بناء المجتمع السليم المزدهر، وفي حركة التنمية الوطنية الشاملة اجتماعيا واقتصاديا وسياسيا بصورة مؤثرة سلبا على مسيرة البناء والتشييد الوطنية في كافة المجالات.

يتضح مما سبق أنّ مسألة الضغوطات الممارسة ضدّ المشرّع الجزائري تعدّ من أهمّ أسباب التعديل، وما يؤكّد ذلك موجة تعديل قوانين الأحوال الشخصية في غالبية الدول العربية، مما قد يوحي بأنّ المشرّع غير مكانة المرأة ومركزها القانوني بما يتمشى مع المبادئ العالمية، ومن هنا تنثور عدّة تساؤلات نحاول الإجابة عليها من خلال هذه الدراسة، أهمّها:

هل كرّس المشرّع الجزائري المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة كما في القوانين الغربية راضيا بذلك إلى الإملاءات الخارجية وخارجا عن أحكام الشريعة الإسلامية؟ أم أنّه حافظ على هذه الأحكام وجعل التعديل يمس فقط الثغرات التي كانت موجودة في هذا القانون دون تغيير مصدرها، ليراعي بذلك واقع المجتمع الجزائري ويرضي التيار المحافظ؟ أم أنّه حاول خلق أسلوبا جديدا يتمشى مع روح العصر الذي نعيشه وينسجم مع هياكل الحضارة الحديثة، ولكن مع التمسك بالأصل وعدم التفریط في قيمنا الحضارية ومبادئ الشريعة الإسلامية؟ وإذا كان المشرّع الجزائري قد أبقى على أحكام الشريعة الإسلامية فهل أبقى على ذات المذهب الذي كان يعتمده أم أنّه غيرّه منفتحا على مذاهب أخرى؟ وعلى أيّها اعتمد؟ وما موقع المشرّع الجزائري من بقية القوانين العربية، هل سايرها متمشيا على نهجها أم أنّه خالفها وخرج عنها؟

هذه التساؤلات وغيرها هي ما سنحاول دراستها انطلاقا من إشكالية رئيسية هي:

ما هو المركز القانوني للمرأة في ظل قانون الأسرة الجزائري المعدّل؟ وما مدى توافقه

مع بعض القوانين العربية والشريعة الإسلامية؟

للإجابة على هذه الإشكالية سننعمد أساسا أثناء دراستنا على المنهج الذي يستدعيه الموضوع، وهو المنهج المقارن، حيث سننطلق من تحديد مركز المرأة في القانون الجزائري، ثم نحاول مقارنته كلما أمكننا ذلك بمركزها في الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الذي استمد منه المشرع الجزائري أحكامه، وكذا بمركزها في بعض القوانين العربية بهدف الاطلاع على تجارب مشرعها، منها:

- القانون التونسي باعتباره خرج وشذ عن قوانين الأحوال الشخصية العربية.

- القانون الكويتي، باعتباره يتبنى المذهب الحنفي في غالبية أحكامه، وهو المذهب الذي أصبح يميل إليه المشرع الجزائري.

وللوصول إلى أصوب الأحكام وأدقها طبعاً لن نهمل المنهج التحليلي، إذ سنحلل الأحكام التي أوردها المشرع الجزائري ونحدد إيجابياتها وسلبياتها على ضوء الواقع العملي، وما ذهب إليه الشراح والقضاء، وذلك وفق خطة تتكون من بابين، نخصص الأول لدراسة المركز القانوني للمرأة في أحكام الزواج وانحلاله، وفيه نحاول تحديد مركزها في أحكام الزواج ثم في انحلاله، وذلك في فصلين اثنين، أما الثاني فنخصصه لدراسة المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث، وسنحاول أيضاً دراسته في فصلين اثنين، أحدهما يتناول المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية، فيما يتناول الآخر المركز القانوني للمرأة في أحكام الميراث.

الباب الأول:

المركز القانوني للمرأة في أحكام الزواج وانحلاله.

إنَّ أهمَّ ما يميّز المجتمعات الإنسانيّة عن الحيوانيّة هوّ قيام نواتها على أسس سليمة ومبادئ قويّة حرصت مختلف الشرائع السماوية والتشريعات الوضعيّة على الاهتمام بها وتطويرها بما يضمن تحقيق الرّاحة والطمأنينة والسكينة بين أفرادها، وتقوية العلاقات الاجتماعيّة بين أفرادها وأقربائهم، فيسمو المجتمع ويزداد متانة وقوّة وصلاحا، لهذا جعل العقد الذي يكون الأسرة غاية في الأهميّة، لا يقوم إلّا برضا وتوافق طرفيه، غير أنّ هذا العقد الرضائي المتشعب بخصوصيته النّاجمة عن تعلّقه بعدّة أشخاص وتأثيره عليهم وعلى المجتمع سلبا وإيجابا، ومن اختلاف جنس طرفيه - رجل وامرأة- المتكاملين في دورهما، المختلفين في الطّبيعة الفيزيولوجيّة والفطرة التي تعطي القوّة للرّجل والعاطفة والرّأفة للمرأة، تجعل من تطبيق أحكام العقود الرضائية غير كاف، بل لا بدّ من توفّره على متطلّبات أخرى عديدة تنسجم مع هذه الخصوصيّة، وتجعل من مركز المرأة كطرف فيه غير مركز الرّجل الطرف الآخر.

ورغم كثرة الانتقادات الموجّهة من طرف البعض لهذا الاختلاف، والمطالبة بضرورة تكريس المساواة التّامة في المراكز القانونيّة بين طرفيه، ومحاولة درئها ودحرها وإرساء هذا الاختلاف من طرف آخرين، فإنّ المشرّع الجزائري في تقنين الأسرة المعدّل اتخذ فيما يتعلّق بمركز المرأة موقفا متأرجحا بين الوضوح أحيانا، والغموض والسكوت أحيانا أخرى، محاولا بذلك التوفيق بين الآراء المختلفة، ودرأ الضّغوطات الدوليّة الممارسة عليه، وهو ما سنتبيّنه في هذا الباب من خلال تقسيمه إلى فصلين اثنين:

-الأول يخصّ لمركز المرأة في أحكام الزواج.

-الثاني ويخصّ لمركز المرأة في أحكام انحلال الرّابطة الزوجيّة.

الفصل الأول:

المركز القانوني للمرأة في أحكام الزواج.

إذا كان من أهم الدعائم التي يقوم عليها عقد الزواج هو جمعه بين جنسين مختلفين (المرأة والرجل) كطرفين له، فإن التساؤل يثور حول مدى اشتراط أن يجمع مجلس العقد بينهما أيضاً، وعن مدى تمتع المرأة بحق حضوره، والتعبير عن رضاها شخصياً، أم أنها ممنوعة من ذلك بحكم وجود وليها، وماذا عن شهادتها فيه، كما أنه إذا انعقد العقد هل تسري عليها نفس الآثار التي تسري على الزوج، بأن ترتب عليها حقوقاً غير مقيدة بالنظر إلى التزاماتها؟ أم أنها تستحق بحقوق والتزامات خاصة بها؟

إن كل هذه المسائل وأخرى كثيرة هي مجال بحثنا في هذا الفصل، وذلك من خلال تقسيمه

إلى:

- المبحث الأول: المركز القانوني للمرأة في إبرام عقد الزواج ومقدمته.

- المبحث الثاني: المركز القانوني للمرأة في آثار الزواج.

المبحث الأول:

المركز القانوني للمرأة في إبرام عقد الزواج ومقدمته.

لقد بنى المشرع الجزائري عقد الزواج على ركن وحيد هو الرضا، وأرفقه بشروط صحة حدّدها بوضوح في تفنين الأسرة المعدّل بعدما كان يخلط بينها في التفنين القديم¹، فيما أعطى حق الاشتراط لكلا الطرفين، وهو ما نجده أيضا في الشريعة الإسلامية والقوانين المقارنة، وإن كان الخلاف بينها حول الأركان والشروط قائما.

كما أنّه ونظرا لخطورة هذا العقد في حياة الإنسان وشأنه العظيم فقد خصّه أيضا بمقدمة تمهّد له هي الخطبة، وهو ما سنتناول مركز المرأة فيه في المطلب الأول، فيما سنتناول في المطلب الثاني مركز المرأة في إبرام عقد الزواج.

المطلب الأول:

المركز القانوني للمرأة في أحكام الخطبة.

تعتبر الخطبة وسيلة من وسائل التعارف بين طرفي عقد الزواج، حيث تتيح لهما التعرف على أخلاق وعادات وسلوكيات كلّ منهما، وتحقق لهما الطمأنينة والسكينة اللاّزمة لقيام رابطة زوجية على أسس ثابتة ودعائم قويّة، وتقلّل من فرص المفاجآت بين الطرفين، وتدلل الكثير من العقبات، وقد تناولها المشرع الجزائري في المادتين 6 و7 ق.أ² وتناولها المشرع التونسي في الفصلين 1 و2م.أ.ش، أمّا المشرع الكويتي فقد تناولها في المواد من 2 إلى 7 ق.أ.ش، فيما تناولتها الشريعة الإسلامية بتفصيل كبير.

لقد وردت عدّة تعريفات للخطبة، منها أنّها "التماس الزواج من امرأة معيّنة، بتوجيه هذا الالتماس إلى وليّها"⁽³⁾، أو هي "إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معيّنة خالية من الموانع لها أو

¹ وإن كا يتناولها تحت عنوان أركان الزواج.

² قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1401هـ الموافق لـ 9 يونيو 1984م، ج.ر.ج. عدد 24 الصادرة في 12 رمضان 1404هـ الموافق لـ 12 يونيو 1984م، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بقانون 05-09 المؤرخ في 25 ربيع الأول 1426هـ الموافق لـ 04 مايو 2005، المتضمن الموافقة على الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005م، ج.ر.ج. رقم 43 الصادرة في 15 جمادى الأولى 1426هـ الموافق لـ في 22 يونيو 2005.

³ بلحاج العربي، الطبيعة القانونية للخطبة على ضوء قانون الأسرة المعدل واجتهادات المحكمة العليا الحديثة، المجلة الجزائرية للعلوم

القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 4، جامعة الجزائر، 2010، ص-ص 209-253، ص 210.

لوليها⁽¹⁾، وقيل أنّها "الطريقة الحسية المتعينة لتكوين الاقتناع الذاتي بالمخطوبة بما تتيحه من رؤية وتعريف، وأنّ أحكامها جاءت توكيدا للغاية من أصل تشريعها، وتوثيقا لمقاصد الزواج نفسه، وسبيلا متعينا لإمكان تحقيقها"⁽²⁾، أو هي حسب التعريف الأرجح "تواعد متبادل بين رجل وامرأة أو بين من يمثلها على عقد الزواج في المستقبل"⁽³⁾، أمّا حسب المادة 6 ق.أ.ج فهي "وعد بالزواج"، بينما لم يعرفها القانونين التونسي والكويتي.

إنّ الخطبة تختصّ بأحكام عديدة يتجلى مركز الخطيبة فيها من خلال حقوقها والتزاماتها، وهو ما سنتطرق له في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: حقوق المرأة في الخطبة.

إنّ أحكام الخطبة شرعا وقانونا حفظت للمرأة حقوقها كاملة، ممّا أعطاهها مكانة كبيرة ومحترمة، سواء في انشائها أو أثارها أو انهائها، ويتجلى ذلك فيما يلي:

أولاً- حق المرأة في اختيار الرجل المناسب.

إن اعتبار عقد الزواج عقدا رضائيا يجعل مقدمته رضائية أيضا، لا تقوم إلا على الرضا المتبادل بين الطرفين، فتكون المرأة إما موافقة على خطبة الرجل لها، وإما خاطبة له.

1- حق المرأة في الموافقة على الخطبة أو رفضها: لقد حثّت الشريعة الإسلامية الرجل على اختيار الزوجة التي تتحقق فيها المواصفات التي يريدها، وحاولت أن تبيّن له الصفة الأنسب والأصلح له وللأسرة التي ينوي تكوينها، وللمجتمع عامة، فعن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: "تتكح المرأة لأربع: لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك"⁽⁴⁾، وهو بذلك لا يرغب في كل هذه الصفات، بل يعرض المعايير التي تخطب لأجلها المرأة، ويبيّن أن معيار الدين هو الأنسب للرجل الذي تركت له حرية المفاضلة بين هذه المعايير، والبحث في الواقع عن يتوفر فيها المعيار المطلوب بالنسبة له.

¹ - عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، 2007م-1428هـ، ص 36.

² - بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي-، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007م-1428هـ، ص 63-64.

³ - عيسى حداد، عقد الزواج - دراسة مقارنة -، منشورات باجي مختار - عنابة، 2006، ص 10.

⁴ - أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان، 1414هـ- 2020 م، حديث رقم 5090، ص 1071؛ أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النسيابوري، صحيح مسلم، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان، 1414هـ- 2020 م، حديث رقم 1466، ص 593.

غير أنّ وجود المرأة التي تحقق مواصفات الرّجل لا يعني إلزامها بالموافقة عليه، بل لها مطلق الحرّية في قبوله أو رفضه، حسب ما إذا كان يتوفر هو أيضاً على المقاييس التي تحبذها هي، ولا يجوز إجبارها على الرّفض أو القبول لا شرعاً ولا قانوناً، وقد كان الرّسول الكريم قد بيّن للمرأة أيضاً المعيار الأفضل للموافقة على الرّجل، وهو معيار الدين، حيث قال عليه الصلاة والسلام: "إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير"⁽¹⁾، ولكنه لم يلزمها به بل نصح به كمعيار أفضل، وهو أحكم الناصحين.

2- حق المرأة في المبادرة بخطبة الرّجل: لقد درجت العادة على أنّ الرّجل هو الذي يخطب المرأة، وهو ما يتأكد من خلال التعريفات السابقة للخطبة، والتي جعلت من الرّجل هو الفاعل والمرأة مفعولاً به، غير أنّ هذه العادة لا يوجد شرعاً ولا قانوناً ما يمنع مخالفتها، بحيث تكون المرأة هي المبادرة بالخطبة، سواء عن طريق من يهّم أمرها كوليّها أو عن طريقها شخصياً، وفي كلتا الحالتين تكون إما تصريحاً أو تلميحاً، وفي ذلك أمثلة، منها:

- ما ورد في القرآن الكريم في قصة سيّدنا موسى -عليه السلام- حينما سقى لفتاتين كانتا تريدان السّقي، فطلب أبوهما منه الزّواج بإحداهما بعد أن لمّحت له بذلك حسب ما جاء في سورة القصص: "قالت إحداهما يا أبت إن خير من استأجرت القوي الأمين(26) قال إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج فإن أتممت عشرا فمن عندك وما أريد أن أشق عليك ستجدني أن شاء الله من الصالحين (27)"⁽²⁾.

- وهذه "خديجة بنت خويلد" ترسل خاطبة خير خلق الله محمد ﷺ قائلة له: "يا ابن عم إني قد رغبت فيك لقرابتك، وسطتك في قومك، وأمانتك، وحسن خلقك، وصدق حديثك"، ثم عرضت عليه نفسها، فوافق وتزوّج بها، فكانت له نعم الرّوجة، ونعم الرّفيقة، وكان ذلك قبل بعثته⁽³⁾.

- وحتى بعد البعثة نجد حالات عديدة مشابهة، فما هو "عمر بن الخطاب"، وهو من خير صحابة رسول الله، يعرض ابنته حفصة على "عثمان بن عفان" ثمّ على "أبي بكر الصديق"، حيث قال فيما روي عنه: "أتيت عثمان بن عفان فعرضت عليه حفصة، فقال: سأنظر في

¹ - أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترميذي، الجامع الصحيح وهو سنن الترميذي، جزء 3 (كتاب النكاح)، الطبعة الثانية، مصطفى الباي الحلبي، مصر، 1395هـ-1975، ص 396.

² - الآيتان 26-27 من سورة القصص.

³ - أبو محمد عبد الملك بن هشام، سيرة النبي ﷺ، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار الصحابة للتراث بطنطا، 1416هـ-1990، ص 243-244.

أمري، فلبث ليالي ثم لقيني فقال: قد بدا لي أن لا أتزوج يومي هذا، قال عمر: فلقيت أبا بكر الصديق، فقلت: إن شئت زوجتك حفصة بنت عمر، فصمت أبو بكر، فلم يرجع إليّ شيئاً، وكنت أوجد عليه مني على عثمان، فلبثت ليالي ثم خطبها رسول الله، فأنكحها إياه، فلقيني أبو بكر الصديق فقال: لعلك وجدت عليّ حين عرضت عليّ حفصة فلم أرجع إليك شيئاً؟ قال عمر، قلت: نعم، قال أبو بكر: فإنه لم يمنعني أن أرجع إليك فيما عرضت علي، إلا أنني كنت علمت أن رسول الله ﷺ قد ذكرها فلم أكن لأفشي سرّ رسول الله ﷺ ولو تركها رسول الله قبالتها⁽¹⁾.

إن كل ما سبق يبين بما لا يدع الشك أنه لا ضيم في خطبة المرأة للرجل، بل إن ذلك يدل على فضيلتها⁽²⁾، وهو ما أكده الصحابي الجليل أنس بن مالك رضي الله عنه، فعن ثابت البناني -رضي الله عنه- قال: "كنت عند أنس بن مالك وعنده ابنة له، قال أنس، جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ تعرض عليه نفسها، قالت: يا رسول الله ألك بي حاجة؟ فقالت بنت أنس: ما أقل حياءها واسوأها، قال أنس: هي خير منك، رغبت في النبي ﷺ فعرضت عليه نفسها⁽³⁾.

غير أن المرأة -حتى وإن كانت تعلم أنّها صاحبة حق شرعي في خطبة الرجل- إلا أنّها لا تمارسه في الغالب لعدة اعتبارات، منها:

- حياؤها الذي يمنعها من ذلك، وربما شعرت أنّ المبادأة تجعلها غير مرغوبة.

- أنّ بدأ الرجل هو الأمر المألوف والمعتاد.

- أنّ الرجل غالباً يفضل أن يكون هو البادئ⁽⁴⁾.

غير أنّ تمتّع المرأة بحق التعريض بخطبة من تشاء من الرجال مقترن بضرورة خلّوه من أيّ مانع من الموانع، أمّا إن كان كذلك فالحكم يختلف بالتحريم أو الإباحة باختلاف وضعه:

- فإذا كان به مانع من الموانع الشرعية المؤبّدة، كالأب والأخ والعم وغيرهم، فلا يجوز لها خطبته مطلقاً.

¹- البخاري، صحيح البخاري، المصدر السابق، حديث رقم 5122، ص 1077.

²- محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية -دراسة فقهية مقارنة-، دار اليازوري العلمية، عمان، الأردن، 2010، ص 110.

³- البخاري، صحيح البخاري، المصدر السابق، حديث رقم 5120، ص 1076.

⁴- محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 110.

- أمّا إذا كان به مانع من الموانع الشرعية المؤقتة، كالمترج أربع زوجات، لاكتمال العدد الشرعي، فلا يجوز لها خطبته مؤقتا فقط، ويزول المنع بزوال المانع.

- بالإضافة إلى أنه هناك من يضيف حالة أن يكون الرجل خاطبا أو خطبته امرأة أخرى، حيث تمنع الخطبة هنا قياسا على منع خطبة الرجل على الرجل، لأن سبب المنع هو المضارة والإيذاء وهو متوفر في حالة المرأة أيضا، غير أن هذا يصح فقط في حالة إبداء الرجل رغبته في عدم الزوج إلا بالمرأة واحدة فقط، فإن لم يبد ذلك فمكّن خطبته⁽¹⁾.

إنّ القوانين الوضعيّة لم تتناول مسألة مبادرة المرأة بخطبة الرّجل، غير أنه لا يوجد ما ينفىها أو ما يناقضها باستثناء بعض المصطلحات الشكلية، فنجد المشرع الجزائري يعرّف الخطبة بأنها وعد بالزّواج، والوعد قد يكون من الرّجل كما المرأة، غير أنه استعمل مصطلحات "الخاطب" و"المخطوبة" التي تفيد أنّ الخطبة تتم من طرف الرّجل لا المرأة، غير أن المشرع لم يقصد ذلك بل استعماله لها كان بحسب واقع الأمور وعمومها، وإن كان يستحسن لو استعمل مصطلحا "الخطيب" و"الخطيبة" اللذان يمكنان المرأة من أن تكون خاطبة ومخطوبة، وبالتالي نقادي أي نقد يوجه له حتى لو كان شكليا، ونفس النقد يوجه للمشرع الكويتي، أمّا المشرع التونسي فقد استعمل مصطلح "المواعدة به" الذي يشمل الخطيب والخطيبة أيضا.

3- منع بعض الرجال من خطبة المرأة: إذا كانت المرأة ممنوعة من التعريض بالخطبة من بعض الرجال كما سبق ورأينا، فإنها يمنع خطبتها أيضا من بعض الرجال، وذلك في عديد الحالات، منها:

- إذا كانت إحدى محارمه من النّسب أو الرّضاة أو المصاهرة، كالأخت والعمة والخالة وأمّ الزوجة والأخت من الرضاع... وغيرهن، فلا يمكن للرّجل خطبتها مطلقا لحرمتها، ولما في الحالات المؤبّدة من ضرر اجتماعي وإضرار بالأولاد⁽²⁾.

- إذا كان بها مانع من الموانع المؤقتة، كالمحصنة، لأنّ خطبتها فيها اعتداء على حقّ الغير، وكالمشركة بالنسبة للمسلم.

¹ - مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول (الزواج وانحلاله)، الطبعة التاسعة، دار الوراق ودار النيريين، الرياض-المملكة العربية السعودية، 1422هـ-2001م، ص 55.

² - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع (الأحوال الشخصية)، الطبعة الثانية، دار الفكر، 1405هـ-1985م، ص 15.

الباب الأول: المركز القانوني للمرأة في أحكام الزواج وانحلاله.

- المعتدة: يمنع خطبة المعتدة صراحة أثناء عدتها، سواء كانت من طلاق رجعي أو بائن أو من وفاة، وذلك لما فيه من اعتداء لحق الزوج السابق، ومخافة كذب الزوجة في انتهاء العدة⁽¹⁾، أما خطبتها تعريضا فيختلف الأمر حسب نوع العدة:

- فالمعتدة من طلاق رجعي لا يجوز خطبتها تعريضا أيضا، لأن زوجيتها لا زالت قائمة، وحق الزوج في إرجاعها لا زال كذلك قائما، وذلك عند المالكية⁽²⁾، وعند أغلبية المذاهب.

- أما المعتدة من وفاة، يجوز خطبتها تعريضا بإجماع الفقهاء، لانقضاء الزوجية بالوفاة⁽³⁾.

- في حين المعتدة من طلاق بائن اختلف الفقهاء بشأن خطبتها تعريضا، وانقسموا إلى رأيين:

-الأول: يمثله جمهور الفقهاء من مالكية وحنابلة وجعفرية وشافعية في قول لهم، يذهب

إلى جواز الخطبة لانقطاع الزوجية⁽⁴⁾.

-الثاني: يمثله الحنفية، ويذهب إلى تحريم الخطبة في الطلاق البائن بينونة صغرى،

وجوازها في الطلاق البائن بينونة كبرى⁽⁵⁾.

- مخطوبة الغير، حسب القاعدة العامة لا يجوز للشخص أن يتقدم لخطبة امرأة مخطوبة

لشخص آخر، لقول الرسول ﷺ: "المؤمن أخو المؤمن، فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع

أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر"⁽⁶⁾، ويقصد بالمخطوبة هنا المرأة التي خطبها

رجل وقبلت به، وهي التي لا يجوز خطبتها، أما التي رفضت فيجوز خطبتها، ولا حرج في

ذلك⁽⁷⁾، وهذا هو مفهوم الركون عند المالكية⁽⁸⁾، والذين اشترط بعضهم الركون لغير فاسق⁽⁹⁾،

¹- وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 15.

²- أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، الرسالة في فقه الإمام مالك، تحقيق الشيخ عبد الوارث محمد علي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1971، ص 70.

³- عن فاروق خلف، أحكام الخطبة وأثار العدول عنها بين المفهوم القانوني والاجتهاد القضائي، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي،-الجزائر، العدد 2، العدد 1، شعبان 1437هـ-2016م، ص-ص 81-102، ص 86؛ أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبط وتحقيق الشيخ زكريا عميرات، الجزء الخامس، دار عالم الكتب، ص 33؛ بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، تحقيق عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان، 2014، ص 439.

⁴- فاروق خلف، المرجع نفسه، ص 86.

⁵- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 17.

⁶- النسيابوري، صحيح مسلم، المصدر السابق، حديث رقم 3464، ص 565

⁷ فاروق خلف، المرجع السابق، ص 87.

⁸- أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، المرجع السابق، ص 30.

⁹- أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أيوب، كانون-نيجيريا، 1420هـ-1997م، ص 58.

أما الحنابلة فلم يجيزوا خطبة الرجل على أخيه الرجل إلا ألا يسكن إليه⁽¹⁾، أما إذا سكنت المرأة فقد اختلف الفقهاء بشأن حكم خطبتها، فمنعها المالكية والحنفية، لأنها ربما كانت تتحرى عن الخاطب الأول، وأباحها الشافعية، لأن سكوتها يعتبر رفضاً ضمناً، غير أن حدوث الخطبة، وإن كانت غير جائزة، فلا تأثير لها على العقد إن تم، وإن كان صاحبها يؤثم ديانة⁽²⁾.

ثانياً - حق الخطبة في الرؤية الشرعية.

إن رؤية كلا الخطبين للآخر شيء محبذ وجائز، لأنه من المفترض أن اقتناعهما لا يتأتى إلا بعد رؤية كليهما للآخر والتعريف عليه، وقد وردت عدة أحاديث تجيز للرجل النظر للمرأة، فقد روي عن ابن أبي عمر عن أبي هريرة أن رجلاً أخبر رسول الله أنه تزوج من الأنصار، فقال له: "أنظرت إليها؟ قال: لا، قال: "فاذهب فانظر إليها، فإن في أعين الأنصار شيئاً"⁽³⁾، أما فيما يتعلق بحق المرأة في النظر لمن يريد خطبتها، فرغم عدم وجود نصوص تشريعية أو شرعية تتناول ذلك، إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية أجمعوا على جواز ذلك قياساً بالنصوص التي شرعت النظر إلى المخطوبة، لإتحاد الهدف⁽⁴⁾، بل أن المرأة أولى من الرجل في أن تراه وتطلع على أخلاقه وميوله حتى يكون عرض الزواج مبني على أسس متينة، لأن حقها في فك الرابطة الزوجية معيّد بأسباب معينة خلافاً للرجل الذي تكون بيده دائماً العصمة، وكذلك يجوز لها الاجتماع واللقاء به في حضور أحد محارمها أو وليها دون أن تختلي به، لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا يخلون رجل بامرأة إلا مع ذو محرم"⁽⁵⁾، غير أنه لا يجوز لها أن تتكشّف أمامه، وإنما للنظر إليها حدود اختلف الفقهاء في تبينها:

- المالكية: أجازوا النظر لوجهها وكفيها فقط ويعلمها⁽⁶⁾.

- الشافعية: يجوز عندهم النظر إلى وجه المخطوبة وكفيها إلى الكوع، فيما يجوز لها النظر إلى خطيبها ما عدا ما بين السرة والركبة⁽¹⁾.

¹ - المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، ص 439.

² - فاروق خلف، المرجع السابق، ص 87.

³ - النسيابوري، صحيح مسلم، المصدر السابق، حديث رقم 3485، ص 568.

⁴ - نايف محمود الرجوب، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، دار الثقافة، 2008، ص 133-134.

⁵ - البخاري، صحيح البخاري، المصدر السابق، حديث رقم 5233، ص 1098.

⁶ - أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، المرجع السابق، ص 58؛ أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، المرجع السابق، ص 21، فيما لم يرد موقف عند المالكية في رؤية الخطيبة لخطيبها حسب المحقق في نفس المرجع، ص 22.

- الحنابلة: يجوز النظر إلى ما يظهر منها عادة كالوجه والكف والقدمين⁽²⁾.
- الظاهرية، أجازوا النظر إلى جميع البدن ما عدا الدبر والفرج، مستدلين بقوله عليه الصلاة والسلام: "...أنظر إليها"⁽³⁾.

أما حدود نظرها إليه، فقد أباح البعض النظر إليه في حدود ما يظهر منه عادة، وهو الوجه والرأس والوجه والرقبة والكفان، ويمكن إضافة شعر الرأس بغية الإستدلال منه على عمر الخاطب⁽⁴⁾.

إنّ موقف الشريعة هذا يعدّ موقفاً وسطياً بين الإفراط والتفريط، فلا هو يمنع الخطيبين من رؤية بعضهما، ولا هو يجيز لهما الاختلاط والانفراد، وإنما أجاز لهما الرؤية والالتقاء بضوابط معينة، وهو ما يكرّس أفضل حماية للمرأة.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجده لا يتطرق لمسألة النظر إلى الخطيبة، مما يؤدي إلى الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب الاحالة الواردة نص المادة 222 ق.أ.ج⁽⁵⁾، وكذلك لم تتناوله التشريعات المقارنة الأخرى.

ثالثاً - حق الخطيبة في العدول⁽⁶⁾ عن الخطبة.

إذا كان الأصل في الوعد بالتعاقد أن يلتزم فيه الواعد بإتمام العقد النهائي⁽⁷⁾، فإن الوعد بالزواج (الخطبة) يستقل ويتميز عنه في أنه لا يتمتع بأية قوة ملزمة، وبالتالي ليس من شأن أحد طرفيه إلزام الآخر بضرورة إبرام عقد الزواج، بل لكليهما حقاً شرعياً مكفولاً قانوناً

¹ - شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الجزء السادس، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1424هـ-2003م، ص 176.

² - المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، ص 438.

³ - عن وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 24؛ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء 3، الطبعة الأولى، 1413هـ-1993م، ص 220.

⁴ - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء 6، الطبعة الأولى، 1413هـ-1993م، ص 71.

⁵ - جاء فيها: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية."

⁶ - العدول لغة بمعنى حاد، أما اصطلاحاً فهو أن يتراجعا الخطيبان أو أحدهما عن الخطبة ويفسخانها بعد تمامها وحصول الرضا والقبول، نايف محمود الرجوب، المرجع السابق، ص 224؛ أو هي "التحلل من الوعد الذي بين طرفيه بإبرام عقد الزواج في المستقبل"، محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 112.

⁷ - المادة 72 ق.م التي تنص على أنه: «إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد".

الباب الأول: المركز القانوني للمرأة في أحكام الزواج وانحلاله.

بالعدول⁽¹⁾، ودون أن يكون ذلك سببا لأية مطالبة قضائية⁽²⁾، وذلك نظرا للاعتبارات النفسية التي يراعيها هذا العقد، رغم إمكانية أن يجعل صاحبه آثما ديانة متى استعمل حقه بغير مبرر، وأن يؤثر سلبا على طباعه الخلقية، لأن الوفاء بالعهد والوعد مطلوب ومندوب شرعا، وهو من باب مكارم الأخلاق، فلا ينبغي للإنسان أن ينقض عهده إلا إذا وجدت ضرورة ملجئة لذلك⁽³⁾.

وبجوز العدول عن الخطبة من طرف الخطيبة متى ارتأت ذلك حتى لو طالت مدتها، وحتى لو كانت من غير مبرر ولا سبب واضح، ولا يملك الخطيب أن يطالبها بالاستمرار معه وإبرام عقد الزواج، وهو ما ذهبت إليه المادة 2/5 ق.أ.ج التي تنص على أنه: "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"، وكما تبناه المشرع الكويتي في المادة الثالثة من ق.أ.ش التي تنص على أنه: "لكل من طرفي الخطبة أن يعدل عليها"، وأشار إليه المشرع التونسي في الفصل 1 م.أ.ش الذي جاء فيه: "كل من الموعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضي به".

أما الشريعة الإسلامية فقد اختلف فقهاؤها حول جواز العدول:

- الاتجاه الأول: يمثله المالكية⁽⁴⁾، ويرون أن العدول جائز مع الكراهة، إلا إذا كان لأجل خاطب آخر، فإنه حرام، واستدلوا في ذلك بما يلي:
- قوله تعالى: "وأوفوا بالعهد، إن العهد كان مسؤولا"⁽⁵⁾، وكذلك قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود..."⁽⁶⁾، إذ يطلب الوفاء بالوعد والعهد، ويسأل العبد عليهما يوم القيامة⁽⁷⁾.
- قوله عليه الصلاة والسلام: "آية المنافق ثلاث، إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا إؤتمن خان"⁽⁸⁾، فخلف الوعد سمة وخصلة من النفاق، والإتيان بها مكروه⁽⁹⁾.

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 235.

² برياح زكريا وتشوار جيلالي، تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين في أحكام الخطبة في القانون الجزائري والمغربي على ضوء الشريعة الإسلامية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسة، المجلد 59، العدد 1، السنة 2022، ص-ص 320-345، ص 333.

³ بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 87.

⁴ الدردير أحمد أبو البركات، الشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، الجزء 2، دار المعارف، مصر، 1392 هـ، ص 352.

⁵ الآية 34 من سورة الإسراء.

⁶ الآية 1 من سورة المائدة.

⁷ شتوح الطيب، تعويض الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة على ضوء من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 1، عدد 2، سنة 2018، ص 333-352، ص 338.

⁸ البخاري، صحيح البخاري، المصدر السابق، حديث رقم 33، ص 20.

⁹ نايف محمود الرجوب، المرجع السابق، ص 225.

الاتجاه الثاني: يمثله الحنابلة⁽¹⁾، ويرون أن العدول جائز غير مكروه إلا إذا كان لغير سبب أو غرض⁽²⁾، واستدلوا بما يلي:

- ما روي عن رسول الله ﷺ في قوله: "المؤمن أخو المؤمن، فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر"⁽³⁾، ووجه الاستدلال هنا أن النبي ﷺ جعل للخطاب الأول حق العدول، وأجاز للخطاب الثاني الخطبة.

- أن علي بن أبي طالب خطب بنت أبي جهل، فلما أنكر عليه النبي ﷺ ذلك أعرض عن الخطبة، فلو كان الإعراض مكروها لما أنكر النبي علي "علي" فعلته، حتى لا يضطره للوقوع في المكروه.

- أنه لا ضرر ولا ضرار، فعقد الزواج عقد عمري يدوم الضرر فيه، والخطبة مقدمة تحسب فيها المنافع والمضار، فإن غلبت المنافع فيها تمت وإلا فالعدول أفضل⁽⁴⁾.

الاتجاه الثالث: يمثله الحنفية والشافعية، ويرون أن العدول جائز مطلقا ولا كراهة فيه⁽⁵⁾.

رابعا- حق الخطيبة في استرداد هداياها من خطيبها العادل.

من المتداول عرفا تبادل الهدايا بين الخطيبين، كعربون محبة تؤسس لقيام عقد عظيم بينهما، وفي الغالب الخطيب هو الذي يبادر إلى تقديم الهدايا، غير أن الخطيبة أيضا قد تقوم بذلك، ومادام العدول أمر مشروع، فإن التساؤل يثور حول مصير هذه الهدايا خاصة إذا هلكت أو استهلكت.

لقد تطرق المشرع الجزائري لمصير الهدايا المقدمة من طرف الخطيبة بعد تعديل 2005، فيما لم يكن يتطرق له من قبل، وذلك في خطوة موفقة تراعي مصلحة المرأة وتعزز من حقوقها، غير أنه اكتفى بالزامها صراحة برد هدايا خطيبها في حالة عدولها فقط دون ذكر حقها في استرداد هداياها في حالة عدوله هو، مكتفيا باعطائها هذا الحق ضمنيا عندما ألزم الخطيب

¹ عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، "المغني"، الجزء 09، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب، 1997، ص 571.

² عن عوضية عبد الله حسب سيدو، ابراهيم توة بالا، العدول عن الخطبة وأثره بين الفقه الاسلامي وقانون الأحوال الشخصية السوداني (دراسة تحليلية)، مجلة الراسخون، جامعة المدينة العامية، المجلد الثامن، العدد الأول، مارس 2022، صص 140-160، ص 151.

³ سبق ذكره في الصفحة 16.

⁴ عن نايف محمود الرجوب، المرجع السابق، ص 225.

⁵ عن عوضية عبد الله حسب سيدو، ابراهيم توه بالا، المرجع السابق، ص 152.

الباب الأول: المركز القانوني للمرأة في أحكام الزواج وانحلاله.

برد هدايا خطيبته إذا عدل⁽¹⁾، حيث جاء في المادة 5⁽²⁾ ق.أ: "...وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته...". أي أنه يحق للخطيبة أن تسترد الهدايا التي قدمتها لخطيبها، وكان يفضل لو أشار لكلا الفرضين كما فعله مع الخطيب، أو أن يشير إلى الخطيبين كالتالي: "لا يسترد أيًا من الخطيبين شيئًا مما أهداه إن كان العدول منه أو بسببه، وعليه أن يرد للطرف الآخر ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".

لقد ألزم المشرع الجزائري الخطيب العادل برد الهدايا غير المستهلكة فقط، وأجاز الخيار بين ردها عينا أو رد قيمتها نقدا، فيما لم يلزم الطرف العادل برد الهدايا المستهلكة أو الهالكة ولا قيمتها⁽³⁾، ورغم وضوح معنى النص ذلك يذهب العديد من الشراح إلى إلزام الخطيب برد ما لم يستهلك وقيمة ما استهلك⁽⁴⁾، ويرى بعضهم⁽⁵⁾ أنه على المشرع أن يشير للهدايا المثلية، وأن يرد العادل ما يماثل الهدية التي استهلك أو قيمتها يوم القبض، غير أن الحقيقة أن المشرع لم يشر أصلا إلى مصير الهدايا المستهلكة بل اكتفى بالإشارة إلى الهدايا التي لم تستهلك فقط، وعليه أن يتطرق إليه ثم الإشارة إلى نوع الهدية.

¹ يرى البعض أن الخطيبة لا حق لها في استرداد هداياها إذا عدل الخطيب، شندارلي توفيق، الخطبة والعدول عنها (دراسة تحليلية فقها وتشريعا وقضاء)، مجلة الإجتهد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 12، العدد 1، مارس 2020، صص 333-358، ص 348.

² جاء في المادة: "الخطبة وعد بالزواج.

يجوز للطرفين العدول عن الخطبة.

إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض.

لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئًا مما أهداها إذا كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.

وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".

³ نفس الرأي تبناه بعض الشراح منهم: بن شويخ الرشيد، الخطبة في الزواج (دراسة في أحكام الفقه والقانون والقضاء)، مجلة الصراط، كلية العلوم الإسلامية- جامعة الجزائر 1، السنة الثامنة، العدد الرابع عشر، 1427هـ-2006، صص 104-126، ص 116-117؛ غربي صورية، تنظيم أحكام الخطبة بين النقص التشريعي وضرورة التعديل، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق - جامعة عين تموشنت، المجلد 08، العدد 01، سنة 2022، صص 658-677، ص 666-667؛ بلشير يعقوب، الطبيعة القانونية للخطبة وأثار العدول عنها -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-، حوليات كلية الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق - جامعة وهران 2، مجلد 7، عدد 3، سنة 2015، صص 295-349، ص 343.

⁴ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد -أحكام الزواج والطلاق-، دار هومة، الجزائر، 2007، صص 18-19؛ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 241؛ حاج أحمد عبد الله، العدول عن الخطبة وأثره في استرداد المهر والهدايا "دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي-الجزائر، مجلد 3، عدد 1، سنة 2012، صص 171-194، ص 185.

⁵ برباح زكريا، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 335.

غير أنه ما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يبين الحكم في الحالة التي تعدل فيها الخطيئة بسبب خطيبتها، بل أنه هو من قد يدفعها لذلك حتى يتصل من آثار العدول الذي يريده هو أصلاً، كما أنه لم يتناول مصير الهدايا المقدمة من طرف أهل الخطيئة.

أما فيما يتعلق بباقي التشريعات المقارنة فقد تطرقت لهذا الموضوع، حيث أعطى المشرع التونسي في الفصل 2 م.أ.ش الحق لكلا الخطيئين في استرداد الهدايا التي قدمها للطرف الآخر الذي قرر العدول مساوياً في ذلك بين المرأة والرجل، ولم يبين ماهية الهدايا التي تسترد غير مستهلكة أو مستهلكة أو قيمتها، فيما فصل المشرع الكويتي في أحكامه، حيث ألزم في المادة 5 ق.أ.ش من عدل عن الخطبة برد ما تلقاه من هدايا إن كانت قائمة، أو قيمته يوم القبض إن كان هالكا أو مستهلكا إذا كان العدول بغير مقتضى.

أما إذا كان العدول من الطرفين دون أن يكون بسبب أحدهما فيسترد كل منهما ما أهداه إن كان قائماً وفق المادة السادسة، والتي تطرقت كذلك لحالة وفاة أحد الطرفين حيث لا يسترد شيئاً، وفي جميع الحالات لا تسترد الهدايا التي لا بقاء لها.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فلم يتناولوا مصير الهدايا المقدمة من طرف الخطيئة بل تناولوا فقط الفرض الذي يقدم فيه الخطيب الهدايا، ويكون حكمة كالتالي:

- **المالكية**: ميزوا بين حالة الرجوع من الخاطب، حيث يفقد كل الهدايا، ولا يسترد أي منها، أو من الخطيئة، حيث يسترد كل هداياه، لأنه أعطى لغرض لم يتم⁽¹⁾.

- **الحنفية**⁽²⁾: يرون أن الهدايا تأخذ حكم الهبة، وبشترط فيها القبض، ويجوز الرجوع فيها ما لم تكن تحت الموانع السبعة المعروفة عندهم⁽³⁾، وعليه فيجب رد الهدايا التي لم تستهلك فقط، لأن الهلاك أو الاستهلاك من موانع الرجوع في الهبة.

- **الشافعية**: ولهم قولان، الأول يقول باسترداد كل الهدايا، عينا إن كانت باقية، وبدلها إن تلفت، والثاني يقول باسترداد كل الهدايا، إذا كان العدول من الخطيئة، أما إذا كان من الخاطب فلا يسترد شيئاً.

¹ محمد بن أحمد بن محمد عيش، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، دار المعرفة، جزء 01، ص 108.

² ابن عابدين محمد أمين، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، الجزء 1، المطبعة الميمنية، القاهرة، 1310هـ، ص 29.

³ وهي: زيادة الموهوب، موت الواهب أو الموهوب له، خروج الموهوب عن ملك الموهوب له، هلاك العين الموهوبة في يد الموهوب له، العوض عن الهبة، الزوجية القائمة وقت الهبة، القرابة المحرمة بين الواهب والموهوب له، المرجع والموضع نفسه.

- **الحنابلة:** وله رأيان أيضا، الأول يرى أن الهدايا ترد مطلقا، سواء كانت قائمة أو هالكة، وسواء كان العدول من الخطيب أو الخطيبة، والثاني: يرى أن الهدايا لا ترد مطلقا، لأنها في حكم الهبة التي لا ترد إلا قبل القبض⁽¹⁾.

يبدو أن المشرع الجزائري جمع بين رأي المذهب المالكي من جهة والحنفي من جهة أخرى، بينما أخذ المشرع الكويتي بالمذهب الحنفي.

خامسا - حق الخطيبة في الاحتفاظ بهدايا خطيبها العادل.

حسب المادة 4/5 ق.أ.ج التي جاء فيها: "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه..."، فإن الخطيب لا يسترد شيئا مما أهداه لخطيبته إذا كان العدول منه، ولها أن تحتفظ بكافة الهدايا مهما كانت قيمتها، وحتى لو كانت قائمة غير هالكة، وقد حاول المشرع من خلال هذا الموقف الصائب حماية الخطيبة، ومنع اجتماع ألمان عليها، ألم الفراق وألم فقدان الهدايا⁽²⁾، كما هدف إلى دفع كلا الخطيبين إلى التآني وعدم العدول لأنفه الأسباب. وقد تبني المشرع التونسي ذات الحكم في الفصل 2 م.أ.ش الذي ينص على أنه: "لكل واحد من الخطيبين أن يسترد الهدايا التي يقدمها إلى الآخر، ما لم يكن العدول من قبله أم وجد شرط خاص"، بمعنى أنه إذا تم العدول منه فإنه يفقد حقه في كل الهدايا المقدمة من طرفه، وهو أيضا ما ذهب إليه المشرع الكويتي في المادة 1/5 ق.أ.ش تمنع الخطيب العادل من استرداد هداياه متى عدل بغير مقتضى، أما إذا كان بمقتضى فإنه يستردها عينا إذا كانت قائمة أو قيمتها يوم القبض إذا كانت هالكة أو مستهلكة.

في حين اختلف الفقهاء المسلمون كما سبق ورأينا، وانقسموا كالتالي:

- ذهب الحنفية إلى أن الهدايا تأخذ حكم الهبة، فيسترد الخطيب الواهب العادل هداياه إلا إذا هلكت، ولا تحتفظ الخطيبة بالهدايا القائمة.

- فيما ذهب المالكية والحنابلة في إحدى رواياتهم إلى أنه ليس للخطيب العادل الرجوع في شيء مما أهداه لخطيبته⁽³⁾ التي تحتفظ بكل الهدايا الباقية أو الهالكة، وقد اختلفوا حول سبب عدم الرجوع، فبينما يرجعه المالكية إلى أنه هو من تسبب في العدول، يرجعه الحنابلة إلى عدم جواز الرجوع في الهبة بعد قبضها.

¹ - نقلا عن حاج أحمد عبد الله، المرجع السابق، ص 182-184.

² - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 240.

³ - عن عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 42-43.

- أما الشافعية فيرون أن الخطيبة لا تتمتع بحق الاحتفاظ بالهدايا وتردها قائمة أو بعوض إذا كانت هالكة⁽¹⁾، لأن الهدية كانت من أجل الزواج، وهو ما لم يتحقق.

سادسا- حق الخطيبة المتضررة في الحصول على تعويض.

إن الخطبة مجرد وعد بالزواج في المستقبل لا ترقى إلى مرتبة العقد لترتب آثاره الإلزامية، لذلك منح لطرفيها حقا شرعيا وقانونيا في العدول عنها بحرية تامة، حتى لو كان ذلك بدون مبرر أو سبب واضح، خاصة وأنها تقوم- كما العقد الذي تمهد له- على الراحة والطمأنينة النفسية بين الطرفين، وحسب القواعد العامة فإنّ الذي يمارس ويستعمل حقه بدون تعسف لا يجوز مقاضاته أو مطالبته بالتعويض عن أي ضرر يصيب الغير جراء تلك الممارسة، وذلك استنادا إلى القاعدة التي تقضي بأن "الجواز ينافي الضمان"⁽²⁾.

غير أنه قد يترتب عن العدول عن الخطبة ضررا ماديا أو معنويا يلحق بالخطيبة، كما لو استمرت الخطبة مدة طويلة، ثم تم العدول مما أدى إلى تأخير زواجها أو تقويت عليها فرص الزواج الأفضل أو كلية، خاصة إذا تقدمت في السن، أو كما لو طلب منها الخطيب العادل ترك وظيفتها أو إعداد الجهاز بشكل معين⁽³⁾، أو الإساءة لسمعتها نتيجة للشائعات التي تلحقها بسببه أو بسبب الناس إذا كانت كثيرة الخروج معه والاختلاء به على مرأى ومسمع من الناس⁽⁴⁾، فهل يجوز للخطيبة أن تطالب بالتعويض هنا؟

لقد تناول المشرع الجزائري هذا الفرض في المادة 5 سابقة الذكر، وذلك في قوله: "...إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض...". ومنها يتبين أنه أجاز التعويض عن الضرر، سواء كان ماديا أو معنويا، غير أن الضرر المقصود هنا ليس ذلك الناتج عن مجرد العدول، لأن ذلك ليس سببا موجبا للتعويض، وإنما ذلك الناتج عن ظروف مستقلة مرافقة للعدول أو نتيجة له تسبب فيها الطرف العادل، ولهذا نعتقد أن الضرر المستوجب للتعويض يشترط فيه:

- ضرورة ثبوت الضرر، ومطالبة المضرور به.

¹ - محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 117-118.

² - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 221.

³ - نظيرة عتيق، تعويض ضرر العدول عن الخطبة، المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الانسانية والإجتماعية، جامعة 20 أوت 1955-سكيكدة، مجلد 13، عدد 1، 2012، ص-ص 514-524، ص 520.

⁴ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 21؛ بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 88.

- الاستقلالية عن فعل العدول في حد ذاته.
- وجود صلة مباشرة وحالة مع الخطأ التي ارتكبه العادل، أما إذا كان نتيجة لفعل الخطيئة نفسها فتنتفي مسؤوليته كاملة أو توزع المسؤوليات⁽¹⁾.
- أن يكون الخطيب قد أكد بما يستدل به عادة وعقلا رغبته في الزواج من الخطيئة وتصميمه على إجراءه⁽²⁾.

ما يلاحظ أن المشرع الجزائري استعمل في المادة 5 سابقة الذكر عبارة "جاز"، وهي عبارة غير دقيقة توحي أن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية في قبول أو رفض منح التعويض رغم ثبوت الضرر، والحقيقة أنه كان يتعين عليه أن يستعمل عبارة "وجب"، ليلزم القاضي بالحكم بالتعويض متى تبين له ثبوت الضرر⁽³⁾.

أما القوانين المقارنة فلم تتناول هذه المسألة سواء كان القانون الكويتي أو التونسي، ويفسر البعض سكوتها بأنها لا تأخذ بالتعويض، ولكن يمكن إن حدث ضرر المطالبة بالتعويض على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق وفقا للقواعد العامة⁽⁴⁾.

فيما لم يتعرض فقهاؤها الشريعة الإسلامية القدامى لهذه المسألة نظرا للظروف السائدة آنذاك، والتي تختلف عن الحاضر، حيث كانت تتسم بالتمسك بتقاليد الدين الإسلامي التي تأمر بعدم الإضرار بالغير، ووجود علاقات جيدة بين الناس في إطار حياة اجتماعية بسيطة، ولم تكن مدة الخطبة طويلة، ولا تتخللها هدايا كثيرة⁽⁵⁾، كما أن إدراك الناس لطبيعة الخطبة جعلهم يبتعدون عن الوقوع فيما يسبب الضرر خلالها، خاصة الاختلاط خارج حدود الشريعة الإسلامية⁽⁶⁾، بالإضافة إلى أن النظرة لمن عدل عنها خطيبها كانت مختلفة، فكان عدول الخطيب عن خطيبته ليس شيئا يذكر، بل أنه حتى المطلقة كانت تتزوج مرة أو مرتين أو أكثر، أما اليوم فأصبحت النظرة إليها دونية منفرة، لذلك فإن حجم الضرر لم يكن يستدعي أن يبحث

¹- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 246-247؛ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 21.

²- وهبة الزحيلي، الجزء السابع، المرجع السابق، ص 27؛ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، في الشريعة الإسلامية، الجزء 2، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، 1413هـ-1993م، ص 77.

³- عابدي عبد الله، محامي مختار، التعويض عن الضرر المعنوي في العدول عن الخطبة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، مجلة الحضارة الإسلامية، جامعة وهران، مجلد 16، عدد 27، سنة 2015، ص ص 69-94، ص 72.

⁴- فاطمة الزهراء بن محمود، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية (قراءة في فقه القضاء)، الطبعة الأولى، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015، ص 34.

⁵- نظيرة عتيق، المرجع السابق، ص 520.

⁶- نايف محمود الرجوب، المرجع السابق، ص 240.

فيه أو أن يفرض له تعويض، ومن هذا المنطلق فسر البعض⁽¹⁾ عدم التعرض لمسألة التعويض بعدم الأخذ به.

أما فقهاء الشريعة المعاصرون فقد اختلفوا وانقسموا إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى أصحابه⁽²⁾ أنه لا تعويض للخطيئة عن عدول خطيئها سواء ماديا أو معنويا، ولهم عدة أدلة يستندون إليها، منها:

- أن العدول حق مكفول لكلا الخطيئين، فلا يجب إذا مارسه أحدهما أن يجبر على التعويض، لأن الجواز ينافي الضمان⁽³⁾، ويقول الدكتور محمد سمارة: "ولا يعطل الحكم بالضمان والضرر، بتقسيم العدول إلى سبب معقول وغير معقول، لأن البحث في أسباب العدول يستدعي حتما البحث في أدق الأسرار الشخصية والحياة الخاصة التي إن بحث فيها كشف حرمان الناس، كما أنه لو كان عدوله لسبب لا يريد البوح به حفاظا على كرامة المخطوبة فيما الظاهر أنه عدل بدون سبب"⁽⁴⁾، وقد رد على هذا القول بأن التعويض ليس عن ممارسة الحق لكن نتيجة لسوء استعماله الذي سبب أضرارا للغير⁽⁵⁾.

- تعارض التعويض مع طبيعة الخطيئة، لأن هذه الأخيرة هي مجرد وعد بالتعاقد ولا ترتب أي التزام، فالخطيب العادل لم يخل بالتزاماته حتى يجبر على التعويض، والقول بخلاف ذلك فيه تناقض، لأنه يجعل الخطيئة عقدا، وهذا غير صحيح⁽⁶⁾، وقد رد على هذا الرأي أن التعويض غير مرتبط بطبيعة الخطيئة، ولا وجه للاقتران بينهما حتى يقال بالتناقض المفترض⁽⁷⁾.

- أن التعويض يحمل بين طياته إلزاما ضمنيا للخطيب العادل بإبرام عقد الزواج إذا تعذر عليه دفعه، فيلجأ إلى إبرامه (عقد الزواج) مكرها، مما يعدم أهم ركن في الزواج وهو التراضي،

¹- فاروق خلف، المرجع السابق، ص 86.

²- محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى/ الإصدار الثاني، دار الثقافة، 1429هـ- الموافق 2008 م، ص 42، عبد الكريم زيدان، الجزء 6، المرجع السابق، ص 76-78؛ وكذلك قال به محمد بخيت المطيعي وسليمان الأشقر، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 45.

³- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 245؛ بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 91؛

⁴- محمد سمارة، المرجع السابق، ص 42.

⁵- بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 96.

⁶- بن زيطة عبد الهادي، المرجع نفسه، ص 90.

⁷- بن زيطة عبد الهادي، المرجع نفسه، ص 96.

وهو لا يجوز في العقود الأخرى فما بالك بعقد الزواج⁽¹⁾، وقد رد على هذه الحجة بأن حرية الزواج ليست مرتبطة بالتعويض، فهي حق لكل إنسان بمقتضى العدالة التي تقتضي أيضا التعويض لمن أضر بحقه تعسفا، والتفرقة بين الحق وسوء استعماله من أبلغ وجوه التشريع⁽²⁾.

- الغالب أن المطالبة بالتعويض تكون بسبب الاغترار لا التغير⁽³⁾، مما يضر بالشخص المطالب بالتعويض لأنه لا يد له فيه، ولا يمكن محاسبته عن فعل لم يقم به.

- إن تفریط الخطيئة في حق نفسها وخروجها مع خطيئها والاختلاء به وهو أجنبي عنها وسماح أهلها لها بذلك، وهم جميعا يعلمون أن الخطبة مجرد وعد يجوز فيه العدول، يجعل المسؤولية قائمة عليهم جميعا، خاصة المسؤولية الدينية، كما أن منحها التعويض في هذه الحالة يكون بمثابة مكافئة لها ولأهلها على مخالفتهم الدين، وهو الفعل الذي يستوجب العقوبة والجزاء⁽⁴⁾.

- أن الشريعة الإسلامية لا تقر بالتعويض عن الضرر المعنوي، لأن المال لا يمكن أن يعوض السمعة والشرف، وإنما هذا فكر مأخوذ من الغرب الرأسمالي الذي يحول كل شيء إلى أرقام مالية، أما الشريعة فهدفها ليس المال وإنما تنظيم الحياة وفق متطلبات توفيقية عديدة، لهذا لجأت لقمع الضرر المعنوي بالزواج التعزيرية⁽⁵⁾.

- أن القول بمبدأ التعويض مخالف لإجماع الأمة الإسلامية، لهذا يجب عدم الأخذ به.

- لا يمكن تبرير التعويض بمبادئ العدالة وتغيير الأوضاع الاجتماعية، لأن الإسلام ليس هو من يساير المجتمع ويتسع ويضيق بحسب أوضاعه، وإنما المجتمع هو من يجب أن يكون في إطار الإسلام⁽⁶⁾.

الاتجاه الثاني: يجمع مناصروه على جواز التعويض، غير أنهم اختلفوا في تفصيل الأضرار التي تعوض، وانقسموا إلى عدة آراء فقهية:

¹- بن زيطة عبد الهادي، المرجع نفسه، ص91.

²- بن زيطة عبد الهادي، المرجع نفسه، ص96.

³- اغتر بالشيء أو بالشخص اغترارا خدع به، وغرر به تغيرا عرضه للهلاك أو الخطر، والفرق بينهما واضح، فالأول هو حالة نفسية داخلية من لدن نفس الخطيئة مثلا، أما الثاني فمصدره الخطيب مثلا الذي يغرر بالخطيئة بواسطة أقوال أو أفعال، بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 91.

⁴- محمد سمارة، المرجع السابق، ص 42-43.

⁵- محمد سمارة، المرجع نفسه، ص43.

⁶- محمد سمارة، المرجع نفسه، ص 42.

- **الرأي الأول:** يرى ممثلوه⁽¹⁾ بوجود التعويض من غير تفصيل في ماهية الضرر⁽²⁾، ويستند في ذلك إلى القاعدتين الفقهيّتين "لا ضرر ولا ضرار" و"الضرر يزال"، ويذهب إلى أن الضرر لا سبيل لإزالته إلا بالتعويض المالي، وسبب هذا التعويض أن الخطيب سبب ضرراً للخطيبة نتيجة عدم الوفاء بعهده.
- **الرأي الثاني:** يفرق أصحابه⁽³⁾ بين الضرر الذي يكون بسبب العدول ولا دخل للعادل فيه، وبين الضرر الذي يكون للعادل دخل فيه، فلا تعويض في الأول، لأنه من نوع الاغترار، أما الثاني فيعوض، لأنه تغرير، والتغرير يوجب الضمان.
- **الرأي الثالث:** يرى مناصروه⁽⁴⁾ أن التعويض يكون عن كافة الأضرار التي تترتب عن العدول، سواء أكانت مادية أو معنوية، لكي يشترط فيه:
- أن لا يكون العدول بسبب الخطيبة.
 - أن يتبين أن العدول سبب لها ضرراً مادياً أو معنوياً غير الاستهواء الجنسي.
 - أن يكون الخطيب قد أكد للخطيبة رغبته في الزواج بها بما يستدل به عادة وعقلاً على تأكيده وتصميمه على إجراء عقد الزواج⁽⁵⁾.
- **الرأي الرابع:** يرى أصحابه⁽⁶⁾ أن تعويض المتضرر عن العدول يكون فقط إذا كان العدول بسبب غير مشروع، أما إذا السبب كان مشروعاً فلا تعويض.
- **الرأي الخامس:** وهو الذي يترتب التعويض على أساس مدة الخطبة، فإذا طالت بحيث يتوقع حدوث ضرر عن العدول وجب التعويض، وإن قصرت بحيث لا يتوقع الضرر فلا تعويض⁽⁷⁾.

¹ - منهم: محمد شلتوت وأسامة الأشقر، عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 245؛ وبن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 92.

² - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 245.

³ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، القاهرة، ص 68؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 28.

⁴ - مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن (دراسة مقارنة بالقانون)، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011، ص 28؛ مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص 63-64؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام ومصادر الالتزام، العقد، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون)، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، 1953، ص 827.

⁵ - نايف محمود الرجوب، المرجع السابق، ص 242.

⁶ - يمثله عبد الرحمان الصابوني وعلي حسب الله، عن نايف محمود الرجوب، المرجع السابق، ص 243.

⁷ - يمثله محمد عبد العزيز عمرو، عن نايف محمود الرجوب، المرجع نفسه، ص 243.

ومتى تقرر التعويض لا يجوز أن يتجاوز نصف المهر المسمى إذا كان الضرر مادياً، أما إذا معنوياً فيجوز أن يتجاوز المهر كله⁽¹⁾.

الفرع الثاني: التزامات المرأة في الخطبة.

في مقابل الحقوق التي تتمتع بها الخطيبة تلتزم بمجموعة من الالتزامات، أهمها:

أولاً- التزام الخطيبة برد المهر إذا تسلمته.

إن الصداق مرتبط بعقد الزواج، سواء كركن أو شرط لإبرامه حسب اختلاف الأنظمة القانونية، يقدمه الرجل للمرأة عند إبرام هذا العقد، لكن قد يحدث أن يقدمه معجلاً قبل ذلك، أي أثناء الخطبة، سواء كله أو جزء منه فقط، فإذا تم العدول عن الخطبة يتعين على الخطيبة رد ما قبضت منه كله أو بعضه، لأن السبب الناقل للملكية انعدم، فلا مسوغ لاحتفاظها به، ولا يهم إن كان العدول منها أو من الخطيب، لأن المهر لا علاقة له بالخطبة، بل بتمام عقد الزواج.

ويتعين على الخطيبة رده عينا إن وجد أو قيمته إن استهلك أو هلك، ولا يمكن لها الاحتجاج بأنها استهلكته في أمور تتعلق بالزواج ك شراء الجهاز، لأنها تصرفت بالمال المدفوع لها قبل التأكد من إتمام الزواج وإقامة الرابطة الزوجية، غير أنها يمكن أن تدرأ الخسارة التي لحقتها جراء تصرفها في المهر عنها بأن يكون لها الخيار بين رده مثل النقد أو تسليم الجهاز الذي اشترته إذا كان العدول من الخطيب، أما إذا كان العدول منها هي فيتعين عليها رد المهر أو قيمته، وذلك على أساس مبدأ تحميل التبعة لمن صدر منه العدول من الطرفين⁽²⁾، أما إذا كان شراء الجهاز بأمر منه فتعتبر كالوكيل عنه، فتدرد ما اشترته من الجهاز إليه، ولا تلتزم برد المال أو قيمته، لأنها متصرفة كالوكيل⁽³⁾.

إن المشرع الجزائري لم يتطرق لهذه المسألة لاعتبار أن الأصل أن المهر يقدم عند إبرام عقد الزواج وليس قبل ذلك، وأنه في المادة 16 ق.أ ربط الصداق بعقد الزواج وليس بالخطبة، فالحكم حسبه واضح لا غبار عليه، وإن وجدت بعض المسائل التي تثير بعض الإشكالات، كما في حالة هلاكه أو استهلاكه، فإن وجود المادة 222 ق.أ الصريحة في الإحالة إلى أحكام

¹ نايف محمود الرجوب، المرجع السابق، ص 243.

² شندارلي توفيق، المرجع السابق، ص 346، العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 237-238؛ محمد سمارة، المرجع السابق، ص

40-41.

³ محمد سمارة، المرجع السابق، ص 41.

الشريعة الإسلامية قضى على المشكل، حيث نأخذ بما أقرته الشريعة وهو إلزام الخطيبة برده على النحو الذي سبق بيانه، وقد تبنت نفس الحكم المحكمة العليا في عدة أحكام لها، منها الحكم الصادر في 23-01-2001 رقم 256857⁽¹⁾، والحكم الصادر بتاريخ 13-07-1993 ملف رقم 92714⁽²⁾.

أما بالنسبة للقوانين الوضعية المقارنة، فبينما سار المشرع التونسي في نفس النهج الجزائري نجد المشرع الكويتي فصل في حكم المهر، حيث نص صراحة في المادة 4 ق.أ.ش على حق الخاطب في استرداد المهر في حالة العدول، أي التزام الخطيبة برده له عينا أو قيمته يوم قبضه إذا تعذر ذلك، وهذا الحكم العام في حالة العدول عن الخطبة من أي من الطرفين، غير أنه أقر في نفس المادة الفقرة ج تحميل الطرف العادل خسارة التصرف بالمهر كله أو بعضه لشراء الجهاز، حيث أعطى الخيار للخطيبة بين إعادة المهر أو قيمة الجهاز أو جزء منه وقت الشراء إذا عدل الخاطب، وقد اعتبر المشرع الكويتي مهرا الهدايا التي جرى العرف على اعتبارها منه، وذلك في المادة 4/ب ق.أ.ش.

ثانيا - التزام الخطيبة العادلة برد هدايا خطيبها:

تلتزم الخطيبة إذا عدلت عن الخطبة برد ما استهلك من هدايا خطيبها لها أو قيمته حسب ما تنص عليه المادة 5 سالفه الذكر، والتي ألزمت الخطيبة العادلة برد هدايا خطيبها إذا كان العدول منها، ولم تشر المادة إلى الحالة التي تعدل فيها بسبب الخطيب ذاته في هذه المسألة، وقد تم التطرق لها سابقا.

ثالثا - فقد الخطيبة العادلة لهداياها.

لم يتتال المشرع الجزائري مصير الهدايا المقدمة من طرف الخطيبة في حالة عدولها، عكس ما فعله مع الخطيب في حالة عدوله، حيث منعه من استرداد هداياه، ونعتقد أن نفس الحكم يطبق عليهما معا، لاتحاد الهدف، فنفقد هداياها إن كان العدول من طرفها، ولا تسترد أي منها سواء كانت قائمة أو هالكة.

وهو ما تبنته مختلف التشريعات وتناولته الشريعة الإسلامية على النحو الذي سبق أن رأيناه ضمن مناقشة حق الخطيبة في الاحتفاظ بهدايا خطيبها العادل.

¹ - عن العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 239.

² - عن فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، مطبعة طالب، 2008/2007، ص 19.

رابعاً - التزام الخطيبة العادلة بتعويض خطيبها المتضرر:

لقد أجاز المشرع الجزائري لكلى الخطيبين الحصول على تعويض إذا أصابه ضرر مادي أو معنوي جراء ذلك كما سبق بيانه، ومنه فإن الخطيبة تلتزم بتعويض خطيبها إذا سببت له ضرراً بسبب عدولها عن الخطبة، كالتماطل في إتمام عقد الزواج، استعمال الخديعة والغش، مطالبته بمطالب معينة ينجر عنها خسارة واضحة، اشتراطها عليه شراء مسكن معين في مكان محدد أو تجهيزه بأثاث معين، وغيرها.

لقد ساوى المشرع الجزائري بين الخطيبين في أحكام هذا التعويض، وكذلك الشريعة الإسلامية، لهذا تطبق نفس الأحكام التي سبقت الإشارة إليها في الفرع الأول، وقد أقرت المحكمة العليا حق الخطيب في التعويض في عدة قرارات منها رقم 56097 الصادر بتاريخ 1989-12-25، حيث قبلت فيه النقض المقدم من طرف الطاعن في الحكم الصادر عن المجلس القضائي الذي رفض تعويضه عن الضرر الذي لحقه جراء عدول خطيبته عن الخطبة⁽¹⁾.

إن مركز المرأة من الناحية القانونية والشرعية متوازن تماماً، إذ نجدها تتمتع بنفس الحقوق والتي تقابلها نفس الواجبات، فهي تملك اختيار الرجل المناسب لها، ورفض من لا ترضاه، فإذا خطبت جاز لها العدول، وإذا عدل خطيبها عن الخطبة جاز لها التعويض متى تضررت من ذلك، وفي نفس الوقت تلتزم تجاه الطرف الآخر بما يستحقه من حقوق، وذلك في إطار أحكام دقيقة تضمن حقوقها وتوازنها بالتزاماتها، غير أن الواقع يختلف عن ذلك، حيث تفقد المرأة الكثير من حقوقها إما نتيجة لنقص الوعي لديها أو للأعراف والعادات السائدة في المجتمع أو لهما معاً.

ولأن نص المادة 5 ق.أ الذي نوقش سابقاً لم يكن صريحاً بشأن الهدايا المقدمة من المخطوبة في حالة العدول، بالإضافة إلى أنه شابته بعض النقائص فإننا نقترح تعديله كالتالي:

المادة 5: "الخطبة وعد بالزواج.

يجوز للطرفين العدول عن الخطبة.

إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين وجب الحكم له بالتعويض.

¹ - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 47-48.

لا يسترد أيا من الخطيبين شيئا مما أهداه إن كان العدول منه أو بسببه، وعليه أن يرد للطرف الآخر ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته.

لا يعتبر المهر من الهدايا، ويجب على الخطيبة رده إن قبضته خلال الخطبة وتم العدول".

المطلب الثاني:

المركز القانوني للمرأة في إبرام عقد الزواج.

إن تمتع المرأة بطبيعة فطرية نفسية وجسدية وعاطفية خاصة تميزها عن الرجل، يجعل من ارتباطها به بعقد روعي بامتياز أمرا يقتضي عقلانيا مراعاة تلك الخصوصية عند إبرامه، فهل احترم المشرع ذلك عند سن أحكام هذا العقد؟ أم أنه عاملها تماما مثل الطرف الآخر؟ أم أنه أعطاها مركزا متوازنا ومتناسبة مع طبيعتها؟ خاصة المشرع الجزائري تبنى أحكام الشريعة الإسلامية المنتقدة والمتهمة بتكريس هيمنة الرجل على المرأة في هذا العقد.

لقد بنى المشرع الجزائري عقد الزواج على ركن وحيد هو التراضي، فيما استلزم عدة شروط لصحته حددها بدقة بعد أن كان يخلط فيها قبل التعديل، فيما اختلفت الشريعة الإسلامية في تحديدها، وكذلك القوانين المقارنة، لذا فإن الإجابة على التساؤل تتجلى من خلال تحديد المركز القانوني للمرأة في ركن عقد الزواج ثم في شروط صحته، وسنسلط نفس منهج المشرع الجزائري في التقسيم.

الفرع الأول: المركز القانوني للمرأة في ركن عقد الزواج.

يصنف عقد الزواج كعقد مدني ضمن العقود الرضائية التي تقوم على مبدأ سلطان الإرادة، والتي يكون الرضا عنصرا مهما تقوم عليه، حيث يتوجب لصحته اكتمال الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب، غير أن المشرع الجزائري اعتبر الأهلية شرطا فقط لصحته لا ركنا فيه، ومرجع ذلك لخصوصية عقد الزواج وتعلقه بعدة جوانب يتطلب مراعاتها في بعض الحالات، كالمصلحة والضرورة التي تقتضي أحيانا عدم اشتراط الأهلية، فيما أقامه في المادة 9 ق.أ على التراضي فقط، ولم يخرج بصدده عن القواعد العامة، حيث أكد في المادة 10⁽¹⁾ ق.أ.ج على تمام الرضا بتبادل الإيجاب والقبول، ولا يهم إن كانت المرأة هي الموجبة أو القابلة، غير أن

¹ - جاء فيها: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا.

ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة".

الإشكال يثور -في ظل اشتراط ولي المرأة- حول الشخص الذي يشترط رضاه، هل المرأة شخصيا أم وليها أم رضاها معا؟ وهل تتمتع بحق التعبير عن رضاها شخصيا أو لا؟ كما أنه لم يتطرق إلى عيوب الإرادة في تقنين الأسرة مما يثير التساؤل عن امكانية تطبيق أحكام التقنين المدني أم يستوجب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية؟

قبل الغوص في سلامة إرادة المرأة وأحكامها ينبغي الإشارة إلى أن المشرع الجزائري وإن كان قد بنى عقد الزواج على ركن واحد، فإن ذلك لا يعني عدم الاهتمام بجنس أطرافه، وإنما اشترط اختلافه في المادة 4 ق.أ⁽¹⁾، حينما اعتبره عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة، وهي مسألة متعلقة النظام العام، وهو ما يبرر القيام بمثل هذه الدراسة.

انطلاقا مما سبق نقسم هذا الفرع إلى قسمين الأول نبحث فيه رضا المرأة، والثاني نخصه لمناقشة مدى تمتعها بمباشرة عقد زواجها بنفسها.

أولاً- حق المرأة في الرضا بالزواج:

يتم عقد الزواج حسب المادة 9 ق.أ.ج التي جاء فيها: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، بمجرد تبادل الرضا بين الطرفين معا، ولم يضع له أحكاما خاصة، مما يعني خضوعه للقواعد العامة، والتي تشترط لسلامة الرضا اكتمال الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب، وبما أن الأهلية جعلها المشرع شرطا فقط لصحة العقد، فيبقى المجال متسعا فقط للعيوب التي تؤثر على الرضا في عقد الزواج، والتي تتمثل في الإكراه والغلط والتدليس، بينما الاستغلال فلا يجد مجالا له في عقد الزواج.

1- عدم جواز إكراه⁽²⁾ المرأة على الزواج: إن وجود ولي المرأة كشرط في عقد الزواج وما يتمتع به من سلطة على موليته جعل بعض الفقهاء⁽³⁾ ينتقدون المشرع الجزائري بأنه كرس هيمنة الرجل على المرأة وجعل مركزها أدنى من مركزه كأطراف في عقد الزواج، وهناك من

¹ - تنص المادة 4 ق.أ على ما يلي: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة علي الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب.

² - الإكراه لغة هو حمل الإنسان على أمر يكره، أما اصطلاحا فهو إتيان الشخص أمرا، سواء كان قولاً أو فعلاً ما كان ليصدر منه لو لا التهديد والوعيد الذي صدر من الآخر تجنباً للضرر الذي يلحقه من جراء عدم تنفيذه ما أمر بالقيام به، عيسى حداد، المرجع السابق، ص 49-50، أو هو "عبارة عن وسائل الشدة والتخويف التي يمارسها شخص ضد شخص آخر لإلزامه كرها عن الرضا بالعقد، والتي تولد في نفسه رهبة تحمله على التعاقد خشية الأذى، محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقاه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 67.

³ - دنوني بن الشيخ هجيرة، إجحاف قانون الأسرة الجزائري بحقوق المرأة، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، السنة الثالثة، العدد الثالث، سنة 2000، ص 478.

الباب الأول: المركز القانوني للمرأة في أحكام الزواج وانحلاله.

يرى⁽¹⁾ أن وجود الولي في عقد الزواج بالنسبة للمرأة يولد تأثيرا على ممارسة حريتها ويؤثر على القيمة القانونية للرضا كتعبير عن الإرادة، لهذا نتساءل هل حقيقة الولي يتمتع بسلطة إجبار من هي تحت ولايته على الزواج دونما اعتبار لإرادتها ورضاها؟

لقد منع المشرع الجزائري بعد تعديل قانون الأسرة نهائيا مسألة حق الولي في إجبار من هي تحت ولايته على الزواج، حيث قرر صراحة في المادة 13⁽²⁾ منه على أنه لا يجوز لأي ولي مهما كان أن يجبر القاصرة التي هي تحت ولايته على الزواج، سواء كانت بكرا أو ثيبا، ولا يجوز له أن يزوجه دون موافقتها، حتى وإن كان هو الذي يحق له قانونا تولي زواجها، وقد تناول المشرع القاصرة⁽³⁾ فقط، لأنه لم يعطها حق تولي إبرام زواجها كالراشدة وأعطاه لوليها، أما الراشدة فلا يمكنه من باب أولى إجبارها على الزواج، لأنه أعطاه حق إبرام عقد زواجها بنفسها بل حتى سلطة اختيار ولي لها في عقد الزواج، وهو ما يعني عدم جواز إجبارها. كما أن المشرع الجزائري ألغى المادة 12 ق.أ التي كانت تجيز للأب أن يمنع البكر التي تحت ولايته من الزواج إذا كان المنع في مصلحتها.

من خلال ما سبق يتضح أن المرأة لها الحرية الكاملة في رضاها بعقد الزواج، فلا يحق لوليها أن يجبرها على الزواج حتى ولو كان فيه مصلحة لها، ولا يجوز أن يمنعها منه حتى لو كان فيه ضرر لها، وذلك سواء كانت المرأة قاصرة أو راشدة، بكرا أو ثيبا، ويكون هذا الموقف مخالفا لما كان قبل التعديل وللمذهب الفقهي المتبع سابقا، حيث كان يجوز للولي حسب المادة 12 منه أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة لها، وهذا كان منتقدا بشدة من طرف العديد من الفقهاء المنادين بضرورة المساواة بين الرجل والمرأة، أما اليوم فأصبح البعض يعيب على المشرع تهميشه لسلطة الولي⁽⁴⁾.

إن المشرع الجزائري لم يحمي المرأة من الإكراه في عقد الزواج في العقود التي تتم في الجزائر فقط، بل حتى في العقود التي تتم في الخارج، حيث جعل البطلان يلحق حتى تلك التي تبرم في بلدان أجنبية تجيز قوانينها إجبار البنات على الزواج، سواء كانت البنت صغيرة أو

¹- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني القانوني للمرأة في قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 58.

²- جاء فيها: "لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها".

³- لم يشر المشرع إلى القاصر الذكر رغم أنه لا يملك عقد زواجه بنفسه بل يتولاه عنه وليه، ولا يعني ذلك أنه يمكنه جبره على الزواج.

⁴- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 41.

الباب الأول: المركز القانوني للمرأة في أحكام الزواج وانحلاله.

كبيرة، ثيبا أو بكرة، وذلك نظرا لمخالفتها المادة 97 من قانون الحالة المدنية⁽¹⁾ التي تشترط لصحة عقد زواج الجزائريين المبرم خارج الوطن الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج⁽²⁾، وطبقا للمادة 11 من القانون المدني الجزائري⁽³⁾ التي تتبنى الجنسية كضابط للإسناد فيما يخص الشروط الموضوعية، وهو ما تأخذ به غالبية قوانين الدول.

كما أن رضا المرأة ليس مكفولا فقط إذا كانت الزوجة الوحيدة، بل أن القانون كفله حتى في حالة تعدد الزوجات، حيث اشترط المشرع في المادة 08 ق.أ موافقة الزوجة الأولى والمرأة المراد الزواج بها على الزواج المتعدد، وهذه الموافقة يجب أن يتأكد منها رئيس المحكمة لمكان الزوجية الذي يمنح رخصة التعدد في الزواج التي لا يمكن إبرام عقد الزواج بدونها⁽⁴⁾، غير أنه هناك حيلة قانونية يلجأ إليها الرجل، وهي أن يقوم بالدخول بالزوجة الثانية ثم يطلب تثبيت عقد الزواج الذي يسجل بأمر المحكمة بأثر رجعي، وبذلك لا تراعى فيه موافقة المرأة الأولى ولا الثانية أحيانا.

¹ - الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389هـ الموافق لـ 19/02/1970 ج.ر.ج. عدد 21 الصادرة في 27 فبراير 1970م المتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 13 شوال 1435هـ الموافق لـ 09-08-2014، ج.ر.ج. عدد 49 الصادرة بتاريخ 24 شوال 1435هـ الموافق لـ 20-08-2014م، وبالقانون رقم 17-03 مؤرخ في 11 ربيع الثاني 1438هـ الموافق لـ 10 يناير 2017م، ج.ر.ج. عدد 02 الصادرة في 12 ربيع الثاني 1438هـ الموافق لـ 11 يناير 2017م، وقد جاء في المادة: "إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبي يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج. ويجري مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبي وتم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قنصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية...".

² - المادة 97 جاء فيها: إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبي يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لا مكان عقد الزواج. ويجري مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبي وتم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قنصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية.

غير أنه إذا كانت الزوجة الأجنبية من غير جنسية البلد المضيف، فإن هذا الزواج لا تتم مراسيمه إلا في البلاد التي ستحدد بموجب مرسوم.

³ - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م، ج.ر.ج. عدد 78 الصادرة في 24 رمضان 1395هـ الموافق لـ 30 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428هـ الموافق لـ 13 ماي 2007م، ج.ر.ج. عدد 31 الصادرة 25 ربيع الثاني 1428هـ الموافق لـ 13 مايو 2007م، وقد جاء في المادة: يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين".

⁴ - ناصر الدين ماروك، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، السنة الثالثة، العدد الثالث، الجزائر، سنة 1420هـ الموافق 2000 م، ص-ص 263-332، ص 283.

وهنا نخلص إلى أن النصوص القانونية كفلت رضا المرأة وموافقتها حتى في حالة تعدد الزوجات فإن رفضت كان لها حق طلب الطلاق، غير أن الممارسة الواقعية هي التي قهرت المرأة ورضائها.

بالرجوع إلى باقي التشريعات المقارنة، نجد المشرع الكويتي يفرق بين:

- الثيب ومن بلغت الخامسة والعشرون من عمرها: والتي يجب احترام رأيها، فإذا رفضت لا يجوز إجبارها، وإذا قبلت لا يجوز منعها، وذلك في المادة 30 ق.أ.ش، فإذا امتنع وليها عن مباشرة عقد زواجها -لأنه هو دونها صاحب حق مباشرة عقد زواجها- فلها أن ترفع الأمر إلى القاضي حتى لو تعدد الأولياء وكانوا في درجة واحدة وعضلوا جميعا، وكذلك إذا اختلفوا حسب المادة 31 من نفس التقنين، وكذلك يجوز للثيب أن تطلب من قاضي التوثيق أن يتولى مباشرة عقد زواجها من زوجها السابق، وذلك بعد اخطار وليها لسماع رأيه حسب المادة 30 سابقة الذكر.

- أما البكر التي بين البلوغ والخامسة والعشرين فإن المادة 29 ق.أ.ش تشترط اجتماع رأيها مع رأي وليها.

فيما لم يتناول القانون التونسي المرأة الراشدة كما لم يتناول الرجل، وبذلك فهو يقر لها بحرية الرضا التامة، ولا يجوز إكراهها من أي كان حتى ولو كان أبوها، أما القاصر سواء أكانت امرأة أو رجل فإن رضاهما غير كاف بل لا بد من موافقة الولي والأم، فإذا امتنع أحدهما يجوز رفع الأمر إلى القاضي الذي يفصل في الموضوع حسب الفصل السادس من مجلة الأحوال الشخصية، وله في ذلك سلطة تقديرية واسعة يتولى في إطارها حماية مصلحة القاصر بالانن أو برفضه⁽¹⁾.

فيما نجد فقهاء الشريعة الإسلامية يميزون بين البكر والثيب، فأجمعوا على بعض الأحكام واختلفوا في أخرى:

* فأجمعوا على:

- جواز إجبار البكر الصغيرة على الزواج من طرف وليها دون الحاجة لاستئذنها.

¹ - فاطمة الزهراء بن محمود، المرجع السابق، ص 68.

الباب الأول: المركز القانوني للمرأة في أحكام الزواج وانحلاله.

غير أنهم اختلفوا حول الولي الذي يتمتع بهذا الحق، فبينما ذهب المالكية والحنابلة إلى منحه للأب فقط⁽¹⁾، ذهب الحنفية إلى منحه لكل ولي⁽²⁾.

- **عدم جواز إجبار الثيب البالغة على الزواج:** لا خلاف بين فقهاء الشريعة⁽³⁾ على أن الثيب البالغة لا تتكح إلا بإذنها، ولا يملك أحدا إجبارها على الزواج أو منعها منه حتى لو كان والدها⁽⁴⁾.

***فيما اختلفوا حول البكر البالغة والثيب الصغيرة على النحو التالي:**

- **البكر البالغة:** اختلف الفقهاء حول جواز إجبارها من عدمه.

- فذهب جمهور الفقهاء من مالكية⁽⁵⁾ وشافعية⁽⁶⁾ وحنابلة⁽⁷⁾ في رواية لهم إلى جواز إجبار البكر البالغة على الزواج من طرف أبوها عند المالكية والحنابلة، أو أبوها وجدها عند الشافعية، وإن كان يستحب استئذانها تطيباً لخاطرها، أما في غير هذين المذهبين فاستئذانها واجب ولا تزويج إلا برضاها الذي يفهم من سكوتها⁽⁸⁾.

¹ - أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، الرسالة في فقه الإمام مالك، المرجع السابق، ص 65، المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، ص 444.

² - زين الدين بن نجيم بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء 3، الطبعة الثانية، دار الكتاب الإسلامي، ص 138.

³ - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، الجزء الخامس، دار المعرفة، بيروت- لبنان، ص 9؛ أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، الجزء 5، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، 1403هـ-1983م، ص 19؛ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الجزء 4، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1415هـ-1994م، ص 247؛ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق عبد الله بن محمد المحسن وعبد الفتاح محمد حلو، الجزء 9، الطبعة الثالثة، 1417هـ-1997م، ص 206؛ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، تحقيق محمد منير الدمشقي، جزء 09، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، ص 38-39، وقد شذ عن هذا الإجماع "الحسن البصري" الذي أجاز لوليها تزويجها وأن كرهت، وقال إسماعيل بن إسحاق: "لا أعلم أحدا قال في البنت بقول الحسن، وهو قول شاذ يخالف أهل العلم والسنة، جميل فخرى محمد جانم، مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد، 2009، ص 211.

⁴ - عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الطبعة الأولى، دار الغد الجديد، 1426هـ-2005م، ص 828-832؛ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 57؛ محمد سمارة، المرجع السابق، ص 88.

⁵ - أبو زيد القيرواني، الرسالة في فقه الإمام مالك، المرجع السابق، ص 65.

⁶ - الشافعي، الأم، الجزء 05، المرجع السابق، ص 17.

⁷ - الدردير أحمد أبو البركات، الشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، المرجع السابق، جزء 02، ص 353.

⁸ - جميل فخرى محمد جانم، المرجع السابق، الصفحة 209-210؛ محمد سمارة، المرجع السابق، ص 87-88.

- فيما ذهب الحنفية⁽¹⁾ والحنابلة⁽²⁾ في رواية أخرى إلى أنه ليس للولي سواء كان الأب أو الجد أو غيرهما أن يجبر البكر البالغة على الزواج، فلا بد من استئذنها وإلا كان مخالفا لسنة رسول الله ﷺ.

- **الثيب الصغيرة:** لقد انقسم الفقه حول جواز إجبارها إلى قسمين:

- ذهب الشافعية والحنابلة في إحدى رواياتهم إلى أن الثيب الصغيرة لا يمكن إجبارها أو إكراهها على الزواج، ولأن إذن الصغيرة غير معتبر فلا تزوج حتى تبلغ، واستدلوا في ذلك بقول الرسول ﷺ: "الأيم أحق بنفسها، والبكر تستأذن وإذنها صماتها"، فالحديث لم يفرق بين الثيب الكبيرة والصغيرة، ومناط الإيجاب عندهم البكارة.

- ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة في روايتهم الأخرى إلى أنه يجوز إجبارها من طرف الأب وأضاف الحنفية الجد، واستدلوا في ذلك بالقياس على حكم البكر الصغيرة التي يجوز إجبارها، لأن العلة عندهم في الإيجاب ليس البكارة بل الصغر، ويرى مالك بتوفر إحداهما البكر أو الصغر⁽³⁾.

إن منع إكراه المرأة على الزواج لا يعني عدم وقوعه، وهو ما يثير التساؤل حول تأثير تحققه على العقد، وعن مدى تطبيق أحكام التقنين المدني التي تقضي بالبطلان المطلق إذا انعدم الرضا، وبالبطلان النسبي إذا كان معيبا.

قبل مناقشة هذه المسألة نشير إلى أن الإكراه قد يتخذ صورة المنع من الزواج، وهي الحالة التي كان المشرع الجزائري يتناولها قبل التعديل في المادة 13 ق.أ سالف الذكر، والتي ألغيت ليلغى بذلك أي إكراه على المرأة حتى لو كان بالمنع، كما أنه بعد التعديل أجاز المشرع للمرأة اختيار أي قريب تريده أو حتى أي شخص ليبرم عقد زواجها، وبالتالي المنع لم يعد له معنى، لأنها يمكنها أن تختار من تريد لإبرام عقد زواجها.

كما أن الإكراه قد يتخذ صورة الاجبار على الزواج، وهي الحالة التي أثرنا التساؤل والبحث بشأنها، حيث وجدنا اختلافا فقهما حول الإجابة عنها، تمخض عنه اتجاهين مختلفين:

¹- ابن حزم، المحلى، جزء 09، المرجع السابق، ص 44.

²- المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، ص 445.

³- الجزيري، المرجع السابق، ص 828-832، سمارة محمد، المرجع السابق، ص 89؛ جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق، ص

-الاتجاه الأول⁽¹⁾: يرى أن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا بمجرد اختلال الرضا، ولا يفرق بين الاكراه المعدم للرضا أو ذلك الذي يعيبه فقط، لأنه حسب "لا يوجد زواج بدون رضا سليم واختيار ملؤه الحزم والحرية"⁽²⁾، ومرجع ذلك ربما إلى المادة 1/33 ق.أ التي جاء فيها: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا"، فالاختلال يتحقق سواء انعدم الرضا أو وجد معيبا، ولم يرتب المشرع عليه أية آثار قانونية بما فيها لحوق النسب الذي رتبته على كل زواج تم فسخه بعد الدخول وفقا للمواد 32 و 33 و 34، وهذا وفق المادة 40 ق.أ.ج، وربما هذا ما دفع بالبعض⁽³⁾ إلى القول بأنه ورغم أن ظاهر النص أن العقد باطل مطلقا إلا أن المقصود به هو الفساد ويجوز فسخه، وأنه يجب تطبيق أحكام قانون الأسرة وليس القانون المدني على عقد الزواج، وذلك بهدف تحقيق استمرارية العلاقة الزوجية في الإطار الشرعي في حالة إجازته، أما القول ببطلانه فلا يمكن أن تلحقه الإجازة، كما يجوز لكل ذي مصلحة التمسك ببطلانه، وبثيره القاضي من تلقاء نفسه في أي مرحلة كانت عليه الدعوى.

- الاتجاه الثاني: يرى أنه لا بد من التفرقة بين الاكراه المعدم للرضا والاكراه المعيب له:

أ- الاكراه المعدم للرضا: وهو الذي يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا⁽⁴⁾.

ب- الإكراه المعيب للرضا: بحيث يكون الرضا موجودا ولكن أصابه خلل أنقص منه، لأن الإكراه الممارس لم يعدمه وإنما أثر عليه فقط.

لقد اختلف الشراح حول حكمه منقسمين إلى اتجاهين:

- الفريق الأول⁽⁵⁾: يرى أن العقد يكون قابلا للإبطال، وذلك وفقا لأحكام القانون المدني.

¹ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 53؛ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 38، سمير شيهاني، أثر إكراه المرأة الراشدة على الزواج -دراسة مقارنة-، مجلة معارف، جامعة أكلي محمد ولحاج- البويرة، مجلد 9، عدد 17، 2014، ص-ص 1-28، ص 21؛ بوسعيد رويضة، عيوب الإرادة في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري -دراسة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالح أحمد-النعامة، المجلد الخامس، العدد 01، جانفي 2019 م- ربيع الثاني 1440 هـ، ص-ص 392-408، ص 402.

² عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 53.

³ سمير شيهاني، المرجع السابق، ص 16.

⁴ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، 1429هـ-2008 م، ص 67.

⁵ فضيل العيش، المرجع السابق، ص 15، بوخاتم آسيا، آثار عيوب الإرادة على عقد الزواج "دراسة في ضوء قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالح أحمد-النعامة، المجلد 03، العدد 02، سنة 2017، ص-ص 49-65.

- **الفريق الثاني⁽¹⁾**: يكون العقد قابلاً للفسخ، وذلك قبل الدخول أو بعده.

نعتمد أن موقف المشرع الجزائري واضح في اعتبار العقد الذي اختل رضاه باطلاً بطلاناً مطلقاً حسب المادة 33 سالفه الذكر، والتي جاءت عامة تشير إلى أي اختلال، سواء جعل العقد منعدماً أو معيباً، وهو موقف غير موفق للمشرع الجزائري، وكان يستحسن لو فرق بين حالة انعدام الرضا حيث يكون العقد باطلاً، وحالة وجود الرضا ولكنه معيباً، حيث يكون العقد فاسداً، ويمكن طلب فسخه من طرف الزوجة خلال مدة محددة.

وقد اختلف الفقه الإسلامي حول أثر الإكراه على عقد الزواج باختلاف مذاهبه الفقهية:

- **المالكية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾**: يرون أن العقد باطل ولا تصححه الإجازة.

- **الحنفية⁽⁴⁾**: يذهبون إلى أن العقد يكون فاسداً، فإن أرادت إجازته لها ذلك، وإن أرادت رده بطل العقد.

- **الحنابلة⁽⁵⁾**: يعتبرون العقد صحيحاً.

يبدو أن المشرع الجزائري أخذ برأي المالكية، رغم أن مذهب الحنفية أكثر ملائمة لأحكام عقد الزواج وفق الأحكام التي تبناها بعد التعديل.

2- الغلط في عقد الزواج: يعتبر الغلط "وهم ينشأ في ذهن المتعاقد، فيصور له الأمور على غير حقيقتها، مما يكون لديه دافعاً للتعاقد"⁽⁶⁾، لم يتناول المشرع الجزائري أحكامه في عقد الزواج، سواء بالنسبة للرجل أو المرأة، ومرجع ذلك ربما إلى قلة حدوثه في الواقع الحالي، حيث

كحيل حكيم، عيوب الإرادة وأثرها على صحة الزواج، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، جامعة علي لونيسي-البلدية 2، المجلد 04، العدد 01، السنة 2022، ص-ص 55-76، ص 68.

¹- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 67-68؛ أم الخير بوقرة، مبدأ صحة التراضي في إطار إبرام عقد الزواج، مجلة البحوث الأسرية الصادرة عن مخبر قانون الأسرة جامعة الجزائر 1، المجلد 01، الجزء 1، العدد 2، السنة 2021، ص-ص 23-42، ص 32.

²- شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الجزء 05، الطبعة الثالثة، دار الفكر، 1412هـ-1992م، ص 94.

³- أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، الجزء 6، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، 1403هـ-1983م، ص 47.

⁴- علاء الدين أبو بكر مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 2، الطبعة الأولى، مطبعة الجمالية بمصر ص 274.

⁵- نقلاً عن سمير شيهاني، المرجع السابق، ص 10.

⁶- بلعباس أمال، بطلان عقود الزواج المخالفة للنظام العام، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، المجلد 06، العدد 02، سنة 2021، ص-ص 158-179، ص 166.

أصبح الخطيبين يلتقيان ويتعارفان قبل زواجهما، ونادرا ما يتزوجان دون تعارف كما كان سائدا في السابق، وإن كان انتشار الانترنت وشيوع الزواج عبرها يعيد إمكانية حدوثه في الواقع. ولما كانت المادة 222 ق.أ.ج تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية في حالة غياب النص يتوجب الرجوع إليها، لنجد فقهاء لم يتناولوا هذا الموضوع باهتمام بالغ كما فعلوه مع الإكراه بل يعتبرون من الصعب إيجاد تطبيقات للغلط إلا في جوانب محدودة تقتصر على الخيارات، كخيار الوصف، العيب وغيرها، ومرد ذلك ترجيح مصلحة الاستقرار في عقد الزواج، حيث يعتمد الفقه الإسلامي على الإرادة الظاهرة لبناء العقد (الإيجاب والقبول).

إن هذه الوضعية تثير التساؤل حول إمكانية تطبيق أحكام الغلط في القانون المدني على عقد الزواج؟

يرى البعض أنه يجوز تطبيق أحكام الغلط في القانون المدني على عقد الزواج، والذي لا يمكن أن يوجد إلا في حالتين، هما:

أ- **الغلط المانع للإرادة:** وهو الغلط الذي يعدم الرضا، ويمنع انعقاد العقد⁽¹⁾، وهو يتمثل في حالات ثلاثة:

أ.1 - **الغلط في ماهية العقد:** وهو الغلط في ذاتية العقد، كعدم اتجاه إرادة الطرفين إلى عقد واحد، فتتجه إرادة أحدهما إلى عقد الزواج فيما يتجه الآخر إلى علاقة أخرى خارج نطاق الزواج.

أ.2 - **الغلط في طبيعة العقد:** كمن يعتقد أن الزواج هو مجردة صداقة عاطفية، ثم يكتشف أنه يرتب واجبات مادية أو معنوية على الطرف الآخر.

أ.3 - **الغلط في ذاتية الشخص المراد التزوج به:** كمن يتزوج بامرأة ثم يتبين بان تزوج بأخرى⁽²⁾، تعتبر ذاتية الطرفين في عقد الزواج وشخصيتهما محل اعتبار كبير، فلا يتم صحيحا إلا إذا وجد الشخص المراد التزوج به لا شخصا آخر.

ب- **الغلط المفسد للإرادة:** وهو الذي لا يعدم الإرادة ولكن يفسدها، وغالبا ما يحدث في الصفات الجوهرية للمتعاقد، والتي قد تتجلى في الكفاءة والسلامة من العيوب، أو الصفات التي يرغب كل طرف أن يجدها في الطرف الآخر⁽³⁾، الغلط في الحالة المدنية أو الغلط في الصفة

¹ - بوسعيد رويضة، المرجع السابق، ص 399.

² - بوسعيد رويضة، المرجع نفسه، ص 399.

³ - بلعباس أمال، المرجع السابق، ص 166.

الجسمانية أو الخلقية، كمن تتزوج شخصا مصابا بقصور جنسي دون علمها، ثم تكتشف ذلك بعد الزواج مع الاشتراط أن لا يكون قد ارتكب تدليسا تجاهها وإلا جاز فسخ العقد لذلك⁽¹⁾. كذلك بالنسبة لبكارة المرأة يجيز الشرع الإسلامي فسخ العقد متى وجد الزوج أن زوجته غير بكر، غير أن القضاء الجزائري اعتبر البكارة ليست صفة جوهرية⁽²⁾، وذلك في عديد قراراته منها القرار الصادر في 11-02-2009 عن المحكمة العليا، والذي قضى بأن حرمان الزوجة من التعويض عن الطلاق التعسفي بسبب عدم بكارتها مخالف للقانون ما دام عقد الزواج لم ينص على ضرورتها⁽³⁾، وإن كان يجوز له شرعا إنقاص المهر إلى ما يعادل مهر المثل، إذا كان قد أعطاهها مهرا أكبر منه.

ورغم أنه يجوز للزوجة كما للزوج الذي وقع في الغلط أن يطلب إبطال عقد الزواج، غير أنه من الناحية الواقعية لا يستعمل هذا الطريق بل كثيرا ما يلجأ المعني مباشرة إلى القضاء ليطلب حل الرابطة الزوجية⁽⁴⁾.

وكان من المستحسن على المشرع الجزائري بعد التعديل أن يأتي بنص صريح يقضي من خلاله بأن الغلط في صفة من الصفات الجوهرية للشخص المتعاقد يعد سببا من أسباب فساد عقد الزواج وليس سببا من أسباب الطلاق والتطليق، لأنه عيب وجد أثناء العقد وجعله غير سليم، فيصح إن أجازته الزوجة، ويبطل إن رفضته.

3- التدليس في عقد الزواج: يقصد به "استعمال طرق احتيالية بقصد إيهاام المتعاقد بأمر يخالف الواقع وجره بذلك إلى التعاقد"⁽⁵⁾، أو هو "الخدعة باستعمال طرق احتيالية توقع الشخص في وهم يدفعه إلى التعاقد"⁽⁶⁾، وهو في عقد الزواج "استعمال وسائل احتيالية قولية أو فعلية أو غيرها من قبل الزوج أو الزوجة أو أولياءهم أو غيرهم لخداع العاقد الآخر ودفعه إلى القيام بعقد

¹ - بوسعيد رويضة، المرجع السابق، ص 399.

² - رغم أن البعض يرى أن هذا لا يتماشى مع أعراف وتقاليد الجزائر، الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 49.

³ - المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والموارث، المجلة القضائية، العدد الأول، 2009، ص 283.

⁴ - عيسى حداد، المرجع السابق، ص 77.

⁵ - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 40-41.

⁶ - الغوثي بن ملح، المرجع السابق، ص 49.

النكاح بما لم يكن ليرضى به بغيرها"⁽¹⁾، ويختلف عن الغلط في كون الأول تصاحبه طرقا احتيالية تكوّن وهما لدى المتعاقد تدفعه إلى التعاقد، أما الثاني فلا نجد فيه هذه الوسائل. والتدليس قد يكون فعليا بإحداث فعلا من قبل المدلس ليظهر بصورة عكس ما هو في الواقع، أو قوليا كاستعمال الكذب لتغيير الواقع، كما قد يكون بكتمان الحقيقة⁽²⁾، وهو قد يصدر من: - المرأة أو ممثلها، كما لو ادعت البكارة ثم تبين خلاف ذلك، ويتحقق التدليس هنا حتى لو كانت المرأة قد أجرت عملية تجميلية لترقيق البكارة شريطة أن يكون فقدانها لها بسبب الزنا وليس بسبب آخر، كالنشاطات الرياضية أو عملية جراحية أو غيرها، كذلك لو ادعت العلم أو الشرف أو النسب أو الصحة أو غير ذلك ثم تبين العكس، فإن التدليس يتحقق. - أو من الرجل: كان يدعي الشرف أو النسب أو العلم أو غيرها. لقد تناول المشرع الجزائري التدليس في التقنين المدني في المادتين 86-87، واشترط لتحقيقه عدة شروط، هي:

- استعمال طرق ووسائل احتيالية.

- سوء نية المدلس الذي يستعمل الطرق الاحتيالية لتضليل المدلس عليه.

- أن يكون التدليس هو الدافع للتعاقد.

- علم المتعاقد الآخر بالتدليس أو كان من المفروض أن يعلم.

بينما لم يتناوله في تقنين الأسرة كعيب من عيوب الإرادة في عقد الزواج، واكتفى بالتطرق له في حالة تعدد الزوجات، حيث ألزم الزوج في المادة الثامنة منه بإخبار زوجته برغبته في الزواج، والمرأة التي يريد الزواج بها بأنه متزوج، فإذا لم يقم بذلك اعتبر تدليسا يجوز بموجبه لكل زوجة طلب التطلق حسب ما جاء في المادة الثامنة مكرر⁽³⁾ منه، والحقيقة أن هذا غير دقيق، لأن التي وقعت في تدليس يعيب إرادتها هي الزوجة الثانية، أما الزوجة الأولى فلم تقع في أي تدليس، وبالتالي يجوز لها طلب التطلق، أما الأولى فيجوز لها الفسخ أو القابلية للإبطال في ظل اختلاف الأراء الفقهية، وإن كان الفسخ أكثر انسجاما مع عقد الزواج.

¹- أم الخير بوقرة، المرجع السابق، ص 33.

²- بوخاتم آسيا، المرجع السابق، ص 53-54.

³- جاء فيها: "في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطلاق".

أما فيما يتعلق بالعيوب التي تحول دون تحقق الهدف من الزواج، والتي تناولها المشرع في المادة 2/53 فلم يشر بشأنها إلى التدليس، وجعلها سببا عاما يعطي للزوجة حق التطليق وليس المطالبة بفسخ العقد.

الشريعة الإسلامية لنجد فقهاؤها انقسموا على النحو التالي:

- **المالكية والشافعية والحنابلة:** يرون أنه إذا دلس أحد الزوجين بسكوته عن عيب فيه يثبت به الخير، لم يعرفه المدلس عليه وقت العقد أو بعده، أو بانتفاء أحد الأوصاف التي وضعها أحد الطرفين في صلب العقد كالإسلام والبركة والشباب وغيرها، فإنه يثبت للمدلس عليه خيار فسخ العقد.

- **الحنفية:** يرون بأن الطرف المدلس ضده ليس له خيار الفرقة.

فيما ذهب آخرون (محمد بن الحسن) إلى ثبوت حق الفسخ للزوجة فقط، أما الزوج فيمكنه الطلاق⁽¹⁾.

وقد تبني المجلس الإسلامي الأعلى رأي المذهب المالكي في هذا الجانب في رأيه الاستشاري الصادر في 2011.01.23 في قضية السيد (ب ع) ضد السيدة (ش ن)، حيث أفتى المجلس بضرورة إرجاع الزوجة للصدّاق لزوجها، لأنها ارتكبت تدليسا ضده عندما ادعت عدم مرضها ثم تبين أنها مصابة بالصرع، وقد استند المحامي في لجوءه إلى المجلس الإسلامي الأعلى وهو أعلى هيئة استشارية على المادة 222 ق.أ التي تحيل إلى الشريعة الإسلامية في غياب النص⁽²⁾.

وتبين من خلال هذه الفتوى أن الجزء الذي لحق التدليس هو خيار فسخ عقد الزواج كما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية، وليس حق المطالبة بالطلاق أو التطليق كما درج عليه القضاء الجزائري، حيث يعمد غالبية القضاة إلى تطبيق الأحكام التقليدية بتغريم الزوج بمبالغ مالية على سبيل التعويض للزوجة جراء الطلاق التعسفي، دون الرجوع في كثير من الحالات إلى التحقيق في ما يمكن أن يتعرض له أحد الزوجين من غش وتدليس قبل إبرام عقد الزواج الشرعي، وهو ما تبناه المشرع الجزائري في أحكام تعدد الزوجات في المادة 8 مكرر ق.أ سابقة الذكر، حيث أجاز للزوجة المدلس ضدها رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق.

¹ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء 11، الطبعة الثانية، دار السلاسل - الكويت، 1983، ص

وما يعاب عليه أن وجود التدليس لا يؤدي إلى التخليق، لأن الزواج لم ينشأ سليماً حتى يلحقه إنهاء، وإنما يجب أن يلحقه الفسخ أو القابلية للإبطال، وهذا فيما يتعلق بالزوجة الثانية، أما الأولى فعقد زواجها صحيح لم يشبه أي عيب من عيوب الإرادة، فيجوز لها أن تطلب التخليق وليس الفسخ.

نعتقد أنه في كل العيوب التي تشوب الإرادة في عقد الزواج، يجب أن يكون الجزاء ليس إنهاء الرابطة الزوجية كما ذهب إليه القضاء الجزائري في بعض أحكامه، لأن العقد الذي نشأ غير سليم، ولا القابلية للإبطال الذي يعد الجزاء المترتب في القانون المدني، وإن كان البعض⁽¹⁾ يستحسنه قياساً على ذلك، أما عقد الزواج فخصوصيته تفرض ترتيب الفسخ.

ثانياً - حق المرأة في مباشرة عقد زواجها:

وفيه نناقش مدى تمتع المرأة بحق إبرام عقد زواجها شخصياً، أو إبرام عقد زواج غيرها كوكيل، وكذا مدى تمتعها بحق توكيل غيرها أو توكيلها لإبرام عقد زواج غيرها.

1- حق المرأة في مباشرة عقد زواجها شخصياً: إن رضا المرأة واجب لصحة عقد زواجها، غير أن التساؤل يثور حول مدى تمتعها بحق مباشرة هذا العقد شخصياً، وتلفظها بصيغته أم أن وليها هو الذي يستأثر بذلك؟

لقد تطرق المشرع الجزائري بعد تعديل 2005 صراحة لهذا الموضوع في المادة 1/11 التي جاء فيها: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها...".

أما الفقرة الثانية فتعلقت بالقصر حيث جاء فيها: "...يتولى زواج القصر أولياؤهم...". وبهذا يكون المشرع الجزائري قد فرق بين الراشدة والقاصرة:

- فالراشدة يجوز لها إبرام عقد زواجها شخصياً، ومباشرة بنفسها مع وجود وليها، أي أن الولي ليس هو من يتمتع بسلطة إبرام عقد زواجها⁽²⁾.

وقد كان هذا مجسد قبل التعديل بشكل واضح من الناحية الإدارية عند تسجيل عقد الزواج، حيث كانت المرأة تحضر شخصياً، وتعبّر عن رضاها بنفسها بإمضاء عقد الزواج، بينما كان الحكم القانوني آنذاك يعطي للولي سلطة إبرام عقد زواج موليته، حيث كانت المادة 11 تنص على أنه: "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها...".

¹ - فضيل العيش، المرجع السابق، ص 15، بوخاتم آسيا، المرجع السابق، ص 54.

² - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 68.

إن يتضح أن المشرع الجزائري أعطى للمرأة الراشدة الحق الكامل في أن تستقل بإنشاء عقد زواجها، سواء من حيث القبول أو الرفض، أو من حيث إبرامه ومباشرته، دون أن يكون لأي كان حق التدخل بما فيهم القاضي، ويعد هذا تغييرا واضحا في موقف المشرع الجزائري في إطار سياسته ومعاملته للمرأة التي تميل بعد التعديل إلى مساواتها مع الطرف الآخر للعقد، وإن كان هذا من الناحية الواقعية يطرح بعض الحرج بالنسبة للمرأة.

- أما القاصرة فلا تباشر عقد زواجها، وإنما يتولاه عنها وليها شريطة أن يكون رضاها سليما. فيما يتعلق بالقوانين المقارنة نجد القانون التونسي له نفس نهج المشرع الجزائري، فقد أجاز للمرأة أن تزوج نفسها شخصا ودون وليها طالما كانت راشدة بالغة، وذلك حسب الفصل 9 م.أ.ش، بينما نجد المشرع الكويتي يتبنى رأيا مخالفا للمشرع الجزائري في المادة 30⁽¹⁾ منه، حيث منع الثيب ومن بلغت سن 25 سنة من عمرها من مباشرة عقد زواجها، وأناط هذه السلطة بوليها، غير أنه يجوز للثيب أن تطلب من قاضي التوثيق الشرعية أن يتولى مباشرة عقد زواجها من زوجها السابق، وذلك بعد إخطار وليها لسماع رأيه، وكذلك بالنسبة لمن لم تبلغ سن 25 سنة، فولياها هو من يزوجه ويحضر عقد زواجها⁽²⁾.

بينما نجد الفقه الإسلامي تضاربت آراء فقهاءه حول مباشرة البالغة الراشدة لعقد زواجها، بينما اتفقوا بشأن القاصرة:

- فبالنسبة للقاصرة لم يجيزوا مباشرتها لعقد زواجها بل يتولاه عنها وليها، وذلك حسب جمهور الفقهاء، والذين اختلفوا حول مدى جواز إجبارها على الزواج من عدمه على نحو ما سبق أن رأيناه، وقد خالف هذا الاجماع الحنفية الذين أجازوا للقاصرة المميزة إبرام عقد زواجها باجازة وليها⁽³⁾.

- أما البالغة الراشدة فقد اختلفوا منقسمين إلى اتجاهين، هما:

¹ - جاء فيها: "الثيب أو من بلغت الخامسة والعشرين من عمرها، الرأي لها في زواجها، ولكن لا تباشر العقد بنفسها بل ذلك لوليها. واستثناء من الفقرة السابقة يجوز للثيب أن تطلب من قاضي التوثيق الشرعية أن يتولى مباشرة عقد زواجها من زوجها السابق، وذلك بعد إخطار وليها لسماع رأيه"، تم إضافة هذه الفقرة بموجب القانون رقم 29 لسنة 2004 مادة أولى.

² - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 216.

³ - عن الزبير معتوق والعطراوي كمال، زواج الصغار في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 2، المركز الجامعي سي الحواس-بريكة، الجزائر، ديسمبر 2018، ص-ص 61-93، ص 73.

الاتجاه الأول: ويمثله الجمهور من مالكية⁽¹⁾، حنابلة⁽²⁾، شافعية⁽³⁾ وظاهرية⁽⁴⁾.

يرى أن المرأة البالغة الراشدة يلزم رضاها في عقد الزواج ولكنها لا تتولاه بنفسها، لأنها لا تملك حق تزويج نفسها بنفسها، وإنما يخول هذا الحق لوليها الذي يتولى الصيغة ومباشرة العقد عنها، أو لرجل أجنبي مسلم في بعض الحالات كالمرأة الدنيئة عند المالكية (كما سنراه لاحقاً في شرط الولي)، فإن لم تجد فعلية الصبر والانتظار منعها لحين إيجاد ولي بحكم أو بنسب⁽⁵⁾.

الاتجاه الثاني: ويمثله أبو حنيفة⁽⁶⁾ وزفر والشعبي والزهري⁽⁷⁾.

ذهبوا إلى أن المرأة تملك إبرام عقد زواجها بنفسها، لأنها كاملة الأهلية، فتتسوه حتى بدون حضور وليها مجلس العقد مثلما تنشأ سائر العقود والتصرفات الأخرى، ولكن يشترط لذلك كفاءة الزوج لها ومهر المثل⁽⁸⁾.

2. مدى جواز توكيل⁽⁹⁾ المرأة في عقد الزواج: إن التطرق لمسألة توكيل المرأة في عقد الزواج يتطلب مناقشة توكيل المرأة لغيرها في عقد زواجها من جهة، وتوكيل المرأة لإبرام عقد زواج غيرها، وهو ما سنناقشه في الفرضين التاليين:

أ- توكيل المرأة غيرها لإبرام عقد زواجها: لم يكن المشرع الجزائري قبل تعديل 2005 يجيز للمرأة توكيل غيرها لإبرام عقد زواجها حسب المادة 20 ق.أ، والتي كانت تجيز ذلك للزوج فقط،

¹ أبو زيد القيرواني، الرسالة في فقه الإمام مالك، المرجع السابق، ص 68؛ مالك بن أنس بن مالك الأصبحي المدني، المدونة، الجزء 2، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1415هـ-1994م، ص 116؛ أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق محمد بن أحمد أحميد ولد ماديك الموريتاني، الجزء 02، الطبعة الثانية، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض-المملكة العربية السعودية، 1400هـ-1980م، ص 527-528.

² المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، ص 449.

³ أبو الحسن عي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الجزء 2، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1419 هـ-1999 م، ص 841.

⁴ ابن حزم، المحلى، الجزء 9، المرجع السابق، ص 451.

⁵ الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 09، المرجع السابق، ص 50.

⁶ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 2، المرجع السابق، ص 561.

⁷ عن طالب عبد الرحمن، حقوق وواجبات المرأة في الإسلام، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، السنة الثالثة، العدد الثالث، الجزائر، سنة 1420هـ الموافق 2000م، ص 182.

⁸ علي عبد المنعم عبد الحميد، المرجع السابق، ص 227.

⁹ يقصد بالوكالة في عقد الزواج "توكيل شخص آخر في التصرف في عقد الزواج"، جميل فخري محمد جأنم، المرجع السابق، ص

ولعل مرجع ذلك لأن المرأة لم تكن آنذاك تملك حق مباشرة عقد زواجها شخصيا، بل كان ذلك من حق وليها، فأولى لها أن لا توكل به، أما بعد التعديل فقد ألغى المشرع المادة 20 سالفة الذكر، ولم يتطرق للتوكيل في عقد الزواج لا بالنسبة للمرأة ولا بالنسبة للرجل، وبما أن المرأة الراشدة أصبحت تتمتع بحق إبرام عقد زواجها، فقد ثار التساؤل حول تمتعها بحق التوكيل من عدمه؟

رغم أن الواقع العملي يمنع الوكالة في عقد الزواج المدني الذي يتم إبرامه أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية، وهو ما يؤيده البعض⁽¹⁾، حيث يرى أن المشرع ألغى الوكالة بإلغاء المادة 20 سالفة الذكر، وينادي بضرورة إعادة إدراج أحكامها مع اشتراط تقديم العذر أو المبرر الكافي للجوء إليها، وما يدعم هذا الرأي أن المادة 9 ق.أ اشترطت لانعقاد العقد تبادل الرضا بين الزوجين، ولم تشر إلى "الطرفين" أو "ومن يمثلهما"، إلا أن غالبية الشراح⁽²⁾ يرون أن إلغاء المادة 20 لا يعني إلغاء الوكالة في عقد الزواج، وإنما يفسر بسكوت المشرع عن المسألة، مما يجيز اللجوء إلى الشريعة الإسلامية التي تجيز الوكالة، كما أنها تجوز أيضا بالرجوع إلى أحكام القانون المدني التي تجيز الوكالة كقاعدة عامة في المادة 571 منه، خاصة وأن المادة 10 منه تؤكد تمام الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر.

وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية التي نجد فقهاءها مختلفين بين مبيح ومانع:

- **الفريق الأول:** يمثله جمهور الفقهاء من مالكية⁽³⁾ وحنابلة وشافعية⁽⁴⁾، وهم لا يجيزون للمرأة توكيل غيرها لإبرام عقد زواجها، لأنها لا تملك حق إبرامه ومباشرة أصلا، فلا يمكن توكيل غيرها بذلك، لأنه لا يجوز للشخص أن يوكل بأمر لا يملكه.

غير أنه يجوز لها عند المالكية أن توكل غيرها في ثلاث حالات، هي:

- إذا كانت مالكة غيرها، فيجوز لها توكيل من يزوج مملوكتها.

¹ - برياح زكريا، ركن الرضا في مرحلة انعقاد الزواج بين تعزيز مبدأ المساواة بين الزوجين والنقص التشريعي - البدائل والمقترحات، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالح أحمد-النعامة، المجلد 04، العدد 01، 2018، ص-ص 271-286، ص 280.

² - منهم: عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 80؛ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 72؛ أحمد عبده، الوكالة في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري بين الإلغاء والإبقاء، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي مرسلتي عبد الله-تيازة، مجلد 07، عدد 02، 2023، ص-ص 269-296، ص 282.

³ - أبو عمر يوسف النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 527؛ بلقاسم شتوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2014، ص 158.

⁴ - الجزيري، المرجع السابق، ص 35-36؛ أحمد عبده، المرجع نفسه، ص 278.

- إذا كانت وصية، فلها أن توكل من يزوج من هي تحت وصايتها.
 - إذا اعتقت المرأة أخرى، فلها أن تختار من يزوج معتقتها⁽¹⁾.
- وهو نفس المذهب تبناه الشافعية، حيث أجازوا توكيل المالكة والوصية، وأيضا الحنابلة الذين أجازوا للمرأة التوكيل فقط إذا كانت مالكة أو معتقة⁽²⁾.
- **الفريق الثاني:** يمثله الحنفية⁽³⁾.

يرون أن المرأة يجوز لها أن توكل من تشاء لإبرام عقد زواجها، سواء كان وليها أو غيره، غير أنهم يعترفون لها بالوكالة المقيدة⁽⁴⁾ فقط، ويشترطون لصحة توكيلها أن يكون الزوج كفاً لها، ولا يقل مهرها عن مهر المثل، ومرجع ذلك لأن المرأة تعبر بزواجها إن كان دونها أو غير كفاً لها، فنقيد الوكالة عن إطلاقها، أما الرجل الذي يبيحون له الوكالة المطلقة، فلا يعبر بزواجه، وبالتالي لا يشترط في حالته الكفاءة، وإن كان صاحبي أبي حنيفة قالوا بأن الوكالة هنا مقيدة بالمعتاد وهو التزوج بالأكفاء⁽⁵⁾.

بالعودة إلى موقف المشرع الجزائري، نعتقد أن الرأي الأصوب هو جواز الوكالة، لأنه سكت عنها، فهو ألغى المادة 20 ولم يلغ الوكالة بنص خاص، مما يجيز اللجوء إلى الشريعة الإسلامية، وفي ظل الخلاف القائم بين فقهاءنا، نعتقد أن المذهب الذي يجب تبنيه هو المذهب الحنفي، ما دام المشرع أخذ به بصدد تمتع المرأة بحق إبرام عقد زواجها، وهو يجيز التوكيل، وعليه يجوز للمرأة توكيل غيرها لإبرام عقد زواجها، خاصة وأن هذا يتفق مع القواعد العامة للوكالة في القانون المدني، التي تناولها المشرع الجزائري في المواد 571-589 منه، وكذلك مع المادة 10 ق.أ التي تبني عقد الزواج على تبادل الإيجاب والقبول بين الطرفين دون أن تشترط أن يكون ذلك منهما شخصياً، ولكننا نعتقد أن خصها بأحكام خاصة بموجب نص

¹ - نقلا عن سمير شيهاني، شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، أطروحة دكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2014، ص 80.

² - المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، ص 441.

³ - الجزيري، المرجع السابق، ص 835.

⁴ - تنقسم الوكالة إلى مطلقة ومقيدة، فالأولى هي التي لا يعين فيها الموكل أي مواصفات محددة يلتزم بها الوكيل، أما الثانية فهي التي يقيد فيها الموكل وكيله بمواصفات معينة، كأن يحدد له اسم الشخص الذي يريد الزواج به، فإذا خالف الوكيل حدود وكالته كان الزواج موقوفاً على إذن الموكل، الغوتي بن ملحمة، المرجع السابق، ص 44-45.

⁵ - سمارة محمد، المرجع السابق، ص 58-59.

خاص في قانون الأسرة أفضل وأصوب وأضمن للحفاظ على الحقوق واحترام خصوصية عقد الزواج، وذلك بمنحها الحق في توكيل وليها لإبرام عقد زواجها بوكالة خاصة.

أما بالنسبة للقوانين المقارنة الأخرى، فقد أجاز القانون التونسي للمرأة أن توكل غيرها لإبرام عقد زواجها، وذلك في الفصل 9 م.أ.ش⁽¹⁾، ويشترط فيها أن تكون وكالة خاصة، وأن تحرر في حجة رسمية، وأن يعين الزوجين تعيينا صريحا تحت طائلة البطلان، ويشترط أن يكون الوكيل عاقلا رشيدا عكس عقد الوكالة العادي الذي يكفي فيه أن يكون الموكل عاقلا مميزا⁽²⁾، في المقابل لم يتطرق المشرع الكويتي لتوكيل المرأة لغيرها بشكل صريح أو خاص، وإنما تناول التوكيل عموما في نص المادة 27 التي ورد فيها: "يجوز التوكيل في عقد الزواج.

ليس للوكيل أن يزوج من وكله من نفسه إلا إذا نص على ذلك في الوكالة"، حيث جاء عاما يشمل الجنسين معا، وبالتالي يجوز للمرة التوكيل في عقد الزواج⁽³⁾.

ب- توكيل المرأة لإبرام عقد زواج غيرها: تعتبر هذه المسألة من المسائل التي لم يتناولها المشرع الجزائري، فيتوجب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية بموجب الإحالة الواردة في المادة 222 من تقنين الأسرة، لنجد فقهاؤها مختلفين حول هذه المسألة على ضوء اختلافهم حول مسألة جواز مباشرة المرأة لعقد زواجها من عدمه:

- **فجمهور الفقهاء** لا يبيحون للمرأة أن تبرم عقد زواجها بنفسها، فأولى أن لا تبرم عقد زواج امرأة أخرى، فهم يشترطون الذكورة في الموكل⁽⁴⁾، أما إذا كان المتزوج رجلا فقد أجاز لها المالكية ذلك إذا كان ممن هم تحت ولايتها أو أمرها بذلك⁽⁵⁾.

- **أما الحنفية والإمامية:** فلا يشترطون الذكورة في التوكيل لعدم وجود دليل على ذلك حسبهم، ويجيزونه للمرأة مستندين إلى تزويج أم المؤمنين عائشة -وهي امرأة- بنت أخيها عبد الرحمن⁽⁶⁾.

نعتقد أن موقف المشرع الجزائري يميل نحو الفريق الثاني، لأن الاختلاف بين الفقهاء سببه منع المرأة من مباشرة عقد زواجها بنفسها من عدمه، وطالما المشرع الجزائري حسم هذا الأمر

¹ الفصل 9 م.أ.ش جاء فيه "للزوج والزوجة أن يتوليا عقد زواجهما بأنفسهما، وأن يوكلتا من شاءا وللولي حق التوكيل أيضا .

² فاطمة الزهراء بن محمود، المرجع السابق، ص 73.

³ أحمد عبدو، المرجع السابق، ص 285.

⁴ الجزائري، المرجع السابق، ص 835-836.

⁵ عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، ص 113-114.

⁶ الجزائري، المرجع السابق، ص 835.

بالجواز، فيجب أن تكون النتائج والآراء المتعلقة به تنصب في نفس المصوب والاتجاه، وإن كان هذا واقعيًا صعب، فمن النادر أن نجد جزائريًا يوكل امرأة لعقد زواجه. إن ما سبق يسري على الراشدة فقط وليس القاصرة التي لا تملك أن توكل غيرها ولا أن توكل من غيرها.

الفرع الثاني: مركز المرأة القانوني في شروط عقد الزواج.

تتمثل شروط عقد الزواج حسب المادة 9 ق.أ.ج في: الأهلية، الصداق، الولي، الشاهدان والموانع الشرعية.

أولاً- أهلية المرأة في عقد الزواج:

يقصد بالأهلية "صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية"⁽¹⁾، وهي تنقسم إلى أهلية الوجوب التي تعني "صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات"⁽²⁾، وهي تثبت له بمجرد ميلاده، وأهلية الأداء التي تعني "صلاحية الشخص لمباشرة حقوقه والتزاماته بنفسه"، وهي تتدرج بتدرج السن وتتأثر بالعوارض التي قد تصيب الشخص في حياته⁽³⁾، ولأن الزواج فيه تحمل لأعباء كثيرة فيجب على الشخص الراغب فيه أن يتمتع بأهلية الأداء، لذا يشترط فيه أن يكون بالغًا السن التي يشترطها القانون، ولا يعتريه أي عارض من عوارض الأهلية.

وقد تناول المشرع الجزائري الأهلية كغيره من المشرعين والفقهاء الإسلامي، غير أنه تناولها باعتبارها شرطًا لصحة العقد في المادة 9 مكرر ق.أ. في حين هي مرتبطة بالرضا الذي يعد ركن عقد الزواج، فالشخص الذي لا يتمتع بالأهلية لا يمكنه أن يعبر عن رضاه، ومرجع ذلك ربما إلى أن الزواج قد يكون لضرورة أو فيه منفعة أو مصلحة لفاقد الأهلية مما يبرر عدم جعلها ركنًا فيه، لأن تخلف الركن يعدم العقد.

وفيما يلي نتطرق لأهلية المرأة الخاصة بالسن القانوني ثم لأهليتها الخاصة بعوارض الأهلية.

1- أهلية الزواج المتعلقة بالسن القانوني: لقد كان المشرع الجزائري قبل تعديل تقنين الأسرة في 2005 يشترط لزواج المرأة بلوغها سن 18 سنة مقابل 21 سنة للرجل، غير أنه غير بعد

¹ محمد سعيد جعفر، مدخل للعلوم القانونية (دروس في نظرية الحق)، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار هومة، 2014، ص 466.

² محمد سعيد جعفر، المدخل للعلوم القانونية، المرجع نفسه، ص 467.

³ عيسى حداد، المرجع السابق، ص 143.

ذلك في المادة 7 منه ليشترط بلوغها سن 19 سنة، ويكون قد وحده سن الأهلية في تقنين الأسرة مع ذلك المشترط في التقنين المدني.

غير أنه أورد استثناء على هذا الأصل في ذات المادة أجاز بموجبه للقاضي⁽¹⁾ الترخيص بالزواج دون السن المشترط متى وجدت مصلحة أو ضرورة، وتأكدت قدرة الطرفين على الزواج، وذلك بناء على طلب ولي القاصر أو ممثله القانوني، على أن يتولى عقد الزواج، وقد منحت هذه المادة للقاصرة المتزوجة التمتع بأهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج.

رغم أن المشرع الجزائري حاول من خلال الأصل والاستثناء السابقين مراعاة مستوى النضج العام لدى الشباب، وتكاليف ومطالب الحياة الزوجية، ومسائل النمو الديموغرافي في الجزائر، ولكنه لم يهمل القاصر وحاجاته والضرورات التي قد يقع فيها وتحمله على الزواج قبل بلوغ سن الرشد، غير أنه يؤخذ عليه:

- أنه لم يحدد المقصود بالقدرة، حيث أورد لفظا عاما قد يفهم منه القدرة الجسدية والاقتصادية والاجتماعية.

- لم يحدد السن الدنيا التي يمكن الترشيد عندها، وما إذا كان يجوز ترشيد من لم يبلغ سن التمييز، لأن عبارة القاصر التي تضمنتها المادة تشمل القاصر المميز وغير المميز.

- ترك سلطة تقديرية واسعة للقاضي دون أن يوجد أية رقابة عليه، وما قد تترتب عليه من نتائج سلبية.

وهذا كله قد يؤثر سلبا على المجتمع، لأن الأسرة هي عماده وركيزته، وهي قائمة على المسؤولية وتحمل الأعباء⁽²⁾.

- لم يحدد الجزاء الذي يلحق العقد المتخلف فيه شرط الأهلية، رغم أنه تناول الجزاء المتعلق بالشروط الأخرى، ويرى البعض⁽³⁾ أن يطبق نفس الجزاء الذي كان مقررا في تقنين الأسرة لسنة 1963⁽⁴⁾، والذي يتمثل حسب المادة الثالثة⁽⁵⁾ منه في بطلان عقد الزواج قبل الدخول بطلانا

¹- كان على المشرع الإشارة إلى رئيس المحكمة وليس القاضي، لأنه هو من يتمتع بصلاحيات منح هذه الرخصة.

²- عيسى حداد، المرجع السابق، ص 99.

³- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 28.

⁴- قانون رقم 63-224 المؤرخ في 29 يونيو سنة 1963 المتضمن تحديد السن الأدنى للزواج.

⁵- جاء فيها: "يكون باطلا كل زواج يتم عقده خلافا لأحكام المادة الأولى. ويمكن الطعن فيه إما من قبل الأزواج أنفسهم أو من قبل الذين لهم منفعة أو النيابة العامة، ويكون قابلا للإبطال بناء على طلب الزوجين وهدما كل زواج يتم عقده خلافا لأحكام المادة الأولى"، وتتص المادة الأولى على أنه: "لا يمكن للرجل قبل 18 سنة وللمرأة قبل 16 سنة أن يعقدا الزواج...".

مطلقاً، ويحق لكل ذي مصلحة التمسك به بما فيهم الزوجين والنيابة العامة، غير أنه إذا بلغ الزوجان سن الرشد أو حملت المرأة التي لم تبلغ سن الرشد بعد يسقط حق الطعن⁽¹⁾، أما إذا تم الدخول فيكون العقد قابلاً للإبطال، ولا يجوز التمسك به إلا من طرف الزوجين فقط، وذلك طبقاً لنفس المادة (03)، وهناك عقوبة جنائية تطبق ضد كل من ساهم في انعقاد هذا العقد، وهي الحبس من 15 يوماً إلى ثلاثة أشهر أو بغرامة مالية من 400 إلى 1000 دج، والعقوبة تشمل ضابط الحالة المدنية أو القاضي والأزواج وممثليهم الشرعيين وشركائهم⁽²⁾.

غير أن المحكمة العليا أجازت للقاصرة عند بلوغها سن الرشد أن تطالب بفسخ عقد الزواج قبل البناء لعدم رضاها في قرارها الصادر في 2001/02/21⁽³⁾.

أما التقنيات المقارنة فقد اختلفت عنه كالتالي:

- المشرع التونسي حدده بثمانية عشر سنة في الفصل 5 م.أ.ش، غير أنه أجاز للحاكم في ذات الفصل منح الإذن بالزواج قبل ذلك إذا وجدت أسباب خطيرة أو مصلحة واضحة، واشترط لزواج القصر عامة موافقة الولي والأم، فإن رفضاً أو رفض أحدهما وتمسك القاصر برأيه جاز رفع الأمر للقاضي، وهذا حسب الفصل 6 من ذات القانون.

- أما القانون الكويتي فقد اكتفى باشتراط البلوغ لاكتمال الأهلية دون أن يحدد سناً معينة في المادة 24 ق.أ.ش، أما في المادة 26 فقد اشترط لتوثيق عقد الزواج بلوغ الفتاة سن 15 والفتى 17 سنة، فيكون بذلك قد أجاز إبرام عقد الزواج عند البلوغ على أن لا يوثق إلا عند بلوغ السن المحدد لذلك، وهذا غير مفهوم خاصة وأنا نعلم أن التوثيق أو الكتابة ليست شرطاً لصحة الزواج حسب المادة 8 ق.أ.ش.ك.

- أما الشريعة الإسلامية فقد اختلف فقهاؤها ليس حول تحديد سن الزواج فقط ولكن على اشتراط الأهلية أصلاً للزواج:

¹ - وذلك وفق المادة الرابعة التي جاء فيها: "غير أن الزواج المعقود بين زوجين لم يبلغا السن المطلوبة أو يكون أحد الزوجين لم يبلغ هذا السن لا يمكن الطعن فيه

* عندما يبلغ الزوجان السن القانونية

* عندما تكون المرأة التي لم تبلغ هذا السن حاملاً".

² - وذلك حسب المادة الثانية التي جاء فيها: "إن ضابط الحالة المدنية أو القاضي والأزواج وممثليهم الشرعيين وشركائهم الذين شروط السن المحددة في المادة الأولى يعاقبون بالحبس من 15 يوماً إلى ثلاثة أشهر وبغرامة من 400 إلى 1000 ف ج أو بإحدى العقوبتين فقط".

³ - نقلاً عن نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، دار هومة، الجزائر، 2016، ص 38.

- ففيما يتعلق باشتراط الأهلية انقسموا إلى اتجاهين كالتالي:

الاتجاه الأول: لا يجوز تزويج الصغيرة مطلقا حتى تبلغ، فتكون بذلك الأهلية عندهم شرط لصحة عقد الزواج، وقد قال بهذا الرأي ابن شبرمة وأبو بكر الأصبم⁽¹⁾، وقد تبنى هذا الرأي أيضا الظاهرية⁽²⁾ بشأن الصغيرة اليتيمة التي لا يجوز تزويجها حتى لو وجدت ضرورة لذلك.

الاتجاه الثاني: يمثل جمهور الفقهاء من مالكية وحنفية وشافعية وحنابلة وظاهرية، ويذهبون إلى أن الأهلية ليست شرطا للزواج، ويجيزون تزويج الصغيرة البكر ولو دون رضاها (وقد سبق التطرق لهذه المسألة سابقا)، فيما منع بعض الفقهاء تزويج الثيب الصغيرة، فذهب الظاهرية⁽³⁾ وبعض الشافعية وبعض الحنابلة إلى منع تزويجها مطلقا لحين بلوغها، وذهب آخرون من الحنابلة إلى التفريق بين من لم تبلغ تسع سنين فلا يجوز تزويجها، ومن بلغت تسع سنين فيجوز تزويجها⁽⁴⁾.

أما فيما يتعلق بتحديد سن البلوغ فربطوها بعلامات تدل على قدرة الفتاة أو الفتى على التناسل، وعند تأخر هذه العلامات حددوا للبلوغ سنا معيناً، فهم بذلك يعتمدون في تحديد البلوغ على معيارين:

- أحدهما **شخصي**، وهو الذي يخص كل حالة على حدا، يقاس فيها البلوغ بعلامات طبيعية خاصة.

- والآخر **موضوعي**، وهو الذي يحدد فيه سنا معيناً متى بلغها الفتى أو الفتاة كان كافياً لاعتباره بالغاً⁽⁵⁾.

وقد اختلفوا في تحديدها:

- فالمالكية⁽¹⁾ حددوا علامات البلوغ بالحمل والحيض بالنسبة للأنثى، والانزال والانبات للذكر والأنثى، فإذا لم تظهر أياً منهما اعتبر الشخص بالغاً بتمام الثامنة عشرة سنة من عمره، أنثى كانت أو ذكراً.

¹ - ابراهيم رحمانى، تزويج القاصرات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، العدد 9، جامعة الوادي-الجزائر، ص-ص 484-524، ص 497.

² - ابن حزم، المحلى، جزء 9، المرجع السابق، ص 459.

³ - ابن حزم، المحلى، جزء 9، المرجع نفسه، ص 458.

⁴ - الزبير معتوق والقطراوي كمال، المرجع السابق، ص 71.

⁵ - ربيعة حزاب وفتيحة يعقوبي، أحكام نكاح القاصر بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم الانسانية، المركز الجامعي علي كافي - تندوف، العدد 05، جوان 2018م-شوال 1439، ص-ص 168-190، ص 174-175.

- والحنفية⁽²⁾: قالوا ببلوغ الغلام بالإحتلام والإحبال والانزال وإلا فيبلوغه سن 18 سنة، أما الجارية فبالحيض والاحتلام والحبل، وإلا فيبلوغها سن 17 سنة.
- أما الشافعية⁽³⁾، فحددها أيضا بالحيض والحمل للنساء، والاحتلام والانبات للذكر والأنثى، فيما حددوا السن بـ 15 سنة في حالة غياب العلامات السابقة.
- فيما الحنابلة⁽⁴⁾ حددها بالحيض والحمل للنساء، وبالاحتلام والانبات للذكور والنساء، فإن لم تظهر فيبلوغ سن 15 سنة للذكر والأنثى، وهناك رواية عن أبي حنيفة أنه يحدد السن بـ 17 سنة للأنثى و18 سنة للذكر.

2- أهلية الزواج المتعلقة بعوارض الأهلية: إن مناط الأهلية الإدراك فإن غاب انعدمت، ويفترض أنه يكتمل ببلوغ السن المحدد لذلك قانونا، غير أنه قد يبلغ الشخص هذه السن ولكن يعترضه أحد عوارض الأهلية أو أكثر، فهل يجوز له الزواج؟

لم يتطرق المشرع الجزائري لهذه المسألة في المواد المتعلقة بالزواج، غير أنه أورده في النيابة الشرعية في المادة 80 ق.أ التي جاء فيها: "من كان فاقدا للأهلية أو ناقصها لصغر سن أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لهذا القانون"، مما جعل بعض شراح القانون يعتبرون زواج الشخص الذي يعترضه عارض من عوارض الأهلية يكون باطلا بطلانا مطلقا إذا أبرمه شخصيا، لأنه هو في حاجة لمن يقوم بشؤونه ويرعاه، فمن غير المعقول أن تسند إليه أمور أسرة⁽⁵⁾، غير أنه إذا ثبت بتقرير من هيئة أطباء للأمراض العقلية تنفيذ بأن زواج المعتوه أو المعتوهة، والمجنون أو المجنونة فيه شفاء لها أو له أو يفيد في شفائهما جاز للقاضي أن يأذن لها أو له بالزواج بناء على طلب ممن يمثله قانونا⁽⁶⁾، وهذا قياسا على المادة 7 التي تجيز زواج القاصر متى توفرت القدرة والمصلحة أو الضرورة، أما

¹ محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 6، الطبعة الأولى، دار الفكر-بيروت، 1404هـ-1984م، ص 78.

² محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين، البناية شرح الهداية، تحقيق أيمن صالح شعبان، الجزء 11، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1420هـ-2000م، ص 109.

³ أبو الحسن عي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الجزء 6، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1419هـ-1999م، ص 342-344.

⁴ أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني لابن قدامة، تحقيق طه الزيني ومحمد عبد الوهاب فايد وعبد القادر عطا وعمور غانم غيث، الجزء 04، الطبعة الأولى، مكتبة القاهرة، 1388هـ-1968م، ص 345-346.

⁵ عيسى حداد، المرجع السابق، ص 144.

⁶ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 89.

فيما يتعلق بالسفيه وذو الغفلة فلا يسري عليهما هذا الحكم، لأن عوارضهما تلحق الأمور المالية فقط ولا تتعلق بالزواج.

نعتقد برجاحة هذا الرأي لأنه يصب في توجه المشرع الجزائري فيما يتعلق بسن الأهلية في قانون الأسرة، كما أنه يتفق مع أحكام الأهلية في التقنين المدني، ويتوافق مع مذهب الجمهور من الشريعة الإسلامية التي تحيلنا إليها المادة 222 ق.أ، رغم وجود من يقول بعكس ذلك:

- حيث ذهب الجمهور من مالكية⁽¹⁾ وحنفية⁽²⁾ وحنابلة⁽³⁾ وشافعية⁽⁴⁾ إلى جواز زواج المجنونة، سواء أكان الجنون أصليا أو طارئا، وسواء كانت المعنية كبيرة أو صغيرة، بkra أو ثيبا، وذلك إذا ظهرت حاجتهما إلى الزواج أو كان في شفاء لهما، وقد اختلفوا فيمن يملك تزويجهما، فبينما ذهب الحنفية والحنابلة إلى إناطته بالولي، قال الشافعية بأن الأب أو الجد فقط من يملك ذلك إذا كانت صغيرة، فإذا بلغت زوجها السلطان بمشورة أوليائها من الإخوة والأعمام وغيرهم⁽⁵⁾، فيما ذهب المالكية إلى تحديده بالأب أو وصيه.

- فيما ذهب الظاهرية إلى أن المجنونة لا نکاح لها، ولا يجوز لوليها تزويجها حتى تفيق، إلا الأب يجوز له ذلك إذا كانت مجنونة لم تبلغ⁽⁶⁾.

أما بالنسبة للقوانين المقارنة فقد تناولت هذه المسألة كالتالي:

- القانون التونسي لم يتطرق لزواج فاقد الأهلية بسبب الجنون أو مقيدتها بسبب ضعف العقل، وإنما اكتفى بالتطرق في الفصل السابع لزواج المحجور عليه للسفه، فأجازته لكن بموافقة المحجور له الذي يحق له أن يطلب فسخه قبل الدخول والبناء، غير أنه بالرجوع إلى أحكام الالتزامات فإنه لا يمكن للمجنون ومن في حكمه الزواج إلا بواسطة وليه⁽⁷⁾.

¹ - محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 3، الطبعة الأولى، دار الفكر-بيروت، 1404هـ-1984م، ص 272.

² - إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي الحنفي، الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، تحقيق خليل عمران المنصور، الجزء 3، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1419هـ-1998م، ص 272.

³ - علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، الجزء 20، الطبعة الأولى، هجر للطباعة والنشر، القاهرة-مصر، 1415هـ-1990م، ص 136.

⁴ - أبو محمد الحسن بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، الجزء 5، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1418هـ-1997م، ص 296.

⁵ - أبو محمد البغوي الشافعي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، المرجع السابق، ص 296.

⁶ - ابن حزم، المحلى، جزء 9، المرجع السابق، ص 459.

⁷ - فاطمة الزهراء بن محمود، المرجع السابق، ص 43.

- القانون الكويتي أجاز في المادة 24 ق.أ.ش زواج المجنون أو المعتوه ذكرا كان أو أنثى بناء على إذن يمنحه القاضي بعد أن يثبت بتقرير هيئة أطباء الأمراض العقلية أن زواجه يفيد في شفائه، وبموافقة ورضا الطرف الآخر بحالته، وطبعا طلب الإذن يقدمه ممثله قانونا، كما أن القانون ذاته تناول في المادة 33 السفية وأجاز له أن يبرم عقد زواجه بنفسه، سواء كان السفه أصليا أو طارئا، غير أنه إذا كان زواجه بعد الحجر عليه يجوز لولي المال الاعتراض على ما زاد عن مهر المثل، ولم يتناول المشرع الكويتي هنا الأنثى مكتفيا بالذكر فقط، لأنه لا يجيز للعاقلة عقد زواجها فما بالك بالسفينة.

ثانيا - حق المرأة في الصداق⁽¹⁾:

يقصد بالصداق "المال الذي تستحقه الزوجة من زوجها بعقد الزواج الصحيح أو بالدخول بها بعقد فاسد أو بشبهة، سواء أكانت شبهة عقد أو شبهة فعل، أو شبهة حل"⁽²⁾، وهو حسب المادة 14 ق.أ "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

اعتبر المشرع الجزائري الصداق شرطا من شروط صحة عقد الزواج في المادة 9 مكرر ق.أ، ويترتب على تخلفه فسخ عقد الزواج قبل الدخول وتثبيته بعد ذلك بصداق المثل حسب المادة 33 من نفس التقنين، ذلك بعد أن كان يعتبره ركنا من أركانه، ليبعد بذلك عن المذهب المالكي الذي يعتبره ركنا إذا انعدم يبطل عقد الزواج، وكذلك عن مذهب جمهور الفقهاء من حنفية وحنابلة وشافعية الذين لا يعتبرونه لا ركنا ولا شرط صحة فيه وإنما أثرا من آثاره، فإذا تخلف لزم صداق المثل فقط⁽³⁾، وهو ما تبناه المشرع الكويتي الذي اعتبره أثرا من آثار الزواج وليس شرطا فيه، حينما تناوله تحت عنوان آثار عقد الزواج، وأوجبه بمجرد العقد الصحيح في المادة 52 ق.أ.ش، وأجاز انعقاد العقد حتى بنفيه أو عدم تسميته أو تسميته غير صحيحة،

¹ - للصداق عدة تسميات مختلفة منها: المهر، الأجر، الفريضة، النحلة، وكذلك الطول والحياء والعلائق، محمد سمارة، المرجع السابق، ص 160، وأضاف الدكتور عبد القادر بن حرز الله، الصدقة، العقد، النكاح، اللائق، في المرجع السابق، ص 128، أما المقصود به لغة فهو مشتق من الصدق، لأنه عطية يسبقها الوعد بها فيصدق المعطي.

² - محمد سمارة، المرجع السابق، ص 160، وقد عرف كذلك بأنه: "ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها"، عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 128، غير أن هذا التعريف يمس بقراءة عقد الزواج وبكرامة المرأة وبهينها، وقد انتقد بشدة خاصة أن الاستمتاع مشترك بين الزوجة والزوج، ولا يقتصر على الزوج فقط.

³ - لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص 133-134؛ العيش فضيل، المرجع السابق، ص 16؛ محمد سمارة، المرجع السابق، ص 160-160.

الباب الأول: المركز القانوني للمرأة في أحكام الزواج وانحلاله.

حيث يلزم صدق المثل حسب المادة 55 ق.أ.ش، أما المشرع التونسي فقد جعله شرطا لصحة العقد في الفصل 3 م.أ.ش⁽¹⁾ وحدد شروطه في الفصل 12، وأكد على ملكية الزوجة له، أما الفصل 13 فقد منع الزوج من إجبار الزوجة على الدخول ما لم يدفع المهر، فإذا تم الدخول ولم يدفعه فيبقى ديناً في ذمته ولا يترتب على تعذر الوفاء به الطلاق.

يتمتع الصداق بأهمية كبيرة في الشريعة الإسلامية تتجلى من خلال كثرة الآيات القرآنية التي نزلت بشأنه، حيث نجد الآيات 20-21 و24 من سورة النساء، والآية 237 من سورة البقرة، والآية 05 من سورة المائدة، والآية 50 من سورة الأحزاب، وكذلك كثرة الأحاديث النبوية، وحرصه الشريف عليه أزكى الصلاة والسلام على إعطاء زوجاته كلهن مهورهن، وإجبار كل طالب زواج في حضرته دفعه حتى ولو كان خاتم من حديد، وكذلك إجماع أئمة المسلمين عليه، وقد تبنته كل التشريعات في الدول العربية والإسلامية.

والمهر من حيث هو حق من حقوق الزوجة تقبضه بنفسها ما لم توكل غيرها بذلك⁽²⁾، وتتصرف فيه كيفما تشاء تماماً كما تتصرف في مالها الخاص، ولا يجوز حرمانها منه أو أخذه عنوة دون رضاها، ولا يمكن للزوج أن يتهرب منه إلا إذا أبرأته أو أنقصت منه هي بمحض إرادتها⁽³⁾، كما يجوز لها أن تحتج على قيمته إذا كانت أقل من صداق المثل⁽⁴⁾ حسب بعض الآراء الفقهية، والتي اختلفت كالتالي:

- فذهب الشافعية⁽⁵⁾ وصاحباً أبي حنيفة (محمد وأبو يوسف)⁽⁶⁾ إلى أنه ليس للولي - وإن كان أباً- أن يزوجه بأقل من مهر المثل، وإن فعل كان لها حق الاعتراض، لأن ذلك تفريط في حقها.

¹ - جاء فيها: "لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين. ويشترط لصحة الزواج إظهار شاهدين من أهل الثقة وتسمية مهر الزوجة".

² - الغوتي بن ملح، المرجع السابق، ص 58.

³ - مولاي ملياني بغدادي، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، قصر الكتاب، البلدة-الجزائر، 1997، ص 120-121.

⁴ - الصداق نوعان: الصداق المسمى، وهو الذي يتفق عليه في العقد الصحيح أو يفرض بعده بالتراضي، محمد سمارة، المرجع السابق، ص 166، وصداق المثل، وهو الذي يدفع لمثيلات المرأة من أقاربها حسب العرف والعادة وما جرى العمل به في تلك المنطقة وخلال تلك الفترة، عيسى حداد، المرجع السابق، ص 184، ويؤخذ في تحديد قيمته عدة اعتبارات منها، السن، الجمال الحسي والمعنوي، المال، الفقه، العقل، البلد، الأدب، البكارة والثبوية، سمارة محمد، المرجع السابق، ص 167.

⁵ - منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، مراجعة وتعليق هلال مصيلحي مصطفى هلال، الجزء 05، دار الفكر-بيروت ودار عالم الكتب-بيروت، ص 137-138.

⁶ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 2، المرجع السابق، ص 322.

- وذهب المالكية⁽¹⁾: يرون أنه إذا كانت بكرا، فإنه إن قبلت بصداق أقل من مهر المثل ورفض وليها، فالقول له وليس لها، فإن كان أكثر منه وقبلت هي ورفض وليها فالقول قولها، فإن رفضت هي وقبل وليها فالقول قول وليها، أما الأيم فالقول قولها ولا يلتفت إلى الولي.
-والحنابلة⁽²⁾ والإمام أبو حنيفة⁽³⁾ إلى أنه للأب دون سائر الأولياء أن يزوجه بأقل من مهر المثل، وزاد أبو حنيفة الجد، وذلك لأن شفقة الأب تمنعه من أن ينقص من صداقها إلا لمقصود أفضل.

إن الصداق حق خالص للمرأة تتمتع به هي فقط دوناً عن الطرف الآخر لعقد الزواج وهو الرجل، بل أنه هو الذي يلتزم بتقديمه، وهو ما اعتبره البعض خرقاً لمبدأ المساواة بين طرفي العقد ونادوا بإلغائه تنفيذاً لهذا المبدأ، وإن كان غيرهم يرى في تلك المناداة تشجيعاً للمنهجية التغريبية للقوانين بأية طريقة كانت، ومهما كان الثمن⁽⁴⁾، ويرى أن الصداق يدفع للزوجة تكريماً وتشريفاً وإجلالاً وإكباراً لها، ليبرهن على حب ومودة الزوج لها، ويدل على صدقه ونيته ورغبته في الارتباط بها بهدف الاستقرار والسكينة⁽⁵⁾، وليس كما يذهب المناديين بحرية المرأة وبعض الغربيين بأنه ثمن شراء المرأة⁽⁶⁾، حيث يعتقد البعض بأن الزواج هو عمل يتم بين الرجال لقاء ثمن، وهو ما يعتبره القانون الدولي لحقوق الإنسان زواجا عن طريق التسوية، إذ تزوج المرأة رغماً عنها مقابل ثمن يدفعه لأبيها أو وليها أو عائلتها أو أي شخص آخر أو جماعة⁽⁷⁾، وهذا قول واعتقاد غير صحيح، لأن الصداق حق ملكية خالصة للمرأة تقبضه شخصياً إلا إذا رغبت في توكيل غيرها، كما أنه ليس ثمن استمتاع الرجل بالمرأة، كما ذهب إليه بعض الفقهاء الذين يعرفونه بأنه: "ما يجعل للزوجة نظير الاستمتاع بها"⁽⁸⁾، وإنما هو عطاء من الله سبحانه تعالى للمرأة، وهو رمز التعاطف والمودة يساهم في تمكينها وإن لم تكن مجبرة أن تنتهياً للزواج بما يلزم

¹ - مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، المدونة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 153.

² - المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، المرجع السابق، ص 469-470.

³ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 2، المرجع السابق، ص 322.

⁴ - تشوار حميدو زكية، التعليق على المادة 16 من قانون الأسرة المؤكدة لكل الصداق بالدخول، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 45، العدد 03، سنة 2008، ص-ص 77-88، ص 80.

⁵ - لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص 132.

⁶ - عن أمير يحيايوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل، تيزي وزو - الجزائر، ص 270-271.

⁷ - أمير يحيايوي، المرجع السابق، ص 242.

⁸ - الغوثي بن ملح، المرجع السابق، ص 54.

لها من لباس ونفقات⁽¹⁾، والعطاء لا يقابله عوض، كما أن النكاح عقد بين رجل والمرأة قصد المعاشرة وإيجاد رابطة عظمى وتبادل حقوق بين الزوجين، وتلك أعلى من أن يكون لها عوض مالي، ولو كان لها عوضا لكان جزئيا يتجدد بتجدد المنافع⁽²⁾، ولأن الاستمتاع لا يقتصر على الرجل فقط بل المرأة أيضا تستمتع بزوجها، وهي أمور فطرية، كما أن هذا القول فيه مساس بقضية عقد الزواج، حيث يجعله عقدا مبنيا على المال، في حين هو عقد تغطي الجوانب الروحية والنفسية عليه، ومساس بكرامة المرأة، حيث يجعلها شيء يباع ويشترى بالمال، والله تعالى جعلها في مرتبة أعلى بكثير، كما أنه لو كان كذلك لما أنكح الرسول ﷺ رجلا بما يحفظ من القرآن⁽³⁾.

إن اعتبار المهر حق خالص للمرأة يجعلها تستحقه كاملا، غير أن ذلك يكون في حالات معينة، فيما لا تستحق إلا نصفه في بعض الحالات، بينما يسقط في حالات أخرى، وقد حددت هذه الحالات في التشريعات المقارنة وكذا في الفقه الإسلامي، وهي تختلف بحسب ما إذا كان عقد الزواج صحيحا أو فاسدا:

1- ففي الزواج الصحيح: يختلف الحكم كالتالي:

أ- حالات استحقاق الزوجة كامل المهر: تختلف هذه الحالات من قانون لآخر ومن مذهب لآخر:

- فالمشعر الجزائري أقر ثبوت المهر كاملا في المادة 16 ق.أ في حالتين، هما:

*تمام الدخول: تستحق الزوجة المهر كاملا بتمام عقد الزواج الصحيح والدخول بها، ولم يشير المشعر هنا إلى الخلوة الصحيحة⁽⁴⁾، وهو ما أثار الخلاف حول اعتبارها سببا لاستحقاق الزوجة كامل المهر، انقسم على إثره شراح القانون إلى فريقين:

الأول: يرى اشتراط الدخول الحقيقي فقط لا الحكمي، وأن موقف المشعر واضح لا لبس فيه⁽⁵⁾.

¹ - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 137.

² - عبد القادر بن حرز الله، المرجع نفسه، ص 130.

³ - لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص 132.

⁴ - يقصد بها أن يجتمع الزوجان في مكان يأمنان فيه اطلاع الناس عليهما، ما لم يكن بأحد منهما مانع شرعي أو طبيعى أو حسي، تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص 7.

⁵ - تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص 87، وقد ذكرت تحليلا مدعما بعدة حجج لتوضيح موقفها في الصفحات 81-87؛ مولاي

ملياني بغدادي، المرجع السابق، ص 120؛ عيسى حداد، المرجع السابق، ص 188-189

الثاني: يرى أن الصداق يتأكد كاملا بالدخول الحقيقي والحكمي، أي بالخلوة الصحيحة⁽¹⁾، وقد توافقت تقريبا جل أحكام المحكمة العليا مع هذا الرأي، نذكر منها، القرار رقم 289545 الصادر في 08-05-2002⁽²⁾، وكذلك القرار رقم 55116 الصادر في 18-06-1991⁽³⁾، بل أن المحكمة العليا اعتبرت في القرار رقم 342922، الصادر بتاريخ 14-09-2005⁽⁴⁾، أن دخول بيت الزوجية ولو لليلة واحدة يعد بناء بها.

* **موت الزوج قبل الدخول:** بوفاة الزوج ينتفي كل سبب يؤثر في المهر، وعليه يتأكد الصداق من جميع الوجوه، فإذا كان محددًا أو مسمى في العقد وجب دفعه، وإن كان غير مسمى يثبت لها صداق المثل، وتستوفيه من التركة باعتباره دينًا ممتازًا⁽⁵⁾.
غير أن التساؤل يثور بهذا الصدد عن حالة وفاة الزوجة قبل الدخول، هل يثبت لها كامل الصداق أم لا؟

لم يتناول المشرع الجزائري هذه الحالة، غير أن بعض شراح القانون⁽⁶⁾ اعتبروا مصطلح الزوج الوارد في المادة يعني الزوج والزوجة معا، واستدلوا في ذلك بالنص الفرنسي الذي جاء فيه عبارة "conjoint" التي تفيد الزوج والزوجة معا، ويرون أن الصداق يجب للمرأة كاملا إذا توفيت هي قبل الدخول، غير أننا نعتقد أن مقصود المادة واضح، وهو الزوج فقط، فيما تبقى حالة الزوجة غير متناولة مما يجيز الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي أجمع فقهاؤها على أن الموت يوجب كامل الصداق، سواء كان الميت الزوج أو الزوجة⁽⁷⁾، رغم أنهم اختلفوا حول استحقاق الزوجة للمهر إذا قتلت نفسها أو زوجها عمدا⁽⁸⁾.

¹ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 77؛ بريبر محمد، ضمان استحقاق الزوجة للصداق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح-ورقلة، المجلد 12، العدد 02، 2020، ص-ص 227-238، ص 229.

² - المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، سنة 2004، ص 373.

³ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 01، سنة 1993، ص 61.

⁴ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة لمحكمة العليا، العدد 2، 2005، ص 413.

⁵ - عيسى حداد، المرجع السابق، ص 189.

⁶ - الغوتي بن ملح، المرجع السابق، ص 60.

⁷ - جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد، 2009، ص 142-143.

⁸ - في نفس المعنى جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 144-146.

- أما المشرعين التونسي والكويتي، فبينما لم يتناول الأول المسألة صراحة، إلا أنه أشار في المادة 33⁽¹⁾ م.أ.ش إلى استحقاق الزوجة نصف الصداق إذا حصل الطلاق قبل الدخول، بمعنى إذا تم الدخول وجب كامل الصداق، ولم يحدد هل يقصد الدخول الحقيقي أو الحكمي، وإن كانت محكمة التعقيب قد ذهبت إلى أن الدخول الحكمي، أي الخلوة الصحيحة تكفي⁽²⁾، أما المشرع الكويتي فقد تطرق للمسألة بصراحة في المادة 61 ق.أ.ش⁽³⁾، حيث أقر كامل الصداق للزوجة بالدخول والخلوة الصحية وموت أحد الزوجين.

- فيما اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية كما يلي:

***المالكية:** يرون أن الصداق يستحق كاملاً بالوطأ أو بموت أحد الزوجين أو إقامة الزوجة عند زوجها لمدة سنة ولو لم يتم الدخول بها⁽⁴⁾.

***الحنفية:** يتأكد الصداق كاملاً عندهم بالوطأ حقيقة أو حكماً، أو بموت أحد الزوجين، وكذلك إذا طلق زوج زوجته طلاقاً بائناً ثم تزوجها بعقد جديد أثناء عدتها، فإن المهر الجديد يثبت كاملاً بمجرد العقد لا الدخول⁽⁵⁾.

***الحنابلة:** يستحق الصداق كاملاً عندهم بالدخول والخلوة الصحيحة وموت أحد الزوجين⁽⁶⁾.

***الشافعية:** لهم قولان، القديم ويذهب إلى أن الخلوة تكفي لاستحقاق كامل الصداق، أما الجديد فيرى ضرورة تمام الوطأ أما الخلوة وحدها فلا توجب كامل الصداق بل نصفه فقط⁽⁷⁾.

***الظاهرية:** يرون أن الزوجة تستحق كامل المهر بالوطأ، ولا تكفي الخلوة الصحيحة⁽⁸⁾.

ب- حالة ثبوت نصف الصداق: يثبت نصف الصداق في القانون الجزائري في حالة الطلاق قبل الدخول وفقاً للمادة 16 سالف الذكر، وهي نفس الحالة التي تبناها القانون التونسي في

¹ - جاء فيها: "إذا وقع الطلاق قبل الدخول فللزوجة نصف المسمى من المهر".

² - فاطمة الزهراء بن محمود، المرجع السابق، ص 133.

³ - جاء فيها: "يتأكد المهر كله بالدخول الحقيقي، أو بالخلوة الصحيحة، أو بموت أحد الزوجين".

⁴ - محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 2، المرجع السابق، ص 431-432، مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، المدونة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 229.

⁵ - ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء 3، المرجع السابق، ص 251؛ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 2، المرجع السابق، ص 292.

⁶ - المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، المرجع السابق، ص 471-472؛ البهوتي، كشف القناع عن متن الاقتناع، الجزء 05، المرجع السابق، ص 151.

⁷ - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 2، المرجع السابق، ص 541.

⁸ - ابن حزم، المحلى، جزء 9، المرجع السابق، ص 682.

الفصل 33 سالفه الذكر، والقانون الكويتي في المادة 63 ق.أ.ش⁽¹⁾، وكذا الفقه الإسلامي مع مراعاة الاختلاف حول شرط الدخول أو الخلوة لثبوت كامل المهر، فمن يأخذ بالدخول يثبت نصف المهر قبله، ومن يكفي بالخلوة يثبت نصف المهر قبل تحققها.

وبينما تذهب غالبية المذاهب الفقهية إلى أن الطلاق هنا يجب أن يكون بإرادة الزوج، أورد المشرع الجزائري لفظ الطلاق في المادة السابقة عاما، ولم يحدد الطرف الذي قام به، الزوج أو الزوجة أو كليهما معا كما في الطلاق بالتراضي⁽²⁾، غير أنه ذكر في المادة 48 ق.أ. الطلاق يكون بإرادة الزوج أو بتراضي الطرفين أو بطلب من الزوجة، ليجعل استحقاق الزوجة المهر حتى لو كانت هي سبب الطلاق.

ج- حالات سقوط المهر كاملا: لم يذكرها المشرع الجزائري، باستثناء حالة واحدة ذكرت عرضيا فقط في المادة 33 ق.أ، هي حالة فسخ عقد الزواج الذي خلى من الولي أو الصداق أو الشهود قبل الدخول، غير أنها تخضع للقواعد العامة، كحالة الإبراء قبل الدخول أو بعده، إذا كان المهر ما زال دينا في ذمة الزوج، أو حالة هبته من الزوجة للزوج متى توفرت أحكام الهبة. بينما تناولها المشرع الكويتي في المادة 62 ق.أ.ش، وهي حالة قتل الزوجة لزوجها قتلا مانعا من الإرث قبل الدخول، أما إن كان القتل بعد الدخول فلا تستحق شيئا من الباقي، وكذا في المادة 65 ق.أ.ش التي جاء فيها: "يسقط المهر كله أو المتعة إذا وقعت الفرقة بسبب من الزوجة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة"، وهي حالة تتوافق مع الشريعة الإسلامية التي ذكر فقهاؤها حالات عدة، منها:

- إذا حصلت الفرقة بين الزوجين قبل الدخول بسبب من الزوجة، كارتكاب فاحشة مبينة مع أحد أصوله أو فروعه مما يستوجب حرمة المصاهرة⁽³⁾، أو أن ترضع زوجته الصغرى فتصبح أمها، أو أن ترتد عن الإسلام أو تأبى الدخول فيه بدخول زوجها.
- فسخ عقد الزواج قبل الدخول بسبب وجود عيب موجب للفسخ في الزوجة، فالفسخ هنا ليس من قبل الزوجة ولكنه بسببها، فتصبح كأنها هي الفاسخة.
- فسخ عقد الزواج من طرف الزوجة لوجود عيب أو علة في الزوج، فاختيارها للفسخ يسقط حقها في المهر.

¹ - جاء فيها: "أ- يجب للزوجة نصف المهر المسمى بالطلاق قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة..."

² - الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)، المرجع السابق، ص 78.

³ - عيسى حداد، المرجع السابق، ص 195.

الباب الأول: المركز القانوني للمرأة في أحكام الزواج وانحلاله.

- عتق الزوجة المتزوجة من رقيق إذا بقي هو كذلك.
- فسخ الزوجية قبل الدخول بخيار البلوغ أو الإفاقة من الجنون.
- الفرقة قبل الدخول من جهة الزوجة بسبب عدم الكفاءة، كأن تتزوج من غير كفاً فيعترض وليها، أو يزوجها وليها من غير كفاً فتعترض هي⁽¹⁾.
- إذا تم الزواج دون مهر ولم يتم الدخول، حيث يثبت لها المتعة⁽²⁾.

2- أما في عقد الزواج الفاسد: فلا تستحق الزوجة الصداق قبل الدخول، لأنه يعتبر كالعقد الباطل بطلانا مطلقا، أما بعد الدخول فقد اختلف بشأنه، فأثبت لها المشرع الجزائري مهر المثل في المادة 33 ق.أ، وقاربه في ذلك المشرع التونسي الذي قضى بثبوت المهر المسمى أو المهر الذي يعينه الحاكم في الفصل 22 من م.أ.ش، في حين أوجب لها المشرع الكويتي مقدارا من المهر المسمى أو من مهر المثل في حالة عدم التسمية يتناسب مع بكارة المرأة وثبوتها والمدة التي قضتها مع الزوج، واستثنى حالة واحدة تستحق فيها كامل المهر، وهي تتعلق بفسخ الزواج بعد الدخول بسبب ارتداد الزوج عن الإسلام، وذلك كله في المادة 101 ق.أ.ش.

إن حق المرأة في الصداق يبقى مضمونا شرعا وقانونا في كل الحالات، فحتى في حالة عدم تسميته يثبت لها صداق المثل حسب المادة 15 ق.أ، وتلحق بها حالة تسميته فاسدا، والتي لم تتناولها هذه المادة⁽³⁾، ونفس الحالتين تبناهما صراحة المشرع الكويتي في المادة في المادة 55 ق.أ.ش، غير أنه أضاف إليهما حالة نفي الصداق أصلا في العقد، وهي الحالة التي خالفه فيها المشرع الجزائري الذي أقر فسخه قبل الدخول، فيما يثبت بعده بصداق المثل في المادة 33 ق.أ⁽⁴⁾، ولم يتناولها المشرع التونسي.

أما مذاهب الفقه الإسلامي فقد تبنت مواقف مختلفة، منها:

¹ - محمد سمارة، المرجع السابق، ص 181-182، جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 170-189.

² - السرخسي، المبسوط، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 82.

³ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 135.

⁴ - لقد تناولت هذه المادة حالة تمام عقد الزواج دون صداق بصفة عامة، غير أننا نعتقد أنها تطبق في حال نفي الصداق فقط، لأنه في حالة عدم تسمية الصداق يثبت لها صداق المثل حسب الماد 15 ق.أ.

* المالكية⁽¹⁾: يرون أن النكاح دون صداق لا يصح قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بصدق المثل بعده، وهو ما تبناه المشرع الجزائري، وهنا رواية أخرى تقضي بفسخ العقد قبل وبعد الدخول ولا صداق فيه.

* الحنفية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾: يرون أن الزواج دون صداق جائز ويثبت لها مهر المثل.

* الحنابلة⁽⁴⁾: يثبتون لها مهر المثل بعد الدخول، أما قبله فلها المتعة ولا صداق لها.

ويأخذ الصداق حكم الدين في الأجل، حيث لا يكون واجبا إلا في أجله حسب الاتفاق، وإذا لم يحدد أجلا معيناً للوفاء فإنه ينصرف إلى تاريخ الطلاق أو تاريخ الوفاة⁽⁵⁾، ويثور التساؤل في هذه المسألة عن حالة عدم تسليم الزوج الصداق لزوجته هل يحق لها قبض نفسها عنه؟

لقد اختلف الفقهاء عن الإجابة عن هذا التساؤل أمام سكوت المشرع الجزائري، كما يلي:

- **المذهب الأول**: يمثله جمهور الفقهاء، يرون أنه إذا كان المهر معجلاً، فلها أن تمنع نفسها عنه حتى تتسلم صداقها، فإن سلمت له قبل ذلك فليس لها أن تمتنع بعده، وإن خالف أبو حنيفة في هذه المسألة، حيث قال بأنها يحق لها أن تمتنع عن زوجها بعد تسليم نفسها له مادامت لم تستوف صداقها المعجل⁽⁶⁾.

- **المذهب الثاني**: يمثله الظاهرية⁽⁷⁾، يرون أنه لا يجوز للزوجة أن تحبس نفسها عن زوجها ولو لم يسلم لها مهرها المعجل، ويحق للزوج الدخول شاءت أم أبت.

أما التشريعات المقارنة فقد سايرت رأي المذهب الأول، حيث أقره المشرع التونسي في الفصل 13 م.أ.ش، كما أنه أقر أنه إذا تم البناء قبل دفع المهر المعجل فليس للزوجة إلا المطالبة به، وأوجب الكويتي في المادة 84 من ق.أ.ش على الزوجة مساكنة زوجها بعد قبض المهر، مما يعني أنها غير ملزمة بذلك قبل قبضه.

وإذا تم الخلاف حول قبض المهر سواء بين الزوجين أو ورثتهما فالإثبات بالبينة، فإن لم توجد فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين قبل الدخول، وبعده يكون القول للزوج أو ورثته، وهذا

¹- مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، المدونة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 164.

