جامعة زيان عاشور الجلفة

كليـة الحقوق و العلوم السياسية

قسـم الحقـوق

إشكالات المواد المعدلة جزئيا من قانون الأسرة الجزائري
باب انعقاد الزواج وانحلاله من خلال المواد 11-30-49-50-72

مذكرة ضمن متطلبات

نيل شهادة الماستر حقوق تخصص أحوال شخصية

من إعداد الطالـــب :

- قــزو مصطفـــى

إشـــــراف الأستـــاذ :

- د. عز الدين مسعـــود

لجنة المناقشة :

1. د . مخلط بلقاســـم.....رئيسا
2. د .عز الدين مسعود .....مقررا
3. د . ثامري عمـــــر .....مناقشا

الموسم الجامعي:2015- 2016 م / 1436 – 1437 هـ

جامعة زيان عاشور الجلفة

كليـة الحقوق و العلوم السياسية

قسـم الحقـوق

إشكالات المواد المعدلة جزئيا من قانون الأسرة الجزائري
باب انعقاد الزواج وانحلاله من خلال المواد 11-30-49-50-72

مذكرة ضمن متطلبات

نيل شهادة الماستر حقوق تخصص أحوال شخصية

من إعداد الطالـــب :

- قــزو مصطفـــى

إشـــــراف الأستـــاذ :

- د. عز الدين مسعـــود

لجنة المناقشة :

1. د . مخلط بلقاســـم.....رئيسا
2. د .عز الدين مسعود .....مقررا
3. د . ثامري عمـــــر.....مناقشا

الموسم الجامعي: 2015- 2016 م / 1436 – 1437 هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

[وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ]

(الروم : 21)

[وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا]

(النساء :35)

شكر وعرفان

أولا، أحمد الله تعالى الذي منَّ عليَّ بإنجاز هذا العمل المتواضع.

وعملا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : "**من لم يشكر الناس لم يشكر الله عزّ وجلّ**"

أتقدم بجزيل الشكر والاحترام والتقدير للدكتور **عز الدين مسعود** الذي تفضل بقبول الإشراف على إنجاز هذه الرسالة، والذي لم يدخر أي جهد في تقديم النصح والتوجيه.

كما أتقدم بالشكر إلى أساتذتي الأفاضل الذين لم يبخلوا علينا بما حباهم الله من علم وكذا الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذه الرسالة.

ولا أنسى أن أشكر كل من قدم لي يد المساعدة من قريب أو بعيد على إتمام هذا العمل المتواضع.

حفظ الله الجميع وسدد خطاهم لما فيه خيري الدنيا والآخرة.

إهداء

إلى روح من رباني وعلمني **والدي** رحمه الله.

إلى من أحاطتني بالرعاية والحنان **والدتي الغالية** أطال الله في عمرها.

إلى إخوتي وأخواتي وعائلاتهم.

إلى كل من نهلت من علمه من نعومة أظافري إلى اليوم.

إلى رفيقة دربي وقرة عيني **زوجتي العزيزة**.

إلى كل الأهل والأصدقاء وزملاء الدراسة.

وإلى كل من عرفني وإخوتي في الله.

*** *مصطفـــــى قزو* ***

مقدمة

قد قضت سنة الله في خلقه والفطرة التي جبل عليها الإنسان بضرورة اجتماع الذكر والأنثى للتوالد، حتى يتحقق بقاء النوع البشري الذي جعله الله خليفة في الأرض لعمارتها. فالشريعة رسمت طريقا لإشباع الغريزة الإنسانية عن طريق علاقة الرجل بالمرأة بواسطة الزواج وجعلته أوثق عقد يربط بين الذكر والأنثى، وهو الرباط الشرعي الوحيد الذي يلتقي فيه الطهر والعفاف و الإحصان في إطار التكامل و الانسجام والمودة والرحمة، وقد ذكر الزواج في القرآن الكريم تحت اسم الميثاق الغليظ لما يحظى به من تقدير خاص لبقية التكاليف الاجتماعية قال تعالى : ﴿**وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا**﴾ سورة النساء الآية 21.

وهكذا جعل الإسلام هذه العلاقة الزوجية من أكرم العلاقات الإنسانية وأسماها، وتكفل الله بتنظيمها عن طريق الزواج بصريح القرآن : ﴿ **وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا**﴾ النساء الآية 01.

ولهذه الأهمية حظي الزواج بالدراسة المفصلة والتحليل الكافي من قبل فقهائنا قديما وحديثا وذلك ببيان حكمه وتفصيل القول عن أركانه وشروطه وغير ذلك.

كما اهتم المشرع الجزائري بالأسرة كأصل عام، وحظيت بالحماية من طرف الدولة الجزائرية، وذلك بموجب سلسة من القوانين المتعاقبة، ابتدأ من 01 جويلية 1975م، إلى أن صدر قانون الأسرة الجزائري في 09 جوان 1984م الذي اعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا أصليا لمسائل الأحوال الشخصية بهدف التخلص من عيوب التبعية الفكرية واستكمالا لمقومات الشخصية الوطنية الإسلامية.[1] إلا أنه لم يلق الإجماع على قبوله و تباينت حوله الآراء والمواقف بين مؤيد ومعارض، إلا أن المجتمع الجزائري قد عرف في السنوات الأخيرة تحولات اقتصادية واجتماعية

1- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05، دار الوعي للنشر والتوزيع، رويبة، الجزائر، سنة 2013، ص 10.

هامة شملت مختلف الميادين والمجالات، وقد مست هذه التغيرات الكيان الأسري من حيث بنيته وأدائه لوظائفه. [1]

وقد فرضت عليه ابتكارات قانونية تسعى إلى التوفيق قدر المستطاع بين توجيهات الشريعة وبين العلاج القانوني والعملي لمثل هذه الأوضاع الجديدة، مما أدى إلى تعديل قانون الأسرة الجزائري بالأمر 02/05 المؤرخ في 27فيفري 2005 المعدل لقانون 09جوان 1984.[2]

ومع ذلك يبقى محل نظر ودراسة، لكونه جاء نتيجة ضغوطات سياسية وظرفية استعجاليه، فكان قاصرا عن حل المشاكل الحقيقية للأسرة، وبالتالي فهو كغيره من الأعمال الإنسانية يحمل ضمن نصوصه جملة من الثغرات والنقائص، والتي تعد في نظر القانون إشكالات قانونية، فمنها ما هو موضوعي ومنها ما هو شكلي.

ومن هنا تظهر أهمية هذا البحث لأن قضية الأسرة اليوم أصبحت محل نقاش حاد من مختلف الاتجاهات الإيديولوجية والفكرية المعاصرة بالجزائر، حيث أصبحت مهددة بشتى الآراء المنحرفة الداعية إلى التنصل من أحكام الشريعة الإسلامية.

أهمية البحث :

- اهتمام الإسلام بالنفس البشرية، والحفاظ عليها من أن يصيبها أذى أو يلحقها ضرر أو ينظر إليها بنظرة سوء.
- ارتباط الموضوع بالعلاقة الأسرية، وإلقاء صورة على بعض الجوانب المهمة في الزواج وانحلاله، ألا وهي: الولي – موانع الزواج المؤقتة – الصلح في حالة الشقاق – سكن الحاضنة.

1– تشوار حميدو زكية.مدى حماية الأسرة عبر أحكام الطلاق، عدالة القانون أمام القاضي، مجلة العلوم القانونية والإدارية وسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان سنة 2010، رقم 12، ص 52.

2 – عبد المجيد مزيان، فقه الاجتهاد وقوانين المراجعة المستمرة في نظام الأسرة وحقوق المرأة، مقال منشور في مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، السنة 2000، ص28 –29.

الهدف منه :

- الإجابة عن إشكاليات الدراسة المطروحة.
- الاطلاع على الجوانب التي أغفلها المشرع الجزائري في قانون الأسرة،مع إبراز الثغرات القانونية والنقائص التي تحتاج إلى تعديل.
- الوقوف عند تعديل قانون الأسرة لسنة 2005،الذي قلب الموازيين في موضوع الولي – الصلح – سكن الحاضنة.

وعلى هذا يمكن طرح الإشكال التالي: **ماهي الإشكالات التي أثارتها المواد المعدلة جزئيا (11 و 30 و 49 و 50 و72) المدرجة ضمن مسائل انحلال الزواج وانعقاده ؟**

وهل وفق المشرع في تعديله لهذه المواد ؟

وهل يخدم ذلك مصلحة الفرد و الأسرة والمجتمع ؟

وللإجابة على هذه الإشكالات سيكون موضوع بحثنا " إشكالات المواد المعدلة جزئيا في قانون الأسرة – باب الزواج وانحلاله من خلال المواد :11 و 30 و 49 و 50 و 72.

ومن أسباب اختيار هذا الموضوع هي :

- ارتباط الموضوع بالحياة الأسرية، وخطورته وما يلعبه من دور رئيسي في فهم العلاقة الزوجية قبل وبعد الإقبال على الزواج وآثار انحلاله وما ينجم عنها.
- إغفال المشرع الجزائري حكم بعض المسائل التي تخص الموضوع.

الصعوبات :

لقد واجهتنا عدة صعوبات عند إعداد هذا البحث منها :

- البحث يتطلب جهدا ووقتا إضافيين لقلة ما كتب في موضوع إشكالات المواد المعدلة جزئيا في مسائل انعقاد الزواج وانحلاله.
- عدم الإلمام بالفهم التام للقواعد الفقهية ومصطلحاتها.
- ضيق الوقت وصعوبة الحصول على المراجع.

منهج البحث : إن طبيعة الموضوع فرضت علينا منهجين أساسيين هما :

المنهج الوصفي : تناولنا من خلاله مواد قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بموضوع الدراسة.

المنهج التحليلي : تناولنا من خلاله تحليل المواد القانونية المتعلقة بالموضوع والتي شملها قانون الأسرة في مواضيع بحثنا.

وقد اعتمدنا في الإجابة على الإشكالات المطروحة بإبراز إشكالات انعقاد الزواج من خلال المادتين (11 و 30) من قانون الأسرة الجزائري(**الفصل الأول**)، و إشكالات فك الرابطة الزوجية من خلال المواد (49 و 50 و 72) من قانون الأسرة الجزائري(**الفصل الثاني**).

الفصل الأول :

إشكالية انعقاد الزواج

من خلال المادتين 11و30من قانون الأسرة الجزائري

تمهيد :

الزواج سنة الله في خلقه أراداها الله لعباده لسير الحياة واستمرارها، وسنة من سننه في الخلق والتكوين، فهو الأسلوب الأوحد لحفظ النسل واستمراره بالتوالد والتكاثر، كما أنه عقد يقيد حل العشرة بين الرجل والمرأة، وتعاونهما مدى الحياة بما يحقق ما يقتضيه الطبع الإنساني، ويحدد ما لكيليهما من حقوق وما عليهما من واجبات.[1] وهو أهم وأخطر العقود في حياة الإنسان والمجتمع بصفة عامة، إذ هو نظام يقوم على أقوى المبادئ والقيم التي من شأنها تحقيق الاستقرار الأسري و انتشار الفضيلة في المجتمع، فأفضى الله عليه قدسية تجعله فريدا بين مختلف العقود، لما يترتب عليه من آثار لا تقتصر على عاقديه ولا على الأسرة التي توجد بوجوده بل يمتد إلى المجتمع ككل.[2] وقد سماه الله بالميثاق الغليظ وذلك لقوله تعالى : ﴿**وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا** ﴾سورة النساء الآية.21

والزواج عبادة يستكمل الإنسان بها نصف دينه، ويلقى بها ربه على أحسن حال من الطهر والنقاء، لذا أحاطه الله بالرعاية والاهتمام فوضع الله له أركانا وشروطا وموانع خاصة لا يمكن أن نجدها في عقد آخر ومن ثم يكون صالحا لتحقيق الهدف منه.

وبالرجوع إلى التشريع نجد أنه عالج كل المسائل المتعلقة بانعقاد الزواج وحدد أحكامه وشروطه التي يجب أن تتوفر في الزوج والزوجة عند إقبالهما عليه، إلا أن الواقع العملي أفرز إشكالات عملية عديدة ناتجة إما عن ظروف تطبيق القانون، وإما عن ثغرات قانونية أغفلها المشرع.

وسنحاول في هذا الفصل أن نبرز أهم إشكالات الولاية في الزواج (المبحث الأول)، وموانع الزواج الشرعية المؤقتة في قانون الأسرة وإشكالات تعديل المادة (30) (المبحث الثاني).

1- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 2008، ص 54.

2- محفوظ بن صغير،أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل، بالأمر 02/05، دار الوعي، رويبة، الجزائر، سنة 2013، ص 21.

المبحث الأول: إشكالات الولاية في الزواج:

لقد كانت الولاية في الزواج من أهم الانشغالات التي تناولها الفقه وأخضعها لأرائه وانتقاداته، حتى تعريفها لم يسلم من ذلك، كما أثيرت حولها إشكالات وخاصة ما تتعلق بحضور الولي في عقد الزواج، ومن خلال هذا سنعرف الولاية (المطلب الأول) مبرزين إشكالات حضور الولي في عقد الزواج بالنسبة للمرأة الراشدة (المطلب الثاني) و يليها إشكالات الولاية في الحضانة(المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم الولاية في الزواج

لتحديد مفهوم الولاية في عقد الزواج يجب أن نعرفها لغة و شرعا و قانونا مع تبيين مشروعيتها من الكتاب والسنة والإجماع .

الفرع الأول: تعريف الولاية لغة

الولاية بكسر الواو: هي المحبة والنصرة،ونقول ولى الرجل والرجل يليه وولى عليه وذلك إذا نصره وأعانه أو قام بأمره وتولى شؤونه،أي أنها تأتي بمعنى النصرة لقوله تعالى :﴿ **وَمَا لَكُم مِّن دُونِ اللَّـهِ مِن وَلِيٍّ وَلَا نَصِيرٍ** ﴾ سورة البقرة107 ، وتأتي بمعنى السلطة لكون الشخص ذا ولاية على شيء أن تكون له سلطة عليه. تولى الأمر والتصرف فيه،لأن من ولاه الشرع والقانون على قاصر أو مجنون أو معتوه، معناه أنه ولاه أمر التصرف في شؤونه.[1]

وتكون الولاية بمعنى القرابة والنصرة والمحبة فتأتي "واوا" مفتوحة ومكسورة وكلا المعنيين مراعى في الولاية لأنها تحتاج من الولي إلى التدبير والعمل، كما تحتاج إلى نصرة المولى عليه والنسب ودعامة قوية من دعائم تحقيق هذه النصرة.[2]

1- الأكحل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج،الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، سنة 1982، الجزائر، ص 14.

2- عيسى حداد، عقد الزواج، دراسة مقارنة، منشورات جامعية، باجي مختار، عنابة،2006، ص 114-115.

وتعرف الولاية أيضا أنها اسم من وليت الشيء ولايته، وقمت عليه،ودبرت شؤونه ونصرته، والولي في لغة العرب القرب والدنو، وولي اليتيم الذي يلي أمره ويقوم بكفايته ويسمى متولي العقد الولي ومنه قوله تعالى:﴿ **فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْل** ﴾ سورة البقرة الآية 282، وولي المرأة من يلي عقد نكاحها. [1]

فالولاية لها معان كثيرة منها النصرة و المحبة و المعاونة و القائم بأمر الشخص المتولي شؤونه فالولي هو الملاذ و الملجأ الحصين للمرأة.

الفرع الثاني: الولاية شرعا

اختلف الفقهاء في تعريفها فبعضهم عرفها : بأنها حق شرعي ينفد بمقتضاه الأمر على الغير جبرا عنه، وهي ولاية عامة، وولاية خاصة،والولاية الخاصة ولاية على النفس، ولاية على المال.[2] والولاية على النفس هي المقصودة هنا،أي الولاية على النفس في الزواج.

وبعضهم عرفها بأنها: القدرة على إنشاء العقد نافدا غير موقوف على إجازة أحد، وهي قسمان:

ولاية قاصرة وهي قدرة العاقد على إنشاء العقد الخاص بنفسه وتنفيذ أحكامه ، وولاية متعدية وهي قدرته على إنشاء العقد الخاص بغيره بإقامة من الشارع.[3]

والولي في عقد الزواج : هو من له على المرأة ملك وأبوة أو معصب أو إ يصاء أو كفالة أو سلطة أو ذو إسلام.[4]

1- بوكايس سمية، ولاية الزواج في التشريع الأسري الجزائري ما بين الإلغاء والإبقاء، مقال منشور في مجلة الفقه والقانون، العدد 20، بتاريخ 02 يونيو 2014، ص156.