²- السرخسي، المبسوط، الجزء 5، المرجع السابق، ص 62.

³- الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 09، المرجع السابق، ص 508.

⁴- المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، المرجع السابق، 470-471.

⁵- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 47-48.

⁶- جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 130-131.

⁷- ابن حزم، المحلى، الجزء 9، المرجع السابق، ص 488.

حسب المادة 17 ق.أ.ج، التي تبني فيها المشرع الجزائري موقف المذهب المالكي والحنفي، حيث تناولته الشريعة الإسلامية كالتالي:

-المالكية⁽¹⁾: يرون أن القول قول الزوجة قبل الدخول، أما بعده فالقول للزوج، فإذا توفي وادعت الزوجة عدم القبض، فلا صداق لها بعد الدخول، أما قبله فالقول قولها والصداق لها، فإن توفيا معا، فالقول لورثة الزوجة قبل الدخول ولورثة الزوج بعده.

-الحنفية⁽²⁾، يرون أن القول للزوجة قبل الدخول مع اليمين، لأن الظاهر بقاءه عند الزوج، وعليه إقامة البينة، فإن عجز كان القول قولها مع اليمين، أما بعده فالقول للزوج مع اليمين.
-الحنابلة⁽³⁾ والشافعية⁽⁴⁾، يرون أنه إذا اختلف الزوجان في الصداق أو قدره، فالقول لمن يدعي مهر المثل مع يمينه، فإن أنكر الزوج الصداق فالقول للمرأة قبل الدخول وبعده، إلا أن يأتي ببينة أنه وفاها أو أنها أبرأته.

وما نخلص إليه أن الصداق إذا كان خاصا بالزوجة دون الزوج الذي يكلف بدفعه، فإن أحكامه في القانون الجزائري حاولت ضمانه للمرأة كمالكة له من مختلف الجوانب، غير أنها جاءت غير واضحة أحيانا، وناقصة أحيانا أخرى (كاستحقاق الزوجة للصداق كاملا في حال وفاتها)، وهو ما نجده بدرجة أكبر في القانون التونسي، بينما كان القانون الكويتي أكثر وضوحا وتفصيلا، كما هو الحال في الشريعة الإسلامية.

ثالثا - الولي⁽⁵⁾.

لقد اعتبر وما زال يعتبر شرط ولي المرأة في عقد الزواج من أكثر الشروط انتقادا، حيث جوبه بمعارضة شديدة من طرف الغرب ومن تبعهم من دعاة حرية وتحرر المرأة الذين انتقدوا الشريعة الإسلامية بأنها تركز هيمنة الرجل على المرأة وتجعلها تحت رحمته⁽⁶⁾، وربما كان هذا من الأسباب التي أجبرت المشرع الجزائري على اتخاذ تعديلات مهمة في أحكامه أحدثت تغييرا

¹ - مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، المدونة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 165-166؛ أبو عمر يوسف النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 557-558.

² - محمد أمين الشهير بابن عابدين، حاشية ابن عابدين رد المحتار شرح تنوير الأبصار، الجزء 3، الطبعة الثانية، مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1386هـ-1966م، ص 151.

³ - المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، المرجع السابق، ص 473-474.

⁴ - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 09، المرجع السابق، ص 500-501.

⁵ - الولي لغة مشتق من الولاية التي تعني النصرة والمحبة، أما اصطلاحا فيقصد به "القدرة على إنشاء العقد نافذا غير موقوف على إجازة أحد"، عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 54.

⁶ - أعرم يحيوي، المرجع السابق، ص 242؛ دنوني بن الشيخ هجيرة، المرجع السابق، ص 483.

في مركزه، وهو ما سنتعرف عليه، كما سنتعرف على مختلف الأحكام في الشريعة الإسلامية، والقانونين التونسي والكويتي.

1- وجود ولي المرأة في عقد الزواج: اشترط المشرع الجزائري في المادة 9 مكرر ق.أ الولي كشرط ثالث في عقد الزواج دون أن يجعله ركنا فيه، ودون أن يوضح فيها ما إذا كان ولي المرأة أو الرجل، غير أن الأحكام التي تناولته في المادتين 2/11 و13⁽¹⁾ ق.أج بينت أن المقصود به ولي المرأة الراشدة والقصر ذكورا أو إناثا، كما فرقت بين القاصرة والراشدة:

- فبالنسبة للقاصرة جعل وجوده ضروريا، وأعطاه حق تولي العقد عنها، دون أن يتمتع بسلطة إجبارها على الزواج أو منعها عنه.

- أما بالنسبة للراشدة فاشتراط حضوره دون أية سلطة، حيث لا يملك حق مباشرة عقدها، ولا يمكنه إجبارها على الزواج أو منعها عنه.

ولم يرتب المشرع أي أثر على تخلف الولي بالنسبة للراشدة، لأنه في المادة 33 تناول حالة تخلف الولي في حالة وجوبه، وهي حالة تتعلق بالقصر، حيث رتب الفسخ قبل الدخول وتثبيته بصداق المثل بعده، وهو ما أعدم أية فائدة أو قوة وجودية للولي بالنسبة للراشدة.

لقد سار القانون الكويتي في نفس منهج المشرع الجزائري حينما اشترط ولي المرأة في عقد الزواج، غير أنه خالفه عندما أعطاه حق مباشرة العقد دون المرأة في المادة 8 ق.أ.ش. اعتبرت أن الزواج ينعقد بايجاب من ولي الزوجة وقبول من الزوج أو من يقوم مقامهما، فالولي هو من يباشر عقد الزواج ولا مناص من وجوده لانعقاد العقد، سواء كانت بكرا أو ثيبا، ومهما كان سنها، وأنه فرق بين المرأة التي بين سن البلوغ وتتمام 25 سنة، فاشتراط موافقة وليها إلى جانب موافقتها، وبين الثيب أو من بلغت 25 سنة، فلم يشترط موافقة وليها، وإنما تكفي موافقتها فقط كما سبق ورأيناه.

في حين نجد القانون التونسي لا يشترط الولي بالنسبة للمرأة الراشدة البالغة مثل الرجل البالغ العاقل، غير أنه اشترطه في غيرهم لا سيما القصر الذين لا يجوز لهم الزواج إلا بموافقة وليهما، وكذلك الأم، وذلك في الفصل السادس الذي أقر رفع الأمر للقضاء في حالة عدم

¹ - المادة 2/11 التي جاء فيها ما يلي: "دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم، وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"، وكذلك المادة 13 التي نصت على أنه: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها".

موافقة أحدهما على الزواج مع تمسك القاصر برأيه، ويمنح إذن بالزواج للقاصر غير قابل للطعن بأي وجه.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد أجمع الذين أجازوا زواج الصغيرة أو المجنونة أو المعتوهة بما فيهم الحنفية على ضرورة وجود الولي في عقد الزواج، وتثبت له ولاية الإجماع، سواء كانت بكراً أو ثيباً، حيث يملك ليس فقط مباشرة عقد زواجها، وإنما حتى إرغامها على الزواج ولو كانت كارهة له شريطة تزويجها من كفاً لها وبمهر المثل⁽¹⁾، أما بالنسبة للبالغة فقد اختلفوا حول اشتراط وليها في عقد زواجها من عدمه، وانقسموا إلى الاتجاهات التالية:

- **الاتجاه الأول:** يمثله جمهور الفقهاء من شافعية⁽²⁾ وحنابلة⁽³⁾ وظاهرية⁽⁴⁾، ويذهبون إلى ضرورة وجود الولي في عقد زواج المرأة وإلا كان باطلاً، سواء كانت بكراً أو ثيباً⁽⁵⁾، وإن استثنى بعضهم بعض الحالات يجوز فيها للمرأة أن تبرم عقد زواجها بنفسها كما هو الحال عند بعض الشافعية في حالة غياب الولي يجيزون للمرأة للضرورة أن تتولى عقد زواجها بنفسها⁽⁶⁾.

- **الاتجاه الثاني:** يمثله المالكية⁽⁷⁾، ويرون أن الولي شرط لصحة الزواج وبدونه يكون العقد باطلاً، فلو أن امرأة زوجت نفسها من غير إذن أولياءها ولم تستخلف من يزوجه فزواجها باطل، ولو طال وولدت أولاداً، أما لو استخلفت رجلاً زوجه، فالأمر للسلطان إن شاء فارق، وإن شاء ترك، وقيل يجب على السلطان أن يفرق، فإن أرادا الزواج زوجهما بعقد جديد، لأنه لا ينبغي أن يثبت على نكاح عقده غير ولي⁽⁸⁾، وقيل فيما روي عن مالك أنه يجب التفريق بين

¹ محمد سمارة، المرجع السابق، ص 85؛ عيسى حداد، المرجع السابق، ص 25، 133-126؛ الجزيري، المرجع السابق، ص 828-831.

² - الماوردي، في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، جزء 9، المرجع السابق، ص 39.

³ - المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، ص 441؛ ابن قدامة المقدسي، المغني، الجزء 9، المرجع السابق، ص 345.

⁴ - ابن حزم، المحلى، الجزء 9، ص 451.

⁵ - الاختلاف بين الفقهاء كان حول الثيب هل يجوز إجبارها على الزواج أم لا، وقد نوقشت هذه المسألة سابقاً.

⁶ - وذهب بعضهم إلى منحها حق اختيار رجل يتولى زواجها، فيما منعها آخرون من الزواج لحين إيجاد ولي بحكم أو بنسب، الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 09، المرجع السابق، ص 50.

⁷ - أبو زيد القيرواني، الرسالة في فقه الإمام مالك، المرجع السابق، ص 65؛ أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، المرجع السابق، ص 59.

⁸ - مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، المدونة، الجزء 02، المرجع السابق، ص 118-119.

المرأة الشريفة (صاحبة القدر من الجمال والمال والنسب) والذنيئة⁽¹⁾ (كالمعتقة والمسلمانية والسوداء...)، فالذنيئة يجوز نكاحها ولا خيار لوليها، لأن كل شخص كفأ لها، أما الشريفة فيكون لوليها الخيار بين فسخ العقد أو إقراره في قول⁽²⁾، وفي قول آخر يفسخ نكاحها إلا إذا دخل بها زوجها وطال مكوثها عنده كالسنين الكثيرة أو ولدت أولادا فلا يفسخ⁽³⁾، وقد رد على هذه التفارقة أن القول بأن الذنيئة كل واحد كفأ لها غير صحيح، لأنه ما من ذنيئة إلا وجد من هو أدنى منها، كما أنه لم تتم التفارقة بينهما في الشهادة فلا مانع من استوائهما في الولي، وأيضا الشريفة يمنعها أصلها من وضع نفسها في غير كفأ، فلا تحتاج إلى ولي، أما الذنيئة فيدفعها لؤم أصلها إلى ذلك، فحاجتها إلى الولي أكثر من الشريفة⁽⁴⁾، وقد روي عن مالك في رواية أخرى أن الشريفة والذنيئة سواء، كلاهما لا يزوجهما إلا وليها أو السلطان⁽⁵⁾.

نعتقد أن الأرجح عند المالكية هو أن المرأة لا يمكنها أن تلي عقد زواج لنفسها أو لغيرها، سواء كانت شريفة أو ذنيئة، أذن لها وليها أم لم يؤذن لها، وإلا فسخ العقد قبل وبعد الدخول، وأن الشريفة والذنيئة سواء لا يزوجهما إلا وليها⁽⁶⁾.

- **الاتجاه الثالث:** يمثله الحنفية⁽⁷⁾، ويرون أن المرأة يمكنها أن تلي عقد زواجها وتبرمه دون وليها، ولها أن تأمر غير الولي ليزوجهما، غير أنهم اختلفوا في اشتراط كفاءة الزوج للمرأة من عدمه، وكذلك حول ألا يقل الصداق عن صداق المثل:

- فذهب أبو حنيفة وأبو محمد إلى اشتراط الكفاءة، فإذا زوجت المرأة نفسها بكفأ صح زواجها ولا اعتراض للولي، أما إن تزوجت بغير كفأ لها، فللولي حق الاعتراض، أما أبو يوسف فقد كان يرى أن زواج المرأة دون ولي غير صحيح سواء كان بكفأ أو بغير كفأ إن كان لها ولي،

¹ - لقد كان وصف الذنيئة محل انتقاد ورفض، لأنه يحط من قيمة المرأة، غير أن مالك لم يكن يقصد الانتقاص من قيمة المرأة، بل كانت هذه التسمية محل اخبار عن واقع متعارف بين الناس آنذاك، ولم يكن لمالك أن يغير تسمية في الواقع بل أعطى حكما لما هو موجود.

² - أبو عمر يوسف النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، الجزء 02، المرجع السابق، ص 528.

³ - أبو عبد الله محمد الخرشبي، شرح الخرشبي على مختصر خليل ومعه حاشية العدوي، الجزء 03، الطبعة 02، المطبعة الكبرى الأميرية، 1318هـ، ص 182.

⁴ - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، جزء 09، المرجع السابق، ص 44.

⁵ - أبو عمر يوسف النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، الجزء 02، المرجع السابق، ص 528.

⁶ - وهو ما جاء في مرجع أبو عمر يوسف النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 527-528.

⁷ - السرخسي، المبسوط، الجزء 05، المرجع السابق، ص 10.

لكنه رجع فقال أنه صحيح إذا كان بكفا لها وإلا جاز للأولياء الاعتراض، ثم رجع فقال أن زواجها صحيح سواء كان بكفا أو بغير كفا⁽¹⁾.

- أما حول اشتراط مهر المثل لصحة زواجها، فقد اشترطه أبو حنيفة وأجاز للأولياء الاعتراض إن تم العقد دونه، أما أبو محمد وأبو يوسف فلم يشترطا صداق المثل وأجازا العقد دونه⁽²⁾.

2- ترتيب الأولياء: إن التطرق لمسألة ترتيب الأولياء يثير التساؤل حول اشتراط القرابة في الولي، وهل الولي الأقرب أولى من الأبعد أم أن المرأة تملك تفضيل أحدهم عن الآخر في حالة تعددهم؟ وبالمقابل هل يمكن أن يكون الولي أجنبيا بناء على رغبة المرأة، وهل يمنح لها هذا الاختيار في ظل وجود الولي القريب؟

فرق المشرع الجزائري بشأن ترتيب الأولياء بين الراشدة والقاصرة:

- فبالنسبة للقاصرة أخذ بمعيار القرابة على أساس الترتيب، ولم يعط لها أي سلطة في اختيار الولي ولا في المفاضلة بين الأقارب، ولا في تفضيل الأجنبي على القريب، حيث حدد الولي بالنسبة لها في المادة 2/11 من القانون المدني وبما يفيد الترتيب ب:

- الأب، ويدخل ضمنه الجد وإن علا.

- القرابة الأولين، ويقصد بهم الإخوة والعمومة، ويجري ترتيبهم حسب الدرجة وقوة القرابة⁽³⁾.

- فإن انعدما انتقلت الولاية للقاضي، فيكون بذلك المشرع قد اشترط القرابة في الولي بالنسبة للقاصرة مع احترام الترتيب الوارد في المادة.

- القاضي، إذا لم يوجد أي من القرابة السابقين كان القاضي هو الولي، وهو من يتولى عقد زواج القاصرة.

- أما بالنسبة للراشدة، فقد ابتدع المشرع الجزائري بشأنها معيار الاختيار، فهو وإن حدد وليها في المادة 1/11 من ق.أ بالأب أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره، ولم يشترط أن يكونوا من العصابات بل يجوز أن يكون من ذوي الأرحام، إلا أنه أعطاهم سلطة التفضيل بين الأقارب، تمكنها من اختيار الولي القريب الأبعد مع وجود الأقرب، كما أعطاهم سلطة اختيار أي شخص ليكون وليها حتى لو كان أجنبيا عنها، وحتى لو كان قرابتها موجودين، وذلك يتضح

¹ - السرخسي، المبسوط، الجزء 05، المرجع نفسه، ص 10.

² - السرخسي، المبسوط، الجزء 05، المرجع نفسه، ص 14.

³ - إيمان الزهرة حميدي، دور الولي في عقد الزواج (دراسة مقارنة بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري)، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد العشر، العدد 03، جامعة عباس الغرور-خنشلة، سنة 2017، صص 117-129، ص 122.

الباب الأول: المركز القانوني للمرأة في أحكام الزواج وانحلاله.

من خلال المادة السابقة التي ذكرت الأولياء دون اشتراط الترتيب، بل استعمل حرف العطف "أو" الذي تفيد الاختيار لا الترتيب.

إن هذا الموقف للمشرع الجزائري جعل التساؤل قائما حول دور الولي في عقد زواج موليته، وهو ما أثار الخلاف بين شراح القانون بين من اعتبره مجرد حاضر شرفي إذا تعلق الأمر بالولي القريب ومجرد نائب أو وكيل إذا تعلق الأمر بأي شخص تختاره⁽¹⁾، وبين من اعتبره مجرد شاهد⁽²⁾، والحقيقة أنه لا هذا ولا ذلك يصدق على الولي، وإنما هو حاضر مؤازر لوليته في حالة الولي القريب أما الولي الأجنبي فحضوره بلا معنى ولا قيمة، وحرى بالمشرع أن يلغيه. وهو في القانون الكويتي حسب المادة 29 ق.أ.ش هو العصابة بالنفس حسب ترتيب الإرث والقاضي ولي من لا ولي له، وقد تناول الولي في الكفاءة وحدده في المادة 31 من نفس القانون، بالأب فالابن، فالجد العاصب، فالأخ الشقيق ثم لأب، فالعم الشقيق ثم لأب، فيكون بذلك قد اشترط القرابة بالمولى عليها، والذكورة أيضا، لأن المرأة لا يمكن أن تكون عصابة بنفسها، ولم يجز المفاضلة بين الأولياء، حيث اشترط اتباع الترتيب المذكور أو حسب الإرث فإن عضلوا جميعا أو اختلفوا يرفع الأمر إلى القاضي حسب المادة 31 من نفس القانون.

وفي القانون التونسي نجد الولي هو العاصب بالنسب الذكر العاقل الرشيد حسب الفصل 8 م.أ.ش، والذي اشترط أن يكون الأب هو ولي القاصر ذكرا كان أو أنثى.

أما مذاهب فقه الإسلام فقد اختلفوا في ترتيب الأولياء كما يلي:

- ذهب المالكية إلى أن الولاية معتبرة بالتعصيب، فالأبناء وإن نزلوا هم أولى، ثم الآباء ثم الإخوة الأشقاء، ثم الإخوة لأب، ثم بنو الإخوة الأشقاء، ثم بنو الإخوة لأب، ثم الأجداد لأب وإن علوا، ثم العمومة على ترتيب الإخوة وإن نزلوا، ثم السلطان ثم عامة المسلمين⁽³⁾، وفي رواية أخرى عن مالك الأب أولى من الابن⁽⁴⁾.

- وذهب الحنفية إلى الترتيب التالي: الابن وابنه وإن نزل، ثم الأب (وقد خالف الإمام محمد بن الحسن في المعتوهة بأن جعل الأب أولا يليه الابن)، ثم الجد لأب، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ

¹ - عبد الحفيظ بقة، ركن الولي في عقد الزواج والإشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور - الجلفة، المجلد 1، العدد 23، 2015، صص 105-120، ص 113.

² - إيمان الزهرة حميدي، المرجع السابق، ص 124.

³ - أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تحقيق محمد أحمد ولد مادريك الموريتاني، الطبعة الأولى، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، 1398هـ-1978م، صص 524-525.

⁴ - جميل فخري محمد جانم، مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 218

لأب ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب، ثم العم الشقيق، ثم العم لأب، ثم أبناء العم الشقيق ثم أبناء العم لأب ثم عم الأب الشقيق ثم أبناؤه، ثم عم الأب ثم أبناؤه، ثم عم الجد الشقيق ثم أبناؤه، ثم عم الجد لأب ثم أبناؤه، وإن سفلوا على قياس ترتيب العصوبة⁽¹⁾، فإذا انعدم العصابات انتقلت الولاية إلى ذوي الأرحام بالترتيب التالي: الأم، ثم البنت، ثم بنت الابن، ثم بنت البنت، ثم بنت ابن الابن، ثم بنت بنت البنت، ثم الجد لأم عند أبي حنيفة، ثم الأخت الشقيقة، ثم الأخت لأب، ثم الأخ أو الأخت لأم، ثم أولادهم، ثم العمات، ثم الأخوال، ثم الخالات، ثم بنات الأعمام، ثم بنات العمات، فإذا فقدوا انتقلت الولاية للحاكم⁽²⁾.

- **الشافعية**⁽³⁾: يعتبرون أيضا أن الولاية معتبرة بالتعصيب، إلا أنه لا ولاية للابن عندهم، ويرتبون الأولياء كالتالي: الأب، الجد لأب وإن علا، الأخ الشقيق، الأخ لأب، ابن الأخ الشقيق وإن سفل، ابن الأخ لأب وإن سفل، العم الشقيق، العم لأب، ابن العم الشقيق وإن نزل، ابن العم لأب وإن نزل، ثم أعمام الجد وبنينهم وإن سفلوا، ثم أعمام جد الجد وإن سفلوا، فإذا انعدمت العصابات فالسلطان ولي من لا ولي له.

- **الحنابلة**⁽⁴⁾: يرتبونهم كالتالي: الأب، الجد لأب وإن علا، الابن وابنه وإن سفل، الأخ الشقيق والأخ لأب في نفس الدرجة، ثم أبنائهم وأن نزلوا، الأعمام، أبناء الأعمام وإن نزلوا، أعمام الأب، بنو أعمام الأب وإن نزلوا، ثم أعمام الجد، ثم أبناء أعمام الجد وإن نزلوا، ثم الأقرب فالأقرب من العصابات، فإن عدت العصابات فالسلطان هو الولي.

- **الظاهرية**⁽⁵⁾: يربطون الولاية بالتعصيب، ويرتبون الأولياء كالتالي: الأب ثم الإخوة ثم الجد ثم الأعمام ثم أبناء الأعمام، ويكون ترتيبهم الأقرب فالأقرب، ولا يكون الولد وليا. وما نلاحظه هو أن الولاية لا تنتقل من ولي إلى آخر إلا إذا انعدم أو عضل⁽⁶⁾ أو غاب، وعليه فلا تتمتع المرأة باختيار الولي الذي تريده، ويجب عليها احترام الترتيب.

¹ - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير على الهداية، الجزء 3، الطبعة 01، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1389هـ-1970م، ص 277؛ محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، الجزء 4، دار المعرفة، بيروت- لبنان، ص 219.

² - ابن الهمام، شرح فتح القدير على الهداية، المرجع السابق، ص 285-286.

³ - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 09، المرجع السابق، ص 90-94.

⁴ - المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، ص 441-442؛ ابن قدامة المقدسي، المغني، الجزء 09، المرجع السابق، ص 356-359.

⁵ - ابن حزم، المحلى، الجزء 9، المرجع السابق، ص 451.

⁶ - يقصد بالعضل رفض تزويج المرأة دون مبرر.

3- جنس الولي، من المسائل التي تهم موضوع البحث جنس الولي، فهل يشترط فيه أن يكون ذكرا أم يجوز أن يكون أنثى؟ بمعنى آخر هل يمكن للمرأة أن تكون وليا على غيرها؟ إن موقف المشرع الجزائري في منع المرأة من ولاية تزويج أبنائها القصر واضح، لأن يشير بصددهم إلى القرابة الذكور فقط، حيث ذكرت المادة 11 سالفه الذكر أولياء القصر بالأب أو الجد أو أحد قرابتها الأولين، غير أن موقفه من الولي بالنسبة للراشدة يسوده بعض الغموض، لأنه اشترط في الولي أن يكون أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره، وتقيد العبارة الأخير كل شخص ذكرا كان أو أنثى، مما قد يفهم منه أنه يمكن للمرأة أن تتولى عقد زواج غيرها كولي، خاصة وأنه يقترب من المذهب الحنفي الذي سايره المشرع الجزائري فيما يتعلق بحق المرأة في مباشرة عقد الزواج.

لقد اختلف الفقهاء المسلمون في الإجابة عن هذا التساؤل:

- **فذهب الجمهور** من مالكية⁽¹⁾ وحنابلة⁽²⁾ وشافعية⁽³⁾ وظاهرية⁽⁴⁾ إلى أن الولاية لا تثبت للمرأة، لأنه لا ولاية لها على نفسها، فمن باب أولى ألا تملك الولاية على غيرها، ولهم عدة أسانيد وحجج⁽⁵⁾ لا يتسع المجال هنا لذكرها.

- ذهب الحنفية⁽⁶⁾ إلى أن المرأة العاقلة البالغة يمكنها أن تزوج غيرها بالولاية أو الوكالة. من خلال ما سبق يتبين أن المشرع الجزائري تبنى موقفا غير موفق بالنسبة لولي الراشدة خرج فيه عن كل المذاهب الفقهية المعروفة، وأعطى للمرأة مركزا ويمكن القول:

أما مسألة اختيار المرأة لولي أجنبي عنها حتى بوجود الولي القريب فلم تبحه المذاهب الأربعة المشهورة، باستثناء ما روي عن مالك بالنسبة للذنيئة التي لا تملك مباشرة عقد زواجها فوجب أن تستخلف رجلا يبرمه، ولا نعتقد أن المشرع الجزائري قد جعل المرأة الجزائرية ذنيئة، غير أنه هناك بعض أقوال الفقهاء التي أجازت للمرأة اختيار أي رجل ليبرم عقد زواجها، ولو بوجود وليها، منهم:

¹- أبو عمر يوسف النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 516.

²- ابن قدامة المقدسي، المغني، الجزء 9، المرجع السابق، ص 345.

³- الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 9، المرجع السابق، ص 40.

⁴- ابن حزم، المحلى، جزء 9، المرجع السابق، ص 455-457.

⁵- في المعنى تفصيلات أكثر في سمير شيهاني، شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص 80-83.

⁶- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 2، المرجع السابق، ص 229.

- وعن عبد الرزاق عن ابن جريح أنه سأل عطاء عن امرأة نكحت بغير إذن ولاتها وهم حاضرون، فقال: "أما امرأة مالكة نفسها إذا كان بشهداء فإنه جائز بغير أمر ولاتها".

- أبو ثور الذي يرى أنه لا يجوز أن تزوج المرأة نفسها ولا أن تزوجها امرأة، ولكن إن زوجها رجل مسلم جاز، ويستدل بأن المؤمنون إخوة بعضهم أولياء بعض.

وصح عن ابن سيرين أن امرأة لا ولي لها ولت رجلا أمرها فزوجها، قال ابن سيرين: "لا بأس بذلك، المؤمنون بعضهم أولياء بعض".

- أبوسليمان الذي يفرق بين البكر التي لا يزوجه إلا وليها، والثيب التي لها اختيار من تشاء من المسلمين ليزوجهها وليس للولي حق الاعتراض⁽¹⁾.

ويرجع سبب جواز الاختيار هنا إلى أن أصحاب هذه الآراء لا يعطون للمرأة حق إبرام عقد زواجها شخصيا، ولا يشترطون الولي، فما دام الولي غير حاضر والمرأة لا تبرم عقد زواجها وجب وجود رجل لإبرام هذا العقد، وهو من تختاره المرأة.

نخلص للقول أن المشرع الجزائري قد جعل مركز المرأة بالنسبة لشرط الولي كالتالي:

- **بالنسبة للقصر:** فمن حيث اشتراط الولي في العقد ذاته، فقد اشترطه للأنتى كما الذكر محاولا حمايتهما كقصر، وأعطاه حق مباشرة العقد، بينما منع إمكانية جبرهما على الزواج مطلقا، وحدد ترتيب واجب للأولياء دون أن يكون من حق أي أحد الإختيار أو عدم احترام الترتيب، أما من حيث إمكانية أن تكون المرأة ولية على زواج القصر فقد منعها المشرع من ذلك ضمنيا، من خلال تحديد الأولياء والاكتفاء بذكر الرجال دون النساء، والقاضي ولي من لا ولي له.

إن تخلف الولي عن عقد زواج القصر يجعله باطلا قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل حسب المادة 33 ق.أ سالفه الذكر.

- **بالنسبة للراشدة:** فمن حيث وجود الولي فقد خصها المشرع باشتراطه دون الرجل، ولكنه يحضر دون أن يكون له حق مباشرة العقد، أو إجبار موليته على الزواج، ولا يشترط أن يكون قريبا لها، وإنما يكفي اختيارها له، أما من حيث إمكانية أن تكون ولية للزوج أو الزوجة، فلم يفصل فيه المشرع وتركه قيد الغموض، وإن كان يمكن القول أنه ورغم عدم إمكانية ذلك واقعا حسب توجهات المجتمع الجزائري، إلا أنه قانونا لا يوجد مانع، لأن المشرع أشار إلى أي شخص

¹- ذكر هذه الحالات ابن حزم، المحلى، الجزء 9، المرجع السابق، ص 455.

الباب الأول: المركز القانوني للمرأة في أحكام الزواج وانحلاله.

تختاره، وقد يكون رجلا أو امرأة، خاصة وأن المذهب الحنفي الذي سايره المشرع فيما يتعلق بحق المرأة في مباشرة عقد الزواج يجيز للمرأة أن تكون وليا.

لم يحدد المشرع الجزائري أثرا على تخلف ولي الراشدة على عقد الزواج.

لقد انتقد موقف المشرع بعدة انتقادات، منها:

- خروجه عن المذاهب الفقهية الأربعة المعروفة، وتبنيه لبعض الآراء الضعيفة، وذلك من خلال: * عدم اشتراط القرابة في الولي، حيث أجاز للمرأة أن تختار أي شخص ليكون وليها، وهو موقف غريب غير مفهوم، لأنه يبيح للمرأة عقد زواجها بنفسها فيما يشترط حضور وليها الذي يمكنها اختياره حتى من الأجانب، فإذا كان مفهوما أن يحضر الولي القريب للمرأة عقد زواجها نصرة لها، فلماذا يحضر الشخص الغريب عنها؟

* منح حرية للمرأة في اختيار الولي الذي تريد حضوره، حيث لم يشترط المشرع الترتيب في الأولياء، فذكر أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره، والصياغة هنا تفيد الاختيار لا الترتيب، مما يجيز لها أن تختار غريبا كولي لها مع وجود أبوها وكافة أقاربها.

- هو موقف متأرجح بين المذاهب الفقهية، حيث أخذ بجواز إبرام المرأة ومباشرتها لعقد زواجها من المذهب الحنفي مخالفا للجمهور من مالكية وشافعية وحنابلة الذين يربطون مباشرة العقد بالولي، فيما اشترط الولي الذي لا يشترطه الحنفية عكس الجمهور، ولم يقيد المرأة بمهر المثل والرجل الكفاً الذي يأخذ به الحنفية.

- عدم انسجام النتيجة مع الأصل الذي تبناه، فهو يعطي المرأة حق إبرام العقد ولكنه يشترط وجود وليها، والراجح فقها أن الولي يشترط إذا كانت المرأة غير قادرة على مباشرة العقد شخصيا، فيتولى وليها ذلك، أما إذا كانت تملك ذلك فلا يشترط الولي، وإنما يكفي استئذانه فقط، ومادام المشرع منحها حق إبرام العقد فما أهمية حضور الولي؟

- أنه مسخ مفهوم الولي كمفهوم إسلامي عرف منذ فجر الإسلام نتيجة لمطالبات بعض المنظمات المطالبة بحرية المرأة، والتي تخلط بين المفهومين، وترى أن الولي عائق في وجه المرأة يجعلها قاصرة في اختيار شريك حياتها.

الباب الأول: المركز القانوني للمرأة في أحكام الزواج وانحلاله.

- إن محاولة إرضاء بعض المنظمات المنادية بحرية المرأة وتحررها وبعض السياسيين ممن دعوا إلى إلغاء شرط الولي، وفي نفس الوقت إرضاء الفريق المناقض في الرأي والتمسك بشرط الولي، جعل الموقف متذبذب ومتراوح بين المتناقضات⁽¹⁾.

- أنه قزم المرأة وأهانها، لأن الولي القريب يحضر زواج موليته كنصير لها وقوته يستمدّها من قرابته لها، فإذا كان غريبا عنها فما الداعي والهدف من حضوره وأولى أن تبرم هي عقد زواجها دونه.

- يعمل هذا الموقف على تدمير قواعد التماسك العائلي، وعلى إيقاع الفتنة بين النساء وأوليائهن، والمقاطعة بين المرأة وأسرتهان وهو ما يضيع حقوق المرأة التي أصبحت بهذا الوقف غير محمية، فلا تجد الرجل الذي يحميها في حالة هضم حقوقها والاحتيال عليها⁽²⁾.

- أنه يؤثر سلبا على المرأة في حالة عدم نجاح الزواج، حيث تضطر للعودة إلى أهلها الذين قد يرفضون ذلك، ويتحفظون بعد أن كسرت العلاقة الموجودة بينهم.

- أنه يخلط بين الولي كركن من أركان عقد الزواج وبين الولاية الخاصة بعديمي الأهلية والقصر⁽³⁾.

- أنه يتناقض مع العرف الجاري في الجزائر⁽⁴⁾، والأصل أن التشريع يقنن الأعراف ولا يناقضها.

قد تكون هناك حالة قليلة الحدوث أراد المشرع مراعاتها، وهي حالة عدم وجود الولي بالنسبة لمجهولة الأب، فتسهيلا لزواجها وعدم لجوءها إلى القاضي أوجد المشرع هذا الحل، حيث يتولاه كافلها أو أي شخص تريده.

إن هذا الحل إذا كان مقبولا إلا أنه كان على المشرع أن يضيف فقرة أخرى يوضح فيها الحكم والحالة بدقة بدون إطلاق الأمور على عمومها.

نعتقد أن الرأي الأرجح هو حضور الولي القريب عقد زواج موليته نصرة لها، وإن كان يجوز لها أن تباشر عقد زواجها بحضوره أو أن توكله لذلك، ومرجع ذلك لأنه غالبا أقدر على معرفة

¹ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 40-41.

² - بقة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 113.

³ - فضيل العيش، المرجع السابق، ص 18.

⁴ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 66.

أحوال ومجالس الرجال، وبالتالي تقديم النصح لموليته، كما أن عقد الزواج لا يهيم المرأة وحدها بل أهلها أيضا مما يستحسن إشراكهم في العقد.

وفي الأخير نقتراح: - تخصيص المادة 11 لزواج المرأة الراشدة، والنص على ما يلي: "تتعقد الراشدة زواجها بحضور وليها، وهو أبوها، فجدها، فأحد قرابتها الذكور من العصابات بترتيب الإرث.

فإن لم يكن لها ولي قريب فالقاضي ولي من لا ولي لها.

يمكن للمرأة التوكيل بإبرام عبد زواج بوكالة خاصة".

- إضافة المادة 11 مكرر تخصص لزواج القصر، وتبقى بذات صياغتها وحكمها.

رابعا - شهادة المرأة في عقد الزواج:

حرصا على تكريم عقد الزواج وإعلانه وإظهاره للناس لما يربته من نتائج خطيرة تتعلق بالشخص والأسرة والمجتمع، وحتى لا يحاول أحد الزوجين إنكاره شرعت الشهادة وجعلت شرطا لصحته⁽¹⁾، وهو ما تبناه المشرع الجزائري في المادة 9 مكرر ق.أ، متوافقا مع مذهب جمهور الفقهاء من حنفية⁽²⁾ وشافعية⁽³⁾ وحنابلة⁽⁴⁾، ومخالفا لمذهب المالكية⁽⁵⁾ الذين يعتبرون الشهادة شرطا لتمام العقد وليس لصحته، وتشترط عند الدخول وليس عند الإبرام، فيصح عندهم عقد الزواج دون شهود، ولكن لا يمكن أن يتم الدخول دونهم، ويرون أن الشهادة للإعلان والاشهار وليس للشهادة في حد ذاتها، وكذلك تبناه المشرع التونسي في الفصل م.أ.ش، والكويتي في المادة 11 ق.أ.ش.

يترتب على تخلف الشهادة فسخ عقد الزواج قبل الزواج قبل الدخول، وتثبيته بعده بصداق المثل حسب المادة 2/33 ق.أ.ج⁽⁶⁾، وهو حكم خالف فيه المشرع المالكية ووافق الجمهور قبل الدخول، فيما شذ عن المذاهب الأربعة بعد الدخول⁽¹⁾.

¹ - عيسى حداد، المرجع السابق، ص 161.

² - علاء الدين أبو بكر مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 3، الطبعة الأولى، شركة المطبوعات العلمية مصر، ص 392-393.

³ - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 09، المرجع السابق، ص 97.

⁴ - المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، ص 441.

⁵ - أبو عمر يوسف النمرى القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، الطبعة الأولى، المرجع السابق، ص 520.

⁶ - جاء فيها: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صدق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صدق فيه، ويثبت بعد الدخول بصدق المثل".

إن مركز المرأة كطرف في عقد الزواج في الشهادة لا يثور، فهي تحضره كما يحضره الطرف الآخر (الزوج) بوجود شهود يعلمون ما يجري في مجلس العقد، غير أن التساؤل يثور هنا بشأن المرأة كشاهدة، فهل يجوز شهادة النساء في عقد الزواج أم لا؟

لقد اشترط المشرع الجزائري لصحة عقد الزواج حضور شاهدين دون أن يحدد الشروط الواجب توفرها فيهما بما في ذلك جنسهما، مما يتطلب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تجيز شهادة المرأة منفردة في الأمور الخاصة بالنساء⁽²⁾، فيما لا تجيزها في أحوال أخرى، أما في النكاح فقد اختلف فقهاؤها منقسمين إلى ثلاث اتجاهات، هي:

- **الاتجاه الأول:** يمثله الجمهور من شافعية⁽³⁾ ومالكية⁽⁴⁾ وحنابلة⁽⁵⁾، ويذهبون إلى عدم جواز قبول شهادة النساء، ولا ينعقد عقد الزواج عندهم إلا بشهادة رجلين ذكرين فقط، ولا تقبل شهادة رجل وامرأتان، ولا شهادة أربع نساء.

ويذهب المالكية إلى أن الشهادة حتى لو تمت بشاهدين ذكرين واشترطا عليهما كتمان العقد فلا يصح الزواج ويفسخ⁽⁶⁾.

يبدو أن القضاء الجزائري قد مال إلى هذا الاتجاه، حيث رفض شهادة امرأتين في عقد الزواج، واشترط شهادة عدلين ذكرين، وذلك في القرار رقم 43889 الصادر بتاريخ 12/15/1986⁽⁷⁾، غير أن هذا القرار صادر قبل التعديل، أما بعده فقد عدل المشرع الجزائري الكثير من الأحكام، وغير توجهه في معاملة المرأة، لذا يرى البعض⁽⁸⁾ أنه كان عليه أن لا يكتفي بالسكوت، وإنما أن يعطي للمرأة حق الشهادة في حدود النصاب المقرر لها، خاصة أنه منحها حق إبرام عقد زواجها بنفسها، مما يميل نحو قبول شهادة المرأة في عقد الزواج، وإن كان تطبيق هذا في الواقع غير مستصاغ.

¹ - بريبر محمد، مكانة الشهود في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث الأسرية، جامعة الجزائر-كلية الحقوق، المجلد 3، العدد 1، سنة 2023، ص-ص 48-68، ص 60.

² - طالب عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 99.

³ - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 09، المرجع السابق، ص 59.

⁴ - أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، المرجع السابق، ص 132.

⁵ - المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، ص 442.

⁶ - أبو عمر يوسف النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، الطبعة الأولى، المرجع السابق، ص 520.

⁷ - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 150.

⁸ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 83.

كما أخذ بهذا الرأي المشرع الكويتي صراحة في المادة 11 ق.أ.ش التي جاء فيها: "يشترط في صحة الزواج حضور شاهدين مسلمين، بالغين، عاقلين، رجلين، سامعين معا كلام المتعاقدين، فاهمين المراد منه"، أما المشرع التونسي فلم يفرق في الفصل الثالث سابق الذكر بين الرجل والمرأة، ويجوز لكليهما الشهادة.

- **الاتجاه الثاني:** يمثله الحنفية⁽¹⁾ وبعض الحنابلة⁽²⁾.

يذهب إلى جواز شهادة النساء في عقد الزواج على أن لا يشهدن وحدهن، وإنما مع الرجال، فنقبل شهادة رجل وامرأتان.

- **الاتجاه الثالث:** يمثله الظاهرية⁽³⁾: ذهب ابن حزم الظاهري إلى جواز شهادة النساء وحدهن في عقد الزواج، ولكنه اشترط توفر أربع نساء في مقام رجلين، واستدل بقول رسول الله ﷺ: "أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل"⁽⁴⁾.

وبهذا نخلص إلى أن شهادة المرأة في عقد الزواج ليست كشهادة الرجل، فهي إما ممنوعة مطلقا، أو أن شهادة امرأتين تعادل شهادة رجل واحد، ويرجع البعض ذلك إلى أن المرأة عرضة للنسيان، وغير قادرة على الانتباه لدقائق الأمور مثل الرجل الذي يتعرض لذلك بدرجة أقل، مما جعله يدعم شهادة الواحد بآخر، ولأن المرأة أقل قدرة فطريا منه دعم شهادة الواحدة بشهادة أخرى، فالإسلام يركز على قدرة الشخص بالأمر المكلف به، لهذا كلف المرأة وحدها بالشهادة في بعض الأمور، وكلف الرجل في أمور أخرى، فيما اشترط شهادة أكثر من رجل أو امرأة في أمور أخرى، فالمسألة في الشهادة ليست مسألة تشريف وإنما مسألة تكليف الإنسان بما يطيق⁽⁵⁾، والمساواة كانت في هذا فكلفت المرأة بما تطيق تماما كما كلف الرجل بما يطيق.

نعتقد أن شهادة المرأة في عقد الزواج غير مقبولة في أعرف الجزائريين، لهذا كان حريا على المشرع الجزائري أن يشترط شاهدين رجلين، لأن الإنفتاحية الشكلية على حقوق المرأة غير الواقعية تفرض اختلافا شاسعا بين القانون والواقع، وهو ما يضر بالمرأة، ويجعل مركزها القانوني غير الواقعي.

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 3، المرجع السابق، ص 403.

² - الجزيري، المرجع السابق، ص 926.

³ - ابن حزم، المحلى، جزء 9، المرجع السابق، ص 465.

⁴ - جميل فخري محمد جانم، مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 134.

⁵ - معروف الدواليبي، وضع المرأة في الإسلام، مجلة الحقوق والشريعة، مجلد 07، عدد 03، جامعة الكويت، 1983، ص ص 237-

259، ص 250-251.

خامسا- الموانع الشرعية: تنقسم هذه الموانع إلى مؤبدة ومؤقتة، وفي كلاهما المرأة ممنوعة على الرجل، أو هو ممنوع عليها.

1- الموانع المؤبدة: تتمثل حسب المادة 24 ق.أ.ج في المحرمات بالقرابة والرضاع والمصاهرة، وأضاف عليها القانون التونسي المطلقة ثلاثا في الفصل 14 م.أ.ش.

أ- المحرمات بسبب القرابة: تبنى المشرع الجزائري هذه المحرمات في المادة 25 ق.أ. والمشرع الكويتي في المادة 13 ق.أ.ش، والمشرع التونسي في المادة 15 م.أ.ش، وهن:

- فروع الرجل من النساء مهما نزلن، كالبنات، بنت البنات.
 - أصوله وإن علين، كالأم، الجدة لأبيه أو لأمه مهما علين.
 - فروع أبويه وإن نزل، كالأخوات الشقيقات أو لأب أو لأم وبناتهن مهما نزلن.
 - فروع الأجداد والجدات إذا انفصلن بدرجة واحدة، كالعمت الخالات مهما علين⁽¹⁾.
- ويقابلهم من جهة الرجال على الترتيب:

- أصول المرأة، كالأب، والجد لأب أو لأم مهما علوا.
- فروع المرأة، أي الابن، ابن الابن مهما نزلوا.
- فروع أبويها، كالأخوة الأشقاء أو لأب أو لأم وأبنائهم مهما نزلوا.
- فروع الأجداد والجدات إذا انفصلوا بدرجة كالأعمام والأخوال وإن علوا.

ب- المحرمات بسبب الرضاع: يقول عليه الصلاة والسلام: "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب"⁽²⁾، وهو ما تبناه المشرع الجزائري في المادة 27 ق.أ. والمشرع التونسي في الفصل 17 م.أ.ش، وكذا المشرع الكويتي في المادة 16 ق.أ.ش، فتحرم على الرجل من النساء، وعلى النساء من الرجال كل من سبق ذكرهم في المحرمات بالنسب.

ج- المحرمات بالمصاهرة، وهن حسب المادة 26 ق.أ.ج، والمادة 16 م.أ.ش.ت، والمادة 14 ق.أ.ش.ك:

- زوجات الأصول بمجرد العقد، فيحرم على الرجل زوجة أبيه، وزوجة جده لأبيه أو أمه وإن علوا.

¹ جميل فخري محمد جانم، مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق ص71؛ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 154.

² البخاري، صحيح البخاري، المصدر السابق، حديث رقم 2645، ص 243، وجاء فيه كذلك: "إن الرضاعة يحرم منها ما يحرم من الولادة"، حديث رقم 2646، ص 643، وحديث 5099، ص 1300.

- أصول الزوجة بمجرد العقد، أي تحرم عليه أم الزوجة وجدتها لأب أو لأم مهما عليين.
- زوجات الفروع بمجرد العقد، فتحرم عليه زوجة ابنه مهما نزل.
- فروع الزوجة المدخول بها، فتحرم عليه بنات زوجته وبناتهن مهما نزلن.
- الزوجة التي لاعنها، رغم أن المشرع الجزائري لم يتناول هذه المسألة إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية أجمعوا على عدم جواز زواج الزوجة الملاعنة من زوجها بشكل مؤبد⁽¹⁾.
- يبدو جليا أن مركز المرأة في مسألة الموانع المؤبدة مركزا متوازنا يوازن بين النساء الممنوعين مؤبدا على الرجال، والممنوعين على النساء من الرجال.
- 2- الموانع المؤقتة:** لا يمكن للرجل الزواج مؤقتا بالنساء التاليات:
 - زوجة غيره أو معتدته (غيره)، سواء من وفاة أو طلاق أو تفريق.
 - مطلقته ثلاثا حتى تتزوج بغيره فيتوفى عنها أو يطلقها بعد الدخول، وقد جعل القانون التونسي هذا مانعا مؤبدا كما أسلفنا.
 - أخت زوجته الحالية، لأنه لو تزوجها يجمع بين الأختين سواء من النسب أو الرضاع وهو محرم.
 - خالة زوجته الحالية أو عمته، لا يجوز الجمع بينهما.
 - الجمع بين أكثر من أربع نسوة.
 - المرأة الكافرة، أما المرأة الكتابية فيجوز له الزواج بها.
 - وبالمقابل يمنع على المرأة الزواج مؤقتا بالرجال التالين:
 - بأي رجل أثناء زواجها أو عدتها من غيره عن وفاة أو تفريق أو طلاق.
 - مطلقها ثلاثا حتى تتزوج غيره فيطلقها أو يتوفى عنها بعد البناء.
 - زوج أختها الحالي.
 - زوج عمته الحالي أو خالتها.
 - الرجل المتزوج بأربع نسوة، فلا يمكن أن تكون هي الخامسة.
 - الرجل غير المسلم حتى يسلم، فلا يجوز أن يكون ملحد أو له دين غير الإسلام، فلا يجوز أن يكون كتابيا عكس المرأة التي يمكن أن تكون كتابية.

¹ - الجزيري، المرجع السابق، ص 1202.

وقد تناول المشرع الجزائري هذه الموانع في المادة 30 ومواد أخرى من تقنين الأسرة، وتبناها المشرع الكويتي في المواد 18-22 ق.أ.ش، غير أنه أضاف حالة أخرى في المادة 23 من نفس القانون، وهي المرأة التي أفسدها على زوجها إلا إذا عادت لزوجها الأول ثم طلقها أو مات عنها، أما المشرع التونسي فقد تناول في الفصل 2/14 م.أ.ش حالة "تعلق حق الغير بزواج أو عدة"، ويكون بذلك قد اكتفى بالحالة الأولى فقط من الحالات السابقة.

نخلص إلى أن دائرة المحرمات عند المرأة أكثر من الرجل، هو يمكنه الزواج من كتابية وهي لا، هو يمكنه أين يتزوج أثناء عدة مطلقته وهي لا، كما أنه يمكنه الزواج أثناء زواجه لغاية أربع زوجات أما هي فلا يمكنها التعدد، وكذلك إذا نفذت الطلقات الثلاث بين الزوجين، لا يمكنهما العودة مجددا إلا إذا تزوجت المرأة ودخل بها ثم تم الطلاق أو الوفاة، ولا يشترط ذلك في الزوج، وطبعا لكل هذه الفروقات أسبابا ومبررات.

سادسا - حق المرأة في الاشتراط في عقد الزواج:

إن مبدأ سلطان الإرادة يقتضي جواز الاشتراط في كافة العقود الرضائية القائمة عليه، ولأن عقد الزواج عقدا رضائيا يجوز الاشتراط فيه أيضا، فيحق للمرأة كما الرجل اشتراط ما تريده من شروط تراها ضرورية لتحقيق مصلحتها، وتكمن فيها فائدتها أو تركز لها حماية تريدها. غير أن حرية الاشتراط هذه ليست مطلقة، وإنما مقيدة ببعض القيود التي اختلفت التشريعات المقارنة والشريعة الإسلامية في تحديدها.

فالقانون الجزائري أقر صراحة جواز الاشتراط في المادة 19 ق.أ.ج، سواء عند إبرام عقد الزواج أو بموجب عقد رسمي لاحق، غير أنه قيد هذا الحق بعدم مناقضة العقد في حد ذاته، وإلا بطل الشرط فيما يبقى العقد صحيحا حسب المادة 35 من ذات التقنين⁽¹⁾، وكذلك أجاز القانون التونسي الاشتراط في الفصل 11 م.أ.ش، حيث أقر بثبوت خيار الشرط، ورتب على عدم وجوده أو مخالفته خيار الفسخ بطلاق من غير أن يترتب على الفسخ أي غرم إذا كان الطلاق قبل البناء، وكذلك في الفصل 21 م.أ.ش، حيث اعتبر الزواج فاسدا إذا تضمن شرطا يتنافى مع جوهر العقد، ونفس الشيء فعله المشرع الكويتي في المواد 40-42 ق.أ.ش، غير أنه رتب بطلان العقد إذا اقترن بشرط ينافي أصله، أما إذا كان الشرط لا ينافي أصل العقد

¹ - هناك تضارب بين هذه المادة والمادة 32 ق.أ. التي ترتب بطلان عقد الزواج متى تضمن شرطا يتنافى مع مقتضيات العقد، فيما المادة 35 ترتب بطلان الشرط فقط، وهذا تناقض كان على المشرع أن يتداركه عند تعديله لقانون الأسرة.

ولكنه ينافي مقتضاه أو كان محرما فإنه يبطل فيما يصح العقد، في حين إذا كان صحيحا لا ينافي لا أصل العقد ولا مقتضاه لزم المشتراط عليه، فإن أخل به جاز للمشروط له طلب الفسخ. لقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على جواز الاشتراط في عقد الزواج، وإن كان مالك يعتبرها مكروهة، غير أنهم اختلفوا في توسيع أو تضيق دائرتها، فالظاهرية لا يجيزون اشتراط إلا ما نص عليه شرعا، والحنابلة وسعوا في دائرتها فأجازوا كل الشروط إلا ما منعه الشارع الحكيم⁽¹⁾، أما المالكية والحنفية والشافعية فأجازوا الشروط التي ليست من مقتضيات العقد ولكنها تحقق مصلحة لأحد الطرفين تتفق مع مقتضى العقد ولا تنافيه، وإلا كانت باطلة فيما يصح العقد⁽²⁾.

وفيما يلي سنتناول بعض الشروط التي يحق للمرأة أن تشترطها، سواء وردت في قانون الأسرة أم لم ترد:

1- الشروط الواردة في تقنين الأسرة: لقد ذكر المشرع الجزائري في المادة السابقة شرطين من الشروط المباح اشتراطها في عقد الزواج، وذلك على سبيل المثال لا الحصر، وهما شرط عمل المرأة وعدم تعدد الزوجات، وذلك نظرا لأهميتهما، ولتجنب الخلاف القائم في الشريعة الإسلامية حول جوازهما، وقطعا للخلاف الذي كان قائما قبل التعديل حول جواز اشتراط عدم التعدد، حيث كان يعتبره البعض يتنافى مع أحكام القانون⁽³⁾.

أ- شرط عدم الزواج عليها: يجوز للزوجة أن تشترط على زوجها أن لا يتزوج عليها، سواء مطلقا أو إلا برضاها، ومتى كان ذلك وجب على الزوج الالتزام به، ولا يستطيع التحلل منه إلا إذا تنازلت عنه، أما إذا لم تتنازل فلها طلب التطليق حسب المادة 9/53 ق.أ.ج، وقد تأثر المشرع الجزائري في هذا الشرط بالمذهب الحنبلي الذي يجيزه، عكس المذهب الشافعي الذي رتب بطلان الشرط مع بقاء العقد صحيحا، والمالكي الذي اعتبره صحيحا غير لازم مع ندب الوفاء به، وكذلك الحنفي الذي لا يرتب على عدم الوفاء به الفسخ، وإنما فقط يحق للزوجة مهر

¹ - المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، ص 464.

² - الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 130-131.

³ - لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص 61.

المثل وليس المهر المسمى⁽¹⁾، ويرى البعض أنه ساير الأحناف الذين يجيزون اشتراطه ويعتبرونه نافذاً⁽²⁾.

أما التشريعات المقارنة، فلم يتناولها المشرع التونسي لأنه لا يجيز التعدد، فيما سكت عنها المشرع الكويتي.

ب- شرط العمل: يمكن للزوجة أن تشتت على زوجها أن لا يمنعها من العمل، سواء كانت غير عاملة تبحث عن وظيفة، أو كانت عاملة فلا يوقفها، ونعتقد أن الزوجة هنا يمكنها أيضا أن تشتت عدم عملها، خاصة لو كانت عاملة، ومن جانب آخر يمكن للزوج أن يشترط عليها عدم العمل.

2- الشروط التي لم ترد في تقنين الأسرة: إلى جانب هذان الشرطان توجد عدة شروط أخرى لا يكمن حصرها، لذلك لم يذكرها المشرع، منها شرط مزاولة الدراسة ومتابعتها، السكن المنفرد والمستقل مكانا ومعاشا عن أهل الزوج أو عن ضررتها، عدم السفر بها أو إخراجها من بلدها إلى بلد أجنبي أو إلى مكان بعيد عن أهلها إلا برضاها، أن يكون الطلاق بيدها تمارسه عندما يلحقها الضرر⁽³⁾، بالإضافة إلى هذه الشروط يحق لها أن تشتت كفاءة⁽⁴⁾ الزوج، وهو الشرط الذي اختلف الفقهاء والتشريعات حوله، فبينما لم يشترطه المشرع الجزائري والتونسي تاركين أمره لحرية وإرادة الأطراف التامة، اشترطه المشرع الكويتي واعتبرها من شروط اللزوم في عقد الزواج في المادة 34 ق.أ.ش، كما اعتبرها حقا خالصا للمرأة ووليها تخولها حق طلب الفسخ عند فواتها، وقد نظم أحكامها في المواد 34-39 من ذات التقنين، أما فقهاء الشريعة فقد اختلفوا حول جوازها من عدمه:

- فذهب الظاهرية والثوري والحسن البصري والكرخي إلى عدم اشتراط الكفاءة مطلقا ويلزم عقد الزواج ويصح بدونها، ولهم في ذلك أدلة عديدة لا يتسع المجال لذكرها⁽⁵⁾.

¹ - سمارة محمد، المرجع السابق، ص 131-136.

² - أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات -دراسة فقهية ونقدية مقارنة- دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 131.

³ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 75.

⁴ - يقصد بالكفاءة لغة المساواة والمماثلة، أما اصطلاحا فتعني مساواة الزوج لزوجته في أمور مخصوصة حتى لا تعير هي ولا أولياءها بزوجها، أو هي المساواة بين الزوجيين في أمور مخصوصة يعتبر الإخلال بها مفسد للحياة الزوجية.

⁵ - نقلا عن عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 66

الباب الأول: المركز القانوني للمرأة في أحكام الزواج وانحلاله.

- وذهب جمهور الفقهاء من مالكية⁽¹⁾، وحنفية⁽²⁾، وحنابلة⁽³⁾، وشافعية⁽⁴⁾ إلى اشتراط الكفاءة في عقد الزواج ولهم أدلتهم ومبرراتهم، أهمها أن الحياة لا تستقيم بين شخصيين غير متكافئين ولا متوازيين، كما أن المرأة إذا كان زوجها أدنى منها قد تستكف وترفض أن يكون له حق القوامة عليها، كما أنها قد تعير هي وأهلها بهذا الزوج، وقد تعير هي أو أهلها زوجها وأهله، وهو ما يسيء للزوجين وعائليتهما⁽⁵⁾.

إن فقهاء هذا الاتجاه إن كانوا قد اتفقوا على اشتراط الكفاءة في جانب الرجل، أي أنها حق خالص للمرأة، فإنهم اختلفوا حول اعتبارها من شروط اللزوم أو الصحة، وحول مجالها:

- فذهب المالكية إلى اعتبارها من شروط الصحة، وأنها تعتبر في الدين والمال، أي السلامة من العيوب المثبتة للخيار⁽⁶⁾.

- ذهب الحنفية إلى أنها من شروط اللزوم، وإن كان منهم من يعتبرها من شروط الصحة⁽⁷⁾، وهي تعتبر في النسب، الدين، المال، الغنى، الحرفة والحرية⁽⁸⁾.

- ذهب الحنابلة إلى اعتبارها من شروط اللزوم، وإن كان روي عن الإمام أحمد في إحدى رواياته أنها من شروط الصحة⁽⁹⁾، وهي تعتبر عندهم في الدين والحرفة فقط.

- أما الشافعية فاعتبروها من شروط اللزوم، وهم يشترطون أن تكون سبعة أمور، وهي: الدين، النسب، الحرية، السلامة من العيوب، المكسب، المال، السن⁽¹⁰⁾.

أما الشروط التي لا تجوز للمرأة اشتراطها في عقد الزواج فهي تلك المخالفة والمنافية لقانون الأسرة، كشرط عدم ثبوت نسب الطفل إلى أبيه، عدم الوطء، أن لا يرثها زوجها، أن لا تتجب الأولاد من دون مبرر، أن يطلق ضررتها في حالة تعدد الزوجات أو أن لا يقسم لها، وإن وجدت

1- أحمد بن أحمد المختار الجنكي الشنقيطي، مواهب الجليل من أدلة خليل، الجزء 03، دار إحياء التراث الاسلامي، الطبعة الأولى، قطر، 1427 هـ، ص 52.

2- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 2، المرجع السابق، ص 318.

3- المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، ص 446-447.

4- الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 09، المرجع السابق، ص 100.

5- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 12.

6- الشنقيطي، مواهب الجليل من أدلة خليل، الجزء 03، ص 53.

7- جميل فخري محمد جانم، مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 154.

8- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 2، المرجع السابق، ص 312-321.

9- ابن قدامة المقدسي، المغني، الجزء 9، المرجع السابق، ص 387-388.

10- الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 9، المرجع السابق، ص 102.

مثل هذه الشروط كانت باطلة، فيما العقد يبقى صحيحا، وكذلك حكم الشروط الفاسدة التي يضعها الزوج، كشرط عدم الإنفاق أو عدم الوطأ.

بالإضافة إلى هذه الشروط هناك شروطا فاسدة لا تبطل هي فقط، وإنما تبطل العقد كله، كاشتراط الزواج لمدة معينة فقط، وإن كان من المذاهب يجيزونه كالشيعة.

سابعاً - الرخصة:

إضافة إلى الشروط السابقة اشترط المشرع على بعض الفئات سواء كانت تضم نساء أو رجالا تقديم رخص خاصة، منها:

1- رخصة تعدد الزوجات: إن المشرع الجزائري أجاز تعدد الزوجات، غير أنه اشترط استصدار رخصة تسمح له بالتعدد من طرف رئيس المحكمة الذي يتمتع سلطة تقديرية واسعة في منحها، وأقرنها بمجموعة أوردها في المادة 8 ق.أ، والتي تتمثل فيما يلي:

- إثبات موافقة ورضا الزوجة السابقة والمرأة التي يريد الزواج بها، وإعلان رضاهما صراحة.
- إثبات المبرر الشرعي مثل العقم أو المرض المقعد عن الواجبات الزوجية.
- قدرة الزوج على توفير العدل بين الزوجتين اقتصاديا وماليا وسكنا.
- قدرة الزوج على توفير الشروط الضرورية للزواج.

2- رخصة الأهلية: وهي التي يستخرجها القاصر الذي يريد الزواج قبل بلوغه سن الرشد وتستصدر من طرف رئيس المحكمة إذا اقتضت ذلك الضرورة أو المصلحة بشرط القدرة على الزواج، والتي لم يحدد المشرع المقصود بها، هل القدرة الفسيولوجية الجسدية أم القدرة الاقتصادية، والأرجح أنه يقصدهما معا.

ويتمتع رئيس المحكمة بسلطة واسعة في تقدير مدى توفر هذه الشروط، وبالتالي منح الرخصة أم لا.

3- رخصة الأجانب: يلتزم الأجانب بتقديم رخصة من الوالي حتى تبرم عقود زواجهم.

4- رخصة أعوان الأمن: حسب المادة 23 من المرسوم 38-481 المتعلق بالأحكام والقواعد المطبقة على موظفي الأمن الوطني⁽¹⁾، فإنه لا بد على رجال الأمن الوطني لإبرام عقود زواجهم

¹ - المرسوم 83-481 المؤرخ في 4 دي القعدة 1403 هـ الموافق لـ 13 غشت 1983 المتعلق بالأحكام المشتركة الخاصة المطبقة على موظفي الأمن الوطني، ج.ر.ج. عدد 34 الصادرة 7 ذو القعدة 1403 هـ الموافق لـ 16 غشت 1983 م.

أن يقدموا نسخة من رخصة تقدم لهم من طرف الجهة التي لها صلاحية التعيين، وذلك خلال ثلاثة أشهر قبل الاحتفال بالزواج⁽¹⁾.

هـ- رخصة مصالح الدفاع الوطني: يجب على المنتسبين لهذا السلك أن يقدموا رخصة مسلمة من وزارة الدفاع الوطني لإبرام عقود زواجهم.

إن كل الرخص السابقة تشترط في الرجل والمرأة على السواء، ما عدا رخصة التعدد فهي خاصة فقط بالرجل، لأنه هو فقط من يحق له الزواج بأكثر من واحدة.

المبحث الثاني:

المركز القانوني للمرأة في آثار عقد الزواج

إن قيام عقد الزواج صحيحا بتوفر ركنه وكافة شروطه يترتب مجموعة من الآثار القانونية تتجلى في مجموعة من الحقوق والواجبات لكل طرف، والتي وفي ظل اختلاف الوظيفة الأسرية والزوجية بين طرفي عقد الزواج بسبب الاختلافات الطبيعية والفطرية الجسدية والنفسية، وأمام الأفكار المنادية بضرورة المساواة، يثور التساؤل حول الحقوق والواجبات التي تتمتع بها الزوجة -باعتبارها محل الدراسة- كنتيجة لعقد الزواج، وهل يشترط في هذه الحقوق والواجبات أن تكون متساوية، أي ذات الحقوق وذات الواجبات أم يكفي أن تكون متوازنة، بحيث لا تستحق ولا تلتزم إلا ما يتفق مع طبيعتها؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تتطلب تحديد حقوق المرأة وواجباتها كاملة، وهو ما سنقوم به في المطلبين التاليين.

المطلب الأول: حقوق المرأة المترتبة على عقد الزواج.

يختلف مركز المرأة في آثار عقد الزواج على ضوء اختلاف مكانتها في الأسرة التي ترتبت على ذلك الزواج، حيث نجد الزوجة والأم والبنت، ولكل منهن حقوقا وواجبات.

الفرع الأول: حقوق المرأة كزوجة.

إذا كانت الحقوق عامة إما مادية أو معنوية، فإن حقوق الزوجة أيضا هي إما مادية أو معنوية، وهو ما سنتطرق له في الفرعين التاليين:

¹ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 64.

أولاً: حقوق الزوجة المعنوية.

يقصد بالحقوق المعنوية تلك التي لا تتعلق بالمال، وإنما تقتصر على الجوانب الحسية والروحية فقط، وهي تتمثل فيما يلي:

1- حق الاستمتاع: هو حق العشرة الطبيعي الذي تقتضيه العلاقة الزوجية والغريزة الفطرية لدى الإنسان رجلاً كان أو امرأة، أي هو حق الاتصال الجنسي بين الزوجة وزوجها في إطار ضوابط معينة تميز علاقات الإنسان الجنسية عن العلاقات الحيوانية، والذي أباحه الله تعالى في قوله: "والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين، فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون"⁽¹⁾.

إن هذا الحق لا يقتصر على الزوج فقط بل هو للزوجة أيضاً، حيث يلتزم بموجبه الزوج بتمتع زوجته وتمكينها من استمتاعها به استمتاعاً مباحاً ومشروعاً، في الوقت التي تريده، وبالنحو الذي تحتاجه، ولا يجوز له الامتناع أو الإعراض عنها إلا بمبرر شرعي كالمرض أو الإحرام أو الصيام وغيرها، وإلا كان عليه وزر الامتناع.

أما مقدار الاتصال فمتروك لقدرة الزوجين وظروفهما على ألا يتجاوز ذلك مقدارا تتضرر فيه المرأة، وقد أجمع غالبية فقهاء الشريعة الإسلامية على ضرورة تحديد مدة قصوى لا يجوز للزوج تجاوزها دون اتصاله بزوجه فيها، غير أنهم اختلفوا في تحديد هذه المدة:

- فذهب الإباضية إلى تحديدها بأربعة أيام، حيث يلتزم الزوج عندهم بمواعدة زوجته كل أربعة أيام إلا إذا وجد عذراً به أو بها.

- وذهب الظاهرية إلى ضرورة الاتصال على الأقل مرة كل طهر، ما لم يكن هناك مبرر.

- في حين ذهب جمهور الفقهاء من مالكية وحنابلة⁽²⁾ وحنفية إلى تحديد تلك المدة بأربعة أشهر⁽³⁾، وذلك قياساً على قوله تعالى: "والذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر، فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم، وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع بصير"⁽⁴⁾، وهي آية خاصة بالإيلاء الذي يعتبر نوعاً من أنواع امتناع الزوج عن مجامعة زوجته، فيحلف على عدم قربانها، وقد

¹ - الآية 5-6 من سورة المؤمنون.

² - المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، المرجع السابق، ص 476.

³ - محمد سمارة، المرجع السابق، ص 256-266؛ فيصل محمد خير الزراد، المرأة بين الزواج والطلاق في المجتمع العربي والإسلامي، دار الكتاب العربي، بيروت- لبنان، 2010، ص 82.

⁴ - الآية 226-227 من سورة البقرة.

كان منتشرا بكثرة في الجاهلية، ولكن بمجيء الإسلام وحفاظا وحماية لحقوق المرأة منحه الشارع الحكيم مهلة أربعة أشهر يراجع فيها نفسه، فإن عاد وتاب حفظت حقوقها وحقوقه، وإن استمر في عناده جاز لها أن تطلب الطلاق⁽¹⁾.

وكذلك حرم الدين الإسلامي ما يعرف بالظهار، وهو أن يحلف ويحرم الرجل امرأته مشبها إياها بأمه، كأن يقول: "أنت علي كظهر أمي"، فيمتنع عن مجامعتها والاتصال بها جنسيا⁽²⁾. وقد خالف الشافعية هذا كله وقالوا بعدم وجوب الوطأ على الزوج، لأنه مسألة تليذ ولا يجبر أحد عليه، وبما أنه حق للزوج فيجوز له تركه إذا أراد⁽³⁾.

إن حق الزوجة لا يقتصر على الاستمتاع بزوجها فقط، بل من حقها عليه أيضا أن يتزين لها كما تتزين هي له، حتى يسرها ويحصنها فلا تنظر إلى غيره من الرجال، وقد قال ابن عباس: "كنت أتزين لإمرتي كما تتزين لي"، أو "واني أحب أن أتزين لامرأتي كما أحب أن تتزين لي"⁽⁴⁾. إن كل الأحكام السابقة مأخوذة من الشريعة الإسلامية، لأن المشرع الجزائري لم يفصل فيها، وإنما اكتفى بالنص عليها بصفة عامة في المادة 36 ق.أ التي جاء فيها: "المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة"، أما باقي التقنيات المقارنة، فنجد التونسي أشار إلى هذا الحق في الفصل 2/23 م.أ.ش الذي جاء فيه: "ويقوم الزوجان بالواجبات الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة"، أما القانون الكويتي فلم يتطرق إليه، ليس لأنه غير مشروط، بل لأنه يترتب ضمنيا باعتباره من مقتضيات الحياة الزوجية، فلا حاجة للنص عليه بصراحة، وهو ما يؤيده البعض لأنهم يعتبرون أنه ليس من اللائق صياغته في نصوص قانونية، وأنه ليس من السهل ضبطه فيها⁽⁵⁾.

¹ - مولاي ملباني بغدادي، المرجع السابق، ص 204.

² - مولاي ملباني بغدادي، المرجع نفسه، ص 204

³ - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 9، المرجع السابق، ص 572.

⁴ - عن جميل فخري محمد جانم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، 2009، ص 56.

⁵ - محمود سلام زناتي، حقوق وواجبات الزوجين بين الماضي والحاضر -دراسة تاريخية مقارنة-، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة

12، العدد الأول، مطبعة جامعة عين شمس، سنة 1970، ص 493.

2- حق المساكنة الشرعية: لا يقصد به حق السكن أو توفير المسكن للزوجة، لأن هذا من حقوقها المادية، وإنما حق مساكنتها في منزل الزوجية والإقامة معها فيه، ولا يجوز أن يغادره دون سبب مشروع، كما لا يحق له أن يمنعها من الإقامة حيث يسكن⁽¹⁾.

لقد كان هذا الحق يعتبر من حقوق الزوج على زوجته، أي التزام على الزوجة أكثر كما هو واجب، غير أنه بتطور الأفكار وتغير الظروف المختلفة أصبح يأخذ معنى الحق بالنسبة للزوجة تماما كما هو واجب عليها.

3- حق المعاشرة بالمعروف والاحترام والمودة والرحمة: من حق الزوجة على زوجها أن يعاملها معاملة حسنة، ويعاشرها عشرة طيبة، فلا يستعمل معها أسباب التجريح، ولا الكلمات القاسية والأوامر الصارمة، ولا يكرهها على ما لا تريد أو يصدر منه ما تكره، ويكون لطيفا في معاملته لها مهذبا في سلوكه معها، طيبا في حديثه، جميلا في كلامه، مبتسما في لقاءها، ودودا في نظرتة، حريصا على جلب السعادة والسرور لها، وإبعاد الشقاوة والحزن عنها⁽²⁾، أي يكون لها لباسا ويجعلها له لباسا.

ومن حسن المعاشرة صبر الزوج على زوجته وخلقها واحتمال أذاها له، والمحافظة على أسرارها فلا يكشفها لأحد، وكذلك من حق الزوجة على زوجها أن يعلمها القراءة والكتابة إن كانت أمية، وأن يفقهها في أمور دينها ودنياها⁽³⁾، وأن يكرمها ويحترم شخصيتها، ويدع لها الحرية لتعبر عن رأيها بصراحة تامة، ويشعرها بمكانتها وقيمتها عنده، فيستشيرها في أموره، ويأخذ برأيها إن كان صوابا.

ويرى البعض⁽⁴⁾ أنه من حسن معاشرة الزوج لزوجته المحافظة على حياتها، لأنه جمال المرأة وكذا حسن الظن بها، فلا يشك فيها ولا يتجسس عليها، ويمتنع عن تتبع عثراتها وتأويل حركاتها وتصرفاتها وكلماتها وتأويلها يفسد عليه عيشه معها.

إن حسن المعاشرة لا تقتصر على ما سبق، ولكن تتعداه إلى المداعبة والمزاح والملاعبة في حدود الحكمة والاعتدال، فلا يكون مكفهر الوجه، غليظا جافا، وإنما لنا حنونا يجعل لها مكانة

¹ - جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 73؛ أحمد أباش، الأسرة بين الجمود والحداثة، الطلعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011، ص 164.

² - جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 66.

³ - مولاي ملىان بغدادى، المرجع السابق، ص 128.

⁴ - جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 68.

ومعاملة خاصة بها دوناً عن غيرها⁽¹⁾، ولا يتنافى هذا الانبساط معها في الوفاق أو الهيبة التي يجب أن تستشعرها الزوجة في زوجها⁽²⁾، كما يجب عليه عدم الإضرار بها، سواء معنوياً كالشتم والسب والقول القبيح وتعبيرها بأشياء تخصها أو توبيخها لمجرد التجريح والإهانة، وشم أهلها وسبهم، أو مادياً كالضرب غير المبرر أو منعها من أداء عبادتها كالصلاة وغيرها⁽³⁾.

يعتبر هذا الحق من أهم حقوق الزوجة على زوجها، لأن العشرة الحسنة هي التي تضمن استمرارية الحياة الزوجية، ويقع العبء الأكبر في توفير هذه العشرة على الزوج، حيث يلتزم فيها أكثر من المرأة، لأنها أمانة لديه يحفظها ويصونها، ولأن النساء خلقن وفي طبعهن الانفعال، لذلك نجد أن غالبية الآيات القرآنية والأحاديث القرآنية موجّهة للرجال⁽⁴⁾.

إن المشرع الجزائري نص على هذا الحق صراحة في المادة 2/36 ق.أ كحق مشترك بين الزوجين، وكذلك القانون التونسي في الفصل 23 م.أ.ش⁽⁵⁾ الذي نص عليه كواجب وحق للزوجة، أما القانون الكويتي فلم يتطرق إليه.

4- حق التعاون والتشاور في تسيير شؤون الأسرة: إن الأسرة السليمة التي توجد المجتمع المتطور والراقي هي التي تقوم على أسس صحيحة وقوية، وتستمر بعد قيامها لتزداد قوة وترابطاً، وذلك لا يكون إلا إذا كانت قائمة على حسن المعاشرة، وعلى تسيير شؤونها في إطار التعاون والتشاور، حيث يكون كل طرف عوناً للطرف الآخر، ويتجسد ذلك من خلال حق الزوجة على زوجها في أن يعاونها ويشاورها في كل أمور الأسرة، ومن حقها كذلك أن تعاونه وتشاوره في كل أمور الأسرة أيضاً.

لقد تناول المشرع الجزائري هذا الحق في الفقرتين 3 و 4 من المادة 36 ق.أ، فيما تناوله المشرع التونسي في الفصل 23 م.أ.ش، بينما لم يتناوله المشرع الكويتي، في حين فصل فيه فقهاء الشريعة الإسلامية كثيراً.

1.4- حق التعاون في شؤون الأسرة: من حقوق الزوجة على زوجها مساعدته لها بكل ما تريده وتستطيعه لتحقيق مصلحة الأسرة، وما يزيد من قوتها واستمراريتها، سواء كانت هذه

¹ جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع نفسه، ص 66-67؛ مولاي ملياني بغدادي، المرجع السابق، ص 128.

² أحمد أباش، المرجع السابق، ص 170.

³ مولاي ملياني بغدادي، المرجع السابق، ص 127.

⁴ فيصل محمد خير الزراد، المرجع السابق، ص 81؛ أحمد أباش، المرجع السابق، ص 170.

⁵ جاء فيها: "على الزوج أن يعامل زوجته بالمعروف ويحسن عشرتها ويتجنب إلحاق الضرر بها".

المعاونة مادية أو معنوية، وفي كل أمور الأسرة بلا استثناء، ومن أهم الأمور التي تستدعي التعاون بين الزوجين هي تربية الأولاد تربية فاضلة، وتنشئتهم على الأخلاق الحميدة والكرامة، وإعدادهم جسميا وعقليا وروحيا واجتماعيا ليكونوا فعالين في المجتمع، وحفظهم من الانحراف والضياع، وكذلك بتعليمهم وفق المستطاع وحسب العصر والمجتمع الذي يعيشون فيه، وعدم استعمال العنف أو الضرب معهم، وكذلك رعايتهم صحيا منذ تكوينهم كأجنة في بطون أمهاتهم⁽¹⁾.

2.4- حق التشاور في تسيير شؤون الأسرة: يجب على الزوج أن يشاور زوجته في كل الأمور المتعلقة بالأسرة، والتي تهمهما معا، ولا يجوز له أن يتخذ قرارات انفرادية، كما يحق لها أن تستشيريه في كل تلك الأمور ويلتزم بالإشارة عليها، ومن أهم المسائل التي يتشاور فيها الزوجان تنظيم النسل الذي خصه المشرع الجزائري بالذكر في المادة 36 ق.أ. دونا عن غيره من المشرعين في القوانين المقارنة، والذي من خلاله يهدف إلى حماية المرأة التي تزايد عملها وانشغالها خارج البيت مما يمنعها من كثرة الإنجاب، وهو من المسائل التي يسرها التطور العلمي، حيث ابتدع طرقا عديدة ويسيرة أصبحت في متناول الجميع⁽²⁾.

5- حق الزوجة في حسن معاملة أهلها: يشترك القانون والشرع في الحث على المحافظة على الروابط الأسرية وتقويتها وتنميتها، بل أن صلة الرحم تعتبر من أهم الواجبات على الشخص ذكرا كان أو أنثى، ويعتبر الإسلام قطعها (الرحم) من قبل الإفساد في الأرض، بل أنه جعل اللعنة على قاطعها، وسبب عدم دخوله الجنة، ويبقى هذا الالتزام قائما على المرأة حتى بعد زواجها، كما أنه من حقها على زوجها حسن معاملتهم واحترامهم.

تناول المشرع الجزائري هذا الحق بالنسبة للزوجة ضمن الحقوق المشتركة بين الزوجيين مساويا تماما بينهما، وذلك في الفقرات 7.6.5 من المادة 36 ق.أ. أما باقي التشريعات المقارنة فلم تتناولها، سواء كان القانون التونسي أو الكويتي.

لقد أعاب البعض موقف المشرع الجزائري، وطالبوا بإلغاء مثل هذه النصوص، لأنه تدخل في تنظيم سلوك الزوجة، وفي ذلك مثارا للدهشة خاصة وأنها لم تقترن بجزاء، كما أن زيارة الأهل تدخل في الأمور التي يتشاور حولها الزوجان ولا داعي حسبهم لتدخل المشرع فيها⁽³⁾.

¹- جميل فخري محمد جانم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 74-75.

²- محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص 490.

³- بن الشيخ هجيرة دنوني، المرجع السابق، ص 484-485.

ويشمل هذا الحق حسب المشرع الجزائري ما يلي:

1.5- حق الزوجة في صلة رحم أهلها: إن زواج المرأة لا يقضي على علاقتها بأهلها، بل تبقى ملتزمة ومتمتعة بحق زيارتهم والتواصل معهم وتقديم الدعم لهم طالما كانت قادرة على ذلك ما لم يشكل إخلالا بالتزاماتها الزوجية، ولا يملك الزوج منعها من ذلك، لأنه ليس حقا لها فقط بل هو من حقوق الله تعالى أيضا، غير أن فقهاء الشريعة اختلفوا بشأنه فيما يتعلق بأقاربها المحارم وانقسموا إلى اتجاهين، هما:

- **الاتجاه الأول:** يمثله الحنفية في إحدى روايتهم، يرون أنه من حق الزوج أن يمنعها من زيارة أهلها.

- **الاتجاه الثاني:** يمثله المالكية، والشافعية حسب الراجح، والحنفية في روايتهم الأخرى، يرون أنه ليس من حق الزوج أن يمنع زوجته من زيارة أهلها، ولها أن تزورهم دون إذن منه، وذلك كل سنة مرة، وقيل كل شهر إن كانوا من غير والديها، فإن كانا والديها أو إحداهما فكل أسبوع مرة، فإن كان مريضا فتزوره وتخدمه حسب الحاجة، واستدلوا في ذلك بقوله "لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق".

غير أن المالكية اشترطوا لذلك أن يكون الطريق مأمونا، ولا تخاف على نفسها، فإن لم يكن كذلك فلا يجوز لها الخروج ولو مع رفقة آمنة، فيما اشترط فقهاء آخرون لصحة زيارتها لأهلها دون إذن زوجها أن يكونوا عاجزين أو يشق عليهما زيارتها، أما في غير ذلك فليس لها أن تخرج إلا بإذن زوجها.

وفي كل الأحوال لا يحق للزوجة أن تبيت عند أي من أقاربها إلا بإذن زوجها⁽¹⁾.

إذا كانت الزوجة تملك حق زيارة أهلها فإن تقنين الأسرة الجزائري جعل لها أيضا في المادة 36 منه حق استضافتهم في بيتها، غير أنه اشترط أن تكون بالمعروف دون مغالاة يشتهي منها الزوج وربما حتى الزوجة أحيانا، ولم يشترط المشرع إذن الزوج لذلك، أما الشريعة الإسلامية فقد اختلف فقهاءها كالتالي:

- ذهب المالكية والحنفية في رواية لهم إلى أن الزوج لا يملك منع أهل زوجته من الدخول والكلام معها، فإن كانا والديها أو أولاده الكبار من غيره فيحق لهما ذلك كل أسبوع مرة، أما إذا كانا أولادها الصغار من غيره فكل يوم، فيما يمكن لغيرهم ذلك كل سنة مرة، غير أنه يحق له

¹ - جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 96.

منعهم من الدوام أو القرار في بيته لما في ذلك من ضرر بالنسبة له ولأسرته، وربما حتى للزوجة ذاتها.

- وذهب الشافعية والحنفية في قولهم الآخر إلى أن زيارتهم لها تستدعي موافقة الزوج الذي يحق له منعهم من الدخول عليها ولو كان والديها، لأن المنزل ملكه، وله أن يمنع من يشاء من الدخول إليه، وذلك حتى لو اتهمهم بافسادها عليه

- وذهب الحنابلة إلى أنه ليس له منع أب زوجته من زيارتها إلا إذا اتهمه بافسادها عليه⁽¹⁾.

2.5- حق الزوجة في احترام زوجها لأهلها وحسن معاملتهم: يلتزم الزوج اتجاه زوجته باحترام أهلها وإكرامهم والتقرب منهم بالفعل كحسن المعاملة والاستقبال، وبالقول كالتحبيب إليهم بالكلام الطيب، وعدم ذكرهم بالسوء أو سبهم والثناء عليهم وعلى ابنتهم⁽²⁾.

6- حق الإنجاب: كان إنجاب الأولاد في المجتمعات القديمة يعتبر واجبا على الزوجة أكثر مما هو حق لها، لذلك كان يسمح للزوج بتطبيق زوجته العاقر أو اتخاذ زوجة ثانية، بينما لم يكن يسمح للزوجة بشيء مماثل، وكان واجب الزوجة عدم حرمان الزوج من الحصول على الذرية طالما بقيت لها القدرة على الإنجاب، فقد كانت وظيفتهما الأساسية إنجاب الأولاد، غير أن هذه الفكرة تغيرت بتغير الزمن، فأصبح في المجتمعات الحديثة الإنجاب حق للزوجة تماما كما هو حق للزوج⁽³⁾ وحق للأسرة والمجتمع.

إن تمتع المرأة بحق الإنجاب من زوجها يلزمه بتمكينها من ذلك بكل الوسائل التي تضمن تحققه، فيلتزم بوطئها في الفترات التي يحدث فيها الحمل، ولا يجوز له أن يمنعها من ذلك مهما كانت الوسيلة المستعملة، لا عن طريق إكراهها، كأن يلزمها بتناول حبوب منع الحمل أو استعمال اللولب أو عدم وطئها في فترات الإخصاب أو أية وسيلة أخرى، ولا عن طريقه هو، كاستعمال وسائل تمنع وصول النطف إلى رحم المرأة كالغلاف العازل أو اعتماد العزل⁽⁴⁾.

إن التزام الزوج بتمكين زوجته من الإنجاب لا يقتصر على ما سبق فقط، وإنما من حقها عليه إذا تعذر الإنجاب بسببه أن يعالج نفسه، أما إذا تعذر الإنجاب واستدعت الضرورة اللجوء

¹ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الكويتية، الجزء 24، المرجع السابق، ص 82.

² - محمد جانم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 71.

³ - محمود سلام زنتي، المرجع السابق، ص 490.

⁴ - وهو سحب القضيب بعد الإيلاج عند نزول النطف حتى لا تنزل في رحم المرأة منعا للحمل، وهو ما تنبأه الحنابلة من الفقه الإسلامي حينما منعوا العزل إلا بموافقة الزوجة، أما الحنفية فقد جعلوا العزل مكروها فقط، فيما أجازته الإمامية في زواج المتعة وفي الأشهر الحرم، وفي الزواج الدائم وحرومه من غيره، فيصل محمد خير الزراد، المرجع السابق، ص 93-94.

إلى الطرق العلمية الحديثة، فلا يتم ذلك إلا برضاها ورضاها، وهو حر في الموافقة أو لا، وذلك طالما كانت الطريقة جائزة شرعا وقانونا.

ومن أهم الطرق الحديثة نجد ما يعرف بالتلقيح الاصطناعي، وهو تدخل الطب في عملية إلقاح البويضة إما داخليا أو خارجيا، فالتلقيح الاصطناعي الداخلي "يتم بموجب إدخال السائل المنوي في المجاري التناسلية عند المرأة بهدف الإنجاب بواسطة حقن كمية ضئيلة في داخل عنق الرحم، وتحقن الكمية المتبقية من السائل المنوي في قعر المهبل خلف عنق الرحم"⁽¹⁾، أما التلقيح الاصطناعي الخارجي فيتم بأخذ بويضات حية من مبيض المرأة بعد تنشيطه بواسطة إبر أو حقن هرمونية، وتوضع في أنبوب خاص يحتوي على سائل فسيولوجي مناسب، ثم تضاف إليه حيوانات منوية حية، وتترك حتى يحدث التخصيب لتنتقل البويضة الملقحة إلى داخل رحم المرأة⁽²⁾.

لقد أباح المشرع الجزائري هذا الطريق في المادة 45 مكرر ق.أ التي استحدثت بعد تعديل 2005، ولكن بشروط محددة، منها: أن يكون الزواج شرعيا، أن يتم برضا الزوجين، أن يتم بمني الزوج وبويضة الزوجة دون غيرها، أن يتم زرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة وليس امرأة أخرى.

أما التشريعات المقارنة فلم تتناول هذا الطريق، فيما اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين حول جوازه من عدمه:

- فذهب **جانب منهم**⁽³⁾ إلى عدم جواز التلقيح مطلقا، سواء داخليا أو خارجيا، وسواء بمني الزوج وبويضة الزوجة أو بغيرهما، وسواء في رحم الزوجة أو في رحم غيرها.
- وذهب **أغلبهم** إلى التفرقة بين أنواع التلقيح وصوره، فالتلقيح إما أن يتم داخليا أو خارجيا، وإما بمني الزوج وبويضة الزوجة أو بغيرهما، وكذلك الحمل إما أن يتم في رحم الزوجة أو في رحم امرأة أخرى، ولكل حالة حكمها الخاص.
- **فإذا كان بماء الزوج وبويضة ورحم الزوجة، ففرقوا بين حالتين:**

¹- تشوار جيلالي، عولمة القانون ومدى تأثيره على أحكام الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد3، جامعة الجزائر كلية الحقوق، 2008، ص 100.

²- تشوار جيلالي، عولمة القانون ومدى تأثيره على أحكام الأسرة، المرجع نفسه، ص 108.

³- منهم أحمد الحجي عن تشوار الجليلي، عولمة القانون ومدى تأثيره على أحكام الأسرة، المرجع نفسه، ص 101.

- إذا كان **التلقيح داخليا** فغالبية الفقهاء المسلمون المعاصرون أجازوه، وكذلك أهم المجامع الفقهية الكبرى⁽¹⁾.

- أما إذا كان التلقيح خارجيا بماء الزوج وبويضة ورحم الزوجة، فقد انقسم الفقهاء حوله إلى رافض⁽²⁾ له ومؤيد⁽³⁾، غير أن الفريق الثاني اشترط لصحة التلقيح توفر شروط عدة، منها: وجود ضرورة وحاجة قصوى للجوء إليه، أن تكون الزوجية قائمة، موافقة كلا الزوجين، تلقيح بويضة الزوجة بماء زوجها، أن تتم هذه العملية فور حضور الزوج⁽⁴⁾، وبوجود ضمانات بنقل وتلقيح بويضة الزوجة من ماء زوجها، والاحتياط في حفظ البويضة الملقحة⁽⁵⁾.

- أما **التلقيح بغير ماء الزوج أو الاشتراك مع ماء غيره أو بغير بويضة الزوجة أو غير رحمها**: فقد أجمع الفقهاء المسلمون المعاصرون على تحريمه⁽⁶⁾، حتى لو كان التلقيح باستعمال رحم زوجة أخرى لنفس الزوج، وهو ما تبناه مجمع الفقه الإسلامي الأعلى في دورته الثالثة المنعقدة بالمملكة الأردنية، سالفه الذكر.

إن هذا الموضوع يحتاج إلى تفصيلات كثيرة⁽⁷⁾، وي طرح تساؤلات عديدة أوجدت خلافات كبيرة بين الفقهاء لا يتسع المجال لذكرها هنا، لأن ما يهمنا هو حق الزوجة في اللجوء إلى مثل هذا الطريق والموافقة عليه.

¹ - منها مجمع الفقهي الإسلامي الدولي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي في دورته الثالثة المنعقدة في المملكة الأردنية بين 8-13 صفر عام 1404 هـ الموافق لـ 11-16 أكتوبر 1986؛ اللجان الطبية الفقهية في جميع الدول الإسلامية، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية وغيرها من المجامع الفقهية، أما الفقهاء والأئمة فكثيرون هم أمثال يوسف القرضاوي، وهبة الزحيلي، محمود شلتوت وغيرهم عن تشوار جيلالي، عولمة القانون ومدى تأثيره على أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص 101.

² - منهم محمد إبراهيم شقرة وعبد الحليم محمود، عن تشوار جيلالي، عولمة القانون ومدى تأثيره على أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص 109.

³ - منها مجمع الفقهي الإسلامي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي في دورته الثالثة سالفه الذكر؛ ومحمد شلتوت، تشوار جيلالي، عولمة القانون ومدى تأثيره على أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص 110.

⁴ - تشوار جيلالي، عولمة القانون ومدى تأثيره على أحكام الأسرة، لمرجع نفسه، ص 103؛ مجمع الفقه الإسلامي الأعلى في دورته الثالثة، سالفه الذكر، المنعقدة عام 1404 هـ.

⁵ - تشوار جيلالي، عولمة القانون ومدى تأثيره على أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص 110.

⁶ - منها مجمع الفقهي الإسلامي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي في دورته الثالثة سالفه الذكر، ورواد الفقه الإسلامي كالشيخ يوسف القرضاوي، علي طنطاوي، مصطفى أحمد الزرق، بكر بن عبد الله أبو زيد، عن تشوار جيلالي، عولمة القانون ومدى تأثيره على أحكام الأسرة، المرجع نفسه، ص 124.

⁷ - في هذا الموضوع، تشوار جيلالي، عولمة القانون ومدى تأثيره على أحكام الأسرة، المرجع نفسه، ص 89-132.

7- حق حرمة المصاهرة: إن مجرد قيام الزوجية يرتب حرمة المصاهرة بين الزوجين، فيحرم زواج أحدهما ببعض أقرباء الآخر، فتحرم على الزوج من أقارب زوجته: أمها بمجرد إبرام عقد الزواج، بنتها بالدخول بها ولا يكفي العقد عليها، عمتها أو خالتها طالما كانت الزوجية قائمة بالزوجة⁽¹⁾.

ولم يتناول المشرع الجزائري هذا الحق في إطار حقوق وواجبات الزوجين، ولكنه تناوله ضمنا في موانع عقد الزواج.

8- حق وراثة زوجها: يتحقق الميراث من الميت إلى الحي بسببين: النسب والزوجية، لذلك فإن الزوجة من حقها أن ترث زوجها المتوفي وتأخذ نصيبها المحدد شرعا وقانونا طالما كانت الزوجية قائمة، أما إذا كانت لها مع زوجها شراكة وتوفي فإنها تأخذ حكم الدائن، حيث تصفى الشركة وتأخذ نصيبها، وما تبقى بعد سداد الديون فذلك هو التركة التي تتم قسمتها⁽²⁾ ومنها تأخذ نصيبها.

لم يتناول المشرع الجزائري هذا الحق ضمن آثار عقد الزواج وإنما في أحكام الميراث في المادة 126 ق.أ.

9- حق الاحتفاظ باسمها: إن الفكرة التي كانت سائدة في المجتمعات القديمة هي أن المرأة بمجرد زواجها تفقد اسم عائلتها لتحصل على اسم زوجها، فإذا حدث الطلاق تفقد ذلك الاسم لتعود إلى اسم عائلتها⁽³⁾، غير أن مجيء الإسلام غير الفكرة وجعل مسألة حمل الزوجة لاسم زوجها مبنيا على إرادتها، فإن شاءت حملته دون اسم عائلتها، وإن شاءت حملته إلى جانب اسم عائلتها، وإن لم ترغب لا تحمله مطلقا وتبقى باسم عائلتها، ولا يملك أحد أن يجبرها على غير إرادتها حتى ولو كان زوجها⁽⁴⁾، فالإسلام الذي تبنت التشريعات المقارنة أحكامها منه لم يمح شخصية المرأة بزواجها، وإنما أبقاها مستقلة متمتعة بخصوصياتها وميزاتها.

¹ - مصطفى إبراهيم الزلمي، المرجع السابق، ص 81؛ سمارة محمد، المرجع السابق، ص 266.

² - مصطفى إبراهيم الزلمي، المرجع السابق، ص 80.

³ - محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص 487.

⁴ - جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 94؛ أحمد أباش، المرجع السابق، ص 171؛

ناصر الدين ماروك، المرجع السابق، ص 285.

وما يلاحظ في هذه المسألة أن الزوجة لا يمكنها أن تمنح اسمها لزوجها، وهذا عكس ما ذهبت إليه بعض التقنيات الغربية التي تجيز للزوج أن يحمل اسم زوجته، بل تجيز للزوجين عند الزواج اختيار الاسم الذي يريدان حمله⁽¹⁾.

10- **الحق في حرية الإرضاع:** إن مسألة الإرضاع تثار غالباً كالتزام على عاتق الأم أو الزوجة، غير أننا سنناقشها في هذا الموضع كحق للزوجة وناقش مدى فهل تمتعها بحق رفض أو التمسك بإرضاع أولادها أو أولاد زوجها؟

كقاعدة عامة فإن الزوجة تتمتع بحرية كبيرة في مسألة الإرضاع، فإن أرادت أن ترضع أولادها لا يملك أحد أن يمنعها من ذلك حتى لو كان زوجها أب أولادها⁽²⁾، شريطة أن تستطيع ذلك، أما إذا لم ترد ذلك فقد اختلف الفقهاء بشأنها:

فلا تجبر عند الحنفية إلا إذا لم توجد مرضعة أخرى، فإن قررت هي الإرضاع فليس لها حق الأجرة من زوجها، لأن مهمة الرضاعة أساساً تقع على عاتقها ديانة، وإن كانت ليست واجبة شرعاً، أما إذا كانت مثبتة فقد اختلفوا بين من جعل لها الإرضاع بأجرة ومن رفضها⁽³⁾، فيما يلزمها المالكية بالإرضاع إذا كانت الزوجة لوالدهم ودون أن يكون لها طلب الأجرة، غير أنه إذا كانت شريفة وعالية القدر أو مطلقة طلاقاً بائناً فلها طلب الأجرة⁽⁴⁾، ولا تلتزم عند الشافعية بالإرضاع إلا للبا، فإن أرضعت جاز لها طلب الأجرة⁽⁵⁾، أما الحنابلة فيعتبرون أن إرضاع الولد من واجبات الأم الأسرية، فتجبر عليه طالما كانت زوجة للآب وبدون أجرة⁽⁶⁾.

إن هذه الأحكام تصح إن كانت الزوجة أما لأولاد زوجها، أما إذا لم تكن كذلك، فليس من حقها أن تطالب بالإرضاع، إلا إذا رغب زوجها أب الأولاد في ذلك، ومتى تحقق ذلك وجبت عليه الأجرة لها، لأن الإرضاع هنا ليست مهمتها ديانة⁽⁷⁾، فتكون كأبي مرضعة أخرى.

¹ - محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص 488.

² - حسنين المحمدي بوادي، حقوق المرأة بين الاعتدال والتطرف، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 101.

³ - علاء الدين أبو بكر مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 4، الطبعة الأولى، شركة المطبوعات العلمية مصر، ص 40-41.

⁴ - أحمد بن محمد الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير بلغة السالك لأقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، صححه الشيخ أحمد سعد علي، الجزء 02، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، 1372 هـ-1952م، ص 754.

⁵ - أبو محمد بن الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغدادي الشافعي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، المحقق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، الجزء 06، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1418 هـ-1997م، ص 388.

⁶ - عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، "المغني"، الجزء 08، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب، 1997، ص 250.

⁷ - حسنين المحمدي بوادي، المرجع السابق، ص 99.

أما من الناحية القانونية فلم يكن المشرع الجزائري قبل التعديل يمنح الزوجة حرية الإرضاع، بل كان يلزمها به، حيث كانت المادة 39 ق.أ تعتبره من واجباتها متى استطاعت ذلك، وكان الزوج يملك أن يجبرها على ذلك، غير أن المادة السابقة عدلت ولم يعد المشرع يتناول هذه المسألة، مما ترك فراغا قانونيا يتم بموجبه اللجوء إلى المادة 222 التي تحيل إلى الشريعة الإسلامية التي اختلف فقهاؤها على النحو السابق، غير أننا نعتقد أن المشرع بحسب توجهه يميل إلى الرأي الذي يأخذ بحرية الزوجة في الإرضاع.

وكان يفترض على المشرع الجزائري أن يتناوله كواجب على الأم في حالة الاستطاعة، ولا يقصره على الزوجة فقط لأن الأم أشمل.

11- مدى تمتع الزوجة بحق عدم الخدمة: إن الإسلام أكرم المرأة بكل معاني التكريم، وأبعدها في عقد الزواج أبعد ما يكون عن الخدمة والعبودية، فلم يلزمها بأعمال الخدمة المنزلية من غسل وطبخ وغيرها، لا في حق زوجها، ولا حتى في حق أولادها أو أولاده خاصة في حالة يسره (الزوج)، حيث يلتزم بإحضار خادمة أو أكثر لخدمة المنزل بما فيها الزوجة⁽¹⁾، أما إذا كان معسرا فإن الفقه الإسلامي اختلف حوله:

- فذهب المالكية⁽²⁾ إلى إجبار الزوجة في هذه الحالة على الخدمة حتى تتحسن أحواله.
- فيما ذهب الجمهور من حنابلة⁽³⁾ وشافعية⁽⁴⁾ وحنفية⁽⁵⁾ إلى عدم إلزامها بالخدمة حتى ولو كان الزوج معسرا، لأن لها مهام أخرى تقوم بها⁽¹⁾.

¹- وتظهر حكمة عدم إلزام المرأة بالخدمة المنزلية فيما يلي:

- إن إلزام الخدمة على المرأة يمس بكرامتها، ويحول عقد الزواج من عقد فيه راحة وسكينة وتكافؤ الزوجين إلى حياة الخادمة والعبودية، وتلتزم فيه الزوجة بما يلتزم العبيد والخدم.

- أن إيجاب الخدمة على الزوجة يجعلها دائمة الانشغال بأمر غير مهمة كالغسيل والجلي والطبخ وغيرها، فتضيع أوقاتها فيها عوض عن عبادة ربها وأداء فرائضها.

- يؤثر واجب الخدمة على الزوجة، حيث تشغل بما يعوقها عن إتمام تعليمها وتنمية ثقافتها وقدراتها، وهي الملتزمة بضرورة رعاية أولادها وتربيتهم⁽¹⁾، كما أنه يؤثر على هذه الرعاية ذاتها، وهي أهم التزامات الأم تجاه أولادها، لأنها المدرسة الأولى التي يتكون فيها.

²- محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدي الغزنائي، التاج والاكليل لمختصر خليل، الجزء 5، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1416هـ-1994م، ص 546-4-547.

³- عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، "المغني"، الجزء 07، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب، 1997، ص 295.

⁴- أبو الحسن عي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الجزء 3، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1419 هـ-1999 م، ص 356.

⁵- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 4، المرجع السابق، ص 24.

غير أن هذا لا يعني أن الزوجة لا يمكنها ممارسة هذه الأعمال، وإنما يحق لها ذلك إذا رغبت هي وتطوعت لذلك، وذلك من الأمور المحمودة دياناً، خاصة إذا كان الزوج معسراً⁽²⁾. ولا يقصد بعدم إلزام المرأة بخدمة منزلها عدم الاهتمام بأموره مطلقاً، وإنما تقوم بالإدارة والتدبير والإشراف على الخدم، وإنما لا تلتزم بأداء الأعمال شخصياً فقط⁽³⁾. لم تتناول التشريعات المقارنة هذا الحق، كما أنها لم تتناوله كالالتزام على عاتق الزوجة.

12- حق العمل خارج المنزل: لقد كانت المرأة في المجتمعات الجاهلية ممنوعة من العمل خارج المنزل، وإن عملت فهو عار يلحق بها وبأسرتها، غير أن مجيء الإسلام كرمها وأعطاهها هذا الحق، وأجاز لها أن تمارس أعمالاً خارج منزلها وإن كانت متزوجة، أما في المجتمعات الحديثة فقد أصبحت المرأة عاملة في كل المجالات حتى تلك التي تتعارض مع طبيعتها كالأعمال الشاقة، ولا يوجد ما يمنعها من ذلك⁽⁴⁾، والمشرع الجزائري وإن لم يذكر هذا الحق ضمن حقوق الزوجة، إلا أنه أعطى للمرأة حق اشتراطه في عقد الزواج أو بموجب عقد رسمي لاحق، مما يعني أنه يحق لها العمل، لاسيما إن كانت قد اشترطته، ولا يملك الزوج متى وافق على ذلك أن يمنعها منه وإلا كان لها حق طلب الطلاق، وحتى لو لم تشترطه في عقد الزواج فهذا حق من حقوقها لا يستطيع أحد أن يمنعها منه، إلا إذا كان الزوج قد اشترط عليها عدم العمل عند إبرام عقد الزواج أو بعده بموجب عقد رسمي، ووافقت عليه.

13- حق ثبوت نسب أولادها إليها وإلى زوجها: من حق الزوجة أن ينسب أولادها إليها متى ولدوا من صلبها⁽⁵⁾، وهو ما يجعل هذا الحق يندرج ضمن حقوق المرأة كأم أكثر فننتاوله في الفرع اللاحق.

وكذلك من حقها أن يثبت نسب أولادها لزوجها متى كانوا من صلبه، سواء أكان عقد الزواج صحيحاً أو فاسداً، وقد اشترط المشرع الجزائري شروطاً لثبوت النسب في هذه الحالة في المادة

¹- حسنين المحمدي بواوي، المرجع السابق، ص 89-90؛ وسام حسام الدين الأحمد، حماية حقوق المرأة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009، ص 36.

²- وفي مجتمع الرسول ﷺ وصحابته رضوان الله عليهم- أمثلة كثيرة على تطوع المرأة بخدمة أسرتها وزوجها، فكانت أسماء بنت أبي بكر الصديق زوجة الزبير بن العوام رضي الله عنهما- تخدم زوجها الذي كان فقيراً لا يملك سوى فرسه، فكانت تهتم به وتحظر له العلف والماء، وبقيت كذلك حتى أرسل لها والدها خادمة تقوم بذلك، وكذلك فاطمة الزهراء بنت الرسول ﷺ كانت تخدم في منزلها، وروي أن زوجها علي أبي طالب لم يستطع طوال حياته أخذ جارية أو خادمة لها.

³- حسنين المحمدي بواوي، المرجع السابق، ص 92-93.

⁴- محمود سلام زنتاي، المرجع السابق، ص 500.

⁵- محمد سمارة، المرجع السابق، ص 266.

41 ق.أ، وكذلك المشرع الكويتي في المادة 169 ق.أ.ش، والذي تناول ثبوت النسب في هذه الحالة باعتباره حقا للزوجة، عكس المشرع الجزائري الذي تناوله بصفة عامة، وكذلك التونسي في الفصل 96-71 م.أ.ش.

ولثبوت النسب لا بد من وجود عقد زواج بين الطرفين، سواء كان صحيحا أو فاسدا، ومرور المدة الدنيا بين الحمل والزواج، وهي 6 ستة أشهر في القانون الجزائري، وأن لا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة.

إن مجرد تحقق الشروط السابقة لا يعني أن حق الزوجة في ثبوت نسب أولادها لزوجها مطلق، وإنما يحق له نفيه بالطرق المشروعة حسب المادة 41 ق.أ، من هذه الطرق، إنكار الولادة، عدم إمكان الإنجاب⁽¹⁾، إنكار الحمل⁽²⁾، عدم التلاقي بين الزوجين⁽³⁾، نفي النسب لعدم مرور مدة الحمل⁽⁴⁾، نفي النسب عن طريق اللعان⁽⁵⁾، نفي النسب بالطرق العلمية⁽⁶⁾.

¹ - لقد تناول المشرع الكويتي هذا الطريق في المادة 168 من ق.أ.ش بشكل مفصل، حيث جاء فيها: "لا يثبت النسب من الرجل إذا ثبت أنه غير مخصب أو لا يمكن أن يأتي منه الولد لمانع خلقي أو مرضي، وللمحكمة النزاع في ذلك أن تستعين بأهل الخبرة من المسلمين". إذا كان الزوج لا يمكنه الإنجاب لأي سبب من الأسباب، فيستطيع أن ينفي نسب ولد زوجته على أن يقيم الدليل ويبين السبب الذي يمنعه من الإنجاب بما لا يدع الشك، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 238.

² - وهو أن ينفي الزوج نسب الولد بإنكار حمل زوجته، وأنه لم يعلم به، وقد أخذ بهذا المشرع التونسي في الفصل 75 من م.أ.ش على أن لا ينتفي النسب إلا بحكم الحاكم، وللزوج أن ينكر حمل زوجته، ويثبت ذلك بكافة طرق الإثبات.

³ - إذا أثبت الزوج أنه لم يدخل بزوجه منذ إنشاء العقد، فلا يثبت نسب المولود له، وهو ما ذهبت إليه التشريعات المقارنة.

⁴ - إذا وضعت الزوجة حملها قبل المدة الدنيا المحددة قانونا، فإن للزوج أن ينكر نسب الولد، وسبق أن قلنا أن العبرة بتاريخ التلاقي وليس بتاريخ العقد، غير أن هذا الأخير يعتبر مبدئيا هو المأخوذ به، فإذا حدث التلاقي قبل التسجيل فعلى الزوجين إقامة الدليل على ذلك، أما إذا لم يحدث الطلاق ونفاه الزوج، فالنسب لا يثبت، وهذا تناوله كل التشريعات المقارنة، لأنها كلها حددت مدة دنيا لوضع الحمل حتى يثبت نسب ولد الزوجة لزوجها.

⁵ - يقصد به: "شهادات مؤكدة بالأيمان مقرونة بشهادته باللعن، وشهادتها بالغضب قائمة مقام حد القذف في حقه، وشهادتها مقام حد الزنا في حقه"، أو هو " هو حلف الزوج على زنا زوجته أو نفي نسب حملها"، نصر سلمان وسعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، ص 155.

إذا حدث اللعان بين الزوجين وجب التفريق بينهما فورا، غير أن الأثر لا يقتصر عليهما فقط، بل يتعداهما إلى الولد إذا كانت الزوجة حاملا، فينتفي نسبه للزوج.

لم يتناول المشرع الجزائري هذا الطريق، عكس المشرع الكويتي الذي تناوله في المادة 178 ق.أ.ش، وجعله كطريق لإنكار النسب.

حسب القانون التونسي فإن طرق نفي النسب هي كافة طرق الإثبات الشرعية وفقا للفصل 75 م.أ.ش، أما حسب القانون الكويتي فهي مرور مدة الحمل، وعدم التلاقي، وعدم إمكانية الإنجاب لأسباب خلقية أو مرضية.

⁶ - لقد أضاف المشرع الجزائري مواكبة للتطورات العلمية الحديثة إمكانية اللجوء إلى الوسائل العلمية لإثبات النسب أو نفيه، وهو موقف انفرد به دون غيره من التشريعات المقارنة.

غير أن التساؤل يثور في حالة اللعان، هل يحق للزوجة الملاعنة أن تطلب إثبات النسب بالبصمة الوراثية أو بالطرق العلمية؟

لقد اختلف الفقهاء المسلمين حول الإجابة:

- فذهب جانب منهم⁽¹⁾ إلى عدم الاكتفاء بالبصمة الوراثية والاستغناء عن اللعان، لأنه حكم شرعي ثابت بالكتاب والسنة والإجماع، وله صفة تعبدية في إقامته، فلا يجوز إلغاؤه وإحلال غيره محله أو قياس وسيلة أخرى عليه مهما بلغت الدقة والصحة في نظر الخبراء المختصين، وهو الوسيلة الوحيدة لنفي النسب اعتمادا على قوله تعالى: "والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربعة شهادات بالله إنه لمن الصادقين"⁽²⁾، فالآية سمحت للزوج الذي لا يملك إلا شهادة نفسه أن يلجأ إلى اللعان، وأي اعتماد على طرق علمية دون ذلك فيه تزويد على كتاب الله ورسوله الكريم الذي قال: "الولد للفراس وللعاهر الحجر"⁽³⁾، كما أن العلم حقيقة نسبية بينما القرآن الكريم كلام إلهي، وهو حقيقة مطلقة صالحة لكل زمان ومكان، وهو فصل في مسألة إثبات أو نفي النسب بنص قرآني صريح وواضح، مما يقتضي إعمال القاعدة الفقهية "لا اجتهاد مع وجود النص".

ويرفض هذا الاتجاه اللجوء إلى الطرق العلمية أصلا لإثبات النسب، لأن ذلك حسبهم يعد خروجاً عن القواعد الفقهية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، ولأغراضها الأساسية في حفظ الكليات الخمس من عقل ونفس ونسل ودين ومال، كما أنه لا يسمح باستعمال هذه الطرق حماية لحياة الإنسان، وحفاظاً من تعريض النسل لأي خطر كان.

وقد تبنت المحكمة العليا هذا هذا الرأي في عدة أحكام قضائية، منها الحكم الصادر في 15 جوان 1999⁽⁴⁾، وكذلك الحكم رقم 222674 الذي جاء فيه: "حيث أن القرار المنتقد القاضي بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى

وما يؤخذ عليه أن هذه المادة اكتفت بالإشارة إلى هذه الطرق العلمية دون تحديد المقصود منها أو حصر لصورها، علماً أن البحوث العلمية والتوصيات المقدمة في هذا المجال أثبتت وجود نوعين من الطرق العلمية، يتصف الأول منها بكونه قطعي الإثبات، والثاني لا يرقى إلى ذلك على أساس أنه ضني الثبوت يعطينا مجرد احتمالات بل وأحياناً نتائج يتحدد مجالها في نفي النسب فقط.

¹ - الشيخ محمد الأشقر عن أحمد أباش، المرجع السابق، ص 393.

² - الآية من 6 من سورة النور.

³ - البخاري، صحيح البخاري، المصدر السابق، حديث رقم 6749، ص 1366.

⁴ - ملف رقم 22267، قرار صادر بتاريخ 15-06-1999، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، 2002، ص 88.

تحديد نسب الولدين بأن ينسبا للطاعن أم لا، حيث أن إثبات النسب قد حددته المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة وضوابط محددة تفي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث، ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع فدل ذلك أنه قد تجاوزا سلطتهم الحاكمة إلى التشريعية الأمرة الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة نفسه للمجلس⁽¹⁾.

- فيما ذهب آخرون⁽²⁾ إلى جواز الأخذ بها، والاكتفاء بها عن اللعان إذا دلت نتائجه عن انتفاء نسب الولد، وذلك على أساس أن الزوج إنما يلجأ إلى اللعان عندما لا يجد من يشهد له بما رمى زوجته، وبما أن الفحص قد يدل على صحة قول الزوج، فإنها تكون بمثابة الشهود إذا انتفى النسب وصح ادعائه على زوجته⁽³⁾.

وذهب هذا الاتجاه إلى جواز الإثبات بالطرق العلمية في إثبات النسب أو نفيه، ورأوا أن الآية التي استدل بها الفريق الأول، إنما تتعلق بالعذاب الذي يوقع على المرأة أو درأه عنها. إلى جانب الزواج كطريق لثبوت النسب هناك طرق أخرى لإثباته تناولها المشرع الجزائري في المادة 40 ق.أ، وهما الإقرار⁽⁴⁾ والبينة⁽⁵⁾، وتناوله كذلك المشرع التونسي في الفصل 68 م.أ.ش التي اشترط فيها ثبوت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة فأكثر.

إن كل الأحكام السابقة تسري على الزوجة إذا ادعى زوجها بنوة ولد مجهول النسب أو نفى أبوته لولد زوجته.

¹ - نبيل صقر وقمراوي عز الدين، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، ص 52.

² - الشيخ محمد مختار السلامي عن أباش أحمد، المرجع السابق، ص 393، وذكر منهم أيضا الدكتور يوسف القرضاوي، وعبد الله محمد عبد الله وابن القيم الجوزية.

³ - أحمد أباش، المرجع السابق، ص 393.

⁴ - قد تقر الزوجة بأمومة طفل مجهول النسب، فيثبت بذلك نسبه لها متى توفرت شروطه، غير أن الزوجة عندما تقر بأمومة الطفل فإنها تقر أيضا ببنوة زوجها له، وهذا حمل النسب على الغير لا يسري عليه إلا إذا صدقها وأقر ببنوة الطفل أيضا، فإذا كان متوفي وجب أن يصدق الورثة، (محمد سمارة، المرجع السابق، ص 377-378)، وهذا طبعاً إذا لم تتمكن الأم من إثبات النسب بالطريقة السابقة، وطبعاً حتى في الإقرار يجب أن يكون الزواج شرعياً حتى يثبت نسب الولد إلى الزوج، أما القانون الكويتي فرأى في المادة 175 من تقنين الأحوال الشخصية أن الإقرار بما فيه تحميل للنسب على الغير لا يثبت به النسب.

⁵ - إذا ادعى الزوج أن ولد زوجته ليس منه فيحق لها أن تثبت عكس ذلك بكافة طرق الإثبات، وقد تيسر الأمر كثيراً بعد أن أجاز المشرع الجزائري اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب أو نفيه.

ثانياً: حقوق الزوجة غير المعنوية.

إن عقد الزواج حتى وإن غلب عليه الطابع الروحي والنفسي، إلا أنه لا يمكن أن يخلو من الجوانب المالية والمادية، لهذا نجد أن الزوجة تتمتع إضافة إلى الحقوق المعنوية السابقة بحقوق مادية يلتزم بها زوجها اتجاهها.

يعتبر المهر من الحقوق المالية للزوجة غير أن فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية اختلفوا في تصنيفه، فبينما اعتبره المشرع الجزائري شرطاً لصحة عقد الزواج، اعتبره غيره من المشرعين في القوانين المقارنة أثراً من آثاره، أما نحن فقد فضلنا أن نتبع تصنيف المشرع الجزائري، لذا تناولناه كشرط لعقد الزواج.

1- الحق في النفقة: تعتبر النفقة اسم لما يصرفه الإنسان على زوجته وأولاده وأصوله وغيرهم ممن تجب عليهم نفقته⁽¹⁾، أو هي "ما يصرفه الرجل على زوجته وعياله وأقاربه من مال وطعام وكسوة ومسكن"⁽²⁾، والنفقة بهذا المعنى تشمل نفقة الزوج على زوجته، والأب على أبنائه، والرجل على أقاربه عامة، غير أن ما يهمنا فقط في هذا المجال هو النفقة الزوجية، أي نفقة الزوج على زوجته، وهي حق ثابت لها مقابل احتباس نفسها لزوجها بموجب عقد الزواج⁽³⁾، ولا يوجد من أنكر عليها هذا الحق لا في القوانين الوضعية ولا السماوية.

فالمشرع الجزائري وإن لم يتناول هذا الحق ضمن الحقوق الزوجية المترتبة عن عقد الزواج، كما فعل قبل التعديل، إلا أنه تناوله في النصوص المتعلقة بالنفقة التي وردت في الفصل الثالث من الباب الثاني من الكتاب الأول في المواد 74-80، وتناول النفقة الزوجية بشكل صريح في المادة 74 التي ألزم فيها الزوج بالإنفاق على زوجته بالدخول أو بدعوته لها ببنية، أما المشرع الكويتي فقد تناولها في المواد 74-83 ق.أ.ش، وتناولها المشرع التونسي في الفصول 38-42 والفصول 50-53 م.أ.ش، في حين اهتمت الشريعة الإسلامية بالنفقة، وجعلتها واجبا على الزوج ألزمته به نصوص قرآنية عديدة، منها الآية 233 من سورة البقرة، والآية 7 من سورة الطلاق، والآية 7 من سورة طه، وكذلك السنة النبوية، حيث رويت أحاديث كثيرة للرسول ﷺ توجبها، منها قوله عليه وسلم في خطبة الوداع: "ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن

¹ - مصطفى إبراهيم الزلمي، المرجع السابق، ص 71.

² - مولاي ملياني بغدادي، المرجع السابق، ص 122.

³ - مولاي ملياني بغدادي، المرجع نفسه، ص 123.

بالمعروف⁽¹⁾، وكذلك أجمع الفقهاء المسلمين على وجوبها على الزوج، بالإضافة إلى أن المعقول يقتضيها، فما دامت الزوجة محبوسة على الزوج الذي يحق له منعها من الخروج للاكتساب فلا بد أن ينفق عليها، لأن من كان محبوسا لغيره وجبت النفقة عليه⁽²⁾، لذلك فهو مطالب بها طالما كانت الزوجية قائمة، وحتى لو كانت الزوجة غنية وهو فقير⁽³⁾، وقد تبنت التشريعات المقارنة غالبية أحكام النفقة الزوجية من التشريعات الإسلامية، وتتمثل هذه الأحكام فيما يلي:

أ- **مشمولات النفقة الزوجية:** يلتزم الزوج بالنفقة على زوجته من ماله الخاص، والذي يجب أن يكون حلالا مباحا، ولا يجوز له أن ينفق عليها من مالها⁽⁴⁾ أو يلزمها بالإنفاق على نفسها أو عليه.

إن النفقة قد تشمل على الطعام⁽⁵⁾ والكسوة⁽⁶⁾ والعلاج⁽⁷⁾ والخادم⁽⁸⁾ والمسكن⁽⁹⁾ والتعليم، وهو ما ذهبت إليه القوانين المقارنة التي تبني بعضها كل العناصر السابقة فيما اكتفى البعض

¹ - وكذلك أجاز لهند بنت أبي سفيان أن تأخذ ما يكفيها وولدها من أموال زوجها عندما اشتمت للرسول ﷺ بأنه شحيح لا ينفق عليها، فقال لها: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"، أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، المصدر السابق، ص 435، حديث رقم 2210.

² - جميل فخري محمد جانم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 224-226؛ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 381-382؛ مصطفى إبراهيم الزلمي، المرجع السابق، ص 72-73.

³ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 146.

⁴ - مولاي ملياني بخاددي، المرجع السابق، ص 128.

⁵ - وذلك بالقدر الذي تتال منه كفايتها، وقد اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة الأطعمة التي تدخل في إطار النفقة، غير أنه الأرجح ما جرى عليه العرف والعادة في بلد الزوجة، ويدخل الماء ضمن الطعام، ويسري عليه حكمه إنفاقا واختلافا بين الفقهاء.

⁶ - وهي ما تحتاجه الزوجة لحفظ البدن على الدوام، وقد اختلف الفقهاء في تحديد الكسوة ووقتها وعددها بين من يجيزها مرة في العام، ومن يشترطها مرة كل ستة أشهر، فيحضر للصيف ما يلزم، وللشتاء ما يلزم.

⁷ - يلتزم الزوج في إطار واجب النفقة بمعالجة زوجته وتطبيبها، وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري صراحة في المادة 78 ق.أ، وكذلك المشرع الكويتي في المادة 74 ق.أ.ش.

⁸ - يجب على الزوج إحضار خادم لزوجته إذا توفرت الشروط التالية:

- إذا كانت ممن لا يخدمن في بيوتهن لكونها من ذوات الأقدار أو مريضة، وأن يكون الزوج موسرا، وأن يكون الخادم امرأة من ذوي الأرحام، وأن يكون مسلما، وإذا اختلفت الشروط انتفى الحق، أما القوانين الوضعية فبينما لم يشر القانونين الجزائري والتونسي إلى حق توفير الخادم مكففين بما يعتبر ضروريا حسب العرف والعادة، فإن القانون الكويتي أشار إليه صراحة في المادة 74 ق.أ.ش الشخصية التي جعلته من مشمولات النفقة.

⁹ - وهو من أهم حقوق الزوجة على زوجها، وأهم مشمولات النفقة، وقد اختلف الفقهاء في طبيعته بين من ينظر فيه إلى حال الزوجين عسرا أو يسرا، أو حال الزوج فقط دون الزوجة، أو حال الزوجين وحال بلادهما والأسعار فيها رخصا وغلاء، ولا يشترط أن يكون المسكن ملكا للزوج بل يمكن أن يستأجر وعلى الزوج طبعا بدل الإيجار.

الآخر ببعضها فقط، فوجد المشرع الجزائري حدد مشتملات النفقة في المادة 78 ق.أ بالغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، وقد أحسن المشرع الجزائري عندما أضاف العبارة الأخيرة⁽¹⁾، لتشمل النفقة كل ما هو ضروري بحسب العرف والعادات في المنطقة حتى لو لم تكن من الأمور التي عددها المشرع الجزائري سابقاً، وقد سار في نفس النهج المشرع الكويتي في المادة 74 ق.أ.ش، غير أنه أضاف الخدمة، أما المشرع التونسي فقد ذكر في الفصل 40 م.أ.ش الطعام والكسوة والسكن والتعليم، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، وبذلك فهو لم يركز على الخدمة والعلاج وركز التعليم، وإن كان يمكن ادخالهما في العبارة الأخيرة التي أوردها.

ب- شروط النفقة: لا تستحق الزوجة النفقة إلا بتوفر شروط قانونية معينة، حددها المشرع الجزائري في المادة 74 ق.أ، وهي:

- **وجود عقد زواج صحيح**، أما عقد الزواج الباطل أو الفاسد فلا نفقة فيه، لأن الفاسد يجب فسخه⁽²⁾، أما الباطل فهو غير موجود ولا يترتب أي أثر من آثاره، وقد اختلف الفقهاء المسلمون حول ذلك.

- **الدخول بالزوجة أو دعوتها إليه ببينة:** إن الزوجة المعقود عليها فقط لا تلزم زوجها نفقتها إلا في الحالة التي يتم فيها العقد بصفة رسمية صحيحة ويتبأطاً الزوج في الدخول بها لسبب غير شرعي، وتطلبه الزوجة بشكل واضح وثابت⁽³⁾.

يتبين من هذا الشرط أن تأخر الدخول بسبب الزوج لا يلزمه بالنفقة ما لم تطالب الزوجة به وكذلك إذا كان التأخير لسبب شرعي، وهو ما دفع بالبعض⁽⁴⁾ للقول بأن المشرع قد أخطأ في هذا الموقف، لأنه يؤدي في كثير من الأحيان إلى ضياع حق النفقة بالنسبة للزوجة، إذا عدل الزوج على الدخول وطلق زوجته قبل ذلك، لذلك يرى ضرورة ربط النفقة بإبرام العقد وليس بالدخول⁽⁵⁾، وهو ما يبدو صحيحاً، خاصة وأنها قد تتحرج من مطالبة الزوج بالدخول بها، كما

¹ - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 388.

² - عبد القادر بن حرز الله، المرجع نفسه، ص 383؛ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 145.

³ - فضيل العيش، المرجع السابق، ص 70.

⁴ - لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص 77.

⁵ - وهو ما ذهب إليه الحنفية، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، تحقيق محمد منير الدمشقي، جزء 10، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، ص 92.

أن وجود سبب لتأخير الدخول لا يبتر عدم التزامه بالنفقة وإنما يفرضه أكثر، مع الإشارة إلى أن تضرر حقوق الزوجة لا يكون في حالة الطلاق قبل الدخول بل حتى في حالة اتمام الزواج والدخول.

ج- تقدير النفقة: إذا كانت الزوجة مقيمة عند زوجها فهو الذي يتولى الإنفاق عليها بإحضار مستلزمات النفقة، أما إذا تركها دون ذلك أو كان شحيحاً، فلها أن تطلب من القاضي فرض النفقة عليه، والقاضي هو الذي يقدر قيمتها.

د- امتناع الزوج عن النفقة: إذا لم يحترم الزوج التزامه بالنفقة على زوجته، وامتنع عن ذلك رغم صدور حكم ضده بوجوبها، فإنه يحق لها طلب التفريق في حالة إيساره ما لم تكن عالمة بذلك وقت الزواج حسب المادة 53 ق.أ، فإن كانت عالمة بإيساره فليس لها ذلك، أما حالة في يساره فيحق لها متابعتها جزائياً على أساس المادة 1/331 و2 من قانون العقوبات⁽¹⁾، بالمقابل لم يلزم المشرع التونسي الزوج بالنفقة في حالة إيساره في الفصل 39 م.أ.ش، ولكن يمنح له أجل شهرين فإن عجز عن النفقة فيها طلقت عليه زوجته إلا إذا كانت عالمة بإيساره وقت العقد، فيسقط حقها في طلب الطلاق.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فيفرون بين الحالة التي يكون فيها الزوج معسراً، والحالة التي يكون فيها موسراً.

* فإذا كان معسراً، فقد اختلفوا بشأنه كالتالي:

- فذهب الظاهرية⁽²⁾ إلى أن النفقة هنا تسقط، فلا يلزم بها، ولا تكون ديناً عليه إذا أعسر، وأضافوا أنها لو كانت ميسورة كلفت هي بالنفقة على زوجها، ولا ترجع عليه بشيء إن أيسر.
- فيما قال الجمهور من مالكية⁽¹⁾ وشافعية وحنابلة بأن الزوجة هنا تسقط نفقتها على زوجها، ولها أن تطلب التفريق للإعسار، أو أن تصبر عليه على حاله يتغير⁽²⁾،

¹ - الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق لـ 8 يونيو 1966م، ج.ر.ج. عدد 49، الصادرة في 21 صفر 1386هـ الموافق لـ 11 يونيو 1966م، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون رقم 15-19 مؤرخ في 18 ربيع الأول 1437 الموافق لـ 30 ديسمبر 2015م، ج.ر.ج. عدد 71، الصادرة بتاريخ 18 ربيع الأول 1437 الموافق لـ 30 ديسمبر 2015، وقد جاء في المادة 331/1 و2 منه: "يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين (02) عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل النفقة المقررة إلى زوجته أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بالزامه بدفع نفقة إليهم.

ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتیاد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذراً مقبولاً من المدين في أية حال من الأحوال".

² - ابن حزم، المحلى، الجزء 10، المرجع السابق، ص 92.

- وقال الحنفية⁽³⁾ أن الزوجة هنا لا تسقط عنها النفقة، ولا تملك طلب التفريق للإعسار، ولكن لها أن تستدين على حساب زوجها، ولا تصح ديناً إلا بحكم القاضي أو الاتفاق⁽⁴⁾.

* أما إذا كان ميسوراً وامتنع عن النفقة، فإن كان له مال ظاهر أخذت ما يكفيها، وإن لم يكن له ذلك رفعت أمرها إلى القاضي ليجبره على النفقة، فإن أبى حبسه حتى ينفق.

هـ - **تعجيل النفقة:** تجب النفقة في أول وقت الحاجة حسب ظروف الزوج، فإذا كان عاملاً يومياً يدفع في بداية كل يوم، وإن كان شهرياً فبداية كل شهر، وإن كان فلاحاً فبداية كل سنة، وذلك ما لم تتضرر الزوجة من ذلك، فإن تضررت فيفرض لها بما لا يضرها، أما إذا حدث اتفاق بين الزوجين فيتم حسبه، ويجوز تعجيلها أو تأجيلها، فإن عجلها ثم انقضى سبب استحقاقها للنفقة كوفاتها، فإنه يسترجع ما بقي منها، وهو ما تبناه المشرع التونسي في الفصل 50 م.أ.ش، بينما سكت عليه المشرع الجزائري والكويتي، واختلف حوله الفقه الإسلامي.

و- **سقوط النفقة:** لقد كان المشرع الجزائري يتناول النشوز كسبب لسقوط النفقة في المادة 37 ق.أ، إلا أنه عدلها بموجب القانون 05-02، ولم يعد يتناوله إلا كسبب للطلاق في المادة 55، فيما سكت مطلقاً عن أسباب سقوط النفقة، مما يستوجب العودة للشريعة الإسلامية حسب ما تقتضيه المادة 222 ق.أ، والتي نجد فقهاءها اختلفوا حول ذلك.

وبالاطلاع على مذاهبهم، وكذا القوانين المقارنة يمكن القول أن أسباب سقوط النفقة، هي:

- **النشوز:** فإذا امتنعت الزوجة عن أداء واجباتها الزوجية بدون عذر، سواء بمنع زوجها من مساكنتها، أو بمغادرتها لمنزل الزوجية، فإن نفقتها تسقط عن زوجها مادامت ناشزة.

- **وفاة أحد الزوجين سواء الزوج أو الزوجة،** غير أنه إذا توفيت الزوجة وجب على الزوج تكفينها ودفنها، لأنها من قبل الكسوة⁽⁵⁾.

- **عمل الزوجة بغير رضا زوجها وإذنه:** إن عمل الزوجة خارج المنزل برضا زوجها أو بسكوته لا يسبب سقوط النفقة، أما إذا رفض ذلك ومنعها فلم تمتنع فإن نفقتها تسقط إذا لم تكن

¹ محمد عيش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 4، الطبعة الأولى، دار الفكر-بيروت، 1404هـ-1984م، ص 403.

² عن جميل فخري محمد جانم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 283-286.

³ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 4، المرجع السابق، ص 28-29.

⁴ أبو بكر الرازي الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، الجزء 5، الطبعة الأولى، دار البشائر الإسلامية ودار السراج، 1431هـ-

2010م، ص 228.

⁵ سمارة محمد، المرجع السابق، ص 253.

قد اشترطت ذلك في عقد الزواج أو بعده بموجب عقد رسمي لاحق⁽¹⁾، أما بالنسبة لعملها داخل المنزل كالخياطة مثلا أو التأليف وغيره مما لا يترتب عليه تعطيلها عن القيام بواجباتها الزوجية، فلا يسقط حقها فيها⁽²⁾.

- **سفر الزوجة:** أجمع الفقهاء أنه إذا سافرت الزوجة للحج أو غيره دون محرم فلا نفقة لها، لفوات الاحتباس بسبب من جهتها، ولعصيانها بهذا السفر دون محرم، أما إذا سافرت للحج مع محرم ولو بغير إذن زوجها فلا يسقط حقها في النفقة عند المالكية والحنابلة وأبي يوسف، لأنها فريضة دينية⁽³⁾، وهو ما تبناه المشرع الكويتي في المادة 91 ق.أ.ش.

غير أننا نعتقد لو تعلق سفر المرأة بعملها وكان زوجها راضيا بالعمل فإن نفقتها لا تسقط إذا سافرت، ولو رفض هو ذلك.

- **المقاصة:** لم يتناول المشرع الجزائري المقاصة، وكان عليه أن يتناولها ليوضح أحكامها، خاصة وأنه لا يحبذ الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني لحساسية النفقة، وأنها ليست كغيرها من الديون، غير أنه هناك من يرى أن الأخذ بها مسألة واردة خاصة بعد التعديل الذي أقر استقلاليته الذمة المالية، وجواز تخصيص جزء من الأموال لإدارتهما معا، وبالنسب التي يتم الاتفاق عليها⁽⁴⁾، على أن لا يؤثر إجراء المقاصة على مقدار النفقة الذي يغطي المتطلبات الأساسية للزوجة.

غير أننا نفضل الرجوع إلى الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 ق.أ، والأخذ برأي الجمهور من فقهاء الذين يرون أن المقاصة لا تكون إلا إذا طالب بها صاحب الدين الأقوى، والنفقة دين قوي لذلك تجاب الزوجة إذا طلبتها، ولو دون رضا الزوج، أما هو فلا يجاب لأن دينه الأضعف، إلا إذا رضيت أو ثبت أنها موسرة تستطيع أداء الدين من مالها، أما إذا كانت معسرة فلا يجاب طلب الزوج، لأن الله تعالى أمر بإنظار المعسر، فيجب إنظارها بما عليها، أما الحنفية فيرون أن دين النفقة في غير الاستدانة دين ضعيف، لذلك يجاب الزوج إذا طلبه، ولا

¹ - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 386.

² - أحمد أباش، المرجع السابق، ص 177.

³ - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 387.

⁴ - بن شويخ رشيد، قانون الأسرة المقارن (دراسة في قانون الأسرة الجزائري مقارنا بمجموعة من التشريعات العربية)، الكتاب الأول، الزواج وآثاره، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، 1442 هـ-2021 م، ص 275.

تجانب الزوجة إذا طلبته إلا إذا رضا هو، أما في حالة الاستدانة فإنها لا تصح إلا بطلب الزوجة، ولا يجاب الزوج إلا برضاها⁽¹⁾.

يجيز القانون الكويتي المقاصة إذا طلبت الزوجة بها بما عليها لزوجها، ولو بدون رضا الزوج، أما إذا طلبها الزوج فلا يجاب إلا إذا كانت موسرة قادرة على أداء الدين من مالها، وهذا وفق ما أشارت به المادتين 80-81 ق.أ.ش.

- **الإبراء من النفقة:** اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول جواز الإبراء من النفقة:

- فذهب الجمهور إلى أنه يجوز الإبراء من النفقة قبل فرضها، لأنها تثبت عندهم ديناً في ذمة الزوج بمجرد انعقاد الزواج صحيحاً.

- وذهب الحنفية إلى أنه لا يصح الإبراء من النفقة قبل فرضها، لأنها ليست ديناً في ذمة الزوج، ولا تصبح كذلك إلا بفرضها، كما يصح الإبراء عن مدة واحدة مستقبلة كشهر أو أسبوع إن كانت مفروضة شهرياً أو أسبوعياً، لأن النفقة تدفع سلفاً للمدة المستقبلة⁽²⁾.

أما مرض الزوجة فلا تسقط به النفقة حتى لو توقفت الزوجة عن أداء التزاماتها الزوجية بسببه، لأنه لا دخل لها فيه، وليس من حسن العشرة أن يكون هذا الأمر الطارئ مسقطاً للنفقة.

2- حق الزوجة في مسكن مستقل: إن توفير السكن يعتبر حقاً للزوجة على عاتق زوجها بموجب حق النفقة، غير أن توفير هذا المسكن فقط غير كاف بالنسبة لها، وإنما من حقها أيضاً الإنفراد به حفاظاً على حريتها وعدم التقييد عليه، فلا يساكنها أحد غير زوجها وأولاده منها أو أولاده من غيرها غير المميزين، أما والديه فلها أن ترفض سكنهما معها، إلا إذا لم يكن لهما مسكن خاص، وكانا عاجزين عن الكسب، وليس لهما ابناً غيره ينفق عليهما، ولم يكن بإمكانه أن يوفر لهما مسكناً مستقلاً⁽³⁾، وهو ما تبناه القانون الكويتي في المادة 86 ق.أ.ش⁽⁴⁾، أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد اختلفوا، فبينما ذهب الجمهور من حنفية وحنابلة وشافعية إلى حق الزوجة في الإنفراد بمسكن خاص بها ليس فيه أحد من أهلها⁽⁵⁾، ذهب المالكية إلى التفريق

¹ - جميل فخري محمد جانم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 306-307.

² - جميل فخري محمد جانم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع نفسه، ص 306.

³ - جميل فخري محمد جانم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع نفسه، ص 269.

⁴ - التي جاء فيها: "ليس للزوج أن يسكن أحداً مع زوجته سوى أولاده غير المميزين، ومن تدعو الضرورة إلى سكنه معه من أولاده الآخرين، ووالديه، بشرط ألا يلحق الزوجة من هؤلاء ضرر".

⁵ - جسام علي سالم الشامسي، إشكالات في بعض مناحي مركز المرأة بين النظر والتطبيق، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد الثالث، الجزائر، 2000، ص 136-137.

بين المرأة الشريفة التي أتت من قوم ذو عزة وجاه، والتي لا يجوز إسكانها مع أحد، ووضعية الحال التي تعيش أقل من الإنسان المعتاد، والتي ليس لها أن تمتنع عن العيش مع والديه وإخوته، ولكن بشروط:

- أن تكون في مأمن لا يجوز الإطلاع عنها.

- أن تكون في مأمن من إيدائهم لها⁽¹⁾.

إن الأحكام السابقة تسري إذا كان للزوج بيت واحد، أما لو كان له دارا فيها عدة بيوت، وكان للزوجة واحدا منها يتحقق معه استقلالها، وكان يعيش في البيوت الأخرى والدار، فليس لها أن تمتنع عن العيش معهما إلا إذا تحقق الإيذاء لها ولو بحد حربتها من المعاشرة الزوجية⁽²⁾.

كما يحق للزوجة أن ترفض سكن ضررتها معها، والمطالبة بإبعادها منه، لأن مجرد وجودها يحقق الضرر ويلحق الغيرة والكراهية، ويرى البعض أنه يحق لها أن تطالب بإبعادها حتى ولو كانت جارة لها وتضررت من جيرتها، غير أن الآخرون يرون أنها من حقها الانفراد بالبيت وليس الدار، فإن كان للرجل دارا تضم عدة بيوت يستقل كل منهما عن الآخر، فليس للزوجة أن تطالب بدار مستقلة⁽³⁾.

كما أن الأحكام السابقة تسري إذا كانت الزوجة رافضة لمساكنة غيرها، أما لو قبلت فيجوز مساكنة أهل الزوج لها، وبالمقابل فإن الزوجة لا تملك أن تسكن أحدا من أهلها بدون موافقة زوجها، لأنه هو صاحب البيت⁽⁴⁾.

3- حق الزوجة في استقلال ذمتها وحرية التصرف في مالها: يترتب على عقد الزواج آثار تتصل بمصالح الزوجين المالية الصرفة، ذلك حيث أن العشرة الزوجية تستتبع بالضرورة اختلاطا في المصالح، وهو ما يعرف بالنظام المالي للزوجين، وهو مجموعة من الأحكام التي تتناول المصالح المالية بين الزوجين أثناء قيام الحياة الزوجية⁽⁵⁾.

¹ - جسام علي سالم الشامسي، المرجع السابق، ص 133.

² - محمد سمارة، المرجع السابق، ص 255.

³ - محمد سمارة، المرجع نفسه، ص 255.

⁴ - جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 269.

⁵ - بغدادي حسن، نظام الأموال بين الزوجين في صلته ببعض نواحي نظريتي الحق الشخصي والحق العيني، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، السنة الرابعة، العدد (1-2)، جامعة الإسكندرية، 1957، ص ص 99-254، ص 103.

تختلف الأنظمة المالية للزوجين من تشريع لآخر، ففي المجتمعات القديمة كانت تتخذ أشكالاً ثلاثة، إما انفصالها انفصالياً تاماً أو اندماجها اندماجاً كلياً أو تكوين شركة من الأموال بين الزوجين، حيث كان يعترف فيها في الأعم الأغلب للزوج بسلطة واسعة تفوق سلطة الزوجة بكثير، كاستثنائه بإدارة تلك الأموال دون تدخل الزوجة⁽¹⁾، أو ما يعرف بنظام البائنة أو الدوطة، وهو مال يتم التبرع به لأي من الزوجين لكي يكون حصة له تخصص لأغراض الزوجية، وهي غير قابلة للحجز ولا التصرف ولا التقادم ولا الانتقال إلى الغير⁽²⁾، ولكنها تخصص فقط للأموال الأسرية الزوجية، ويكون حق إدارة هذه الأموال (البائنة) للزوج بأوسع سلطة في الإدارة كما له حق الانتفاع بها⁽³⁾.

أما المجتمعات الحديثة وبعد التطور في مركز المرأة فقد تغيرت بعض أحكام هذه الأنظمة، فنجد بعض الأنظمة أخذت بنظام واحد فقط، فيما البعض الآخر أخذت بها جميعاً وتركت الحرية للزوجين لاختيار نظام واحد، ويعتبر نظام الشركة هو الأكثر انتشاراً في العصر الراهن، غير أن أحكامه تطورت وأصبحت مخففة، حيث يشترك الزوجان في المكاسب المالية أثناء الحياة الزوجية على أن لا يتمتع الزوج بأية سلطة على حساب الزوجة، وإنما يتساويان في كل الحقوق، أما تلك التي كان يتمتعان بها قبل الزواج فتبقى خاصة بكل واحد منهما⁽⁴⁾. يبدو أن المشرع الجزائري بدأ يميل نحو هذا النظام بموجب تعديل قانون الأسرة⁽⁵⁾، حيث تغير مركز المرأة فيه، وأصبح يتعامل معها بانفتاحية أكبر، ويسمح لها باشتراط عملها في عقد الزواج أو بعده بموجب عقد رسمي، ولم يجر أن يكون سبباً في سقوط الحضانة، وذلك لأن غالبية النساء أصبحن عاملات، كما أن ظروف الحياة الاقتصادية تستدعي ذلك، فأقر في المادة 37 ق.أ. بإمكانية قيام شركة بين الزوجين فيما يتعلق بالأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية إذا أرادت الزوجة ذلك، غير أنه لم يجعل ذلك هو الأصل المتمثل استقلال الذمة المالية، والاستثناء قيام الشراكة بالاتفاق.

¹ - محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص 510.

² - حسن بغداددي، المرجع السابق، ص 138.

³ - حسن بغداددي، المرجع نفسه، ص 149.

⁴ - محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص 511.

⁵ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 166.

ففي المادة 1/37 ق.أ أقر المشرع الجزائري الاستقلالية الذمة المالية التامة بين الزوجين يكون بموجبها للزوجة الحرية الكاملة في التصرف في أموالها الخاصة التي تملكها بكافة التصرفات القانونية الناقلة للملكية بعوض أو بغير عوض، سواء دخلت إلى ملكيتها أو خرجت منها، أو كانت غير ناقلة للملكية، كما لها الحرية في إدارة هذه الأموال واستغلالها واستعمالها والتمتع بكافة الحقوق التي يمنحها حق الملكية لصاحبه، ولها أن تستثمر أموالها حتى دون إذن زوجها، سواء بإقامة محل تجاري أو إنشاء شركة تجارية بنفسها أو بتوكيل، ولا يشترط أن يكون الزوج هو الموكل، وتحمل المسؤولية كاملة عما تباشره من أعمال تجارية⁽¹⁾، وهو ما أكدته المادة الثامنة من التقنين التجاري الجزائري⁽²⁾، وليس لزوجها أن يمنعها من ذلك، ولا أن يتدخل في إدارتها دون إذنها، أو أن يشترط عليها استئذانه لممارسة سلطاتها كمالك، كما لا يحق له أن يجبرها على المساهمة في الأعباء المالية الأسرية، لأن واجب النفقة يقع عليه⁽³⁾.

غير أن طبيعة عقد الزواج وصلاته المعنوية قد تلقي بظلالها على الجوانب المادية ولو بطريقة غير مباشرة، ففيما يتعلق بالهبة جعلت الزوجية مانعا من موانع الرجوع فيها، وأيضا جعلت مانعا من موانع سريان التقادم، حيث لا يسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا⁽⁴⁾، وهذا يسري على كلا الزوجين، كما أنه في إثبات بعض التصرفات القانونية وجودا وانقضاء بالكتابة يجوز الإكتفاء فيه بشهادة الشهود إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي حسب المادة 336 ق.م.

إن الوضع النظري والقانوني يكرس الحماية للزوجة، غير أنه من الناحية الواقعية والتطبيقية تتعقد الأمور لتحرم الزوجة من حقها ويتولى زوجها في أحسن الأمور إدارة أموالها فقط، ليبقى القانون نظريا والواقع تطبيق آخر.

أما الفقرة الثانية من المادة سالفة الذكر فنجدها تجيز للزوجين وضع نظام مالي بالاتفاق بينهما، يحددان بموجبه كيفية اقتسام ونسبة كل منهما من الأموال المشتركة بينهما، والتي

¹ - أمر يحيوي، المرجع السابق، ص 141؛ لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص 97.

² - الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م ج.ر.ج. عدد 101 الصادرة في 16 ذو الحجة 1395هـ الموافق لـ 19 ديسمبر 1975م، المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، جاء فيه مادته 8: "تلتزم المرأة التاجرة شخصيا بالأعمال التي تقوم بها لحاجات تجارتها.

ويكون للعقود بعوض التي تتصرف بمقتضاها في أموالها الشخصية لحاجات تجارتها، كامل الأثر بالنسبة للغير".

³ - لوعيل محمد لمين، المرجع نفسه، ص 97.

⁴ - مولاي ملياني بغدادي، المرجع السابق، ص 237.

يكتسبها خلال الحياة الزوجية، على أن يكون تحديد ذلك في عقد الزواج أو بموجب عقد رسمي لا حقا، وهذا لا يكون إلا بالاتفاق ولا يمكن إجبار الزوجين عليه.

رغم أن بعض شراح القانون⁽¹⁾ يرون أن المشرع الجزائري حاول من خلال هذا التعديل "تحويل الأسرة التي تبنى على المودة والرحمة إلى شركة مالية ذات أسهم خاضعة للحسابات الدقيقة بين أطرافه"، إلا أننا نعتقد أنه حاول حماية حقوق الزوجة، لأنه واقعا كثيرا من الزوجات العاملات يساهمن مع أزواجهن في مصاريف الأسرة واكتساب الأموال خاصة العقارية، فإذا حصل طلاق بينهما فقدت الزوجة حقوقها، خاصة وأنه من الناحية القانونية تكون الأموال للزوج، لأن علاقتها الزوجية في الغالب تمنعها أدبيا من عدم إدراجها كمالكة رسمية خلال زواجها، وعليه إذا تم الاتفاق على كيفية اقتسام أملاك الزوجين التي يكتسبها خلال زواجها عند إبرام عقد الزواج أو بعده بعقد رسمي تحفظ للزوجة حقوقها.

وما دعم حماية حقوق الزوجة المالية في هذه الحالة، أن المشرع الجزائري كما سبق الإشارة إليه أجاز إثبات التصرفات القانونية التي تشترط فيها الكتابة، وهي تلك التي تفوق قيمها مبلغ 100.000 دج أو كانت غير محددة القيمة بشهادة الشهود، إذا وجد حائل أو مانع ولو كان أدبي يحول دون الحصول على الإثبات الكتابي، والزواج يحقق هذا المانع⁽²⁾، كما أنه حاول حمايتها جنائيا من أي عنف يمارس ضدها بهدف تجريدها من حق التصرف في أموالها، في المادة 330 مكرر من قانون العقوبات، والتي جاء فيها: "يعاقب بالحبس من (6) أشهر إلى سنتين كل من مارس على زوجته أي شكل من أشكال الإكراه أو التخويف ليتصرف في ممتلكاتها ومواردها المالية.

يضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية".

غير أنه يجب الاحتياط إلى عدم تطبيق المادة بمعنى آخر بموجبه تقحم الزوجة ويفرض عليها المشاركة في الأعباء المالية الأسرية التي تقع على عاتق الزوج أساسا، خاصة في ظل وجود نص المادة 1/376 من قانون الضرائب التي جاء فيها: "يتحمل المسؤولية بالتضامن كلا الزوجين إن تعاشرا في البيت الواحد وكذا أولادهما القصر على أساس الأموال والمداخيل التي

¹ - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 174.

² - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 124-125.

تؤول له بعد الزواج عن الضرائب المؤسسة باسم الضريبة على الدخل⁽¹⁾، ووجود بعض الآراء التي تقر حق الزوج في الحصول على تعويض عما يلاقه من مشاق بدنية ونفسية نتيجة عمل زوجته خارج المنزل، ويرون أن النفقة الأسرية تقسم كآلاتي:

- يتحمل الزوج نفقات البيت الأصلية، باعتباره المسؤول الأصلي على الإنفاق.
 - تتحمل المرأة نفقات البيت الإضافية الناتجة عن العمل المهني باعتبارها المتسببة فيها.
 - تقدم الزوجة قدرا من المال لزوجها كتعويض له جراء تحمله بعض الآثار المادية والنفسية ويقدر التعويض حسب حال الزوجيين.
- أما إذا كانت الزوجة تعمل في منزلها، فلا تقدم له أي تعويض، ولكن يندب مساعدة زوجها⁽²⁾.

نعتقد أن هذا الرأي يقحم الزوجة في النفقة، لأنه لا يمكن الحديث عن التعويض إذا كان الزوج موافقا على عمل زوجته، لأن موافقته قبولا لتحمل تلك المشاق إن وجدت، كما أنه لو كانت الزوجة لا تقوم ببعض الأعمال وهي غير عاملة فهل تلتزم بتعويضه أيضا.

ليس بعيدا عن مذهب المشرع الجزائري اعتبر القانون التونسي الزوجة حرة في التصرف في أموالها ولا ولاية للزوج عليها في الفصل 24 م.أ.ش، غير ألزمها في الفصل 23 م.أ.ش وأجبرها بصراحة ودون لبس على المساهمة في النفقة على الأسرة إن كان لها مال، ويمكن نتيجة لذلك مطالبتها قضاء إذا أخلت بواجبها، واجبارها على تسديد مساهماتها⁽³⁾، أما القانون الكويتي فلم يتناول هذا الموضوع، غير أن توجهه يدل على الأخذ بالاستقلالية المالية التامة، وإن للزوجة الحرية التامة في التصرف بأموالها وإدارتها دون أن يتدخل الزوج إلا برضاها، وهو ما تأخذ الشريعة الإسلامية التي أجمعت مذاهبها الفقهية تقريبا عن حق الزوجة في التصرف في مالها إذا كانت راشدة أو من ينوب عنها إذا كانت قاصرة، ولا ولاية لزوجها على أموالها مطلقا إلا بتوكيل منها أو ممن له حق الولاية على مالها إذا كانت غير كاملة الأهلية، فالزوج ليس له أن يقرب مالها إلا بإذنها، وإذا فعل دون حق فإنه يعتبر عاص يجب عليه رد ما استولى عليه من أموال زوجته، وإن هلك وجب عليه ضمانه، وليس له أن يجبرها على

¹ قانون رقم 101/76 المؤرخ في 17 ذي الحجة 1396 هـ الموافق لـ 9 ديسمبر 1976، ج.ر.ج. عدد الصادرة في 1 محرم 1397 هـ الموافق لـ 22-12-1976م، المتضمن قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة المعدل والمتمم.

² حسنين المحمدي بوادي، المرجع السابق، ص 206-207.

³ فاطمة الزهراء بن محمود، المرجع السابق، ص 111.

المشاركة في أمور الأسرة المالية إلا إذا تبرعت راضية⁽¹⁾، كما أن الزوجة ليست مجبرة على استئذان زوجها للتصرف في أموالها، وهو الراجح في الشريعة الإسلامية، وإن كان بعض المالكية يرون وجوب حصول الزوجة على إذن الزوج للتصرف في أموالها، ورغم عدم الأخذ بهذا الرأي، إلا أن هناك من برره بضرورة وجوب تشاور الزوجيين فيما يتعلق بمستقبل أموالها، وأن هذا الاستئذان فيه مراعاة لرباط الزوجية الذي يتعلق بالجوانب الروحية، حيث أن الجوانب المالية يمكن أن تؤثر إيجابا فتساعد على التفاهم الروحي، كما أن فيه (الإذن) حماية لمصالح الأسرة، فقد تكون الزوجة مبدرة تسرف في صرف أموالها فيما لا ينفعها، فلما تقيد حريتها بالإذن تحفظ تلك الأموال⁽²⁾، غير أن عدم رجاحة هذا الرأي واضحة مما جعله مهجورا، فلا يمكن أن تجبر الزوجة على استئذان زوجها في التصرف في أموالها الخاصة، ولكن أن تقوم به هي برغبة حرة منها فذلك محمود وفيه يظهر الآثار الإيجابية التي ذكرها هؤلاء الفقهاء.

يرى البعض أن النظام الإسلامي القائم على الاستقلالية المالية الزوجية يعتبر أرقى بكثير من الأنظمة الغربية المتسمة بالتعقيد، خاصة وضعية التبعية والضعف التي تخصصها للزوجة⁽³⁾، فيما يرى فقهاء غربيون أن هذه الاستقلالية للزوجة هي ضرورة تفرضها هشاشة الرابطة الزوجية، وليس اعترافا بأهلية المرأة في تسيير أموالها، غير أنه رُد عليهم بأن هذا القول غير صحيح، لأن المرأة تتمتع بهذه الاستقلالية قبل الزواج وتستمر إلى ما بعده، وإنما هذا من الأمور التي جسدت فيها المساواة التامة بين الرجل والمرأة⁽⁴⁾.

في إطار استقلالية الذمة المالية للزوجة، فإنها تملك إبرام كافة التصرفات المتعلقة بالتبرع، والتي تتمثل في الوصية والهبة والوقف، ولا يوجد ما يمنعها من الناحية القانونية، وجل النصوص الواردة في قانون الأسرة، والتي تتمثل في المواد 142-220 تبيح لها ذلك، ولم تقيد بأية قيود، ويسري هذا الحكم حتى على الزوجة المرشدة التي تبقى خاضعة في تصرفاتها لوليها، لأنها تكتسب وفق المادة 7 من ق.أ.ج أهلية التقاضي فيما يتعلق بأثار الزواج من حقوق وواجبات فقط، أما في غيرها فتبقى ناقصة أهلية.

¹ جميل فخري محمد جانم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 96-97.

² مولاي ملياني بغدادي، المرجع السابق، ص 236-237.

³ دنوني هجيرة، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري-دراسة تحليلية نقدية-، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر - كلية الحقوق، العدد الأول، سنة 1991، ص 164.

⁴ في هذا المعنى تفصيلات أكثر في مرجع الدكتور أمر يحيياوي، المرجع السابق، ص 141-145؛ دنوني هجيرة، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 163.

أما الفقه الاسلامي فقد أجمع فقهاءه على أن الزوج ليس له الاعتراض على زوجته إذا تصرفت في مالها بعوض مادامت تملك أهلية ذلك، حسب ما بيناه سابقا، غير أنهم اختلفوا حول هبة أو التصدق بجميع أموالها أو جزء منه دون إذن الزوج كالتالي:

الاتجاه الأول: وهو قول الجمهور من حنفية⁽¹⁾ وشافعية⁽²⁾ وحنابلة في إحدى رواياتهم⁽³⁾، يذهبون إلى حق الزوجة في التصرف في مالها كله أو جزء منه، بعوض أو بغير عوض.

الاتجاه الثاني: ويمثله المالكية⁽⁴⁾ والحنابلة في روايتهم الأخرى⁽⁵⁾، ويذهبون إلى أن الزوجة ليس لها أن تتبرع لغير زوجها بأموالها كالهبة أو الصدقة بأكثر من الثلث دون إذن الزوج، ويرى مالك أنه لو تبرعت بما يزيد عن الثلث لم يجز تبرعها في كامل المال⁽⁶⁾.

الاتجاه الثالث: ذهب إليه الليث بن سعد الذي يرى بمنع الزوجة من التصرف في مالها مطلقا، سواء بالكثير أو القليل، إلا في الشيء التافه.

الاتجاه الرابع: ذهب إليه طاووس بن كيسان الذي قال بمنع الزوجة مطلقا في التصرف في أمواله إلا بإذن الزوج⁽⁷⁾.

بالمقابل لكل ما سبق، لا تملك الزوجة أن تتصرف في أموال زوجها، أو أن تفرض عليه استئذانها في التصرف في أمواله أو أي قيد يسلبه حرية التصرف فيها، وإن كان هناك من يرى بأن الزوج لا يتمتع بالحرية التامة فيما يتعلق بأمواله الخاصة، حيث أنه للزوجة حق على مال زوجها طالما كانت نفقتها واجبة عليه، مما يعطيها الحق في أن تأخذ من ماله ما يغطي حاجاتها إن امتنع عن الإنفاق عليها، وذلك حتى لو كانت عاملة، وهذا يجعل أموال الزوج ذات طبيعة مشتركة، لأن أعباء الأسرة تقع على عاتقه وحده⁽⁸⁾، غير أننا نعتقد أن هذا قول غير

¹ محمد أمين الشهير بابن عابدين، حاشية ابن عابدين رد المحتار شرح تنوير الابصار، الجزء 4، الطبعة الثانية، مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1386هـ-1966م، 495.

² - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 6، المرجع السابق، ص 345.

³ - عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، "المغني"، الجزء 04، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب، 1997، ص 348.

⁴ - محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدي الغرناطي، التاج والإكليل لمختصر خليل، الجزء 6، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1416هـ-1994م، ص 665؛ محمد عيش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 6، المرجع السابق، ص 132.

⁵ - موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق عبد الله بن محمد المحسن وعبد الفتاح محمد حلو، الجزء 4، الطبعة الثالثة، 1417هـ-1997م، ص 348.

⁶ - مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، المدونة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 124-125.

⁷ - نقلا عن خنوش سعيد ومساعدي عبد الوهاب، خصوصيات الهبة والصدقة عند الزوجة في الفقه الإسلامي، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 35، العدد 2، سنة 2021، ص 642-659.

⁸ - دنوني هجيرة، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 156-157.

معقول يجعل من مركز الزوجة أفضل من مركز الزوج، والحقيقة غير ذلك، فالزوج له أن يمارس كل سلطات المالك على ماله، وليس للزوجة أن تتدخل في ذلك، غير أنه إلى جانب ذلك فهو مدين بالنفقة، فإن امتنع عن الوفاء تأخذ الزوجة حكم الدائن، وتتصرف وفق ذلك.

نعتقد أنه ورغم أن المشرع من خلال تعديل المادة 37 سابقة الذكر حاول حماية المرأة إلا أنه فتح الباب على مخاوف جدية للمرأة قد تتجلى لاحقاً، لهذا نعتقد أن تكريس أفضل حماية للمرأة لا يكون بمنحها حق الاتفاق مع زوجها على كيفية اقتسام الأموال المشتركة بينهما، فهذه نتيجة منطقية لحرية المرأة والرجل في التصرف في أموالهما، وتتوافق مع حرية الإشتراط في عقد الزواج، حيث يحق لهما إبداء كل الشروط التي يريدانها على نحو ما سبق بيانه، لكن يمكن حماية المرأة وأموالها بآليات أكثر نجاعة من ذلك تضمن حقوق المرأة في حالة عدم الاتفاق، خاصة فيما يتعلق بالإثبات، ومراعاة مصادر دخل كل من الزوجين مقابل التزاماته.

4- تعليم الزوجة: من الحقوق المهمة جدا للزوجة على الزوج تعليمها فرائض دينها من غسل ووضوء وصلاة وصوم وغيرها كالكفارات حين الحاجة إلى معرفة أحكامها، وهذا الواجب كثيرا ما يغفل الناس عنه فيقتصرون حقوق الزوجة على الماديات فقط دون المعنويات والدينيات مع أن هذه الأخيرة أهم.

وهنا تكمن مشكلة أخرى وهي أن بعض الأزواج لا يدرك ولا يعلم هو بنفسه أحكام الدين الواجبة عليه ففي هذه الحالة يجب عليه التعلم ليعلم نفسه أولا ولكي يستطيع تعليم زوجته، كما يجب عليه أن يسأل العلماء ويستفتي لزوجته إذا أشكل عليهما شيء، وإن لم يقم بواجب التعليم والسؤال فلا يجوز له بأي حال أن يمنع زوجته أن تتعلم فرائض دينها بسؤال العلماء أو حضور دروس العلم وبتطور وسائل التعليم اليوم أصبح التعلم وسؤال أهل الذكر أسهل بكثير من ذي قبل.

5- حقوق الزوجة في حالة تعدد الزوجات: إن موضوع تعدد الزوجات من أهم المواضيع التي أثارت التباسات وجدالات كثيرة، وأسالت حبر عديد من الفقهاء وشرح القانون وغيرهم حتى أضحي موضوعا سياسيا أكثر منه دينيا وأخلاقيا، تتخذه الدول التي تتبنى المساواة بين الرجل والمرأة وتحرر المرأة وسيلة للضغط السياسي في المحافل الدولية، ويعتبرونه إجحافا بحقوق المرأة، وهو الأمر الذي يحتاج الفصل فيه إلى معرفة أحكام هذا النظام وحقوق المرأة في ظل ثم تقديره.

يعتبر نظام تعدد الزوجات كنظام مهذب نظاما إسلاميا، غير أنه كان معروفا في كل المجتمعات الإنسانية القديمة وبلا حدود، ولكن لما جاء الإسلام هذب وضيق حدوده، ووضع له شروطا تتمثل فيما يلي:

- أن يكون في حدود أربعة⁽¹⁾ نسوة لا أكثر⁽²⁾.

- أن يوجد مبررا شرعيا، كمرض الزوجة الذي لا تأمل الشفاء منه أو عقمها المؤكد الذي ليس له علاج، أو عجزها كما لو أصيبت بعاهة تقعدها عن تدبير شؤونها الخاصة فما بالك شؤون الأسرة، أو كان الزوج قوي الغريزة بحيث لا تكفيه امرأة واحدة، فبدلا من لجوءه إلى الزنا يلجأ إلى الزواج الذي تحفظ فيه حقوق الكل من زوجة أولى أو ثانية أو أكثر وزوج وأولاد، ومن وراءهم جميعا المجتمع.

- أن يكون الزوج قادرا على العدل بين زوجاته.

لقد اختلفت القوانين المقارنة حول أحكام هذا النظام والأخذ به، فنجد من رفضه كلية، كالقانون التونسي الذي حرم التعدد في الفصل 18 م.أ.ش، وجعله جريمة يعاقب عليها القانون بالعقوبات الواردة في ذات الفصل، وهي السجن لمدة عام، وبخطية قدرها 240 ألف فرنك، أو بإحدى العقوبتين على كل شخص عدد زوجاته سواء كانت امرأة أو رجل حتى لو كان الزواج الجديد غير مبرم طبقا لأحكام القانون، وتسري نفس العقوبات على الزوج الذي يتعمد إبرام عقد زواج مع شخص مستهدف بالعقوبات السابقة، كما لو تزوجت امرأة برجل متزوج وهي تعلم ذلك.

ونجد من أخذت به مع الاختلاف من حيث التشدد والتساهل في أحكامه، فبينما أباح القانون الكويتي التعدد دون أية قيود ما عدا عدم الجمع بأكثر من أربع نساء، حيث منعت المادة 21 ق.أ.ش الرجل من الزواج بخامسة إذا لم ينحل زواجه من إحدى زوجاته السابقات، نجد المشرع الجزائري يتشدد في شروطه الواردة في المادة 8 ق.أ:

- أن يكون التعدد في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية، أي لا يتجاوز 4 نسوة.

¹- واختيار أربعة لحكمة ربانية، ربما تكمن فيما يحمله الرقم ثلاثة من معاني، فالزوج لا يرجع إلى زوجته إلا بعد ثلاثة أيام، ونجد لهذا الرقم حضورا في مواطن كثيرة ذات صلة بالابتعاد والفرقة، فيجوز هجر الزوجة ثلاثا لا أكثر، وكذلك هجر المسلم للمسلم، كما أن الحداد ثلاثا على غير الزوج وغيرها، عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 191.

²- أما فيما يتعلق بتعدد الرسول ﷺ أكثر من 4 نسوة فهو أمر خاص به دوننا عن غيره، لأن زوجاتها كلها كان لها دوافع وأهداف من وراء خدمة لدين الله، وطبعا ما كان له أن يطلق أي واحدة منهن، لأنه ما كان لأحد أن يطأ امرأة بعده ﷺ.

- وجود المبرر الشرعي: ولم يحدد المشرع الجزائري طبيعة هذا المبرر بل تركه للسلطة التقديرية للقاضي.

- شروط ونية العدل بين الزوجات: أي أن يثبت الزوج قدرته على توفير العدل بين زوجاته، وذلك من خلال إثبات توفر الشروط المادية لذلك، كقدرته على النفقة على أكثر من زوجة، وعلى توفير مسكن لكل واحدة، وإثبات نيته في العدل.

- إخبار الزوجة السابقة واللاحقة بزواجه وموافقتهما: يلتزم الزوج بإخبار زوجته بأنه يرغب بالزواج ثانية، وإن كن أكثر من واحدة وجب إخبارهن جميعا، كما يلتزم بإخبار المرأة التي يريد الزواج بها بأنه متزوج سابقا.

ولم يحدد تقنين الأسرة كيفية هذا الإخبار، شفاهاة أو كتابة، وهل يشترط أن يكون أمام جهة رسمية أم لا.

ولم يكتف المشرع باشتراط إخبارهما فقط، وإنما استلزم موافقتهما معا، وإن لم يحدد كيفية التعبير عن هذه الموافقة صراحة أو ضمنا، شخصيا أم بوكيل، وإن كنا نعتقد أن حضور المرأة شخصيا أمام القاضي للتعبير عن موافقتها على زواج زوجها أو على زواجها من رجل متزوج أحفظ لحقوقها، وكان يفضل لو أن المشرع نص على ذلك صراحة.

- الحصول على رخصة من طرف رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية: لقد قيد المشرع الجزائري الزواج المعدد برخصة قضائية يقدمها رئيس محكمة مسكن الزوجية بعد تأكده من توفر كافة الشروط السابقة.

يتمتع رئيس المحكمة بسلطة تقديرية واسعة في منح هذه الرخصة من خلال تقدير ما يضمن العدل أو لا يضمنه، وما يوفر الشروط اللازمة للحياة الضرورية وما لا يوفره، وحتى في تقدير المبرر ذاته، وهي كلها مسائل تدخل في الموضوع، ولا يسمح للمحكمة العليا بمراقبتها، وضمان تطبيق هذه المادة تطبيقا سليما⁽¹⁾.

لقد انتقد موقف المشرع الجزائري بعدة انتقادات، منها:

- أنه موقف متذبذب حاول من خلاله إرضاء دعاة الإلغاء ودعاة الإبقاء، فأباحه ولكن قيده بشروط متشددة أحيانا.

¹ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 91.

- أن المشرع استعمل عبارة يمكن لرئيس المحكمة أن يمنح الرخصة متى توفرت شروطها، وهو ما يوحي بأنه حتى وإن توفرت هذه الشروط فيمكن له أن لا يمنحها، وهو ما يمنح لرئيس المحكمة سلطة مطلقة، ويفتح المجال لسيطرة توجهه على مسألة التعدد.

- أن المشرع الجزائري قد خرج عن الأصول العامة الثابتة شرعا، حيث ربط التعدد بالترخيص من القاضي، ويرى البعض أنه أولى أن يربطه فقط بموافقة الزوجتين السابقة واللاحقة، ويطالبون بتعديل المادة 8 ق.أ بما يتوافق مع ذلك، مع إلغاء القيود الواردة على التعدد، ماعدا قيد عدم الجمع بين أكثر من أربع نسوة، ورضا الأطراف مع ضرورة حضور الزوجة السابقة واللاحقة شخصيا أمام القاضي لمنحه الرخصة⁽¹⁾.

من خلال ما سبق رؤيته من أحكام لتعدد الزوجات وإن بصفة مختصرة، إلا أننا نقول أن للزوجة حقوقا في ظلها، وهي الأكثر توسيعا في القانون الجزائري، ولكن يثور التساؤل حول حقوق المرأة عامة في التعدد، وهل هو حق لها أم أنه هضم لحقوقها؟

أ- **التعدد المقيد حق للمرأة:** يعارض العديدون من أشخاص أو جمعيات أو منظمات نظام تعدد الزوجات، ويرون أنه يهين ويذل المرأة ويهضم حقوقها، ولا يقتصر هذا على الغربيين أو غير المسلمين فقط بل حتى بعض العرب المسلمين، فنجد منهم من⁽²⁾ يعتبر أن الإسلام أعطى حرية جنسية واسعة للرجل فيما منعها على المرأة بصرامة، ذلك حيث أن الرجل له أن يتزوج متى شاء وممن شاء، وله أن يطلق أيضا متى شاء، أما قيد عدم الجمع بين أكثر من أربع نسوة فهو قيد شكلي فقط، فإذا بلغ العدد له أن يطلق من أراد ليتزوج مرة أخرى، وهكذا يكون له الحق في الزواج إلى ما لا نهاية⁽³⁾، ويذهبون إلى أبعد من ذلك عندما يعتبرون أن هذا النظام يعيق تطوير أفكار المجتمعات الإسلامية، وأن مخالفة قاعدة المساواة بين الجنسين المهجورة من قبل الحضارات المعاصرة اليوم تعتبر خاصية العالم الإسلامي "التي لا تشرفنا" حسبهم، وتعطي صورة بغيضة عن الإسلام، بل أكثر من ذلك يخوضون في غمار الدين، ويرون أن القرآن يعطي انطبعا بأنه يبيح التعدد ظاهريا، فيما هو يمنعه من خلال تضمينه بشرط رآه مستحيلا هو العدل، فاستحالة تطبيق الشرط ينفي التسامح⁽⁴⁾.

¹- أعرم يحيوي، المرجع السابق، ص 282-284.

²- محمد شرفي عن أعرم يحيوي، المرجع السابق، ص 242.

³- أعرم يحيوي، المرجع نفسه، ص 242-243.

⁴- أعرم يحيوي، المرجع نفسه، ص 278-279.

إن معارضة تعدد الزوجات والدعوة إلى منعه لا يقتصر على أولئك المعادون للإسلام وأصحاب الأفكار التحريرية، وإنما حتى بعض الفقهاء المسلمين المعروفين نادوا بضرورة منع التعدد لما فيه من ضرر للمرأة، ودعوا إلى تضييقه إلى أبعد حد، ومنهم المصلح الكبير العلامة "محمد عبدو" الذي قدم اقتراحا إلى الجهات المختصة بذلك، واستدل بأن إباحة التعدد ليست مطلقة، لأنه مرتبط بشرط العدل الذي يعتبر مفقودا حتما، فإن وجد فنادر، ولا نقيس عليه، فمتى غلب الفساد على النفوس وصار المرجح ألا يعدل الرجال في زوجاتهم جاز للحاكم منع التعدد مطلقا مراعاة للأغلب، وكما أنه قد غلب سوء معاملة الرجال لزوجاتهم عند التعدد وحرمانهن حقوقهن في النفقة والراحة، لهذا جاز للحاكم منع التعدد رفعا للفساد الغالب وصيانة للبيوت من الفساد، فالدين أنزل لمصلحة الناس وخيرهم، ومن أصوله منع الضرر والضرار، فإذا ترتب على شيء مفسدة في زمن ما لم تكن تلحقه فيما قبله، فلا شك في تغيير الحكم في الحالة الظاهرة، غير أن العلامة محمد عبدو يجيز التعدد إذا كانت المرأة عاقرا، لأن الغرض من الزواج التنازل ولا يجوز تعطيله⁽¹⁾، وذهب بعض الفقهاء إلى تحريمه مطلقا على أساس الآية 129 من سورة النساء التي قال فيها عز وجل: "ولن تستطيعوا أم تعدلوا بين النساء ولو حرصتم، فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة"، فيقولون أن الله تعالى اشترط العدل لإباحة التعدد ثم جعله مستحيلا، مما يعني أن التعدد غير جائز⁽²⁾.

ولم يسلم نظام تعدد الزوجات حتى من بعض المؤيدين له الذين يرون أنه وإن كانت له مبرراته الشرعية إلا أنه يؤثر سلبا على حالة الرجل النفسية والصحية والعقلية والاجتماعية والمادية، ويؤثر على الزوجة وعلى الأسرة واستقرارها وعلاقاتها الاجتماعية، وعلى تنشئة الأولاد الذين يكبرون وبينهم مشاحنات وكرهية وبغضاء⁽³⁾.

نعتقد أن هذه المعارضة غير صائبة، والحجج المقدمة من أصحابها يمكن دحضها من الواقع، وإثبات عكسها بسهولة، وذلك من عدة جوانب:

- إن الخلاف والعداوة التي قد تترتب على تعدد الزوجات لا يمكن أن تكون سببا لمنعه، وإلا كانت سببا في منع أمور أخرى كثيرة، فالعداوة توجد بكثرة بين الزوجة وأهل زوجها، فهل يكون

¹ - بدرية عبد الله العوضي، وضعية المرأة العربية في قوانين الأحوال الشخصية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 2، سنة 1987.

² - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 107-108.

³ - فيصل محمد خير الزراد، المرجع السابق، ص 167-168.

ذلك سببا في منع الزواج، كما أن عداوة أولاد الرجل الواحد من زوجتين موجودة وتحدث، فهل تؤدي إلى منع زواج الرجل الذي ماتت زوجته أو طلقها وله منها أولاد⁽¹⁾، كما أن الزوج تتغير ظرفه المادي بالزواج، حيث يصبح أكثر أعباء، فهل يؤدي ذلك إلى منع الزواج.

- أن الآثار السلبية للتعدد لا يمكن أن تكون أسوأ من عدم التعدد، فبالنسبة للزوج لن يكون أسوأ من أن يلزم بالعيش مع امرأة لا تقدر على أداء واجباتها أو لا تتجب الأولاد إلا إذا رضي هو بذلك، وبالنسبة للزوجة فلن يكون معاشرة نساء أخريات أفضل من زواج زوجها بأخرى، وبالنسبة للخليفة فأن تكون زوجة كاملة الحقوق أفضل من أن تكون عشيقة دون حقوق هي وأولادها، وما دام الحال أسوأ في كل الحالات في عدم التعدد فنأخذ بأخف الضررين بالنسبة للجميع حتى المجتمع.

- إن المقارنة مع الحضارة الغربية يرجع على صاحبه، فحقيقة القوانين الغربية لا تبيح تعدد الزوجات، وتعطي حرية جنسية للمرأة كما الرجل، وفي ذلك هضما لحقوقها أكثر بكثير من تعدد الزوجات.

فعوض أن تكون زوجة - وإن كانت ثانية أو ثالثة - لها حقوقها المعروفة وحقوق أولادها، أصبحت خليلة تعاشر خفية بلا حقوق ولا عفة ولا كرامة ولا حتى ضمان لحقوق أولادها الذين أثبت الواقع أنهم يعيشون معقدين في المجتمع، فيلجؤون إلى الانحراف والتشرد، مما أدى إلى انتشار الجريمة والانحراف بكل معانيه.

وعوض أن تقبل بزوجة أخرى لزوجها في ظل ضوابط وأحكام، تقبل مضطرة مغامرات زوجها مع أخريات بلا ضوابط، وعلى النمط الحيواني، فتدفع هي في الغالب الضريبة معه، كالإصابة بالأمراض الجنسية خاصة السيدا.

وعوض أن تعامل كإنسان تماما كالرجل، وتحترم في عملها وفي بيتها وحيثما كانت، أصبحت سلعة ينظر إليها نظرة جنسية فقط في كثير من الحالات.

- انتشار الشذوذ الجنسي، لما فيه من حرية جنسية مطلقة بلا ضوابط.

- انتشار الأمراض الجنسية بشكل كبير.

¹ - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 193.

- يجب الموازنة بين المرأة المتزوجة والمرأة غير المتزوجة في ظل زيادة عدد النساء على الرجال، فإذا كان من الرجال من بإمكانه أن يعدد، فبأي حق نمنع المرأة التي اختارها من الزواج؟

إن الضحية دائماً هي المرأة سواء كانت زوجة، حيث لا يحترمها زوجها ويلجأ إلى معاشرتها غيرها وخيانتها مع كل من أراد، أو كانت خلية حيث يشبع رغباته ونزواته ثم يتركها بلا أية حقوق.

ونجد أن بعض الغربيين ذاتهم ينتقدون واقعهم ويثنون على تعدد الزوجات الإسلامي، فنجد الفيلسوف الألماني "شوبتهور" يقول "ولقد أصاب الشرقيون مرة أخرى في تقريرهم لمبدأ تعدد الزوجات، لأنه مبدأ تحتمه وتبرره الإنسانية، والعجب أن الأوروبيون في الوقت الذي يستتكرون فيه هذا المبدأ يتبعونه عملياً، فما أحسب أن بينهم من ينفذ مبدأ الزوجة الواحدة على وجهه الصحيح"، ويقول غوستاف لوبرن: "إن تعدد الزوجات المشروع عند المشرقيين أحسن من عدم تعدد الزوجات الريائي عند الأوروبيون وما يتبعه من مواكب أولاد غير شرعيين"⁽¹⁾.

- فيما يتعلق بالقول بمنح حرية جنسية واسعة للزوج على حساب الزوجة، فهو قول غير صحيح، لأن الحرية ليست مطلقة بل مقيدة، كما أن الرجل يباح له التعدد، لأن ذلك يتفق ويتناسب مع طبيعته الفيزيولوجية، حيث يستطيع أن يجمع بين أكثر من زوجة، أما المرأة فلا يمكنها، لأنها هي التي تحمل ولو عدت الزواج لاختلطت الأنساب وعمت الفوضى⁽²⁾.

- لا يمكن القول أن الإسلام لم يمنع تعدد الزوجات صراحة حتى لا يصطدم مع موروث العهود الطويلة، لأن أسس التشريع الإسلامي التدرج في التشريع، وهناك أمورا كثيرة ورثت منذ أزمنة ولما جاء حرمها بالتدرج، ولم يفعل ذلك مع التعدد الذي تركه بعد أن قيده وهذبه لما فيه من فوائد تفوق الأضرار⁽³⁾.

- إن القول أن التعدد في الزمن المعاصر غلب عليه الفساد وعدم العدل، وبالتالي وجب منعه، قول غير صحيح، لأن الخلل ليس في التعدد ولكن في الأشخاص، لهذا يجب العمل على إيجاد حلول تعالج المشكل الرئيسي، لأن منع التعدد يبقي الفساد قائماً بل قد يزيد في حدته.

¹ - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 190.

² - مولاي ملياني بغدادي، المرجع السابق، ص 213.

³ - أمير يحياوي، المرجع السابق، ص 281.

- إن القول بمنع التعدد إلا في حالة واحدة هي عقم المرأة فيه ظلم للزوج وللزوجة أيضا، فقد تكون مريضة بشكل لا يسمح لها بأداء واجباتها الزوجية، في هذه الحالة في غالب الأحيان يلجأ الزوج إذا منع عليه التعدد إلى تطليق هذه الزوجة أو إلى العلاقات المحرمة، فأيهما أفضل للزوجة أن تبقى في كنف زوجها بما عليه من واجبات تجاهها مع إلزامه بالعدل، أو أن تتطلق، أو أن تتحمل انحراف زوجها، وما في ذلك من أضرار.

- إن القول بأن الآية 129 من سورة النساء تمنع تعدد الزوجات هو غير صحيح، لأن الله سبحانه وتعالى يقول فيها: "ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة وإن تصلحوا وتتقوا فإن الله كان عفورا رحيمًا"، فعندما يوصي بالإحسان للزوجة الثانية، وعدم تركها كالمعلقة يعني أن التعدد ممكن⁽¹⁾، غاية ما في الأمر أن الله تعالى تكلم بداية عن العدل المادي وأوجهه، ثم انتقل إلى العدل المعنوي ونفى إمكانية تحقيقه، لهذا أوصى بعدم إهمال الزوجة وتركها كالمعلقة، وهو هنا يقصد العدل المعنوي.

إلى جانب هذين الرأيين المبيح للتعدد بمبرر والمانع له هناك رأي آخر يعتبره حرية شخصية، ويرى أن تقييد نظام التعدد بمبرر شرعي لا مسوغ له، لأن الإباحة المقررة في الآية السابقة جاءت مطلقة ولم تقيد بأي وصف، فتبقى على إطلاقها، طبعاً ما عدا قيد التعدد في حدود أربعة نساء، وأن التعدد أمر اختياري يجوز تركه أو الأخذ به، لهذا فهو حرية عامة، وهي مسألة تخضع لتقدير من يقدم على زواج آخر.

ويرى هذا الرأي أن التعدد مباح طالما رغب الزوج ووافقت عليه الزوجة والمرأة المراد الزواج بها، وليس معقولاً أن يرفض عقد الزواج الجديد إذا كانت كلا المرأتان موافقتان، ويذهب هذا الرأي إلى أن العدل ليس شرطاً إذا تنازلت عنه الزوجة، كما لو تنازلت الزوجة التي ليس لها أولاد عن نفقتها، بل هي قد تساعد زوجها لإعالة أولاده، وبالتالي فالتراضي هو المسألة الأساسية التي يقوم عليها التعدد⁽²⁾.

نعتقد أن العدل لا بد من اشتراطه لصالح المرأة، فإذا أرادت أن تنازل عنه فلها ذلك، أما أن نحذفه من الشروط فهذا يضر بالمرأة ضرراً كبيراً ولا يمكن قبوله.

¹- أعرم يحيياوي، المرجع السابق، ص 279.

²- أعرم يحيياوي، المرجع نفسه، ص 284.

في الأخير نعتقد أن الرأي الأصوب هو إباحة التعدد بمبرر شرعي حتى لو لم توافق الزوجة مع ضرورة إخبارها ومنحها حق طلب الطلاق، وأيضا إخبار المرأة التي يراد الزواج بها، أما إذا كان التعدد بغير مبرر فيجب موافقة الزوجة، لأنه هنا يعتبر حرية شخصية، وفي كل الحالات فالتعدد ليس حقا للزوج فقط، بل حق للمرأة أيضا، وهو ليس هضما لحقوقها طالما احترمت أحكامه، سواء كانت زوجة أو يراد الزواج بها.

ب- حق العدل في حالة تعدد الزوجات: إن حق الزوج في التعدد يقابله التزام على عاتقه بالعدل بين الزوجات، وذلك ضمانا لحقوقهن.

والذي يقصد به العدل المادي وليس ذلك المعنوي المتعلق بالمحبة والميل القلبي، لأنه يخرج عن استطاعة النفس البشرية ولا قدرة لها عليه، غير أنه لا يجوز أن يكون هذا سببا في إهمال الزوجة الأخرى أو الأخريات بما يضيع حقوقهن، وإنما على الزوج ألا يفرط في الميل إلى إحداهن على حساب الأخريات ولو معنويا فقط، وهذا الميل هو الذي قال فيه تعالى: "ولا تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم، فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة"⁽¹⁾، وهو ما كان يقول فيه ﷺ عندما يقسم بين زوجاته: "اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك"⁽²⁾، فكان يتكلم بقسم فيما يملك، وهي الأمور المادية، أما المعنوية فلا يملكها، ولا يستطيع العدل فيها، خاصة أنه كان يميل إلى زوجته عائشة (رضي الله عنها).

إن الأمور التي يجب فيها العدل هي أمور مادية ظاهرة، وتتعلق بـ:

- العدل في المبيت: يجب على الزوج أن يسوي بين زوجاته في المبيت عندهن، حيث يببب عند كل منهن بمقدار الليالي التي قضاها عند الأخرى، والعبرة في القسمة بالليل، لا بالنهار لأن الأول للراحة والسكن، فيما الثاني فهو للعمل والشغل، إلا إذا كان الزوج ممن يشتغلون ليلا، فيقسم بين زوجاته في النهار⁽³⁾.

أما فيما يتعلق بالمدة التي يبقى فيها عند إحدى الزوجات لينتقل إلى الأخرى ويبقى عندها ذات المدة، فهي غير محددة في التقنينات الوضعية، أما الشريعة الإسلامية فقد تناولها

¹ - الآية 129 من سورة النساء.

² - أبو عيسى بن محمد بن عيسى الترميذي، الجامع الكبير (سنن الترميذي)، حققه بشار عواد معروف، الجزء 2، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1996، حديث رقم 1140، ص 433.

³ - جميل فخري محمد جاتم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 103.

الباب الأول: المركز القانوني للمرأة في أحكام الزواج وانحلاله.

فقهاءها، فوجد الجمهور من مالكية وحنابلة وشافعية⁽¹⁾، فضلوا القسمة ليلة ليلة اقتداء بسنته عليه السلام، ولأن ذلك أقرب إلى التسوية في الحقوق، فإذا زاد عن ذلك وجب موافقتهم جميعاً عند المالكية⁽²⁾ وبعض الحنابلة⁽³⁾، أما الشافعية⁽⁴⁾ والبعض الآخر من الحنابلة، فيرون أنه يجوز له القسم ليلتين أو ثلاث دون رضاهن، فإذا زاد عن ذلك فلا بد من موافقتهم، أما الحنفية⁽⁵⁾ فلا يحددون مدة الإقامة عند كل منهما، وله أن يحددها كما يريد، لأن العبرة هو التسوية لا الطريقة.

أما الزوجة التي يبدأ عندها القسمة، فلا يوجد أي ضابط لذلك، فله أن يبدأ عند من شاء عند المالكية والحنفية⁽⁶⁾، أما الشافعية⁽⁷⁾ والحنابلة⁽⁸⁾ فيشترطون القرعة، لأن البداءة تفضيل والواجب التسوية.

وإذا أراد السفر بإحدهن فيجب عليه الاقتراح بينهما حسب مذهب الجمهور من مالكية وحنابلة وشافعية⁽⁹⁾، وهي سنة الرسول الكريم عليه السلام، أما الحنفية⁽¹⁰⁾ وقول آخر للمالكية⁽¹¹⁾ فيرى أن يسافر بمن أراد منهن، ولا يجب عليه القرعة، وإن كانت مستحبة، فإذا رجع من السفر فلا يلزم عليه قضاء دور من لم تسافر من زوجاته، سواء أفرغ بينهما أو لم يفرغ، حسب ما ذهب

¹ - المالكية: أبو عمر يوسف النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 561؛ الحنابلة: المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، المرجع السابق، ص 478؛ الشافعية: الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 9، المرجع السابق، ص 573.

² - أبو عمر يوسف النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 561.

³ - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، مراجعة وتعليق هلال مصيلحي مصطفى هلال، الجزء 12، دار الفكر - بيروت ودار عالم الكتب - بيروت، ص 104.

⁴ - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 9، المرجع السابق، ص 578.

⁵ - ابن الهمام، شرح فتح القدير على الهداية، الجزء 3، المرجع السابق، ص 434.

⁶ - ابن الهمام، شرح فتح القدير على الهداية، الجزء 3، المرجع نفسه، ص 434.

⁷ - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 9، المرجع السابق، ص 572.

⁸ - المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، ص 478-479.

⁹ - المالكية: أبو عمر يوسف النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 561؛ الحنابلة: المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، المرجع السابق، ص 479؛ الشافعية: الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 9، المرجع السابق، ص 592.

¹⁰ - ابن الهمام، شرح فتح القدير على الهداية، الجزء 3، المرجع السابق، ص 435.

¹¹ - أبو عمر يوسف النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 561.

الباب الأول: المركز القانوني للمرأة في أحكام الزواج وانحلاله.

إليه الحنفية⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾، لأنه كان متبرعا، أما الشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾، فيرون أنه إذا أقرع بينهن فلا يلزمه القضاء، أما إذا لم يقرع بينهن فيلزمه القضاء.

إن القسم في المبيت حق لكل زوجة لا ينزع منها، إلا إذا رضيت هي بالتنازل عنه، وقد ثبت أن سودة بنت زمعة أم المؤمنين وهبت يومها للسيدة عائشة (رضي الله عنهما)، وقد فصل الفقهاء في هذه المسألة على النحو التالي:

- إذا وهبت الزوجة يومها لإحدى الزوجات، قال الجمهور بوجوب قضاءه عندها، أي الموهوب لها، وقال الحنفية بجواز جعله (يومها) لمن يشاء الزوج، لأن الهبة هنا إسقاط عنه، فله جعل حصتها لمن أراد.

- أما إذا وهبت له، فقال الحنفية والحنابلة والشافعية في إحدى رواياتهم بأن يجعلها لمن شاء، فيما ذهب المالكية والشافعية في رواية أخرى إلى أنه ليس له أن يجعلها لمن شاء بل عليه أن يسوي بينهن، فيجعل تلك الليلة لمن يليها، وكأنها غير موجودة، فإذا رجعت الزوجة في الهبة عاد حقها لها⁽⁵⁾.

أما الزوجة الجديدة فيجوز المكوث عندها أكثر من ليلة، حيث قال جمهور الفقهاء من شافعية⁽⁶⁾ ومالكية⁽⁷⁾ وحنابلة⁽⁸⁾، يبقى عندها سبع ليال إن كانت بكرا وثلاثا إن كانت ثيبا، وليس عليه قضاء ذلك للأخريات، وله أن يقيم عندها سبعا ويقضي للأخريات، ثم يبدأ القسم وقد روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه حين تزوج أم سلمة -رضي الله عنها- فدخل عليها، فأراد أن يخرج أخذت بثوبه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن شئت زدتك وحاسبتك به، للبكر سبع، وللثيب ثلاث"⁽⁹⁾، أما الحنفية⁽¹⁰⁾ فقالوا بوجوب التسوية في المبيت لا فرق بين جديدة وقديمة، ولا بين الثيب والبكر

¹ - ابن الهمام، شرح فتح القدير على الهداية، الجزء 3، المرجع السابق، ص 436.

² - أبو عمر يوسف النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 563؛ مالك بن أنس بن مالك الأصبجي، المدونة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 190.

³ - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 9، المرجع السابق، ص 593.

⁴ - اليهودي، كشاف القناع على متن الإقناع، الجزء 12، المرجع السابق، ص 111.

⁵ - عن جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 106.

⁶ - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 9، المرجع السابق، ص 586.

⁷ - أبو عمر يوسف النمري القرطبي، الكافي في فقه المدينة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 562.

⁸ - المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، ص 479-480..

⁹ - البخاري، صحيح البخاري، المصدر السابق، حديث رقم 3623، ص 591.

¹⁰ - ابن الهمام، شرح فتح القدير على الهداية، الجزء 3، المرجع السابق، ص 433.

مستدلين في ذلك بقوله ﷺ: "إذا كان عند الرجل امرأتان فلم يعدل بينهما جاء يوم القيامة وشقه ساقط"⁽¹⁾، ولأن القسم هو حق من حقوق النكاح⁽²⁾.

أما فيما يتعلق بالعدل في الوطأ والجماع فقد اتفق الفقهاء⁽³⁾ بأنه وإن كان مستحباً، إلا أنه ليس شرطاً لا فيه ولا في سائر الاستمتاع، لأنه يتعلق بالنشاط والشهوة، التي لا تأتي في كل وقت، لكن إذا قصد بتركه إلحاق الضرر بالزوجة، فيجب عليه ترك الضرر، كما أنه ليس له أن يتركه نهائياً، وإنما الحكم هنا مماثل لما سبق ورأينا في التزام الزوج بإمتاع زوجته واستمتاعها به، لأنه يدخل في إطار علاقة الزوج لزوجته لا بتعدد الزوجات.

لا يفرق في القسم بين الزوجة البكر والثيب إلا إذ كانت جديدة كما سبق وأن رأينا، ولا بين المسلمة والكتابية، ولا بين العربية والأعجمية، ولا الشابة والعجوز، ولا الصحيحة والمريضة⁽⁴⁾، ولا بين الأمة والحرّة عند المالكية⁽⁵⁾، أما الجمهور فيرى أن الأمة تخصص لها ليلة والحرّة ليلتين⁽⁶⁾، وقيل أن مالك عدل إلى هذا القول، فجعل الثلث للأمة والثلثين للحرّة⁽⁷⁾.

- **العدل في النفقة:** يجب على الزوج أن يسوي بين زوجاته في النفقة بكل مستلزماتها حسب ما ذهب إليه الحنفية، والمالكية في إحدى رواياتهم، فيما ذهب المالكية في روايتهم الأخرى⁽⁸⁾، والحنابلة⁽⁹⁾ إلى أنه ليس ملزماً بالتسوية بينهم طالما كان يعطي واجب كل واحدة منهن، فيسوّون في ذلك بين الوطاء والنفقة.

¹ - أبو عيسى بن محمد بن عيسى الترميذي، الجامع الكبير (سنن الترميذي)، المصدر السابق، حديث رقم 1141، ص 434.

² - جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 107.

³ - عن جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع نفسه، ص 101؛ الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 9، المرجع السابق، ص 572؛ المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، ص 478-479؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير على الهداية، الجزء 3، المرجع السابق، ص 434، مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، المدونة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 191.

⁴ - أباش أحمد، المرجع السابق، ص 171.

⁵ - أبو عمر يوسف النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 562؛ مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، المدونة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 191.

⁶ - جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 107.

⁷ - أبو عمر يوسف النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 562.

⁸ - أبو عمر يوسف النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، الجزء 2، المرجع نفسه، ص 562.

⁹ - البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، الجزء 12، المرجع السابق، ص 108-109.

غير أن الرأي الأول أرجح، لأن عدم التسوية هنا هو من باب الظلم، حيث يسرف على من يميل إليها قلبيا، فيما يكتفي بالحد الأدنى على الأخريات⁽¹⁾.

إن هذه الأحكام كلها مستمدة من الشريعة الإسلامية، أما التشريعات الوضعية المقارنة فلم تتناول هذه التفاصيل، وإنما اكتفت بذكر الشروط فقط.

ف نجد المشرع الجزائري في المادة 8 ق.أ اشترط للتعدد توفر شروط ونية العدل، وألزم الزوج بإثبات قدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية عند طلبه رخصة الزواج الثاني.

فيلتزم الزوج قبل إبرام عقد الزواج بتقديم ما يثبت قدرته على العدل بين زوجاته فيما يستلزمه العدل المادي، كقدرته على توفير النفقة بما فيها المسكن، ويقدم الإثباتات اللازمة لذلك كتسديد ملكية البيت أو عقد الإيجار، أو ما يثبت مدخولاته المالية ككشف الراتب أو السجل التجاري وغيرها.

ولم يكتف المشرع الجزائري بتوفر شروط العدل المادية فقط، بل ألزم الزوج بضرورة إثبات توفر نية العدل أيضا، دون أن يحدد كيفية ذلك، وهل يكفي التصريح بأنه ينوي العدل أم لا، وإذا كان يكفي هل يكون كتابة أم يكفي أن يكون شفاهة⁽²⁾، وقد انتقد بعض شراح القانون هذا الشرط ورأوا أنه غارق في بحر من الإبهام والغموض، وأنه لا يصلح شرطا مانعا للتعدد، لأن العدل بين الزوجات هو تصرف مادي يتعلق بالنفقة والسكن وغيرها، وهي أمور تظهر بممارسة الحياة الزوجية وليس قبلها، ولا قبل إبرام عقد الزواج، وهو بذلك موضوع في غير مكانه، ولا يمكن التسليم به كقيد على الزواج الثاني، لأن ما لا يمكن إثبات وجوده ماديا قبل العقد لا يمكن التسليم بأنه قيد أو شرط لإبرام العقد⁽³⁾.

إذا أخل الزوج بشروط العدل بعد الزواج يحق لزوجته أن تطلب الطلاق وفقا للمادة 6/53 ق.أ.ج وفقا لما جاء به تعديل 2005، الذي أخذ فيه المشرع بالمذهب المالكي الذي يجيز التفريق بين الزوجين إذا أخل الزوج بواجب العدل بين زوجاته متى طلبت الزوجة ذلك، وإلا فيزجره القاضي بما يراه رادعا، أما الحنفية والشافعية فيرون أنه لا يجوز التفريق بينهما ولكن

¹ - جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 109.

² - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 111-112.

³ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 87.

يجوز للقاضي أن يعزره بما يراه رادعا إذا أعادت الزوجة عرض أمرها على القاضي ثانية بعد أن أمره المرة الأولى بالعدل، لأن الزجر يولد الوحشة والكراهية فيما بينهما⁽¹⁾.

ج- حق المرأة في رفض الزواج المتعدد: لقد حاول المشرع الجزائري حماية المرأة في الزواج المتعدد، سواء عند إبرامه أو بعد ذلك:

- فعند إبرام عقد الزواج اشترط موافقة⁽²⁾ زوجة المعني أو زوجاته إن كان معددا والمرأة التي يريد الزواج بها معا لإبرام عقد الزواج، وألزم القاضي بالامتناع عن منح الرخصة إذا كانت واحدة منهما غير موافقة، وذلك بعد أن أوجب ضرورة إخبارهما، وقد انفرد المشرع الجزائري بهذا الشرط دون غيره من المشرعين في القوانين المقارنة، وحتى الشريعة الإسلامية، وقد انتقده البعض معتبرا أن توفر هذا الشرط مسألة صعبة إن لم تكن مستحيلة في غالب الأحيان⁽³⁾.

نعتقد أن المشرع الجزائري لم يصب كثيرا في وقف تعدد الزوجات على موافقة الزوجة، فقد ترفض هذه الأخيرة زواج زوجها حتى وإن كان لديه مبررا قويا، وهو ما قد يلحق أضرارا بالزوج وبالمجتمع، ودور المشرع هو حماية الأطراف بنفس القدر مع التركيز على حماية المصلحة العامة، لأن المبالغة في تقديس الحريات الفردية له سلبيات جمة تقود إلى تفكك المجتمع والأخلاق، وكان على المشرع أن يلزم الزوج بإخبار زوجته برغبته في الزواج مرة أخرى، فإن وافقت يبرم العقد، أما إن رفضت فيعطى حق طلب الطلاق، وما على الزوج إلا المفاضلة بين طلاق زوجته وزواجه مرة أخرى، وذلك إذا لم يكن تعدد الزواج بمبرر، أما إذا كان بمبرر فلا داعي لموافقة الزوجة، ولكن تمنح حق طلب الطلاق.

إذا تم إبرام عقد الزواج دون استصدار الرخصة القضائية، والسبب في غالب الحالات عدم موافقة الزوجة فقد رتب المشرع الجزائري فسخه قبل الدخول وفق ما جاء في المادة 8 مكرر 1، فيما لم يحدد الحكم بعد ذلك، وإن كان يفهم ضمنيا وبمفهوم المخالفة أن العقد لا يفسخ إذا تم الدخول، وإنما يثبت ويصحح في سجلات الحالة المدنية، وهو ما يفتح الباب للتواء الذين يريدون التعدد دون رخصة قضائية على القانون بالزواج عرفيا ثم الدخول، ومن ثمة تثبيت العقد

¹- جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 110.

²- إن المشرع الجزائري لم يكن يشترط رضا الزوجة الأولى أو المرأة التي يراد الزواج بها قبل التعديل في تقنين الأسرة، غير أنه كان يلزم ضابط الحالة المدنية أو الموثق بالامتناع عن إبرام عقد الزواج المتعدد إلا إذا قدم الرجل ملف طبي وموافقة الزوجة السابقة واللاحقة بموجب التعليمات الوزارية رقم 84-102 الصادرة بتاريخ 23-90-1984، لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص 73.

³- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 113.

وتسجيله بموجب حكم قضائي، وهو الأمر الذي يؤدي إلى زيادة الزواج العرفي وانتشاره⁽¹⁾، وما في ذلك من ضرر وإهدار لحقوق الأولاد والزوجة السابقة وحتى الزوجة الجديدة، كان على المشرع أن يرتب عقوبات على الشخص في هذه الحالة مع بقاء الزواج قائما، وإتاحة حق طلب الطلاق لزوجاته إن لم تكن راضيات به.

إذا دلس الزوج ولم يخبر زوجاته بأنه متزوج فيحق لهما طلب التطليق وفقا للمادة 8 مكرر، غير أننا نعتقد أن هذا الحكم غير دقيق وكان على المشرع أن يقضي بالفسخ للتدليس لا التطليق، لأن التدليس يجعل العقد فاسد غير سليم، والعقد الفاسد جزاؤه الفسخ لا الطلاق، هذا بالنسبة للزوجة الجديدة، لأن التدليس صاحب عقد زواجها، أما الزوجة السابقة فعقد زواجها سليم لا يلحقه فساد، وإنما يحق لها طلب التطليق.

لقد حاول المشرع الجزائري حماية المرأة حتى بعد الزواج المتعدد، وحتى لو كانت موافقة عليه، فإذا أضر بها زوجها بعد زواجه بها، جاز لها أن تطلب التطليق⁽²⁾، وذلك حسب المادة 6/53 ق.أ.

الفرع الثاني: حقوق المرأة كأم.

إن صفة الأم تعطي للمرأة حقوقا عديدة، إن كان على أولادها أو على غيرهم، وهو ما سنحاول التطرق إليه في هذا الفرع.

أولا- حق حرية الإرضاع.

إن غريزة الأمومة تبعث غالبا في الأم حب إرضاع أولادها، غير أنه في بعض الحالات قد يتعذر على الأم ذلك لمرضها أو ندرة الحليب لديها أو ضعف جسدها، أو رفضها في بعض الحالات حفاظا على رشاقة جسدها، لذلك يثور التساؤل حول إمكانية جبر الأم على إرضاع رضيعها أم لا؟

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول هذه المسألة:

- فذهب الإمام مالك إلى أن الأم تجبر على إرضاع أولادها إذا كانت زوجة للوالد، أما إذا لم تكن كذلك فلا تجبر، وإنما يلزم الوالد بتوفير المرضعة، غير أنه يربط مسألة الإيجار بشرف الأم، فإذا كانت شريفة لا يجوز إجبارها، أما إذا كانت دنيئة فتجبر كما سبق ورأيناه.

¹ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 113.

² - وسام حسام الدين الأحمد، المرجع السابق، ص 76

- وذهب الجمهور من حنفية وشافعية وحنابلة إلى عدم إجبار الأم على الإرضاع وجعلوه واجبا على الأب، حيث يلزم بتوفير المرضعة، وإن كان الشافعي يلزم الأم بإرضاع رضيعها لمدة ثلاثة أيام مع تمتعها بحق طلب أجره على ذلك.

إذا قررت الأم الإرضاع فليس لها أن تطلب أجره على ذلك، لأنها هي المكلفة به ديانة، وإن كانت غير ملزمة به شرعا، فإذا امتنعت عدت معذورة، وإذا لم تمتنع انتفى عذرها فتفقد حقها في الأجره⁽¹⁾.

استدل هذا الاتجاه بما يلي:

- بقوله تعالى: "... لا تضار والدة بولدها..."⁽²⁾، فالولد لا يمكن أي يلحق بأمه أي ضرر مادي أو معنوي، فإذا امتنعت فلا نجبرها فنسب لها إضرارا، ولا يمكن معاقبتها.

- إن إلزام الأم على الإرضاع مع التفاوت الموجود بين النساء من حيث قدرتهن عليه قد يسبب لبعضهن ضررا، ذلك حيث أنه لو جعل التزاما شرعيا لأصبح دستورا سماويا يطبق على الجميع، فيشق على غير القادر، كما أن غريزة الأمومة تمنع الأم غالبا من التخلي عن الإرضاع إلا لعذر، وربما هذا ما جعل الإسلام لا يعتبره التزاما على الأم وإن كان مندوبا⁽³⁾.

أما بالنسبة للقوانين المقارنة فبينما لم يتناوله المشرع الجزائري تناوله المشرع الكويتي بتفصيل، فاعتبره ليس واجبا على الأم إلا في حالة تعذر تغذيته بغير لبنها حسب المادة 186 ق.أ.ش، كما أنه منعه من أجره الإرضاع إذا كانت زوجة للأب أو معتدته من طلاق رجعي أو إذا أرضعته خارج الحولين، وهذا حسب المادة 188 من نفس التقنين، أما المشرع التونسي فحسب الفصل 48 م.أ.ش فإن الأب يلتزم بالقيام بشؤون الإرضاع حسب العرف والعادة إذا تعذر على الأم ذلك، بمعنى أنه في غير هذه الحالة تلتزم الأم به، أي في حالات الاستطاعة، ولم يحدد المشرع التونسي طبيعة الأعذار التي تسقط هذا الواجب الأم.

ثانيا - حق الأم في نسب أولادها إليها: إن نسب الولد لأمه ثابت بمجرد الميلاد دون أية قيود، سواء كان نتيجة لعلاقة شرعية أو غير شرعية، وتترتب عليه سائر الحقوق الأخرى كالميراث

¹ - لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص 83-88.

² - الآية 233 من سورة البقرة.

³ - حسنين المحمدي بوادي، المرجع السابق، ص 100.

الباب الأول: المركز القانوني للمرأة في أحكام الزواج وانحلاله.

وحرمة المصاهرة⁽¹⁾ وغيرها، وتستطيع الأم أن تثبت نسب ولدها لها بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة كشهادة القابلة أو شهادة الشهود الذين حضروا ولادتها، وحتى بالإقرار، حيث تدعي فيه المرأة بنوة طفل مجهول النسب، ويشترط لصحته بعض الشروط ذكرها المشرع الجزائري في المادة 44 ق.أ، وهي:

- أن يصدقه العقل والحس، كأن يكون فرق السن بينهما مقبول.

- أن يكون الولد المقر له مجهول النسب.

ولا يشترط التصديق إذا أقرت الأم ببنوة ولدها، لأنه ليس فيه حمل للنسب على الغير، باستثناء -كما رأينا سابقا- لو كانت الزوجية بين الأم وزوجها قائمة، ففي إقرارها بالنسب حمل له على الأب، وهو زوجها، فيلزم أن يصدقه، وإلا لم يسر في حقه.

وقد أخذ المشرع التونسي بالإقرار في الفصول 68-76 م.أ.ش، غير أنه لم يتناول إقرار الأم بالبنوة بل اكتفى بأحكام إقرار الأب أو الولد، وقد تناول الإقرار بالبنوة مما تناول المشرع الكويتي إقرار الأم في مادة خاصة به هي المادة 174 ق.أ.ش، والتي اشترط فيها لصحة هذا الإقرار: - ألا تكون زوجة أو معتدة وقت ولادته، لأن ذلك حمل للنسب على الأب.

- أن تتوفر فيه شروط إقرار الرجل ببنوة ولد مجهول النسب الواردة في المادة 173 من نفس التقنين، والتي تتمثل في: - أن يكون المقر له مجهول النسب.

- أن يصدقه العقل والحس.

غير أن المشرع الكويتي أضاف مسألة مهمة تتعلق بحالة الإقرار على الغير، وهو التصديق غير أنه لم يشترطه إلا إذا كان مكلفا.

إن تمتع الأم بحق إثبات نسب طفل مجهول لها، يقابله تمتعها بحق نفي النسب عليها أيضا، وذلك بكافة طرق الإثبات.

إن وسائل إثبات ونفي النسب بالنسبة للأم هي نفسها الوسائل المتاحة للأب باستثناء اللعان، حيث لا تستطيع أن تلعن زوجها، كما أن ثبوت النسب للأم مطلق، عكس الأب الذي يقيد بضرورة وجود عقد زواج صحيح أو فاسد أو دخول بشبهة، أما العلاقات المحرمة فلا يثبت النسب فيها للأب.

¹ - بن شويخ الرشيد، قانون الأسرة المقارن (دراسة في قانون الأسرة الجزائري مقارنا بمجموعة من التشريعات العربية)، المرجع السابق، ص 231.

ثالثاً - حق الأم في النفقة.

من حق الأم على أولادها ذكورا أو إناثا النفقة عليها ديانة وقانونا وقضاء متى كانت محتاجة، وهو حق أقرته كل التشريعات المقارنة والشريعة الإسلامية، فالمشرع الجزائري في المادة 77 ق.أ. أوجب على الفروع النفقة على الأصول، وهي مادة وحيدة لم تكرر الحماية الكافية للأم وحتى الأب، وربطت النفقة بالقدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث.

ومعنى ذلك أنه في حالة فقر الأم أو الأب وعجزهما عن النفقة على نفسيهما، فإن أولادهما ملزمون بالنفقة عليهما حسب قدرتهم وحسب حاجة كل واحد منهما⁽¹⁾، أما المشرع الكويتي فقد فصل بعض الشيء في أحكام هذه النفقة، فتناولها في المواد 200-201 و 204-205 و 207 ق.أ.ش، حيث ألزم الفروع ذكورا أو إناثا بالنفقة على أصولهم، مهما علوا، حتى لو خالفوهم في الديانة -تماما كنفقة الزوجة-، وجعل استحقاقها من تاريخ رفع الدعوى أو التراضي عليها، وتبقى ديانة في ذمة الفروع لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، أما إذا تعدد الأولاد فتكون النفقة على أيسرهم، ويكون مركز الأم قبل الأب ولكن بعد الزوجة والأولاد، وتناولها المشرع التونسي في الفصول 43-44 م.أ.ش اللذين فرقا بين المرأة والرجل، فجعلت نفقة الأم على أولادها واجبة في حدود الطبقة الأولى فقط، أما الأصول من جهة الأب فمهما علوا. إذا تعدد الأولاد وزعت النفقة على اليسار لا على الرؤوس ولا على الميراث حسب الفصل 45 م.أ.ش.

أما باقي الأحكام فهي متشابهة مع أحكام نفقة الزوجة في القانون التونسي كما سبق ورأينا، فتقدر النفقة حسب حال الأم والأولاد والأسعار وحال المعيشة، وتسقط بزوال سببها، أما إذا تعدد المستحقون للنفقة فتقدم نفقة الزوجة ثم الأولاد الصغار ثم الأصول الذين وضعهم في درجة واحدة (الأب والأم).

أما باقي أحكام النفقة غير الواردة فيما سبق فتتطبق نفس أحكام النفقة الزوجية، فقط فيما يتعلق بسقوط النفقة، فلا مجال للحديث فيها عن النشوز، ولكنها تسقط بيسار الأم. تختلف نفقة الأم عن نفقة الزوجة في كون الأولى لا تجب إلا مع الفقر، أما الثانية فتجب لها كانت فقيرة أو غنية، ولأن نفقة الأم من باب المواساة أما الزوجة فمن باب المعاوضة⁽²⁾.

¹ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 107.

² - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 388.

إن النصوص السابقة وما تبنته التشريعات المقارنة غير كاف طالما لم تتخذ إجراءات رديعة ضد الفروع الذين يهملون أصولهم، مما أدى إلى تفاقم هذه الظاهرة.

رابعاً - حق الأم في احترام أولادها وأزواجهم لها ومعاملتها بالحسنى.

من حقوق الأم على أبنائها معاملتها بالحسنى وبالعطف والحنان، وعدم أذيتها لا مادياً ولا معنوياً، بل إن الدين الإسلامي ينهى حتى على نهرها والتأفف منها، فقال تعالى في سورة الإسراء⁽¹⁾: "فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما، وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيراً"، كما وردت أحاديث كثيرة للرسول الكريم ﷺ حثت على الرأفة بها، وفضلتها على الأب وعلى سائر المخلوقات، بل أن أهم غاية يسمو إليها المسلم وهي الجنة جعلت تحت أقدامها. ويرجع ذلك لفضلها وتكرمها على أولادها، فهي من حملهم ورباهم وسهر علمهم في صغرهم وكبرهم.

لقد تناول المشرع الجزائري هذا الحق في المادة 6/36 ق.أ، فيما أغفله باقي التشريعات المقارنة.

إن هذا الالتزام لا يقع على الأولاد فقط بل على أزواجهم أيضاً، حيث يلزمون باحترامها وحسن معاملتها، سواء أكانوا أزواج بناتها أو أولادها، وقد تناول المشرع الجزائري هذا في المادة 5/36 ق.أ.

خامساً - حق الأم في زيارة أولادها لها.

إذا كانت الأم مستقلة بمسكنها على أولادها وجب عليهم زيارتها، سواء كانت مع والدهم أم لا، وسواء كانت ميسورة أو محتاجة، بل حتى لو كانت ميسورة جداً أكثر منهم، لأن في زيارتهم لها جوانب معنوية بعيدة عن الماديات.

سادساً - حق الطاعة.

من حق الأم على أولادها الاستجابة لتعليماتها وأوامرها طالما كانت غير مستحيلة وغير مخالفة للشريعة أو القانون، أما إذا كانت في غير صالحهم ومضرة بهم فعليهم التعامل معها بحكمة وحسنى⁽²⁾.

¹ - الآية 24.

² - فيصل محمد خير الزراد، المرجع السابق، ص 95.

سابعا - حق الدعاء لها.

إن حقوق الأم على أولادها لا تتوقف بوفاتها، بل تمتد إلى ما بعد ذلك، حيث لها عليهم حق الدعاء لها بالرحمة طيلة حياتهم اعترافا منهم بفضلها وعطائها، وهو ما حث عليه القرآن الكريم في قوله تعالى: "وقل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا"⁽¹⁾.

كذلك من حقها عليهم تنفيذ التزاماتها وعهودها وعودها التي قطعتها في حياتها ولم توفق لأدائها والوفاء بها⁽²⁾.

ثامنا - حق صلة رحمها.

إن صلة الأقارب من واجبات كل شخص في حياة والديه أو بعد وفاتهما، ومن واجبات الأولاد تجاه أهم صلة أقاربها وحسن معاملتهم، واستزارتهم في بيوتهم، وذلك سواء كانوا ذكورا أو إناثا، وسواء في حياة الأم أو بعد وفاتها.

وكذلك يلتزم الأولاد تجاه أهم باكرام أصدقائها والإحسان إليهم، وهذا كله يدخل في تقرير لامتداد الذات إلى الأصدقاء والمحبين للآباء، فامتداد الذات يكون طويلا بالذرية وعرضيا بالأصدقاء⁽³⁾.

تاسعا - حق حرمة النكاح والمصاهرة.

من حق الأمهات على أولادهم احترام الحرمة التي تنتج عن النكاح أو المصاهرة، فلا يجوز لبناتها الزواج من زوجها إن كان قد دخل بها، ولا لزوجات أولادها الزواج بزوجها والد أولادها، سواء حدث الدخول أو لم يحدث، كما لا يجوز لزوجها بابنتها بمجرد العقد عليها، ولا بابن زوجها بمجرد العقد، وطبعا لا يحق لها الزواج بأبنائها وفروعهم مهما نزلوا، ولا بأصول زوجها مهما علوا، ولا بفروعه مهما نزلوا.

عاشرا - حق التوارث.

يحق للأم وراثتها أولادها حسب النصيب المحدد لها شرعا، ولا يجوز منعها منه، كما يحق لها أن تورث أولادها وأقاربها حسب الأنصبة المقرر لهم شرعا وقانونا.

إلى جانب الأم الأصلية التي تتمتع بكافة الحقوق السابقة نجد الأم المرضعة، والتي تتمتع ببعض من هذه الحقوق على أولادها من الرضاع، حيث يجب احترامها ومعاملتها بالحسنى

¹ - الآية 24 من سورة الإسراء.

² - فيصل محمد خير الزراد، المرجع السابق، ص 96-97.

³ - فيصل محمد خير الزراد، المرجع السابق، ص 96.

والمعروف، والدعاء لها بعد وفاتها، ولا يجوز الزواج بها ولا بأقاربها المحرمين، حيث يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، غير أنها لا تتمتع بحق النفقة، ولا حق التوارث، وخير أسوة في التعامل مع المرضعة تعامل الرسول ﷺ مع مرضعته حليلة السعدية⁽¹⁾.

الفرع الثالث: حقوق المرأة كبنت.

تختلف معاملة الذكور عن الإناث في غالب الأحيان، حيث يفضل الذكر عن الأنثى، وهو الأمر الذي جعل المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة والشريعة الإسلامية يحاولون حمايتها من خلال الاهتمام بتحديد حقوقها، وذلك ليس في قوانين الأسرة فقط بل في كل القوانين، غير أننا نقصر دراستنا على قانون الأسرة باعتباره محل الدراسة.

أولاً- حقوق البنت قبل الولادة.

قد لا تظهر حقوق البنت قبل الولادة بشكل واضح، لأن معرفة جنس الجنين هي مسألة احتمالية، حتى لو أنها اليوم مسألة سهلة، غير أنه بالنسبة لغالبية الأولياء تبقى احتمالية، لأن الشك بشأنها يبقى قائماً، ورغم ذلك فمنهم - حتى بعض الأمهات- من إن علم أن الجنين أنثى لم يهتم بها ولا بحالة الأم، وهذه مسألة غير مقبولة لا شرعا ولا قانونا.

تتمثل أهم الحقوق التي تتمتع بها البنت قبل الولادة فيما يلي:

1- الحق في حسن اختيار أبويها: من حق البنت على أبوها أن يختار الزوجة (أمها) الصالحة التي تحسن تنشئتها وتربيتها⁽²⁾، وكذلك من حقها على أمها أن تختار الرجل المناسب والقادر على تربية أولادها وحمايتهم.

2- الحق في الرعاية: يلتزم الأبوان بحماية حياة الجنين، ورعايته رعاية تامة حتى يكتمل نموه ويولد سليماً، ويتجلى ذلك من خلال المتابعة الطبية من طرف الأم، والتغذية الملائمة لها، وذلك بنفقة من الأب⁽³⁾.

وقد نجد من ناحية الواقع في بعض الحالات أن الأب أو كلاهما أحياناً يتهاونان في توفير هذه الرعاية إذا علما أن الجنين أنثى بعكس لو كان ذكراً، وهذا لا يجوز لأن هذه المسألة فيها

¹- حسنين المحمدي بوادي، المرجع السابق، ص 104-105.

²- مولاي ملياني بغدادي، المرجع السابق، ص 110.

³- أحمد أباش، المرجع السابق، ص 18.

مساواة تامة بين الذكر والأنثى، خاصة وأن المشرع الجزائري جعلها واجبا يقع على عاتق الوالدين في المادة 3/36 ق.أ.

ثانيا- حقوق البنت عند الولادة.

إن لقد كانت ولادة البنت قديما كارثة لعائلتها، التي تلجأ إلى دفنها حية خوفا من العار، غير أنه لما جاء الإسلام حرم ذلك واعتبره فعلا مجرما، وهو ما تتبناه اليوم التشريعات الوضعية. رغم انعدام هذه الظاهرة، إلا أنه ما تزال بعض المعاملات والتصرفات التي تضر بالبنت ولو معنويا دون تجريم.

تتمثل حقوق البنت عند الولادة، فيما يلي:

1- الحق في الاسم: تستحق البنت عند ولادتها إسما يميزها عن غيرها، ويحبذ أن يكون لائقا محمودا، وتخضع أحكام الأسماء لقانون الحالة المدنية.

2- الحق في التسجيل في الحالة المدنية: يعتبر هذا الحق من الأمور التنظيمية التي لا توجد في الشريعة الإسلامية، لأنها تركت هذه المسائل لكل عصر وبيئة، أما القانون فقد اهتم بتنظيمها، فألزم الوالدين بتسجيل أولادهم بمجرد الميلاد في سجلات الحالة المدنية، حتى تكون لهم الأوراق الثبوتية الخاصة بهم، والتي تسهل عليهم أمور حياتهم المستقبلية.

3- الحق في النسب: يعتبر هذا الحق من أهم حقوق المولود، ذكرا كان أو أنثى، بل أن الأنثى أكثر تضررا من عدم ثبوت نسبها لأهلها، لذلك من حقها أن تنسب لأبويها معا، ولا يجوز نسبها لأحد غيرهما أو لأحدهما فقط، لهذا نجد القانون الجزائري والقوانين الوضعية المقارنة والشريعة الإسلامية اهتمت بهذا الموضوع ووضعت له حدودا لا يجوز تجاوزها، فحددت طرق إثباته ونفيه، ومنعت التبني، وأجازت الكفالة التي يبقى الولد منتسبا لأبيه وأمه، وجعلت نسب الأم ثابت في كل حالات، لا فرق بين أن تكون الولادة من زواج صحيح أو فاسد أو وطء بشبهة أو زنا، أما ثبوت النسب للأب ففيه تفصيلات كبيرة⁽¹⁾ سبق التطرق لها.

لهذا نجد نظام التبني الذي يترتب عليه نسب الولد لغير أبويه محرم في القانون الجزائري والكويتي المستقيان من أحكام الشريعة الإسلامية، غير أن المشرع التونسي أن أباحه وأجازه، ليمنع بذلك الأولاد من حقهم في معرفة أبويهم الحقيقيين، لأنه في الغالب لا يخبرون بهويتهم.

¹ - تقيّة عبد الفتاح، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية (دراسة مقارنة) دار الكتاب الحديث، 1433هـ-

4- الحق في الرضاعة: من المستحسن أن ترضع الأم أولادها رضاعة طبيعية، لأن حليبها هو الأصلح لها خاصة إذا كان لها، حيث يساهم في بناء جسم قوي سليم، غير أنه إذا رفضت ذلك وجب على والدها توفير مرضعة لها أو الرضاعة الاصطناعية، فإذا تعذر عليه ذلك أو رفضت البنت الرضاع من غير ثدي أمها، فإن هذه الأخيرة تلزم أي تجبر على إرضاعها حفاظاً على حياتها، وذلك ما لم يكن إجبارها هذا إضراراً بها⁽¹⁾.

5- الابتهاج بولادتها: يحث الدين الإسلامي على الفرح بولادة الأنثى مثل الذكر، والتي ترجمها بذبح عقيقة لكليهما عند الميلاد كتعبير على الفرح، وعلى الحمد والثناء والشكر لله على هذه الهبة الغالية المعطاة، وفداء لسلامتها وسلامة أمها وإكباراً للخالق الذي وهبها⁽²⁾. وكذلك طلبت الشريعة الإسلامية من الأب أو الأم أو من يقوم مقامه بأن يؤذن في أذن المولود ذكر أو أنثى لتحسينه من الشيطان الرجيم ومن كل الأمراض⁽³⁾.

ثالثاً - حقوق البنت بعد الولادة.

وتستمر هذه الحقوق طيلة حياة البنت، نذكر منها:

1- الحق في العطف والحنان: من حق البنت أن تعامل برقة وعطف وحنان من طرف أبويها وأهلها، والمحيطين بها مما ينعكس إيجاباً على صحتها النفسية، وتتمو دون عقد تقودها إلى الانحراف والضياع، وقد كان الرسول ﷺ يحسن معاملة الصغار بلطف صبيانا وبناتنا، حيث نجده كان يصلي وهو حامل حفيدته أمامة بنت زينب، فإذا سجد وضعها وإذا قام حملها⁽⁴⁾.

2- الحق في التسوية بينها وبين إخوتها: للبنت الحق في حسن معاملة أهلها لها، وألا تميز دون إخوتها خاصة الذكور، وعدم لتفرقة بينهم، كما هو حادث في الواقع أحياناً، حيث يفوق الذكر على الأنثى في المعاملة والمأكل والمشرب وتسليطه على أخته، وهي تصرفات غير سليمة لا بد من محاربتها، فرغم أن هذه الظاهرة بدأت تتراجع إلا أنها مازالت موجودة. لقد حاولت الشريعة الإسلامية محاربة هذه الظاهرة من خلال التوصية بالبنات وإعطائهن حقوقهن وتوقيع الجزاء وغضب الله على من يفرق في معاملة أولاده الذكر أو الأنثى.

¹ - مولاي ملياني بغدادي، المرجع السابق، ص 112.

² - مولاي ملياني بغدادي، المرجع نفسه، ص 112-113.

³ - مولاي ملياني بغدادي، المرجع نفسه، ص 111.

⁴ - أحمد أباش، المرجع السابق، ص 195.

3- **الحق في النفقة:** إذا كانت البنت تحتاج إلى عطف وحنان ومساواة مع إخوتها وغيرها من الحقوق التي لها جوانب نفسية، فإن الجانب المادي لم يهمل، وإنما له مكانة خاصة حاول القانون والشريعة الإسلامية تأمينه وتوفيره مهما صعب.

ويعتبر الأب الملزم الأول بالنفقة على أولاده، وتوفير الرعاية المادية لهم، بكل جوانبها من غذاء وعلاج وكسوة ومأكل ومسكن وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، وهو ما ذهبت إليه المادة 78 ق.أ الذي حددت مشتملات النفقة، أما الشريعة الإسلامية فقد كان خلافا فقهايا بين فقهاءها، سبق مناقشته عند التعرض للنفقة الزوجية التي تتقاسم مع النفقة على الأولاد في مشتملاتها.

أما إذا لم يوجد الأب فيجب أن يحل محله شخصا آخرًا ينفق عليها، وقد اختلف حول هذا الشخص في الفقه والقانون.

ف نجد المشرع الجزائري في المادة 76 ق.أ ألزم الأب بالنفقة، فإذا عجز تلزم الأم إذا كانت قادرة على ذلك، ولم يحدد من المكلف إذا كانت غير قادرة أو كانت متوفاة، كما أنه لم يحدد ما إذا كانت النفقة تعتبر دينًا في ذمة الأب في حالة إعساره يلزم أن يرده إذا أيسر أم لا، وهي مسائل كان لابد من توضيحها⁽¹⁾، وهو ما قام به المشرع الكويتي حينما ألزم الأب بالنفقة على أولاده، فإذا تعذر ذلك، بأن كان معسرا أو غائبا لا يمكن استيفاء النفقة منه، انتقل واجب النفقة إلى الأم إذا كانت موسرة، وتكون دينًا على الأب ترجع عليه إذا أيسر، وذلك حسب المادة 203 ق.أ.ش، والتي تتناول حالة إعسار الأم معسرة أيضا حيث تنتقل إلى من تلزمه، لولا وجود الأبوين، مع بقائها دينًا في ذمة الأب.

وتستحق البنت النفقة حتى تتزوج حيث ينتقل هذا الالتزام إلى زوجها وهذا خلاف الولد الذي يستحق النفقة لحين بلوغه إذا لم يكن طالب علم لا دخل له، أو عاجز لإعاقة عقلية أو بدينية وهذا حسب المادة 75 ق.أ.

وهذا تقريبا نفس الحكم الموجود في الشريعة الإسلامية التي أجمع فقهاءها على أن الفتاة ينفق عليها لحين زواجها ما لم يكن لها مال⁽²⁾.

¹ - الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 159.

² - وقد أضاف الفقهاء المسلمون شرط الحرية، لأن الأمة نفقتها على سيدها، وقد اندثرت هذه الصفة لذلك لم يعد موجودا هذا الشرط.

وقد اختلف الفقهاء المسلمون حول مدى إلزام الأم بالنفقة في حالة إفسار الأب، فذهب الحنفية⁽¹⁾ إلى أنها تلزم بالنفقة إذا كانت موسرة، ويكون ذلك دينا على الأب يجب عليه وفاءه إذا أيسر، أما إذا لم توجد الأم أو كانت معسرة وجب الإنفاق على جدهم الموسر، فإذا انعدم وكان لها أخوة موسرين وجبت النفقة على واحد منهم، وإن لم يكن لهم أخ انتقلت النفقة إلى الأقرب فالأقرب، وذهب المالكية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ إلى عدم إجبار الأم على النفقة إذا كانت موسرة ولكنها تلزم على الرضاع إذا استدعت الضرورة ذلك⁽⁴⁾، بينما أوجبها الحنابلة⁽⁵⁾ على الأم الموسرة إذا انفردت، أما إذا كان لها ورثة موسرين فتجب عليهم كل بمقدار نصيبه في الإرث.

4- الحق في حسن التربية والتعليم: إن المولود عند ولادته يكون جاهلا بكل ما هو حوله، فيبدأ بالتعلم حسب مراحل حياته وقدرته، ويقع واجب تعليمه وتربيته على أهله لاسيما والديه، وتكون العناية بالبنات صعبة نوعا ما لما تتميز به من خصوصية عن الذكر، سواء في تربيتها وبتقفيها، أما تعليمها فلا.

من حق البنت على أهلها حسن تربيتها، وذلك بتثنتها على الأخلاق الحميدة والصفات الفاضلة، كالصدق والأمانة والشرف، والحرص على تقويم سلوكها تقويما يؤهلها لأن تكون فردا ايجابيا داخل المجتمع، ويجب عند تربية الأولاد عدم استعمال العنف المفضي إلى الإضرار الجسدي أو المعنوي، وإنما استعمال الطرق التربوية الفاضلة⁽⁶⁾ السليمة التي توفر الهدوء والطمأنينة في نفسية البنت، ولا تلجأ إلى الضرب كطريقة تربية إلا كآخر سبيل بعد استنفاد كل الطرق الأخرى، ويكون ضربا للتربية لا يقود إلى الانحراف والتعقيد النفسي.

¹ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير على الهداية، الجزء 4، الطبعة 01، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1389هـ-1970م، ص 411.

² مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، المدونة، المرجع السابق، الجزء 2، ص 262.

³ أبو الحسن عي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الجزء 11، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1419 هـ-1999 م، ص 479.

⁴ الجزيري، المرجع السابق، ص 1130-1131.

⁵ منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، مراجعة وتعليق هلال مصيلحي مصطفى هلال، الجزء 13، دار الفكر-بيروت ودار عالم الكتب-بيروت، ص 164.

⁶ أحمد أباش، المرجع السابق، ص 109.

ومن حق البنت على أمها خاصة التربية الجنسية الدينية، فتعلمها معنى الحيض وعلاماته وعلامات البلوغ وما يصاحبه من تغيرات لديها وأنه ظاهرة طبيعية ودورية مؤقتة، وتهيأها لاستقبال هذه الظاهرة عندما تبدأ في ملاحظة بوادرها الأولية بدأت في الظهور، فإذا استقبلت المرحلة وجب عليها تعليمها كيفية الاهتمام بنظافتها وطهارتها، وتعلمها أنها قد أصبحت أنثى كاملة قادرة على أن تكون فردا صالحا في المجتمع⁽¹⁾.

إن البنت دائما تعاني ظلما فيما يتعلق بالتعليم، حيث أن أسرا عديدة تحرمها منه، وأخرى أكثر تمنعها من مواصلة تعليمها حيث تكفي بالطور الابتدائي فقط أو المتوسطي، وكثيرة هي تلك الأسر التي تمنعها من مواصلة دراستها في الجامعة بالإضافة إلى التعليم الأكاديمي، وهذا غير سليم وليس من الدين، لأن هذا الأخير اهتم بالعلم اهتماما بالغاً وحث على طلب كل مسلم سواء كان رجلا أو امرأة بل جعله طريقا لتسهيل الدخول للجنة، حيث قال ﷺ: "...ومن سلك طريقا يلتمس به علما، سهل الله له به طريقا إلى الجنة..."⁽²⁾، كما أن أول نزل على الرسول الكريم ﷺ: "اقرأ باسم ربك الذي خلق..."⁽³⁾، فكانت أول كلمة خاطب بيه الرحمن عباده تحثهم على طلب العلم⁽⁴⁾.

المطلب الثاني:

التزامات المرأة المترتبة عن عقد الزواج.

إلى جانب الحقوق التي تتمتع بها المرأة كآثار تنتج عن عقد الزواج، فإنها تترتب عليها التزامات أيضا تقع على عاتقها تجاه زوجها، منها ما تناوله قانون الأسرة، ومنها ما أغفل ذكره، وهو ما سنتناوله فيما يلي:

الفرع الأول: التزامات الزوجة المترتبة عن عقد الزواج الواردة في قانون الأسرة الجزائري.

قد أشار المشرع الجزائري في المادة 36 ق.أ سألقة الذكر إلى مجموعة من الحقوق المشتركة بين الزوجين، والتي سبق أن تطرقنا إليه حقوق للزوجة على زوجها، وهي بالمقابل ذاتها لالتزاماتها تجاهه، وتتمثل في:

¹ - مولاي ملياني بغدادي، المرجع السابق، ص 117.

² - النسيابوري، صحيح مسلم، المصدر السابق، رقم الحديث 6853، ص 110.

³ - الآية 1 من سورة العلق.

⁴ - مولاي ملياني بغدادي، المرجع السابق، ص 116-117.

أولاً- المحافظة على الروابط الزوجية:

وتتركز أساساً على الواجبات التي تحافظ على استقرار الحياة الزوجية واستمرارها، وتحميها من النزاعات، من أهمها:

1- الالتزام بتلبية طلبات الزوج الفطرية: تلتزم الزوجة بتمكين زوجها من الاتصال بها جنسياً، والاستمتاع بها شرعاً كما يشاء لقوله تعالى: "نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم"⁽¹⁾، لأن هذا من أهداف عقد الزواج، وعليها أن تستجيب لطلبه، إذا طلبها لفراشه راجباً فيها، في أي وقت من الليل أو النهار، وقد قال الرسول ﷺ: "إذا الرجل دعا زوجته لحاجته فلتأته، وإن كانت على التور"⁽²⁾، ويستثنى من هذا وجود عذر لديها يمنعها من الاتصال به كالحيض أو النفاس أو المرض أو الإحرام أو صيام الواجب، أما النفل فعليها استئذان زوجها عليه لقوله ﷺ: "لا تصوم المرأة وبعها شاهد إلا بإذنه"⁽³⁾، ولا تملك الزوجة أن تلتزم زوجها بالعزل عنها إذا لم تكن ترغب بالحمل، إلا إذا رغب هو في ذلك لما فيه من منافاة لحقه في الاستمتاع، إلا إذا اشترطت عليه ذلك⁽⁴⁾.

ويرجع سبب هذا الالتزام والتأكيد عليه في الشريعة إلى إحصان الزوج من الانحراف، لأنه لو منع من الحلال قد يلجأ إلى الحرام، وقد قال رسول الله ﷺ: "إذا أحدكم أعجبت المرأة فوقع في قلبه فليعمد إلى امرأته فليواقعها، فإن ذلك يرد ما في نفسه"⁽⁵⁾.

إن التزام الزوجة لا يتوقف عند الاستجابة لطلبات زوجها بل تلتزم أيضاً بالتزين حتى تصرف نظره عن ما هو محرم إلى ما هو مباح، ولها في ذلك كل الوسائل المباحة في إطار الشرع. وقد تناول المشرع الجزائري هذا الحق في المادة 1/36 ق.أ. معتبراً إياه من الواجبات المشتركة بين الزوجيين باعتباره حقاً مشتركاً، أما غيره من التشريعات الوضعية المقارنة فلم تتناوله بالتفصيل الذي تضمنته الشريعة الإسلامية، وقد سبق الإشارة لهذه المسألة في المطلب الأول عند مناقشة حقوق الزوجة والحكم ذاته.

¹- الآية 223 من سورة البقرة.

²- أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، الجامع الصحيح وهو سنن الترميذي، المصدر السابق، ص 465.

³- البخاري، صحيح البخاري، المصدر السابق، حديث رقم 5192، ص 1091.

⁴- أحمد أباش، المرجع السابق، ص 163.

⁵- النسيابوري، صحيح مسلم، المصدر السابق، حديث رقم 3409، ص 558.

2- الالتزام بعدم مخالطة غير الزوج جنسيا: إذا كان الزوج يحق له الزواج بأكثر من واحدة، أي أن يخالط جنسيا أكثر من امرأة في إطار الزواج في زمن واحد، فإن المرأة مطلقا لا يمكنها الجمع بين أكثر من زوج، أو مخالطة غير الزوج جنسيا، فالتعدد حق يتمتع به الزوج فقط، وقد كانت معارضات وانتقادات شديدة لحق التعدد بالنسبة للزوج بسبب عدم مساواته مع الزوجة، ومن النسوة من طالبن بالتعدد لهن أيضا، غير أن هذا غير معقول فطريا منطقيا، وغير مقبول لا شرعا ولا قانونا، لأن المرأة هي التي تحمل من الرجل، فإذا كان هو معددا عرف أولاده من زوجاته، أما إذا عدت الزوجة، فالأب لا يمكن أن يعرفهم، كما أن المرأة المتزنة بفطرتها لا تقبل الاتصال بأكثر من رجل في وقت واحد، حفظا لها ذاتيا، ولأولادها من ضياع نسبهم، وللمجتمع من اختلاط الأنساب، وعموم الفوضى.

3- المساكنة الشرعية.

إن تمتع الزوجة بحق مساكنة زوجها وتوفير مسكن لها يلزمها هي أيضا بواجب مساكنتها له، حيث يتوجب عليها الانتقال إلى المسكن الذي هيأه لها حيثما كان، ولا يحق لها الامتناع عن ذلك أو تركه أو مغادرته إلا بإذنه، وإلا عدت ناشزا فيسقط حقها في النفقة⁽¹⁾، غير أنها يحق لها أن تشتترط عليه عند إبرام عقد الزواج أو بعده بعقد رسمي أن يسكنها في منطقة أو مكان معين.

ثانيا - حسن المعاشرة واحترام الزوج.

يتوجب على الزوجة معاشرة زوجها بالمعروف، فتعامله باحترام ومودة وتسامح، وتوفر له عوامل وأسباب السعادة والاطمئنان، وتكون له لباسا يقيه من المؤثرات الخارجية والانحراف، وكاتمة أسراره، فلا تفضحه في كل ما يفضيه لها به⁽²⁾.

وعلى الزوجة أن تجتهد بذكاء لمعرفة مفاتيح شخصية زوجها ومداخل نفسه الفكرية والنفسية، فتتصرف معه انطلاقا من ذلك⁽³⁾، وهو ما يضمن الاستقرار والسعادة في الأسرة.

وقد تناول المشرع الجزائري هذا الواجب ضمن المادة 36 من ق.أ التي تناول فيها الحقوق الزوجية المشتركة، فما دام حق للزوج فهو واجب على الزوجة، وتناولها المشرع التونسي كحق

¹ جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 72-73.

² جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 72-73؛ أحمد أباش، المرجع السابق، ص 161-

162.

³ فيصل محمد خير الزراد، المرجع السابق، ص 82.

للزوجة في الفصل 23 م.أ.ش، أما الشريعة الإسلامية فقد تناولته وحثت الزوجة على حسن معايشة زوجها، ورغبتها في ذلك بوعدها بالجنة، وهي ما يصبو إليه كل مسلم، حيث قال صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة ماتت وزوجها راض عنها دخلت الجنة"⁽¹⁾.

يستحسن أن لا تكلف الزوجة زوجها بما لا يطيق من النفقة، ولا تمن عليه إن كانت تنزل عن مالها بشيء من نفقة المنزل.

ثالثا - التعاون والتشاور في تدبير شؤون الأسرة: تلتزم الزوجة بمعاونة زوجها، والتشاور معه في كل شؤون الأسرة، لتحقيق مصلحتها ومصلح كل أفرادها، خاصة ما يتعلق برعاية الأولاد وحسن تربيتهم، وانجابهم، وتباعد الولادات حسب ما ورد في المادة 36 ق.أ، ما تمت الإشارة إليه ضمن حقوق الزوجة.

رابعا - واجب احترام أقارب الزوج ووالديه وزيارتهم.

تلتزم الزوجة اتجاه زوجها بحسن معاملة أهله واحترامهم، فتكرمهم وتبتعد عما يؤذيهم، وتزورهم، وتستضيفهم بالمعروف، ويقصد بأهل الزوج كل من تربطه به صلة رحم خاصة الأقارب منهم كالأخ والأخت وأولادهم، ولا سيما الأبوين الذين لا يجوز مطلقا لها الإساءة لهم ولو بالكلام.

لقد كان المشرع الجزائري يتناول هذا الحق قبل التعديل ويركز عليه كواجب على الزوجة في المادة 39 الملغاة دون الإشارة إلى الزوج، مما جعله منتقدا بأنه من المسائل التي يتوافق حولها الزوجان، ولا دخل للمشرع فيها، لأن دوره يقتصر على التدخل عند وجود نزاع بين الزوجين فقط⁽²⁾، وأنه يكلف نفسه مهمة تنظيم سلوك الزوجة، بإدراج هذا الواجب ضمن نص قانوني، ويعتبرونه مساسا بالحريات الشخصية للمرأة⁽³⁾، ويتساءلون عن الجزاء الذي يلحق الزوجة لو امتنعت عن أدائه، وهل يفتح الباب لحق التأديب الذي يتمتع به الزوج تجاه زوجته، والذي لم يعد له مكانا في القوانين المعاصرة⁽⁴⁾.

¹ - أبو عيسى محمد بن عيسى الترميذي، الجامع الكبير (سنن الترميذي)، المصدر السابق، حديث رقم 1161، ص 454.

² - دنوني بن الشيخ هجيرة، إجحاف قانون الأسرة الجزائري بحقوق المرأة، المرجع السابق، ص 485.

³ - لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص 85-86.

⁴ - دنوني بن الشيخ هجيرة، إجحاف قانون الأسرة الجزائري بحقوق المرأة، المرجع السابق، ص 484-485.

ولكن بعد التعديل تدارك الوضع وأدرج هذا الواجب ضمن الحقوق المشتركة الزوجية المشتركة في المادة 5/36 ق.أ، ليضعه في موضعه الحقيقي، لأنه حقيقة هو حق وواجب مشترك بين الزوجين.

أما القوانين المقارنة فلم تتطرق لهذه المسألة، فيما تحت الشريعة الإسلامية دوما على حسن معاملة كل الأهل، وتركز كثيرا على صلة الرحم.

خامسا- واجب زيارة أبويها أقاربها واستضافتهم بالمعروف: يدخل هذا الالتزام ضمن صلة الرحم، والعلاقات والروابط الأسرة، وقد خصه المشرع الجزائري بالذكر في المادة 36 ق.أ، ليؤكد على أهميته ودوره في استقرار الأسرة، والمحافظة عليها، ويكون ذلك بزيارة الأهل واستضافتهم مما يقوي الروابط، ولكن بالمعروف، أي في حدود العرف واحترام خصوصية الأسرة، وعدم الإضرار بها.

الفرع الثاني: التزامات الزوجة المترتبة عن الزواج غير الواردة في قانون الأسرة الجزائري.

هناك العديد من الإلتزامات التي تقع على عاتق الزوجة، ولم يذكرها قانون الأسرة، غير أنها موجودة في الشريعة الإسلامية التي تحيلنا إليها المادة 222 ق.أ، منها:

أولا- واجب القرار بمنزل الزوجية: يجب على الزوجة متى قبضت صداقها أن تلتزم بيت زوجها، ولا تخرج منه إلا بإذنه حتى تتمكن من القيام بواجبها على أكمل وجه⁽¹⁾، وهذا مستمد من قوله تعالى: "وقرن في بيوتكن ولا تبرجن تبرج الجاهلية الأولى"⁽²⁾.

ويرجع سبب إلزام المرأة بالقرار في بيتها إلى أنها ليست هي المكلفة بالنفقة بل الزوج، لهذا لا حاجة للخروج طالما الزوج هو الملزم بالنفقة عليها، كذلك لو أعطي هذا الحق للزوجة كما الزوج فقد يولد صعوبات كثيرة كصعوبة الالتقاء بينهما تحت سقف واحد⁽³⁾.

غير أنه يجوز لها أن تخرج لعذر شرعي لقوله ﷺ: "قد أذن لكن أن تخرجن لحوائجكن"⁽⁴⁾، كالخروج للسؤال عن أمر دينها، أو زيارة والديها في حالة مرضهما، فيجوز في كل أسبوع مرة،

¹ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 163.

² - الآية 33 من سورة الأحزاب.

³ - جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 87-88.

⁴ - البخاري، صحيح البخاري، المصدر السابق، حديث رقم 5236، ص 1099.

أو باقي محارمها كل سنة مرة، وقيل كل شهر، وذلك حتى بدون موافقة وإذن زوجها⁽¹⁾، أما أدائها لفريضة الحج مع محرم، فقد أجاز لها الحنفية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾ والمالكية⁽⁴⁾ ذلك دون إذن زوجها، فيما منعه الشافعية⁽⁵⁾.

أما فيما يتعلق بخروجها للعمل، فلا يجوز لها بغير إذن زوجها، إلا إذا كانت قد اشترطت عليه ذلك في عقد الزواج أو بموجب عقد رسمي لاحق، فهنا لا يجوز أن يمنعها من العمل، أما إذا لم تشترط ذلك فلا يحق لها الخروج إلا بموافقة زوجها.

رغم أن موقف المشرع الجزائري غير صريح في هذه المسألة، غير أننا نعتقد أن توجهه يوحي بتبني هذا الالتزام على الزوجة، لأنه أعطاها حق اشتراط العمل، ولو كان يجوز لها ذلك دون إذنه لما أعطاها حق الاشتراط، أما الخروج لزيارة أهلها فلم يحدد المشرع الجزائري معايير له، وإن كان يفهم ضمناً أنه جعله حق للزوجة حتى لو لم يأذن لها الزوج على أن يكون ذلك في إطار المعقول والمقبول.

ثانياً - واجب طاعة الزوج.

يعتبر حق الطاعة من حقوق الزوج التي أجازتها مختلف التشريعات منذ القدم، حيث ألزمت الزوجة به بصفة مطلقة وفي جميع الأمور، فيكون الزوج هو الأمر الناهي فيما تلتزم هي بالطاعة والامتثال فحسب⁽⁶⁾، تبنت الشريعة الإسلامية هذا الواجب لكنها هذبته وحددت ضوابطه، وهو ما تبناه أيضاً المشرع الجزائري قبل التعديل، حيث كانت المادة 39 منه تلزم الزوجة بطاعة زوجها، وهو ما كان مننقداً بشدة، حيث اعتبر تسليطاً للرجل على المرأة، وأنه متناقض مع هدف إنشاء العلاقة الزوجية المبنية على الاحترام المتبادل والتعاون من أجل بناء الأسرة، وكانت مطالبات عدة بحذفه⁽⁷⁾.

¹ - سمارة محمد، المرجع السابق، ص 265.

² - علاء الدين أبو بكر مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 7، الطبعة الأولى، مطبعة الجمالية بمصر، ص 98.

³ - منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، مراجعة وتعليق هلال مصيلحي مصطفى هلال، الجزء 06، دار الفكر-بيروت ودار عالم الكتب-بيروت، ص 33.

⁴ - محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 2، المرجع السابق، ص 402.

⁵ - شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الجزء 6، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1415 هـ-1994، ص 33.

⁶ - محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص 465-467.

⁷ - لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص 81.

وهو ما فعله المشرع عند تعديل تقنين الأسرة في 2005، حيث ألغى المادة 39 التي كانت تتناول واجبات الزوجة بما فيها حق الطاعة، وتتاول الحقوق الزوجية في المادة 36 منه، مع الاعتماد على الإشارة إلى نفس الحقوق والواجبات لكلا الزوجين، والتي بناها أساسا على التشاور والتعاون بين الزوجين في شؤون الأسرة، وهو ما يثير التساؤل عن مدى إلغاء حق الطاعة؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل ليست واضحة تماما، لكننا نعتقد أن المشرع لم يلغ حق الطاعة صراحة، وإنما ألغى المادة التي تضمنته مع حقوق أخرى وإعادة ترتيبها، فيما سكت عنه، لنجد المادة 222 ق.أ تحيلنا في حالة السكوت إلى الشريعة الإسلامية التي تلزم الزوجة بطاعة زوجها.

فالمشرع هنا سلك مسلكا وسطا بين التيارات المتعارضة، فلا هو ألغى حق الطاعة صراحة ولا هو أبقاه صراحة.

وفي إطار البحث عن موقفه نرجع إلى أحكام الطاعة في الشريعة الإسلامية، فإذا كانت تتناقض مع أحكام تقنين الأسرة وحقوق وواجبات الزوجين التي أوردها المشرع اعتبر ملغيا، أما لو لم تتعارض فيكون قد أخذ به.

لقد حث الدين الإسلامي الزوجة على طاعة زوجها، واعتبر ذلك من أعظم أعمالها، حيث قرنها بالعبادات، فقد روي عن عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله ﷺ قال: "إذا صلت المرأة خمسا، وصامت شهرها، وحفظت فرجها، وأطاعت زوجها قيل لها أدخلي من أي أبواب الجنة شئت"⁽¹⁾.

غير أن هذه الطاعة ليست مطلقة في كل الأمور، وإنما فقط في الجوانب المتعلقة بالزواج ولا طاعة عليها في كل ما لا يكون من آثاره⁽²⁾، أي أن حدود الطاعة مرسومة بالتزامات المرأة في آثار الزواج، منها:

- أن تستجيب لحاجة زوجها إذا طلبها، ويحرم عليها أن تمتنع عن فراشه، فعن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: "إذا باتت المرأة هاجرة فراش زوجها، لعنتها الملائكة حتى تصبح"⁽¹⁾، ويعتبر هذا من أهم التزامات الزوجة المترتبة عن عقد الزواج تجاه زوجها.

¹ - الامام أحمد بن حنبل، مسند الامام أحمد بن حنبل، تحقيق شعيب الأرنؤوط-عادل مرشد وآخرون، الجزء 3، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، 1421هـ-2001م، رقم الحديث 1661، ص 199.

² - مططفى إبراهيم الزلمي، المرجع السابق، ص 75.

- أن لا تؤذي زوجها ولا تسيء إليه قولاً ولا فعلاً، وأن تحرص على إرضائه، فإن عصته وجب عليها أن ترجع عن ذلك، وتعتذر عن ذلك، وإلا لحقها غضب الله⁽²⁾.
- أن لا تصوم نافلة إلا بإذنه، ولا تعتمر نافلة إلا بإذنه، ولا تحج طوعاً إلا بإذنه، أما الفريضة فإنها تستأذنه مجاملة فقط، وإن لم يأذن لها أدتها، لأنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، وقد جاء في حديث الرسول ﷺ: "لا يحل للمرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا بإذنه، ولا تأذن في بيته إلا بإذنه، وما أنفقت من نفقة عن غير أمره فإنه يؤدي إليه شطره"⁽³⁾.
- أن لا تعطي شيئاً من بيته إلا بإذنه، سواء كان الإذن عاماً أو خاصاً، وأن تبر بقسمه، ولا تكون محنثة له.
- أن لا تدخل أحداً لبيته إلا بإذنه إلا إذا كان محرماً لها⁽⁴⁾، فقد روي عن الرسول ﷺ أنه قال في حجة الوداع: "...ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحد تكرهونه..."⁽⁵⁾.
- ألا أن تخرج من بيته إلا بإذنه.
- لا تلتزم الزوجة بطاعة زوجها إذا كان ما يريده منها من أنواع الاستمتاع غير مألوف ولو لم يكن مؤذياً لها، ولكن يستحسن من حسن العشرة أن تطاوعه في ذلك⁽⁶⁾.
- يتضح مما سبق يتحقق انسجام حق الطاعة مع واجبات الزوجة وحقوقها المترتبة على عقد الزواج، ولا يوجد فيه ما يتعارض مع أحكام تقنين الأسرة الجزائري، لذلك فإنه يمكن القول أن حق الطاعة واجب على الزوجة اتجاه زوجها في قانون الأسرة بموجب الإحالة الواردة في المادة 222 منه إلى الشريعة الإسلامية.
- أما القول بأن حق الطاعة هو إهانة للمرأة فلم نجد ذلك في الأحكام السابقة.
- إن تمتع الزوج بحق طاعة زوجته له يعطيه في حالة عدم التزامها بذلك حق تأديبها، وهو الحق الذي يلقي معارضة شديدة وانتقادات لاذعة خاصة حق ضربها، فحق التأديب حسب الشريعة الإسلامية يمر بمراحل ثلاث، ذكرت في الآية 34 من سورة النساء، حيث قال تعالى: "فالسالحات فانتات حافظات للغيب بما حفظ الله واللائى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن"

¹ البخاري، صحيح البخاري، المصدر السابق، حديث رقم 5194، ص 1092.

² جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 82.

³ البخاري، صحيح البخاري، المصدر السابق، حديث رقم 5195، ص 1092.

⁴ محمد سمارة، المرجع السابق، ص 263.

⁵ النسيابوري، صحيح مسلم، المصدر السابق، حديث رقم 2950، ص 488.

⁶ محمد أباش، المرجع السابق، ص 163.

في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان عليا كبيرا"، ففي هذه الآية قسم الخالق عز وجل النساء إلى صنفين:

- صنف ملتزمات بدينهن مؤديات لواجباتهن، فلا يحتجن مطلقا إلى أي تأديب.

- صنف غير ملتزمات ولا يؤدين واجباتهن اتجاه أزواجهن، ومن أجلهن شرع التأديب حتى لا يتمادين في عدم الطاعة، مما يعرض الحياة الزوجية للخطر، وكان لزاما اللجوء إلى وسيلة تحافظ على الكيان الأسري⁽¹⁾، فكان أفضلها رغم بعض المعارضات هي منح الزوج هذا الحق.

وفيما يلي شرح لهذه المراحل الثلاث:

- **مرحلة الوعظ:** إذا نشزت الزوجة وامتنعت عن طاعة زوجها فعليه أولا أن يعظها، فببين لها أخطائها وأفعالها السيئة ويدعوها إلى تركها⁽²⁾.

ويجب عليه أن يستهل الوسيلة التي تتناسب مع زوجته ونفسيته، فيعضها بما يناسبها ويلاءم الموقف الواقع بينهما⁽³⁾، فمنهن من يؤثر فيها التخوف من غضب الله عز وجل وعقابه، ومنهن من يخشين سوء العاقبة في الدين كشماتة الأعداء، وبعضهن يحبن ماديات الدنيا فيهددها بمنعها عليها⁽⁴⁾، وغيرها من الحالات المختلفة.

- **مرحلة الهجر في المضجع:** إن لم ينجح وعظ الزوجة بالحسنى، وأصرت على نشوزها وعدم طاعتها لزوجها، فيحق له أن يهجرها في مضجعها، ولكن عليه أن يراعيها في هذا الهجر، فيهجرها هجرا جميلا لقوله تعالى: "واهجروهن هجرا جميلا"⁽⁵⁾، ويتحقق ذلك:

- بأن لا يهجرها في الكلام فوق أكثر من ثلاث ليال.

- أن لا يكون الهجر إلا في مكان خلوة الزوجين، أي في فراش الزوجية، ولا يحق له هجر الفراش أو البيت، وذلك نظرا لما في الهجر في فراش واحد من تأثير على الزوجة المحبة لزوجها، حيث يتحرك فيها شعور الزوجية، ويسكن كل واحد للآخر، فيكون سببا لحل الخلاف⁽⁶⁾، أما لو كان هجرا في غير فراشها، فقد يساهم على زيادة الخلاف.

- أن لا يهجرها أمام الأطفال حتى لا يؤثر على سلوكهم، ويورث في نفوسهم الشر والفساد.

¹ - سمارة محمد، المرجع السابق، ص 264.

² - جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 84.

³ - مولاي ملياني بغدادي، المرجع السابق، ص 190.

⁴ - جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 84.

⁵ - سورة المزمل، الآية 10.

⁶ - جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 85.

- أن لا يكون هجرا أمام الغيباء، لما في ذلك من إذلال للزوجة وتقليل من شأنها، والمقصود من الهجر هو علاج النشوز، وليس إذلال المرأة⁽¹⁾.

إن اتخاذ هذا العلاج دون غيره يرجع إلى بعض الاعتبارات، منها:

- تهيئة المجال لفض النزاع، فقد يكون إعراض الزوج عن زوجته مع وجوده معها في فراش واحد سببا في استفسارها عن أسباب نفوره، فيبين كل منها موقفه فتتصلح أمرهما وتعود علاقتهما لسابق عهدهما.

- أن يبين الزوج لزوجته أن الغريزة لا سلطان لها عليه، وأنه قادر على التحكم في ذلك السلوك الفطري حتى يستقيم سلوك المرأة وتليين قناعتها، وذلك لتحقيق صالح الأسرة وأفرادها⁽²⁾.

- **مرحلة الضرب الخفيف:** إذا لم تنجح الطريقتين السابقتين أباحت الشريعة الإسلامية للزوج ضرب زوجته ضربا غير مبرح، فلا يكسر عظما، ولا يهشم لحما، ولا يكون على الوجه أو في الأماكن الحساسة أو الظاهرة للمرأة، ولا يكون بما هو مهين كالضرب بالنعل، وقد ذهب ابن عباس إلى أن الضرب يكون بالسواك ونحوه كاليد المجردة والقصبه الصغيرة⁽³⁾.

وما يلاحظ أن الشريعة الإسلامية جعلت الضرب آخر وسيلة لا يلجأ إليها الزوج إلا إذا كان لا بد منه لردع الزوجة، وعند إباحته لم تلزم الزوج به كما فعلت مع الطريقتين السابقتين فلا يمكن للزوج أن يضرب زوجته دون وعظ وإرشاد مثلا، لكنه يملك أن يضربها إذا لم تستجيب حتى بالهجر في المضجع، بل أن الدين الإسلامي نفر من هذا الطريق، حيث قال الرسول صلى الله عليه وسلم: "لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد، ثم يجامعها آخر النهار"⁽⁴⁾.

إن الضرب لا ينفع ولا يستعمل ضد كل النساء وإنما فقط ضد غليظات الطبع، متبذات الفكر والإحساس، واللأئي لا يؤدين واجباتهن لا طوعا، ولا حتى بالوعظ والإرشاد أو الهجر في المضجع ولا ينجح معهن إلا الضرب، وهو ما أكده علماء النفس، حيث ذهب بعضهم إلى أن بعض النساء يصبن بنوع من المرض لا ينفع معهن إلا الضرب⁽⁵⁾.

¹ - مصطفى إبراهيم الزلمي، المرجع السابق، ص 77.

² - مولاي ملياني بغدادي، المرجع السابق، ص 192.

³ - مولاي ملياني بغدادي، المرجع السابق، ص 193؛ جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 86.

⁴ - البخاري، صحيح البخاري، المصدر السابق، حديث رقم 5204، ص 1094.

⁵ - جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 86.

إذا تحققت الغاية بالوسائل السابقة أو بإحداهما، يكون قد حل المشكل وأخذ الزوج واجباته ولكن قد لا يستقيم الحال، فهنا لا بد من إخراج المشكل من دائرة الزوجين إلى دائرة الأهل فإن لم يوفقوا وقع الطلاق، وهو ما يحاول الكل عدم الوصول إليه، وما شرعت الوسائل المادية السابقة إلا لتحقيق ذلك.

إن حقوق الزوج السابقة خاصة حق الضرب أثارت معارضة شديدة وانتقادات لاذعة للتقنيات التي تأخذ بها، وحتى الشريعة الإسلامية من طرف الغربيين أو غيرهم المتأثرين بهم، وقالوا أنه علاج صحراوي جاف لا يتفق مع ما وصلت إليه المرأة من الرقي والتحضر⁽¹⁾، وربما هو ما دفع بالمشروع الجزائري إلى عدم الإشارة لهذه الوسائل مطلقا مع سكوته عن حق الطاعة-كما سبق بيانه- خاصة وأن الزوج فقط من يتمتع به دون الزوجة، التي لا يحق لها إتباع ذات المراحل لعلاج نشوز زوجها وعدم أدائه لواجباته اتجاهها. غير أننا نعتقد أن هذا المنهج حتى في ظل عدم منح الزوجة ذات الحقوق فيه وافق الصواب، وذلك للاعتبارات التالية:

- إن هذا العلاج لم يشرع ضد كل النساء، وإنما ضد طائفة صنفية هي تلك التي لا تقوم بواجباتها، وتعرض بتصرفاتها غير المتزنة كيان الأسرة للخطر، فالآية السابقة قد قسمت النساء إلى طائفتين:

* طائفة تؤدي واجباتها وتحترمها، وهي لا تستحق التأديب مطلقا، وتشريع التأديب لا يؤديها ولا يهينها، لأنه لا يعينها مطلقا، تماما كما تشرع العقوبات لمن يخل بالتزاماته المدنية والجنائية، فوجود هذه العقوبات لا يتضمن إهانة لكل البشر، وإنما لمن يرتكبها فقط⁽²⁾، ومعيار القياس الواحد.

* طائفة لا تحترم التزاماتها ولا تؤديها اتجاه زوجها، ومن أجلها شرع التأديب بمراحله الثلاث.

- أن التأديب لم يشرع إلا ضد اللواتي يخلن بالتزاماتهن.

- أن التأديب شرع عبر مراحل، لا يجوز للزوج أن ينتقل إلى المرحلة الموالية إلا بعد استنفاد السابقة ونفرت الشريعة من المرحلة الأخيرة وهي الضرب، وفي هذا التدرج فرصة للزوجة لتعود لاستئناف واجباتها، فإذا أصرت على موقفها دل ذلك على أنها من الصنف الذي لا يجدي معه

¹ - سمارة محمد، المرجع السابق، ص 264.

² - سمارة محمد، المرجع نفسه، ص 264.

إلا الضرب، أما إذا تجاوز الزوج حدوده بعدم احترام هذا التدرج أو تمادى وتجاوز استعمال حق التأديب تترتب مسؤولية المدنية "التعويض" والجنائية "الضرب المبرح" وحتى الدينية، ويحق حينها للزوجة أن تطلب الطلاق إذا أرادت⁽¹⁾.

أما القول بعدم مساواة المرأة بالرجل في هذا التأديب، فيؤدي الزوجة لا الزوج، لأنه يتناسب مع طبيعة المرأة والرجل، فالمرأة حنونة عطوفة بطبعها وتميل كثيرا وتُعمل عاطفتها مما يجعلها تتخذ قرارات أو تصرفات متسرفة، أما الرجل فغالبا ما يتصرف بعقله لذلك أنيط به الدور الذي يجب تحكيم العقل فيه، وطبعا ليست كل النساء تغلب عليهن العاطفة بل منهن العاقلات اللاتي تحكمن العقل أكثر، غير أنهن ليس كلهن كذلك، وحتى المرأة الواحدة قد تمر بمراحل نفسية "كالحيض" يجعلها غير متزنة نفسيا، مما يؤثر على تصرفاتها، فيما الرجل لا يمر بهذه المراحل.

- إن تركيبة الرجل الجسمية والنفسية تؤهلانه للقيام بهذا الدور.

- إن تكليف الزوج بالإنفاق ورعاية كل أفراد أسرته يجعله هو المخول بالقيادة والرئاسة، وهو الذي عليه المحافظة على استمرارية هذه الأسرة واستقرارها، وطبعا لا يمكن أن تجبر المرأة وتكلف بالنفقة، لأنها لا تستطيع ذلك دوما كما في حالة الحمل والولادة وغيرها، أما الرجل فدوما بإمكانية النفقة التي لا تأتي إلا بالعمل.

- إن تشريع التأديب وإحاطته بالرجل يتمشى وينسجم تماما مع طبيعة المرأة والرجل، سواء الجسمية أو النفسية، وروعي فيه الواقع العملي بشكل جدي، ولم يقصد مطلقا إذلال المرأة أو إهانتها⁽²⁾، والقول بالمساواة في هذا الجانب يؤدي إلى اختلال الأسرة، وما يترتب عليه من ضياع تام لأفرادها بما فيهم الزوج والزوجة والأولاد، فيغلب الطابع الحيواني الغريزي عليه بدلا من الطابع الإنساني العقلاني، وهو الحاصل في المجتمعات الغربية التي جردت المرأة والرجل من طبيعتهما وأقحمتها في المساواة بينهما فضاغ الجميع والضحية الأولى دوما المرأة. يبقى التشريع الإسلامي أقوى تشريع وأكمله على الإطلاق خاصة في تنظيم العلاقات بين الأفراد، لأنه صادر من شارع خالق حكيم، يشرع بما ينسجم مع خلقه.

¹ - سمارة محمد، المرجع السابق، ص 265.

² - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 164.

ونحن نعتقد أن هذا المنهج ليس إجحافاً في حق المرأة بل هو حق من حقوقها على الرجل، الذي يتعين عليه التصرف وفق الشرع الحكيم، فلو ضربها حيث لا تستحق لأهينت وتضررت، ولو لم يضربها حيث تستحق لحصل الطلاق، مما يضر بالأسرة كلها ومن وراءها المجتمع، وهنا تتجلى عظمة هذا التشريع.

إن التأديب وفق ما سبق لا يجب أن يسبب أي أذى، لأنه يهدف للعلاج، أما إذا اتخذ طابع العنف، فهو مرفوض بتاتا، وقد حاول المشرع حماية الزوجة من العنف الممارس ضدها في عدة نصوص قانونية، منها ما يتعلق بالعنف الجسدي كالمادة 266 مكرر من قانون العقوبات التي قررت حماية خاصة للزوج والزوجة من الاعتداءات العمدية التي تحدث جروحا أو تؤدي إلى بتر أحد الأعضاء أو عاهة مستديمة، أو تؤدي إلى الوفاة، مع النص على عقوبات تتناسب مع الضرر الحاصل، وتكون أكثر شدة مقارنة مع نفس الاعتداءات المرتكبة في ظروف عادية، وتتراوح العقوبات هنا بين 3 سنوات إلى 5 سنوات، وقد تصل إلى حد الحبس بين 10 إلى 20 سنة إذا نشأ عن الجرح أو الضرب فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر، أو أية عاهة مستديمة، كما قد يواجه الرجل المعنف سواء كان مع الزوجة أو ليس في مسكنها عقوبة السجن المؤبد إذا كان الضرب أو الجرح العمدي مؤدي إلى الوفاة، حتى دون قصد، ولا يستفيد الفاعل من ظروف التخفيف إذا كانت الزوجة حاملا أو معاقة، أو تمت الجريمة بحضور الأولاد القصر أو تحت تهديد السلاح، ومما ما يتعلق بالعنف اللفظي والنفسي في المادة 266 مكرر 1 من قانون العقوبات، بالإضافة إلى النصوص القانونية العامة التي تمنع التعدي على الغير.

ثالثا- واجب احترام حق الزوج في القوامة.

إن الأسرة لا تختلف عن أية مؤسسة في ضرورة أن يكون لها قائد يقودها ويتولى مهام تنظيمها وتسيير شؤونها، ولأن القيادة دوماً أينما كانت تحتاج إلى مؤهلات وإمكانيات لقائدها بغية أدائها على أكمل وجه، فقد جعل الله تعالى مؤهلات قيادة الأسرة للرجل، فأعطاه الصلابة والخشونة وعمق التفكير وقلة الانفعال، وعدم الاستجابة لعاطفته، والقدرة على التحمل والصبر، فكلف بقيادة الأسرة وتوفير حاجياتها تماما كما أعطى للمرأة قدرات الحمل والإرضاع، وأعطاه إمكانيات وصفات تؤهلها لذلك كالرقة والعطف والحنان وسرعة التأثر.

والقوامة وقيادة الأسرة هنا ليست تشريفا للزوج هدفه تقديمه عن زوجته، وإنما هو تكليف وإلزام برعاية الأسرة، وحسن إدارة شؤونها، وتحمل المشاق من أجل تهيئة الحياة الكريمة لها⁽¹⁾. ولا يخفى أن القوامة المقصودة هنا ليست لنقص مكانه المرأة الإنسانية ولا كرامتها الشخصية، وإنما لميزة يتمتع بها الرجل، وليس المراد بالقوامة القيم على الناقص بالمفهوم القانوني، فالزوجة ليست ناقصة عقل ولا أهلية، وإنما لها ذمتها المالية المستقلة بحرية التصرف في أموالها بإرادة الحرة، ولها أن تتولى المناصب الإدارية التي يريدها إن كانت تملك الإمكانيات المتطلبة⁽²⁾ فيها، لقوله تعالى: "المؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر"⁽³⁾.

إن القوامة والرئاسة لا تعني مطلقاً أن الزوج يستبد برأيه، وإنما هي رئاسة مبنية على التشاور والتحاور، وتقوم على المودة والمحبة والتعاون وتبادل الرأي واحترام، فإن اختلفت وجهات النظر ولم يتمكن أحد الزوجين من إقناع الآخر، فهنا يؤخذ برأي الزوج، أما في الأمور العادية فكل منهما يقوم بالدور الذي أنيط في حدود مسؤوليته⁽⁴⁾.

إن المشرع الجزائري بعد التعديل لم يتناول مسألة قوامة الزوج، وواضح توجهه أنه يقيم الأسرة على أساس التشاور والتحاور بين الزوجين، غير أن هذا الموقف غير صائب، لأنه لا يمكن أن نجعل رئيسين في أسرة واحدة، فلو اختلفا فيما بينهما بعد التشاور والتحاور - وهذا وارد جدا بحكم أنهما يعيشان معا لفترة غير محددة - فرأي من منهما يؤخذ به، أم عليهما الرجوع في كل مرة إلى الغير أو إلى القاضي، وهذا غير معقول ويهدد حياتهما الزوجية للخطر، حيث تغيب عنها السكينة والطمأنينة المرجوة منها، مما يهدم الأسرة وما في ذلك من آثار سلبية جمة. لهذا يتعين الأخذ به بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية بموجب الإحالة الواردة في المادة 222 ق.أ.

إن الزوجة العاقلة الحرة الواعية هي التي تدرك تماما هذه الحقيقة، وحقيقة دورها الذي أناطه الخالق عز وجل بها، وأوجدها من أجله، فتحترم حق زوجها في قيادة الأسرة ورئاستها بما يخدم

¹ جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 76.

² مصطفى إبراهيم الزلمي، المرجع السابق، ص 76.

³ الآية 34 من سورة النساء.

⁴ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 164.

خيرها، ولا تتخذع بالمساواة الخادعة بين الرجل والمرأة، لأن الخاسر الأكبر هي والأولاد، وقبل ذلك فهي ترضى بالمكانة التي منحها خالقها إياها، ولن تجد أفضل منها مطلقاً⁽¹⁾.

إذا كان التقنين الجزائري لم يوضح موضوع رئاسة الزوج للأسرة، فإن المشرع التونسي اعتبر الزوج رب الأسرة صراحة في الفصل 4/23 م.أ.ش حيث جاء فيها ما يلي: "وعلى الزوج بصفته رئيس العائلة أن ينفق على الزوجة والأبناء على قدر حاله في نطاق مشتملات النفقة، وكذلك اعتبره القانون الكويتي وفق ما يتضح من خلال أحكامه، وكذلك من خلال إلزامه وحده بالنفقة على زوجته في المادة 76 ق.أ.ش، وعلى أولاده، أما الأم فلا تنفق على أولادها إلا في حالة اعسار الأب أو غيابه، بينما يبقى مبلغ النفقة ديناً في ذمته يوفيه إذا أيسر، حسب المادة 203 ق.أ.ش.

رابعاً - واجب تعهد رعاية بيت الزوجية.

تلتزم الزوجة بالإشراف على بيت الزوجية وتنظيمه وتدبير أموره والسهر على الحفاظ على بيت زوجها وماله وأولاده، وهو التزام لا يمكن للمرأة أن تنتازل أو تتخلى عنه حتى وإن كان لديها من الخدم ما يكفيها ويزيد، لأن في ذلك ضياع للأسرة، فالخادم يبقى شعوره دوماً كخادم، فلا يهتم بأمور المنزل إلا تحت إشراف، لذا تتولى هي الإشراف، ويتولى هو الخدمة، كما أن منح هذا الواجب للزوج فيه ظلم له وللأسرة، لأنه يعمل في الخارج، فلا يمكن أن يعمل أيضاً في المنزل وإلا يكون في ذلك إجهاداً له، كما أنه لا يكون متفرغاً لرعاية أمور الأسرة مما يؤثر سلباً عليها⁽²⁾، وقد روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: "كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته، والأمير راع، والرجل راع على أهل بيته، والمرأة راعية على بيت زوجها وولده، فكلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته"⁽³⁾.

أما القوانين الوضعية فلم تتناول ذلك تاركة هذه المواضيع لتشاور الزوجين واتفاقهما، خاصة إذا كانت الزوجة عاملة خارج المنزل أيضاً، فليس عدل أن نلزمها كذلك القيام بأعمال المنزل، كما لم يلزم الزوج، فيجوز لهما أن يتفقا على كيفية تدبير أمور المنزل والقيام بأعماله.

¹ - جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 77.

² - فيصل محمد خير الزراد، المرجع السابق، ص 87.

³ - البخاري، صحيح البخاري، المصدر السابق، حديث رقم 5200، ص 1093.

خامسا- واجب الإنفاق على الزوج المعسر:

يجب على الزوجة أن تنفق على زوجها إذا كان فقيرا أو عاجزا عن العمل، وكانت هي ميسورة الحال، حيث قال تعالى: "وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف، لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك"⁽¹⁾، ففي هذه الحالة فرض الله تعالى على والد الطفل نفقة وكسوة المرضعة عينا ونقدا عوض عن قيامها بإرضاع الطفل وحضانتها، وفي حالة غياب الأب بوفاة أو فقر يكون المسؤول عن هذا الإنفاق وارث الطفل فربط تعالى بين الإنفاق والميراث، فقال: "وعلى الوارث مثل ذلك"، وهذا يدل على مسؤولية الإنسان على الإنفاق على الغير مبنية على أساس أنه وارث له، وبما أن الزوجة وارثة لزوجها، فيجب عليها نفقته إذا كانت غنية وهو فقير⁽²⁾.

سادسا- واجب النظافة والاغتسال.

لم تتناول القوانين الوضعية هذا الإلتزام، وهذا منطقي، أما الشريعة الإسلامية فقد استلزمه فقهاءها، وأجمعوا على أن الغسل من الجنابة والحيض والنفاس واجب شرعا، ويجوز للزوج إجبارها على ذلك، وحتى لو كانت ذمية غير مسلمة⁽³⁾، أما النظافة الدائمة والتزين للزوج فهي مستحبة ومندوبة لقوله ﷺ: "الطهور شطر الإيمان"⁽⁴⁾.

سابعا- واجب المساهمة في النفقة في القانون التونسي: لقد ألزم القانون التونسي في الفصل 23 م.أ.ش الزوجة بالمساهمة في النفقة على الأسرة، وذلك في حالة ما إذا كانت لها أموال تستطيع منها ذلك، حيث جاء فيه: "...وعلى الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال"، ليضع بذلك على النفقة عاتق الزوجة إلى جانب الزوج رغم أنه هو رب الأسرة حسب ذات المادة، وهو ما يعني إمكانية مطالبة بالنفقة قضائيا وجبرها عليها، مما يعرضها لمشاق كثير.

ويعتبر هذا الإلزام غير معروف المصدر وليس له سند شرعي⁽⁵⁾، لأن المفروض أن الزوجة لا تلزم بالنفقة إلا إذا كان الزوج معسرا وهي ميسورة، وليس أن تلزم بها بمجرد أن تكون مالكة

¹ - الآية 223 من سورة البقرة.

² - الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 147.

³ - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 182.

⁴ - النسيابوري، صحيح مسلم، المصدر السابق، حديث رقم 534، ص 115.

⁵ - مصطفى إبراهيم الزلمي، المرجع السابق، ص 78.

للأموال حتى لو كان زوجها ميسورا، ورغم ذلك هناك من يرى في ذلك ضمانا إضافية لحماية مصلحة الأسرة⁽¹⁾، وإن كان على حساب الزوجة.

في الأخير نخلص إلى أنه على العكس من التشريعات الأخرى المقارنة فإن فلسفة المشرع الجزائري واضحة في محاولة منح المرأة مركزا متوازنا تماما من حيث الحقوق والواجبات، مما يعني أنه جعل لها نفس مركز الطرف الآخر -الرجل- دونما مراعاة للفروق الطبيعية والقطرية والبيولوجية بين الذكور والإناث، ودون ذكر لمسألة رئاسة الأسرة، هذه الأخيرة التي رغم أن المكاف بالنفقة هو الزوج بالإضافة إلى التكاليف التي يبذلها لإعداد بيت الزوجية والصدّاق بقيت دون رئيس يقودها، بل أن المشرع لم يجعل مسألة الرئاسة حتى مشتركة بين الزوجين كما فعل في النظام المالي للزوجين، وهو ما جعل البعض ينتقد موقفه بأنه يؤدي إلى الدمار والفوضى ويضعف مبدأ السكينة والطمأنينة التي بنيت عليه الأسرة، وأعابوا عليه اكتفائه ببيان آداب وأخلاق درج الناس على التعامل بها دونما حاجة لقانون ينظمها⁽²⁾، وعلى العكس من ذلك نجد المشرع التونسي أعطى رئاسة الأسرة للزوج ولكنه ألزم الزوجة بالمشاركة في النفقة إن كانت موسرة، أما القانون الكويتي فقد جعل الزوج هو رئيس الأسرة، وألزمه وحده بالنفقة على زوجته في المادة 76 ق.أ.ش، وعلى أولاده، أما الأم فلا تنفق على أولادها إلا في حالة اعسار الأب أو غيابه، بينما يبقى مبلغ النفقة دينا في ذمته يوفيه إذا أيسر، حسب المادة 203 ق.أ.ش.

يرى البعض أنه ورغم أن المشرع الجزائري لم يلزم مطلقا الزوجة بالنفقة على زوجها، إلا أنه يحبذ أن تقوم به إذا كان فقيرا أو عاجزا عن العمل، وكانت هي ميسورة الحال، حيث قال تعالى: "وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف، لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك"⁽³⁾، ففي هذه الحالة فرض الله تعالى على والد الطفل نفقة وكسوة المرضعة عينا ونقدا عوض عن قيامها بإرضاع الطفل وحضانتها، وفي حالة غياب الأب بوفاة أو فقر يكون المسؤول عن هذا الإنفاق وارث الطفل فربط تعالى بين الإنفاق والميراث، فقال: "وعلى الوارث مثل ذلك"، وهذا يدل على مسؤولية الإنسان على الإنفاق على

¹ - فاطمة الزهراء بن محمد، المرجع السابق، ص 111.

² - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 184.

³ - الآية 223 من سورة البقرة.

الباب الأول: المركز القانوني للمرأة في أحكام الزواج وانحلاله.

الغير مبنية على أساس أنه وارث له، وبما أن الزوجة وارثة لزوجها، فيجب عليها نفقته إذا كانت غنية وهو فقير⁽¹⁾.

نعتقد أن هذا الرأي حتى لو صح إلا أنه يجب أن يكون في إطار ضوابط وشروط واضحة ومحددة بدقة حتى لا تضار الزوجة منه.

¹ - الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 147.

الفصل الثاني:

المركز القانوني للمرأة في انحلال الرابطة
الزوجية وأثاره.

الفصل الثاني:

المركز القانوني للمرأة في انحلال الرابطة الزوجية وآثاره.

إن عقد الزواج وجد ليدوم ويستمر ضمانا لاستقرار الأسرة وحماية لها من التفكك والانحيار وما ينجم عن ذلك من آثار سلبية كثيرة خاصة على الأولاد، غير أنه إذا كان في هذا الدوام ضرر أكبر جاز حله أخذا بأخف الضررين مع مراعاة حقوق المتضررين منه في ترتيب آثاره، سواء الأولاد أو الزوج المتضرر.

إن تمتع المرأة بخصوصية منعت تساويها بالرجل في إبرام عقد الزواج وآثاره، فإرضة دورهما التكاملي في تكوين الأسرة كما رأينا سابقا، يثير التساؤل حول تأثير ذات الخصوصية على مركزها في انحلال هذا العقد، ويطرح العديد من التساؤلات حول حقوق المرأة في حل عقد الزواج مقارنة بالتزاماتها، وعن حقوقها وواجباتها في حالة انحلاله.

للإجابة عن هذه التساؤلات نقسم هذا الفصل إلى مبحثين اثنين:

الأول: نخصه لدراسة مركز المرأة في انحلال الرابطة الزوجية.

الثاني: نخصه لمركزها في آثار هذا الانحلال.

المبحث الأول:

المركز القانوني للمرأة في انحلال الرابطة الزوجية.

يعتبر حل الرابطة الزوجية في الزوجات المضطربة والمتفككة حلا وسطا وعادلا يرفع الظلم الذي قد يلحق الأسرة لو استمر الزواج قائما، لأنه سيدمر أكثر مما يبني، فيحل التناظر بدل الانسجام، وتسود الضغينة بدل الألفة والسكينة، والقسوة بدل الرحمة والعطف، وتصبح الكيدية هي الغالبة بدل التسامح، فيستحكم الشقاق ليضيع في ظله الأولاد أكثر مما يضيعون لو حدث الطلاق، وقد يلتمس الزوجين كلاهما أو أحدهما حياة لدى غيره، وما في ذلك من آثار سلبية كثيرة خاصة على المجتمع.

من هذا المنطلق شرع الإسلام حل الرابطة الزوجية وفق ضوابط معينة، وهو ما تبنته عنه كل التشريعات في البلدان المسلمة⁽¹⁾، منها التشريع الجزائري والتشريعين المقارنين التونسي والكويتي مع وجود بعض الاختلافات بينها، فالمشرع الجزائري تبنى انحلال الرابطة الزوجية في المادة 47 ق.أ، وحدد طرقها بالطلاق والوفاة مغفلا الفسخ، وحدد في المادة 48 ق.أ أن الطلاق يشمل الطلاق بإرادة الزوج المنفردة وبتراضي الزوجين وبطلب من الزوجة، أما المشرع الكويتي فقد فصل متناولا كل أسباب الفرقة كالطلاق والفسخ والطلاق بطلب من الزوجة والوفاة، فيما تناول المشرع التونسي الطلاق بالتراضي وبطلب أحد الزوجين للضرر أو بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به.

نتناول في هذا المبحث كل أسباب انحلال الرابطة الزوجية على أن نقسمها حسب إرادة الزوجة باعتبار مركزها محل الدراسة، فنقسمه إلى مطلبين اثنين:

الأول: ندرس فيه انحلال الرابطة الزوجية دون إرادة المرأة.

الثاني: ندرس فيه انحلال الرابطة الزوجية بإرادة المرأة.

¹ - هناك العديد من التشريعات الوضعية تعتبر الزواج رابطة أبدية لا يجوز حلها إلا في حالات نادرة، منها القانون الإسباني والأيرلندي والأرجنتيني والبرازيلي، عن عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 209.

المطلب الأول:

انحلال الرابطة الزوجية دون إرادة الزوجة.

إن الأصل والأكثر شيوعاً واقعياً أن يتم حل الرابطة الزوجية دون إرادة الزوجة وبناء على إرادة الزوج المنفردة، غير أنه يمكن أن تتم بناء على طلبه أو دون إرادته كما في الوفاة أو الفسخ.

الفرع الأول: انحلال الرابطة الزوجية بإرادة الزوج دون إرادة الزوجة.

وفيه نتناول فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوج المنفردة، ثم بإرادته ولكن بطلب من القاضي.

أولاً- الطلاق بإرادة الزوج المنفردة.

يتم حل عقد الزواج حسب هذا الطريق وفقاً لإرادة الزوج وحده متى أراد ذلك ودون مراعاة إرادة الزوجة، وبدون طلب من القاضي، حيث يكفي أن يتلفظ به فقط، ويعتبر أهم طرق فك الرابطة الزوجية التي عرفت منذ القدم وفي أغلب المجتمعات البشرية، وإن كان بأحكام مختلفة من زمن لآخر ومن بيئة لأخرى⁽¹⁾، ولما جاء الإسلام تبناه وهذب أحكامه بما يحفظ حقوق المرأة والأسرة، لتأخذ غالبية التشريعات العربية والمسلمة به مما جعلها محل انتقادات لاذعة من قبل الغربيين ودعاة تحرر المرأة وحريرتها، وهو ما دفع ببعضها لمحاولة مسايرة الحضارة الغربية، وتلافي تلك الانتقادات الموجهة إليها، فيما مازال يدافع عنه شريحة عريضة جداً من المجتمعات المسلمة لما فيه من عقلانية وحكمة، وضمن لحقوق المرأة ذاتها والمجتمع والأولاد حسبهم، خاصة أنه اليوم هناك نساء غربيات كثيرات ينتقدن أنظمة الطلاق عندهم وينادين بأنظمة تبيح لهن الطلاق دون موافقة الزوج، بينما هناك من يرى أن هذا الطريق بالذات شرع لمصلحة المرأة والأسرة، سواء من خلال جعله بيد الزوج، أو من خلال القيود الواردة عليه والتي تحاول دائماً حماية الزوجة وأسرته.

لقد تبناه المشرع الجزائري في المادة في المادة 48 ق.أ، والمشرع الكويتي في المادة 102 ق.أ.ش، وتبناه القانون التونسي في الفصل 31 م.أ.ش الذي أجاز للزوج الطلاق بإرادته المنفردة لكن بطلب من القضاء، وهو ما يعرف بالطلاق إنشأء، وفيه لا يجبر الزوج على تبرير طلبه وتوضيح الأسباب التي دفعته للطلاق، ولا يمكن للزوجة معارضته ومنعه من إيقاعه، بل

¹- في هذا المعنى فيصل محمد خير الزراد، المرجع السابق، ص 213-218.

أن المحكمة ذاتها لا تملك سلطة رفض طلبه، بل هي مجبرة على القضاء به بمجرد المطالبة به⁽¹⁾، وهو ما يعد بمثابة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج في القانون الجزائري الذي لا يبيت إلا بحكم قضائي.

في ظل هذه المواقف سنحاول تقييم هذا الطريق وموافقته لمصلحة المرأة من خلال الأحكام القانونية والفقهية وبعيدا عن الممارسات الواقعية التي تضر بالمرأة في غالب الأحيان، ولكن لنتمكن من ذلك لا بد التعرض لأهم أحكامه.

1- مفهوم الطلاق بإرادة الزوج المنفردة.

أ- **تعريف الطلاق:** لم يعرف المشرع الجزائري الطلاق عكس المشرع الكويتي الذي عرفه في المادة 97 ق.أ.ش، حيث جاء فيها "الطلاق هو حل عقدة الزواج الصحيح بإرادة الزوج، أو من يقوم مقامه، بلفظ مخصوص، وفقا للمادة 104"، وعرفه القانون التونسي في الفصل 29 م.أ.ش بأنه "حل عقدة النكاح"، وقد اختلفت تعريفات الفقهاء له بحسب اختلاف المذاهب الفقهية كالتالي:

- المالكية عرفوه بأنه: "صفة حكومية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته موجبا تكررها مرتين زيادة على الأولى للتحريم"⁽²⁾.

- الحنفية عرفوه بأنه: "رفع الحل الذي صارت المرأة به محلا للنكاح إذا أتم العدد ثلاثا، ويوجب زوال الملك باعتباره سقوط اليد عند انقضاء العدة في المدخول بها، وانعدام العدة عند عدم الدخول، والاعتياض في الخلع"⁽³⁾.

- الشافعية عرفوه بأنه: "حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه"⁽⁴⁾.

- أما الحنابلة فعرفوه بأنه: "حل قيد النكاح أو بعضه"⁽⁵⁾.

ب- **أركان الطلاق:** لقد اختلف الفقهاء المسلمون حول أركان الطلاق، فذهب المالكية إلى تحديدها بأربعة أركان، هي المطلق والمحل والقصد والصيغة⁽⁶⁾، وحددها الشافعية والحنابلة

¹ - فاطمة الزهراء بن محمود، المرجع السابق، ص 140.

² - محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 4، المرجع السابق، ص 42؛ عن نصر سلمان وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص 7؛ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 172.

³ - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، الجزء 6، دار المعرفة، بيروت- لبنان، ص 2.

⁴ - الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، الجزء 4، المرجع السابق، ص 455.

⁵ - البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، الجزء 12، المرجع السابق، ص 177.

⁶ - محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 4، المرجع السابق، ص 42-43.

بخمسة أركان، هي المطلق والصيغة والمحل والولاية والقصد⁽¹⁾، فيما قصرها الحنفية على ركن واحد هو اللفظ فقط، أما الشيعة الإمامية فقد حددوها بالمطلق والمطلقة والصيغة والإشهاد⁽²⁾.

ج- الإنابة في الطلاق: إن تمتع الزوج بحق الطلاق بإرادته المنفردة باعتباره صاحب العصمة الزوجية يثير التساؤل حول إمكانية تنازله عن هذا الحق أو إنابته أو نقله لغيره سواء كان زوجته أو غيرها؟

لم يتناول المشرع الجزائري هذه المسألة مطلقاً، فيما تناوله القانون الكويتي الذي أجاز في المادة 106 للزوج أن يوكل غيره بالطلاق، ولم يجز للوكيل أن يوكل غيره إلا بإذن الزوج، فيما لم يشر إلى إمكانية تفويض الزوجة.

أما الفقهاء المسلمون فقد اختلفوا وانقسموا إلى فريقين، هما:

ج.1- الفريق الأول: يمثلهم جمهور الفقهاء من مالكية، شافعية، حنابلة وحنفية، ويرون جواز التفويض، غير أنهم اختلفوا في الطريقة التي يتم بها:

* **المالكية:** أجازوا الاستتابة على الطلاق أو التفويض، وقسموها إلى أربعة أقسام توكيل وارسال وتمليك وتخيير⁽³⁾.

- **التوكيل:** هو جعل الزوج حق إنشاء الطلاق لغيره، سواء كانت زوجة أو غيرها مع بقاء الحق له في منع الوكيل في إيقاع الطلاق⁽⁴⁾.

أما الإرسال والتمليك والتخيير فهي تتعلق بإنابة الزوجة لتوقيع الطلاق بإرادتها وليس بصفتها وكيلاً، وسيأتي بيانها عند دراسة انحلال الرابطة الزوجية بإرادة الزوجة.

- **الرسالة:** وهي أن يرسل الزوج إلى زوجته رسولا يعلمها بالطلاق، ولا يحق للرسول هنا إنشاء الطلاق بل يقتصر دوره فقط على نقل عبارة الزوج لزوجته⁽⁵⁾.

* **الحنفية:** يجوز توقيع الطلاق من غير الزوج بإذنه، ويكون إما بالتوكيل أو بالتفويض⁽⁶⁾:

¹- محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 214.

²- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 361-362.

³- محمد عيش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 4، المرجع السابق، ص 158.

⁴- محمد عيش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 4، المرجع السابق، ص 158.

⁵- رولا محمود حافظ الحيت، قضايا المرأة بين الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية -دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005، ص 196.

⁶- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 3، المرجع السابق، ص 113.

- **بالتوكيل:** وهو إنابة الزوج عنه غير زوجته بتطليقها، فالوكيل بالطلاق لا يملك إنشاء الطلاق، ولكنه ملزم بالتطبيق إذا قبل الوكالة ما لم يعزل نفسه، أو يعزله الوكيل قبل توقيع الطلاق⁽¹⁾.

- **بالتفويض:** وهو جعل الأمر باليد، أو تمليك الزوج لزوجته طلاق نفسها منه أو تعليق الطلاق على مشيئة شخص آخر، وألفاظ التفويض ثلاث: أمر بيد، تخيير، ومشية، كقوله "أمرك بيدك" أو "اختاري" أو "أنت طالق إن شئت"، وهي هنا لا تكون وكيلا أو رسولا بل تمليكا⁽²⁾.

- **بالرسالة:** وهو أن يبعث الزوج طلاق زوجته الغائبة عنه على يد انسان يبلغها بطلاقها، فيكون الطلاق هنا بواسطة رسول ينقل فقط كلام الزوج لزوجته ولا ينشئها من نفسه⁽³⁾.

* **الشافعية:** يرون أن الزوج يملك تفويض زوجته بالطلاق، وهو تمليكها الطلاق كأن يقول لها طلقي نفسك، كما يجوز له توكيل غيره في تطليق زوجته⁽⁴⁾.

* **الحنابلة:** يحق للزوج عندهم أن ينيب عنه غيره في الطلاق، سواء أكان النائب زوجته أو غيرها، فإذا كان بقول الزوج "طلقي نفسك" أو بقوله "أمرك بيدك"، فالتفويض هنا توكيلا، أما إذا كان بقوله "اختاري نفسك" فهو خيار تمليك⁽⁵⁾.

ج.2- الفريق الثاني: يمثله الظاهرية والشيعة:

يجمع هذا الفريق على عدم جواز الإنابة في الطلاق، مع اختلاف في بعض المسائل:

* **فالظاهرية:** لا يجوز عندهم الإنابة في الطلاق مطلقا، سواء كان ذلك للزوجة أو لغيرها، رجلا كان أو امرأة، ولو فعل ذلك وطلقت الزوجة نفسها فلا يترتب عليه أي أثر لأن الطلاق جعله الله للرجال لا للنساء⁽⁶⁾.

* **أما الشيعة:** فلهم قولان:

¹- رولا محمود حافظ الحيث، المرجع السابق، ص 196.

²- السرخسي، المبسوط، الجزء 6، المرجع السابق، ص 178-179.

³-الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 3، المرجع السابق، ص 126.

⁴- شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الجزء 5، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1415 هـ-1994، ص 465-466.

⁵- البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، الجزء 12، المرجع السابق، ص 233.

⁶- ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، الجزء 10، ص 196.

- **الأول:** يحق للزوج أن يخير زوجته، والخيار لها بالطلاق من عدمه يكون ماداما في مجلسهما، فإذا تفرقا فلا خيار لها، وهو الرأي الراجح في المذهب.

- **الثاني:** يقضي بعدم جواز التخيير بالطلاق مطلقا، وأن تخيير الرسول ﷺ لأزواجه خاص به فقط⁽¹⁾.

يتبين مما سبق أن الإنابة في الطلاق جائزة عند أغلب الفقهاء، سواء كانت توكيلا أو تفويضا أو رسالة، وهي قد تكون للزوجة أو لغيرها، رجلا كان أو امرأة، قريبا من الزوج أو أجنبي عنه، ولا يقتصر التوكيل على شخص واحد بل قد يكون لشخصين أو أكثر، ولا يحق في هذه الحالة لأحدهما أن يقضي بالطلاق دون الآخر، لأنهما منزلان منزلة الوكيل الواحد، فلا يقع إلا باجتماعهما عليه تماما كالوكيلين في البيع والشراء⁽²⁾.

2- الخلاف حول جعل الطلاق بيد الزوج: يعتبر جعل الطلاق بيد الزوج من أهم الأفكار المختلف حولها في قانون الأسرة الجزائري ومن هذا حذوه، فبينما نجد مدافعون عنها يبرزون ايجابياتها، نجد معادون لها يطالبون بإلغائها وآخرون يبحثون تعديلها.

أ- المدافعون عن جعل الطلاق بيد الزوج:

يجب أن يكون الطلاق حسبهم بيد الزوج لما يحققه من مصلحة تنتفي فيها كل الافتراضات الأخرى القائمة حول المتمتع بالطلاق، ولما فيه من موازنة بين حقوق جميع الأطراف، ونذكر بعض الأسباب والحكمة من جعل الطلاق بيد الزوج فيما يلي:

- إن التركيب الجسماني والروحاني والنفسي للمرأة والرجل والطبيعة الفطرية لكل منهما يختلفان، فالرجل أكثر تحكما في نفسه وضبطا لعواطفه، لأنه وجد لتحمل المشاق، أما المرأة فوظيفتها الاجتماعية غير وظيفته، لأنها وجدت لمنح العاطفة التي قد تتساق وراءها، وهذا ما يجعل الرجل متأنيا في إيقاع الطلاق فيما المرأة قد توقعه لأنفه الأسباب⁽³⁾.

- إن الطلاق يلزم الزوج بتبعات ونفقات مادية معتبرة، كمؤجل الصداق ونفقة العدة والمتعة ونفقة أطفاله منها وأجرة الرضاع والمسكن لأولادها وغيرها، لذلك فهو لا يقدم عليه إلا بعد ترو

¹ - رولا محمود حافظ الحيت الحيت، المرجع السابق، ص 198.

² - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 308.

³ - محمد سمارة، المرجع السابق، ص 274؛ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 215؛ جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد، 2009-1429، ص 54-55.

كبير وعمق تفكير⁽¹⁾، أما لو وضع بيد الزوجة لما اهتمت لهذه المصاريف، لأنها لا تقع على عاتقها، وهو ما قد يسبب ضررا للزوج، ولو أزمنا الزوجة بها لطالبناها بما لا تستطيع وألحقنا بها ضررا كبيرا.

- إن حق الطلاق لم يجعل للرجل محاباة له أو على احتقار للمرأة، وإنما بني على مصلحة الأسرة، لأنه لم يعط لها اعتباره الأقدر على إيقاعه، بل لأنه الأقدر على منع إيقاعه⁽²⁾.

- إن الطلاق تنرتب عليه آثارا غير الآثار المالية، كالحضانة التي تعتبر حقا للأُم، وهو ما قد يؤدي إلى ابتعاد الأولاد عن والدهم وحرمانه من تربيتهم والإشراف عليهم بشكل كامل، فيجعل منه يترتب في إيقاعه⁽³⁾.

- مما يدعم رأي هذا الفريق ارتفاع نسبة الخلع في المجتمع الجزائري، وهذا بعد أن عدل قانون الأسرة وأصبحت للمرأة حقوقا أكثر كمسكن الحضانة، كما أن غالبية أسباب الخلع هي أسباب تافهة لا تستدعي الفراق.

- إن تشريع الطلاق لا ينفي عدم وجود بعض الرجال غير المبالين والذين يوقعون لأتفه الأسباب أو بدون سبب، غير أن الشريعة لم تشرع لهؤلاء الجهلة فاسدي الأخلاق⁽⁴⁾، كما أن الشريعة كأى تشريع آخر منطقي عقلاني تأخذ الغالب وعموم الناس، ولا تشرع بالقياس على الخاصة، كما أن القول أيضا بأن المرأة أصبحت تتبوأ مناصب عليا وتفوق الرجل أحيانا أيضا لا يؤخذ به، لأن عامة النساء يغلب على طبيعتهن سرعة الغضب والانسياق وراء العاطفة، وهو الغالب الذي يقاس عليه، أما إن وجدت طائفة من النساء يتحكمن في عواطفهن فهن قلائل.

ب- المعارضون لجعل الطلاق بيد الزوج: يستندون إلى بعض الحجج، منها:

- ينتقد هذا الاتجاه جعل الطلاق بيد الزوج، ويرون فيه إجحافا بحقوق المرأة وانتقاصا لها أو هو حسبهم " اللامساواة القائمة على اعتبار الذكورة".

- أن الطلاق القائم على دواع تافهة في غالب الأحيان يثقل كاهل الزوجة، ويعتبر عبئا ثقيلا ليس عليها فحسب بل على الأسرة كعماد المجتمع.

¹ - محمد سمارة، المرجع السابق، ص274؛ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص216، جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص54-56.

² - جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 56.

³ - محمد سمارة، المرجع السابق، ص274.

⁴ - الجزيري، المرجع السابق، ص 1014.

- يتعارض هذا النوع من الطلاق مع القانون الدولي لحقوق الإنسان ولاسيما المادة 16/ج من اتفاقية إلغاء كل أشكال التمييز اتجاه النساء التي جاء فيها الحقوق والمسؤوليات نفسها أثناء الزواج وعند فسخه⁽¹⁾.

3- القيود الواردة على الطلاق:

إن جعل الطلاق بإرادة الزوج لا يعني مطلقاً أنه يتمتع به بشكل مطلق دائماً، بل فرضت عليه بعض القيود التي تحفظ حقوق الزوجة، وهي:

أ- أن يكون الطلاق **لحاجة**: إن تشريع الطلاق كان لتقادي الأضرار التي قد تترتب عن استمرار الزواج غير المستقر، لهذا جعل فيه الأصل الحظر، فلا يوقع إلا إذا وجدت حاجة تستدعيه، وهو ما ذهب إليه الجمهور من الفقه الإسلامي الذي يرى في ذلك توافقاً مع مقاصد الشريعة الإسلامية، ودرأ لمخاطر الطلاق المتعددة، وأن الطلاق وجد للخلاص الذي لا يكون إلا بوجود ضرر، كما أن الطلاق دون حاجة فيه كفران لنعمة الزواج، وسفاهة رأي، وضرر للزوجة وأهلها وأولادها.

غير أن الحنفية خالفوا هذا الرأي وجعلوا الأصل في الطلاق الإباحة لا الحظر، لإطلاق الآيات القرآنية الواردة فيه، مثل قوله تعالى: " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة"، ولأن الرسول ﷺ طلق حفصة، وكذلك طلق بعض أصحابه أزواجهم، ولو كان محظوراً لما أقدموا عليه، وقد رد على هذه الحجج بأخرى مقابلة من قبل الجمهور⁽²⁾.

وفي كل الحالات إذا تم الطلاق حتى لو كان لغير حاجة فإنه يقع بالاتفاق، فيما يَأْتِ المطلق ديانة مع وجوب تعويض زوجته تعويضاً عادلاً يقدره القاضي حسب درجة الضرر، وهو ما ذهب إليه المادة 52 ق.أ، وكذلك الفصل 31 م.أ.ش، أما القانون الكويتي فقد تناول المتعة في المادة 165 ق.أ.ش كما سيأتي بيانه لاحقاً، وهناك من يعترض على هذا التعويض، ويعتبر أن الزوج يَأْتِ ديانة، ويكتفي مادياً بإلزامه بمؤخر الصداق، ونفقة العدة، والمتعة⁽³⁾.

ب- **منع بعض أنواع الطلاق وعدم ايقاعها**: رغم أن المشرع الجزائري لم يتناول كل أنواع الطلاق المحرمة أو الممنوعة، إلا أن الشريعة الإسلامية وفقهائها أسهبوا في هذا المجال،

¹- أمير يحيوي، المرجع السابق، ص244.

²- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص400-401.

³- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص226؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص401.

فاتفقوا أحيانا فيما اختلفوا أحيانا أخرى، وسنتناول فيما يلي الأنواع المحرمة مع التطرق للخلافات الفقهية حولها:

ب.1- **عدم وقوع الطلاق بسبب حالة الزوج:** هناك العديد من الحالات التي أجمع الفقهاء أو اختلفوا على عدم صحة الطلاق فيها بسبب الحالة التي يكون عليها الزوج، كحالة الجنون والإغماء والإغلاق وغيرها، وهو ما سنتناوله فيما يلي:

- فقد أجمعوا على عدم وقوع طلاق المجنون والمعتوه والنائم والمغمى عليه والمدهوش والغضببان والمبرسم والهازل⁽¹⁾.

- فيما اختلفوا حول:

- طلاق الصبي: أجمع جمهور الفقهاء المسلمون على عدم صحة طلاق الصبي مطلقا مميذا كان أو غير مميذ⁽²⁾، غير أن الحنابلة خالفوا ذلك عندما أجازوا طلاق الصبي المميذ، ولو كان دون عشرة سنين متى كان يعقل الطلاق، بأن يعلم أن زوجته تبين منه وتحرم منه إذا طلقها⁽³⁾.

- طلاق السفية⁽⁴⁾: ينفذ طلاق السفية ويصح حسب جمهور الفقهاء من مالكية⁽⁵⁾ وحنفية⁽⁶⁾ وحنابلة⁽⁷⁾، لأنه مالك للزوج بنفسه فيملك إنهاءه، بينما يتوقف على إذن وليه الشافعية، لأنه تصرف ضار ضررا محضا⁽⁸⁾.

¹- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 3، المرجع السابق، ص 100؛ البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، الجزء 12، المرجع السابق، ص 184؛ أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء 3، دار الكتب العلمية، ص 3؛ محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 4، المرجع السابق، ص 43-49؛ مالك بن أنس بن مالك الأصبجي، المدونة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 82-83.

²- مالك بن أنس بن مالك الأصبجي، المدونة، الجزء 2، المرجع نفسه، ص 83؛ محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، الجزء 3، دار المعرفة، بيروت- لبنان، ص 100؛ الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء 3، المرجع السابق، ص 3.

³- البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، الجزء 12، المرجع السابق، ص 182.

⁴- السفه هو تبذير المال وإتلافه على خلاف ما يقتضيه العقل والشرع، محمد سمارة، المرجع السابق، ص 278.

⁵- مالك بن أنس بن مالك الأصبجي، المدونة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 79.

⁶- عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، الجزء 5، الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية الكبرى، القاهرة، 1314هـ، ص 198.

⁷- البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، الجزء 12، المرجع السابق، ص 182.

⁸- الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 6، المرجع السابق، ص 363.

- طلاق المكره: الإكراه هو حمل شخص عن طريق التهديد على أن يقوم بعمل لا يرضاه⁽¹⁾، وقد اختلف الفقهاء على صحة طلاق المكره، فذهب الجمهور⁽²⁾ إلى عدم إيقاعه، لأنه لم يقصد الطلاق ولكن قصد دفع الأذى عنه، ولانتفاء الاختيار، أما الحنفية فقد أجازوه، لأن المكره قصد الطلاق وإن لم يرض بأثره مثل الهازل، ولا يهم إن كان واقعا من السلطان أو من غيره⁽³⁾.

- طلاق السكران: اتفق الفقهاء المسلمون على أنه من شرب مسكرا للضرورة كالدواء، أو للإكراه ونحو ذلك لا يقع طلاقه، وإن كان لغير حاجة عند الحنابلة، أما الجمهور فيشترطون أن يكون لحاجة⁽⁴⁾، أما من تقصد شرب مسكر بهدف تغييب عقله، فقد اختلف الفقهاء حول طلاقه منقسمين إلى اتجاهين، هما:

-الاتجاه الأول: يمثله الحنفية والمالكية -حسب المشهور عندهم- والشافعية في أحد أقوالهم والحنابلة في إحدى رواياتهم قالوا بوقوع الطلاق.

1. -الاتجاه الثاني: يمثله عثمان وعمر بن عبد العزيز والمالكية في غير المشهور والحنابلة في الرواية الأخرى وابن رشد والباقي وابن القيم والكرخي والطحاوي والمزني وأبو ثور والظاهرية، وذهبوا إلى عدم وقوع الطلاق لعدم توفر القصد والوعي والإرادة الصحيحة، كما أن للسكر عقوبة هي الحد فلا مسوغ لضم عقوبة أخرى⁽⁵⁾.

- طلاق المخطئ⁽⁶⁾: اختلف الفقهاء حول صحة طلاقه ووقوعه، فذهب الشافعية⁽⁷⁾ إلى عدم وقوعه لانعدام القصد، فيما ذهب الجمهور من مالكية وحنفية وحنابلة إلى عدم وقوعه ديانة فيما

¹ - مصطفى إبراهيم الزلمي، المرجع السابق، ص 126.

² - المالكية: مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، المدونة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 79؛ الشافعية: البهوتي، كشف القناع على متن الاقناع، الجزء 12، المرجع السابق، ص 187-188؛ الحنابلة: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، الجزء 22، الطبعة الأولى، هجر للطباعة والنشر، القاهرة-مصر، 1415هـ-1990م، ص 157.

³ - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، الجزء 24، دار المعرفة، بيروت-لبنان، ص 41؛ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 7، المرجع السابق، ص 182.

⁴ - محمد سمارة، المرجع السابق، ص 280؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 366.

⁵ - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 219-220؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 366؛ سلمان نصر وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص 26-29؛ إسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الحامد، 1429هـ-2009م، ص 231-235.

⁶ - المخطئ هو الذي يرغب الكلام في غير الطلاق، ولكنه ينطق به خطأ، كرجبته في أن يقول "أنت طاهر" فيقول "أنت طالق"، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 369؛ سلمان نصر وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص 19-20.

⁷ - أبو عبد الله محمد بن ادريس الشافعي، الأم، الجزء 5، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، 1403هـ-1983م، ص 576.

الباب الأول: المركز القانوني للمرأة في أحكام الزواج وانحلاله

يقع قضاء، فلو وصل الأمر إلى القضاء وجب القضاء به⁽¹⁾، ولا يمكن الإدعاء بالخطأ أو التمسك به، وذلك حفاظاً على حقوق المرأة ومنعاً للتحايل، خاصة وأن ادعاء الخطأ مسألة باطنية يصعب الكشف عليها⁽²⁾.

- طلاق المرتد: يقع طلاق المرتد بعد الدخول موقوفاً، فإن أسلم في العدة تبين وقوعه، وإن لم يسلم حتى انقضت العدة أو ارتد قبل الدخول فطلاقه باطل لانفساخ النكاح قبله باختلاف الدين⁽³⁾.

- طلاق غير المسلم: اختلف الفقهاء المسلمون حول طلاق غير المسلم، فبينما ذهب الجمهور إلى صحته، لأن غير المسلم مكلف بأحكام الشريعة الإسلامية، ذهب المالكية إلى عدم صحته⁽⁴⁾.

- طلاق غير الزوج: لا طلاق لغير الزوج ما لم يكن بناء على طلبه أو رغبته⁽⁵⁾.

- طلاق الشاك: من شك في أصل الطلاق، أي طلق أم لا، لم تطلق امرأته، لأن النكاح ثابت بيقين فلا يزول إلا بيقين، ولا يحكم بزواله بالشك.

ومن شك في عدد الطلقات بني على اليقين وهو الأقل، فإذا شك هل طلق واحدة أو ثلاثاً يحكم بوقوعه طلقة واحدة، لأنها المتيقنة، وإذا شك أطلق رجعيًا أو بائناً، وقع رجعيًا⁽⁶⁾.

- طلاق المريض مرض الموت: إذا طلق الزوج زوجته في مرض الموت وقع طلاقه، لأنه لا يشترط لصحة الطلاق صحة المطلق⁽⁷⁾، غير أن الخلاف قام حول ميراث المرأة من زوجها الذي طلقها⁽⁸⁾.

¹ - المالكية: محمد عليش، شرح مختصر خليل، الجزء 4، المرجع السابق، ص 46؛ الحنفية: ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء 3، المرجع السابق، ص 277.

² - أحمد أباش، المرجع السابق، ص 252؛ محمد سمارة، المرجع السابق، ص 282؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 369.

³ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 367.

⁴ - مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، المدونة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 79.

⁵ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 365.

⁶ - المالكية: أبو عمر يوسف النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 582؛ الحنفية: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 3، المرجع السابق، ص 126؛ الحنابلة: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، الجزء 23، الطبعة الأولى، هجر للطباعة والنشر، القاهرة-مصر، 1415هـ-1990م، ص 55؛ الشافعية: الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء 3، المرجع السابق، ص 42.

⁷ - مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، المدونة، جزء 2، المرجع السابق، ص 87.

⁸ - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 289.

ب.2- الطلاق غير الصحيح بسبب الزوجة:

- بطلان طلاق غير الزوجة: لا يملك الرجل أن يطلق أي امرأة شاء، وإنما فقط زوجته التي تربطه بها علاقة زوجية مستمرة حقيقة وواقعا أو حكما، كالمعتدة من طلاق رجعي، حيث لا تنتقطع الزوجية، أما المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى فقد أقر الجمهور عدم وقوع طلاقها، لانتهاء الرابطة الزوجية بالطلاق البائن، وإن كان الحنفية يرون وقوع الطلاق في هذه الحالة. أما المطلقة طلاقا بائنا بينونة كبرى فلا يلحقها طلاق لانتهاء الرابطة الزوجية، وكذلك لا يقع طلاق المرأة في الزواج الفاسد، لأنها ليست زوجة شرعية للزوج، ولأن العقد هنا قد نقض في أصله⁽¹⁾.

- حظر الطلاق البدعي: ينقسم الطلاق إلى سني وهو الذي في زمن معين بعدد معين، وآخر بدعي وهو ما خالف ذلك⁽²⁾، ويكون في حالة وقوع الطلاق حال حيض الزوجة أو نفاسها أو في طهر جامعها فيه، وفي حالة إيقاعه ثلاثا بلفظ واحد.

لقد ذهب جمهور الفقهاء إلى تحريم الطلاق البدعي في الحالة الأولى، وكرهه الحنفية تحريما⁽³⁾، فيما قصر المالكية التحريم في حال الحيض والنفاس وكرهوه في طهر جامعها فيه⁽⁴⁾، بينما استثنى الشافعية المطلقة غير المدخول بها، فلا يكون هذا الطلاق لا بدعيا ولا محرما بالنسبة لغير المدخول بها⁽⁵⁾.

إن مرجع التحريم هنا إلى الأسباب التالية:

- أنه من الثابت علميا أن المرأة تمر في فترة حيضها بظروف نفسية غير طبيعية، ولا تملك السيطرة على أعصابها، فتكون سريعة الغضب، ضيقة الصدر، مما قد يساهم في إذكاء الصراع و الخصام.

¹ - مصطفى إبراهيم الزلمي، المرجع السابق، ص131؛ سلمان نصر وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص21؛ محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص218.

² - الجزيري، المرجع السابق، ص 974.

³ - المالكية: محمد عlish، شرح مختصر خليل، الجزء 4، المرجع السابق، ص 35-37؛ الحنفية: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 3، المرجع السابق، ص 54؛ الشافعية: أبو الحسن عي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الجزء 10، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1419 هـ-1999 م، ص 114؛ الحنابلة: البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، الجزء 5، المرجع السابق، ص 293.

⁴ - مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، المدونة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 3.

⁵ - الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء 3، المرجع السابق، ص 6.

- أن فترة الحيض لا تحتسب من العدة وعليها أن تبدأ الحساب بعد نهايته (الحيض)، وليس من التاريخ الذي طلقت فيه، وهو ما قد يضر بها⁽¹⁾، ولهذا قال تعالى: "يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن"⁽²⁾، أي مستقبلات العدة.

- إن حالة الحيض منفرة بالطبيعة، وحالة الطهر مرغبة فطريا، لذا منع إيقاع الطلاق في حالة النفرة والكراهية حتى لا يكون سببا مدعيا إليه.

رغم أن هذا الطلاق محرم ديانة إلا أن الفقهاء المسلمون اختلفوا حول وقوعه:

- فذهب الجمهور من المذاهب الأربعة⁽³⁾ إلى وقوع الطلاق البدعي متى تلفظ به الزوج، لأن النبي ﷺ أمر ابن عمر -رضي الله عنه- بمراجعة زوجته، والرجعة لا تكون إلا بعد الطلاق⁽⁴⁾.
- وذهب الشيعة الإمامية والظاهرية وابن تيمية وابن القيم إلى عدم نفاذ هذا الطلاق البدعي، ولهم في ذلك عدة حجج⁽⁵⁾.

إلى جانب الطلاق في الحيض أو النفاس أو في طهر جامعها فيه يثور التساؤل حول صحة الطلاق بثلاث طلقات مجتمعات؟

إن الأصل في الطلاق السني المشروع أن يقع بالترتيب مفرقا واحدا بعد الآخر لما في ذلك من فائدة ظاهرة، تتمثل في إمكانية ندم كلا الزوجين فتتم المراجعة، ولو شرع مرة واحدة لما أمكن ذلك، أما أن يقع ثلاثا بكلمة واحدة أو بألفاظ متفرقة في طهر واحد فإنه يكون بدعيا مخالفا لسنة ﷺ، وقد اختلف الفقه الإسلامي حول تحريمه ووقوعه:

- فمن حيث تحريمه، ذهب المالكية والحنفية إلى تحريمه⁽⁶⁾، فيما لم يحرمه أو يكرهه الشافعية والحنابلة حسب الراجح عندهم⁽¹⁾.

¹ - مصطفى إبراهيم الزلمي، المرجع السابق، ص 131-132.

² - الآية 1 من سورة الطلاق.

³ - المالكية: محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 4، المرجع السابق، ص 35-37؛ الحنفية: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 3، المرجع السابق، ص 54؛ الحنابلة: البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، الجزء 5، المرجع السابق، ص 293؛ الشافعية: الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء 3، المرجع السابق، ص 6.

⁴ - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 227-228.

⁵ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 403.

⁶ - المالكية: محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 4، المرجع السابق، ص 36، مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، المدونة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 3؛ الحنفية: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 3، المرجع السابق، ص 96.

الباب الأول: المركز القانوني للمرأة في أحكام الزواج وانحلاله

- أما من حيث وقوعه، فقد انقسم الفقهاء المسلمين إلى أربعة اتجاهات:
- **الاتجاه الأول:** يمثله جمهور الفقهاء في المذاهب الأربعة⁽²⁾، ويرون وقوع الطلاق ثلاثاً.
- **الاتجاه الثاني:** يمثله الشيعة الإمامية قالوا بعدم وقوعه، لأنه بدعة والبدعة لا يقع بها شيء.
- **الاتجاه الثالث:** يمثله ابن تيمية وابن القيم الجوزية والزيدية وبعض الظاهرية، يرون أن الطلاق هنا يقع مرة واحدة، ولا تأثير للفظ فيه⁽³⁾.
- **الاتجاه الرابع:** يفرق بين طلاق المدخول بها وغير المدخول بها، فالأولى يقع طلاق الثلاث ثلاثاً، أما الثانية فيقع واحدة، لأنها تبينها الطلقة فلا تصادف الطلقتان الأخريان محلاً⁽⁴⁾.
- وقد ساق كل اتجاه فقهي أدلة وحجج يدعم فيها رأيه، لا يتسع هنا المجال لذكرها.
- إن هذه الأحكام تتعلق بالجوانب الفقهية، أما من الناحية القانونية فنجد قانون الأسرة الجزائري لم يتضمن أي نص في هذا الشأن غير المادة 51 منه التي تعتبر أن الطلاق البات الذي يحرم الزوجة على زوجها باتاً هو ما كان بعد ثلاث طلاقات متتاليات متفرقات، مما يعني الطلاقات الثلاث المجتمعات يعتبرن واحدة فقط خاصة وأن الطلاق لا يقع من الناحية القانونية إلا بواسطة حكم قضائي ولا يثبت إلا من خلاله⁽⁵⁾.
- ج- تقييد الطلاق بثلاث طلاقات:** إن الزوج وإن كان يتمتع بحق تطليق زوجته إلا أنه لا يملك أن يفعل ذلك متى شاء ثم يراجعها متى شاء، وإنما جعلت له طلقتان يحق له فيهما مراجعة مطلقة، أما الثالثة فلا يملك ذلك حتى تتزوج غيره فيدخل بها ثم يطلقها أو يموت عنها.
- والحكمة من هذا تكمن في:

¹- الشافعية: الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 10، المرجع السابق، ص 118؛ الحنابلة: أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني لابن قدامة، تحقيق طه الزيني ومحمد عبد الوهاب فايد وعبد القادر عطا وعمور غانم غيث، الجزء 07، الطبعة الأولى، مكتبة القاهرة، 1388 هـ-1968م، ص 370.

²- المالكية: أبو عمر يوسف القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 573، مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، المدونة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 3؛ الحنفية: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 3، المرجع السابق، ص 96؛ الشافعية: الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 10، المرجع السابق، ص 118؛ الحنابلة: ابن قدامة، لابن قدامة، الجزء 7، المرجع السابق، ص 370.

³- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 406-407؛ محمد سمارة، المرجع السابق، ص 276-277؛ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 229.

⁴- محمد سمارة، المرجع السابق، ص 277.

⁵- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 178.

- لو قصر الطلاق على مرة واحدة لضيق على الناس ومنع التدارك، فقد يظهر ندم الزوج ورغبته في العودة إلى زوجته، فلا يستطيع حينها ذلك.
- إن حصر الطلاق بثلاث طلاقات الغرض منه ردع الزوج عن الاستخفاف بزوجه أو جعلها لعبة بيده، وما يسببه لها من ضرر نفسي وجسدي، فقد كان الأزواج في الجاهلية يطلقون نسائهم فإن قاربت العدة على النهاية أعادوهن ثم طلقوهن من جديد دون أي تحديد فتكون المرأة كالمعلقة لا هي متزوجة ولا هي مطلقة، فجاء الإسلام ومنع هذا السلوك المشين، وحصر الطلاق في ثلاث طلاقات فقط، تكون الأولى هفوة، والثانية تجربة، والثالثة فراقاً.
- منع المراجعة بعد الطلقة الثالثة حتى زواج المرأة من جديد تحذير للأزواج ودفعهم للتروي والتريث قبل إيقاعها.
- إمكانية العودة للمرأة من جديد بعد زواجها بآخر وطلاقها منه أو وفاته عنها بعد البناء شرع لرفع الحرج، فقد يرغب فيها بعد ذلك فلا حرج عليه أن يعيد الزواج بها طالما توفر فيها الشرط، ولا داعي لبقاء حرمتها عليه.
- وجدير بالملاحظة هنا أن زواج المحلل الذي يقصد به أن يتزوج رجل مطلقة غيره ثلاثاً بغرض تحليلها له بعد أن يطلقها، هو محرم باتفاق الفقهاء.
- د- **تقييد الطلاق بإجراءات قضائية معينة**، فلا يمكن الحكم به إلا بعد عدة محاولات صلح، ولمدة لا تتجاوز 03 أشهر، حسب المادة 49 ق.أ.ج، وهو إجراء من النظام العام لا يمكن إغفاله، كما أنه من الناحية الإجرائية لم يعتد بالطلاق بلفظ الزوج، وإنما يشترط صدور حكم قضائي يقضي به، ويقتصر هذا على الطلاق البائن فقط، أما مجرد رفع دعوى الطلاق فهو بمثابة طلقة رجعية يجوز للزوج على إثرها مراجعة زوجته خلال فترة الصلح، وهذا وفق المادة 50 ق.أ.ج التي أجازت للزوج مراجعة زوجته خلال فترة الصلح دون عقد ومهر جديدين، أما بعد الحكم فلا بد من عقد جديد.
- إن أحكام الطلاق بإرادة الزوج في القانون الجزائري، ورغم تبنيها تقييدات على الزوج، إلا أنه تطرح الكثير من التساؤلات حول حماية المرأة وتكريس الحماية القانونية الواجبة لها، خاصة إذا كان الزوج كثير التلطف بالطلاق أو كثير التردد على القضاء ثم المراجعة أثناء فترة الصلح.

ثانيا- التفريق بطلب من الزوج: إن تمتع الزوج بحق الطلاق بالإرادة المنفردة لا يمنعه من التمتع بحق اللجوء للقضاء للمطالبة بالتفريق في ظل السلطة التقديرية للقاضي، وذلك في بعض الحالات، منها:

1- طلب التفريق لنشوز⁽¹⁾ الزوجة: إن المشرع الجزائري كرس حق التفريق للنشوز في المادة 55 ق.أ التي جاء فيها: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر"، وعليه يجوز للزوج أن يطالب بالطلاق لنشوز زوجته، ولا يتم ذلك إلا إذا حكم به القاضي بعد تقدير وجود النشوز من عدمه، فطلب الزوج مقيد بسلطة القاضي التقديرية. غير أن المشرع الجزائري لم يحدد المقصود بالنشوز أو حالات تحققه، خاصة وأنه مرتبط بأداء الواجبات الزوجية التي تكون غالبا داخل منزل الزوجية مما يصعب إثبات تحققه، وهو ما جعل القضاء يعتبر النشوز فقط ما كان خارج منزل الزوجية، وذلك في العديد من الأحكام⁽²⁾ التي اعتبرت الزوجة ناشزا إذا غادرت منزل الزوجية ورفضت العودة إليه بعد صدور حكم بالرجوع وثبت امتناعها بمحضر رسمي⁽³⁾.

إلا أنه لا يمكن اعتبار كل خروج للزوجة من منزل الزوجية ورفض العودة إليه نشوزا، بل هناك حالات عديدة تضمنتها أحكام قضائية تكون مبررة فلا تعد نشوزا، منها:

- رفض العودة لمنزل الزوجية واشتراط توفير منزل منفرد سواء عن أهل الزوج⁽⁴⁾ أو عن الضرة في حالة التعدد⁽⁵⁾.

- رفض العودة لعدم تحقق مطالب الزوجة، كحضور الزوج لمنزلها لاصطحابها⁽⁶⁾.

- رفض العودة بعد إهانة الزوج لها⁽¹⁾.

¹ - النشوز لغة هو الارتفاع، وهو مأخوذ من نشز أي ارتفع، والنشاز في النغم هو الصوت الخارج عن قواعده، نقلا عن فضيل العيش، المرجع السابق، ص 38؛ أما اصطلاحا فهو تخلي أحد الزوجين عن التزاماته الزوجية المادية أو المعنوية عمدا.

² - منها القرار الصادر بتاريخ 22-02-2000 ملف رقم 235357، والقرار الصادر بتاريخ 20-02-1991 ملف رقم 75588 نقلا عن نبيل صقر، المرجع السابق، ص 105-106.

³ - لا تجبر المرأة على العودة لمنزل زوجها بالقوة عند صدور حكم قضائي بذلك ولكن يحرر محضرا رسميا بامتناعها يستعمل في المطالبة بالتفريق.

⁴ - ملف رقم 251682 قرار صادر في 21-11-2000، ملف رقم 33762 قرار صادر بتاريخ 09-07-1984، ملف رقم 189339 صادر في 02-04-1997، ملف 218754 قرار صادر في 15-12-1998، نقلا عن نبيل صقر، المرجع السابق، ص 105، 107، 109، 110.

⁵ - ملف رقم 235357 القرار الصادر بتاريخ 22-02-2000، نقلا عن نبيل صقر، المرجع السابق، ص 105.

⁶ - ملف رقم 184055 القرار الصادر بتاريخ 17-02-1998، نقلا عن نبيل صقر، المرجع السابق، ص 104.

أما القوانين العربية المقارنة فنجد القانون التونسي لا يتطرق للنشوز، وإن كان القضاء استقر على اعتبار المرأة الناشز تلك التي غادرت محل الزوجية بمحض إرادتها، وامتنعت عن القيام بواجباتها الزوجية، وذلك بالرغم من التنبيه عليها من قبل الزوج بالرجوع إلى محل الزوجية وامتناعها عن ذلك ما لم تثبت أن بقائها فيه مع زوجها من شأنه أن يمثل خطراً عليها أو يلحق ضرراً بها نتيجة الاعتداء عليها بالعنف، ويعتبر نشوزاً أيضاً تحصن الزوجة بمنزل الزوجية ومنع الزوج من الدخول إليه.

أما القانون الكويتي فقد تطرق للنشوز بصدد الحديث عن المسكن والطاعة في المادة 87 ق.أ.ش، والتي اعتبرت امتناع الزوجة عن الانتقال إلى منزل زوجها دون مسوغ أو منعت زوجها من مساكنتها في منزلها، ولم يكن أبى نقلها من قبيل النشوز الذي يؤدي إلى سقوط حقها في النفقة، والذي لا يثبت إلا بامتناعها عن تنفيذ حكم الطاعة، ولا يكون نشوزاً خروج الزوجة لما هو مباح أو لعمل مشروع ما لم يكن منافياً للأسرة وفق المادة 89 من نفس القانون. عرفت الشريعة الإسلامية النشوز حيث ورد ذكره في القرآن الكريم في قوله تعالى: "واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً وإن الله كان علياً كبيراً"⁽²⁾، غير أن فقهاءها اختلفوا فيما يعتبر نشوزاً كما يلي:

- ذهب المالكية إلى أن النشوز يتحقق بخروج الزوجة عن محل طاعة الزوج الواجبة عليها، أو هو خروجها عن طاعته بمنع وطأ أو استمتاع، أو خروج بغير إذن، أو عدو أداء ما أوجبه الله عليها حقوق الله تعالى⁽³⁾.

- وذهب الحنفية⁽⁴⁾ إلى أنه يتحقق باسقاط ما وجب بسبب الزواج.

- فيما ذهب الحنابلة⁽⁵⁾ إلى القول بأهنه " كراهة كل من الزوجين صاحبه وسوء عشرته، أو هو " معصيتها إياه فيما يجب عليها"، ويتحقق إذا امتنعت عن إجابته إلى الفراش أو خروجها من بيته دون إذنه، ونحو ذلك.

¹ - ملف رقم 189324 قرار صادر في 19-05-1998، نقلا عن الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 216.

² - الآية 34 من سورة النساء.

³ - أبو عبد الله محمد الخرخشي، شرح مختصر الخرخشي على مختصر خليل وبهامشه حاشية العدوي، الجزء 4، الطبعة الثانية، المطبعة الأميرية الكبرى، مصر، 1317هـ، ص 7.

⁴ - السرخسي، المبسوط، الجزء 6، المرجع السابق، ص 190.

⁵ - البهوتي، كشف القناع على متن الاقتناع، الجزء 5، المرجع السابق، ص 209.

- بينما ذهب الشافعية⁽¹⁾ إلى أنه يتحقق بأمارات دالة عليه، كمن لا تلبى له دعوة، ولا تسرع له إجابة، ولا تظهر له كرامة، ولا تلقاه إلا معبسة، ولا تجيبه إلا متبرمة.

2- التفريق باللعان: يقصد باللعان⁽²⁾ اتهام الزوج زوجته بالزنا أو نفي نسب ولدها إليه دون شهود إثبات وتكذيبها له⁽³⁾، وهو يتم بأن يحلف كل من الزوجين أربع مرات هو بالإثبات والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، وهي بالنفي والخامسة أن لعنة الله عليها إن كان من الصادقين، وبالتالي فاللعان يتم بين الزوجين فقط، ولا يطبق أبداً مع الغير الذي يتوجب عليه إثبات واقعة الزنا بأربع شهادات نظراً لخطورة هذه الجريمة وشناعتها في المجتمع. يعتبر اللعان من الحقوق الثابتة للزوج فقط في مواجهة زوجته، وهو وإن كان المشرع الجزائري لم يتناوله كسبب للطلاق إلا أنه اعتبره مانعاً من موانع الميراث في المادة 138 ق.أ، وكذلك يدخل في معنى عبارة الطرق المشروعة التي أشارت إليها المادة 42 التي أجازت نفي النسب بالطرق المشروعة، كما يمكن الأخذ به على أساس المادة 222 من ق.أ التي تحيل إلى الشريعة الإسلامية.

وقد استقر القضاء على اعتماده كسبب لنفي النسب في العديد من أحكامه، منها القرار الصادر في 20-10-1998، والذي جاء فيه: "من المقرر أيضاً أن نفي النسب يجب أن يكون مشروعاً عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها في الشريعة والاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو رؤية الزنا"⁽⁴⁾، كذلك القرار الصادر في 28-10-1997 الذي أكد أن اللعان لا يتم بالمحكمة ولكن بالمسجد خلال ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفي نسه، كما اعتبر اللعان فسخاً مع التحريم المؤبد⁽⁵⁾.

بينما لم يتناول المشرع التونسي اللعان كسبب للفرقة، تناوله المشرع الكويتي ضمن نفي النسب، وأجاز نفيه به خلال سبعة أيام من تاريخ الولادة أو العلم بها، وعليه اتخاذ إجراءات دعوى اللعان خلال خمسة عشر يوماً من ذات التاريخ، إلا أنه أشار أن فرقة اللعان هي فسخ يمكن إعادة الزواج إذا كذب الزوج نفسه حسب المادتين 179-180 ق.أ.ش.

¹ - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 9، المرجع السابق، ص 597.

² - اللعان لغة هو الطرد والإبعاد، يقال لعنه أي طرده وأبعده أو سبه، فهو لعين وملعون، أحمد حسين فراج، أحكام الأسرة في الإسلام (الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998م الموافق لـ 1418 هـ، ص 162.

³ - أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 439.

⁴ - نقلاً عن بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 242.

⁵ - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 378.

أما الشريعة الإسلامية فقد فصلت في أحكام اللعان، فاشتترطت اتفاقاً أن يتم بألفاظ معينة على أن يسبق الرجل باللفظ تليه المرأة مع تعيين كل منهما للآخر تعييناً واضحاً⁽¹⁾، فيما اختلفوا حول أركان اللعان، فبينما قصرها الحنفية على ركن واحد هو اللفظ، وهو شهادات مؤكدات باليمين واللعن من كلا الزوجين، حددها الجمهور بأربعة أركان، هي:

- الملعن والملاعنة، وهما الزوجان البالغان العاقلان.

- سببه، يتمثل في قذف الرجل زوجته قذفاً يوجب حد الزنا، أو نفي الحمل والولد ولو من وطء شبهة أو نكاح فاسد⁽²⁾.

- لفظه، وهو الشهادات الواردة في الآيات 6-9 من سورة النور التي سبق ذكرها.

كما اختلفوا أيضاً حول نوع الفرقة التي تقع باللعان، فاعتبرها الجمهور من مالكية⁽³⁾ وحنابلة⁽⁴⁾ وشافعية⁽⁵⁾ وأبو حنيفة ومحمد⁽⁶⁾ فرقة فسخ توجب تحريماً مؤبداً، كفرقة الرضاع، وتمنع المتلاعنان من العودة للحياة الزوجية مرة أخرى، وهو ما تبناه القضاء الجزائري، فيما ذهب أبو يوسف وزفر والحسن ب زياد من الحنفية إلى أنها فرقة طلاق بائن يمكن للمتلاعنان العودة للحياة الزوجية بعدها إذا كذب الزوج نفسه⁽⁷⁾، وهو ما تبناه القانون الكويتي؛ وأيضاً اختلفوا حول مكان وزمان اللعان، فرأى الجمهور بتعليظه في الزمان والمكان، بأن يكون في المسجد بعد الصلاة، فيما أجاز الحنفية أن يتم في أي مكان أو زمان.

3- التفريق بالظهار: هو طريق مخول للرجل فقط أما المرأة فلاظهار لها، يقصد بالظهار تشبيه الزوج زوجته أو عضواً منها بظهر من تحرم عليه على التأبيد⁽⁸⁾، أو هو "أن يشبه الرجل امرأته أو عضواً منها بمن تحرم عليه ولو إلى أمد أو بعض منها" وهو ليس من فرق النكاح ولكنه يفوت بالفرقة البائنة بين الزوجين ما يفوت حل الوطأ⁽⁹⁾، ولم يتناول المشرع الجزائري هذا

¹ - مصطفى إبراهيم الزلمي، المرجع السابق، ص 182-183.

² - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 305-306.

³ - أبو عمر يوسف النمرى القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، الجزء 2، المرجع اسابق، ص 514.

⁴ - البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، الجزء 5، ص 245.

⁵ - الشيرازي، المهذب في فقه الامام الشافعي، الجزء 3، المرجع السابق، ص 91.

⁶ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 3، المرجع السابق، ص 245.

⁷ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 3، المرجع نفسه، ص 245.

⁸ - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 354.

⁹ - كمال بن السيد سالم، الجزء 3، المرجع السابق، ص 369-370.

النوع من الفرقة ربما لقلّة حدوثه من ناحية الواقع⁽¹⁾، أو تضيقاً من حالات الطلاق، والزوجة قانوناً إذا ظاهرها زوجها لا تملك اللجوء للقاضي لطلب التّطليق إلا إذا تجاوزت مدة الهجر أربعة أشهر، فتطلب التّطليق للهجر في المضجع.

أما الشريعة الإسلامية فقد عرفت الظهار وأقامته على أربعة أركان حسب الجمهور من مالكية وشافعية وحنابلة، وهي: المظاهر، المظاهر منها، المشبه بها، والصيغة (اللفظ)، ويعد الركن الأخير الوحيد عند الحنفية، ولكل ركن شروط وأحكام خاصة به⁽²⁾.

إذا تحقق الظهار حرم على الزوج وطأ زوجته، وهو ما قد يسبب لها ضرراً أكيداً، لهذا وجب عليه أن يكفر أو يطلق، فالكفارة تكون بتحرير رقبة، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يجد فإطعام ستين مسكيناً⁽³⁾.

الفرع الثاني: انحلال الرابطة الزوجية بدون إرادة الزوج والزوجة.

إذا كانت الرابطة الزوجية تتحل بإرادة الزوج دونما اعتبار لإرادة الزوجة، فإنها تتحل أيضاً بدون إرادة الزوجة ولا حتى الزوج، وذلك في حالتي الوفاة والفسخ. ورغم أن المشرع الجزائري لم يتناول الفسخ ضمن المادة 48 التي حددت طرق انحلال الرابطة الزوجية كما فعل المشرع الكويتي، إلا أنه يعتبر من طرق الانحلال وفق أحكام الشريعة الإسلامية والقواعد العامة.

وسنتناول فيما يلي هذين الطريقتين:

أولاً- انحلال الرابطة الزوجية بالوفاة: تنتهي حياة الشخص وشخصيته القانونية بالوفاة التي قد تكون حقيقة محسوسة، أو حكمية غير محسوسة، تقوم على غلبة الظن ويحكم بها القاضي، ورغم أن المادة 40 ق.أ.ج جاءت شاملة ولم تشر إلى النوعين، إلا أن المادة 127 أشارت إليهما عند الحديث عن الميراث⁽⁴⁾.

¹ - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص316.

² - كمال بن السيد سالم، الجزء 3، المرجع السابق، ص 369-370.

³ - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 317-324.

⁴ - جاء في المادة 127: "يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتاً بحكم القاضي".

1- انحلال الرابطة الزوجية بالوفاة الحقيقية: يقصد بالوفاة الحقيقية مفارقة الروح للجسد⁽¹⁾، ومتى تحققت انحلت الرابطة الزوجية تلقائياً، ولا حاجة لصدور حكم قضائي، سواء كانت الزوجة هي المتوفية، فنتهي رابطةها مع زوجها، أو كان الزوج، فنتهي رابطةه مع زوجته التي تصبح أرملة.

2- انحلال الرابطة الزوجية بالوفاة الحكمية: هي الوفاة المحتملة غير المؤكدة التي تقوم على غلبة الظن بالوفاة، وهي لا تتم إلا بحكم قضائي، وتتعلق فقط بالمفقود الذي تناول المشرع الجزائري أحكامه في المواد 109-115 ق.أ، والتي لا يمكن الحكم بها إلا إذا بالمرور بمراحل معينة:

أ- مراحل الوفاة الحكمية: للحكم بوفاة شخص ما لا بد أن يكون مفقوداً لفترة زمنية محددة، مما يستوجب المرور بمرحلة الفقدان ثم مرحلة الحكم بوفاته.