2 – السيد سابق، فقه السنة، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، سنة 1998، المجلد الثاني، ص 197

3- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثانية، سنة 1950، ص 107.

4 – محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل، بالأمر،02/05، مرجع سابق، ص176

وعلى هذا فإن الولاية في عقد الزواج تتمثل في قدرة الشخص على إنشاء عقد الزواج لغيره سلطة خولها له الشارع.[1]

الفرع الثالث : أدلة مشروعية الولاية في الزواج:

إن الحكمة من مشروعية الولاية في النكاح تنبع من أهميتها وما يترتب عليها من آثار في حياة الإنسان، وهي مستمدة من عناية الإسلام بهذا العقد وصيانته ورفع مكانته،ورعاية مقاصده، ولذلك أصبحت لها أهمية بالغة في حياة المسلم على مختلف العصور،ولقد وردت نصوص كثير تدل على مشروعيتها من الكتاب والسنة.

أدلتها من القرآن الكريم:

قوله تعالى : ﴿**وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ ذَٰلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ مِنكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّـهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَٰلِكُمْ أَزْكَىٰ لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّـهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ**﴾. سورة البقرة الآية232.

وقوله تعالى : ﴿ **وَ أَنكِحُوا الْأَيَامَى مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِن يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّـهُ مِن فَضْلِهِ وَاللَّـهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ**﴾ سورة النور الآية 32.

وقوله تعالى: ﴿**وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ** ﴾ سورة البقرة الآية 221.

أدلتها من السنة :

قال الرسول صلى الله عليه وسلم : «**لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ**»[2]

1- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص153

2 – الدارقطني، سننه، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2004، الجزء الرابع، ص310

وعن عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «**أَيُّمَا امْرَأَةٍ نُكِحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ , فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَالْمَهْرُ لَهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا , فَإِنْ تَشَاجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ**»[1]

وقد أوجب الإسلام استئذان المرأة قبل الزواج لقوله صلى الله عليه وسلم : في ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه «**لاَ تُنْكَحُ الأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ، وَلاَ تُنْكَحُ البِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ**» قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَكَيْفَ إِذْنُهَا؟ قَالَ: «**أَنْ تَسْكُتَ**»[2]

وقال صلى الله عليه وسلم : «**لَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ وَلَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا فَإِنَّ الزَّانِيَةَ هِيَ الَّتِي تُزَوِّجُ نَفْسَهَا**»[3]

عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا : « **أَنّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رَدَّ نِكَاحَ بِكْرٍ وَثَيِّبٍ أَنْكَحَهُمَا أَبُوهُمَا، وَهُمَا كَارِهَتَانِ**».[4]

عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ , أَنَّ خَنْسَاءَ بِنْتَ خِذَامٍ أَنْكَحَهَا أَبُوهَا وَهِيَ كَارِهَةٌ , فَأَتَتِ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لَهُ , «**فَرَدَّ نِكَاحَهَا**».[5]

الفرع الرابع: الولاية قانونا :

لم يعرف المشرع الجزائري الولاية، بل اكتفى ببيان أحكامها في قانون الأسرة بالمواد(81) و(87) إلى غاية المادة (91) منه، ومنها يتبين أن الولاية سلطة بموجب القانون تقرر لشخص لمباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر غير كامل الأهلية المادة (81) من قانون الأسرة،

1 – الدارقطني، سننه، مرجع سابق، الجزء الرابع، ص313

2 – البخاري، صحيحه، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، سنة 1422 هـ، الجزء السابع، ص17

3 – الدارقطني، سننه، المرجع نفسه، الجزء الرابع، ص325

4 – الدارقطني، سننه، المرجع نفسه، الجزء الرابع، ص338

5 – الدارقطني، سننه، المرجع نفسه، الجزء الرابع، ص334

كما يبين كيفية انتقال ولاية الأولاد القصر من الأب إلى الأم بعد وفاته، وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تقتصر ولاية الأم على الأمور المستعجلة المادة (87) من قانون الأسرة.

الفرع الخامس: أقسام الولاية :

قسم الفقهاء الولاية في الزواج إلى قسمين أساسيين هما :

ولاية إجبار أو ولاية حتم وإيجاب : ومعناه أن ينفذ الولي نكاح المولى عليها دون اعتبار لرأيها أي بدون إذنها ورضاها، أي هي تلك الولاية التي يكون فيها للولي حق الاستبداد أو بإنشاء العقد لتزويج من كانت تحت ولايته دون مشاركة له في الاختيار أو العقد، أو هي تنفيذ القول على الغير بما يشاء، وقد اختلف الفقهاء في مناطها ومن تثبت له، فمنهم من يرى أنها للولي الوصي، ومنهم من يرى الأب والجد،ومنهم من جعلها قاصرة على الأب فقط، ومنهم من قال : لا ولي إلا لمجبر،وهذا الاختلاف يرجع إلى اختلافهم في موجبه. وأسبابها : القرابة – الملك – الولاء– الإمامة.[1]

ولاية الاختيار أو ولاية الاستحباب: وهي تلك الولاية التي تكون على البالغة العاقلة بكرا كانت أو ثيبا، حيث يستحب للمرأة أن تفوض الأمر إلى وليها لئلا تنسب للوقاحة، فهي حق الولي في تزويج المولى عليها باختيارها وقد اختلف فيها.[2]

المطلب الثاني : إشكالية حضور الولي في عقد الزواج:

يعد الولي أحد العناصر الجوهرية لإبرام عقد الزواج والذي أخذ حصة الأسد في استقطاب النقاشات الحادة حول ضرورة وجوده من عدمه في إبرام عقد الزواج وأثر تخلفه، مما أدى إلى ضجة كبيرة حول هذه المسألة بين مؤيد ومعارض له، حيث أن المشرع الجزائري كان ينص في المادة (11) من قانون (84–11) قبل تعديله على أن يتولى عقد زواج المرأة وليها، وهو أبوها،

1 – محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية، بيروت، لبنان، 1983، ص253.

2 – محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص133.

فأحد أقاربها، وأن القاضي ولي من لا ولي له، ونص في الفقرة الأول من المادة (11) بعد تعديلها بموجب الأمر 05-02 سنة 2005 على أن المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور وليها، وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره، ونص في الفقرة الثانية منها على أن "دون الإخلال بأحكام المادة (07) من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم، وهم الأب فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له". [1]

وبمقارنة هذا النص المعدل بسابقه، يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد أسند مباشرة أمر الزواج إلى المرأة الراشدة، بخلاف ما كان عليه الأمر في المادة الأصلية لهذا القانون، كما أن المشرع وسع دائرة الولي بحيث يمكن لأي شخص تختاره المرأة الراشدة أن يكون وليا لها وهنا التوسيع جاء مطلقا، فلم يقيده المشرع في حالة عدم وجود الأب أو الأولياء ذوي القربى عموما.

ويفهم هذا التوسع من تغيير المشرع عبارة" يتولى زواج المرأة وليها " بعبارة "تعقد المرأة الراشدة زواجها" وبهذا انتقلت المرأة الراشدة من صفة طرف في العقد إلى صفة عاقدة*، بحيث ينبغي أن تدلي بموافقتها في الزواج شخصيا أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق.[2]

وهنا نلاحظ أن هذه المادة قد أعطت للمرأة الراشدة الحق في مباشرة عقدها بنفسها ولكن بحضور وليها. سواء كان أبا أو أحد الأقارب أو أي شخص تختاره، وهذا ما قد يفتح باب التأويل، فالحرف "أو" الذي تم ذكره في نص المادة والذي يفيد التخيير ما قد يدفع بالمرأة إلى الاستغناء عن أبيها كولي، وتعمد إلى إعطاء ولاية إبرام عقد زواجها إلى شخص أجنبي عنها، وهذا ما هو مستهجن والذي لا يتوافق مع الأعراف السائدة في مجتمعنا.[3]

1- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الطبعة الرابعة 2010، ص 39،40.

* تباشر المرأة الراشدة العقد بنفسها ولو بحضور وليها

2- تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05/ 02 المعدل لقانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان سنة2011، رقم 12، ص 57.

3- يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة (الزواج والطلاق)، دار هومة للطابعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، سنة 2008، ص 23.

غير أنه إذا تأملنا نصوص قانون الأسرة، يتضح لنا جليا اتخاذ المشرع موقفين متناقضين، حيث نجده قد استغنى عن الولي كركن في الزواج من جهة إذ بوبه تحت عنوان"أركان الزواج "بصيغة الجمع، بالرغم من أنه خص المادة (09) المعدلة من قانون الأسرة بركن وحيد وهو الرضا، وجعل الولي شرطا من شروط انعقاد الزواج كما ورد في المادة (09) مكرر،ومن جهة نستشف من روح المادة (33) المعدلة من نفس القانون، أن المشرع يرتب بطلان العقد قبل الدخول بالنسبة للزواج الذي تبرمه الراشدة دون وليها، بل رتبته إذا اختل ركن الرضا (فقرة أولى) أو غاب شرطان اثنان (فقرة ثانية).

وهنا نلاحظ أن المشرع الجزائري قد وقف من شرط الولي في إبرام عقد زواج الراشدة موقفا متذبذبا، فلا هو قرر إلغاءه صراحة، ولا هو قرر اشتراطه صراحة، مما يدل على أنه قد تعرض إلى ضغوطات متزايدة من جهات مختلفة لم يستطع أو لم يحاول مقاومتها، مما جعله يتخذ موقفا غامضا.[1]

وإذا لم يكن هذا الكلام صحيحا فما معنى أن تنص المادة (11) المعدلة بالأمر(02/05) على أن المرأة الراشدة تعقد زواجها، ثم تقول بحضور وليها، وبعد هنيهة تضيف أي شخص آخر تختاره، وهنا يمكن أن نتساءل، ما الفائدة من حضور وليها مجلس عقد الزواج إذا لم يكن له تأثير في إبرام العقد ؟ فهل يحضر ليكون شاهدا على العقد ولو مع شخص لا يرضاه ؟ ثم ما معنى عبارة أو أي شخص آخر تختاره ؟ فهل يجوز للمرأة الراشدة أن تختار صديقا أو زميلا في العمل أو أب أو أخ خطيبها ليمثل دور وليها في عقد زواجها ؟.

1- زهدور كوثر، الولي في عقد الزواج طبقا لقانون الأسرة الجزائري قبل وبعد تعديله، مقال منشور في مجلة الفقه والقانون، المغرب،دون عدد ودون سنة، ص20-21

إن هذه المادة وإن كانت من الممكن أن تنسجم مع التشريعات الفرنسية في مجال عقد الزواج عندما تنص على أن عقد الزواج عقد مدني ينشأ عن اتفاق إرادتين اتفاقا شخصيا حضوريا. فإنها لا تنسجم مع تقاليد وموروثات شعبنا كشعب مسلم متمسك بدينه الإسلامي.[1]

ومما يستشف من الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري في تعديله،أنه ذهب إلى ما ذهب إليه الحنفية، فيما يحصر ترك حرية تزويج المرأة الراشدة بنفسها باعتبارها أصبحت عاقلة قادرة على مباشرة عقد الزواج بنفسها مدركة بمغباته وحرية تفويض هذا الأمر لأبيها أو أقربائها، غير أنه لم يأخذ بموقف الحنفية على إطلاقه، بل تغاضى عن حق الولي في التدخل لإبطال الزواج في حالة كون الزوج غير كفء أو أن المهر ليس بمهر المثل.[2]

وهذا ما يتبناه قانون الأحوال الشخصية السوري الذي أجاز في المادة (27) منه ما يلي:

"إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي فإن كان الزوج كفؤا لزم العقد، وإلا فللولي طلب فسخ النكاح".[3] وهذا ما ذهب إليه أيضا القانون المصري.

فالأصل أن أي تعديل يتدارك سلبيات قانون سابق له غير أن ما يلاحظ على تعديل المشرع الجزائري أنه زاد الأمر تعقيدا، ذلك أن هذا النص بعيد كل البعد عن روح مجتمعنا بكل ثقافته وعاداته وتقاليده وقيمه الدينية والتي سارت منذ زمن بعيد على اعتبار أن المرأة لا تزوج نفسها، وأن وليها هو الذي يزوجها وتحديدا "أبوها"، وكذلك يمكن القول إن استناد المشرع على اختلاف المذاهب الفقهية يكون قد خالف آراء فئة كبيرة من الفقهاء المسلمين ولا سيما المالكيين منهم، وأنه يكون قد عمل على تدمير قواعد التماسك العائلي وتوليد الشقاق داخل الأسرة الواحدة، وعلى إيقاع الفتنة والعداوة بين الفتيات وأوليائهم، وبالتالي التأثير على المجتمع، مع العلم أن أي تشريع يستمد

1 – عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوب جديد، مرجع سابق، ص 42.

2– تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 02/05 المعدل لقانون الأسرة، مرجع سابق، ص .60.

3– قانون الأحوال الشخصية السوري، سنة 2007–المادة المعدلة رقم 53.

من وحي مجتمعه بتقاليده، وأعرافه، لكن هذه المادة بعيدة كل البعد عن عرف وتقاليد وواقع المجتمع الجزائري.[1]

نحن لا ننكر أن الفتاة هي صاحبة الشأن الأول في زواجها، وأنه لا يجوز لأبيها أو وليها أن يهمل رأيها ويغفل رضاها أو يؤخر زواجها إذا خطبها كفء ذو دين وخلق، إلا أنه في نفس الوقت يجب عليها أن تحترم رأي أبيها وأن يكون له حق الاعتراض إذا ثبت فعلا أن الرجل الذي تقدم لخطبتها ويريد الزواج بها غير كفء.[2]

ليت المشرع الجزائري منح ذلك للولي المتعثر كلما ظهر أنها خرجت عن الطاعة وأبرمت عقد زواج مع غير كفء، أو أنه عاجز عن توفير شروط الحياة الزوجية له ولها، مع العلم أن أمر الزواج لا يهم المرأة وحدها بقدر ما يهم أسرتها و أقاربها، و أن ماقد يصيبها من ضرر يمكن أن يصيبهم أكثر.

كما أن هناك إشكالات أخرى يمكن أن تطرحها الفقرة الأولى من المادة (11) في المدى البعيد، والمتمثلة في الزواج العرفي وإثباته وخاصة في غياب الأهل والولي، على خلاف الزواج العرفي في القانون القديم (11/84) حيث أنه لو خيرنا بين إشكالات الزواج العرفي بحضور الولي في ظل التشريع القديم وبين غيابه في القانون الجديد لاخترنا الأول على الثاني، لأن المرأة فيه تكون برعاية الأب واحترامه لها واحترام الزوج، وبالتالي يسهل إثباته حتى في غياب الزوج أو وفاته عكس الثاني الذي تنفرد فيه المرأة بتزويج نفسها وغياب وليها وأهلها، واحتمال اختفاء الزوج، وبالتالي يصعب إثباته حتى في وجود الولي، فما هو الحال في غيابه أو وفاته ؟ وهذا الأخير تنجر عليه عواقب وخيمة لا متضرر فيه إلا المرأة لأنها ستصبح معلقة لاهي مطلقة ولاهي متزوجة وبالتالي تدخل في دوامة بين مشاكل إثبات زواجها وبين مسائل الحصول على الطلاق

1- بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد و انحلال الزواج مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة أبوبكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2013-2014ص 72.

2- يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، طبعة11، سنة 1977، ص147،148.

من شخص مختف أو أنكر وجود هذا الزواج،وبالتالي تكون النتيجة الحتمية التي سنراها في النقطة التالية.

– إن هذه المادة لها أثر بليغ في إعطاء مفهوم الأمهات العازيات تحت اختيار حرية المرأة لشريك حياتها، بعيدا عن أهلها وخصوصا بجعل سن الرشد في الزواج للمرأة 19 سنة في مجتمع يكثر فيه عبيد شهواتهم، وأصدق دليل على سلبيات هذه المادة التجربة التي يعايشها المجتمع المصري[1]، حيث تفشت ظاهرة الزواج العرفي بدون حضور الولي وخاصة في الوسط الجامعي.