1.أ- مرحلة الفقدان: قد يغيب الشخص عن محل إقامته مع أهله، لينتقل إلى محل آخر، ويكون حينئذ غائب، يمكنه الرجوع متى أراد وأخباره معلومة من حيث المكان والحياة، غير أن هذا الغائب قد يتحول إلى مفقود وفق أحكام معينة.

1.1.أ- تعريف المفقود: عرفته المادة 109 ق.أ.ج بأنه "الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم"، واعتبره المشرع التونسي في الفصل 81 م.أ.ش بأنه "من انقطع خبره ولا يمكن الكشف عنه حياً"، فيما لم يعرفه القانون الكويتي، أما الفقه الإسلامي فقد اختلف فقهاء حول الموضوع:

- ذهب المالكية: إلى اعتباره الغائب الذي لا يدري حياته أو موته، ويميزوا بين أربعة أنواع: المفقود في أرض الإسلام في التجارات والتصرف أمره ولا يعرف مكانه، والأسير الذي تعرف حياته وقتاً ثم ينقطع خبره، ولا يعرف له موت ولا حياة، المفقود في أرض العدو والمعتوك بين اصفين، المفقود في فتن المسلمين وأرضهم⁽²⁾.

- الحنفية: هو اسم لشخص غاب عن بلده ولا يعرف خبره حي أو ميت⁽³⁾.

- الشافعية⁽¹⁾: يعرف بأنه الغائب الذي لا يدري مكانه ولا تعلم حياته ولا وفاته، فهو يشترط مجهولية المكان ومجهولية الحياة، وهو الذي تبناه المشرع الجزائري.

¹- أحمد أباش، المرجع السابق، ص 227.

²- أبو عمر يوسف النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 567-569.

³- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 6، المرجع السابق، ص 196.

-الحنابلة: يقصد به من انقطع خبره لغيبه ظاهرها السلامة كالأسر والخروج للتجارة⁽²⁾.

أ.2.1- شروطه: يشترط لاعتبار الغائب مفقودا الشروط التالية:

- أن يكون الشخص غائبا غير حاضر وسط أهله وأمواله، فهو نوع من أنواع الغائب، حيث أن "كل مفقود غائب ولكن ليس كل غائب مفقود"⁽³⁾.

- مجهولية المكان، أي أن يكون مكانه غير معلوم.

- مجهولية الحياة، فلا بد ألا تعرف حياته من وفاته، وهو أهم فرق بينه وبين الغائب في حكم المفقود الذي تكون حياته مؤكدة، ولا تنقطع أخباره عن أهله، بل يعرف مكانه، ولكن يتعذر الوصول إليه، ولا يستطيع هو المجيء أو إدارة أمواله بواسطة، ويسبب ذلك ضرر للغير⁽⁴⁾.

- صدور حكم بفقدانه: إن توفر هذه الشروط لا يعني أن هذا الغائب قد أصبح مفقودا، وإنما لا بد من استصدار حكم قضائي بفقدانه حسب نص المادة 109 ق.أ، ولحصول ذلك يتعين على ذوي المصلحة - وهم حسب المادة 114 ق.أ: أحد الورثة، من له مصلحة، سواء كانوا إناثا أو ذكورا، النيابة العامة- أن يتقدموا برفع دعوى قضائية للمطالبة بالحكم بفقد الشخص، ولم يحدد المشرع المدة القانونية التزم مرورها على الغياب لصدور الحكم بالفقدان، ولكن يمكن القياس على المدة المشترطة في الغائب في حكم المفقود التي حددتها المادة 110 من التقنين المدني بسنة واحدة⁽⁵⁾.

أما الفقه الاسلامي فقد اختلف فقهاءه في اشتراط صدور حكم بالفقدان، وانقسموا إلى اتجاهين، هما:

- القول الأول: يعد المفقود ميتاً بمضي المدة التي تشترط لاعتبار المفقود ميتاً، ولا يحتاج ذلك إلى صدور حكم قضائي بذلك، وهذا في أحد الأقوال عند الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.

¹- محمد الزحيلي، المعتمد في الفقه الشافعي، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، دار القلم، 1432هـ - 2011م، ص 256.

²- البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، الجزء 5، المرجع السابق، ص 421.

³- تناول المشرع الجزائري نوع آخر من الغائب في المادة 110 ق.أ وألحقه بالمفقود في الحكم، وهو الغائب الذي تعرف حياته ومكانه ولكن منعت ظروف قاهرة من العودة إلى محل إقامته أو إدارة أمواله بواسطة نائب عنه، فيكون بذلك المشرع الجزائري يعرف الغائب بأنواع ثلاثة، هي: المفقود والغائب في حكم المفقود والغائب في غير الحالين.

⁴- فضل العيش، المرجع السابق، ص 90.

⁵- شوقي بناسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق -جامعة الجزائري، المجلد 45، العدد الرابع، سنة 2008، ص ص 7-48، ص 240.

- **القول الثاني:** يجب صدور حكم من القاضي للحكم بموت المفقود، ولا يكفي انقضاء المدة للحكم بموت المفقود، وهذا في الأقوال الأخرى للحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة⁽¹⁾.

أ.1.3- أثر الحكم بالفقدان: ابتداء من تاريخ صدور الحكم بالفقد يصبح الغائب مفقوداً، ويكون حياً في نظر القانون، وتبقى زوجته على ذمته إلا إذا رغبت هي في التطلاق طبقاً لأحكام التفريق القضائي الواردة في المادة 5/53 ق.أ.

نلاحظ أن المشرع لم يفرق بين المفقود الرجل والمرأة التي يمكن أن تكون مفقودة أيضاً، غير أنه لا يوجد ما يمنع من تطبيق نفس هذه الأحكام عليها، باستثناء حق طلب التطلاق الذي يقتصر على الزوجة، وإن كان الزوج يملك أن يطلقها.

أ.2- مرحلة الحكم بوفاة المفقود: بعد صدور الحكم بفقدان الغائب يمكن استصدار حكماً بوفاته خلال مدة معينة حددها المشرع الجزائري في المادة 113 ق.أ حسب الحالتين التاليتين:

- **حالة الحروب والحالات الاستثنائية:** وهي الحالة التي يغلب عليها الهلاك، يجوز الحكم بوفاته بمضي أربع سنوات، وقد تعمد الجهات المختصة إلى تقليص المدة إلى أقل من ذلك، كما فعل في فيضانات بابلواد حين قلص المدة إلى أربعة أشهر⁽²⁾، وكذا زلزال بومرداس 2003 حيث حدد المدة بستة أشهر⁽³⁾،

- **حالة الاستقرار وعدم غلبة الهلاك:** وهي الحالة التي لا يغلب عليها الظن بوفاة المعني، وإنما تغلب السلامة، كمن سافر للدراسة في بلد بعيد وانقطعت أخباره، وفيها قرر المشرع الجزائري ترك السلطة التقديرية للقاضي لتحديد المدة بعد مضي أربع سنوات، أي أن هذه المدة لا يجوز أن تسوي أو تقل عن أربع سنوات، وإنما يجب أن تفوقها.

ويبدأ حساب المدة السابقة حسب المادة 113 بأنه من تاريخ صدور الحكم بالفقد⁽⁴⁾، لأنها جاءت عامة واستعملت عبارة المفقود الذي لا يكون كذلك إلا من تاريخ صدور الحكم بفقده، وفي كل الحالات لا بد من إجراء تحقيقات وتحريات حول المعني قبل الحكم بوفاته.

¹ - عبدالله محمد رابعة، الآثار المترتبة على عودة المفقود بعد الحكم باعتباره ميتاً في الفقه الإسلامي والقانون الأردني، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 12، العدد 1، 1436 هـ - 2015 م، ص 295-322، ص 303.

² - الأمر رقم 03-02 المؤرخ في 25 فبراير 2002 الذي يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فياضانات باب الواد.

³ - القانون رقم 06-03 المؤرخ في 14 يونيو 2003 الذي يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال بومرداس.

⁴ - فضل العيش، المرجع نفسه، ص 94.

أما المدة التي حددها المشرع الكويتي فهي أكثر من أربع سنوات من تاريخ فقده في الحالات التي يغلب عليها الهلاك، أما في الحالات الأخرى فتحدد المدة متروك للقاضي حسب المادة 146 ق.أ.ش، فيما حدد المشرع التونسي في الفصل 82 م.أ.ش هذه المدة بعامين في حالات الحرب والحالات الاستثنائية، أما في غيرها فيفوض القاضي لتحديد المدة⁽¹⁾.
أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد اختلفوا حول تحديد المدة اللازمة للحكم بوفاة الشخص كالتالي:

***المالكية: اختلفت المدة عندهم كما يلي:**

- المفقود في بلاد الإسلام: يجب التفريق بين زوجته وأمواله، فبالنسبة لزوجته يعتبر ميتا بعد مضي أربع سنوات للحر، وستين للعبد، وذلك من تاريخ إنهاء البحث والتفتيش عنه، أي العجز عن خبره، أما أمواله فلا يعتبر ميتا بالنسبة لها إلا بمرور مدة التعمير.
- المفقود في بلاد الحرب والمعتوك بين الصفين يجب التفريق بين زوجه وأمواله، فبالنسبة لزوجته لا تتزوج إلا بمرور سن التعمير.
-الأسير الذي تعرف حياته لفترة ثم ينقطع خبره، لا يحكم بوفاته إلا بانقضاء سن العمير، والذي حدده بسبعين أو ثمانين سنة.
-المفقود زمن الفتن في بلاد المسلمين، يسند أمر تحديد المدة للحاكم أو القاضي، أما إذا كانت الفتنة بعيدة عن بلاد المفقود فيجب انتظار مدة سنة من يوم رفع أمره للحاكم بعد التفتيش عليه⁽²⁾.

***الشافعية: لهم قولان:**

- ثانيهما، تصبر حتى يعلم بموته بالنسبة لأمواله، فيما تمكث زوجته أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة⁽³⁾.
- أولهما، لا يقسم ماله حتى يتحقق حاله أو تقوم بينة بوفاته أو يثبت طلاقه لها⁽¹⁾.

¹ - أخط المشرع التونسي في الفصل 82 بين الحكم بالفقد والحكم بالوفاة، فنجده يربط مدة العامين بالحكم بالفقد فيما المدة المفوض القاضي بتحديد رباطها بالوفاة، حيث جاء فيه: "إذا فقد الشخص في وقت الحرب أو في حالات استثنائية يغلب فيها الموت فإن الحاكم يضرب أجلا لا يتجاوز العامين للبحث عنه ثم يحكم بفقدانه، وإذا فقد الشخص في غير تلك الحالات فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى الحاكم بعد التحري بكل الطرق الموصلة على معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا".

² - أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، المرجع السابق، ص 80، أبو عمر يوسف النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 567-569.

³ - الشيرازي، المهذب في فقه الشافعي، الجزء 3، المرجع السابق، ص 124.

***الحنابلة: يفرقون بين حالتين:**

- الغيبة التي ظهرها السلامة، وفيها يجب انتظار تسعين سنة من يوم ولادته، وقيل يبقى حيا حتى يثبت بيقين موته.

- الغيبة التي ظهرها الهلاك، وفيها يحكم بموته بعد أربع سنوات من يوم انقطاع أخباره⁽²⁾.
***الظاهرية: يبقى حيا حتى تتأكد وفاته⁽³⁾.**

***الحنفية: يرون أنه لا بد من مرور مدة لا يعيش إليها عادة، وقيل أنها مائة وعشرين سنة من يوم ولادته، وقيل سبعون سنة⁽⁴⁾.**

إذا تجاوزت المدة المحددة وصدر حكم بوفاة المفقود، فإنه يأخذ حكم المتوفي، ويسرى عليه أحكامه، فتقسم أمواله، وتعتد زوجته.

نلاحظ أيضا في هذه الأحكام أنه لم تتم الإشارة إلى المرأة لا في القوانين الوضعية محل الدراسة ولا في الشريعة الإسلامية، إلا أنه يمكن تطبيق نفس الأحكام على اعتبار أن المذكر يشير إلى الجنسين.

ب- أثر الحكم بالوفاة: بمجرد الحكم بوفاة المفقود تنتهي شخصيته القانونية، وتقسم تركته على ورثته، وتنتهي الرابطة الزوجية بينه وبين زوجته، فإن كان الميت حكما رجلا وجب على زوجته أن تعتد عدة المتوفى عنها زوجها، وهي أربعة أشهر وعشرة أيام حسب المادة 59 ق.أ التي تبنته من الشريعة الإسلامية، غير أن هذه المادة تنص صراحة على أن عدة زوجة المفقود تحسب من يوم فقده، وهو ما يناقض باقي أحكام قانون الأسرة التي تعتبر المفقود حي، ولا يمكن لزوجة الحي أن تعتد عدة الوفاة، رغم أن هذا الحكم وجد مؤيدوه⁽⁵⁾ الذين يرون أنه لا يناقض قانون الأسرة بل يتمشى معه، لأن فقد الزوجة لزوجها كفيل بأن يثبت يقينا حمل الزوجة من عدمه مما يمنع اختلاط الأنساب، غير أن هذا القول غير صائب، لأن هدف عدة الوفاة ليس معرفة براءة الرحم بل أيضا الإحداد على الزوج الميت، وهذا لا يمكن تحقيقه قبل الحكم بموته.

¹- محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 256.

²- المغني والشرح الكبير، الجزء التاسع، ص 131-132؛ البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، الجزء 5، المرجع السابق، ص 423.

³- ابن حزم، المحلى، الجزء 10، المرجع السابق، ص 132-133.

⁴- السرخسي، المبسوط، الجزء 6، المرجع السابق، ص 196.

⁵- محمد سعيد جعفر، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 343.

أما الفقه الاسلامي فقد اعتبر العدة تبدأ من تاريخ الحكم بالوفاة أو إقامة البينة على وفاته، وسيأتي بيانها عند دراسة أحكام العدة.

ج- أثر عودة المفقود حيا: بما إن اعتبار الموت الحكمي غير مؤكد فإن إمكانية عودة الميت حكما قائمة، وهو ما يثير التساؤل في حالة تحقق ذلك عن مصير العلاقة الزوجية مع زوجته، هل تعود إليه من جديد أو أنها تبين عنه، ونفس الشيء لو كان المفقود امرأة.

لم يتناول المشرع الجزائري هذه الحالة إلا فيما يتعلق بالمال، غير أن فقهاء الشريعة الإسلامية تطرقوا لها فاختلفوا حسب الحالات التالية:

- إذا لم تتزوج بعد الحكم بموت المفقود تبقى زوجته، ولا داعي إلى عقد جديد⁽¹⁾.
- إذا تزوجت بآخر بعد الحكم بوفاته، هنا اختلفت المذاهب الفقهية في عدة مسائل نتناولها كالتالي:

- المالكية: يرون أنه:

- إذا عاد قبل انتهاء عدتها فهي له.

- إذا عاد بعد زواجها وقبل دخول الزوج الثاني بها فهي للأول.

- إذا تم الدخول، فإذا كان الزوج الثاني صحيحا فهي للثاني، أما إذا كان فاسدا، كزواجها في عدتها، أو ادعت وفاته، أو ثبتت وفاته بشهادة غير عدلين، فهي للأول ويفسخ الزواج الثاني⁽²⁾.

- الحنفية: إذا عاد الزوج الأول فهي في كل الحالات زوجة الأول حتى بعد بناء الزوج الثاني بها، على أن لا يقربها لكونها معتدة لغيره كالمنكوحه إذا وطئت بشبهة، أي أنها ترد للأول في كل حال⁽³⁾.

- الحنابلة: يفرقون بين حالة البناء بها من عدمه.

¹ - أحمد أباش، المرجع السابق، ص 233.

² - أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، ص 80.

³ - هادي محمد عبد الله، أحكام المفقود دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار دجلة، 2010، ص 266؛ يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية (كلية الدراسات العليا)، نابلس، فلسطين، 2003-1424، ص 163.

- فإذا عاد الزوج الأول قبل زواجها وقبل الدخول بها فهي له، لأنه أبيع لها الزواج لأن الظاهر موته، فإذا ظهرت حياته انجزم ذلك الظاهر، فتعود لزواجها الأول بالعقد الأول دون حاجة لعقد جديد ولا عدة عليها.

- أما إذا عاد بعد الزواج والبناء بها، فإنه يخير بين زوجته وبين الصداق الذي ساقه إليها الزوج الثاني، فإذا اختار الصداق أخذه، أما إذا اختار زوجته فتعود إليه وبالعقد الأول دون حاجة لعقد جديد، غير أنه يتوجب عليها العدة، ولا يلزم الثاني بنفقتها، لأنه ليس بينهما شيء من أحكام الزوجين إلا لحوق الولد، لأنه فراش بالشبهة⁽¹⁾.

أما إذا كان زواجها خلال العدة أو قبل نهاية المدة اللازمة لاعتباره ميتا، فإن الزواج الثاني باطل وهي للأول.

للحنابلة مذهب قديم اختلفت فيه آراؤهم بين من اعتبرها زوجة للأول، ومن فرق بين حالة دخول الزوج الثاني بها، فتكون له، أو عدم دخوله بها، فتكون للأول، ومن قال بأنها للثاني لا مجال لردّها للأول، وأيضا هناك من يخير الزوج الأول بين زوجته وبين مهر المثل⁽²⁾.

- **الشافعية:** لهم قولان أحدهما قديم يرى بأنه إذا ظهر الزوج الأول المفقود بعد زواج زوجته وقبل الدخول كانت له، وإن كان بعد دخول الزوج الثاني بها كان له الخيار بينها وبين الصداق⁽³⁾، أما في القول الجديد فهي باقية لزواجها، فإن تزوجت فنكاحها الثاني غير صحيح، وتعود للأول بعد عدتها من الثاني⁽⁴⁾.

- **الظاهرية:** قالوا بتخيير الزوج الأول بعد عودته بين زوجته أو الصداق إذا كان الزوج الثاني قد دخل بها⁽⁵⁾.

- **الامامية:** إذا ظهر المفقود حيا وكان ظهوره في زمن عدة زوجته، فيخير إن شاء رجع بزواجها، وإن شاء طلقها طلقين فتبين منه، أما إذا خرجت من العدة فالمشهور عندهم أنها ملكت نفسها ولا سبيل له عليها، ومنهم من قال بأنه على الزوجة أن تصبر أربع سنوات ثم

¹ - البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، الجزء 5، المرجع السابق، ص 422.

² - يوسف عطا محمد حلو، المرجع السابق، ص 167-168.

³ - هادي محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 264-265.

⁴ - محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 257؛ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء 38، الطبعة الأولى، مطابع دار الصفوة، مصر، 1416هـ-1998، ص 128-130.

ص 380-389.

⁵ - نقلا عن يوسف عطا محمد حلو، المرجع السابق، ص 169.

ترفع أمرها إلى القاضي بعدها ليفرق بينهما ثم تعتد عدة الوفاة، ولها أن تتزوج بعدها من شاءت، أما جانب ثالث منهم فقد منع على زوجة المفقود الزواج حتى تتيقن من وفاته، فإذا عاد زوجها المفقود ترد إليه بكل حال، ولا يجوز عندهم للقاضي أن يحكم بالفرقة، وإن حكم فلا ينفذ حكمه، لأنه حكم في أمر لا يجوز فيه الاجتهاد⁽¹⁾.

- **الزيدية:** إذا عاد الزوج المفقود فزوجته له في كل الحالات، أما النكاح الثاني فهو فاسد يجب عليها أن تعتد منه، ولها المهر بما استحل من فرجها⁽²⁾.

إن كل الأحكام السابقة تصح ما لم تكن الزوجة قد تحصلت على التطليق وفق المادة 53 قبل الحكم بالوفاة، وإلا فالعلاقة الزوجية قد انقطعت ولا يمكن استئنافها إلا بعقد جديد.

أما القوانين المقارنة فبينما لم يتناول القانون التونسي هذه الأحكام ذهب القانون الكويتي في المادة 184 ق.أ.ش إلى أن الزوجة للعائد ما لم يدخل بها الزوج الثاني غير عالم بحياة الأول، وإلا كانت للثاني ما لم يكن عقده في عدة وفاة الأول.

إن المفقود لا يقتصر على الرجل فقط بل يمكن أن يكون امرأة، وفي حالة عودتها فإن المشرع لم يتناول ذلك، غير أن علاقتها بزوجها تعود إذا لم يتزوج ثانية أو تزوج وكان له أن يعدد⁽³⁾ وذلك دون عقد ولا مهر جديدين، أما إذا كان متزوج بأربع زوجات أو بإحدى قريباتها المحرمة كالأخت أو العممة أو الخالة، فليس لها العودة، ما لم يكن قد طلقها، وإلا فلا يمكنه ردها إلا بعقد جديد، ويتوفر الشرط القانونية للتعدد والموانع.

د - حكم المنع لها زوجها: إذا أخبرت المرأة بوفاة زوجها، واعتمدت على ذلك الخبر، فاعتدت عدة الوفاة وتزوجت بعدها ثم رجع زوجها، هل تعود له أم لا ؟

اختلفت إجابات المذاهب الفقهية كالتالي:

- **المالكية:** ذهب غالبيتهم إلى أنها ترد لزوجها الأول، سواء دخل بها الزوج الثاني أم لا، غير أنه منهم من قال بأنها تأخذ حكم زوجة المفقود، فإذا دخل بها زوجها الثاني لا ترد للأول أما إذا لم يدخل بها فترد له، فيما ذهب آخرون إلى ضرورة التفريق بين ما إذا صدر حكم بوفاته

¹ - نقلا عن هادي محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 267.

² - هادي محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 270.

³ - محمد سعيد جعفرور، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 351.

ودخل بها الثاني فلا سبيل له (الأول) إليها، أما إذا لم يحكم القاضي بوفاته فهي للأول حتى لو دخل الثاني بها، أما إذا لم يدخل بها الثاني فهي للأول في كل الحالات.

- **الحنابلة:** يرون أنه إذا شهد ثقة بوفاة زوج المنعى لها زوجها فاعتدت من تاريخه، وتزوجت بعد العدة، فإنه إذا عاد فحكمه حكم المفقود، أي يخير بين امرأته والصدّاق، وهذا الرأي يقترب من القول الثاني من المالكية⁽¹⁾.

- **الحنفية:** ترد حسبهم المنعى لها زوجها إلى الأول في كل حال حتى لو دخل بها الزوج الثاني، وهو ما ذهب إليه الشافعي في قوله الجديد، والزيدية والظاهرية والمشهور عند الامامية⁽²⁾.

هناك بعض المسائل المهمة والخاصة بانحلال الرابطة الزوجية في هذه الحالة خاصة فيما يتعلق بمدى اشتراط عقد زواج جديد إذا عاد الزوج واختار زوجته التي تزوجت غيره، أو عند القائلين بضرورة الرجعة إليه؟ ومدى اشتراط أيضا الطلاق إذا لم يخترها أو عند القائلين بعدم الرجوع لزوجها الأول؟ وهل يشترط عقد زواج جديد فيما يتعلق بزواجها الثاني؟ سنحاول الإجابة فيما يلي:

- إذا اختار الزوج الأول الرجوع لزوجته فهي كذلك بالعقد الأول دون حاجة إلى تجديده، ولو لم يطلقها الثاني، لأن نكاحه غير صحيح، فلا يحتاج إلى طلاق، ولكن يلتزم باحترام عدتها.

- أما إذا اختار الزوج الأول الصدّاق دون الزوجة، فلا يحتاج الزوج الثاني إلى عقد جديد⁽³⁾. من خلال الأحكام السابقة نلاحظ أنه قانونيا تم التركيز على المفقود الرجل دون المرأة المفقودة، فإذا كان بالإمكان أن نطبق بعض هذه الأحكام على المرأة باعتبار النص جاء عاما فيشمل الجنسين، كما في صدور الحكم بالفقدان ثم صدور الحكم بالوفاة والمدة المقررة لذلك، إلا أنه لا يكمن أن نطبق أحكام عودة الزوج المفقود على أحكام عودة الزوجة المفقودة مثلا، لذلك لا بد من إدراج ذلك في أي تعديل لاحق لتقنين الأسرة.

¹ - عن هادي محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 263.

² - هادي محمد عبد الله، المرجع نفسه، ص 271.

³ - عن حلو يوسف محمد عطا، المرجع السابق، ص 133.

ثانياً- انحلال الرابطة الزوجية بالفسخ: يعتبر الفسخ من طرق حل الرابطة الزوجية التي لا دخل لإرادة الزوجين فيها، فمتى توفر سببه فرق بين الزوجين سواء وافقا أو رفضاً ذلك أو وافق أحدهما دون الآخر.

1- تعريفه: لم يعرف المشرع الجزائري الفسخ مكتفياً بذكر حالات وقوعه، بينما عرفه المشرع الكويتي في الفصل 99 ق.أ.ش بقوله "فسخ الزواج هو نقض عقده عند عدم لزومه، أو حيث يمتنع بقاؤه شرعاً، وهو لا ينقص عدد الطلقات"، أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد اختلفوا حول تعريفه، فذهب المالكية إلى أنه "هو رفع العقد من أصله أو من حينه"، واعتبره الشافعية "حل ارتباط العقد" أو "رفع العقد من أصله"، فيما قال عنه الحنفية أنه "رفعه من الأصل وجعله كأن لم يكن"، أما الحنابلة فعرفوه بأنه "رفع للعقد من حينه لا من أصله"⁽¹⁾.

2- أسباب الفسخ: تنقسم أسباب الفسخ إلى أسباب مقارنة للعقد وأخرى تطراً عليه، ويمكن الإشارة إليها فيما يلي:

أ- خلل مقارن للعقد حال إنشائه: أي أن العقد لم ينشأ سليماً، بل وجد عند إبرامه خلل فيه أوجب نقضه، وقد يتمثل هذا الخلل فيما يلي:

1- تخلف شرط من شروط الزواج: حسب المادة 33 ق.أ.ج، فإذا تم عقد الزواج دون شهود أو صداق أو ولي في حالة وجوبه وجب فسخه قبل الدخول فيما يثبت بعده بصداق المثل، وقد تبني المشرع الجزائري هذا الرأي من المذهب المالكي⁽²⁾.

2- الزواج بإحدى المحرمات: إذا تزوج الشخص بإحدى النساء المحرمات عليه شرعاً وقانوناً، فإن هذا الزواج يجب فسخه حسب المادة 34 ق.أ.ج، وذلك قبل وبعد الدخول، فمن تزوج امرأة ثم تزوج أختها أو عماتها أو خالتها وجب فسخ الزواج الثاني⁽³⁾، وكذلك العقد على الأخت من الرضاع أو زوجة غيره أو معتدة غيره⁽⁴⁾، وبسري هذا الحكم على سائر المحرمات، ونفس الحكم لو عكسنا الأمر، فإن المرأة إذا تزوجت بأحد المحرمين عليها يفسخ عقدها أيضاً، كما لو تزوجت بأخيها من الرضاع أو أخت تزوجت زوج أختها الحالي.

¹ - هالة محمد لبد، حق الزوجة المالي الثابت بالزواج وانتهاؤه، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون-الجامعة الإسلامية، غزة-فلسطين، 1428هـ-2007م، ص 117-118.

² - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 166-168.

³ - سمارة محمد، المرجع السابق، ص 148.

⁴ - هالة محمد لبد، المرجع السابق، ص 119.

وفي كل الحالات يجب أن يكون الزوجين غير عالمين بالتحريم، وبمجرد اكتشاف الحقيقة يتم السعي للفسخ، وإلا كان العقد باطلا بطلانا مطلقاً⁽¹⁾، واعتبر من قبيل الزنا.

أ.3- **تخلف رخصة الزواج المعدد:** لقد اشترط المشرع الجزائري لتعدد الزوجات استصدار رخصة قضائية تسمح له بالتعدد، وفي حالة مخالفة ذلك أوجب في المادة 8 مكرر 1 ق.أ.ج فسخ عقد الزواج الجديد قبل الدخول، أما لو تم الدخول فلا يفسخ، وربما هذا ما دفع بالعديد من الناحية الواقعية إلى إبرام العقد دون رخصة وإتمام الدخول، ثم المطالبة بتسجيله، وهو وإن كان يعد مخرجا في حالة تشدد بعض رؤساء المحاكم في منح الرخصة إلا أنه يضر بالمرأة خاصة الزوجة، حيث تنتهك الحماية التي حاول المشرع تقريرها لها باشتراط الرخصة.

أ.4- **نكاح ما زاد عن العدد الشرعي:** لقد أجاز القانون والشرع تعدد الزوجات في حدود أربع زوجات، فإذا زاد عن ذلك وجب فسخ الزواج المجاوز للأربع

أ.5- **حالات لم ترد في قانون الأسرة:** لقد أشار المشرع الجزائري للحالات السابقة فقد فقط، فيما هناك حالات أخرى عديدة ذكرها فقهاء الشريعة الإسلامية، منها:

- المرأة الصغيرة التي زوجها وليها إذا بلغت جاز لها المطالبة بفسخ الزواج، وكذلك المرأة التي أجبرت على الزواج بغير رضاها⁽²⁾.

- أن يكون النكاح محرما شرعا، وهناك العديد من الأنكحة التي حرمها الشرع، والتي تعتبر فاسدة تستلزم فسخها، منها:

- نكاح المتعة: وهو كل نكاح حدد فيه الأجل في العقد.

رغم أنه من الفقهاء كالشريعة من يجيز هذا النكاح، إلا أن جمهور الفقهاء أفتى بحرمته، وعدم جوازه⁽³⁾.

- نكاح الشغار: هو أن يقول رجل لآخر زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك، ويكون بضع كل واحدة صداقا للأخرى أو أحد العقدین عوضا عن الآخر⁽⁴⁾.

¹ عبد الرحمن عبد الخالق اليوسف، الزواج في ظل الإسلام، الطبعة الثالثة، الدار السلفية، الكويت، 1408هـ- 1988م، ص 168.

² عبد الرحمن عبد الخالق اليوسف، المرجع السابق، ص 168.

³ عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 159-160.

⁴ إسماعيل أبا بكر علي البامري، المرجع السابق، ص 151.

لقد أجمع الفقهاء المسلمون على عدم صحة زواج الشغار، غير أنهم اختلفوا حول أنه فاسد فيفسخ أو يصحح على اعتبار أن العلة في الصداق، فمنهم من أوجب فسخه لمعدومية الصداق، ومنهم من صححه بصداق المثل⁽¹⁾.

- نكاح المحلل: هو الذي يقصد بنكاحه تحليل المطلقة ثلاثا لزوجها الذي طلقها.

وقد اختلف الفقهاء حول مسألة فساده، فذهب الحنفية والشافعية إلى أن اللعن الوارد في قوله عليه وسلم: "لعن الله المحلل والمحلل له" الغرض منه التأييم ديانة، فيما يبقى العقد صحيحا لأنه استوفى كل شروطه، فيما ذهب غيرهم إلى أن اللعن غرضه النهي الذي يدل على فساد المنهي عليه⁽²⁾.

ب- خلل طراً على العقد بعد نشوئه: فلا ينقض العقد منذ نشوئه ولكنه يمنع استمراره، إما بصفة مؤبدة كالمحرمات بالمصاهرة، أو بصفة مؤقتة كردة الزوج أو كفر الزوجة، وهي حالة لم ينص المشرع الجزائري صراحة، غير أنه اعتبر الردة واختلاف الدين مانعا من موانع الميراث، ويقصد بالردة تغيير الدين من الإسلام إلى ديانة أخرى سماوية أو غيرها، فإذا تحول الزوج وجب التفريق بين الزوجين في الحال، ويقضي به القاضي من تلقاء نفسه، لأنه لا يجوز للمسلمة الزواج بغير المسلم، وهذه مسألة متعلقة بالنظام العام، أما إذا تحولت الزوجة فيجب التفريق حسب دينها الجديد، فإذا كان دينها سماويا فلا يفرق بينهما، لأن الرجل يحق له الزواج بكتابية، أما إذا كان غير سماوي، فوجب التفريق بينهما حتى دون طلب من الزوج، وهذا يسري حتى على الأجانب الذين دخلوا الإسلام.

وقد تناول المشرع الكويتي هذا النوع من الفرقة في المواد 143-145 ق.أ.ش، وعالجها من عدة جوانب:

- ففيما يتعلق بالردة، تناولها في المادة 145 ق.أ.ش، وأوجب فسخ الزواج إذا ارتد الزوج، فإن عاد للإسلام خلال العدة يلغى الفسخ وتعود الزوجية، أما إذا ارتدت الزوجة فلا يفسخ الزواج.

- أما فيما يتعلق بإسلام أحد الزوجين، فتناوله في المادة 143 ق.أ.ش، وأقر استمرار الزواج إذا أسلم الزوج دون زوجته الكتابية، فإن كانت غير كتابية يفسخ عقد الزواج بعد عرض عليها الدخول في الإسلام ورفضها، أما إذا أسلمت الزوجة دون زوجها فيعرض عليه الإسلام إن كان

¹ - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 159-160.

² - عبد القادر بن حرز الله، المرجع نفسه، ص 160.

أهلا لذلك، فإن أسلم استمر الزواج، وإن أبى فسخ العقد، أما إن لم يكن أهلا للعرض فيفسخ زواجه بها فورا قبل الدخول، فيما يستمر لغاية انقضاء العدة إن تم الدخول.

بالإضافة إلى هذه الحالة فإن فقهاء الشريعة الإسلامية اعتبروا بعض أنواع التفريق القضائي فسخا كالإعسار بالنفقة والتفريق للعيوب وغيرها، والتي اعتبرها المشرع الجزائري تفريقا قضائيا من قبيل الطلاق.

أما بطلان العقد بطلانا مطلقا فلا يعد طريقا لفك الرابطة الزوجية التي لم توجد أصلا، وإنما إن وجد وجب التفريق بين الزوجين فورا، ولا يترتب عليه أي أثر قانوني⁽¹⁾.

ويكون العقد باطلا إذا انعدمت أركانه، ففي القانون الجزائري يتحقق البطلان بتخلف ركن التراضي، وهو ما أكدته المادة 1/33 ق.أ، كما يكون باطلا أيضا إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات الزواج حسب المادة 32 من نفس القانون، وذلك كمن يتزوج بأمه أو أخته مثلا.

المطلب الثاني:

انحلال الرابطة الزوجية بإرادة الزوجة.

إذا كانت الطرق السابقة كلها تتم دون إرادة الزوجة سواء بإرادة الزوج أم بدونها، فإن هذا لا يعني أنها لا تملك حل الرابطة الزوجية، بل تملك ذلك بعدة طرق سواء اشتركت مع إرادة زوجها أو كانت بإيرادتها المنفردة، وهو ما سنتناوله في هذا المطلب.

الفرع الأول: اشتراك إرادة الزوجة مع إرادة الزوج.

وهي طرق لا تكفي فيها إرادة الزوجة وحدها لحل الرابطة الزوجية وإنما لا بد من اقترانها بإرادة الزوج التي قد تعطى حق توقيع الطلاق كما في التفويض، وقد تتوافق معها كما في الطلاق بالتراضي، وهو ما سنتناوله في هذا الفرع.

أولا- التفويض: يكون بإرادة الزوجة بناء على إرادة الزوج الذي نقل لها حق الطلاق لتوقعه إن أرادت، فيصدر الطلاق عن إرادتها، وليس كرسول أو وكيل، لهذا يخرج عن نطاق هذا العنصر الطلاق بالتوكيل والرسالة.

¹ - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 159-160.

1- تعريفه وأقسامه: هو "إنابة الزوج غيره في الطلاق، سواء كان الزوجة أو غيرها، حيث تملك الزوجة بموجبه تطليق نفسها، وهو:
* عند المالكية⁽¹⁾ أربعة أقسام:

- **الإرسال:** هو "أن يلقي الزوج أمر الطلاق إلى زوجته"، فتكون هي صاحبة القرار في توقيعه متى شاءت ما لم يكن مقيد بمدة زمنية، ويكون بصيغ واضحة تفيد معناه مثل "أرسلت أمرك بيدك".

- **التمليك:** هو أن يعطي الزوج زوجته الحق في تطليق نفسها، باستخدام صيغة واضحة تدل على أنه قد ملكها أمر الطلاق، كـ "ملكتك أمرك" أو " جعلت أمرك بيدك".

- **التخيير:** هو أن يعطي الزوج زوجته حق الاختيار بين الطلاق أو البقاء معه، ويكون بعبارات تفيد ذلك، مثل "اختاري نفسك" أو أنت مخيرة بيني وبين الطلاق".

أما **التوكيل** فقد سبق أن تطرقنا له، لأنه يتعلق بالزوجة وغيرها، وفيه الوكيل يوقع الطلاق على سبيل النيابة، ويجوز للزوج منعه عكس الحالات الأخرى التي توقع فيه المرأة الطلاق عن نفسها وليس نيابة على الزوج⁽²⁾.

* وعند الحنفية هو جعل الأمر باليد، أو تمليك الزوج لزوجته طلاق نفسها منه أو تعليق الطلاق على مشيئة شخص آخر، وألفاظ التفويض ثلاث: أمر بيد، تخيير، ومشية، كقوله "أمرك بيدك" أو "اختاري" أو "أنت طالق إن شئت"، وهي هنا لا تكون وكيلا أو رسولا بل تمليكا⁽³⁾.

* أما عند الشافعية فهو تمليك الزوجة (أو غيرها) حق تطليق نفسها، كقوله "أمرك بيدك" أو "اختاري نفسك"⁽⁴⁾.

* بينما يحق عند الحنابلة للزوج أن ينيب عنه غيره في الطلاق، سواء أكان النائب زوجته أو غيرها، فإذا كان بقول الزوج "طلق نفسك" أو بقوله "أمرك بيدك"، فالتفويض هنا توكيلا، أما إذا كان بقوله "اختاري نفسك" فهو خيار تمليك.

¹ - محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 4، المرجع السابق، ص 158-159؛ مالك بن أنس بن مالك الأصمعي، المدونة، المرجع السابق، الجزء 2، المرجع السابق، ص 271-272.

² - عليش، محمد شرح مختصر خليل، الجزء 4، المرجع السابق، ص 158.

³ - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، الجزء 6، ص 178-179.

⁴ - الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، الجزء 4، المرجع السابق، ص 465-466.

إن قيام الزوج بتفويض الطلاق لغيره لا يؤثر على إرادته في إيقاع الطلاق شخصياً، أي أن التفويض لا يسلب إرادة الزوج في الطلاق، وإنما يشترك المفوض إليه معه في هذه الإرادة، لكن على وجه الانفراد، فيكون لكل منهما أن يوقع الطلاق منفرداً⁽¹⁾.

إذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية قد اتفقوا حول معنى الطلاق بالرسالة، واختلفوا حول المقصود بالتفويض والتوكيل، فإن القانونيين يعتبرون أن التوكيل هو "إنابة غير الزوجة بتوقيع الطلاق"، أما التفويض فهو "تمليك الزوج زوجته تطبيق نفسها"⁽²⁾، وهما يختلفان في عدة جوانب، منها:

- إن الموكل يعمل بمشيئة موكله، وليس بمشيئته، لذلك فهو لا يملك الخيار، أما المفوض فهو يعمل بمشيئته وحسب إرادته، لأنه متصرف في ما يملك.

- التفويض يتم بعبارة المفوض ولا يحتاج لعبارة المفوض إليه، أما التوكيل فلا بد لتمامه القبول من الوكيل.

- الموكل يملك الرجوع عن الوكالة، وعزل الوكيل متى أراد طالما لم ينفذ ما وكل به، أما المفوض فلا يجوز له الرجوع عن التفويض عند جانب من الفقهاء⁽³⁾.

- للوكيل إيقاع الطلاق في مجلس العقد أو في سواه إن لم تكن الوكالة مقيدة بزمن ومكان محددين، أما التفويض فمقيد بمجلس العقد ما لم يكن حدد بمدة معينة أو كان معمماً في كل زمان⁽⁴⁾.

2- مدى تمتع الزوجة بحق اشتراط التفويض بالطلاق: يحق للزوجة أن تشترط في عقد الزواج ما تريده من شروط، شريطة أن لا تناقض عقد الزواج ومقتضياته⁽⁵⁾، وبما أن اشتراط التفويض لطلاقها لنفسها وجعل أمرها بيدها لا يناقض أو ينافي عقد الزواج ولا مقتضياته، فإنه جائز في التشريعات الوضعية المقارنة، وعند جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية الذين اعتبروا الطلاق حق للزوج وبتفويضه لزوجته ملكها ما هو مملوك له، بل قد يترتب على اشتراطه مصلحة الزوجين وحسن المعاشرة، ودوام الرابطة الزوجية أحياناً، فقد تخشى المرأة الارتباط

¹ - أباش أحمد، المرجع السابق، ص255؛ محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص294؛ محمد سمارة، المرجع السابق، ص287.

² - خلاف عبد الوهاب، المرجع السابق، ص194؛ محمد سمارة، المرجع السابق، ص289،

³ - أسماء عبد الله طباسي، أسماء عبد الله طباسي، أحكام التفويض في الطلاق في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية، غزة- فلسطين، 1430هـ- 2009 م، ص55-56.

⁴ - محمد سمارة، المرجع السابق، ص287-288.

⁵ - سبق مناقشة هذه المسألة في الفصل الأول عند دراسة مركز المرأة في إبرام عقد الزواج.

برجل ما لعدم وجود ضمان لها، فيكون هذا الشرط في مصلحة الزوجين معا حتى يسهل الزواج بينهما، والذي لم يكن ليحدث لو لم يوجد مثل هذا الشرط⁽¹⁾.

أما مسألة تمتع الزوج بتفويض زوجته الطلاق دون أن تطلبه هي أو تشتترطه، فبينما لم تتناوله التشريعات الوضعية أباحه الجمهور من الفقه الإسلامي⁽²⁾، ومع ذلك فهناك قول للحنفية لا يجيز للزوج أن يفوض زوجته الطلاق دون أن تطلبه هي، لأن فيه قلب للنظم الطبيعية، ولا يجوز أن يكون صاحب الحق هو الساعي إلى قلب هذه النظم⁽³⁾.

3- وقت التفويض: يقصد بوقت التفويض الوقت الذي يملك فيه الزوج تفويض زوجته بالطلاق، سواء قبل إنشاء عقد الزواج أو بعده، وهو ما سنتناوله.

1.3- قبل إنشاء عقد الزواج: وفيه يفوض الزوج الطلاق لزوجته قبل إبرام عقد الزواج، وصيغته أن يقول "إن تزوجتك فاختاري" وغيرها، إن التشريعات المقارنة أجازت الاشتراط عند عقد الزواج أو بعده أثناء قيام الرابطة الزوجية، وعليه فلا نعتقد أنها تعند بالتفويض الذي يتم قبل ذلك (إبرام العقد)، أما الشريعة الإسلامية فلم يتناول فقهاؤها هذه المسألة ما عدا فقهاء الحنفية الذين أجازوا وقوع التفويض قبل إنشاء عقد الزواج، لأنهم يعتبرونه هنا معلقا على شرط، والتفويض المعلق عندهم حائز كالمنجز⁽⁴⁾.

2.3- عند إبرام عقد الزواج: من الناحية القانونية يجوز التفويض أثناء إبرام عقد الزواج، آخذاً حكم الشروط الجائزة، فالقانون الجزائري أجاز الاشتراط في المادة 19 عند إبرام عقد، وكذلك القانون الكويتي أجاز الاشتراط في المادة 40 ق.أ.ش، على أن يكون الشرط مسجلا في وثيقة العقد.

وهو أمر جائز أيضا عند الفقهاء المسلمون مع بعض التفصيلات:

- فالحنفية أجازوا اشتراط تفويض الطلاق من طرف الزوجة عند إبرام عقد الزواج شريطة أن تكون هي البادئة ليس الزوج، لأنه لو بدأ هو بالإيجاب وفيه التفويض ثم قبلت هي، لكان

¹ - الجزيري، المرجع السابق، ص 859

² - المالكية: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، جزء 2، دار الحديث، القاهرة، 1425 هـ-2004 م، ص 75؛ الحنفية: في رواية لهم، الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 3، المرجع السابق، ص 100؛ الشافعية: الشافعي، الأم، الجزء 5، المرجع السابق، ص 74؛ الحنابلة: ابن قدامة، المغني لابن قدامة، الجزء 7، المرجع السابق، ص 382.

³ - الجزيري، المرجع السابق، ص 859

⁴ - عن أسماء عبد الله طباسي، المرجع السابق، ص 112.

التفويض قبل انعقاد العقد الذي ينعقد بقبولها، فيكون قد فوض غيره ما لا يملكه باعتبار العقد لم ينعقد بعد، ولم يملك الزوج الطلاق بعد، فيصح هنا الزواج ولا يصح التفويض، أما لو بدأت هي ثم قبل هو وفوضها، لانصرف قبوله إلى الزواج، وبالتالي يملك الطلاق ثم يملك التفويض بالطلاق⁽¹⁾.

- المالكية أجازوا اشتراط التفويض في أصل العقد إذا تزوجها الرجل على أن أمرها بيدها، ولم يفرقوا بين كون هذا الشرط في العقد مشروطاً من الزوجة أو متبرعاً به من الزوج، إذ لا فرق بينهم بين ما إذا ابتداءً الزوج بالتفويض أم كانت الزوجة هي البادئة، لأنه ملزم بتنفيذ هذا الشرط ولا منكرة له⁽²⁾.

3.3- بعد إبرام عقد الزواج: حسب المادة 19 ق.أ.ج، فإنه يجوز الاشتراط بعد عقد الزواج بموجب عقد رسمي، فيجوز الاشتراط بالتفويض بعد العقد، أما القانون الكويتي فقد اشترط أن يكون الاشتراط عند عقد الزواج.

أما جمهور فقهاء الشريعة فقد اجتمعوا على جواز التفويض بعد الزواج، ويقع منجزاً أو معلقاً على شرط أو مضاف للمستقبل⁽³⁾.

4- عدد الطلاقات التي يقع بها طلاق التفويض ونوعه: اختلف الفقهاء المسلمون حول هذه المسألة كالتالي:

- المالكية يختلف نوع الطلاق الواقع بالتفويض عند المالكية حسب نوع اللفظ الذي وقع به:

- فإذا تم بلفظ التخيير فقد ملكت به الزوجة البيونة ثلاثاً قبل البناء وبعده.

- وإذا كان بلفظ التملك فقد ملكت أصل الطلاق من غير إشعار بالبيونة ولا بالعدد، فلها أن تقضي بأي ذلك شاءت، فلو طلقت نفسها بتمليكه إياها طلاقة واحدة، فإنما تقع رجعية، لأن ذلك يحمل العرف الشرعي، وإن كان من المالكية من قال بوقوعها بائنة، أما لو كان التملك مطلقاً غير مقيد بعدد، فللزواج أن يناكر زوجته إن قضت بأكثر من واحدة، لأن الأصل بقاء العصمة ملكاً للزوج فلا يلزمه إلا ما اعترف به⁽⁴⁾.

- الحنفية يختلف نوع طلاق التفويض عندهم حسب نوع الألفاظ:

¹- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 423.

²- الجزيري، المرجع السابق، ص 1021.

³- أسماء عبد الله طباسي، المرجع السابق، ص 120.

⁴- نقلاً عن رولا محمود حافظ الحيت، المرجع السابق، ص 201. 202؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 422-423.

- فإذا تم التفويض بلفظ صريح في الطلاق، كقوله "طلقني نفسك إن شئت"، وقع الطلاق رجعياً.

- أما إذا كان بلفظه الاختيار أو الأمر عليه، فيكون الطلاق، فيما يتحدد عدد الطلقات حسب نية الزوج، فإذا نوى طلقه واحدة أو طلقتين، وقعت واحدة بائنة، وإن نوى ثلاثاً وكانت بعبارة "أمرك بيدك" وقعت ثلاثاً، أما إذا كان بعبارة "اختاري نفسك" فنقع واحدة بائنة⁽¹⁾.

- الشافعية: إذا ملكها ثلاثاً وطلقت واحدة وقعت واحدة، فإذا نوت ثلاثاً وقع الطلاق ثلاثاً، ولكن إذا لم ينو شيئاً أو نواه أحدهما فقط فالواقع طلقة واحدة، لأن الصريح الطلاق يعتبر كناية في العدد فاحتاج لنيته منهما، أما إذا كان التفويض بالكناية كقوله "اختاري نفسك، أمرك بيدك" فهو لا يكون طلاقاً إلا بالنية، فإذا نوى واحدة فواحدة، وإن ثلاثاً فتثلاثاً، فإذا ملكها ثلاث وطلقت واحدة كانت واحدة، أما إن ملكها طلقة فطلقت ثلاثاً لوقعت واحدة، وللزوج أن يناكرها في الطلاق نفسه وفي العدد، وإن تم الطلاق طلقة واحدة، فإنها تقع رجعية، لأن الطلاق يحمل على العرف الشرعي، وهو طلاق السنة⁽²⁾.

- الحنابلة إذا فوض الزوج زوجته الطلاق بلفظ التخيير المطلق، فإن الطلاق الواقع هو طلقة واحدة رجعية، فإذا كان مقيداً بعدد فيقع بما قيد به⁽³⁾.

5- زمن التفويض: إذا فوض الزوج زوجته بالطلاق، فهل تملك ذلك على الفور أم كلما شاءت؟

تختلف الإجابة على هذا التساؤل حسب صيغة التفويض:

1.5- إذا كان التفويض مقيداً بمدة معينة، فقد أجمع جمهور الفقهاء من شافعية ومالكية وحنفية وحنابلة على أنها تبقى متمتعة بهذا الحق طيلة المدة المحددة، كقوله مثلاً "خيرتك إلى سنة"، فلها أن توقع الطلاق بالتفويض طيلة السنة، ولا يجوز بعدها⁽⁴⁾، غير أن المالكية يرون أنه إذا علم الحاكم فعليه أن يطلب منها الجواب مباشرة دون انتظار انقضاء المدة، حيث تلتزم بتطبيق نفسها أو رد التفويض، فإذا قضت وقع الطلاق، وإذا رفضت أسقط الحاكم التفويض، حتى لو رضي الزوج الإمهال، وذلك لأن فيه حق الله تعالى، وهو حرمة التماذي على

¹ - رولا محمود حافظ الحيت، المرجع السابق، ص 200-201؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 421-422 .

² - رولا محمود حافظ الحيت، المرجع نفسه، ص 202.

³ - رولا محمود حافظ الحيت، المرجع نفسه، ص 203.

⁴ - محمد خضر قادر، المرجع السابق ص 292؛ الجزيري، المرجع السابق، ص 1015-1016.

الاستمتاع بالمرأة المشكوك في بقاء عصمتها، ويسقط حق الزوجة هنا بتمكين زوجها من نفسها⁽¹⁾، كما أن الحنابلة ذهبوا إلى أنها تملك طلاق نفسها بعد المجلس أيضا⁽²⁾.

2.5- إذا كان التفويض مقترنا بما يدل على تعميم كل الزمن، كأن يقول لها "طلق نفسك متى شئت أو كلما شئت" فإن لها أن تطلق نفسها في أي وقت شاءت، سواء كانت حاضرة في مجلس التفويض أو غائبة عنه⁽³⁾.

3.5- إذا كان التفويض مطلقا غير مقيد بزمن معين ولا مقترن بما يدل على التعميم، كأن يقول لها "لك أن تطلق نفسك" فإن التفويض يسقط بزوال مجلسه بتفرقهما، أو مضى زمن في المجلس مكنها أن تختار فيه ولم تفعل أو فعلت ما يدل على الإعراض عنه، كأن كانت قائمة فركبت أو مشت، أما إذا كانت قائمة فقعدت أو قاعدت فاتكأت فلا يبطل التفويض ويبقى قائما⁽⁴⁾، ويرى الحنفية أنها لو كانت غائبة عن مجلس التفويض ثم سمعت به فإن عليها أن توقع الطلاق إذا رغبت في مجلس علمها بالتفويض⁽⁵⁾.

6- الرجوع في التفويض أو سحبه: لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية⁽⁶⁾ حول مسألة جواز الرجوع في التفويض أو سحبه، وانقسموا إلى اتجاهين:

1.6- الاتجاه الأول: يمثله الحنفية والمالكية والزيدية، يرون أنه لا يجوز للزوج الرجوع عن التفويض، لأنه لازم في حقه، واستثنى المالكية في هذا التوكيل لأنهم يعتبرونه ضمن التفويض.

2.6- الاتجاه الثاني: يمثله الشافعية والحنابلة، ووقفهم يجوز للزوج الرجوع عن تفويضه قبل ممارسته من الطرف الآخر، أي قبل أن توقعه الزوجة، وذلك بأن يعزلها أو يعمل ما يدل على الرجوع كالوطأ.

7- عدم سقوط حق الزوج في التفويض: إن تفويض الطلاق للزوجة لا يؤثر على إرادة الزوج في إيقاعه على زوجته ولا سلبه حقه فيه، بل يبقى متمتعا به يوقعه متى أراد⁽⁷⁾.

¹ - الجزيري، المرجع السابق، ص 1019.

² - موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق عبد الله بن محمد المحسن وعبد الفتاح محمد حلو، الجزء 7، الطبعة الثالثة، 1417هـ-1997م، ص 308.

³ - محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 292؛ الجزيري، المرجع السابق، ص 1016-1023

⁴ - الجزيري، المرجع السابق، ص 1019-1020-1021-1023.

⁵ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 3، المرجع السابق، ص 115.

⁶ - تفصيل في آراء مختلف المذاهب في مرجع الجزيري، المرجع السابق ص 1017-1022؛ إسماعيل أبا بكر البامري، المرجع السابق، ص 251.

⁷ - محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 294.

ثانيا - الطلاق بالتراضي:

إن لم يتمكن الزوجين من الانسجام مع بعضهما البعض بعد الزواج لأي سبب كان، فإنه يحق لهما أن يطلقا بعضهما إذا تراضيا على ذلك، سواء اتجهت إرادتهما معا إلى ذلك، أو طلب أحدهما ذلك ووافقه الثاني، وهو ما يعرف بالطلاق بالتراضي، والذي أباحه المشرع الجزائري في المادة 48 ق.أ، وأخذ به المشرع التونسي في الفصل 31 م.أ.ش، وكذلك تبنته الشريعة الإسلامية في قوله تعالى: "وان يتفرقا يغني الله كلا من سعته"⁽¹⁾، وكذلك قوله عز وجل: "وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم"⁽²⁾.

ويعتبر هذا النوع من أدفا طرق الطلاق وأهدئها، لأنه يرفع الحرج عن الزوجين ويبقي أوصل الود موجودة، ويقلل كثيرا من الآثار السلبية للطلاق على تربية الأولاد، ويشترط فيه:

- أن يتم بناء على طلب مشترك في شكل عريضة واحدة موقعة من الزوجين حسب المادة 228 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- اكتمال إرادة كلا الزوجين.
- سلامة إرادة الزوجين من العيوب، كالإكراه.

لا يشترط في هذا النوع من الطلاق التسبيب، ولا يجوز للقاضي مراقبة سبب طلاقهما الحقيقي الذي يستطيعان الاحتفاظ به سرىا طبقا للمبادئ التي تنظم حقوق وحرىات الحياة الخاصة إلا إذا كان يخالف النظام العام⁽³⁾، فقد يكون بأحد الزوجين عيب خفي وأرادا كتماناه حتى لا يتضرر الطرف المعيب.

وقد اعتبرت المحكمة العليا الطلاق بالتراضي بمثابة الصلح الذي هو عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما، أو يتوقيان نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه، ومن هذا المنظور فإن الطلاق بالتراضي هو بمثابة أحكام الصلح الواردة في القانون المدني⁽⁴⁾، غير أن هذا غير سليم، لأن الطلاق بالتراضي هو اتفاق على حل الرابطة الزوجية لا يمكن

¹- سورة النساء الآية 130.

²- سورة البقرة، الآية 227.

³- فضيل العيش، المرجع السابق، ص 32.

⁴- ملف رقم 103637 صادر في 19/04/1994، المحكمة العليا، المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001،

تطبيق أحكام الصلح الخاصة بالقانون المدني عليه، وهو ما تؤكد المادة 461 من قانون المدني، التي تمنع الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية ما عدا المصالح المالية⁽¹⁾. ورغم ذلك فإن القاضي ملزم بإجراء محاولة الصلح حسب المادة 49 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والاستماع للزوجين على أفراد ثم مجتمعين ويتأكد من رضاهما، ويحاول الصلح بينهما إن كان ممكناً، فإذا تعذر يحضر محضراً يوقعه الكاتب والزوجين، ويحكم بالطلاق، ويضمن حكمه عبارة الطلاق بالتراضي، ليكون حكم الطلاق هنا بمثابة إسهاد على اتفاق إرادة الزوجين على حل الرابطة الزوجية⁽²⁾، وعلى وكيل الجمهورية بعد ذلك القيام بالإجراءات المطلوبة لتسجيل الحكم في سجلات الحالة المدنية⁽³⁾.

يتم الطلاق بالتراضي بتقديم الزوج أو الزوجة عريضة مكتوبة وموقعة من الطرفين إلى كتابة ضبط المحكمة، وبها المعلومات الكاملة عنهما والعبارات الواضحة التي تفيد اتفاقهما على الطلاق⁽⁴⁾.

يجوز للزوجين الاتفاق على بعض آثار الطلاق مع تمتع القاضي بسلطة تعديل أو إلغاء بعض الشروط التي تتعارض مع مصالح الأولاد أو تخالف النظام العام، حسب المادة 2/431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وفي كل الحالات لا يجوز للقاضي الحكم بالتعويض، لعدم وجود التعسف أمام موافقة الطرفين، وتكون الأحكام الصادرة عن المحكمة والمتعلقة بالطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف حسب المادة 17 والمادة 433 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الثاني: حل الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوجة:

إن الرابطة الزوجية يمكن أن تنحل بإرادة الزوجة فقط دون حاجة لإرادة الزوج، سواء وافق أو لم يوافق، غير أنه يتعين عليها في كل الحالات أن تقدم طلباً للقاضي حتى يقضي لها بإنهاء الرابطة الزوجية، والذي لا يملك أية سلطة تقديرية في الحكم بالخلع فيما يملكها في التفريق القضائي.

¹ - الغوثي بن ملحمة، المرجع السابق، ص 93.

² - الغوثي بن ملحمة، المرجع نفسه، ص 94.

³ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 124.

⁴ - فضيل العيش، المرجع السابق، ص 32.

أولاً- الخلع.

تستطيع الزوجة حل الرابطة الزوجية بناء على إرادتها وبطلب من القاضي في إطار ما يعرف بالخلع أو المخالعة، الذي خصص له المشرع الجزائري مادة وحيدة هي المادة 54 مكتفياً بذكر بعض الأحكام فقط، فيما نرجع في غيرها إلى الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222، أما المشرع الكويتي فقد تناوله في المواد 111 الي 119 ق.أ.ش، فيما لم يتناوله المشرع التونسي الذي أجاز للزوجة المطالبة بالطلاق في الفصل 31 سالف الذكر، وألزم بتعويض الزوج إن تضرر من ذلك، غير أنه لم يسمه بالخلع ولم يطبق عليه أحكامه. سنتطرق فيما يلي إلى أحكام الخلع التي تحدد مركز المرأة فقط.

1- تعريف الخلع⁽¹⁾: يقصد به في الاصطلاح القانوني إزالة عقد الزواج، وإنهاء الرابطة الزوجية بعوض من الزوجة، أو هو: "اتفاق الزوجين على الطلاق نظير عوض مالي تدفعه الزوجة لزوجها إذا كرهت العشرة والعيش معه"⁽²⁾، غير أن هذا التعريف لا يتفق مع موقف المشرع الجزائري الذي لم يشترط رضا الزوج مكتفياً برغبة المرأة فقط، مما ينفي عنه صيغة الاتفاق، وقد قال عنه البعض أنه: "تخلي الزوج عن حقوقه على زوجته مقابل قدر من المال وشراء المرأة لحريتها منه، يمارس مبدئياً حين يغدو من المسلم به فشل الزواج بسبب عدم استجابة الزوجة، بما أن هذه الاستجابة ضرورية لاستمرار الزواج"⁽³⁾، غير أن هذا غير صحيح، لأن المرأة ليست عبداً في عقد الزواج حتى تشتري حريتها بالخلع.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد تعددت تعريفاتهم للخلع حسب مذاهبهم الفقهية، فعرفه المالكية بأنه "طلاق بعوض"، وأنه "صفة حكومية ترفع حلية متعة الزوج بعوض"⁽⁴⁾، وعرفه الحنفية بأنه: "إزالة ملك النكاح"⁽⁵⁾، أما الحنابلة فقد عرفوه بأنه: "فراق الزوج امرأته بعوض

¹ - يسمى الخلع أيضاً بالمفاداة أو المباراة أو المباينة أو المفارقة أو الفدية أو الصلح، وهو لغة من خلع الشيء يخلعه خلعا وأخلعه كنزعه، وخلع النعل والثوب والرداء يخلعه خلعا أي جرده، وخلع امرأته خلعا (بضم الخاء) وخالعا فاختلع، وخالعته أزلته عن نفسها وطلقها على بدل منها فهي خالعه، والاسم الخلعة وقد تخالعا واختلعت منه اختلاعا فهي مختلعة.

² - وهو ما مال إليه غالبية الباحثين المعاصرين، منهم عبد الكريم زيدان، أحمد نصر الجندي نقلا عن شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 10؛ الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 208؛ لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص 102.

³ - فاطمة المريشي، نقلا عن مرجع لوعيل محمد لمين، ص 102-103.

⁴ - محمد عيش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 4، المرجع السابق، ص 3.

⁵ - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين رد المحتار شرح تنوير الأبصار، الجزء 3، المرجع السابق، ص 439.

يأخذه الزوج من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة⁽¹⁾، وعرفه الشافعية بأنه: "افتراق الزوجين على عوض"⁽²⁾.

2- حكمة تشريع الخلع: تكمن الحكمة من الخلع في:

- إعطاء المرأة حق دفع الضرر عن نفسها، فقد تبغض زوجها وتكره العيش معه لأسباب جسدية خلقية أو خلقية أو دينية أو صحية، لكبر أو ضعف ونحو ذلك، وتخشى أن لا تؤدي حق الله في طاعتها له⁽³⁾.

- بناء الأسرة على أساس العدل في منح الحقوق.

- إقامة العدل يجعل الخلع للمرأة مقابل حق الطلاق للرجل⁽⁴⁾، فإذا جعل للزوج طريقا للخلاص من زواج يبغضه، فقد شرع أيضا للزوجة طريقا لذلك حتى يدفع الحرج ويرفع الضرر عنها مقابل بذل شيء من المال تقتدي به نفسها، وتعوض الزوج ما أنفقه في سبيل الزواج بها⁽⁵⁾.

- منع تعسف الزوج عندما تتأكد المرأة أنه يمسكها إضرارا وعدوانا، وليس مودة وإحسان، وكذلك منع تعسف الزوجة، بأن تجعل الخلع وسيلة لأخذ مال الزوج، لذلك جعل العوض في الخلع⁽⁶⁾.

- أن قدسية عقد الزواج تجعله لا يقوم إلا على الرضا والقبول، ولا يستمر بدونهم، ونظام الخلع إلى جانب الطلاق هو الكفيل ببقائه على الأصول الكريمة، فإذا تخلف الاستقرار والطمأنينة وساد الكره والبغض، فلا حاجة لاستمرار هذا الزواج⁽⁷⁾.

3- حكم الخلع: يجوز للزوجة قانونا أن تطلب الخلع إذا أرادت ذلك دون أية قيود، فالمادة 54 كرسته لها بشكل مطلق، ولم تجعل للقاضي أية سلطة تقديرية تبرر رفض طلبها، أما شرعا فقد أبيح الخلع بموجب القرآن الكريم⁽⁸⁾ والسنة النبوية، وأجمع عليه فقهاء الشريعة، غير أنهم لم

¹ - البيهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، الجزء 12، المرجع السابق، ص 133.

² - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 10، المرجع السابق، ص 3.

³ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 481-482؛ عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 1418هـ-1997م، ص 63.

⁴ - داودي عبد القادر، المرجع السابق، ص 320.

⁵ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 482.

⁶ - داودي عبد القادر، المرجع السابق، ص 320.

⁷ - عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص 65.

⁸ - الآية 229 من البقرة "ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا أن لا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به..."

يمنحوا هذا الحق للزوجة بشكل مطلق بل أباحوه في مواضع وحرّموه في أخرى فيما كرهوه في بعضها الآخر، وفيما يلي توضيح لهذه المواضع:

- يكون الخلع مستحباً ومندوباً إذا كان الزوج مفرطاً في حدود الله تعالى.
- ويكون واجباً إذا كان الزوج تاركاً للصلاة أو لواجباته تجاه الله متعمداً.
- يكون محرماً إذا كانت العلاقة بين الزوجين جيدة.

- يكون مكروهاً إذا كانت العشرة حسنة، والعلاقة بين الزوجين حسنة، ولا وجود لما يدعو للطلاق، وهذا رأي الجمهور⁽¹⁾، أما الشافعية⁽²⁾ فالحكم عندهم بالإباحة لا الكراهة.

- يكون مباحاً إذا كرهت الزوجة زوجها بسبب طبيعي كقبحه مثلاً، وهذا عند الحنابلة والشافعية، أما الحنفية فيباحونه في حالة الشقاق، فيما يباحونه الظاهرية إذا كرهت الزوجة زوجها فخافت ألا توفيّه حقه، أو أن يبغضها فلا يوفيهها حقها⁽³⁾.

4. أركانه وشروطه: لم يتحقق الإجماع الفقهي حول أركان الخلع ولا شروطه، وباعتبار اللجوء إلى الشريعة أمر واجب بموجب المادة 222 في حالة عدم وجود النص القانوني، فسنتناول آراء مختلف المذاهب من خلال التطرق لكل الأركان ثم تحديد المذاهب التي لا تتناولها.

أ- الزوج: لم يتطرق المشرع الجزائري إلى الشروط الواجب توفرها في الزوج لصحة الخلع، واكتفى بالإشارة فقط إلى عدم اشتراط رضاه، فإذا أرادت الزوجة الخلع حكم لها القاضي به بناء على إرادتها وحدها دونما مراعاة لإرادة الزوج ورضاه به، بل أن المشرع الجزائري لم يترك حتى السلطة التقديرية للقاضي في ذلك، وإنما جعله مجبراً على القضاء به بمجرد طلبه من الزوجة⁽⁴⁾، وقد تبنى المشرع هذا الحكم من الاجتهاد الذي درج عليه قضاء المحكمة العليا منذ سنة 1992، حيث أكدت كل القرارات الصادرة بعد ذلك على جواز الخلع دون موافقة الزوج⁽⁵⁾، منها القرار الصادر بتاريخ 1992/07/21 ملف رقم 83603، وكذلك الصادر بتاريخ 1994/04/19 ملف رقم 115118، أيضاً القرار الصادر بتاريخ 1996/07/30 ملف

¹ - عن عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء 8، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، 1413هـ-1993م، ص 119-123.

² - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 10، المرجع السابق، ص 3.

³ - عبد الكريم زيدان، الجزء 8، المرجع السابق، ص 119-123.

⁴ - شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 41.

⁵ - شوقي بناسي، المرجع نفسه، ص 27؛ أحمد شامي، المرجع السابق، ص 235.

رقم 141262⁽¹⁾، وقد ساد قبل ذلك اجتهادا آخر للمحكمة العليا كان يشترط رضا وموافقة الزوج علي الخلع، منها القرار الصادر 1991/04/23 الذي جاء فيه: "من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج، ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع، وخطأ في تطبيق القانون⁽²⁾، وكذلك القرار الصادر في 1988/11/21 ملف رقم 51728⁽³⁾، ويرجع سبب هذا التضارب إلى أن قانون الأسرة قبل التعديل لم يكن يتناول مسألة موافقة الزوج من عدمه، وكانت المادة 54 منه غير واضحة في هذه المسألة، أما القانون الكويتي فقد اعتبر الخلع عقد رضائي بين الزوجين في المادة 111 من قانون الأحوال الشخصية، مما يعني أنه يستلزم موافقة الزوج، وبالتالي صحة رضاه.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد انقسموا إلى قسمين:

- الأول: يمثله جمهور الفقهاء⁽⁴⁾ يرون أن الخلع عقد بين الزوجين، لا يتم إلا بالتراضي، غير أنهم اختلفوا حول جواز إجبار الزوج عليه، فبينما ذهب الحنابلة والشافعية إلى عدم جواز إجبار الزوج وإلا بطل ولم يصح⁽⁵⁾، وإذا كان يستحب للزوج أن يفارق زوجته إذا رأى أنها تبغضه ولا تطيق العيش معه، ذهب المالكية إلى جواز إجبار الزوج على الخلع استثناء إذا فسدت العلاقة الزوجية بين الزوجين، فيجوز تعيين حكمين للإصلاح بينهما، فإن تعذر ذلك فرق بين الزوجين حكما⁽⁶⁾، وإن كان هناك من يرى أن أساس التفريق هنا ليس الخلع بل الشقاق بين الزوجين ولا يجوز التفريق بينهما⁽⁷⁾.

1- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 235.

2- أحمد شامي، المرجع السابق، ص 243.

3- نجيمي جمال، المرجع السابق، ص 152.

4- المالكية: محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 4، المرجع السابق، ص 3؛ الحنابلة: المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، ص 482؛ الشافعية: الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 10، المرجع السابق، ص 11؛

5- الحنابلة: المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، ص 482؛ الشافعية: الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 10، المرجع السابق، ص 11.

6- شوقي بناسي، المرجع نفسه، ص 17-18، ويرى أن هذا القول فيه خلط مع التفريق للشقاق.

7- شوقي بناسي، المرجع نفسه، ص 21.

- الثاني: يمثله القاضي ابن رشد الحفيد، وقد أجاز الخلع دون موافقة الزوج، معتبرا أن الخلع جعل بيد المرأة كما جعل الطلاق بيد الرجل⁽¹⁾، وهو المذهب الذي تبناه المشرع الجزائري. وقد انتقد هذا الموقف بأنه:

- يخالف القرآن الكريم والسنة النبوية اللذان جعلوا الطلاق بيد الزوج، وهو ما تحقق الإجماع حوله، ولا يقبل مخالفته بجعل الخلع بيد الزوجة فقط.

- فاسد شرعا، لأن الله سبحانه وتعالى ربط دوما حل الرابطة الزوجية بالزوج، حيث وجه له الخطاب كلما تعلق الأمر بذلك، فقط إذا تضررت الزوجة من زوجها يجوز لها طلب التفريق من القاضي، أما الأثر المترتب عن الخلع فهو نتيجة الرضائية⁽²⁾.

كما انتقد موقف المشرع الجزائري الذي تبني هذا الاتجاه من عدة جوانب:

- مخالفة جمهور المذاهب الفقهية في الشريعة الإسلامية التي جعلت الخلع رضائي، وأباح بعضها إجبار الزوج بصورة استثنائية وفق شروط معينة كوجود الشقاق بين الزوجين.

- مخالفة غالبية التشريعات العربية التي جعلت الخلع رضائي.

- أنه منح المرأة حق فك الرابطة الزوجية دونما مراعاة لطبيعتها الفيزيولوجية التي تجعلها سريعة الانفعال، مما يهدد الأسرة بشكل أكبر.

- عدم مساواة الرجل بالمرأة، فهو يطالب بالتعويض إذا طلق تعسفا، أما هي فليست مجبرة على التعويض إذا أوقعت الخلع تعسفا⁽³⁾.

- ارتفاع الخلع بشكل كبير بعد تعديل 2005، حيث يرتقب أن تقدر بـ 56 ألف حالة في 2015⁽⁴⁾.

ويثور التساؤل عن الحالة التي يكون الزوج هو المتسبب في الخلع، حيث يدفع زوجته لطلب الخلع بغرض التهرب من التزاماته المترتبة عن الطلاق وحرمانها حقوقها، لم يتطرق القانون إلى

¹ - شوقي بناسي، المرجع نفسه، ص 15.

² - شوقي بناسي المرجع السابق، ص 16-17.

³ - شوقي بناسي، المرجع نفسه، ص 40-43.

⁴ - <http://www.djazairiss.com/alfadjr/142152>

هذه الحالة، أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد منعوا ذلك، وأوجبوا على الزوج رد البذل فيما يكون الخلع باطلاً⁽¹⁾.

أما عن تقديم العوض أو بدل الخلع، فإذا كان الزوج كامل الأهلية جاز تقديمه له، أما إن كان محجوراً عليه لسفه فإنه يتعين تقديمه إلى وليه أو من ينوب عنه، وإلا اعتبر ديناً في ذمة الزوجة المختلعة لا تبرأ منه حتى تؤديه للولي⁽²⁾.

ب- الزوجة: وهي التي تريد الخلع من زوجها الذي ما تزال تربطها به علاقة زوجية، وهي الموجبة بالخلع، وصاحبة حق المبادرة برفع دعوى الخلع، أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد أجازوا أن تكون هي القابلة، فيما يكون الزوج هو الموجب⁽³⁾، ويشترط فيها عدة شروط لصحة خلعها، منها:

- أن تكون كاملة الأهلية، يجب أن تكون المرأة المختلعة بالغة سن الرشد القانوني، لأن الخلع تصرف مالي مصحوب بتصرف شخصي، لذا يتطلب أهلية التبرع المشترطة في المادة 203 من قانون الأسرة، فهو من قبيل التبرعات، أما إذا كانت الزوجة ممن رُشدن للزواج أي قبل بلوغ السن القانوني، فإنه يحق لها الخلع إذا أذن لها القاضي بذلك، لأنه من لا يملك الزواج إلا بإذن لا يملك الطلاق إلا بإذن، وهو مذهب الفقه المالكي⁽⁴⁾، وعليها إذا رفعت دعوى الخلع أن تكون باسم وليها، أما الزوجة التي بلغت سن الرشد، ولكن اعترافاً عارضاً من عوارض الأهلية كالجنون أو السفه، فإن خلعها متوقف على إجازة وليها⁽⁵⁾.

أما المريضة مرض الموت فإذا خالعت زوجها أثناء ذلك فخلعها صحيح ووجب عليها بدل الخلع ما لم تكن محجوراً عليها بحكم قضائي، فإذا توفيت وجب عليها بدل الخلع على أن لا يتجاوز ثلث التركة، فإذا زاد عن ذلك وكان أكثر من مهر المثل، فإنه لا ينفذ إلا في حدود الثلث إلا إذا أجازته الورثة، لأنه يأخذ حكم الهبة بالنسبة للزوجة⁽⁶⁾.

¹ - المالكية: محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 4، المرجع السابق، ص 4؛ الشافعية: الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 10، المرجع السابق، ص 6؛ الحنابلة: المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، الجزء 22، المرجع السابق، ص 11.

² - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 318.

³ - عبد الكريم زيدان، الجزء 8، المرجع السابق، ص 123-124.

⁴ - محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 4، المرجع السابق، ص 4.

⁵ - أحمد شامي، المرجع السابق، ص 288.

⁶ - أحمد شامي، المرجع نفسه، ص 229.

أما الشريعة الإسلامية فيرى فقهاؤها:

- **المالكية:** يقع الخلع ويستحق البذل، سواء كان مساويا لميراثه منها أو ناقصا عنه، أما إذا زاد عن إرثه فلا يستحق الزيادة ويأخذ قيمة ميراثه⁽¹⁾.
- **الحنفية:** يرون أن الخلع يقع وللزوج الأقل من ثلث التركة كبذل الخلع أو نصيبه من الميراث، هذا إذا ماتت في العدة، أما لو ماتت بعدها فله المسمى من بدل الخلع دون تجاوز ثلث التركة⁽²⁾، وهو ما تبناه المشرع الكويتي في المادة 119 ق.أ.ش.
- **الشافعية:** يصح الخلع، ولا يجوز أن يتعدى بدل الخلع ثلث التركة⁽³⁾.
- **الحنابلة:** يصح الخلع، ويحق للزوج الأقل من بدل الخلع وميراثه منها⁽⁴⁾.
- **أن تكون سليمة الرضا:** يجب أن لا تكون الزوجة مكرهة على الخلع، بل يجب أن تمارسه بكل حرية، ولا يجوز للزوج ولا لأحد غيره أن يكرهها عليه، حتى يتملص من التزاماته، وهذا تطبقا للقواعد العامة، لأن المشرع لم يتطرق إلى هذه المسألة، كما فعله المشرع الكويتي في المادة 116 ق.أ.ش⁽⁵⁾، والتي ويتضح من خلالها أنها لا تكتفي بالإكراه فقط وإنما أضافت الحالة التي يضيق فيها الزوج على زوجته ليدفعها إلى المطالبة بالخلع، فإن وجدت مثل هذه الحالة لا يحكم القاضي بالخلع بل يلجأ إلى طرق أخرى، أما المشرع الجزائري فلم يتناول هذه المسألة أيضا بل بالعكس جرد القاضي من أية سلطة تقديرية في مجال الخلع، ولم يمنحه حتى حق التحري والبحث في أسبابه⁽⁶⁾، وكان من الأفضل لو أضاف مثل الشرط الموجود في القانون الكويتي بغرض حماية حقوقها.
- أما الفقه الإسلامي فقد أجمع على عدم جواز إضرار الزوج بزوجه وإساءة عشرتها لحملها على الخلع، غير أنه إذا فعل فقد اختلفت المذاهب الفقهية كالتالي:
- **المالكية:** يرون أن الخلع يكون صحيحا في هذه الحالة وتقع طلاقه بائنة، غير أن الزوج يلزم برد بدل الخلع، لأن الخلع دون عوض جائز عندهم⁽⁷⁾.

¹ - مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، المدونة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 254.

² - السرخسي، المبسوط، الجزء 6، المرجع السابق، ص 192.

³ - أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء 2، دار الكتب العلمية، ص 496.

⁴ - الزبياري عامر السعيد، المرجع السابق، ص 109 - 111.

⁵ - التي جاء فيها: "يشترط لاستحقاق الزوج ما خولع عليه أن يكون خلع الزوجة اختياريا منها دون إكراه أو ضرر".

⁶ - شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 41.

⁷ - مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، المدونة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 241.

- **الحنفية:** متى قبلت الزوجة الخلع على مال لزمها المال، ووقع الخلع وأصبح البديل ملكا للزوج، غير أنه قد ملك خبيثا⁽¹⁾.

- **الشافعية:** لا يملك الزوج المال فيما يقع الطلاق رجعيا إن كان بعد الدخول، لأن الرجعة في الخلع سقطت لتملكه المال، فإن لم يملك المال بقيت الرجعة.

- **الحنابلة:** الخلع باطل والعوض مردود، والزوجة بحالها⁽²⁾.

يفضل البعض تسمية هذا الركن بالملتزم بالبديل الذي يجوز أن يكون الزوجة أو شخصا آخر، كالولي إذا كانت الزوجة عديمة الأهلية، أو الفضولي الذي يدفع المال من عنده ليفدي به الزوجة، أما إذا أضيف البديل إلى غيره فلا يصح الخلع حتى يقبل هذا الغير، وهو مذهب جمهور الفقهاء من مالكية وحنفية وشافعية وحنابلة حسب الراجح⁽³⁾، أما الظاهرية والحنابلة في إحدى رواياتهم وأبو ثور، فلم يجيزوا خلع الأجنبي أو الفضولي⁽⁴⁾.

أما من الناحية القانونية فإن المشرع الجزائري لم يتناول هذه المسألة، ولكن من الناحية التطبيقية فالزوجة وحدها من يملك حق رفع دعوى الخلع، وهي الملتزمة بتقديم البديل الذي حددته المحكمة باسمها، ولا يهم إن كان من مالها الخاص أو اقترضته أو منحه شخصا آخر لها، أما الأجنبي فلا يمكنه أن يرفع دعوى الخلع لمصلحة امرأة أخرى، أما القانون الكويتي فقد منع الخلع من غير الزوجين أو وكيلهما في المادة 111 ق.أ.ش.

ج- بدل الخلع (العوض): وهو ما تلتزم به الزوجة لزوجها في مقابل طلاقها وخلص نفسها منه⁽⁵⁾، تناوله المشرع الجزائري في المادة 54 ق.أ. ولم يفصل فيه كثيرا كما فعل المشرع الكويتي وفقهاء الشريعة الإسلامية (وسيتم التطرق له لاحقا عند دراسة الآثار المالية لانحلال الزواج).

د- المعوض: وهو العصمة الزوجية، فلا يصح خلع البائنة ولا المختلعة أو من فسخ نكاحها، غير أن خلع المعتدة من طلاق رجعي يصح لعدم انقطاع الرابطة الزوجية، أما بعد نهاية عدتها فلا خلع لها⁽⁶⁾.

¹ - الجزيري، المرجع السابق، ص 1028.

² - الزبياري عامر سعيد، المرجع السابق، ص 159.

³ - الجزيري، المرجع السابق، ص 1028.

⁴ - الزبياري عامر سعيد، المرجع السابق، ص 84؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 492.

⁵ - التكروري عثمان، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة، 2004، ص 210.

⁶ - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 328؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 458-486.

هـ- الصيغة: يشترط الجمهور غير الحنفية أن يكون الخلع بألفاظ مخصوصة حتى يصح، وحدد كل مذهب الألفاظ التي يجب أن يتم بها⁽¹⁾.

5- وقت الخلع: يجوز وقوع الخلع في أي فترة أو وقت، فلا بأس بالحيض أو الطهر الذي جامعها فيه⁽²⁾.

6- طبيعة الخلع: لقد اعتبر المشرع الجزائري الخلع طلاقاً في المادة 48 ق.أ، كما أنه تناول أحكامه ضمن الفصل الأول تحت عنوان الطلاق، وهو يعتبر طلاقاً بائناً لا يملك فيه الزوج الرجعة بل يحتاج إلى عقد جديد، وكذلك اعتبره المشرع الكويتي في المادة 111⁽³⁾ ق.أ.ش الأحوال الشخصية، أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد اختلفوا حول طبيعته، فذهب المالكية⁽⁴⁾ والحنفية⁽⁵⁾ والشافعية⁽⁶⁾ والحنابلة في إحدى رواياتهم⁽⁷⁾ إلى أن الخلع طلاق بائن ينقص عدد طلاقات الزوج، ولا رجعة فيه بل لا بد من عقد جديد، وقد خالف الجعفرية في الرجعة، حيث اعتبروه طلاقاً بائناً يصير رجعيًا إذا رجعت الزوجة عن البذل، فيكون لزوجها حق مراجعتها، وذهب الحنابلة حسب المشهور وابن عباس وأبي ثور وطاوس إلى أنه فسخ وليس طلاق، فلا تنقص طلاقات الزوج به⁽⁸⁾.

7- الرجوع في الخلع: إذا طلبت الزوجة الخلع، ورفعت دعوى بذلك، فإنها تملك حق التنازل عنها ما لم يفصل فيها بصدور حكم قضائي بالخلع، أما إذا صدر فلا رجوع عنه، وهو المطبق قضاءً بينما لم يتناوله التشريع الجزائري، أما المشرع الكويتي فقد أجاز الرجوع ما لم يقبل الطرف الآخر، فإذا قبل سقط الرجوع، وذلك في المادة 113 ق.أ، فيما اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حسب تكييفهم للخلع وحسب الموجب به.

- فإذا كانت الزوجة هي الموجبة: جاز لها الرجوع عن الخلع قبل موافقة زوجها عند الشافعية والحنابلة والمالكية والحنفية، لأنهم يعتبرون الخلع معاوضة أو مبني بالمعاوضة.

1- أحمد نصر الجندي، المرجع السابق ص 283؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 486، في هذا المعنى تفصيل أكثر حول الموضوع في أحمد شامي، المرجع السابق، ص 230-233.

2- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 485.

3- التي جاء فيها: "الخلع هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض".

4- أبو زيد القيرواني، الرسالة في فقه الإمام مالك، المرجع السابق، ص 71.

5- السرخسي، المبسوط، الجزء 6، المرجع السابق، ص 175.

6- الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 10، المرجع السابق، ص 11.

7- المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، ص 482.

8- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 319-320؛ عبد الكريم زيدان، الجزء 8، المرجع السابق، ص 216-221.

- أما إذا كان الزوج هو الموجب: فيجوز له الرجوع عن إيجابه عند الشافعية، لأنهم يعتبرون الخلع عقد معاوضة تسري بشأنه أحكام المعاوضات، أما الحنفية فيعتبرونه يمينا في جانب الزوج، فلا يجوز الرجوع عن إيجابه، ولا يملك فسخه لأنه تطليق⁽¹⁾.
إذن نخلص إلى القول أن الخلع قانونا يعد الصورة المقابلة لطلاق الرجل بالإرادة المنفردة ولنفس السبب أيضا، فإن كره العيش معها، وغابت عنها السكنية دون تقصير من الزوجة جاز له أن يفارقها بإحسان، وإذا كرهت هي زوجها وبغضت الحياة معه جاز لها أن تخالعه⁽²⁾، وهو موقف صائب للمشرع الجزائري حاول من خلاله حماية الزوجين معا، وإحترام إرادة الزوجة ورغباتها.

8- آثاره: يترتب عليه بعض الآثار، منها:

- سقوط كل الحقوق الزوجية، كالمهر الوُجَل والنفقة الواجبة، لنشوئها بعده.
- لا يجوز قانونا أن تكون الحضانة بدلا للخلع تتنازل عليها الزوجة مقابل الخلع، لأنها حق للأولاد.
- وقوع الخلع بطبقة بائنة منقصة لعدد الطلاقات المسموحة للزوج.

ثانيا- التفريق القضائي: يجوز للزوجة اللجوء للقضاء للمطالبة بالتفريق لتضررها من علاقة الزواج في حالات معينة محددة قانونا، خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي، عكس الحالة السابقة التي لا يملك إلا القضاء بما تطلبه الزوجة، وذلك في مختلف الأنظمة القانونية والشريعة الإسلامية، ففي القانون الجزائري أجاز لها ذلك في المادة 53 و55 و56 ق، بالإضافة لحالات أخرى، أما في القانون التونسي فيجوز لها في حالة واحدة واردة في الفصل 31 م.أ.ش، وهي حالة التفريق للضرر، وهي حالة عامة وشاملة تستوعب كل الحالات التي يمكن الحكم بالتفريق فيها، غير أنه حالة لا تقتصر على الزوجة فقط بل تشمل الزوج أيضا، أما في القانون الكويتي فتوجد عدة حالات أوردها في المواد 120-146، وهي التفريق لعدم الانفاق، للإيلاء، للغيبة أو الحبس، للعيب، لإختلاف الدين، وهي حالات تقتصر على الزوجة فقط، وتضاف إليها حالة التفريق للضرر المتعلقة بالزوجين معا.

¹- محمد سمارة، المرجع السابق، ص 308-309؛ عبد الكريم زيدان، الجزء 8، المرجع نفسه، ص 126-132.

²- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 208-209.

وفي نفس السياق سارت الشريعة الإسلامية، غير أن الاختلاف كان في بعض التفاصيل، وفيما يلي عرض لهذه الحالات:

1- التفريق للحالات الواردة في المادة 53 ق.أ.، لقد أجاز المشرع الجزائري في هذه المادة للزوجة طلب التطلاق إذا تضررت من العلاقة الزوجية في حالات محددة حصريا عددها قبل التعديل بسبع حالات، غير أنه نتيجة الانتقادات التي وجهت له، والمتعلقة بتقييد حق الزوجة واستخدام وسائل الإثبات، حيث يصعب عليها تقديم الدليل فيما تدعيه مما قد يضيع حقوقها⁽¹⁾، عدلها وجعلها 10 حالات حصرية ظاهريا، أما ضمنا فهي قد تغطي كل الحالات التي قد تصادف المرأة على اعتبار أن الحالة الأخيرة وردت عامة وشاملة لكل ضرر.

أ- التفريق لعدم الإنفاق: تستحق الزوجة من زوجها النفقة بمجرد العقد عليها، وتتأكد بالدخول بها أو دعوتها ببينة، لتستمر باستمرار العلاقة الزوجية ما لم تكن ناشزا، فإذا امتنع عن ذلك حق لها طلب التطلاق وفقا للفقرة الأولى من المادة 53 ق.أ.ج⁽²⁾، والتي يتضح من خلالها أنه لجواز طلب التطلاق وفق هذه الحالة لا بد من توفر الشروط التالية:

- عدم إنفاق الزوج على زوجته بعد صدور حكم بوجوبه: إن استحقاق الزوجة للنفقة وامتناع الزوج عنها غير كافي للتطبيق في القانون الجزائري بل لا بد من صدور حكم قضائي بوجوبها وامتناع الزوج عنها رغم ذلك، وهو ما يراه البعض⁽³⁾ غير ضروري، ويقترح الاكتفاء بتوجيه إعدار للزوج من طرف القاضي بضرورة النفقة فورا أو تحديد أجل له إن كان معسرا ثم يطلق الزوجة إن لم يلتزم، وهو ما يصب في مصلحة الزوجة. ولم يفرق المشرع بين عدم إنفاق الزوج مع قدرته على النفقة أو لعسره، ورتب حق طلب التطلاق في الحالتين⁽⁴⁾.

- عدم علم الزوجة بإعسار زوجها وقت إبرام عقد الزواج، وإلا اعتبرت راضية بحاله فيسقط حقها في طلب التطلاق.

¹- لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص 97.

²- التي جاء فيها: "عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78-79-80 من هذا القانون"

³- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 189.

⁴- فضيل العيش، المرجع السابق، ص 36.

إن هذا الشرط قد يكون عائقاً أمام الزوجة في بعض الحالات، كما لو كانت موظفة وكان هو معسراً وهي عالمة بذلك، ولكن بعد ذلك فقدت وظيفتها ولم يعد لها مصدر رزق، لهذا يرى البعض -وهو محق- أنه يجب تبني موقف مرن يراعي الأصل ويأخذ بعين الاعتبار الواقع والاستثناءات الموجودة فيه⁽¹⁾.

لم يحدد المشرع الجزائري الحكم في حالة إفسار الزوج بعدما كان موسراً وقت إبرام عقد الزواج، ونعتقد أنه من حق الزوجة المطالبة بالتطبيق.

في المقابل أجاز المشرع التونسي التطبيق لعدم الإنفاق في الفصل 39 م.أ.ش، وذلك بعد منح الزوج أجل شهرين لتقديم النفقة، فإن لم يقدّم ذلك كلفت عليه، ولكنه اشترط أن تكون غير عالمة باعساره عند ازواج، أما المشرع الكويتي فقد تناول التطبيق لعدم الإنفاق في المادة 120 ق.أ.ش، وأجاز للزوجة طلب التطبيق إذا امتنع الزوج عن الإنفاق عليها، ولم يكن له مال ظاهر، ولم يثبت إفساره، وله أن يتوقى ذلك بدفع النفقة من تاريخ رفع الدعوى إذا كان حاضراً، أما إذا كان غائباً في مكان معلوم أو محبوس وليس له مال ظاهر، أو أثبت إفساره، فيمهله القاضي ثلاثة أشهر لأداء النفقة، فإن امتنع طلقها القاضي، أما إذا كان غائباً في مكان مجهول أو مفقود وليس له مال معلوم طلقها القاضي بدون إمهال، وهذا حسب أحكام المادتين 120 و 121 ق.أ.ش.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد انقسموا حول المسألة إلى عدة اتجاهات:

-الاتجاه الأول: يمثله جمهور الفقهاء من مالكية وحنابلة وشافعية، ويرون جواز التطبيق لعدم الإنفاق، لأن في إمساكه لها ضرر بالغ⁽²⁾.

-الاتجاه الثاني: يمثله الحنفية، ويرون عدم جواز التفريق لعدم الإنفاق، لأن الزوج إما موسراً أو معسراً، فإذا كان معسراً فلا ظلم منه بعدم الإنفاق، وإذا كان موسراً فهو ظالم بذلك، ودفع ظلمه لا يتعين بالتفريق بل بوسائل أخرى كبيع ماله جبراً عنه للإنفاق، أو حبسه لإرغامه عن ذلك⁽³⁾.

¹ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 190.

² - أبو مالك كمال بن السيد سالم، كتاب فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، الجزء 3، المكتبة التوفيقية، القاهرة-مصر، 2003، ص 401؛ نوال بنت عبد العزيز العيد، حقوق المرأة في ضوء السنة النبوية، الطبعة الأولى، 1428هـ-2006م، ص 662.

³ - السرخسي، المبسوط، الجزء 5، المرجع السابق، ص 155.

-الاتجاه الثالث: يمثله الظاهرية يرون عدم جواز التفريق، بل أنهم يلزمون الزوجة بالنفقة على زوجها إذا كانت موسرة وكان هو معسرا⁽¹⁾.

-الاتجاه الرابع: يمثله ابن القيم الجوزية الذي ربط المسألة بالتغيير من عدمه، فإذا غر الرجل بزوجته وأوهمها أنه ذو مال، ثم ترك الإنفاق عليها معسرا أو موسرا، ولم تتمكن من أخذ نفقتها، فيجوز لها طلب التفريق، أما إذا كانت عالمة بعسره أو تزوجته موسرا ثم أعسر فلا فسخ لها⁽²⁾.

فيما يتعلق بنوع الفرقة التي يقع بها التفريق لعدم الإنفاق، فمن الناحية القانونية فإن المشرع الجزائري لم يحدد ذلك، غير أنه يمكن تطبيق حكم المادة 50 التي تعتبر كل مراجعة بعد الحكم بالطلاق تحتاج إلى عقد جديد، فالحكم هنا بائن غير رجعي⁽³⁾، أما القانون الكويتي فقد جعل التفريق لعدم الإنفاق رجعيا في المادة 121ق.أ.ش، وذلك إذا أثبت الزوج للمحكمة يسره واستعد للإنفاق، غير أن المادة 122 ق.أ.ش جعلت الحكم بائنا إذا تكرر رفع الدعوى مرتين. بينما اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث اعتبره المالكية طلاقا رجعيا، فيما اعتبره الشافعية والحنابلة فسخا⁽⁴⁾.

ب - التفريق للعيوب التي تحول دون الهدف من الزواج: إذا وجد بالزوج عيبا من العيوب التي قد تكرر الحياة الزوجية وتؤرق الزوجة وتمنعها من بعض حقوقها، جاز لها طلب التطلق وفقا للمادة الثانية من المادة 53 ق.أ⁽⁵⁾، ومنها نستخرج شروط العيب الذي تحقق هذه الحالة: - أن يكون متعارضا مع الهدف من الزواج، وتحديد ذلك متروك لسلطة القاضي التقديرية، والذي يستطيع الاستعانة بأهل الخبرة.

- أن يكون مستمرا ودائما لا يرجى الشفاء منه، أما إذا لم يكن كذلك فيحق للقاضي منح مهلة كافية للزوج بغرض التداوي⁽⁶⁾ على أن لا تتجاوز السنة، ويجوز له تمديدتها مرتين إن كان الأمل في الشفاء قائما، غير أنه إذا ثبت عدم الشفاء وجب على القاضي الحكم بالتطلق⁽⁷⁾.

¹- ابن حزم، المحلى، الجزء 10، المرجع السابق، ص 92.

²- سلمان نصر وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص 117.

³- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 192.

⁴- أبو مالك كمال بن السيد سالم، الجزء 3، المرجع السابق، ص 404.

⁵- التي جاء فيها: "العيوب التي تحول دون تحقق الهدف من الزواج".

⁶- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 194.

⁷- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة 2، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، 1989، ص 216.

غير أننا نلاحظ أن المشرع الجزائري:

- لم يحدد طبيعة العيوب، وإنما استعمل عبارة عامة تشمل كل العلل والأمراض التي تنافي هدف الزواج، سواء كانت جنسية تمنع الدخول أو لا، أو غير جنسية، سواء كانت معدية أو مزمنة أو منفرة⁽¹⁾.

- لم يشترط عدم علم الزوجة بعيوب الزوج عند إبرام عقد الزواج أو قبله، مما يعطيها الحق في طلب التطليق حتى لو كانت عالمة به، غير أن القضاء سلك نهجا آخرًا وأسقط حق الزوجة في طلب التطليق إذا علمت بالعيوب ورضيت⁽²⁾.

- لم يبلغ هذه الحالة رغم اشتراط المادة 7 مكرر للشهادة الطبية التي تثبت خلو الزوجين من الأمراض والعوامل المنافية للزواج، وعلمهما بها إن وجدت، وحسنا فعل المشرع، لأن العيب قد يصعب اكتشافه، كما أنه قد ينشأ بعد إبرام عقد الزواج.

أما القانون الكويتي فقد تناول هذه المسألة في المواد 139-142 ق.أ.ش، وأجاز لكلا الزوجين طلب التفريق للعيوب متى كان يحول دون الاستمتاع، سواء أكان مضرًا أو منفرا، غير أنه اشترط عدم العلم بالعيوب عند إبرام عقد الزواج أو قبله، أو عدم الرضا به صراحة بعده، وإن كان اشترط حالة واحدة يعطي بموجبها الزوجة حق طلب التفريق حتى لو رضيت به صراحة، وهي حالة الزوج المصاب بالعنة.

وقد منح المشرع الكويتي للمحكمة حق منح الأجل إذا كان العيب ممكن الشفاء، فتؤجل الفصل في القضية لمدة مناسبة يمكن خلالها زوال العيب، فإن لم يزل فصلت بالفسخ، وتقدير هذه المدة يكون باستشارة أهل الخبرة من الأطباء المسلمين، والذين يتشاورون في تقدير وجود العيب من عدمه.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد اختلفوا وانقسموا إلى اتجاهين:

- الأول: يمثله جمهور الفقهاء، وقد أجازوا التفريق للعيوب، واختلفوا في تحديد هذه العيوب، كما اختلفوا أيضا حول صاحب هذا الحق:

- فذهب المالكية⁽³⁾ والحنابلة⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾ إلى أنها تثبت للزوجين مع، كلاهما يمكنه

طلب التفريق من الحاكم إن وجدها في الطرف الآخر.

¹ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 193.

² - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 280.

³ - محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 3، المرجع السابق، ص 379.

- بينما ذهب الحنفية⁽³⁾ إلى ثبوته للزوجة فقط، لأن الزوج يملك الطلاق.

- الثاني: يمثله الظاهرية الذين لم يجيزوا التفريق للعيب بشكل مطلق⁽⁴⁾.

أما عن نوع الفرقة الواقعة للعيب، فتعتبر طلاقاً بائناً حسب القانون الجزائري وفق المادة 50 التي تعتبر كل طلاقاً يوقعه القاضي يعد بائناً، أما المشرع الكويتي فقد اعتبرها فرقة فسخ، فيما اختلف فقهاء الشريعة حولها، فالمالكية والحنفية اعتبروها طلاقاً بائناً⁽⁵⁾، والشافعية والحنابلة اعتبروها فسحاً⁽⁶⁾.

ج- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر: يقصد بالهجر في المضجع عدم قربان فراش الزوجية، وعدم معاملة الزوجة معاملة الأزواج، وهو إحدى الوسائل التأديبية المباحة للزوج في مواجهة زوجته بغرض الإصلاح بينهما، غير أنه إذا تجاوز أربعة أشهر أضحى مضراً بها ووجب التوقف عنه، فإذا استمر الزوج عليه جاز للزوجة طلب التطلق، وهو ما تبناه المشرع الجزائري في المادة 3/53 ق.أ، حيث أجاز لها طلب التطلق لهذا السبب إذا توفرت الشروط التالية:

- ترك وطاً الزوجة وعدم قربانها.

- أن تفوق مدة الهجر أربعة أشهر متتالية.

- انعدام المبرر الشرعي للهجر، أما لو كان مبرر كمرض الزوج مثلاً، فلا يعد هجراً يجيز التطلق⁽⁷⁾.

ويثور التساؤل هنا هل المشرع قصد الإيلاء المعروف في الشريعة الإسلامية أم لا؟

لمعرفة الإجابة عن هذا السؤال معرفة الإيلاء وأحكامه.

يعرف الإيلاء عند المالكية بأنه "هو يمين مسلم مكلف يتصور وقاعه بمنع وطاً زوجته غير المرضعة أكثر من أربعة أشهر"⁽¹⁾، وعرفه الحنفية بأنه "عبارة عن يمين بمنع جماع

¹ - المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، ص 467.

² - الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء 2، المرجع السابق، ص 449.

³ - السرخسي، المبسوط، الجزء 5، المرجع السابق، ص 97.

⁴ - ابن حزم، المحلى، الجزء 10، المرجع السابق، ص 58.

⁵ - المالكية: مالك بن أنس بن مالك الأصبغي، المدونة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 144؛ الحنفية: السرخسي، المبسوط، الجزء 5، المرجع السابق، ص 95.

⁶ - الشافعية: الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء 2، المرجع السابق، ص 449؛ الحنابلة: المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، ص 466.

⁷ - سعاد سطحي وسلمان نصر، المرجع السابق، ص 144.

المنكوحه"⁽²⁾، أما الحنابلة فعرفوه بأنه "حلف زوج يمكنه الجماع بالله تعالى أو بصفة من صفاته على ترك وطأ زوجته الممكن جماعها ولو قبل الدخول في قبل أبداً أو يطلق أكثر من أربعة أشهر أو ينويها"⁽³⁾، أما الشافعية فيرون أنه الحلف على زوجته ألا يطأها مدة يصير بها مولياً"⁽⁴⁾.

من هذه التعريفات يمكن أن نستخلص أن الإيلاء له أركان أربعة عند الجمهور، وهي:

- **الحالف:** هو كل زوج بالغ عاقل مالك النكاح قادر على الوطأ، ويشترط عند المالكية أن يكون مسلماً، أما عند المذاهب الأخرى، فيجوز من غير المسلم.

- **المحلوف به:** هو الله تعالى أو صفة من صفاته، وأضاف المالكية والحنفية والشافعية في المذهب الجديد والحنابلة في رواياتهم الأخرى، كل يمين يلزم عليه حكم الطلاق والعتق والنذر لصيام أو صلاة أو حج أو غيرها، أما الحنابلة في إحدى رواياتهم والشافعية في المذهب القديم فخصوا المحلوف به بالله تعالى أو صفة من صفاته فقط⁽⁵⁾.

ولقد اعتبر المالكية والحنابلة أن ترك الوطأ من غير يمين يأخذ حكم الإيلاء إذا قصد الإضرار بالزوجة.

- **المحلوف عليه:** وهو الجماع بكل لفظ يقتضي ذلك⁽⁶⁾.

- **المدة:** اختلف الفقهاء في تحديدها:

- فالمالكية والشافعية والحنابلة قدروها بأكثر من أربعة أشهر، فلو هجرها أربعة أشهر فقط فلا يعد ذلك إيلاء⁽⁷⁾، وهو المذهب الذي تبناه المشرع الجزائري.

- أما الحنفية والشيعة والزيدية فقدروها بأربعة أشهر فأكثر، بمعنى يكفي الهجر أربعة أشهر ليكون إيلاء⁽⁸⁾.

¹ - محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 4، المرجع السابق، ص 196-197.

² - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، الجزء 7، دار المعرفة، بيروت- لبنان، ص 19.

³ - البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، الجزء 12، المرجع السابق، ص 434.

⁴ - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 10، المرجع السابق، ص 336.

⁵ - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 300؛ داودي عبد القادر، المرجع السابق، ص 348.

⁶ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 539-541.

⁷ - الجزيري، المرجع السابق، ص 1068؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 541؛ محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 261.

⁸ - الجزيري، المرجع نفسه، ص 1068؛ وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 542؛ محمد خضر قادر، المرجع نفسه، ص 261.

- فيما لم يشترط الظاهرية مدة معينة، وإنما اكتفوا بالحلف على عدم قربان الزوجة مهما كانت المدة حتى لو ساعة واحدة، وذلك لما فيه من ضرر للمرأة.
ويذهب الحنفية إلى أن أركان الإيلاء هي الصيغة أو الحلف فقط، أما ما عداها فهي شروطه⁽¹⁾.

وللإجابة على السؤال السابق فإن المشرع الجزائري لم يشترط اليمين لصحة الإيلاء ليقترّب بذلك من مذهب المالكية والحنابلة، غير أنهم اشترطوا قصد الإيذاء والإضرار بالزوجة، وهو ما لم يشترطه المشرع الجزائري مكتفياً بالهجر فقط حتى لو كان عن إهمال دون قصد، وهو ما ذهب إليه بعض شرّاع القانون⁽²⁾، وإن كان منهم من اعتبر أن المشرع قصد بالهجر الإيلاء المصحوب بالقسم⁽³⁾، أما البعض الآخر⁽⁴⁾ فقد اشترط نية الإيذاء كعنصر معنوي للهجر، حتى لا يختلط بالهجر للتأديب، غير أننا نعتقد أن الهجر للتأديب لا يجب أن يتجاوز أربعة أشهر، فإن جاوزها كان مضراً بالزوجة، ومن حقها طلب التظليق، فيما اعتبر البعض أن المشرع لم يتناول الإيلاء مطلقاً لتضييق دائرة الطلاق⁽⁵⁾.

وكخلاصة نقول أن كل هجر في المضجع فاق أربعة أشهر يحق للزوجة على ضوءه إذا رغبت أن تطلب التظليق، سواء حلف الزوج أو لم يحلف أو قصد الإيذاء أو لم يقصده.
أما القانون الكويتي فقد تناول الإيذاء في المواد 123-125 ق.أ.ش وذكره باسمه واشترط فيه حلف الزوج على ما يفيد ترك مسيس زوجته مدة أربعة أشهر فأكثر واستمراره على ذلك، فيكون بذلك قد أخذ بمذهب الحنفية، فيما لم يتناول المشرع التونسي هذه المسألة.

إن الطلاق الواقع بالإيلاء هو طلاق بائن في القانون الجزائري، رغم أن المشرع لم يتناوله إلا أنه قياساً على المادة 50 التي تشترط لمراجعة الزوجة بعد صدور الحكم بالطلاق عقد جديد، وبالتالي فهي تعتبر كل طلاق بحكم فهو بائن، والطلاق هنا واقع بحكم فوجب فيه عقد جديد، ولا يكون ذلك إلا عند اعتباره طلاقاً بائناً، ولم يتناول أيضاً المشرع الكويتي هذه المسألة،

¹- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 539.

²- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 353-354.

³- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 197.

⁴- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 265.

⁵- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 299.

أما الشريعة الإسلامية فقد اختلف فقهاؤها حيث ذهب الحنفية وأبو ثور والحنابلة في إحدى رواياتهم إلى اعتباره طلاقاً بائناً، فيما ذهب المالكية والشافعية إلى أنه طلاقاً رجعياً⁽¹⁾.

من الصعوبات التي قد تصادف الزوجة في الإيلاء هي صعوبة الإثبات، خاصة وأن عبأه يقع عليها، والبينة من يدعي، فإن لم تتمكن وبقي الخلاف قائماً بأن أنكر الزوج، فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل بقاء النكاح والمرأة تدعي عكسه، فكان القول قوله، فإن اختلف في الفيئة بأن ادعاها هو وأنكرتها هي، فإن كانت ثيباً فالقول قوله مع اليمين، فإن نكل حلفت هي بعدم فيئته، فإن نكلت ولم تحلف بقيت زوجة له ولم تطلق، أما لو كانت بكرًا، فالقول قول الثقات من النساء، فإن شهدن بثبوتها فالقول قول الزوج بيمينه، وإن شهدت ببكرتها، فالقول قول الزوجة بيمينها⁽²⁾.

د- الحكم عن الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية: أجاز المشرع الجزائري للزوجة طلب التطلاق إذا صدر ضد زوجها حكماً قضائياً يضر بمصلحة الأسرة، غير أنه قيده بشروط محددة في الفقرة الرابعة من المادة 53 ق.أ⁽³⁾، وهي:

- أن يصدر ضد الزوج حكماً قضائياً حائزاً لقوة الشيء المقضي فيه، ولم يعد يقبل أي طريق من طرق الطعن القانونية العادية وغير العادية.

- أن يرتكب الزوج جريمة من الجرائم القانونية التي:

- فيها مساس بشرف الأسرة، أي الجرائم الأخلاقية الماسة بالسمعة والشرف كالزنا والاتجار بالمخدرات، والاختلاس والسرقعة والرشوة وغيرها⁽⁴⁾، ويقصد بالأسرة هنا أسرة الزوجين معاً وأسرة كل واحد منهما.

- تستحل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، أي تتوتر العلاقات وتكثر الخلافات والخصومات بين الزوجين بسبب الجريمة المرتكبة⁽⁵⁾.

¹ - سعاد سطحي وسلمان نصر، المرجع السابق، ص 148؛ داودي عبد القادر، المرجع السابق، ص 352؛ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 302.

² - عبد القادر بن حرز الله، المرجع نفسه، ص 303.

³ - جاء فيها: "الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية".

⁴ - الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 199.

⁵ - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 199.

يلاحظ مما سبق أن المشرع لم يحدد نوع العقوبة المحكوم بها على الزوج (سالبة للحرية أم لا)، ولا مدتها، ولا حالة العفو على الزوج بعد قضائه فترة فقط من العقوبة، كما أنه لم يشترط أن يكون الحكم نافذاً، بل أورد عبارات عامة يفهم منها أنه بمجرد صدور حكم قضائي بالشروط السابقة يمكن للزوجة أن تطلب التطلق، فالعبرة ليست في العقوبة بل في الأسباب التي استندت العقوبة.

لقد تبنى المشرع الجزائري هذا الرأي بعدما كان يشترط قبل التعديل أن تكون العقوبة سالبة للحرية ولمدة تفوق السنة⁽¹⁾، أما المشرع الكويتي فقد تبنى التفريق القضائي لحبس الزوج في المادة 138 ق.أ.ش، ولكنه لم يجعل العبرة بالجريمة التي ارتكبها الزوج بل بمدة حبسه، حيث اشترط صدور حكم قضائي نهائي ضد الزوج يقضي بثلاث سنوات سجناً مهما كانت الجريمة التي ارتكبها، ويمكن للزوجة أن تطلب التطلق بعد مضي مدة سنة من العقوبة.

فيما اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية الذين يعتبرون المحبوس غائب معلوم المكان، حيث ذهب الجمهور من حنفية وحنابلة وشافعية إلى عدم جواز التفريق للحبس، إما لأنه معلوم الحياة عند الحنفية والشافعية، أو لأنه غائب بعذر عند الحنابلة، أما المالكية فيجيزون التفريق لحبس الزوج، لأنهم يجيزون التفريق للغيبة بعذر أو بدونه⁽²⁾.

واضح مما سبق أن سبب التطلق عند المشرع الجزائري هو الجريمة المرتكبة، أما القانون الكويتي والشريعة الإسلامية فالعبرة في الحبس والغيبة.

هـ - الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة: يمكن للزوجة أن تطلب التطلق إذا غاب عنها زوجها متى توفرت الشروط القانونية الواردة في الفقرة الخامسة من المادة 53 ق.أ.⁽³⁾، وهي:

- غياب الزوج عن زوجته لمدة تفوق السنة، يبدأ حسابها من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى.
- أن يكون غياب الزوج بدون عذر شرعي مقبول، وتقدير شرعية العذر متروك للسلطة التقديرية للقاضي.

¹ - حيث كانت المادة 4/53 تنص على: "الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية".

² - أبو مالك كمال بن السيد سالم، الجزء 3، المرجع السابق، ص 407.

³ - جاء فيها: "الغيبة بعد مرور سنة بلا عذر ولا نفقة".

- أن يترك الزوج زوجته دون نفقة: إذا توفرت هذه الشروط مجتمعة تجسد حق الزوجة في طلب التطلق، أما لو تخلف منها شرط واحد فقط تعذر عليها ذلك، كما لو غاب الزوج بدون مبرر ولكن ترك لها النفقة، أو أنه لم ينفق عليها مع غياب بعذر⁽¹⁾.

نعتقد أن غياب الزوج عن زوجته لمدة تتجاوز السنة كاف لتضررها حتى لو كان بعذر ونفقة، وكان يفضل على المشرع الجزائري أن لا يشترط العذر ولا النفقة ويكتفي بمدة السنة حتى يرفع أي ضرر على المرأة، فإن أرادت هي أن لا تستعمل حقها في التطلق كان لها ذلك، وهو ما ذهب إليه القضاء في بعض أحكامه التي قضى فيها بالتطلق رغم غياب الزوج بمبرر⁽²⁾.

إضافة إلى هذه الحالة نجد حالة زوجة المفقود⁽³⁾ والغائب⁽⁴⁾ التي يجوز لها طلب التطلق حسب المادة 112 ق.أ، وإن كان يجب عدم الخلط بين أحكام المادتين 112 و53، لأن الزوج في الأولى حياته غير مؤكدة ولا يعرف مكانه، أو منعتة ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة، وتسبب غيابه في ضرر للغير، أما في الثانية فحياته وإقامته معلومتان، كما أن الهدف في الحالة الأولى دفع الضرر عن المرأة، أما في الثانية فحماية الزوجة من الإضرار بها، فرغم وحدة النتيجة والإجراء إلا أن السبب يختلف⁽⁵⁾، كما أنه في الحالة الأولى اشترط تحقق الضرر بالنسبة للغائب بينما لم يشترطها في الحالة الثانية، وهو ما قد يصعب على المرأة، لهذا نؤكد أن الغيبة لمدة سنة كافية لوحدها لقيام حق الزوجة في التطلق.

لقد تبنى القانونين التونسي والكويتي الغيبة كسبب للتطلق، حيث ذهب الأول في الفصل 40 م.أ.ش إلى حق الزوجة في طلب التطلق إذا غاب عنها زوجها دون أن يترك لها نفقة، ولم يكن منفق عليها، حيث يمنح له القاضي مدة شهر للقيام بذلك، فإن لم يظهر طلقها بعد اثباتها توفر شروط هذه الحالة وحلفها على ذلك، أما القانون الثاني (الكويتي) فقد أجاز في المادة 136 ق.أ.ش للزوجة طلب التطلق إذا غاب زوجها سنة فأكثر بلا عذر مقبول حتى لو

¹ - يمكنها رفع دعوى التطلق على أساس آخر.

² - منها القرار رقم 135435 الصادر بتاريخ 1996/04/23، نقلا عن نبيل صقر، المرجع السابق، ص 85؛ وكذا القرار رقم 171403 الصادر بتاريخ 1997/11/25، نقلا عن نبيل صقر، المرجع نفسه، ص 92.

³ - المفقود هو الشخص الذي لا تعرف حياته موته من مكانه، ولا يكون مفقودا إلا بحكم قضائي حسب المادة 109 ق.أ.

⁴ - ألحقت المادة 110 ق.أ.ج الغائب الذي منعتة ظروف قاهرة من العودة إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر للغير يعتبر كالمفقود.

⁵ - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 269-270.

كان له مال تستطيع الإنفاق منه، غير أنه اشترط أن تتضرر الزوجة من غياب زوجها، فمجرد الغياب بالشروط المحددة لا يعتبر ضررا، وإنما يجب على الزوجة أن تثبت تضررها، مما يشكل إرهاقا لها.

كما أن القانون الكويتي يلزم القاضي بضرورة منح أجل للمعني إن أمكن إعلانه وإعذاره بأن زوجته ستطلق منه، فإن جاوز الأجل ولم يقدم عذرا طلق القاضي، أما إن كان في مكان لا يمكن إعلانه فيه فيفرك القاضي دون إعدار ولا أجل، وهذا حسب المادة 137 من نفس القانون.

وكذلك تبناه جانب من الفقه الاسلامي دون الجانب الآخر، حيث ذهب:

- الحنفية والشافعية إلى عدم جواز التفريق للغياب حتى لو طال مدته.

- المالكية والحنابلة إلى جواز التفريق للغياب⁽¹⁾ مع بعض التفصيلات، فالمالكية أجازوا

التفريق إذا تجاوزت مدة سنة حسب المعتمد لديهم، وقيل ثلاث سنوات، سواء بعذر أو بغير عذر، ولكن اشترطوا مكاتبة المعني إن كان في مكان معلوم وإنذاره إما بالحضور أو الطلاق أو إرسال النفقة، ويحدد له أجلا إذا تجاوزه فرق القاضي، واعتبروا الفرقة طلاقا، أما الحنابلة فاشترطوا للفرقة أن يكون الغياب بعذر لمدة لا تقل عن ستة أشهر، واعتبروا الفرقة فسخا⁽²⁾.

و- مخالفة الأحكام الواردة في المادة الثامنة: ورد ذكر هذه الحالة في الفقرة السادسة من المادة 53، وهي حالة مستحدثة في تعديل 2005، حيث أجاز بموجبها المشرع للزوجة أن تطلب التطلاق إذا أخل زوجها بأحكام تعدد الزوجات، أو عدم احترامه لأحكام المادة الثامنة، وتلتزم الزوجة بإثبات الضرر فيما تبقى للقاضي سلطة تقدير تحققه⁽³⁾.

ي- ارتكاب فاحشة مبينة: وردت هذه الحالة في الفقرة السابعة من المادة 53 ق.أ التي قررت لحماية الزوجة من الضرر النفسي والأدبي الذي قد يلحقها جراء الفعل المرتكب من زوجها.

لم يبين المشرع المقصود بالفاحشة المبينة، غير أنه استعمل عبارة الفواحش في المادة 337 مكرر من قانون العقوبات قاصدا بها العلاقات الجنسية غير المباحة، حيث اعتبرت المادة من الفواحش بين ذوي المحارم العلاقات الجنسية التي تتم بين أقارب حددتهم المادة ذاتها، ولكن هذا لا يعني أنها تنصرف فقط إلى الزنا بكل أنواعه، وإنما يمكن القول أن معنى

¹- أبو مالك كمال بن السيد سالم، الجزء 3، المرجع السابق، ص 406-407.

²- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 282-283.

³- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 204.

الفاحشة تنصرف إلى الخيانة الزوجية أو الشذوذ الجنسي أو الجرائم غير الأخلاقية أو إدمان السكر أو السرقة، وغيرها من الأفعال المخالفة للنظام العام.

تتقارب هذه الحالة مع تلك الواردة في الفقرة الرابعة من نفس المادة، غير أن الفرق بينهما يكمن في أن الأخيرة اشترط فيها المشرع صدور حكم نهائي ضد الزوج، فيما في الفقرة السابعة لم يشترط ذلك، ومرجع ذلك ربما إلى محاولة استيعاب الحالات التي لا تصدر فيها أحكاما قضائية، وإن كان الإشكال يبقى دوما في صعوبة الإثبات.

لم يتناول المشرع الكويتي هذه الحالة، بل أن المشرع الجزائري يكاد ينفرد بها دوناً عن غيره من المشرعين⁽¹⁾.

ن- الشقاق المستمر بين الزوجين: إذا تكدرت الحياة الزوجية وتحولت الحياة الزوجية من المودة والرحمة إلى خصام وشتاق دائم، جاز للزوجة أن تطلب التطلق من القضاء حسب المادة 8/53 ق.أ التي جاء فيها: "الشقاق المستمر بين الزوجين"، ويقصد به "ذلك الخصام والخلاف الذي طال أمده بين الزوجين"⁽²⁾

استحدثت هذه الحالة بموجب تعديل 2005، وقد أثارت التساؤل عن جدوى إضافتها خاصة في ظل وجود المادة 56 ق.أ التي تتناول الشقاق بين الزوجين أيضاً، وهل هناك فروقا بينهما، أم أن إحداهما تكريساً للأخرى.

رغم أننا نعتقد أنه من الأفضل لو تناول المشرع الجزائري حالة الشقاق بين الزوجين في مادة واحدة شاملة، إلا أنه فضل تناولها في مادتين منفصلتين كحالتين مختلفتين تفترقان في عدة جوانب، منها:

- حسب المادة 8/53 سالف الذكر:

- يقتصر طلب التطلق على الزوجة فقط دون الزوج.
- يجب على الزوجة اثبات الشقاق المستمر مع زوجها، ووجود خلافات مستمر تجعل استمرار الحياة الزوجية مستحيلة ومضرة بها، ولها أن تستعمل في ذلك كافة طرق الإثبات، كشهادة الشهود أو التقارير الطبية التي تشير إلى تضررها النفسي بسبب هذه الخلافات.

¹ - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 205.

² - أحمد عبدو، المفهوم القضائي للشقاق المستمر بين الزوجين كسبب للتطلق في قانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، سعد دحلب-البلدية، المجلد 1، العدد 1، 2011، ص ص 152-163، ص 161.

- لا يجبر القاضي على تعيين حكمين بغرض الإصلاح، وإنما يكتفي بجلسات الصلح العادي المتبعة في إجراءات الطلاق.
- يجوز للقاضي عند الحكم بالتفريق الحكم بالتعويض للزوجة جراء الضرر اللاحق بها.
- أما حسب المادة 56 سالفه الذكر، فإنه:
- يجوز طلب التفريق لكلا الزوجين، أي إضافة للزوجة يحق للزوج أيضا طلب التفريق.
- لا يشترط إثبات طالب التفريق الضرر اللاحق به، بل يكفي وجود شقاق مستمر مع الطرف الآخر.
- يجبر القاضي على تعيين حكمين، أحدهما من جهة الزوج والآخر من جهة الزوجة، لمحاولة الإصلاح بينهما، ويلتزمان بتقديم تقريرهما خلال شهرين.
- لا يحكم القاضي بالتعويض لعدم اشتراط اثبات الشقاق والضرر منه.
- ق- **مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج:** إذا اشترطت الزوجة شروطا معينة في عقد الزواج أو بموجب عقد رسمي لاحق حسب ما تجيزه المادة 19 من تقنين الأسرة وجب على الزوج احترام تلك الشروط وتنفيذها، وإذا أخل بها جاز لها أن تطلب تطليقها إن أرادت ذلك مع احتفاظها بحق طلب التعويض، هذا بعد الدخول أما قبله فيمكنها طلب الفسخ⁽¹⁾.
- لم يتناول المشرع الكويتي هذه الحالة، أما الشريعة الإسلامية فقد أجمع فقهاءها على أن الشرط الصحيح اللازم يجب الوفاء به، فإن أخل به أحد الزوجين جاز للآخر طلب فسخ العقد، هذا رغم الخلافات القائمة بين المذاهب فيما يتعلق بالاشتراط وجوازه⁽²⁾ كما سبق بيانه.
- ك- **التطليق للضرر:** إذا لحق الزوجة أي ضرر معتبر شرعا جاز لها التطليق حسب المادة 10/53 من تقنين الأسرة الجزائري التي لم تحدد المقصود بالضرر المعتبر شرعا، ولا معيار تقدير ذلك، وإنما جاءت العبارة عامة وشاملة كرست حق التطليق بشكل مطلق، وتركت التقدير لسلطة القاضي التقديرية، ليشمل كل أذى معتبر كان ماديا أو معنويا.
- لقد وفق المشرع الجزائري في تكريس وحماية حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية بإرادتها بإضافة هذه الحالة التي وسعت من نطاق ممارسة الزوجة لحق التطليق، حيث شملت كل

¹ - الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 206-207.

² - الجزيري، المرجع السابق، ص 859-861؛ أحمد شامي، المرجع السابق، ص 208-211.

الحالات التي قد تصادف الزوجة وتدفعها لذلك، وجعلت حالات المادة 53 واردة على سبيل المثال رغم أنها جاءت على سبيل الحصر.

غير أن الإشكال يبقى كامنا في صعوبة الإثبات، حيث رغم أن المشرع الجزائري لم يحدد وسائل الإثبات تاركا المجال للقواعد العامة، واستعمال كافة وسائل الإثبات، إلا أنه هناك حالات كثيرة يصعب فيها على الزوجة إثبات تضررها، وهو ما تؤكد بعض قرارات المحكمة العليا التي رفضت التطلق في بعض الحالات لعدم القدرة على إثبات الضرر⁽¹⁾، كما أنها في العديد من أحكامها رفضت إثبات الضرر بمجرد وجود شهادة طبية تثبت الضرر أو الجرح، لأنها لا تحدد المعتدي⁽²⁾.

لقد تبنى المشرع التونسي التفريق للضرر في الفصل 31 / 2م.أ.ش التي جاء فيها: "بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر"، أما المشرع الكويتي فقد أجاز في المادة 126 ق.أ.ش التفريق للضرر.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد اختلفوا، حيث أجاز المالكية التفريق للضرر البين حتى لو ثبت مرة واحدة فقط دون تكرار⁽³⁾، وأجازه كذلك الحنابلة⁽⁴⁾ والشافعية في إحدى رواياتهم⁽⁵⁾، فيما منعه الحنفية⁽⁶⁾ والشافعية في رواية لهم⁽⁷⁾.

2- التفريق للنشوز⁽⁸⁾: لقد كرسّت المادة 55 ق.أ.ش حق طلب التفريق للنشوز لكلي الزوجين، أي للزوج إذا نشزت زوجته، كمغادرتها لمنزل الزوجية ورفضها الرجوع دون مبرر، وللزوجة إذا نشز زوجها - وهو ما يهمننا -، وهي حالة انفرد بها المشرع الجزائري عن غيره من المشرعين.

¹ - حكم صادر بتاريخ 1984/12/03 ملف رقم 34267، نقلا عن نبيل صقر، المرجع السابق، ص 82.

² - منها الحكم الصادر بتاريخ 1987/01/12 ملف رقم 43864، نقلا عن نبيل صقر، المرجع السابق، ص 85.

³ - محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 3، المرجع السابق، ص 550.

⁴ - عن أيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة -دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري -تيزي وزو، 2014، ص 204.

⁵ - الشيرازي، المهذب في فقه الامام الشافعي، الجزء 2، المرجع السابق، ص 488.

⁶ - أبو بكر الرازي الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، الجزء 4، الطبعة الأولى، دار البشائر الاسلامية ودار السراج، 1431هـ- 2010م، ص 457.

⁷ - عن أيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص 204.

⁸ - النشوز لغة هو الارتفاع، وهو مأخوذ من نشز أي ارتفع، والنشاز في النغم هو الصوت الخارج عن قواعده، فضيل العيش، المرجع السابق، ص 38.

يتحقق نشوز الزوج حسب قضاء المحكمة العليا في عدة حالات، مهنا: امتناعه عن توفير مسكن للزوجة حسب القرار صادر في 10-06-1995⁽¹⁾، وكذلك القرار الصادر في 21-04-1998⁽²⁾، أو تخليه عن واجباته الزوجية، وإصراره على عدم الرجوع إليها رغم طلب القاضي منه استئنافها، أو تركه ومغادرته لمنزل الزوجية، أو عدم توفير مسكن منفرد للزوجة، تماطله في إرجاع زوجته أو الدخول بها وتخليه عن الواجبات الشرعية⁽³⁾.

تطرق الشريعة الإسلامية وأجازت التفريق لنشوز الزوج أيضا، بل ورد ذلك في القرآن الكريم، حيث قال تعالى: "وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير..."⁽⁴⁾، فالله تعالى فضل الصلح فإن تعذر أجاز الفرقة في قوله: "وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته وكان الله واسعا حكيما"⁽⁵⁾.

وقد تطرق فقهاء الشريعة الإسلامية للنشوز، واعتبروه "اسقاط ما وجب بسبب النكاح"⁽⁶⁾، فيما أو أنه "كراهة كل من الزوجين صاحبه، وسوء عشرته"⁽⁷⁾، وأوجبوا تعيين حكمين للاصلاح بين الزوجين، غير أنهم اختلفوا حول اعتباره سبب للتفريق، حيث أجازة المالكية والحنابلة والشافعية، فيما منعه الحنفية.

غير أن المشرع الجزائري لم يشترط في حالة التفريق للنشوز تعيين حكمين للاصلاح، وإنما أجاز التفريق وفق القواعد والاجراءات العادية للطلاق، كما أجاز للقاضي الحكم بالتعويض للطرف المتضرر.

3- التفريق للشقاق بين الزوجين: سبق أن أشرنا أنه يجوز التفريق للشقاق بين الزوجين حسب المادة 56 ق.أ، وذلك إذا اشتد الخصام والخلاف الدائم بينهما دون اثبات الضرر، ويكون ذلك بطلب من الزوج أو الزوجة، ويتعين على القاضي تعيين حكمين أحدهما من أهل الزوج والآخر من أهل الزوجة بغية الاصلاح بينهما، ويلتزمان بتقديم تقرير عن مهمتهما خلال شهرين.

¹ - ملف رقم 189226، نقلا عن نقلا عن نبيل صقر، المرجع السابق، ص 104.

² - نقلا عن الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 215.

³ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 40.

⁴ - الآية 128 من سورة النساء.

⁵ - الآية 130 من سورة النساء.

⁶ - السرخسي، المبسوط، الجزء 6، المرجع السابق، 190.

⁷ - البهوتي، كشاف القناع على متن الاقناع، الجزء 5، المرجع السابق، ص 209.

إذا تعذر الإصلاح يمكن للقاضي الحكم بالتفريق، وهذا حسب الاجتهادات القضائية، أما المادة فلم تشر للتفريق بين الزوجين بل إكتفت بالإشارة إلى ضرورة تعيين الحكامين ودورهما. يتضح أن هذا الطريق شرع لحماية الزوجين والعلاقة الزوجية، ورفع الحرج عنهما في حالة عدم القدرة على إثبات الضرر، والذي يكون صعبا في غالب الأحيان. وللاشارة فإن المشرع الجزائري لم يتناول جنس الحكامين، وهل يجوز للمرأة أن تكون حكما، وإن كان من الشراح من لا يجيز ذلك مشترطا الذكورة⁽¹⁾.

لم يتناول المشرع الكويتي الشقاق بصفة مستقلة بل تناوله ضمن حالة التفريق للضرر في المواد 127-132 ق.أ.ش، حيث ألزم المحكمة بضرورة الإصلاح بين الزوجين، فإن تعذر عينت حكامين من أهل الزوجين إن أمكن، وإلا فمن يتمتع بحسن التفهم والقدرة على الإصلاح من الغير تكون وظيفتهما الإصلاح، فإن عجزا عن ذلك:

- إن كانت الإساءة من الزوج وطلبت الزوجة التفريق اقترح الحكمان التفريق، وألزم الزوج بجميع الحقوق المترتبة عن الزواج والطلاق، أما إذا طلب الزوج التفريق اقترحا رفض دعواه.
 - إن كانت الإساءة من الزوجة اقترحا تفريقا دون عوض أو بعوض يتناسب مع الإساءة.
 - أما إن لم يعرف صاحب الإساءة، فإن كان الزوج طالبا التفريق اقترحا رفض الدعوى، وإن كانت من الزوجة أو كلاهما طلب التفريق اقترح الحكمان التفريق دون عوض.
- يلتزم الحكمان بتقديم تقريرهما مفصلا، والقاضي يحكم به إن كان مطابقا للأحكام السابقة، أما إذا اختلف الحكمان فتعين المحكمة حكما ثالثا غير أهل الزوجين قادرا على الإصلاح، وتأخذ المحكمة برأي الأغلبية، فإن اختلفوا أو لم يقدموا تقريرا سارت المحكمة في الدعوى بالاجراءات العادية.

يتضح أن موقف المشرع الكويتي أكثر دقة وتفصيلا وصوابا وأقرب إلى أقوال فقهاء الشريعة الاسلامي أكثر من المشرع الجزائري.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد اختلفت مذاهبهم كالتالي:

- المالكية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾: يجيزون التفريق بين الزوجين إذا رأى ذلك الحكمان الذين يعينان للإصلاح بينهما، سواء رضي الزوجان أم لا.

¹- أحمد شامي، المرجع السابق، ص 206.

²- محمد بن أحمد عيش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 3، المرجع السابق، ص 550.

³- الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء 2، المرجع السابق، ص 488.

- الثاني: يمثله الحنفية⁽¹⁾ والحنابلة⁽²⁾، يرون أنه لا يجوز طلب التفريق للشقاق إلا إذا أراد الزوجين ذلك، ويذهب الحنفية إلى أنه يتعين على القاضي أن يأمر الزوج بحسن العشرة، وله أن يؤديه بما يراه مناسباً لجزره عن ذلك.

يكون التطبيق للشقاق طلاقاً بائناً، سواء في القانون الجزائري أو الكويتي أو في الشريعة الإسلامية⁽³⁾.

4- التفريق للتدليس في حالة التعدد: اشترط المشرع الجزائري في المادة الثامنة من تقنين الأسرة المعدل في 2005 ضرورة موافقة الزوجة والمرأة التي يراد الزواج بها على التعدد، وطبعاً يتم ذلك بعد إخبارهما بالحقيقة، فإذا تم الزواج دون ذلك، فإنه من حقهما مع اللجوء للقضاء لطلب التفريق حسب المادة الثامنة مكرر من نفس القانون التي جاء فيها: "في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتفريق".

أما القانون الكويتي الشريعة الإسلامية فلم يتناول هذه المسألة لعدم تقييد التعدد بموافقة المرأتين، وكذلك لم يتناوله القانون التونسي لأنه لا يجيز التعدد أصلاً.

وواضح أن الظهار كما الإيلاء قد شرعاً لمصلحة المرأة وحفظاً لها من الضرر الذي يمكن أن يلحق بها من جراء توقيفه عن أداء واجباته الزوجية، فكلاهما لا يعد طلاقاً في حد ذاته، ولكنه طريقاً للطلاق والفرقة.

نخلص أخيراً إلى أن المشرع الجزائري حاول تحقيق التوازن بين الطرق التي تنهي الرابطة الزوجية دون إرادة الزوجة وتلك التي تتم بإرادتها، ومنحها مركزاً متوازناً ومساوياً للزوج، وقد تجسد ذلك من خلال، وضع طرق مشتركة لكلى الطرفين، وخص كل منهما بطرق خاصة به، ومحاولة الموازنة بينها، حيث منحت الزوجة الخلع الذي يتم بإرادتها ولو دون رضا الزوج، ولا سلطة للقاضي فيه، فيما فتح المجال على مصراعيه للتفريق القضائي الذي يتم بحكم قضائي بناء على طلب من الزوجة، وبالمقابل يتم حل الزواج بدون إرادتها بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة، على أن لا يثبت إلا بحكم قضائي مع تقييده بقيود معينة ورخصة قضائية، وهو ما يعطي صورة بوجود توازن شكلي وتشريعي في طرق فك الرابطة الزوجية، وميل حقيقي نحو تعزيز مركز المرأة فيها، ورغم ذلك ما تزال بعض مواطن القصور وعدم التوازن، خاصة تلك

¹ - الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، الجزء 4، المرجع السابق، ص 456.

² - البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، الجزء 12، المرجع السابق، ص 131.

³ - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 282.

الباب الأول: المركز القانوني للمرأة في أحكام الزواج وانحلاله

المتعلقة بإثبات حالات التفريق القضائي والعبأ المالي للخلع بالنسبة للنساء غير الميسورات،
مقابل تمتع الزوج بسلطة مباشرة في إنهاء الزواج بإرادته المنفردة.

المبحث الثاني:

مركز المرأة في آثار انحلال الرابطة الزوجية.

تناول المشرع الجزائري آثار انحلال الرابطة الزوجية في الفصل الثاني من الباب الثاني من الكتاب الأول، رغم أنه عنونه بآثار الطلاق إلا أن ذلك غير دقيق، لأنه تناول آثار الوفاة والفسخ، كما أنه لم يتطرق إلى كل آثار الطلاق بل اكتفى بذكر العدة والحضانة والنزاع في متاع البيت، أما المشرع الكويتي فقد كان أكثر دقة حينما تناوله تحت عنوان آثار فرق الزواج وكان أكثر تفصيلاً.

يترتب عن انحلال الرابطة الزوجية مجموعة من الآثار القانونية، والتي تتمثل في حقوق وواجبات المعنيين بالعلاقة الزوجية السابقة، غير أننا نركز على المرأة باعتبارها محل الدراسة، وذلك سواء كانت مطلقة أو بنتاً أو أما. يمكن تقسيم آثار انحلال الرابطة الزوجية إلى مالية وغير مالية، وهو ما سنحاول إتباعه في دراسة هذا المبحث.

المطلب الأول:

الآثار غير المالية المتعلقة بالمرأة المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية.

تشمل تلك الحقوق والواجبات غير المالية المتعلقة بالمرأة والمترتبة على انحلال الزواج، وذلك مهما كانت صفتها، كزوجة أو بنت أو أم.

الفرع الأول: حقوق المرأة غير المالية المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية.

تعتبر الحضانة والرضاعة والنسب من أهم الحقوق غير المالية التي تمتع بها المرأة كنتيجة لانحلال الرابطة الزوجية.

أولاً- الحضانة: يقصد بها لغة مأخوذة من الحضن، وهو الجنب يقال ضمه إلى جنبه أي إلى حضنه، أي حضنه، وقد عرفها المشرع الجزائري في المادة 62 ق.أ بقوله: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته بحفظه صحة وخلقا"، وعرفها المشرع التونسي في الفصل 54 م.أ.ش بقوله: "الحضانة حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته"، فيما لم يعرفها المشرع الكويتي، أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد تعددت تعريفاتهم، فعرفها المالكية بأنها "حفظ الولد في مبيته وذهابه ومجيئه والقيام بمصالحه"، وعرفها الحنفية بأنها

"تربية الولد ممن له حق الحضانة"، فيما قال الشافعية بأنها "حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه"، بينما ذهب الحنابلة إلى أنها "حفظ الصغير ونحوه عما يضره وتربيته بعمل مصالحة"⁽¹⁾.

والحضانة بهذا المعنى تستلزم شخصا قادرا هو الحاضن يقوم بحفظ ولد غير قادر هو المحضون، وفي كلتا الحالتين قد تكون المرأة حاضنه أو محضونة أو من القربيات اللاتي قد يتأثرن بالحضانة كالزيارة.

1- حقوق وواجبات المرأة الحاضنة: وهي عديدة منها:

أ- حقوق الحاضنة: إن اعتبار الحضانة حق للمرأة لا يعني أنه حق مطلق لا يتخلله أي التزام، بل يتعين عليها التزامات عديدة تسهم في استقرار هذا الحق لها.

أ1- تمتع المرأة بحق الأولوية في الحضانة: إن عاطفة المرأة وقدرتها الفطرية على ملازمة الأطفال، والتعامل معهم بصبر وحب وإشفاقها عليهم، جعلها تتبوأ مرتبة أولية متقدمة على الرجل في مسألة الحضانة، كما أن قوة الرابطة المعنوية بين الأطفال وقربانهم من جهة الأم غالبا تجعل قربانها الإناث يتقدمون على قرابة الأب، لهذا قدمت الأم وقربانها عن الأب وقربانته في التشريعات المقارنة والشريعة الإسلامية.

فالقانون الجزائري رتب الحواضن في المادة 64 ق.أ كالتالي: الأم، الأب، الجدة لأم، الجدة لأب، الخالة، العمة ثم الأقربون درجة حسب مصلحة المحضون، مغيرا من المركز الذي كانت تحتله قبل التعديل، حيث كانت الحضانة تمنح للأم ثم الجدة لأم ثم الخالة، يليها الأب ثم أمه ثم الأقربون درجة.

رغم أن المشرع الجزائري قدم الأب للمرتبة الثانية بعد الأم إلا أنه لم يشترط لمنحه الحضانة أن يكون لديه من يحضن من النساء كما ذهب إليه المذهب المالكي⁽²⁾.

أما القانون الكويتي فقد رتبهم في المادة 189 ق.أ.ش كالتالي: الأم، أم الأم وان علت الخالة ثم خالة الأم، ثم عمة الأم ثم الجدة لأب ثم الأب ثم الأخت ثم العمة ثم عمة الأب ثم خالة الأب ثم بنت الأخ ثم بنت الأخت بتقديم الشقيق ثم لأم ثم لأب في الجميع، فإذا انعدم كل من سبقوا توول الحضانة للوصي المختار ثم الأخ ثم الجد العاصب ثم الجد الرحمي ثم ابن الأخ ثم

¹ - نقلت هذه التعريفات عن الشيخ عبد العزيز بن صالح الرضيمن، الحضانة في الإسلام، مجلة العدل بالملكة العربية السعودية، العدد الرابع، السنة الأولى، شوال 1420، ص-ص 241-268، ص 4-5.

² - محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 4، المرجع السابق، ص 427.

الباب الأول: المركز القانوني للمرأة في أحكام الزواج وانحلاله

العم ثم ابنه بتقديم الشقيق ثم لأم ثم لأب متى أمكن ذلك، فإذا تساوى المستحقون اختار القاضي الأصلح للمحزون، ولكنه اشترط عند منح الحضانة للرجل أن يكون عنده من تحضن من النساء في المادة 190 ق.أ.ك.

فيما لم يورد المشرع التونسي ترتيباً للحواضن مكثفياً في الفصل 67 م.أ.ش بإسناد الحضانة إلى أحد أبويه غير المتوفى في حالة الوفاة، وفي حالة انحلال الزواج بغير وفاة تسند لأحدهما أو لغيرهما، وعلى القاضي مراعاة مصلحة المحزون، غير أنه اشترط إذا اسندت الحضانة للرجل أن يكون عنده من يحضن من النساء وق المادة 58 م.أ.ش.

أما الشريعة الإسلامية فقد اختلف فقهاؤها حسب مذاهبهم كما هو موضوع في الجدول التالي⁽¹⁾:

المالكية	الحنفية	الشافعية	الحنابلة
الأم	الأم	الأم	الأم
الجددة لأم	الجددة لأم	الجددة لأم	الجددة لأم
الخالة	الجددة لأب	الأب	الأب
خالدة الأم	الأخوات	الجددة لأب	الجددة لأب
عمة الأم	الخالات	الأخوات	الجد
الجددة لأب	بنات الأخت	الخالات	أمهات الجد
الأب	بنات الأخ	بنات الأخت	الأخوات
الأخت	العمات	بنات الأخ	الخالات
العمة	خالدة الأم	العمات	العمات
عمة الأب	عمة الأم	العصبات بترتيب الإرث	خالدة الأم
خالدة الأب	العصبات بترتيب الإرث		خالدة الأب
بنت الأخ	ذوو الأرحام		عمة الأب
بنت الأخت			بنت الأخ
الوصي			بنت الأخت
الأفضل من العصابة			بت العم
			بنت العمة
			بنات أعمام أمه
			بنات أعمام أبيه
			باقي العصبات الأقرب فالأقرب

¹ - الجزيري، المرجع السابق، ص 1134-1135.

يلاحظ مما سبق أن الأم تحتل المرتبة الأولى في الحضانة، ويقدم قرابتها على قرابة الأب بل حتى على الأب عند البعض، غير المشرع الجزائري بعد التعديل جعل الحضانة للأب مباشرة بعد الأم مخالفاً بذلك جمهور الفقهاء الشريعة الإسلامية آخذاً بإحدى روايات الحنابلة غير المشهورة⁽¹⁾، ويرجع البعض⁽²⁾ هذا الموقف إلى طبيعة المعيشة في المجتمع الجزائري الذي يعيش فيه غالبية الأزواج مع أبوي الزوج مما يدعم صلة القرابة معهم، ويبرر ربما أنه لم يشترط أن يكون لدى الأيمن يحضن من النساء.

لقد تضاربت الآراء حول موقف المشرع الجزائري بين مؤيد⁽³⁾ يرى فيه الصواب، لأن الأب أحق بحضانة ابنه بعد أمه من غيره، لأنه يتحمل مسؤوليات كبيرة اتجاهه كالنفقة والولاية، كما أن الابن هو نتاج علاقة بين الأبوين، وهما الأنسب لحضانه قبل غيرهما، ويحاول هذا الرأي تبديد المخاوف على الطفل من زوجة أبيه بأن القاضي يمكنه أن يحد منها ويقضي عليها، وآخر معارض⁽⁴⁾ يستحسن العودة إلى الترتيب الذي كان سائداً قبل التعديل، والذي يقدم الأم وقرابتها عن الأب، لأنه أقرب إلى أحكام الشريعة الإسلامية، ولأن الأب لا يحضن بنفسه بل بنساء عنده كزوجته، وقد لا تكون مصلحة الطفل معها.

نعتقد الرأي الثاني أقرب للصواب وأن المشرع لم يصب بهذا التعديل، فالأب غير قادر على الحضانة، وإنما سيتعين عليه البحث عن امرأة تتولى ذلك سواء كانت زوجته أو غيرها، ويجعل منها هي الحاضنة الفعلية، وهذا يجافي المنطق وقد يضر بمصلحة المحضون، لأنها لم تكلف هي بالحضانة، ولا تربطها به علاقة نسب دموية، وذلك حتى مع الإبقاء على سلطة القاضي في مراعاة مصلحة المحضون.

أ.2- **حق الاحتفاظ بالحضانة رغم عمل الحاضنة:** إن احتفاظ الحاضنة بالحضانة رغم عملها⁽⁵⁾ مسألة أثارت وتثير جدالات فقهية كثيرة تمخض عنها انقسام الفقهاء إلى اتجاهين:
- **الأول:** يعتبر أن دور المرأة الرئيسي هو رعاية الأسرة، ولا حق لها في الخروج للعمل إلا في حالة الضرورة، فإن خرجت سقط حقها في الحضانة.

¹ - أحمد الشامي، المرجع السابق، ص 309-310.

² - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 254.

³ - غناي زكية: حقوق المطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، دكتوراه بكلية الحقوق، بن عكنون-الجزائر، 2010-2011، ص 255.

⁴ - غناي زكية، المرجع السابق، ص 316.

⁵ - يقصد بعمل الحاضنة هنا النشاط الذي يبعدها عن المحضون ورعايته، أحمد شامي، المرجع السابق، ص 312.

- الثاني: يرى أنه من حق المرأة العمل خارج المنزل دون الإخلال بواجباتها الأساسية⁽¹⁾.

لقد كان هذا الاختلاف في القانون الجزائري قبل تعديل قانون الأسرة في 2005 لعدم وجود نص قانوني يفصل فيه، رغم أن القضاء⁽²⁾ درج في عديد أحكامه على عدم إسقاط الحضانة لعمل الحاضنة، وهو ما تنبأه المشرع بعد التعديل صراحة في المادة 67 ق.أ التي منعت إسقاط الحضانة عن الحاضنة بسبب عملها مع إبقاء المسألة مقيدة بمصلحة المحضون.

واضح أن منهج المشرع الجزائري هذا منسجم مع موقفه القاضي بعدم إلزام الأب بدفع أجره الحضانة - كما سيأتي بيانه - مثل ما هو موجود في قوانين أخرى، فطالما لا تملك دخلا فلها حق العمل.

كما أنه ينسجم مع مبدأ المساواة الذي وضح أن المشرع الجزائري أصبح يميل إليه أكثر بعد التعديل، حيث أن الأب مكلف بالنفقة التي تستدعي العمل، فإذا اسندت له الحضانة سيكون عاملا، ومن غير المعقول أن يطالب بإسقاط الحضانة عن الحاضنة لعملها فيما هو يعمل⁽³⁾ أو تعمل زوجته.

أ.3- **حق الحاضنة في السكن:** لقد أثارَت مسألة سكن الحضانة قبل تعديل الأسرة الكثير من النقاشات ووجه لموقف المشرع انتقادات عديدة، أهمها أنه أجحف بحقوق المرأة كثيرا، غير أن مجيء التعديل قضى على ذلك، حيث جاءت المادة 72 ق.أ⁽⁴⁾ صريحة في إلزام الأب بتوفير مسكن للحاضنة لممارسة الحضانة، وإن تعذر ذلك وجب عليه بدل الإيجار، وأعطت نفس المادة في فقرتها الثانية للحاضنة حق البقاء في منزل الزوجية لغاية توفير المسكن الملائم، يتضح من خلال هذا أنه لثبوت حق السكن لا بد من توفر:

- حكم قضائي نهائي بالطلاق يتضمن إسناد الحضانة للحاضنة.

- أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون، ذلك أنه لو كانت واحدة ممن لهن حق الحضانة غيرها، فلا يلزم بتوفير السكن، ويستشف هذا من المادة 2/72 ق.أ.

¹ - نقلا عن أحمد شامي، المرجع السابق، ص 313-314.

² - منها القرار الصادر في 20-04-1984، ملف رقم 594.32، أحمد شامي، المرجع نفسه، ص 315.

³ - أحمد شامي، المرجع نفسه، ص 316.

⁴ - جاء فيها: "في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

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

- أن يكون للأب مسكناً ملائماً لممارسة الحضانة، وإلا وجب عليه استئجار مسكن مناسب دفع بدل ذلك إيجاراً لمثل حالته وحالتها، أو دفع بدل إيجاره⁽¹⁾، وتقيم الحاضنة بمسكن الحضانة مع محضونها، وهو مذهب المالكية حسب إحدى رواياتهم، فيما لهم رواية أخرى لا تلزم الأب بتوفير مسكن للحاضنة، ويجعل ماللمحزون على والده، وما للحاضنة عليها وهو المشهور⁽²⁾.

ولم تعد المادة 72 ق.أ تسقط حق السكن على الحاضنة إذا ثبت تزوجها من جديد كما كان الحكم قبل التعديل.

وقد تبني القانون التونسي هذا الرأي عندما ألزم الأب بتوفير السكن للحاضنة إذا لم يكن لها سكن خاص حسب الفصل 56 م.أ.ش، وكذلك المشرع الكويتي في المادة 199 ق.أ.ش التي ألزمت المكلف بنفقة على المحزون بضرورة توفير مسكن للحضانة إلا إذا كانت الحاضنة تملك مسكناً تقيم فيه أو مخصصاً لسكناها.

أ.4- **أجرة الحضانة:** إن الحاضنة إما أن تكون أما أو غيرها من سائر الحاضنات، فإن كانت أما وكانت الزوجية مستمرة مع زوجها والد المحزون كالمعتدة، فلا أجرة لها، لوجوب الحضانة عليها ديانة، ولأن النفقة واجبة على الزوج أثناء العدة، فلا تستحق الأجرة، أما بعد انقضاء العدة فقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية:

- فالمالكية⁽³⁾ يرون أن الحاضنة لا تستحق أجرة على الحضانة.

- أما الجمهور من حنفية وشافعية وحنابلة، فذهبوا إلى أن الحاضنة تمتلك حق الأجرة على الحضانة⁽⁴⁾.

أما القوانين الوضعية، فبينما لم يتناول المشرع الجزائري هذه المسألة، مما يفهم منه أن الحاضنة لا أجرة لها تبنيًا للمذهب المالكي، يعيظها المشرع التونسي أجرة فقط على خدمة شؤون المحزون من طبخ وغسل ثياب ونحو ذلك بحسب العرف وفق الفصل 65 م.أ.ش⁽⁵⁾، ويعطيها كذلك القانون الكويتي في المادة 199 ق.أ.ش أجرة على حضانتها حتى يبلغ الصغير

¹ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 145-146.

² - محمد عيش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 4، المرجع السابق ص 432.

³ - محمد عيش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 4، المرجع نفسه، ص 432.

⁴ - الجزائري، المرجع السابق، ص 1138-1139.

⁵ - جاء فيها: "لا تأخذ الحاضنة أجرة إلا على خدمة شؤون المحزون من طبخ وغسل ثياب ونحو ذلك بحسب العرف.

6 سنين والصغيرة 9 سنين، وذلك ما لم تكن زوجة الأب معتدة تستحق في عدتها نفقة منه، أو متعة حكم بها للحاضنة على أب الصغير.

نعتقد أنه من المستحسن لو سائر المشرع الجزائري جمهور الفقه الاسلامي والقانونيين المقارنين وأعطى للحاضنة أجره على حضانتها، سواء كانت أم أم غيرها.

أ.5- حق التنازل على الحضانة: لقد أجاز المشرع الجزائري في المادة 66 ق.أ⁽¹⁾ للحاضنة التنازل عن الحضانة مشروطا عدم الاضرار بمصلحة المحضون، كما أنه جعل في المادة 68 ق.أ من سكوت من له حق الحضانة لمدة تزيد عن السنة سببا مسقطا لها، وهو تنازل ضمني، وفي نفس النهج سار المشرع التونسي في الفصل 55 م.أ.ش، الذي منع إجبار الحاضنة على الحضانة إلا إذا لم يوجد حاضن آخر.

أما من الناحية الفقهية فقد اختلف حول تمتع الحاضنة بحق التنازل عن الحضانة حسب الاختلاف في طبيعتها، فهي حق للحاضن أو المحضون أو لهما معا، ونميز ثلاثة اتجاهات فقهية:

- **الأول:** يرى أن الحضانة حق للحاضنة (بما فيها الأم) لا تجبر عليها إن امتنعت أو تنازلت، إلا إذا لم يوجد غيرها، وهو رأي الجمهور من حنابلة⁽²⁾ وحنفية وشافعية وظاهرية وإحدى روايات المالكية.

- **الثاني:** يرى أن الحضانة حق للولد تجبر عليه الأم أو الحاضنة إن امتنعت، وهو مذهب بعض الحنفية.

- **الثالث:** يذهب إلى أن الحضانة حق مزدوج لكل من الحاضن والمحضون، فإن تنازلت الحاضنة بقي حق المحضون، لذلك فهي تجبر إذا لم يوجد غيرها من ذوي الأرحام حتى لا يضيع حق الولد⁽³⁾.

نعتقد أن الرأي الثالث أصوب فالحضانة حق للحاضنة والمحضون، ويجب الموازنة بين الحقين معا، مع تغليب مصلحة المحضون، لأنه هو الطرف الأضعف الذي يحتاج الحماية.

¹ - جاء فيها: "يسقط حق الحاضنة بالزواج بغير قريب محرم ، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

² - البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، الجزء 13، المرجع السابق، ص 189.

³ - خالد عبد العظيم أبو غابة، حقوق المحضون دراسة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009، ص 583-584 ؛ جابر عبد الهادي الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص 159-

أ.6- **حق الأم الحاضنة في تمديد مدة الحضانة:** تنتهي الحضانة بمرور مدة 10 سنوات للذكر وبلوغ سن الزواج بالنسبة للأنثى، غير أن المشرع الجزائري عكس التونسي والكويتي أجاز في المادة 56 ق.أ. للأم الحاضنة طلب تمديد الحضانة إذا توفرت الشروط التالية:

- أن تكون الحضانة قد منحت للأم وانقضت مدتها.

- أن يكون المحضون ولد ذكر.

- أن تكون الحضانة أما لم تتزوج ثانية وتطلب التمديد.

- أن يكون التمديد في مصلحة المحضون.

- أن يصدر حكم من المحكمة يقضي بذلك.

إذا توفرت الشروط السابقة يتم تمديد الحضانة لسن 16 سنة.

أما الشريعة الإسلامية فلم تجز ذلك -فيما بحثنا- حيث حدد فقهاؤها مدة معينة تنقضي فيها الحضانة، ليلتحق المحضون بأمه أو أبيه أو يخير بينهما حسب اختلاف المذاهب كما سيأتي بيانه.

أ.7- **الحق في عودة الحضانة:** يجوز حسب المادة 71 ق.أ. لمن سقطت عنها الحضانة أن تطالب بعودتها إذا زال سبب سقوطها، وقد اشترط المشرع أن يكون سبب السقوط ناتجا عن تطبيق قاعدة قانونية وليس لإرادة الحاضنة أي دور في سقوطها، فإن كان بسببها أو بناء على اختيارها فإن حق الحضانة لا يمكن العودة إليها⁽¹⁾، كما لو تنازلت طوعا أو أهملت طلب الحضانة لمدة تفوق سنة دون مبرر شرعي، أما سقوط الحضانة بسبب زواج الحاضنة بقريب غير محرم للمحضون أو سكن الجدة أو الخالة معها فقد رأى البعض⁽²⁾ أنه سبب اختياري، وأيدته المحكمة العليا في بعض قراراتها، منها القرار الصادر في 5-02-1990⁽³⁾، فيما لها قرارات أخرى أعادت فيه الحضانة للأم بعد طلاقها، منها القرار الصادر في 21.11.2000⁽⁴⁾. لقد تناول المشرع الكويتي عودة الحضانة في المادة 193 ق.أ.ش، والتي أجازت عودة الحضانة بزوال المانع الذي لم يشترط أن يكون اختياريا.

¹ - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 303.

² - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص 301-302.

³ - يوسف دلاندة، قانون الأسرة منقح ومدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة والموارث، الطبعة الثالثة، دارهومة، 2009، ص 97.

⁴ - يوسف دلاندة، المرجع نفسه، ص 98.

أما الشريعة الإسلامية فقد منع المالكية⁽¹⁾ عودتها في حالة طلاق الحاضنة أو وفاة زوجها، أما الحنفية والحنابلة⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ فقد أجازوا عودة الحضانة لمن تنازل عنها متى شاء أو بزوال المانع.

ب- **التزامات المرأة الحاضنة:** بالمقابل للحقوق السابقة تلتزم الحاضنة تجاه المحضون أو غيره من أقاربه، بمجموعة من الالتزامات، منها:

ب.1- **عدم الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي:** تلتزم الحاضنة بالبقاء في بلد أب المحضون طوال فترة الحضانة، فإن أرادت الخروج والاستيطان في بلد أجنبي فعليها طلب الرخصة لنقل المحضون من القاضي الذي يملك القبول أو الرفض حسب تقديره لمصلحة المحضون، فإن وجد نقله في غير مصلحته أسقط الحضانة عنها⁽⁴⁾، وهذا ما أورده المادة 69 ق.أ، وأيضا تبنته المحكمة العليا في بعض قراراتها، منها القرار الصادر في 1995.11.21⁽⁵⁾، الذي قضى بإسناد الحضانة للأب وإسقاطها عن الأم، لأنه يتعذر عليه الإشراف على أبنائه المقيمين في الخارج، وكذا يتعذر عليه الزيارة لبعد المسافة.

واضح مما سبق أن المشرع الجزائري منع نقل المحضون إلى بلد أجنبي لبعد المسافة، لكنه لم يتناول الانتقال إلى الدول المجاورة لمسافة قصيرة⁽⁶⁾، غير أن المحكمة العليا اعتبرت بعد المحضون لمسافة ستة برد فأكثر، وهو ما يعادل 132 كلم يسقط الحضانة، وهي ليست بمسافة طويلة وقد تؤدي إلى سقوط الحضانة حتى داخل الإقليم الجزائري⁽⁷⁾.

لقد تبنى المشروع التونسي نفس المبدأ المتعلق بعدم جواز نقل المحضون لمسافة يتعذر فيها على الولي القيام بواجباته، ولكنه لم يربط مسألة إسقاط الحضانة بمصلحة المحضون، وذلك في الفصل 61 م.أ.ش، وهو تماما ما تبناه المشرع الكويتي حيث منع في المادة 195

¹ - عيش، منح الجدليل شرح مختصر خليل، الجزء 4، المرجع السابق، ص 430.

² - البهوتي، كشاف القناع على متن الافتحاح، الجزء 13، المرجع السابق، ص 192 و 195.

³ - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 11، المرجع السابق، ص 507.

⁴ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 142.

⁵ - ملف رقم 48 - 1114، لوعيل محمد أمين، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والإجتهاد القضائي، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 116

⁶ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 142.

⁷ - قرار صادر بتاريخ 22 - 09 - 1986 ملف رقم 53494.

ق.أ.ش الحاضنة من السفر بالمحضون إلى دولة أخرى للإقامة ما لم يكن بإذن وليه أو وصيه، ولم يربط ذلك بمصلحة المحضون.

أما الشريعة الإسلامية فقد اختلف فقهاؤها، كالتالي:

-**المالكية**⁽¹⁾: لم يجيزوا للحاضنة السفر لبلدة أخرى ليس فيها أب المحضون بغية الإقامة والاستيطان، أما لو كان لأغراض أخرى كالتجارة، فيجوز لها ذلك بشرط أن تكون الطريق مأمونة.

-**الحنفية**⁽²⁾: لم يجيزوا للحاضنة الانتقال إلى بلاد بعيدة، بحيث لا يمكن للأب زيارته والعودة إلى بلده في يوم واحد، إلا كان قد عقد عليها في هذا البلد، أو أن تكون هذه البلدة وطنا لها. هذا إذا كانت الحاضنة أما، أما غيرها والأب موجود، لا يجوز لها مطلقا الانتقال بالمحضون من البلدة التي فيها أبوه إلا بإذنه.

-**الشافعية**⁽³⁾: لا يجيزون السفر بالمحضون الذي يبقى مع المقيم إذا كان السافر بحاجة أو تجارة، فإن كان السفر للاستيطان فإن المحضون يتبع أبوه، أما الحاضنة فلا يجوز لها السفر به إذا كان بلد السفر بعيد، حيث يبقى مع والده، أما إذا كان البلد قريبا فيخير المحضون.

-**الحنابلة**⁽⁴⁾: يرون أن المحضون يبقى مع أبيه سواء كان هو المسافر أو المقيم، فإذا قرر السفر أخذه معه، وإن كان مقيما بقي معه، فإن سافر وعاد عادت الحضانة للأب، غير أنه في كل الحالات لا يجب أن يكون السفر بغرض الإضرار بالطرف الآخر.

ب.2- عدم زواج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون: لقد جعل المشرع الجزائري حسب المادة 66 ق.أ.⁽⁵⁾ زواج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون سببا لسقوط الحضانة عنها دون أن يربط ذلك بمصلحة المحضون حسب ظروف كل حالة، فالمشرع هنا قدر أنه ليس من مصلحة المحضون العيش مع غير قريب محرم، فبمجرد زواج الحاضنة بغير قريب محرم يمكن رفع دعوى إسقاط الحضانة عنها، وعلى المحكمة أن تستجيب لهذا الطلب⁽⁶⁾.

¹ محمد عيش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 4، المرجع السابق، ص 429.

² الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، الجزء 5، المرجع السابق، ص 30.

³ الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 11، المرجع السابق، ص 505.

⁴ البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، الجزء 13، المرجع السابق، ص 197 و 169.

⁵ جاء فيها: "يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

⁶ لوعيل محمد أمين، المرجع السابق، ص 112.

فالمراة الحاضنة هنا لا تملك حق الحضانة وحق الزواج بأي شخص أرادت، بل يجب عليها المفاضلة بينهما، إلا إذا كان الزوج قريب محرم للمحضون فتملك الزواج به والاحتفاظ بالحضانة أيضا، ولم يحدد المشرع ما إذا كان هذا الحكم يسري على الأنثى دون الذكر، كأن يشترط مثلا في حاضنة الولد أن تكون من أقاربه المحارم، غير أنه حسب الهدف الذي من أجله اشترط هذا الشرط، فإنه غير محقق، لأن حضانة الابن تنتهي ببلوغه عشر سنوات فيكون مازال طفلا، أما البنت فلغاية بلوغها سن الزواج، فيمكن أن تستهي من غير محارمها.

أما المشرع التونسي فقد كان واضحا في الفصل 57 من م.أ.ش عندما اشترط القرابة المحرمة بالنسبة للأنثى فقط، وهو نفس الحكم للمشرع الكويتي في المادة 190 ق.أ.ش. ولم يبتعد فقهاء الشريعة الإسلامية عن هذا الحكم، حيث أجمعوا على أن زواج الحاضنة قد يؤدي إلى سقوط الحضانة، غير أنهم اختلفوا حول الزواج بقريب غير محرم فقط أم مجرد الزواج، فذهب المالكية⁽¹⁾ إلى أن سقوط الحضانة يكون بزواج الحاضنة بغير قريب محرم ودخوله بها، ما لم يسكت صاحب الحق في الحضانة، أما إذا كان زوجها بقريب محرم للمحضون فلا تسقط عنها ما لم تكن للمحضون حاضنة غيرها خالية من زوج، وذهب الحنفية⁽²⁾ إلى أن زواج الحاضنة كاف لسقوط الحضانة عنها، سواء بقريب محرم أم لا، فيما استثنى رأي آخر الجدة إذا كان زوجها هو جد للمحضون⁽³⁾، أما الحنابلة⁽⁴⁾ فأجازوا الزواج بقريب محرم دون الأجنبي إلا إذا رضي مستحق الحضانة ذلك، فيما اعتبر الشافعية⁽⁵⁾ مجرد زواج الحاضنة يسقط عنها الحضانة.

ب.3- عدم سكن الحاضنة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، ويقتصر هذا الحق الوارد في المادة 70 ق.أ على الجدة والخالة إذا سكنت مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، ولم يشر إلى باقي الحاضنات، لأن إمكانية عيشهن مع أم المحضون نادرا إن لم تكن منعدمة.

¹ - محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 4، المرجع السابق، ص 427-428.

² - السرخسي، المبسوط، الجزء 5، المرجع السابق، ص 210.

³ - الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، الجزء 5، المرجع السابق، ص 328.

⁴ - البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، الجزء 13، المرجع السابق، ص 194.

⁵ - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 11، المرجع السابق، ص 504.

ب.4- **تربية المحضون على دين أبيه:** اشترط المشرع الجزائري في المادة 62 ق.أ على الحاضنة تربية المحضون على دين أبيه، مما يبسط رقابة القاضي على هذه المسألة، وعدم الالتزام بها يعد إخلالا بالحضانة، غير أن الإشكال يكون في حالة اختلاف دين الحاضنة عن دين أب المحضون، كأن تكون كتابية أو مرتدة أو كافرة إذا كانت ليست أم المحضون⁽¹⁾، فتثور صعوبة تربيته على دين أبيه، كذلك لو كانت الحاضنة مسلمة وأبوه غير مسلم فهل تلتزم بتربيته على دينه؟

لقد بين المشرع التونسي بعض هذه الأحكام، حيث اشترط في الفصل 59 م.أ.ش أن تكون الحاضنة غير الأم على دين أبيه، وإلا سقطت حضانتها، وذلك ما لم يتم المحضون الخامسة فلا يخشى عليه أن يألف غير دين أبيه، أما إذا كانت أمه فلا يسري عليها هذا الحكم، وسار المشرع الكويتي في نفس النهج، حيث أجاز في المادة 192 ق.أ.ش حضانة غير المسلمة للولد المسلم حتى يعقل الأديان أو يخشى عليه أن يألف غير الإسلام، ولا يجوز في كل الأحوال بقاءه معها بعد بلوغ السابعة من عمره.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد اختلفت تفصيلاتهم باختلاف مذاهبهم، فلم يشترط **المالكية**⁽²⁾ الإسلام في الحاضنة، ولكن إذا خيف على المحضون منها فسادا، كأن تعطيه خمرًا أو لحم خنزير ضمت إلى المسلمين للرقابة عليها ولا ينزع منها، وهذا هو المشهور عندهم، وهناك رواية أخرى تمنع حضانة الكافرة، وفي نفس الاتجاه سار **الحنفية** الذين لا يشترطون إسلام الحاضنة، ويستوي عندهم أن تكون مسلمة أو كتابية أو مجوسية، غير أنه منهم من يرى أنه إذا كانت كافرة وكان المحضون يعقل الأديان وجب أخذه منها⁽³⁾، بينما خالف **الحنابلة** بقولهم لا حضانة لكافر على مسلم⁽⁴⁾، وكذلك **الشافعية**⁽⁵⁾ بمنع حضانة غير المسلم على المسلم، لانعدام مصلحة المحضون، حيث يمكن أن يفتنه عن دينه، وقيل في غير المشهور يمكن للكافر حضانة المسلم، أما **الظاهرية** فيرون أن الأم الكافرة لها حق الحضانة طيلة فترة الرضاع، فإن انتهت سقطت عنها الحضانة⁽⁶⁾.

¹ - لأن الزواج بغير الكتابية أو المسلمة غير جائز، فوجب أن تكون الأم الحاضنة مسلمة أو كتابية.

² - محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 4، المرجع السابق، ص 426.

³ - السرخسي، المبسوط، الجزء 5، المرجع السابق، ص 210.

⁴ - البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، الجزء 13، المرجع السابق، ص 193.

⁵ - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 11، المرجع السابق، 503.

⁶ - عبد الكريم زيدان، الجزء 8، المرجع السابق، ص 33 - 36.

نعتقد أن الرأي الراجح هو إمكانية حضانة غير المسلم مادام صغيرا لا يفقه الأديان، فإن فقهها وجب تفريقه عنها.

ب.6- التزام الحاضنة بتمكين غيرها من الزيارة: إذا صدر حكم بالحضانة وتضمن حق الزيارة، فإنه يتوجب على الحاضنة تمكين من له حق الزيارة منها بالطريقة التي حددها الحكم القضائي، فإذا رفضت ذلك جاز اللجوء إلى القضاء لتنفيذه جبرا⁽¹⁾.

وفي حالة الامتناع عن تسليمه تطبق العقوبات الواردة في المادة 328 من قانون العقوبات، والتي تتمثل في الحبس من شهر إلى سنة، وبغرامة مالية من 500 إلى 5000 ضد الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضى في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به.