وخلاصة ما سبق ذكره بالنسبة لشرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة يتبين لنا أن هدف واضعي التعديل (02/05)هو تغييب دور الولي وجعل حضوره كعدمه لا تأثير له على عقد زواج المرأة الراشدة، وهذا ما يستنتج من عبارة "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها "في الفقرة الأول من المادة (11) المعدلة، حيث لا معنى لحضوره إذا لم يكن له أي تأثير في زواجها، كما أن غيابه أو تغييبه عن مجلس عقد الزواج لا يجعل العقد باطلا ولا فاسدا ولا موقوفا على موافقته.[2]

وفي الأخير اختتم المشرع المادة بجعل القاضي ولي من لا ولي له، وهذا خاصة في ما يتعلق باليتامى وعديمي النسب، ولكن الإشكال الذي يطرح بقوة في ما يخص المناطق النائية التي تبعد عنها المحاكم بمئات الكيلومترات، كما هو الحال عليه في صحرائنا الشاسعة حيث يتعذر على الأشخاص التنقل إلى أقرب محكمة فما هو الحل ؟[3]

فكان الأجدر بالمشرع الجزائري أن يذهب إلى ما ذهب إليه الفقه الإسلامي بجعل الولاية إلى عامة المسلمين.

1– لعناني سميرة، إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة 13، سنة 2003–2002، ص 97.

2– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الطبعة الرابعة، 2010،ص.43

3 – لعناني سميرة، المرجع نفسه، ص 82.

وما يمكن أن نختم به كلامنا هو أن دعاة إلغاء الولي وتهميشه يستدلون "بالأدوار الجديدة للنساء في المجتمعات "، فما الذي تغير حتى تستغني المرأة عن وليها وتخرج نفسها من استشارته و إبداء رأيه في زواجها، وتستبد هي بزواجها؟ إن هذا مجرد تمويه للحقائق، ألم تكن المرأة في عهد النبي صلي الله عليه وسلم قد شاركت في العمل الميداني بكل أنواعه حتى الجهاد بالخدمات والتطبيب، بل القتال نفسه حتى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «**ما التفتّ يوم أحد يمينا وشمالا إلا وأراها تقاتل دوني**»[1]، كما ساهمت في العمل السياسي تحت صور متعددة، وما بيعة العقبة إلا تجل من تجليات هذه المشاركة، ولم يقصر دورها في هذا فحسب بل شاركت في تحمل أعباء الدعوة فتحملت وتفقهت وفقهت، ولم تكن حبيسة في بيتها كسقط المتاع كما يظن البعض، كما أنها لم تكن منطلقة على وجهها راكبة رأسها بدون حد أو قيد كما يراد لها اليوم.

وما تعيشه المرأة في هذا العصر هو نتيجة عدم الوعي بتعاليم الإسلام، وسيطرة أوهام وتقاليد على العقول لا تمت بصلة إلى الشرع من قريب أو بعيد غالبا، ولذلك يجب أن لا نخلط بين نقد المجتمع الذي تسود فيه سلطة الرجل، ونقد الإسلام، فالقرآن والسنة ينصان على أنه يمكن للمرأة أن تتزوج إن كانت بالغة لكن لا أحد يمكنه أن يرغمها على الزواج، حتى عندما تكون هذه المرأة تحت ولاية الأب يشترط توفر رضاها، "ولا يوجد في القرآن والسنة النبوية ما يخول للأب حق تزويج ابنته رغما عنها، فعندما نقول عقد فهناك عاقدان الرجل والمرأة ولم يقل الولي هو العاقد، فالولي يمارس ولاية تفويضية وليس ولاية أصلية "، وتمسك المشرع به هو تمسك بضمانة تحمي مصالح المرأة وحقوقها.

ولقد منح المشرع الجزائري الولاية لمن تسند له الحضانة، وهو أمر مستحدث في قانون الأسرة الجزائري والذي لم يعرف له مثيل، مما يطرح إشكالية تولي المرأة الحاضنة مباشرة عقد زواج محضونها، وهذا ما سنتكلم عنه في المطلب التالي.

1 – محمد أبو شُهبة، السيرة النبوية على ضوء القرآن والسنة، دار القلم، دمشق، الطبعة الثامنة، سنة 1427، الجزء الثاني، ص203

المطلب الثالث: إشكالية الولاية في الحضانة:

إن الطفل منذ ولادته يحتاج إلى من يعتني به ويقوم بكل شؤونه، من تربية وحفظ وتدبير كل ما يلزمه في حياته، لأنه يكون عاجزا في حياته الأولى عن قيام بمصالح نفسه، غير مدرك لما يضره وينفعه، والشارع الحكيم قد أوكل هذا إلى والديه لأنهما أقرب الناس إليه في هذه الحياة ووزع الأعباء عليهما كل فيما يصلح له، أما عن تربيته ورعاية شؤونه في المرحلة الأولى فقد جعلها للأم، وأما عن ولاية التصرف في نفس الولد وماله فقد جعلها للأب، بمعنى أن للأب الولاية الكاملة على النفس والمال، وتتمتع الأم والنساء بحق الحضانة.

وكما للحضانة درجات فللولاية درجات، وولاية الأب أقواها،، كما أن حضانة الأم أقوى الحضانات.

يقول الدكتور عبد الرحيم صدقي، أستاذ القانون الجنائي بجامعة القاهرة : هناك عدد من الحالات التي تختلف على الناس في مسمياتها ويجب التفريق بينهما، مثل الولاية والحضانة، فالولاية هي دائما ما تكون للأب، وذلك على أطفاله لحين بلوغهم السن القانونية التي تكفل لهم حرية التصرف في مختلف الأمور المتعلقة بحياتهم.[1]

وذلك على عكس من مفهوم الحضانة الذي يكون للأم في حالة انفصال الزوجين حيث يحق للأم العيش مع أبنائها لفترة ما بعد انتهائها ينتقل الطفل إلى والده، لكن جرى العرف على تخيير الطفل أولا بين الاستمرار مع والدته أو الانتقال للعيش مع أبيه وبحسب اختياره يتحدد الطرف الذي سيبقى معه.

وتثبت للطفل منذ ولادته ثلاث ولايات: ولاية التربية، وهي الحضانة، وولاية على النفس، وتثبت على الطفل بعد تجاوز سن الحضانة إلى بلوغه، والولاية على المال[2].

1- جريدة المصري اليوم، بتاريخ 10-06-2011

2- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، مرجع سابق، ص 458.

لقد نص المشرع الجزائري في المادة (87) المعدلة على 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 بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد،وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد "

نلاحظ أن المشرع قد استعمل لفظ الولاية على عمومه في الفقرة الثانية من هذه المادة حيث قال : " يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد " فقد استعمل لفظ الولاية على عمومها دون تحديد المقصود بها، ذلك أن الولاية بمفهومها الموضح سابقا تصنف إلى أنواع : ولاية على المال، وولاية على النفس : فهل أراد المشرع بها الولاية على النفس أم الولاية على المال أو كليهما؟.

فإذا كان المقصود بها الولاية على المال فلا إشكال في ذلك، أما إذا كان المقصود بها الولاية على النفس، فهنا قمة الإشكال وخصوصا إذا آلت الحضانة إلى الأم، فكيف للمرأة أن تتولى مباشرة عقد زواج محضونها خصوصا إذا كان المشرع قد جعل الولاية للقصر بيد الولي، وهو الأب فأحد الأقارب الأوليين والقاضي ولي من لا ولي له، وإعمالا بالمادة (222) من قانون الأسرة، لا يجوز لها أن تكون وليا في عقد زواج محضونها.[1]

علما بأنها هي نفسها لا يمكنها أن تتزوج إلا بحضور شخص ذكر، والذكورة شرط من شروط الولاية في الزواج، وهذا عملا بما ذهب إليه جمهور الفقهاء اعتمادا على قوله صلى الله عليه وسلم : «**لَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ وَلَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا فَإِنَّ الزَّانِيَةَ هِيَ الَّتِي تُزَوِّجُ نَفْسَهَا**»[2]

وهنا نتساءل فأي المادتين نطبق ؟ أنطبق المادة (11) المعدلة أم نطبق المادة (87) المعدلة من نفس القانون ؟.

1- لعناني سميرة، إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة، مرجع سابق، ص 84.

2 – الدارقطني، سننه، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص325

يرى الأستاذ تشوار جيلالي بأن : " نص المادة (11) المعدلة هو نص خاص، أما نص المادة(87) المعدلة هو نص عام، ومنه الخاص يقيد العام ".[1]

من خلال استقرائنا لنص المادة (87) المعدلة، نجد أن المشرع أسند الولاية لمن آلت إليه الحضانة في حالة الطلاق، فإن الحضانة ستؤول إلى الأم والمرأة لا يمكن لها في أي حال من الأحوال أن تكون وليا في عقد الزواج،لأنه يشترط في الولي الذكورة وهذا باتفاق جمهور الفقهاء، وبالتالي فإن هذا النص أي المادة (87) جاء مخالفا تماما لأحكام الشريعة الإسلامية، ومن المستحسن لو أن المشرع وضع القاضي في مكان ولي المحضون، فالمصلحة العامة تقتضي تعيين القاضي كولي على المحضون وخاصة في مثل هذه الحالات.[2]

و نستخلص مما سبق الحديث فيه، أن المشرع الجزائري لم يوفق في تنظيمه لأحكام الولاية في الزواج، ولم يعط اهتماما لواقع مجتمعنا الجزائري المتشبع بالقيم والتعاليم الإسلامية ولا بعاداته وتقاليده باعتباره مجتمعا محافظا، وهذا ما أدى إلى تعقيد الأمر أكثر بخلقه إشكالات عديدة نذكر منها على سبيل المثال :

– زواج المرأة بلا وليها سيؤدي حتما إلى العداوة بين المرأة وأهلها، فالأهل بطبيعتهم يحبون أن تشاورهم المرأة في موضوع زواجها، لأنهم يخشون أن تصيبهم معرة من ذلك خاصة إن وضعت عند غير كفء.

1– تشوار جيلالي، محاضرات في مقياس قانون الأسرة، جامعة أبو بكر بالقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2010–2011، ص25

2– بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد و انحلال الزواج، مرجع سابق، ص 75.

– كما أن الواقع يبين أن المرأة إذا تصرفت بهذا الشكل لن تجد من يقف إلى جانبها في حالة تعرضها للظلم وقد لا يقبلها أهلها إذا عادت إليهم، فهم لم يشاركوا في اختيار الزوج ولم يستشاروا في الموضوع.[1]

– والأخطر من كل ذلك هو أنه يفتح المجال لبعض الرجال أصحاب النزوات وضعفاء العقول للتلاعب ببنات الناس، حيث أنهم سيجدون أكبر فرصة أمامهم لذلك، مما يسهل عليهم استغلال المرأة والإيقاع بها في شراكهم، مما يؤدي إلى نشوء مشاكل عائلية، واجتماعية نتيجة هذا التلاعب الكثير.

– كما يؤدي ذلك إلى إلحاق الضرر بالأطفال وخاصة إذا لم يشرك الأولياء في زواج بناتهم، فمن المعلوم أن هذا الزواج ينشأ عنه أبناء وبنات، ومن استقرارهم النفسي والعاطفي سلامة علاقتهم بالجد والجدة والأخوال، فزواج المرأة بنفسها يؤدي إلى عدم الترحيب بهؤلاء الأطفال.

– كما يؤدي ذلك إلى ارتفاع نسبة الطلاق، فغالبا ما تحل الخصومات مابين الأزواج بتدخل أوليائهم وعائلاتهم وتحكيمهم، وغالبا ما يؤدي هذا التداخل إلى الصلح بين الزوج وزوجته.

هذا بصفة عامة الإشكالات التي نشأت عن المادة (11) المعدلة، المتعلقة بالولاية في الزواج.

1– شمس الدين بوروبي، قانون الأسرة والمقترحات البديلة،، دار الأمة للطباعة والنشر والتوزيع، برج الكيفان، الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 2003، ص 95.

المبحث الثاني : موانع الزواج الشرعية المؤقتة في قانون الأسرة

لقد اعتبرت الشريعة الموانع الشرعية للزواج من المسائل الثابتة التي لا مجال للاجتهاد فيها سواء كانت مؤبدة أم مؤقتة،وحديثنا في هذا الموضوع سيقتصر على الموانع المؤقتة في قانون الأسرة وإشكالات ذلك.

المطلب الأول: موانع الزواج المؤقتة شرعا وقانونا

من المعلوم أن شرط انعدام الموانع الشرعية، أن لا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤبدا، أي أن لا تصلح محلا للعقد أصلا، وذلك لبقاء المانع واستمراره على الدوام، وإما أن تكون محرمة تحريما مؤقتا، حيث لو زالت أصبحت محلا صحيحا للعقد، أي هي تلك الموانع التي تجعل المرأة يحرم الزواج منها حرمة مؤقتة لسبب معين، فإن ظل السبب قائما بقي التحريم قائما، وإن زال هذا السبب زالت الحرمة.

كما يعتبر هذا التحريم من الثوابت الشرعية المشروطة في الشريعة الإسلامية في مجال الزواج التي لا تقبل التغيير أو الاجتهاد، لورود نصوص قطعية من الكتاب والسنة [1].

والمحرمات اللائي نص عليهن المشرع الجزائري في المادة (30) المعدلة بالأمر 02/05 المؤرخ في2005/02/27، و حصرهن في خمس أحوال هن :

- المحصنة (زوجة الغير).
- المعتدة من طلاق أو وفاة.
- المطلقة ثلاثا.
- الجمع بين محارم.
- زواج المسلمة بغير مسلم.

1- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر02/05، مرجع سابق، ص 328.

1/المحصنة (زوجة الغير):

وهي التي تكون في عصمة رجل سواء كان مسلما أو غير مسلم، يحرم على غيره الزواج بها.

لقوله تعالى: ﴿**وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ**﴾ النساء الآية24.

والمحصنات في الآية كالأمهات في تحريم الزواج بهن، والحكمة ها هنا هي منع الإنسان من الاعتداء على حق الغير، وحفظ الأنساب من الاختلاط والضياع.[1]

ولفظ المحصنة لفظ عام يشمل كل متزوجة سواء كانت مسلمة أو كتابية.

2/ المعتدة من طلاق أو وفاة:

وهي التي في حالة عدة سواء من طلاق أو وفاة، و سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا، وقد اتفق الفقهاء على تحريم زواج المعتدة من الغير ولا تحل إلا أن تناهي العدة الشرعية لقوله تعالى : ﴿ **فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا**﴾الأحزاب الآية 49، وقوله تعالى : " ﴿**وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ**﴾ البقرة الآية 235.أي لا تعقدوا النكاح إلا بعد انتهاء المدة التي فرضها الله على المعتدة بعد فرقة زوجها.

ويلحق بالمعتدة من طلاق أو وفاة – المادة (30) من قانون الأسرة – المستبرأة من نكاح فاسد أو لشبهة – المادة (34) من قانون الأسرة–، لأن الحمل في كل منهما لاحق بغيره، والخشية من اختلاط الأنساب القائمة.[2]

1 – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السادسة، سنة 2010، الجزء الأول، ص178

2 – بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص179

وحرمة الزواج بالمعتدة قاصرة على الغير فقط، أما زوجها السابق فتحل له، لأنه يجوز له إرجاعها إذا كان الطلاق رجعيا أو بائنا غير مكمل الثلاث، بالإضافة إلى أنه زواج باطل، يفسخ قبل البناء وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب.

والمالكية قالوا أنها تحرم عليه حرمة مؤبدة إذا دخل بها، فلا يحق لمن فسخ زواجهما أن يتزوجا فيما بينهما أبدا،[1] استناد لما روي عن سليمان أن عمر بن الخطاب فرق بين طليحة الأسدية وزوجها راشد الثقافي، لما تزوجها في العدة من زوج ثان.[2]

3/المطلقة ثلاثا :

المرأة التي طلقها زوجها الطلقة الثالثة، تحرم عليه حرمة لا يحلها عقد ولا مراجعة، حتى تنكح زوجا آخرا ثم تفارقه لقوله تعالى : ﴿ **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** ﴾ سورة البقرة الآية229، وقوله تعالى : ﴿**فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللَّـهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّـهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ** ﴾ سورة البقرة الآية 230.

ولا يكفي وجود الزواج ثم الطلاق أو الوفاة كي تحل للأول الذي طلقها ثلاث مرات، بل لابد أن تتزوج غيره زواجا صحيحا ويدخل بها دخولا حقيقا، وأن يطلقها أو يموت عنها، وعندئذ يجوز لها أن تكون لزوجها الأول، فتبطل الثلاث السابقة، ويملك عليها ثلاثا جديدة، لقوله صلى الله عليه وسلم لزوجة رفاعة القرظي التي أرادت أن ترجع لمطلقها الذي طلقها ثلاثا بعد طلاقها من الثاني قبل الدخول : «**لاَ، حَتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ وَيَذُوقَ عُسَيْلَتَكِ**».[3] وهذا ما أشارت إليه المادة (03/30) من قانون الأسرة المعدلة بالأمر(05-02)، وكذا المادة (51) من قانون الأسرة، من نفس القانون بقولها :" لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتاليات إلا بعد أن تتزوج

1 – ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، سنة 2004، الجزء الثالث، ص70

2 – القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، سنة 1964، الجزء الثالث، ص195

3 – البخاري، صحيحه، مرجع سابق، الجزء السابع، ص56

غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء"، مع العلم أنه لا فرق بين المطلقة ثلاثا، وبين التي جرى التفريق القضائي بينهما وبين زوجها ثلاث مرات، إذا كان التفريق الذي يعتبر طلاقا لا فسخا.