وتزداد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية على الجاني.

ب.6- إمكانية إجبار صاحبة الحق في الحضانة على الحضانة: يعتبر التنازل عن الحضانة من أهم من أهم المشاكل التي تثور فيها، حيث يبقى الطفل بدون حاضنة خاصة وأن صاحبة حق الحضانة لها الحق في التنازل عليه.

ولكن اعتبارا لمصلحة المحضون ورغم حق الحاضنة في التنازل على الحضانة فإنه يجوز إجبار المتنازلة وإرغامها على الحضانة، وهو ما يفهم من المادة 66 ق.أ، وهو ما قضت به المحكمة العليا في العديد من الأحكام القضائية، منها القرار الصادر في 12-2-2001، ملف رقم 257693⁽²⁾، وهو ما أجمع الفقهاء المسلمون الذين أجازوا إجبار صاحبة حق الحضانة عليها إذا لم يوجد غيرها، وكانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك⁽³⁾، وهو موقف المشرع التونسي حسب ما يفهم من الفصل 55 م.أ.ش .

ب.7- إلتزام صاحبة حق الحضانة بالمطالبة بالحضانة خلال مدة سنة: يجب حسب المادة 68 ق.أ على صاحبة حق الحضانة أن تطالب به خلال مدة محددة هي سنة وإلا سقط حقها في ذلك، وهو ما تبناه القانون الكويتي أيضا في المادة 191 ق.أ.ش، وكذلك المشرع الكويتي في الفصل 58 م.أ.ش.

¹ - أحمد أباش، المرجع السابق، ص 415.

² - يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 90.

³ - عبد العزيز سعد الزواج، والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 294-295.

2- حقوق المحضونة: تتمتع المحضونة بحقوق عديدة كرسها لها القانون، وألزم الوالدين أو الحاضن بتوفيرها واحترامها، منها:

أ- حق الزيارة: إن نظام زيارة المحضون وإستزارته نظام استثنائي وجد لحماية مصلحة المحضون وليس الحاضن أو غيره⁽¹⁾، وذلك بغرض تمكينه من تكوين شخصية سليمة، وجعله مرتبط بأبويه وأهله، وقد حاول المشرع الجزائري كفالة هذا الحق من خلال النص عليه في المادة 64 ق.أ، وإلزام القاضي بالحكم به في أحكامه القاضية بالحضانة حتى لو كان ذلك من تلقاء نفسه، فرغم أن في ذلك خروجاً عن القواعد العامة التي تقضي بعدم القضاء بأكثر مما يطلبه الخصوم، إلا أن ذلك جاء حماية لمصلحة المحضون، وكفالة لها، وهو نفس الحكم تبناه المشرع التونسي في الفصل 66 م.أ.ش، وكذلك الكويتي في المادة 196 ق.أ.ش، وكذلك الشريعة الإسلامية بكل مذاهبها.

لم يحدد المشرع الجزائري صاحب حق الزيارة، وإن كان يجب تعيينه في حكم الحضانة، بينما أشار المشرع التونسي إلى الوالدين في المادة 66 سالف الذكر، فيما لم تكتف المشرع الكويتي في المادة 196 سالف الذكر بالأبوين فقط بل أضاف الأجداد والجدات.

لم يفرق المشرع الجزائري ولا التشريعات المقارنة بين الأنثى المحضونة والذكر المحضون فيما يتعلق بالزيارة، وكذلك كفلت الشريعة الإسلامية هذا الحق للأنثى كما الذكر تماماً، غير أننا نجد الشافعية⁽²⁾ يمنعون البنت المحضونة من الخروج، فإذا كانت عند والدها يتعين على أمها الانتقال لمنزل الحاضن لزيارته، والعكس إن كانت عند أمها انتقل والدها لزيارتها، ولكنهم أجازوا للمحضونة زيارة أمها إن كانت مريضة، كما يجوز تريضها عند أمها إن مرضت.

لم تتناول النصوص القانونية الحالات التي يرفض فيها الطفل زيارة الطرف غير الحاضن له هل يجبر على ذلك، أم هذا يستدعي تدخلاً علاجياً نفسياً، لاحتمال ممارسة ضغوط نفسية عليه أو تصرفات تكره الطفل في أطراف أخرى غير الحاضنة، وهي مسألة تضر بالطفل المحضون، ويجب إيجاد حلول لها.

ب- حق الحضانة إلى غاية سن الزواج: تملك الصغيرة غير القادرة على الاستقلال بأمورها حق الرعاية والتربية والحماية والحفظ المكفولة عبر الحضانة، وذلك منذ الولادة إلى غاية سن

¹ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 740-741.

² - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المنزي، الجزء 11، المرجع السابق، ص 507-508.

محددة اختلف في تحديدها، فحددها المشرع الجزائري في المادة 65 ق.أ بسن الزواج أي 19 سنة، وهو يبدو مرتفعا نوعا مقارنة بالذكر إلى 10 سنوات، غير أن التغيرات التي تمر بها الفتاة تجعلها في حاجة إلى حاضنة خاصة الأم إلى غاية هذا السن، وجعلها القانون الكويتي للأُنثى إلى غاية زواجها ودخول الزوج بها حسب المادة 194 ق.أ.ش، غير أن هذا يبدو مبالغ فيه خاصة إذا تأخرت البنت في الزواج.

أما الشريعة الإسلامية فقد اختلف فقهاءها، حيث مدها المالكية⁽¹⁾ إلى غاية زواج المحضونة ودخول الزوج بها، وهو ما تبناه القانون الكويتي، وخالفه المشرع الجزائري، أما الحنفية⁽²⁾ فيرون أن حضانة الأُنثى تستمر لحين بلوغها إذا كانت عند الأم أو الجدتين، أما عند غيرهما فتنتهي بالإستغناء، بينما مدها الحنابلة⁽³⁾ والشافعية⁽⁴⁾ إلى سبع سنوات.

ج- حق عدم جمع المحضونة بقريب غير محرم: يشترط في صاحب حق الحضانة أن يكون من أقرباء المحضونة لما له من حب وشفقة باعثة على نفعها ورعاية أمرها، وحسن تربيتها، ويشترط أن تكون قرابتها به إن كان رجلا محرمة سدا لذريعة الفساد والفتنة⁽⁵⁾، وهو ما تبناه المشرع الجزائري من خلال تحديد أصحاب الحق في الحضانة كالآب، وتبنته التشريعات المقارنة، وكذا الشريعة الإسلامية.

أما إذا كانت حاضنتها امرأة فيتعين أن لا تكون مقيمة مع قريب غير محرم لها (المحضونة)، وهو ما كرسه المشرع الجزائري في المادتين 66 و70 ق.أ عندما أسقط حق الحضانة عن الأم إذا تزوجت بغير قريب محرم في الأولى، ومنع في الثانية سكن الحاضنة إذا كانت جدة أو خالة مع الأم المتزوجة بغير قريب محرم.

وفي كلتا الحالتين جعل سقوط الحضانة بقوة القانون⁽⁶⁾، ولا سلطة تقديرية للقاضي، ولم يربطها بمصلحة المحضون، وإنما أقر سقوط حضانة الأم بمجرد زواجها من غير قريب

¹ - محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 4، المرجع السابق، ص 427.

² - السرخسي، المبسوط، الجزء 5، المرجع السابق، ص 212.

³ - البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، الجزء 13، المرجع السابق، ص 200.

⁴ - أبو الحسن عي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الجزء 5، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1419 هـ-1999 م، ص 507-508.

⁵ - أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 23.

⁶ - فقد جات المادة 70 ق.أ أمرة بإسقاط الحضانة، حيث جاء فيها: "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم"، أما المادة 66 ق.أ فقد أسقط المشرع فيها حضانة الأم بزواجها بغير قريب محرم، فيما أشار

محرم⁽¹⁾، وكذلك حضانة الخالة أو الجدة إذا سكنت معها بعد زواجها بغير قريب محرم وذلك مخافة الفتنة، وكذلك لأن زوج الحاضنة قد يبغض المحضونة، لأنه يراها تشاركه حب زوجته لانعدام العاطفة بينهما⁽²⁾.

لقد سار القانون التونسي في نفس النهج بتكريس نفس الحكم في الفصل 57 م.أ.ش، وكذلك القانون الكويتي في المادتين 190-191 ق.أ.ش، وهو سائد أيضا في الشريعة الإسلامية.

د- **حق السكن**: تناول المشرع الجزائري سكن المحضون عندما أُلزم الأب بتوفير مسكن للحضانة أو بدل الإيجار إن تعذر عليه ذلك، وسبق مناقشة هذه المسألة.

هـ- **حق الاختيار عند نهاية الحضانة**: لقد أغفل القانون التطرق لوضعية المحضون بعد انقضاء الحضانة، مما يستوجب اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي خص فقهاؤها الأنثى بأحكام تختلف عن الذكر، فهي وإن كانت لا تطرح عند فالمالكية، لأن حضانة الأنثى تستمر لغاية دخول زوجها بها، فإن باقي المذاهب اختلفوا، فبينما لم يعطها الحنفية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾ حق الإختيار، ويتم ضمها لوالدها فور انتهاء الحضانة عند الحنابلة، والحنفية إن كانت بكرا، أما إن كانت ثيبا فتستقل بسكن منفرد، منحها الشافعية⁽⁵⁾ الإختيار، فإن اختارت أمها بقيت عندها ليلا ونهارا، ويحق لأبوها زيارتها عندها، فإن اختارت والدها بقي عنده، لا تغادر بيته ليلا ونهارا، ولأمها زيارتها عنده.

و- **عدم نقلها والسفر بها إلى بلد أجنبي**: تسري عليها نفس الأحكام السابقة فيما يتعلق بالحضنة، أما نقلها من طرف الولي، فلم يتناوله المشرع الجزائري، فيما منع المشرع التونسي في الفصل 62 م.أ.ش الأب من نقل المحضون إلى بلد أجنبي دون رضا أمه الحضنة ما لم تقتضي مصلحة المحضون ذلك، وكذلك المشرع الكويتي في المادة 195 ق.أ.ش، والمقصود بالسفر هنا هوسفر الإقامة.

للتنازل وربطه بمصلحة المحضون، حيث جاء فيها: "يسقط حق الحضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

¹- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 300 .

²- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 23.

³- السرخسي، المبسوط، الجزء 5، المرجع السابق، ص 327.

⁴- البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، الجزء 13، المرجع السابق، ص 202.

⁵- الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 11، المرجع السابق، ص 509.

بالإضافة إلى هذه الحقوق فإن المحضونة تتمتع بحقوق أخرى هي ذاتها التزامات على الحاضنة، كضرورة تربيتها على دين أبيها.

ثانيا- حق الرضاعة: يستلزم حق الرضاعة توفير مريض أو ما يقوم مقامها ويلتزم المكلف بالنفقة بتوفيرها، وبما أن الأب هو المكلف بالنفقة، فهو المكلف بتوفير الرضاعة لابنته، وهو ما قال به جمهور الفقهاء⁽¹⁾.

والرضاعة تختلف عن الحضانة، ولكنها تثور بصددها في حالة ما إذا لم تكن الأم هي الحاضنة، فهل يجوز لها المطالبة بالحضانة؟ وبالمقابل هل يجوز إجبارها باعتبارها حق للمحضونة؟

لم يتناول المشرعين الجزائري والكويتي هذه المسألة بينما أشار إليه المشرع التونسي في الفصل 58 م.أ.ش، عندما أجاز للحاضنة أن تستمر في الحضانة حتى لو كانت متزوجة بغير قريب محرم للمحضونة إذا كانت مرضعا للمحضون، حيث جعل للرضاعة دورا في الاحتفاظ بالحضانة أو إسقاطها، أما الشريعة الإسلامية فقد سبق مناقشتها عندما تناولنا حق الرضاعة سواء للبنات أو الأم، وقد تبين من خلالها أنها لا تجبر المرأة على الإرضاع عند الجمهور من شافعية وحنابلة وحنفية، أما المالكية ففرقوا بين الشريفة ذات القدر التي لا تجبر على الإرضاع، وإن كانت الزوجية قائمة أو كانت معتدة رجعية، وإذا طلبت اجرا وجب لها، والوضيعة (ممن ترضع عادة) التي تجبر على الإرضاع⁽²⁾.

وفي كل الحالات يتعين ربط المسألة بمصلحة المحضون وما تقتضيه، وهو الأكثر تناسبا مع توجه المشرع الجزائري.

تسري على النفقة ما سبق مناقشته ضمن آثار الزواج فيما يتعلق بحقوق البنت.

ثالثا- حق النسب والتوارث: يثبت للمحضونة حق وراثة وتوريث أقاربها غير الحاضنين لها، حيث تطبق بشأنها القواعد العامة، ولا تأثير لانحلال الرابطة الزوجية بين والديها على ميراثها، ولا على نسبها.

¹ - محمد سمارة، المرجع السابق، ص 379.

² - محمد سمارة، المرجع السابق، ص 379-380.

الفرع الثاني: إلتزامات المرأة غير المالية المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية.

إذا انحلت الرابطة الزوجية تلتزم المرأة بالتزامات معينة يجب عليها احترامها، ويقصد بالمرأة هنا الزوجة فقط، لأنها الوحيدة التي تتأثر بانحلال الزواج من حيث الواجبات.

أولاً- العدة.

تعتبر العدة التزام على الزوجة فقط دون غيرها من النساء، أما الزوج فلا عدة عليه، ويمكنه الزواج بمجرد الطلاق، غير أنه ملزم باحترام مدة عدة مطلقة إذا أراد الزواج بأحد محارمها، أو إذا كانت هي الزوجة الرابعة وأراد الزواج من جديد⁽¹⁾.

تناولها المشرع الجزائري في المواد 58 - 61 ق.أ، والكويتي في المواد 155 - 164 ق.أ.ش، فيما تناولها التونسي في الفصول 34-36 م.أ.ش، وفصلت فيها الشريعة الإسلامية تفصيلات كثيرة، وفيما يلي عرض لأهم أحكام العدة ثم التطرق لالتزامات المعتدة وحقوقها.

1- أحكام العدة: للعدة أحكام عديدة، أهمها:

أ- **تعريف العدة:** يقصد بالعدة اصطلاحاً "أجل ضربة الشارع لانقضاء ما بقي من آثار النكاح بعد الزواج"⁽²⁾، أو هي "المدة التي حددها الشارع بعد الفرقة، ويجب على المرأة الانتظار فيها بدون زواج حتى تنتقضي المدة"⁽³⁾.

ب- **الحكمة من تشريع العدة:** شرعت العدة لمعان عديدة، منها:

- التأكد من براءة الرحم، وما ينتج عنه من صيانة للأنساب وتحصينه من الاختلاط، ورعاية الولد من ضياع نسبه، وحماية للزوج الجديد إن وجد من عدم إلحاق ولد غيره به، وبالمقابل صيانة الزوج القديم من أن ينسب ولده لغيره.

- لإعطاء مهلة للزوج في حالة الطلاق الرجعي لكي يراجع زوجته.

- لاحترام المرأة وصيانة إنسانيتها وكرامتها، لأن استمتاع الذكر بالأنثى واحداً بعد الآخر من صفات الحيوان وليس الإنسان⁽⁴⁾.

ج- **أنواع العدة:** للعدة أنواع ثلاث ذكرها المشرع الجزائري في المواد 58-60 ق.أ، وهي:

¹- كمال ابن السيد سالم، الجزء 3، المرجع السابق، ص 318.

²- مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص 251.

³- وهبة الزحيلي، الجزء 7، المرجع السابق، ص 625.

⁴- محمد سمارة، المرجع السابق، ص 356-357.

- **العدة بالأقراء⁽¹⁾**: تقضيها المطلقة غير الحامل إذا كانت من ذوات الحيض، وهي ثلاث قروء أي 3 حيضات.
- **العدة بالأشهر**: تحتسب العدد في هذا النوع مدة محددة قانونيا أو شرعا لا تقبل الزيادة ولا النقصان، وهي تتعلق:
- عدة اليأس، وهي المرأة التي لم تعد تحيض لكبر سنها أو لصغره أو لوجود مرض بها، وعدتها ثلاثة أشهر كاملة.
- المتوفى عنها زوجها: وهي وتتعلق بمن توفي زوجها سواء تم الدخول أم لا، وهي تقدر بأربعة أشهر وعشرة أيام.
- **العدة بوضع الحمل**: وهي تتعلق بالمرأة الحامل التي تنقضي عدتها بوضع حملها، سواء كان في بدايته أو في نهايته⁽²⁾.
- **عدة المستحاضة**: وهي المرأة التي لا ينقطع عنها الدم، فلا تعرف أيام حيضها، لم يتناولها المشرع الجزائري، فيما تناولها المشرع الكويتي في المادة 157 ق.أ.ش وجعلها تسعون يوما.
- أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد أجمعوا على أن الستحاضة المميزة لوقتها تعد بالأقراء أما المتحيرة التي لاتعرف وقتها فقد اختلفوا بشأنها، فذهب الحنفية الشافعية إلى تحديدها بثلاثة أشهر⁽³⁾، وفرق الحنابلة بين المستحاضة الناسية لوقتها وتعد ثلاثة أشهر وقيل سنة، والعارفة لوقتها كالتي تحيض كل شهرين مرة مثلا فعدتها ثلاث أمثال ذلك⁽⁴⁾، أما المالكية ففرقوا بين المميزة التي يجب أن تعد ثلاث أقراء، وغير المميزة التي تعد سنة كاملة، تسعة للاستبراء وثلاثة للعدة⁽⁵⁾.
- **عدة زوجة المفقود**: إذا غاب الزوج وانقطعت أخباره، وصدركم بفقدانه، فإن زوجته تبقى على ذمته مالم تطلب التطلق، فإذا صدر حكم بوفاته تنقضي الزوجية، ويتعين على زوجته الاعتراف بعدة المتوفى عنها زوجها، غير أن المشرع الجزائري ورغم أنه أشار لعدة زوجة المفقود في المادة 59 ق.أ التي تناولت عدة المتوفى عنها زوجها وحددتها، إلا أنه اعتبر بداية عدتها

¹ - الأقراء: جمع قرء، ويقصد به الطهر أو الحيض، مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص 251-282

² - عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 234-235.

³ - كمال بن السيد سالم، الجزء 3، المرجع السابق، ص 326-327.

⁴ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 643.

⁵ - محمد عيش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 4، المرجع السابق، ص 301.

من تاريخ الحكم بفقده، والمفروض من تاريخ الحكم بوفاته، لأن الشخص الغائب لا يعد مفقوداً حتى يصدر حكماً بفقده، والمفقود لا يعتبر متوفياً إلا بعد الحكم بوفاته بمضي أربع سنوات في الحالات الاستثنائية، وأكثر من ذلك في الحالات العادية حسب تقدير القاضي، فالأسلم أن عدة المفقود تبدأ من تاريخ الحكم بوفاته وليس فقده، لأنه لا يزال حياً في نظر القانون.

ونفس الحكم تبناه المشرع التونسي في الفصل 36 م.أ.ش، حيث جاء فيه: "تعدت زوجة المفقود عدة الوفاة بعد صدور الحكم بفقده"، وبالعكس تبني القانون الكويتي في الماد 147 ق.أ.ش تاريخ صدور الحكم بوفاته كبدائية لعدة زوجته.

أما الفقه الاسلامي فقد اختلف فقهاء كالتالي:

- **المالكية**: فرقوا بين المفقود في الحالة التي يغلب عليها السلامة، وتعدت زوجته عدة الوفاة بعد مرور أربع سنوات التي يضربها القاضي كأجل لعودة المفقود، أما في حالة غلبة الهلاك كالحرب والطاعون فتتربص سنة بعد النظر ثم تعدت عدة الوفاة⁽¹⁾.

- **الحنفية**: يرون أن زوجته تصبر حتى يتبين موته ثم تعدت عدة الوفاة، وإلا حتى يموت كل أقرانه، وقد حددوا المدة عادة بـ 120 سنة⁽²⁾.

- **الحنابلة**: تتربص زوجة المفقود أربع سنوات في حالة غلبة الهلاك ثم تعدت عدة الوفاة، أما في حالة غلبة السلامة فتتربص 90 سنة ثم تعدت عدة الوفاة⁽³⁾.

- **الشافعية**: لهم قولان: القديم، ويرى أن الزوجة تتربص أربع سنوات ثم تعدت عدة الوفاة، أما القول الجديد فلا يجيز الحكم بوفاة المفقود، وعلى زوجته أن تتربص حتى تعلم وفاته ثم تعدت عدة الوفاة⁽⁴⁾.

2- واجبات المعتدة: تلتزم المعتدة بعدة التزامات، منها:

أ- **الاحتباس في البيت**: تلتزم المعتدة بالبقاء في منزل الزوجية طيلة فترة العدة المقدرة شرعاً وقانوناً⁽¹⁾، لا تخرج منه ولا تفارقه إلا مضطراً أو مكرهة⁽²⁾، ولا يمكن إخراجها منه إلا لفاحشة مبينة حسب المادة 61 ق.أ، سواء وقعت لها أو عليها.

¹ محمد عيش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 4، المرجع نفسه، ص 318، أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، المرجع السابق، ص 231.

² محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، الجزء 11، دار المعرفة، بيروت- لبنان، ص 34-35.

³ أبو النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، الجزء 4، دار المعرفة، بيروت- لبنان ص 113-114.

⁴ الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء 3، المرجع السابق، ص 124.

لا يجوز إعفاء المعتدة من هذا الالتزام، لأنه ملك الشرع، ولا يمكن لأحد أن يسقطه⁽³⁾، وإذا خرجت منه عدت ناشزا، وهو ما تبناه المشرع الكويتي هذه المسألة في المادة 161 م.أ.ش التي ألزمت المعتدة الرجعية بالبقاء في منزل الزوجية لا تخرج منه إلا للضرورة، حيث تنتقل إلى بيت يعينه القاضي ولا تغادره، وإلا عدت ناشزا.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد اختلفوا في معنى الخروج وحكمه، فهل الخروج يعني مفارقتها لمدة ثم العودة إليه أم مجرد مغادرته لوقت قصير، فالحنفية⁽⁴⁾ فرقوا بين المطلقة والمتوفى عنها زوجها، فالأولى لا يجوز لها الخروج مطلقا ليلا أو نهارا، أما الثانية فيمكنها الخروج نهارا، لأنه لا نفقة لها فتححتاج للكسب⁽⁵⁾، أما المالكية⁽⁶⁾ فقد أجازوا للمعتدة من طلاق أو وفاة الخروج لحاجة نهارا فقط، ولا تبيت إلا في مسكن العدة، فيما أجاز الحنابلة⁽⁷⁾ للمعتدة من طلاق بائن أن تخرج لحاجة نهارا فتقضي حوائجها، أما المعتدة من وفاة فليس لها أن تغادر منزل العدة إلا للضرورة، لأن عليها الإحداد، ويجوز لورثة زوجها إخراجها من منزل العدة إذا أذنتهم، بينما منع الشافعية خروج المعتدة مطلقا في القول القديم، أما في القول الجديد فأجاز للمطلقة البائنة والمتوفى عنها زوجها الخروج نهارا فقط، أما الرجعية فلا يجوز لها الخروج لا ليلا ولا نهارا⁽⁸⁾. وقد أجمعت هذه المذاهب على أن خروج المعتدة لضرورة مطلقة جائز⁽⁹⁾.

ب - الإحداد: هو ترك الزينة أو هو اجتناب المرأة كل ما يدعوا إلى نكاحها، ورغبة الآخرين فيها من الزينة، وما في معناها مدة مخصوصة في أحوال مخصوصة⁽¹⁰⁾، لم تتناوله والإحداد عامة يتعلق بوفاة شخص ما، سواء كان زوجا أو زوجة أو قريبا، وهو إما إحداد الزوجة على زوجها، أو إحداد المرأة على غير زوجها، ففي الثانية يجوز للمرأة الإحداد على

1- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 290.

2- مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص 254

3- مصطفى السباعي، المرجع نفسه، ص 254.

4- السرخسي، المبسوط، الجزء 6، المرجع السابق، ص 32؛ الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، الجزء 5، المرجع السابق، ص 244-245.

5- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، 654

6- مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، المدونة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 42.

7- أبو النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، الإقناع في فقه الإمام ابن حنبل، الجزء 4، المرجع السابق، ص 117-118.

8- الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء 3، المرجع السابق، 119-120.

9- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 655-656

10- راشد بن فهد آل حفيظ، أحكام الإحداد، مجلة العدل السعودية، العدد 50، ربيع الآخر 1432هـ، ص 151-192، ص 154.

كل متوف لها امرأة أو رجلا بإجماع العلماء على أن لا تتجاوز المدة 3 أيام فقط، وهو ليس واجبا عليها، ولكن إن أرادت فلها ذلك، كما أن الرجل يمكنه أيضا الإحداد على كل ميت له من نساء أو رجال لمدة 3 أيام⁽¹⁾، أما في الأولى فإن الزوجة يجب عليها الإحداد إذا توفي زوجها طيلة فترة العدة، وهي فقط من تختص به دون المطلقة، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء الذين ربطوا الإحداد بعدة الوفاة، أما عدة الطلاق فلا⁽²⁾، وقد خالف الحنفية⁽³⁾ بأن جعلوا الإحداد للمتوفى عنها زوجها والمطلقة بائنا أو ثلاثا أو المختلعة، ولم يوجبوه على المعتدة من طلاق رجعي ولا على الصغيرة المتوفى عنها زوجها.

فالإحداد إذن واجب على الزوجة وليس حقا لها يجوز التنازل عليه، وعليها أن تتجنب خلاله الطيب وعدم استعماله في ثيابها وبدنها، وكل ما فيه زينة من الثياب أو حلي ولو خاتما من فضة أو حناء، وكل أنواع الخضاب والصباغ، وكذلك الإكتحال، لما فيه من زينة للعين⁽⁴⁾.
ج- عدم الزواج أو الخطبة: لا يمكن للمعتدة من طلاق أو وفاة أن تخطب خلال عدتها، فلا يمكن أن تعرض نفسها على غيرها تصريحاً ولا تعريضاً⁽⁵⁾، ولا يمكن للأجنبي أن يخطبها تصريحاً ولا تعريضاً، ما عدا المعتدة من وفاة، فيجوز خطبتها تعريضاً⁽⁶⁾، لأن العداوة المقدرة في عدة الرجعية لا تقدر هنا بين الزوجة والميت، ولا بينها وبالورثة⁽⁷⁾، أما المعتدة من الطلاق بالثلاث فقد اختلف بشأنها، حيث قال المالكية والحنابلة والشافعية بجواز خطبتها فيما منعه الحنفية⁽⁸⁾.

أما النكاح فهو غير جائز بالإجماع، فإن تزوجت فنكاحها باطل⁽⁹⁾.

3- حقوق المعتدة: بالمقابل للالتزامات السابقة تتمتع المعتدة بالحقوق التالية:

- 1- راشد بن فهد آل حفيظ، المرجع السابق، ص 161، وهو مذهب أغلب المراجع التي تم الإطلاع عليها.
- 2- المالكية: أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، المرجع السابق، ص 79؛ الحنابلة: المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، ص 503؛ الشافعية: الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء 3، المرجع السابق، ص 130.
- 3- السرخسي، المبسوط، الجزء 6، المرجع السابق، ص 58-60.
- 4- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 661-662.
- 5- تقيّة عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 237-238.
- 6- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 653.
- 7- سميرة عبد المعطي محمد ياسين، أحكام العدة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة إلى الجامعة الإسلامية، غزة- فلسطين، 2007-1428، ص 71.
- 8- سميرة عبد المعطي محمد ياسين، المرجع السابق، ص 72.
- 9- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 654.

أ- **حق النفقة:** كل مطلقة معتدة تستحق النفقة من مال طليقها طول مدة عدتها، وعلى المحكمة أن تحكم بها في نفس حكم الطلاق⁽¹⁾، ويتم التنفيذ وفقا لإجراءات التنفيذ القضائية والجبرية، وهو ما أشارت إليه المادة 61 ق.أ. الجزائري⁽²⁾، والمادة 162 ق.أ.ش. الكويتي، وهو حق مالي يتم التطرق لاحقا.

أما المعتدة من وفاة فلا نفقة لها في القانون الجزائري حسب ما يفهم من المادة 61 السابقة، وما جاء صراحة في القانون الكويتي في المادة 164 ق.أ.ش. التي لم تمنح فيها المعتدة من وفاة النفقة حتى لو كانت حاملا، أما فقهاء الشريعة الإسلامية فاختلّفوا حسب نوع العدة، وهو ما سيأتي بيانه لاحقا.

ب- **حق السكن:** إن حق السكن يدخل ضمن النفقة، غير أن معالجته مستقلا عنها راجع إلى كون العبرة ليست في السكن في حد ذاته ولكن في مكان السكن، هل هو منزل الزوجية أم منزل آخر؟

حسب المادة 61 ق.أ.ج. فإن المعتدة من طلاق أو وفاة لها حق السكن على المعتدة منه، ولا تخرج من السكن العائلي لغاية انتهاء عدتها، إلا إذا ارتكبت فاحشة مبيّنة، أما المشرع الكويتي فقد أشار في المادة 161 ق.أ.ش. للمعتدة من طلاق رجعي فقط، ومنحها حق السكن في بيت الزوجية لا تخرج منه إلا للضرورة على أن تقيم في السكن الذي يعينه القاضي وإلا عدت ناشزة، أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد اختلفوا وفصلوا في المسألة، وهو ما سنرجأه وندرسه مع نفقة العدة.

ج- **حق التوارث:** إذا مات الزوج أثناء عدة الطلاق استحققت مطلقته الميراث وفق المادة 132 ق.أ.⁽³⁾، والتي لم تفرق بين نوع الطلاق، ولا صحة المطلق، فيما لم يتناوله المشرعين التونسي والكويتي، أما فقهاء الشريعة الإسلامية فاختلّف الحكم عندهم حسب الحالات التالية:

- إذا كان الطلاق رجعيا، فإن المعتدة منه ترث زوجها وورثها هو، سواء كان ذلك في حالة صحته أو مرضه، لأن حكم الزوجية مازال قائما بينهما.

¹ - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 291.

² - لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها، إلا في حالة الفاحشة المبيّنة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق.

³ - جاءت المادة عامة شملت كلا الزوجين، وقد نصت على: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منهما الإرث"، ويلاحظ أن المادة أوجبت التوارث بين الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق، وهو ما يثير التساؤل عن الحالة التي يكون الزوج قد تلفظ بالطلاق قبل ذلك وانقضت عدتها قبل صدور الحكم.

- إذا كان الطلاق بائنا أو ثلاثا، فإن الحكم يختلف حسب حال المطلق، ففي حال الصحة لا يجوز التوارث بينهما، فلا ترثه ولا يرثها لانقطاع الزوجية بينهما، أما في حالة مرض الموت وكان ذلك برضاها، فلا ترثه، أما إن كان بغير رضاها فإنها ترثه حسب جمهور الفقهاء⁽¹⁾.

د- **لحوق الطلاق في العدة:** إذا كانت المعتدة في فترة عدتها ثم طلقها زوجها طليقة أخرى فإنها تلحقها، وتنقص من عدد الطلاقات.

هـ- **حق عدم الزواج بالمحارم:** إذا كانت الزوجة ملزمة شرعا بالعدة بعد الطلاق فإن الزوج ملزم بالتريص خلال عدة الزوجة عن الزواج بأحد محارمها مؤبدا أو مؤقتا، فلا يجوز له الزواج بأختها أو عمتها أو خالتها⁽²⁾.

ثانيا- الرجعة.

يقصد بها إعادة الزوجة المطلقة طلاقا غير بائن للعصمة بلا تجديد عقد الزواج⁽³⁾، فإذا طلق الزوج زوجته طلاقا رجعيا غير بائن وكانت الزوجة في العدة، فإنه يجوز له أن يراجعها قبل انقضاء العدة، فإن انقضت وجب عليه إعادة الزواج بها بعقد جديد، ولا يمكنه مراجعتها.

تعتبر الرجعة حقا للزوج يمارسه متى شاء وقت العدة، سواء رضيت المرتجعة أم لا، أي أن الزوجة المعتدة في طلاق رجعي إذا أراد زوجها مراجعتها لا تملك أن ترفض، بل لا يشترط تسأل عن رأيها، وإنما هي ملزمة بذلك، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء⁽⁴⁾، وإن كانوا يستحسنون إعلامها وإخبارها⁽⁵⁾، أما الظاهرية فيشترطون إعلامها، لأن الرجعة إمساك بمعروف وعدم إعلامها ليس من قبيل الإحسان⁽⁶⁾.

¹- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 664.

²- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 291.

³- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 244.

⁴- المالكية: مالك بن أنس بن مالك الأصبجي، المدونة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 232؛ الحنفية: السرخسي، المبسوط، الجزء 6، المرجع السابق، ص 25؛ الشافعية: الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء 3، المرجع السابق، ص 47؛ الحنابلة: البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، الجزء 12، المرجع السابق، ص 412.

⁵- مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص 248.

⁶- عن سعد سطحي ونصر سلمان، المرجع السابق، ص 164.

ولا يقبل حق الرجعة الإسقاط ولا التنازل عنه حتى من قبل صاحبه وهو المرتجع، لأن في إسقاطه تغيير لشرع الله، فلو قال الزوج طلقك ولا رجعة لك، فإن الطلاق يصح وحقه في الرجعة لا يسقط⁽¹⁾.

قد يثور الخلاف بين المطلقين حول وقوع الرجعة، فيدعي الزوج أنه راجع زوجته التي طلقها رجعيًا وأنكرت هي ذلك، وقالت لم يراجعني، فإذا كانت العدة لا تزال قائمة عند حصول الخلاف بينهما، فالقول للزوج، لأنه يخبر عن شيء يملك إنشائه في الحال، أما إذا كانت العدة منتهية عند حصول الخلاف فالبينة على الزوج، فإن عجز فالقول قول الزوجة⁽²⁾.

أما إذا ادعى الزوج صحة مراجعته لها كونها وقعت في العدة، وأنكرت المطلقة وقوعها خلال العدة، فالقول قولها إن كانت المدة بين الطلاق وبين الوقت الذي تدعي انقضاء العدة يحتمل ذلك، وإن كانت العدة بالحيز فالقول قولها مع اليمين، لأن انقضاء المدة بالحيز لا تعلمه إلا هي⁽³⁾، أما إذا كانت لا تحتمل انقضاء العدة، بأن كانت لا تكفي لانقضائها بالحيز اعتبرت الرجعة صحيحة، لأن القرينة الشرعية تكذب انقضاء العدة⁽⁴⁾.

ثالثاً - حق ثبوت النسب.

إذا تمت الوفاة أو الطلاق فمن حق المطلقة والأولاد أن يثبت النسب، وذلك إذا تمت الولادة خلال الأجل القانوني الذي حدده المشرع الجزائري بعشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة في المادة 53 ق.أ، وحدده المشرع التونسي في الفصل 67 م.أ.ش بسنة من تاريخ غيبة الزوج عنها أو وفاة أو طلاق، أما المشرع الكويتي فقد فصل في المواد 170-171 ق.أ.ش، حيث فرق بين:

¹ - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 246.

² - المالكية: مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، المدونة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 232؛ الحنفية: السرخسي، المبسوط، الجزء 6، المرجع السابق، ص 26؛ الشافعية: الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء 3، المرجع السابق، ص 48؛ الحنابلة: البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، الجزء 12، المرجع السابق، ص 422.

³ - المالكية: مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، المدونة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 235؛ الحنفية: السرخسي، المبسوط، الجزء 6، المرجع السابق، ص 26؛ الشافعية: الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء 3، المرجع السابق، ص 48؛ الحنابلة: البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، الجزء 12، المرجع السابق، ص 420.

⁴ - المالكية: مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، المدونة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 236؛ الحنفية: السرخسي، المبسوط، الجزء 6، المرجع السابق، ص 26؛ الشافعية: الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء 3، المرجع السابق، ص 48؛ الحنابلة: البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، الجزء 12، المرجع السابق، ص 420.

الباب الأول: المركز القانوني للمرأة في أحكام الزواج وانحلاله

- المعتدة رجعيًا التي يثبت نسب ولدها إذا وضعت خلال عدتها، فإذا ولدت بعد انقضاء العدة، فلا ينسب الولد، إذا كانت الولادة بعد مرور ستة أشهر قمرية من تاريخ اعتبار العدة منقضية، لأن الولادة تكون دليل الرجعة واستمرار الزوجية.
- والمعتدة من طلاق بائن أو وفاة، والتي يثبت نسب ولدها إذا جاءت به خلال سنة (خمس وستين وثلاث مئة يوم من تاريخ البينونة)، وذلك إذا لم تقر بانقضاء عدتها، فإن أقرت بانقضاء عدتها في مدة تحتمله، فإنه يثبت النسب إذا ولدت في أقل من ستة أشهر قمرية من وقت إقرارها، ولأقل من ثلاث مئة وخمس وستون يومًا من وقت البينونة أو الوفاة.
- أما الشريعة الإسلامية فقد اختلف فقهاؤها حول أقصى مدة الحمل التي حددها الشافعية والحنابلة بأربع سنين، وحددها المالكية بخمس سنوات، أما الحنفية فحددها بستين، فيما قال الظاهرية بأنها سنة قمرية⁽¹⁾.

المطلب الثاني:

الآثار المالية المتعلقة بالمرأة المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية.

تتمثل الآثار المالية لانحلال الرابطة الزوجية المتعلقة بالمرأة في حق النفقة والتمتع والتعويض عن الطلاق التعسفي ومتاع البيت، وبالمقابل تلتزم بتعويض الزوج في حالة الطلاق للنشوز أن كان هو المتضرر، وكذا بتقديم بدل الخلع.

الفرع الأول: الحقوق المالية للمرأة المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية.

إن أغلب الآثار المالية لانحلال الزواج تقتصر على الزوجة، غير أنها تمتد أيضا للبنات المحضونة.

أولاً- الحق في النفقة.

إن نفقة الزوج على زوجته مرتبطة باستمرار العلاقة الزوجية، ولأن آثارها تمتد لما بعد انقضاءها، فإن النفقة تبقى لغاية زوال كل ما يترتب عليها، لذلك نجد الزوج ملزمًا بها أثناء

¹ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 684؛ أحمد أباش، المرجع السابق، ص 373؛ مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص 260.

العدة وفق أحكام معينة، وأي إهمال قبل ذلك يرتب ضرورة الوفاء بها، بالإضافة إلى أنه مطالب بالنفقة على أولاده، وإن كانوا محضونين عند غيره، وهو ما سنتناوله فيما يلي:

1- نفقة العدة: هي اسم لما يصرفه الزوج على زوجته خلال فترة عدتها، وهي حق من حقوقها بعد انحلال الرابطة الزوجية، تثبت لها بموجب القانون في نص المادة 61 ق.أ التي جاء فيها "...ولها الحق في نفقة عدة الطلاق"، وهي لا تخرج عن أحكام النفقة الزوجية التي سبق التطرق لها إلا فيما يتعلق بضرورة أن تكون خلال فترة العدة، وأن تتعلق بالمطلقة فقط دون غيرها، لأن انحلال الرابطة الزوجية يكون إما بالوفاة أو بالطلاق أو بالفسخ.

أ- فالمعتدة من وفاة لا نفقة لها، لانتهاء الرابطة الزوجية بالموت، وإن كان يجوز لها السكن، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 61 ق.أ⁽¹⁾، حيث أعطى للمعتدة من وفاة حق البقاء في السكن العائلي لا تخرج منه إلا إذا ارتكبت فاحشة مبينة، ويرجع سبب عدم وجوب النفقة للمعتدة من وفاة أنها تأخذ نصيبها من التركة، وهو ما جاء صراحة في المادة 164 ق.أ.ش.ك.

ب- والمعتدة من زواج فاسد أو نكاح شبهة، لا نفقة لها عند جمهور الفقهاء، عدا المالكية الذين يستثنون المعتدة الحامل التي تستحق النفقة، أما غير الحامل أو المعتدة من نكاح مفسوخ باللعان، فلها السكن في المحل الذي كانت فيه فقط⁽²⁾.

ج- أما المعتدة من طلاق فلها النفقة وحق السكن في المنزل العائلي، وذلك سواء أكانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن بيننة كبرى أو صغرى، سواء أكانت حاملا أو حائلا، وذلك لأن نص المادة 61 جاء عاما يشمل كل مطلقة معتدة، ويتعين على المحكمة أن تحكم بها في نفس حكم الطلاق⁽³⁾، ويتم التنفيذ وفقا لإجراءات التنفيذ القضائية والجبرية، وهو ما أشارت إليه المادة 61 ق.أ.الجزائري⁽⁴⁾، والمادة 162 ق.أ.ش.الكويتي.

وتجدر الإشارة إلى أن المعتدة من طلاق لم يتم فيه الدخول لا نفقة لها، فرغم أن المادة جاءت عامة، غير أن هذه الحالة تخرج من دائرتها، لأن المطلقة قبل الدخول لم تتأكد لها

¹ التي جاء فيها "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة، ولها النفقة في عدة الطلاق".

² عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، 341.

³ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 291.

⁴ لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها، إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق.

النفقة بعد، كما أن الطلاق قبل الدخول لا عدة فيه، فلا مجال للحديث عن نفقة العدة، بالإضافة إلى أن المادة السابقة وردت فيها عبارة "لا تخرج الزوجة المطلقة... من السكن العائلي"، والمطلقة قبل الدخول لم تدخل منزل الزوجية حتى تخرج منه، لهذا فهي لا تسري عليها، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في عديد قراراتها منها القرار رقم 137571 الصادر بتاريخ 1996/06/18⁽¹⁾.

أما الشريعة الإسلامية فقد اختلف فقهاؤها منقسمين إلى عدة أقسام، وذلك حسب حالات المعتدة:

- المعتدة من طلاق رجعي أجمع الفقهاء على وجوب النفقة والسكن لها، لأنها في حكم الزوجة⁽²⁾.

- المعتدة من طلاق بائن اختلف حكمها حسب ما إذا كانت حاملا أم حائلا:

- فإذا كانت حاملا ذهب الجمهور من مالكية⁽³⁾ وحنفية⁽⁴⁾ وحنابلة⁽⁵⁾ والشافعية⁽⁶⁾ إلى تمتعها بحق النفقة والسكن العائلي حتى تضع حملها، أما الظاهرية والشافعية في رواية لهم فيرون بأنها لا تتمتع بحق النفقة⁽⁷⁾.

- أما إذا كانت حائلا فقد اختلف بشأنها الفقهاء كالتالي:

- الرأي الأول: يمثله الحنفية يرون أنها تستحق النفقة بشرط عدم الخروج من السكن المعد لها⁽⁸⁾.

- الرأي الثاني: يمثله المالكية⁽⁹⁾ والحنابلة⁽¹⁰⁾ والشافعية⁽¹¹⁾، ويرون أنها تستحق السكن ولا نفقة لها⁽¹⁾.

¹ - نقلا عن نبيل صقر عز دين، المرجع السابق، ص 113.

² - الجزيري، المرجع السابق، ص 1124-1125.

³ - عن عبد الرحمن بن محمد بن عوض الجزيري، المرجع السابق، ص 1125.

⁴ - السرخسي، المبسوط، الجزء 5، المرجع السابق، ص 21.

⁵ - أبو النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، الجزء 4، المرجع السابق، ص 118.

⁶ - الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء 3، المرجع السابق، ص 156.

⁷ - نقلا عن عبد الرحمن بن محمد بن عوض الجزيري، المرجع السابق، ص 1124-1125؛ محمد سمارة، المرجع السابق، ص 248-250.

⁸ - السرخسي، المبسوط، الجزء 5، المرجع السابق، ص 202.

⁹ - عن وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 659.

¹⁰ - أبو النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، الجزء 4، المرجع السابق، ص 118.

¹¹ - الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء 3، المرجع السابق، ص 156.

- الرأي الثالث: ويمثله الظاهرية، ويرون أنه لا نفقة ولا سكن لها⁽²⁾.
- أما المعتدة من وفاة فقد اختلفوا بشأنها، فيرى:
- المالكية: أنه لا نفقة لها ولا سكن إذا كانت حائلا، أما إذا كانت حاملا فليس لها النفقة ولها السكن للحمل⁽³⁾.
- الحنفية: لا نفقة ولا سكن لها حاملا كانت أم غير حامل⁽⁴⁾.
- الحنابلة: يفرقون بين المعتدة الحائل التي لا نفقة ولا سكن لها، والمعتدة الحامل التي لهم فيها قولان، الأول يرى أن لها النفقة والسكن وهي للحمل، والثاني يذهب إلى أنها لا تستحق لا نفقة ولا سكن، والحمل ينفق من نصيبه⁽⁵⁾.
- الشافعية: لا نفقة لها ولو كانت حاملا، أما السكن فلهم قولان، أحدهما يجيز لها السكن فيما الآخر لا⁽⁶⁾.
- أما تقدير نفقة العدة فيتم حسب الأحكام العامة لتقدير النفقة، وإن كان يطرح بعض التساؤلات والاشكالات، منها:
- مدى شمول مبلغ النفقة للسكن، حيث أن المشرع أقر لها بالبقاء أثناء فترة العدة في منزل الزوجية، وهو ما نجد تطبيقه في الواقع قليل جدا، حيث غالبا ما تخرج الزوجة من بيت الزوجية وتذهب إلى منزل أهلها قبل الطلاق، وتبقى لتعتد فيه بعده.
- رغم أن المشرع لم يتطرق لكيفية دفع قيمة النفقة، غير أن القضاء درج على دفعه نقدا، وهذا ما قد يضر أحيانا بالمطلقة المعتدة خاصة إذا كانت حاملا، حيث تضطر للخروج أو البحث عن من يوفر لها متطلباتها، وكان أفضل لو أن القضاء يأخذ بظروف كل حالة، فمن صعب عليها توفير حاجياتها ألزم المطلق بتوفيرها شخصيا أو تكليف خادم بذلك، أما من كان لا يشق عليها توفير الحاجيات فنقوم نقدا، وهو ما ذهب إليه فقهاء الحنفية حيث جعلوا الأمر بيد القاضي الذي له أن يفرض أصناف الطعام، وله أن يفرض قيمتها نقدا، أما الجمهور من

¹- الجزيري، المرجع السابق، ص 1124،

²- سمارة محمد، المرجع السابق، ص 247؛ الجزيري، المرجع نفسه، ص 1124.

³- الجزيري، المرجع نفسه، ص 1124-1125.

⁴- الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، الجزء 5، المرجع السابق، ص 249.

⁵- أبو النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، الجزء 4، المرجع السابق، ص 118.

⁶- الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء 3، المرجع السابق، ص 156.

المالكية والحنابلة والشافعية في أحد أقوالهم فذهبوا إلى أنها تفرض عينا إلا إذا اتفق على تقديرها نقداً.

ويعتبر دين النفقة من الديون الممتازة الذي يقدم على جميع الديون الأخرى، وهو ما تبناه المشرع الجزائري في المادة 993 ق.م، فإذا امتنع المطلق عن الوفاء به يكون قد ارتكب جنحة حسب المادة 737 مكرر من قانون العقوبات، مما يعرضه للعقوبات الواردة في المادة 331 من نفس التقنين.

وتنتهي نفقة العدة بنفس الطريقة التي ينتهي بها أي دين وفقاً للقواعد العامة، وذلك إما بالوفاء أو بما يعادله أو بدون وفاء، أما سقوطها فيكون في حالة وفاة أحد المطلقين أو ردة المعتدة، أو النشوز عند بعض الفقهاء⁽¹⁾.

2- **نفقة الإهمال:** يقصد بها تلك التي تجب على الزوج إذا ترك زوجته دون نفقة إهمالاً لها، وذلك قبل الحكم بالطلاق، وتتجسد هذه الحالة عندما تغادر الزوجة بيت الزوجية بعد خلافها مع زوجها، وتلتحق غالباً ببيت أهلها، سواء برضا زوجها أو بدونه، أو عندما يغادر الزوج بيت الزوجية دون ترك نفقة.

فالأصل أن النفقة تستحق ابتداءً من تاريخ رفع الدعوى، سواء كانت دعوى مستقلة تطالب فيها بالنفقة فقط أو تطالب بها في دعوى الطلاق حسب المادة 80 ق.أ التي جاء فيها: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى"، غير أن المشرع احتاط للحالات التي يغادر فيها أحد الزوجين مسكن الزوجية لمدة طويلة، فأورد استثناءً يجيز للقاضي أن يحكم للزوجة بنفقة إهمال عن المدة التي تدعيها على أن لا تتجاوز مدة سنة حسب ذات المادة، وذلك شريطة تقديم الدليل أو البينة على عدم النفقة⁽²⁾، وهو أمر يصعب من استيفاء المرأة لحقها، لأن تعذر الإثبات يلزم القاضي بالحكم بالنفقة ابتداءً من تاريخ رفع الدعوى⁽³⁾.

لقد أصاب البعض⁽⁴⁾ حينما أعاب على المشرع الجزائري تحديد المدة بسنة فقط، ورأى فيه تحيزاً واضحاً، وتغطية على الرجل في إهماله لأداء النفقة الواجبة عليه، ويقترح ترك المدة

¹ - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، 341.

² - تقيّة عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 241-242؛ لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص 140-141.

³ - لوعيل محمد لمين، المرجع نفسه، ص 143.

⁴ - لوعيل محمد لمين، المرجع نفسه، ص 142.

لإدعاءات الأطراف والإثبات وتقديم البينة، كما أن حقوق الزوجة في نفقة الإهمال قد تهضم في الحالة التي ترفع دعوى يطالب فيها الزوج بالطلاق والزوجة بالرجوع، وبالتالي لا تطالب بأي حق من حقوقها مما يضطرها بعد الحكم بالطلاق إلى اللجوء إلى رفع دعوى أخرى للمطالبة بهذه الحقوق، منها حق النفقة لمدة لا تتجاوز السنة، فيثور التساؤل حول التاريخ الذي تحسب منه هذه السنة، هل من تاريخ رفع دعوى الطلاق أم من تاريخ رفع دعوى المطالبة بالنفقة؟ إن المادة 80 سألقة الذكر تشير إلى تاريخ رفع دعوى النفقة، والمطلقة هنا لا يمكنها أن تطالب بالنفقة بعد صدور حكم الطلاق لانقضاء العلاقة الزوجية ما عدا نفقة العدة، لذلك ستفقد المطلقة حقها خلال المدة الفاصلة بين تاريخ رفع دعوى الطلاق ورفع دعوى النفقة، وكان على المشرع الجزائري أن يراعي هذه المسألة، ويشير إلى تاريخ رفع دعوى الطلاق إذا تعلقت النفقة بالمطلقة.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد اختلفوا حول هذه المسألة، فذهب المالكية والحنفية إلى القول بأن الزوج إذا لم يدفع النفقة لزوجته ثم انقضت المدة، فإنها تسقط وليس لها أن تطالب بها إلا فيما يلي مطالبتها بها ما لم يكن القاضي قد فرضها لها، واستثنى الحنفية من هذا الحكم المدة اليسيرة ما دون الشهر، حيث يمكن للزوجة أن تطالب بها، لأنها المدة التي تنهياً فيها الزوجة للجوء للقضاء للمطالبة بحقها.

وذهب جمهور الشافعية والحنابلة والظاهرية إلى عدم سقوط النفقة الماضية ويلتزم الزوج بأدائها من يوم توقفه عن دفعها، سواء أكان القاضي فرضها أم لم يفرضها⁽¹⁾.

وتختلف نفقة الإهمال عن نفقة العدة في:

- أنها ترتبط بفترة ما قبل الطلاق، فإذا تحقق انقضت، أما عدة الطلاق فهي لا ترتبط إلا بالطلاق، وتبدأ من تاريخ حصوله أو الحكم به.
- أنها واجبة الإثبات من طرف الزوجة، أما نفقة العدة فلا إثبات فيها.
- قد تتحقق نفقة العدة دون نفقة الإهمال في الحالة التي لا يوجد فيها إهمال أو تعذر اثباته،
- قد تتحقق نفقة الإهمال دون نفقة العدة في الحالات التي لا تجب فيها العدة.

3- نفقة الحمل والوضع والنفاس: تعتبر مصاريف وضع الحمل نفقة إضافية على عاتق الزوج طالما الوضع ناجم عن العلاقة الزوجية، وهو ما يؤكد القرار الصادر بتاريخ

¹ - غنای زکیة، المرجع السابق، ص 150-152.

2009/02/11⁽¹⁾، وكذلك من حقها المطالبة بمصاريف النفاس باعتبارها من عناصر النفقة، القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 10/6/2009⁽²⁾، وكذلك فإن مصاريف النفاس تشمل مصاريف العناية بالنفساء وصحة طفلها ونظامها الغذائي لمدة معينة، ولا تقتصر على العلاج والأدوية فقط، القرار الصادر بتاريخ 138/01/2011⁽³⁾.

4- نفقة وتجهيزات الوفاة: إذا انحلت الرابطة الزوجية بوفاة الزوجة وجب على الزوج تجهيزها وتكفيها، لأن الكفن كالكسوة حال الحياة، ويلزمه بذلك ولو كان لها مال⁽⁴⁾.

5- نفقة المحضونة: لم يتناول المشرع الجزائري مسألة نفقة المحضونة ضمن أحكام الحضانة، لأنها ليست موجبة بحكم الحضانة، وإنما بحكم البنوة بين المحضونة ووالدها أو المكلف بالنفقة عليها، لهد تطبيق بشأنها أحكام النفقة التي سبق مناقشتها، والتي يلتزم بها الأب عموماً حسب المادة 75 ق.أ التي أجبرته على النفقة على ولده⁽⁵⁾، فإذا كان لها مال وجب عليه أن تنفق على نفسها، وقد جعل المشرع نفقة الأنثى لغاية زواجها وتامم الدخول، حيث يصبح زوجها هو المكلف بالنفقة عليها، وبالتالي فالنفقة تبقى مستمرة حتى بعد انقضاء الحضانة ببلوغ سن الزواج.

ثانياً- الحق في التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق.

تستحق المطلقة التعويض كلما تضررت من انحلال الرابطة الزوجية، وهو ما حاول المشرع الجزائري تكريسه في قانون الأسرة بعد التعديل، حيث لم يقرنه فقط بالطلاق التعسفي الصادر من الزوج بإرادته المنفردة فقط، بل أوجبه أيضاً في حالة التطليق بإرادة الزوجة وفق المادة 53 ق.أ، وكذا الضرر الناتج عن الطلاق للنشوز، أما في الطلاق بالتراضي فيبقى خاضعاً لاتفاق الأطراف.

1- التعويض عن الطلاق التعسفي.

تطرق المشرع الجزائري التعويض عن الطلاق التعسفي في المادة 52 ق.أ وأعطى للمطلقة حق الحصول على تعويض عن الضرر اللاحق بها إذا تبين للقاضي تعسف المطلق، وهو ما

¹- المحكمة العليا، مجلة القضائية، العدد 01، سنة 2009، ص 269.

²- المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 2010، ص 219.

³- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد 2، سنة 2011، ص 266.

⁴- محمد سمارة، المرجع السابق، ص 253.

⁵- يقصد المشرع بالولد الذكر والأنثى.

تبناه المشرع التونسي في الفصل 31 م.أش، غير أنه أعطى ذات الحق للطرفين، أما المشرع الكويتي فقد تناول التفريق للضرر في المادة 130 ق.أ.ش ولكنه أجاز التعويض إذا كانت الإساءة مشتركة بين الطرفين، واقترحا كلاهما التفريق، وذلك بقدر الإساءة. إن استحقاق التعويض يستلزم ضررا جراء تعسف المطلق، ويتم وفق أحكام معينة نتناولها في ما يلي:

أ- تعريف التعويض عن الطلاق التعسفي والخلاف القائم حوله:

أ.1- تعريفه: هو "عقوبة مالية تجب على الطرف الذي أوقع الضرر بالطرف المتضرر لما أصابه من ضرر نتيجة استعمال الطرف الأول لحقه بوجه غير مسوغ"⁽¹⁾.
أ.2- الموقف من التعويض عن الطلاق التعسفي: إن الفقهاء القدامى اشترطوا متعة الطلاق ولم يعرفوا التعويض عن الطلاق التعسفي، أما الفقهاء المعاصرين فقد اختلفوا حول جوازه من عدمه:

- فهناك من⁽²⁾ أجاز له عدة اعتبارات، أهمها:

- إن السياسة الشرعية تأبى أن تصبح المرأة معرضة للفاقة والحرمان بسبب تعنت الزوج وظلمه⁽³⁾.

- إن الطلاق وإن كان حقا للزوج إلا أنه مقيد بأن تدعو الحاجة إليه.

- زجر الزوج وردعه عن إيقاع الطلاق بغير سبب.

- قياس التعويض عن الزوجة إذا خلعت زوجها وجب عليها منحه بدل الخلع، وهو أيضا إذا طلقها دون سبب وجب عليه دفع تعويض لها.

- إن الغرض من الزواج ليس الاستمتاع الشهواني فقط بل أسمى وأشرف من ذلك، لذلك

لا يعقل أن يتم الطلاق بغير سبب، فإن وقع وجب التعويض⁽⁴⁾.

- وهناك من ذهب⁽⁵⁾ إلى رفض التعويض عن الطلاق التعسفي لعدة اعتبارات، أهمها:

¹- جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 207-208.

²- مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص 243؛ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 187-188.

³- مصطفى السباعي، المرجع نفسه، ص 243.

⁴- جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 209-211.

⁵- محمد سمارة، المرجع السابق، ص 251-252.

- إن الطلاق حق مباح للزوج فإذا طلق يكون استعمل حقه الشرعي، ولا يعقل أن يطالب بالتعويض.
- قد لا يكون للطلاق سببا ظاهرا، ولكنه نفسي أو أحب الزوج ستره، فلا يجوز أن يطالبه بالبقاء مع زوجته وإلا وجب تعويضها.
- إلزام الزوج التعويض قد يؤدي إلى إجباره علي العيش مع زوجته وهو كارها، وما في ذلك من تعارض مع الأهداف العليا للزواج.
- عدم وجود أي نص أو دليل شرعي من القرآن والسنة.
- إن الزوجة عند الزواج كانت عالمة بحق الزوج في الطلاق فلا يجوز أن تتظلم بعد ذلك.
- أن التبعات المالية المترتبة على الطلاق من مؤخر الصداق ونفقة والعدة وامتعة الطلاق هي بمثابة تعويض للمرأة.
- قد يقع الطلاق لسبب وقائي كالطلاق قبل الدخول منعا لفساد متوقع ولا ضرر للزوجة، وهي تكسب نصف المهر ولا وجه للتعويض.
- أن التعويض عقوبة، وهي لا تكون إلا على فعل مجرم، والطلاق ليس بفعل مجرم⁽¹⁾.
- قد يؤدي إلى التعلل بأسباب وعلل لإثبات أن الطلاق كان لسبب مشروع أو بسبب الزوجة ذاتها، وذلك هروبا من التعويض⁽²⁾.
- ب- **شروط استحقاق التعويض:** يستحق التعويض إذا لحق المطلقة ضررا جراء تعسف الزوج في الطلاق، وهذا يستدعي:
 - ب.1- **تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق:** أوجب المشرع الجزائري في المادة 52 ق.أ التعويض لفائدة الزوجة إذا تبين للقاضي إيقاع الزوج الطلاق تعسفيا، غير أنه لم يحدد أحكامه ضمن قانون الأسرة، تاركا المجال لتطبيق القواعد العامة في القانون المدني والشريعة الإسلامية.
- **تعريف طلاق التعسف:** يقصد بالتعسف "استعمال الحق بشكل يؤدي إلى الإضرار بالغير إما لتجاوز حق الاستعمال المباح عادة أو لترتيب ضرر للغير أكبر من منفعة صاحب

¹ - جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 214-216.

² - مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق -دراسة مقارنة-، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه مقدمة إلى جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان، 2009-2010، ص 303.

الحق⁽¹⁾، أما طلاق التعسف فيقصد به "مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص"⁽²⁾، أي مخالفة الهدف من الطلاق وهو الخلاص من حياة زوجية يشوبها عدم الاستقرار، وتستحيل معها العشرة، فيعمد إلى القضاء على حياة زوجية لا تشوبها عيوباً جديدة.

- **الاختلاف حول فكرة التعسف في الطلاق:** لقد اختلف الفقهاء حول تحقق التعسف في الطلاق، وذلك تبعاً لخلافهم حول حكم أصل الطلاق، الحظر أو الإباحة، وانقسموا إلى اتجاهين اثنين:

- **الاتجاه الأول:** يرى أن الأصل في الطلاق الإباحة، وأن الله تعالى ملك الزوج الطلاق بإرادته، فهو حر في إيقاعه متى شاء، وأن الزوجة عند زواجها كانت عالمة بحق الزوج هذا، فلا يجوز لها أن تتظلم منه بعد ذلك.

- **الاتجاه الثاني:** يرى أن الأصل في الطلاق الحظر، سواء كان ديانياً أو قضائياً، لذلك لا يجوز إيقاعه دون مسوغ، فإن وقع كذلك كان تعسفاً⁽³⁾.

- **صور طلاق التعسف:** لقد أوجب المشرع الجزائري التعويض عن طلاق التعسف، غير أنه لم يحدد حالاته أو صورته، وذلك عكس المشرع التونسي الذي أوجب التعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في حالتين أوردهما الفصل 31 م.أ.ش، وهما: إذا طلب أحد الزوجين الطلاق بسبب ما حصل له من ضرر، أو كان الطلاق بناء على رغبة الزوج أو مطالبة الزوجة به.

لذلك ولتحديد صورته لابد من الرجوع إلى أحكام القانون المدني الذي حدد صور التعسف في استعمال الحق في المادة 41 منه، وبإسقاطها على الطلاق يمكن القول أنه يتحقق في الحالات التالية:

- **إذا وقع الطلاق بقصد الإضرار بالزوجة:** إذا كان الزوج يرمي من وراء طلاق زوجته الإضرار بها لا غير، فإنه يلزم بالتعويض لسوء نيته، والتي يتم إثباتها بكافة طرق الإثبات، ومن صور هذا النوع من الطلاق طلاق المريض مرض الموت، الذي يقصد به المرض الذي يغلب عليه الهلاك، فإذا طلق الزوج زوجته حال مرض الموت أو كان في حالة يغلب عليها

¹ - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 530.

² - جميل فخري محمد جانم، منعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 196.

³ - غنای زکیة، المرجع السابق، ص 197-198.

الهلاك قصد الفرار من الميراث كان متعسفا في استعمال حقه، فيعامل بعكس ما أراد، وترث زوجته منه إلا إذا قام دليل على جدية أسباب الطلاق⁽¹⁾.

- إذا وقع بهدف الحصول على فائدة قليلة مقارنة بالضرر الناشئ للزوجة: كما لو طلق الزوج زوجته لأنها تتجلب له البنات فقط، وهو يريد الذكور، لا يعتد بالنية هنا وبإل العبرة بسلوك الذي يقدر بالرجوع إلى سلك الرجل العادي⁽²⁾.

- إذا كان بهدف الحصول على فائدة غير مشروعة: كما لو طلقها بهدف الانتقام من أحد أقاربها لخلافه معه.

أما القضاء فقد درج على اعتبار الطلاق تعسفيا في عدة حالات، منها:

- انعدام المبرر أصلا، أي أن الزوج لم يقدم أي سبب للطلاق، ويستوي هنا أن لا يكون للزوج سبب أو له سبب ولكنه يعرض عن الإفصاح عنه.

- انعدام المبرر الشرعي، أي أن الزوجة لم ترتكب خطأ من جانبها في حق الزوج، أو المنطقي، أي سبب الطلاق مبالغ فيه، أو الجدي.

- وقوع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج دون إرادة ورغبة الزوجة أو خطأ منها⁽³⁾.

إن التعسف في استعمال الطلاق لا يحرم الزوج من ممارسة هذا الحق، وإنما يترتب عليه لزوجه حقا آخر يقابله هو مبلغ مالي ينشأ في ذمة زوجها، إن تضررت من ذلك.

ب.2- **تضرر المطلقة من الطلاق:** يشترط القانون أن يدفع التعويض للمطلقة تحت شرط الضرر اللاحق بها، غير أنه لم يحدد المقصود ولا الأحكام الخاصة به.

- **تعريف الضرر:** الضرر هو "الخسارة المادية أو المعنوية التي تلحق بحق المضرور نتيجة التعدي الذي يقع عليه"⁽⁴⁾، أو هو "الأذى الذي يلحق بالمضرور جراء الخطأ الذي ارتكبه الشخص المسؤول مدنيا"⁽⁵⁾.

- **الضرر المستوجب للتعويض:** إن الضرر نوعان، مادي ومعنوي، فالأول يقصد به "ما يصيب الشخص في جسمه أو ماله"⁽⁶⁾، أما الثاني فهو "الذي يلحق الشخص في حقوقه أو في

¹ - مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص 242-243.

² - غناي زكية، المرجع السابق، ص 25.

³ - غناي زكية، المرجع نفسه، ص 27-28.

⁴ - غناي زكية، المرجع نفسه، ص 37.

⁵ - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، ص 134.

⁶ - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام، المرجع نفسه، ص 147.

مصلحة غير مالية، أي ما يصيبه في كرامته أو شعوره أو شرفه أو معتقداته الدينية أو عاطفته"⁽¹⁾.

لقد أغفل المشرع الجزائري تحديد المقصود بالضرر هل المادي فقط أم المعنوي أيضا، مما أثار جدلا حول التعويض عن الضرر المعنوي، خاصة وأنه ثابت في كل الحالات وبمجرد الطلاق، فظهر اتجاهين فقهيين، هما:

- **الاتجاه الأول:** يرى أصحابه⁽²⁾ أن التعويض يشمل الضرر المعنوي، وهو متوفر في كل الحالات، والضرر المادي الذي يتعين إثباته، كمن يشترط على زوجته ترك وظيفتها ثم يطلقها تعسفا.

- **الاتجاه الثاني:** يرى أصحابه⁽³⁾ أن التعويض يشمل الضرر المعنوي فقط، وهي ذاتها أحكام المتعة، ويعتقدون أن الضرر المادي لا يعالج بالتعويض بل بعلاجات أخرى، فطلاق الزوج زوجته وهي حائض يعالج بمراجعتها مع احتساب الطلقة والرجعة، والمطلق لحرمانها من الميراث يعالج بتوريثها، وطلاق الهازل والسكران يقع طلاقه وتحتبس طلقة، وهكذا لكل خطأ علاج بعيدا عن التعويض.

نعتقد أن الرأي الأول أصوب خاصة وأن عبارة الضرر التي أوردها المشرع جاءت عامة، وبالتالي تشمل الضررين معا المادي والمعنوي، كما أن إقصاء الضرر المادي وإعدام إمكانية حدوثه يضر بالمطلقة إذا وقع.

لم يتناول المشرع الكويتي في هذه الحالة لأنه أوجب المتعة فقط، عكس المشرع التونسي الذي أشار في الفصل 31 سابق الذكر إلى أن التعويض يشمل الضرر المادي والمعنوي.

ب.3- حصول الضرر بسبب الطلاق، وهو بمثابة العلاقة السببية بين التعسف الصادر من الزوج المطلق والضرر اللاحق بالمطلقة.

إن توفر الشروط السابقة يقيم مسؤولية المطلق على تضرر المطلقة مما يستوجب تعويضها عما أصابها.

3- مقدار التعويض، لقد أقر المشرع الجزائري استحقاق المطلقة للتعويض في حالة تعسف الزوج في الطلاق في المادة 52 ق.أ، غير أنه لم يحدد كيفية تقدير هذا التعويض مما يثير

¹ - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام، المرجع نفسه، ص 153.

² - منهم عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 306.

³ - منهم غناي زكية، المرجع السابق، ص 40-41.

التساؤل حول إمكانية الرجوع إلى القواعد العامة المعروفة في القانون المدني، والمتعلقة بالتعسف في استعمال الحق، أم أنه يراعي مسائل أخرى تتعلق باعتبارات شخصية نظرا لخصوصية عقد الزواج والطلاق، وهل يخضع تقدير هذا التعويض لأحكام معينة أم أنه يقدر حسب حال الزوجين، ومراعاة ظروف المعاش كما في النفقة؟

إن سكوت المشرع عن هذه المسألة يعني منح القاضي سلطة تقديرية واسعة، تمكنه من إعتداد المعايير التي يراها مناسبة، وهو ما تبناه القضاء في العديد من قراراته، منها القرار الصادر في 2007/07/12⁽¹⁾.

نعتقد أنه من الأصوب أن يراعي القاضي جسامة الخطأ والضرر اللاحق بالمطلقة بالانسجام مع حال الزوجين خاصة الزوج، وإن كان من الفقهاء من يرى أن القاضي يراعي فقط جسامة الضرر اللاحق بالمطلقة جراء الطلاق التعسفي⁽²⁾، فيما يرى آخرون أن القاضي عليه مراعاة حال الزوجين وظروف المعيشة، وغلاء الأسعار⁽³⁾، بينما ربطه آخرون⁽⁴⁾ بنسبة التعسف ودرجة الضرر، كما نعتقد أنه من المستحسن لو حدد الحد الأدنى للتعويض حتى لا تضار الزوجة وتهضم حقوقها.

لم يحدد المشرع كيفية دفع التعويض، ولكن بالرجوع إلى أحكام القانون المدني في المادة 132 منه نجدها تجيز للقاضي الحكم بالتعويض مع تقسيطه على دفعات حسب رغبة المطلقة، ويرى البعض⁽⁵⁾ أن التعويض يجب أن يغطي نفقة سنتين على الأقل، فيما يرى آخرون⁽⁶⁾ أن التعويض لا يجوز أن يتجاوز مدة سنة.

نعتقد أن المشرع الجزائري أصاب في منح السلطة التقديرية للقاضي في هذه المسألة، غير أنه كان من المستحسن لو حدد المدة القصوى لتقسيط التعويض حتى لا تضار الزوجة وتهضم حقوقها.

أما المشرع التونسي فقد منح القاضي سلطة تقدير الضرر المعنوي، بينما خص المرأة في الضرر المادي بالإختبار بين جناية عمرية أو رأس مال، وقد أورد أحكام هذه الجناية في

¹ - مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 303.

² - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 188.

³ - مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 304.

⁴ - تقيّة عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 223-222.

⁵ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 187.

⁶ - مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص 243.

الفصل 31 سالف الذكر بقوله "...بالنسبة للمرأة يعوّض لها عن الضرر المادي بجراية تدفع لها بعد انقضاء العدة مشاهرة وبالحدول على قدر ما أعادته من العيش في ظلّ الحياة الزوجية بما في ذلك المسكن. وهذه الجراية قابلة للمراجعة ارتفاعا وانخفاضا بحسب ما يطرأ من متغيرات. وتستمرّ إلى أن تتوفّى المفارقة أو يتغيّر وضعها الاجتماعي بزواج جديد أو بحصولها على ما تكون معه في غنى عن الجراية. وهذه الجراية تصبح ديناً على التركة في حالة وفاة المفارق وتصفى عندئذ بالتراضي مع الورثة أو على طريق القضاء بتسديد مبلغها دفعة واحدة يراعى فيها سنّها في ذلك التاريخ..." أما إذا اختارت التعويض في شكل رأسمال، فيدفع لها مبلغ مالي يحدده القاضي دفعة واحدة.

رغم أن هذا الحكم يبدو مرهق للزوج، وقد يجعله يبتعد عن الطلاق خوفاً من التعويض، وليس حبا ورغبة في المحافظة على أسرته وزوجته، إلا أنه يحفظ حقوق المرأة، ويستحسن لو أخذ به المشرع الجزائري.

2- الحق في التعويض عن الضرر اللاحق بها نتيجة التطلق وفق المادة 53 ق.أ.

إضافة إلى تعويض المطلقة عن الطلاق بإرادة الزوج المنفردة يشمل التعويض حتى الحالات التي يكون التطلق بطلب منها، حيث أجاز المشرع الجزائري في المادة 53 مكرر ق.أ للقاضي الحكم بتعويض المطلقة لأحد الأسباب الواردة في المادة 53 ق.أ، والتي سبق التطرق إليها عند مناقشة حل الزواج بإرادة الزوجة، ولم يحدد المشرع أية أحكام خاصة به، وإنما يخضع للقواعد العامة، سواء من حيث الإثبات أو التقدير، ويتمتع القاضي بسلطة واسعة في تقدير وجود الضرر المستوجب للتعويض، وفي تقدير قيمة التعويض.

وكذلك تبناه القانون الكويتي في المادة 130 ق.أ.ش إذا كانت الإساءة من الزوجين وطلبا التفريق وجب التعويض بما يتناسب مع الإساءة، فيلتزم الزوج هنا بتعويض الضرر اللاحق بالمطلقة بقدر إساءته، مع الإشارة أن التفريق للضرر في القانون الكويتي يكون لكلى الطرفين، غير أن المشرع الكويتي أضاف للزوجة تعويضا تحت مسمى المتعة يدفعه الزوج لها، ولكنه ربطها في الضرر ألا يكون من طرفها، وأن لا يكون التفريق لعدم الانفاق لإعسار الزوج، وحالات أخرى يتم ذكرها مع أحكام المتعة لاحقا.

وأيضاً تبناه القانون التونسي في الفصل 31 سالف الذكر، حيث أجاز التعويض إذا تم التفريق للضرر، وهو حق ممنوح للطرفين، فيجوز للزوجة الحصول على التعويض للضرر اللاحق بها على النحو الذي سبق بيانه⁽¹⁾.

3- الحق في التعويض عن الضرر اللاحق بها نتيجة التفريق للنشوز.

إذا ثبت نشوز أحد الزوجين وحكم القاضي بالطلاق وفق المادة 55 ق.أ.ج على النحو الذي تم مناقشته، وكان الزوج هو الناشز وتضررت الزوجة من ذلك، جاز الحكم بالتعويض لها، وبينما لم يحدد المشرع أية أحكام خاصة لا بالضرر ولا بالتعويض، فإن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تقدير وجود الضرر، وفي تقدير قيمة التعويض معتمداً على القواعد العامة مع مراعاة الأحكام الخاصة لعقد الزواج. وتسري على اتفريق للنشوز في القانون التونسي والكويتي أحكام التفريق للضرر، لأنها تندرج ضمنها.

ثالثاً- حق المرأة في متعة الطلاق.

إن حق المتعة معروف في الشريعة الإسلامية التي تناوله فقهاؤها بتفصيل دقيق، بينما لم يتبناه المشرع الجزائري بنص قانوني صريح، وإنما ضمناً وفق المادة 222 ق.أ. التي تحيل للشريعة الإسلامية فيما لم يوجد فيه نص، أما القانون الكويتي فقد تناولها في المادة 165 ق.أ.ش، وأدرجها تحت عنوان التعويض بسبب الفرقة.

1 - تعريف المتعة: يقصد بالمتعة "مال يعطيه الزوج لزوجته عند الطلاق جبراً لخاظرها وتعويضاً لها عما يمكن من ضرر"⁽²⁾، أو هي "المال الذي يدفعه الزوج لزوجته بعد الطلاق لتخفيف عنها ألم فراقها وجبراً لخاظرها بسبب الطلاق"⁽³⁾، أو هي "مال يعطيه الزوج لمطلقاته زيادة على الطلاق لتطبيب نفسها وتعويضاً لها عن الألم الذي لحقها بسبب الفراق بينهم"⁽⁴⁾.

فالمطلق ملزم بدفع مبلغ مالي لمطلقاته بأمر من الله تعالى في قوله: "لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة، ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر

¹ - فاطمة الزهراء بن محمود، المرجع السابق، ص 139.

² - أحمد باش، المرجع السابق، ص 342.

³ - بن عيشوش فاطمة، حق المطلقة في المتعة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة-مخبر نظام الحالة المدنية، المجلد الخامس، عدد 1، سنة 2018، ص- ص 183-195، ص 186.

⁴ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 702.

قدره متاعا بالمعروف حقا على المتقين"⁽¹⁾، وقوله عز وجل: "يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فمالكم من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا"⁽²⁾.

2- سبب المتعة: لقد اختلف الفقهاء حول السبب الذي فرضت لأجله نفقة المتعة، فذهب:

- الحنفية والحنابلة إلى أن المتعة شرعت بدلا عن مهر المثل في الحالات التي تستحق فيها المطلقة نصف المهر، وبدل الواجب واجب، أي أن المتعة بدلا عن المهر، فهي تقوم مقامه عند عدم تسميته.

- الشافعية إلى أن سببها الإيحاء⁽³⁾ والاستبدال⁽⁴⁾، فيما اكتفى بعض المالكية وبعض الحنفية بالإيحاء فقط.

- المالكية إلى أنها شرعت لتعويض المرأة وتطيبها لنفسها وجبرا لخاطرها من الألم الحاصل لها بالطلاق، وتسليتها لها على الفراق.

- وبعيدا عن هذا ذهب الإمام أبو يوسف من الحنفية إلى أن المتعة غير معللة بل وجبت ابتداء، ولم تجب بطريق البديل⁽⁵⁾.

ويرى البعض⁽⁶⁾ أن الحكمة من المتعة تكمن في أمور عدة، منها:

- زجر وردع الرجل الذي لا يرتدع بالإيمان والتقوى والخوف من عقاب الله، واستنفاد وسائل الإصلاح الممكنة، فتجعله يفكر مليا قبل إجراء الطلاق، وذلك بقصد التقليل منه.

- تعويض المرأة عما لحقها من ضرر مادي كترك الوظيفة، أو معنوي كفقدانها للطمأنينة على نظام حياتها في كنف الزوج.

- مساعدة المطلقة ماديا عقب الطلاق، خاصة إذا لم يكن لها معيل.

1 - الآية 236 من سورة البقرة.

2 - الآية 49 من سورة الأحزاب.

3 - نقصد به الخلوة والهيم والخوف.

4 - هو الامتھان.

5 - عن جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 71-72.

6 - جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 73-75.

- جبر خاطر المرأة المنكسر بالطلاق، وتسليية لها عن وحشة الفراق وإزالة الحزن والكآبة التي تعيش فيها.

- المواساة المعنوية ورفع الظلم عن المطلقة التي قد تشعر بعد الطلاق بالحقد والكراهية في نفسها وبالظلم يحيط بها.

3- حكم متعة الطلاق، لقد اختلف الفقهاء حول إجبارية المتعة على المطلق بين موجب ومستحب لها:

- المالكية⁽¹⁾: يرون المتعة مستحبة لكل مطلقة، إلا المطلقة قبل الدخول إذا سمي لها مهر فلا متعة لها.

- الحنفية⁽²⁾، يرون وجوب المتعة للمفوضة قبل الدخول إذا لم يسمى لها مهرا، أما بعد الدخول فهي مستحبة.

- الشافعية⁽³⁾، يفرقون بين:

- المطلقة قبل الدخول التي لم يسمى لها مهر، متعتها واجبة.

- المطلقة قبل الدخول التي سمي لها مهرا أو فرض لها قبل الطلاق، لا متعة لها.

- المطلقة المدخول بها، سواء فرض لها مهر أم لا، لهم فيها قولان، القديم الذي يرى أنه لا متعة لها، والجديد الذي يرى باستحقاقها لها.

- الحنابلة⁽⁴⁾، يرون أن كل مطلقة ليس لها مهر تستحق المتعة، أما التي يثبت لها المهر أو نصفه فلا متعة لها، وبالتالي فهم يفرقون بين:

- المفوضة قبل الدخول التي لم يسم لها مهر، تستحق المتعة.

- المطلقة غير المفوضة التي لم يسم لها مهر ولم يدخل بها تستحب لها المتعة.

- المفوضة بعد الدخول، والتي لم يسم لها مهرا لا متعة لها، لأنها تأخذ مهر المثل.

- المطلقة المدخول بها، سواء سمي لها مهر أم لا، لا متعة لها.

¹ - مالك بن أنس بن مالك الأصبجي، المدونة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 283؛ أبو زيد القيرواني، الرسالة في فقه الإمام مالك، المرجع السابق، ص 69.

² - السرخسي، المبسوط، الجزء 6، المرجع السابق، ص 61؛ الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، الجزء 5، المرجع السابق، ص 51.

³ - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 9، المرجع السابق، ص 547-548.

⁴ - منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، مراجعة وتعليق هلال مصيلحي مصطفى هلال، الجزء 11، دار الفكر-بيروت ودار عالم الكتب-بيروت، ص 506-507.

أما المشرع الكويتي فقد أجاز المتعة لكل مفارقة بعد الدخول، إلا في حالة التطليق لعدم الانفاق لإعسار الزوج، أو للضرر إذا كان بسبب الزوجة، أو الطلاق برضاها، أو فسخ الزواج بطلب منها، أو وفاة أحد الزوجين.

نعتقد أنه من الأرجح الأخذ بوجوب المتعة لكل مطلقة دون رضاها، لأن الحكمة من إباحة المتعة متوفرة مع كل مطلقة.

إن الأحكام السابقة تسري على المطلقة بإرادة الزوج المنفردة، أما المفترقات عن أزواجهن بإرادتهن فقد أجمع جمهور الفقهاء من مالكية⁽¹⁾ وحنفية⁽²⁾ وشافعية⁽³⁾ وحنابلة⁽⁴⁾، على عدم ثبوت المتعة لها، أما الفرقة بالوفاة حيث لا إرادة لا للزوج ولا للزوجة، فقد ذهب جمهور الفقهاء من حنفية وشافعية وحنابلة إلى أنها لا تستحق المتعة⁽⁵⁾، فيما ذهب المالكية والشيعة والأوزاعي إلى أنها إذا لم يكن قد دخل بها، ولم يكن قد سمي لها مهرا، فليس لها صداق ولها المتعة والميراث⁽⁶⁾، أما المرأة التي تملك طلاق نفسها كالمفوضة أو المخيرة أو الموكلة أو التي اشترطت الطلاق فقد اختلف بشأنها الفقهاء، فذهب الحنفية والشافعية في الصحيح والحنابلة والمالكية في رواية إلى أنها تستحق المتعة، فيما منعها عنها المالكية في الصحيحة والاباضية⁽⁷⁾.

4- تقدير المتعة: اختلف الفقهاء في تقدير المتعة والمعايير المعتمدة في ذلك:

- فبينما ذهب المالكية إلى أن العبرة بحال الزوج، لأنه الملتزم بها.

- ذهب الحنابلة إلى أن العبرة بحال الزوج وبالعرف⁽⁸⁾.

1 - وقد خص المالكية بالذكر المختلعة والمبارأة والملاعنة، مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، المدونة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 240.

2 - السرخسي، المبسوط، الجزء 6، المرجع السابق، ص 62.

3 - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 9، المرجع السابق، ص 549-550.

4 - المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، ص 472.

5 - الحنفية: السرخسي، المبسوط، الجزء 6، المرجع السابق، ص 62؛ الشافعية: أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء 2، المرجع السابق، ص 475؛ الحنابلة: البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، الجزء 11، المرجع السابق، ص 508.

6 - جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 114-113.

7 - جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 106.

8 - البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، الجزء 11، المرجع السابق، ص 506.

- وذهب الحنفية إلى أن العبرة في تقدير المتعة بحال الرجل في المتعة الواجبة، وبحال الزوجة في المستحبة⁽¹⁾.

- فيما ذهب الشافعية إلى أن العبرة بحال الزوجين معا⁽²⁾.

لقد تناول المشرع الكويتي هذه المسألة، وأخذ بحال الزوج في تقدير المتعة في المادة 165 سالفه الذكر.

5- مقدار المتعة: لم يرد في القرآن نص يحدد مقدار المتعة تحديدا دقيقا، مما أدى بالفقهاء إلى الاختلاف فيما بينهم، فذهب:

- المالكية، يذهبون إلى عدم تحديد المتعة، بل تترك لرغبة الزوج، فإن أبي فلا يجبر⁽³⁾.

- الحنفية، يرون أن المتعة تقدر بالثياب وأدناها درع وخمار وملحفة⁽⁴⁾.

- الحنابلة، يرون أن أعلى المتعة خادم وأدناها كسوة تستعملها في صلاتها⁽⁵⁾.

- الشافعية، يفرقون بين القدر المستحب والواجب، فالمستحب إما خادما أو نفقة أو 30 درهما وأدناها ثياب، أما المتعة الواجبة فلها وجهان: الأول ما يقع عليه المال، والثاني يقدرها الحاكم⁽⁶⁾.

لقد قدرها المشرع الكويتي في المادة 165 سالفه الذكر بما لا يتجاوز نفقة سنة، تؤدي في شكل أقساط شهرية بعد انتهاء عدتها ما لم يتفق على خلاف ذلك.

6- المقارنة بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي.

إن استعمال المشرع لفظ "التعويض" بدل المتعة جعل التساؤل قائما حول اعتبارهما شيئا واحدا أو أنهما مختلفان، فتستحق الزوجة تعويضين أحدهما متعة والثاني تعويضا عن الطلاق التعسفي؟

لقد اختلفت الأحكام القضائية في اعتبار التعويض مختلف عن المتعة فتحكم بمبلغ التعويض عن الضرر مه المتعة، وبين من تعتبر التعويض هو ذاته المتعة وتقضي به فقط. والحقيقة أنه من خلال إجراء مقارنة بين المتعة والطلاق التعسفي يتبين أنهما مختلفان.

¹- السرخسي، المبسوط، الجزء 6، المرجع السابق، ص 63.

²- الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء 2، المرجع السابق، ص 476.

³- مالك بن أنس بن مالك الأصبجي، المدونة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 240.

⁴- السرخسي، المبسوط، الجزء 6، المرجع السابق، ص 62.

⁵- البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، الجزء 11، المرجع السابق، ص 506.

⁶- الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء 2، المرجع السابق، ص 476.

أ- التشابه بين المتعة والطلاق: تتشابه المتعة مع الطلاق في أن كلاهما:

- يأتي بعد الطلاق البائن، الذي يزيل الحل بين الزوجين.

- يعد جبرا لخاطر المرأة، وتخفيفا لها من ألمها.

- لا يؤثران على الحقوق المالية للزوجة كالمهر والنفقة⁽¹⁾.

ب- الفرق بين المتعة والطلاق التعسفي: يختلف التعويض عن الطلاق التعسفي عن المتعة

في عدة جوانب، منها:

- أن المتعة وردت فيها نصوصا قرآنية كثيرة صريحة وواضحة، أما التعويض فمجرد اجتهاد للفقهاء.

- أن المتعة تجب بمجرد الطلاق، ولكل مطلقة إذا أخذنا بأوسع المذاهب، أما التعويض فلا يتوجب إلا للمطلقة المتضررة من الطلاق التعسفي.

- أن المتعة تثبت في جميع حالات الفرقة، سواء أكانت طلاق أو فسخا أو تفريقا قضائيا، أما التعويض فلا يكون إلا في الطلاق الذي تعسف الزوج في إيقاعه.

- أن المتعة تجب للمطلقة بمجرد الطلاق، ومن غير إيداء الأسباب الطلاق، أما التعويض فيتوجب في حالة انعدام السبب المشروع للطلاق، ولتقدير ذلك لا بد من إيداء السبب، وهو ما يضر بالزوجة في بعض الحالات التي يطلقها الزوج لأسباب خاصة بها، ولا يرغب في البوح بها.

- أن المتعة تثبت للزوجة فقط دون الزوج، أما التعويض فقد يحكم به للزوج في بعض القوانين، كالقانون التونسي.

- أن المتعة هي حق من حقوق المطلقة بينما التعويض هو جزاء للمطلق جراء إساءة استعمال حقه في الطلاق.

- المتعة تدفع للمطلقة لجبر الضرر المعنوي اللاحق بها أما التعويض فهو يجبر الضرر المادي والمعنوي اللاحق بالزوجة⁽²⁾.

¹ جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 243.

² جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 234-235.

ثالثاً- متاع بيت الزوجية: يقصد بمتاع بيت الزوجية ما يشمله من أثاث ومفروشات وأدوات⁽¹⁾، فمن حق المطلقة أن تأخذ ما تملكه من متاع، غير أن التساؤل يثور حول ما ملكيتها لهذا المتاع، حينما يزعم كل واحد بأن المتاع كله أو بعضه ملكا له أو لمورثه. إن فصل وحسم هذا الخلاف يخضع للقاعدة العامة التي تقضي بأن "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"، فمن ادعى ادعاء ما عليه الإثبات، ومن تمكن من ذلك كان له الحق، فإذا أثبتت المطلقة أو ورثتها ملكيتها كان المتنازع عليه لها، وكذلك إذا أثبت المطلق أو ورثته ذلك.

أما إذا لم يكن لأي منهما بينة، فإن المشرع الجزائري واعتمادا على الفقه الإسلامي حسم المسألة في المادة 73 ق.أ التي فرقت بين المتاع المعتاد استعماله من طرف النساء، وفيه القول قول المطلقة أو ورثتها مع أداء اليمين، والمتاع المعتاد للرجال، وفيه القول قول المطلق أو ورثته مع اليمين، أما المشتركات بينهما فيقتسمانهما، وهو ما ذهب إليه المشرع الكويتي في المادة 73 ق.أ.ش، ما عدا أنه لم يتناول المشتركات بينهما، أما المشرع التونسي فقد أخذ في الفصل 26 م.أ.ش بقول الزوج بيمينه في المعتاد للرجال، وللزوجة بيمينها في المعتاد للنساء، فإن كان من البضائع التجارية فهو لمن يتعاطى التجارة منهما مع يمينه، أما المعتاد للرجال والنساء فيقتسمانه مع يمينهما.

وتبقى مسألة تحديد المتاع المعتاد للنساء أو المعتاد للرجال خاضع للسلطة التقديرية للقاضي. نعتقد أن النظر للحالة المادية للزوجين يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار مع إعطاء سلطة تقديرية للقاضي، فقد تكون الزوجة عاملة أو لها دخل مالي عكس زوجها، وهي من تعيل الأسرة وتملك كل ما فيها، فمن غير العدل أن تمنع من حقها هنا.

الفرع الثاني: التزامات المرأة المالية المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية.

قد يبدو أن المطلقة لا تلتزم بأية التزامات مالية تجاه مطلقها، غير أن هذا غير صحيح، حيث رتب عليها القانون التزامات مالية ناتجة عن انحلال الرابطة الزوجية سواء بإرادتها أو بدونها.

¹ - تقيية عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 250.

أولاً- التزام المختلعة بدفع بدل الخلع.

لقد أجاز المشرع الجزائري في المادة 54 ق.أ للزوجة فك الرابطة الزوجية بإرادتها وبطلب من القاضي بالخلع، غير أنه ألزمها بدفع مقابل مالي للزوج، وهو ما تبناه القانون الكويتي في المواد 111 ق.أ.ش، بينما لم يتبن المشرع اتونسي الخلع، غير انه أوجب التعويض للزوج إذا تضرر من الطلاق بإرادة الزوجة في الفصل 31 م.أ.ش.

1- تعريفه: لم يعرف المشرع الجزائري بدل الخلع صراحة، غير أنه يمكن استنتاجه من المادة 54 ق.أ سألقة الذكر، واعتباره مقابل مالي تدفعه الزوجة لزوجها مقابل أن تخالع نفسها منه، وهو ما ذهب إليه غالبية الفقهاء، كالقول بأنه "ما تبذله الزوجة لزوجها لقاء خلعها من عصمته"⁽¹⁾.

2- وجود البديل لصحة الخلع: لقد ألزم المشرع الجزائري وكذلك الكويتي الزوجة بدفع بدل الخلع لزوجها، غير أنه لم يوضح الحكم إذا اتفق الزوجان على وقوعه دون عوض، فهل يصح اتفاقهما؟

يعتبر بدل الخلع من المسائل الجوهرية في الخلع، والتي لا يمكن تغييبها أو الإتفاق على الخلع دونها⁽²⁾، كما أنه يذكر في حكم الخلع والقاضي ملزم بالحكم به، ويذهب البعض⁽³⁾ إلى عدم صحة الخلع في هذه الحالة، واعتباره طلاقاً بالتراضي يطبق بشأنه المادة 48 ق.أ، وهو رأي منطقي، فغير مفهوم اللجوء إلى الخلع بدون عوض فيما الطلاق بالتراضي ممكن وأسهل وأرفق بالطرفين، خاصة وأنه يوافق رأي بعض فقهاء الشريعة الإسلامية منهم الشافعية⁽⁴⁾ والحنابلة في رواية لهم⁽⁵⁾ والظاهرية والزيدية والجعفرية⁽⁶⁾، الذين يرون أن الخلع لا يصح إلا بعوض.

¹- عبد السلام عبد القادر، الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، مجلة الإحياء، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية-جامعة الحاج لخضر-باتنة، المجلد 10، العدد 1، 2008، ص-ص 562-604، ص 580.

²- عادل عيساوي، عوض الخلع في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر-قسنطينة، المجلد 5، العدد 10، 2016، ص-ص 143-204، ص 193.

³- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 212.

⁴- الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 10، المرجع السابق، ص 120.

⁵- المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، ص 483.

⁶- نقلا عن محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 283.

- فيما يذهب آخرون بإباحته دون عوض، وهو ما يوافق بعض المذاهب في الفقه الاسلامي، منهم المالكية⁽¹⁾ والحنفية⁽²⁾ والحنابلة في روايتهم الأخرى⁽³⁾، ويرون أن الخلع صحيح بدون عوض، لأنه قطع للنكاح، فيصح بلا عوض كالطلاق، ولأن الأصل في مشروعية الخلع أن توجد الرغبة عن زوجها فتطلب منه فراقها، فإذا أجابها حصل بعوض أو بغيره.

3- ما يصح بدلا للخلع: عبر المشرع الجزائري عن بدل الخلع بـ "مقابل مالي"، وهو ما يكون من النقود والأوراق المالية المعروفة والمتداولة، وكل الأشياء التي يمكن تقويمها نقدا أو عينا، على أن لا تكون غير مشروعة أو غير مباحة كالحم الخنزير، أو الخمر وغيرها، أي ما يصح أن يكون صداقا يصح أن يكون عوضا للخلع⁽⁴⁾، وقد عبر عنه المشرع الكويتي في المادة 114 أ.ش بقوله "كل ما صح التزامه شرعا صلح أن يكون عوضا في الخلع"، فيجوز أن يكون دينا للزوجة على زوجها حتى لو نفقة عدتها أو نفقة أولادها خلال مدة معينة، أو رضاعة ولدها خلال حولين، فإن توفيت أو جف لبنها وجب عليها أجره مثلها لما بقي من المدة⁽⁵⁾، وكذلك إذا أعسرت فيجب على الأب النفقة على الولد فيما يرجع عليها عند يسرها، أما الحضانة فلا تملك التنازل عليها، لأنها حق للأولاد لا للأمهات أو الآباء، وإن كان المالكية⁽⁶⁾ حسب المشهور عندهم يجيزون التنازل عن الحضانة شريطة عدم إلحاق الضرر بالولد، وقدرة والده على حضانتها⁽⁷⁾، بينما لم يتطرق المشرع الجزائري لهذه الأحكام، فيما تناولها القانون الكويتي في المادتين 117⁽⁸⁾ و118⁽⁹⁾ ق.أ.ش.

¹ - محمد عيش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 4، المرجع السابق، ص 10.

² - السرخسي، المبسوط، الجزء 6، المرجع السابق، ص 190.

³ - موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق عبد الله بن محمد المحسن وعبد الفتاح محمد حلو، الجزء 10، الطبعة الثالثة، 1417هـ-1997م، ص 439.

⁴ - أحمد شامي، المرجع السابق، ص 239.

⁵ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 499-500.

⁶ - محمد عيش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 6، المرجع السابق، ص 4.

⁷ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 501.

⁸ - والتي جاء فيها: "إذا اشترط في المخالعة أن تقوم الأم بإرضاع الولد، أو حضانتها دون اجر، أو بالإئناق عليه مدة معينة، فلم تقم بما ألزمت به، كان للأب أن يرجع بما يعادل نفقة الولد أو أجره رضاعته أو حضانتها.

ب. وإذا كانت الأم معسرة يجبر الأب على نفقة الولد وتكون دينا عليها".

⁹ - إذا اشترط الأب في المخالعة إمساك الولد عنده مدة معينة صح الخلع وبطل الشرط، وكان للحاضنة أخذ الولد ويلزم أبوه نفقته وأجر حضانتها".

4- مقدار العوض: لقد ترك المشرع الجزائري تقدير قيمة العوض لحرية للزوجين يتفقان عليه كما يريدان، سواء كان كثيرا أو قليلا، أما إن لم يتفقا أو اختلفا حوله فإن القاضي يحكم بمقدار صداق المثل عند الخلع، محاولا الموازنة بين حقوق الزوج الذي قد يتضرر لو قبض مبلغا يسيرا ويتزوج بمبلغ كبير قد يعجز عنه⁽¹⁾، وحقوق الزوجة التي قد يدفعها الزوج لرغبتها في الخلع إلى دفع مبلغ كبير تتضرر منه، فيما اشترط المشرع الكويتي الاتفاق على مقدار بدل الخلع، ولم يوضح الحكم في حالة عدم الاتفاق.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد اختلفوا، حيث ذهب المالكية إلى أنه يجوز أن يأخذ أكثر مما أعطاه لها كصداق⁽²⁾، وذهب الشافعية⁽³⁾ إلى جواز أخذ أكثر من صداقها أو مثله أو أقل منه، وقال الحنابلة⁽⁴⁾ يستحب ألا يأخذ أكثر مما أعطاه لها، أما الحنفية فلهم روايتان الأولى تجيز أخذ أكثر من صداق الزوجة والثانية تعتبر الزيادة عليه مكروهة، فإن كان النشوز من الزوج فلا يحل له شيئا⁽⁵⁾.

ويثور التساؤل عن مدى اعتبار بدل الخلع تعويضا يخضع للأحكام المتعلقة بالضرر، أم أنه افتداء للزوجة من زوجها؟

لقد اختلف الفقهاء في الإجابة على هذا التساؤل، وانقسموا إلى قسمين، أحدهما يعتبره تعويضا عن الضرر اللاحق بالزوج جراء الخلع، ولكنه مسقف بعدم تجاوز صداق المثل⁽⁶⁾، بينما يرى آخرون أنه ليس تعويضا⁽⁷⁾.

نعتقد أن الأرجح اعتبار عوض الخلع مقابل افتداء الزوجة من زوجها، ولا يمكن اعتباره تعويضا بالمعنى القانوني، لأنه:

- أنه غير مرتبط بالضرر اللاحق بالزوج، فقد لا يلحقه أي ضرر، ومع ذلك يحكم ببديل الخلع.
- أنه غير مرتبط بارتكاب خطأ من طرف الزوجة أو التعسف فيه، وإنما يثبت بمجرد الخلع.

¹- داودي عبد القادر، المرجع السابق، ص 321.

²- مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، المدونة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 245.

³- الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 10، المرجع السابق، ص 12.

⁴- المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، ص 482.

⁵- السرخسي، المبسوط، الجزء 6، المرجع السابق، ص 183.

⁶- مسعودة إلياس، المرجع السابق، ص 182.

⁷- راضية بشير ومحمود لنكار، حق الزوج في التعويض عن فك الرابطة الزوجية بالخلع، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة

سكيكدة-الجزائر، المجلد 10، العدد 3، 2019، ص-ص 338-353، ص 345.

يعترض البعض⁽¹⁾ بشدة على تسقيف بدل الخلع بمهر المثل، ويرون ضرورة ربطه بالتعويض الذي يقدر من طرف القاضي بمراعاة معايير معينة، كقيمة الصداق ومدة الزواج وحالة الزوجة وأسبابه، كما ذهبوا إلى ضرورة إلزام الزوجة بذكر أسباب الخلع.

إن تغير وضع المرأة اليوم، حيث أصبح بإمكان الكثير من النساء تحمل قيمة بدل الخلع، فإنه أصبح لديها أيضا الوعي الكافي للموازنة بين الضرر الذي قد ينتج عن الخلع وبين الضرر النفسي الذي يلحقها جراء استمرارها في العيش مع زوج لا تترتاح له نفسيا، وحتى لو كان لديها أسبابا أخرى فلا يجوز إجبارها على ذكرها احتراماً لإرادتها، ولخصوصية الحياة الزوجية. نعتقد أن عدم ربط الخلع بالتعويض وتسقيفه بصداق المثل مسألة أصاب فيها المشرع الجزائري، وذلك حماية للمرأة التي لا دخل لها، أما الزوج لو تضرر بسبب الخلع غير ذلك الضرر اللاحق بمجرد وقوعه، فيمكنه طلب التعويض وفقا للقواعد العامة.

ثانيا - الالتزام بتعويض الزوج المتضرر في حالة الطلاق لنشوز الزوجة.

إذا كان التفريق لنشوز الزوج يترتب تعويض الزوجة، فإنه وتطبيقا لنفس المادة 55 ق.أ سابقة الذكر تلتزم الزوجة بتعويض الزوج المتضرر جراء التفريق لنشوزها، وفق سلطة القاضي التقديرية، وللقواعد العامة، لعدم تطرق المشرع لأحكام التعويض في هذه الحالة. أما القانون الكويتي فلم يأخذ بالتفريق للنشوز، لأنه تناول التطبيق للضرر عموما في المادة 130 ق.أ.ش، والتي تشمل النشوز، وأقر التفريق للضرر للزوج أيضا، وألزم الزوجة بتعويض زوجها بما يتناسب مع الإساءة التي سببتها له، وهو نفس الحكم للقانون التونسي الذي أوجب التعويض للطرف المتضرر في الفصل 31 م.أ.ش، مما يجبر المطلقة على تعويض الزوج إذا تضرر وتم التفريق لذلك، ويستفيد من التعويض عن الضرر المادي والمعنوي المقدر من القاضي في شكل مبلغ مالي، ولا يمنح الاختيار بين الجارية ورأس المال، الذي خصت به المرأة فقط، وقد سبق التطرق له.

نخلص في الأخير إلى أن المرأة تتمتع بمركز متوازن بين حقوقها وواجباتها في أغلب أحكام الزواج والطلاق والأثار المترتبة، وذلك منذ الخطبة ولغاية الوفاة أو الطلاق، فهي إما متساوية الحقوق والواجبات أو متناسبة مع طبيعتها وفطرتها، رغم أن سياسة المشرع الجزائري بدأت في الإنفتاح أكثر على مبدأ المساواة، إلا أنه هناك العديد من الأحكام التي تعوق هذا التساوي أو

¹ - راضية بشير ومحمود لنكار، المرجع السابق، ص 346-347.

الباب الأول: المركز القانوني للمرأة في أحكام الزواج وانحلاله

التناسب، خاصة في القانون الجزائري، الذي اختار التوسط بين القانونين التونسي والكويتي، فجاء بعد التونسي وقبل الكويتي فيما يتعلق بالانفتاح على تحرر المرأة، وبعد القانون الكويتي وقبل التونسي فيما يتعلق بالاهتمام بالتفاصيل والتعلق بالشرعية الإسلامية أكثر، كما أن المشرع الجزائري أصبح أكثر انفتاحاً على باقي المذاهب الفقهية دون المذهب المالكي.

الباب الثاني:

المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة

الشرعية والميراث

الباب الثاني:

المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

إن تصرفات الفرد لا تقتصر على الزواج والطلاق وما يترتب عليهما من أحكام فقط، وإنما تمتد لمختلف التصرفات التي يمكنه القيام بها في مختلف جوانب حياته، كما أن العلاقات الأسرية لا تتحصر بين الزوجين وأولادهما فقط، وإنما قد تمتد إلى الأقارب وغيرهم، كما في حالة الولاية والوصاية والكفالة وكل أحكام النيابة الشرعية، وكذلك في أحكام الميراث، وهو ما يطرح التساؤل عن مركز المرأة ومكانتها في ظل كل العلاقات التي تمسها، وهو ما سنتناوله في الفصلين التاليين، حيث:

- نخصص الأول لدراسة المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية.
- والثاني نخصصه لدراسة المركز القانوني للمرأة في أحكام الميراث.

الفصل الأول:

المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية.

الأصل أن كل شخص طبيعي له القدرة على القيام بأعماله ومباشرتها بنفسه، غير أنه قد يتعذر عليه ذلك في حالات محددة ولأسباب معينة، فيحتاج إلى من يقوم مقامه في أداء التزاماته وأعماله، ويكون ذلك في إطار النيابة الشرعية التي يقصد بها "قيام شخص مخصوص مقام آخر تعلقت به أسباب مخصوصة ليباشر عنه تصرفات مخصوصة"⁽¹⁾، أو هي "سلطة أقرها الشرع والقانون لفائدة شخص يطلق عليه اسم النائب الشرعي على أنفس وأموال أشخاص بسبب قصور في أهليتهم أو لظرف حال دون تدبيرهم لشؤونهم بأنفسهم"⁽²⁾، وهي بهذا المعنى تشمل الرعاية والحفاظ على مصالح الأشخاص الخاضعين لها، والتصرف في أموالهم والحفاظ عليها⁽³⁾، وإن كان من يرى أنها تشمل أموال القاصر فقط، ويرى أن المشرع الجزائري تبنى هذا القول⁽⁴⁾.

تتاول المشرع الجزائري أحكام النيابة الشرعية في الكتاب الثاني من قانون الأسرة في المواد 81-101، والتي بموجبها تقرر أن القانون يعين لعديمو الأهلية وناقصوها أشخاصا يقومون برعاية مصالحهم والقيام نيابة عنهم بالتصرفات القانونية التي تتطلبها تلك المصالح، وهؤلاء هم النواب القانونيين من أولياء وأوصياء وقيومون، وهم بطبيعة الحال دائما كاملوا الأهلية.

إن حساسية الموضوع وأهميته يلح في السؤال حول مركز المرأة فيه، خاصة بالنظر لمكانتها ومعاملتها في المجتمع، بالنظر إلى طبيعتها الفيزيولوجية الفطرية، والتي قد تسهل أن يكون غيرها نائبا عليها، وتصبح أن تكون نائبة على غيرها ذكرا كان أو أنثى؟

إن تحديد مركز المرأة في ظل الأحكام القانونية يتطلب دراسة أحكام إنابة الغير على المرأة، ثم أحكام إنابة المرأة على الغير.

¹ خالد بوشمة، نظرية النيابة الشرعية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، منشورات بغداددي، الجزائر، ص 16.

² محمد توفيق قديري، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري -دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية-، رسالة دكتوراه، جامعة محمد خيضر - بسكرة، 2017-2018، ص 10.

³ محمد توفيق قديري، المرجع السابق، ص 10.

⁴ عبد الجليل بويندير، النيابة الشرعية بين قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري - قسنطينة، المجلد 31، عدد 3، ديسمبر 2020، ص-ص 131-146، ص 132؛ خالد بوشمة، المرجع السابق، ص 17.

المبحث الأول:

أحكام إنابة الغير على المرأة.

لقد عانت المرأة كثيرا من التمييز ضدها، وسلبها حقوقها، ومنعها من القيام بمباشرة كل تصرفاتها بنفسها، لعدم تمتعها بالأهلية اللازمة التي تمكنها من ذلك، غير أن هذا الوضع اندثر ليحل محله وضع آخر تتزايد فيه حرية المرأة واكتمال أهليتها هليتها لمباشرة التصرفات التي تريدها، سواء باكتساب حقوق أو ترتيب التزامات، فلا تحتاج لمن ينوب عنها ويتولى شؤونها ما لم تكن في وضع يفرض ذلك، وهنا يطرح التساؤل حول المركز أو المكانة التي وصلت إليها، ومدى خضوعها لنفس الأحكام العامة، أم أنها تستقل بأحكام الخاصة تطبق عليها فقط لأعتبارها امرأة، خاصة فيما يتعلق بالحالات التي ينوب غيرها عليها، وكذا الأنظمة القانونية التي تُمارس في إطارها هذه النيابة، وهو ما سنناقشه في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: حالات إنابة الغير على المرأة.

المطلب الثاني: أنظمة إنابة الغير على المرأة.

المطلب الأول:

حالات إنابة الغير على المرأة.

إن اكتمال أهلية الشخص مرهون ببلوغه سن الرشد متمتعاً بكافة قواه العقلية، ولم يحجر عليه، وهو ما أكدته المشرع الجزائري في المادة 40 ق.م⁽¹⁾ والمادة 86 ق.أ⁽²⁾، وكذلك المادة 78 ق.م⁽³⁾ التي جعلت لكل شخص أهلية للتعاقد ما لم يطرأ عليها عارض يجعلها ناقصة أو عديمة بحكم القانون، فيما أحالت المادة 79 ق.م⁽⁴⁾ إلى تطبيق أحكام الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة على القصر والمحجور عليهم، وغيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها. بالرجوع لقانون الأسرة يتبين أن الشخص لا يخضع لأحكام خاصة تتطلب إنابة غيره عليه إلا إذا كان ناقص الأهلية أو عديمها لصغر السن أو للحجر عليه، وألحق بهم المفقود والغائب، وهي أحكام تشمل كل شخص سواء كان رجلاً أو امرأة، غير أنه وبحكم أن دراستنا تتناول المرأة فسنركز عليها فقط، مع الإشارة إلى الأحكام التي تختص بها في التشريعات المقارنة، وكذا الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول: إنابة الغير على المرأة لعدم اكتمال أهليتها لصغر السن.

يترتب على صغر السن إما انعدام الأهلية أو نقصها حسب قدرة الإدراك والتمييز التي تتناسب معه، وقد تناولته المشرع الجزائري بشكل منفصل عن عوارض الأهلية، ولم يجعله سبباً من أسباب الحجر، مخالفاً ما ذهب إلى القوانين المقارنة، حيث اعتبره القانون التونسي سبباً للحجر، وكذلك القانون الكويتي الذي تناوله مع الجنون والعتة، واعتبرهم محجورون لذاتهم، ودون حكم قضائي، بينما اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حوله.

¹ - جاء فيها: " كل من بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وسن الرشد هو تسعة عشر (19) سنة كاملة".

² - جاء فيها: "من بلغ سن الرشد ولم يحجز علي يعتبر كامل الأهلية وفقاً لأحكام المادة 40 من القانون المدني"، الأصح أن يستعمل المشرع لفظ يحجز بدلاً من يحجز.

³ - جاء فيها: "كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون".

⁴ - جاء فيها: "تسري على القصر وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة".

يتطلب معرفة الأحكام المتعلقة بالنيابة على المرأة قبل اكتمال أهليتها التطرق لمختلف المراحل التي تمر بها الأهلية، ومعرفة أهم الأحكام العامة المتعلقة بها.

أولاً- مفهوم الأهلية.

1- تعريف الأهلية: يقصد بها "صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلاً صالحاً لخطاب شرعي، أي صلاحيته لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه"⁽¹⁾، أو هي "صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب له هذا الحق أو ذلك"⁽²⁾، أو هي "الصفة التي يقدرها الشارع في الشخص، تجعله صالحاً للخطاب التشريعي، وتثبت له الحقوق، وتحمل عليه الواجبات، وتصح منه التصرفات"⁽³⁾، أو هي "مقدرة الشخص على الإدارة والالتزام، فتفترض أن لديه المؤهلات الذهنية التي تمكنه من اتخاذ القرار والالتزام بعد إدراك موضوعه ونتائجه، وما يترتب عليه من آثار في شخصيته أو ذمته المالية أو نشاطه"⁽⁴⁾.

2- أنواع الأهلية: تنقسم الأهلية إلى نوعين أهلية الوجوب وأهلية الأداء:

1.2- أهلية الوجوب: هناك عدة تعريفات لأهلية الوجوب اختلفت في الألفاظ واتفقت في المعنى الذي يتعلق في مجمله بـ "صلاحية الشخص لاكتساب حقوق وتحمل واجبات"⁽⁵⁾، وهي تثبت لكل إنسان ولد حياً حسب المادة 25 ق.م⁽⁶⁾، وكذلك المادة 10 من القانون المدني الكويتي، وتستمر طوال حياته صغيراً أو كبيراً، عاقلاً أو مجنوناً، سفيهاً أو رشيداً، فمناطقها

¹ - العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 155.

² - محمد سعيد جعفرور، المدخل إلى العلوم القانونية، المرجع السابق، ص 466.

³ - سلامي ساعد، مراحل الأهلية وأثر عوارضها على صحة التصرفات في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 6، العدد 2، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان (الجزائر)، 2021، صص 239-253، ص 241.

⁴ - محمد محجوب الصديق حسن، مفهوم الأهلية في الفقه الإسلامي والقانون، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد السابع، العدد 4، جامعة زيان عاشور - الجلفة، الجزائر، 2022، صص 952-962، ص 956.

⁵ - علي فيلاي، نظرية الحق، مغم للنشر، الجزائر، 2011، ص 203.

⁶ - التي جاء فيها: "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته.

على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حياً".

الحياة التي تتعدم بانعدامها كولادة الجنين ميتا، وتجب بوجودها، أي بولادة الجنين حيا، ولا تتأثر بأي عارض غير الموت، وهي تنقسم إلى:

- **أهلية الوجوب الكاملة:** وهي صلاحية الشخص لاكتساب كافة الحقوق والتحمل بكافة الالتزامات دون انقاص أو تقييد، وهي تبدأ بالميلاد حيا، وتنتهي بالوفاة.

- **أهلية الوجوب الناقصة:** وهي التي يتمتع بها الجنين قبل ولادته، وتمكنه من اكتساب الحقوق المنصوص عليها قانونا، والتي تتأكد بميلاده حيا، فتؤول إليه كلها، فيما تزول عنه إذا ولد ميتا، وتكون ناقصة لأنها تثبت من جهة الوجوب له لا عليه، وتقتصر على بعض الحقوق فقط، والتي نص عليها القانون، وأنها متوقفة على الميلاد حيا⁽¹⁾، وهو ما تبناه القانون الكويتي في المادة 10 ق.م.

- **أهلية الوجوب المقيدة بنص خاص:** وهي تقييد صلاحية الشخص لاكتساب بعض الحقوق، حيث يكون ممنوعا أو مقيدا من اكتسابها بنص قانوني خاص، حيث يكون المعني متمتعاً بأهلية الوجوب والأداء، غير أنه لا يمكنه قانونا اكتساب بعض الحقوق، وتكون في حالات معينة، منها:

- منع من الميراث قاتل مورثه عمدا وشاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه، والعالم بالقتل أو تدبيره ما لم يخبر السلطات المعنية، وذلك وفق المادة 135 ق.أ.
- منع الملاحن والمرتد من الميراث وفق المادة 138 ق.أ.
- منع المسلمة من الزواج بغير المسلم وفق المادة 30 ق.أ.
- منع كتاب الضبط والموتقين من شراء الحقوق المتنازع عليها الواقعة في دائرة اختصاص المحكمة التي يزاولون عملهم بها، وذلك حسب ما ورد في المادة 402 ق.م.
- منع المحامين والمدافعين القضائيين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها سواء كان التعامل بأسمائهم أو بأسماء مستعارة إذا كانوا هم الذين تولوا الدفاع عنها وإلا كانت المعاملة باطلة"، وهذا حسب المادة 403 ق.م.

¹ محمد مومن، أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي دراسة مقارنة مع الفقه الاسلامي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد 28، العدد 3، 2018، ص-ص 499-512، ص 449.

- منع النائب عن غيره من شراء ما كلف ببيعه بموجب النيابة، سواء باسمه أو باسم مستعار وذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية، وهو ما قضت به المادة 410 ق.م.

- منع السماسرة والخبراء من شراء الأموال المعهودة إليهم ببيعها أو تقدير قيمتها، سواء بأنفسهم أو باسم مستعار حسب المادة 211 ق.م.

2.2- أهلية الأداء: هي "صلاحية الشخص للالتزام بعبارته، وصدور الأفعال وممارسة التصرفات القانونية بنفسه على وجه يعتد به شرعا"⁽¹⁾، ومناطقها العقل والتمييز، حيث تدور معه وجودا وعدما، فإن غاب انعدمت، وإن نقص نقصت، فإن اكتمل اكتملت هي الأخرى، لهذا نجدتها تتراوح بين النقص والانعدام والكمال حسب السن والعوارض التي تدل على حالة العقل. وهي التي يتم التركيز عليها أثناء هذه الدراسة.

3- عوارض الأهلية: يقصد بها ما يطرأ على أهلية الانسان فيعدها أو ينقصها ويغير من أحكامها، وقد أشار المشرع الجزائري إليها في المادة 81 ق.م.⁽²⁾، وهي تتعلق بالجنون والعتة والسفه، وهي ذاتها عوارض الأهلية التي ذكرها في المادة 85 و101 من ذات القانون، ولم يفرق بين العوارض التي تعدم الأهلية، والتي تنقصها، مما جعل بعض الشراح يعتبرونهم جميعا عديمي الأهلية⁽³⁾، أي بما فيهم السفه، غير أن القانون المدني أشار إلى ذلك واعتبر الجنون والعتة عارضين معدمين للأهلية في المادة 42 منه، والعتة والغفلة عارضين منقسين لها في المادة 43 منه، والتي ذكرت الغفلة كعارض لم يتناوله قانون الأسرة، وهو ما يتبناه غاية الشراح.

أما القوانين المقارنة، فنجد القانون التونسي حدد عوارض الأهلية في المواد 5 و6 من مجلة الإلتزامات والعقود، حيث أشار إلى اختلال الشعور بما يخرج عن الإدراك، وضعف العقل والسفه والإفلاس 153-170 م.أ.ش، بينما ذكر القانون الكويتي الصغر والجنون والعتة والسفه الغفلة في المادة 85 ق.م.أ.ش، وكذلك المواد 98 و99 ق.م.

¹ - العربي بختي، المرجع السابق، ص 156.

² - جاء فيها: "من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه".

³ - سلامي ساعد، المرجع السابق، ص 248.

سنحاول التطرق لهذه العوارض بذكر بعض أحكامها المتعلقة الموضوع:

أ- **الجنون**: يقصد به الاختلال العقلي الذي يصيب الإنسان فيفقد الإدراك والتمييز⁽¹⁾، وعرف المالكية المجنون بأنه "المغلوب على عقله، فيصير لا يعقل ما يقول ولا يضبطه"، فيما عرفه الأحناف بأنه "اختلال القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقبیحة"⁽²⁾، أو هو "اختلال القوة المميزة بين الأشياء الحسنة والقبیحة المدركة للعواقب بأن لا تظهر آثارها، وأن تتعطل أفعالها"⁽³⁾، وهو نوعان:

- **الجنون المطبق والمتقطع**، فالأول يقصد به الجنون الدائم الذي لا يفارق الإنسان، أما الثاني فهو الذي يصيب عقل الإنسان فيسلبه حيناً ويعود حيناً آخر، وذلك في مواعيد منتظمة أو غير منتظمة⁽⁴⁾.

- **الجنون الأصلي والطارئ**: يقصد بالجنون الأصلي ذلك الذي يتزامن مع بلوغ الإنسان سن الرشد، أما الطارئ فيتحقق في حالة بلوغ الشخص عاقلاً ثم يطرأ عليه الجنون لاحقاً⁽⁵⁾.

ب- **العتة**: يقصد به "نقص العقل واختلال القدرة على التمييز، مما يجعل الشخص قليل الفهم غير قادر على التدبر السليم"⁽⁶⁾، أو هو "الخلل الذي يصيب العقل دون أن يبلغ مبلغ الجنون فيجعل صاحبه مختلط الكلام قليل الفهم"⁽⁷⁾، وهو يختلف عن الجنون في كون الأخير يصاحبه اضطراب وهيجان أما الأول فيلازمه الهدوء⁽⁸⁾.

¹ - سليمان الناصري، المرجع السابق، ص 154.

² - العربي بختي، المرجع السابق، ص 165.

³ - وزارة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء 16، الطبعة الثانية، طباعة ذات السلاسل-الكويت، 1409هـ-1979م، ص 99.

⁴ - العربي بختي، المرجع السابق، ص 165.

⁵ - محمد سعيد جعفر، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 528.

⁶ - الناصري سليمان، المدخل للعلوم القانونية على ضوء التشريعات في دولة الإمارات العربية المتحدة مقارنة بالقوانين العربية، المكتب الجامعي الحديث، 2005، ص 155.

⁷ - محمدي فريدة -زواوي-، المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، المنشورات العالمية، الجزائر، 2000، ص 79.

⁸ - محمدي فريدة -زواوي-، المرجع نفسه، ص 79.

ينقسم العته إلى نوعين، عته يعدم الإدراك والتمييز، يعرف بالجنون الساكن، يجعل صاحبه كالمجنون، وعته يكون معه إدراك وتمييز لكنه لا يرقى إلى درجة كامل الأهلية، فيكون كالصبي المميز⁽¹⁾.

ج- **السفه**: يقصد به "حالة تصيب الشخص تدفع به إلى إنفاق ماله بدون تمييز"⁽²⁾، والسفيه هو الذي يصرف ماله في غير موضعه أو يبذر في مصاريفه ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف، بما يعني إتلاف المال بوضعه على غير مقتضى العقل والشرع"⁽³⁾.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية، فقد عرفه المالكية بأنه "الضعيف العقل في مصلحة نفسه المطال في دينه"⁽⁴⁾، وعرفه الحنفية فقالوا: إنه من كان فعله ليس على نهج أفعال العقلاء لمكابرته عقله⁽⁵⁾.

ومنه يمكن القول أن السفيه هو ضعيف العقل خفيفه، والذي يبذر ماله ويتلفه على غير مصلحة، وعلى خلاف العقل والشرع، وذلك بسبب غضب أو فرح، وليس بسبب ضعف في العقل، بل يكون الإتلاف بسبب الانفعال الذي يعتريه، فلا يتحكم في إرادته ومن ثم لا يتصرف في ماله تصرفا سليما.

لقد أشار المشرع الجزائري في تقنين الأسرة إلى الجنون والعته والسفه كعوارض تجعل الشخص غير مكتمل الأهلية في المواد 81 و85 و101، غير أنه لم يفرق بين العوارض التي تعدم الأهلية والتي تنقصها.

د- **الغفلة**: يقصد بها الوقوع بسهولة في غبن بسبب سلامة نيته وطيب قلبه، وكثيرا ما يخطئ إذا تصرف⁽⁶⁾، وذو الغفلة هو الذي يصدق بكل ما يقال له، ولا يهتدي إلى التصرفات الرباحة والمقيدة فيلحقه الغبن في معاملاته المالية لسلامة نيته⁽¹⁾.

1 - محمد سعيد جعفر، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 531.

2 - محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون-نظرية الحق)، دار العلوم للنشر، الجزائر، 2006، ص 154.

3 - الناصري سليمان، المرجع السابق، ص 156.

4 - مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، المدونة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 787.

5 - السرخسي، المبسوط، الجزء 6، المرجع السابق، ص 502.

6 - بعلي محمد الصغير، المرجع السابق، ص 155.

إن الغفلة في رأي العلماء صورة من صور ضعف بعض الملكات العقلية، ومن سماتها أنها لا تؤثر في العقل ولا تخل به، لكنها من جانب آخر تؤثر في حسن الرأي ومعرفة المصلحة، فيصبح من أصيب بالغفلة لا يحسن تقدير الأمور تقديراً سليماً، ولا يهتدي إلى ما ينفعه بسبب ضعف الإدراك.

إن اعتبار الغفلة من عوارض الأهلية يخالف المادة 101 ق.أ التي حددت حصراً المحجور عليهم، ولم تدرجها ضمنها، وهو ما يمنع تبنيها أو تطبيق الحجر بسببها، إلا إذا أدرجت ضمن مفهوم السفه، وتطبيق نفس أحكامه عليها.

وقد أضاف الفقهاء عوارض كثيرة لم يأخذ بها القانون، منها:

الخطأ والاكراه والردة والإغماء والنوم والنسيان ومرض الموت والحيض والنفاس والموت والسكر والهزل.

3- موانع الأهلية: على الرغم من اكتمال أهلية الشخص دون أن يعتريه أي عارض من العوارض السابقة، إلا أنه قد يكون في ظروف معينة تمنعه من مباشرة تصرفاته القانونية، وهي إما موانع مادية أو طبيعية أو قانونية.

أ- الموانع الطبيعية: وهي التي تتعلق بطبيعة الشخص ويخص المصاب بعاهتين، كأن يكون أصم وأبكم، أو أعمى وأصم، أو أعمى أبكم، ولا يمكنه التعبير عن إرادته.

لم يتناول هذا المانع قانون الأسرة، غير أن القانون المدني تناوله في المادة 80 منه التي أجازت تعيين مساعد لذو العاهتين يساعده في إبداء تصرفاته القانونية والتعبير عنها، وهو لا ينوبه بل يعاونه فقط إلا إذا أذنت له المحكمة ذلك، وتكون تصرفات ذو العاهتين صحيحة وناظفة إلى حين تعيين مساعد قضائي له، أما بعد ذلك فتكون قابلة للإبطال إذا أبادها دون حضور الوصي⁽²⁾.

¹ - الناصري سليمان، المرجع السابق، ص 156.

² - محمدي فريدة -زراوي-، المرجع السابق، ص 83-84؛ بعلي محمد الصغير، المرجع السابق، ص 157.

ب- **الموانع المادية:** وهو غياب الشخص بحيث لا يستطيع مباشرة تصرفاته القانونية بشكل يعطل مصالحه، ويحدث له أضرارا له ولمصالحه⁽¹⁾، و يدخل ضمنه المفقود الذي صدر حكم بفقده، وقد تناوله قانون الأسرة في المواد 109 إلى 112.

ج- **الموانع القانونية:** يتحقق المانع القانوني بالنسبة لمن سلبت منه أهليته بحكم المحكمة، كما في حالة الحكم بإفلاس التاجر الناتج عن توقفه عن دفع ديونه وعدم قدرته على ذلك، حيث يعين محله وكيل التفليسة الذي يتولى إدارة أمواله فلا يستطيع هبة أمواله ولا الإيضاء بها⁽²⁾، أو بحكم القانون كما في حالة الحكم عليه بعقوبة جنائية كالإعدام، الحكم بالسجن حيث يعين له مقدم لإدارة أمواله طيلة فترة حكمه⁽³⁾.

لم يخص المشرع الجزائري المرأة بأحكام خاصة فيما يتعلق بأهليتها بل تطبق بشأنها الأحكام العامة التي تسري على الجميع، وهي التي تتعلق بها أحكام النيابة الشرعية، حيث يؤدي انعدامها إلى إنابة الغير على المرأة، أما في حالة اكتمالها الذي يتحقق ببلوغ سن الرشد دون حجر عليها حسب المادة 40 ق.م بعد إحالة المادة 86 ق.أ إليها، تكون كاملة الأهلية، وتكون كل تصرفاتها التي تبديها بإرادته السليمة صحيحة حتى لو كانت ضارة لها، وهو ما تبناه القانون التونسي في الفصل 157 م.أ.ش، والكويتي في المادة 96 ق.م.

ولا خلاف بين فقهاء الشريعة أن الشخص عند بلوغه رشيدا تكون تصرفاته صحيحة، ويعهد له بإدارة أمواله ومزاولة كافة تصرفاته⁽⁴⁾.

ثانيا- إنابة الغير على المرأة لعدم اكتمال أهليتها لصغر السن.

اعتبر المشرع الجزائري الصغر من الأسباب التي توجب الإنابة على الشخص، امرأة كانت أو رجلا، في المادة 81 ق.أ التي جاء فيها: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون"،

¹ - بعلي محمد الصغير، المرجع السابق، ص 156.

² - محمدي فريدة -زواوي-، المرجع السابق، ص 83.

³ - بعلي محمد الصغير، المرجع السابق، ص 157؛ فريدة محمدي -زواوي-، المرجع السابق، ص 81-82.

⁴ - العربي بختي، المرجع نفسه، ص 160-161.

والتي يتضح منها تفريقها بين فقدان الأهلية لصغر السن أو نقصها بسببه، فتكون المرأة في الحالة الأولى عديمة الأهلية وفي الثانية ناقصة، ولكل حالة أحكامها الخاصة:

1- انعدام الأهلية لصغر السن: لم يحدد قانون الأسرة السن الذي تكون فيه المرأة عديمة الأهلية، غير أنه أحال إلى القانون المدني في المادة 42 منه بموجب المادة 82 ق.أ، والذي حدده بثلاث عشرة سنة، حيث اعتبرت المادة 42 سألقة الذكر في فقرتها الثانية غير المميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سن، وهو لفظ يشمل المرأة والرجل، ونفس السن حدده القانون التونسي في الفصل 156 م.أ.ش، بينما حدده القانون الكويتي بسبع سنوات في المادة 86 ق.م.

تكون تصرفات عديم التمييز لصغر السن حسب المادة 82 ق.أ سألقة الذكر باطلة بطلانا مطلق، حيث جاء فيها: "من لم يبلغ سن التمييز لصغر السن طبقا للمدة (42) من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة"، وطبعا البطلان المقصود هنا هو البطلان المطلق الذي يقصد به "الجزء الذي يقره القانون عند تخلف ركن من أركان العقد أو رط من شروط صحتها"⁽¹⁾، وبالتالي فالعقد الباطل بطلانا مطلقا هو "العقد الذي لم يستوف ركن من أركانه أو شرط من شروط هذه الأركان"⁽²⁾، أي أنه ليس له وجود قانوني، ولا يترتب أية آثار قانونية، ولا تلحقه الإجازة ولا التقادم، وإن كانت الدعوى المتعلقة به تتقادم بمرور خمسة عشر سنة من إبرام العقد وفق المدة 102 ق.م، أما التصرفات فتشمل كل التصرفات القانونية سواء كانت ضارة أو نافعة أو دائرة بين النفع والضرر.

أما القانون المدني الذي جاء في مادته 42: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن..."، فلم ينص صراحة على حكم التصرف، وإنما اكتفى باعتبار عديم الأهلية لصغر السن غير أهل لمباشرة حقوقه المدنية، ومنح تلك السلطة لممثله الشرعي الذي يتولى ويباشر كل التصرفات الخاصة به، مما يعني ضمنا أنها باطلة بطلانا مطلقا.

¹ هجيرة تومي سامية بويزري، نظرية البطلان في القانون المدني، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار تليجي الأغواط، المجلد 5، العدد 1، السنة 2021، صص 245-285، ص 247.

² هجيرة تومي سامية بويزري، المرجع نفسه، ص 247.

في نفس النهج سار التونسي والكويتي في المواد السابقة، وهو أيضا ما أخذ به الفقهاء المسلمون الذين اختلفوا في سن التمييز بعد بلوغ سن 7 سنوات حيث يكون فيه الطفل غير مكلف حتى بالعبادات، ولكنه يحبذ حثه عليها، أما التصرفات المالية فتكون غير جائزة⁽¹⁾.

2- نقص الأهلية لصغر السن.

تكون الأنثى في هذه المرحلة التي تعرف بمرحلة نقص الأهلية مميزة، لكنها غير مدركة أو غير قادرة على التمييز بين الضرر والنفع بشكل واضح، لهذا اعتبر المشرع الجزائري أهليتها ناقصة وفق المادة 43 ق.م التي أحالت إليها المادة 83 ق.أ، التي جاء فيها: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى القضاء"، أما المادة 43 فقد جاء فيها: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد... يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون"، ووفقهما تمتد مرحلة نقص الأهلية من بلوغ سن التمييز إلى غاية سن الرشد، وهو 19 سنة حسب المادة 40 ق.م⁽²⁾، بينما حددها القانون التونسي بين 13 و20 حسب المادة 157 م.أ.ش، فيما حصرها القانون الكويتي بين سن التمييز وسن الرشد في المادة 87 ق.م، فيما حدد سن التمييز ب7 سنوات وحدد سن الرشد ب21 سنة في المادة 96 من نفس القانون، أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد ربطوا سن الرشد بالبلوغ، وحددوا معايير معينة لذلك، وقد سبق التطرق عند تناول سن الزواج.

تبنى المشرع الجزائري في قانون الأسرة تقسيم التصرفات القانونية إلى ثلاثة أقسام، استمدتها من الشريعة الإسلامية⁽³⁾، وذلك في المادة 83 ق.أ سالف الذكر عندمحل عالج حكم تصرفات ناقص الأهلية لصغر السن، والتي اعتبرها:

¹ - العربي بختي، المرجع السابق، ص 158-159.

² - جاء فيها: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

³ - محمد سعيد جعفر، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 518.

- نافذة إذا كانت نافعة، ويقصد بهذه الأخيرة التصرفات التي يكون من شأنها ثبوت الحقوق للشخص دون أن تحمله أي التزام مقابل⁽¹⁾، كقبول الهبة، وحرى عن التوضيح أنه كان يتعين على المشرع أن يعتبرها صحيحة نافذة، وليس نافذة فقط، لأنه حتى العقد القابل للإبطال نافذ.

- باطلة بطلاناً مطلقاً إذا كانت ضارة لها ضرراً محضاً، ويكون التصرف ضاراً إذا كان يترتب عليه تحمل الالتزامات دون اكتساب الحقوق⁽²⁾، كالوصية بالنسبة للموصي.

- موقوفة على إجازة⁽³⁾ الولي أو الوصي إذا كانت دائرة بين النفع والضرر، أي التي تحتل الربح أو الخسارة، فلا يترتب عليها الاغتناء المحض أو الافتقار المحض، كعقود المعاوضة التي يعطي فيها الشخص مقابل ما يأخذه⁽⁴⁾، فهي مبدئياً تعتبر صحيحة ولكنها موقوفة النفاذ، فلا تنفذ حتى يجيزها ممثلها الشرعي، ويعرف العقد الموقوف بأنه "قسم من أقسام العقد الصحيح، ولكنه غير نافذ إلا بموافقة شخص معين، فإن أجازه نفذ، وإن لم يجزه بطل، ويكون التصرف موقوفاً إذا كان من يباشره ليس له ولاية مباشرته، ولكنه أهل في ذاته لهذه المباشرة"⁽⁵⁾، فالعقد أو التصرف الموقوف نشأ صحيحاً باستيفاء كافة أركانه وشروطه القانونية، غير أنه لا يترتب آثاره القانونية لحين إجازته ممن يملك حق الإجازة، والذي حددته المادة 83 سائلة الذكر بالولي أو الوصي، فإن لم يجزه بطل.

وهذا عكس القانون المدني الذي وإن لم يحدد حكم تصرفات ناقص الأهلية في المادة 43 سائلة الذكر، إلا أنه وبالرجوع إلى المادة 101 منه التي جاء فيها "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات. ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص

¹ - محمد سعيد جعفر، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 518.

² - محمد سعيد جعفر، المدخل للعلوم القانونية، المرجع نفسه، ص 518.

³ - يقصد بالإجازة "ترك صاحب الحق بإبطال العقد، والنزول عنه إلى إجازته، وهي تصرف منفرد ولس بعقد لهذا لا تحتاج إلى موافقة الطرف الآخر، علي إبراهيم عيسى الراشد، إجازة العقد دراسة فقهية مقارنة، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، 2013، ص-ص 419-468، ص 426؛ ويشير نص الفرنسي للمادة 83 التي أقرت الإجازة إلى (autorisation) ومعناه الإذن، وكان على المشرع استعمال عبارة (confirmation).

⁴ - محمد سعيد جعفر، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 518.

⁵ - محمد إبراهيم القاسم، الآثار المترتبة على العقد الموقوف، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، المجلد 6، العدد

6، ص-ص 827-871، ص 837.

الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب،..."، يتضح أنه اعتبرها قابلة للإبطال، ليتبنى بذلك نظرية القابلية للبطلان، حيث يكون العقد بموجبها قابلا للإبطال، والذي يقصد به "العقد الذي لم يستوف شرطا من شروط صحة الرضا أو يكون أحد أطرافه ناقص الأهلية"⁽¹⁾، أي أنها صحيحة ومنتجة لأثارها القانونية، إلا أنه يمكن طلب إبطالها من المعني خلال 5 سنوات من تاريخ زوال سبب نقص الأهلية، أي من تاريخ اكتمال الأهلية.

ولم يشر المشرع الجزائري في القانون المدني إلى تقسيم التصرفات إلى ثلاثة أقسام كما فعله في قانون الأسرة، مما أثار التساؤل حول شمول حكم المادة 101 ق.م سالف الذكر لكل التصرفات التي يجريها ناقص الأهلية لصغر السن أم أنها تقتصر على التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فقط، وهو ما اختلف حوله شراح القانون بين من رجح الحل الأول⁽²⁾، ومن مال للحل الثاني⁽³⁾، وهو الرأي الراجح، حيث تكون التصرفات النافعة نفعا محضا صحيحة، والضارة ضررا محضا باطلة بطلانا مطلقا، فيما تكون الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال.

وهو تناقض واضح بين قانون الأسرة والقانون المدني، فالعقد الموقوف صحيح ولكنه لا يرتب أثره أصلا لحين إجازته، أما العقد القابل للإبطال فهو صحيح أيضا ولكنه لا يرتب أثره مع إمكانية إبطاله، ويتعين على المشرع الجزائري تداركه في أي تعديل لاحق، وتبني نظرية العقد الموقوف بدلا من القابلية للإبطال، لأنها توفر حماية أكبر للقاصر، ولأن وقف العقد بمثابة الوقاية، أما إبطاله فبمثابة علاج، والوقاية خير من العلاج⁽⁴⁾.

لقد اتفق القانونين التونسي والكويتي مع الجزائري بشأن التصرفات النافعة والضارة، غير أنهما اختلفا بشأن حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فبينما سار المشرع التونسي في نفس نهج قانون الأسرة، حيث اعتبرها موقوفة على إجازة الولي في الفصل 156 م.أ.ش، وافق

¹ هجيرة تومي سامية بويزري، المرجع السابق، ص 251.

² رباحي أحمد، حكم التصرفات القانونية لناقص الأهلية "دراسة مقارنة في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقہ الإسلامي"، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة د.الطاهر مولاي-سعيدة، المجلد 2، العدد 5، 2015، ص-ص 26-45، ص 30؛ سلامي ساعد، المرجع السابق، ص 247.

³ محمد سعيد جعفرور، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 518.

⁴ محمد سعيد جعفرور، المدخل للعلوم القانونية، المرجع نفسه، ص 544.

القانون الكويتي القانون المدني باعتبارها قابلة للإبطال، ما لم يجزها من يتمتع بولاية إجراءها ابتداء أو المعني ذاته بعد بلوغه سن الرشد حسب المادة 87 ق.م، غير أنه أجاز للقاصر القيام ببعض التصرفات حتى لو لم يبلغ سن الرشد، كالوصية التي يجوز له إبرامها بمجرد بلوغه سن 18 سنة حسب المادة 95 ق.م، وعقد العمل الذي يجوز له إبرامه ببلوغه سن 15 سنة مع تمتعه بأهلية التصرف فيما يكسبه من أموال من عمله حسب المادة 94 من نفس القانون، أما المادة 93 من نفس القانون فتعطيه مهما كان عمره أهلية التصرف فيما يعطى له من أموال لنفقته الخاصة.

خرج المشرع الجزائري عن القواعد العامة التي تقضي بعدم اكتمال الأهلية لحين بلوغ سن الرشد بجواز ترشيد ناقص الأهلية لصغر سنه جزئياً أو كلياً إذا بلغ سن التمييز، وذلك بأمر من القاضي، وبناء على طلب من له مصلحة في ذلك، ويحق له بذلك إبداء ومباشرة التصرفات التي رُشد في مجالها، وفق ما تقضي به المادة 84 ق.أ، والتي جاء فيها "للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئياً أو كلياً في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع عن الإذن إذا ثبت لديه ما يبطل ذلك"، وهو ما تبناه القانون التونسي في الفصل 158 م.أ.ش، وحدد سن التمييز بـ 15 سنة وفق الفصل 159 من نفس القانون، وكذا القانون الكويتي في المادة 88 ق.أ.ش، وحدد سن التمييز بـ 18 سنة من نفس القانون.

يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يحدد المشرع الجزائري السن الأدنى التي يجوز الترشيح عندها، مما يجيز أن تصل لغاية 13 سنة، وهو غير منطقي لأنه لا يعقل أن يكون الشخص عديم الأهلية ثم تكتمل أهليته بمجرد بلوغ سن التمييز، فالتطور في الإدراك والتمييز يكون تدريجياً، لهذا يفضل رفع سن الترشيح ليتناسب مع المعقول، كما أن المدة بين الترشيح وبين بلوغ سن الرشد ستة سنوات، وهي طويلة ومبالغ فيها نوعاً ما.

كما يؤخذ عليه أنه لم يشر إلى الحالة التي يبلغ فيها الصبي سن التمييز وهو مجنون أو معتوه، ويكون بذلك عديم الأهلية، فيما القانون يعتبره مميز أي ناقص الأهلية، لهذا يتعين تعديل المادة 83 بما يتوافق ذلك، والنص على: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً

للمادة (43) من القانون المدني ولم يكن مجنوناً أو معتوهاً، تكون تصرفاته صحيحة نافذة إذا كانت نافعة، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت دائرة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقاضي".

الفرع الثاني: إنابة الغير على المرأة للحجر عليها.

إن اكتمال أهلية الشخص ببلوغه سن الرشد غير كافي، وإنما لا بد من عدم الحجر عليه حسب ما أكتته المادة 40 ق.م سالف الذكر، وكذا المادة 86 ق.أ⁽¹⁾، حيث جعله سبباً لإنابة الغير على كل من لم تكتمل أهليته لعارض من العوارض بما فيهم المرأة، وأورد أحكامه في المواد 101-108 ق.أ، وتناوله القانون التونسي ونظم أحكامه في الفصول 153-170 م.أ.ش، وكذا القانون الكويتي في المادة 85 ق.م، كما عرفه أيضاً فقهاء الشريعة الإسلامية⁽²⁾. إذا بلغت الأنثى سن الرشد ولم يحجر عليها كان لها أن تبدي كافة التصرفات التي تريدها ضارة لها أو نافعة، أما إذا حجر عليها فتمنع من إجراء أي تصرف، حيث يتولى ذلك ممثلها القانوني الذي يعينه القاضي، ولا فرق بينها وبين الرجل.

أولاً- مفهوم الحجر: إن المقصود بالحجر هنا الحجر القضائي الذي يهدف لحماية الشخص من الأضرار التي تسببها سوء تصرفاته، والمحافظة على أمواله، ولا يتم إلا بحكم قضائي بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة، ووفق إجراءات معينة تكفل للشخص المراد الحجر عليه الدفاع عن حقوقه، وتتيح للقاضي الاستعانة بأهل الخبرة في إثبات أسبابه، أو تعيين مساعد له إذا رأت في ذلك مصلحة⁽³⁾.

¹ جاء فيها: "من بلغ سن الرشد ولم يحجز عليه يعتبر كامل الأهلية وفقاً لأحكام المادة 40 من القانون المدني"، استعمل المشرع عبارة "الحجز" وهي متعلقة بالأموال، ومن المفروض استعمال لفظ "الحجر".

² لقد استمد فقهاء الشريعة الإسلامية مشروعية الحجر من القرآن الكريم في قوله تعالى في الآية 6 من سورة النساء "وابتلوا النكاح حتى إذا بلغوا النكاح فإن أنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم"، وقوله أيضاً في الآية 5 من سورة النساء "ولا توتوا السفهاء أموالكم"، وقوله كذلك في الآية 280 من سورة البقرة "فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل".

³ وهذا وفق المواد 102-105 ق.أ الجزائري.

1- تعريف الحجر: لم يعرف المشرع الجزائري الحجر لا في القانون المدني ولا في قانون الأسرة، غير أنه يمكن تعريفه لغة بأنه المنع والتضييق⁽¹⁾، أو هو "المنع من التصرف، والمحجور هو اسم مفعول مأخوذ من مصدر الحجر"⁽²⁾، أما اصطلاحاً فهو "منع الشخص من التصرف في ماله وإدارته لآفة في عقله أو لضعف في ملكاته النفسية"⁽³⁾، أو هو "المنع من التصرف القولي، كالبيع والزواج والطلاق وغيره، والمنع من التصرف فيما بين اليد لصغر أو جنون أو تبذير"⁽⁴⁾، وهو في الشريعة الإسلامية حسب المذهب المالكي "صفة حكيمية توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه في الزائد عن قوته أو تبرعه بماله"⁽⁵⁾ وهو حسب المذهب الحنبلي "منع الإنسان عن التصرف في ماله"⁽⁶⁾، أو هو عموماً "منع التصرف القولي، أي أن العقود لا تنشأ نافذة عليها أحكامها التي رتبها الشارع، وكذلك سائر التصرفات، فلا يمضي الشارع تصرفاً للمحجور عليه ما دام ذلك التصرف داخلًا في نطاق الحجر، وسبب الحجر ضعف في تقدير المحجور عليه، إما لسفه أو صبا أو عته أو جنون وإما لحق غير بسبب استغراق الديون لأمواله"⁽⁷⁾.

2- تمييزه عن الحجر القانوني: يقصد بالحجر القانوني "المنع القانوني للشخص من التصرف في ماله بسبب الحكم عليه بعقوبة جنائية"، تبناه المشرع الجزائري في قانون العقوبات في المادة 9 مكرر منه⁽⁸⁾، والتي ألزمت المحكمة وجوباً بالحكم بالحجر القانوني على الشخص المحكوم بعقوبة جنائية، أي عقوبة سالبة للحرية، يمنع بموجبه من التصرف في أمواله، على أن يعين

¹ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، دار الفكر، ص 411.

² - ابن منظور، لسان العرب المحيط، المجلد الأول، دار الجبل ودار لسان العرب المحيط، لبنان، 1988، ص 572.

³ - محمد كمال حمدي، الولاية على المال، منشأة المعارف، ص 167 .

⁴ - العربي بختي، المرجع السابق، ص 203.

⁵ - محمد عيش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 6، المرجع السابق، ص 82.

⁶ - منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، مراجعة وتعليق هلال مصيلحي مصطفى هلال، الجزء 03، دار الفكر-بيروت ودار عالم الكتب-بيروت، ص 416؛ وهبة الزحيلي، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 412 - 413.

⁷ - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 433 .

⁸ - والتي جاء فيها: "في حالة الحكم بعقوبة جنائية، تأمر المحكمة وجوباً بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية.

تتم إدارة أمواله طبقاً للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي".

من يدير أمواله وفق إجراءات الحجر القضائي المنصوص عليها في قانون الأسرة، وهو عقوبة تكميلية ناتجة عن عقوبة أصلية محكوم بها على شخص ارتكب جنائية معاقب عليها قانوناً. إذن رغم أن الحجر القانوني يتشابه مع الحجر القضائي في أن كلاهما منع من التصرف في الأموال، ويخضعان لنفس الإجراءات، إلا أنهما يختلفان من حيث الهدف، فهدف الحجر القضائي هو حماية المحجور عليه وحماية أمواله، وكذا حماية الغير الذي يتعامل معه، أما هدف الحجر القانوني هو معاقبة المعني عن الجريمة التي ارتكبها، لأنه عقوبة تكميلية، كما أنهما يختلفان من السبب، فالأول سببه خلل في العقل يجعله غير مكتمل الإدراك لما يقوم به، أما الثاني فسببه الجريمة التي ارتكبها، والحكم عليه نتيجة لها بعقوبة سالبة للحرية. لقد اختلف حول ضرورة الحكم بالحجر أم أنه يوقع تلقائياً، فقد اعتبر المشرع الجزائري أن لا حجر إلا بحكم في المادة 103 ق.أ، فيما اشترطه المشرع التونسي في الفصلين 161 و164م.أ.ش بشأن المجنون وضعيف العقل والسفيه، أما القانون الكويتي فاشتراط الحجر في المادة 85 ق.م، والتي أوجبت الحكم فقط في السفيه وذي الغفلة، بينما اعتبر الصغير والمجنون والمعتوه محجورين لذاتهم، أي دون صدور حكم قضائي بالحجر، بينما اختلف الفقهاء المسلمون حول هذه المسألة.

3- أسباب الحجر: تتمثل أسباب الحجر في العوارض التي تعدم الأهلية أو تنقصها، والتي يقصد بها ما يطرأ على أهلية الإنسان فيعدمها أو ينقصها أو يغير من أحكامها، وقد أشار المشرع الجزائري إليها في المادة 101 ق.أ⁽¹⁾، وهي تتعلق بالمجنون والعتة والسفه، وهي ذاتها عوارض الأهلية التي ذكرها في المادة 81 و85 من ذات القانون، وأشار إليها كذلك في المادتين 42 و43 ق.م مع إضافة ذو الغفلة كعارض منقص للأهلية، لم يتناوله قانون الأسرة، ولم يعتبره من أسباب الحجر.

¹ - جاء فيها: "من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه".

يؤخذ على المشرع الجزائري في المادة 101 ق.أ أنه ربط الحجر لعوارض الأهلية ببلوغ الشخص سن الرشد، فيما أن الشخص قد يبلغ سن التمييز وهو مجنون أو سفيه، ويعتبر حينئذ عديم الأهلية لا ناقصها، وربما يرجع السبب لأنه لم يفرق بين حكم تصرفات المحجور عليه لجنون أو عته أو سفه في المادة 107، وهو ما انتقدناه، لذلك يتعين تعديل المادة 101 بما يتناسب مع ذلك، والنص على: "كل من كان مجنون أو معتوه، أو بلغ سن الرشد وهو سفيه أو ذوغفلة، أو طرأت عليه إحدى هذه الحالات بعد ذلك يحجر عليه".

أما القوانين المقارنة، فنجد القانون التونسي جعل الصغر والجنون وضعف العقل والسفه أسبابا للحجر، وذكر أحكامها في الفصول 153-170 م.أ.ش، بينما ذكر القانون الكويتي الصغر والجنون والعتة والسفه وذي الغفلة كأسباب للحجر في المادة 85 ق.م، فيما اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول أسباب الحجر:

- فجعلها المالكية سبعة: الصبا، الجنون، التبذير، الرق، الفلوس، المرض، والنكاح في الزوجة فيما زاد عن ثلث أموالها، رغم مخالفة البعض منهم في إيقاع الحجر على الزوجة والمريض⁽¹⁾، كما أنمالك يخرج الأنثى من دائرة الحجر عند المالكية، وحجتهم في ذلك أن إيناس الرشد عند المرأة لا يتصور إلا بعد اختبار الرجال⁽²⁾.

- واختلف بشأنها الحنفية، حيث ذكر أبو حنيفة الجنون الصبا والرق، وأضاف أبو يوسف ومحمد السفه والتبذير والامتناع عن قضاء الدين مع القدرة، أما ذكر أبي حنيفة أن الحجر لا يرد إلا على المفتي الماجن، والطبيب الجاهل والمكاري لمفلس، فهو منع حسي من باب النهي على المنكر فقط⁽³⁾.

¹ - محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 6، المرجع السابق، ص 82-83.

² - بودريالة موني، تصرف ناقص الأهلية الدائرة بين النفع والضرر بين أحكام القانون المدني وقانون الأسرة، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، جامعة الجيلالي بونعامة-خميس مليانة، المجلد 3، العدد 10، 2020، ص-ص 163-173، ص 630.

³ - السرخسي، المبسوط، الجزء 24، المرجع السابق، ص 157؛ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 7، المرجع السابق،

- أما الحنابلة فالحجر عندهم إما لحق الغير، كالمفلس والمكاتب والراهن والمريض مرض الموت، أو لحظ نفسه كالصغير والمجنون، السفیه (1).

ثانيا- حكم تصرفات المحجور عليه.

جعل المشرع الجزائري حكم الحجر مسألة فاصلة في حكم تصرفات المحجور عليه، سواء كان مجنونا أو معتوها أو سفیها، حيث فرق بين حكمها قبل الحجر وبعده في المادة 107 ق.أ التي جاء فيها: "تعتبر تصرفات المحجوز عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهر وفاشیه وقت صدورها"⁽²⁾، وبالتالي فحكم تصرفات المحجور عليه يكون قبل الحجر مختلف عن بعده.

1- حكم تصرفات الشخص قبل الحجر عليه: إن التصرفات التي يجريها الشخص قبل الحكم بالحجر عليه تكون صحيحة حسب المادة 107 سالفه الذكر، شريطة أن تكون أسباب الحجر غير ظاهرة ولا فاشیه وقت صدور التصرف، وللقاضي السلطة التقديرية في تقدير ذلك، وأن يراعي مصلحة المحجور عليه⁽³⁾.

وهذا يتنافى مع ما هو مسلم به من أن الإرادة هي قوام التصرفات القانونية، فإذا انعدمت انعدم التصرف ولا وجود له، وإذا نقصت كان التصرف موقوفا أو قابلا للإبطال، ولكن المشرع الجزائري قد خرج هنا عن هذه القاعدة، نظرا لاعتبارات أخرى فأقر صحة تصرف المحجور عليه قبل الحجر عليه إذا كانت حالته غير شائعة وغير ظاهرة، وذلك أخذا بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة، لأن الإرادة الباطنة عند المحجور عليه لا وجود لها أما الظاهرة فموجودة⁽⁴⁾، وكذلك لحماية الطرف الآخر الذي تعاقد مع المحجور عليه حتى لا يتفاجأ ببطان هذا العقد، فإذا لم يكن الطرف الآخر جديرا بالحماية والرعاية فإن القانون يتخلى عنه ويبیح

¹ - البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، الجزء 3، المرجع السابق، ص 416-417.

² - ورد عبارة "المحجوز عليه" والمقصود بها المحجور عليه"، لأن الحجر يقع على الأموال بينما يقع الحجر على الأشخاص.

³ - الغوتي بن ملحمة، المرجع السابق، ص 219.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول -نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام، منشأة

بطلان التصرف الذي قام به المجنون أو المعتوه قبل الحكم بالحجر عليه، وهذا هو الشأن عندما تكون حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد⁽¹⁾.

يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يفرق بين سوء نية الطرف الآخر وحسنها مكتفيا بشيوع الحالة وظهورها، فيما قد تكون هذه الحالة غير شائعة ولكن المتعاقد الآخر كان على علم بها واستغل ذلك، لهذا يتعين الأخذ بعين الاعتبار سوء نية المتعاقد الآخر إلى جانب شيوع الحالة وظهورها، أو في حالة ما إذا كان الطرف الآخر الذي تعاقد مع المجنون أو المعتوه أو السفیه بإمكانه أن يعلم بهذه الحالة، فيكون التصرف باطلا، لأن الطرف الآخر لن يفاجئ إذا ما أبطل التصرف.

أما المشرع الكويتي فقد فرق بين المجنون والمعتوه وبين السفیه وذو الغفلة:

- فاعتبر المجنون والمعتوه محجورون لذاتهم، ولا داعي لصدور قرار الحجر، واعتبر في المادة 98 ق.م كل تصرفات المجنون التي تصدر في حالة الجنون باطلة بطلانا مطلقا، بينما اعتبرت المادة 99 من نفس القانون تصرفات المعتوه تأخذ حكم تصرفات الصبي المميز الواردة في المادة 87 ق.م على نحو ما سبق بيانه، وبالتالي يتضح أن القانون الكويتي فرق بين التصرفات التي تصدر في حالة الجنون والعته وتلك التي تصدر في حالة الافاقة منهما، واعتبر أن التصرف يكون صادرا في حالة الجنون أو العته إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة أو كانت المحكمة قد عينت له قيما، أما في غيرها فيعتبر التصرف صادر في حالة الافاقة ما لم يثبت عكس ذلك وفق المادة 100 ق.م.

- بينما اشترط للحجر على السفیه وذو الغفلة صدور حكم بالحجر، واعتبر في المادة 2/101 ق.م تصرفاتهم باطلة أو قابلة للإبطال صحيحة إلا إذا ثبت تواطئا توقعا للحجر، ويكون بذلك قد أخذ سوء النية بعين الاعتبار.

¹ - محمد سعيد جعفرور، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 27.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد اعتبروا تصرفات المجنون غير صحيحة، سواء تلك المتعلقة بالزواج والطلاق، أو تلك المتعلقة بالنيابة الشرعية من وصاية وإنابة أو كفالة أو تقديم أو المتعلقة بالأموال كالهبة والوقف والوصية وغيرها⁽¹⁾.

وهذا إذا كان الجنون مطبقاً، أما إذا كان الجنون منقطعاً، بأن كان المجنون يفيق في بعض الأوقات، فإن حكم تصرفاته هي حالة الإفاقة نفس حكم تصرفات العاقل⁽²⁾، كما فرقوا أيضاً بين المعتوه المميز والمعتوه غير المميز، فالمعتوه المميز في حكم الصغير المميز، أما المعتوه غير المميز فاعتبروا تصرفاته كالمجنون باطلة كتصرفاته⁽³⁾.

2- حكم تصرفات المحجور عليه بعد الحجر.

تعتبر المادة 107 ق.أ أن تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، ولم تحدد إذا كان البطلان نسبياً أو مطلقاً، لذا ذهب البعض⁽⁴⁾ إلى اعتباره بطلاناً نسبياً، فيما اعتبره البعض الآخر⁽⁵⁾ بطلاناً مطلقاً، وهو الرأي الأرجح بالنسبة للمجنون والمعتوه.

أما بالنسبة للسفيه فمن غير المعقول مساواته بالمجنون والمعتوه، وكان على المشرع الجزائري اعتباره ناقص الأهلية مثل القانون المدني، واتخاذ تصرفاته نفس حكم تصرفات الصبي المميز الوارد في المادة 83 ق.أ سألقة الذكر، أما ذو الغفلة فلم يشر إليه المشرع الجزائري في مختلف أحكام الأهلية في قانون الأسرة، ويستحسن إضافته إلى جانب السفیه وخصهما بنص خاص بهما.

¹ - العربي بختي، المرجع السابق، 166-167.

² - وإن كان المشرع الجزائري أشار إلى هذه المسألة فيما يتعلق بالوقف في المادة 31 من القانون رقم 91/04/27، 1991، المتعلق بالأوقاف والتي جاء فيها "لا يصح وقف المجنون والمعتوه لكون الوقف تصرفاً يتوقف على أهلية التسيير، أما صاحب الجنون المتقطع، فيصح أثناء إفاقته وتام عقله شريطة أن يكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية".

ويظهر من هذا النص أن المشرع الجزائري أخذ فكرة التمييز بين الجنون المطبق والجنون المتقطع في قانون الأوقاف والمادة 85 ق.أ، بينما لم يأخذ بها في باقي نصوص قانون الأسرة ولا في القانون المدني.

³ - جعفر محمد سعيد، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 531.

⁴ - الغوتي بن ملح، المرجع السابق، ص 218.

⁵ - العربي بختي، المرجع السابق، ص 207.

لقد أعطى القانون الكويتي في المادة 1/101 ق.م لتصرفات السفیه وذو الغفلة بعد صدور حكم الحجر نفس حكم الصبي المميز الواردة في المادة 87 ق.م، والتي سبق التطرق لها. يؤخذ على المشرع الجزائري أنه:

- اعتبر كل شخص لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية حسب المادة 86 ق.أ، مما يعني أن كل تصرفاته صحيحة ما لم يحجر عليه حتى لو كان مجنوناً أو معتوهاً أو سفياً، وهذا ما يجعل عوارض الأهلية غير مؤثرة على تصرفات الشخص إلا إذا تم الحجر أو كانت حالة الجنون أو العته أو السفه شائعة وظاهرة قبل الحجر عليه.

- لم يفرق بين التصرفات التي تصدر في حالة الجنون أو في حالة الإفاقة منه، ولا بين المعتوه المميز وغير المميز، مثلما يأخذ به الفقه الإسلامي، ويتبناه القانون الكويتي.

يتضح من كل ما سبق أن المشرع الجزائري أورد أحكاماً متناقضة بين قانون الأسرة والقانون المدني، بل بين نصوص قانون الأسرة ذاته، منها:

- اعتبر في القانون المدني المجنون والمعتوه عديمي الأهلية، والسفيه وذو الغفلة ناقصي الأهلية، فيما لم يفرق قانون الأسرة بينهم، واكتفى بذكر الجنون والعته والسفه دون تفرقة في مختلف النصوص التي تناولتهم كالمواد 81 و85 و101 سالف الذكر، وهو ما دفع ببعض الشراح⁽¹⁾ إلى القول أن قانون الأسرة يعتبر السفیه عديم الأهلية.

- اعتبر تصرفات المجنون والمعتوه في المادة 85 ق.أ التي جاء فيها: "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه"، صحيحة غير نافذة، وهذا غير صائب، لأنه يتعارض مع أحكام الأهلية، التي تقتضي أن انعدام الإدراك والتميز يقابله بطلان التصرفات، ويناقض حكم المادة 107 ق.أ سالف الذكر، كما يناقض أيضاً القانون المدني في المادة 42 منه التي أقرت عدم تمتع المجنون والمعتوه بالأهلية لمباشرة

¹ - رباحي أحمد، المرجع السابق، ص 40.

حقوقه المدنية، مما يفيد بطلانها،⁽¹⁾ وكذا ما أشار إليه النص الفرنسي للمادة 85 ذاتها، حيث وردت عبارة "nuls"⁽²⁾، وهي الأصح.

- فرق المشرع في قانون الأسرة بين الجنون المتقطع والمطبق، فرتب عدم النفاذ على التصرفات التي تصدر في حالة الجنون فقط، وهو أمر يصعب إثباته، كما أن هذا الحكم يخالف القانون المدني الذي لم يفرق بينهما، وكذلك المادة 107 ق.أ سابقة الذكر.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري فرق بين الجنون المطبق والمتقطع كذلك في القانون 91-10⁽³⁾ في المادة 31 منه، واعتبر تصرفاته في الحالة الأولى غير جائزة، فيما تصح في الحالة الثانية، شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية.

- اعتبر تصرفات السفه مثل تصرفات المجنون والمعتوه، أي موقوفة على إجازة من ينوبه، وذلك في المادة 85 منه، وهو ما يخالف حكم المادة 107 ق.أ سالف الذكر، ويخالف القانون المدني الذي اعتبر السفه والغفلة عارضان ينقصان الأهلية، واعتبر تصرفاتهما قابلة للإبطال وفق المادة 101 ق.م، وبينما لم يبين ما إذا كان حكم القابلية للإبطال يشمل كل تصرفات السفه وذو الغفلة أم أنه يقتصر على التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، ثار خلافا فقها حول المسألة كما سبق توضيحه في حكم تصرفات الصبي المميز يضاف إليه جانب من الفقهاء⁽⁴⁾ الذين يرون تطبيق حكم الصبي المميز الوارد في المادة 83 ق.أ، غير أنه ورغم الانتقاد الموجه للمادة 85 ق.أ فإنها اعتبرت حكم تصرفات السفه مثل المجنون والمعتوه، وهو عدم نفاذها لحين إجازتها، ولم تبين من هو صاحب حق الإجازة، ويبدو أن حكم المادة 85

¹ - مع العلم أن عدم النفاذ والبطلان مختلفان، فعدم النفاذ معناه أن التصرف ينعقد صحيحا، لكن يكون غير نافذا أي موقوفا إلى غاية إجازته من صاحب الحق في الإجازة، أما البطلان فمعناه أن التصرف غير موجود أصلا.

² - جاء فيها: les acts d'une personne atteinte de démence, d'imbécillité ou de prodigalité, accomplis sous l'empire de l'un de ces états, sont nuls

³ - الأمر رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال 1411 هـ الموافق لـ 27 أبريل 1991، ج.ر.ج. عدد 21 الصادر في 23 شوال 1411 هـ الموافق لـ 8 مايو 1991، المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم بالقانون رقم 01-07 مؤرخ في 28 صفر عام 1422 الموافق 22 مايو سنة 2001م، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 02-10 المؤرخ في 10 شوال 1423 هـ الموافق لـ 14 ديسمبر 2002، ج.ر.ج. عدد 83 الصادرة في 11 شوال 1423 هـ الموافق لـ 15 ديسمبر 2002م.

⁴ - جعفر محمد سعيد، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 575.

السابقة تنطبق على حالة السفية عكس المجنون والمعتوه، وإن كان من الصواب إلغاء هذه المادة نهائياً.

لهذا يتعين على المشرع الجزائري إجراء تعديلات عميقة على أحكام الأهلية عموماً، سواء من حيث تحديد عوارضها، أو من حيث حكم تصرفات غير مكتمل الأهلية، وذلك:

- بتحديد عديمي الأهلية، وهم الصبي غير المميز والمجنون والمعتوه، ويعرف ذلك إما بالحجر على الشخص أو بإثبات وجود الجنون عند إجراء التصرف، واعتبار تصرفاتهم باطلة بطلاناً مطلقاً.

- بتحديد ناقصي الأهلية، وهم القاصر المميز والسفيه وذو الغفلة، ويتأكد ذلك إما بالحجر على المعني أو بإثبات حالة السفه أو الغفلة أمام القاضي، واعتبار تصرفاتهم صحيحة غير نافذة. لذلك فعلى المشرع إلغاء المادة 85 ق.أ، والاكتفاء بنص المادة 107 ق.أ، وتوحيد أحكامها مع تلك الموجودة في القانون المدني.

- أما بالنسبة للتفرقة بين حالة الجنون والعتة، وحكم التصرفات الصادرة في الحالتين، فرغم أن المادة 85 ق.أ سألقة الذكر قد تبنتها، وميول العديد من الفقهاء إلى تبنيها، إلا أن صعوبة الإثبات، وعدم استقرار المعاملات قد يرجح الرأي القائل بعدم الأخذ بها، وهو ما تبناه المشرع في القانون المدني وفي المادة 107 ق.أ.

ثالثاً- نهاية الحجر القضائي.

من المقرر قانوناً أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً، فإذا زال سبب الحجر زال مسببه المبني عليه، ويمكن على إثر ذلك أن يرفع الحجر بطلب من المحجور عليه الذي زالت علته⁽¹⁾، وهو ما أكده المشرع الجزائري في المادة 108 ق.أ.

1- زوال أسباب الحجر: تعتبر أسباب الحجر من العوارض التي تعترض الأهلية، وتكون مؤقتة أو دائمة، حيث يمكن أن تزول عن الشخص الذي اعترته، فحياة الإنسان تمتاز بالتغير والمرحلية، لذلك يمكن تصور رجوع عقل المجنون عن طريق علاجه، ونفس الشيء بالنسبة

¹ - وهبة الزحيلي، الجزء 5، المرجع السابق، ص 477.

للمعتوه الذي إذا تلقى العناية اللازمة والعلاج الكافي من أفراد أسرته والمتابعة الطبية من ذوي الاختصاص في الميدان الطبي يكتمل عقله، ويتدارك النقص الذي به، ويزول الاختلال وسوء التمييز والتدبير الذي اعتراه سابقا.

وبالنسبة لهاتين الحالتين أي الجنون والعتة يمكن للقاضي الاستعانة بخبرة الأخصائيين حسب نص المادة 103 ق.أ، وقد أشرنا سابقا أن الخبرة ليست إجبارية وإنما تدخل في إطار السلطة التقديرية للقاضي.

والسفه كذلك يمكن أن يزول عن الشخص الذي اعتراه كونه صفة تعتري الإنسان وليس مرض، وتحمله على تبذير المال على خلاف مقتضى العقل، ويمكن لهذا الشخص الكامل العقل والراشد أن يمر بعدة تجارب في حياته تدفعه للتغيير، وإدراك حقوقه وواجباته بصورة يحمي بها أمواله ولا يضيعها بدون سبب جدي، ويحقق ذلك بمجالسة العقلاء في الدين والدنيا مع المتابعة الطبية لدى طبيب نفساني.

وإذا ما آنس القاضي أنه ظهر رشده بظهور أمارات حرصه على ماله يعتبر أن سبب الحجر قد زال، وذلك بالاستعانة بشهادة الشهود، وإعمال سلطته التقديرية، والشيء ذاته بالنسبة لذي الغفلة فإذا ظهرت خبرته واهتدى إلى حسن التصرف يمكن اعتباره أن سبب الحجر قد اختفى، كما يمكن للمغفل أن يتفطن لنفسه ويدرك حقائق الحياة، وأن الطبية المفرطة عن حدها ليست الحل لمواجهة مصاعب الحياة والتعاملات في المجتمع، كما أن التجارب المكتسبة ومساندة الجميع تكون حافزا للتغيير للأحسن، والشفاء بزوال العلة.

2- رفع الحجر: عند زوال أسباب الحجر يمكن للمحجور عليه أن يطلب رفع الحجر عنه لزوال العلة التي كانت به، وذلك من غير قرار من القاضي حسب بعض الآراء⁽¹⁾، أو بحكم من القاضي حسب آراء أخرى⁽²⁾، أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فقد وافق الرأي الأخير واعتبر أن رفع الحجر لا يقرر إلا بحكم من القاضي، ويكون ذلك بنفس الإجراءات المقررة

¹ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 259 .