إلا أنه يشترط في زواجها من الثاني لتحل للأول، أن لا يكون بقصد التحليل لأن نكاح التحليل حرام شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم : « **أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِالتَّيْسِ الْمُسْتَعَارِ؟**» , قَالُوا: بَلَى قَالَ: « **هُوَ الْمُحِلُّ** » , ثُمَّ قَالَ: « **لَعَنَ اللَّهُ الْمُحِلَّ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ** ».[1] فإن وقع بنية التحليل لم يعتد به في إعادة المطلقة ثلاثا إلى طليقها الأول عند المالكية والحنابلة.

والحكمة من هذا التحريم هو زجر الزوج وحمله على التفكير قبل إيقاع الطلاق وعدم الشروع فيه، فلا يقوم على ذلك إلا عند الضرورة، لأنه إذا علم بأنه لا يستطيع أن يرجعها إلا بعد أن تتزوج غيره وتفارقه، وقد لا تعود إليه كما يحدث أحيانا، أمسك زمام نفسه خوفا من الوقوع في هذه الحالات، كما أن الزوجة حين تعلم خطورة الأمر، فإنها لا تخلق الأسباب الداعية للشقاق والخلاف والنزاع.

4/ الجمع بين محرمين :

يحرم على الرجل أن يجمع بين محرمين، والفقهاء في بيان ذلك ضابط مشهور، وهو أن امرأتين إذا كانت كلتاهما أو فرضت ذكرا و الأخرى أنثى حرمت عليه، وبالتالي لا يصلح الجمع بينهما، وعليه فلا يجوز له الجمع بين الأختين أو الزوجة وعمتها أو خالتها من نسب أو رضاع ابتداء ودواما، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى:﴿ **وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ** ﴾ سورة النساء الآية .23.

1 – الدارقطني، سننه، مرجع سابق، الجزء الرابع، ص369

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال:«**نَهَى النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ تُنْكَحَ المَرْأَةُ عَلَى عَمَّتِهَا، وَالمَرْأَةُ وَخَالَتُهَا**».[1]

فإذا ماتت الزوجة الأولى زال المانع وكان له تزوج أختها أو غيرها من محارمها المتقدم ذكرهن، و إذا بانت منه، بطلاق أو فسخ، فإنه يحرم مادامت في العدة حتى تنقضي العدة سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا المادة (02/30) و (50) من قانون الأسرة، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة(03/30) من قانون الأسرة المعدلة بالأمر 05-02، بقوله : " كما يحرم مؤقتا الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها وخالتها سواء كانت شقيقة لأب أو لأم أو من رضاع ". ولا فرق أن يكون محرمين بسبب النسب أو بسبب الرضاع وذلك لأن الجمع بينهما يؤدي إلى القطيعة، لما يكون بين الضرتين من الغيرة الموجبة للبغض والحقد. [2]

5/ زواج المسلمة بغير مسلم :

لا يجوز للمرأة المسلمة أن تتزوج من رجل غير مسلم مشركا كان أو كتابيا وهذا باتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية مصداقا لقوله تعالى :﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّـهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَآتُوهُم مَّا أَنفَقُوا وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ وَاسْأَلُوا مَا أَنفَقْتُمْ وَلْيَسْأَلُوا مَا أَنفَقُوا ذَٰلِكُمْ حُكْمُ اللَّـهِ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ وَاللَّـهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ** ﴾ سورة الممتحنة الآية10.

وقوله تعالى: ﴿ **وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا** ﴾ سورة النساء الآية 141.

وقوله تعالى : ﴿ **وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا ۚ وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ** ﴾ سورة البقرة الآية221.

1 – البخاري، صحيحه، مرجع سابق، الجزء السابع، ص12

2– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، أحكام الزواج، مرجع سابق، الجزء الأول، ص182

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري حيث نصت المادة (30) من قانون الأسرة المعدلة في فقرتها الخامسة، صراحة على تحريم زواج المسلمة بغير مسلم حتى ولو كان الزواج صحيحا في نظر القانون الأجنبي في حالة ما اذا أبرم خارج الجزائر، فهو باطل وأساس هذا البطلان هو مخالفة الشروط الموضوعية المقررة في المادة (09) مكرر من قانون الأسرة.

ووجه الحكمة في منع هذا الزواج ما يفضي إليه من الفتنة في الدين، فالمرأة ضعيفة بطبعها، لقوامة الرجل عليها تأثير في تقديرها للأمور، فقد يحملها على متابعته على ملته أو بالأقل على هجر دينها،[1] لقوله تعالى : ﴿ **وَلَنْ تَرْضَى عَنْكَ الْيَهُودُ وَلا النَّصَارَى حَتَّى تَتَّبِعَ مِلَّتَهُمْ**﴾ سورة البقرة الآية 120.

ولما كان كذلك في الشريعة الإسلامية، فإن الموانع المؤقتة في قانون الأسرة حددتها المادة (30) بنصها: " يحرم من النساء مؤقتا، المحصنة، المعتدة من طلاق أو وفاة والمطلقة ثلاثا.

كما يحرم مؤقتا الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقته أو لأب أو لأم أو من رضاع، وزواج المسلمة من غير مسلم."

ومما سبق الحديث عنه في مسألة الموانع والمحرمات من النساء الوارد ذكرها في المادة (30) من قانون الأسرة جاءت متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية ولها نفس الأحكام، لكن السؤال المطروح ما هي الإشكالات المطروحة في هذه المادة ؟

هذا ما سنحاول أن نتعرف عليه من خلال المطلب الموالي.

المطلب الثاني : إشكالات تعديل المادة (30) من قانون الأسرة

بالرجوع إلى نص المادة (30) المعدلة من قانون الأسرة وبالضبط إلى العبارة الأخيرة منه نلاحظ أنها جاءت لما هو مقرر شرعا في النهي عن زواج المسلمة بغير مسلم نهي تحريم، وهذا

1- تشوار جيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية ، جامعة أبو بكر بالقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، سنة 2012، ص17

يعني أن أي عقد أبرم بين أية امرأة جزائرية وأي رجل غير مسلم يعتبر عقدا باطلا بطلانا مطلقا، ولا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح، حيث ذهب المشرع الجزائري في نص المادة إلى أن المسلمة محرمة مؤقتا على غير المسلم إلى غاية إسلامه أخذا في ذلك بما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية.[1]

غير أن ما يمكن ملاحظته أن المشرع اكتفى بإعادة صياغة المادة بشكل يسمح بنقل الفقرة الأولى من المادة (31) إلى المادة (30).

ومما تجدر الإشارة إليه، أنه إذا وقع إبرام عقد زواج المسلمة بغير مسلم أمام موثق أو ضابط الحالة المدنية، وتم تسجيل الزواج في سجلات الحالة المدنية، فإنه مع ذلك يبقى عقدا باطلا، ولا يمكن أن يحتج به لا من الزوجين ولا من غيرهما، وليس له أي قيمة قانونية أو شرعية، ويمكن لممثل النيابة العامة ولكل ذي مصلحة من الزوجين أو غيرهما أن يطلب الحكم بإعلان بطلانه، وكذا لو حرر في بلد أجنبي وسجل في سجلات أجنبية فإنه لا يحتج به أمام القضاء الجزائري ويكون مصيره البطلان المطلق.[2]

ومما يلاحظ أيضا أن المشرع الجزائري قد اقتصر حديثه على زواج المسلمة من غير المسلم وسكت عن حالة المشركة غير ذات دين سماوي، رغم صريح النصوص ورغم أنها محل اتفاق الفقهاء على حرمتها، وأنها لا تحل للمسلم لقوله تعالى : ﴿ **وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ** ﴾ سورة البقرة الآية221.

إلى جانب إغفاله حالة ردة أحد الزوجين.

مع العلم أن للزواج بغير مسلم أضرار كثيرة على الأسرة والمجتمع والأمة الإسلامية.

1- محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص،332.

2- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد،مرجع سابق، ص 34 و35

كما أنها لم تتعرض للزواج بالكتابية (اليهودية، النصرانية)، وقد أجازته الشريعة الإسلامية، لأن أهل الكتاب وإن كانوا مشركين، إلا أن عندهم من الدين ما يعرفون به شيئا من الإيمان، وذهب إلى ذلك أهل العلم من السلف، والخلف من الأئمة الأربعة وغيرهم.

هذا ويترتب على زواج المسلم من الكتابية، بعض الآثار القانونية السلبية، والتي نذكر منها على الخصوص ما يلي :

1. لا توارث بين الزوج المسلم وزوجته الكتابية، لقوله صلى الله عليه وسلم : «**لاَ يَرِثُ المُسْلِمُ الكَافِرَ وَلاَ الكَافِرُ المُسْلِمَ**».[1] أما الأولاد فيرثون آباءهم بسبب الاتحاد في الدين المادة (222) من قانون الأسرة.
2. يتبع الأولاد والديهم في الدين المادة (26) من قانون الأسرة، ويحملون جنسيته طبقا لقانون الجنسية الجزائري المادة (6 و7) من قانون الأسرة.
3. تجوز الوصية بين الزوج المسلم وزوجة الكتابية،لأن الوصية لا يشترط فيها إتحاد الدين المادة (20) من قانون الأسرة.

ومما ينبغي ملاحظتة أن الكافر أو الكتابي إذا اعتنق الإسلام بصفة جدية وحقيقية أمكنه أن يتزوج المسلمة وفقا للمادة (5/30) من قانون الأسرة، وهذا بعد احترام بعض الإجراءات التنظيمية التي فرضها القانون، المادة(31) من القانون المدني فإن أحكام قانون الأسرة تسري على معتنق الإسلام– المادة (01 و 221) من قانون الأسرة– ولو كان محتفظا بجنسيته الأصلية، لأن الدين في حالة اعتناق الإسلام يصبح عنصر الارتباط عوض الجنسية.[2]

كما أنه وفيما يتعلق بإباحة زواج المسلم من الكتابية، فإن السؤال المطروح هاهنا: بماذا تعرف الكتابية من غير الكتابية؟ فإن الكثير من الدول الغربية المعاصرة تأخذ بمبدأ فصل الدين عن الدولة، وأن موانع الزواج تشكل اعتداء على حرية الفرد وحقوق الإنسان.

1 – البخاري، صحيحه، مرجع سابق، الجزء السابع، ص156

2– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص186

وعلى كل حال فإن القانون الجزائري الداخلي، لا يعترف بعقود الزواج المخالفة لأحكامه والمعقودة في بلاد أجنبية المادة (11) من القانون المدني المعدلة بالأمر 10/55 المؤرخ في 2005/06/20، كما أنه يرجح قانون الزوج، في حالة الزواج المختلط على قانون الزوجة في حالة التعارض بين القانونين المادة(12 المعدلة) من القانون المدني، ويرجع قانون الأب على قانون الأبناء، عند اختلاف جنسياتهم، كلما ثار نزاع بينهم أمام القضاء المادة(13 مكرر) من القانون المدني.[1]

والملفت للانتباه كذلك هو حذف حالة مهمة من حالات التحريم المؤقت، وهو ماكان منصوص عليه في قانون الأسرة القديم (84-11)، وهي حالة الزيادة في عدد الزوجات على العدد المسموح به شرعا وهو أربع زوجات ليس بينهن قرابة محرميه، لقوله تعالى : ﴿**فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُم أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً** ﴾ سورة النساء الآية 3.

وقد أيدت ذلك السنة النبوية لما روي عَنِ ابْنِ عُمَرَ , قَالَ: أَسْلَمَ غَيْلَانُ بْنُ سَلَمَةَ وَتَحْتَهُ عَشْرُ نِسْوَةٍ فِي الْجَاهِلِيَّةِ وَأَسْلَمْنَ مَعَهُ , فَأَمَرَهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « **أَنْ يَخْتَارَ مِنْهُنَّ أَرْبَعًا**».[2]

كما تم الإجماع عل ذلك منذ نزول القرآن الكريم حتى يومنا هذا.

رغم أن هذا الوضع نادر الوقوع حاليا،إلا أنه كان على المشرع أن يشير إليه ضمن المحرمات من النساء تحريما مؤقتا، ولا ندري إذا كانت مسقطة سهوا أم هناك قصد من إلغاء هذه الحالة ؟ وهل لهذا الإلغاء علاقة بما جاء في المادة (19)؟ فإذا كان الأمر مقصودا ومتعمدا، فإن ذلك يعكس اتجاه المشرع نحو التضييق، ومن ثم عدم الاعتراف بتعدد الزوجات، وكان عليه أن لا يتعمد حذفها.[3]

1 – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص187

2 – الدارقطني، سننه، مرجع سابق، الجزء الرابع، ص404

3– محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص،232.

ومن الموانع التي أسقطها أيضا المشرع، مانع الإحرام بالحج والعمرة الذي أشار إليه فقهاء المالكية ودليلهم قول النبي صل الله عليه وسلم : «**لَا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ وَلَا يُنْكِحُ وَلَا يَخْطُبُ وَلَا يَخْطُبُ عَلَى غَيْرِهِ**»[1]، والسبب أن النكاح من دواعي الوطء المفسد للحج أو العمرة.

وكذلك أسقط مانع المرض المخوف لأحد الزوجين، إلا أنه ذكر في المادة (7 مكرر) الشهادة الطبية قبل الزواج و أشار في المادة (34) من قانون الأسرة أنه يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء وبعده.[2]

ومما يلاحظ أيضا أن المشرع قد أكد على استعمال مصطلح موانع الزواج بدلا من مصطلح "المحرمات من النساء "في المادتين (9 مكرر و23) من قانون الأسرة مستهدفا في ذلك تطبيق مبدأ المساواة بين الجنسين بحجة أن المانع لا يتعلق بالمرأة فقط بل تارة بالرجل وتارة بهما معا.[3]

ومن خلال هذه الإشكالات نستنتج أن المشرع الجزائري كان قاصرا في تعديله للمادة ثلاثين، بإهماله لبعض الأنواع المحرمة شرعا تحريما مؤقتا، رغم اعتماده على الشريعة الإسلامية لذا لابد من إعادة النظر في صياغة هذه المادة حتى يسد الفراغ الموجود، ومع ذلك تبقى المادة (222) من قانون الأسرة المنفذ القانوني الوحيد للقضاء، والتي يحيل إليها قانون الأسرة في حالة عدم وجود نص قانوني.

1 – الدارقطني، سننه، مرجع سابق، الجزء الرابع، ص387

2 – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص 198

3– تشوار الجيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك، مقال سابق، ص13

الفصل الثاني

إشكالات فك الرابطة الزوجية من خلال المواد

49و50و72من قانون الأسرة الجزائري

تمهيد :

إن استقرار الحياة الزوجية غاية من الغايات التي يحرص عليها الإسلام، وعقد الزواج إنما يعقد للدوام والتأبيد والاستمرار إلى أن تنتهي الحياة، ومن ثم كان التأقيت فيه مفسدا له، فتكون العلاقة الزوجية ممتدة بين الزوجين إلى وفاة أحدهما أو كليهما وكل أمر من شأنه أن يوهن مدة الصلة، ويضعف من شأنها فهو بغيض إلى الإسلام لفوات المنافع وذهاب مصالح كل من الزوجين لذا لا ينبغي الإخلال بها ولا التهوين من شأنها.

إلا أن الإسلام وهو دين الفطرة والحياة يعالج المشكلات الإنسانية من منظور واقعي، ولذا راعى ما قد يعترى الإنسان من تقلبات لا يمكن للحياة الزوجية أن تستمر معها، ومن هنا لم يكن أصل التأبيد في عقد الزواج مانعا دون انتهاء هذا العقد، إذا حالت موانع دون بقائه على الوجه الذي يحقق رسالة الزواج.[1]

والشريعة الإسلامية حرصت على الحفاظ على العلاقة الزوجية وتفادي انحلالها، حيث شرعت وبينت وسائل ذلك، والتي يعتبر الصلح أحد أهم هذه الوسائل، لقوله تعالى : ﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّـهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّـهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا** ﴾ سورة النساء الآية 35.

ولانحلال الرابطة الزوجية طرق من بينها الطلاق بالإرادة المنفردة وتنتج عليه آثار كثيرة،من بينها النفقة وتشتمل على الطعام واللباس والعلاج والسكن.

وفي هذا الشأن سنحاول أن نبرز إشكالات الطلاق بالإرادة المنفردة (المبحث الأول)، سكنى المطلقة الحاضنة وإشكالاتها (المبحث الثاني).

1- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر02.05 دار الوعي للنشر والتوزيع، رويبة، الجزائر، سنة2013، ص9

المبحث الأول: إشكالات الطلاق بالإرادة المنفردة

قبل التطرق إلى الإشكالات الناتجة عن الطلاق بالإرادة المنفردة، علينا أن نعرج على تعريف الطلاق ومشروعيته بإيجاز من خلال المطلب التالي :

المطلب الأول: مفهوم الطلاق ومشروعيته

الفرع الأول : تعريف الطلاق

عرفه علماء الفقه بأنه إنهاء الرابطة الزوجية، ويكون بلفظ صريح أو ضمني، وقد عرفه أبو زهرة على أنه " رفع قيد النكاح في الحال والمآل بلفظ مشتق في مادة الطلاق أو معناها.[1]

وهذا التعريف يسمح باستيعاب ما جاء في المادة (48) من قانون الأسرة05-02، ذلك أن المشرع الجزائري عرفه في هذه المادة بقوله:"الطلاق حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو يطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون "

لقد استعمل المشرع كلمة حل التي تشمل طرق انحلال الزواج أو صور الطلاق سواء بالإرادة المنفردة أو بتراضي الزوجين أو بواسطة الحكم القضائي.

الفرع الثاني : مشروعيته :

لقد دل على مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

1- **من الكتاب** : قال تعالى :﴿ **يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ**﴾ سورة الطلاق الآية1

2- **من السنة** : قول النبي صلى الله عليه وسلم «**إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ**»[2]

1- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص17.

2 – الدارقطني، سننه، مرجع سابق، الجزء الرابع، ص67

وما ورد عنه صلى الله عليه وسلم أنه طلق حفصة رضي الله عنها ثم راجعها.[1]

والأحاديث والآثار في هذا كثيرة جدا.

3- **الإجماع** : فقد أجمع العلماء على جوازه وهو واقع منذ صدر الإسلام إلى هذا الزمان لا ينكره أحد إلا إذا كان الطلاق لسبب غير شرعي.[2]

4 – والمعقول يؤيد جوزاه.

ومن خلال هذه التعريف يتبين لنا أن الطلاق حق مقرر شرعا وقانونا لكل من الزوجين، غير أن الزوج له أن يوقعه بمحض إرادته، دون وساطة من أحد عكس المرأة التي لها أن تطلبه عن طريق رفع دعوى الطلاق إذا تضررت من زوجها.

فبالرجوع إلى المادة (48) من قانون الأسرة، نجد أنها تضمنت ثلاثة طرق لوقوع الطلاق وهي : الطلاق بإرادة الزوج – وهذا الذي يعنينا–، والطلاق بالتراضي بين الزوجين، والطلاق بطلب من الزوجة بناء على جملة من المبررات التي حددها القانون.

وكثيرا ما نصطدم بالتعارض الناتج عن مخالفة قانون الأسرة لأحكام الشريعة الإسلامية في بعض المسائل، فنقف حائرين بين الحكمين لاختلافهما التام، ومما يزيد الأمر تعقيدا المجتمع الجزائري الذي يضفي على الزواج والطلاق الصبغة الدينية، وأبرز هذه المسائل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، حيث أنه إذا تلفظ الزوج بالطلاق، فالشريعة الإسلامية تلزمه به وترتب عليه آثاره، بينما قانون الأسرة لا يلزمه بذلك إلا من تاريخ صدور الحكم به.[3]

1- أبو داود، سننه، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، دون سنة نشر، الجزء الثاني، ص285

2 – ابن قدامة، عبد الله أحمد، المغني، دار الفكر، بيروت , الطبعة الأولى، سنة 1405، ص323

3- فرجي بن سنوسي، إشكالية الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري، مقال منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، مجلة فصلية محكمة تصدرها كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، مصر، دون سنة نشر، رقم301، ص،83.

مع العلم أن تحديد تاريخ إنفاذ الطلاق مهم جدا لما يترتب عليه من آثار متعددة تبدأ من يوم سريانه.

وكما هو معلوم أن الشريعة الإسلامية حرصت كل الحرص على العلاقة الزوجية، وتفادي انحلالها، وذلك بالحث على وسائل متعددة من بينها الصلح والذي يعد كأهم وسيلة للحفاظ على هذه العلاقة واستمرارها، ووسيلة الصلح التحكيم بين الزوجين عند حصول الخلاف بينهما واشتداد حدته وذلك ما نص عليه القرآن الكريم في قوله تعالى : ﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّـهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّـهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا** ﴾سورة النساء الآية 35

والمشرع الجزائري جعل الطلاق لا يثبت إلا بعد عدة محاولات صلح يقوم بها القاضي، كما أقر ونص على التحكيم للتوفيق بين الزوجين.

إلا أن الواقع المعاش والواقع العملي يثيران الكثير من المخاوف بخصوص تطبيق الأحكام الشرعية والقانونية للصلح، ذلك أن الكثير من القضاة لا يعيرون أهمية خاصة للصلح بين الزوجين في دعوى فك الرابطة الزوجية، مما يضعف فعالية القاعدة الشرعية والقانونية في الكثير من الأحيان.[1]

ومما سبق ذكره سنتكلم على إشكالات الطلاق بالإرادة منفردة من خلال المطلبين التاليين.

المطلب الثاني : إشكالات إجراء محاولات الصلح قبل الفصل في دعوى الطلاق

لقد نصت الفقرة الأولى من المادة (49) من قانون الأسرة المعدلة بالأمر 05-02 سنة 2005 على: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى."

1- بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مرجع سابق، ص154.

فمن خلال تحليل هذه المادة نلاحظ أن الجديد فيها أن الطلاق لا يثبت إلا بموجب حكم قضائي ولا يجوز للمحكمة أن تقرره إلا بعد قيام القاضي بعدة إجراءات صلح يحاول من خلالها ثني أحد الطرفين أو إقناعهما بالرجوع عن التفكير في الطلاق،والعودة إلى حياة المودة والوئام ونبذ التشاجر والخصام على أن لا تتجاوز مدة محاولات الصلح ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى بالطلاق، وعليه فإنه يجب على القاضي المختص بالنظر في موضوع الدعوى أن يستدعي الزوجين معا على مكتبه بواسطة المحضر القضائي أو بأي طريقة يراها مناسبة.[1]

وذلك بمجرد تسجيل الدعوى وطرحها عليه،وأن يعين لها جلسة خاصة في تاريخ محدد يسمع فيها مزاعم الطرفين[2]، ثم يحاول أن يصلح بينهما بإظهار مساوئ النزاع ومضار الفرقة، ومحاسن الألفة و الانسجام والتسامح حفاظا على استمرار علاقة القرابة بين عائلتي الزوجين.[3]

والصلح ليس مجرد عرض شكلي يجريه القاضي لإتمام الإجراءات الشكلية قبل الحكم[4]، بل هو سبيل إلى إنهاء النزاع الناتج بين الزوجين وإعادة الحياة إلى الهدوء والاستقرار، لذا على القاضي أن يتخذ كل السبل الممكنة لتفادي حل عقدة النكاح.[5]

فإذا فشل القاضي في محاولته الأولي، عليه أن يحاول ثانية و ثالثة ورابعة لأن القانون أعطاه الحق في إجراء عدة محاولات صلح قبل الطلاق على أن لا يتعدى ثلاثة أشهر ابتداء من رفع الدعوى، وهذا ما يفهم من الفقرة الأولى من المادة (49) "سواء نجح القاضي أو فشل في

1- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص120

2 – تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام الطلاق، عدالة القانون أمام القاضي، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان سنة2010، رقم 10، ص 129.

3 – الأنصاري حسن النيداني، الصلح القضائي، دار الجامعة الجديدة للنشر و التوزيع، الإسكندرية، مصر، سنة 2001، ص52.

4 – بلحاج العربي، طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائرية، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر كلية الحقوق، سنة 1992، العدد 03، ص،609.

5 – أحمد إبراهيم بك، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، المحكمة الأزهرية للتراث، القاهرة، مصر، الطبعة الخامسة، سنة 2003، ص 438.

مسعاه، فإنه يجب أن يحرر محضرا بما توصل إليه ويوقعه مع كاتب الضبط والطرفين، وهذا حسب الفقرة الثانية من المادة (49) المعدلة، ويلحق القاضي النتائج التي توصل إليها من محاولة الصلح بملف الدعوى ويحيل الطرفين إلى حضور جلسة علنية تنعقد ضمن الجلسات المقررة للمحكمة، حيث يناقش موضوع الدعوى ويصدر القاضي حكمه وفقا للإجراءات العادية، وإن حدث وناقش موضوع النزاع مباشرة ووسع مرافعات الزوجين في جلسة رسمية دون أن يكون قد مر بمرحلة الصلح، فإن حكمه سيكون معيبا مخالفا للقانون ويتحتم نقضه.[1]

ومن هنا يتضح لنا أن إجراء محاولات الصلح يعد أحد العناصر الجوهرية لصحة العمل القضائي.[2]

ومن الواقع الذي يعيشه القضاء فإننا لا نعرف كيف يمكن للقاضي الجزائري القيام وفقا لنص المادة (49) المعدلة على الأقل بثلاث محاولات صلح، وينبغي أن يبذل مزيدا من الجهد للتوصل للصلح بين الطرفين، وكثيرا ما يجد نفسه لاسيما في هذا المجال، تحت ضغط متواصل من عدد الملفات، وذلك سيعيقه عن بذل الجهد الحقيقي، وتخصيص الوقت المتطلب لإجراء محاولات الصلح بالكيفية التي جاء بها النص القانوني.

ويبرهن الواقع المعاش بأن هذه المحاولات أصبحت عبارة عن إجراء بلا نتيجة، خاصة إذا علمنا أن المتخاصمين من الزوجين لا يلجآن إلى القضاء إلا بعد أن تبوء بالفشل كل محاولات الصلح التي قام بها أقارب الزوجين، وذلك ممكن أن يكون في مدة زمنية شبه طويلة أكثر من ستة أشهر في بعض الحالات.[3]

وقد نصت المادة (56) من قانون الأسرة على أنه : "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما.

1 – عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 120–121.

2 – تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام الطلاق، عدالة لقانون أمام القاضي، مرجع سابق، ص 130.129

3 – تشوار حميدو زكية، المرجع نفسه، ص 131و132.

يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين."

من خلال هذه المادة يتضح لنا أن في حالة فشل محاولات الصلح أو أثناء القيام به على القاضي تعيين حكمين، إلا أنه لم يوضح كيفية تعيينهما[1]، والتحكيم وإن كان جوازيا في المواد المدنية كقاعدة عامة فإنه وجوبي وإلزامي في مسائل الأحوال الشخصية ولا سيما فيما يتعلق بدعاوى الطلاق والرجوع إلى محل الزوجية.[2]

بحيث نلجأ إلى التحكيم كلما اشتد النزاع بين الزوجين، وتوفر شروط عدم ثبوت الضرر لأحدهما، إذ يجب على القاضي قبل الشروع في دراسة الموضوع أن يعمل على إصلاح ذات البين بالطرق القانونية من خلال تعيين حكمين من طرف القاضي الذي ينظر في موضوع النزاع، ويخضعان لسلطته التقديرية، كما يقع على عاتق القاضي عند تعيين الحكمين من تلقاء نفسه أو بناءا على المصلحة واختيار الزوجين، أن يراعي ضابط القرابة لهذين الحكمين بالزوجين موضوع المصالحة، وسواء توصل الحكمين إلى حسم النزاع أو فشلا فيه فإنه يجب عليهما أن يقدما تقريرا إلى القاضي الذي عينهما خلال أجل شهرين، على أن يشمل التقرير النتائج التي جمعاها وكذا اقتراحاتهما لحسم الخلاف.

إلا أن بعض القضاة في الواقع العملي لا يقومون بتعيين الحكمين ويكتفون بجلسات الصلح فقط، ويرجع سبب ذلك إلى الغموض الكبير الموجود في المادة (56) من قانون الأسرة،حيث أن المشرع لم يبين لنا الشروط الواجب توافرها في الحكمين، ولا في طريقة تعيين الحكمين وكيفية استدعائهما، وكذا الحال في حالة رفض أحد الزوجين أو كلاهما للتحكيم.

1- عبد القادر داودي، حل مشاكل الطلاق بين النظر الشرعي والقانوني، مجلة الحضارة الإسلامية، جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية، الحضارة الإسلامية، سنة 2006، العدد 09، ص 194.

2- الغوثي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة1995، الجزائر، ص 380.

كل هذا يدفعنا للقول بوجوب تدخل المشرع لإزالة الغموض عن المادة (56) من قانون الأسرة.

رغم محاولات الصلح التي فرضها القانون على القاضي قبل إصدار الحكم بالطلاق والمدة المحددة لذلك وهي ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى، لنا أن نتساءل عن الفائدة المرجوة من التعديل الذي أدخله المشرع على المادة (49) من قانون الأسرة، فلا جدوى لها بل أضحت منبعا للزيادة في الخصام وشدة الكراهية بين الطرفين، وكان على القاضي أن يسأل الطرفين عما إذا قام أهلهما بتلك المحاولات بينهما حتى لا يغوص في إجراء لا جدوى منه[1].

والله تعالى يقول : ﴿**فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾ سورة البقرة الآية 229

والواقع يثبت أن تمديد محاولات الصلح لا فائدة منها و وأنها أصبحت عبارة على إجراء بلا نتيجة أمام كثرة القضايا المطروحة على القاضي، والضغط المتواصل من كثرة الملفات.

لذلك نجد الكثير من القضاة لا يعطون لجلسة الصلح الأهمية البالغة، ويعتبرونها مجرد إجراء شكلي فقط يستلزم استفاءه للحكم بالطلاق، ولهذا كان مصير الكثير من دعاوى الطلاق الوصول فعلا للطلاق.

كما أن المشرع أهمل مسألة هامة تتمثل في الطلاق العرفي ومدى وقوعه شرعا، لأنه جعل الطلاق لا يثبت إلا أمام القضاء وبعد استصدار حكم قضائي به، مما يثير إشكالات عديدة سببها عدم مراعاته للنصوص الشرعية الخاصة بالطلاق مما أدى إلى عدم الانسجام بين النصوص الشرعية والنصوص القانونية[2]، وهذا ما سنراه في المطلب التالي.

1- تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام الطلاق،عدالة لقانون أمام القاضي، مرجع سابق، ص 133.132

2 – بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مرجع سابق، ص 159.158.

المطلب الثالث : مدى انسجام النص القانوني والشرعي من حيث ثبوت الطلاق وإشكالاته.

الفرع الأول : مدى انسجام النص القانوني والشرعي من حيث ثبوت الطلاق :

نصت المادة (49) المعدلة في فقرتها الأولى من قانون الأسرة على أنه : "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى."

يفهم من هذه المادة حصر وسيلة إثبات الطلاق في الحكم الصادر من الجهة القضائية، مما يفهم منه تجريد الطلاق الذي قد يلفظ به الزوج من قيمته القانونية. وهذا يناقض نص المادة (50) التي تقرر " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلا عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، فورود لفظ "راجع " يفهم منه اعتبار الطلاق الذي تلفظ به الزوج قبل صدور الحكم طلاقا رجعيا.

كما نلاحظ أن المشرع الجزائري قد استعمل عبارة " لا يثبت الطلاق "دون أن يشير إلى الحكم، هل هو حكم منشئ أم حكم كاشف لطلاق الزوج ؟.

بما أن النص قد أشار إلى ضرورة إجراء الصلح قبل الحكم خلال ثلاثة أشهر أثناء سير الدعوى بالطلاق وخلال الخصام بين الزوجين، فالحكم يكون هنا منشئا للطلاق. أما إذا وقع الطلاق من الزوج بإرادته المنفردة قبل رفع الدعوى وفي المحكمة تصبح إجراءات الصلح من القاضي لا فائدة منها، إلا اذا كان الطلاق رجعيا، فيستعمل الصلح بعد الطلاق قصد المراجعة وليس تفاديا لحدوث الطلاق، وهنا يكون حكم القاضي كاشفا للطلاق الذي أوقعه الزوج بإرادته المنفردة وليس منشئا له، حتى ينسجم مع المقتضيات الشرعية والنصوص القانونية بمعنى أن القاضي عندما يؤكد الطلاق يضيفه إلى زمن حدوثه لأنه وقع من يوم تلفظ الزوج خارج المحكمة،

هذا إذا كان القانون الجزائري يعترف بأحقية الزوج في إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة خارج المحكمة.[1]

وفي حالة ما إذا كان لا يعترف به، وجب توضيح هذه المسألة في النصوص القانونية حتى لا تكون متناقضة في ما بينها، أما إذا أبقاه حقا قائما للزوج خارج المحكمة فعليه تعديل نص المادة (49) وإعادة صياغتها على النحو التالي :

"لا يقع الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح من طرف القاضي خلال مدة ثلاث شهور، وإذا تبين للقاضي أن الزوج أوقع الطلاق فإنه يثبته من تاريخ وقوعه.