² - محمد كمال حمدي، المرجع السابق، ص 203 .

لتوقيع الحجر، رغم أنه لم يذكر ذلك صراحة في تقنين الأسرة الجزائري، ولم يفصل في كيفية مباشرة هذه الإجراءات محيلاً بذلك إلى القواعد العامة، وخاصة للإجراءات المتبعة في رفع دعوى الحجر، واكتفى بالنص في المادة 108 ق.أ التي جاء فيها: "يمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه بناء على طلب المحجور عليه"، وما نستنتج من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قصد "بطلب المحجور عليه" الدعوى التي يرفعها هذا الأخير من أجل رفع الحجر عنه، والتي تنتهي بصدور حكم من القاضي إما برفعه أو برفض الطلب.

الفرع الثالث: إنابة الغير على المرأة لفقدانها أو غيابها.

يعتبر فقدان والغياب من الأسباب التي توجب إنابة الغير المفقود والغائب، سواء كان امرأة أو رجلاً، فعدم ثبوت موت المفقودة يبقى شخصيتها القانونية قائمة، مما يستدعي تعيين نائب قانوني يتولى إدارة أموالها وتسييرها، سماه المشرع مقداً في المادة 111 ق.أ التي جاء فيها: "على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقداً من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلم ما يستحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة (99) من هذا القانون"، وكلفه بتسيير أموال المفقود وحفظها.

تناول المشرع الجزائري أحكام المفقود والغائب في المواد 109-115 ق.أ، وقد تطرقنا لدراسة أحكامه العامة عند دراسة انحلال الرابطة الزوجية بالوفاة الحكيمة، فيما سنتطرق في هذا الفرع لأهم الأحكام المتعلقة بأموال المفقود والغائب خلال فترة النيابة الشرعية لهما، لذلك سنتطرق لصلاحيات المفقود لاكتساب الحقوق والالتزامات، وضرورة حصر أموال المفقود والغائب ومن ثمة تعيين مقدم لإدارتها، ثم انتهاء النيابة الشرعية عليه.

ما يقال على المفقود يسري على الغائب الذي ألحقه المشرع بحكم المفقود، وهو الذي منعه ظروف قاهرة من العودة إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة غيره، حسب ما أفترته المادة 110 ق.أ، غير أنه لا يمكن الحكم بوفاته، لأنه معلوم الحياة والمكان، ويستوي الأمر أن يكون رجلاً أو امرأة.

أولاً- صلاحية المفقودة لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات.

إن صدور الحكم بالفقدان لا يعني نهاية حياة المفقودة، وانتهاء شخصيتها القانونية، وإنما تستمر قائمة بكل مميزاتها، بما فيها الذمة المالية لها، وهو ما يمكنها من اكتساب كل الحقوق والتحمل بكل الالتزامات:

1- اكتساب الحقوق: لم يفرق المشرع الجزائري بين الأمور التي تضره وتتفع غيره، أو التي تتفعه وتضر غيره، بل اعتبر المفقود حيا في كل الأمور⁽¹⁾، ويترتب على ذلك:

أ- عدم تقسيم أموال المفقودة: حيث تظل أموالها ملكا خالصا لها طيلة فقدانها، أي من تاريخ صدور الحكم بفقدانها لغاية صدور الحكم بوفاتها، فلا تقسم أموالها على ورثتها لحين الحكم بموتها، وهو ما أكدته المادة 115 ق.أ التي جاء فيها: "لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته..."، وكذلك المادة 127 ق.أ بنصها على أنه: "يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي"، ولا تقسم إلا على الورثة الأحياء عند صدور حكم الوفاة، وهو ما تبناه المشرع التونسي في الفصل 85 م.أ.ش التي جاء فيها "يستحق الإرث بموت المورث ولو حكما..."، وهو أيضا ما أجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث ذهب المالكية إلى عدم تقسيم أموال المفقود إلا من يوم الحكم بموته، وذهب الحنفية إلى جعل المفقود حيا في ماله ميتا في مال غيره، فلا تقسم أمواله على ورثته ما لم يعلم بوفاته، أما الشافعية فيمنعون قسمة مال المفقود حتى يعلم بوفاته يقينا⁽²⁾.

ب- وراثتها غيرها: يحق للمفقودة وراثتها مورثها الذي يموت أثناء فترة فقدانها، لأنها حية في نظر القانون، وهو ما أكده المشرع في المادة 133 ق.أ بقوله "إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113 من هذا القانون"، وكذلك المادة 111 ق.أ سألقة الذكر التي ورد فيها "...ويتسلم ما يستحقه من ميراث أو تبرع..."، ويدخل هذا المال في ذمة المفقودة،

¹ - جعفر محمد سعيد، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 328.

² - طحطاح علال، ميراث المفقود في الفقه الإسلامي وتقنين الأسرة الجزائري، حوليات جامعة الجزائر 1، جامعة الجزائر، العدد 32، الجزء 3، 2018، ص ص 26-62، ص 43-44.

ويصبح ملكا خاصا لها، ولا يعاد إلى من ورثة مورثها في حالة الحكم بموته⁽¹⁾، وإن كان من الفقه من يرى⁽²⁾ أن المفقود لا يرث من مورثه الذي مات أثناء فقده إذا صدر حكم بوفاته، ويستدل على ذلك بعدم وضوح المادة 133 ق.أ وكذا المادة 113 من نفس القانون في تحديد ما إذا كان حكم وفاة المفقود كاشفا أو منشئا للوفاة، وبالتالي الرجوع إلى الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 ق.أ، والتي أجمع فقهاؤها على الإعتداد بالوفاة بالنسبة لميراث المفقود من الغير تكون من تاريخ الفقد، واعتبر أن حكم الوفاة كاشف وليس منشئ، كما استدل أيضا بأن وفاة المفقود مشكوك فيها، وحياته ثابتة باستصحاب الحال، والاستصحاب عند الفقهاء حجة للدفع لا الإثبات، ويرون أن ميراثه لا يخرج عن الاحتمالات الآتية:

- أن يكون وارثا وحده إما لإنفراده أو لأنه حاجب لغيره حجب حرمان، فيستأثر بكل التركة وتحفظ له لحين عودته أو الحكم بوفاته قانونا، مثال: توفيت عن ابن مفقود، أخ شقيق، عم شقيق، فالابن يرث كل التركة ويحجب غيره، فتحفظ له كاملة.

- أن يكون محجوبا حجب حرمان من أحد الورثة، فلا يرث ولا يحفظ له أي شيء⁽³⁾، مثال: توفيت عن: زوج، أم، ابن عم شقيق مفقود، فالعم هنا محجوب حجب حرمان من الابن، لهذا لا يرث ولا يحفظ له شيء من التركة، بل تقسم للزوج الربع وللأم السدس والباقي للابن.

- أن يكون وارثا وليس حاجبا لغيره، فيحفظ له نصيبه من التركة، ويمنح الورثة الآخرين أقل النصيبين على فرض تقدير الحياة أو الوفاة، فيما يحفظ له أوفر النصيبين⁽⁴⁾.

¹ - فطيمة زهرة عبد العزيز، فتحة حواس، الموت الحكمي وأحكامه المالية، دراسة تحليلية نقدية مقارنة بين التشريع الجزائري والتشريع التونسي، مجلة الفكر المتوسطي، المجلد 11، العدد 2، 2022، صص 389-405، ص 399، محمد سعيد جعفرور، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 329.

² - طحطاح علال، المرجع السابق، ص 43.

³ - بويزري سعيد، أحكام الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، دار الأمل للطباعة، تيزي وزو-الجزائر، ص 157-158.

⁴ - بويزري سعيد، المرجع نفسه، ص 158-159.

إن موقف المشرع الجزائري بشأن اعتبار المفقود حي واضح وقطعي في تملك ما آل إليه من ميراث، وغير محتاج للتفسير، وما يؤكد هذا أن المشرع الجزائري لم يخصه بأحكام خاصة في الميراث كما فعل مع الحمل أو ذوي الأرحام أو في حالة التنزيل.

خالف القانون التونسي القانون الجزائري حينما أوقف استحقاق المفقود للإرث من غيره على ظهوره حيا، في الفصل 151 ق.أ.ش الذي جاء فيه: "يوقف للمفقود من تركته مورثه نصيبه فيها فإن ظهر حيا أخذه وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه. فإن ظهر حيا بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه بأيدي الورثة"، فإذا حكم بوفاته وجب عليه رد ما آل إليه من ميراث، ويعتبر كأنه كان ميت وقت موت مورثه⁽¹⁾.

ج- استحقاق التبرعات: إن اعتبار المفقودة حية يجيز تبرع الغير لها، وهو ما أكدته المادة 111 ق.أ.سالف الذكر، والتي أشارت إلى تسلم المقدم ما يستحقه المفقود من تبرع، ويدخل ضمن التبرعات الهبة والوصية والوقف، ولا يوجد في النصوص الخاصة بها، والواردة في المواد 184-220 ق.أ. ما يشير إلى المفقود أو منعه من استحقاقها.

تتملك المفقودة ما آل إليها بالهبة أو الوصية، ولا يعاد إلى تركه الموصي أو الواهب إذا ثبت الحكم بوفاتها بعد ثبوتها، وإذا كان تملك هذه الأموال لا يتم إلا بموافقة المفقودة يتولى عنها ذلك المقدم الذي تعينه المحكمة لتسيير أموالها⁽²⁾.

2- تحمل الالتزامات: تتحمل المفقودة كل الالتزامات التي تترتب عليه، وتلتزم بأدائها كما لو كان حية حقيقة، وما دما ندرس المفقودة المرأة فيتعين عليها أداء النفقة إذا كانت ملزمة بها، سواء تجاه أولادها أو أقربائها في حدود ما يلزمها به القانون، كما تتحمل كل الالتزامات التي تنشأ نتيجة إدارة وتسيير أموالها، وهي نتيجة منطقية لاعتبار المفقودة حية لغاية صدور الحكم بوفاتها، وتستوفى النفقة في الحالات التي تفرض على المفقودة للأولاد أو الوالدين من أموالها التي كانت تمتلكها أو تلك التي تكتسبها من ميراث أو تبرعات.

¹- فطيمة زهرة عبد العزيز، فتحة حواس، المرجع السابق، ص 399.

²- محمد سعيد جعفر، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 329.

ثانيا- حصر أموال المفقودة.

أوجب المشرع الجزائري في المادة 111 ق.أ سالفه الذكر على ضرورة حصر أموال المفقود، حفاظا عليها من أي ضرر، ولم يحدد من هو المخول بإجراء الحصر، مما فتح المجال للاختلاف بين من أقر منح هذه المهمة للمقدم ذاته بمعية محضر قضائي، ومن قال بتعيين موثق للقيام بها، ومن اشترط تعيين خبير لذلك، مستندا لأن حصر الأموال مسألة فنية تقنية تحتاج لمختص يقوم بها وهو الخبير⁽¹⁾.

نعتمد أن الرأي الأخير هو الأرجح، وذلك نظرا لما تتطلبه عملية الحصر من جهد تقني وفني متخصص، يستدعي تدخل خبير مختص، على أن يتم تعيين الخبير وأداء مهمته قبل صدور الحكم بالفقدان الذي يجب أن يشمل الحصر ليعين مقدم لإدارتها، وهو ما يفهم من السياق الذي وردت فيه المادة 111 سابقة الذكر.

ثالثا- تعيين مقدم لحفظ أموال المفقودة: لا يجوز صدور حكم بالفقدان دون تعيين مقدم لتسيير أموال المفقودة، حيث ألزمت المادة 111 سالفه الذكر القاضي بذلك، ومنحته سلطة اختيار الشخص الذي يعينه، سواء من الأقارب أو غيرهم ممن تتوفر فيه الشروط القانونية⁽²⁾، وذلك إذا لم يترك نائبا أو وكيفا عنه، أما إذا لم يترك من ينوب عنه، فإذا كان عديم أو ناقص الأهلية وكان له ولي أو وصي، فيستمر في مهمته بعد أن يثبتته القاضي كمقدم، أما لو كان كامل الأهلية وترك نائبا أو وكيفا فيجوز للقاضي تثبيته كمقدم إذا استوفى الشروط القانونية، أما إذا لم يستوفها فينعزل بتعيين مقدم للغائب أو المفقود⁽³⁾،

لقد أشار القانون التونسي للحالة التي يترك فيها المفقود وكيفا في الفصل 84 م.أ.ش، حيث أكد أنه لا ينعزل الوكيل إلا بعد الحكم بالفقدان، أما إذا ترك المفقود وكيفا عنه فإن الحاكم

¹ - لعبد بوسحابة، صالح حمليل، حفظ مال المفقود في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي المجلد 12، العدد 2، 2021، ص-ص 640-653، ص 643.

² - فطيمة زهرة عبد العزيز، فتحة حواس، المرجع السابق، ص 395.

³ - لعبد بوسحابة، صالح حمليل، المرجع السابق، ص 643-644.

يحصر ماله ويقدم من قرابة المفقود أو غيرهم من ينظر فيه تحت إذنه إلى ظهور موته من حياته أو يصدر الحكم بفقدانه وفق الفصل 83 م.أ.ش.

4- انتهاء النيابة الشرعية على المفقودة: ترتبط نهاية النيابة الشرعية بانتهاء فقدان أو الغياب، وليس بنهاية مهام المقدم التي تتمتع بمجال أوسع، لأن انتهائها قد يكون لأسباب خاصة به، فيعين مقدم آخر، أما النيابة على المفقودة فتنتهي في حالتين، هما:

أ- انتهاء النيابة على المفقودة والغائبة بصدور الحكم بموتها: أجاز المشرع الجزائري بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة حسب المادة 114 ق.أ طلب الحكم بوفاة المفقود، وبصدور هذا الحكم تنتهي الشخصية القانونية للمفقودة، وتعتبر ميتة من ذلك التاريخ، وتعامل معاملة الأموات، فتزول عنها النيابة الشرعية لزوال سببها، وتقسّم تركتها التي توزع على ورثتها، ولا تملك أن ترث من غيرها بعد ذلك، وتحل أجل ديونها، فيما يتوجب على ورثتها دفع ديون الدائنين عليها، وغيرها من أحكام الوفاة.

وتنتهي الرابطة الزوجية للمفقودة المحكوم بوفاتها بزوجها، والذي يحق له الزواج بأحد قريباتها المحرمة مؤقتا لزوال المانع، كما يحق له الزواج بزوجة رابعة إذا كان معددا.

ب- عودتها أو ظهورها حية: قد تزول الظروف القاهرة التي منعت الغائبة من الرجوع إلى محل إقامتها، فتعود إليها، وتزول النيابة الشرعية عليها، ويصبح بإمكانها تسيير وإدارة أموالها، وتنتهي مهام المقدم لتزاولها الغائبة العائدة.

كما أن المفقودة قد تظهر، أو تتأكد حياتها بأية وسيلة معتبرة قانونا قبل صدور الحكم بوفاتها، فتسترد ولايتها على نفسها إذا كانت كاملة الأهلية، ويزول أثر الحكم بفقدانها، وتستمر علاقتها الزوجية مع زوجها دون حاجة لعقد أو مهر جديد، ما لم يكن قد طلقها.

5- أثر عودة الميتة حكما على أموالها: تطرق المشرع الجزائري لحالة عودة الميت حكما في المادة 115 ق.أ، التي تسري على المرأة والرجل على حد سواء، حيث أجاز لها استرداد ما بقي عينا من أموالها أو قيمة ما بيع منها، أما ما استهلك أو تم التصرف فيه بغير بيع فلا تسترد قيمتها، وكان من المستحسن لو أشار المشرع إلى "قيمة ما تصرف فيه"، وهو ما تبناه القانون

التونسي في الفصل 58 من تنظيم الحالة المدنية، الذي أقر فيه استرجاع الميث حكما عند عودته مكاسبه حسب الحالة التي توجد عليها، وكذلك ثمن ما وقع التقويت فيه، والمكاسب المشتركة برؤوس الأموال، والمداخل الراجعة له⁽¹⁾.

كما أن المشرع التونسي أعطى للميت حكما عند ظهوره حي الحق في أخذ ما بقي بأيدي الورثة من نصيبه في الميراث من مورثوه الذين ماتوا قبله، حسب المادة 151 م.أ.ش، بينما لم يعطه الحق في استرجاع ما هلك ولا ما تم التصرف فيه⁽²⁾.

أما الفقه الإسلامي فقد انقسم فقهاءه إلى مذهبين اثنين:

- أولهما: يمثل المالكية والظاهرية والحنابلة في إحدى رواياتهم، ويرى أن العائد بعد الحكم بموته يسترد ماله الموجود عند ورثته أو غيرهم، ويرجع بالضمان على ما هلك.
- ثانيهما: يمثل الحنفية والشافعية والحنابلة في الرواية الأخرى، ويرى أن العائد بموته يسترد ماله الموجود عند ورثته أو غيرهم، ولا يرجع بالضمان على ما هلك⁽³⁾.

المطلب الثاني:

أنظمة إنابة الغير على المرأة.

إن اكتمال أهلية المرأة دون أن تكون غائبة أو مفقودة يمنع إنابة الغير عليها، حيث تكون سيدة نفسها، تباشر كل أعمالها شخصيا أو بوكالة منها حسب إرادتها الحرة، أما إذا كانت غير مكتملة الأهلية فإن المشرع الجزائري لم يخصها بأحكام خاصة فيما يتعلق بالأنظمة المقررة لإنابة الغير عليها، والتي ذكرها في المادة 44 ق.م، حيث جاء فيها: "يخضع فاقدو الأهلية أو ناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون"، ثم أحال بموجب المادة 79 من ذات القانون إلى قانون الأسرة الذي تناول هذه الأنظمة بالتفصيل في الكتاب الثاني تحت عنوان النيابة الشرعية، وجاء ذلك بصيغة عامة

¹- فطيمة زهرة عبد العزيز، فتحة حواس، المرجع السابق، ص 401.

²- فطيمة زهرة عبد العزيز، فتحة حواس، المرجع نفسه، ص 402.

³- عن عبد الله محمد ربابعة، المرجع السابق، ص 314-315؛ عن هادي محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 250.

دون تخصص للرجل أو المرأة، وبالتالي فإن الأنظمة التي تمارس في إطارها النيابة على المرأة هي: الولاية والوصاية والقوامة بالإضافة للكفالة، وهو ما سيتم تناوله في الفروع الآتية.

الفرع الأول: الولاية.

تعتبر الولاية نظاماً قانونياً أقيم من أجل حماية القاصر من أجل المحافظة عليه في نفسه وجسده وعقله وماله، وذلك من طرف شخص آخر قادر على تحقيق ذلك.

أولاً: مفهوم الولاية.

تتأول المشرع الجزائري الولاية في المواد 87-91 ق.أ، تتأول فيها مختلف الأحكام المتعلقة بها كنظام قانوني، وقد استمد غالبيتها من الفقه الإسلامي، وسنحاول التطرق لأهمها فيما يلي:

1- تعريف الولاية: تعرف الولاية لغة بأنها "القدرة والنصرة والتدبير، يقال هم على ولاية أي مجتمعون في النصرة"، والولي هو المحب والصديق، والنصير أو الناصر⁽¹⁾، أما اصطلاحاً فيقصد بها "سلطة شرعية بموجبها يكون للولي على المولى عليه ولاية النفس والمال معاً، أو النفس فقط أو المال فقط، بغرض الحفظ والصيانة المشروعة"⁽²⁾، أو هي "سلطة قانونية تمكن الولي من التصرف في حق المولى عليه، وتتسم بطابعها الإلزامي، فيخضع المولى عليه جبراً، وغايتها حماية القاصر في نفسه ومال"⁽³⁾، أو "قدرة الشخص شرعاً على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه أو ماله، أو على نفس الغير وماله"⁽⁴⁾، وهناك من يقصرها على الولاية على المال فقط فيعرفها بأنها "القدرة على إنشاء العقود والتصرفات نافذة من غير توقف على إجازة أحد"⁽⁵⁾، أو هي "تدبير الكبير الراشد شؤون القاصر الشخصية والمالية"⁽¹⁾.

¹ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء 43، الطبعة الثانية، طبع الوزارة، 1425هـ-2005م، ص 29.

² - نصر فريد واصل، الولايات الخاصة (الولاية على النفس والمال في الشريعة الإسلامية)، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 2002م-1422هـ، ص 9.

³ - فاطمة الزهراء بن محمود، المرجع السابق، ص 402.

⁴ - عبد الكريم زيدان، الجزء 6، المرجع السابق، ص 339.

⁵ - العربي بختي، المرجع السابق، ص 187.

2- أركان الولاية وشروطها: لم يتناول المشرع الجزائري أركان الولاية، غير أنه يمكن استنتاجها باستقراء مختلف أحكام الولاية، وهي:

أ- أطرفها، وهما:

- **الولي**، وهو الشخص الذي يتولى الولاية، ويمارس سلطة على مال غيره، الذي يشترط أن تربطه به قرابة، وهو محدد قانونا كالأب ثم الأم أو الحاضن في حالة الطلاق حسب المادة 87 ق.أ.ج، أو الأب ثم الأم حسب الفصل 154 م.أ.ش.ت⁽²⁾، أو الأب ثم لوصي الأب ثم للجد حسب المادة 110 ق.أ.ش.ك.

- **المولى عليه**، وهو الشخص الذي تقع عليه الولاية، سواء كان ذكرا أو أنثى، حيث لا تنفرد المرأة بهذه الحالة أو تختص بها، بل تتشارك فيها مع الرجل، بل تسري عليهما نفس الحالات، وقد سبق أن تطرقنا لها عند دراسة حالات إنابة الغير عن المرأة، ومن بينها، صغيرة السن، أو المحجور عليها.

ب- **محلها**، وهو الموضوع الذي تنصب عليها الولاية، وقد تنصب على النفس، المال أو النفس والمال معا، وقد تنصب على جزء فقط مال القاصر وليس كله، مثل الحالة التي أوردها القانون الكويتي في المادة 116 ق.م، والتي يؤول فيها إلى القاصر مال عن طريق الوصية أو التبرع مع اشتراط الموصي أو المتبرع ألا يخضع لولي القاصر أو وصيه، فيخرج هذا المال من الولاية أو الوصاية.

ج- **سببها**: وهو السبب الذي جعل المولى عليه غير قادر على تولى شؤونه، وهو إما:

- **القصر**: يفقد القاصر إلى الإدراك والتمييز الكامل، بسبب صغر سنه، وعدم اكتمال نضج عقله، مما يجعله غير قادر على التفريق بين الضار والنافع، سواء كان عديم الأهلية أو ناقصها، لذلك وجب تعيين شخص يتولى أموره لحين اكتمال أهليته.

¹ - وهبة الزحبي، الجزء السابع، المرجع السابق، ص 746.

² - وهو يختلف عن الولي في الزواج الذي حدده الفصل 8 م.أ.ش.ت بأنه الرجل العاصب بالنسب، ويجب أن يكون ذكرا رشيدا.

- **الحجر:** الحجر في الشرع هو المنع من التصرف القولي لا الفعلي، لأن الأفعال لا مرد لها، وقد سبق أن تطرقنا لأحكام الحجر وأسبابه.

والمحجور عليهم هم كما حددهم المشرع الجزائري وتناولناهم سابقا، اعترض إدراكهم وتمييزهم عارض، فأعدمه كالمجنون والمعتوه، أو أنقصه كالسفية، ونتيجة لذلك وجب تعيين مقدم يتولى أمورهم.

3- أنواع الولاية: تنقسم الولاية إلى عدة أنواع:

أ- فهي قد تكون عامة أو خاصة:

- **عامة:** وهي "ولاية السلطة العامة، والسلطة المنبثقة عليها"⁽¹⁾.

- **خاصة:** وهي "المتعلقة بأحد الناس وأفرادهم"⁽²⁾، أو هي التي يملك بها الولي التصرف في شأن من الشؤون الخاصة للأشخاص المعيّنين"⁽³⁾، وهي التي تثبت للأشخاص بصفتهم أفراد لا حكاما⁽⁴⁾.

ب- وقد ترد على النفس أو المال أو عليهما معا:

- **النفس:** وهي "سلطة يملكها الولي على المولى عليه تخوله الحق في تزويجه وتأديبه وتعليمه والعناية به في كل ما تحتاجه نفسه مادامت الولاية على النفس قائمة"⁽⁵⁾.

- **المال:** وهي القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالأموال وتنفيذها.

- **النفس والمال،** وهي تشمل الولاية على النفس والولاية على المال، أي القدرة على إنشاء العقود المالية وغير المالية⁽⁶⁾.

ج- وقد تكون:

¹ - نصر فريد واصل، المرجع السابق، ص 9.

² - نصر فريد واصل، المرجع والموضع نفسه.

³ - حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار بلنسية، الرياض-المملكة العربية السعودية، 1420 هـ، ص31-32.

⁴ - تقيّة عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 152.

⁵ - أحمد نصر الجندي، الولاية على المال وإجراءات حمايته أمام محكمة الأسرة، دار الكتب القانونية ودار شتات، مصر، 2009، ص 20-21.

⁶ - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 54.

- أصلية (ذاتية): هي التي "تثبت للشخص ابتداء، ولا تكون مستمدة من الغير، والشارع جعل له الولاية مباشرة لسبب ملتصق به لا يفارقه، وهي لا تقبل الإسقاط ولا التنازل عنها".
- نيابية (مكتسبة): هي "المستمدة من الغير بإقرار الشارع، يكتسبها صاحبها من الغير نيابة عنه، سواء كان الغير وليا خاصا كالأب، أو وليا عاما كالسلطان"⁽¹⁾.
- د- كما قد تقتصر على الشخص نفسه أو تتعداه لغيره:
- ولاية قاصرة: هي "قدرة العاقد على إنشاء العقد الخاص بنفسه وإنفاذ أحكامه".
- ولاية متعدية: هي "قدرته على إنشاء العقد الخاص بغيره بإقامة الشارع"⁽²⁾.
- ه- كما يمكن تقسيمها إلى:

- ولاية إجبار: "هي سلطة ثابتة شرعا بمقتضاها يستطيع الولي إجبار المولى عليه من غير موافقته ورضاه"⁽³⁾.

- ولاية اختيار: "هي التي لا يستطيع الولي أن يستبد بتزويج المولى عليها، بل لابد أن تتلاقى إرادة الزوجة مع إرادة الولي، ويشترك في الاختيار ويتولى هو الصيغة"⁽⁴⁾.

وفي كلا الحالتين تشمل الولاية:

ثالثا- انتهاء الولاية.

أشار المشرع الجزائري في المادة 91 ق.أ إلى حالات انتهاء وظيفة الولي، فيما لم يشر إلى أسباب انتهاء الولاية، لأنه يمكن استمرار الولاية رغم انتهاء وظيفة الولي بانتقالها لولي آخر إن وجد، كحالة وفاة الأب وانتقالها للأم، فمهمة الأب كولي انتهت، ولكن الولاية كنظام ما تزال مستمرة حيث تتولاها الأم، كما أنه لم يشر إليها كلها بل اكتفى بتلك التي تتعلق بالولي فقط دون الإشارة إلى أسباب أخرى عديدة كموت المولى عليه أو بلوغه سن الرشد، وعليه يمكن القول أن أسباب انتهاء الولاية هي:

¹- حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص35.

²- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 54.

³- عيسى حداد، المرجع السابق، ص 120.

⁴- عيسى حداد، المرجع نفسه، ص 120.

1- الأسباب المتعلقة بالمولى عليه: وهي تتعلق إما بصغير السن أو المحجور عليه:

أ- بالنسبة لصغير السن، تنتهي الولاية عليه إذا:

- بلغ سن الرشد: لم ينص المشرع على هذه الحالة، غير أنه يمكن استنتاجها من المادة 40 ق.م التي اعتبرت كل من بلغ سن الرشد غير محجور عليه يتمتع بالأهلية الكاملة لمباشرة حقوقه المدنية، فلا حاجة له لمن يتولى أموره، وكذلك من المادة 86 ق.أ التي سارت في نفس النهج.

يجمع فقهاء المذاهب الأربعة على أن الولاية على الصغير تنتهي تلقائيا إذا بلغ القاصر عاقلا رشيدا دون الحجر عليه⁽¹⁾.

- تم ترشيده: سبق أن المشرع الجزائري سمح بترشيد القاصر في الماد 84 ق.أ، فإذا تم ذلك انتهت الولاية في الحدود التي تم الترشيد فيها، ولم يخص المشرع المرأة بسن معين للترشيد بل سكت عنه، مما جعله محط عدة انتقادات سبق ذكرها.

- توفي: إذا مات القاصر انعدم أهم ركن للولاية، ولم يعد لها وجودا، فتنتهي تلقائيا.

ب- بالنسبة للمحجور عليه: تزول الولاية على المحجور عليه:

- برفع الحجر عليه، والذي يتم حسب ما أكده المشرع الجزائري في المادة 108 ق.أ إذا زال سببه، والذي يتمثل في الجنون أو العته أو السفه، فإذا شفي المحجور عليه من العارض الذي اعترض تمييزه فأعدمه أو أنقصه رفع الحجر، فتزول الولاية نتيجة لذلك.

- بوفاته: من البديهي أن وفاة المحجور عليه يزيل الحجر، وبالتالي لا حاجة للولاية.

2- الأسباب المتعلقة بالولي: إذا كان منفردا كوجود أحد الأبوين فقط، وذلك بموته أو

عجزه أو الحجر عليه أو إسقاط الولاية عليه، أما إذا وجدا معا فبموتها أو فقدهما أهليتهما معا، حيث تنتضي الولاية، وننتقل للوصاية.

¹- بيبية بن حافظ، الولاية الأصلية على مال القاصر، مجلة دار العلوم الإنسانية، جامعة منتوري قسنطينة-الجزائر، المجلد 31، العدد 1،

2020، ص-ص 255-279، ص 273.

لا تختلف هذه الحالات عن تلك المتعلقة بالقوانين المقارنة، أما الفقه الإسلامي، فإذا تعلق الأمر بأسباب الولاية المتفق عليها، والمتمثلة في الصغر والجنون والعتة، فقد أجمع فقهاء على انتهاء الولاية بزوال السبب الموجب لها، كالبلوغ والإفاقة من الجنون والعتة والشفاء منهما، أما إذا يتعلق بالسفه والغفلة، فبينما ذهب الجمهور من مالكية وحنابلة وشافعية إلى زوال الولاية بزوال السفه والغفلة، ذهب الحنفية انتهائها ببلوغ المعنى 25 سنة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الوصاية والقوامة (التقديم).

تتشارك الوصاية والقوامة في أن كلاهما نظاماً شرعاً لحماية ناقصي الأهلية وعديميها، وكلاهما لا يطبق إلا في عدم وجود الولي، ويخضعان في الغالب لنفس الأحكام.

أولاً- الوصاية.

1- **تعريف الوصاية:** يمكن تعريفها بأنها "جعل الشخص غيره وصياً بعد موته ليقوم بما يعهد إليه من أمر النظر في شؤون أولاده، أو أمواله، أو تنفيذ وصاياه أو غير ذلك"⁽²⁾، أو هي "سلطة ثابتة شرعاً لشخص يمنحها إياه الولي تخوله القيام بتصرفات مخصوصة نيابة عن المولى عليه بعد وفاة الولي"⁽³⁾.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد اعتبروا أنها تختص بالعهد إلى مَنْ يقوم على أموال وديون وشؤون الموصي بعد موته، فقد عرفها المالكية بأنها "عقد يوجب نيابة عن عاقده بعد موته"⁽⁴⁾، وعرّفها الحنفية بأنها "كلمة موضوعة لطلب شيء من غيره ليفعله بعد مماته"⁽⁵⁾، فيما عرفها الحنابلة بأنها "الأمر بالتصرف بعد الموت"⁽⁶⁾، كأن يوصي إلى شخص تزويج بناته أو "الكلام على أولاده الصغار"، بينما يعرف الشافعية نوعان من الوصية، الأول يقصد به "عقد يوجب حقاً

¹ - عبد الجليل بوبندير، المرجع السابق، ص 140.

² - عبد الكريم زيدان، الجزء 6، المرجع السابق، ص 403.

³ - خالد بوشمة، المرجع السابق، ص 166.

⁴ - محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 9، الطبعة الأولى، دار الفكر-بيروت، 1404هـ-1984م، ص 503.

⁵ - أشرف حنضل الشاعر، أحكام الوصاية في الشريعة الإسلامية ومدى تطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، رسالة ماجستير قدمت لكلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية بغزة، إشراف الدكتور مازن إسماعيل هنية، 1427هـ-2006م، ص 4-5.

⁶ - منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، مراجعة وتعليق هلال مصيلحي مصطفى هلال، الجزء 04، دار الفكر-بيروت ودار عالم الكتب-بيروت، ص 335.

في ثلث عاقده يلزمه بموته"، أما الثاني فهو "عقد يوجب نيابة عن عاقده بعد موته"⁽¹⁾، وهو الذي ينطبق على الوصاية محل دراستنا.

2- أركان الوصاية.

لم يتناول المشرع الجزائري أو يحدد أركان الوصاية فيما اختلف حولها الفقهاء على ضوء اختلافهم في العقود عموماً، فالحنفية يعتبرون الصيغة الركن الوحيد للعقد، باعتبارها دليل على الرضا، ويجعلونها الركن الوحيد للوصاية أيضاً، أما الجمهور فقد أضافوا معها أطراف العقد المعروفة، وجعلوا أركان الوصاية على النحو الآتي:

- **الصيغة:** وهي "الإيجاب من الموصي، والقبول من الوصي (الموصى إليه)"⁽²⁾، أي هي ما دلّ على معنى الوصاية من إيجاب وقبول من خلال اللفظ الصريح وغير الصريح، والمفهوم والإشارة من قبل أطراف العقد.

- **الموصي:** وهو الشخص الذي يسند أمر من هم تحت ولايته من القاصرين إلى من يوم مقامه بعد موته"⁽³⁾، وهو الذي يوصي بتنفيذ الوصايا ورد الديون والودائع والقيام بأمر الأطفال وغيرها من الأمور التي تتعلق بماله وعياله.

لقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على جواز إيصال الأب، غير أنهم اختلفوا بشأن الأم كما سيأتي بيانه، وبشأن الجد، حيث ذهب الحنفية والشافعية إلى ثبوت حق الإيصال له، لأنه ولي لهم، فيما أنكر عليه المالكية والحنابلة هذا الحق، لأنه لا يدلي للأولاد مباشرة، فهو كالعَم والأخ⁽⁴⁾.

¹- الرملي محمد بن أحمد، نهاية المحتاج إلى شرح ألفاظ المنهاج، الجزء 6، المرجع السابق، ص 40.

²- محمود عبد الله بخيت، مفهوم الوصاية وأركانها (في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني)، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، 2012، ص-ص 141-184، ص 161.

³- عبد الله محمد سعيد ربابعة، الوصاية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الدراسات العليا-الجامعة الأردنية، 2005 م، ص 93.

⁴- محمود عبد الله بخيت، المرجع السابق، ص 165-166.

- الوصي (الموصى له): هو من يوصى له، ومن يقوم على شؤون الصغير⁽¹⁾، أي هو الذي ينفذ الوصاية.

- الموصى به (الموصى فيه): وهو محل الوصاية، وهو "التصرف الذي يناط بالوصي القيام به"⁽²⁾، والمقصود به التصرفات المباحة التي أذن للموصى إليه القيام بها بعد موت الموصي، ويشترط فيه الحنفية والشافعية والحنابلة أن يكون معلوما يملكه الوصي، أما المالكية فلم يشترطوا ذلك، واعتبروه وصيا في كل شيء⁽³⁾.

- الموصى عليه: وهو الشخص القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد، أو الذي أصابه جنون أو سفه أو عنه⁽⁴⁾.

3- تمييز الوصاية عما يشابهها.

أ- عن الولاية: تختلف الوصاية عن الولاية من عدة جوانب، أهمها:

- أن الوصاية ليست تكليفاً أو واجبا على الوصي، الذي يجوز له رفضها أو التنازل عليها، أما الولاية فهي واجب على الولي، ولا يمكنه التنازل أو التخلي عنها⁽⁵⁾.

- الوصاية تكون باختيار من الولي وتثبيت من المحكمة، أما الولاية فتتم بقوة القانون.

- الوصاية تصح لأي شخص تتوفر فيها شروط معينة، أما الولاية فهي تثبت للأب أو الأم أو الجد⁽⁶⁾.

ب- عن الوصية: رغم أن كلاهما يتعلق بأمر الميت ورغبته، إلا أنهما يختلفان من حيث أن الوصاية تتعلق بإنابة شخص على آخر غير كامل الأهلية، أما الوصية فهي منح مقدار من المال لشخص معين بعد الوفاة.

¹ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء 43، الطبعة الثانية، طبع الوزارة، 1425 هـ-2005م، ص 167.

² - عبد الله محمد سعيد رابعة، الوصاية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني "دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 9.

³ - محمود عبد الله بخيت، المرجع السابق، ص 168.

⁴ - عبد الله محمد سعيد رابعة، الوصاية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني "دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 9.

⁵ - جعفر محمد سعيد، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 610.

⁶ - جعفر محمد سعيد، المدخل للعلوم القانونية، المرجع نفسه، ص 610.

ج- **عن الحضانة:** كلاهما يشتركان في الحفظ والرعاية، غير أن الحضانة تتعلق بحفظ الصغير مما يؤذيه ورعايته وتربيته والقيام بأمره، أما الوصاية فتتعلق بحفظ وحماية أموال غير كامل الأهلية⁽¹⁾.

4- **انتهاء الوصاية:** أشار المشرع الجزائري إلى أسباب انتهاء مهمة الوصي في المادة 96 ق.أ، وحاول الإلمام بها كلها وضبطها عكس ما فعله مع الولي، وهي ذاتها أسباب انتهاء الوصاية، إذا كان الوصي واحداً، أما إذا تعددوا فتنتهي بانتهاء مهام كل الأوصياء، سواء بانقالها من وصي لآخر، أو بانتهاء مهمة أحدهم وبقاء مهمة الآخر، وتتمثل فيما يلي:

أ- **انتهاء الوصاية لأسباب تتعلق بالقاصر، وهي تتمثل في:**

- **موت القاصر، وبالتالي انعدام أي مبرر لاستمرار الوصاية، ويستوي أن يكون الموت حقيقة أو حكماً⁽²⁾.**

- **بلوغه سن الرشد، حيث يصبح كامل الأهلية، ويمكنه مباشر حقوقه المدنية بنفسه وفق المادة 40 ق.م، أما إذا بلغ سن الرشد وبه عارض من عوارض الأهلية، فيعين له القاضي مقمماً.**

ب- **انتهاء الوصاية لأسباب تتعلق بالوصي، وقد ذكرها المشرع الجزائري في المادة 96 ق.أ، وسنرجئ دراستها لحين دراسة أحكام المرأة الولاية لاحقاً.**

غير أنه ورغم حرص المشرع على ذكر كل أسباب انقضاء الوصاية إلا أنه أغفل حالة عودة الولاية لصاحبها، فكما رأينا سابقاً أن الولاية قد تزول لعارض يحول دون تحقق هدفها فتتقضي بسببه، فإذا زال هذا العارض عادت الولاية لصاحبها، وبالتالي تنقضي الوصاية، كحالة الحجر على الولي ثم رفع الحجر عنه.

¹ عبد الله محمد سعيد ربابعة، الوصاية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني "دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 23-24.

² المادة 44 ق.م.ج تنص على أنه: "يخضع فاقدوا الأهلية وناقصوها، بحسب الأحوال، لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة، ضمن الشروط ووفقاً للقواعد المقررة في القانون".

ثانياً: التقديم (القوامة).

يعتبر نظام التقديم أو القوامة كما يسميها القانون المدني⁽¹⁾ وفقهاء الشريعة الإسلامية، من بين الأنظمة التي تمارس بموجبها النيابة الشرعية على غير مكتملي الأهلية لصغر السن أو للحجر عليهم، وعلى المفقودين ومن في حكمهم، تناول المشرع أحكامه في الفصل الرابع من الكتاب الثاني المخصص للنيابة الشرعية، وأفرد له نصين فقط، هما المادتين 99-100 ق.أ، اكتفى بتعريف المقدم في الأولى، فيما أقام في الثانية المقدم مقام الوصي، وأخضعه لنفس أحكامه.

1- تعريفه: بينما لم يعرف المشرع الجزائري القوامة أو التقديم، حاول الفقهاء تعريفها بأنها: "نيابة قانونية يتولى بمقتضاها شخص يسمى المقدم الولاية على مال المحجور عليه لأحد عوارض الأهلية"⁽²⁾، أو أنها "ولاية يفوضها القاضي إلى شخص كبير راشد بأن يتصرف لمصلحة القاصر في تدبير شؤونه المالية"⁽³⁾، وهي نيابة قانونية شرعية غير مباشرة، لأن القاضي هو من يفوض المقدم بتولي مهامه⁽⁴⁾.

2- أركانها: تتقارب أركان القوامة مع أركان الوصاية مع بعض الاختلافات البسيطة التي تفرضها الخصوصية والاختلافات الموجودة بينهما، كإعدام الصيغة في القوامة، لأنها تكون بأمر القاضي، أو كعدم تعلقها بإرادة شخص آخر (الوصي في الوصاية)، وإنما بناء على طلب أحد أقاربه أو من له مصلحة أو النيابة العامة، ووفق مصلحة الخاضع للقوامة، وبالتالي لقيام القوامة لا بد من:

- تعيين المقدم بموجب حكم قضائي بناء على طلب الأطراف الذين سبق توضيحهم.
- الشخص الخاضع للقوامة، سواء كان غير مكتمل الأهلية أو محجور عليها أو مفقود أو الغائب في حكمه.

¹ - محمد سعيد جعفر، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 617.

² - محمد سعيد جعفر، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 619.

³ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء 34 (قضاء الحاجة-كفالة)، الطبعة الأولى، مطابع دار الصفوة، الكويت، 1416هـ-1995م، ص 75.

⁴ - بونيندير عبد الجليل، المرجع السابق، ص 133.

- محل القوامة، والتي تتمثل في إدارة أموال الخاضع لها، فرغم أن النص العربي للمادة 99 ق.أ سألفة الذكر لم يبين ذلك صراحة، إلا أن النص الفرنسي⁽¹⁾ ذكره بوضوح، كما يفهم ضمناً من خلال نص المادة 100 ق.أ سألفة الذكر، والتي أشارت بتطبيق على القوامة أحكام الوصاية التي شرعت لإدارة أموال القاصر⁽²⁾.

أما في غيرها سواء شروط المقدم أو انتهاء القوامة فتطبق عليها أحكام الوصاية، ولا داعي لتكرارها.

الفرع الثالث: الكفالة.

تعتبر الكفالة من أهم الأنظمة القانونية التي وجدت لحماية الأطفال، خاصة الأيتام واللقطاء، وذلك بتمكينهم من الحصول على الرعاية اللازمة من العوائل القادرة على ذلك، خاصة تلك التي لا تستطيع الإنجاب، وهي إحدى صور الرعاية البديلة التي تعترف بها الشريعة الإسلامية للطفل، سواء كان معلوم أو مجهول النسب، وعنها تبنى المشرع الجزائري أحكامه، والتي نظمها في قانون الأسرة، وذلك في الفصل السابع من الكتاب الثاني المتضمن النيابة الشرعية في تسعة مواد 116-125 منه، فيما تناولها المشرع التونسي في خمس فصول 3-7 م.أ.ش.

أولاً: مفهوم الكفالة.

تختلف الكفالة في قانون الأسرة عن تلك المعروفة في القانون المدني، وسنحاول إلقاء الضوء على أهم الأحكام التي تحدد هذا المفهوم فيما يلي:

1- تعريفها: رغم أن المشرع عادة لا يهتم بالتعريفات، إلا أن الكفالة عرفها في المادة 116 ق.أ⁽³⁾ بقوله "الكفالة عبارة عن التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية

¹ - جاء فيه: Le curateur est la personne désignée par le tribunal, à défaut de tuteur légal ou testamentaire pour l'administration d'une personne complètement ou partiellement incapable...

² - محمد سعيد جعفرور، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 621-622.

³ - الكفالة في القانون المدني تتطلب شروطاً محددة في القانون لانعقادها، وتعني الضمان في وهو نوع من أنواع التأمين (Le cautionnement)، نظمه المشرع الجزائري في القانون المدني، كما أن المشرع نص على أنه عبارة عن " عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي هذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

ورعاية، قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي"، وهي حسب الفصل 3 م.أ.ش.ت "عقد يقوم بمقتضاه شخص رشيد(بالغ) متمتع بكامل حقوقه المدنية، أو هيئة بكفالة طفل قاصر".

وفي نفس السياق تعرف اصطلاحاً بأنها "حفظ الولد القاصر وتربيته ورعايته، وهي ولاية جائزة، وتتعد شرعاً، ولا تصح إلا ممن كان أهلاً للتبرع بها"⁽¹⁾.

ولقد اعتبر الفقه الإسلامي الكفالة "التزام شخصي يصدر عن الكافل، سواء كان رجلاً أو امرأة"⁽²⁾، وأنها "تبرع منه مما يضي عليها صبغة قانونية ودينية يبتغي بها وجه المولى عز وجل، وعليه لا يستطيع إلزام غيره بها ولو كان زوجه".

إذن فالكفالة هي عبارة عن التزام تطوعي برعاية طفل قاصر وتربيته وحمايته بنفس الطريقة التي يتعامل بها الأب مع ابنه.

2- خصائصها: تتميز الكفالة في قانون الأسرة عن غيرها بعدة خصائص، أهمها أنها:

- نظام قانوني، لأن كل الأحكام المنظمة لها محددة بنصوص قانونية.
- نظام اجتماعي: فهي وضعت لغاية اجتماعية نبيلة، تتمثل في رعاية الأولاد القصر الذين ليس لديهم من يرعاهم، سواء كانوا مجهولي النسب أو معلوم نسبهم وعجز وليهم عن رعايتهم، وتوفير مستلزماتهم.

- عبارة عن نظام بديل للتبني الذي كان معروفاً قبل مجئ الإسلام الذي منعه وحرمه، وهو ما تبناه المشرع الجزائري حينما منع التبني في المادة 46 ق.م، وكذلك المشرع الكويتي في المادة 167 ق.أ.ش، عكس كالقانون التونسي الذي يجيزه في الفصل الثامن من القانون عدد 27 سنة 1958 الذي يتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، حيث جاء فيه: "يجوز التبني حسب الشروط المبينة في الفصول الآتية".

¹ - العربي بختي، المرجع السابق، ص 213.

² - ليلي جمعي، حماية الطفل، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2005-2006، ص 138.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

- عبارة عن عقد رضائي رسمي، يقوم على رضا الأطراف المتعاقدة، ولا مجال فيه للإذعان، ويتم تحريره أمام جهة رسمية مختصة، وبإجراءات قانونية محددة.

- عقد تبرعي من طرف الكفيل بدون مقابل مادي، كالحصول على أجره مثلا، أما المقابل المعنوي فممكن، لأنه قد يتمثل في الحصول على إحساس الأمومة أو الأبوة، أو ابتغاء مرضاة الله تعالى.

- تضع الطفل المكفول في مرتبة الابن الشرعي والذي يترتب عليه حقوق والتزامات متبادلة ومحددة وفقا للأحكام التي تحكم علاقة الأب بابنه.

- عبارة عن عقد مؤقت وليس أبدي، بل تسقط وتنتهي لأسباب محددة في القانون.

- تحافظ وتحمي الأنساب، إذ المكفول يبقى أجنبيا عن الأسرة المكفولة.

- تحمي الحقوق الميراثية وتمنع التعدي على حقوق التركة إذ لا يحق للمكفول الميراث فيها، بل يمكن الحصول على الهبة أو الوصية فقط.

3- تمييزها عن الأنظمة المشابهة لها: تختلف الكفالة عن باقي الأنظمة المشابهة لها من عدة جوانب، منها:

أ- تمييزها عن الحضانة: رغم التشابه الكبير بين الكفالة والحضانة خاصة فيما يتعلق بحفظ مصالح الطفل القاصر، إلا أن الفوارق بينهما عديدة، منها:

1- أن الحضانة تشترط أن يكون الحاضن قريبا للمحضون ومعروف نسبه، أما الكفالة فلا تشترط ذلك.

2- أن الكفالة تلزم الكفيل بالإنفاق على المكفول، في حين الحضانة غرضها مدّ الحنان والرعاية وتقديم الخدمات المادية، دون النفقة التي تكون على عاتق الولي الشرعي.

3- أن الكفالة التزام تبرعي بدون مقابل مادي، حيث لا يأخذ الراغب في التكفل أي عوض مادي على خلاف الحضانة التي يجوز فيها أخذ أجره.

4- أن الكفالة تسند بقرار إداري، بعد أن تحرر في وثيقة رسمية أمام موثق أو أمام المحكمة أو بمصادقة هذه الأخيرة، أما الحضانة فتسند بحكم قضائي فقط.

6- أن الحضانة تطلق على الطفل الذي يكون في حضانة أمه أو أبيه أو غيرهما، بينما الكفالة تطلق في الطفل الذي يكون عند غير والديه الأصليين، أو غير المكلف بالحضانة أصلاً.

7- المكفول يطلق على الطفل الذي يكون معروف النسب أو مجهول النسب، أما المحضون فيطلق على طفل معروف النسب.

8- اشترط المشرع الجزائري دون التونسي الإسلام في الكافل، أما في الحضانة فلم يشترط في الحاضنة ذلك مكتفياً بتربيته على دين أبيه.

9- تنتهي الكفالة في القانون التونسي ببلوغ المكفول سن الرشد، في حين أشار القانون الجزائري إلى أن الكفالة تبقى مستمرة إلى غاية طلب الأبوين أو أحدهما عودة المكفول إلى ولايتهما، أو التخلي عنهما، وهي طريقة لإنهاء عقد الكفالة، أما انتهاء الحضانة ففي قانون الأسرة الجزائري تنتهي بالنسبة للذكر ببلوغه عشر سنوات مع إمكانية تمديدتها إلى 16 سنة، والأنثى ببلوغها سن الزواج، أي 19 سنة حسب الفقرة الأولى من المادة 07 من نفس القانون، في حين أن المشرع التونسي لم يحدد سناً لذلك.

ب- **تمييزها عن التبني:** التبني لغة من تبني تبنيًا، ويقال تبني الصبي أي ادعى بنوته واتخذه ابنًا، أما اصطلاحًا فهو أن يتخذ الرجل له ولداً ليس من صلبه مع علمه أنه ليس ولده، فينتسب هذا المتبني إلى من تبناه، ويكون له عليه حقوق الولد، فالمتبني لا يقول أن هذا المتبني ابنه ومن صلبه، ولكنه أنزله منزلة ابنه والتزم له بحقوق وقطع نسبه إلى غيره⁽¹⁾، أو هو "أن يدعي شخص بنوة ولد معلوم أو مجهول النسب مع علمه بعدم وجود أية قرابة تربطه به، ومع ذلك يتخذه ولداً له ويعطيه اسمه"⁽²⁾.

وقد منعت الشريعة الإسلامية التبني منعا باتا بنص القرآن، في قوله تعالى: "...وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ * ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ

¹ - علال أمال، التبني والكفالة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة تلمسان، 2008-2009، ص 16.

² - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 250.

أَفْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فِإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا⁽¹⁾.

وسار المشرع الجزائري في هذا النهج حيث حرم التبني في المادة 46 ق.أ التي جاء فيها: "يمنع التبني شرعا وقانونا"، وأيضا القانون الكويتي في المادة 167 ق.أ.ش، فيما أباحه المشرع التونسي وتناوله في الفصول 08-15 من القانون 27 لعام 1958 سالف الذكر.

وعليه فليس لأي جزائري أن يدعى من ليس من صلبه ابنا له، سواء علم أو جهل نسبه، ولا يجوز تغيير لقب شخص بلقب شخص آخر وضمه إلى نسب هذا الأخير، وهذا ما تناوله القانون المدني، التي يفهم منها أن الابن يحمل لقب والده دون غير، فيصبح جزءا من شخصيته.

غير أنه وحسب المرسوم التنفيذي رقم 92-24⁽²⁾ الذي عدل بموجب مادته الأولى المادة الأولى من المرسوم 71-157 وأضاف لها فقرة ثانية جاء فيها: "كما يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة ولدا قاصرا مجهول النسب من الأب، أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائدته، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي، وعندما تكون أم الولد القاصر معلومة وعلى قيد الحياة، فينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالقبول".

وقد أثار هذا المرسوم نقاشا كبيرا، وانتقده العديد على أساس أنه يمهد للأخذ بنظام التبني.

¹ - الآيتان 4-5 من سورة الأحزاب.

² - المؤرخ في 8 رجب 1412 الموافق لـ 13 يناير 1992، والمتعلق بتغيير اللقب، ج.ر.ج. عدد 5 الصادرة في 17 رجب عام 1412 هـ الموافق لـ 22 يناير 1992 م، يتم ويعدل المرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 3 يونيو سنة 1971 م وقد تضمن مادتين، أضاف بموجب الأولى فقرة ثانية للمادة الأولى من المرسوم 71-157، وأضاف المادة 5 و5 مكرر، وأكد في الثانية على نشره في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، وقد أعاد المشرع تعديل وترتيب المرسوم 71-157، وأعاد صياغة الفقرة المضافة بالمرسوم 92-24، وجعلها مادة مستقلة هي المادة 1 مكرر، وقد تم تعديله أيضا بالمرسوم 20-223 المؤرخ في 18 ذي الحجة 1441 هـ الموافق لـ 8 غشت 2020م، ج.ر.ج. عدد 47 الصادرة في 21 ذي الحجة 1441 هـ الموافق لـ 11 غشت 2020م.

4- أركان الكفالة وشروطها.

أ- أركانها: إن اعتبار الكفالة عقدا يستلزم استيفائه لأركان العقود عموما، والتي تتمثل في التراضي، السبب، المحل، الشكلية في العقود الرسمية كالكفالة، وعليه تقوم الكفالة على:

- التراضي: لا بد من رضا طرفي عقد الكفالة وصحته، بأن يكونا كاملي الأهلية، وإرادتهما خالية من العيوب، وتطبق بشأنه القواعد العامة، ويتمثل طرفي عقد الكفالة في:

- الكافل وأبوي الكفول، أو أحدهما إن كان الآخر متوفي، وذلك في حالة المكفول معلوم النسب.

- الكافل والمؤسسة التي تتولى رعايته، في حالة المكفول مجهول النسب.

- المحل: وهو الموضوع الذي ينصب عليه العقد، وفي عقد الكفالة هو القيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية.

- السبب: وهو الدافع الذي أدى لإبرام العقد، وهو في عقد الكفالة الإلتزام بكفالة قاصر تقربا من الله تعالى، أو تحقيقا لرغبة في الأمومة أو الأبوة، وغيرها، شريطة أن يكون مشروعا وغير مخالف للنظام العام والأداب العامة.

- الشكلية: اشترط المشرع الجزائري في المادة 116 ق.أ أن تتم الكفالة بعقد شرعي، ولم يوضح المقصود بذلك هل الرسمية بتحريه أمام جهة رسمية مختصة، أو إبرامه وفق أحكام الشريعة الإسلامية، وهو ما أثار اختلافا فقهيًا حول تفسيرها، غير أن مسألة شكلية عقد الكفالة مفصول فيه صراحة في المادة 117 ق.أ التي صرحت بوجوب تحريه أمام المحكمة أو أمام موثق، غير أنه بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية في مواده 492-497 فإن الكفالة تتم أمام المحكمة فقط، مما يعني سحب الإختصاص من الموثق، لأنه كما يرى البعض⁽¹⁾ اللاحق ينسخ السابق، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية هو اللاحق، فينسخ ما

¹ سلام عبد الرحمن، الكفالة في التشريع المدني الجزائري، مجلة الحضارة الإسلامية، كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة مستغانم، المجلد 19، العدد 2، 2018، ص-ص 605-628، ص 620.

جاء في قانون الأسرة، حيث أشارت مختلف النصوص السابقة إلى الكفالة عموماً، ولم تفرق بين كفالة معلوم الأبوين أو مجهولهما.

باسقراء مختلف النصوص المتعلقة بالكفالة يمكن القول أنه يمكن إبرام عقد الكفالة أمام الموثق أو القاضي، حيث يتم تعبير الأبوين معاً أو أحدهما إن كان الآخر متوفياً، ويصرحان أمامه بقبول الكفالة، ليتم بعد ذلك رفع طلب الكفالة إلى المحكمة لتثبيتها.

ب- شروطها: وتتمثل في الشروط الواجب توفرها في الكافل والمكفول والطرف الثاني لعقد الكفالة، وهي عديدة منها ما ذكرته المواد 117-119 ق.أ، ومنها ما أغفلته، وهي:

أ- شروط الكافل: الكافل هو الشخص الذي يتولى الكفالة، ويجوز أن يكون شخصاً طبيعياً، أو معنوياً يتمتع بالشخصية المعنوية، فرغم عدم نص المشرع في قانون الأسرة على حق الشخص المعنوي في الكفالة، إلا أنه يجوز ذلك شريطة أن يتمتع بالأهلية القانونية اللازمة لذلك، وأن يكون له مركزاً مالياً وبشرياً لائقاً ومؤهلاً ومعتمداً قانوناً، ومثال ذلك المؤسسات الوطنية المكلفة برعاية الأطفال الأيتام أو مجهولي النسب،⁽¹⁾ وفي هذا الشأن نجد القانون النموذجي المتعلق بمؤسسات رعاية الطفولة المسعفة في مادته الخامسة يسمح لهذه المؤسسة بالكفالة قصر في انتظار إعادة إدماجهم في أسر تكفل لهم رعاية أفضل⁽²⁾.

يشترط في الكافل عدة شروط منها ما تناولها المشرع الجزائري ومنها ما أغفله، غير أننا سنرجئ دراستها لحين مناقشة أحكام المرأة الكافلة.

ب- شروط المكفول: تتمثل في مايلي:

- أن يكون المكفول قاصراً: حسب المادة 116 ق.أ فإن المكفول يجب أن يكون قاصراً لم يبلغ سن الرشد (19 سنة)، وهي الفترة التي يكون في حاجة لغيره، والتي يمكن خلالها تربيته ونشأته وإدماجه داخل الأسرة الكافلة، فلا فائدة من الكفالة بعد ذلك.

¹ - سلام عبد الرحمن، المرجع نفسه، ص 611.

² - لأكلي نادية، أحكام الكفالة في التشريع الجزائري وإشكالاته القانونية، مجلة القانون والمجتمع، مخبر القانون والمجتمع-جامعة أدرار، المجلد 10، العدد 2، سنة 2022، ص-ص 105-120، ص 110.

- أن يحتفظ بلقبه الأصلي، إذا كان معلوم النسب، وألا يمنح لقب الكافل، إلا باعتباره كافلا وفي إطار المرسوم 92-24 سالف الذكر.

ج- شروط الطرف الثاني لعقد الكفالة، وهو إما:

- الأبيوان أو أحدهما إذا كان الآخر متوفيا، وذلك إذا كان المكفول معلوم النسب، ولم يورد المشرع أية شروط بشأنهما، إلا ما جاءت به المادة 117 ق.أ، والتي أشارت إلى ضرورة موافقة أبوي الولد القاصر معا، فيما لم تشر إلى وفاة أحدهما دون الآخر، ولكن يمكن القول أن موافقة الحي منهما تكفي⁽¹⁾.

- المؤسسة المكلفة برعاية المكفول، ويشترط فيها أن تكون ذات طابع عمومي إداري، وتحت وصاية وزارة التضامن، وأن يكون لها مركزا ماديا وبشريا يمكنها من رعاية الأطفال، كمؤسسة رعاية الطفولة المسعفة⁽²⁾.

ثانيا- إجراءات الكفالة: تمر الكفالة بمرحلتين إجرائيتين أساسيتين:

- الأولى: يقوم فيها أبوي القاصر أو الحي منهما بالتعبير عن إرادتهما وقبولهما الكفالة، والتصريح بذلك أمام الموثق أو المحكمة، أو أمام البعثات الدبلوماسية الجزائرية في الخارج⁽³⁾، فإن كان الولد القاصر مجهول الأبوين، فيتم تشكيل ملف الإيداع وتقديمه لمديرية النشاط الاجتماعي⁽⁴⁾.

- الثانية: تتعلق بتثبيت الكفالة أمام القضاء، حيث:

¹- الغوتي بن ملح، المرجع السابق، ص 170.

²- لاكلي نادية، المرجع السابق، ص 110.

³- الغوتي بن ملح، المرجع السابق، ص 171؛ عمارة مسعودة، أحكام الكفالة في القانون الجزائري على ضوء الإجتهد القضائي للمحكمة العليا، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق -جامعة سعد دحلب، البليلة، المجلد 1، العدد 1، سنة 2011، صص 56-77، ص 73.

⁴- مديرية النشاط الاجتماعي هي مؤسسة ذات طابع إداري اجتماعي يهدف إلى خدمة مصالح الأفراد المكونين للمجتمع بكل فئاته لإعادة إدماج الفئة المهمشة كالمعوقين حركيا أو بصريا أو عقليا، وكذا الطفولة المحرومة عن طريق عمليات اجتماعية تقوم بها هذه المديرية، وهي هيئة تعمل تحت وصاية وزارة العمل والشؤون الاجتماعية والتكوين المهني، ومن بين المهام التي تلتزم بها هذه المؤسسة إدماج فئة الطفولة المسعفة في أسر كفيلة ترعاها، وكذا متابعتهم إداريا ومساعدتهم في الحصول على الوثائق الإدارية الخاصة.

- يتولى الكافل رفع الطلب إلى المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها محل إقامة طالب الكفالة، وذلك بموجب عريضة افتتاحية موجهة إلى قسم شؤون الأسرة وفق المادة 492 ق.إ.م.إ.⁽¹⁾، ويرفق طلبه بتصريح الموافقة على الكفالة الصادر من الأبوين أو الحي منهما، وكفاة الوثائق اللازمة.

- يقوم القاضي بفحص الطلب، وتأكد من توفر كافة الشروط القانونية للكفالة، ويمكنه الأمر بإجراء تحقيق أو أي إجراء إجراء آخر يراه مفيداً للتأكد من قدرة الكافل على أعباء الكفالة، وينظر في طلب الكفالة في غرفة المشورة بعد أخذ رأي ممثل النيابة العامة، وفق المادتين 494-495 ق.إ.م.إ.⁽²⁾.

- يفصل القاضي بعد دراسة طلب الكفالة بأمر ولأني بقبول الكفالة أو رفضها، ويدخل عمل القاضي هنا فضمن الوظائف الولائية التي يتمتع بها، وليس بحكم قضائي، لأنه لم تتم أمامه أية مناقشة أو مرافعة⁽³⁾.

- يكون الأمر الصادر من القاضي غير قابل للطعن، وتسلم نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية ليتم تسجيله على هامش شهادة ميلاد المكفول⁽⁴⁾.

ثالثاً- آثار الكفالة: يترتب على الكفالة تغييراً قانونياً في مركز كل من الولد المكفول والكافل، وذلك بنشوء علاقة خاصة بينهما، تخول للمكفول حقوقاً وللكافل حقوقاً وواجبات، فيما تسري بعض أثارها على الأبوين، وسنتناول ما يتعلق بالمكفول وأبويه فيما يلي، فيما نرجى ما يتعلق بالكافل لحين دراسة أحكام المرأة الكافلة تفادياً للتكرار.

¹ - جاء فيها: "يقدم طلب الكفالة بعريضة من طالب الكفالة أما قاضي شؤون الأسرة لمحكمة مقر طالب الكفالة".

² - جاء فيهما:

المادة 494: "ينظر في طلب الكفالة في غرفة المورة بعد أخذ رأي ممثل النيابة العامة".

المادة 495: "يتأكد قاضي شؤون الأسرة من توفر الشروط الشرعية المطلوبة في الكافل، وعند الإقتضاء يأمر بإجراء تحقيق أو أي تدبير يراه مفيداً للتأكد من قدرة الكافل على رعاية المكفول والإنفاق عليه وتربيته".

³ - عمارة مسعودة، المرجع السابق، ص 73.

⁴ - الغوتي بن ملح، المرجع السابق، ص 172.

1- آثار الكفالة بالنسبة للمكفول: يتمتع المكفول -ذكرًا كان أو أنثى- بحق النفقة والتربية والرعاية والحماية وإدارة أمواله إن وجدت، وتلقي التبرعات كالهبة والوصية، وعدة حقوق أخرى منها:

أ- الحق في الاحتفاظ بنسبه وبلقبه: إن المكفول يمكن أن يكون معلوم النسب ومعروف الأبوين، أو مجهوله، سواء كان مجهول الأبوين معاً أو مجهول الأب فقط حسب المادة 119 ق.أ، والحكم يختلف في الحالتين:

- فإذا كان معلوم النسب: بأن كان أبويه معروفين، فلا بد أن ينسب لهما وليس للكافل، وأن محتفظاً بنسبه حسب المادة 120 ق.أ التي جاء فيها: "يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب".

- أما إذا كان مجهول النسب، فلا يمكنه الانتساب للكافل، ولكن تسري عليه حسب المادة 120 السابقة أحكام المادة 64 من قانون الحالة المدنية⁽¹⁾، التي تكلف ضابط الحالة المدنية بإسناد بنفسه مجموعة من الأسماء إلى الأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصريح أية أسماء، على أن يتخذ آخر أسماء القائمة كلقب عائلي، والذي يشترط أن يكون اسم ذكر حتى لو كان الجنس أنثى⁽²⁾.

إن في كلتا الحالتين لا يجوز تغيير لقب الكفول أو إلحاقه بلقب الكافل تحت أي ظرف أو سبب، وتحت طائلة عقوبات المواد 247-250 من قانون العقوبات، غير أن وزير الحكومة السابق "سيد أحمد غزالي" أصدر المرسوم التنفيذي رقم 92-24 الذي سبق ذكره، أقر بموجبه السماح للشخص الكافل الذي يكفل ولداً مجهول النسب من الأب أن يتقدم بطلب تغيير لقب هذا الولد بلقبه، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الكافل⁽³⁾، مع ضرورة التأشير في

¹ - جاء فيها: "...يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصريح أية أسماء يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي".

² - قبل إصدار قانون الحالة المدنية كان من العرف تعيين هؤلاء الأطفال تحت كنية (SNP) (بدون لقب عائلي)، وكذا تسجيلهم على هذا الشكل في سجلات الحالة المدنية.

³ - المرسوم عبر عنه بلفظ الوصي وهو خطأ والأصح استعمال عبارة الكافل.

شهادة ميلاده برقم سري لمعرفة أنه مكفول، وإذا كانت أم الولد القاصر معروفة وحية وجب إرفاق موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب.

يتم تغيير اللقب بتقديم طلب إلى وزير العدل مرفقا بالوثائق التي تثبت توفر كافة الشروط، ليقوم بتكليف النائب العام المختص بالتحقيق والتحري حول الموضوع، ثم إعادة الملف إلى الوزير الذي يمكنه رفض الطلب أو قبوله، وفي الحالة الأخيرة يأمر النيابة العامة بتقديم إلتماساتها إلى رئيس المحكمة المختصة ليصدر أمرا بتغيير اللقب إذا وافق على ذلك، ويتولى وكيل الجمهورية تنفيذ هذا الأمر وتقييده على هامش سجلات الحالة المدنية⁽¹⁾.

يعتبر هذا المرسوم محل اختلاف بين الفقهاء بين من اعتبره منافيا للشريعة الإسلامية، وأنه يفتح يفتح الباب أمام التبني المحرم شرعا وقانونا، وبين من يعتبره غير مخالف للشريعة، وأنه يصب في مصلحة المكفول⁽²⁾، وهو الرأي الذي نرجحه.

ب- الحق في اختيار العودة إلى والديه أو رفضه: وذلك إذا كان مميّزا، أي بالغا سن 13 سنة، حيث سمح له المشرع في المادة 124 ق.أ⁽³⁾ بقبول العودة إلى والديه أو أحدهما إذا طلبا ذلك أو رفضه، ويكون رأيه حاسما، ولا سلطة تقديرية للقاضي في ذلك، وذلك بناء على الحق الممنوح قانونا لوالديه إن كانا معلومين معا أو أحدهما فقط في طلب عودة الولد المكفول وأخذه من الكافل.

يجب أن يسمع الطفل المكفول دون أي ضغط عليه من كلا الطرفين (الأبوين أو الكافل)، ويحرر محضر بذلك أمام القاضي، ويوقع عليه الأطراف.

ولقد صدر في هذا الصدد قرار عن المحكمة العليا ملف رقم 71801 بتاريخ 1991/05/21 قضت فيه بأن سماع رأي الولد المميز يعد إجراء جوهريا يجب القيام به قبل

¹ - بن غريب رايح، أثار الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، -أدرار' الجزائر، المجلد 6، العدد 1، 2022، ص-ص 8-25، ص 17.

² - في تفصيل هذا الخلاف يمكن الرجوع إلى مرجع، عمارة مسعودة، المرجع السابق، 68-69.

³ - جاء فيها: " إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز وإن لم يكن مميّزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول".

الحكم بعودة الولد المكفول، والذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً أن المسألة المتعلقة بالحالة الشخصية من النظام العام لا يجوز الصلح بشأنها إلا بنص خاص.

ومن ثم فإن قضاة الموضوع باعتمادهم على وثيقة الصلح في إسناد كفالة البنت من دون سماع رأيها، وتخييرها بين البقاء عند مربيتها أو الذهاب لوالدها، رغم أنها تجاوزت سن التمييز، فإنهم بذلك خرقوا القانون واستحق قرارهم النقض"⁽¹⁾.

وقد أقرت الشريعة الإسلامية هذا الموقف في حادثة الرسول ﷺ مع زيد بن حارثة، وذلك بعد نزول الآية الكريمة التي حرمت التبني إذ خيره الرسول ﷺ بين التحاقه بأبيه أو البقاء معه فاختار البقاء مع ﷺ نظراً لعطفه وحنانه عليه.

ج- عدم ثبوت حرمة المصاهرة: بما أن نسب الكافل لا يثبت للمكفول، فإنه لا يعد ابناً له ولا من محارمه، بل يبقى أجنبياً عنه، ولا تثبت حرمة المصاهرة معه، ويجوز للمكفول الزواج من بنت الكافل أو زوجته⁽²⁾، كما يجوز للكافل الزواج من محارم المكفول إن كان معلوم النسب، بل الزواج بالمكفولة ذاتها إن كانت بنتاً، وبالكافلة ذاتها، إن كانت امرأة وكان المكفول ذكراً، وذلك طبعاً باحترام شروط الزواج وموانعه.

د- عدم ثبوت الحق في الميراث: يترتب على عدم ثبوت نسب المكفول للكافل عدم ثبوت التوارث بينهما، فلا يرث الكافل المكفول ولا أحد من أقاربه، كما أن المشرع لم يجعل الكفالة من أسباب الميراث، والتي حصرتها المادة 126 ق.أ في القرابة والزوجية.

طبعاً يقصد هنا عدم ثبوت الميراث بسبب الكفالة، أما لو ثبت لسبب آخر فهو ممكن، كمن كفل ابن أخيه المتوفى، فيجوز للمكفول هنا وراثته كافلة المتوفى على أساس القرابة بينهما، متى استحق الميراث، وتوفرت شروطه.

2- آثار الكفالة بالنسبة لوالدي المكفول: يترتب على عقد الكفالة بعض الإلتزامات والحقوق بالنسبة للطرف الثاني الذي أبرم عقد الكفالة، والذي يتمثل -كما سبق أن رأينا- في أبوي

¹ - المحكمة العليا، المجلة القضائية، عدد 01، سنة 1996، ص 115.

² - بن غريب رابع، المرجع السابق، ص 19.

المكفول أو الحي منهما إذا كان معلوم النسب، أو الهيئة المكلفة برعاية الأطفال الذين لا كافل أو راع لهم، منها:

أ- **تسليم الطفل المكفول:** يتعين على القائم بأمور الطفل المكفول، سواء والديه معا أو الحي منهما، أو المؤسسة التي تكفله، أن يقوم بتسليم الطفل المكفول للكافل، ورغم أهمية هذه الخطوة إلا أن المشرع الجزائري لم يخصصها بإجراءات خاصة، ويتعين عليه القيام بذلك، واشتراط أن يكون التسليم بتحرير محضر رسمي، وبحضور النيابة العامة⁽¹⁾.

ب- **سقوط الولاية:** تسقط الولاية عن من كان يتمتع بها على المكفول، سواء كان الأب أو الأم أو غيرها لتنتقل إلى الكافل، سواء تعلق الأمر بالولاية على المال أو على النفس.

ج- **حق الزيارة:** لم يتطرق المشرع الجزائري لحق الأبوين بزيارة ابنهما المكفول عند الكافل، غير أن البعض يرى أنه يمكن الرجوع إلى أحكام الحضانة والقياس عليها، ومنح الأبوين أو الحي منهما حق زيارته وهو ما ينصب في مصلحة المكفول، خاصة في حال سوء نية المكفول⁽²⁾.

نعتقد أن الأبوين يملكان حق الزيارة بناء على مركزهما كأباء للمكفول، ودون القياس على أحكام الحضانة، ولأن الكفالة لا تقضي بقطع الصلة بينهما والطفل المكفول، ولكن يتعين على القاضي تنظيم ذلك في الأمر الولائي الصادر بالكفالة، حتى لا يتعسف الأباء بكثرة الزيارة، ولا الكافل بمنعهم منها.

د- **حق المطالبة بعودة المكفول إليهما:** يتمتع الأبوين معا أو أحدهما فقط بحق المطالبة بعودة ولدهما المكفول إليهما حسب ما جاءت به المادة 124 ق.أ، والتي منحت الاختيار في ذلك للمكفول إذا كان مميزا، كما سبق بيانه، وللقاضي بمنح الإذن بعودته في إطار سلطته التقديرية المقيدة بمصلحة المحضون إذا كان غير مميز، كما سيأتي بيانه.

¹- بن غريب رابع، المرجع السابق، ص 20.

²- بن غريب رابع، المرجع نفسه، ص 21-22.

رابعاً - انقضاء عقد الكفالة.

أشار المشرع الجزائري إلى أسباب انقضاء الكفالة في الحالتين المنصوص عليهما في المادتين 124-125 ق.أ، وذلك بإرادة أبوي المكفول أو أحدهما بالنسبة للمكفول معلوم النسب، أو بتخلي الكافل عن المكفول، بالإضافة إلى الحالات العامة والمتعلقة بتخلف أحد شروط الكفالة، أو بوفاة الكافل أو الحجر عليه، أو بوفاة المكفول أو بلوغه سن الرشد، مما يعني أن عقد الكفالة ينقضي بـ:

1- الأسباب العامة لانقضاء الكفالة: وهي تتمثل في:

أ- تخلف أحد الشروط الواردة في المادة 118 ق.أ: لما كان عقد الكفالة ينصب على القيام بقاصر وشؤونه، فلا بد أن تتوفر في القائم به الشروط التي تؤهله لذلك، والتي حددها المشرع الجزائري في المادة 118 ق.أ، ومادامت هذه الشروط قائمة فحق الكافل باق ما بقي عقد الكفالة قائماً ومنتجاً لأثاره، غير أن حدوث أي تغيير فيها يجعل الكافل غير كفء للقيام بالتزاماته، وينقضي عقد الكفالة، وتتمثل هذه الشروط في:

أ.1- الأهلية: إذا أصيب الكافل بأي عيب من عيوب الإرادة كالجنون أو العته أو الغفلة أو السفه، فإن حقه في الكفالة ينقضي، لأن هذه العيوب تحد من تصرفاته بشأن نفسه فلا يمكنه التصرف بشأن غيره.

أ.2- الإسلام: وهو الشرط الثاني الذي ورد في نص المادة 118 ق.أ، ويرجع ذلك كما سلف القول إلى محل العقد الذي ينصب على القيام بالقاصر وبشؤونه، فمادام القاصر سوف يأخذ أخلاق وعادات وتقاليد من يقوم بشؤونه وهو الكافل، فلا بد أن يكون دينه الإسلام، لما في هذا الدين من تعاليم وأخلاق وأحكام غطت كل الجوانب، لأنه الدين الحق، فإذا كان الكافل مسلم أثناء قيامه بإبرام عقد الكفالة ثم غير دينه لأي سبب من الأسباب، فإن الكفالة تنقضي معه.

أ.3- القدرة على القيام بشؤون المكفول: تقوم بالتزامات الكافل المفروضة عليه بموجب عقد الكفالة على العناية اللازمة بالمكفول، وما يتطلبه ذلك من قدرة مادية ومعنوية وصحية

واجتماعية، فإذا أصبح الكافل عاجزا على مواجهة هذه الظروف، فلا يبقى فائدة من عقد الكفالة.

ب- **انقضاء الكفالة بوفاة المكفول أو بلوغه سن الرشد:** تعد وفاة المكفول من أهم أسباب انقضاء عقد الكفالة، لانعدام محل العقد وهو القيام بقاصر لم يعد موجودا، وبالتالي فإن العناية والرعاية والتربية لم يعد لها محل في التطبيق.

وكذلك تنقضي ببلوغ المكفول سن الرشد، حيث أن المشرع الجزائري اعتبر الكفالة القيام بولد قاصر، فكان القصر شرطا للكفالة، فإذا زال زالت معه.

ج- **انقضاء الكفالة بوفاة الكافل:** إن وفاة الكافل وهو الملتزم الأساسي في عقد الكفالة باعتباره عقد تبرع من طرفه، يؤدي حتما إلى انقضاءه، ليصبح الولد القاصر مرة ثانية يتيما وتصح في حقه كفالة جديدة من شخص آخر وبيئة جديدة، غير أنه تقاديا لذلك وحماية لمصلحة المكفول حاول المشرع إبقاءه في نفس البيئة التي عاش فيها، وذلك في المادة 125 ق.أ، والتي تناولت مصير المكفول في حالة وفاة الكافل وفق فرضين، هما:

- **الفرض الأول:** انتقال الكفالة من المورث إلى الورثة، وذلك إذا صرح ورثته بالتزامهم بالحلول محل مورثهم في مهمة التكفل بالقاصر، وبموجب ذلك تنتقل الالتزامات المترتبة عن عقد الكفالة إلى الورثة، ويصبح أحدهم هو الكفيل الجديد، ولم يبين المشرع من الذي تكون له الولاية المباشرة على المكفول بعد وفاة الكافل، غير أنه بالرجوع إلى أحكام الولاية التي تقتضي أن يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل محله الأم مع منح القاضي سلطة تقديرية مقيدة بمصلحة المكفول بتحديد الوارث الذي تنتقل إليه في حالة تعددهم.

لم يحدد المشرع الجزائري في قانون الأسرة كيفية انتقال الكفالة إلى الكافل الجديد، غير أنه قام بذلك في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 497⁽¹⁾ منه، والتي ألزمت الورثة بضرورة إخبار القاضي بوفاة الكافل، لاتخاذ التدابير التي يراها ضرورية، وألزمت القاضي

¹ - جاء فيها: "عند وفاة الكافل يتعين على ورثته أن يخبروا .دون تأخير. قاضي شؤون الأسرة الذي أمر بالكفالة. يتعين على القاضي أن يجمع الورثة في ظرف شهر لسماعهم حول الإبقاء على الكفالة. إذا التزم الورثة بالإبقاء عليها يعين القاضي أحد الورثة كافلا. في حالة الرفض ينهي القاضي الكفالة حسب نفس الأحكام المقررة لمنحها".

بجمع جميع الورثة خلا شهر من وفاة المكفول لسماعهم حول رغبتهم في استكمال الكفالة من عدمه، فإذا رغب أحدهم في ذلك عينه كافلا جديدا، وإن رغبوا جمعا أو بعضهم عين القاضي واحدا من بينهم.

- **الفرض الثاني:** وهي حالة امتناع الورثة عن التكفل بالمكفول الذي كان تحت رعاية مورثهم، فيتعين على القاضي إسناد أمر القاصر الذي أصبح من جديد بدون كافل إلى الجهة المختصة بالرعاية، كمؤسسة حماية الطفولة، أو عودته إلى والديه أو أحدهما إن كانوا على قيد الحياة.

2- الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة: تتمثل في:

أ- **انقضاء الكفالة بطلب والدي المكفول:** لقد تناول المشرع الجزائري هذه الحالة صراحة في المادة 124 ق.أ⁽¹⁾، وهي تتعلق بالمكفول معلوم النسب إذا عبر والديه أو أحدهما عن نيته في استرجاعه، وميز فيها بين حالتين هما: حالة المكفول الذي يكون غير مميز والمكفول الذي بلغ سن التمييز.

- **حالة المكفول المميز:** كما سبق ورأينا إذا بلغ المكفول ثلاث عشرة سنة وطلب أبواه أو أحدهما من الكافل رده لهما ليعود إلى ولايتهما، فإن المشرع ترك الأمر للمكفول لاختيار الالتحاق بأبويه الصليبين أو البقاء مع الكافل، فإن اختار البقاء معه بقيت الكفالة، وإن اختار العودة لوالديه انقضت بعودته.

ويلاحظ أن المادة 124 ق.أ سألقة الذكر لم تشترط أن تكون عودة المكفول إلى والديه أمام المحكمة، ويوحى إلى أمكانية أن يكون ذلك بالتراضي بين الكافل وأبوي المكفول، غير أن هذا غير صحيح، وإنما يتعين أن تتم أمام القاضي الذي يتأكد من اختيار المكفول، وهو ما أكدته المادة 496 ق.إ.م⁽²⁾ التي أكدت أن دعوى إلغاء الكفالة تتم حسب القواعد العامة، ويتم النظر فيها في جلسة سرية بعد سماع ممثل النيابة العامة وطلباتها.

¹ - جاء فيها: "إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز وإن لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول".

² - جاء فيها: "ترفع دعوى إلغاء الكفالة أو التخلي عنها حسب قواعد الإجراءات العادية. ينظر في الدعوى في جلسة سرية بعد سماع ممثل النيابة في طلباته..."

- حالة المكفول غير المميز: إذا طلب أبوي المكفول غير المميز أو أحدهما العودة إلى ولايتهما، فإن المشرع لم يعطه حق الاختيار، لأن سنه لا يسمح له بذلك، ولكنه ألزم الطالب باللجوء للقاضي للحصول على الإذن بعودة المكفول إليه، وللقاضي سلطة تقديرية مقيدة بمصلحة المكفول في قبول منح الإذن أو رفضه، وعليه القيام بدراسة كاملة وشاملة واستخلاص مصلحة المكفول لتحديد بقاءه مع كافلة أو عودته لوالديه.

2- بالتخلي: وهو أن يتخلى الكافل عن الطفل المكفول لسبب ما، كعدم قدرته على أعباء الكفالة⁽¹⁾، وهو يتم أمام الجهة القضائية التي أقرت الكفالة حسب المادة 125 المذكورة سالفاً، ويجب أن يكون بعلم النيابة العامة، باعتبارها ممثلة الحق العام تتابع تطور مستجدات عقد الكفالة وكل ما يتعلق به، ويتوجب فحص الوقائع والظروف، والبحث عن الأسباب وجديتها، ومصلحة المكفول من طرف المحكمة لتقرر بعدها رفض أو قبول التخلي، ويتم ذلك في جلسة سرية بعد رفع الدعوى وفق الإجراءات العادية حسب ما أكدته المادة 496 ق.إ.م.إ، والتي أجازت الإستئناف وفق الإجراءات العادية.

إذن نخلص إلى أن المرأة في القانون الجزائري تخضع لنيابة غيرها في إطار أنظمة قانونية محددة، متى ادعت الحاجة لها، وتسري عليها الأحكام العامة دون أي تمييز ضدها، وهو موقف نراه منسجماً مع توجهه في تعامله مع المرأة، وإن كان يثير بعض الإشكالات، خاصة ما يتعلق باستمرار نفقة البنت على والدها لغاية زواجها والدخول بها، فيما لا تسري عليها ولايته إلا إذا كانت قاصراً.

¹ - لاکلي نادية، المرجع السابق، ص 117.

المبحث الثاني:

نيابة المرأة للغير.

إن خضوع المرأة لنيابة الغير إذا كانت في حاجة لذلك وفق الأحكام السابقة، مسألة لا خلاف حولها، غير أن مسألة أن تكون نائبة عن غيرها في مختلف الأنظمة المقررة للنيابة، فما تزال محل اختلاف وجدل فقهي، فما تزال عديد التشريعات والفقهاء يمنعون عنها حقها في النيابة، أو يجيزون لها ذلك في مراتب تلي الأب أو الأصول الذكور. سنتعرض فيما يلي لمركز المرأة في مختلف أنظمة النيابة لنحاول معرفة مدى أحقيتها بها، مبرزين رأي الفقهاء حول ذلك، وطبعا رأي القانون.

المطلب الأول:

ولاية المرأة على الغير.

تعتبر ولاية المرأة على غيرها من أكثر المسائل جدلا بين الفقهاء على اعتبار أن بعضهم يمنعون عليها حتى حق الولاية على نفسها، ولا يقبلون تولي أمور غيرها، فيما يجيز لها البعض ذلك، ولكن بعد الأب أو الجد، أي في حالات خاصة ووفق أحكام خاصة.

الفرع الأول: حق المرأة في الولاية.

أحدث المشرع الجزائري تغييرات عزز بها مركز المرأة بعد التعديل لتحل مكانة مختلفة عما كنت تتمتع بها سابقا، وهو ما سنتناوله فيما يأتي.

أولا: حق المرأة في أن تكون وليا في القانون.

تتمتع المرأة من الناحية القانونية بحق التولي على غيرها، حيث جاء في المادة 87 ق.أ أنه: "يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا. وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد.

وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد¹، وعليه فإن الولاية على الأولاد القصر ثابتة قانوناً للأب في المرتبة الأولى، وفي حالة وفاته تؤول إلى الأم بقوة القانون ودون حاجة لتدخل القاضي، وفي حالة غياب الأب أو حصول أي مانع له، تحل الأم محله فيما استعجل من أمور الأولاد، وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد، وهذا خلافاً لما كان سابقاً، حيث كانت الأم لا تتمتع بالولاية على أولادها إذا كان الأب حياً.

وعليه تكون ولاية المرأة على غيرها كالتالي:

1- حالة حياة الأب مع استمرار الزوجية.

يتضح من نص المادة 87 سالفه الذكر أن الأب هو من يتمتع بصفة أصلية بسلطة الولاية على أولاده، وذلك بقوة القانون، ولا سلطة تقديرية للقاضي الذي لا يحق أن يمنحها لغيره إلا في الحالات المحددة قانوناً كتعارض مصالحهما، كما أنه لا يجوز له التنازل عنها، لأنها ليست حقاً له فقط، بل هي واجب عليه وحق لأولاده الذين يجب مراعاة مصلحتهم⁽¹⁾، لهذا لم تشر المادة 91 ق.أ إلى انتهاء مهمة الولي بالتنازل أو الاستقالة.

غير أن هذا لا يعني أن الأم لا يمكنها ممارسة الولاية حال حياة الأب، بل يجوز لها ذلك في نطاق معين فقط حصرتها المادة 87 سالفه الذكر:

- بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد: ولا تتمتع بالولاية في غيرها، والتي لم يحدد المقصود بها ولا مجالها، وإن كان يمكن القول أنها تتعلق بالحالات التي تقتضي السرعة في إنجازها خوفاً من ضياع مصالح القاصر، كتوقيع الوثائق المدرسية، أو استخراج الوثائق الإدارية التي تستوجب إذن الولي.

- بحالة غياب الأب أو حصول مانع له يمنعه من ممارسة ولايته، أي تثبت للأم ولاية مؤقتة، تستمر فقط إذا لم يكن الأب حاضراً أو أعاقه مانع من ممارسة الولاية، وتزول بزواله، ولم يوضح المشرع طبيعة العوائق التي تؤخذ بعين الاعتبار، أما الغيبة فقد أشار إليها في المادة

¹ - محمد سعيد جعفر، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 90.

111 ق.أ، والتي اعتبرت الغائب كما سبق وتطرقتنا له بأنه من منعه ظروف قاهرة من العودة إلى محل إقامته لإدارة شؤونه ولم يترك واسطة لتولي ذلك، وعليه يشترط لتوفر هذه الحالة: إذن يرجع سبب منح هذه الصلاحيات للأب في الولاية على أبنائها حتى في وجود أبوهم، إلى الضرورة الحتمية لحاجة الأولاد القصر لمن يدير أمورهم الإدارية والمدرسية، وكل ما هو مستعجل، وكذلك من أجل وضع حد لما تعانيه الأمهات الحاضنات، ولمسايرة التطور الذي عرفته الأسرة الجزائرية، وما طرأ عليها من تغير في مراكز المسؤولية، بتحويلها من أسرة يترأسها الأب إلى أسرة قوامها التشاور والتعاون بين الزوجين، ومن أجل مواكبة المعاهدات والاتفاقات الدولية⁽¹⁾،

ورغم أن الولاية الممنوحة لها ناقصة تمارسها إلى جانب الأب الذي يبقى متمتعاً بولايته على أولاده ولا يفقدها، فيما تفقده بعودته أو انتفاء حالة الاستعجال، إلا أنه يعزز من مركز المرأة في هذا المجال، ويسهل الكثير من الأمور المتعلقة بالقاصر.

2- حالة حياة الأب مع انقضاء الزوجية (حالة الطلاق).

إذا حدث انفصال بين الزوجين لأي سبب، وبغض النظر عن الطرف الذي أراد ذلك، فإن المادة 87 سألقة الذكر أقرت انتقال الولاية لمن أسندت له الحضانة، ليتغير على ضوء ذلك مركز المرأة:

- فإذا كانت أما: تصبح في المرتبة الأولى باعتبارها أول من يحق له الحضانة، فيما ينتقل الأب للمرحلة الثانية بعد الأم.

- أما إذا كانت غير الأم: فإن إمكانية أن تكون ولية تصبح قائمة، لأن الحضانة قد تثبت للجدة مطلقاً أو الخالة أو العمة حسب المادة 64 ق.م، بالتالي يحق لهن الولاية إذا أسندت لهن الحضانة، ويمكن في حالة عدم وجود أصحاب الحضانة المذكورين في المادة 64 أن تمنح للأقربون درجة، فيجوز للقريبة منهم أن تمنح الحضانة وبالتالي الولاية.

¹ - إيمان حيدوسي، ولاية الأم على أبنائها القصر (قراءة في المادة 87 من قانون الأسرة)، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري-قسنطينة، عدد 5، مجلد 1، ديسمبر 2018، ص-ص 331-340، ص 334.

إن الولاية الممنوحة للحاضنة لا تكون مؤقتة ولا محصورة بحالات معينة، وإنما كاملة بكل السلطات والصلاحيات التي يتمتع بها الأب ذاته عندما يكون وليا، ويبدو أن المشرع الجزائري تبناها للحد من الإشكالات العملية التي تواجه الحاضنة خاصة الأم، بسبب تعنت الأب أو إهماله أو تعسفه في استعمال حق الولاية مما يضر بالقصر المحضونين.

غير أنه ورغم هذا المركز المتقدم للمرأة في الولاية، وما يحققه من مزايا للقاصر، إلا أنه يثير الكثير من الإشكالات، خاصة ما يتعلق بالنفقة التي ما تزال واجبة على الأب رغم سحب الولاية منه، وكذلك في حالة الزواج بأجنبية، حيث تثبت لها الولاية بقوة القانون، إذا ثبتت لها الحضانة التي تتمتع بالمرتبة الأولى فيها، وإن كان القاضي يتمتع بسطة واسعة في تقدير مصلحة المحضون.

3- حالة وفاة الأب: أقر المشرع الجزائري في المادة 87 سالفه الذكر انتقال الولاية إلى الأم إذا توفي الأب بقوة القانون، فلا تتوقف لا على رضا الغير، ولا حتى على السلطة التقديرية للقاضي، فلا حاجة لحكم المحكمة أصلا، لأن المشرع هو من قدر أن الأم أصلح لولاية أولادها بعد وفاة أبيهم، هذا رغم أن هناك من يرى⁽¹⁾ وجود تناقض بين المادة 87 والمادة 92 ق.أ التي تقدم الجد على الأم حسبه لأنها تعطي الوصاية للأب ثم للجد، وهو ما يجب أن يسري على الولاية، غير أن هذا غير صحيح لأن المادة 87 سالفه الذكر صريحة جدا في حكمها، غاية ما في الأمر أن المشرع الجزائري لم يعط حق الوصاية للأم في المادة 92 خارقا بذلك القاعدة الفقهية التي تقضي بأن "من له حق الولاية على المال له حق تعيين وصي"⁽²⁾.

وعليه لا يجوز منح الولاية لشخص آخر مع وجود الأم إلا إذا ثبت عدم أهليتها لذلك، أو وجود تعارض بين مصلحة القاصر ومصحتها، وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في قرار لها⁽³⁾: "من المقرر قانونا أنه في حالة وفاة الأب تحل الأم محله، وفي حالة تعارض مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة،

¹ - بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص 223.

² - خالد بوشمة، المرجع السابق، ص 170.

³ - المحكمة العليا: المجلة القضائية، العدد 1، سنة 1997، ص 53.

ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفا للقانون، ولما كان الثابت أن قضاء المجلس لما قضا بمنح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب دون إثبات التعارض بين مصالح القصر ومصالح الولي، فإنهم قد خالفوا القانون".

يؤخذ على المشرع الجزائري أنه أقر انتقال الولاية للأم فقط في حالة وفاة الأب، دون الإشارة إلى الحالات الأخرى التي تنتهي فيها وظيفة الولي، ويتعين عليه القيام بذلك، وتعديل المادة 87 سألفة الذكر بما يتوافق مع ذلك.

يترتب على اعتبار المرأة وليا من الناحية القانونية والشرعية ما يلي:

- عدم حاجة الأم أو الحاضنة إلى إذن مسبق للتصرف في مال القاصر الذي تحت ولايتها، لا من الأب، ولا من القاضي إلا في حدود ما ورد في المادة 88 ق.أ، أو قيد بنص قانون.
- اعتبار تصرفاتها صحيحة وسديدة حتى يثبت العكس، ودون حاجة لتقديم أدلة وإثباتات على صحتها، أو حساب سنوي بشأنها كما هو مقرر بالنسبة للوصي والمقدم.
- إمكانية الانتقال بالطفل حيث شاءت، ودون إذن من الأب، ما لم يتعلق الأمر بالسفر بالمحزون خارج البلاد، كما سبق ورأينا في الحضانة.
- تمثيل القاصر أمام الهيئات القضائية، سواء كان مدعى عليه أو مدعيا⁽¹⁾.

يعتبر منح الأم المرتبة الثانية في الولاية منسجما مع إلزامها بالنفقة على أولادها في الدرجة الثانية بعد الأب، مما يعني تمتعها بنفس الدرجة، ويرجع سبب تعزيز مركزها ومنحها دورا - وإن كان مقيدا - أثناء حياة الأب، إلى التطور الذي تعرفه المرأة في مختلف المجالات، سواء الثقافية والاجتماعية والاقتصادية والقانونية، مما يعكس تطور قدراتها ومهاراتها في حفظ مصالح وأموال أولادها وحسن إدارتها، وهي بهذا تكون الأقدر والأكثر حرصا على مصالح وأموال أولادها، كما

¹ بلجرف سامية، إسناد الولاية الأصلية على مال القصر إلى الأم في قانون الأسرة الجزائري، مجلة البحث القانوني والسياسي، جامعة

20 أوت 1955-سكيكدة، المجلد 3، العدد 1، 2018، ص-ص 66-85، ص 74.

أن هذا الموقف لا يعد خروجاً على الشريعة الإسلامية، حيث يجيز جانب من الفقه الإسلامي للمرأة الولاية على أولادها.

يعتبر البعض⁽¹⁾ أن الاعتراف للمرأة إما أو حاضنة بحقها في الولاية في طليعة المكتسبات المعززة لمركز المرأة في القانون، والحقيقة أنها خطوة مهمة من طرف المشرع الجزائري، ولكنها قد تؤثر سلباً على الأولاد وعلاقتهم بوالديهما المطلقين غير الحاضنين، ويفضل ترك الولاية للأب أو الأم مع سحب بعض أو كل صلاحيات أو سلطات الولي وفق تقدير القاضي، ويعتبر موقف القانون التونسي كما سيأتي بيانه أكثر صواباً.

ثانياً - ولاية المرأة في الشريعة الإسلامية والقوانين المقارنة.

لقد اختلفت آراء الفقهاء المسلمون حول ولاية المرأة بين معارض ومؤيد، وذلك حسب ما إذا كان المولى عليه صغيراً أو بالغاً:

- الولاية على مال الصغير: وهو كل من لم يبلغ بعد، وقد اختلفوا بشأنه كالتالي:

- الحنابلة والشافعية في إحدى رواياتهم: يرون أنه من حق الأم ولاية ولدها الصغير، وذلك بعد الأب والجد، ولها أن تتصرف في أمواله بالمصلحة وبما فيه حظ واحتياط⁽²⁾.

- المالكية والراجح عند الحنابلة والشافعية: يرى هذا الاتجاه أنه لا ولاية للأم على ولدها الصغير ولا على المجنون، ولا يجوز لها التصرف في أمواله، لأن هذه الولاية خاصة بالأب والجد ووصيهما والحاكم.

ويأتي هذا قياساً على ولاية النكاح التي لا تثبت للأم وكذلك ولاية المال⁽³⁾.

أما القوانين المقارنة، فبينما لم يمنح القانون الكويتي للأم حق الولاية على أولادها، جاعلاً الولاية للأب ثم لوصيه ثم للجد لأب ثم لوصي المحكمة حسب المادة 110 ق.م، وافق القانون التونسي القانون الجزائري في منح الأم حق الولاية على أولادها القصر بعد وفاة الأب أو في

¹ - بلجراف سامية، المرجع السابق، ص 75.

² - نقلاً حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص 266؛ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، في الشريعة الإسلامية، الجزء 10، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، 1413هـ-1993م، ص 318.

³ - حافظ محمد أنور، المرجع نفسه، ص 661-662.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

حالة فقدته لأهليته وفق الفصل 154 م.أ.ش، غير أنه لم يمنحها الولاية في حالة حياة الأب متمتعا بأهليته في الأمور المستعجلة كما فعل المشرع الجزائري الذي يبقى موقفه أفضل في منح مركز أقوى للمرأة في هذه المسألة.

أما في حالة الطلاق فقد تبنى القانون التونسي موقفا موقفا، عندما خول للأم إذا كانت حاضنة كل أو بعض صلاحيات الولاية وفق أحكام المادة 67 م.أ.ش⁽¹⁾:

- فتمارس بعض صلاحيات الولاية على أولادها القصر بقوة القانون، ودون حاجة لترخيص من الأب باعتباره وليا عليهم، ولا لإذن من القاضي، ويكون من حقها مباشرة جميع المسائل المتعلقة بدراساتهم وسفرهم والتصرف في حساباتهم المالية.

يتبين أن المشرع التونسي منح للأم فقط دون غيرها من الحواضن الحق في ممارسة بعض صلاحيات الولي، فيما أبقى على الأب كولي شرعي لأولاده، ولم يسحب الولاية منه، وهو ما يمكنه من ممارسة الرقابة على كل ما يتخذ في شأن المحضون⁽²⁾.

- فيما تمارس كل صلاحيات الولاية بإذن قضائي في الحالات التالية:

- تعذر ممارسة الولي للولاية.

- تعسف الولي، أو تهاونه في أداء واجباته الإعتيادية الناتجة عن الولاية.

- تغيب الولي عن مقره، وعدم معرفة أي مقر له.

- لأي سبب يضر بمصلحة المحضون.

يبدو أن المشرع التونسي يحاول تكريس أكبر قدر من الحماية للقاصر المحضون، حيث مكن القاضي من سحب صلاحيات الولي من الأب ومنحها للأم الحاضنة بإذن قضائي، في

¹ جاء فيها: "...وتتمتع الأم في صورة اسناد الحضانة إليها بصلاحيات الولاية فيما يتعلق بسفر المحضون ودراسته والتصرف في حساباته المالية.

ويمكن للقاضي أن سند مشمولات الولاية إلى الأم الحاضنة إذا تعذر على الولي ممارستها أو تعسف فيها أو تهاون في القيام بالواجبات المنجزة عنها على الوجه الإعتيادي أو تغيب عن مقره وأصبح مجهول المقر، أو لأي سبب يضر بمصلحة المحضون".

² - فاطمة الزهراء بن محمود، المرجع السابق، ص 299.

حالات معينة يعد تحققها خطرا على مصلحة المحضون، فيما أبقى صفة الولي للأب مما يمكنه من فرض رقابته على كل التصرفات التي تقوم بها الأم في حق المحضون⁽¹⁾.

في كلتا الحالتين السابقتين يبدو أن موقف المشرع التونسي أصوب من نظيره الجزائري، لأنه يوفر أكبر قدر من الحماية لمصلحة المحضون، مع مراعاة حق الأب الحريص على أولاده، وهو موقف يفسر ويبرر إلزام الأب بالنفقة على أولاده المحضونين عند غيره، عكس ما تبناه المشرع الجزائري.

ورغم ذلك فإن الإقتصار على نقل سطات الولي للحاضنة الأم فقط، قد لا يحقق الهدف المراد تحقيقه، ويتعين نقلها لكل حاضن، حتى لو كانت غير الأم، وحتى لو كانت الولاية للأم، كما في حالة حدوث الطلاق والحجر على الأب لتنتقل الولاية إلى الأم فيما الأولاد محضونين عند العمة مثلا، فيمكن نقل بعض سلطات الولي أو كلها للحاضن طالما ذلك مربوط بسلطة القاضي ومصلحة المحضون.

وعليه نقترح تعديل المادة 87 ق.أ.ج كالتالي: "يكون الأب وليا على أولاده، وفي حالة وفاته أو انتهاء ولايته تحل محله الأم قانونا.

وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد.

في حالة الطلاق يمنح الحاضن صلاحيات الولاية فيما يتعلق بدراسة المحضون والتصرف في حساباته المالية والأمر المستعجلة المتعلقة به، فيما يمنح كل صلاحيات الولاية بإذن قضائي في الحالات التالية:

- تعذر ممارسة الولي للولاية.
- تعسف الولي، أو تهاونه في أداء واجباته الإعتيادية الناتجة عن الولاية.
- تغيب الولي عن مقره، وعدم معرفة أي مقر له.
- لأي سبب يضر بمصلحة المحضون".

¹ - فاطمة الزهراء بن محمود، المرجع السابق، ص 300.

الفرع الثاني: شروط وسلطات المرأة الولية.

تطرق المشرع الجزائري لواجبات الولي عموماً، وبغض النظر عن الشخص الذي يمارس الولاية، سواء كان الأب أو الأم أو الحاضنة، أما بالنسبة للشروط فلم يتناولها صراحة.

أولاً- شروط المرأة الولية: رغم أن المشرع الجزائري لم يحدد شروط الولي بنص خاص كما فعله مع الوصي، غير أنه يمكن استنتاجها من خلال الأحكام التي أوردها، أو من خلال الرجوع إلى الشريعة الإسلامية، وعليه يمكن القول أن المرأة حتى تستحق الولاية يجب أن تتوفر فيها الشروط التالية:

- أن تكون كاملة الأهلية، فلا يعقل أن تكون غير مكتملة الأهلية محتاجة لمن يتولى أمرها، فمن لا يملك ولاية نفسه لا يملك ولاية غيره.

رغم أن المشرع الجزائري لم ينص على هذا الشرط صراحة، غير أنه يفهم بداهة، كما يستنتج بمفهوم المخالفة للمادة 91 ق.أ، والتي اعتبرت الحجر من أسباب انتهاء مهمة الولي، فمن باب أولى ألا تثبت له الولاية أصلاً إذا كان محجور عليه⁽¹⁾.

- أن تكون أمينة، أي غير فاسقة، تحفظ القاصر ولا ترتكب أمورا يخشى منها عليه، ولا تخرج عن حدود السلطة الممنوحة لها⁽²⁾.

- أن تكون مسلمة، فلا ولاية لغير المسلم على المسلم، لقوله تعالى: "ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً"⁽³⁾، وكذلك قوله عز وجل: "لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض"⁽⁴⁾، فمتى كان القاصر مسلماً أو لا يعقل الأديان يتعين أن يكون الولي مسلماً، ولو كان الولي أباً ثم ارتد، أو أسلمت الأم دونه، فتنقل إليها الولاية، لأنها الأصلح ديانة،

¹- عيسى أحمد، الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على أموال القصر، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سعد دحلب-البلدية، السنة الأولى، العدد الأول، 1432هـ-2011م، ص-ص 78-102، ص 86.

²- عيسى أحمد، المرجع السابق، ص 86.

³- الآية 141 من سورة النساء.

⁴- الآية 51 من سورة المائدة.

وتسقط الولاية عن الأب لتعارض المصالح بينه وبين القاصر وفق المادة 90 ق.أ⁽¹⁾، أما إذا كان القاصر غير مسلم فيجوز أن يكون وليه من نفس دينه⁽²⁾.

- القدرة، يجب أن تكون المرأة الولية قادرة على أعباء الولاية، فلا يجوز أن تكون عاجزة لكبر أو لمرض ألم بها، أو أي سبب يعيقها عن أداء مهامها على أكمل وجه.
- رعاية مصلحة الولي عليه، وذلك بحسن التصرف، وبذل كامل الجهود لرعاية أموال القاصر أفضل رعاية⁽³⁾.

ثانيا- سلطات المرأة الولية: لقد منح المشرع الجزائري للمرأة سواء كانت أما أو حاضنة جميع سلطات الولي الشخصية والمالية متى كانت في مركز "ولي"، وضبط هذه السلطات التي تناولها في المادة 88 ق.أ⁽⁴⁾، حيث ذكر بعضها على سبيل الحصر وجعلها استثناء، بأن قيدها بإذن قضائي، فيما ترك الباقي دون حصر، وهو ما سنتناوله فيما يلي:

1- السلطات المقيدة بإذن القاضي: لقد فرض المشرع على الولي رقابة قضائية مسبقة في بعض التصرفات، ألزمه بموجبها باستئذان القاضي، وهي الواردة حصرا المادة 88 ق.أ سابقة الذكر، والتي تتمثل في:

- بيع العقار وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة.
- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.
- استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة.
- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن 3 سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.

¹- بيبية بن حافظ، المرجع السابق، ص 260-261.

²- بوندير عبد الجليل، المرجع السابق، ص 136.

³- بوندير عبد الجليل، المرجع نفسه، ص 137.

⁴- جاء فيها: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات النظام العام. وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

(1) بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة،

(2) بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة،

(3) استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض أو المساهمة في شركة،

(4) إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.

يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في منح الإذن بالتصرف، حيث يجوز له رفض منحه، إذا وجد أنه في غير صالح القاصر، فيما يجوز له منحه إذا كان يحقق مصلحة القاصر، غير أنه يتعين عليه في هذه الحالة:

- تعليل موقفه بمنح الإذن تعليلا قانونيا وموضوعيا كافيا.

- توفر الضرورة والمصلحة.

- أن يكون خاصا بكل تصرف، فلا يقبل أن يكون عاما⁽¹⁾.

2- السلطات غير المقيدة بإذن قضائي: لقد أعطى المشرع الجزائري للولي في غير الحالات السابقة الحرية في التصرف في أموال القاصر، ولم يفرض عليه الحصول على إذن مسبق من القاضي، غير أنه قيده بمعيار الرجل الحريص، وجعله الأصل، وعلى ضوءه تمارس المرأة الولاية متى تسلمتها، وعليه تقام مسؤوليتها.

تتمثل أهم التزامات المرأة الولية فيما يلي:

أ- حفظ أموال القاصر: يقصد بها "أعمال ضرورية تتم بقصد حماية الذمة المالية لشخص أو حماية مال معين من أمواله، تميز بقلة نفقاتها بالنظر إلى قيمة المالي الذي تتم حمايته، مثال ذلك قيد الرهن وقطع التقادم"⁽²⁾، وبالتالي فهي تتعلق بكل ما هو ضروري لحماية الذمة المالية لأموال القاصر والمحجور عليهم، والحيلولة دون الانتقاص منها، كدفع تكاليف النفقات اللازمة⁽³⁾.

ب- إدارة أموال القاصر والانتفاع بها: تعرف أموال الإدارة بأنها "الأعمال التي يكون المقصود بها استغلال واستثمار العناصر المادية المكونة للذمة المالية استغلالا عاديا، دون أن يترتب عليها التزام الذمة في المستقبل، ودون أن تغير من التخصيص الاقتصادي للعناصر المكونة

¹ - بلجراف سامية، المرجع السابق، ص 77.

² - محمد السعيد رشدي، إدارة أموال القاصر والمحجور عليهم والأموال المتنازع عنها، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2015، ص 133.

³ - بيبية بن حافظ، المرجع السابق، ص 270.

لها⁽¹⁾، وهي تشمل أعمال الإدارة المعتادة التي لا تنطوي على تعديل جوهري في الشيء، وأعمال الإدارة غير المعتادة التي تدخل تعديل جوهري في الغرض الذي أعد له الشيء أم المال⁽²⁾، وهي من قبيل التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، كبيع المنقولات المادية، تسديد الديون المطالب بها، إيجار العقارات دون ثلاث سنوات على ألا تتجاوز مدته سنة بعد بلوغ القاصر سن الرشد، جني الثمار وبيعها.

ج- إجازة تصرفات القاصر المميز: يملك القاصر المميز إبرام التصرفات القانونية الدائرة بين النفع والضرر، غير أنها تكون موقوفة على إجازة الولي أو الوصي وفق المادة 83 ق.أ، التي جعلت صراحة الإجازة حق خالص للولي والوصي.

أما إقرار الولي بحق على القاصر في ماله، فلم يتطرق له المشرع الجزائري، وهو غير جائز بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، لأن التصرف في أموال القاصر مقيد بمصلحته، والإقرار هنا مناف لذلك، كما أن الإقرار حجة قاصرة على المقر نفسه، ولا يمتد للغير، فلا يمكن للولي أن يقر بحق على مال غيره وهو القاصر، إلا إذا كان في نطاق تصرفاته وإدارته لأموال القاصر، كإقراره تسلم ثمن المبيع⁽³⁾، وقد تبني المشرع التونسي هذا الرأي صراحة في الفصل 433 من مجلة الالتزامات والعقود.

د- منع مباشرة الولي للتصرفات الضارة ضررا محضا للقاصر: سبق ورأينا أن التصرفات الضارة ضررا محضا هي التي تخرج أموالا من ذمة الشخص القاصر إلى الغير دون أية فائدة، ويمنع القاصر من القيام بها، وإلا كانت باطلة بطلانا مطلقا، أما قيام الولي بها فلم يتطرق المشرع الجزائري لها، إلا أنه يمكن القول أنه ممنوع من إجرائها⁽⁴⁾، فيمنع عليه التبرع بأموال القاصر، سواء بالهبة أو الوصية أو الوقف، لأنها مضرّة بالقاصر، كما أن الولي مقيد

¹ - محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 160-161.

² - بيبية بن حافظ، المرجع السابق، ص 270.

³ - معيفي الهادي، تصرفات الولي الضارة بأموال القاصر في قانون الأسرة الجزائري والعربي المقارن، مجلة النبراس للدراسات القانونية، جامعة العربي التبسي-بسة، المجلد 3، العدد 2، 2018، ص- ص 21-35، ص 29.

⁴ - محمد سعيد جعفرور، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 606.

بالتصرف في أموال القاصر وفق معيار الرجل الحريص، ولا مصلحة للقاصر في التبرع، وهو الرأي الذي أجمع عليه فهاء الشريعة الإسلامية⁽¹⁾.

وإن كان التساؤل هنا يثور حول الهبة بعوض، والتي اختلف الفقهاء بشأنها، حيث أجازها الجمهور من مالكية وحنابلة وشافعية، لأنها في حكم البيع، فيما لم يجزها الحنفية، لأنها هبة ابتداء، والولي لا يملك القيام بالهبة⁽²⁾.

أما بالنسبة للكفالة من أموال القاصر، فلم يتناولها المشرع الجزائري صراحة، ولكن يفهم من خلال القواعد التي وضعها، والتي تقتضي حماية أموال القاصر، وإلزام الولي بالتقيد بها، وبما أن الكفالة هنا تتعلق بكفالة شخص آخر دون عوض، فهي غير جائزة، لأنها تضر بالقاصر، ولأنها تتطلب أهلية التبرع، وهو ما لا يتمتع به القاصر، وهو ما أشار إليه القانون التونسي صراحة في الفصل 1480 من مجلة الالتزامات والعقود⁽³⁾.

يضاف إلى التصرفات السابقة إعاره مال القاصر، التي لم يتناولها المشرع الجزائري، فيما منعها الجمهور من الفقه الإسلامي من مالكية وحنفية في أحد أقوالهم وشافعية وحنابلة، فيما أجازها الحنفية في أحد أقولهم⁽⁴⁾.

يبدو أن منع الإعارة هو ما ينسجم مع توجه المشرع الجزائري، لأنها مضرة بالقاصر، أما المشرع التونسي فقد أجاز للأب إعارة مال ولده القاصر في الفصل 1056 من مجلة الالتزامات والعقود، ولم يلزمه بأي إجراء شكلي، بينما منع الوصي من القيام بذلك.

- الانفاق على القصر من مالهم بالمقدار الذي يحتاجونه⁽⁵⁾.

تمارس المرأة سلطاتها السابقة على أموال القاصر وفق ما ألزمها به المشرع من حرص عليها، ولكن دون أن يلزمها بتقديم تقارير أو حسابات دورية، غير أنه أبقى رقابة القضاء عليها ممكنة، خاصة إذا حادت عن المعيار المسطر لها، فرغم أن قانون الأسرة لم ينص على ذلك

¹- معيفي الهادي، المرجع السابق، ص 22-23.

²- معيفي الهادي، المرجع نفسه، ص 23.

³- معيفي الهادي، المرجع نفسه، ص 25.

⁴- معيفي الهادي، المرجع نفسه، ص 28.

⁵- أحمد نصر الجندي، الولاية على المال وإجراءات حمايته أمام محكمة الأسرة، المرجع السابق، ص 90-91.

صراحة غير أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية فرض عليها رقابة قضائية، حينما أجاز للقاضي ممارستها بناء على طلب النيابة العامة أو كل من له مصلحة، بل حتى لو من تلقاء نفسه، حيث جاء في المادة 465 ق.إ.م.إ: "يمكن للقاضي مراقبة الولاية من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب ممثل النيابة العامة أو بطلب من أي شخص تهمة مصلحة من وضع تحت الولاية"، ويحق للقاضي استدعاء أي شخص يرى سماعه مفيداً إذا قام بالرقابة من تلقاء نفسه أو بناء على طلب النيابة العامة، أما إذا كان بطلب من الغير فيكون التكليف بالحضور على عاتقه حسب ما أكدته المادة 466 ق.إ.م.إ.

أما الفقهاء المسلميون فقد اختلفوا بشأن التصرفات التي يبرمها الولي خاصة بيع أموال المولى عليه:

- المالكية: يجيزون للأب التصرف في أموال ابنه القاصر حتى لو كان بيع العقار، ولكنهم اشترطوا أن يكون بسبب وحاجة ملحة، دون أن يشترطوا مسائلة الأب عن هذه الحالة ولا اثباتها.

- الحنفية: يرون بجواز تصرف الأب والجد في أموال وعقارات القاصر، سواء بأعمال الإدارة كالإيجار، أو التصرف كالبيع.

- الشافعية: يجيزون للولي التصرف في مال القاصر وبيع العقار، شريطة توفير نفقة للقاصر أو تحقيق ربح ظاهر له.

- الحنابلة: يجيزون للأب التصرف في أموال القاصر وبيع العقار لنفسه، أمل للأجنبي فيشترطون تحقيق البيع فائدة ونفع للقاصر⁽¹⁾.

¹- بويندير عبد الجليل، المرجع السابق، ص 38.

الفرع الثالث: مسؤولية المرأة الولية وانتهاء مهامها.

إن منح سلطات معينة وواجبات محددة للولي يقيم إمكانية مسألته في حالة إخلاله بها، سواء أثناء قيامه بها أو عند انتهائها، وسنحاول التطرق لهذه المسؤولية ثم لانتهاء مهمتها.

أولاً- مسؤولية المرأة الولية.

إذا لم تقم المرأة التي تتولى شؤون غيرها بالمهام التي أوكلت لها، بأن أضرت بمصالحهم أو تجاوزت حدود صلاحياتها، فإلها تكون قد أخلت بالتزاماتها، فتقوم مسؤوليتها المدنية، وتلتزم بالتعويض وفق القواعد العامة لعدم تناولها بنص خاص.

أما المسؤولية الجنائية فلا تقوم إلا بنص خاص، وفقا للقاعدة العامة "لا عقوبة إلا بنص"، وقد وجد هذا النص في قانون العقوبات في المادة 380 منه، وذلك في القسم الخاص بجرائم خيانة الأمانة، والتي أقرت الحبس من سنة إلى خمس سنوات، وبغرامة من 1000 دج إلى 15000 دج لكل من استغل حاجة قاصر لم يتم 19 سنة، أو ميلا أو هوا أو عدم خبرة فيه ليختلس منه التزامات أو إبراء منها أو أية تصرفات أخرى تشغل ذمته المالية، وذلك إضرارا به إذا كان المجني عليه موضوعا تحت رعاية الجاني أو رقابته أو سلطته، ويسري هذا الوصف على الولي والوصي والمقدم، كما تجيز المادة السابقة الحكم على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 من نفس القانون، وبالمنع من الإقامة لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر.

يلاحظ أن المادة تشير فقط إلى القاصر الذي لم يتم 19 سنة، دون التطرق للمحجور عليهم، ولا مجال لتطبيقها عليهم، لأنه لا قياس في قانون العقوبات.

ثانيا-انتهاء مهامها:

تطرق المشرع الجزائري إلى الحالات التي تنتهي فيها مهمة الولي عموما في المادة 91 ق.أ التي حددتها حصرا، وهي تسري على الأم أيضا، حيث تنتهي ولايتها:

- **بعجزها**، بأن أصبحت غير قادرة على أداء مهامها، مهما كان سبب ذلك كمرضها أو كبر سنها.

- **بموتها**، إذ ماتت المرأة الولية حقيقة أو حكماً تنتهي ولايتها، وتنتهي معها الولاية وننتقل للصداية، لأن الأب هنا غير موجود إما لموته أو للحجر عليه.

- **بالحجر عليها**، إذا اعترض المرأة الولية سبباً من أسباب الحجر وتم الحجر عليها تنتهي ولايتها، لأنها هي أصبحت في حاجة للولاية.

- **بإسقاط الولاية عليها**، يمكن للقاضي أثناء رقابته على الولي أن يسقط عنه الولاية، إما من تلقاء نفسه أو بطلب من النيابة العامة أو من تهتمه مصلحة القاصر، وذلك إذا ثبت أن الولاية لا تتصرف وفق مصلحة القاصر أو زالت عنها الشروط القانونية للولاية، كردتها عن الإسلام، أو كثرة تنقلها للخارج.

- كذلك تنتهي بظهور **الأب حياً بعد الحكم بموته أو بعودته**، أو برفع الحجر عليه بحكم قضائي، مما يعني عودة أهليته كاملة، وهي حالات لم تشر إليها المادة السابقة، والتي لم تشر أيضاً إلى انتهاء وظيفة الولي بالتنازل عليها، لأنه لا يملك ذلك، لأن الولاية التزام مفروض عليه بقوة القانون، وليس حق له مقرون بإرادته.

- كذلك في **حالة الطلاق** تنتقل الولاية بقوة القانون إلى الحاضنة، سواء كانت أما أو غيرها، مما يعني انتهاء وظيفة الأب أو الأم كولي وانتقالها إلى ولي آخر هو الحاضن.

إن نخلص أن المرأة تتمتع بكل السلطات والحقوق والواجبات المتعلقة بالولاية، والتي يقرها القانون، سواء كانت أما أو حاضنة، في حالة انتقالها إليها عند وفاة الأب أو الحجر عليه أو الطلاق، أما في حالة غياب الأب فلا تتمتع الأم إلا بولاية مؤقتة محصورة بحالات الاستعجال. أما القانون التونسي فلم يمنح الأم أو أي امرأة أخرى صفة الولي طالما كان الأب حياً وكامل الأهلية، وحتى في حالة الطلاق ورغم أنه منحها بعض مشمولات الولاية بقوة القانون أو كلها بإذن القاضي في حالات محددة، غير أنه أبقى للأب صفة الولي، بينما منع القانون الكويتي الأم من أن تكون ولياً، ولا تملك أي سلطة بهذه الصفة.

المطلب الثاني:

وصاية وقوامة المرأة على الغير.

الفرع الأول: وصاية المرأة على الغير.

تطرقنا للوصاية سابقا كنظام لممارسة النيابة الشرعية على المرأة، وتأكدنا أنها لا تخضع لأي تمييز ضدها في أحكامها، بل أنها تكون في مركز الموصى عليه دون خصها بأية أحكام خاصة بها، أما في هذا المطلب فسندرس مركز المرأة كوصية تمارس الوصاية على غيرها.

أولا- حق المرأة في الوصاية وشروطها.

إن تضارب الآراء والمواقف حول تمتع المرأة بحق الولاية على غيرها، يثير التساؤل عن مدى تمتعها بحق الوصاية، وعن مدى وجود قيود أو شروط إن كانت تمتع بها، وهو ما سنتناوله في هذا الفرع.

1- حق المرأة في الوصاية.

تناول المشرع الجزائري وحدد صراحة الأشخاص الذي يتمتعون بحق الإيصاء على الأولاد القصر، بينما لم يحدد أشخاصا معينين لتولي الوصاية على الغير، وهو ما سنبينه:

أ- **عدم تمتع المرأة بحق الإيصاء للغير:** لقد أقر المشرع الجزائري في المادة 92 ق.أ، والتي جاء فيها: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة (86) من هذا القانون"، أن تعيين وصي لتولي شؤون الولد القاصر يكون من حق الأب والجد، مع تقييد ذلك بعدم وجود الأم أو ثبوت عدم قدرتها على ذلك بالطرق القانونية، مما يفهم أن حق الإيصاء للغير مخول فقط للرجال، وهم الأب والجد، أما النساء فلا حظ لهن فيه، فحتى الأم لا يمكنها الإيصاء لشخص ما برعاية أمور أولادها رغم أنها تملك حق الولاية عليهم، أما غيرها من النساء فلا يملكن ذلك أيضا بما فيهن الحاضنات.

يبدو أن موقف المشرع الجزائري هذا مخالف للقاعدة الفقهية المعروف "من له حق الولاية على المال له حق تعيين الوصي"⁽¹⁾، فرغم أن الأم تملك الولاية إلا أنها لا تملك الوصاية، وعلى العكس نجد الجد الذي لا يملك الولاية يملك الوصاية، لهذا نقترح تعديل المادة السابقة ومنح الأم حق تعيين وصي على أولادها القصر، والنص على: "يجوز للأب تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية. يجوز للأب تعيين وصي على أولادها القصر.

في حالة تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلاح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون".

لقد وافق القانونين التونسي والكويتي القانون الجزائري في مسألة وصاية المرأة للغير، حيث لم يمنح للأب ولا لغيرها من النساء الحق في تعيين وصي على الأولاد القصر، غير أنهما خالفاه في منح هذا الحق للأب فقط، ففي القانون التونسي يفهم من الفصل 154 م.أ.ش⁽²⁾ أن حق تعيين وصي على القصر ينفرد به الأب فقط⁽³⁾، أما في القانون الكويتي فيفهم ذلك من المادتين 110 و112 ق.م.ك، حيث رتبنا الأولى مستحقي الولاية بالأب ثم الوصي المختار من الأب ثم الجد ثم للوصي الذي تعيينه المحكمة، فيما حددت الثانية ثبوت الوصاية لهيئة شؤون القصر⁽⁴⁾ في الحالة التي لم تثبت الولاية على مال القاصر لأبيه، ولا للوصي المختار من الأب ولا للجد، وكلتا المادتين أشارت إلى الوصي المختار من الأب أو من المحكمة، مما يعني أنهما حصرا صاحبي حق الإيصاء للغير، ولا حق للأب فيه.

أما الشريعة الإسلامية فقد ساد الخلاف بين فقهاء حول وصاية المرأة للغير وانقسموا إلى:

¹ - خالد بوشمة، المرجع السابق، ص 170.

² - جاء فيها: "القاصر وليه أبوه أو أمه إذ توفي أبوه أو فقد أهيته مع مراعاة أحكام الفصل الثامن من هذه المجلة المتعلقة بالزواج، ولا يعمل وصية الأب إلا بعد وفاة الأم...".

³ - فاطمة الزهراء بن محمود، المرجع السابق، ص 403.

⁴ - هي هيئة أنشئت عام 1939 بالكويت، بغرض الوصاية على من لا وصي عليه من القصر والمحجور عليهم وفاقدي الأهلية والمفقودين، وهي هيئة ذات شخصية اعتبارية يشرف عليها وزير العدل، تتمتع بكل السلطات التي يتمتع بها الوصي والقيم والمشرف، وعليها ذات الواجبات.

- **الاتجاه الأول:** ويمثله المالكية حسب المشهور عندهم، والحنابلة، والأصح عند الشافعية، يذهبون إلى أن الأم ليس لها حق تعيين وصي على أولادها، لأنهم أصلا لا يجيزون لها الولاية عليهم.

- **الاتجاه الثاني:** ويمثله الحنفية والشافعية في رواية، فيرون أن الأم تتمتع بحق الإيضاء على أولادها، إلا أن وصايتها تعد من أضعف أنواعها، فلا يملك وصي الأم بيع ما ورثه الصغير عن أبيه، عقارا كان أو منقولاً.

- **الاتجاه الثالث:** ويمثله متأخري المالكية، يرون أن الأم تملك الحق في الإيضاء على أولادها، لأنها يجوز لها أن تكون وصية عليهم من قبل الأب، ويجوز لها أن تنصب وصيا آخر عليهم، ولكن بشرط: - أن يكون مال الأولاد موروثا عن الأم نفسها.

- أن يكون هذا المال قليل.

- أن لا يكون للأولاد وصي من الأب أو القاضي⁽¹⁾.

ب- حق المرأة في أن تكون وصيا: لم يتطرق المشرع الجزائري صراحة لمسألة الإيضاء للمرأة وتعيينها كوصي، غير أنه لم يشترط الذكورة ضمن شروط الوصي، مما يعني أنه يجوز للأب أو الجد تعيين أية امرأة⁽²⁾ يريانها مناسبة كوصي.

رغم اشتراط بعض القانونيين⁽³⁾ الذكورة في الوصي، وبالتالي عدم تمتع المرأة بالوصاية على الغير، إلا أن الرأي الراجح والذي يعتبر الأصوب في نظرنا لانسجامه مع نهج المشرع الجزائري هو حق المرأة في أن تكون وصيا على غيرها، وهو ما ذهب إليه الجمهور من الفقه الاسلامي الذي اختلف فقهاءه حول المسألة منقسمين إلى اتجاهين اثنين، هما:

¹ - نقلا عن خالد بوشمة، المرجع السابق، ص 171-172.

² - لا يشمل لفظ المرأة هنا الأم، لأنها تتمتع بالولاية.

³ - العربي بختي، المرجع السابق، ص 194.

- **الرأي الأول:** يمثلته جمهور الفقهاء⁽¹⁾ من مالكية وحنفية وحنابلة وشافعية، وذهب إلى تمتع المرأة بحق تولي الوصاية على الغير مستدلين في ذلك بـ:

- أن عمر بن الخطاب قد أوصى إلى ابنته فدلّ ذلك على جواز الوصاية إلى المرأة.

- قياس الوصاية على الشهادة، فكما أن المرأة تقبل شهادتها في الحقوق المالية تقبل في الوصاية، والعلة الجامعة بينهما الأهلية.

- الأولى أن يقدم الرجل على المرأة في اختيار الأوصياء إلا في الأحوال الآتية:

- إذا كانت المرأة أما للأولاد وتحققت فيها شروط الوصاية فتقدم على غيرها من الرجال

والنساء، وذلك لوفور شفقتها على الصغار وتحقيقاً للمصلحة.

- إذا لم يكن للميت وصي ذكر على أطفاله من الأولياء، فللقاضي أن يوصي إلى المرأة

تتظر في شؤون الصغار وتكون قيمة عليهم، وهذا عند الشافعية⁽²⁾.

- **الرأي الثاني:** ما روي عن عطاء -وهو من الشافعية- يرى أنه لا يجوز للمرأة الوصاية، لأنها ليست أهلاً لأن تكون قاضياً⁽³⁾، ولكن رد عليه بما روي أن عمر أوصي لحفصة ولم تكن من أهل القضاء⁽⁴⁾.

يسود الوضع السائد في القانون القانون الجزائري كل من القانونين التونسي والكويتي، فالقانون التونسي لم يشر إلى تمتع المرأة بالوصاية على الغير، ولكنه لم يمنعها أيضاً من ذلك، ولم يشترط الذكورة في الولي، مما يرحح تمتعها به، وكذلك في القانون الكويتي حيث يجوز للأُم طلب الوصاية من القاضي الذي قد يجيبها في ذلك، فرغم أن القانون الكويتي لم يشر صراحة

¹ - **المالكية:** محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 9، المرجع السابق، ص 579؛ **الحنفية:** السرخسي، المبسوط، الجزء 28، المرجع السابق، ص 25؛ **الحنابلة:** البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، الجزء 4، المرجع السابق، ص 394؛ **الشافعية:** أبو الحسن عي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الجزء 8، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1419 هـ- 1999 م، ص 331.

² نقلاً عن وهبة الزحيلي، الجزء 7، المرجع السابق، ص 755؛ عبد الله محمد سعيد رابعة، الوصاية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني "دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 12؛ مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص 37-38.

³ - **الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 8، المرجع السابق، ص 331.**

⁴ - **خالد بوشمة، المرجع السابق، ص 179.**

إلى حق المرأة في الوصاية إلا أنه لم يمنعه أيضا، بل أنه أشار في المادة 146 ق.م إلى أن الأب والجد والأم لا يسألون في مباشرتهم للولاية أو الوصاية أو القوامة إلا على خطئهم الجسيم، مما يعني أن الأم يمكنها مباشرة أحد هذه الأنظمة، وبما أن المشرع الكويتي حدد الأولياء ولم يذكرها، فهي لا تملك الولاية، ولكنها قد تتمتع بالوصاية على مال أولادها القصر، سواء أوصى لها الأب أو الجد أو المحكمة بعد طلبها وموافقة القاضي على ذلك، ويسري الحكم على المرأة عموما وليس على الأم فقط.

2- شروط الوصي.

لقد تناول المشرع الجزائري شروط الوصي في المادة 93 ق.أ، والتي تتمثل في أن يكون مسلما بالغا قادرا أمينا حسن التصرف، وهذاتها تسري على المرأة والرجل.

1- الإسلام، لأن الوصاية في حقيقتها ولاية، ولا ولاية لمسلم على كافر، ولم يحدد النص القانوني ما إذا كان هذا الشرط يسري أيضا على القاصر غير المسلم أم لا، وإن كان من الفقهاء من يجيز وصاية غير المسلم على غير المسلم⁽¹⁾.

2- كمال الأهلية، فيجب أن يكون الوصي بالغا سن الرشد، وخال من عوارض الأهلية كالجنون والعتة، لأن من لم تكتمل أهليته هو في الأصل محتاج للرعاية، فلا يعقل أن يرعى غيره، وقد ذهب المالكية إلى جواز وصاية السفیه والصبي المميز، فيما خالفهم في ذلك الحنفية، ولم يجز وصاية الصبي الذي لم يبلغ⁽²⁾.

3- القدرة على أعباء الوصاية، فإذا كان عاجزا فليس في مقدوره القيام بأعباء الوصاية بحرص، لأنه هو في حاجة إلى الرعاية.

4- الأمانة وحسن التصرف، فلا بد أن يحسن الوصي التصرف في أموال القاصر، فيحرص على الحفاظ عليها، ولا يعرضه للخطر، ويتصرف وفق مصلحة القاصر وما تقتضيه فقط، ويجب أن يقوم بذلك بكل أمانة.

¹ - العربي بختي، المرجع السابق، ص 194.

² - العربي بختي، المرجع نفسه، ص 194.

أما القوانين المقارنة، فبينما لم يشر القانون التونسي إليها، لا في مجلة الأحوال الشخصية ولا في الأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957⁽¹⁾، ذكرها القانون الكويتي في المادة 111 ق.م، والتي تتمثل في أن يكون عدلاً، كفؤاً، بالغاً، رشيداً غير محجور عليه، غير مفلس، مع احترام ما يورده القانون أو الشريعة الإسلامية من شروط أخرى، أما الشريعة الإسلامية فقد اتفق فقهاءها على بعض لشروط، فيما اختلفوا حول أخرى، وهي في مجملها:

- **اتحاد الدين:** وقد أجمعوا حوله⁽²⁾ واشتروا الإسلام في الوصي إذا كان الموصى عليه مسلم، فلا وصاية لكفر على مسلم، أما لو كان غير مسلم فيجوز أن يكون الوصي من ديانته وغير مسلم، وإن كان من الشافعية من لا يجيز ذلك، ويشتط الإسلام حتى لو كان الموصى عليه غير مسلم⁽³⁾.

- **العقل والبلوغ،** لقد أجمعوا⁽⁴⁾ أيضاً حول العقل، فلا تجوز الوصاية لمحجور عليه كالمجنون أو المعتوه أما البلوغ فقد اختلفوا حوله، فبينما ذهب الجمهور من مالكية، وحنابلة وشافعية إلى اشتراطه، لم يشترطه الحنفية⁽⁵⁾ الذين أجازوا الوصاية للصبي، وللقاضي إخراجهم.

- **العدالة،** فلا وصاية لفاسق، وهو ما أجمع عليه الجمهور⁽⁶⁾ من مالكية وحنابلة وشافعية، أما الحنفية⁽⁷⁾ فقد أجازوا الوصاية لفاسق على أن يقوم القاضي بإخراجه.

¹ - متعلق بترتيب تسمية المقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحساباتهم.

² - **المالكية:** محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 9، المرجع السابق، ص 579؛ **الحنفية:** السرخسي، المبسوط، الجزء 28، المرجع السابق، ص 25؛ **الحنابلة:** البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، الجزء 4، المرجع السابق، ص 394؛ **الشافعية:** الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 8، المرجع السابق، ص 328.

³ - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 8، المرجع السابق، ص 330.

⁴ - **المالكية:** محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 9، المرجع السابق، ص 580؛ **الحنابلة:** البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، الجزء 4، المرجع السابق، ص 395؛ **الشافعية:** الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 8، المرجع السابق، ص 329.

⁵ - **الحنفية:** السرخسي، المبسوط، الجزء 28، المرجع السابق، ص 25.

⁶ - **المالكية:** محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 9، ص 580؛ **الحنابلة:** البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، الجزء 4، المرجع السابق، ص 394؛ **الشافعية:** الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 8، المرجع السابق، ص 331.

⁷ - **الحنفية:** السرخسي، المبسوط، الجزء 28، المرجع السابق، ص 25.

-الكفاية أو القدرة، اختلف بشأنها الفقهاء المسلمون، حيث ذهب المالكية والشافعية إلى اشتراطها⁽¹⁾، بينما لم يشترطها الحنفية والحنابلة، الذين أجازوا الوصاية لعاجز كالأعمى على أن يضيف له القاضي شخص قادر لمساعدته⁽²⁾.

ثانيا- تعيين الوصي وواجباته.

أ- **تعيين الوصي:** إن تعيين المرأة كوصية يتم بنفس الطريقة التي يعين فيها الوصي عموماً، حيث أن المشرع الجزائري لم يفرق بين المرأة والرجل في الوصاية، وهي تتم بالاختيار إما من قبل الأب أو الجد، وتثبت من طرف المحكمة، فلأب أو الجد أن يختار قبل وفاته وصياً على ولده القاصر، ويجب حسب المادة 94 ق.أ عرضه على القاضي بمجرد وفاة لأب لتثبيتها أو رفضها، وللتحقق من توفر كافة الشروط القانونية المستلزمة في الوصي، وهو ما أكدته المادة 472 ق.إ.م.إ، فإذا قبلها القاضي يثبت الوصي، أما إن رفضها فيعين مقدماً أو يتخذ كافة التدابير التحفظية في انتظار ذلك.

يلاحظ أن هذه النصوص تتعارض مع النصوص المتعلقة بالولاية، حيث أن هذه الأخيرة منحت الولاية للأم بقوة القانون بمجرد وفاة الأب أو عجزه، فيما المادتين السابقتين تشترطان عرض الوصاية بمجرد وفاة الأب، وهو أمر لا جدوى منه في حالة وجود الأم، حيث تنتقل إليها الولاية ولا مجال للحديث عن الوصاية.

وإذا تعدد الأوصياء، فإن القاضي يتمتع بحق اختيار الأصلح منهم حسب المادة 94 سالفه الذكر مع مراعاة أحكام لمادة 86 المتعلقة بالتمتع بالأهلية الكاملة. هذا عن الوصي العام، ولكن قد يقتضي الأمر تعيين وصي خاص تتحدد مهمته بأمر من أمور القاصر وتنتهي بانتهائها، وذلك في الأحوال التالية:

¹ - المالكية: محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 9، المرجع السابق، ص 580؛ الشافعية: الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء 8، المرجع السابق، ص 330.

² - الحنفية: السرخسي، المبسوط، الجزء 28، المرجع السابق، ص 25؛ الحنابلة: البهوتي كشاف القناع على متن الإقناع، الجزء 4، المرجع السابق، ص 394.

1- إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولي أو مصلحة مع قاصر آخر مشمول بولايته.

2- إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولي أو الزوجة أو أحد أصوله أو فروعها.

3- إبرام عقد من عقود المعاوضة أو تعديله أو فسخه أو إبطاله أو إلغاؤه بين القاصر والوصي أو أحد من المذكورين بالبند رقم.

4- إذا آل إلى القاصر مال بطريق التبرع، واشترط المتبرع ألا يتولى الولي إدارة المال.

5- إذا استلزمت الظروف دراية خاصة لأداء بعض الأعمال.

6- إذا كان الولي غير أهل لمباشرة حق من حقوق الولاية.

ب- واجبات الوصي وسلطاته: يملك الوصي نفس سلطات الولي، وبنفس خصائصها وقبورها حسب المادة 95 ق.أ التي جاء فيها: "للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد 88-89-90 من هذا القانون"، وقد تطرقنا إليها سابقا ولا داعي لتكرارها.

وهو ما تبناه القانون الكويتي في المادة 137 ق.م التي أقرت أن سلطات الوصي هي ذاتها سلطات الولي، ولا يمكن أن تتجاوزها، وهي تتعلق بسلطته في إجراء التصرفات النافعة للموصى عليه نفعا محضا، وكل التصرفات التي يقتضيها حفظ أموال القاصر وإدارتها، غير أنه ممنوع من إجراء بعض التصرفات إلا بإذن قضائي، وهي محدد في المواد من 130-136 ق.م، والتي تتعلق ب:

- بيع عقار القاصر أو محله التجري أو تأجيره لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربه حتى الدرجة الثالثة.

- التصرف في مال الصغير إذا تجاوزت قيمته 200 ألف دينار.

- التصرف في مال آل للصغير بالوصية أو التبرع مع اشتراط الوصي أو المتبرع عدم تصرف الولي أو الوصي فيه.

- التبرع بمال الصغير إلا إذا لغرض عائلي أو إنساني، وكان الصغير ميسورا.

- إقراض مال الصغير أو إقتراضه.

- رهن مال الصغير إلا لدين على الصغير نفسه.

بينما فصل القانون التونسي في مهام وسلطات الوصي في الأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957 سابق الذكر، وذلك في المواد 1-11 منه، حيث منحه سلطة إدارة أموال القاصر، وتولي التصرف في مكاسب القاصر وفق أحكام القانون، ووفق ما يحقق مصالح القاصر، واستئذان القاضي قبل ممارسة التصرفات الخطيرة، كالبيع أو المعاوضة.

أما الفقه الاسلامي فقد خالف بعضه الوصي على الولي، فنجد المالكية أجازوا لوصي الأب فقط بيع أموال القاصر ولو تعلق الأمر بالعقار، بشرط وجود سبب وضرورة ملحة، غير أنه ألزمه بضرورة اثبات الحالة، ومسالته عليها، أما الحنفية فلم يجيزوا للوصي ولا القيم التصرف في أموال القاصر إلا بأمر القاضي، بينما أجاز الحنابلة للوصي بيع عقار القاصر للغير إذا كاي يحقق النفع والفائدة، فيما لم يجيزوا له بيعه لنفسه⁽¹⁾.

أما بالنسبة لواجباته والرقابة المفروضة عليه من قبل القاضي، فقد ألزم المشرع الجزائري الوصي دون الولي في المادة 97 ق.أ بضرورة تسليم الأموال التي في عهده وتقديم عليها حسابات بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر إذا رشد أو اكتملت أهليته، وذلك خلال مدة شهرين من تاريخ انتهاء وصايته، وألزمه بضرورة تقديم صورة عن المستندات للقضاء، فإذا توفي أو فقد أهليته فعلى ورثته القيام بذلك.

لقد تطرقت المادة 97 السابقة إلى الحساب النهائي فقط، أي عند انتهاء مهمة الوصي، ولم تشر إلى الحسابات الدورية التي تناولتها المادة 471 ق.إ.م.إ الجزائر وألزمت الوصي والمقدم بتقديمها، ولا إلى الإجراءات التي يجوز للقاضي اتخاذها متى رآها مناسبة إذا قصر الوصي في مهامه، وذلك إما من تلقاء نفسه أو بناء على طلب ممثل النيابة العامة، أو كل من له مصلحة، المادة 473 ق.إ.م.إ، ويكون مقصرا إذا لم يبذل عناية الرجل الحريص في أداء مهامه.

¹ - بويندير عبد الجليل، المرجع السابق، ص 138.

أما القانون التونسي فقد ألزم الوصي أو المقدم بتقديم الحسابات الداخلة والخارجة مصحوبة بالحجج المثبتة، إلى وكيل الجمهورية كل سنة في نهاية شهر مارس وشهر أكتوبر، وذلك وفق المادة 6 من الأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957، كما ألزمه أيضا بتقديم دفتر الحساب النهائي عند نهاية مهامه.

بينما ألزم القانون الكويتي النائب الشرعي، سواء كان وليا أو وصيا أو مقدا في المادة 145 ق.م بتسليم أموال القاصر لمن يتمتع بحق الاستلام، وذلك بمجرد انتهاء نيابته أو في إطار ما يستلزمه التسليم من زمن، كما ألزمه بتقديم حساب دقيق عن ولايته في غضون مدة لا تتجاوز مدة ثلاثة أشهر، كما أنه أخضع الوصي للرقابة في كل أعماله إذا كانت الوصاية لغير إدارة شؤون القصر، وذلك بتعيين مشرف يتوفر على نفس شروط الوصي يتولى حسب المادة 124 ق.م الرقابة على كل تصرفات الوصي، ويرفع ما يرى أن مصلحة القاصر تقتضي رفعه للمحكمة، ويتعين على الوصي وفق المادة 125 من ذات القانون تقديم للمشرف كل ما يطلبه من توضيحات حول التصرفات التي أجراها في مال القاصر، وكذلك تمكينه من الإطلاع على كل الوثائق والمستندات الخاصة به.

ثالثا - مسؤولية المرأة الوصية وانتهاء مهامها.

على عكس مسؤولية الولي التي لم يتناولها المشرع الجزائري بنص خاص، خص مسؤولية الوصي بنص خاص هو المادة 98 ق.أ التي اعتبرت الوصي مسؤولا عما يلحقه من أضرار بأموال القاصر نتيجة تقصيره، والذي قد يكون أثناء أداء وصايته بثبوت إهماله وعدم حرصه أو التعدي عليها، أو عند انتهاء وصايته كتأخره في تسليم أموال القاصر أو إلحاقه ضرر بها. بينما المسؤولية الجنائية فتقوم وفق المادة 380 من قانون العقوبات والتي سبق مناقشتها سابقا، لأنها تسري على الولي والوصي والمقدم.

أما القانون الكويتي فنجد المادة 146 ق.م تميز بين:

- مسؤولية الأم وكذا الأب والجد، والتي تقوم على أساس الخطأ الجسيم، وذلك حتى لو كانوا يتقاضون أجرا.

- مسؤولية غيرهم من الأوصياء، والتي تقوم وفق أحكام الوكيل المأجور، وذلك حتى لو لم يكونوا يتقاضون أجرا.

أما انتهاء مهمة المرأة الوصية فهي ذاتها التي تناولها المشرع الجزائري في المادة 96 ق.أ، والتي تسري على الوصي عموما، سواء كان رجلا أو امرأة، وهي تتمثل فيما يلي:

- **موت الوصي أو زوال أهليته:** ففي كلتا الحالتين تنعدم إمكانية قيام الوصي بالمهام التي أوكلت له فتنتهي، وتنتهي معها الوصاية، أما إذا كان أكثر من وصي فتستمر الوصاية رغم انتهاء مهمة أحد الأوصياء.

- **انتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها.**

- **قبول عذره بالتخلي عنها:** بما أن الوصاية ليست تكليفا إجباريا على الوصي، فإنه يجوز له الاستقالة من مهمته بتقديمها للمحكمة، التي يجوز لها قبولها إذا اقتنعت بعذره، لتعين وصيا آخر في حالة التعدد.

- **عزله:** يمكن للمحكمة عزل الوصي إذا تبين لها عدم قدرته على أعباء الوصاية⁽¹⁾، أو ثبت من تصرفاته ما يهدد مصلحة القاصر، وذلك بناء على طلب يقدم ممن له مصلحة، حسب ما أكدته المادة 5/96 ق.أ.

الفرع الثاني: قوامة المرأة على الغير.

نتناول في هذا الفرع أهم الأحكام المتعلقة بتعيين المرأة كقدم على الغير، سواء من حيث تمتعها بهذا الحق في حد ذاته وشروط تعيينها، ثم للسلطات والمهام التي تناط بها، بعدها نتطرق لأسباب انتهاء مهامها.

أولاً- حق المرأة في التقديم وشروطه.

عرف المشرع الجزائري المقدم أو القيم في المادة 99 ق.أ بأنه "من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقدا للأهلية أو ناقصا بناء على طلب أحد أقاربه أو

¹ - محمد سعيد جعفرور، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 618.

ممن له مصلحة أو من النيابة العامة"، ولم يتطرق لشروطه ولا لأحكامه عموماً، وإنما اكتفى بالإحالة لأحكام الوصي وإخضاعه لها في المادة 100 ق.أ مما يعني تطبيق نفس الأحكام التي سبق ورأيناها سابقاً في الوصي.

لم يعرف القانون التونسي المقدم بل اكتفى بذكر مرتبته في الفصل 154 م.أ.ش التي جاء فيها: "...وعند وفاة الأبوين أو فقدان أهليتهما، ولم يكن للقاصر وصي وجب أن يقدم عليه الحاكم"، وبالتالي يمكن أن نستنتج بأنه "الذي يعينه الحاكم عند وفاة أبوي القاصر أو فقد أهليتهما دون أن يكون له وصي يتولى أموره"، أما القانون الكويتي فأشار للقيم في المادة 141 ق.أ.ش، وهو الذي تعينه المحكمة على من ثبت فقده أو معلوم الحياة الذي غاب مدة تتجاوز سنة، وتعذر عليه رعاية أمواله بنفسه، أو الإشراف على من يديرها، أما الشخص الذي تعينه المحكمة لإدارة شؤون القاصر الذي ليس له أب ولا وصيه ولا جد فقد سماه القانون الكويتي في المادة 110 ق.أ.ش بوصي المحكمة.

1- تمتع المرأة بحق القوامة على الغير.

لم يشترط المشرع الجزائري الذكورة لا في شروط الوصي التي سبق دراستها، ولا في الأحكام الخاصة التي أفردتها للمقدم، كالمادتين 99 و100 ق.أ والمادة 111 ق.أ المتعلقة بالمفقود، والتي جاء فيها: "على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدماً من الأقارب أو غيرهم..."، ولا في قانون الإجراءات القانونية والإدارية، مما يعني جواز القوامة للمرأة، وإمكانية تعيينها كمقدم من طرف القاضي لتولي مهام القوامة على المحجور عليه أو صغير السن أو المفقود ومن في حكمه، كتعيين أخته أو خالته إذا استوفت الشروط القانونية، وهو الموقف السائد في القانون التونسي، الذي لم يحدد شروطاً للوصي، أما القانون الكويتي فقد اشترط في المادة 139 ق.م على المحكمة أن تراعي عند تعيين القيم على المحجور عليه الأرشد فالأرشد من أولاده الذكور، ثم أبوه ثم جده لأبيه، ثم من ترى فيه مصلحة للمحجور، فهو أشار فقط للرجال دون النساء.

2- شروط تعيين المرأة كمقدم.

بما أن المشرع الجزائري أخضع المقدم لنفس أحكام الوصي، وقد ذكر شروط الوصي في المادة 93 ق.أ، فإنه يشترط في المقدم نفس الشروط، ويتعين على المرأة حتى تعين مقدا أن تكون مسلمة عاقلة بالغة قادرة أمينة حسنة التصرف، وقد سبق التطرق لهذه الشروط، كما أشار إلى بعض هذه الشروط في المادة 469 ق.إ.م.إ، وهي الأهلية للقيام بشؤون القاصر، والقدرة على حماية مصالحه.

أما بالنسبة للقربة فلم يجعلها قانون الأسرة شرطا للقوامة، لا في الأحكام الخاصة بالتقديم، ولا تلك المتعلقة بالوصي، بل أنه أشار صراحة في أحكام المفقود ومن في حكمه في المادة 111 ق.أ سألقة الذكر إلى جواز تعيين مقدا من الأقارب أو غيرهم، مانحا القاضي سلطة الإختيار، ودون إلزامه بتقديم القرب على غيره، غير أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية كان له موقف مخالف عندما اشترط في المادة 469⁽¹⁾ أن يكون المقدم من أقارب القاصر، فإن تعذر ذلك يعين القاضي شخصا آخرا.

نعتقد أن موقف قانون الأسرة أصوب، لأن هدف الوصاية هو حماية أموال غير مكتمل الأهلية، وهو المعيار الذي يعتمد عليه عند تعيين المقدم، فإذا كان الشخص غير القرب يوفر حماية أفضل من القرب فيعين هو، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها رقم 77743 المؤرخ في 2010/10/14⁽²⁾.

أما مسألة تعدد طالبي القوامة والمفاضلة بينهم، فلم يورد قانون الأسرة أي أحكام خاصة، غير أنه تناول مسألة تعدد الأوصياء حيث يختار الأصلح منهم، وما دام المقدم يخضع لنفس أحكام الوصي، فإن القاضي يتولى اختيار الأصلح منهم، سواء كان الأقارب أو من غيرهم، فمن عرف بين الناس بالخيانة، لا يصح أن توكل إليه الوصاية على الأموال غيره خوفا من إضراره بمصالحهم.

¹ - جاء فيها: "يعين القاضي طبقا لأحكام قانون الأسرة، مقدا من بين أقارب القاصر، وفي حالة تعذر ذلك يعين شخصا آخر يختاره. يجب في الحالتين أن يكون المقدم أهلا للقيام بشؤون القاصر وقادرا على حماية مصالحه".

² - المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2010، ص 285.

ومن عرف بسوء السمعة أما بارتكاب منكر خلقي أو بتصرف شاذ أو مخالف للمألوف أو مناف لأعراف الناس، بحيث ينظر إليه نظرة اشمئزاز، فهذا لا يصح الايحاء إلي، لأنه إما أن يكون شاذ التفكير، فلا يطمئن على حسن تصرفاته، وإما أن يكون مستهترا بعرف المجتمع وآداب السلوك ومبادئ الأخلاق، وذلك نقص في التفكير وانحراف في العقل، وقد اكتفى المشرع بذكر شروط الوصي ومن وراءها المقدم لخضوعهم لنفس لأحكام تاركا تقدير هذه الأمور والبحث عنها رعاية لمصلحة القاصر للقاضي بما يملكه من سلطات التحقيق في دعوى الحجر ويتبين من النصوص الواردة في قانون الأسرة.

ثانيا - إجراءات تعيين المقدم.

بالنظر إلى المواد 102-106 من قانون الأسرة، والمواد 469-471 والمادة 473 والمواد 481-489 ق.إ.م.إ، فإن تعيين المقدم يتم وفق إجراءات محددة تسري على أي شخص يعين كمقدم، سواء كان رجلا أو امرأة، وهي تتمثل في:

- **طلب التقديم وتوقيع الحجر:** حسب المادة 102 ق.أ.⁽¹⁾ فإنه يجوز لأقارب الشخص أو النيابة العامة أو كل من له مصلحة، التقدم بطلب توقيع الحجر على شخص تتوفي فيه الشروط القانونية، وتعيين مقدم عليه لتولي وإدارة شؤونه.

ويتم ذلك وفق عريضة إفتتاحية مستوفية لكافة الشروط القانونية العادية، على أن يذكر فيها الوقائع التي تستوجب التقديم، وأن تقدم ملفا طبيا للشخص المعني بالتقديم، وهذا حسب المادة 482 ق.إ.م.إ.⁽²⁾.

- **تمكين الشخص المراد الحجر علي من الدفاع عن نفسه:** لقد حرص المشرع الجزائري على كفالة حق المعني بالحجر بالدفاع عن حقوقه، فأكد على ذلك في المادة 105 ق.أ، والمادة 483 ق.إ.م.إ، وألزم القاضي بتعيين تلقائيا محام له إن لم يكن له محامي.

¹ - جاء فيها: "يكون الحجر بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة، أو من النيابة العامة".

² - جاء فيها: "يجب أن تتضمن العريضة المقدمة من أجل افتتاح التقديم على ناقص الأهلية فضلا على البيانات العادية عرضا عن الوقائع التي تبرر التقديم، ويجب أن ترفق بالملف الطبي للشخص المعني بالتقديم".

- سماع القاضي للشخص المراد الحجر عليه: ألزم المشرع الجزائري في المادة 484 ق.إ.م.إ.⁽¹⁾ القاضي بضرورة سماع الشخص المعني بالحجر والتقديم عليه، وذلك بحضور محاميه والأشخاص المعنيين، سواء من الأقارب أو من ذوي المصلحة وممثل النيابة العامة، وبحضور الطبيب المعالج إذا رآه القاضي ضرورة لذلك.

غير أنه يجوز التعاضي عن ذلك إذا استحال على القاضي سماعه أو كان في ذلك ضرر بصحته وفق المادة 484 ق.إ.م.إ سالفه الذكر، ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في تقدير أسباب الحجر وجديتها، وله أن يقوم بالبحث والتحري، وأن يعين طبيبا خبيراً ثانياً إذا رأى في ذلك ضرورة، كما يحق له رفض تعيين خبير ثانٍ إذا لم يكن في ذلك من داع.

- الفصل في الحجر وتعيين مقدم: إذا اقتنع القاضي بتوقيع الحجر على المعني أصدر حكماً بذلك على أن يشمل تعيين مقدم على أموال المحجور عليه، ويكون قابلاً للطعن بالإستئناف وفق المادة 106 ق.أ.⁽²⁾ والمادة 488 ق.إ.م.إ.⁽³⁾، خلال مدة 15 يوماً تاريخ التبليغ الرسمي للأطراف، ومن تاريخ النطق بالحكم النسبة للنيابة العامة.

يتم التأشير على هامش عقد ميلاد المعني بإيقاع التقديم أو تعديله أو رفعه، ويكون ذلك بمثابه إشهار حسب المادة 106 ق.أ. والمادة 489 ق.إ.م.إ.⁽⁴⁾.

ثالثاً- مهام المقدم وانتهائها.

إذا إنقضت الولاية والوصاية ولم يكن للناصر من ينوب عنه، يعين القاضي مقمداً عليه وفق الإجراءات السابقة، يتولى إدارة أمواله وشؤونه، ويخضع في ذلك لنفس أحكام الوصي طبقاً

¹- جاء فيها: "يتلقى القاضي تصريحات الشخص المعني بإجراء التقديم بحضور محاميه والأشخاص المعنيين، وإذا رأى ضرورة لذلك يتلقى هذه التصريحات بحضور الطبيب المعالج، وممثل النيابة العامة".

²- جاء فيها: "الحكم بالحجز قابل لكل طرق الطعن ويجب نشره للإعلام".

³- جاء فيها: "...يرفع الإستئناف في هذا الأمر في أجل خمسة عشر (15) يوماً . يسري هذا الأجل تجاه الأطراف ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي .

ويسري ابتداء من تاريخ النطق به بالنسبة للنيابة العامة".

⁴- جاء فيها: "يؤشر على هامش عقد ميلاد المعني في سجلات الحالة المدنية، بمنطوق الأمر القاضي بافتتاح أو تعديل أو رفع التقديم بأمر النيابة العامة. ويعد هذا التأشير إشهاراً".

للمادة 100 ق.أ⁽¹⁾، حيث يلتزم بالقيام بالواجبات المفروضة عليه ويتمتع بذات حقوقه، ويخضع للقواعد الخاصة بعزله ووقفه وانتهاء مهمته، وهو ما تبناه أيضا القانون الكويتي في المادة 140 ق.م.

1- مهام المقدم: يتمتع المقدم بنفس سلطات الوصي، حسب ما ورد في المادة 95 ق.أ.ج، والتي تنص على أنه: " للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد 88 هذا القانون"، إذن هي تعطي للوصي نفس الصلاحيات المخولة للولي والمنصوص عليها في المواد 88-90، والتي تحيل إليها المادة 95، وبالتالي يتوجب على المقدم أن يتصرف في أموال المحجور عليه تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام، وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1- بيع العقار وتسميته، ورهنه، وإجراء المصالحة.

2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

3- استثمار أموال المحجور عليه بالإقراض أو الاقتراض والمساهمة في شركة.

4- إيجار عقار المحجور عليه لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة.

أما إذا تعارضت مصالح المقدم ومصالح المحجور عليه يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا، أو بناء على طلب من له مصلحة⁽²⁾.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن أحكام الوصاية والتصرفات الواجبة على الوصي هي نفسها المطبقة على المقدم، حيث يتعين عليه إذا انتهت مهمته أن يقوم بتسليم الأموال التي في عهده وتقديم حسابا عنها بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى الشخص الذي رفع عنه الحجر أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته، وأن يقدم صورة على الحساب المذكور إلى القضاء.

¹ - جاء فيها: "يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام".

² - محمد كمال حمدي، المرجع السابق، ص 211

وفي حالة وفاة المقدم أو فقده فعلى ورثته تسليم أموال المحجور عليه بواسطة القضاء إلى المعني بالأمر، ويكون المقدم مسؤولاً عما يلحق أموال المحجور عليه من ضرر بسبب تقصيره. وكذلك تبنى القانون الكويتي نفس الحكم في المادة 140 ق.م التي أخضعت القيم لكل ما يخضع له الوصي من أحكام، خاصة تلك المتعلقة بالشروط اللازمة فيه، حدود سلطاته، واجباته، وتعيين من يتولى الإشراف عليه وسلطات المشرف، كما أنه يخضع لنفس أحكام مسؤولية الوصي التي سبق وأن أشرنا إليها.

أما القانون التونسي قد تناوله في الأمر المؤرخ 18 جويلية 1957 سالف الذكر، وحدد للمقدمين والأوصياء نفس الصلاحيات والواجبات، والتي سبق تناولها عند دراسة أحكام وصاية المرأة.

2- انتهاء مهام المقدم: تنتهي مهمة المقدم كما تنتهي مهمة الوصي وذلك:

- 1- بموت المحجور عليه، أو زوال أهلية المقدم نفسه أو موته.
- 2- برفع الحجر عن المحجور عليه لزوال أسبابه.
- 3- بقبول عذر المقدم في التخلي عن مهمته.
- 4- بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات المقدم ما يهدد مصلحة المحجور عليه.

وفي هذا الصدد فإن المحكمة العليا في قرارها الصادر في 18/07/2001 ملف رقم 262283⁽¹⁾ في قضية (ب.و) ضد (و.ب ومن معها)، حيث قررت أنه يجوز استبدال المقدم إذا ثبت تقصيره في مهامه أو كان ذلك من مصلحة المحجور عليه وقررت مبدأ وهو " أن القرار الذي قضى باستبدال مقدم للمحجور عليه بعد تحقيق وافي ومراعاة لمصلحته هو قرار صائب ومسبب تسبباً كافياً فجاء في حيثيات القرار:

¹ - المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 2003، ص 353 .

"حيث تبين أن قضاة الموضوع بمجلس قضاء البويرة وبعد رجوع القضية بعد النقض أجروا تحقيقا وافيا إذ استمعوا إلى عشرة شهود عدول يقيمون حيث يقيم المطعون ضده شقيق المحجور عليه وقد أكد جميعهم بأن المدعو (و.د) المريض والمحجور عليه من مصلحته بقاؤه لدى أخيه المطعون ضده وقرب والدته وإنهما قاما برعايته والإحسان إليه منذ بداية مرضه سنة 1962، وخاصة المطعون ضده.

وحيث تجلّى لدى قضاة الموضوع بمجلس قضاء البويرة بأن إقامة (و.د) محل الخلاف لدى المطعون ضده بإحدى قرى بولاية البويرة أحسن له من إقامته لدى ابنه الطاعن الذي يقيم بالجزائر العاصمة حيث يكثر الضجيج بل هذه الإقامة قد تكون خطرا يؤدي على حياته بسبب مرضه."

وفي الأخير يمكن القول أن مهمة المقدم تنتهي أساسا بنهاية السبب الذي عين من أجله فإذا رفع الحجر عن المحجور عليه انتهت مهمته بقوة القانون.

إذن نخلص إلى أن التعديلات التي تبناها المشرع الجزائري فيما يتعلق بمركز المرأة في أحكام النيابة الشرعية، كانت منصفة لها في بعض جوانبها، كمنح الولاية للأب أولا تليه الأم، فإن غاب تولت هي تسيير ما استعجل من أمور الأولاد، بينما كانت مفرطة في الانفتاح على المرأة حينما انفرد بمنح الولاية للحاضن في حالة الطلاق، فيما تعد المرأة أكثر أصحاب الحضانة، ويفضل لو حذا حذو القانون التونسي الذي أبقى على الولاية للأب في حالة الطلاق مع منح الأم الحضانة بعض صلاحيات الولاية بقوة القانون أو كلها بإذن قضائي، مع التركيز أن هذا الحكم يفترض أن يسرى على كل حاضن، وليس على الأم فقط، أما القانون الكويتي فما تزال المرأة في كنفه ممنوعة من النيابة الشرعية عموما، بينما ما يزال الخلاف سائدا في الفقه الإسلامي الذي واكبه المشرع الجزائري إقليلا، وبالمقابل ما تزال مجحفة في بعض جوانبها، كعدم تمتعها بحق الإيضاء على أولادها.

المطلب الثالث:

كفالة المرأة للغير.

لم يفرق المشرع الجزائري في أحكام كفالة الغير بين الرجل والمرأة، غير أن مسألة تمتع المرأة بالكفالة تثير بعض الإشكالات القانونية، سنحاول إثارتها من التركيز عليها أثناء دراسة أحكام كفالة المرأة للغير عموماً.

الفرع الأول: مدى تمتع المرأة بحق الكفالة.

اعتبر المشرع الجزائري الكفالة التزاماً إرادياً شخصياً يقوم به الكافل الذي لم يشترط جنسه ذكراً كان أو أنثى، وإنما استعمل عبارة رأى البعض أنها مبهمة⁽¹⁾، حيث جاء في صياغة المادة 116 ق.أ: "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر، من نفقة وتربية ورعاية، قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي"، حيث شبه الكافل بالأب، مما قد يفهم أنه لا بد أن يكون رجلاً، وكأن الطفل لا يحتاج إلى أسرة بديلة بل إلى أب بديل⁽²⁾، غير أنه يمكن أن يفهم من هذه العبارة أيضاً أنها جاءت شاملة تسري على الجنسين الذكر والأنثى معاً، كما أن المادة 67 من قانون الحالة المدنية، والتي جاء فيها: "يتعين على كل شخص وجد مولوداً حديثاً أن يصرح به إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه، وإذا لم تكن له رغبة بالتكفل بالطفل يجب عليه تسليمه إلى ضابط الحالة المدنية"، يفهم منها أن الكافل يمكن أن يكون رجلاً أو امرأة، متزوجاً أو غير متزوج، كما وبنفس النهج أجاز المشرع انتقال الكفالة للورثة في حالة وفاة الكافل إذا التزموا بها، ولم يحدد أو يشترط جنس الوارث الذي سيصبح كافلاً جديداً، والذي قد

¹ - شمام منير، الإشكالات القانونية المتعلقة بكفالة الطفل في قانون الأسرة والقضاء الجزائري، دفاثر مخبر حقوق الطفل، جامعة وهران - 2 محمد بن أحمد، المجلد 9، العدد الأول، 2018، صص 151-172، ص 155.

² - شمام منير، المرجع والموضع نفسه.

يكون الزوجة بعد وفاة زوجها الكافل إذا التزمت بها⁽¹⁾، أو غيره من الورثة نساء أو رجال متزوجون أو لا، وهو ما ذهب إليه بعض الفقهاء⁽²⁾، كما سيتم الإشارة إليه لاحقاً.

إن عدم الصراحة التي تبناها المشرع الجزائري حيال كفالة المرأة نجدها متبعة في القانون التونسي، حيث أورد عبارة عامة في الفصل الثالث من قانون 27 لسنة 58 سالف الذكر الذي جاء فيه: "...شخص رشيد..."، وهو ما يشمل المرأة والرجل، مما يعني أنه من حقها الكفالة، ولم يشترط زواجها لتمكن من ذلك، كما فعله مع التبني الذي أجازته للمرأة صراحة، ولكنه اشترط الزواج في الفصل التاسع من القانون السابق، والذي جاء فيه: "ينبغي أن يكون المتبني شخصاً رشيداً ذكراً كان أو أنثى متزوجاً..."

نعتقد أنه يجوز للمرأة أن تمارس حق الكفالة، ويستحسن لو نص المشرع الجزائري صراحة على ذلك، حتى يقطع كل مجال للتفسير، لأنها أولى من الرجل في رعاية الطفل وتنشئته وتربيته وإعطائه الحنان والعاطفة التي يحتاجها، فإذا توفرت فيها الشروط القانونية قد تحقق مصلحة الطفل أفضل من الرجل⁽³⁾.

بل أنه حتى لو لم تكن هي التي تقدمت بطلب الكفالة وإنما زوجها، فإن موافقتها لازمة، لأن مرحلة الطفولة تكون دائماً في أحضان المرأة بحكم طبيعتها وفطرتها، لهذا فإن العبا الأكبر في الرعاية يقع عليها⁽⁴⁾.

غير أنه ورغم ما سبق فإن كفالة المرأة لولد قاصر قد يسبب بعض الإشكالات، منها:

- نفقة الولد المكفول في حالة الطلاق، فنفقة الأولاد الشرعيين تقع على عاتق الأب، وإذا حدث الطلاق تبقى على عاتقه، أما في الكفالة إذا كان العقد باسم الزوجة فلا يمكن إلزام المطلق بالنفقة أو بالسكن لممارسة الحضانة، وإنما ينتقل إليها وتكون ملزمة به⁽¹⁾.

¹ - نريمان بن عبد الله، وفاة الكافل وأثارها القانونية، دفاثر مخبر حقوق الطفل، جامعة وهران 2- محمد بن أحمد، المجلد 1، العدد السادس، 2015، ص-ص 249-258، ص 251.

² - الغوتي بن ملح، المرجع السابق، ص 169.

³ - حسيني عزيزة، مصلحة الطفل، أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق - جامعة الجزائر، 2014، ص 60؛ شمام منير، المرجع السابق، ص 156.

⁴ - حسيني عزيزة، المرجع نفسه، ص 60.

- إذا كفلت المرأة ولدا باسمها ثم تزوجت، فإن الغموض يثور بشأن صفة زوجها بالنسبة للمكفول، خاصة أمام الجهات الإدارية وبالخصوص في الأمور المستعجلة⁽²⁾، ونفس الحال بالنسبة لمركز زوجة الرجل الذي كفل ولدا ثم تزوج.