على كل زوج تلفظ بالطلاق بالإرادة المنفردة تسجيل طلاقه لدى المحكمة خلال أسبوع من تاريخ التلفظ."

والذي أدى بنا إلى اقتراح هذه الصيغة هو اعتراف المشرع وتكريسه حق الزوج في توقيع الطلاق بالإرادة المنفردة، لذا وجب أن تكون صيغة النص تؤدي إلى المعنى المقصود، وطلاق الزوج بالإرادة المنفردة تتحدد في صورتين :

الصورة الأولى: في حالة الرغبة في الطلاق عليه أن يتوجه إلى المحكمة قبل التلفظ به لرفع دعوى طلاق،وهنا تطبق أحكام الفقرة الأولى بصيغتها الجديدة باستعمال الصلح خلال المدة المقررة، وفي حال الفشل قضي بالطلاق بناء على رغبة الزوج أو الزوجة، وهنا يكون حكم القاضي منشئا لواقعة الطلاق وتبنى نتائج الطلاق على هذا الحكم.[2]

الصورة الثانية : قبل اللجوء إلى المحكمة لاستصدار حكم بالطلاق، يكون الزوج قد تلفظ به، وهنا يختلف الوضع عن الحالة الأولى لأن الطلاق وقع شرعا، ولم يبق سوى إثباته بحكم من الناحية القانونية والقضائية.

1- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، مرجع سابق، ص180.

2- بن شويخ الرشيد، المرجع نفسه، ص181

وفي هذه الحالة يجب على القاضي قبل إصدار حكمه أن يسأل رافع الدعوى عن تاريخ تلفظه بالطلاق حتى يتسنى له بناء حكمه عليه وحتى لا تطول المدة، اقترحنا أن يلزم الزوج بالتصريح بالطلاق خلال أسبوع، حتى لا يتقاعس عن الإبلاغ بمسألة شرعية تتعلق بالحياة الزوجية، وذلك بالقيام بعملية تسجيل طلاقه الذي أوقعه بإرادته المنفردة، لكي يتم التأكد من تاريخ الطلاق بدقة، لأن هذا التاريخ هو المعتمد في حساب العدة.[1]

والإشكال الذي يطرح هو أن المشرع عندما جعل الطلاق يقع بأثر فوري من تاريخ صدور الحكم به، يكون قد خالف بذلك ما هو ثابت في الفقه الإسلامي، وذلك أن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج يقع في الفقه الإسلامي من يوم التلفظ به و تترتب عليه آثار من هذا التاريخ، فالإسلام لم يجعل الطلاق في يد القاضي إلا إذا كان بطلب من المرأة وجعله بيد الزوج.[2] وقد احتاط لكي لا يقع تحت تأثير غضب جامح فقيد الطلاق بطلاق السنة.[3]

ومن الملاحظ أن المشرع الجزائري قد خالف أغلب التشريعات العربية، ماعدا المشرع التونسي الذي نص في الفصل 31 مجلة أحوال الشخصية التونسية على أنه : "لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة."

في حين نجد أن المادة (79) من مدونة الأسرة المغربية[4] تفرض على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين منتصبين لذلك بدائرة نفوذ المحكمة التي يوجد بها بيت الزوجية،أو موطن الزوجية،أو محل إقامتها أو التي أبرم فيها عقد الزواج حسب الترتيب.

وفي الأخير نخلص أن الطلاق الذي يتلفظ به الزوج بإرادته المنفردة لا يكون ثابتا ولا يمكن الاحتجاج به أمام الغير إلا بحكم قضائي، لأنه هو الوسيلة الوحيدة لإثبات الطلاق، وبذلك فإن

1- بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مرجع سابق، ص158،159.

2- مصطفى بن العدوى، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مكتبة ابن تيمية و القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، سنة 1409هـ، 1988، ص.17.

3- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص282.

4 - الجريدة الرسمية المغربية رقم 5184، الصادرة بتاريخ 05 فيفري 2004.

في لفظ الطلاق يصدر عن الزوج لا أثر به من الناحية القانونية وهذا ما يستخلص من المادة (49) المعدلة من قانون الأسرة الجزائري، ولو عدنا إلى قانون الأسرة سنة 1984، نجد أن المشرع الجزائري لا يعترف بالطلاق العرفي، وعليه فإن أي شخص أراد أن يحل رابطة الزوجية مطالب بالتوجه إلى المحكمة التي توجد بدائرة اختصاص سكن الزوجية، ويقدم عريضة افتتاح دعوى الطلاق أمام قسم شؤون الأسرة، فلو طلق الزوج زوجته قبل اللجوء إلى المحكمة لا يعتبر طلاقا من الناحية القانونية حتى ولو تلفظ به، إلا من تاريخ صدور الحكم في هذه الدعوى.

إلا أن الإشكال الذي سيطرح هنا هو جعل الطلاق لا يسري إلا من تاريخ الحكم، مما يؤدي إلى نتائج غير منطقية، لا تتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا ما سنتناوله في الفرع الموالي :

الفرع الثاني : إشكالات سريان الطلاق من تاريخ صدور الحكم :

أولا: مشكل التكييف الشرعي والقانوني للعلاقة بين الزوجين بعد الطلاق العرفي وقبل صدور الحكم :

كما هو معلوم أن الطلاق في الشريعة الإسلامية ينفذ ويرتب آثاره مباشرة بعد تلفظ الزوج به صراحة أو ضمنا، بينما في قانون الأسرة الجزائري فلا يقع ولا يرتب آثاره إلا من تاريخ صدور الحكم القضائي.

والإشكال هنا هو أننا سنقع أمام نظرة مزدوجة للعلاقة الزوجية، فقد تكون محرمة شرعا في نظر الشريعة الإسلامية، بينما في نظر قانون الأسرة تكون علاقة شرعية وقد يكون العكس.

فلو طلق الزوج زوجته بلفظ صريح ومضى على ذلك زمن انتهت فيه العدة الشرعية،ولم يستصدر الزوجان حكما بالطلاق من المحكمة، ولم يفترقا بعد هذا الطلاق العرفي، فإن هذه العلاقة تصبح غير شرعية في حكم الشرع لأن الرابطة الزوجية انتهت بانتهاء العدة، بينما في

قانون الأسرة الجزائري لا يعترف بهذا الطلاق الشفهي ويقضي طبقا للمادة 49 بأن هذه الرابطة الزوجية لازالت قائمة ومنتجة لجميع آثارها ومنها شرعية المعاشرة الزوجية ما لم يصدر الحكم القاضي بالطلاق.[1]

فمن الناحية الشرعية من حق المرأة المطلقة طلاقا عرفيا أن تتزوج برجل آخر بعد انتهاء عدتها الشرعية، بينما في نظر القانون لا يمكنها ذلك لأنها مازالت في عصمة زوجها مالم يصدر حكم قضائي بالطلاق، فلو تزوجت عرفيا بعد انتهاء عدتها العرفية من طلاق عرفي نجد أنفسنا أمام تعدد الأزواج بالنسبة لهذه المرأة.

ومن الناحية الرسمية القانونية كل الوثائق الرسمية تثبت أنها مازلت في عصمة مطلقها، أما من الناحية العرفية فهي في عصمة زوج آخر غير الزوج المسجل في سجلات الحالة المدنية.

فلو اكتفينا بالعلاقة الثانية –الزواج العرفي – طبقا للشريعة الإسلامية فالعلاقة علاقة شرعية، لأن المرأة تزوجت بعد انتهاء عدتها العرفية من مطلقها طلاقا عرفيا، بينما في نظر القانون فالعلاقة علاقة غير شرعية،لأن هذه المرأة مازالت في عصمة زوجها الأول ومرتبطة بعقد زواج رسمي وبالتالي تعتبر في نظر القانون محصنة،ولا يجوز لها الزواج ولا العقد عليها إلا بعد صدور الحكم بالطلاق وانتهاء عدتها من هذا الطلاق الرسمي.[2]

ثانيا : الطلاق في قانون الأسرة هو دائما طلاق بائن :

إن فقهاء الشريعة قسموا الطلاق إلى قسمين، رجعي، و بائن

فالطلاق الرجعي : وهو الذي يملك الزوج بعد إيقاعه إرجاع الزوجة، وهي لازالت في عدتها من غير حاجة إلى عقد جديد[3]، لقوله تعالى : ﴿**فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾ سورة البقرة الآية229.

1– فرجي بن سنوسي، إشكالية الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص89

2– بوجاني عبد الحكيم،إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مرجع سابق،، ص 165.

3 – بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام،، مطبعة دار التأليف، القاهرة مصر، الطبعة الثانية، سنة 1961، ص.241

أما إذا انتهت العدة ولم يراجعها،أو راجعها بعد انتهائها، فإننا نخرج من الطلاق الرجعي إلى القسم الثاني من الطلاق وهو الطلاق البائن.[1]

أما الطلاق البائن : فهو الذي لا يملك فيه الزوج حق مراجعة زوجته إلا بعقد جديد.

من خلال هذين التعريفين نلاحظ أن المشرع الجزائري قد خالف الشريعة وهذا من خلال قراءتنا للمادتين49 و50 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 05-02 ومقارنتهما ببعض.

نصت المادة (49) المعدلة على أنه :"لا يثبت الطلاق إلا بحكم..."فيفهم من هذا أن العلاقة الزوجية تكون قائمة ما لم يصدر حكم بالطلاق ولا مجال للحديث عن الطلاق الرجعي و البائن.

أما المادة (50)من نفس القانون فقد نصت على أن :"من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد."

فيفهم من النص أن الطلاق لا يكون إلا بصدور حكم،ويكون طلاقا بائنا، فلا يمكن للزوج أن يراجع زوجته إلا بعقد جديد.

هنا نلاحظ أن المشرع قد تناقض في تنظيم أمر المراجعة، لأنه لا يعترف بالطلاق قبل صدور الحكم، مما يدل على أنه في مرحلة الصلح التي تسبق الحكم، والتي تكون فيه الزوجية قائمة وبالتالي فلا مجال للحديث عن المراجعة، لأنها لا تكون إلا بعد الطلاق الرجعي وقبل انتهاء العدة، ومع هذا نجد المشرع قد نص على أن من راجع زوجته قبل صدور الحكم لا يحتاج إلى عقد جديد، فكيف يراجع الزوج زوجته والزوجية قائمة.[2]

1- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص .177

2- بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مرجع سابق، ص 165.

كما نلاحظ أن الجزء الثاني من النص يقضي بأن المراجعة إذا كانت بعد حكم بالطلاق تتطلب عقدا جديدا،وهو ما يدل على أن الطلاق الذي أوقعه الزوج قبل ذلك وعلى أساسه تمت المراجعة لا قيمة له من الناحية القانونية.

كذلك لا يعتد القانون بحساب العدة المترتبة عن طلاق الزوج،لأن طلاق القاضي بائنا، في حين تكون العدة عند صدور الحكم لا زالت سارية، والحكم الشرعي يقتضي بقاء الرابطة الزوجية إلى حين انتهاء العدة، أما الحكم القضائي فقد حول الطلاق الرجعي إلى بائن حيث أوجب إبرام عقد جديد في حالة المراجعة حتى ولو كانت العدة سارية، في حين أنه من الناحية الشرعية لا يتطلب الأمر إبرام عقد لأنها لازالت زوجته شرعا.

والخلاصة أن المشرع الجزائري لا يعترف بالطلاق الرجعي، وإنما يعترف فقط بالطلاق البائن الذي يتولد مباشرة عقب صدور الحكم المثبت للطلاق، وبالتالي فإن الطلاق لا يقع إلا أمام المحكمة.

يرى عبد العزيز سعد:"أن المشرع الجزائري لا يعترف بالطلاق الرجعي أثناء العدة مادامت القاعدة العامة أن الطلاق القضائي هو طلاق بائن."[1]

كما يرى الأستاذ بلحاج العربي :"أن الطلاق في الجزائر لا يقع لدى المحكمة وبالتالي لا مجال للحديث عن الطلاق ما لم يصدر الحكم القضائي بذلك."[2]

وفي الأخير يمكن القول أن نص المادة (50) المعدلة من قانون الأسرة معيب في الصياغة لتناقضه مع المقتضيات الشرعية، ولذلك فلابد من تعديله بصورة تحقق الانسجام بين الجانب الشرعي والجانب القانوني معا.

1- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثالثة، سنة 1996، ص316.

2- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1994، ص 239.

المبحث الثاني : سكنى المطلقة الحاضنة وإشكالاتها:

إذا كانت كل من العدة والحضانة تعتبران كأثر من آثار الطلاق فإن إسكان المطلقة الحاضنة يعتبر أثر من آثار الطلاق.[1]

لذا فالزوج ملزم بتوفير مسكن ملائم للحاضنة حتى تتمكن من ممارسة الحضانة بشكل مناسب، لأن مسكن الحاضنة حق مقرر للمحضون بالدرجة الأولى وبصورة أصلية، فلولا وجوده في ظل العلاقة الزوجية المنفكة لما استحقت الحاضنة تقريرها الحق فيه، ومن جهة أخرى فالأب يصبح مسؤولا أصلا عن المحضون بأن يوفر له المسكن الملائم، انطلاقا من هذا سيتم التطرق إلى مفهوم سكن الحضانة ومواصفاته وشروطه وإشكالات ذلك من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول : مفهوم سكن الحضانة ومواصفاته وشروطه

السكن ضرورة أساسية من ضرورات المعيشية الصحية السوية، وهو سكينه واستقرار ومكان راحة أفراد الأسرة، والطفل يتلقى ما يلزمه من احتياجات مادية ومعنوية داخله، فالسكن عنصر جوهري لضمان الكرامة الإنسانية فما مفهوم السكن؟ وما هي مواصفاته؟.

الفرع الأول : تعريف سكن الحاضنة

1/السكن في اللغة :

مأخوذة من الفعل سكن، وهو من السكون ضد الحركة،وسكن الشيء سكونا إذا ذهبت حركته، سكن الرجل سكت،وقيل سكن الرجل في معنى سكن السكن والمسكون والمسكن هو

1- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 145.

المنزل والبيت، والسكن هو كل ماسكن إليه و اطمأننت به من أهل وغيره، والسكن أيضا سكن الرجل في الدار.[1]

2/تعريف السكن في الاصطلاح العام :

أما في الاصطلاح فالسكن يعطي معنيين، أحدهما مجرد وهو: ربط الشخص قانونا بمكان معين يجعل هذا المسكن المركز القانوني الذي تجتمع فيه مصالحه،والآخر ملموس ويقصد به مكان السكنى الحقيقية للشخص،وهو مكان الإقامة والموضع الذي يتحقق فيه السكن.[2]

ومما لاشك فيه أن مفهوم السكن الخاص بالحضانة يختلف عن مفهوم المسكن الذي نص عليه قانون العقوبات الجزائري في المادة (355).[3]

أما المشرع الجزائري لم يتطرق لتعريف السكن، غير أن فقهاء القانون عرفوه بطرق مختلفة ومنها على سبيل المثال :

– المسكن هو المكان الذي يخلو فيه الإنسان إلى نفسه فيعيش في مناجاة مع ذاته بعيدا عن أعين الرقباء،نائيا عن عيون وأسماع الآخرين فيودع فيه خصوصيا ته وأسراره وينفرد بذاته وبأسرته وبالمقربين إليه.[4]

– كل مكان مسور يستخدم للسكن بصفة دائمة أو مؤقتة أكان ملكا لساكنه أو مستأجرا له أو يقيم فيه مجانا.[5]

ومن هنا يتضح لنا أن السكن يجب أن يكون مكانا ملائما تتوفر فيه جميع المرافق الضرورية حتى يكون صالحا للعيش، وهنا نطرح سؤالا ما هي مواصفات سكن الحضانة؟

1– ابن منظور، لسان العرب، دار صادر بيروت، الطبعة الأولى،1997، الجزء الثالث، ص 311.

2– بوقرة أم الخير، سكن الزوجية، مذكرة ماجستير،جامعة الجزائر، سنة 2002، ص 2.

3– الأمر رقم 66/ 156، المؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

4– عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر،2011، ص10.

5– أحمد غابي، الحماية القانونية لحرمة المسكن، دار هومة،الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 2008، ص 15.

الفرع الثاني : مواصفات سكن الحضانة

بما أن السكن حق أصيل للحاضنة حتى تتمكن من ممارسة الحضانة بشكل سليم وطبيعي، فلا بد من توفر مواصفات معينة حتى يكون صالحا للعيش فيه، لذا نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية حصروا هذه المواصفات والشروط في ما يلي :

1. أن يكون المسكن يحتوي على كل المنافع الضرورية كالمطبخ والحمام والغرف بأبوابها.
2. أن يحتوي على مستلزمات العيش الضرورية من طعام وكسوة.
3. أن يكون له جيران والبيت الذي ليس له جيران يعتبره الفقهاء غير شرعي.

أما المشرع الجزائري اعتبر السكن من ضمن مشتملات النفقة بصفة عامة، الواردة في المادة (78) من قانون الأسرة، ولم يتطرق إلى مواصفات محددة له واكتفى في المادة(72) من قانون الأسرة بالقول أن يكون "مسكنا ملائما للحضانة".[1] ولم يأخذ بآراء فقهاء الشريعة الإسلامية بل لم يذكر أي مواصفات معينة.

ومما يستخلص من نصوص القانون أن يتوفر مسكن الحضانة على شروط أو مواصفات خاصة، حتى تتمكن الحاضنة من القيام بمسؤولياتها كاملة وتأدية واجبها على أحسن وجه، لأن ذلك سينعكس على الأبناء في حياتهم من جميع النواحي سواء الصحية أو النفسية أو الخلقية وهذه الشروط هي :

- **أن يكون مسكن الحاضنة مناسبا وملائما** : أي أن يكون مناسبا للمحضون والحاضنة على السواء، وذلك بأن يكون مزودا بكل ضروريات الحياة المساعدة على تأدية واجب الحضانة، وإلا كان عبئا كبيرا على الحاضنة.

1- عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة من منظور التشريع والقضاء، دار أصالة، الجزائر،2011، ص 132،133.

و للحاضنة إن رفض الأب القيام بتوفير ذلك، استفت ثمنها منه عملا بالقواعد العامة أو بإقامة دعوى ضده لطلب إلزامه بتنفيذ التزامه عينا.[1]

- **أن يكون مسكن الحاضنة مستقلا** : والمقصود به المسكن الذي لا يشترك فيه آخرون مع المحضونين والحاضنة،بل يجب أن يكون مستقلا بمرافقه، وهنا المطلق يخير بين أن يترك مسكنه وبين أن يهيئ مسكنا آخر مستقلا و مناسبا، ويترك لقاضي الموضوع تقدير مدى استقلال مسكن الحاضنة ومناسبته للمحضون والحاضنة.[2]

ويراد من خلال ذلك مصلحة المحضون بحفظه، مما ينبغي عليه إسكانه في مكان آمن، بين جيران صالحين خاصة إذا كان المحضون أنثى.

الفرع الثالث : شروط إسكان الحاضنة

لقد نص المشرع الجزائري على هذه الشروط في المادة (52)من قانون الأسرة 11/84 قبل تعديل 2005 الذي جاء بطريقة مخالفة.[3]

أولا : قبل تعديل 2005

نص المشرع في المادة (52) في الفقرة 02 من قانون الأسرة 11/84 على أنه : " إذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها و يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج، يستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا، تفقد المطلقة حقها في السكن في حال زواجها أو ثبوت انحرافها."

من خلال هذا النص يتضح أنه يجب أن تتوفر مجموعة من الشروط لكي يحسم للحاضنة بالسكن وهي :

1- أحمد إبراهيم عطية، نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة،دار الفكر القانوني، الطبعة الأولى، سنة 2008، ص 215.

2- أحمد إبراهيم عطية، المرجع نفسه، ص 215

3- عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص19

1. أن يحكم للمطلقة بالحضانة : أي أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها ويتضمن إسناد حق الحضانة إليها.[1]
2. أن لا يكون للحاضنة ولي يقبل إيواءها : أي أن لا يكون لها ولي يستقبلها ويؤمن لها مسكنها،فإذا وجد من يضمن لها المسكن هي و محضونها من أقربائها، أو من غيرهم فإنها لا تعود بحاجة إلى مطلقها ليضمن لها السكن مع محضونها.[2]
3. مراعاة قدرة الزوج على ضمان السكن : أي مراعاة حال المطلق المادي، بأن يكون قادرا على ضمان السكن لها.
4. أن يكون للمطلق أكثر من سكن : أي أن يكون المسكن المطلوب تأمينه أو ضمانه ليس هو مسكن الزوجية ذاته، لأن مسكن الزوجية لا يمكن إعطاؤه للمطلقة بحكم نص المادة (52) من قانون الأسرة.
5. تعدد المحضونين: أي ضرورة تعدد المحضونين حيث يستعمل المشرع صيغة الجمع "محضونيها"، وفي هذا اختلاف بين الفقهاء حيث يرى البعض أن يكون عدد المحضونين ثلاثة فما أكثر، والبعض لا يعتبره شرطا لثبوت حق المطلقة الحاضنة.[3]

ثانيا: بعد التعديل

من خلال المادة (72) المعدلة بالأمر 02/05 يتضح لنا الشروط الواجب توفرها وهي :

1. أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون : أي إذا كانت الحاضنة غير الأم يمكن نقل المحضون إلى مسكنها، ولا يحتاج الأمر إلى توفير سكن للحاضنة.
2. أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها يتضمن إسناد حق الحضانة إليها بغض النظر عن كون المحضون واحدا أو أكثر.

1- عبد العزيز سعد،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 307

2- عبد العزيز سعد، المرجع نفسه، ص 307

3- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 240.

3. أن يكون للأب مسكنا ملائما مهما كان عدد المحضونين، فإذا لم يكن له مسكن فعليه دفع بدل إيجار، وقد أيد هذا اجتهاد المحكمة العليا بقولها :" لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع الإيجار باعتبارها من مشتملات النفقة حتى ولو كان للحاضنة سكن."

المطلب الثاني : إشكالية سكن المطلقة الحاضنة

بحكم التدابير الجديدة للمشرع الجزائري فإن الزوج ملزم في حالة الطلاق بتوفير سكن ملائم للأم الحاضنة وأولادهما، أما إذا تعذر عليه ذلك فهو مجبر على تأجير بيت لها، وفي حالة عدم الاستجابة لهذا الشرط يحق للمرأة أن تبقى في السكن العائلي، وهذا ما نصت عليه المادة (72) المعدلة من قانون الأسرة : " 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."

من خلال قراءتنا لهذه المادة نستشف أن المشرع قد حسم أمر مسألة تخصيص مسكن للحاضنة، حيث جاءت بصيغة الوجوب كما جاءت أكثر وضوحا وصرامة من سابقتها إذ جاءت على النحو التالي : " نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال وإلا فعلي والده أن يهيئ له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته "

فالنص لم يحمل إلزاما صريحا وواجبا على المعني القيام به، وهو ما دفع بالقضاة إلى أن يحيدوا عن مسألة إلزام الزوج بتوفير مسكن لممارسة الحضانة أو بدل إيجاره.[1]

وذلك ما دفع بقضاة المحكمة العليا في قرارها بالتأكيد على ضرورة تخصيص مسكن ملائم لمزاولة الحضانة أو بدل إيجار.

فقد جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي :

" السكن حق للمحضون حتى ولو كان المحضون وحيدا لأنه من عناصر النفقة... وأن القرار خرق فعلا نص المادة (72) من قانون الأسرة، وذلك لكون القرار المطعون فيه اعتبر

1- بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مرجع سابق، ص 243.

الحاضنة لا يحق لها أن تطالب بتوفير مسكن أو أجرته لممارسة الحضانة فيه، إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين، وأنه لا يوجد نص قانوني يؤيد هذا الاتجاه ولا يوجد أي اجتهاد للمحكمة العليا يقضي بذلك من تاريخ صدور قانون الأسرة، وأن النص الواجب التطبيق في موضوع توفير سكن لممارسة الحضانة به للحاضنة أو أجرته هو نص المادة (72) من قانون الأسرة، والتي لا تشير مطلقا إلى عدد المحضوضين.[1]

وفي قرار آخر صادر عن المحكمة العليا جاء فيه ما يلي : " لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارها من مشمولات النفقة ولو كان للحاضنة سكن." وبذلك فإن قضاة الموضوع لم يخالفوا القانون لما ألزموا الطاعن بتوفير مسكن للحضانة أو بدل الإيجار، لان توفير السكن أو بدل الإيجار من أجل ممارسة الحضانة يكون على عاتق الزوج، طبقا للمادتين (52 و72) من قانون الأسرة، وبما أن السكن أو بدل الإيجار يعتبر من مشتملات النفقة طبقا للمادة (78) من قانون الأسرة، فان امتلاك الزوجة للسكن لا يعفي الأب من هذا الواجب."[2]

نلفت الانتباه هنا أن القرارين المذكورين صدرا قبل التعديل، وكانا بمثابة المحفز للمشرع كي يعدل المادة (72) باختيار الألفاظ المناسبة، والتأكيد على وجوب توفير السكن الملائم من طرف الأب أو بدل الإيجار.[3]

ومما يلاحظ من خلال المادة (72) المعدلة أنه تم استدراك النقص التشريعي المؤتى غالبا إلى تعارض الاجتهاد القضائي، حيث جمعت شتات المادتين (52و72) من (قانون84-11) في صيغة واحدة ترفع اللبس الذي كان موجودا.

وحتى تطبق هذه المادة تطبيقا سليما وجب توفر الشروط التالية :

- أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون.
- أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقهما يتضمن إسناد الحضانة إليها.

1 – المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية،2002/03/13، ملف رقم 276760، م ق، ،سنة 2004، العدد 01، ص.274.

2– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية،2002/07/31، ملف رقم 288072، م ق، سنة 2004، العدد 01، ص285.

3– بوجاني عبد الحكيم،إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مرجع سابق، ص 244.

- أن يكون للأب مسكن ملائم يمكن أن يمنحه للمطلقة الحاضنة.[1]

إذا كان نص المادة (72) من قانون الأسرة يحمل تحت طياته الرغبة في حماية المحضون إلا أنها لم تسلم من النقد الموجه لها وهو :

يتضح من خلال هذا النص (72) أن المشرع قد كفل للحاضنة المطلقة الحق في السكن حتى ولو كانت حاضنة لابن واحد أو بنت واحدة على خلاف ما ورد النص عليه في المادة (52) قبل تعديلها من خلال عبارة "محضونيها " والذي يفهم منها أن شرط استحقاق السكن أن تكون حاضنة لأكثر من واحد.

كما يظهر أيضا أن المشرع قد أغفل عمدا النص عن أسباب سقوط حق المطلقة الحاضنة في المسكن أو بدل الإيجار دون أي مبرر، وذلك عكس ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة (52) قبل تعديلها " تفقد المطلقة حقها في السكن في حال زواجها أو ثبوت انحرافها ".

كما أنه لم يبين الحكم في حالة ما إذا كانت الفرقة خلعا أو تطليقا، ولم يكن للرجل يد في إيقاع الطلاق،وكذا الحكم عند الفرقة باللعان.[2]

ألغيت الفقرة الرابعة من المادة (52) من قانون الأسرة وهذا لا يتماشي والنصوص المقررة لمصلحة المحضون، حيث أن نص المادة السابق كان أكثر وضوحا ومؤكدا القاعدة القائلة : "سقوط الحضانة يسقط حق الحاضنة في السكن ".

كما أغفل المشرع الحالة التي يكون فيها للحاضنة سكن، وهنا يتوجب على أب المحضون توفير مسكن لها لممارسة الحضانة.[3]

وقد سبق الذكر أن المحكمة العليا سدت هذا الخلل بقرارها الصريح.

1- سارة خليفي، حق الحضانة في السكن، مذكرة ماستر، تخصص أحوال شخصية، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2014 /2015.

2- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02.05، مرجع سابق، ص311

3- عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص140.

لم يقيد المشرع حق الحاضنة في الاستقلال بسكن الزوجية،إنما أطلق القول بأنه للمطلقة هذا الحق، ولم يفرق كما ذهب إلى ذلك الفقهاء، مع أن هذا التفريق مهم جدا في الحالات التي يكون للمطلقة مسكن آخر غير مسكن مطلقها، حيث يعفى الزوج من الخروج من مسكنه الذي قد لا يكون في استطاعته الحصول على غيره.[1] ولا تغادره لغاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن، والذي إما أن يقضي على الأب بتوفير السكن لممارسة الحضانة أو بدفع بدل الإيجار.[2]

من الناحية النظرية نجد أن هذا النص في صالح الحاضنة لكن من الجهة العملية نجده لم يأت بجديد، وذلك أن العرف المطبق في المجتمع الجزائري أن الزوجة تغادر بيت الزوجية إلى بيت أهلها ومعها أولادها سواء قبل دعوى الطلاق أو بعدها، كما لا يمكن تصور بقاء المطلقة في بيت مطلقها بعد صدور حكم الطلاق، إذا أصبحت بذلك أجنبية عليه، فكيف يعقل بقاؤهما في بيت واحد إلى غاية تنفيذ الحكم المتعلق بالسكن الذي عادة ما تطول مدة تنفيذه؟، ولا تسمى حينئذ بيت الزوجية،لأن الزوجية لم تعد قائمة، بل تسمى بيت مطلقها، فكيف يطلب منها البقاء في بيت الزوجية، وأن زوجها ما يزال مقيما فيه ؟.[3]

غالبا ما تكون أجرة السكن المحكوم بها مجرد أجرة رمزية لا تكفي لاستئجار مسكن من طرف الحاضنة، وقد تكون كافية لاستئجار مسكن غير لائق لممارسة الحضانة كأن يتواجد في مكان معزول أو بناية غير صحية.

كما أن الزوج يوفر لمطلقته الحاضنة مسكنا لا يليق لممارسة الحضانة، ولا تنطبق عليه المواصفات أعلاه.[4] وتبعا لذلك فإن الفقرة الثانية من المادة (72) الجديدة غير قابلة للتطبيق.

1- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر02.05، مرجع سابق، ص314، 315

2- لحسن بن شيخ آث ملويا، تنازل الأم عن الحضانة،مجلة الدراسات القانونية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2008، العدد 02، ص78.

3- لحسن بن شيخ آث ملويا، تنازل الأم عن الحضانة، المرجع نفسه، ص 78.

4- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص146.

أغفل المشرع أعباء السكن من رسوم وضرائب وتأمين فواتير المياه والكهرباء والغاز ومصاريف الترميم واكتفى بذكر أجر السكن فقط، وبعبارة :"بدل الإيجار" الواردة في الفقرة الأولى من المادة (72).

وكان على المشرع أن ينص على قائمة التكاليف المرتبطة بالمسكن، وخاصة أن الفقهاء اشترطوا ذلك، لذا على الزوج أن يلتزم بعدم تجريد المسكن من الوسائل المساعدة على العيش، وأن يتكفل بكل أعباء السكن المذكورة آنفا، وأن يوفر كل مستلزمات الحياة، كما كان عليه أن يأخذ بآراء فقهاء الشريعة الإسلامية الذين ذكروا مواصفات خاصة لما يعتبر مسكنا شرعيا، بل لم يذكر أي موصفات ما عدا أن يكون ملائما لممارسة الحضانة حسب المادة (72) المعدلة من قانون الأسرة.

والجدير بالذكر أن تقدير ملاءمة المسكن للحاضنة يخضع لتقدير القاضي، وفي حالة رفض الحاضنة المسكن المهيأ لها، لا بد أن يكون لهذا الرفض ما يبرره، وعليه فإذا قام المطلق بتوفير بدل الإيجار فهل يجب عليه أن يتقيد بشروط السكن ؟

ليس في نص المادة (72) إجابة على هذا التساؤل، أي أنه لم يحدد شروطا للسكن المؤجر، وعليه فالمشرع مطالب باستدراك النقص في هذا النص.

كما أغفل الحالات التي يكون فيها المحضون ذا مال يمكن معه استئجار منزل الحاضنة له ولحاضنته، فإن كان للمحضون مال فنفقته أصلا من هذا المال، ولاحق له أو لحاضنته عليه عندئذ في مسكن الزوجية السابقة، وهنا كان الأولى بالمشرع إبقاء المادة على ما كانت عليه قبل التعديل، وهو الأمر الذي عليه جمهور الفقهاء.