- حق الزيارة في حالة الطلاق، فإذا حدث الطلاق فإن المكفول يسند إلى كافلة، ولا حقوق للطرف الآخر لانعدام أي صفة له تجاهه، وهو ما يؤثر سلبا على التوازن النفسي للطفل، وعلى الطرف غير الكافل بحكم الرابطة العاطفية التي نشأت بينهما، خاصة بالنسبة للمرأة، حيث أنها تكون أقرب للولد المكفول⁽³⁾.

يتعين على المشرع الجزائري إيجاد حلول مناسبة للإشكالات السابقة، وذلك حماية لمصلحة المكفول التي يسعى دوما لتحقيقها، أهمها أن تكون الكفالة باسم الزوجين في حالة الزواج، وتطبيق أحكام الحضانة بشأنها، وما يتمتع به القاضي من سلطة تقديرية واسعة في منحها لمن يحقق مصلحة المكفول من الأبوين.

الفرع الثاني: شروط المرأة الكافلة.

سبق أن تطرقنا إلى شروط الكفالة المتعلقة بالمكفول وبعقد الكفالة وأرجأنا شروط الكافل إلى هذا الموضع، لأنه الأنسب وفق منهجية البحث، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أولاً- الشروط الواردة في القانون.

ذكر المشرع الجزائري في المادة 118 ق.أ صراحة الشروط الواجب توفرها في الكافل، حيث جاء فيها: "يشترط أن يكون الكافل مسلما، عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته"، وهي تسري على المرأة والرجل على حد سواء، لأن النص جاء عاما، ومنه يشترط في الكافل:

¹- شمام منير، المرجع السابق، ص 164.

²- شمام منير، المرجع نفسه، ص 165-166.

³- شمام منير، المرجع نفسه، ص 163.

1- أن يكون مسلماً: وسبب ذلك أن الكافل سيمارس الولاية على نفس المكفول، ويتولى كل أموره، مما يستلزم شخصاً أميناً وصادقاً ومسؤولاً والمسلم كذلك، ولديه يكون المكفول في مأمّن من كل ما قد يتعرض له من ضرر⁽¹⁾.

2- أن يكون كامل الأهلية وعاقلاً: بما أن الكفالة عقد وتصرف قانوني، فإنه لا بد أن يكون الكافل متمتعاً بالأهلية الكاملة، بالغا راشداً غير محجور عليه لأي سبب من الأسباب، لأن غير مكتمل الأهلية لا يمكنه التكفل بشؤونه الشخصية أصلاً، فلا يمكنه أن يتكفل بشؤون غيره.

3- أن يكون قادراً، بمعنى أن يتمتع بالقدرة الجسدية والمادية والمعنوية لرعاية المكفول وتوفير كل ما يحتاجه لنمو سليم من كل النواحي:

أ- فالقدرة الجسدية: مفادها ألا يكون الكافل مصاباً في جسده بما يعيقه عن تقديم الرعاية للمكفول على أكمل وجه، كالمصاب بعاهتين مما يعيق تواصله مع المكفول بسهولة.

ب- أما القدرة المادية: فمفادها القدرة على توفير حاجيات ونفقات المكفول الضرورية والكمالية، لهذا يشترط أن يكون الكافل موسراً وله دخل مضمون⁽²⁾، وعملياً يطلب القضاة من طالبي الكفالة تقديم كشف الراتب الشهري للتحقق من هذه القدرة، وإلا رفض الطالب مراعاة لمصلحة الطفل.

ج- بينما القدرة المعنوية: فيقصد بها القدرة على التربية والتعليم والتأديب والحفظ وتقويم السلوك، ويخضع هذا الجانب إلى المراقبة المستمرة من طرف الجهات المختصة، خاصة ما يتعلق بالتعليم⁽³⁾.

كما أنه من الناحية العملية، يشترط أن يكون الطفل في وسط عائلي متكون من أب وأم حتى يشعر بدفء العائلة التي حرم منها، وحتى ينشأ كطفل عادي في ظروف عادية.

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري (وفق أحدث التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص 422.

² - بوزيد خالد، الكفالة نظام لحماية الأطفال في التشريع الجزائري، مجلة قانون العمل والتشغيل، جامعة عبد الحميد بن باديس-مستغانم، المجلد 2، العدد 2، 2017، ص-ص 251-262، ص 254.

³ - بوزيد خالد، المرجع نفسه، ص 254.

إن المشرع التونسي لم يذكر كل هذه الشروط مكتفيا في الفصل الثالث من قانون 27 لسنة 1958 سالف الذكر بضرورة أن يكون الكافل رشيدا ومتمتعا بحقوقه المدنية.

ثانيا- الشروط غير الواردة في القانون: هناك شروط أخرى لم يتناولها المشرع الجزائري، وتتمثل فيما يلي:

1- فارق السن بين الكافل والمكفول: بالرجوع للأحكام المتعلقة بالكفالة في قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية لا نجد نصا قانونيا يتطرق لفارق السن بين لكافل والمكفول، أو لسن أدنى لا يستطيع الكافل دونه ممارسة الكفالة، وهو ما قد ينجم عليه وضعا غير منطقي، فلو فرضنا أن طالب الكفالة متزوج بترخيص من القاضي قبل السن القانوني بالزواج، ويوم تقديم الطالب بلغ سن 19 سنة، والمكفول كان سنه آنذاك 17 سنة، وهو أمر غير مقبول منطقيا، لأن المكفول في حاجة إلى أب كافل وأسرته كافلة لا إلى أخ أو صديق⁽¹⁾.

نعتقد أن هذه المسألة تركت للسلطة التقديرية للقاضي الذي يتعين عليه قبول السن وفق ما تتطلبه مصلحة المكفول، وإن كنا نفضل لو أنه تناولها.

2- أن يكون أمينا حسن التصرف: يشترط في الكافل أن يكون أمينا على مصالح المكفول المادية إذا كان له أموال، ومعنوية في الرعاية الحسنة والمعاملة الطيبة، وأن يكون حسن التصرف فلا يضر الكافل أو مصالحه بسوء تصرفاته.

3- مدى اشتراط زواج الكافل: لم يشترط المشرع الجزائري زواج طالب الكفالة، وإنما أورد عبارات عامة تفيد بعدم اشتراطه، سواء في قانون الأسرة أو قانون الحالة المدنية، غير أنه عمليا وعلى مستوى مديرية النشاط الاجتماعي طالب الكفالة ملزم بإرفاق الملف بشهادة عقد الزواج، وهذا الذي يثبت مراعاة مصلحة الطفل من طرف القاضي لكون الغاية من الكفالة نشأة الطفل في أسرة وعائلة كان يفتقر إليها سابقا.

¹- شمام منير، المرجع السابق، ص 156-157.

ونفس الوضع نجده في القانون التونسي الذي استعمل عبارات عامة تفيد أي شخص ولو لم يكن متزوجا، وهو عكس مذهبه في التبني حيث اشترط زواج المتبني رجلا كان أو أنثى⁽¹⁾. إن اشتراط زواج الكافل يثير بعض الإشكالات، خاصة تلك المتعلقة بالطلاق، لأنه في حالة الوفاة أقر المشرع انتقال الكفالة على النحو الذي سيتم بيانه لاحقا، أما حالة الطلاق فلم يتناولها مما ينجم عنه بعض الإشكالات، أهمها تلك المتعلقة بـ:

- **الحضانة**، حيث يجد القاضي صعوبة في إسناد حضانة الولد المكفول، لعدم تنظيم المشرع لهذه الحالة عكس الأولاد الصليبيين، مما يفرض عليه إسناد الحضانة للأب إذا كان هو الكافل أو للأم إذا كانت هي الكافلة، وذلك دون احترام الترتيب الوارد في قانون الأسرة، لعدم قدرة الطرف غير الكافل على إثبات الصفة القانونية لتولي الحضانة إلا الرابطة العاطفية بينه وبين المكفول، والتي تبقى غير كافية رغم قوتها المكفول⁽²⁾، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 0613481 المؤرخ في 2012/3/10، والذي أقرت فيه عدم سريان آثار الطلاق من حضانة ونفقة على الطفل المكفول الذي يعيش مع مطلقة الزوج الكافل⁽³⁾.

- **الزيارة**، يعتبر حق الزيارة من أهم الحقوق المترتبة عن الطلاق، وهو ثابت للطرف غير الحاضن، إلا أنه في الكفالة لم يتناول المشرع الجزائري هذه المسألة، مما يجعل القاضي غير قادر على منح حق الزيارة لطليق الكافل لانعدام الصفة القانونية، وهو ما يؤثر سلبا على نفسية المكفول وطليق الكافل على اعتبار الرابطة العاطفية الناشئة بينهم.

يفضل لو أن المشرع الجزائري أقر هذا الحق لطليق الكافل الذي يطلبه صراحة مع منح سلطة تقديرية للقاضي مقيدة بمراعاة مصلحة المكفول⁽⁴⁾.

4- موافقة الزوجين طالبي الكفالة، لقد أغفل المشرع الجزائري هذه المسألة رغم أهميتها في

تنشئة الولد المكفول، وتحقيق الغرض المطلوب من الكفالة، فرضا طالب الكفال لا يعني دائما

¹ - موقع دعم حقوق المرأة والطفل من خلال تكنولوجيا المعلومات في تونس. wrcati.cowtar.org.

² - شمام منير، المرجع السابق، ص 160-161.

³ - المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، السنة 2012، ص 290.

⁴ - شمام منير، المرجع السابق، ص 162-163.

موافقة الطرف الآخر، لهذا يفضل اشتراطها، وأن تكون الموافقة صريحة وبحضور الزوجين أمام القاضي.

إن كل هذه الشروط سكت عليها المشرع الجزائري، ولم ينص عليها في قانون الأسرة تاركا غموضا كبيرا في مجال الكفالة، خاصة فيما يتعلق بشروط الكافل، فالمشرع نص في المادة 118 على الشروط السابقة فقط، وهي الإسلام والعقل والقدرة، كما أنه لم يتعمق فيها، بينما على مستوى مديرية المساعدة الاجتماعية تشترط شروطا أخرى إضافية، هي:

- الحد الأعلى هو 60 سنة بالنسبة للرجل و55 سنة للمرأة .
 - دخل الطالبين الكفالة يتعدى الحد الأدنى للأجر بعد طرح كل الأعباء الشهرية.
 - أن يكونا طالبي الكفالة زوجان.
 - أن يكون لهما منزلا لائقا، ويمكنهما إثبات ذلك عن طريق وصل للكرام، وتقرير المختصة الاجتماعية التي زارت المنزل.
 - أن يكون لهما دخل مستقر.
 - إثبات عدم إصابتهما بأمراض.
 - الخضوع لإجراءات الفحص النفسي والاجتماعي من طرف الهيئات المختصة.
- وهي في الحقيقة شروط تعزز الحرص على المكفول، وضمان توفير أكثر حماية له.

الفرع الثالث: التزامات المرأة الكافلة وحقوقها.

لا تختص المرأة الكافلة بحقوق والتزامات خاصة بها، ولكن تنطبق عليها الأحكام العامة الواردة في القانون⁽¹⁾، سواء في المادة 116 ق.أ. سألقة الذكر أو في المواد 121-123 ق.أ.⁽²⁾، والتي تتمثل في ما يلي:

أولاً- التزامات المرأة الكافلة: بمجرد انعقاد الكفالة تصبح المرأة الكافلة ولية شرعية للولد المكفول بقوة القانون، وهو ما يرتب عليها التزامات تتعلق بالولاية على نفس ومال المكفول، بالإضافة إلى ما تفرضه طبيعة الكفالة ذاتها:

¹- أورد المشرع عبارة الكافل وهو لفظ عام يشمل المرأة والرجل.

²- جاء فيها: المادة 121: "تحول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع به الولد الأصلي"، والمادة 122: " يدير الكافل أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث، والوصية، أو الهبة لصالح الولد المكفول"، أما المادة 123 فقد نصت على: "يجوز للكافل أن يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك، بطل ما زاد عن الثلث إلا إذا أجازته الورثة".

1- حفظ نفس المكفول والعناية به: تتمتع الكافلة حسب ما سبق بولاية متعدية تنصب على

نفس المكفول، وتقتضي القيام بشؤونه، وتكون بتوفير الرعاية والعناية والنفقة اللازمة.

أ- تربية المكفول والعناية به: أي تلقين الطفل المكفول قواعد السلوكيات الصحيحة، والأخلاق

الحميدة، ومنعه من القيام بالأعمال غير اللائقة، وحمايته من كل ما يضره، وتوجيهه في كل مراحل حياته، والتكفل بكل الجوانب الحياتية المتعلقة به، وذلك بتتبع الحالة الصحية والسلامة الجسدية والعقلية والنفسية له، وكذلك بتعليمه وتمكينه من اكتساب مختلف المعارف المفيدة له، والتي تهدف إلى جعله فردا صالحا مفيدا في المجتمع، ويتسنى له التكفل بنفسه مستقبلا⁽¹⁾.

وتلتزم بتعويض كل ضرر أصاب الغير بفعل المكفول وفق المادة 134 ق.م⁽²⁾، ما لم تثبت انتفاء العلاقة السببية بين فعل المكفول والضرر، أو أنها قد بذلت العناية اللازمة، وأن الضرر كان واقع لا محالة، ولا يسري هذا الحكم عليه إذا كان قاصرا مميزا وله ذمة مالية، حيث يكون مسؤولا عن أفعاله المضرة بالغير، وذلك حسب القواعد العامة.

ب- النفقة: وهي من أهم الالتزامات المفروضة على الكافل بموجب عقد الكفالة، وما قضت به

المادة 116 ق.أ بنصها: "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية..."، ويكون تماما كالتزام الأب بالنفقة على ولده حسب المادة 116 ق.أ، ويطبق عليه الأحكام العامة للنفقة الواردة في قانون الأسرة، حيث تستمر إلى غاية بلوغه سن الرشد إن كان ذكرا، وإن كان عاجزا بأفة عقلية أو بدنية أو مزاولا لدراسته حسب المادة 75 ق.أ.ج فتمتد لغاية الإستغناء عنها بالكسب، أما الأنثى فتستمر لغاية الدخول بها، وتشمل الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف أو العادة.

2- إدارة أموال المكفول: يلتزم الكافل حسب المادة 122 ق.أ.ج بإدارة أموال المكفول إن

وجدت، والتي يكتسبها من الإرث من ورثته إذا كان معلوم النسب، من أو الوصية أو الهبة من الكافل ذاته أو من غيره، ويكون ذلك وفق أحكام الولاية على أموال القاصر على اعتبار أن

¹ - بن غريب رابع، المرجع السابق، ص 12.

² - جاء فيها: " كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة للرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار".

الكفالة تخول له الولاية القانونية، فيتعين الرجوع إلى أحكام ولاية المرأة على الغير، وتطبيق أحكامها، سواء من حيث السلطات والحقوق التي تتمتع بها أو الالتزامات التي يتعين عليها القيام بها، والعناية التي يتوجب عليها بذلها، وكذلك عن المسؤولية في حالة ارتكابها ما يستوجب قيامها، وهي مسائل تم التطرق إليها كاملة عند دراسة أحكام المرأة الولية.

يتعين على الكافل أن يستمر في إدارة أموال المكفول على النحو السابق لغاية بلوغه سن الرشد ومزاولته لأعماله وإدارة أمواله شخصيا، غير أنه يثور التساؤل عن إمكانية ترشيد القاصر المكفول ذكرا كان أو أنثى، كليا أو جزئيا، سواء حسب المادة 84 ق.أ؟
نعنقد أنه لا مانع من ذلك، بل أنه قد يكون مفيدا له أكثر من غيره، بحكم أن التزامات الكافل تنتهي بانتهاء الكفالة.

3- عدم تلقي أجر مقابل الكفالة: إن اعتبار الكفالة عقد تبرعي لا يكون بمقابل مادي يفرض على الكافل ألا يتلقى أي أجر مقابله، ومن أية جهة كانت، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، أو كانت معلنة أو غير معلنة⁽¹⁾.

ثانيا - حقوق وسلطات المرأة الكافلة.

أما الحقوق والسلطات المقررة بموجب عقد الكفالة، فتتمثل فيما يلي:

1- انتقال المكفول إليها: إن ثبوت الكفالة للكافلة يقتضي تسليمه له من طرف أبويه أو الحي منهما، أو المؤسسة التي كانت ترعاه، وذلك دون أية عوائق أو صعوبات، وتمكينها من ممارسة كفالتها بهدوء، غير أنه ورغم أهمية هذه الخطوة إلا أن المشرع الجزائري لم يولها الاهتمام الكافي والعناية اللازمة، وكان من المفروض أن يفرض اتمامها بموجب إجراءات محددة تضمن تسليم أمن للمكفول، كتحضير محضر رسمي بالتسليم، وحضور النيابة العامة إلى جانب أطراف الكفالة.

2- قبض المنح العائلية والدراسية: أجازت المادة 121 ق.أ للكافل قبض جميع المنح العائلية والدراسية الممنوحة له بعد إثباته أن القاصر تحت ولايته ومسؤولية، وأنه ويقوم برعايته، وذلك بتقديم شهادة عائلية تثبت ذلك.

¹ - بن غريب رابع، المرجع السابق، ص 10.

ولا يقصد بقبض المنح من طرف الكافل أن يستفيد بها هو، أو أن يستغلها لمصلحته الشخصية، وإنما يجب عليه تخصيصها لمستلزمات القاصر واحتياجاته⁽¹⁾.

3- حق التبرع للمكفول: إن منع المكفول من وراثته الكافلة قد يدفعها إلى منحها أموالها كلها أو بعضها على أساس التبرع، وذلك نظرا للرابطة القوية التي تربطها به، وخوفها من استحواذ وراثتها على التركة فيما لا يؤول إليه أي شيء، ولهذا تدخل المشرع وحاول الموازنة بين حقوق الكافل والمكفول والورثة، حيث أجاز في المادة 123 سالفه الذكر التبرع للمكفول ذكرا كان أو أنثى، وقيده بثلاث التركة، لا يجوز تجاوزها إلا إذا أجازته الورثة.

يلاحظ أن المشرع الجزائري سوى بين الوصية والهبة، فيما أحكامهما مختلفة:

- فبينما نجد الوصية تتماشى مع هذه الأحكام، حيث أنه يجوز الوصية في حدود الثلث، وما زاد عنه خاضع لإجازة الورثة.

- نجد الهبة تتعارض معها، لأنه وحسب المادة 205 ق.أ يجوز للشخص هبة كل ممتلكاته أو جزء منها، أو منفعة أو دينا لدى الغير، دون أية قيود لقيمة المال الموهوب، أو إخضاعها لإجازة الورثة، وهو ما ناقضه المشرع بتقييد قيمة التبرع بثلاث المال مهما كانت طبيعته.

4- الحق في منح لقبها للمكفول: يحق للمرأة الكافلة تماما مثل الرجل الكافل منح لقبها للمكفول، وذلك وفق الأحكام التي سبق دراستها، وذلك حيث أن المشرع لم يفرق بين المرأة والرجل في أحكام منح اللقب، غير أنه في حالة المرأة الكافلة قد يبدو بدون جدوى، لأن الهدف من منح لقب الطفل المكفول لحمايته من الأضرار التي قد تلحقه خاصة النفسية منها جراء اختلاف لقبه عن يعتبره والده، خاصة إذا كان المكفول لم يعلم بعد بالكفالة لصغر سنه، غير أن مسألة اختلاف لقب الولد عن لقب أمه عادية جدا، ولا توحى بأن الطفل مكفول مما قد يسبب له من أذى طرف محيط الإجتماعي.

¹- بن غريب رابع، المرجع السابق، ص 16.

الفصل الثاني:
المركز القانوني للمرأة في
أحكام الميراث.

الفصل الثاني:

المركز القانوني للمرأة في أحكام الميراث.

إن موضوع الميراث يعد من أهم المواضيع التي أثارت وما زالت تثير جدلا كبيرا من طرف بعض الأطراف المغرضة التي استغلت الشبهات القاصرة، والأدلة الناقصة التي اتخذوها سندا لترويج ادعاءاتهم الهادفة إلى ضرب القيم الثابتة السائدة في المجتمع الجزائري المسلم، بدعوى عدم وجود عدالة في نظام الميراث في الشريعة الإسلامية التي قامت بتفضيل الرجل على المرأة وعدم المساواة بينهما، والتي تبنى أحكامه منها المشرع الجزائري في المواد 126-183 من تقنين الأسرة، وكذا التونسي في الفصول 85-152 م.أ.ش، والكويتي في المواد 288-294 ق.أ.ش.

غير أن هذه الانتقادات غير صحيحة، لأن القرآن الكريم وضع نظاما إعجازيا للميراث اهتم فيه بحق المرأة بعد أن كانت محرومة منه، وجعل لها مركزا متوازنا وفق اعتبارات محددة، قد تستدعي أن يكون نصيبها يفوق نصيب الرجل أو يساويه أو يقل عنه، وهو ما سنحاول تبينه في المبحثين التاليين:

-الأول نتناول فيه حق المرأة في الميراث.

-والثاني ندرس فيه اختلاف نصيب المرأة على الرجل.

المبحث الأول:

حقوق المرأة في الميراث.

لم تهضم الشريعة الإسلامية ولا القانون الجزائري حقوق المرأة في الميراث، بل كفلتها لها في كل أحكامه، سواء بمنحها هذا الحق أصلاً وعدم حرمانها منه، وقدرتها على حجب غيرها من الميراث، وتنزيل أولادها في حالة وفاتها قبل وفاة مورثها، وغيرها من الحقوق التي سنتناولها في المطالب الآتية.

المطلب الأول:

حق المرأة في وراثتها وتوريث غيرها

لقد حفظ القرآن الكريم للمرأة حقها في الميراث، سواء بالفرض أو بالتعصيب، وحتى في الحجب، حيث أعطاه حق حجب غيرها كما يملك غيرها حجبها.

الفرع الأول: وراثتها وتوريث المرأة بالفرض والتعصيب.

حفظت الشريعة ومن وراءها القانون حق المرأة في الميراث ضمن نظام رباني عظيم معجز، بين من خلاله حق المرأة مهما كانت صفتها (أما أو بنتاً أو أختاً أو زوجة) في وراثتها وتوريث غيرها، وذلك من لحظة ميلادها إلى غاية وفاتها، وهو ما سنتناوله في هذا الفرع.

أولاً- حق المرأة في وراثتها غيرها:

لقد كانت المرأة محرومة من الميراث في أغلب الأنظمة القديمة، سواء كانت أما أو بنتاً أو زوجة، وإن ورثت ففي حالة انعدام الذكر للمورث.

فاليهود الذين يقدسون المال، ويتمسكون به ويمنعون تسريه إلى خارج الأسرة، كانوا يحرمون البنت من الميراث إذا كان للميت ولد ذكر، وكانوا يمنعون الأم والزوجة والأخت من الميراث، فإذا مات الأب وترك ذكورا وإناثا كانت التركة من حق الذكور، وللبنات حق النفقة حتى الزواج أو سن البلوغ، فإن لم يوجد يجعلون للبنت حظاً، على أن تتزوج من رجل من بين أفراد الأسرة حتى لا يؤول الميراث إلى أجنبي، أما الزوجة فلا ترث زوجها، ولكن لها الحق في أن تعيش من تركته، بل أن المرأة التي يموت زوجها تعتبر جزء من ميراث أخيه يتزوجها وإن كانت

كارهة، جاعلين منها مجرد مال أو حيوان يرثه أهل المتوفى مع حرمتهم المطلقة في التصرف فيه.

أما عند المسيحيين فتعتبر المرأة جسماً نجساً وخطيئة ملعونة والابتعاد عنها حسنة واليد التي تلمسها نجاسة لا تطهر أبداً، إلا أن الإنجيل لم يتعرض للميراث لذلك اتبعوا نفس النظام المعمول به في شريعة اليهود، وما ورد في الشرائع القديمة.

وقد كان العرب قبل الإسلام كذلك، حيث سلبوا منها حق الإرث لاعتبارها عنصراً سلبياً في المجتمع، لأنها لا تحمل السلاح ولا تجلب الغنائم، بينما كانوا أمة تعيش على الحروب والغنائم، فكان الميراث عندهم مقصوراً على الرجال والأطفال، فلو مات الرجل تاركاً إناثاً فقط لانتقل ماله إلى أقرب رجل منه⁽¹⁾.

غير أن مجيء الإسلام أزال هذه العادات والتقاليد المظلمة، وأعطى للمرأة حقها كامل، وهو ما تبناه المشرع الجزائري وكذا التونسي والكويتي.

1- أدلة حق المرأة في الميراث: لقد ثبت حق المرأة في الميراث من القانون والقرآن والسنة والإجماع:

- **من القانون:** لقد تناولت مختلف نصوص قانون الأسرة الجزائري حق المرأة في الميراث، كالمادة 142 منه التي حددت أصحاب الفروض من النساء، والمواد 155-157 التي العصابات من النساء وغيرها، وكذلك القانون التونسي الذي حدد الورثة في الفصل 90 م.أ.ش ثم حدد نصيب كل واحدة بالفرض أو التعصيب في مختلف النصوص اللاحقة، وهو تماماً ما تبناه المشرع الكويتي الذي حدد أصحاب الفروض ومنهم النساء في المادة 296 ق.أ.ش، والمادتين 307-308 من نفس القانون، وغيرها من النصوص التي حددت أنصبة المرأة في مختلف الحالات.

¹ - العشي نواره، مقابلة بين مركز المرأة ومركز الرجل في الميراث، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر-كلية الحقوق، المجلد 45، العدد الثالث، سنة 2008، صص 57-76، ص 58؛ ورود عادل إبراهيم عورتاني، أحكام ميراث المرأة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة النجاح بنابلس، إشراف محمد علي الصليبي، فلسطين، 2010، ص 10.

- من القرآن: لقد أعطى القرآن الكريم للمرأة حق الميراث، واهتم بتحديد نصيبها اهتماما كبيرا في مختلف الآيات القرآنية، منها قوله تعالى:

- "لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ ۚ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا"⁽¹⁾، توجب هذه الآيات إعطاء كل وارث حقه في مال مورثه من الوالدين والأقربين، من غير تفرقة بين الذكور والإناث، والصغار والكبار، سواء أكان المال المتروك بعد الوفاة للمورث قليلا أم كثيرا.

- "يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفَعًا فَرِيضَةً مِنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا (11) وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلِكُمُ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورِثُ كَاللَّاءِ أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ (12)"⁽²⁾.

- "يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ ۚ إِنْ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ۚ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ ۚ فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ ۚ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ۚ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا ۚ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ"⁽³⁾.

- من السنة: لقد رويت عدة أحاديث عن رسول الله ﷺ تدل على حق المرأة في الميراث،

منها:

¹- الآية 7 من سورة النساء.

²- الآيتان 11 و 12 من سورة النساء.

³- الآية 176 من سورة النساء.

- روى سعد بن أبي وقاص أنه قال: "مرضت بمكة مرضاً، فأشفيت منه على الموت، فأتاني النبي يعودني، فقل: يا رسول الله، إن لي مالا كثيراً، ولي يرثني إلا ابنتي، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: لا، قال: قلت: فاشطر؟ قلت: الثلث؟ قال: الثلث كبير، إنك إن تركت ولدك أغنياء خير من أن تتركهم عالة يتكففون الناس، وإنك لن تنفق نفقة إلا أجرت عليها، حتاللقمة ترفعها في فم امرأتك..."⁽¹⁾.

- روي أن أبا موسى الأشعري سئل عن ابنة وابنة ابن وأخت، فقال: للبنت النصف، وللأخت النصف، فسئل ابن مسعود عن ذلك، فقال: "لقد ضللت إذا وما أنا من المهتدين، أقضي فيها بما قضى النبي ﷺ: للبنت النصف، ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين، وللأخت الباقي، فلما سمع أبو موسى قال: لا تسألوني مادام هذا الحبر بينكم"⁽²⁾.

- من الإجماع: أجمع الفقهاء المسلمون على:

- توريث بنت الابن مهما نزلت.

- توريث الأخت لأب مقام الأخت الشقيقة في حالة انعدامها أو منحها السدس تكملة الثلثين في حالة انفرادها⁽³⁾.

2- أنصبه المرأة في الميراث: إن اهتمام الشريعة الإسلامية بنصيب المرأة في الميراث كان كبيراً، حيث حدده الكتاب والسنة، وجعل معظم أصحاب الفروض من النساء، فتأخذ المرأة نصيبها بقوة الفرض وحتى قبل أصحاب العصبات الذين هم في الغالب رجال، ومن الإعجاز القرآني أن كانت نسبة ميراث كل من المرأة والرجل بالفرض تمثل معادلة توافقية غريبة مع نسبة كل منهما بالتصعيب⁽⁴⁾، وهو ما سنكتشفه تالياً.

أ- ميراث المرأة بالفرض: الفرض لغة هو "كل شيء تفرضه فتوجبه على إنسان بقدر معلوم"⁽⁵⁾، أما اصطلاحاً فهو "السهم المقدر شرعاً للوارث بالكتاب والسنة وبالإجماع"⁽⁶⁾.

¹ - البخاري، المصدر السابق، حديث رقم 6733، ص 1363.

² - البخاري، المصدر نفسه، حديث رقم 6736، ص 1363-1364.

³ - ورود عادل إبراهيم عورتاني، المرجع السابق، ص 21.

⁴ - العشي نواره، المرجع السابق، ص 61.

⁵ - سعيد بويزري، أحكام الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، دار الأمل، الجزائر، 2007، ص 29.

⁶ - سعيد بويزري، المرجع السابق، ص 29.

والأسهم عبارة عن كسور قابلة للتجزئة والمضاعفة، والفروض الواردة في القرآن الكريم والقانون في المادة 143 ق.أ.ج ستة هي: $1/2$ ، $2/3$ ، $3/1$ ، $6/1$ ، $2/1$ ، $4/1$ ، $8/1$ ، وهي كسور عادية فيها انتظام وترتيب، فالثلثان ضعف الثلث، والثلث ضعف السدس، كذلك النصف ضعف الربع، والربع ضعف الثمن، فهما إذن مجموعتان كل مجموعة منهما تضم فروضا متساوية في العدد، كل ثلاثة فروض تشكل فيما بينهما متوالية هندسية.

ونجد من الفروض ما هو فردي يختص به شخص واحد، كفرض النصف للبت، وما هو جماعي يختص به شخصين فأكثر، كفرض الثلثين للبنات، فالبت وحدها تأخذ النصف، فإن وجدت اثنتين أو أكثر كان لهن الثلثين.

تتأثر كل الفروض السابقة بالفرع الوارث، حيث تنقص بوجوده وتزداد بغيابه، فالأم مثلا لها الثلث إن لم يكن للميت ولد، والسدس إن كان له ولد، كذلك الزوجة لها الربع إذا لم يكن للميت ولد، فإن كان له فرع وارث كان لها الثمن.

ويلاحظ أن أكثر أصحاب الفروض هم الإناث، وهن: البنات وبنات الابن مهما نزل، الأمهات مهما عليهن، الزوجات، الأخوات شقيقات أو لأب أو لأم، وقد ورد ذكرهن في المادة 142 ق.أ.

وما يميز أصحاب الفروض أنهم يرثون أولا فإذا بقي شيء بعدهم ذهب إلى أصحاب العصبية الذين قد تستهلك كل التركة ولا يبقى لهم شيئا⁽¹⁾. وفيما يلي عرض أصحاب الفروض من النساء:

أ.1- ميراث الزوجة أو الزوجات: قال تعالى: "وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وُلْدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وُلْدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ مِّنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ"، وهو ما تنبأه المشرع الجزائري في المادتين 2/145 و 1/146 ق.أ، والمشرع الكويتي في المادة 299/ب ق.أ.ش، والمشرع التونسي في الفصلين 94-95 م.أ.ش.

لقد تبين أنه للزوجة فرضيين، هما:

- فرض الربع ($4/1$) إذا لم يكن للزوج فرع وارث.
- فرض الثمن ($8/1$) إذا كان للزوج فرع وارث.

¹ - وقد تأتي الفروض على التركة كلها فلا يبقى منها شيء، فتسمى الفريضة هنا "عادلة"، أو يتبقى منها شيء فتسمى "رذية" أو "قاصرة"، أو تنوء بهم فتسمى "عائلة".

إن الزوجة ترث بمجرد إبرام عقد الزواج الصحيح حتى لو لم يتم الدخول، وكذلك المطلقة طلاقا رجعيا فإنها ترث من زوجها إذا مات قبل انتهاء عدتها، سواء طلقها في الصحة أو المرض، وهذا باتفاق الأئمة، أما إذا كان الطلاق بائنا فلا ترث إلا إذا طلقها في مرض الموت فرارا من توريثها معاملة له بنقيض مقصوده، وحتى لو تزوجت أزواجا غيره حسب ما ذهب إليه المالكية، وهو ما تبناه المشرع الكويتي في المادة 299 سالفه الذكر، فيما اشترط الحابلة عدم زواجها من غيره، أما الحنفية فقالوا بميراثها ما دامت في العدة، في حين قال الشافعية بعدم توريث المطلقة بائنا مطلقا دونما تفريق بين صحة المطلق أو مرضه⁽¹⁾.

أ.2- ميراث البنت الصلبية: ترث البنت بفرضين، هما :

- النصف (1/2) عند الانفراد وعدم وجود معصب لها، وذلك حسب المادة 2/144 ق.أ.ج، والفصل 93 م.أ.ش.ت، وكذا المادة 307 ق.أ.ش.ك.

- الثلثين (2/3) عند التعدد وعدم وجود معصب لهن، وهو ما نصت عليه المادة 1/147 ق.أ.ج، والفصل 96 م.أ.ش.ت، والمادة 307 ق.أ.ش.ك سالفه الذكر.

أخذ فرض البنت من قوله تعالى: " يُوَصِّيْكُمْ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثًا مِمَّا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ"⁽²⁾، وقد برره البعض كونها تأخذ النصف، لأنها ترث نصف أخيها (الابن)، والذي لو وجد منفردا لأخذ كل التركة، فتأخذ هي لو انفردت نصفه⁽³⁾، وكذلك لو وجدت أخت مع أخيها المعصب لأخذت الثلث، فتأخذ الثلث لو انفردت، ونفس الحكم لو وجدت أخت أخرى فلا تظلم ولا ينتقص من ثلثها، فتمنح أيضا الثلث، فيكون فرضهما الثلثين⁽⁴⁾.

أ.3- ميراث بنت الابن: إن دليل ميراثها نفس دليل ميراث البنت، لأنه إذا لم يكن للميت بنت صلبية نزلت بنت الابن منزلتها، غير أنها تحجب بوجود الابن لأنه الأقرب إلى الميت، فهي تدخل باسم الأولاد دخولا مجازيا لا حقيقيا، وتأخذ:

¹ - مسعود الهاللي، أحكام التركات والموارث في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008 م- 1429 هـ، ص 65-66.

² - الآية 11 من سورة النساء.

³ - أبو نصر محمد عبد الله الإمام، إعلام النبلاء بأحكام ميراث النساء، الطبعة الأولى، المتخصص للطباعة والنشر، صنعاء-اليمن، 1425هـ/2004م، ص 59.

⁴ - أبو نصر محمد عبد الله الإمام، المرجع نفسه، ص 56.

- الثلثين (2/3) عند التعدد وعدم وجود معصب لهن حسب المادة 2/147 ق.أ.ج ، والفصل 2/96 م.أ.ش.ت.

- النصف (1/2) عند الانفراد وعدم وجود معصب لها، وعدم وجود البنت الصلبية وعدم وجود بنت ابن أعلى درجة منها حسب المادة 3/144 ق.أ.ج، والفصل 3/93 م.أ.ش.ت.

- السدس (1/6) للواحدة فأكثر إذا وجدت مع البنت الصلبية الواحدة مع عدم وجود معصب لها في درجتها، حيث تأخذ السدس تكملة للثلثين المادة 5/149 ق.أ.ج، والفصل 3/98 م.أ.ش.ت، وقد نصت المادة 307 ق.أ.ش الكويتي على كل الفروض السابقة لبنات الابن.

4- ميراث الأخوات: وتشمل الأخوات الشقيقات الأخوات لأب والأخوات لأم.

- **الأخت الشقيقة:** قال تعالى: "يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنَّ امْرُؤًا هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا النُّثْلَانِ مِمَّا تَرَكَ"⁽¹⁾ وقد بينت هذه الآية أن الأخت الشقيقة لها فرضين، هما:

- النصف (1/2) للواحدة إذا لم يكن معها أصل مذكر وفرع وارث مطلقا ولا إخوة أشقاء ولا جد حسب المادة 4/144 ق.أ.ج، والفصل 93 م.أ.ش.ت.

- الثلثين (2/3) عند التعدد وانعدام المعصب والحاجب، وفقا للمادة 3/147 ق.أ.ج، والفصل 2/96 م.أ.ش.ت.

- أن تشترك في الميراث مع الإخوة والأخوات الأشقاء أو لأم في المسألة المشتركة، حيث تتقاسم الثلث معهم بالتساوي.

- **الأخت لأب:** هي كل أنثى تدلي إلى الميت بجهة الأب، ودليل ميراثها نفس دليل ميراث الأخت الشقيقة، حيث تأخذ:

- النصف (1/2) للواحدة إذا لم يكن معها أصل مذكر أو فرع وارث مطلقا ولا إخوة أو أخوات أشقاء ولا جد، المادة 5/144 ق.أ.ج، والفصل 93 م.أ.ش.ت.

- الثلثين (2/3) عند التعدد وانعدام المعصب والحاجب حسب المادة 4/147 ق.أ.ج ، والفصل 2/96 م.أ.ش.ت.

¹- الآية 176 من سورة النساء.

- السدس (1/6) مع الأخت الشقيقة الواحدة تكملة للثلاثين في حالة عدم وجود المعصب والحاجب وفقا المادة 6/149 ق.أ.ج، والفصل 3/98 م.أ.ش.ت.

- الأخت أو الأخوات لأم: وهي التي شاركت المورث في أمه دون أبيه، أي التي تدلي إلى الميت بجهة واحدة وهي الأم⁽¹⁾، ولا ترث إلا كلاله، ودليل ميراثها قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾⁽²⁾.

وقد بينت هذه الآية فرضين لها:

- السدس (1/6) إن كانت واحدة حسب المادة 7/149 ق.أ.ج.

- الثلث (1/3) عند التعدد شريطة انعدام الحاجب، يقتسمون الثلث بالتساوي لا فرق بين الذكور والإناث.

أ.5- ميراث الأم: هي كل أنثى لها على المتوفى ولادة مباشرة، ولها ثلاث حالات في الميراث:

- السدس (1/6) عند عدم وجود الفرع الوارث مطلقا، أو تعدد الإخوة والأخوات من أي جهة كانوا، سواء كانوا وارثين أو محجوبين، وهذا مصداقا لقوله تعالى قال تعالى: " وَلَا بَؤْيُهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ" ⁽³⁾.

- الثلث (1/3) وتأخذ ثلث المال كله عند انعدام الفرع الوارث مطلقا أو عدم تعدد الإخوة، وفق الآية السابقة.

- أما الحالة الثالثة: فهي ترث ثلث الباقي من التركة بعد نصيب أحد الزوجين عند اجتماعهما بالأب، وهي ما تعرف بمسألة الغراوين أو المسألة العمرية⁽⁴⁾، وهي حالة وجود الأم مع الأب وأحد الزوجين، فيأخذ الأخير فرضه فيما تأخذ الأم ثلث ما بقي بعده ويأخذ الأب الباقي.

¹ - محمد محدة، التركات والموارث، دار الفجر، 2004، ص 143.

² - الآية 12 من سورة النساء.

³ - الآية 11 من سورة النساء.

⁴ - تناولها المشرع الجزائري في المادة 177 ق.أ، وقد أفتى بها عمر بن الخطاب، ووافقه جمع من الصحابة منهم زيد بن ثابت وعبد الله بن مسعود وعثمان بن عفان، وأخذ بها جمهور الفقهاء، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني (الميراث والوصية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص 216.

أ.6- ميراث الجدة: وهي الجدة الصحيحة الوارثة، كالجدة لأم والجدة لأب وأمهاتهما، ودليل توريثهن ما رواه الإمام مالك عن قبيصة بن ذؤيب، أنه قال: "ثم جاءت الجدة إلى أبي بكر الصديق تسأله ميراثها، فقال لها أبو بكر: مالك في كتاب الله شيء، وما علمت لك في سنة رسول الله ﷺ شيئاً فارجمي حتى أسأل الناس، فسأل الناس، فقال المغيرة بن شعبة: أشهد أن رسول الله ﷺ أعطاها السدس، فقال أبو بكر: هل معك غيرك؟ فقام محمد بن مسلمة الأنصاري، فقال: مثل ما قال المغيرة، فأنفذه لها أبو بكر الصديق، ثم جاءت الجدة الأخرى إلى عمر بن الخطاب تسأله ميراثها، فقال لها: مالك في كتاب الله شيء، وما كان القضاء الذي قضى به إلا لغيرك، وما أنا بزائد في الفرائض شيئاً، ولكنه ذلك السدس فإن اجتمعما فهو بينكما وأيتكما خلت به فهو لها".

ترث الجدة فرض السدس (1/6) للواحدة فأكثر بشرط التساوي في الدرجة، وتحجب بالأم مطلقاً، وتحجب الجدات الأبويات بالأب، وتحجب الجدة البعيدة بالقريبة من أي جهة كانت.

ب: ميراث المرأة بالتعصيب: العاصب والعصبة هم قرابة الرجل لأبيه، وهي مأخوذة من الإحاطة به، وهم الذين يصرف لهم باقي التركة بعد أخذ أصحاب الفروض فروضهم، والعصبة ثلاثة أنواع:

- العصبة بالنفس، ولا يرث بها إلا الذكر.

- العصبة بالغير، ويرث بها الإناث مع الذكور من أولاد وإخوة أشقاء أو لأب.

- العصبة مع الغير، ولا يرث بها إلا الإناث الأخوات مع البنات.

والعصبة ورثة أقرباء، يشدون التركة كلها إليهم إذا لم يوجد معهم أصحاب فروض، والتي نقل بوجودهم، فلا يوجد صاحب فرض واحد يرث أكثر من ربع التركة في حال وجود الولد، ونصفها في حال عدم وجوده، ولولا أصحاب الفروض لكانت التركة كلها لأقرب عاصب.

إن المرأة لا ترث عادة بهذا النوع من الميراث، إلا فيما يخص البنات أو الأخوات الشقيقات أو الأخوات لأب فقط، على حسب كل حالة.

ب.1- البنات: ترث البنات بالتعصيب إذا وجدت مع ذكر من درجتها، وذلك حسب قوله

تعالفي الآية 11 من سورة النساء سألفة الذكر: "يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ..."، وهو ما تبناه المشرع الجزائري في المادة 155 ق.أ، حيث تكون البنت عصبة

بأخيها وهو الابن، وتكون بنت الابن عصة بأخيها أو ابن عمها، ويكون إرثها كما بينت الآية للذكر مثل حظ الأنثيين.

ب.2- الأخوات: تشكلن عصة بالغير ومع الغير، فالأولى تشمل الأخوات الشقيقات والأخوات لأب، فتكون الأخت الشقيقة عصة بأخيها الشقيق، والأخت لأب عصة بأخيها لأب، ويقتسمون للذكر مثل حظ الأنثيين، كما ورد في قوله تعالى: "وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رَجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ"⁽¹⁾، وهو ما تبناه المشرع الجزائري في المادتين 156-157 ق.أ، فيما تشمل الثانية الأخوات الشقيقات أو لأب مع البنات، فتصير الأخت في مرتبة الأخ وتحجب ما يحجبه.

ج- مقارنة بين ميراث المرأة بالفرض وميراثها بالتعصيب: يتضح من خلال إجراء مقارنة

بسيطة بين ميراث المرأة بالفرض وبالتعصيب أنه تم تكريس حماية لها من خلال:

ج.1- أغلب من يرث بالفرض نساء، وأغلب من يرث بالتعصيب ذكور.

ج.2- في تقسيم التركة يبدأ بأصحاب الفروض قبل أصحاب العصابات.

ج.3- نلاحظ أنه في ميراث المرأة بالفرض لا يتغير فرضها بعكس التعصيب، حيث يتغير زيادة أو نقصا حسب الوارث، كما لو وجدت بنتا واحدة دون معصب لكان لها النصف فرضا مهما وجد من ورثة آخرين، ولكنها لو وجدت مع أخوها (المعصب) لأصبحت عصة بالغير، فتأخذ معه ما بقي بعد أصحاب الفروض يقسمانه للذكر مثل الأنثيين، ويتغير نصيبها من مسألة لأخرى حسب الورثة الموجودين، ونفس الحكم يسري على بنات الابن الأخوات الشقيقات أو لأب.

ج.4- صاحب الفرض لا ينقص فرضه إلا في حال ما إذا كانت المسألة عائلة، فيدخل النقص

على السهم من التركة لا على الفرض، بينما العاصب ينقص نصيبه كلما تباعد من التركة،

فالابن إذا كان هو العاصب ولا توجد بنت، فإن مقدار إرثه يكون كبيرا نسبيا، لأن وجوده يؤثر

بالنقص على إرث الوالدين والزوجين، وإذا وجد الابن وكانت معه بنت، فإنه لا يدعها ترث

¹ - الآية 176 من سورة النساء.

النصف، بل يجعلها ترث معه على توزيع آخر: سهمين له وسهم لها، وإذا كان الأب هو العاصب، فإن مقدار ما يرثه تعصيبا يكون أقل نسبيا من الابن، لأن البنت إذا وجدت مع الأب ترث النصف، وكذلك فرض الزوجين ينقصان بالفرع الوارث ولا ينقصان بالأب، أي الولد يحجبها حجب نقصان ولا يفعل الأب ذلك، أما إذا كان الأخ هو العاصب فالزوجان يرثان حظهما الأعلى لا الأدنى والعكس عند وجود الولد، والأخ لا يرث إلا إذا غاب الولد والوالد، وهو معنى الكلاله، فما يصل إذن إلى الأخ بطريق التعصيب سيكون منسجما في المقدار مع شركائه في الإرث، وإذا وجدت معه أخت فإنه سيعصّبها ليرثا معا سهمين له وسهما لها، كما أوضحنا في مجال الابن والبنت .

ج.5- المرأة لا تكون عصبه بالنفس بل قد تكون عصبه بالغير كالبنات مع الابن والأخت مع الأخ، أو عصبه مع الغير عند وجود الأخوات مع البنات، فالذكر قد يرث كل التركة أو الباقي منها بعد أصحاب الفروض، ولا تتمتع الأنثى بهذا المركز، لكن بالمقابل تتمتع الأنثى بمركز أقوى من الذكر من حيث أنها من أصحاب الفروض.

فالعصبات إذا كانوا أقوى من حيث أنهم قد يرثون كل التركة أو الباقي منها بعد أصحاب الفروض، إلا أن ذوي الفروض أقوى من العصبات من حيث تقدمهم عليهم في مراتب الإرث، فقد يرثون ولا يبقى شيء بعدهم للعصبات، ومن حيث عدم سقوطهم من الميراث، فلا تضيق عنهم التركة حتى لو عالت المسألة.

ثانيا- حق المرأة في توريث غيرها:

بالإضافة إلى تمتع المرأة بحق وراثتها أقاربها وأخذ جزء من تركتهم، فإنها إن كانت هي المتوفاة تملك الحق في أن يرثها أقاربها من ذكر أو أنثى بالفرض أو التعصيب، وذلك على النحو التالي:

1- **فرعها الوارث:** يرث المرأة أولادها وفقا لقاعدة "للذكر مثل حظ الأنثيين" إن كانوا ذكورا وإناثا في إطار ما يعرف بالعصبه بالغير، وإذا كانوا ذكورا فقط فيقتسمون ما يبقى من التركة بالتساوي في إطار العصبه بالنفس، أما إذا كانوا إناثا فيرثون النصف 2/1 فرضا للواحدة إذا

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

انفردت، فإذا اجتمعن كان لهن الثلثين $3/2$ يقتسمنه بالتساوي، فإذا اجتمعت البنت منفردة مع بنت الابن كان للأولى النصف $1/2$ وللثانية السدس $6/1$ تكملة الثلثين $3/2$.
ونفس الحكم يسري على أبناء وبنات الابن إذا انعدم الأبناء والبنات.

2- أصولها: وهم يتمثلون في الأب والأم والأجداد والجندات.

أ- أمها ترث بالفرض، حيث تأخذ السدس إذا كان للمتوفاة فرع وارث مطلقا (ذكرها كان أو أنثى) أو كان لها جمع من الأخوة مطلقا، ذكورا أو إناثا، أشقاء أو لأب أو لأم، وارثين أو محجوبين، مختلطين أو لا، فيما تأخذ الثلث عند انعدام الفرع الوارث مطلقا والجمع من الأخوة مطلقا⁽¹⁾، بينما ترث ثلث الباقي فيما يعرف بمسألة "الغراويين" التي سبق ذكرها.

ب- أبوها يرث بالفرض أو التعصيب في ثلاث حالات، هي:

- بالفرض ويأخذ سدس التركة إذا كان للمتوفاة فرع وارث مذكر (ابن أو ابن ابن مهما نزل).
- بالتعصيب عند انعدام الفرع الوارث مطلقا، حيث يستأثر بكل التركة عند انفردته، فيما يأخذ ما تبقى عند وجود أصحاب الفروض.
- بالفرض والتعصيب عند وجود الفرع الوارث المؤنث، حيث يأخذ السدس فرضا وما تبقى من التركة تعصيبا بعد أصحاب الفروض⁽²⁾.

ج- جدتها، وهي ترث بالفرض حيث تأخذ السدس تستأثر به إذا انفردت فيما يقتسمنه بالتساوي إذا تعددن.

د- جدها، وهو الجد الصحيح أي الذي لا تدخل في نسبه إلى الميت امرأة⁽³⁾، وهو يرث حسب الأحوال التالية:

- عند انعدام الأب والأخوة أشقاء أو لأب يحل محل الأب، ويرث وفق حالاته (كما سبق أن رأينا)، وهي: السدس فرضا، أو الباقي تعصيبا، أو السدس فرضا والباقي تعصيبا.
- عند وجود الأب فإن الجد يحجب حجب حرمان، فلا يرث شيئا من حفدته المتوفون.

¹ - سعيد بويزري، المرجع السابق، ص 36-37

² - سعيد بويزري، المرجع نفسه، ص 34-35.

³ - عطا الله فشار، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ص 116.

- عند انعدام الأب ووجود الأخوة والأخوات أشقاء أو لأب، رغم وجود خلافات فقهية حول ميراث الجد في هذه الحالة فإن المشرع الجزائري حسم المسألة في المادة 158 ق.أ حسب الفرضين التاليين:

. إذا اجتمع الجد مع الأخوة والأخوات دون وجود أصحاب الفروض، فإنه يرث أفضل النصيبين من ثلث التركة أو المقاسمة.

. إذا اجتمع الأب مع الإخوة والأخوات وصاحب الفرض، فإنه يرث أفضل نصيب بين المقاسمة أو ثلث الباقي أو السدس التركة.

3- إخوتها وأخواتها: يرث المرأة إذا توفيت أخوتها وأخواتها، سواء كانوا أشقاء أو لأب أو لأم حسب الأحوال التالية:

أ- الأخوة والأخوات الأشقاء:

- **الأخ الشقيق:** يعتبر عصبه بنفسه فيرث ما تبقى من التركة بعد أصحاب الفروض، وذلك ما لم يكن محجوباً.

وقد يشارك الإخوة لأم في الثلث في المسألة المشتركة⁽¹⁾، فيقتسمونه بالتساوي للذكر مثل الأنثى في حالة اجتماع زوج وأم أو جدة وإخوة أشقاء ولأم، فيأخذ الزوج النصف، وللأم أو الجدة السدس، وللإخوة لأم الثلث، فلا يبقى شيئاً للإخوة الأشقاء لأنهم يرثون بالتعصيب، فيشاركون الإخوة لأم في الثلث باعتبار أن أهم واحد.

- **الأخت الشقيقة:** ترث بالفرض أو بالتعصيب ما لم تكن محجوبة:

- فترث فرضا النصف إذا انفردت والثلاثين إذا تعددت، وذلك عند انعدام دون الحاجب أو المعصب.

- وترث تعصباً باقي التركة عصبه بالغير إذا كان معها الأخ الشقيق يقتسمونه للذكر مثل حظ الأنثيين، أو عصبه مع الغير عند وجود الفرع الوارث المؤنث في حالة عدم وجود العاصب أو الحاجب أو الجد.

¹ - ورد ذكرها في المادة 176 ق.أ، لها عدة تسميات أخرى منها العمرية، الحمارية، اليمية أو الحجرية، مسعود الهاللي، المرجع السابق، ص 209.

- تشارك الأخوة لأم في الثلث في المسألة المشتركة سابقة الذكر شريطة أن ترث بالتعصيب لا بالفرض.

ب- إختها وأختها لأب:

- الإخوة لأب: يرثون ما تبقى من التركة تعصيبا بالنفس ما لم يوجد حاجب لهم كالأب أو الإخوة الأشقاء.

- الأخوات لأب: ترثن النصف فرضا إذا انفرد، أو الثلثين إذا تعددت، وترث السدس فرضا عند وجود الأخت الشقيقة منفردة، والتي تأخذ النصف $\frac{1}{2}$ بينما ترث الأخت السدس تكملة للثلثين، وفي كل الحالات يشترط عدم وجود العاصب أو الحاجب.

أما بالتعصيب فترث باقي التركة تعصيبا، وذلك إما:

- عصابة بالغير مع معصبتها الأخ لأب دون وجود حاجب.

- عصابة مع الغير عند وجود الفرع الوارث المؤنث دون معصب أو حاجب.

ج- الإخوة لأم: يتساوى الأخ لأم مع الأخت لأم في الميراث ذكورا أو إناثا، وهم لا يرثون إلا فرضا، حيث يأخذون السدس للواحد إذا انفرد دون حاجب، أو الثلث في حالة التعدد ذكورا فقط أو إناثا فقط أو مختلطين، فيقتسمونه بالتساوي لا فرق بين الذكر والأنثى.

د- زوجها، يرث فرضا فقط، ويأخذ النصف $\frac{1}{2}$ إذا انعدم الفرع الوارث مطلقا أو الربع عند وجود الفرع الوارث مطلقا.

4- الحمل: يحق للمرأة أن تورث قريبها الذي مازال حملا، سواء ولد ذكرا أو بنتا، غير أن عدم معرفة جنسه بيقين يكسب ميراثه نوعا من الخصوصية، حيث يحفظ له أوفر النصيبين على فرض الذكورة أو الأنوثة حسب المادة 173 ق.أ، وذلك وفق خمس حالات، هي:

أ- ألا يكون وارثا لا على فرض الذكورة والأنوثة فتقسم التركة ولا يحفظ له شيئا، لأنه لا يرث، مثال: توفيت عن زوج، جد وأم حامل من غير أبيها، فالحمل هنا هو أخ لأم أو أخت لأم، وفي كلتا الحالتين لا يرث لأنه محجوب حجب حرمان بالجد.

ب- أن يرث كل التركة إما لانفراده أو لحجبه غيره حجب حرمان، فتحق له كل التركة دون انتقاص⁽¹⁾، مثال: توفيت عن زوجة ابن حامل وأخت لأم، فإذا ولدت أنثى كانت بنت ابن فترث كل التركة فرضا وردا، لأنها تحجب الأخت لأم حجب حرمان، وكذلك لو ولد ذكرا يرث كل التركة تعصيبا ويحجب الأخت لأم.

ج- ألا يتغير نصيبه على كلا الفرضين، فيحفظ له نصيبه، ويعطى له سواء ولد ذكرا أو أنثى⁽²⁾، مثال: توفيت عن زوج، أم حامل، أخ لأب، فالحمل هو أخ أو أخت لأم، وفي كلا الحالتين يرث سدس التركة.

د- أن يكون الحمل وارثا على أحد الفرضين فقط دون الآخر، فيحفظ له نصيبه على أساس أنه وارث، ويعطى للورثة الذين يتغير نصيبهم أقل الفرضين، فيما يأخذ الذين لا يتغير نصيبهم كاملا، فإن ولد حيا وتبين أنه غير وارث استكمل للورثة الناقصة أنصبتهم ما ينقصهم⁽³⁾، مثال: توفيت عن زوج، أخت شقيقة، أخويين لأم، زوجة أب حامل، فلو كان الحمل ذكرا لكان أخ لأب، وهو يأخذ الباقي عصبه، وفي هذه الحالة لا يبقى شيئا منها لاستغراقها من قبل أصحاب الفروض، أما لو كانت أنثى فتأخذ السدس تكملة للثلثين لانفراد الأخت الشقيقة، فيحفظ نصيب السدس لحين الولادة.

هـ- أن يكون وارثا ويختلف نصيبه على فرض الذكورة أو الأنوثة، فيحفظ له النصيب الأوفر لحين ولادته حيا، والتأكد من جنسه.

5- المفقود: إذا كان أحد أقارب المرأة المتوفاة مفقودا فمن حقها وحقه أن يرثها حسب الأحكام العامة المتعلقة بالمفقود، وذلك سواء كان ذكرا أو أنثى، وقد سبق أن تطرقنا لميراث المفقود سابقا.

¹- مسعود الهلالي، المرجع السابق، ص 204.

²- مسعود الهلالي، المرجع نفسه، ص 205.

³- مسعود الهلالي، المرجع نفسه، ص 206.

يتضح مما سبق أن:

- أن عدد الفروض المذكورة في الشريعة والقانون هي 12 فرضاً، ثمانية منهم نساء، هن: الزوجة، البنت، بنت الابن، الأم، الجدة، الأخت الشقيقة، الأخت لأب، الأخت لأم، وهو ما يعادل نسبة 66.67/ أي الثلثين من أصحاب الفروض، وأربعة رجال، هم: الزوج، الأب، الجد، الأخ لأم، وهو ما يعادل نسبة 33.33/ أي الثلث من أصحاب الفروض.

- أن عدد الوارثون بالتعصيب 18 فرداً، يقسمون حسب نوع العصبة كالتالي:

- عسبة بالنفس، وكلهم رجال يقدر عددهم بـ 12 عاصبا، هم: الابن، ابن الابن، الأب، الجد الصحيح، الأخ الشقيق، الأخ لأب، ابن الأخ الشقيق، ابن الأخ لأب، العم الشقيق، العم لأب، ابن العم الشقيق، ابن العم لأب، ونسبتهم تقدر بـ 66.67/ أي الثلثين من العصابات.

- عسبة بالغير ومع الغير، وتمثلهن النساء، وهن: البنت وبنت الابن والأخت الشقيقة والأخت لأب مع من يكافؤهن في الجهة والدرجة وقوة القرابة من الرجال (العسبة بالغير)، الأخت الشقيقة أو لأب مع الفرع الوارث المؤنث (العسبة مع الغير)، ونسبتهم تقدر بـ 33.33/ أي ما يعادل الثلث⁽¹⁾.

إذن تقدر نسبة الوارثات بالفرض بثلثي أصحاب الفروض، فيما تقدر نسبتهن في العصابات بالثلث، وهو عكس الوارثون من الرجل الذين تقدر نسبتهم في العصابات الثلثين، مقابل الثلث من أصحاب في الفروض.

الفرع الثاني: ميراث ذوي الأرحام.

يعتبر ميراث ذوي الأرحام من الأحكام التي يختلف فيها ميراث المرأة على الرجل، فهو خاص فقط بالنساء اللاتي لا يرث العديد من قرابتهن إلا في نطاق محدد عكس نظرائهم من قرابة الرجال، لهذا كانت هذه المسألة محل انتقاد من طرف دعاة المساواة، وإن كان ذلك فيه نظر، فالمبدأ ليس خرق المساواة بل وجود مبررات ونظام ميراث متكامل يستدعي مثل هذه الأحكام.

¹ - العشي نورة، المرجع السابق، ص 61-62.

أولاً- مفهوم ميراث ذوي الأرحام.

1- تعريف ذوي الأرحام: يقصد بالأرحام جمع رحم، وهو "موضع تكوين الجنين ووعاؤه في البطن"⁽¹⁾، أو هو "مستودع الجنين في أحشاء الحبل"، ويقال ذووا الرحم أي القرابة⁽²⁾، فهو لفظ يشمل كل القرابة دون تمييز، سواء من جهة الأب أو الأم، وسواء كانوا أصحاب فروض أو عصابات أو غيرهم⁽³⁾.

أما اصطلاحاً فيقصد بذوي الأرحام "الأقارب مطلقاً، سواء كانوا وارثين أو غير وارثين"، وبينما لم يعرفه القانون يقصد به في عرف علماء الفرائض "كل قريب لا يرث بالفرض والتعصيب"⁽⁴⁾، أو "كل وارث ليس من أصحاب الفروض ولا العصابات مع أنه يملك صلة قرابة بالميت"⁽⁵⁾، أو "الأقارب الورثة الذين ليسوا من أصحاب الفروض أو العصابات، مثل: العمات والخالات، وأولاد البنات، وبنات الإخوة وأولاد الأخوات..."⁽⁶⁾.

يمكن القول أن ذووا الأرحام هم من يدلي إلى الميت بأنثى، أي تتوسط بينه وبين الميت أنثى، كأب الأم أو أولاد البنت أو أولاد الأخت وغيرهم.

2- شروط توريث ذوي الأرحام: يشترط لتوريث ذوي الأرحام شروطاً قانونية محددة أوردت المادة 180 ق.أ شرطين منها، هما:

- عدم وجود أصحاب الفروض، لأنه لو وجد واحد منهم فقط لأخذ كل التركة فرضاً ورداً.
- عدم وجود أي عاصب، لأن وجوده يعني أنه يأخذ كل التركة⁽⁷⁾.

¹ - إبراهيم مصطفى، أحمد حسن الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، المعجم الوسيط، الطبعة الثانية، افسلامية، استانبول-تركيا، ص 335.

² - المنجد في اللغة والأعلام، الطبعة الأربعون، دار المشرق، بيروت-لبنان، 2003، ص 253.

³ - مسعود الهلالي، المرجع السابق، ص 156.

⁴ - ناصر بن محمد بن مشري الغامدي، ميراث ذوي الأرحام، أحكامه وطرقه في الفقه الإسلامي، مجلة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى-المملكة العربية السعودية، العدد 48، ذو الحجة 1430هـ، ص-ص 486-564، ص 496.

⁵ - محمد سمارة، أحكام التركات والموارث في الأموال والأراضي، أحكام التركات والموارث والأموال والأراضي، الدار الدولية-دار الثقافة، عمان، 2002، ص 141.

⁶ - سعيد بويزي، المرجع السابق، ص 90.

⁷ - أعمار يحيوي، نظام الموارث في الإسلام في تقنين الأسرة الجزائري، دار الأمل، تيزي-وزو - الجزائر، 2011، ص 119.

غير أن المادة لم تذكر حالة وجود أحد الزوجين فقط، لأنهما من الورثة الذين لا يرد عليهم، سواء وجدا لوحدهما أو مع غيرهما من أصحاب الفروض، حيث يأخذ الواحد منهما إذا وجد منفردا فرضه المحدد وما بقي يدفع لذوي الأرحام⁽¹⁾.

3- أصناف ذوي الأرحام: لقد ميز الفقهاء بين ذوي الأرحام وصنفوهم إلى أربعة طوائف وأصناف، تناول المشرع الجزائري صنفا واحدا فقط في المادة 168 ق.أ، بينما لم يتطرق إلى الأصناف الأخرى، مما يشكل فراغا يستوجب اللجوء إلى الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 ق.أ، لنجد أن أصناف ذوي الأرحام كالتالي:

- **الصنف الأول (جهة البنوة):** فروع الميت الذين ينتمون إليه عن طريق البنت، ويشمل: أولاد البنات، أولاد بنات الابن، وإن نزلوا، وذلك سواء كانوا ذكورا أو إناثا⁽²⁾، وهو الصنف الذي تناوله المشرع الجزائري في المادة 168 سالفه الذكر.

- **الصنف الثاني (جهة الأبوة):** أصول الميت الذين ينتسبون إلى الميت بواسطة الأنثى، رجالا كانوا أو إناثا، ويشمل الأجداد الرحميون والأجداد الرحميات، كأب الأم وأم أب الأم⁽³⁾.

- **الصنف الثالث:** يشمل فروع أبوي الميت، أي إخوته الذين يدلون إليه بواسطة الأنثى، وهم ثلاث فئات:

- أبناء الأخوات وإن نزلوا، وذلك سواء كانوا ذكورا أو إناثا، وسواء كانت الأخوات شقيقات أو لأب.

- بنات الإخوة وإن نزلوا، سواء كان إخوة أشقاء أو لأب.

- أبناء الإخوة لأم وإن نزلوا، سواء كانوا ذكورا أو إناثا.

- **الصنف الرابع:** فروع أجداد الميت أو جداته الذين لا يرثون لا بالفرض ولا بالتعصيب، سواء كانوا من جهة الأب أو الأم، وهم يندرجون ضمن فئتي العمومة والخوولة:

- **فئة العمومة، تشمل:**

¹- مسعود الهاللي، المرجع السابق، ص 183.

²- ناصر بن محمد بن مشري الغامدي، المرجع السابق، ص 496.

³- ناصر بن محمد بن مشري الغامدي، المرجع نفسه، ص 496.

- الأعمام لأم وفروعهم مهما نزلوا.

- العمات وفروعهن مهما نزلوا، وذلك سواء كن شقيقات أو لأب أو لأم.

- بنات الأعمام وفروعهن مهما نزلوا، سواء كان الأعمام أشقاء أو لأب.

- بنات أبناء الأعمام وفروعهن مهما نزلوا.

- أما جهة الخوولة، فتشمل:

- الأخوال، سواء كانوا أشقاء أو لأب أو لأم، وفروعهم مهما نزلوا ذكورا كانوا أو إناثا.

- الخالات شقيقات أو لأب أو لأم، وفروعهن مهما نزلوا.

4- حكم توريث ذوي الأرحام: اختلف الفقهاء في حكم توريث ذوي الأرحام على أقوال:

- القول الأول: وجوب توريث ذوي الأرحام إن لم يكن للميت وارث ذو سهم أو عصابة سوى

الزوجين، وقال بهذا القول: الحنفية والحنابلة، ومن الصحابة عمر بن الخطاب وعلي بن أبي

طالب وأبو عبيدة عامر بن الجراح وعبد الله بن مسعود ومعاذ بن جبل، وأبو الدرداء - رضي

الله عنهم - أجمعين، وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز وعطاء وطاووس وعلقمة ومسروق.

- القول الثاني: عدم توريث ذوي الأرحام إن لم يكن للميت من يرثه من نسب أو ولاء، بل

يذهب ماله إلى بيت مال المسلمين، فإن لم يوجد بيت مال للمسلمين للفقراء، وقد ذهب إليه

زيد بن ثابت، والمالكية في قول والشافعية في قول.

- القول الثالث: يرى أن ذوي الأرحام لا يرثون مع وجود بيت مال المسلمين، فإن انعدم

بالجور من الولاية، وفساد الزمان، وصرف المال لغير مستحقه، وجب حينئذ توريث ذوي

الأرحام، وذهب إلى هذا القول: المتأخرون من المالكية، والشافعية في القول المعتمد⁽¹⁾.

ثانيا - كيفية توريث ذوي الأرحام: تختلف طريقة توريث ذوي الأرحام حسب ثلاثة مذاهب

فقهيّة:

1- مذهب أهل الرحم: وهم يسوون بين جميع ذوي الأرحام ذكورا وإناثا، سواء قربت درجتهم

من المتوفى أم بعدت، فمن مات عن:

¹ - حسن تيسير عبد الرحيم شموط، أحكام ميراث ذوي الأرحام في الشريعة الإسلامية، مجله العدل، وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية، السنة الرابعة عشر، العدد 54، ربيع الآخر 1433هـ-2012م، ص-ص 241-268، ص 244-243.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

تقسم التركة على أربعة أسهم	خال	ابن	بنت
	1	1	1

2- مذهب أهل التنزيل: وهم ينزلون ذوي الأرحام منزلة أصولهم، فمن مات عن:

ابن أخت	بنت بنت
---------	---------

تورث بمنزلة أصولهما فتكون:

أخت	بنت
الباقي عصبه مع الغير	1/2

3- مذهب أهل القرابة: يعتد بالأقرب إلى الميت من ذوي الأرحام، فمثلا لو مات عن ابن بنت وابن عمه، لكان الميراث كله لابن البنت ولا شيء لابن العمه.

هذه الآراء الثلاثة مطروحة في الفقه الإسلامي، ونلاحظ أن مذهب أهل الرحم لا يجد حرجا من تساوي الرجل مع المرأة عند اجتماعهما.

المطلب الثاني:

حق المرأة في الحجب.

يعتبر الحجب من أهم أبواب الميراث، وهو "منع من قام به سبب من أسباب الإرث من ميراثه كلية أو من أوفر حظية لوجود وارث آخر أقرب للمتوفي منه"، وهو نوعان حجب حرمان⁽¹⁾، وهو "المنع من الميراث كلية"، وحجب نقصان، وهو "حجب الوارث من أوفر حظية إلى أقلهما لوجود شخص آخر"⁽²⁾، وقد تناول المشرع الجزائري أحكامه في المواد 159-165 ق.أ.

¹ - سماه المشرع في قانون الأسرة بحجب الإسقاط.

² - بويزري سعيد، المرجع السابق، ص 100.

وهو يختلف عن المنع من الميراث الذي يقصد به "تقويت أهلية الميراث مع قيام سببه"⁽¹⁾، وهو يتحقق في حالات: قتل المورث عمدا وعدوانا، اللعان، الردة، اختلاف الدين، فقد جعل المشرع للمرأة نفس مركز الرجل، حيث منع كل من وجد به مانع من الموانع السابقة من الميراث، سواء كان رجلا أو المرأة.

تملك المرأة قدرة على حجب غيرها رجالا كانوا أو نساء، حجب حرمان أو حجب نقصان، فيما تحجب أيضا بغيرها حجب حرمان أو حجب نقصان، وفيما يلي تفصيل في مركزها وفق مختلف الاحتمالات.

الفرع الأول: المرأة وحجب الحرمان.

تتمتع المرأة بقدرة كبيرة جدا على أن تحجب غيرها حجب حرمان، فتحرمه تماما من الميراث، فيما يمكن في حالات عديدة أن تُحجب هي أيضا، وتحرم من الميراث كلية، بينما تكون أحيانا محصنة منه عندما تُحجب ولا تُحجب، وأحيانا قليلة جدا تُحجب ولا تملك القدرة على حجب أي من الورثة، وفيما يلي تفصيل ذلك:

أولا- وارثات لا يلحقهن حجب الحرمان مطلقا: فهن محصنات منه، ولا يمكن أن يحرم منهن لاتصالهن بالميت دون واسطة، وهن: الأم والبنت والزوجة.

ثانيا- وارثات يحجبن غيرهن من الرجال والنساء حجب حرمان، وهن على النحو التالي:

1- البنت: تحجب الإخوة لأم، ذكورا كانوا أو إناثا، فإذا تعددت البنات كان بإمكانهن حجب بنات الابن ما لم يكن معهن معصب.

2- بنت الابن: تحجب الإخوة لأم مطلقا، فإذا تعددن حجب بنات الابن الأدنى درجة منهن ما لم يكن معهن معصب.

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني (الميراث والوصية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،

3- الأم: تحجب الجدة مطلقاً، سواء كانت لأم أو لأب، وتتمتع الأم هنا بقوة حجب أقوى من الأب، الذي يتمتع بقدره حجب أمه فقط، أما الأم فتحجب الجدة مطلقاً، سواء كانت لأم أو لأب.

4- الجدة: تحجب الجدة القريبة الجدة البعيدة.

5- الأخت الشقيقة: يمكنها أن تحجب الأخت لأب ومن تحجبهم، كالأخوة لأب وبنوهم والأعمام وبنوهم، وذلك إذا شكلت عصابة مع الغير (الفرع الوارث المؤنث)، فإن تعدد الشقيقات حجب الأخوات لأب ما لم يكن معهن معصب، لاستكمالهن فرض الثلثين المخصص للأخوات.

6- الأخت لأب: إذا شكلت عصابة مع الغير (مع البنات) تصبح في نفس درجة وقوة الأخ لأب فتحجب كل من يحجبهم الأخ لأب كأبناء الأخ لأب، وجهة العمومة.

ثالثاً - وراثات يحجبن بغيرهن حجب حرمان، وهن حسب الأحوال التالية:

- بنت الابن تحجب حجب حرمان بالبنات إن تعددن، شريطة أن لا يكون معها معصب.

- الجدة تحجب بالأم مطلقاً، سواء كانت جدة لأب أو لأم، وتحجب الجدة البعيدة بالقربية، والجدة لأب بالأب والجد لأب.

- الأخت الشقيقة: تحجب بالأب وبالفرع الوارث المذكر مهما نزل.

- الأخت لأب: تحجب بالأب وبالفرع الوارث المذكر مهما نزل، وبالأختين الشقيقتين عند عدم وجود معصب لها (أخ لأب)، وبالأخت الشقيقة التي تعصبت مع الغير.

- الأخت لأم: تحجب بالأصل المذكر والفرع الوارث مطلقاً.

رابعاً: وراثات يُحجبن ولا يحجبن غيرهن: حيث يمكن حجبهم من غيرهم من الورثة، بينما لا يملكن القدرة على حجب أي من الورثة، وهي حالة لا تمس الكثير من الوراثات، بل تقتصر فقط على حالة واحدة، هي الأخت لأم، وهي تتماثل في ذلك مع الأخ لأم، فلا تعدو المسألة أن

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

تكون تمييزاً ضدها، بل انسجاماً مع ما يتمتع به الأخوة لأم من نظام خاص بهم في الميراث، يخرج عن العديد من القواعد العامة المعروفة في الميراث.

الفرع الثاني: المرأة وحجب النقصان.

إذا كانت المرأة تتمتع بمركز يمكنها من حجب غيرها حجب حرمان، ويمكن غيرها من ذلك كما رأينا سابقاً، فإنها تتمتع أيضاً بمركز يمكنها من حجب غيرها حجب نقصان، فيما تحجب هي أيضاً به، وذلك وفق الحالات التالية:

أولاً- حجب المرأة لغيرها حجب نقصان: ويتحقق ذلك في الأحوال التالية:

1- البنت: يمكنها أن تحجب:

- الزوج: وذلك من النصف $\frac{1}{2}$ إلى الربع $\frac{1}{4}$.
- الزوجة (أو الزوجات): وذلك من الربع $\frac{1}{4}$ إلى الثمن $\frac{1}{8}$.
- الأم: وذلك من الثلث $\frac{1}{3}$ إلى السدس $\frac{1}{6}$.
- بنت الابن: وذلك عند إنفرادها من النصف $\frac{1}{2}$ إلى السدس $\frac{1}{6}$ شريطة عدم وجود المعصب، وإنفراد البنت.
- بنتا الابن فأكثر: وذلك من الثلثين $\frac{2}{3}$ إلى السدس $\frac{1}{6}$ شريطة عدم وجود المعصب وإنفراد البنت.
- الأب أو الجد من التعصيب إلى السدس $\frac{1}{6}$ والباقي تعصيباً.
- الأخت الشقيقة من النصف $\frac{1}{2}$ عند إنفرادها إلى الباقي تعصيباً مع الغير، حيث تتعصب مع البنات فيأخذن فرضهن، فيما تأخذ هي ما تبقى من الميراث تعصيباً، فإن كن الأخوات متعدّدات فيحجب من الثلثين $\frac{2}{3}$ إلى أخذ الباقي عصباً مع الغير.
- الأخت لأب: تحجب في حالة إنفرادها من النصف $\frac{1}{2}$ إلى أخذ الباقي تعصيباً مع الغير، وفي حالة تعددهن فيحجب من الثلثين $\frac{2}{3}$ إلى الباقي تعصيباً.

2- بنت الابن: تحجب الزوج والزوجة والأم والأب والجد والأخت الشقيقة والأخت لأب في حالة الإنفراد أو في حالة التعدد، وذلك بنفس الطريقة والنسب التي تحجبهم بها البنت.

3- الأخت الشقيقة: تحجب الأخت لأب إذا انفردت من النصف $\frac{1}{2}$ إلى السدس $\frac{1}{6}$ ، فإن تعدد فممن الثلثين $\frac{2}{3}$ إلى السدس $\frac{1}{6}$ ، شريطة انعدام المعصب وانفراد الأخت الشقيقة.

4- الجمع مع الإخوات مطلقا، سواء كانوا شقيقات أو لأب أو لأم، يحجبون الأم من الثلث $\frac{1}{3}$ إلى السدس $\frac{1}{6}$ شريطة تعددهم، ويسرى هذا الحكم على الجمع من الأخوات فقط، وكذلك إذا كانوا محتطين إناثا وذكورا أو كانوا ذكورا فقط.

ثانيا- حجب الغير للمرأة حجب نقصان: تحجب المرأة حجب نقصان من عدة ورثة، سواء كانت وارثة بالفرض أو بالتعصيب، وقد أشار المشرع الجزائري في المادة 160 ق.أ إلى أربع حالات من أصل خمس حالات مذكورة، تحجب فيها المرأة من فرض أعلى إلى فرض أدنى، ولم يشر إلى الحالات التي ينقص ميراثها حجباً من فرض أكبر إلى حظ أصغر بالتعصيب، أو من حظ أوفر بالتعصيب إلى حظ أدنى بالتعصيب، ويرجع ذلك لكون المشرع يعتبر حجب النقصان يدخل فقط على الورثة الذين لهم فرضان فقط، حيث يحجبون من الفرض الأعلى إلى الأدنى، آخذاً برأي الحنفية، بينما لم يتناول الحالات الأخرى، وإن كان الأخذ بها لا يتعارض مع روح قانون الأسرة ما دام المشرع يأخذ بالإرث بالفرض وبالتعصيب، كما أنه يمكن الأخذ بها بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 ق.أ⁽¹⁾.

وعليه يمكن القول أن حجب النقصان يدخل على المرأة حسب الحالات التالية:

1- الانتقال من فرض أعلى إلى فرض أدنى، ويشمل النساء الأتي ذكرهن، وحسب الحالات التالية:

- الزوجة: تحجب حجب نقصان من الربع $\frac{1}{4}$ إلى الثمن $\frac{1}{8}$ ، وذلك عند وجود الفرع الوارث مطلقا (ذكرا أو أنثى).

¹- أمر يحيوي، نظام الموارث الإسلامي في تقنين الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 135.

- الأم: تُحجب من الثلث $1/3$ إلى السدس $1/6$ ، في حالة وجود الفرع الوارث مطلقاً، أو الجمع من الإخوة مطلقاً، أشقاء أو لأب أو لأم.

- بنت الابن: تحجب من النصف $1/2$ إلى السدس $1/6$ ، وذلك عند وجود بنت صلبية واحدة دون أن يكون معها معصب من درجتها، حيث تأخذ بنت الابن حتى لو تعددت السدس تكملتها الثلثين الذي يعد فرض البنات في حالة تعددهن.

- الأخت لأب: تحجب من النصف $1/2$ إلى السدس $1/6$ ، وذلك عند وجود بنت صلبية واحدة دون أن يكون معها معصب من درجتها (أخ لأب)، حيث تأخذ الأخت لأب حتى لو تعددت السدس تكملتها الثلثين الذي يعد فرض الأخوات في حالة تعددهن.

2- الانتقال من فرض أعلى إلى حظ أوفر بالتعصيب: تتحقق هذه الحالة في الإناث الذين يرثن بالفرض والتعصيب، وهن أربع يتمثلن في:

- البنت: ترث النصف $1/2$ فرضاً إذا انفردت، والثلثين $2/3$ إذا تعددت، شريطة ألا يوجد من يعصبها، فإن وجد ينتقل نصيبها من الفرضين السابقين إلى الميراث بالتعصيب، حيث تقتسم التركة مع معصبها وفق قاعد "للذكر ماث حظ الأنثيين"، ويكون لها في أقصى تقدير الثلث إذا اجتمعت مع أخ معصب واحد، فيما يكون أقل من ذلك في حالة التعدد⁽¹⁾.

- بنت الابن: ويسري عليها نفس حكم البنت في الفقرة السابقة.

- الأخت الشقيقة: ترث النصف $1/2$ فرضاً إذا انفردت، والثلثين $2/3$ إذا تعددت، شريطة ألا يوجد من يعصبها، سواء كان أخوها، أو وجدت مع البنات، حيث تشكل معهن عصبية مع الغير فتأخذ البنات فرضهن فيما تأخذ الأخت منفردة أو متعدد الباقي تعصيباً، والذي أكيد يقل عن ميراثهن فرضاً.

- الأخت لأب: يسري عليها نفس حكم الأخت الشقيق

أخيراً يمكن تقسيم الورثة من حيث قدرة حجب الحرمان كما يلي:

¹- أمر يحيوي، نظام الموارث الإسلامي في تقنين الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 132.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

- ورثة يُحجبون ولا يُحجبون، هم: الابن والبنت والأب والأم.
- ورثة يُحجبون ولا يُحجبون، هم: الإخوة لأم ذكورا أو إناثا.
- ورثة لا يُحجبون ولا يُحجبون، هم الزوج والزوجة.
- ورثة يُحجبون ويُحجبون، وهم سائر الورثة الآخرين.

يلاحظ أن المرأة تحتل نفس مركز الرجل من حيث قدرتها على حجب الحرمان، فالأم والبنت لا يمكن حجبهما حجب حرمان مطلقا فيما يمكنهما حجب غيرهما، وهو نفس مركز الأب والابن، ونفس الوضع بالنسبة للزوج والزوجة فكلاهما لا يمكن حجبهما ولا يملكان حجب غيرهما.

أما بالنسب والأرقام فيتضح أن:

- فالبنسب لحجب الحرمان، نجد:

- أنه لا يدخل على ثلاث نساء، هن: الأم والبنت والزوجة، وهو نفس عدد الرجال الذين لا يدخل عليهم حجب الحرمان، وهم: الابن والأب والزوج، أي بنسبة 50٪ لكل جنس.

- نسبة الحاجبين بالحرمان المؤثرين على النساء والرجال هي 50٪ لكل جنس، فالحاجبون بالحرمان يقدرون بـ 18 حاجبا، منهم:

- ستة نساء، هن: البنت، بنت الابن، الأم، الجدة، الأخت الشقيقة مع الفرع الوارث المؤنث، والأخت لأب مع الفرع الوارث المؤنث، ونسبتهم هي 33.33٪ من مجموع الحاجبين.

- 12 رجلا، هم: الابن، ابن لابن، الأب، الجد، الأخ الشقيق، الأخ لأب، ابن الأخ الشقيق، ابن الأخ لأب، العم الشقيق، العم لأب، ابن العم الشقيق، ابن العم لأب، ونسبتهم تقدر بـ 66.67٪ من مجموع الحاجبين، غير أن ستة منهم فقط يؤثرون على النساء والرجال معا، وهم: الابن، ابن لابن، الأب، الجد، الأخ الشقيق، الأخ لأب، أما تأثير الستة الآخرون فينحصر على بعضهم فقط، وهم: ابن الأخ الشقيق، ابن الأخ لأب، العم الشقيق، العم لأب، ابن العم الشقيق، ابن العم لأب.

- نسبة النساء المحجوبات بالحرمان أقل من نسبة الرجال، فالمحجوبون بالحرمان ستة عشر فرداً، أحد عشر رجلاً، هم: ابن الابن، الجد، الأخ الشقيقن الأخ لأب، الأخ لأم، ابن الأخ الشقيق، ابن الأخ لأب، العم الشقيق، العم لأب، وخمس نساء، هن: بنت الابن، الجدة، الأخت الشقيقة، الأخت لأب، الأخت لأم، وهو ما يجعل نسبة النساء تعادل 31.25/ أي ما يقارب الثلث، فيما تعادل نسبة الرجال 68.75/ أي ما يقارب الثلثين.

- أما بالنسبة لحجب النقصان، فنجد:

- الحاجبون بالنقصان عشرة أفراد خمسة رجال، هم: الابن، ابن الابن، الأخ الشقيق، الأخ لأب، الأخ لأم، وخمس نساء، هن البنت، بنت الابن، الأخت الشقيقة، الأخت لأب والأخت لأم، أي بنسبة 50./ لكل جنس.

- أما المحجوبون بالنقصان فهم تسعة أفراد، ثلاثة رجال، هم: الزوج، الأب، الجد، أي ما يعادل نسبة 33.33./، وهو ثلث المحجوبون، وستة نساء هن: الزوجة، الأم، البنت، بنت الابن، الأخت الشقيقة، الأخت لأب، أي أن نسبة النساء تقدر ب 66.67./ أي الثلثين.

يلاحظ أن نسبة الرجال زادت في حجب الحرمان في حين نقصت في حجب النقصان، أما نسبة النساء فقد نقصت في حجب الحرمان وزادت في حجب النقصان، وبذات النسبة مقارنة مع الرجل⁽¹⁾.

- إن زيادة نسبة الرجال في المحجوبين بالحرمان تقتضي أن عددا كبيرا من الرجال يحرمون من الميراث كلية، في حين عدد النساء اللواتي يحرمن أقل، أما زيادة نسبة النساء في المحجوبين بالنقصان فهي تتوافق مع كون معظم أصحاب الفروض نساء، وهذا لأن الحجب بالنقصان لا يحرم المرأة من الميراث كلية بل ينقصه فقط، وهذا فيه زيادة حظوظ المرأة في نيل الميراث وعدم الحرمان منه، لكن فيه كذلك توافقا مع نسبة الوارثين، حيث أن عدد الرجال أكبر

¹ - العشي نورة، المرجع السابق، ص 63-64.

من عدد النساء، فكان طبيعياً أن يزداد عددهم في المحجوبين بالحرمان والحاجبين به كذلك، لأن الغنم بالغرم.

من خلال ما تقدم نلاحظ أن مركز المرأة في باب الحجب جد مؤثر، فهي تحجب وتحجب، وتتأثر وتتأثر بنسبة متناسقة ومتوافقة، تجعل لها الأفضلية في عدم حرمانها من الميراث، وهذا يسري في كل قضايا الميراث⁽¹⁾.

المطلب الثالث: حق المرأة في التنزيل والرد.

يعد نظام الميراث من أدق النظم التي تجسد العدالة في توزيع التركة بين الورثة، إذ يقوم على قواعد محكمة تحفظ لكل وارث نصيبه المقرر شرعاً وقانوناً، ويعتبر التنزيل والرد من بين الآليات التي تضمن ضبط توزيع التركة بشكل عادل، فالرد يحقق العدالة برد ما بقي من التركة غير المستغرقة على كل الورثة بما يتناسب وأرصدتهم في الميراث، أما التنزيل فيضمن حق الأحماد في حالة وفاة الأبناء أثناء حياة الأباء.

إن ما يهمننا في دراستنا هو مركز المرأة، وهو ما نحاول اكتشافه من خلال مناقشة مدى تمتع المرأة بحق التنزيل، سواء بتنزيلها هي شخصياً، أو بتنزيل أولادها منزلتها في حالة وفاتها، وكذلك مسألة تمتعها بحق الرد عليها مهما كانت صفتها كوارثة.

الفرع الأول- المرأة والتنزيل:

لما كانت الموت والحياة قدر على الإنسان لا يمكن التدخل فيه أو تحديد سن المتوفى، فإنه قد يتوفى الأصغر سناً قبل الأكبر، فيصبح من كان ينتظر أن يكون مورثاً وارثاً والوارث مورثاً، هذا الأخير الذي بوفاته قد يفقد ورثته هو حق وراثته مورثه، فيما قد يكونون في فاقة وحاجة، فقد يتوفى الأبناء قبل الأباء تاركين أحماداً، قد لا يكون لهم حق وراثته جدهم أو جدتهم المتوفاة بعد أبيهم أو أمهم بسبب حجبهم حجب حرمان، لهذا وجد ما يعرف بالتنزيل أو الوصية الواجبة التي تناولها المشرع الجزائري في المواد 169-172 ق.أ، وأقر بموجبها حق من توفي قبل أبيه أو

¹ - العشي نورة، المرجع السابق، ص 64-65.

أمه في تنزيل أولاده منزلته، وقيده بشروط محددة قانوناً، وهو ما تبناه المشرع التونسي في الفصل 191 م.أ.ش⁽¹⁾، وكذلك المشرع الكويتي في المادة 287 مكرر ق.أ.ش⁽²⁾، وقد استعمل المشرع التونسي والكويتي عبارة "الوصية الواجبة" وليس "التنزيل" كما سماه المشرع الجزائري.

أولاً- مفهوم التنزيل: قبل مناقشة الحقوق التي تتمتع بها المرأة في التنزيل يتعين إلقاء نظرة على التنزيل من خلال تحديد مفهومه.

1- تعريفه وحكمه:

أ- تعريفه: يقصد به "جعل أحفاد الشخص منزلة أصلهم في تركة الجد أو الجدة"⁽³⁾، أو "أن يحل الأحماد محل مورثهم المتوفي قبل أو مع جدهم أو جدتهم فيأخذون نصيبه"⁽⁴⁾، أي أن ينزل الأحماد إلى منزلة أصلهم المتوفى، فيأخذوا حصته في الميراث بشروط محددة قانوناً، مهم بهذا المعنى يختلف عن الوصية الواجبة في اله الإسلامي الحديث، والتي يقصد بها "أن ينزل صاحب التركة قبل وفاته أحفاده غير الوارثين منزلة أصلهم الوارث على فرض حياته بعد وفاته، وذلك لأخذ نصيبهم المفروض لهم ميراثاً في حدود ثلث التركة، وهي بهذا المعنى تختلف عن التزيلي كونها تتم بإرادة الجد المورث وأثناء حياته"⁽⁵⁾، عكس التنزيل الذي يتم بقوة القانون، وحتى لو لم يكن الجد المورث راغباً في ذلك.

ب- حكمه: يعتبر التنزيل واجباً لذا يسمى بالوصية الواجبة أيضاً، وهو يتم بقوة القانون بموجب المادة 169 ق.أ.ج التي جاء فيها: "من توفي وله أحفاد وقد توفي مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشروط التالية"، أما شرعاً فقد اختلف الفقهاء المسلمون حوله:

¹ جاء فيها: "من توفي وله أولاد ابن ذكراً أو أنثى مات والدهم أو والدتهم قبله أو معه وجبت لهؤلاء الأولاد وصية على نسبة حصة ما يرث أبوهما أو والدتهم عن أصله الهالك باعتبار موته إثر وفاة أصله المذكور بدون أن يجاوز الثلث..."

² استحدثت بموجب قانون 66 سنة 2007.

³ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني (الميراث والوصية)، المرجع السابق، ص 184.

⁴ -أمر يحيوي، نظام الموارث الإسلامي في تقنين الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 289.

⁵ -دليلة تريكي/أيت شاوش، الوصية الواجبة في التشريعات العربية وضرورة تعديل المادة 169 من تقنين الأسرة الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم النقدية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، المجلد 16، العدد 4، السنة 2021، ص-ص

- فذهب الجمهور إلى أن الوصية في حدود الثلث مندوبة لصالح الفقراء والمحتاجين ليتدارك الإنسان ما فاتته من الأعمال الصالحة في حياته الدنيا.
- وذهب بعض الفقهاء إلى أن الوصية واجبة للوالدين والأقربين غير الوارثين ومندوبة لغيرهم.
- فيما ذهب آخرون إلى أن الوصية واجبة ديانة لا قضاء للوالدين والأقربين غير الوارثين ومن سواهم.
- أما الظاهرية فقد ذهبوا إلى أن الوصية واجبة من التركة لغير الوارثين⁽¹⁾.

يعيب البعض⁽²⁾ على المشرع الجزائري أنه يقصر التنزيل على الأحفاد فقط، ويرى أنه من المستحسن أن يمدّه إلى غيرهم من أقارب المتوفي المحتاجين غير الوارثين، خاصة الزوجة إذا كانت كتابية وتوفي زوجها فلا ترثه مع أنها قد تكون ساهمت معه في تكوين هذه الأموال، وهي وإن كان يجوز له أن يوصي لها حسب المادة 200 ق.أ، إلا أن الوفاة قد تكون فجأة دون أن يقوم بذلك، لذا يستحسن أن تدرج ضمن أحكام الوصية الواجبة⁽³⁾، غير أننا لا نؤيد هذا الرأي، لأنه ليست كل زوجة تساعد زوجها لتستحق كل الزوجات التنزيل، بل أن الزوجة قد تكون على خلاف مع زوجها، لذا فإن ربطها بإرادة الزوج أسلم.

2- شروطه: لصحة التنزيل لا بد من توفر الشروط التالية:

- وفاة المورث الجد أو الجدة حقيقة أو حكما.
- ألا يكون الأحفاد قد استحقوا من الميراث ولو شيئا قليلا⁽⁴⁾.
- ألا يكون صاحب التركة الجد أو الجدة قد أوصى للأحفاد مقدار ما يستحقون بالتنزيل.
- ألا يكون صاحب الميراث قد أعطى للأحفاد بغير عوض ما يستحقونه بالتنزيل، فإن كان أقل من ذلك وجب رفعه حتى يستغرق ما يحقق نصيبهم في التنزيل.

¹ - أمر يحيوي، نظام الموارث الإسلامي في تقنين الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 290.

² - أمر يحيوي، نظام الموارث الإسلامي في تقنين الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص 299؛ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، ص 188.

³ - أمر يحيوي، نظام الموارث الإسلامي في تقنين الأسرة الجزائري، المرجع والموضع، ص 299؛ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني (الميراث والوصية)، المرجع السابق، ص 188.

⁴ - مسعود الهلالي، المرجع السابق، ص 193.

- ألا يكون الأحماد قد ورثوا من مورثهم أبا أو أما ما لا يقل عن نصيب مورثهم من تركة أبيه أو أمه⁽¹⁾، وهذا حسب المادة 171-172 ق.أ، وهو ما تبناه أيضا القانون التونسي في الفصل 191 م.أ.ش، والقانون الكويتي في المادة 287 مكرر ق.أ.ش.

3- مقدار التنزيل: يتم تنزيل الأحماد لنفس منزلة أصلهم، فيرثون مقدار ما كان سيرته لو بقي حيا، شريطة ألا يتجاوز ثلث التركة حسب المادة 170⁽²⁾ ق.أ، فإذا تجاوزه أخذ حكم الوصية الاختيارية، ووجب إجازة الورثة لها، فإذا أجازها البعض دون الآخر نفذت في حق من أجازها فقط⁽³⁾، أما إذا كان الجد أو الجدة قد أوصى له أقل من نصيب مورثه فيجب رفعه بالقدر الذي يستغرقه كاملا.

وفي حالة تزامن الوصايا تقدم الوصية الواجبة على غيرها من الوصايا الاختيارية، فإن استغرقتها كاملة لا تنفذ باقي الوصايا إلا إذا قبل الورثة ذلك حسب المادة 185 ق.أ.ج⁽⁴⁾، وهو ما تبناه القانون التونسي في الفصل 191 م.أ.ش، والقانون الكويتي في المادة 287 مكرر ب.

ثانيا - حقوق المرأة في التنزيل.

تتمتع المرأة بحق التنزيل في الميراث دون أي تمييز ضدها، فيحق لها تنزيل أحمادها إن كانت هي الجدة، أو تنزيل أولادها لمرتبتها إن كانت هي الأم، أو تنزيلها لمنزلة أمها أو أبيها إن كانت هي الحفيدة، فالمرأة تقتصر على الجدة والبنت والحفيدة، ويسري حكم التنزيل عليهن فقط دون غيرهن من النساء، كالأخوات مطلقا والزوجة، فإذا توفي أحدهم لم يكن لفروع الآخر من غيره أن يرثه.

يرى البعض⁽¹⁾ أنه يستحسن على المشرع الجزائري لو لم يقصر التنزيل على الأحماد فقط بل يمدّه إلى غيرهم من أقاربه المحتاجين غير الوارثين، وذلك لأن الآية 180 من سورة البقرة

¹ - سعيد بويصري، المرجع السابق، ص 163-164.

² - جاء فيها: "أسهم الأحماد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة".

³ - سعيد بويصري، المرجع السابق، ص 164؛ مسعود الهلالي، المرجع السابق، ص 194-195.

⁴ - مسعود الهلالي، المرجع السابق، ص 195.

جاءت شاملة لجميع الأقربين، ويخص البعض الزوجة إذا كانت كتابية وتوفي زوجها فلا ترثه مع أنها قد تكون ساهمت معه في تكوين هذه الأموال، وهي وإن كان يجوز له أن يوصي لها حسب المادة 200 ق.أ، إلا أن الوفاة قد تكون فجأة دون أن يوصي لها، لذا يستحسن أن تدرج ضمن أحكام الوصية الواجبة⁽²⁾، غير أننا لا نؤيد هذا الرأي، لأنه ليست كل زوجة تساعد زوجها لتستحق كل الزوجات التنزيل، بل أن الزوجة قد تكون على خلاف مع زوجها، لذا فإن ربطها بإرادة الزوج أسلم.

1- حق الجدة في تنزيل أحفادها:

لقد أعطى المشرع الجزائري للجدة تماما كالجدة حق تنزيل أحفادها إذا توفي أحد أولادها قبلها، حيث جاءت عبارة المادة 169 ق.أ عامة تشمل الجد والجدة معا، والتي ورد فيها "من توفي وله أحفاد...."، والمقصود هو المتوفي ذكرا أو أنثى، كما أشار صراحة إلى الجدة في المادة 171 ق.أ بقوله "...إن كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة..."، وهو ما تبناه أيضا القانونيين التونسي في الفصل 191 م.أ.ش، والكويتي في المادة 287 مكرر ق.أ.ش.

ولا تؤخذ إرادة الجدة أو الجد في الوصية الواجبة بعين الاعتبار، وإنما هي تتم بقوة القانون، وإن كان هذا مغايرا لما كان سائدا قبل صدور قانون الأسرة الجزائري سنة 1984، حيث كان التنزيل يخضع لإرادة الجد أو الجدة إن شاءت أوصت، وإن لم تشأ لا يتم التنزيل، أما بعد صدور قانون الأسرة أصبح التنزيل يتم بقوة القانون، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1984/06/09، والذي جاء فيه: "وبعد صدور قانون الأسرة أصبح واجبا"، وأضاف "حيث بالفعل وبالنظر لقانون الأسرة الصادر في 1984/06/09، وبمقتضى المادة 169 منه أصبح تنزيل الحفدة منزلة أصولهم بحكم القانون⁽³⁾."

2- حق الأم (بنت الجدة) في تنزيل أولادها: لقد أثار نص المادة 169 ق.أ الذي جاء فيه: "من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة"

¹ - أمر يحيوي، نظام الموارث الإسلامي في تقنين الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص 299؛ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، ص 188.

² - أمر يحيوي، نظام الموارث الإسلامي في تقنين الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص 299.

³ - أمر يحيوي، نظام الموارث الإسلامي في تقنين الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 291-292.

بالشرائط التالية"، لبسا حول المقصود بالأحفاد، هل يشمل أبناء البنات والذكور معا أم يقتصر على الذكور فقط؟ وبالتالي حول شمول التنزيل لأولاد البنات أيضا أم اقتصره على أولاد الذكور فقط؟

اختلف شراح القانون حول الإجابة عن هذا التساؤل، منقسمين إلى اتجاهين:

* **الاتجاه الأول⁽¹⁾** ذهب إلى أن التنزيل يشمل أولاد الذكور فقط دون الإناث مستندا إلى عدة حجج، منها:

- أن النص الفرنسي المترجم للمادة 169 ق.أ يشير صراحة إلى أبناء الابن دون البنت، حيث جاء فيه: "...des descendants d un fils décédé..."

- الحفدة إصطلاحا هم أولاد الأبناء⁽²⁾ دون أولاد البنات الذين يسمون أسباطا⁽³⁾.

- أن معنى الأصل في اصطلاح علم الميراث هو الأب دون الأم التي لا تعد أصلا لولدها بل رحمه.

- أن الأحفاد من جهة البنات يعتبرون من ذوي الأرحام الذين لا يرثون إلا عند انعدام أصحاب الفروض والعصبات.

- أن الميراث مرتبط بوجوب النفقة، فالجد ملزم بالنفقة على فروعه المحتاجين لذا يرثونه، وهذا بحكم قواعد التعصيب التي تقتضي أن العصبية لا تكون إلا من جهة الأبوة والبنوة والأخوة والعمومة، وهو ما لا يتصور في حالة تنزيل الحفدة من جهة البنات بقليل من التدبر، لأنهم من

¹- من مؤيدي هذا الاتجاه مسعود الهلالي، المرجع السابق، ص 192، العربي بلحاج، الوجيز في الأسرة الجزائري، الجزء الثاني (الوصية والميراث)، المرجع السابق، ص 186، غير أن المؤلف غير رأيه حيث اعتبر أن القول بشمول التنزيل لأولاد البنات صائب، وذلك في كتابه الوجيز في التركات والموارث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، الطبعة الثانية، دار هومة، 2015، ص 472.

²- المنجد في اللغة والإعلام، الطبعة الأربعين، دار المشرق-بيروت، 2003، ص 142؛ مجموعة من المختصين اشراف أحمد أبو قحافة، معجم النفاثس الوسيط، الطبعة الأولى، دار النفاثس، 1428هـ-2007، ص 262، محمد هادي اللحام ومحمد سعيد وزهير علوان، قاموس لغوي عام، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 2005م-1426هـ، ص 178.

³- المقصود بالسبط هو ولد الابن والابنة، ويغلب على ولد البنت مقابل الحفيد الذي هو ولد الابن، المنجد، المرجع السابق، ص 318؛ مجموعة من المختصين اشراف أحمد أبو قحافة، المرجع السابق، ص 543؛ محمد هادي اللحام ومحمد سعيد وزهير علوان، المرجع السابق، ص 348.

ذوي الأرحام، ونفقتهم إنما تكون واجبة أو أقرب إلى الوجوب من ذوي عصبتهم لا من ذوي أرحامهم.

- إن ابن الابن المتوفى توفي أبوه قبل جده، فهو بدون أب لهذا تقررت الوصية الواجبة حماية له، أما ابن البنت فأبوه المكلف بالنفقة عليه ما زال حيا، فلا مبرر لتنزيله.

- أن التنزيل إنما يكون تعويضا عن حجب الأحفاد لو بقي أصلهم حيا، وهذا لا يتصور إلا في أبناء الذكور دون الإناث⁽¹⁾.

وقد أيد هذا الرأي توجه المحكمة العليا في بعض قراراتها، منها ذلك الصادر في 22-03-1994، والذي اعتبرت فيه تنزيل المطعون ضدها منزلة البنت الصلبية خرقا صارخا لأحكام الشريعة الإسلامية، وللمادة 776 من القانون المدني⁽²⁾.

* أما الاتجاه الثاني⁽³⁾ فيرى أن التنزيل يشمل أولاد البنات والذكور على حد سواء، مستدلا بما يلي:

- أن ألفاظ القانون جاءت عامة تشمل الذكر والأنثى:

- فلفظ **الأحفاد** في النص القانوني يشمل أولاد الابن وأولاد البنت، ويرون أن هذا باتفاق أهل اللغة وفقهاء الأصول، وأنه لا يوجد في علم الفرائض من قال أن الحفدة هم أولاد الابن فقط.

- ولفظ **"أصلهم"** الوارد في المادتين 169-170 يشمل الأب والأم معا، خاصة وأن المشرع أطلق صراحة هذا اللفظ على الجد والجدة في المادة 171 ق.أ التي أشار فيها إلى عدم استحقاق الأحفاد التنزيل إن كانوا وارثين "...للأصل جدا كان أو جدة..."، وهم أصول غير مباشرين، ومن باب أولى أن يصدق لفظ الأصل على الأم، وهي صاحبة علاقة مباشرة مع ألبها، وكذلك يطلق في علم الميراث لفظ **"الأصل"** على الذكر والأنثى، فالأصل الذكري هو الأب والجد لأب مهما علا، أما الأصل الأنثوي فهو الأم والجدة لأب⁽⁴⁾.

¹- مسعود الهلالي، المرجع السابق، ص 192-193.

²- بن شويخ رشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 60.

³- منهم: محمد محدة، المرجع السابق، ص 301؛ دغيش أحمد، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة، 2010، ص 143؛ لحسين بن شيخ آت ملويا، التنزيل دراسة قانونية، فقهية وقضائية مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 39.

⁴- دغيش أحمد، المرجع السابق، ص 144.

- أما لفظ "المورث" فيشمل الذكر والأنثى معا ولا يقتصر على الأول فقط، والدلالة عدم استعمال لفظ المورثة غالبا في علم الميراث⁽¹⁾.

- وكذا لفظ الحفيد جاء في القرآن الكريم ليبدل في أكثر من مرة على ولد الولد مطلقا، ومن ذلك قوله تعالى: "يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين"⁽²⁾، وقد أجمع الصحابة وأهل اللغة على إجراء ألفاظ القرآن والسنة على عمومها حتى يقوم دليل على التخصيص⁽³⁾.

- أن المشرع اشترط في المادة 172 ق.أ ألا يكون الأحفاد قد ورثوا من مورثهم أبا أو أما ما لا يقل عن نصيب مورثهم من تركة أبيه أو أمه، وهو بذلك قد أشار صراحة إلى أب المنزلين أو أمهم.

- أن المادة 169 سالفه الذكر جاءت على إطلاقها، ولا يجوز قصرها على حفيد دون الآخر⁽⁴⁾.

وقد تبنت المحكمة العليا رأي الاتجاه الثاني مغيرة من توجهها السابق، حيث أصبحت في أحدث مواقفها تفسر المادة بأنها تسري على أولاد الذكور والإناث دون تمييز، منها القرار الصادر في 2002/12/25، وأيضا القرار المؤرخ في 2005/12/14، والذي جاء فيه: " وفي قضية الحال ما دامت الجدة قد توفيت خلال سنة 1987، أي بعد صدور القرار المشار إليه أعلاه فالطاعن يعد حفيدا لها (أي ابن ابنتها)، ويستحق جزء من تركتها بواسطة التنزيل⁽⁵⁾، وكذا القرار الصادر في 2013/06/12 ملف رقم 0759763⁽⁶⁾.

وقد تبني هذا الرأي القانون التونسي في الفصل 191 م.أ.ش، والذي نص صراحة على تنزيل أولاد الأبناء والبنات على حد سواء، وهو أيضا ما تبناه المشرع الكويتي في المادة 287 مكرر.

رغم رجاحة رأي القائلين بتنزيل أولاد الذكور فقط من حيث مطابقته لأحكام الميراث، إلا أن توجه المشرع بعد التعديل واضح في تطبيق مبدأ المساواة بين الجنسين، غير أنه يتعين عليه تعديل المادة 169 ق.أ واستعمال عبارات تفيد تنزيل أولاد البنات صراحة.

¹ - دغيش أحمد، المرجع نفسه، ص 143-145.

² - الآية 11 من سورة النساء.

³ - دغيش أحمد، المرجع السابق، ص 144.

⁴ - لحسين بن شيخ آث ملويا، التنزيل دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة، المرجع السابق، ص 39.

⁵ - نقلا عن أمير يحياوي، نظام الموارث الإسلامي في تقنين الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 292-293.

⁶ - المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد 01، سنة 2014.

3- حق الحفيدة في التنزيل:

تقتضي أحكام الوصية الواجبة تنزيل الأحفاد منزلة أصلهم المتوفى، وذلك سواء كانوا إناث أو ذكورا، وسواء كان أصلهم ذكرا أو أنثى، فيتم تنزيل المرأة الحفيدة منزلة أمها أو أبيها الذي توفي قبل وفاة جدها أو جدتها، وتأخذ نصيب أصلها المتوفى كاملا إذا انفردت شريطة ألا يتجاوز الثلث، فيما يقتسمن بالتساوي إن كان لها أخوات بنات فقط، أما إن كانوا ذكورا وإناثا فيقتسمونه وفقا لقاعدة " للذكر مثل حظ الأنثيين"، وهو ما تبناه القانون التونسي في الفصل 192 م.أ.ش، والتي أشارت إلى الطبقة الأولى من الأبناء ذكورا كانوا أو إناثا، وكذلك ما تبناه القانون الكويتي في المادة 278 مكرر سالف الذكر، غي أنه أشار إلى الطبقة الأولى من أبناء البنات، أما أبناء الأبناء فينزلون مهما نزلوا.

يقترح البعض تعديل مقدار التنزيل في المادة 170 ق.أ ليكون مساويا لنصيب أصله المتوفى شريطة ألا يتجاوز ما يستحقه أقرب وارث من أصوله بطريق الارث لو فرض حيا عند وفاة المورث، وألا يتجاوز وارث هو أقرب منه درجة⁽¹⁾، وهو ما نؤيده ونعتقد أنه أكثر قربا إلى المنطق والعدالة، ومن أمثلة ذلك:

أ- توفي وترك: بنت، ابن بنت، زوجة، أخ شقيق.

يتم تنزيل ابن البنت إلى مرتبة أمه، حيث يأخذ نصيبها شريطة ألا يتجاوز الثلث.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة 24
زوجة	8/1	لوجود الفرع الوارث.	3
بنت	3/2	للتعدد	16
ابن بنت منزل			8
أخ شقيق	الباقى تعصيبا		5

¹ - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني (الميراث والوصية)، المرجع السابق، ص 189.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

لم يتجاوز نصيب الابن المنزل ثلث التركة، لذا فإنه يأخذ نصيب أمه كاملاً، ثم نقوم بخصم الثلث من التركة، وما بقي يقسم على الورثة مع إدخال الضرر عليهم جميعاً، فتوزع عليهم كالتالي⁽¹⁾:

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة 8
زوجة	8/1	لوجود الفرع الوارث.	1
بنت	2/1	لانفرادها	4
أخ شقيق	الباقي تعصيباً		3

ب- توفيت عن: زوج، ابن، بنت ابن مات أبوها في حياتها.

تنزل البنت منزلة أبيها وتأخذ نصيبه كما لو كان حياً على أن لا يتجاوز الثلث.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة 4
زوج	4/1	لوجود الفرع الوارث.	1
2 ابن بنت ابن منزل	الباقي	لأنه من العصبات	3 لكل واحد سهم

تأخذ بنت الابن المنزلة سهم واحد من أصل أربعة، وهو أقل من الثلث، فتأخذه كاملاً، حيث ثم يخصم من التركة، وما بقي يقسم على الورثة مع إدخال الضرر عليهم جميعاً، فتوزع عليهم كالتالي:

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة 4	تصحح إلى 8
زوج	4/1	لوجود الفرع الوارث.	1	2
2 ابن	الباقي	لأنه من العصبات	3	6 3

¹ - محمد محدة، المرجع السابق، ص 301.

الفرع الثاني - المرأة والرد.

يعد الرد من أهم القواعد المكملة لنظام الميراث في الشريعة الإسلامية والأنظمة القانونية التي استمدته منها، حيث يعاد توزيع الفاضل من التركة على باقي الورثة، وتأتي دراسة مركز المرأة في الرد لبيان مدى خضوعها لهذه القاعدة وكيفية تأثيرها على نصيبها.

أولاً- تعريفه وشروطه.

1- تعريفه: هو الرجوع والصرف، واصطلاحاً ضد العول، وهو: زيادة في الأنصبة ونقص في السهام، وقال بالرد كل من الإمام أحمد والإمام أبي حنيفة والإمام الشافعي.

2- شروطه: يطبق الرد إذا لم يوجد عسبة ولم تستغرق الفروض المسألة، فيرد الزائد على أصحاب الفروض بنسبة فرض كل منهم ما عدا الزوجين فإنه لا يُردُّ عليهما، إلا إذا انعدم كل الورثة، سواء كانوا من أصحاب الفروض أو العصابات أو ذوي الأرحام، وهو ما قرره المادة 167 ق.أ.ج.

ثانياً- حالاته: لا تخرج مسائل الرد عن حالتين اثنتين، تتعلق إحداهما بعدم وجود أحد الزوجين مع الورثة، بينما تتعلق الثانية بتواجده معهم:

1- الحالة الأولى: تتعلق بحالة عدم وجود أحد الزوجين مع باقي الورثة، وهي تضم صورتين، هما:

أ- وجود صنف واحد من الورثة: سواء كان منفرداً أو متعدداً.

أ.1- فإذا كان صاحب الفرض منفرداً، فإنه يأخذ كل التركة فرضاً ورداً، مثال ذلك:

- مات عن أم، يكون لها كل المال فرضاً ورداً، حيث تأخذ الثلث فرضاً والباقي رداً.

- ماتت عن بنت ابن، حيث تأخذ النصف فرضاً والنصف الآخر رداً، وتكون لها كل التركة.

ب- أما إذا كان صاحب الفرض صنفاً واحداً متعدداً، فالمال بينهم بالسوية، وأصل مسألتهم من عدد رؤوسهم كالعسبة، ومثال ذلك.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

- مثال: مات عن ثلاث بنات، فيأخذ الثلثين فرضاً والباقي رداً، أي كل التركة ويقتسمونها بالتساوي، فيكون أصل المسألة من عدد رؤوسهم، وهو ثلاثة لكل بنت سهم واحد.

- ماتت عن أربع إخوة لأم، فيأخذون الثلث فرضاً لتعددتهم، والباقي رداً، ويكون أصل المسألة من عدد رؤوسهم، وهو أربعة، لكل واحد منهم سهم واحد.

ب- وجود أكثر من صنف من الورثة: أن يكون من يُرد عليه صنفين أو ثلاثة أو أكثر، فعندئذٍ نحل المسألة بالشكل المعتاد ثم نرد أصل المسألة إلى مجموع سهام الورثة، ومن أمثلة ذلك:

- مات عن بنت وبنت ابن وأم، فتأخذ البنت النصف، وتأخذ الأم السدس، ويكون أصل المسألة من 6، وهو ما يفوق عدد السهام التي تجمع، ويكون مجموعها أصلاً ردياً جديداً للمسأل وهو 5، كما هو موضح في الجدول التالي:

الورثة	فروضهم	التبرير	أصل المسألة 6	أصل المسألة الجديد 5
بنت	1/2	لانفرادها	3	3
بنت ابن	6/1	تكملة الثلثين لانفراد البنت	1	1
أم	6/1	لوجود الفرع الوارث	1	1

- ماتت عن: أخت شقيقة و5 أخوات لأب، تأخذ الأخت النصف، وتأخذ الأخوات لأب السدس، ويكون أصل المسألة من 6، وبعد الرد يصبح الأصل الجديد بعد الرد 4، وهو لا يقبل القسمة على عدد رؤوس الأخوات لأب (5)، ممل يتعين التصحيح بضرب الأصل الردي في عدد رؤوس الأخوات لأب (5)، ويصبح الأصل الجديد بعد التصحيح 20، وتأخذ كل أخت سهمها كما هو موضح في الجدول التالي:

الورثة	فروضهم	التبرير	أصل المسألة	أصل المسألة	أصل المسألة بعد التصحيح 20

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

(5×4)	بعد الرد 4	6			
15	3	3	لانفرادها	1/2	أخت شقيقة
5 سهم لكل أخت لأب	1	1	تكملة الثلثين لانفراد البنات	6/1	5 أخوات لأب

2- الحالة الثانية: وهي تتعلق بوجود أحد الزوجين مع ورثة آخرين، ولها أيضا صورتين اثنتين:

أ- وجود أحد الزوجين مع صنف واحد من الورثة، ويختلف الأمر بين وجود صنف واحد منفرد أو متعدد.

وفي كلتا الصورتين نجعل أصل المسألة من فرض صاحب الزوجية ونعطيه سهمه، ثم نجعل الباقي لمن يُرد عليه وكأنهم عسبة، فإن انكسر السهم عليهم صححت المسألة، ومثال ذلك:

- مثال: ماتت عن زوج وبنات، وهو يتعلق بالصورة الأولى، حيث يوجد أحد الزوجين مع صنف واحد منفرد من الورثة هو البنات، ويتم حلها وفق الجدول التالي:

الورثة	فرضهم	التبرير	أصل المسألة 4
الزوج	1/4	لوجود الفرع الوارث	1
البنات	1/2	لانفرادها	2 ويتبقى سهم 1 يرد على البنات التي تأخذ 3 أسهم فرضا وردا.

- مثال: ماتت عن زوجة وثلاث بنات، وهو يتعلق بالصورة الثانية، حيث توجد الزوجة مع صنف واحد متعدد، وهن البنات.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

الورثة	فرضهم	التبرير	أصل المسألة 24 رد إلى 8	تصح من 24
زوجة	8/1	لوجود الفرع الوارث	3	3 فرضا
3 بنات	3/2	للتعدد	16	7 فرضا وردا 21 فرضا وردا لكل بنت 7

إذن يوجد رد في المسألة، مما يتعين جعل أصل المسألة من فرض الزوجة، وهو 8، ونعطيها سهمها، ثم نوزع الباقي على البنات، فإن لم يقبل القسمة على عدد الرؤوس نقوم بالتصحيح، كما في هذه الحالة حيث 16 لا يقبل القسمة على 3، فنصححه بضرب أحدهما في الآخر، ونحصل على أصل جديد للمسألة، كما هو موضح في الجدول، ولو فرضنا ان المتوفي ترك 120 مليون دينار جزائري لكانت قيمة السهم الواحد تساوي 5 مليون، ما يعني أن الزوجة تأخذ 15 مليون، وهو ثمن التركة، بينما تأخذ البنات ما تبقى من التركة فرضا وردا (105 مليون)، يقسمه بالتساوي، فتأخذ كل واحدة 35 مليون دينار.

ب- وجود أحد الزوجين مع أصناف مختلفة ممن يرد عليهم، وهنا نجعل مسألتين:

- مسألة الرد الأولى، نجعلها من مقام فرض صاحب الزوجية ونعطيه فرضه، ونجعل الباقي مشتركاً بين جميع الورثة الذين يُرد عليه، وتعرف بمسألة الرد الأولى.

- نجعل مسألة الرد الثانية تخص فقط من يُرد عليهم، ونجعلها تماماً كما لو لم يكن معهم أحد الزوجين، ونرد أصل المسألة إلى مجموع سهامهم⁽¹⁾.

- نضع مسألة جامعة لكل الورثة، يكون لها أصل جامع وفق القواعد العامة المعروفة في الميراث، ونمنح كل وارث حقه، ومثال ذلك:

- مات عن: زوجة وأم وأخ لأم.

¹- مسعود الهلالي، المرجع السابق، ص 174.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

- نحل المسألة بشكل عادي لتبين وجود الرد من عدمه.

الورثة	الفروض	التبرير	أصل المسألة 12رد إلى 9
الزوجة	1/4	لانعدام الفرع الوارث	3
الأم	3/1	لانعدام الفرع الوارث والجمع من الإخوة	4
الأخ لأم	6/1	لانفراده	2

تبين وجود الرد في المسألة من 12 على 9، وعليه نحل مسألة كالتالي.

- المسألة الردية الأولى: نجعل أصلها من مقام فرض الزوج.

الورثة	الفروض	أصل المسألة 4
الزوجة	4/1	1
الأم	3/1	3
الأخ لأم	6/1	

- المسألة الردية الثانية:

الورثة	الفروض	أصل المسألة 6	أصل المسألة بعد الرد 3
الأم	3/1	2	2
الأخ لأم	6/1	1	1

- المسألة الجامعة.

الورثة	الفروض	أصل المسألة الردية الأولى 4	/	أصل المسألة الجامعة 4
الزوجة	4/1	1	/	1
/	/	/	أصل المسألة الردية الثانية 3، وهو يتماثل مع أسهم باقي الورثة	/
الأم	3/1	3	2	2
الأخ لأم	6/1		1	1

إن نخلص إلى أن أحكام الرد لا تقصي المرأة منه، إلا إذا كانت زوجة ووجد ورثة آخرون ولو من ذوي الأرحام، ولا يعتبر ذلك تمييزاً لها كإمرأة، لأن هذا الحكم يطبق حتى على الزوج، وإنما مرجع ذلك لطبيعة العلاقة القائمة بينهما، والتي تتمثل في الزوجية المنتهية بالوفاة أمام علاقة القرابة بالدم الدائمة التي لا تزول مع باقي الورثة، فالمشرع يميز بين طبيعة العلاقة التي تربط المتوفي بوارثه، فجعل علاقة الزوجية أقل قوة من علاقة القرابة بالدم، فقرر الرد على كل الورثة في الحالة الثانية، عكس الحالة الأولى التي تشمل الزوجين، وكلاهما لا يرد عيهما.

المبحث الثاني:

حالات ميراث المرأة ومقارنتها بحالات ميراث الرجل.

يعتبر نظام الميراث في الاسلام من أدق الأنظمة التي وازنت بين العدل والرحمة، ففرق بين الورثة لا على أساس الذكورة والأنوثة، بل راعى معايير أخرى عديدة كدرجة القرب من الميت، والأعباء المالية، والحاجة المالية للوارث، ورغم شيوع القاعدة العامة "للذكر مثل حظ الأنثيين" مما جعل أحكام الميراث المستمدة من الشريعة الإسلامية منتقدة بأنها تميز بين المرأة والرجل، وتعطي أفضلية له على حسابها، غير أن الحقيقة مختلفة عن ذلك تماما، وهو ما سنكتشفه من خلال هذا المبحث.

المطلب الأول:

حالات تساوي المرأة مع الرجل في الميراث.

إن التأمل في تفاصيل أنصبة الميراث، واستقراء مختلف مسائل الميراث يبين وجود حالات كثيرة يتساوى فيها ميراث المرأة مع ميراث الرجل، وهو ما سنحاول دراسته خلال هذا المطلب.

الفرع الأول: حالة الاتحاد في جهة القرابة للميت.

إن توريث القريب وتحديد نصيبه أو حجه من الميراث يخضع لضوابط ومعايير محددة، سواء فيما يخص أصحاب الفروض، حيث روعيت في فرضها أو تقديرها، أو فيما يخص أصحاب العصابات الذين تتم المفاضلة بينهم على أساسها، وهي تتمثل في:

- **الجهة:** وهي الجهة التي يتصل بها الوارث بالميت، وهي أربع:

- جهة البنوة: تتعلق بالأبناء وأولادهم مهما نزلوا.

- جهة الأبوة: وتتعلق بالأصول مهما علوا.

- جهة الأخوة: وهي خاصة بالأخوة وأولادهم مهما نزلوا.

- جهة العمومة: وهي تخص الأعمام وأولادهم مهما نزلوا.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

- **الدرجة:** وهي التي تحدد قرب الوارث أو بعده من المورث في حالة اتحاد في الجهة، فيقدم الابن على ابن الابن، والأخ على ابن الأخ... وهكذا.

- **قوة القرابة:** إذا اتحدت الجهة والدرجة يتم اللجوء إلى الأقوى قرابة من الميت، وهذا يتجسد في جهة الأخوة والعمومة، فالأخ الشقيق أقوى من الأخ لأب أو أم، لذا يقدم عليه⁽¹⁾.

فإذا اتحدت جهة القرابة هناك حالات كثيرة تتساوى فيها المرأة مع الرجل في الميراث، سواء اتحدت معه في الدرجة أو قوة القرابة أو لم تتحد، نذكر بعضها فيما يلي:

أولاً- حالات تساوي ميراث الفروع: إن تساوي ميراث الأنثى مع الذكر الذي يساويها في الدرجة وقوة القرابة على مستوى فروع الميت يجد مجالاً ضيقاً للتطبيق، وذلك بسبب خضوعهم لقاعدة "للذكر مثل حظ الأنثيين"، ورغم ذلك نجد العديد من الحالات التي يتساوى فيها الفرع الأنثوي مع الذكري الأدنى منها درجة، ومنها:

1- حالة تساوي البنات مع الفرع المذكر الأدنى درجة منها، مثلاً:

- توفي عن 4 بنات وأم وابن ابن.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة 6
4 بنات	3/2	للتعدد.	4 لكل واحدة سهم
أم	6/1	لوجود الفرع الوارث	1
ابن ابن	الباقي	لأنه من العصابات	1

- عند وجود بنتين وابن ابن مهما نزل، حيث:

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 3
بنتين	3/2	للتعدد وانعدام المعصب	2
			1

¹- محمد محدة، المرجع السابق، ص 194-195.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

ابن ابن	الباقي تعصيبا	لأنه من العصابات	1
---------	---------------	------------------	---

فأخذت البنت الواحدة نفس نصيب ابن الابن.

2- حالة تساوي بنات الابن مع الفرع المذكر الأدنى درجة منها، وذلك سواء كانت بنت الإبن منفردة أو متعددة.

أ- حالة انفراد بنت الابن، مثلا: توفي عن: بنت وبنت ابن وأم وابن ابن ابن.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة 6
بنت	2/1	لانفرادها.	3
بنت ابن	6/1	تكلمة الثلثين، لانفرادها مع بنت الصلب	1
أم	6/1	لوجود الفرع الوارث	1
ابن ابن ابن	الباقي تعصيبا		1

ب- حالة تعدد بنات الابن: مثال ذلك:

- توفيت عن: 4 بنات ابن وجدة وابن ابن ابن.

الوارث	النصيب	التبرير	أصل المسألة 6
4 بنات ابن	3/2	للتعدد.	4
جدة	6/1	لوجود الفرع الوارث	1
ابن ابن ابن	الباقي تعصيبا	عصبة بالنفس	1

- توفي عن: 8 بنات ابن وجدة و2 ابن ابن.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة 6	12
--------	--------	---------	---------------	----

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

8 بنات ابن	3/2	للتعدد.	4	8 لكل واحدة سهم
جدة	6/1	لوجود الفرع الوارث	1	2
2 ابن ابن ابن	الباقى تعصيبا		1	1 لكل واحد سهم

ثانيا - حالات تساوي ميراث الأصول: قد يتساوى ميراث الأصول من نفس الدرجة كالأب والأم أو الجد والجدة، وقد يختلفون في الدرجة، كالجد مع الأم، أو الجدة مع الأب، وذلك حسب الحالات التالية:

1- حالات تساوي ميراث الأبوين: ترث الأم مثل الأب، ولكل منهما السدس إذا اجتمعا مع الفرع الوارث حسب الحالات التالية:

أ- إذا اجتمعت الأم مع الأب والفرع الوارث المذكر مهما نزل، سواء كان منفردا أو وجد معه إخوة إناثا أو ذكورا، فإن نصيب الأم وهو السدس يعادل نصيب الأب وهو السدس أيضا، فيما يأخذ الابن أو الأبناء الباقي تعصيبا، ويستوي في ذلك أن يكون المتوفى ذكرا أو أنثى، مثال:

- ماتت عن أم وابن ابن.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة 6
الأب	6/1 فرضا	لوجود الفرع الوارث المذكر	1
الأم	6/1 فرضا	لوجود الفرع الوارث مطلقا	1
ابن ابن	الباقى تعصيبا	انعدام الحاجب	4

- ماتت عن أب وأم وابن و3 بنات وأخ.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة 6
--------	--------	---------	---------------

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

1	لوجود الفرع الوارث المذكر	6/1	الأب
1	لوجود الفرع الوارث	6/1	الأم
4 يقسمونها وفقا لقاعدة "للذكر مثل حظ الأنثيين"	لأنه من العصابات	الباقى	ابن و 3 بنات
0	لوجود الأصل المذكر والفرع الوارث المذكر	محجوب حجب حرمان	أخ

ب- إذا اجتمع الأبوين مع الفرع الوارث المؤنث، سواء كان متعددًا بوجود البنات أو بنات الابن أو وجودهما معاً⁽¹⁾، أو منفردًا بوجود الزوج.

ب.1- حالة تعدد الفرع الوارث المؤنث، سواء كن بنات فقط أو بنات ابن فقط أو كن معاً، ويتضح ذلك من خلال الأمثلة التالية:

مثال 01: مات عن: أب وأم وبنتين، فلأب السدس ولأم السدس وللبنتين الثلثين.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة 6	الأسهم
الأب	6/1 فرضاً والباقي تعصيباً	لوجود الفرع الوارث المؤنث	0+1	1
الأم	6/1 فرضاً	لوجود الفرع الوارث	1	1
بنتين	3/2 فرضاً	للتعدد وانعدام الحاجب أو المعصب	4	2
				2

مثال 02: توفيت عن أب، أم، بنت، بنتي ابن.

¹ - محمد أحمد شحاتة حسين، الميراث الأنثوي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2013، ص 42-43.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

أصل المسألة 6	التبرير	الفروض	الوارث
1=0+1	لوجود الفرع الوارث المؤنث.	6/1 + الباقي تعصيبا	أب
1	لوجود الفرع الوارث	6/1	أم
3	لانفرادها وانعدام الحاجب أو المعصب	1/2	بنت
1 يفتسمنه بالتساوي	تكلمة الثلثين	6/1	2 بنات ابن

ب.2- حالة انفراد الفرع الوارث المؤنث ووجود الزوج: وذلك بوجود البنت أو بنت الابن فقط مهما نزلت عند وجود الزوج، كما لو توفيت امرأة عن أب وأم وبنت وزوج:

أصل المسألة 12 عول إلى 13	التبرير	الفروض	الوارث
0 + 2	لوجود الفرع الوارث المؤنث	6/1 + الباقي تعصيبا	أب
2	لوجود الفرع الوارث	6/1	أم
3	لوجود الفرع الوارث	1/4	زوج
6	لانفرادها وانعدام المعصب والحاجب	1/2	بنت

نلاحظ أنه لم يتبق شيء للعصبة، فيأخذ الأب السدس فقط تماما كالأم.

2- حالات تساوي ميراث الجدين: يتساوى ميراث الجدين⁽¹⁾ عندما ترث الجدة السدس لما ينعلم الحاجب، ويرث الجد السدس أيضا عند انعدام الحاجب وهو الأب، فيأخذ نفس نصيبه على نحو ما سبق بيانه، وتصح بشأنه الأمثلة السابقة المتعلقة بالأب مع استبداله به، شريطة

¹ - قد تكون الجدة هنا لأب، حيث تتساوى تماما مع الجد الصحيح، وقد تكون لأم حيث لا تتساوى مع الجد تماما، فيكون هو من جهة الأب فيما تكون هي من جهة الأم، غير أن حكم تساويهما من حيث الميراث واحد.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

انعدام الإخوة، حيث يأخذ الأفضل بين السدس والثالث وثالث الباقي⁽¹⁾، على ألا يقل نصيبه عن السدس.

ولتحقق هذه المساواة يتعين أن تكون الجدة منفردة، لأنهن إذا تعددن يقتسمن السدس، مما يجعل نصيب الجد أكثر من الجدة الواحدة، ويمكن التطرق لبعض حالات تحقق المساواة هنا فيما يلي:

أ- حالة وجود الفرع الوارث المذكر: حيث يحل محل الأب، ويأخذ نفس نصيبه.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة 6
جد	6/1	لانعدام الحاجب ووجود الفرع الوارث المذكر	1
جدة	6/1	لانعدام الحاجب	1
2 ابن	الباقي	لأنه من العصبات	4
			2
			2

فتعادلت الجدة مع الجد، حيث أخذت سهما واحدا وهو كذلك.

ب- حالة وجود الفرع الوارث المؤنث: وتتحقق المساواة سواء تعددن، أو انفردن مع وجود أحد الزوجين.

ب.1- تعدد الفرع الوارث المؤنث، سواء وجد معهم زوج أو زوجة أم لا، وسواء وجد معهم إخوة أو لا.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة 24 عالت إلى 27
جد	6/1	لانعدام الحاجب ووجود الفرع الوارث المذكر.	4

¹ - محمد محدة، المرجع السابق، ص 157-162.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

4	لانعدام الحاجب.	6/1	جدة
2	للتعدد.	3/2	2 بنات
2			
3	لوجود الفرع الوارث.	8/1	زوجة

فلو وجد الزوج لكان فرضه الربع لوجود الفرع الوارث مطلقاً، وكان نصيبه 3 أسهم مع عول المسألة من 12 إلى 15، فسواء وجد الزوج أو الزوجة، فإن نصيب الجد لا يتغير ويبقى مساو لنصيب الجدة، وحتى لو وجد الإخوة فيبقى الحال على حاله، لأنهم من العصبات الذين لا يتبقى لهم شيء في حالة عول المسألة.

ب.2- حالة انفراد الفرع المؤنث مع وجود الزوج أو الزوجة، سواء وجد الإخوة أو لا.

ب.1.2- حالة وجود الزوج.

أصل المسألة 12 عالت إلى 13	التبرير	الفروض	الوارث
2	لانعدام الحاجب ووجود الفرع الوارث المؤنث، ولأن لسدس أفضل له.	6/1	جد
2	لانعدام الحاجب.	6/1	جدة
6	لانفرادها.	1/2	بنت
3	لوجود الفرع الوارث.	1/4	زوج
0	لأنهم من العصبات	الباقى	إخوة أشقاء

نفس الحكم لو وجد الإخوة لأب، أما لو وجد الإخوة لأم فإنهم يحجبون حجب حرمان بالبنت.

ب.2.2- حالة وجود الزوجة.

أصل المسألة 24	التبرير	الفروض	الوارث
4	لانعدام الحاجب ووجود الفرع الوارث المؤنث،	6/1	جد

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

	ولأن سدس المال أفضل له.		
4	لانعدام الحاجب.	6/1	جدة
12	لانفرادها.	1/2	بنت
3	لوجود الفرع الوارث مطلقا.	8/1	زوجة
1	لأنهم من العصبات	الباقى	إخوة أشقاء

واضح أن سدس المال أفضل للجد من مقاسمة الإخوة أو ثلث الباقي، ويسري نفس الحكم لو كان الإخوة لأب محل الإخوة الأشقاء، أما الإخوة لأم فهم محجوبون بالفرع الوارث المؤنث.

ج- حالة وجود صاحب نصف كزوج أو بنت إضافة إلى أخ أو أختين فأكثر، ذكورا أو إناثا أو مختلطين، حيث نصيب الجد الأوفر هو السدس⁽¹⁾.

أصل المسألة 6.	التبرير	الفروض	الوارث
1	لعدم ووجود الفرع الوارث المذكر.	6/1	جد
1	لانعدام الحاجب.	6/1	جدة
3	لانفرادها.	1/2	بنت
1	لأنه من العصبات	الباقى	أخ شقيق

يتساوى نصيب الجد هنا بين المقاسمة أو سدس المال، وكلاهما يساوي السدس، وهو نفس نصيب الجدة، وهو نفس الحكم لو وجدت أختين فأكثر، أو تعدد الإخوة، ذكورا أو إناثا، أشقاء أو لأب، كما أنه يسري نفس الحكم لو وجد الزوج محل البنت.

3- تساوي ميراث الأم مع الجد: وذلك يكون في حال انعدام الأب، وانعدام الإخوة أو وجودهم وكان الأفضل له يساوي نصيب الأم، وهي لا تخرج عن حالات تساوي الأم مع الأب، أو الجدة مع الجد.

¹ - العشي نوارة، المرجع السابق، ص 66.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

4- تساوي ميراث الجدة لأم مع الأب: إن التساوي بين الأصول في الميراث ليس حكرا على الأبوين أو الجدين فقط، بل قد تتساوى الجدة البعيدة مع الأب القريب، وذلك في حالات عديدة، منها:

- حالة وفاة رجل أو امرأة عن أب وأم الأم وفرع وارث مذكر، فتوزع التركة كالتالي:

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة 6
أب	6/1	لوجود الفرع الوارث المذكر	1
أم أم	6/1	لوجود الفرع الوارث المذكر، وانعدام الحاجب	1
ابن	الباقي	لأنه عاصب بنفسه	4

- حالة وفاة رجل أو امرأة عن أب وأم الأم وفرع وارث مؤنث متعدد.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة 6
أب	6/1	لوجود الفرع الوارث المذكر	1
أم أم	6/1	لوجود الفرع الوارث المذكر، وانعدام الحاجب	1
بننتين	3/2	للتعدد	4

ثالثا- حالات تساوي ميراث الإخوة.

يحكم ميراث الأخت عند وجودها مع الأخ الذي يساويها في الدرجة وقوة القرابة قاعدة "للذكر مثل حظ الأنثيين"، حيث تأخذ نصف ما يأخذ من الميراث، ما عدا الإخوة لأم، حيث تتساوى الأخت لأم مع أخيها، ورغم ذلك فإنه توجد حالات تأخذ فيها مثله، أما إذا اختلفت معه في القرب أو قوة القرابة فإنها تأخذ أقل منه، إلا في بعض الحالات أيضا، وهو ما سنتطرق إليه فيما يأتي.

1- الاتحاد في الجهة والدرجة وقوة القرابة.

أ- تساوي ميراث الإخوة لأم: يتميز ميراث الأخوة لأم بميزات تفرقه عن ميراث غيره من الإخوة، وتجعل لهم نظاما خاصا تتساوى بموجبه الأنثى بالذكر، حيث تجمد بشأنهم قاعدة "للذكر مثل حظ الأنثيين"، وقد ذكرهم المشرع الجزائري في المادتين 2/148 و7/149 ق.أ،

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

وهو مستمد من قوله تعالى: "وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث"⁽¹⁾.

وهذا النص ظاهر الدلالة على تساوي حظ المرأة مع الرجل إن كانت الأخوة من جهة الأم، حيث تأخذ الأخت لأم السدس إذا انفردت كالأخ لأم، فيما تتقاسم معه الثلث إذا اجتمعت معه أو مع إختها ذكورا أو إناثا، وذلك على قدم المساواة، ومن أمثلة ذلك:

- توفيت عن: زوج، أم، أخ لأم ونفس الحكم لو تركت أختا لأم بدل الأخ لأم.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 6
زوج	1/2	لانعدام الفرع الوارث مطلقا.	3
أم	1/3	لانعدام الفرع الوارث والجمع من الأخوة.	2
أخ لأم	1/6	لانفراده وانعدام الحاجب.	1
لو تركت أختا لأم			
زوج	1/2	لانعدام الفرع الوارث مطلقا.	3
أم	1/3	لانعدام الفرع الوارث والجمع من الإخوة.	2
أخت لأم	1/6	لانفرادها وانعدام الحاجب.	1

- توفي عن: زوج، أم، أخ لأم وأخت لأم.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 6
زوج	1/2	لانعدام الفرع الوارث مطلقا.	3
أم	1/6	لوجود الجمع من الإخوة لأم	1
أخ لأم أخت لأم	1/3	للتعدد وانعدام الحاجب	2 يتقسمونها بالتساوي للذكر مثل الأنثى.

ب- تساوي ميراث الإخوة الأشقاء: يتساوى ميراث الأخت الشقيقة بالأخ الشقيق في بعض الحالات، منها:

¹ - الآية 12 من سورة النساء.

ب.1- في المسألة المشتركة: يتساوى الإخوة والأخوات الأشقاء في الميراث، حيث تأخذ الأخت الشقيقة مثل الأخ الشقيق، وذلك في المسألة المشتركة التي تناولها المشرع الجزائري في المادة 176 ق.أ، والتي جاء فيها: "يأخذ الذكر من الإخوة كالأنتى في المسألة المشتركة وهي، زوج وأم أو جدة وإخوة لأم، وإخوة أشقاء، فيشتركان في الثلث الإخوة لأم والإخوة الأشقاء الذكور والإناث في ذلك سواء على عدد رؤوسهم، لأن جميعهم من أم واحدة".

- فإذا ماتت امرأة عن: زوج، أم، إخوة لأم (ذكورا وإناثا) وإخوة أشقاء (ذكورا وإناثا).

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة 6
زوج	1/2	لانعدام الفرع الوارث مطلقا	3
أم	6/1	لوجود الجمع من الاخوة	1
إخوة لأم	3/1	للتعدد	2
وإخوة أشقاء	الباقى	لأنه من العصابات	0

حيث يأخذ الزوج النصف، والأم السدس، والأختين لأم الثلث، بينما يأخذ الأخ الشقيق الباقي، وتتأصل المسألة من ستة، للزوج ثلاثة، وللأم واحد، وللإخوة لأم إثنان، وبهذا يستغرق جميع المال فلم يبق للشقيق شيء.

لقد عرضت هذه المسألة على عمر بن الخطاب- رضي الله عنه- الذي ورثهم على نحو ما سبق بناء على القاعدة العامة للتوريث التي تقضي بتقديم أصحاب الفروض، فإذا استنفذ كامل المال فليس للعاصب شيء، غير أن الأشقاء يدلون للميت من جهتي الأب والأم معا، فيما يدلي الإخوة لأم بالأم فقط، والقربة الأولى أقوى، وقد قال الإخوة الأشقاء لعمر عندما أراد إسقاطهم: "هب أن أبانا حجرا ألقى في اليم، أليست أمنا واحدة"، وقد أفتى عمر بن الخطاب في

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

زمن خلافة بعد ذلك بتقسيم الثلث بين الأخوة لأم وبين الإخوة الأشقاء، ووافقه زيد بن ثابت⁽¹⁾،
فقضى كالتالي:

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة 6
زوج	1/2	لانعدام الفرع الوارث مطلقا	3
أم	6/1	لوجود الجمع من الاخوة	1
أختين لأم أخ وأخت شقيقين	شركاء في 3/1 يقسمونه بالتساوي		2

فيقسم الثلث بينهم بالتساوي، ويأخذ الأخ الشقيق مثل الأخت لأم الواحدة والأخت الشقيقة، لأنهم ورثوا باعتبارهم إخوة لأم.

ب.2- تساوي الأخت الشقيقة مع الأخ الشقيق في غير المسألة المشتركة: لا توجد في غير المسألة المشتركة حالات لتساوي ميراث الأخت والأخ الشقيق مجتمعين في مسألة واحدة، غير أن المساواة في ميراثهم في هذه الحالة تتجسد في الحالات التي يوجد فيها أحدهم فقط، وذلك في حالات كثيرة، منها:

- حالة وجود الأخت الشقيقة أو الأخ الشقيق مع الزوج: فالأخت الشقيقة تأخذ نفس نصيب الأخ الشقيق لو كانت هي الورثة.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة 2
زوج	1/2	لانعدام الفرع الوارث مطلق	1
أخت شقيقة	1/2	لانفرادها وانعدام المعصب	1
لو تركت أختا شقيقا			
زوج	1/2	لانعدام الفرع الوارث مطلق	1
أخ شقيق	الباقى	لأنه من العصبات	1

¹ - مولود مخلص الراوي، علم الفرائض والموارث، بغداد 1430هـ - 2006م، ص 72.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

- حالة وجود الفرع الوارث المؤنث مع أخت شقيقة أو أخ شقيق: وذلك سواء وجدا منفردين أو مع ورثة آخرين:

- حالة وجود الفرع الوارث المؤنث منفردا مع أخت شقيقة أو أخ شقيق: حيث يأخذ الفرع الوارث من بنت أو بنت ابن النصف فرضا فيما تأخذ الأخت الشقيقة النصف الباقي، لأنها تشكل عسبة مع الغير، ونفس الحكم لو وجد أخ شقيق، حيث يأخذ النصف الباقي عسبة بالنفس.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 2
بنت	1/2	لانفرادها.	1
أخت شقيقة	الباقي	عسبة مع البنت.	1
لو تركت أبا شقيقا			
بنت	1/2	لانفرادها.	1
أخ شقيق	الباقي	لأنه من العصابات	1

- حالة وجود الفرع الوارث المؤنث مع أخت شقيقة أو أخ شقيق وورثة آرون: وهناك أمثلة كثيرة عن هذه الحالة منها:

- وجود الأخت الشقيقة مع الزوج والبنت، حيث تأخذ نفس النصيب لو وجد الأخ الشقيق.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 4
زوج	1/4	لانعدام الفرع الوارث.	1
بنت	1/2	لانفرادها.	2
أخت شقيقة	الباقي	عسبة مع البنت.	1
لو تركت أبا شقيقا			
زوج	1/4	لانعدام الفرع الوارث.	1
بنت	1/2	لانفرادها.	2
أخ شقيق	الباقي	عسبة بالنفس.	1

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

- وجود أخت شقيقة أو أخ شقيق مع بنت وبنت ابن وزوجة:

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 24
بنت	1/2	لانفرادها.	12
بنت ابن	6/1	تكملة الثلثين لانفراد البنت	4
زوجة	8/1	لوجود الفرع الوارث.	3
أخت شقيقة	الباقي	عصبة مع البنت.	5
لو تركت أخت شقيقا			
بنت	1/2	لانفرادها.	12
بنت ابن	6/1	تكملة الثلثين لانفراد البنت	4
زوجة	8/1	لوجود الفرع الوارث.	3
أخ شقيق	الباقي	عصبة بالنفس.	5

ج- تساوي ميراث الإخوة لأب: إن المسألة المشتركة التي سبق تناولها في حالة الإخوة الأشقاء مع الإخوة لأم لا يمكن تطبيقها على الأخوة لأب، لأنهم لا يشتركون مع الإخوة لأم في الأصل، لذا لا يمكن اشتراكهم معهم، غير أنه توجد تطبيقات عديدة تتساوى فيها الأخت لأب مع الأخ لأب.

- وجود زوج وأخت لأب أو أخ لأب، فالأخت لأب تأخذ نفس نصيب الأخ الشقيق لو كانت هي الوارثة.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة 2
زوج	1/2	لانعدام الفرع الوارث مطلق	1
أخت لأب	1/2	لانفرادها وانعدام المعصب	1
لو تركت أخت لأب			
زوج	1/2	لانعدام الفرع الوارث مطلق	1
أخ لأب	الباقي	لأنه من العصبات	1

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

- حالة وجود البنت مع الأخ لأب أو الأخت لأب.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 2
بنت	1/2	لانفرادها.	1
أخت لأب	الباقي	عصبة مع البنت.	1
لو تركت أخت لأب			
بنت	1/2	لانفرادها.	1
أخ لأب	الباقي	لأنه من العصبات	1

- وجود الأخت لأب مع الزوج والبنت، حيث تأخذ نفس النصيب لو وجد الأخ لأب.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 4
زوج	1/4	لانعدام الفرع الوارث.	1
بنت	1/2	لانفرادها.	2
أخت لأب	الباقي	عصبة مع البنت.	1
لو تركت أخت لأب			
زوج	1/4	لانعدام الفرع الوارث.	1
بنت	1/2	لانفرادها.	2
أخ لأب	الباقي	لأنه من العصبات.	1

مما سبق يتضح أن المرأة عندما تتواجد في نفس ظروف الذكر المساوي لها في الجهة والدرجة وقوة القرابة فإنها تأخذ مثله تماما، مما يدل أن عدم مساواتها له عند تواجدهما في مسألة واحدة ليس بسبب التمييز ضدها، بل لأسباب أخرى.

2- الاتحاد في الجهة والدرجة دون قوة القرابة.

أ- تساوي ميراث الأخت الشقيقة مع الأخ لأب أو أم: ويحدث ذلك وفق الحالتين التاليتين:

أ.1- تساوي الأخت الشقيقة مع الأخ لأب: لهذه الحالة عدة تطبيقات، منها:

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

- عند وجودهما معا دون ورثة آخرين، حيث تأخذ الأخت الشقيقة النصف فرضا، ويأخذ الأخ لأب الباقي تعصيبا.

أصل المسألة 2	التبرير	الفروض	الوارث
1	لانفرادها	2/1	أخت شقيقة
1	لأنه من العصبات	الباقي	أخ لأب

- عند وجود 4 أخوات شقيقات وجدة وأخ لأب.

أصل المسألة من 6	التبرير	الفروض	الوارث
4 سهم 1 لكل بنت	للتعدد	3/2	4 أخوات شقيقات
1	لانعدام الحاجب	6/1	جدة
1	عصبة بالنفس	الباقي	أخ لأب

أ.2- تساوي الأخت الشقيقة مع الأخ لأم: تحدث هذه المساواة في المسألة المشتركة التي سبق أي تطرقنا لها، والتي يقسم وفقها الإخوة جميعا ثلث التركة، وهو فرض الإخوة لأم، فتأخذ فيها الأخت الشقيقة مثل الأخ لأم.

ب- تساوي ميراث الأخت لأم مع الأخ الشقيق أو لأب: ويتم ذلك حسب الحالتين التاليتين:

ب.1- تساوي ميراث الأخت لأم مع الأخ الشقيق: ويحدث ذلك في المسألة المشتركة وفي غيرها:

- تساوي الأخت لأم مع الأخ الشقيق في المسألة المشتركة: تعتبر المسألة المشتركة من أهم تطبيقات هذه الحالة، حيث تأخذ الأخت لأم نفس نصيب الأخ الشقيق، رغم عدم تساويهما من حيث قوة القرابة، حيث يكون هو أقوى منها.

- تساوي الأخت لأم مع الأخ الشقيق دون تشريك: رأينا سابقا حالة تساوي الأخت لأم مع الأخ لأم، وتساوي الأخت لأم مع الأخ الشقيق في المسألة المشتركة، غير أنه يمكن أن تتساوي الأخت لأم، وهي أبعد قرابة مع الأخ الشقيق وهو الأدنى قرابة، وذلك في عدة حالات، مثل:

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

- وجود زوج مع أم وأخت لأم وأخ شقيق.

أصل المسألة من 6	التبرير	الفروض	الوارث
3	لانعدام الفرع الوارث.	$\frac{1}{2}$	زوج
1	لوجود الجمع من الاخوة.	$\frac{6}{1}$	أم
1	لانفرادها.	$\frac{6}{1}$	أخت لأم
1	لأنه من العصبات.	الباقى.	أخ شقيق

- وجود زوج وأم وأختان لأم وأخ شقيق.

أصل المسألة من 6	التبرير	الفروض	الوارث
3	لانعدام الفرع الوارث.	$\frac{1}{2}$	زوج
1	لوجود الجمع من الاخوة.	$\frac{6}{1}$	أم
1	للتعدد.	$\frac{3}{1}$	أختان لأم
2			
1	لأنه من العصبات.	الباقى.	أخ شقيق

- تساوي الأخت لأم مع الأخ لأب: حيث تأخذ مثل ما يأخذ في بعض الحالات، منها:

- توفيت عن: زوج، أم، أخت لأم، أخ لأب.

أصل المسألة من 6	التبرير	الفروض	الوارث
3	لانعدام الفرع الوارث.	$\frac{1}{2}$	زوج
1	لوجود الجمع من الاخوة.	$\frac{6}{1}$	أم
1	لانفرادها.	$\frac{6}{1}$	أخت لأم
1	لأنه من العصبات.	الباقى	أخ لأب

- توفيت عن: زوج وأم وأختان لأم وأخ شقيق.

أصل المسألة من 6	التبرير	الفروض	الوارث
------------------	---------	--------	--------

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

3	لانعدام الفرع الوارث.	1/2	زوج
1	لوجود الجمع من الاخوة.	6/1	أم
1	للتعدد.	3/1	أختان لأم
1			
1	لأنه من العصبات.	الباقى تعصيبا.	أخ لأب

- توفي عن: أخت شقيقة وأخت لأب وأخ لأم وعم.

أصل المسألة من 6	التبرير	الفروض	الوارث
3	لانفرادها	1/2	أخت شقيقة
1	تكلمة الثلثين	6/1	أخت لأب
1	لانفراده	6/1	أخ لأم
1	لأنه من العصبات	الباقى	عم

ب.2- تساوى ميراث الأخت لأب مع لأم: لا يمكن للأخت لأب أن تتساوى مع الأخ الشقيق، لأن وجوده يحجبها حجب حرمان، أما مع الأخ لأم فيمكن أن تتساوى معه في حالات كثيرة، منها:

- حالة وجود زوجة وأخت شقيقة وأخت لأب وأخ لأم، حيث تأخذ الأخت لأب السدس تكلمة الثلثين مع الأخت الشقيقة، فيما يأخذ الأخ لأم السدس فرضا.

أصل المسألة من 12 عول 13	التبرير	الفروض	الوارث
6	لانفرادها	1/2	أخت شقيقة
2	تكلمة الثلثين لانفراد الأخت ش	6/1	أخت لأب
2	لانفراده	6/1	أخ لأم
3	لانعدام الفرع الوارث	4/1	زوجة

- حالة وجود: 4 أخوات لأب وأخ لأم وزوجة.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 12 عول 13
4 أخت لأب	3/2	للتعدد	8
أخ لأم	6/1	لانفراده	2
زوجة	4/1	لانعدام الفرع الوارث	3

رابعاً- حالة الانفراد بالتركة مع وجود أحد الزوجين أو عدمه: يجب أن نفرق في هذه الحالة بين وجود أحد الزوجين أو عدم وجودهما، وسبب ذلك أن الزوجين لا يتم الرد عليهما حسب المادة 167 ق.أ، وما تطرقنا له سابقاً، وتتساوى في هذه الحالة كل النساء مع كل الرجال الوارثون، مهما اختلفت الجهة أو الدرجة أو قوة القرابة:

1- انفرد الوارث دون وجود أحد الزوجين: وهي الحالة التي يوجد فيها وارث واحد فقط دون أي وارث آخر، وهي تشمل كل جهات الميراث، وكل الوارثين دون استثناء، نساء أو رجالاً.

أ- جهة الأبوة: ويستوي في ذلك:

- الأبوين: فسواء وجدت الأم أو الأب منفرداً لأخذ كامل التركة، حيث يأخذها الأب بالتعصيب، باعتباره من أصحاب العصبات، أما الأم فتأخذ الثلث فرضاً والباقي رداً.
- الجددين: إذا وجدت الجدة أو الجد منفرداً لأخذ كامل التركة، حيث يأخذها الجد بالتعصيب، باعتباره من أصحاب العصبات، أما الجدة فتأخذ السدس فرضاً والباقي رداً.

ب- جهة البنوة: إن الأصل فروع الميت عند اتحادهم في الجهة والدرجة وقوة القرابة تطبق بشأنهم قاعدة "للذكر مثل حظ الأنثيين"، غير أنه متى وجد أحدهم منفرداً، فإنه يأخذ كامل التركة، فلو كان ذكراً لأخذها تعصيباً أما لو كانت أنثى لأخذت النصف فرضاً والباقي رداً، ولا يؤثر في ذلك قرب أو بعد الوارث من الميت، فلو انفردت البنت لأخذت كل التركة تماماً كما لو انفردت بنت الابن مثلاً.

ونفس الحكم لو تعدد الفرع الوارث المؤنث منفرداً بالتركة، كمن توفي عن بنتين، حيث تأخذن الثلثين فرضاً والباقي رداً، فيكون لكل منهما النصف، ولو ترك ذكرين لأخذ كل التركة تعصيباً، لكل منهما النصف.

ج- جهة الأخوة: إن ما يسرى على الأصول والفروع يسري أيضا على الإخوة، فلو وجدت الأخت الشقيقة أو لأب أو الأخ الشقيق أو لأب منفردا لأخذ كامل التركة، حيث يأخذها الأخ بالتعصيب، باعتباره من أصحاب العصابات، أما الأخت فتأخذ النصف فرضا والباقي ردا، وأيضا لو وجدت الأخت لأم أو الأخ لأم لأخذ كامل التركة، السدس فرضا والباقي ردا.

ويلاحظ هنا أن الأخت الشقيقة أو لأب أو لأم في حالة الانفراد يأخذ كامل التركة تماما كالإخوة الأشقاء أو لأب، حيث لا تؤثر قوة القرابة ولا حتى درجتها في الميراث في هذه الحالة.

د- جهة العمومة: إن العم الشقيق أو لأب وأبنائهم مهما نزلوا من العصابات، فإذا وجد أحدهم منفردا لأخذ كامل التركة تعصيبا، أما ما يقابلهم من النساء من عمّة شقيقة أو لأب أو لأم فإنهن لا يرثن، لأنهن من ذوي الأرحام، غير أنه إذا وجدت إحداهن منفردة، فإنها تأخذ كامل التركة، ونفس الحكم بالنسبة للعم لأم وفروعه مهما نزلوا.

ويلاحظ أن وجود أي قريب من جهة العمومة منفردا يأخذ كامل التركة، سواء كان عاصبا أو من ذوي الأرحام، وسواء كان ذكرا أو أنثى، ولا اعتبار لدرجة أو قوة القرابة.

هـ - ذوي الأرحام: لا يرث ذوي الأرحام إلا عند انعدام أصحاب الفروض⁽¹⁾ والعصابات، حيث يأخذ أيا منهم وجد منفردا كامل التركة.

ويقصد بالانفراد عدم وجود أصحاب الفروض والعصابات معا، أما لو وجد معهم ذوي أرحام آخرين، فإنه يرث الأقرب إلى الميت وفقا لطريقة أهل القرابة التي تبناها المشرع الجزائري⁽²⁾.

هـ - الزوجين: يرث الزوجان بالفرض، ويختلف نصيب الزوجة على نصيب الزوج، غير أنها ترث مثل ما يرث لو وجد أيا منهما منفردا، حيث يأخذ هو النصف فرضا والباقي ردا، وتأخذ هي الربع فرضا والباقي ردا، ولكن لتحقيق ذلك لا بد من عدم وجود أصحاب الفروض والعصابات معا، وأيضا انعدام ذوي الأرحام، وإلا رد عليهم، وذلك حسب المادة 2/167 ق.أ، حسب ما تم التطرق إليه سابقا.

¹ - ما عدا الزوجين، حيث يرث ذوي الأرحام بوجود أحدهما، لأنهما لا يرد عليهما.

² - سعيد بويزري، المرجع السابق، ص 96.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

وفيما يلي جدول توضيحي يتناول بعض الأمثلة عن تساوي أنصبة النساء مع الرجال.

الوارث	حظه من التركة	الوارثة	حظها من التركة
أب	كل التركة تعصيبا	أم	3/1 فرضا والباقي ردا
جد	كل التركة تعصيبا	جدة	6/1 فرضا والباقي ردا
ابن	كل التركة تعصيبا	بنت	1/2 فرضا والباقي ردا
أخ شقيق أو لأب	كل التركة تعصيبا	أخت شقيقة أو لأب	1/2 فرضا والباقي ردا
أخ لأم	6/1 فرضا والباقي ردا	أخت لأم	6/1 فرضا والباقي ردا
عم	كل التركة تعصيبا	عمة	كل التركة لأنها من ذوي الأرحام
ابن عم	كل التركة تعصيبا	بنت عم	كل التركة لأنها من ذوي الأرحام
خال	كل التركة لأنه من ذوي الأرحام	خالة	كل التركة لأنها من ذوي الأرحام
ابن خال	كل التركة لأنها من ذوي الأرحام	بنت خالة	كل التركة لأنها من ذوي الأرحام
زوج	1/2 فرضا والباقي ردا	زوجة	1/4 فرضا والباقي ردا

قد يقال في كل الحالات السابقة أن المرأة أخذت مثل الرجل لعدم وجود من "بحدائها من الرجال"، لكن يمكن الرد بأنه لو كانت المسألة متعلقة بالتمييز ضد المرأة لمنعت من الأخذ أكثر من فرضها حت عند توأجدها منفردة⁽¹⁾.

¹ - صلاح الدين سلطان، ميراث المرأة وقضية المساواة، الطبعة الأولى، نهضة مصر، مصر، 1999، ص 27.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

2- حالة انفراد أحد الورثة بوجود أحد الزوجين: إن الرد كما سبق ورأينا لا يتم على الزوجين إذا وجد أي وارث آخر، سواء كان من أصحاب الفروض أو ذوي الأرحام، حيث يأخذ أحد الزوجين الوارث فرضه، ويأخذ الوارث الأخر كل التركة تعصيباً أو فرضاً ورداً أو باعتباره من ذوي الأرحام.

وفيما يلي أمثلة توضيحية:

- توفيت عن زوج وابن، فيأخذ الزوج الربع والابن الباقي تعصيباً، أما لو تركت بنتاً فإنها تأخذ الباقي فرضاً ورداً، فيستوي نصيبها بنصيب الذكر الذي يساويها في الجهة والدرجة.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 4
زوج	1/4	لوجود الفرع الوارث.	1
ابن	الباقي	لأنه من العصبات	3
لو تركت بنتاً			
زوج	1/4	لوجود الفرع الوارث.	1
بنت	1/2 فرضاً والباقي رداً	لانفرادها	3=1+2

- توفي عن زوجة وأخت شقيقة أو لأب، فتأخذ الزوجة الثمن والأخت ما بقي فرضاً ورداً، أما لو تركت أختاً شقيقاً أو لأب فإنه يأخذ ما بقي تعصيباً.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 8
زوجة	8/1	لوجود الفرع الوارث.	1
أخت شقيقة أو لأب	1/2 فرضاً والباقي رداً	لانفرادها	7=3+4
لو تركت ابناً			
زوجة	8/1	لوجود الفرع الوارث.	1
أخ شقيق أو لأب	الباقي	لأنه من العصبات	7

ولو ترك في هذه الحالة المتوفي أختاً لأب أو أختاً لأم، فإن كلاهما يأخذ السدس فرضاً والباقي رداً، بعد منح الزوجة فرضها وهو الربع.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

وفي كل هذه الحالات نلاحظ تساويًا بين الذكر والأنثى، حيث يأخذون نفس النصيب بغض النظر عن قوة القرابة، فتأخذ الأخت لأم أو لأب إذا انفردت نفس نصيب الأخ الشقيق إذا انفرد.

- نفس الحكم يسري لو توفيت امرأة عن زوج وعم شقيق أو لأب أو عمه شقيقة أو لأب، حيث تأخذ الربع فيما يأخذ العم الباقي تعصيبًا، أو العمة التي تأخذ ما بقي باعتبارها من ذوي الأرحام.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 4
زوجة	¼	لانعدام الفرع الوارث.	1
عم شقيق أو لأب	الباقي	لأنه من العصابات	3
لو تركت ابنا			
زوجة	¼	لانعدام الفرع الوارث.	1
عمة شقيقة أو لأب	الباقي	لأنه من ذوي الأرحام	3

هناك حالات أخرى عديدة ترث فيها المرأة لو وجدت منفردة مع أحد الزوجين نفس ما يرثه الرجل في نفس ظروفها، وهو ما يؤكد أن أحكام الميراث لم توضع على أساس التمييز ضد المرأة بل لاعتبارات أخرى.

الفرع الثاني: حالة عدم الاتحاد في جهة القرابة.

إن تساوي المرأة مع الرجل لا يقتصر حالة انتمائهما لنفس الجهة، بل نجده بشكل أوسع في حالة اختلافهما، حيث نجد حالات كثيرة تتساوى فيها المرأة مع غيرها من الرجال الذين ينتمون إلى جهات مختلفة، وذلك سواء على مستوى الفروض أو العصابات.

أولاً- تساوي المرأة مع غيرها من الرجال أصحاب الفروض.

رغم أن أكثر أصحاب الفروض هن نساء إلا أنه يوجد العديد من الرجال يأخذون نصيبهم بالفرض، وتحدث المساواة بينهما عندما يأخذون نفس الفرض، ولو في ظروف مختلفة، وذلك في عدة حالات، منها:

1- الأصول: وتتمثل في الأم والجدة.

- فالأم تتساوى على مستوى أحد فروضها، وهو السدس الذي تأخذه عند وجود الجمع من الإخوة أو الفرع الوارث مطلقاً، وذلك مع الأخ لأم عند انفراده، (ومع الأب والجد الذين ينتميان لنفس، وقد سبق التطرق لهما، وهما من نس جهتها).

- أما الجدة فتتساوى في فرض السدس مع الأخ لأم عند انفراده، (ونفس الشيء مع الأب والجدنولكنهما من نفس جهتها).

2- الفرع الوارث المؤنث:

- البنت: تأخذ البنت انفرادها النصف وانعدام المعصب، وهو يساوي فرض الزوج من الرجال إذا لم يوجد معه فرع وارث مطلقاً⁽¹⁾.

- بنت الابن: تتماثل بنت الابن مهما نزلت عند انفرادها مع الزوج في فرض النصف، وذلك في حالة عدم وجود البنات الصليات، أما عند وجودهن فإنها- سواء كانت منفردة أو متعددة- ترث السدس تكملة الثلثين، لتتماثل بذلك مع أصحاب السدس من الرجال، وهم: الأخ لأم عند انفراده، والأب عند انعدام الفرع الوارث مطلقاً، والجد عند انعدام الفرع الوارث والأب، أو كان السدس أفضل له بوجوده مع الاخوة.

3- الأخوات: إن الأخوات مهما كانت قوة قرابتهن من المتوفي لا تخرج فروضهن عن الـ 3/2 و 2/1 و 6/1، فإذا كان الثلثين تستأثر به الأخوات الشقيقات في حالة توفر الشروط القانونية، وفي حالة عدم وجودهن تأخذه الأخوات لأب، فإن باقي الفروض تتماثل فيها مع غيرها من الرجال على النحو التالي:

- فرض النصف 1/2: تتساوى في أخذه مع الزوج الذي يأخذه عند انعدام الفرع الوارث مطلقاً كل من:

- الأخت الشقيقة عند انفرادها وانعدام الفرع الوارث مطلقاً وعدم وجود المعصب.

¹- طبعاً لا يمكن وجود البنت هنا مع الزوج، لأنه يأخذ الربع في هذه الحالة، أما المساواة فتتحقق على مستوى الفرض ذاته.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

- الأخت لأب عند انفرادها وانعدام الفرع الوارث مطلقاً والإخوة الأشقاء مطلقاً، وعدم وجود المعصب.

ويستوي أن تتواجد الأخت مع الزوج في ظروف واحدة أو مختلفة، بل قد يتواجدون في مسألة واحدة فيأخذ هو النصف وتأخذ هي النصف:

- لو توفيت عن زوج وأخت شقيقة.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة من 2
زوج	1/2	لعدم وجود الفرع الوارث.	1
أخت شقيقة	1/2	لانفرادها	1

- لو توفيت عن زوج وأخت لأب.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة من 2
زوج	1/2	لعدم وجود الفرع الوارث.	1
أخت لأب	1/2	لانفرادها	1

تعرف هاتين المسألتين بالنصفتين أو اليتيمتين لعدم وجود مسألة أخرى في الفرائض بهذا التقدير النصفى لكل وارث⁽¹⁾.

- فرض السدس 6/1: لا تأخذ الأخت الشقيقة فرض السدس لقربها من الميت، بينما تأخذه:

- الأخت لأب عند انعدام الفرع الوارث مطلقاً والمعصب، وعند وجود الأخت الشقيقة الواحدة، حيث تكمل فرض الثلثين المخصص للبنات، متساوية في ذلك مع الأب الذي يأخذ السدس عند وجود الفرع الوارث، والجد عند وجود الفرع الوارث، أو إذا كان أفضل له في حالة وجود الإخوة، والأخ لأم عند انفرادها.

¹ - سعيد بويزري، المرجع السابق، ص 181.

- الأخت لأم التي ترثه عند انفرادها وانعدام الفرع الوارث مطلقا، والأصل المذكور، متساوية مع الأخ لأم عند انفراده، والأب والجد بالشروط سابقة الذكر.

- الزوجة: تستقل الزوجة بفرض الثمن عند وجود الفرع الوارث مطلقا، حيث لا يوجد من يماثلها فيه لا من الرجال ولا النساء، أما فرض الربع الذي تأخذه عند انعدام الفرع الوارث مطلقا، فيماثلها فيه الزوج عند انعدام الفرع الوارث مطلقا.

يتضح مما سبق أن المرأة تتساوى مع الرجل على مستوى فروض النصف $\frac{1}{2}$ والربع $\frac{1}{4}$ والسدس $\frac{1}{6}$ ، وهو ما يشكل نصفها، أي 0.50 . من نسبة الفروض، وهو ما يدل أن أحكام الفرائض ليست بقصد التمييز ضد المرأة وإلا لجعلت فروضا خاصة بالنساء وأخرى خاصة بالرجال.

ثانيا- تساوي المرأة مع العصبات من الرجال.

هناك الكثير من الحالات التي تتساوى فيها المرأة مع غيرها من الرجال العصبات الذين لا يتساوون معها من الجهة أو الدرجة أو قوة القرابة، ويختلف ذلك بحسب كل حالة:

1- حالات تساوي الفرع الوارث المؤنث مع الرجال العصبات:

- البنت: تتساوى البنت في ميراثها مع الرجال العصبات من غير جهتها في عدة حالات، منها:

- عندما ترث النصف في حالة انفرادها، حيث تتساوى مع أي عاصب من الرجال من غير جهتها وجد معها منفردا، كالأب وإن علا، الأخ⁽¹⁾ مطلقا وفروعه مهما نزلوا، العم وفروعه مهما نزلوا، مثلا:

- توفي عن بنت وأب.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة من 6
بنت	$\frac{1}{2}$	لانفرادها	3
أب	$\frac{1}{6} +$ الباقي تعصبا	لوجود الفرع الوارث المؤنث	$3=2+1$

¹ - طبعا الأخ لأم لا يشمل لفظ "الأخ مطلقا" لأنه ليس من العصبات، وإنما صاحب فرض.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

- توفيت عن بنت وعم.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة من 6
بنت	1/2	لانفرادها	3
عم	الباقى تعصبا	لأنه من العصبات	3

- عندما ترث الثلثين في حالة التعدد:

- حيث تتساوى مع العصبات من الرجال عندما يكون عددهم نصف عدد البنات، وذلك عند تواجدهم معا منفردين، أي البنات مع الرجال العصبات فقط دون غيرهم من الورثة، ويستثنى من هذه الحالة الأصل المذكور، لأنه لا يتصور وجود أبوين مثلا، ومن هذه الحالات:

- توفيت عن: بنتين وابن أخ شقيق، حيث:

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة من 3
بنتين	3/2	للتعدد وانعدام المعصب	2
			1
ابن أخ	الباقى تعصبا	لأنه من العصبات	1

فأخذت البنت الواحدة نفس نصيب ابن الأخ، وذات الحكم لو وجد أي عاصب آخر.

- توفي عن: 4 بنات وعمين.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة من 3	تصح من 6
4 بنات	3/2	للتعدد وانعدام المعصب	2	4 لكل واحدة سهم
2 عم	الباقى تعصبا	لأنه من العصبات	1	2 لكل واحد سهم.

تساوت البنت مع العم، حيث أخذ كل منهما سهم واحد.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

- كما يحدث التساوي عندما يتواجد البنات مع العصبات من الرجال وورثة آخرين من أصحاب الفروض، مثال ذلك:

- توفيت عن: 4 بنات وأم وأخ شقيق.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة من 6
4 بنت	3/2	للتعدد	4 سهم لكل بنت
أم	6/1	لانعدام الحاجب	1
أخ شقيق	الباقي	لأنه من العصبات	1

ويصح هذا المثال لو وجد محل الأخ الشقيق أي عاصب آخر، سواء من جهة الأبوة أو الأخوة أو العمومة.

- بنت الابن: لا يخرج ميراثها بالفرض عن حالات ثلاث، تتشابه في اثنتين مع البنات الصليبيات، وذلك في حالة عدم وجودهن، وتختلف في الثالثة حيث ترث معهن، وهي:

- عندما ترث الثلثين في حالة تعددهن مع انعدام البنات، فنتساوى مع الرجال العصبات من غير جهتها في حالات عديدة تماثل الحالات المتعلقة بالبنات الصليبيات، والتي سبق التطرق لها.

- عندما ترث النصف، فيكون حالها حال البنت، حيث تتساوى مع أي عاصب من الرجال من غير جهتها وجد معها منفردا، كالأب وإن علا، الأخ مطلقا وفروعه مهما نزلوا، العم وفروعه مهما نزلوا، مثلا:

- توفيت عن: بنت ابن وجد.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة من 6
بنت ابن	1/2	لانفرادها	3
جد	6/1 + الباقي تعصيبا	لوجود الفرع الوارث المؤنث وانعدام الأب	3

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

- توفي عن: بنت ابن وابن أخ لأب.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة من 6
بنت ابن	1/2	لانفرادها	3
ابن أخ لأب	الباقي تعصيبا	لوجود الفرع الوارث المؤنث	3

- عندما ترث السدس، حيث تتساوى مع الرجل العاصب عندما يتبقى من التركة السدس فقط في عدة حالات منها:

- توفي عن: بنت وبنت ابن وجدة لأم وأب.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة من 6
بنت	1/2	لانفرادها	3
بنت ابن	6/1	تكلمة الثلثين	1
جدة لأم	6/1	لوجود الفرع الوارث	1
أب	6/1+ الباقي	لوجود الفرع الوارث المؤنث	1=0+1

تساوت بنت الابن هنا مع الأب، وتتساوى مع أي عاصب آخر وجد مكانه منفردا من غير جهتها، سواء من جهة الأخوة أو العمومة.

- توفي عن: بنت، بنت ابن، أم، أخ شقيق.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة من 6
بنت	1/2	لانفرادها	3
بنت ابن	6/1	تكلمة الثلثين	1
أم	6/1	لوجود الفرع الوارث	1
أخ شقيق	الباقي	لأنه من العصبات	1

تساوت بنت الابن هنا مع الأخ الشقيق، وتتساوى مع أي عاصب آخر وجد مكانه من غير جهتها، سواء من جهة الأبوة أو الأخوة أو العمومة.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

- توفيت عن: بنت وبنت ابن وأخوين شقيقين.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة من 6
بنت	1/2	لانفرادها	3
بنت ابن	6/1	تكلمة الثلثين	1
2 أخ شقيق	الباقى	لأنه من العصبات	2
			1

تساوت بنت الابن مع الأخ الشقيق، ويسري نفس الحكم لو وجد مكانه أي عاصب من جهة الأخوة أو العمومة، أما جهة الأبوة فلا مجال لها لن الأب لا يتعدد.

-توفي عن: بنت و 3 بنات ابن وأم و 3 أعمام.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة من 6
بنت	1/2	لانفرادها	3
3 بنات ابن	6/1	تكلمة الثلثين	1
أم	6/1	لوجود الفرع الوارث	1
3 أعمام	الباقى	لأنهم من العصبات	1

لقد أخذت بنات الابن الثلاثة نفس نصيب الأعمام الثلاثة، ويحدث التساوي كلما وجد نفس عدد الورثة من بنات البن مع الأعمام أو أي عصبات أخرى من جهة الأخوة أو العمومة.

2- حالات تساوي الأصول الاناث مع الرجال العصبات.

أ- الجدة: ترث الجدة السدس إذا توفرت الشروط القانونية التي سبق ذكرها، وهي تتساوى مع أي عاصب من الرجال إذا كان الباقي من التركة السدس، وفي ذلك أمثلة كثيرة منها:

- توفيت عن: 3 بنات وجدة وأخ شقيق.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة من 6
--------	-------	---------	------------------

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

4	للتعدد	3/2	3 بنت
1	لانعدام الحجب	6/1	جدة
1	لأنه من العصبات	الباقي	أخ شقيق

- توفي عن: بنت وجدة وعمين.

أصل المسألة من 6	التبرير	الفرض	الوارث
3	لانفرادها	1/2	بنت
1	تكلمة الثلثين	6/1	جدة
1	لأنه من العصبات	الباقي	2 عم
2			

- توفيت عن: جدة وأخ لأم و4 إخوة أشقاء.

أصل المسألة من 6	التبرير	الفرض	الوارث
1		6/1	جدة
1	لانفراده	6/1	أخ لأم
4 لكل واحد سهم	لأنهم من العصبات	الباقي	4 أخ شقيق

- توفيت عن: بنت وجدة و2 عم.

أصل المسألة من 6	التبرير	الفرض	الوارث
3	لانفرادها	2/1	بنت
1	لانعدام الحاجب	6/1	جدة
1	لأنه من العصبات	الباقي	2 عم
1	تكلمة الثلثين	6/1	بنت ابن

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

ب- الأم: تترث الأم كما سبق ورأينا الثلث أو السدس، وفي كلتا الحالتين يمكن أن تتساوى مع العصابات من غير جهة الأبوة في حالات عديدة، منها:

- عندما تترث الثلث: لا يمكن للأم أن تتساوى مع العصابات من جهة البنوة، لأن وجود الأبناء يحجبها عن الثلث، ولا مع جهة الأخوة، لأن الجمع من الإخوة يحجب الأم عن الثلث، فيما ينذر أن تتساوى مع الأخ العاصب منفرداً، أما العمومة فيمكن حدوث التساوي في بعض الحالات، منها:

- توفي عن أم وعمين.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 3
أم	3/1	لانعدام الفرع الورث والجمع من الاخوة	1
2 أعمام	الباقي	لأنهم من العصابات	2
			1

أخذت الأم هنا سهماً واحداً وهو نفس نصيب العم الواحد، ويحدث هذا التساوي في جهة العمومة فقط، أما جهة البنوة والأخوة فلا يمكن، لأنه بوجود الفرع الورث أو الجمع من الإخوة لا يمكن للأم أن تترث الثلث.

- عندما تترث السدس، حيث تتساوى مع العصابات في حالات عديدة، منها:

- توفي عن: أخذت شقيقة وأم وأخوين لأب.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 6
أخت شقيقة	1/2	لانفرادها	3
أم	6/1	لوجود الجمع من الإخوة	1
2 أخ لأب	الباقي	لأنهم من العصابات	2
			1

- توفي عن: بنت وبنت ابن وأم وعم.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 6
بنت	2/1	لانفرادها	3
بنت ابن	6/1	تكلمة الثلثين	1
أم	6/1	لوجود الفرع الوارث	1
عم	الباقي	لأنه من العصبات	1

ويستوي في كلتا الحالتين أن يتواجد أي عاصب آخر محل الموجودين.

3- حالات تساوي الأخوات مع الرجال العصبات من غير جهتهن.

تقتصر الدراسة في هذه الحالة على تساوي الأخوات مع الرجال من جهة العمومة، لأن الأب والأبناء يحجبونهن حجب حرمان، ويحدث هذا التساوي في حالات عدة، سواء تعلق الأمر بالأخوات الشقيقات أو لأب أو لأم، منها:

- الأخوات الشقيقات: وذلك في الحالات التالية:

- عندما تتواجد منفردة، فترث النصف وتتساوى مع أي عاصب وجد معها منفرداً، مثال:

- توفي عن: أخت شقيقة وعم.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 2
أخت شقيقة	1/2	لانفرادها	1
عم	الباقي	لأنه من العصبات	1

- عندما تتعدد الأخوات، فترث الثلثين وتتساوين مع الأعمام وفروعهم مهما نزلوا في عدة حالات، منها:

- توفي عن: 4 أخوات شقيقات وابن عم.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 3
4 أخت شقيقة	3/2	للتعدد	2
ابن عم	الباقي	لأنه من العصبات	1

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

- توفيت عن: 4 أخوات شقيقات وأخ لأم وعم.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 6
4 أخوات شقيقات	3/2	للتعدد	4 سهم لكل بنت
أخ لأم	6/1	لانعدام الحاجب	1
عم	الباقي	لأنه من العصبات	1

- الأخوات لأب: ترث الأخوات لأب نفس ميراث الشقيقات عند عدم وجودهن، لذا فهن تتماثلن في نفس الحالات التي تتساوى فيها مع العصبات، والتي سبق التطرق لها فلا داعي لتكرارها، غير أن الأخت لأب تختلف عن الشقيقات في فرض السدس الذي ترثه بوجودهن، وهي تتساوى فيه مع العصبات في حالات كثيرة، منها:

- توفي عن: أخت شقيقة وأخت لأب و2 أعمام.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة من 6
أخت شقيقة	1/2	لانفرادها	3
أخت لأب	6/1	تكلمة الثلثين	1
2 أعمام	الباقي	لأنه من العصبات	2
			1

- توفي عن: أخت شقيقة و2 أخت لأب وأم و2 أعمام.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة من 6
أخت شقيقة	1/2	لانفرادها	3
2 أخت لأب	6/1	تكلمة الثلثين	1
أم	6/1	لوجود الفرع الوارث	1
2 أعمام	الباقي	لأنهم من العصبات	1

- توفي عن: أخت شقيقة وأخت لأب وأخ لأم وابن عم.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 6
أخت شقيقة	1/2	لانفرادها	3
أخت لأب	6/1	تكلمة الثلثين	1
أخ لأم	6/1	لانفراده	1
ابن عم	الباقي	لأنه من العصبات	1

-الأخت لأم: تتساوى الأخت لأم مع العصبات من جهة العمومة في حالات كثيرة، سواء ورثت الثلث أو السدس، ومن أمثلة ذلك:

- وجود 3 أخوات شقيقات وأخت لأم وعم.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 6
3 أخوات شقيقات	3/2	للتعدد	4 سهم لكل بنت
أخت لأم	6/1	لانعدام الحاجب	1
عم	الباقي	لأنه من العصبات	1

- وجود أخت شقيقة وأم وأخت لأم وعمين.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 6
أخت شقيقة	2/1	لانفراده	3
أخت لأم	6/1	لانفراده	1
أم	6/1	لوجود الجمع من الاخوة	1
2 عم	الباقي	لأنه من العصبات	2
			1
			1

- وجود 2 أخت لأم و3 أعمام.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 6
2 أخوات لأم	3/1	للتعدد	2 سهم لكل واحدة

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

أم	6/1	لوجود الجمع من الإخوة	1
3 عم	الباقي	لأنهم من العصبات	3 سهم لكل واحد

4- حالات تساوي الزوجة مع العصبات من الرجال: يمكن للزوجة أن تتساوى مع الرجال العصبات، سواء من جهة البنوة أو الأبوة أو الأخوة أو العمومة، وتختلف هذه الحالات حسب فروض الزوجة:

- ففي فرض الربع، والذي تأخذه عند انعدام الفرع الوارث، تتساوى مع العصبات من جهة الأبوة أو الأخوة أو العمومة في عدة حالات، أما البنوة فلا، لأن الأبناء يحجبونها عن الربع، ونذكر بعض الأمثلة فيما يلي:

- مع جهة الأخوة: تتساوى في عدة حالات، منها:

- وجود زوجة وأخت شقيقة وأخ لأب.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 4
زوجة	4/1	لانعدام الفرع الوارث	1
أخت شقيقة	2/1	لانفرادها	2
أخ لأب	الباقي	لأنه من العصبات	1

أخذت الزوجة سهمًا واحدًا مثل الأخ لأب، وتتحقق هذه المساواة أيضًا عند وجود أي عاصب من فروع الإخوة الأشقاء أو لأب، وكذا عند وجود الأخت لأب محل الشقيقة مع استبدال الأخ لأب بأي من فروع الإخوة.

- وجود زوجتين وأخت شقيقة و2 ابن أخ شقيق.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 4
زوجتين	4/1	لانعدام الفرع الوارث	1
أخت لأب	2/1	لانفرادها	2
2 ابن أخ شقيق	الباقي	لأنه من العصبات	1

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

ويتحقق هذه المساواة كلما تساوى عدد الزوجات مع عدد الرجال العصبات الوارثون.

- وجود زوجة وثلاث إخوة.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 4
زوجة	4/1	لانعدام الفرع الوارث	1
3 إخوة	الباقي	لأنه من العصبات	3

ويتحقق التساوي كلما ازداد عدد الزوجات إلى 2 أو 3 أو 4 وعدد العصبات إلى 6 و 9 و 12 على التوالي، ولا يهم الإخوة إن كانوا أشقاء أو لأب أو فروعهم.

- مع جهة العمومة، تحدث المساواة كثيرا، مثلا:

- توفي عن: أربع زوجات وأخت شقيقة و 4 أعمام.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 4
4 زوجات	4/1	لانعدام الفرع الوارث	1
أخت لأب	2/1	لانفرادها	2
4 عم	الباقي	لأنه من العصبات	1

يسري هذا الحكم كلما كان عدد الزوجات نفس عدد الأعمام، كما يصح استبدال الأخ لأب بالأخ الشقيق وفروعه، والعم وفروعه.

- وجود زوجة وثلاث أعمام.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 4	تصح من 16
4 زوجات	4/1	لانعدام الفرع الوارث	1	4 سهم لكل زوجة
12 ابن عم	الباقي	لأنهم من العصبات	3 لكل واحد سهم	12 سهم لكل واحد

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

وتصح المساواة كلما إذا كان عدد الزوجات 1 أو 2 أو 3 وكان عدد العصبات 3 أو 6 أو 9 على التوالي، سواء كانوا أعماما أو فروعهم.

- أما فرض الثمن، فنجد التساوي فيه يحدث في عديد الحالات، منها:

- مع الأبناء، مثلا:

- وجود زوجة و 7 أولاد.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 8
زوجة	8/1	لوجود الفرع الوارث	1
7 أبناء	الباقي	لأنه من العصبات	7 سهم لكل واحد

يصح المثال لو وجد الأبناء ذكورا أو مختلطين على أن يكون عدد الرؤوس يماثل عدد سهام العصبات، كما يصح أن يتواجد أيضا الفرع الوارث مهما نزل.

- وجود 3 زوجات و بنت و بنت ابن و ابنتين و ثلاث بنات ابن.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 24
3 زوجة	8/1	لوجود الفرع الوارث	3
بنت	2/1	لانفرادها	12
بنت ابن	6/1	تكملة الثلثين	4
3 ابن	الباقي	أنهم من العصبات	3

- مع الإخوة: ويتحقق ذلك في عدة حالات، من أمثلتها:

- وجود زوجة و بنت و 3 إخوة.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 8
زوجة	8/1	لوجود الفرع الوارث	1
بنت	2/1	لانفرادها	4
3 إخوة	الباقي	لأنه من العصبات	3 لكل واحد سهم

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

- وجود 3 زوجات وبنت وبنت ابن و 5 أخ شقيق.

الوارث	النصيب	التبرير	أصل المسألة من 24
زوجة	8/1	لوجود الفرع الوارث	3
بنت	2/1	لانفرادها	12
بنت ابن	6/1	تكملة الثلثين	4
5 أخ شقيق	الباقي	أنهم من العصبات	5

- مع الأعمام، ومن أمثلتها:

- وجود 3 زوجات وبنت وبنت ابن وابنين وثلاث بنات ابن.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 24
3 زوجة	8/1	لوجود الفرع الوارث	3
بنت	2/1	لانفرادها	12
بنت ابن	6/1	تكملة الثلثين	4
3 ابن	الباقي	أنهم من العصبات	3

المطلب الثاني:

حالات اختلاف ميراث المرأة عن ميراث الرجل.

خلافًا لما قد يتصور فإن قوة المرأة في الميراث لا تقتصر على مساواتها بالرجل في الميراث، بل قد تتعداه إلى توريثها أكثر منه، أو أن ترث دونه، ولكنها بالمقابل قد ترث أقل منه أو يرث دونها، وهو ما سنناقشه في هذه المساحة.

الفرع الأول: حالات توريث المرأة أكثر أو دون الرجل.

إذا كانت المرأة تتساوى مع الرجل في كل الحالات السابقة، فإن الحالات التي تأخذ فيها أكثر منه لا تقل عنها، كما أنه هناك حالات كثيرة ترث فيها هي ولا يرث هو، وفيما يلي تفصيل ذلك، وهو ما سنبحثه في هذا الفرع.

أولاً- حالات توريث المرأة أكثر من الرجل:

ترث المرأة أكثر من الرجل في حالات كثيرة تتجلى بوضوح على مستوى الفروض المحددة لها شرعاً وقانوناً، أو على مستوى النصيب الذي تأخذه من التركة:

1- على مستوى الفروض المحددة شرعاً وقانوناً: إن مركز المرأة في الميراث بالفرض أقوى بكثير من مركز الرجل فيه، وذلك من خلال:

أ- استحوادها على أغلب وأكبر الفروض المحددة شرعاً وقانوناً.

يجري نظام التوريث على أن يأخذ أصحاب الفروض ما فرض لهم أولاً، ثم يأخذ ذوو العصابات ما بقيت بعد أصحاب الفروض أو كل التركة إن انفردوا بالتركة، وقد ثبت بالاستقراء أن النساء يرثن أكثر بالفرض، وأن إرثهن بالفرض أحظى لهن من ميراثهن بالتعصيب في حالات كثيرة⁽¹⁾، وهذا يبدو أولاً من الجدول الآتي ثم من التوضيح بعده.

الفروض	الورثة
2/3	1- البنات فأكثر.
	2- بنتا الابن فأكثر.
	3- الأختان الشقيقتان فأكثر.
	4- الأختان لأب فأكثر.

¹ - صلاح الدين سلطان، المرجع السابق، ص 32.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

1- البنت الواحدة. 2- بنت الابن الواحدة.	1/2
3- الأخت الشقيقة الواحدة . 4- الأخت لأب الواحدة. 5- الزوج.	1/3
1- الأم. 2- الجمع من الإخوة أو الأخوات لأم.	1/4
1- الزوج. 2- الزوجة.	1/6
1- الأم. 2- الجدة. 3- بنت الابن. 4- الأخت لأب. 5- الأخت لأم. 6- الأخ لأم. 7- الأب. 8- الجد.	1/8
الزوجة.	

يتضح من هذا الجدول أن:

- أ- أكثر أصحاب الفروض هن نساء، فأصحاب الفروض هم 12 وارثاً، منهم 8 نساء، هن: البنت وبنت الابن والأخت الشقيقة ولأب والأخت لأم والأم والجدة والزوجة، وهو ما يشكل ثلثي الورثة بالفرض، أي بنسبة 66.66% مقابل 4 وارثون رجال، أي بنسبة 33.33%⁽¹⁾.
- ب- أكبر الفروض في الميراث هو الثلثين الذي تستأثر به النساء فقط، حيث تأخذه كما هو موضح في الجدول كل من: البنات فأكثر، بنتا الابن فأكثر، الأختان الشقيقتان أو لأب فأكثر، كما أن الثلث تستأثر به وارثة واحدة منفردة هي الأم، ولا يوجد من الورثة الرجال والنساء من يأخذه منفرداً، أما الإخوة لأم فيشترط فيهم التعدد.
- ج- ثلث الفروض تستأثر بها النساء وحدها دون الرجال، ففرض الثلثين تأخذه النساء فقط، وكذلك فرض الثمن تستأثر به الزوجة دون غيرها من الرجال، وذلك حيث أن عدد الفروض ستة، اثنان منها للنساء فقط، وهو ما يعادل الثلث.

¹ - العشي نواره، المرجع السابق، ص 61.

د- أغلب الفروض المشتركة بين الرجال والنساء تغلب عليها النساء، فباستثناء الربع الذي يتناصف أصحابه بين رجل وامرأة، لأنه مقدر للزوج والزوجة فقط، وبشروط قانونية سبق الحديث عنها، فتكون نسبة كل منهما 50 %، فإن باقي الفروض الأخرى تغلب عليها النساء على النحو التالي:

- فرض $\frac{1}{2}$: مقدر لخمس ورثة، هم: البنت الواحدة، بنت الابن الواحدة، الأخت الشقيقة الواحدة، الأخت لأب الواحدة، الزوج، ولكل واحد شروط خاصة به سبق التطرق لها، ومنه يتضح أن عدد النساء هن أربعة مقابل رجل واحد، وهو ما يعادل نسبة 83.33% من غالبية الفروض.

- فرض $\frac{3}{1}$: مقدر للأم والجمع من الإخوة لأم، أي الأختين لأم فأكثر أو الأخوين لأم فأكثر أو الأخت والأخ لأم فأكثر، وذلك بشروط معينة، وبالتالي فهو يضم وارثتين من النساء ووارث من الرجال، وهو ما يعادل الثلثين مقابل الثلث، أي بنسبة 66.66% للنساء و33.33% للرجال.

- فرض $\frac{6}{1}$: يأخذه ثمانية ورثة هم: الأم والجدة وبنت الابن والأخت لأب والأخت لأم، وكذا الأب والجد والأخ لأم، لكل شروطه الخاصة به، ومنه يتضح أن عدد النساء هو خمسة مقابل ثلاثة رجال، أي ما نسبته 60% للنساء مقابل 40% للرجال.

يتضح مما سبق أن 50% من الفروض تسيطر عليها النساء، فيما تستحوذ وحدها على 33.33% منها، بينما تتساوى مع الرجل بنسبة 16.66% فقط، كما أن المرأة ترث بالفرض في 17 حالة مقابل 6 حالات فقط للرجل⁽¹⁾، وهو ما يعادل 74% من عدد الحالات لها و26% له.

ب- توريثها بالفرض أفضل من التعصيب للرجل: إن تفضيل المرأة على الرجل لا يقتصر على منحها أكبر أو أغلب الفروض، بل أن ميراثها بالفرض يكون أفضل لها من التعصيب للرجل في حالات كثيرة، منها:

- بالنسبة لفرض الثلثين: حيث يكون هذا الفرض أفضل من التعصيب للرجل الذي يأخذ ما بقي من التركة، وهناك أمثلة كثيرة، منها:
- ماتت عن: زوج وأب وأم وبنتين.

¹ - صلاح الدين سلطان، المرجع السابق، ص 34.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة من 12 عالت إلى 15
زوج	4/1	لوجود الفرع الوارث	3
أب	6/1+ الباقي	لوجود الفرع الوارث المؤنث	2
أم	6/1	لوجود الفرع الوارث	2
2 بنت	3/2	للتعدد	8

لو وجد محل البنيتين ابنتين

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة 12
زوج	4/1	لوجود الفرع الوارث	3
أب	6/1	لوجود الفرع الوارث المذكر	2
أم	6/1	لوجود الفرع الوارث	2
2 ابن	الباقي	لأنه من العصابات	5

يتضح أن البنيتين أخذتا ثمانية سهام مقابل 5 سهام للابنتين، فيكون الميراث بالفرض أفضل من الميراث بالتعصيب، وذلك مع مراعاة وجود العول في الحالة الأولى⁽¹⁾، ونفس الحكم لو حل مكان البنيتين بنتي الابن، ومكان الابنين ابني ابن.

- ماتت عن: زوج وأخ لأم وأختان شقيقتان.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة من 6 عالت إلى 8
زوج	2/1	لعدم وجود الفرع الوارث	3
أخ لأم	6/1	لأنفراده	1
2 أخت شقيقة	3/2	للتعدد	4

لو وجد محل الأختين أخوين

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة 6
زوج	2/1	لعدم وجود الفرع الوارث	3

¹ لو فرضنا أن المتوفاة تركت 12 مليوناً، وكان نصيب البنات 6.4 مليون، فيما يكون نصيب الأولاد 5 مليون.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

1	لانفراده	6/1	أخ لأم
2	لأنه من العصابات	الباقي	2 أخ شقيق

يتضح أن الشقيقتين أخذتا أربعة سهام مقابل سهمين للشقيقتين، فيكون الميراث بالفرض أفضل من الميراث بالتعصيب، وذلك مع مراعاة وجود العول في الحالة الأولى⁽¹⁾، ونفس الحكم لو حل مكان الشقيقتين أختين لأب، ومكان الشقيقتين أخوين لأب.

- بالنسبة لفرض النصف:

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة من 12 عالت إلى 13
زوج	4/1	لوجود الفرع الوارث	3
أب	6/1 + الباقي	لوجود الفرع الوارث المؤنث	2
أم	6/1	لوجود الفرع الوارث	2
بنت	2/1	لانفرادها	6

لو وجد محل البنت ابن

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة 12
زوج	4/1	لوجود الفرع الوارث	3
أب	6/1	لوجود الفرع الوارث المذكر	2
أم	6/1	لوجود الفرع الوارث	2
ابن	الباقي	لأنه من العصابات	5

نلاحظ أن البنت أخذت ستة سهام مقابل خمسة لابن مع مراعاة عول المسألة الأولى، ونفس الحكم لو وجدت بنت الابن مقارنة بابن الابن الذي في نفس درجتها مهما نزلوا، ولو افترضنا أن المتوفاة تركت 130 هكتارا، لكان للبنت 60 هكتارا، فيما يأخذ الابن لو كان مكانها 54.5 هكتارا.

¹- لو فرضنا أن المتوفاة تركت 12 مليوناً، لكان نصيب الأخوات 6 مليون، فيما يكون نصيب الإخوة 4 مليون.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

- ماتت امرأة عن: زوج وأم وأخت شقيقة.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة من 6 عالت إلى 8
زوج	2/1	لعدم وجود الفرع الوارث	3
أم	3/1	لانعدام الفرع الوارث والجمع من الاخوة	2
أخت شقيقة	2/1	لانفرادها	3
لو وجد محل الأختين أخوين			
الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة 6
زوج	2/1	لعدم وجود الفرع الوارث	3
أم	3/1	لانعدام الفرع الوارث والجمع من الاخوة	2
أخ شقيق	الباقي	لأنه من العصابات	1

لقد أخذت البنت ثلاثة سهام مقابل سهم واحد للابن، وهو ما يفوق نصيب الذكر بأكثر من الضعف، مما يجعل ميراث الأنثى بالفرض أفضل من ميراث الذكر بالتعصيب.

- بالنسبة لفرض السدس: ويتضح ذلك في مسائل عديدة، منها:

1- توفي عن: زوجة وأم وأب وبنت وبنت ابن.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة 24 عالت الى 27
زوجة	8/1	لوجود الفرع الوارث	3
أم	6/1	لوجود الفرع الوارث	4
أب	6/1 + الباقي	لوجود الفرع الوارث المؤنث	0+4
بنت	1/2	لانفرادها	12
بنت ابن	6/1	تكملة الثلثين	4
لو وجد محل بنت الابن ابن ابن			

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة 24
زوجة	8/1	لوجود الفرع الوارث	3
أم	6/1	لوجود الفرع الوارث	4
أب	6/1	لوجود الفرع الوارث المذكر	4
بنت	1/2	لانفرادها	12
ابن ابن	الباقى	لأنه من العصبات	1

أخذت بنت الابن أربعة سهام من أصل 27، فيما لو وجد محلها ابن ابن لأخذ سهم واحد من أصل 24، مع مراعاة العول، فيكون توريث المرأة بالفرض أفضل من التعصيب.

- توفي عن: زوجة وأم وأخت شقيقة وأخت لأب.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة 12 عالت الى 13
زوجة	1/4	لعدم وجود الفرع الوارث	3
أم	6/1	لوجود الجمع من الإخوة	2
أخت شقيقة	1/2	لانفرادها	6
أخت لأب	6/1	تكملة الثلثين	2

لو وجد محل الأخت لأب أخ لأب

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة 12
زوجة	1/4	لعدم وجود الفرع الوارث	3
أم	6/1	لوجود الجمع من الإخوة	2
أخت شقيقة	1/2	لانفرادها	6
أخ لأب	الباقى	لأنه من العصبات	1

أخذت الأخت لأب سهمين من أصل 27، فيما لو وجد محلها ابن ابن لأخذ سهم واحد من أصل 24، فيكون توريث المرأة بالفرض أفضل من التعصيب.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

- أما بالنسبة لفرض الثلث: فهو يختلف عن غيره من الفروض، ليس لأنه لا يمنح صاحبة هذا الفرض وهي الأم أفضل من التعصيب فحسب، بل لأنه عطل العمل به لمصلحة الأب في حالة خاصة:

- فالأم ترث الثلث عند انعدام الفرع الوارث مطلقا والجمع من الإخوة مطلقا، وفي حالة كلتا الحالتين يكون ميراث الأب بالتعصيب قوي، وبالتالي يكون في الغالب الميراث بالتعصيب أفضل من فرض الثلث، مثال ذلك:

- توفيت عن: أم وأب وأخ وأم وعم.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة من 3
أم	3/1	لانعدام الفرع الوارث والجمع من الإخوة	1
أب	الباقي	لعدم وجود الفرع الوارث	3
أخ وأم	/	محجوب حجب حرمان بالأب	/
عم شقيق	/	محجوب حجب حرمان بالأب	/

- تعطيل فرض الثلث للأم لمصلحة الأب: ترث الأم ضعف الأب لو اجتمعت معه ومع الزوج أو الزوجة، حيث ترث الثلث بينما يأخذ هو ما تبقى من التركة، والذي يعادل الثلث، كما في المسألة التالية:

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 6
زوج	2/1	لعدم وجود الفرع الوارث	3
أم	3/1	لعدم وجود الفرع الوارث والجمع من الإخوة	2
أب	الباقي	لأنه من العصبات	1

غير أن علماء الميراث اختلفوا بشأنها، فبينما ورثها ابن عباس الثلث الذي تستحقه فرضا، خالفه عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت وجمهور الفقهاء، وورثوا الأم ثلث الباقي، وهو ما يعادل سدس التركة⁽¹⁾، ويقابل نصف ما أخذه الأب، وهو ثلث الباقي، وذلك في مسألتين اثنتين تعرفان بالعمريتين أو الغراوين، ذكرهما المشرع الجزائري في المادة 177ق.أ، وهما:

¹ - تبيينات ساعد، ميراث المرأة مقارنة بميراث الرجل -دراسة فقهية-، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية-تسنطينة، مجلة الشريعة والاقتصاد، مجلد 4، عدد 8، 2015، ص-ص 365-398، ص382.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

- ماتت عن: زوج وأم وأب.

الوارث	الفروض	أصل المسألة من 6
زوج	2/1	3
أم	3/1 الباقي	1
أب	الباقي	2

أخذت الأم بدلا من ثلث التركة ثلث ما بقي منها، فكان لها سهما واحدا من ثلاثة أسهم متبقية، أي ما يعادل سدس التركة، فيما أخذ الأب سهمين متبقيين، وهو ما يعادل سدسي التركة بدلا من سدسها.

- مات عن: زوجة وأم وأب، حيث ترث الأم ثلث الباقي بدلا من الثلث.

الوارث	الفروض	أصل المسألة من 12
زوجة	4/1	3
أم	3/1 الباقي	3
أب	الباقي	6

2- على مستوى النصيب⁽¹⁾: تأخذ الأنثى أكثر من الرجل في حالات كثيرة جدا، وذلك سواء ورث بالفرض أو بالتعصيب، وسواء كان ينتمي إلى نفس جهتها ودرجتها وقوة قرابتها أو لا، وتتعدد هذه الحالات باختلاف الورثة، كما في الأمثلة التالية:
أ- بالنسبة للأصول: ويقصد بهم الأم والجدة.

- الأم: يمكن أن ترث الأم أكثر من أي وارث رجل، غير أن الحالات التي يتحقق فيها ذلك تختلف من وارث لآخر، فهي تزداد كلما ابتعد الوارث قرابة من المتوفي أو تعدد، وفيما يلي أمثلة عن مختلف الحالات:

- توفي عن: أم وجدة لأم وجدة لأب.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 3
أم	3/1	لعدم وجود الفرع الوارث ولا الجمع من الإخوة	1 + الباقي ردا = 3
جدة لأم	/	محجوبة حجب حرمان بالأم.	0

¹ - يقصد بالنصيب الحصة النهائية التي تؤول للوارث بعد القسمة.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

0	محجوبة حجب حرمان بالأم.	/	جدة لأب
لو وجد أب محل الأم			
5	عصبة بالنفس	الباقى	أب
1	لانفرادها	6/1	جدة لأم
0	محجوبة حجب حرمان بالأب	/	جدة لأب

لقد أخذت الأم كل التركة فرضاً ورداً، فيما أخذ الأب خمسة سهام من أصل ستة، فكان نصيب الأم أفضل من الأب.

- توفي عن: أم وزوجة وأب و4 بنات و4 أبناء.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من	تصح من
أم	6/1	لوجود الفرع الوارث	4	32
زوجة	8/1	لوجود الفرع الوارث	3	24
أب	6/1	لوجود الفرع الوارث المذكر	4	32
4 أبناء	الباقى	عصبة بالغير تقسم للذكر مثل حظ الانثيين	13	26 لكل ابن
4 بنات				13 لكل بنت
			104	

أخذت الأم أكثر الابن، ونفس الشيء بالنسبة للجدة لو وجدت محل الأم.

- توفيت عن زوج وأم وجد.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من
أم	3/1	لانعدام الفرع الوارث والجمع من الإخوة.	2
زوج	2/1	لعدم وجود الفرع الوارث	3
جد	الباقى	لعدم وجود الفرع الوارث ولا الأب	1

أخذت الأم ضعف الجد، ونفس الشيء لو وجد الأخ الشقيق أو لأب أو العم أو فروعهم من العصبات، حيث يأخذ من وجد الباقي تعصيباً، ولكن ذلك شريطة الانفراد.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

- توفيت عن: زوج وأم وأخ لأم.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 6
أم	3/1	لانعدام الفرع الوارث والجمع من الإخوة..	2
زوج	2/1	لعدم وجود الفرع الوارث	3
أخ لأم	6/1	لانفراده	1

أخذت الأم ضعف الأخ لأم.

ب- بالنسبة للفرع الوارث المؤنث:

- البنت: تأخذ البنت في كثير من الحالات أكثر من الرجال، سواء كان ميراثهم بالفرض أو بالتعصيب، وفي ما يلي أمثلة على ذلك:

- توفي عن: زوجة وبنتين وابن ابن.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 24
زوجة	8/1	لوجود الفرع الوارث	3
بنتين	3/2	للتعدد	8
			8
ابن ابن	الباقي	لأنه من العصبات	5

أخذت البنت الواحدة ثمانية سهام مقابل خمسة لابن الابن، ويصح ذلك مهما نزل، وكما وجدت بنت ابن مع ابن الابن الأدنى منها درجة.

- توفي عن: بنت وأم وأب.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 6
بنت	2/1	لانفرادها	3
أم	6/1	لوجود الفرع الوارث	1
أب	6/1+الباقي	لوجود الفرع الوارث المؤنث	2 = 1+1

أخذت البنت أكثر من الأب.

- توفيت عن: بنت وزوج وأخت شقيقة وأخت لأب.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

أصل المسألة من 4	التبرير	الفروض	الوارث
2	لانفرادها	2/1	بنت
1	لوجود الفرع الوارث	4/1	زوج
1	لأنها عسبة مع الغير (البنت)	الباقي	أخت شقيقة
/	محجوبة حجب حرمان بالشقيقة المتعسبة مع البنت	/	أخت لأب

أخذت البنت ضعف الزوج.

- توفي عن: بنت وزوجة وأم وأخت وأم وأخ شقيق.

أصل المسألة من 24	التبرير	الفروض	الوارث
12	لانفرادها	2/1	بنت
4	لوجود الفرع الوارث والجمع من الأخوة	6/1	أم
3	لوجود الفرع الوارث	8/1	زوجة
0	محجوب حجب حرمان بالبنت	/	أخت لأب
5	لأنه من العصابات	الباقي	أخ شقيق

أخذت البنت أكثر من ضعف لأخ الشقيق، ونفس الشيء لو وجد محل الأخ الشقيق أخ لأب أو عم أو فروعهم.

- بنت الابن: لا يمكن لها أن تأخذ مثل الابن، غير أنها تأخذ أكثر من ابن الابن الأدنى منها درجة، وغيره من العصابات، ومن أمثلتها:

- توفيت عن: أب وأم وبنت ابن وابن ابن ابن.

أصل المسألة من 6	التبرير	الفرض	الوارث
1	لوجود الفرع الوارث	6/1	أم
1	لوجود الفرع الوارث المذكر	6/1	أب
3	لانفرادها	2/1	بنت ابن
1	لأنه من العصابات	الباقي	ابن ابن ابن

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

أخذت بنت الابن أكثر من ابن ابن ابن، ويسري نفس الحكم كلما وجدت بنت ابن مع ابن الابن الأدنى منه درجة.

- توفي عن: بنت ابن وأم وزوجة وأب أو جد.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 24
بنت ابن	2/1	لانفرادها	12
أم	6/1	لوجود الفرع الوارث	4
زوجة	8/1	لوجود الفرع الوارث	3
أب	6/1+ الباقي	لوجود الفرع الوارثالمؤنث	5

أخذت البنت أكثر من الأب، ونفس الشيء لو وجد الجد محل الأب.

- توفيت عن: 2 بنت وابن وأم وأخ شقيق أو لأب أو عم.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 6
2 بنت ابن	3/2	للتعدد	4
أم	6/1	لوجود الفرع الوارث	1
أخ شقيق	الباقي	لأنه من العصبات	1

أخذت بنت الابن ضعف الأخ شقيق، ونفس الحكم لو وجد محل الأخ الشقيق أخ لأب أو عم أو أي من فروعهم مهما نزلوا.

- توفيت عن: بنت ابن وزوج وأخت شقيقة.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 4
بنت ابن	2/1	لانفرادها	2
زوج	4/1	لوجود الفرع الوارث	1
أخت شقيقة	الباقي	لأنها عصبات مع الغير (البنت)	1

أخذت بنت الابن أكثر من الزوج.

ج- بالنسبة للأخوات: لا يمكن للأخت أن تأخذ أكثر من الابن ولا الأب، لأنهما يحجبانها حجب حرمان، ولا أكثر من الجد لأنه يأخذ الأفضل له بين المقاسمة والسدس وثالث الباقي، إذا كانت الأخوات شقيقات أو لأب، أما الأخت لأم فهو يحجبها، ولا أكثر من الأخ الذي يعصبها إذا كانت شقيقة أو لأب، أما الأخت لأم فهي تساوي الأخ لأم، ولا الزوج الذي فروضه تساوي فروضها أو تفوقها⁽¹⁾، ولكن يمكن أن تأخذ أكثر من باقي الورثة على النحو التالي:

*الأخت الشقيقة: يمكن للأخت الشقيقة أن تأخذ أكثر من الأخ لأم، الأخ لأب وفروعه مهما نزلوا، العم وفروعه مهما نزلوا، ومثال ذلك:

- توفي عن: أخت شقيقة وأخ لأب وزوجة وأخ لأم.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة 12 عالت إلى 13
أخت شقيقة	2/1	لانفرادها	6
أم	6/1	لوجود الجمع من الإخوة	2
زوجة	4/1	لعدم وجود الفرع الوارث	3
أخ لأم	6/1	لانفراده	2

- توفي عن: زوجة وأخت شقيقة وأخ لأب.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 4
زوجة	4/1	لوجود الفرع الوارث	1
أخت شقيقة	2/1	لانفرادها	2
أخ لأب	الباقي	لأنه من العصبات	1

أخذت الأخت الشقيقة ضعف الأخ لأب، ونفس الحكم لو وجد أي من فروع الأخ الشقيق أو لأب أو العم أو فروعه مهما نزلوا.

¹ - ففي حالة وجود الفرع الوارث يأخذ هو الربع فيما تحجب هي إذا وجد الابن الذكر، أو تتعصب مع البنت لتأخذ الباقي الذي لن يكون أكثر من الربع، وفي حالة انعدام الفرع الوارث تأخذ النصف عند عدم وجود الحاجب، فيما يأخذ الزوج النصف، وبالتالي لا يمكن أن تأخذ أكثر منه، أما الأخت لأم فهي في أفضل الأحوال تأخذ السدس فيما الزوج في أسوأ الأحوال يأخذ الربع.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

*الأخت لأب: تستطيع الأخت لأب أن تأخذ أكثر من الأخ لأم وفروع الأخ الشقيق أو لأب والعم وفروعه مهما نزلوا، ومثال ذلك:

- توفي عن: 2 أخت لأب وأخ لأم وأم وزوجة.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة 12 عالت إلى 15
زوجة	4/1	لعدم وجود الفرع الوارث	3
أم	6/1	لوجود الجمع من الإخوة	2
2 أخت لأب	3/2	للتعدد	4
			4
أخ لأم	6/1	لانفراده	2

أخذت الواحدة من الأخوات لأب 4 سهام ، وهو ضعف ما أخذه الأخ لأم (سهمين).

- توفيت عن: أخت لأب وأم وعم.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة 6
أخت لأب	2/1	لانفرادها	3
أم	3/1	لعدم وجود الفرع الوارث ولا الجمع من الإخوة	2
عم	الباقي	عصبة بالنفس	1

أخذت الأخت لأب أضعاف العم، وهو نفس الحكم لو وجد أي من فروع العم مهما نزلوا.

- الأخت لأم: فإنها لا تأخذ أكثر الأخ لأم الذي تساويه في الميراث، ولكنها قد تأخذ أكثر من بعض الرجال العصبة كالأخ الشقيق، وذلك في عدة حالات، منها:

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة 12
زوجة	4/1	لعدم وجود الفرع الوارث	3
أم	6/1	لوجود الجمع من الإخوة	2
2 أخت لأم	3/1	للتعدد	4
2 أخ شقيق	الباقي	لأنه من العصبات	3

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

أخذت الأخت لأم في حالة التعدد أفضل من الأخ الشقيق رغم أنه أقوى قرابة منها، ونفس الشيء بالنسبة لفروع الأخ الشقيق والأخ لأب وفروعه مهما نزلوا.

- توفي عن: أخت لأم وجدة وزوج وعمين.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة 6
زوج	2/1	لعدم وجود الفرع الوارث	3
جدة	6/1	لعدم وجود الحاجب	1
أخت لأم	6/1	لانفرادها	1
2 عم	الباقى	لأنه من العصبات	1

هنا أخذت الأخت لأم ضعف العم، ولو تعدد الأعمام فسيظل نصيب الأخت لأم موفورا ويتوزع السهم الواحد على أي عدد من الإخوة الأشقاء.

- بالنسبة للزوجة: لا يمكن للزوجة أن تأخذ أكثر من الزوج ولا الأب، ولكن يمكنها أن تأخذ أكثر من غيرهم من الورثة في حالة التعدد، في حالات لا يمكن حصرها، تختلف باختلاف المسائل المطروحة، أمثلة عن ذلك:

- توفي عن: زوجة وأب وأم وخمس أبناء.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة 24
زوجة	8/1	لوجود الفرع الوارث	3
أم	6/1	لوجود الفرع الوارث	4
أب	6/1	لوجود الفرع الوارث المذكر	4
5 أبناء	الباقى	عصبة بالنفس	13 يقنسمهم الأبناء

أخذت الزوجة أكثر من الابن الواحد، ولا تتحقق هذه الحالة إلا في حالة تعدد الأولاد لأكثر من خمس رؤوس، سواء وجدوا مع البنات أو لا.

- توفي عن: زوجة وجدة وثلاث إخوة لأم وأخوين شقيق.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة 12
زوجة	4/1	لعدم وجود الفرع الوارث	3

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

2	لانعدام الحاجب	6/1	جدة
4	للتعدد	3/1	3 إخوة لأم
3	عصبة بالنفس	الباقى	2 أخ شقيق

لقد أخذت الزوجة أكثر من الأخ لأم والأخ الشقيق.

- توفي عن: زوجة وأخ لأم وأخوين لأب.

أصل المسألة 12	التبرير	الفروض	الوارث
3	لعدم وجود الفرع الوارث	4/1	زوجة
2	لوجود الجمع من الإخوة	6/1	أم
2	لانفراده	6/1	أخ لأم
5	لأنه من العصبات	الباقى	2 أخ لأب

ونفس الشيء لو وجد فروع الأخوة الأشقاء أو لأب أو الأعمام أو فروعهم.

ثانيا- حالات توريث المرأة دون الرجل: هناك حالات ترث فيها المرأة ولا يرث نظيرها من الرجال، وذلك إما:

1- لاعتباره من ذوي الأرحام: توجد حالات عديدة لتوريث المرأة دون الرجل، لأنه من ذوي الأرحام، فيما تعتبر هي وارثة بالفرض أو بالتعصيب، وتشمل:

- **جهة البنوة،** وهم كل من يدلي إلى الميت بواسطة البنت، فنجد مثلا بنت الابن ترث فيما لا يرث ابن البنت، فرغم أنهما كلاهما من فروع الميت وفي نفس الدرجة، إلا أن أولاد الذكور يرثون إناثا وذكورا، أما أولاد البنات فلا يرثون إناثا كانوا أو ذكورا، ونفس الشيء بالنسبة لأولاد بنت الابن الذين لا يرثون مقابل أولاد ابن الابن الذين يرثون إناثا وذكورا، فترث بنت ابن الابن فيما لا يرث ابن بنت الابن ولا ابن ابن البنت ولا ابن بنت بنت، ويرجع ذلك لاعتبارهم من ذوي الأرحام، حيث لا يرث كل من يدلي إلى الميت بواسطة الأنثى، وهي البنت في هذه الحالة.

- **جهة الأبوة:** ويتعلق الأمر بميراث الجدة لأم والجد لأم، فالجدة لأم أو كما تعرف بالجدة الصحيحة أو الوارثة، وهي التي لا يتوسط بينها وبين الميت جد غير صحيح، كأم الأم، أو أم

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

أم الأم، أو أم أم الأب⁽¹⁾، وهي جدة وارثة، تترث سدس المال إذا توفرت شروط ذلك، أما الجد المقابل لها، وهو الجد لأم، أو كما يعرف بالجد غير الصحيح أو الفاسد، وهو الذي تتوسط بينه وبين الميت أنثى، فهو من ذوي الأرحام، وهو لا يرث⁽²⁾، فرغم أن الجدة لأم هي غالباً زوجة الجد لأم (ما لم ينفصلا)، وهما أبوي الأم، إلا أنها تترث فيما هو لا يرث إلا باعتباره من ذوي الأرحام، وكذلك نجد أم أب وأم أم أب وأم أم أم جدات وارثات فيما لا يرث الأجداد الرحميون في نفس مرتبتهم، كأب أم الأب وأب أم الأم وأب أم الأب.

كما أن كل جدة تدلي بواسطته إلى الميت تكون غير صحيحة، ولا تترث إلا باعتبارها من ذوي الأرحام، وذلك لأن الوسطة التي أدلت بها للميت، وهو الجد غير الصحيح، غير وارث فلا يعقل أن تكون هي أقوى منه في الميراث⁽³⁾.

وفيما يلي جدول يوضح الورثات من النساء وغير الوارثون من الرجال.

جهة الميراث	النساء الوارثات	الرجال غير الوارثون
الفروع	بنت الابن	ابن البنت
	بنت ابن الابن	ابن بنت الابن ابن ابن البنت ابن بنت البنت
الأصول	أم أب الأب أم أم الأب أم أم الأم	أب أم الأب أب أم الأم أب أم الأم
	أم أب أب الأب أم أم أب الأب أم أم أم الأب أم أم أم الأم	أب أب أب الأم أب أب أم الأم أب أم أم الأم أب أم أم الأب أب أب أم الأب

¹ - أبو زهرة محمد، أحكام التركات والموارث، دار الفكر العربي، القاهرة-مصر، ص 134.

² - أبو زهرة محمد، المرجع نفسه، ص 134.

³ - أبو زهرة محمد، المرجع نفسه، ص 134.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

أب أم أم الأب		
أب أم أم الأم		

2- لاستغراق كل التركة: فلا يتبقى له شيئاً، سواء وجد عول أو لا، والأمثلة عنها كثيرة ومتعددة، منها:

- توفيت عن: زوج وأب وأم وبنت وبنت ابن أو ابن ابن.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة 12 عول 15
زوج	4/1	لوجود الفرع الوارث	3
أب	6/1 + الباقي تعصيباً	لوجود الفرع الوارث المؤنث	2
أم	6/1	لوجود الفرع الوارث	2
بنت	2/1	لانفرادها	6
بنت ابن	6/1	تكملة الثلثين	2

لو تركت ابن ابن

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة 12 عول 13
زوج	4/1	لوجود الفرع الوارث	3
أب	6/1	لوجود الفرع الوارث	2
أم	6/1	لوجود الفرع الوارث	2
بنت	2/1	لانفرادها	6
ابن ابن	الباقي	لأنه من العصبات	0

رغم أن بنت الابن هي في نفس درجة وقوة قرابة ابن الابن إلا أنها زرت فيما لم يتبق له شيئاً لاستغراق كل التركة، غير أنه في هذه الحالة يجب مراعاة أحكام الوصية الواجبة.

- توفيت عن: زوجة وأب وأم وبنت ابن وبنت ابن أو ابن ابن ابن.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة من 12 عالت الي 14
--------	--------	---------	-------------------------------

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

3	لوجود الفرع الوارث	4/1	زوجة
2	لوجود الفرع الوارث المؤنث	6/1 + الباقي	أب
2	لوجود الفرع الوارث	6/1	أم
6	لانفرادها	2/1	بنت ابن
1	تكملة الثلثين	6/1	بنت ابن ابن
لو وجد ابن ابن محل بنت ابن ابن			
أصل المسألة 12 عول 13	التبرير	الفرض	الوارث
3	لوجود الفرع الوارث	4/1	زوجة
2	لوجود الفرع الوارث المذكر	6/1	أب
2	لوجود الفرع الوارث	6/1	أم
6	لانفرادها	2/1	بنت ابن
0	لأنه من العصبات	الباقي	ابن ابن ابن

رغم أن بنت ابن الابن هي في نفس درجة وقوة قرابة ابن ابن الابن، إلا أنها ورثت فيما لم يتبق له شيئاً لاستغراق كل التركة، غير أنه في هذه الحالة يجب مراعاة أحكام الوصية الواجبة.

- توفيت عن: زوج وأخت شقيقة وأخت لأب أو أخ لأب.

أصل المسألة 6 عول 8	التبرير	الفروض	الوارث
3	لعدم وجود الفرع الوارث	2/1	زوج
3	لانفرادها	2/1	أخت شقيقة
1	تكملة الثلثين	6/1	أخت لأب
1	لانفرادها	6/1	أخت لأم
لو تركت أختاً لأب			
أصل المسألة 6 عول 7	التبرير	الفرض	الوارث

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

3	لعدم وجود الفرع الوارث	2/1	زوج
3	لانفرادها	2/1	أخت شقيقة
0	لأنه من العصبات	الباقي	أخ لأب
1	لانفرادها	6/1	أخت لأم

هنا أخذت الأخت لأب بفرضها السدس، ولم يأخذ نظيرها وهو الأخ لأب لاستغراق كامل التركة، ولا توجد وصية واجبة له، لأنه ليس من فرع ولد الميت، وما يلحظ هنا أن كل الأخوات الموجودات وثت، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم، فيما الأخ لأب ذكر لم يرث.

- هناك بعض الحالات لا يتوقف فيها الأمر عند عدم وراثة الذكر العاصب، بل يمتد إلى الأنتى فيعصبها، ويحرمها من الميراث، وهو ما يعرف بـ "القريب المشؤوم"، ومثال ذلك:

- ماتت امرأة تاركة: زوج وأب وأم وبنت وبنت ابن.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة 12 عول 15
زوج	4/1	لوجود الفرع الوارث	3
أب	6/1 + الباقي تعصيا	لوجود الفرع الوارث المؤنث	2
أم	6/1	لوجود الفرع الوارث	2
بنت	2/1	لانفرادها	6
بنت ابن	6/1	تكلمة الثلثين	2

لكن لو وجد ابن الابن معهم لكانت المسألة كالتالي:

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة 12 عول 13
زوج	4/1	لوجود الفرع الوارث	3
أب	6/1	لوجود الفرع الوارث المذكر	2
أم	6/1	لوجود الفرع الوارث	2
بنت	2/1	لانفرادها	6
بنت ابن	الباقي للذكر مثل حظ	لأنهم من العصبات	0 لاستغراق كل التركة

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

ابن ابن	الأثنيين.
---------	-----------

يتضح أن بنت الابن تستحق السدس تكملة لثلاثي البنات، غير أن وجود ابن الابن معها يعصبها لتأخذ معه الباقي، ولأن التركة قد استغرقت كلها لم يتبق شيء، فإنها لن تأخذ شيئاً، فكان وجود ابن الابن سبب حرمان بنت الابن من الميراث.

- ماتت وتركت: زوج وأخت شقيقة وأخت لأب.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة 6 عول 7
زوج	2/1	لعدم وجود الفرع الوارث	3
أخت شقيقة	2/1	لانفرادها	3
أخت لأب	6/1	تكملة الثلثين	1
لو وجد في المسألة أخ لأب			
الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة 2
زوج	2/1	لعدم وجود الفرع الوارث	1
أخت شقيقة	2/1	لانفرادها	1
أخت لأب	الباقي يقسمونه للذكر مثل حظ الأثنيين	عصبة بالغير	0 لاستغراق كل التركة
أخ لأب			

يتضح أن الأخت لأب تستحق السدس تكملة لثلاثي الأخوات، لانفراد الأخت الشقيقة، غير أن وجود الأخ لأب معها يعصبها لتأخذ معه الباقي، ولأن التركة قد استغرقت كلها لم يتبق شيء، فإنها لن تأخذ شيئاً، فكان وجود الأخ لأب سبب حرمان الأخت لأب من الميراث.

الفرع الثاني: توريث المرأة أقل من الرجل.

إن كثرة الحالات ترث فيها المرأة مثل أو أكثر من الرجل، والتي رأيناها سابقاً، لا تقابلها حالات بنفس الكثرة عندما يتعلق الأمر بتوريث المرأة أقل من الرجل، والتي نحاول دراستها في هذا الفرع.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

أولاً- حالات توريث المرأة نصف ميراث الرجل: إن مبدأ الإسلام في جعل حظ الذكر مثل حظ الأنثيين، وجعله من أهم القواعد المعروفة في الميراث قاعدة "للذكر مثل حظ الأنثيين"، والتي تقضي بأن المرأة تأخذ نصف الرجل، والمستمد من قوله سبحانه وتعالى: "للذكر مثل حظ الأنثيين"، ليس مبدأ مطلقاً في كل ذكر وأنثى، وإنما في حالات محددة ومبررة، هي:

أ- **الفروع المتساوون في الدرجة**، كالابن والبنت أو بنت الابن مع ابن الابن مهما نزلوا، ويستوي أن ينفردوا بالتركة، أو يشتركون مع غيرهم من الورثة:

- **البنت مع الابن:** تطبق بشأنهم دائماً نفس القاعدة، ويقتسمون للذكر مثل حظ الأنثيين، سواء:

- **انفردوا بالتركة**، بأن كانوا هم فقط الورثة، ومثال ذلك:

- **توفيت عن:** ابن وبنت، فتقسم التركة بينهما وفقاً للقاعدة السابقة، حيث يحسب عدد الرؤوس على أن يكون الابن رأسين بينما البنت رأس واحد، ويكون أصل المسألة من ثلاثة، للابن سهمين وللبنات سهم واحد.

- **توفي عن:** 2 ابن و3 بنات، يجعل من عدد رؤوسهم أصلاً للمسألة، حيث نحسب للذكر رأسين وللأنثى رأس واحد، فيكون لدينا أربعة رؤوس للذكور وثلاث للبنات، والمجموع هو سبعة، للذكر سهمين وللأنثى سهم واحد.

- **أو اشتركوا مع غيرهم من الورثة:** بحيث نجد الأبناء إضافة إلى ورثة آخرين، ومن أمثلة ذلك:

- **توفي عن:** أب وابني ابن وبنت ابن وأخ لأم.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة 6
أب	6/1	لوجود الفرع الوارث المذكر	1
أخ لأم	/	محجوب حجب حرمان بالفرع الوارث	/
2 ابن ابن	الباقى للذكر مثل حظ الانثيين	لانهم من العصبات	2 لكل ابن ابن
بنت ابن			1 لبنت الابن

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

- بنت الابن مع ابن الابن مهما نزلوا، ويشترط أن يكونوا من نفس الدرجة، حيث يشكلون عصابة بالغير، فلا تتعصب بنت الابن مع ابن الابن الأدنى درجة منها، وتصح بشأنهم نفس الحالات والأمثلة المتعلقة بالبنت مع الابن.

ب- الإخوة الأشقاء أو لأب المتساوون في الدرجة: لقد أجمع علماء الميراث أن الإخوة المقصودون بالتعصيب، لا يشمل الإخوة لأم لأنهم يرثون بالفرض لا بالتعصيب، ويتساوون في الميراث كما سبق ورأينا، وإنما يقتصر على الإخوة الأشقاء أو لأب، وتسري عليهم نفس أحكام توريث الأبناء⁽¹⁾، سالفه الذكر، ومن أمثلتها:

- ماتت عن: أخ شقيق وأخت شقيقة، فنقسم التركة بينهما وفقا لقاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين، حيث يحسب عدد الرؤوس على أن يحسب للأخ الشقيق رأسين بينما يحسب للأخت الشقيقة رأس واحد، ويكون أصل المسألة من ثلاثة، للأخ سهمين وللأخت سهم واحد.

- مات وترك: أخ شقيق وأختين شقيقتين وأم وأخ لأم.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة 6
أم	6/1	لوجود الجمع من الإخوة	1
أخ لأم	6/1	لانفراده	1
أخ شقيق 2 أخت شقيقة	الباقى للذكر مثل حظ الانثيين	لانهم من العصابات	4 2 للأخ الشقيق 1 لكل أخت شقيقة

- توفيت عن: أخت شقيقة وأخ لأب وأخت لأب.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة 2	تصحح من 16
أخت شقيقة	2/1	لانفرادها	1	8
3 أخ لأب 2 أخت لأب	الباقى للذكر مثل حظ الانثيين	لأنهم من العصابات	1 وهو لا يقبل القسمة على 8 وهو عدد الرؤوس	8 2 لكل أخ لأب 1 لكل أخت لأب

¹ - تبيانات ساعد، المرجع السابق، ص 381.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

ج- الأبوين: تترث الأم نصف الأب في حالات معينة، هي:

ج.1- حالة انعدام الفرع الوارث مطلقا والزوجين والجمع من الاخوة: سواء انفرد الأب والأم بالتركة، أو وجد معهما أخ أو أخت مطلقا:

- مات عن: أم وأبن فتأخذ الأم الثلث، فيما يأخذ الأب ما بقي من التركة، وهو يعادل الثلثين.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة 3
أم	3/1	لانعدام الفرع الوارث والجمع من الإخوة	1
أب	الباقى	لعدم وجود الفرع الوارث	2

- ماتت عن: أب وأم وأخ مطلقا.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة 3
أم	3/1	لانعدام الفرع الوارث والجمع من الإخوة	1
أب	الباقى	لعدم وجود الفرع الوارث	2
أخ	/	محجوب حجب حرما بالأب	/

إن وجود أخ واحد، سواء كان شقيق أو لأب أو لأم، يحجب بالأب، ولا يؤثر على ميراث الأم، أما لو تعدد الإخوة مطلقا، فيحجبون الأم من الثلث إلى السدس حتى لو كانوا محجوبون.

ج.2- حالة وجود أحد الزوجين مع انعدام الفرع الوارث مطلقا والجمع من الاخوة: وذلك في مسألتين اثنتين تعرفان بالغراوين أو العمريتين، وقد سبق أن تطرقنا لهما:

- حيث نجد في الأولى: أب وأم وزوج.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة 6
زوج	2/1	لعدم وجود الفرع الوارث	3
أم	3/1 الباقى	لأنها من المسائل الخاصة	3
أب	الباقى		

- فيما نجد في الثانية: أب وأم وزوجة.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة 12
زوجة	4/1	لعدم وجود الفرع الوارث	3
أم	3/1 الباقى	لأنها من المسائل الخاصة	9

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

أب	الباقي		6
----	--------	--	---

ج.3- حالة انعدام الزوجين مع وجود الفرع الوارث المؤنث منفرداً، كمن توفي عن: أب وأم وبنت.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة 6
أب	6/1 + الباقي	لانعدام الفرع الوارث المذكر	2=1+1
أم	6/1	لوجود الفرع الوارث	1
بنت	2/1	لانفرادها	3

فأخذ الأب ضعف الأم، ويسري الحكم على بنت الابن المنفردة مهما نزلت.

د-الجدين: أي الجدة ترث نصف الجد، ويتحقق ذلك عند توفر الحالات التالية⁽¹⁾:

د.1- وجود صاحب نصف واحد كالبنات أو الزوج وانعدام الإخوة، مثلاً:

- توفيت عن: زوج وجد وجدة.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة 6
جد	الباقي عسبة	انعدام الأب والفرع الوارث	2
جدة	6/1	لانعدام الحاجب	1
زوج	2/1	لعدم وجود الفرع الوارث	3

- توفي عن: جد وجدة وبنت.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة 6
جد	6/1 + الباقي	لعدم وجود الفرع الوارث المذكر	2=1+1
جدة	6/1	لانعدام الحاجب	1
بنت	2/1	لانفرادها	3

د.2- انعدام الفرع الوارث والزوجين مع وجود ثلاث أخوات شقيقات أو أخ وأخت أشقاء، حيث تكون المقاسمة أفضل للجد.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة 6
--------	-------	---------	---------------

¹ - العشي نورة، المرجع السابق، ص 71-72.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

1		لانعدام الحاجب	6/1	جدة
2 للجد	5	لانفرادها	الباقي "للذكر مثل حظ الأنثيين"	جد
1 لكل أخت				3 أخت شقيقة

هـ- الجد مع الأخوات الشقيقات أو لأب: وذلك عندما تكون المقاسمة أفضل له:

هـ.1- يرث الجد عند وجوده مع الإخوة الأشقاء أو لأب-كما سبق وبيننا- الأفضل بين ثلث التركة أو المقاسمة إذا لم يوجد معهم أصحاب فروض، أما إن وجدوا فله الأفضل بين سدس التركة وثلث الباقي بعد أصحاب الفروض أو المقاسمة، وفي حالة المقاسمة يأخذ مثل الذكر وضعف الأنثى، وفيما يلي أمثلة عن ذلك:

- توفي عن: زوجتين و بنت وجد وأخت شقيقة أو لأب.

أصل المسألة 8	التبرير	الفرض	الوارث
1	لوجود الفرع الوارث	8/1	زوجة
4	لانفرادها	2/1	بنت
2 للجد	يفتسمونه " للذكر مثل حظ الأنثيين"	الباقي	جد
1 للأخت			وأخت شقيقة

- توفيت عن: جد وأخ شقيق وأختين شقيقتين.

أصل المسألة 5	التبرير	الفروض	الوارث
2 للجد	يفتسمونه " للذكر مثل حظ الأنثيين"	كل التركة	جد
2 للأخ			وأخ شقيق
1 للأخت			وأخت شقيقة

هـ.2- في المسألة الأكدرية⁽¹⁾ أو الغراء⁽²⁾، والتي ورد ذكرها في المادة 175 ق.أ التي جاء فيها: "لا يفرض للأخت مع الجد إلا في الأكدرية، وهي: زوج، أم، أخت شقيقة أو لأب، وجد، فيضم الجد ما حسب له إلى ما حسب لها، ويقسمان للذكر مثل حظ الأنثيين، أصلها من ستة

¹ - سميت بالأكدرية لأنها وقعت لإمرأة من بني أكر أو لأنها كدرت على زيد بن ثابت مذهبه، سعيد بويزري، المرجع السابق، ص 66.

² - تسمى بالغراء لشهرتها، سعيد بويزري، المرجع السابق، ص 66.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

وتعول إلى تسعة وتصح من سبعة وعشرين، للزوج تسعة، وللأم ستة، فلأخت أربعة، وللجد ثمانية".

الوارث	الفروض	أصل المسألة 6 عول 9	تصح من 27
زوج	2/1	3	9
أم	3/1	2	6
جد	6/1	4	12
أخت شقيقة	2/1		8 للجد 4 للأخت

و- حالات ميراث الزوجين: تتحقق القاعدة السابقة بالنسبة للزوجين على مستوى الفروض المحددة لكل منهما:

- فعند وجود الفرع الوارث مطلقاً، يأخذ الزوج الربع وتأخذ الزوجة الثمن، وهو نصفه
- وعند عدم وجود الفرع الوارث مطلقاً، يأخذ الزوج النصف وتأخذ الزوجة نصفه وهو الربع.

ثانياً- حالات توريث المرأة أقل أو أكثر من نصف ميراث الرجل.

قد ترث المرأة في حالات عديدة نصيباً يقل على نصف ما يرثه الرجل أو يفوقه، وذلك على النحو التالي:

1- توريث المرأة أكثر من نصف الرجل: أي تأخذ ما يفوق نصفه ويقل عن نصيبه كاملاً، ويتحقق ذلك في الحالات التالية:

أ- حالات الاتحاد في الجهة والدرجة: وهي حالات تتعلق بالمرأة ونظيرها من الرجال، وهي تشمل:

- الأبوين: ومن أمثلتها:

- وجود الأبوين مع زوجة وبنت.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة 24
زوجة	8/1	لوجود الفرع الوارث	3
بنت	2/1	لانفرادها	12
أم	6/1	لوجود الفرع الوارث	4
أب	6/1+الباقي	لوجود الفرع الوارث المؤنث	5=1+4

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

ورثت الأم أربع سهام فيما أخذ الأب خمسة، وهو ما يعني أنها أخذت أكثر من نصفه.

- الجدين: من أمثلتها:

- وجود الجدين مع أخوين شقيقين فأكثر أو أربع أخوات شقيقات أو لأب فأكثر، فإذا كانوا مختلطين فيجب أن يكون عدد رؤوسهم أكثر من أربعة باحتساب الجد⁽¹⁾.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة 6	تصح من 18
جدة	6/1	لانعدام الحاجب	1	3
2 أخ شقيق	الباقي	يقتسمونه بالتساوي	5	5 لكل أخ
جد				5 للجد

أخذت الجدة 3 سهام، وهو ما يفوق نصف نصيب الجد، وهو 5 سهام.

- وجود الجدين مع بنت أو بنت ابن مع أخت شقيقة أو لأب.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة 6	تصح من 18
بنت	2/1	لانفرادها	3	9
جدة	6/1	لعدم وجود الحاجب	1	3
جد	الباقي	يقتسمونه "للذكر مثل حظ	4	4 للجد
أخت		الاثنيين"		2 للأخت

تعتبر المقاسمة أفضل للجد من ثلث الباقي أو سدس التركة في هذه المسألة، لذلك فهو أخذ 4 سهام مقابل 3 للجدة، وهو ما يفوق نصف ما أخذه.

ب- الاختلاف في الجهة أو الدرجة أو قوة القرابة، وتشمل حالات لا حصر لها، حيث تأخذ المرأة أكثر من نصف الرجل دون أن يكون من نفس جهتها أو درجتها، وغالبا ما تأخذ المرأة الأقرب من الميت أكثر من نصف الرجل الأبعد منها، نذكر بعض الأمثلة:

- زوجة و 3 إخوة أشقاء أو لأب:

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة 12	تصح 36
زوجة	4/1	لانفرادها	3	9

¹ - العشي نورة، المرجع السابق، ص 72.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

3 إخوة ش	ب ع	لانعدام الفرع الوارث المذكر والأب	7	21 (7 لكل أخ)
أخت لأم	6/1	لانعدام الفرع الوارث ووالأب	2	6

لقد أخت الأخت لأم 6 سهام مقابل 7 للأخ لأب، وهو يفوق نصفه، ويسري الحكم ذاته على الإخوة لأب، وعلى الأعمام وفروعهم.

- مات عن: زوجة وأب وأم وبنتي ابن.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة 24 عول 27
زوجة	8/1	لوجود الفرع الوارث	3
بنتي ابن	3/2	للتعدد	16 لكل منهما 8
أم	6/1	لوجود الفرع الوارث	4
أب	6/1+الباقي	لوجود الفرع الوارث المؤنث	4=0+4

فقد أخذت الزوجة 3 سهام مقابل 4 للأب، وهو ما يفوق النصف، ونعرف هذه المسألة بالمنبرية، والتي تناولها المشرع الجزائري في المادة 179 ق.أ.

2- توريث المرأة أقل من نصف الرجل: ويحدث ذلك فقط بين الأصول من أبوين أو جدين في حالات اتحاد الجهة والدرجة وقوة القرابة، أما في غيرها فتوجد حالات كثيرة:

أ- حالة اتحاد الجهة والدرجة وقوة القرابة: وتتعلق بـ:

- الأبوين: مثل:

- وجود أم وأب وجمع من الإخوة.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة 6
أم	6/1	لوجود الجمع من الإخوة	1
أب	الباقي	لعدم وجود الفرع الوارث مطلقا	5
الإخوة.	/	محجوبين حجب حرمان بالأب	/

لقد أخذت الأم سهم واحد مقابل 5 سهام للأب، وهو أقل من النصف.

- وجود أم وأب وجمع من الإخوة مطلقا وزوجة.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة 12
--------	-------	---------	----------------

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

3	لعدم وجود الفرع الوارث	4/1	وزوجة.
2	لوجود الجمع من الإخوة	6/1	أم
7	لانعدام الفرع الوارث مطلقا	الباقى	أب
/	محجوبون حجب حرمان بالأب	/	الإخوة.

أخذت الأم 3 سهام، فيما أخذ الأب 7، وهو أقل النصف.

- بالنسبة لحالات الجدين: وذلك حسب الحالات التالية:

- حالة وجود الجدين فقط، حيث تأخذ الجدة فرضها، وهو السدس، فيما يأخذ الجد ما تبقى من التركة عصبية، وهو 5 سهام مقابل سهم واحد للجدة، وهو أقل من نصف ميراث الجد.
- وجود جد وجدة وزوجة.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة 12
زوجة	4/1	لعدم وجود الفرع الوارث	3
جدة	6/1	لعدم وجود الحاجب	2
جد	الباقى	لعدم وجود الفرع الوارث مطلقا	7

لقد أخذت الجدة سهمين مقابل 7 سهام للجد، وهو أقل من نصفه.

- وجود جد وجدة وأخت شقيقة أو لأب.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة 6	تصحح 15
جدة	6/1	لعدم وجود الحاجب	1	3
جد	الباقى	يقسمونه "للذكر مثل حظ	5	10 للجد
أخت شقيقة		الاثنيين"		5 للأخت

تعتبر المقاسمة أفضل للجد من ثلث الباقي أو سدس التركة في هذه المسألة، لذلك فهو أخذ 10 سهام مقابل 3 للجدة، وهو ما يقل عن نصف ما أخذه.

- وجود جد وجدة وأخ شقيق أو لأب أو أختان لأب أو شقيقتان.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة 6	تصح من 24
جدة	6/1	لعدم وجود الحاجب	1	4

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

جد	الباقي	يقتسمونه "للذكر مثل حظ الاثنيين"	5	20	10 للجد
2 أخت لأب					5 للأخت

تعتبر المقاسمة أفضل للجد من ثلث الباقي أو سدس التركة في هذه المسألة، لذلك فهو أخذ 10 سهام مقابل 4 للجد، وهو ما يقل عن نصف ما أخذه.

- وجود جد وجدة أخت شقيقة وزوجة.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة 12	تصح من 36
زوجة	4/1	لعدم وجود الفرع الوارث	3	9
جدة	6/1	لعدم وجود الحajib	2	6
جد	الباقي	يقتسمونه "للذكر مثل حظ الاثنيين"	7	21
أخت ش				14 للجد
				7 للأخت

تعتبر المقاسمة أفضل للجد من ثلث الباقي أو سدس التركة في هذه المسألة، لذلك فهو أخذ 14 سهام مقابل 6 للجد، وهو ما يقل عن نصف ما أخذه.

ب- حالات اختلاف الجهة أو الدرجة أو قوة القرابة: هي حالات كثيرة لا يمكن الإلمام بها كاملة، ولكن من أمثلتها:

- وجود أم وأب وجمع من الإخوة مطلقا وزوجة.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة 12
وزوجة.	4/1	لعدم وجود الفرع الوارث	3
أم	6/1	لوجود الجمع من الإخوة	2
أب	الباقي	لانعدام الفرع الوارث مطلقا	7
الإخوة.	/	محجوبون حجب حرمان بالأب	/

فقد أخذت الزوجة 3 سهام مقابل 7 للأب، وهو أقل من نصف ميراثه.

- أم وأخت لأم وعم شقيق.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة 6
أم	3/1	لانعدا الفرع الوارث والجمع من الإخوة.	2
أخت لأم	6/1	لانفراده	1

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

عم شقيق	الباقي	للتعدد	3
---------	--------	--------	---

أخذت الأم سهمين، فيما أخذت الأخت لأم سهم واحد، فيما أخذ العم 3 سهام، وكلتا هما أخذتا أقل من نصف ميراثه.

- زوجة و 4 أخوات.

الوارث	الفرض	التبرير	أصل المسألة 6 عول 7	تصحح 21
زوج	2/1	لانعدا الفرع الوارث.	3	9
3 أخوات	3/2	للتعدد	4	3 لكل أخت

أخذت الأخت 3 سهام، فيما أخذ الزوج 9، وهو أقل من نصف ميراثه.

ثالثا- حالات عدم توريث المرأة وتوريث الرجل.

يتحقق هذا التقديم في الحالات التي يرث فيها الرجل والمرأة لا ترث رغم اجتماعهما، أو في الحالات التي يرث فيها الرجل ولو كانت مكانه امرأة لما ورثت.

1- المرأة لا ترث والرجل يرث: إن بعض النساء لا يرثون إلا بميراث ذوي الأرحام، فيما يرث نظرائهم من الرجال بالفرض أو التعصيب، ويتحقق ذلك في كل جهات القرابة:

- فبالنسبة لفروع الميت، وهم كل من يدلي إلى الميت عن طريق البنت، كأولاد البنات وأولاد بنات الابن، ذكورا وإناثا، وإن نزلوا، وهم لا يرثون، فيما يرث أولاد الأبناء وأولاد أبناء الأبناء ذكورا وإناثا.

ف نجد بنت البنت لا ترث فيما يرث ابن الابن، وكذلك لا ترث بنت بنت الابن وبنت ابن البنت وبنت بنت البنت فيما يرث ابن الابن.

- أما بالنسبة لأصول الميت، وهم كل من ينتمي إليهم الميت عن طريق الأثني، ويشمل الأجداد الرحميون والجذات الرحميات، مثل أب أم الميت، وأم أب أم الميت، وأم أم أب أم الميت، وهم لا يرثون إلا باعتبارهم ذوي أرحام، بينما يرث الجد والجدة الصحيحين كأب أم أم أم أم أو أب أم أو أب وغيرهم باعتبارهم من أصحاب الفروض أو العصبات.

- وبالنسبة لفروع أبوي الميت: وهم كل من ينتمي إلى أبوي الميت، ويشمل أولاد الأخوات مطلقا وإن نزلوا، شقيقات أو لأب أو لأم، كابن وبنت الأخت الشقيقة أو لأب، وابن وبنت بنت

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

الأخت الشقيقة أو لأب، وبنات الإخوة مطلقا مهما نزلوا، سواء كانوا أشقاء أو لأب، كبنت لأخ الشقيق، وبنت وابن بنت الأخ الشقيق أو لأب، وأولاد الإخوة لأم مطلقا مهما نزلوا، كابن وبنت الأخ أو الأخت لأم، وهم لا يرثون إلا باعتبارهم من ذوي الأرحام، بينما يرث ابن الأخ الشقيق أو لأب، وأولاده الذكور مهما نزلوا.

- بينما نجد الكثير من فروع أجداد الميت من ذوي الأرحام، والذين سبق أن تطرقنا لهم، لا يرثون، كالعمة، وبنات العم وأولادهم مهما نزلوا، وأولاد العمات الذكور الإناث، وذلك سوا كانوا أشقاء أو لأب، بينما يرث أولاد العم الذكور المقابلين لهم في لدرجة وقوة القرابة. فيما يلي جدول يوضح النساء غير الوارثات مقابل الرجال الوارثون.

جهة الميراث	النساء غير الوارثات	الرجال الوارثون
الفروع	بنت البنت	ابن الابن
	بنت بنت الابن بنت ابن البنت بنت بنت بنت	ابن ابن الابن
الأصول	أم أب أم	أب أب أب
	أم أب أم أب أم أب أم أب أم أم أب أم أم أب أم أم	أب أب أب أب
الأخوة	بنت الأخت الشقيقة أو لأب بنات الأخ الشقيق أو لأب	ابن الأخ الشقيق أو لأب
	بنت بنت الأخ الشقيق أو لأب بنت ابن الأخ الشقيق أو لأب بنت بنت الأخت الشقيقة أو لأب بنت ابن الأخت الشقيقة أو لأب	ابن ابن الأخ الشقيق أو لأب
	العمة الشقيقة أو لأب	العم الشقيق أو لأب

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

أبناء العم الشقيق أو لأب	بنات العم الشقيق أو لأب بنات العمة الشقيقة أو لأب	العمومة
ابن ابن عم شقيق أو لأب	بنت بنت عم شقيق أو لأب بنت ابن عم شقيق أو لأب بنت بنت عمة شقيقة أو لأب بنت ابن عمة شقيقة أو لأب	

2- الرجل يرث ولو كانت مكانه امرأة لما ورثت.

هناك بعض الحالات يرث فيها الرجل فيما لا ترث المرأة التي في نفس ظروفه، منها:

- مسألة فيها أختان شقيقتان وأخت لأب، فهذه الأخيرة تحجب بالأختين الشقيقتين فلا ترث شيئاً، في حين لو كان مكانهما الأخ لأب لأخذ الباقي بالتعصيب، مع العلم أنه لو وجدت معه لتعصبت به وورثت نصف ما يرث، وهو ما يعرف بالقريب المبارك.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة 3
2 أخت شقيقة	3/2	للتعدد	1+2 ردا=3
أخت لأب	/	محجوبة حجب حرمان بالأختين	0
لو وجد الأخ لأب.			
2 أخت شقيقة	3/2	للتعدد	2
أخ لأب	الباقي	لأنه من العصابات	1

وتصح المسألة لو تعدد الأخوات الشقيقات أو الأخت لأب أو الأخ لأب.

- مسألة فيها بنتان وبنت ابن، فهذه الأخيرة تحجب في حين لو كان مكانها ابن ابن لأخذ الباقي عصبية⁽¹⁾.

الوارث	الفروض	التبرير	أصل المسألة 3
2 بنت	3/2	للتعدد	1+2 ردا=3
بنت ابن	/	محجوبة حجب حرمان بالبنتين	0

¹ - العشي نورة، المرجع السابق، ص 74-75.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث

لو وجد الأخ لأب			
2	للتعدد	3/2	2 بنت
1	لأنه من العصابات	الباقي	أخ لأب

نفس الحكم يسري لو تعددت البنات أو بنت الابن أو ابن الابن، ولكن يجب مراعاة مسألة التنزيل.

في الأخير نخلص إلى أن المرأة قد تأخذ مثل الرجل أو أقل أو أكثر منه وقد ترث ولا يرث هو تماما مثله، فقد يأخذ مثلها أو أكثر أو أقل منها وقد يرث ولا ترث، وهذه أهم مسألة يتساويان فيها، فلا داعي للنظر لميراث المرأة بعين الشك والريبة والشبهة.

الخاتمة

إنّ مركز المرأة في القانون عامة، ومركزها في قانون الأسرة خاصة، أثار ويثير الكثير من النقاشات والخلافات بين مختلف فئات المجتمع مهما كانت، خاصة في دولة بحجم الجزائر، وتنوع ثقافتها، وثراء مكوناتها، وبقائه قائما مرتبطا بتطور المجتمع، وبوتيرة تعديل القوانين وجدديتها، وقدرتها على أن تكون المرأة العاكسة له.

وما يؤكّد هذا الطرح تغيير مركز المرأة القانوني بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 الذي تبني بموجبه المشرع تعديلات عديدة مهمة، منها ما انصبت في مصلحة المرأة والأسرة والمجتمع، وعززت من مركزها، ومنها ما جانب ذلك، فقزمت المرأة وأنقصت من أهليّتها، فيما تجنب الإشارة إلى عدة مسائل تقتضي التوضيح، متخذا من السكوت حلا لبعض المسائل التي صعب عليه اتخاذ موقف حازم بشأنها، وهو ما أزم الوضع خاصة في ظل خروج المشرع الجزائري عن المذهب المالكي وانفتاحه على المذاهب الأخرى خاصة المذهب الحنفي. ويرجع ذلك إلى محاولة المشرّع التوفيق بين المرجعيّة الداخليّة بكل تنوعاتها والمرجعيّة الدوليّة بكل ضغوطاتها، حيث حاول تلافي الانتقادات الدولية وضغوطاتها بمسايرة الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر، ولا سيما اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة، فيما يتوجب عليه مراعاة طبيعة المجتمع الجزائري المحافظ، وكذا إرضاء المنظمات النسوية المنادية بتحرر المرأة، وتلك المتمسكة بالدين، غير أن المسألة الأهم التي كان عليه أن يراعيها هي فطرة المرأة وطبيعتها الفيزيولوجية، وكونها دعامة أساسية وعنصر فاعل داخل الأسرة والمجتمع، ولها وظيفة غاية في الأهمية والخطورة دون أن يتجاهل تطورها والمراكز الحساسة التي أصبحت تتبوأها.

ويتجلى هذا التغيير في المركز الذي أصبحت المرأة تتبوأه في مختلف أحكام قانون الأسرة:

- فجعل لها مركزا متوازنا في الخطبة أعطاها بموجبه حقوقا تعادل الالتزامات الملقاة على عاتقها، حيث تتمتع بحق الموافقة والمبادرة بالخطبة، وحق العدول عنها واسترداد هداياها في

حالة عدول خطيبها، وتعويضها عن الضرر اللاحق بها، وبالمقابل ألزمها بنفس الالتزامات، وإن لم يكن ذلك بشكل صريح تماما في كل الأحكام.

- بنى عقد الزواج على ركن وحيد هو الرضا، وأرفقه بعدة شروط حددها بوضوح، واعتبر الأهلية شرطا لصحة العقد، فيما سكت عن عيوب الإرادة، مما جعل البعض يذهب إلى إنهاء الرابطة الزوجية عند توفرها بدل فساد عقد الزواج.

- كرس احترام إرادة المرأة في الزواج بمنع إكراهها مطلقا، سواء كانت راشدة أو بالغة، وسواء كانت بكرا أو ثيبا، وسواء كان الإكراه بإرغامها على الزواج أو بمنعها، ولم يفرق بين الإكراه المعدم للرضا والمنقصر له دون إعدامه، ورتب البطلان على كل إكراه مهما كان، وهو موقف متقدم لم نجده حتى عن القانون التونسي الذي ربط زواج القصر بإجماع موافقتها مع موافقة الولي والأم، وإلا عرض الأمر على القاضي، وهو ما تبناه القانون الكويتي بالنسبة للبكر بين البلوغ والخامسة وعشرون سنة، أما الفقه الإسلامي فقد تضاربت أحكامه حسب حال المرأة فأجمعوا على جواز إجبار البكر الصغيرة، وعدم إجبار الثيب البالغة، بينما اختلفوا حول البكر البالغة والثيب الصغيرة.

- أعطى للمرأة الراشدة الحق الكامل في أن تستقل بإنشاء عقد زواجها، سواء من حيث القبول أو الرفض، أو من حيث إبرامه ومباشرته، دون أن يكون لأي كان حق التدخل بما فيهم القاضي، ويعد هذا تغيرا واضحا في موقف المشرع الجزائري في إطار سياسته ومعاملته للمرأة التي تميل بعد التعديل إلى مساواتها مع الطرف الآخر للعقد، وإن كان هذا من الناحية الواقعية يطرح بعض الحرج بالنسبة للمرأة الراشدة، وقد تبنى ذلك من المذهب الحنفي، ووافق القانون التونسي، فيما خالفهم القانون الكويتي بمنح الولي سلطة إبرام عقد زواج موليته.

أما القاصرة فمنعها من تولي عقد زواجها مانحا سلطة ذلك لوليها، والذي منعه من إجبارها على الزواج أو منعها عنه، وذلك بعد أن كان يجيز ذلك قبل التعديل.

- على عكس المشرعين التونسي الذي أجاز التوكيل في الزواج بوكالة خاصة، والقانون الكويتي الذي أجاز التوكيل عموما، سكت المشرع الجزائري ولم يتناوله، مما جعل الخلاف الفقهي قائما حول جوازه، ومدى شموله الرجل والمرأة أو اقتصره على أحدهما فقط، غير أننا

نعتقد أن خصها بأحكام خاصة بموجب نص خاص في قانون الأسرة أفضل وأصوب وأضمن للحفاظ على الحقوق واحترام خصوصية عقد الزواج، وذلك بمنح المرأة فقط الحق في توكيل وليها القريب فقط لإبرام عقد زواجها بوكالة خاصة.

- رفع سن الزواج إلى 19 سنة للجنسين مع إمكانية الترشيد إلى ما دون ذلك، ليكون أعلى سن مقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية، ومع القوانين المقارنة بما فيها القانون التونسي، ولم يحدد الجزاء الذي يترتب على عدم اكتمال الأهلية.

- يعتبر الصداق حقا خاصا بالزوجة دون الزوج الذي يكلف بدفعه، وقد حاول القانون الجزائري ضمانه للمرأة كمالكة له من مختلف الجوانب، غير أن أحكامه جاءت غير واضحة أحيانا، وناقصة أحيانا أخرى (كاستحقاق الزوجة للصداق كاملا في حال وفاتها)، وهو ما نجده أيضا وبدرجة أكبر في القانون التونسي، بينما كان القانون الكويتي -الذي اعتبره أثرا للزواج وليس شرطا من شروطه- أكثر وضوحا وتفصيلا، كما هو الحال في الشريعة الإسلامية.

- سكت المشرع عن شهادة المرأة في عقد الزواج، ورغم عدم وجود ما يمنع من الناحية القانونية من أن تكون المرأة شاهد عليه، بل أن ذلك ينسجم مع سياسة المشرع تجاه المرأة، وانفتاحه على المذهب الحنفي الذي يجيز شهادة النساء، إلا أن تطبيق ذلك من حيث الواقع غير مستصاغ، لأن غالبية المجتمع لا تتقبل ذلك.

لقد منع المشرع الكويتي في المادة 11 ق.أ.ش شهادة المرأة حينما اشترط في الشاهدين أن يكونا مسلمين، بالغين، عاقلين، رجلين، سامعين معا كلام المتعاقدين، فاهمين المراد منه، بينما لم يفرق المشرع التونسي بين الرجل والمرأة، ويجوز لكليهما الشهادة، فيما ساد الخلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث رفضها المالكية وأجاز الحنفية شهادة رجل وامرأتان وسمح الظاهرية بشهادة النسوة فقط.

- أما فيما يتعلق بالولي الذي أسأل الكثير من الحبر، فإن المشرع اشترطه بالنسبة للمرأة الراشدة فقط دون الرجل الراشد، متبنيا موقف الجمهور من الفقه الإسلامي، وهو موقف صائب راعى فيه طبيعة المرأة الجزائرية التي يمنعها حياؤها من حضور مجالس الرجال، وهو أيضا ما تبنته القوانين المقارنة.

غير أنه خالفهم عندما منح للمرأة حق اختيار شخص من قرابتها أو من غيرهم ليكون وليها، وهو ما نعتبره قد قزم المرأة واعتبرها ناقصة أهلية، ونقترح تعديله وجعل الولي من قرابة المرأة، لأن مفهوم الولاية يعني النصرة، والولي هو الناصر المعين الذي تنتسرف المرأة بتواجهه معها.

- رغم التوازن المحقق بالنسبة للمحرمات المؤيدة، بين الرجال المحرمين على النساء، والنساء المحرمات على الرجال، إلا أن ذلك غير متوفر في المحرمات المؤقتة، بحيث تتسع دائرة المحرمات من النساء أكثر من تلك الخاصة بالرجال، حيث يمكنه الزواج من كتابية وهي لا، ويمكنه أن يتزوج أثناء عدة مطلقته وهي لا، كما أنه يمكنه الزواج أثناء زواجه لغاية أربع زوجات أما هي فلا يمكنها التعديد، إضافة إلى أنه عند نفاذ الطلقات الثلاث بين الزوجين، لا يمكنهما العودة مجدداً إلا إذا تزوجت المرأة ودخل بها زوجها ثم طلقها أو توفي عنها، ولا يشترط ذلك في الزوج، وطبعاً لكل هذه الفروقات أسباباً ومبررات.

- أعطى المشرع للمرأة حق الاشتراط من خلال نص المادة 19 التي تركز الاتجاه التعاقدية في تنظيم العلاقة الزوجية بين المرأة والرجل على قدم المساواة، وأصبح يتعامل معها بانفتاحية أكبر، ويسمح لها باشتراط عملها في عقد الزواج أو بعده بموجب عقد رسمي لاحق، ولم يعتبره سبباً لسقوط الحضانة، وذلك مراعاة للواقع الذي أصبحت فيه غالبية النساء عاملات، كما أن ظروف الحياة الاقتصادية تستدعي ذلك.

- من أهم المبادئ التي تبناها المشرع الجزائري، وكذا المشرعين التونسي والكويتي والفقهاء الإسلامي، هو استقلالية الذمة المالية للزوجين، وحرية المرأة في التصرف في أموالها الخاصة دون رقابة أو إذن من أحد (ما عدا بعض الآراء الفقهية المخالفة).

- أجازت المادة 37 من قانون الأسرة للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما، والتي يكتسبها خلال حياتهما الزوجية، وهذا مظهر من مظاهر الاتجاه التعاقدية في قانون الأسرة، حاول من خلاله المشرع حماية المرأة، إلا أنه فتح الباب على مخاوف جدية حول ترتب آثار لاحقاً قد تضر المرأة، لهذا نعتقد أن تكريس أفضل

حماية للمرأة لا يكون بمنحها حق الاتفاق مع زوجها على كيفية اقتسام الأموال المشتركة بينهما، فهذه نتيجة منطقية لحرية المرأة والرجل في التصرف في أموالهما، وحرية الاضطرار في عقد الزواج، حيث يحق لهما إبداء كل الشروط التي يريدانها منها الاتفاقات المالية، لكن يمكن حماية المرأة وأموالها بآليات أكثر نجاعة تضمن حقوقها حتى في حالة عدم الاتفاق، خاصة فيما يتعلق بتسهيل الإثبات، ومراعاة مصادر دخل كل من الزوجين مقابل التزاماته.

- أجاز المشرع الجزائري تعدد الزوجات المستمد من الشريعة الإسلامية، ولكنه حاول حماية المرأة من خلال التشدد المتبع في أحكامه بتقييده بترخيص من القاضي بعد موافقة الزوجة الأولى والمرأة المراد الزواج بها، مع مراعاة قدرة الزوج على العدل ووجود مبرر شرعي للتعدد، وهو كان مصيبا في ذلك، حيث حاول تقفي الموضوعية بدل الذاتية، فنظر إلى المرأة عامة وليس إلى الزوجة فقط، لأن التعدد قد يكون حقا للمرأة التي يراد الزواج بها أو بالنسبة للزوجة ذاتها، وهو أيضا حق للمجتمع، فخرج من حدود النظرة الضيقة إلى تلك الموسعة، وقد سار القانون الكويتي في نفس النهج بينما خالف القانون التونسي برفض التعدد.

- فيما يتعلق بآثار عقد الزواج وعلى العكس من التشريعات المقارنة فإن فلسفة المشرع الجزائري واضحة في محاولة منح المرأة مركزا متوازنا ومتساويا تماما من حيث الحقوق والواجبات، من خلال تعديل المادة 36 وإلغاء المادتين 38-39، مما يعني أنه جعل لها نفس مركز الطرف الآخر -الرجل- دونما مراعاة للفروق الطبيعية والفطرية والبيولوجية بين الذكور والإناث، ودون ذكر لمسألة رئاسة الأسرة، هذه الأخيرة التي رغم أن المكلف بالنفقة هو الزوج بالإضافة إلى التكاليف التي يبذلها لإعداد بيت الزوجية والصدّاق بقيت دون رئيس يقودها، وهو ما دفع البعض إلى انتقاد هذا الموقف بأنه يؤدي إلى الدمار والفوضى بدل السكينة والطمأنينة التي بنيت عليه الأسرة، وهو عكس ما تبناه القانون التونسي الذي أشار صراحة إلى أن الزوج هو رب الأسرة، وهو أيضا ما يفهم من موقف المشرع الكويتي، ويتضح ذلك فيما يلي:

. تركيز المشرع الجزائري على الحقوق المشتركة بين الزوجين فقط كأثار لعقد الزواج، مكتفيا بالتعاون والتشاور بين الزوجين واحترام أحدهما للآخر ولأهله، بينما لم يتناول الحقوق الخاصة

بكل طرف كما كان قبل التعديل، حيث ألغى المواد التي كانت تشير إلى الحقوق الخاصة بكل طرف.

. إلغاء كل حديث على مسألة رئاسة وقوامة الزوج وطاعة الزوجة له بإلغائه لنص المادة 39 التي كانت تلزم الزوجة بطاعة زوجها، مما كرس فراغا قانونيا اختلف الشراح في تفسيره بين من اعتبره إلغاء للطاعة، والزوجة لم تعد ملتزمة به، ومن اعتبره فراغ يستدعي اللجوء لنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل للشريعة الإسلامية، ونعتقد كان الأجدر الإبقاء على هذه المادة مع تبيان حدود الطاعة الزوجية، فالطاعة من الجوانب التكليفية للمرأة في الشريعة الإسلامية، والتي تعتبر حقا للزوج وهي من الأحكام الثابتة في الإسلام، ففضية القوامة في الإسلام ليست قضية عرف أو عادة أو تقليد أو قانون وضعه الرجل للسيطرة على المرأة، وإنما هي تشريع إلهي روعيت فيه خصائص كل من الرجل والمرأة، وروعت فيه مصلحة الأسرة وليس المقصود منه تفضيل معدن الرجال على معدن النساء، فهما ينحدران من نفس واحدة، وإنما هو تفضيل يرجع إلى فروق عضوية وبيولوجية وليس في الحقوق والواجبات، ولا يعني ذلك القهر والاستبداد وإهدار شخصية المرأة.

رغم محاولة المساواة بين الزوجين في الآثار المترتبة على عقد الزواج في المادة 36 سألقة الذكر، إلا أنه ما تزال نصوص أخرى عديدة تكرر حقوق أخرة كثيرة، منها ما لا يراعي توجه المشرع، كذلك المتعلقة بحق الزوجة في النفقة، أو تكرسها وتنسجم معها، كحق التوارث وحرمة الماهرة والنسب، وغيرها.

- إن آثار عقد الزواج لا تقتصر على الزوجين فقط، بل تمتد إلى أولادهما وأسرتهما، وقد وردت في عدة نصوص، منها المادة 36 سألقة الذكر، خاصة ما يتعلق بتعامل الزوجين مع أهاليهم، ومع أهل الطرف الآخر، ومنها النصوص المتعلقة بالنسب وحرمة المصاهرة والتوارث، وغيرها من الحقوق التي تمس الأولاد أو الأبوين أو الأهل عموما.

- جعل الطلاق حلا لميثاق الزوجية يمارس من قبل الزوج والزوجة كل حسب شروطه الشرعية، وتحت مراقبة القضاء، وذلك بتقييد الممارسة التعسفية للرجل في الطلاق، وتعزيز آلية

الصلح مع ضمان حق المرأة المطلقة في الحصول على كافة حقوقها قبل الإذن بالطلاق، لا سيما إلزام المطلق بتوفير مسكن للمطلقة إذا كانت حاضنة.

- حاول المشرع الجزائري تحقيق التوازن بين الطرق التي تنهي الرابطة الزوجية دون إرادة الزوجة وتلك التي تتم بإرادتها، ومنحها مركزا متوازنا ومساويا للزوج، وقد تجسد ذلك من خلال، وضع طرق مشتركة لكلي الطرفين، وخص كل منهما بطرق خاصة به، ومحاولة الموازنة بينها، حيث منحت الزوجة الخلع الذي يتم بإرادتها ولو دون رضا الزوج، فيما فتح المجال على مصراعيه للتفريق القضائي الذي يتم بحكم قضائي بناء على طلبها، وبالمقابل يتم حل الزواج بدون إرادتها بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة، على أن لا يثبت إلا بحكم قضائي مع تقييده بقيود معينة، وهو ما يعطي صورة توازن شكلي وتشريعي في طرق فك الرابطة الزوجية، وميل حقيقي نحو تعزيز مركز المرأة فيها، ورغم ذلك ما تزال بعض مواطن القصور وعدم التوازن، خاصة تلك المتعلقة بإثبات حالات التفريق القضائي مقابل تمتع الزوج بسلطة مباشرة في إنهاء الزواج بإرادته المنفردة، وكذا العبأ المالي للخلع بالنسبة للنساء غير الميسورات.

- سيرا في نفس النهج الرامي إلى محاولة منح المرأة مركزا متوازنا بين حقوقها وواجباتها، وفي كل ما يتعلق بها في عقد الزواج، حاول المشرع الجزائري تكريس هذا التوازن أيضا في آثار انحلال الرابطة الزوجية، مهما كان طريق انحلالها، فأصاب أحيانا وأخطأ في أخرى:

. جعل المسكن من حق الحاضنة، يلتزم الأب بتوفيره، وسمح لها بالبقاء بمنزل الزوجية حتى يوفر مسكن الحضانة.

. منح المطلقة حق النفقة أثناء العدة، فلم يفاجئها بانقضاء النفقة بمجرد الطلاق، مما قد يضر بها، وذلك سواء كانت حاملا أم لا، غير أنه في حالة الحمل حمل المطلق نفقات إضافية تتعلق بالحمل والمصاريف الناتجة عنه، كذلك تستحق نفقة إذا توقف الزوج عن النفقة عليها قبل الطلاق، وتعرف بنفقة الإهمال.

. منح المطلقة تعسفا الحق في الحصول على تعويض قضائي يعاجل قيمة الضرر الذي لحقها، كما يحق لها متعة الطلاق، التي وأن لم ينص عليها صراحة إلا أنه يؤخذ بها بموجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

. تتمتع بالأولوية في الحضانة، وإن كان مركز المرأة كجدة لأم أو خالة قد تراجع نظرا لتقدم الأب للمرتبة الثانية بعد الأم، ورغم منح سلطة تقديرية واسعة للقاضي في منح الحضانة لحاضن ما، إلا أن الترتيب السائد قبل التعديل أنسب للأولاد، لأن الأب لا يمكنه رعاية الأولاد شخصيا، وإنما سيتعين عليه البحث عن امرأة تتولى ذلك سواء كانت زوجته أو غيرها، ويجعل منها هي الحاضنة الفعلية، وهذا يجافي المنطق وقد يضر بمصلحة المحضون، لأنها لم تكلف هي بالحضانة، ولا تربطها به علاقة نسب دموية، وذلك حتى مع الإبقاء على سلطة القاضي في مراعاة مصلحة المحضون.

. لم يجعل من عمل المرأة سببا لسقوط الحضانة عليها.

. لم يكرس المشرع لحماية للحاضنة فقط بل ركز على المحضونة أكثر من خلال منحها مجموعة من الحقوق إلى جانب حق والنفقة والمسكن فضمن لها حق الحضانة لغاية سن الـ19 سنة، بالإضافة إلى حق الزيارة، وحق عدم الزواج بغير قريب محرم وحق تربيتها على دين أبيها.

وبالمقابل ألزم المشرع المرأة المطلقة بالعدة عكس الرجل الذي لا عدة عليه، وكذلك بالإحداذ على الزوج المتوفي مدة أربعة أشهر وعشرة أيام، وبتعويضه عن أي ضرر يلحقه جراء التفريق لنشوز الزوجة، وكذلك بدفع بدل الخلع في حالة اتباعها لهذا الطريق.

- أما فيما يتعلق بالنيابة الشرعية، فقد تبني المشرع نفس النهج، وكرس احترام المرأة وعدم التمييز ضدها، ومنحها حقوقا وواجبات متوازنة:

. فلم يخصها بأحكام خاصة فيما يتعلق بخضوعها لنيابة الغير، والذي يتم في إطار أنظمة قانونية محددة، متى ادعت الحاجة لها، وتسري عليها الأحكام العامة دون أي تخصيص لها، وإن ترك ذلك بعض الفراغات، وأثار الكثير من الإشكالات، خاصة في حالة:

. فقدان المرأة وعودتها بعد الحكم بوفاتها أو بعد عودة زوجها المحكوم بوفاته، وهو ما كان يجب تحديده، كما أن المشرع أشار لعدة زوجة المفقود في المادة 59 ق.أ التي تناولت عدة

المتوفى عنها زوجها وحددتها، إلا أنه اعتبر بدايتها من تاريخ الحكم بفقده، والمفروض من تاريخ الحكم بوفاته، لأن الشخص الغائب لا يعد مفقودا حتى يصدر حكما بفقدانه، والمفقود لا يعتبر متوفيا إلا بعد الحكم بوفاته، ومنه تبدأ آثار الوفاة بالسريان.

. المرأة المغفلة التي بقيت دون حماية قانونية بعد أن أغفل المشرع تناول ذو الغفلة، ونقترح عليه تحقيق التوافق بين القانون المدني وقانون الأسرة في هذه المسألة.

. عوارض الأهلية، والتي ما تزال تعرف تناقضا بين أحكام قانون الأسرة وبينها وبين القانون المدني، وضرورة توحيدها بجعل الجنون والعتة عوارض معدمة للأهلية والتي قد تعترض الشخص حتى بعد بلوغه سن التمييز، وجعل السفه وذو الغفلة عوارض منقصة للأهلية.

. حكم تصرفات عديم الأهلية، وتبني نظرية البطلان بشأنها، سواء تعلق الأمر بصغر السن، واعتبارها باطلة بطلانا مطلقا، أو بالجنون أو العتة، واعتبارها باطلة بطلانا مطلقا بعد الحجر وقبله إذا كانت حالة الجنون ظاهرة أو شائعة أو كان المتعاقد الآخر عالما بها.

. حكم تصرفات ناقص الأهلية، وتبني نظرية العقد الوقوف، لأنه يوفر أكبر حماية له، واعتبارها صحيحة إذا كانت نافعة، وباطلة إذا كانت ضارة، وموقوفة على الإجازة إذا كانت دائرة بين الضرر والنفع، ويسري الحكم على القاصر المميز، وعلى السفه وذو الغفلة بعد الحجر، أما قبله فيسري الحكم إذا كانت الحالة ظاهرة أو شائعة أو كان المتعاقد الآخر عالما بها.

. حكم تصرفات غير مكتمل الأهلية، وضرورة التفرقة بين تصرفات المجنون والمعتوه قبل الحجر وبعده، وتخصيص نص مستقل أو فقرة ثانية لتبيان تصرفات السفه وذو الغفلة قبل وبعد الحجر.

. سن الترشيد، والذي يتعين على المشرع الجزائري إعادة النظر فيه من جديد، وتحديده وفق دراسات دقيقة، وبمراعاة أحكام الأهلية.

لهذا يتعين على المشرع الجزائري إجراء تعديلات عميقة على أحكام الأهلية عموماً، سواء على مستوى قانون الأسرة وحتى على مستوى القانون المدني.

- أما فيما يتعلق بنيابة المرأة للغير فقد كان تعامل المشرع الجزائري للمرأة منصفاً لها في بعض جوانبها، فيما أحجف بجزء من حقوقها في بعض الحالات:

. ففي الولاية، وبينما لم يتناول ولاية المرأة على فاقد أو ناقصي الأهلية لعارض من عوارضها، منح للأم حق ممارسة الولاية على أولادها القصر بقوة القانون إذا توفي الأب، حيث تتمتع بكل السلطات والحقوق والواجبات التي يقرها القانون والمتعلقة بالولاية، واكتفى المشرع بالوفاة فقط فيما لم يشر إلى الحالات الأخرى لانتهاء ولاية الأب كالحجر عليه، وهو ما يتعين عليه تدراكه، أما إذا غاب الأب أو حصل له مانع فتتولى الأم تسيير ما استعجل من أمور الأولاد، وتكون ولايتها مؤقتة ومحصورة بحالات الاستعجال فقط.

أما في حالة الطلاق فقد منح الولاية للحاضن، وهي خطوة أفرط فيها المشرع في التعامل مع المرأة بانفتاحية كبيرة، حيث يتولى الحاضن ولاية المحضون، مع العلم أن أغلبية الحواضن هن نساء، وأن الحضانة قد تؤول لنساء غير الأم، وتشمل الولاية الممنوحة للحاضن كل السلطات والحقوق والواجبات القانونية المترتبة على الحضانة، ويفضل لو هذا المشرع الجزائري هنا حذو القانون التونسي الذي أبقى على الولاية للأب في حالة الطلاق مع منح الأم الحضانة بعض صلاحيات الولاية بقوة القانون أو كلها بإذن قضائي، مع التركيز أن هذا الحكم يفترض أن يسرى على كل حاضن، وليس على الأم فقط.

. أما الوصاية فإذا كانت المرأة تملك أن تكون وصية على غيرها، إلا أنها لا تملك حق الإيصاء لغيرها، أي حق تعيين وصي، وهو ما أخطأ فيه المشرع الجزائري، فما دامت الأم تملك الولاية فهي تملك الإيصاء بها، ويتعين تعديله.

. بينما في القوامة أو التقديم، فيحق للمرأة ممارستها إذا عينها القاضي مقدماً، في ظل أحكام عامة تسري على المرأة والرجل على حد سواء.

. عدم التطرق لحق المرأة في الكفالة، وما تثيره من إشكالات تتطلب من المشرع التدخل وضع الحلول المناسبة لها، والتي يجب أن تصب في مصلحة المكفول خاصة الأثني.

- أما على مستوى الميراث فقد تبنى المشرع كل أحكامه من الشريعة الإسلامية، وكذلك المشرع التونسي والكويتي، ورأينا أنه رغم الانتقادات الشديدة الموجهة لأحكامه، إلا أن الشرع الإسلامي ومن وراءه القانون الجزائري الذي تبنأحكامه، فقط حاول تطريس حماية للمرأة في ظل الموازنة بين عدة معايير موضوعية في سياق منسجم، فمنح للمرأة الحق وراثته وتوريث غيرها بالفرض أو بالتعصيب، والحق في أن تحجب أو تحجب، وأن يرد عليها، ويمكنها أن المرأة تتساوى مع الرجل في حالات عديدة، كما يمنها أن تأخذ أكثر أو أقل منه.

إن ما تلمسناه من خلال هذه الدراسة أن المشرع الجزائري لم يعد يتبع مذهب محدد من مذاهب الفقه الإسلامي، بل أصبح يستنبط الحكم الذي يتفق مع توجهه من أي مذهب كان، وهذا ما جعل موقفه يبدو غريبا في عديد المرات.

كما أن موقفه كان وسطيا بين قانون الأحوال الشخصية التونسي المعروف بانفتاحيته في معاملة المرأة كما تأكدنا منه، وقانون الأحوال الشخصية الكويتي الذي تبين لنا أنه يميل نحو الجانب الديني أكثر، ورأينا أنه كان كثير التفصيل في كل الأحكام مقارنة بنظيره.

بالإضافة إلى أن مركز المرأة في قانون الأسرة، ورغم التعديلات التي مسته، إلا أنه ما زال في حاجة إلى تعديلات كثيرة، وضبط لمسائل دقيقة تصب في مصلحة المرأة، وتعزز من مركزها، لهذا نورد الإقتراحات التالية:

- تعديل نص المادة 5 ق.أ: "الخطبة وعد بالزواج.

يجوز للطرفين العدول عن الخطبة.

إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين وجب الحكم له بالتعويض.

لا يسترد أيا من الخطيبين شيئا مما أهدها إن كان العدول منه أو بسببه، وعليه أن يرد للطرف الآخر ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته.

لا يعتبر المهر من الهدايا، ويجب على الخطيبة رده إن قبضته خلال الخطبة وتم العدول".

- تخصيص المادة 11 لزواج المرأة الراشدة، وتنص على: "تعقد الراشدة زواجها بحضور وليها، وهو أبوها، فجدها، فأحد قرابتها الذكور من العصابات بترتيب الإرث. فإن لم يكن لها ولي قريب فتختار من تشاء لإبرام عقد زواجها. يمكن للمرأة توكيل وليها بإبرام عقد زواجها بوكالة خاصة".
- إضافة المادة 11 مكرر تتناول زواج القصر، وتبقى بنفس أحكامها.
- تعديل المادة 59 ق.أ تعديل تاريخ بدأ سرية عدة المتوفى عنها زوجها حكماً، "...وكذلك تعتد زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بموته".
- تعديل المادتين 81 من قانون الأسرة بإدخال ذي الغفلة ضمن الأشخاص الذين يخضعون للحجر.
- تعديل المادة 83 ق.أ، والنص على: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة (43) من القانون المدني ولم يكن مجنوناً أو معتوهاً، تكون تصرفاته صحيحة نافذة إذا كانت نافعة، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت دائرة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقاضي".
- تعديل المادة 84 ق.أ بتحديد سن الترشيح بدقة، وأن يفوق سن التمييز، ويقبل طبعاً عن سن الرشد.
- إلغاء المادة 85 ق.أ.
- تعديل المادة 87 ق.أ: "يكون الأب ولياً على أولاده القصر، وبعد وفاته أو انتهاء ولايته تحل الأم محله قانوناً. يكون الأب ولياً على أولاده، وفي حالة وفاته أو انتهاء ولايته تحل أمه قانوناً. وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد. في حالة الطلاق يمنح الحاضن صلاحيات الولاية فيما يتعلق بدراسة المحضون والتصرف في حساباته المالية والأمر المستعجلة المتعلقة به، فيما يمنح كل صلاحيات الولاية بإذن قضائي في الحالات التالية:

- تعذر ممارسة الولي للولاية.
- تعسف الولي، أو تهاونه في أداء واجباته الإعتيادية الناتجة عن الولاية.
- تغيب الولي عن مقره، وعدم معرفة أي مقر له.
- لأي سبب يضر بمصلحة المحضون".
- تعديل المادة 92 ق.أ: "يجوز للأب تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أمره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية. يجوز للأم تعيين وصي على أولادها القصر. في حالة تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون".
- تعديل المادة 94 ق.أ: "يجب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب ما لم تكن له أم أو ثبت فقدانها للأهلية بالطرق القانونية".
- تعديل المادة 101 ق.أ، والنص على: "كل من كان مجنون أو معتوه، أو بلغ سن الرشد وهو سفيه أو ذوغفلة، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد ذلك يحجر عليه".
- تعديل المادة 107 ق.أ: "تعتبر تصرفات المحجور عليه لجنون أو عته باطلة بعد الحجر، وقبله إذا كانت حالة الجنون أو العته ظاهرة أو فاشية أو كان المتعاقد الآخر علما علم بها".
- إضافة المادة 107 مكرر، وتخصيصها للسفيه أو ذو الغفلة والنص على: "تأخذ تصرفات السفيه وذو الغفلة بعد الحجر نفس حكم تصرفات من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد الواردة في المادة 83 من هذا القانون، أما قبل الحجر فتأخذ نفس الحكم إذا كانت حالة السفيه أو الغفلة واضحة أو شائعة أو كان المتعاقد الآخر على علم بها".

قائمة المصادر والمراجع

أ- المصادر.

أولاً- القرآن الكريم

ثانياً- كتب الحديث.

1. أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان، 1414هـ، 2020 م.
2. أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النسيابوري، صحيح مسلم، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان، 1414هـ، 2020 م.
1. أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترميذي، الجامع الصحيح وهو سنن الترميذي، جزء 3 (كتاب النكاح)، الطبعة الثانية، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1395هـ-1975 م.
2. أبو عيسى بن محمد بن عيسى الترميذي، الجامع الكبير (سنن الترميذي)، حققه بشار عواد معروف، الجزء 2، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1996.
3. أبو محمد عبد الملك بن هشام، سيرة النبي ﷺ، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار الصحابة للتراث بطنطا، 1416هـ-1990م.
4. الإمام أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق شعيب الأرنؤوط-عادل مرشد وآخرون، الجزء 3، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، 1421هـ-2001 م.

ثالثاً- النصوص التشريعية.

أ- النصوص التشريعية الوطنية.

1.1- القوانين والأوامر.

1. الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق لـ 8 يونيو 1966م، ج.ر.ج.ج السنة الثالثة، عدد49، الصادرة في 21 صفر 1386هـ الموافق لـ 11 يونيو 1966م، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بقانون رقم 15-19 مؤرخ في 18 ربيع

الأول 1437 الموافق لـ 30 ديسمبر 2015 ، ج.ر.ج. عدد 71، الصادرة بتاريخ 18 ربيع الأول 1437 الموافق لـ 30 ديسمبر 2015.

2. الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389هـ الموافق لـ 19/02/1970 ج.ر.ج. عدد 21 الصادرة في 27 فبراير 1970م المتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 13 شوال 1435 الموافق لـ 09-08-2014، ج.ر.ج. عدد 49 الصادرة بتاريخ 24 شوال 1435 الموافق لـ 20-08-2014، وبالقانون رقم 17-03 مؤرخ في 11 ربيع الثاني 1438هـ الموافق لـ 10 يناير 2017م، ج.ر.ج. عدد 02 الصادرة في 12 ربيع الثاني 1438هـ الموافق لـ 11 يناير 2017م.

3. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م، ج.ر.ج. عدد 78 الصادرة في 24 رمضان 1395هـ الموافق لـ 30 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428هـ الموافق لـ 13 ماي 2007م، ج.ر.ج. عدد 31 الصادرة 25 ربيع الثاني 1428هـ الموافق 13 مايو 2007م.

4. الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م، ج.ر.ج. عدد 101 الصادرة في 16 ذو الحجة 1395هـ الموافق لـ 19 ديسمبر 1975م، المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم.

5. قانون رقم 76/101 المؤرخ في 17 ذي الحجة 1396هـ الموافق لـ 9 ديسمبر 1976، ج.ر.ج. عدد الصادرة في 1 محرم 1397هـ الموافق لـ 22-12-1976م، المتضمن قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة المعدل والمتمم.

6. القانون رقم 83-11 المؤرخ في 2 جويلية 1983 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية المعدل والمتمم بالأمر رقم 96-17 المؤرخ في 20 صفر 1417هـ الموافق لـ 6 جويلية 1996م، ج.ر.ج. عدد 42 الصادرة في 21 صفر 1417هـ الموافق لـ 7 جويلية 1996م، والقانون رقم 11-08 المؤرخ في 3 رجب 1432هـ الموافق لـ 5 يونيو 2011م، ج.ر.ج. عدد 32 الصادرة 6 رجب 1432هـ الموافق 8 يونيو 2011م.

7. قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1401هـ الموافق لـ 9 يونيو 1984م، ج.ر.ج.ج عدد 24 الصادرة في 12 رمضان 1404هـ الموافق لـ 12 يونيو 1984م، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بقانون 05-09 المؤرخ في 25 ربيع الأول 1426هـ الموافق لـ 04 مايو 2005، المتضمن الموافقة على الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005 م، ج.ر.ج.ج رقم 43 الصادرة في 15 جمادى الأولى 1426هـ الموافق لـ 22 يونيو 2005.

8. الأمر رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال 1411هـ الموافق لـ 27 أبريل 1991 ، ج.ر.ج.ج عدد 21 الصادر في 23 شوال 1411هـ الموافق لـ 8 مايو 1991، المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم بالقانون رقم 01-07 مؤرخ في 28 صفر عام 1422 الموافق 22 مايو سنة 2001م، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 02-10 المؤرخ في 10 شوال 1423هـ الموافق لـ 14 ديسمبر 2002، ج.ر.ج.ج عدد 83 الصادرة في 11 شوال 1423هـ الموافق لـ 15 ديسمبر 2002م.

9. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008، ج.ر.ج.ج 21 الصادرة في 17 ربيع الثاني 1429هـ الموافق لـ 23 أبريل 2002 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

10. القانون 15-12 مؤرخ في 15 يوليو 2015، المتعلق بحماية الطفل، ج.ر.ج.ج عدد 39 الصادرة 31 شوال 1436هـ الموافق لـ 19 يوليو 2015.

أ.2- المراسيم.

1. المرسوم التنفيذي 71-157 المؤرخ في 10 ربيع الثاني 1391هـ الموافق لـ 03 يونيو 1971م، ج.ر.ج.ج عدد 47 الصادرة في 18 ربيع الثاني 1391هـ الموافق لـ 11 يونيو 1971م، المتعلق بتغيير اللقب، والمعدل والمتمم بالمرسومين التنفيذيين 92-24 المؤرخ في 13 أكتوبر 1992م، والمرسوم 20-223 المؤرخ في 18 ذي الحجة 1441هـ الموافق لـ 8 غشت 2020م، ج.ر.ج.ج عدد 47 الصادرة في 21 ذي الحجة 1441هـ الموافق لـ 11

غشت 2020م، المبينين للإجراءات المتعلقة بتغيير لقب الطفل القاصر مجهول النسب المكفول ومطابقته بلقب الكافل.

2. المرسوم رقم 83/80 المؤرخ في 28 ربيع الثاني 1400هـ الموافق لـ 15 مارس 1980م، ج.ر.ج.ج عدد 12 الصادرة في 1 جمادى الأولى 1400هـ الموافق لـ 18 مارس 1980، المتضمن إحداث دور الأطفال المسعفين وتنظيمها وسيرها، المعدل والمتمم المرسوم التنفيذي رقم 04/12 المؤرخ في 10 صفر 1433هـ الموافق لـ 04 يناير 2012م، ج.ر.ج.ج عدد 5 الصادرة في 5 ربيع الأول 1400هـ الموافق لـ 29 يناير 2012م، المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة.

3. المرسوم 83-481 المؤرخ في 4 ذي القعدة 1403هـ الموافق لـ 13 غشت 1983 المتعلق بالأحكام المشتركة الخاصة المطبقة على موظفي الأمن الوطني، ج.ر.ج.ج عدد 34 الصادرة 7 ذو القعدة 1403هـ الموافق لـ 16 غشت 1983م.

4. الأمر رقم 02-03 المؤرخ في 25 فبراير 2002 الذي يتضمن الأحكام المطبقة على فياضانات 10 نوفمبر 2001، ج.ر.ج.ج عدد 15 الصادرة 16 ذي الحجة 1422هـ الموافق لـ 28 فبراير 2002م.

5. القانون رقم 03-06 المؤرخ في 13 ربيع الثاني 1424هـ الموافق لـ 14 يونيو 2003م، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 ماي 2003م، ج.ر.ج.ج عدد 37 الصادرة في 14 ربيع الثاني 1424هـ الموافق لـ 15 يونيو 2003م.

6.ب-النصوص التشريعية الأجنبية.

1. أمر 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية.
2. قانون رقم 67 لسنة 1980 المتعلق بإصدار القانون المدني الكويتي.
3. قانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية الكويتي.

II- المراجع

أولا-الكتب:

- الكتب القانونية:

1. أحمد أباش، الأسرة بين الجمود والحداثة، الطلعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011.
2. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، الجزء الثاني الوصايا والموارث والوقف، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 1428هـ-2008م.
3. أحمد حسين فراج، أحكام الأسرة في الإسلام (الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998م الموافق لـ 1418 هـ.
4. أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات -دراسة فقهية ونقدية مقارنة- دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
5. أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
6. أحمد نصر الجندي، الولاية على المال وإجراءات حمايته أمام محكمة الأسرة، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
7. امر يحيايوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل، تيزي وزو- الجزائر.
8. أمر يحيايوي، نظام الموارث في الإسلام في تقنين الأسرة الجزائري، دار الأمل، تيزي- وزو- الجزائر، 2011.
9. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999.
10. بلحاج العربي، الوجيز في التركات والموارث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، الطبعة الثانية، دار هومة، 2015.
11. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني (الميراث والوصية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.

12. بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري (وفق أحدث التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.
13. بلقاسم شتوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2014.
14. بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007 م-1428هـ.
15. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، 1429هـ-2008م.
16. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، 1429هـ-2008م.
17. بن شويخ رشيد، قانون الأسرة المقارن (دراسة في قانون الأسرة الجزائري مقارنا بمجموعة من التشريعات العربية)، الكتاب الأول، الزواج وآثاره، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، 1442 هـ-2021 م.
18. بوبزري سعيد، أحكام الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، دار الأمل، تيزي وزو-الجزائر، 2007.
19. التكروري عثمان، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة، 2004.
20. جابر عبد الهادي الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013.
21. جميل فخري محمد جانم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد، الأردن، 1429هـ-2009م.
22. جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد، الأردن، 1429هـ-2009م.
23. جميل فخري محمد جانم، مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار حامد، الأردن، 1429هـ-2009م.

24. حسنين المحمدي بوادي، حقوق المرأة بين الاعتدال والتطرف، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
25. خالد بوشمة، نظرية النيابة الشرعية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، منشورات بغدادي، الجزائر.
26. خالد عبد العظيم أبو غابه، حقوق المحضون دراسة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009.
27. داودي عبد القادر، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر.
28. دغيش أحمد، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة، 2010.
29. سلمان نصر وسعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، دار الهدى.
30. شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات -دراسة فقهية ونقدية مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
31. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام ومصادر الالتزام، العقد، العمل غير المشروع، الاثراء بلا سبب، القانون)، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، 1953.
32. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول -نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام، منشأة المعارف، 2003.
33. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة 2، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، 1989.
34. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد -أحكام الزواج والطلاق-، دار هومة، الجزائر، 2007.
35. عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية- دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، 1433هـ-2012م.

36. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له (قانون رقم 05-09 المؤرخ في 4 مايو سنة 2005)، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، 1428هـ-2007م.
37. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر.
38. العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
39. عطا الله فشار، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر.
40. علي فيلالي، نظرية الحق، مقم للنشر، الجزائر، 2011.
41. عيسى حداد، عقد الزواج - دراسة مقارنة -، منشورات باجي مختار - عنابة، 2006.
42. الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
43. فاطمة الزهراء بن محمود، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية (قراءة في فقه القضاء)، الطبعة الأولى، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015.
44. فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، مطبعة طالب، 2008/2007.
45. فيصل محمد خير الزراد، المرأة بين الزواج والطلاق في المجتمع العربي والإسلامي، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان، 2010.
46. لحسين بن شيخ آث ملويا، التنزيل دراسة قانونية، فقهية وقضائية مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2011.
47. لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، الطبعة الثالثة، دار هومة، 2016-2015.
48. لوعيل محمد لمين، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق العديلات الجديدة والإجتهاد القضائي، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2012.
49. لوعيل محمد لمين، المركز القانوني القانوني للمرأة في قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2004.
50. محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي.

51. محمد أحمد شحاتة حسين، الميراث الأنثوي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2013.
52. محمد السعيد رشدي، إدارة أموال القاصر والمحجور عليهم والأموال المتنازع عنها، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2015.
53. محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون-نظرية الحق)، دار العلوم، الجزائر، 2006.
54. محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية -دراسة فقهية مقارنة-، دار اليازوري العلمية، عمان-الأردن، 2010.
55. محمد سعيد جعفرور، مدخل للعلوم القانونية (دروس في نظرية الحق)، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار هومة، 2014.
56. محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2002.
57. محمد سمارة، أحكام التركات والمواريث والأموال والأراضي، الدار الدولية-دار الثقافة، عمان، 2002.
58. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى/ الإصدار الثاني، دار الثقافة، 1429هـ - 2008م.
59. محمد كمال حمدي، الولاية على المال، منشأة المعارف.
60. محمد محدة، التركات والمواريث، دار الفجر، 2004.
61. محمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثرهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
62. محمدي فريدة -زواوي-، المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، المنشورات العالمية، الجزائر، 2000.
63. مسعود الهاللي، أحكام التركات والمواريث في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008 م- 1429 هـ.
64. المصري مبروك، الطلاق وأثره من قانون الأسرة الجزائري-دراسة فقهية مقارنة- دار هومة.

65. مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول (الزواج وانحلاله)، الطبعة التاسعة، دار الوراق ودار النيريين، الرياض-المملكة العربية السعودية، 1422هـ-2001م.
66. مولاي ملياني بغدادي، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، قصر الكتاب، البليدة-الجزائر، 1997.
67. مولود مخلص الراوي، علم الفرائض والمواريث، بغداد، 1430هـ-2006م.
68. الناصري سليمان، المدخل للعلوم القانونية على ضوء التشريعات في دولة الإمارات العربية المتحدة مقارنة بالقوانين العربية، المكتب الجامعي الحديث، 2005.
69. نايف محمود الرجوب، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، دار الثقافة، 2008.
70. نبيل صقر وقمرأوي عز الدين، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر.
71. نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، دار هومة، الجزائر، 2016.
72. نصر سلمان وسعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية -دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر.
73. نوال بنت عبد العزيز العيد، حقوق المرأة في ضوء السنة النبوية، الطبعة الأولى، 1428هـ-2006م.
74. هادي محمد عبد الله، أحكام المفقود دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار دجلة، عمان-الأردن، 2010.
75. وسام حسام الدين الأحمد، حماية حقوق المرأة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009.
76. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، دار الفكر، 1405هـ-1985م.
77. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع (الأحوال الشخصية)، الطبعة الثانية، دار الفكر، 1405هـ-1985م.

78. يوسف دلاندة، قانون الأسرة منقح ومدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة والمواريث، الطبعة الثالثة، دارهومة، 2009.

- كتب الفقه الإسلامي:

1. إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي الحنفي، الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، تحقيق خليل عمران المنصور، الجزء 3، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1419هـ-1998م.

2. ابن عابدين محمد أمين، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، الجزء 1، المطبعة الميمنية، القاهرة، 1310هـ.

3. أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء 2، دار الكتب العلمية.

4. أبو الحسن عي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الجزء 2، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1419 هـ-1999 م.

5. أبو الحسن عي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الجزء 3، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1419 هـ-1999 م.

6. أبو الحسن عي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الجزء 5، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1419 هـ-1999 م.

7. أبو الحسن عي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الجزء 8، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1419 هـ-1999 م.
8. أبو الحسن عي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الجزء 9، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1419 هـ-1999 م.
9. أبو الحسن عي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الجزء 10، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1419 هـ-1999 م.
10. أبو الحسن عي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الجزء 11، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1419 هـ-1999 م.
11. أبو النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، الجزء 4، دار المعرفة، بيروت-لبنان ص 113-114.
12. أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، جزء 2، دار الحديث، القاهرة، 1425 هـ-2004 م.
13. أبو بكر الرازي الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، الجزء 4، الطبعة الأولى، دار البشائر الإسلامية ودار السراج، 1431 هـ-2010 م.

14. أبو بكر الرازي الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، الجزء 5، الطبعة الأولى، دار البشائر الإسلامية ودار السراج، 1431هـ-2010م.
15. أحمد بن محمد الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير بلغة السالك لأقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، صححه الشيخ أحمد سعد علي، الجزء 02، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، 1372 هـ-1952م
16. أبو زهرة محمد، أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، القاهرة-مصر.
17. أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، القاهرة.
18. أبو عبد الله محمد الخرخشي، شرح الخرخشي على مختصر خليل ومعه حاشية العدوي، الجزء 03، الطبعة 02، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1317هـ.
19. أبو عبد الله محمد الخرخشي، شرح الخرخشي على مختصر خليل ومعه حاشية العدوي، الجزء 04، الطبعة 02، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1317هـ.
20. أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، الجزء 5، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، 1403هـ-1983م.
21. أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، الجزء 6، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، 1403هـ-1983م.
22. أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبط وتحقيق الشيخ زكريا عميرات، الجزء الخامس، دار عالم الكتب.
23. أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تحقيق محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، الطبعة الأولى، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، 1398هـ-1978م.
24. أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق محمد بن محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، الجزء 02،

- الطبعة الثانية، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض-المملكة العربية السعودية، 1400هـ-1980م.
25. أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق محمد بن أحمد أحميد ولد ماديك الموريتاني، الجزء 02، الطبعة الثانية، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض-المملكة العربية السعودية، 1400هـ-1980 م.
26. أبو مالك كمال بن السيد سالم، كتاب فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، الجزء 3، المكتبة التوفيقية، القاهرة-مصر، 2003.
27. أبو محمد الحسن بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، الجزء 5، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1418هـ-1997م.
28. أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، الرسالة في فقه الإمام مالك، تحقيق الشيخ عبد الوارث محمد علي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1971.
29. أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني لابن قدامة، تحقيق طه الزيني ومحمد عبد الوهاب فايد وعبد القادر عطا وعمور غانم غيث، الجزء 04، الطبعة الأولى، مكتبة القاهرة، 1388 هـ-1968م.
30. أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، تحقيق محمد منير الدمشقي، الجزء 09، إدارة الطباعة المنيرية، مصر.
31. أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، تحقيق محمد منير الدمشقي، الجزء 10، إدارة الطباعة المنيرية، مصر.
32. أبو نصر محمد عبد الله الإمام، إعلام النبلاء بأحكام ميراث النساء، الطبعة الأولى، المتخصص للطباعة والنشر، صنعاء-اليمن، 1425هـ/2004 م.

33. أحمد بن أحمد المختار الجنكي الشنقيطي، مواهب الجليل من أدلة خليل، الجزء 03، دار إحياء التراث الاسلامي، الطبعة الأولى، قطر، 1427 هـ.
34. أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أيوب، كانون-نيجيريا، 1420هـ-1997م.
35. إسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الحامد، 1429هـ-2009م.
36. بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، تحقيق عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان، 2014.
37. حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار بلنسية، الرياض-المملكة العربية السعودية، 1420 هـ.
38. الدردير أحمد أبو البركات، الشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، الجزء 2، دار المعارف، مصر، 1392 هـ.
39. زين الدين بن نجيم بن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء 3، الطبعة الثانية، دار الكتاب الاسلامي.
40. شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الجزء 05، الطبعة الثالثة، دار الفكر، 1412هـ-1992م.
41. شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الجزء السادس، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1424هـ-2003م.
42. شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الجزء 4، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1415 هـ-1994.

43. شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الجزء 5، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1415 هـ-1994.
44. شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الجزء 6، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1415 هـ-1994.
45. صلاح الدين سلطان، ميراث المرأة وقضية المساواة، الطبعة الأولى، نهضة مصر، مصر، 1999.
46. عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 1418 هـ-1997 م.
47. عبد الرحمن عبد الخالق اليوسف، الزواج في ظل الإسلام، الطبعة الثالثة، الدار السلفية، الكويت، 1408 هـ-1988 م.
48. عبد الرحمن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الطبعة الأولى، دار الغد الجديد، 1426 هـ-2005 م.
49. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء 2، الطبعة الأولى، 1413 هـ-1993 م.
50. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء 3، الطبعة الأولى، 1413 هـ-1993 م.
51. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء 6، الطبعة الأولى، 1413 هـ-1993 م.
52. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، في الشريعة الإسلامية، الجزء 7، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، 1413 هـ-1993 م.
53. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء 8، الطبعة الأولى، 1413 هـ-1993 م.

54. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، في الشريعة الإسلامية، الجزء 10، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، 1413هـ-1993م.
55. عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، "المغني"، الجزء 04، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب، 1997،
56. عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، "المغني"، الجزء 07، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب، 1997.
57. عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، "المغني"، الجزء 08، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب، 1997.
58. عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، "المغني"، الجزء 09، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب، 1997.
59. عثمان بن علي الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، الجزء 5، الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية الكبرى، القاهرة، 1314هـ.
60. علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الحلال، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، الجزء 20، الطبعة الأولى، هجر للطباعة والنشر، القاهرة-مصر، 1415هـ-1990م.
61. علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، الجزء 22، الطبعة الأولى، هجر للطباعة والنشر، القاهرة-مصر، 1415هـ-1990م.
62. علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الحلال، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، الجزء 23، الطبعة الأولى، هجر للطباعة والنشر، القاهرة-مصر، 1415هـ-1990م.
63. علاء الدين أبو بكر مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 2، الطبعة الأولى، مطبعة الجمالية بمصر.

64. علاء الدين أبو بكر مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 3، الطبعة الأولى، شركة المطبوعات العلمية مصر.
65. علاء الدين أبو بكر مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 4، الطبعة الأولى، شركة المطبوعات العلمية مصر.
66. علاء الدين أبو بكر مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 7، الطبعة الأولى، شركة المطبوعات العلمية مصر.
67. علي أحمد عبد العال الطهطاوي، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار.
68. كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير على الهداية، الجزء 3، الطبعة 01، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1389هـ - 1970م.
69. كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير على الهداية، الجزء 4، الطبعة 01، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1389هـ - 1970م.
70. مالك بن أنس بن مالك الأصبحي المدني، المدونة، الجزء 2، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1415هـ-1994م.
71. مالك بن أنس بن مالك الأصبحي المدني، المدونة، الجزء 4، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1415هـ-1994م.
72. محمد الزحيلي، المعتمد في الفقه الشافعي، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، دار القلم، 1432هـ - 2011.
73. محمد أمين الشهير بابن عابدين، حاشية ابن عابدين رد المحتار شرح تنوير الابصار، الجزء 4، الطبعة الثانية، مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1386هـ-1966م.
74. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، الجزء 3، دار المعرفة، بيروت-لبنان.

75. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، الجزء 4، دار المعرفة، بيروت- لبنان.
76. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، الجزء 5، دار المعرفة، بيروت- لبنان.
77. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، الجزء 6، دار المعرفة، بيروت- لبنان.
78. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، الجزء 7، دار المعرفة، بيروت- لبنان.
79. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، الجزء 11، دار المعرفة، بيروت- لبنان،
80. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، الجزء 24، دار المعرفة، بيروت- لبنان.
81. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، الجزء 28، دار المعرفة، بيروت- لبنان.
82. محمد بن أحمد بن محمد عlish، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الامام مالك، الجزء 01، دار المعرفة.
83. محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، التاج والاكليل لمختصر خليل، الجزء 5، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1416هـ-1994م.
84. محمد عlish، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 3، الطبعة الأولى، دار الفكر- بيروت، 1404هـ-1984م.
85. محمد عlish، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 4، الطبعة الأولى، دار الفكر- بيروت، 1404هـ-1984م.

86. محمد عيش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 6، الطبعة الأولى، دار الفكر- بيروت، 1404هـ-1984م.
87. محمد عيش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 9، الطبعة الأولى، دار الفكر- بيروت، 1404هـ-1984م.
88. محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين، البناية شرح الهداية، تحقيق أيمن صالح شعبان، الجزء 11، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت -لبنان، 1420هـ -2000م.
89. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن (دراسة مقارنة بالقانون)، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011.
90. مصطفى العدوي، أحكام النساء، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار السنة، المملكة العربية السعودية، 1416هـ-1995م .
91. مصطفى العدوي، أحكام النساء، الجزء 4، الطبعة الأولى، دار ابن عفان، 1419هـ-1999م.
92. منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشف القناع عن متن الاقناع، مراجعة وتعليق هلال مصيلحي مصطفى هلال، الجزء 03، دار الفكر-بيروت ودار عالم الكتب-بيروت.
93. منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشف القناع عن متن الاقناع، مراجعة وتعليق هلال مصيلحي مصطفى هلال، الجزء 04، دار الفكر-بيروت ودار عالم الكتب-بيروت.
94. منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشف القناع عن متن الاقناع، مراجعة وتعليق هلال مصيلحي مصطفى هلال، الجزء 05، دار الفكر-بيروت ودار عالم الكتب-بيروت.

95. منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، مراجعة وتعليق هلال مصيلحي مصطفى هلال، الجزء 06، دار الفكر-بيروت ودار عالم الكتب-بيروت.
96. منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، مراجعة وتعليق هلال مصيلحي مصطفى هلال، الجزء 11، دار الفكر-بيروت ودار عالم الكتب-بيروت.
97. منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، مراجعة وتعليق هلال مصيلحي مصطفى هلال، الجزء 12، دار الفكر-بيروت ودار عالم الكتب-بيروت.
98. منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، مراجعة وتعليق هلال مصيلحي مصطفى هلال، الجزء 13، دار الفكر-بيروت ودار عالم الكتب-بيروت.
99. موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق عبد الله بن محمد المحسن وعبد الفتاح محمد حلو، الجزء 7، الطبعة الثالثة، 1417هـ-1997م.
100. موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق عبد الله بن محمد المحسن وعبد الفتاح محمد حلو، الجزء 9، الطبعة الثالثة، 1417هـ-1997م.
101. موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق عبد الله بن محمد المحسن وعبد الفتاح محمد حلو، الجزء 10، الطبعة الثالثة، 1417هـ-1997م.
102. نصر فريد واصل، الولايات الخاصة (الولاية على النفس والمال في الشريعة الإسلامية)، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 2002 م-1422هـ.

103. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء 11، الطبعة الثانية، دار السلاسل - الكويت، 1983.
104. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء 16، الطبعة الثانية، طباعة ذات السلاسل - الكويت، 1409 هـ - 1979 م.
105. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء 34 (قضاء الحاجة - كفالة)، الطبعة الأولى، مطابع دار الصفة، الكويت، 1416 هـ - 1995 م.
106. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء 38، الطبعة الأولى، مطابع دار الصفة، مصر، 1416 هـ - 1998.
107. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء 43، الطبعة الثانية، طبع الوزارة، 1425 هـ - 2005 م.

ثانياً - المقالات:

1. إبراهيم رحمانى، تزويج القاصرات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، جامعة الوادي - الجزائر، العدد 9، جامعة الوادي - الجزائر، ص - ص 484-524.
2. إبراهيم عيسى الراشد، إجازة العقد دراسة فقهية مقارنة، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، 2013، ص - ص 419-468.
3. أحمد عبدو، المفهوم القضائي للشقاق المستمر بين الزوجين كسبب للتطبيق في قانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سعد دحلب - البليدة، المجلد 1، العدد 1، السنة 2011، ص - ص 152-163.
4. أحمد عبدو، الوكالة في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري بين الإلغاء والإبقاء، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي مرسلني عبد الله - تيبازة، المجلد 07، العدد 02، السنة 2023، ص - ص 269-296.

5. أم الخير بوقرة، مبدأ صحة التراضي في إطار إبرام عقد الزواج، مجلة البحوث الأسرية الصادرة عن مخبر قانون الأسرة جامعة الجزائر 1، المجلد 01، الجزء 1، العدد 2، السنة 2021، ص-ص 23-42.
6. إيمان الزهرة حميدي، دور الولي في عقد الزواج (دراسة مقارنة بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري)، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد العشر، العدد 03، جامعة عباس الغرور-خنشلة، سنة 2017، ص-ص 117-129.
7. إيمان حيدوسي، ولاية الأم على أبناءها القصر (قراءة في المادة 87 من قانون الأسرة)، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري-قسنطينة، عدد 5، مجلد 1، ديسمبر 2018، ص-ص 331-340.
8. بدرية عبد الله العوضي، وضعية المرأة العربية في قوانين الأحوال الشخصية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 2، سنة 1987.
9. برباح زكريا وتشوار جيلالي، تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين في أحكام الخطبة في القانون الجزائري والمغربي على ضوء الشريعة الإسلامية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسة، المجلد 59، العدد 1، السنة 2022، ص-ص 320-345.
10. برباح زكريا، ركن الرضا في مرحلة انعقاد الزواج بين تعزيز مبدأ المساواة بين الزوجين والنقص التشريعي - البدائل والمقترحات-، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحى أحمد-النعامة، المجلد 04، العدد 01، السنة 2018، ص-ص 271-286.
11. بريبر محمد، ضمان استحقاق الزوجة للصدّاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح-ورقلة، المجلد 12، العدد 02، 2020، ص-ص 227-238.
12. بريبر محمد، مكانة الشهود في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث الأسرية، جامعة الجزائر-كلية الحقوق، المجلد 3، العدد 1، سنة 2023، ص-ص 48-68.

13. بغدادي حسن، نظام الأموال بين الزوجين في صلته ببعض نواحي نظريتي الحق الشخصي والحق العيني، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، السنة السابعة(1-2)، جامعة الإسكندرية، 1957، ص-ص 99-254.
14. بلشير يعقوب، الطبيعة القانونية للخطبة وأثار العدول عنها -دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي-، حوليات كلية الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق-جامعة وهران 2، المجلد 7، العدد 3، سنة 2015، ص-ص 295-349.
15. بلجراف سامية، إسناد الولاية الأصلية على مال القصر إلى الأم في قانون الأسرة الجزائري، مجلة البحث القانوني والسياسي، جامعة 20 أوت 1955-سكيكدة، المجلد 3، العدد 1، السنة 2018، ص-ص 66-85.
16. بلحاج العربي، الطبيعة القانونية للخطبة على ضوء قانون الأسرة المعدل واجتهادات المحكمة العليا الحديثة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 4، السنة 2007، 209-253.
17. بلعباس أمال، بطلان عقود الزواج المخالفة للنظام العام، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، المجلد 06، العدد 02، السنة 2021، ص-ص 158-179.
18. بن الشيخ الحسين هجيرة، حول قانون الأسرة تعدد الزوجات في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الثاني، جامعة الجزائر-كلية الحقوق، 1987.
19. بن شويخ الرشيد، الخطبة في الزواج (دراسة في أحكام الفقه والقانون والقضاء)، مجلة الصراط، كلية العلوم الإسلامية- جامعة الجزائر 1، السنة الثامنة، العدد 14، السنة 1427هـ-2006، ص-ص 104-126.
20. بن عيشوش فاطمة، حق المطلقة في المتعة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة-مخبر نظام الحالة المدنية، المجلد الخامس، العدد 1، السنة 2018، ص-ص 183-195.

21. بن غريب رابح، أثار الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية،-أدرار- الجزائر، المجلد 6، العدد 1، السنة 2022، ص-ص 8-25.
22. بوخاتم آسيا، أثار عيوب الإرادة على عقد الزواج "دراسة في ضوء قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحى أحمد-النعامة المجلد 03، العدد 02، السنة 2017، ص-ص 49-65.
23. بودريالة موني، تصرف ناقص الأهلية الدائرة بيبين النفع والضرر بين أحكام القانون المدني وقانون الأسرة، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، جامعة الجيلالي بونعامة-خميس مليانة، المجلد 3، العدد 10، السنة 2020، ص-ص 163-173.
24. بوزيد خالد، الكفالة نظام لحماية الأطفال في التشريع الجزائري، مجلة قانون العمل والتشغيل، جامعة عبد الحميد بن باديس-مستغانم، المجلد 2، العدد 2، السنة 2017، ص-ص 251-262.
25. بوسعيد رويضة، عيوب الإرادة في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري دراسة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحى أحمد-النعامة، المجلد الخامس، العدد 01، السنة 2019 م- ربيع الثاني 1440 هـ، ص-ص 392-408.
26. بيبية بن حافظ، الولاية الأصلية على مال القاصر، مجلة دار العلوم الإنسانية، جامعة منتوري قسنطينة-الجزائر، المجلد 31، العدد 1، السنة 2020، ص-ص 255-279.
27. تبيينات ساعد، ميراث المرأة مقارنة بميراث الرجل -دراسة فقهية-، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية-قسنطينة، مجلد 4، عدد 8، السنة 2015، ص-ص 365-398.
28. تشوار جيلالي، عولمة القانون ومدى تأثيره على أحكام الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر -كلية الحقوق، العدد 3، السنة 2008.

29. تشوار حميدو زكية، التعليق على المادة 16 من قانون الأسرة المؤكدة لكل الصداق بالدخول، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر - كلية الحقوق، المجلد 45، العدد 03، السنة 2008، ص-ص 77-88.
30. جسام علي سالم الشامسي، إشكالات في بعض مناحي مركز المرأة بين النظر والتطبيق، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، السنة الثالثة، العدد الثالث، الجزائر، سنة 1420هـ الموافق 2000 م.
31. حاج أحمد عبد الله، العدول عن الخطبة وأثره في استرداد المهر والهدايا "دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي-الجزائر، المجلد 3، العدد 1، السنة 2012، ص-ص 171-194.
32. حسن تيسير عبد الرحيم شموط، أحكام ميراث ذوي الأرحام في الشريعة الإسلامية، مجله العدل، السنة الرابعة عشر، العدد 54، ربيع الآخر 1433هـ.
33. خنوش سعيد ومساعدية عبد الوهاب، خصوصيات الهبة والصدقة عند الزوجة في الفقه الإسلامي، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 35، العدد 2، السنة 2021، ص-ص 642-659.
34. دليلة تريكي/آيت شاوش، الوصية الواجبة في التشريعات العربية وضرورة تعديل المادة 169 من تقنين الأسرة الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم النقدية، كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة تيزي وزو، المجلد 16، العدد 4، السنة 2021، ص-ص 73-92.
35. دنوني بن الشيخ هجيرة، إجحاف قانون الأسرة الجزائري بحقوق المرأة، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، السنة الثالثة، العدد الثالث، الجزائر، سنة 1420هـ - 2000م.
36. دنوني هجيرة، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري-دراسة تحليلية نقدية-، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر - كلية الحقوق، العدد الأول، السنة 1991.
37. راشد بن فهد آل حفيظ، أحكام الإحداد، مجلة العدل السعودية، العدد 50، ربيع الآخر 1432هـ، ص-ص 151-192.

38. راضية بشير ومحمود لنكار، حق الزوج في التعويض عن فك الرابطة الزوجية بالخلع، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة سكيكدة-الجزائر، المجلد 10، العدد 3، 2019، ص-ص 338-353.
39. رياحي أحمد، حكم التصرفات القانونية لناقص الأهلية "دراسة مقارنة في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقہ الإسلامي، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة د.الطاهر مولاوي-سعيدة، المجلد 2، العدد الخامس، السنة 2015، ص-ص 26-45.
40. ربيعة حزاب وفتيجة يعقوبي، أحكام نكاح القاصر بين الفقہ الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم الانسانية، المركز الجامعي علي كافي- تندوف، العدد 05، جوان 2018م-شوال 1439، ص-ص 168-190.
41. الزبير معتوق والطرابي كمال، زواج الصغار في الشريعة الاسلامية والقانون، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي سي الحواس-بريكة، العدد 2، ديسمبر 2018، ص-ص 61-93.
42. سلام عبد الرحمن، الكفالة في التشريع المدني الجزائري، مجلة الحضارة الإسلامية، كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة مستغانم، المجلد 19، العدد 2، السنة 2018، ص-ص 605-628.
43. سلامي ساعد، مراحل الأهلية وأثر عوارضها على صحة التصرفات في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان (الجزائر)، المجلد 6، العدد 2، السنة 2021، ص-ص 239-253.
44. سمير شيهاني، أثر إكراه المرأة الراشدة على الزواج -دراسة مقارنة-، مجلة معارف، جامعة أكلي محمد ولحاج- البويرة، المجلد 9، العدد 17، السنة 2014، ص-ص 1-28.
45. شتوح الطيب، تعويض الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة على ضوء من الفقہ الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 1، العدد 2، السنة 2018، ص-ص 333-352.

46. شمام منير، الإشكالات القانونية المتعلقة بكفالة الطفل في قانون الأسرة والقضاء الجزائري، دفاثر مخبر حقوق الطفل، جامعة وهران 2-محمد بن أحمد، المجلد 9، العدد الأول، السنة 2018، ص-ص 151-172.
47. شندارلي توفيق، الخطبة والعدول عنها (دراسة تحليلية فقها وتشريعا وقضاء)، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر-بسكرة، المجلد 12، العدد 1، مارس 2020، ص-ص 333-358.
48. شوقي بناسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق - جامعة الجزائري، المجلد 45، العدد الرابع، سنة 2008، ص-ص 7-48.
49. طالب عبد الرحمان، حقوق وواجبات المرأة في الإسلام، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، السنة الثالثة، العدد الثالث، الجزائر، سنة 1420هـ الموافق 2000م.
50. طحطاح علال، ميراث المفقود في الفقه الإسلامي وتقنين الأسرة الجزائري، حوليات جامعة الجزائر 1، جامعة الجزائر، العدد 32، الجزء 3، السنة 2018، ص-ص 26-62.
51. عابدي عبد الله، محامي مختار، التعويض عن الضرر المعنوي في العدول عن الخطبة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، مجلة الحضارة الاسلامية، جامعة وهران، المجلد 16، العدد 27، السنة 2015، ص-ص 69-94.
52. عادل عيساوي، عوض الخلع في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر-قسنطينة، المجلد 5، العدد 10، السنة 2016، ص-ص 143-204.
53. عبد الجليل بويندير، النيابة الشرعية بين قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري- قسنطينة، المجلد 31، العدد 3، السنة 2020، ص-ص 131-146.

54. عبد الحفيظ بقة، ركن الولي في عقد الزواج والإشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور- الجلفة، المجلد 1، العدد 23، 2015، ص-ص 105-120.
55. عبد السلام عبد القادر، الخلع في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة، مجلة الإحياء، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية-جامعة الحاج لخضر-باتنة، المجلد 10، العدد 1، السنة 2008، ص-ص 562-604.
56. عبد العزيز بن صالح الرضيمن، الحضارة في الإسلام، مجلة العدل بالمملكة العربية السعودية، العدد الرابع، السنة الأولى، شوال 1420، ص-ص 241-268.
57. عبدالله محمد رابعة، الآثار المترتبة على عودة المفقود بعد الحكم باعتباره ميتاً في الفقه الإسلامي والقانون الأردني، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 12، العدد 1، السنة 1436 هـ - 2015 م، ص-ص 295-322.
58. العربي بلحاج، الطبيعة القانونية للخطبة على ضوء قانون الأسرة الجديد واجتهادات المحكمة العليا الحديثة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الرابع، سنة 2008.
59. العشي نواره، مقابلة بين مركز المرأة ومركز الرجل في الميراث، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر-كلية الحقوق، المجلد 45، العدد الثالث، السنة 2008، ص-ص 57-76.
60. علي إبراهيم عيسى الراشد، إجازة العقد دراسة فقهية مقارنة، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، 2013، ص ص 419-468.
61. عمارة مسعودة، أحكام الكفالة في القانون الجزائري على ضوء الإجتهد القضائي للمحكمة العليا، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق -جامعة سعد دحلب، البليدة، المجلد 1، العدد 1، سنة 2011، ص-ص 56-77.
62. عوضية عبد الله حسب سيدو، ابراهيم توة بالا، العدول عن الخطبة وأثره بين الفقه الاسلامي وقانون الأحوال الشخصية السوداني (دراسة تحليلية)، مجلة الراسخون، جامعة المدينة العامية، المجلد 8، العدد 1، مارس 2022، ص-ص 140-160.

63. عيسى أحمد، الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على أموال القصر، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سعد دحلب-البليدة، السنة الأولى، العدد الأول، 1432هـ-2011م، ص-ص 78-102.
64. غربي صورية، تنظيم أحكام الخطبة بين النقص التشريعي وضرورة التعديل، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق -جامعة عين تموشنت، المجلد 08، العدد 01، سنة 2022، ص-ص 658-677.
65. فاروق خلف، أحكام الخطبة وأثار العدول عنها بين المفهوم القانوني والاجتهاد القضائي، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي،-الجزائر، العدد 2، العدد 1، شعبان 1437هـ-2016م، ص-ص 81-102.
66. فطيمة زهرة عبد العزيز، فتحة حواس، الموت الحكمي وأحكامه المالية، دراسة تحليلية نقدية مقارنة بين التشريع الجزائري والتشريع التونسي، مجلة الفكر المتوسطي، المجلد 11، العدد 2، السنة 2022، ص-ص 389-405.
67. كحيل حكيمة، عيوب الإرادة وأثرها على صحة الزواج، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، جامعة علي لونيبي-البليدة 2، المجلد 04، العدد 01، السنة 2022، ص-ص 55-76.
68. لاكلي نادية، أحكام الكفالة في التشريع الجزائري وإشكالاته القانونية، مجلة القانون والمجتمع، مخبر القانون والمجتمع-جامعة أدرار، المجلد 10، العدد 2، السنة 2022، ص-ص 105-120.
69. لعيد بوسحابة، صالح حمليل، حفظ مال المفقود في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي، المجلد 12، العدد 2، 2021، ص-ص 640-653.
70. محمد إبراهيم القاسم، الآثار المترتبة على العقد الموقوف، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، المجلد 6، العدد 36، ص-ص 827-871.

71. محمد سعيد جعفرور، نظرات في بعض أوجه التناقض بين التقنين المدني وتقنين الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 38، العدد 3، 2001، ص ص 31-46.
72. محمد محجوب الصديق حسن، مفهوم الأهلية في الفقه الإسلامي والقانون، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور-الجلفة، الجزائر، المجلد السابع، العدد 4، السنة 2022، ص- ص 952-962.
73. محمود سلام زناتي، حقوق وواجبات الزوجين بين الماضي والحاضر-دراسة تاريخية مقارنة-، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة 12، العدد الأول، مطبعة جامعة عين شمس، سنة 1970.
74. محمود عبد الله بخيت، مفهوم الوصاية وأركانها (في الفقه الاسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني)، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، السنة 2012، ص- ص 141-184.
75. معروف الدواليبي، وضع المرأة في الإسلام، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، المجلد 07، العدد 03، 1983، ص-ص 237-259.
76. معيني الهادي، تصرفات الولي الضارة بأموال القصر في قانون الأسرة الجزائري والعربي المقارن، مجلة النبراس للدراسات القانونية، جامعة العربي التبسي-تبسة، المجلد 3، العدد 2، السنة 2018، ص- ص 21-35.
77. ناصر الدين ماروك، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، السنة الثالثة، العدد الثالث، الجزائر، سنة 1420هـ - 2000 م، ص-ص 263-332.
78. ناصر بن محمد بن مشري الغامدي، ميراث ذوي الأرحام، أحكامه وطرقه في الفقه الإسلامي، مجلة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، العدد 48، ذو الحجة 1430هـ. ص-ص 486-564.
79. نريمان بن عبد الله، وفاة الكافل وأثارها القانونية، دفاثر مخبر حقوق الطفل، جامعة وهران 2-محمد بن أحمد، المجلد 1، العدد السادس، 2015، ص-ص 249-258.

80. نظيرة عتيق، تعويض ضرر العدول عن الخطبة، المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الانسانية والاجتماعية، جامعة 20 أوت 1955-سكيكدة، المجلد 13، العدد 1، السنة 2012، ص-ص 514-524.
81. هجيرة تومي سامية بويصري، نظرية البطلان في القانون المدني، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار تليجي الأغواط، المجلد 5، العدد 1، السنة 2021، ص-ص 245-285.

ثالثا - الرسائل الجامعية.

أ-رسائل الدكتوراه:

- 1.أيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة -دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري -تيزي وزو، 2014.
- 2.حسيني عزيزة، مصلحة الطفل، أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق - جامعة الجزائر، 2014.
- 3.رولا محمود حافظ الحيت، قضايا المرأة بين الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية -دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005.
- 4.سمير شيهاني، شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2014.
- 5.عبد الله محمد سعيد ربابعة، الوصاية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الدراسات العليا-الجامعة الأردنية، 2005 م.
- 6.غناي زكية: حقوق المطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، دكتوراه بكلية الحقوق، بن عكنون-الجزائر، 2010-2011.

7. ليلي جمعي، حماية الطفل، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2005-2006.
8. محمد توفيق قديري، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري -دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية-، رسالة دكتوراه، جامعة محمد خيضر - بسكرة، 2017-2018.
9. مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق -دراسة مقارنة-، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه مقدمة إلى جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان، 2009-2010.

ب- رسائل الماجستير

1. أسماء عبد الله طباسي، أحكام التفويض في الطلاق في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية، غزة- فلسطين، 1430هـ - 2009 م.
2. أشرف حنضل الشاعر، أحكام الوصاية في الشريعة الإسلامية ومدى تطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، رسالة ماجستير قدمت لكلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية بغزة، إشراف الدكتور مازن إسماعيل هنية، 1427هـ-2006م.
3. هالة محمد لبد، حق الزوجة المالي الثابت بالزواج وانتهائه، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة-فلسطين، 1428هـ-2007م.
4. ورود عادل إبراهيم عورتاني، أحكام ميراث المرأة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة النجاح بنابلس، إشراف محمد علي الصليبي، فلسطين،
5. يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، (كلية الدراسات العليا) نابلس، فلسطين، 1424-2003.
6. سميرة عبد المعطي محمد ياسين، أحكام العدة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة إلى الجامعة الإسلامية، غزة- فلسطين، 1428-2007.
7. علال أمال، التبني والكفالة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة تلمسان، 2008-2009.

رابعاً - المجالات القضائية:

1. المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد 01، سنة 1993.
2. المحكمة العليا، المجلة القضائية، عدد 01، سنة 1996.
3. المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 1997.
4. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.
5. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، 2002.
6. المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، سنة 2004.
7. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2005.
8. المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، المجلة القضائية، العدد الأول، 2009.
9. المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 2010.
10. المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2010.
11. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد 2، سنة 2011.
12. المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، السنة 2012.
13. المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد 01، سنة 2014.

خامساً - القواميس.

1. ابن منظور، لسان العرب المحيط، المجلد الأول، دار الجبل ودار لسان العرب المحيط، لبنان، 1988.
2. ابراهيم مصطفى، أحمد حسن الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، المعجم الوسيط، الطبعة الثانية، افسلامية، استانبول-تركيا.
3. المنجد في اللغة والأعلام، الطبعة الأربعون، دار المشرق، بيروت-لبنان، 2003.
4. مجموعة من المختصين اشراف أحمد أبو قحافة، معجم النفائس الوسيط، الطبعة الأولى، دار النفائس، 1428هـ-2007م.

5. محمد هادي اللحام ومحمد سعيد وزهير علوان، قاموس لغوي عام، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 2005م-1426هـ.

الفهرس

1	مقدمة
12	الباب الأول:
12	المركز القانوني للمرأة في أحكام الزواج وانحلاله.
13	الفصل الأول:
13	المركز القانوني للمرأة في أحكام الزواج.
14	المبحث الأول:
14	المركز القانوني للمرأة في إبرام عقد الزواج ومقدمته.
14	المطلب الأول:
14	المركز القانوني للمرأة في أحكام الخطبة.
15	الفرع الأول: حقوق المرأة في الخطبة.
32	الفرع الثاني: التزامات المرأة في الخطبة.
35	المطلب الثاني:
35	المركز القانوني للمرأة في إبرام عقد الزواج.
35	الفرع الأول: مركز المرأة القانوني في ركن عقد الزواج.
54	الفرع الثاني: مركز المرأة القانوني في شروط عقد الزواج.
90	المبحث الثاني:
90	المركز القانوني للمرأة في آثار عقد الزواج.
90	المطلب الأول: حقوق المرأة المترتبة على عقد الزواج.
90	الفرع الأول: حقوق المرأة كزوجة.

135	الفرع الثاني: حقوق المرأة كأم.
141	الفرع الثالث: حقوق المرأة كبنت.
146	المطلب الثاني:
146	التزامات المرأة المترتبة عن عقد الزواج.
146	الفرع الأول: التزامات الزوجة المترتبة عن عقد الزواج الواردة في قانون الأسرة الجزائري...
...	لفرع الثاني: التزامات الزوجة المترتبة عن عقد الزواج غير الواردة في قانون الأسرة الجزائري...
150
165	الفصل الثاني:
165	المركز القانوني للمرأة في انحلال الرابطة الزوجية وأثاره.
166	المبحث الأول:
166	المركز القانوني للمرأة في انحلال الرابطة الزوجية.
167	المطلب الأول:
167	انحلال الرابطة الزوجية دون إرادة الزوجة.
167	الفرع الأول: انحلال الرابطة الزوجية بإرادة الزوج دون إرادة الزوجة.
185	الفرع الثاني: انحلال الرابطة الزوجية بدون إرادة الزوج والزوجة.
198	المطلب الثاني:
198	انحلال الرابطة الزوجية بإرادة الزوجة.
198	الفرع الأول: اشتراك إرادة الزوجة مع إرادة الزوج.
206	الفرع الثاني: حل الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوجة:
235	المبحث الثاني:

235	المركز القانوني للمرأة في آثار انحلال الرابطة الزوجية.
235	المطلب الأول:
235	الآثار غير المالية المتعلقة بالمرأة المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية
235	الفرع الأول: حقوق المرأة غير المالية المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية.
252	الفرع الثاني: إلتزامات المرأة غير المالية المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية.
260	المطلب الثاني:
260	الآثار المالية المتعلقة بالمرأة المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية.
260	الفرع الأول: حقوق المرأة المالية المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية.
280	الفرع الثاني: إلتزامات المرأة المالية المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية.
286	الباب الثاني:
287	المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية والميراث.
288	الفصل الأول:
288	المركز القانوني للمرأة في أحكام النيابة الشرعية.
289	المبحث الأول:
289	أحكام إنابة الغير على المرأة.
290	المطلب الأول:
290	حالات إنابة الغير على المرأة.
290	الفرع الأول: إنابة الغير على المرأة لعدم اكتمال أهليتها لصغر السن.
303	الفرع الثاني: إنابة الغير على المرأة للحجر عليها.
314	الفرع الثالث: إنابة الغير على المرأة لفقدانها أو غيابها.

319	المطلب الثاني:
320	أنظمة إنابة الغير على المرأة.
320	الفرع الأول: الولاية.
326	الفرع الثاني: الوصاية والتقديم.
331	الفرع الثالث: الكفالة.
348	المبحث الثاني:
348	المطلب الأول:
348	ولاية المرأة على الغير.
348	الفرع الأول: حق المرأة في الولاية.
353	الفرع الثاني: شروط وسلطات المرأة الولية.
359	الفرع الثالث: مسؤولية المرأة الولية وانتهاء مهامها.
364	المطلب الثاني:
364	وصاية وقوامة المرأة على الغير.
364	الفرع الأول: وصاية المرأة على الغير.
370	الفرع الثاني: قوامة المرأة على الغير.
382	المطلب الرابع:
382	كفالة المرأة للغير.
382	الفرع الأول: مدى تمتع المرأة بحق الكفالة.
384	الفرع الثاني: شروط المرأة الكافلة.
388	الفرع الثالث: حقوق المرأة الكافلة والتزاماتها.

392	الفصل الثاني:
393	المركز القانوني للمرأة في أحكام الميراث.
394	المبحث الأول:
394	حقوق المرأة في الميراث.
394	المطلب الأول:
394	حق المرأة في وراثة وتوريث غيرها.
394	الفرع الأول: وراثة وتوريث المرأة بالفرض والتعصيب.
409	الفرع الثاني: ميراث ذوي الأرحام.
413	المطلب الثاني:
413	حق المرأة في الحجب.
414	الفرع الأول: المرأة وحجب الحرمان.
416	الفرع الثاني: المرأة وحجب النقصان.
421	المطلب الثالث: حق المرأة في التنزيل والرد.
421	الفرع الأول - المرأة والتنزيل:
431	الفرع الثاني - المرأة والرد.
437	المبحث الثاني:
437	حالات ميراث المرأة ومقارنتها بحالات ميراث الرجل.
437	المطلب الأول:
437	حالات تساوي المرأة مع الرجل في الميراث.
437	الفرع الأول: حالة الاتحاد في جهة القرابة للميت.

- 460 الفرع الثاني: حالة عدم الاتحاد في جهة القرابة.
- 477 المطب الثاني:
- 477 حالات اختلاف ميراث المرأة عن ميراث الرجل.
- 477 الفرع الأول: حالات توريث المرأة أكثر أو دون الرجل.
- 499 الفرع الثاني: توريث المرأة أقل من الرجل.
- 513 الخاتمة.

المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري المعدل.

-دراسة مقارنة-

لقد أصبحت المرأة تحتل مركزا متوازنا وقويا في قانون الأسرة خاصة بعد تعديله بموجب الأمر 05-02 الذي حاول المشرع بموجبه الموازنة بين مبدأ المساواة المكرس دستوريا وأحكام الشريعة الإسلامية المتجذرة في المجتمع الجزائري، وذلك بالانفتاح على مختلف المذاهب الفقهية المعروفة بدلا من المذهب المالكي الذي كان سائدا، بل أنه خرج عن إجماع جمهور المذاهب في بعض الأحيان، ليتبنى بذلك موقفا وسطا بين القانون الكويتي والتونسي، أو يتجاوز الأخير المعروف بانفتاحيته تجاه المرأة في بعض الحالات، كولاية المرأة الحاضرة.

يتجلى مركز المرأة القوي والمتوازن في إبرام عقد الزواج وأثاره، وفي انحلال الرابطة الزوجية وأثاره، وفي النيابة الشرعية، ومع ذلك ما تزال بعض الأحكام التي تضعف من مركز المرأة كشرط الولي بالنسبة للراشدة، والتي يتعين على المشرع تداركها، أما الميراث فرغم الانتقادات التي تطاله ظلما، إلا أنه يفضل الإبقاء عليها، نظرا للحماية التي يكرسها للمرأة في ظل معايير موضوعية، فهي وفقه تراث وتورث، سواء بالفرض والتعصيب، وتحجب وتحجب، كما أنها قد تراث مثل الرجل أو أكثر أو أقل منه.

Le statut juridique de la femme dans le droit de la famille algérien modifié.

-Étude comparative-

Les femmes ont fini par occuper une position équilibrée et forte dans le droit de la famille algérien, en particulier après sa modification par l'ordonnance 05-02, selon laquelle le législateur a tenté d'équilibrer le principe d'égalité consacré par la constitution avec les dispositions de la loi islamique enracinées dans la société algérienne, en s'ouvrant à diverses doctrines bien connues du Fiqh au lieu de la doctrine Maliki qui prévalait, et s'est même parfois écartée du consensus du public sur les doctrines, adoptant ainsi une position intermédiaire entre le droit koweïtien et tunisien, ou contournant ce dernier connu pour son ouverture envers les femmes dans certains cas, comme en tant que tutelle des femmes gardiennes.

Le statut fort et équilibré de la femme se manifeste dans la conclusion du contrat de mariage et ses effets, dans la dissolution du lien conjugal et ses effets, et dans la représentation légale, cependant, il existe encore certaines dispositions qui affaiblissent le statut de la femme en tant que condition de tutelle de l'âge adulte, auxquelles le législateur doit remédier, quant à l'héritage, malgré les critiques qui l'affectent injustement, mais il est préférable de les maintenir, en raison de la protection qu'il consacre aux femmes selon des critères objectifs, selon la jurisprudence, elles héritent et héritent, que ce soit par imposition et intolérance, et obscur et obscurs, et ils peuvent hériter comme un homme ou plus ou moins.