كما يثار إشكال آخر بمناسبة تطبيق نص المادة (72) هل يقضى بالسكن فقط، ثم عند عدم التنفيذ تطالب الحاضنة بالبديل أو يجوز لها المطالبة بهما في وقت واحد ؟

لقد سبق القول بأنه في حالة الطلاق يلزم الأب بتوفير سكن للحاضنة أو تسديد بدل الإيجار إن تعذر ذلك، وعليه النص المذكور وضع توفر السكن ضمن شرط توفر ظرف زماني،

هو فك الرابطة الزوجية يكون الأصل والاستثناء تسديد بدل إيجار، وهذا ما عبرت عنه عبارة "إذا تعذر ذلك " الشرطية، ومن ثم يتعين التقيد بالأصل عند استحالة تنفيذه ليتم اللجوء للاستثناء البدل تطبيقا للقاعدة الفقهية " الحاجة توجب الانتقال على البدل عند تعذر الأصل ".

وعليه لا يمنع النص الحكم بالسكن والبدل في آن واحد، غير أنه أثناء التنفيذ يتم تنفيذ السكن كمرحلة أولى،وفي حالة عدم التنفيذ يتم الانتقال للبدل،ومن ثم يتعين التنفيذ بالأصل وعند استحالة التنفيذ يتم اللجوء للاستثناء البدل.

وفي الختام ومن خلال ما سبق ذكره نلاحظ أن الأمر (02/05) قد عدل المادة (52) من قانون الأسرة حين حذف الفقرات من الثانية إلى الرابعة المتعلقة بسكن ممارسة الحضانة، وتبعا لذلك لم يبق إلا المادة (72) في صيغة جديدة، وهنا المشرع لم يوفق وخاصة في الفقرة الثانية لأنه حصر الحضانة في الأم المطلقة دون غيرها من الحاضنات، فاستعمال لفظ الحاضنة على المطلقة دون غيرها من النساء غير دقيق لكون الصياغة التي جاءت بها المادة ليست سليمة ومجانبة للصواب.

والخلاصة أن المشرع مطالب باستدراك النقص في نص المادة (72) وإعادة صياغتها من جديد.

خـــــــــاتمة

إن التعديل الذي جاء به المشرع الجزائري لقانون الأسرة بالأمر 02/05 سنة 2005، لم يكن مركزا ودقيقا وشاملا، كما أنه جاء غامضا في بعض نصوصه، لأن تنظيم مسائل انعقاد الزواج وانحلاله على أحسن وجه هو أمر يتفق تماما مع حسن صياغة النصوص القانونية ومدى حسن تطبيقها قضائيا مما يبرز الدور الفعال الذي ينبغي أن يلعبه المشرع في هذا المجال الحساس، خاصة وأن قانون الأسرة مازال بعيدا عن تلبية حاجة الناس إلى الحماية القانونية، وهذا راجع إلى أنه كغيره من الأعمال الإنسانية يحمل ضمن نصوصه جملة من الثغرات والنقائص التي تعد في نظر القانون إشكالات قانونية، وسيترتب عنها حتما انعكاسات سلبية على العمل القضائي ومن ثم الأسرة والمجتمع.

وهذا ما استنتجناه من دراستنا لبعض المواد المعدلة (72.50.49.30.11) حيث ظهر لنا ما يلي :

1. إن موقف المشرع كان متذبذبا في أمر حضور الولي في زواج المرأة الراشدة فلا هو قرر إلغاءه صراحة، ولا هو قرر اشتراطه صراحة، مما يدل دلالة قاطعة أنه تعرض إلى ضغوطات متزايدة من جهات مختلفة واختيار هذا الموقف الغامض.
2. إن التعديل الذي أدخله المشرع على المادة (11) من قانون الأسرة يعتبر من بين التعديلات التي أراد المشرع بموجبها تطبيق مبدأ المساواة بين الزوجين تطبيقا يتماشى مع ما جاءت به اتفاقية سيداو.[1]
3. أجازت الشريعة الإسلامية زواج المسلم بالكتابية، وحرمت زواجه من غير الكتابية، أما المشرع الجزائري لم يتطرق لزواج المسلم بغير المسلمة، كما نص المشرع في المادة (30)، المعدلة من قانون الأسرة على موانع الزواج المؤقتة ولم يتطرق إلى مانع الإحرام بالحج و العمرة، ومانع المرض المزمن.

1 – معاهدة دولية تم اعتمادها في (18 ديسمبر/ كانون الأول 1979) من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة وتم عرضها للتوقيع والتصديق والانضمام بالقرار 180/34 في (18 ديسمبر 1979). وتوصف بأنها وثيقة حقوق دولية للنساء .ودخلت حيز التنفيذ في (3 سبتمبر/ أيلول 1981)، والجزائر تحفظت على بعض بنودها.

4. يوجد خطأ لغوي واضح في صياغة نص المادة (30) وخاصة في جملتها الأخيرة مما قد يترتب عليه التباس في المعنى،ولهذا يستحسن صياغتها بإضافة عبارة " من نسب أو رضاع ".
5. إجراء عدة محاولات صلح هو تعديل تشريعي لا فائدة منه واقعيا، لأن القاضي يكون تحت ضغوطات كثيرة ومتواصلة من كثرة القضايا، مما يجعله غير قادر على تخصيص وقت لإجراء محاولات الصلح التي نصت عليها المادة (49) المعدلة من قانون الأسرة.
6. المادة (72) المعدلة من قانون الأسرة جاءت بجديد وهو إلغاء شرط عدم وجود مال من أجل الاستفادة من البقاء في مسكن الزوجية في حال الطلاق.
7. إلزام الأب بسكن للحاضنة وفي حالة عدم قيامه به،فإنه ملزم بدفع بدل الإيجار.
8. المرأة المطلقة الحاضنة وحدها من لها الحق في مسكن الحاضنة، دون غيرها من الحاضنات لأنهن سيمارسن الحضانة في سكنهن الخاص.
9. لم يوفق المشرع في تعديله الفقرة 02 من المادة (72) من قانون الأسرة، عندما نص على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن، ولم يوضح الأساس الشرعي والقانوني رغم أن الطلاق في قانون الأسرة طلاق بائن.
10. المادة (72) من قانون الأسرة جاءت متضمنة لغموض وإشكاليات خاصة من خلال عبارة "مسكن ملائم".

وانطلاقا من هذه النتائج التي خلصنا إليها من خلال هذا البحث يمكن في النهاية رصد مجموعة من الاقتراحات :

1. إعطاء الولي المركز القانوني في تزويج وليته، وذلك بجعله ركنا من أركان الزواج لا شرطا حتى لا يبقى وجوده في عقد الزواج كعدمه.
2. إعادة صياغة المادة (11) من قانون الأسرة بحذف عبارة " أي شخص آخر تختاره " حتى يسد الباب أمام النساء العازبات.

3. إضافة موانع مؤقتة أخرى والتي أشارت إليها الشريعة الإسلامية، كمانع زواج المسلم بغير الكتابية، ومانع الإحرام بالحج والعمرة ومانع المرض المزمن.
4. تغيير عبارة " موانع الزواج " بعبارة "المحرمات من النساء ".
5. تغيير مصطلح الصلح الوارد في المادة (50) من قانون الأسرة واستبداله بمصطلح العدة طالما العلاقة الزوجية لا تزال قائمة.
6. إدراج مادة جديدة تنص على الصلح مع مراعاة العدة.
7. تخصيص عدد من المواد لتنظيم حق السكن للحاضنة وعدم الاكتفاء بمادة واحدة.
8. استبدال عبارة "بيت الزوجية " الواردة في الفقرة الثانية من المادة (72) المعدلة بعبارة أخرى مثل "بيت الأب المطلق " باعتبار بيت الزوجية ينتهي بالطلاق.
9. تحديد المعايير الخاصة بالحكم بدفع بدل الإيجار لاسيما وجود عقود تثبيت الإيجار.

ختاما إن قانون الأسرة الذي مر عليه أكثر من عشر سنوات على تعديله هو بأمس الحاجة إلى تعديل آخر، لذا يتعين على المشرع أن يكون على وعي تام بمدى جسامة المسؤولية الملقاة على عاتقه في كل ما يتعلق بالسهر على استقرار كيان الأسرة، وذلك بإعادة النظر في بعض مواد قانون الأسرة إما بالتعديل أو الإلغاء أو الإثراء، مع ضرورة الإدراك بأن مسائل انعقاد و انحلال الزواج هي من المسائل التي تتصل اتصالا وثيقا بالحقائق الاجتماعية، وتحتاج إلى إتقان كبير في صياغة النصوص القانونية المنظمة لها، وضرورة حسن تطبيقها قضائيا.

قائمة المصادر والمراجع

المراجع :

1) إبراهيم أحمد بك، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، المحكمة الأزهرية للتراث، القاهرة، مصر، سنة 2003.

2) إبراهيم أحمد عطية، نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة،دارالفكر القانوني ط1، 2008.

3) الأنصاري حسن النيداني، الصلح القضائي، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، سنة 2001.

4) البخاري، صحيحه، دار طوق النجاة، ط1، سنة 1422 هـ.

5) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، د.م.ج، الجزائر، سنة 1994.

6) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، أحكام الزواج، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، ط6، سنة 2010.

7) بوروبي شمس الدين، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، ط.1، شركة دار الأمة للطابعة والنشر والتوزيع، برج الكيفان، الجزائر، سنة 2003.

8) تقية عبد الفتاح، قضايا شؤون الأسرة من منظور التشريع والقضاء، دار الأصالة، الجزائر،2011.

9) بن حواء الأكحل، نظرية الولاية في الزواج،الشركة الوطنية للنشر والتوزيع،سنة 1986، الجزائر.

10) الدارقطني، سننه، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، سنة 2004.

11) دلاندة يوسف، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة (الزواج والطلاق)، دار هومة للطابعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، سنة 2008.

12) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، سنة 2004.

13) أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، سنة 1957.

14) أبو زهرة محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره.

15) السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، المكتبة العصرية، صيدا،بيروت، سنة 1998.

16) أبو شُهبة محمد، السيرة النبوية على ضوء القرآن والسنة، دار القلم، دمشق، ط8، سنة 1427.

17) بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض تشريعات العربية، ط،1، دار الخلدونية،الجزائر، سنة 2008.

18) الشيخ آث ملويا لحسن، تنازل الأم عن الحضانة،مجلة الدراسات القانونية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر،سنة 2008، العدد 02.

19) ابن صغير محفوظ، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05، دار الوعي للنشر والتوزيع، رويبة، الجزائر، سنة 2013.

20) ابن صغير محفوظ، قضايا الطلاق في الإجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02.05 دار الوعي للنشر والتوزيع، رويبة، الجزائر، سنة 2013.

21) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 1996.

22) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هوس لطابعة و النشر و التوزيع الطبعة الرابعة 2010.

23) ابن العدوى مصطفى، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، ط، مكتبة ابن تيمية و القاهرة، مصر، سنة 1409هـ، 1988.

24) أبو العينين بدران بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط 2، مطبعة دار التأليف، القاهرة مصر، سنة 1961.

25) غابي أحمد، الحماية القانونية لحرمة المسكن، دار هومة، الجزائر، ط، 1،2008.

26) ابن قدامة، عبد الله أحمد، المغني، دار الفكر، بيروت , ط1، سنة 1405.

27) القرضاوي يوسف، الحلال والحرام في الإسلام، طبعة11، مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، سنة 1977.

28) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، 1964.

29) محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية، بيروت، لبنان، 1983.

30) ابن ملحة الغوثي، القانون القضائي الجزائري، د.م.ج. سنة،1995، الجزائر.

31) ابن منظور، لسان العرب دار صادر، بيروت، ج.3، ط1،1997.

المذكرات والرسائل العلمية :

32) بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد و انحلال الزواج مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة أبوبكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2013-2014.

33) بوقرة أم الخير، سكن الزوجية، مذكرة ماجستير،جامعة الجزائر،2002.

34) خليفي سارة، حق الحضانة في السكن، مذكرة ماستر، تخصص أحوال شخصية، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2014 /2015.

35) طعيبة عيسى، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر،2011.

36) لعناني سميرة، إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة 13، سنة 2003-2002.

المجلات والدوريات :

37) بلحاج العربي، طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر كلية الحقوق، سنة 1992، العدد 03.

38) بوكايس سمية، مجلة الفقه والقانون، العدد 20،بتاريخ 02 يونيو 2014.

39) تشوار جيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك ، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والإدارية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، سنة 2012.

40) تشوار جيلالي، محاضرات في مقياس قانون الأسرة، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2010-2011.

41) تشوار حميدو زكية. مدى حماية الأسرة عبر أحكام الطلاق، عدالة لقانون أمام القاضي،مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان سنة2010، رقم 12.

42) تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام الطلاق، عدالة لقانون أمام القاضي، مجلة العلوم القانونية والإدارية وسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان سنة 2010، رقم 10.

43) حداد عيسى ، عقد الزواج، دراسة مقارنة، منشورات جامعية، باجي مختار، عنابة،2006.

44) داودي عبد القادر، حل مشاكل الطلاق بين النظر الشرعي والقانوني، مجلة الحضارة الإسلامية، جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية، الحضارة الإسلامية، سنة 2006، العدد09.

45) زهدور كوثر، الولي في عقد الزواج طبقا لقانون لأسرة الجزائري قبل وبعد تعديله، مجلة الفقه والقانون، المغرب.

46) بن سنوسي فرجي، إشكالية الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، مجلة فصلية محكمة تصدرها كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، مصر،د.س.ن. رقم301.

47) بوسطلة شهرزاد، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الرابع، جوان، 2008.

48) صدقي عبد الرحيم، مقال، جريدة المصري اليوم، بتاريخ 10-06-2011.

49) مزيان عبد المجيد ، فقه الاجتهاد وقوانين المراجعة المستمرة في نظام الأسرة وحقوق المرأة، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، السنة 2000

القوانين والمراسيم التنفيذية :

50) الأمر رقم،66. 156، المؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

51) الجريدة الرسمية المغربية، رقم 5184، الصادرة بتاريخ 05 فيفري 2004.

52) قانون الأحوال الشخصية السوري،،سنة 2007–المادة المعدلة رقم (53).

53) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية،/2002/03/13، ملف رقم 276760، م ق،،سنة 2004، العدد 01.

54) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية،2002/07/31، ملف رقم 288072، م ق، سنة 2004، العدد 01.

فهـــــــرس

الموضوعـــات

مقدمة	أ
الفصل الأول : إشكالية انعقاد الزواج من خلال المادتين 30.11 ق أ ج	**2**
المبحث الأول :إشكالات الولاية في الزواج	**3**
المطلب الأول : مفهوم الولاية في الزواج	3
الفرع الأول تعريف الولاية لغة	3
الفرع الثاني: الولاية شرعا	4
الفرع الثالث : أدلة مشروعيتها	5
الفرع الرابع: الولاية قانونا	6
الفرع الخامس : أقسام الولاية	7
المطلب الثاني : إشكالية حضور الولي في عقد الزواج	7
المطلب الثالث: إشكالية الولاية في الحضانة	13
المبحث الثاني : موانع الزواج الشرعية المؤقتة في قانون الأسرة	**18**
المطلب الأول: موانع الزواج المؤقتة شرعا وقانونا	18
المطلب الثاني : إشكالات تعديل المادة 30 من قانون الأسرة	23
الفصل الثاني : إشكالات فك الرابطة الزوجية من خلال المواد 49.50.72 ق.أ.ج	**29**
المبحث الأول: إشكالات الطلاق بالإرادة المنفردة	**30**
المطلب الأول: مفهوم الطلاق ومشروعيته	30
الفرع الأول : تعريف الطلاق	30
الفرع الثاني : مشروعيته	30
المطلب الثاني : إشكالات إجراء محاولات الصلح قبل الفصل في دعوى الطلاق	32

المطلب الثالث : مدى انسجام النص القانوني مع النص الشرعي من حيث ثبوت الطلاق وإشكالات سريانه من تاريخ صدور الحكم	37
الفرع الأول : مدى انسجام النص القانوني و الشرعي من حيث ثبوت الطلاق	37
الفرع الثاني : إشكالات سريان الطلاق من تاريخ صدور الحكم	40
المبحث الثاني : سكنى المطلقة والحاضنة وإشكالاتها	**44**
المطلب الأول : مفهوم سكن الحضانة ومواصفاته	44
الفرع الأول : تعريف سكن الحاضنة	44
الفرع الثاني : مواصفات سكن الحضانة	46
الفرع الثالث : شروط إسكان الحاضنة	47
المطلب الثاني : إشكالية سكن المطلقة والحاضنة	49
خاتمة	**56**
قائمة المصادر والمراجع	**60**
فهرس الموضوعات	**65**