جامعة 8 ماي 1945 – قالمة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم العلوم القانونية والإدارية

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر في العلوم القانونية
تخصص: قانون الأسرة

آثار الدخول بالزوجة في قانون الأسرة الجزائري

إعداد الطالب:
وليد ضيف

تحت إشراف:
الدكتور: رابح بوسنة

تشكيل لجنة المناقشة

الرقم	الاسم واللقب	الجامعة	الرتبة العلمية	الصفة
01	د/ ياسين علال	8 ماي 1945 قالمة	أستاذ محاضر أ	رئيـــــسا
02	د/ رابح بوسنة	8 ماي 1945 قالمة	أستاذ محاضر ب	مشرفـــــا
03	د/ عبد الجبار الطيب	8 ماي 1945 قالمة	أستاذ محاضر ب	مناقشـــــا

2020-2019

الشكر

الشكر أولا لله عز وجل الذي أنار لي درب العلم والمعرفة
ووفقني لإنجاز هذا العمل المتواضع.
ومن باب من لا شكر الناس لم يشكر الله، فكل الشكر والتقدير
لأستاذنا الدكتور رابح بوسنة المشرف على رسالتي، الذي
أكرمني بتوجيهاته وتصويباته وسهل لي الكثير من العقبات.

الإهداء

أهدي هذا العمل

إلى أبي وأمي،

وإلى كل من أخي خالد وأختي لبنى،

وإلى إبن عمي يحيى،

وإلى كل دفعة قانون الأسرة لسنة 2020/2018 وأخص بالذكر صديقي العزيز سعدي زهير، وبورزام محمد وفريكي حسام الدين.

خطة البحث

مقدمة.

الفصل الأول. آثار الدخول بالزوجة في الزواج الصحيح

المبحث الأول: أثار شخصية ذات طالع مالي

المطلب الأول: علاقة الدخول بالصداق

المطلب الثاني: علاقة الدخول النفقة

المبحث الثاني: أثار شخصية غير مالية

المطلب الأول: اثير الدخول على الموانع المؤبدة

المطلب الثاني: تأُثير الدخول على الموانع المؤقتة

الفصل الثاني: آثار الدخول بالزوجة في الزواج غير الصحيح

المبحث الأول: تأثير الدخول في الزواج الفاسد

المطلب الأول: الزواج الفاسد لتخلف الشروط الموضوعية

المطلب الثاني: الزواج الفاسد لتخلف الشروط الإجرائية

المبحث الثاني: أثار الدخول في الزواج الباطل

المطلب الأول: ثبوت النسب

المطلب الثاني: وجوب الإستبراء وإستحقاق الصداق

خاتمة

قائمة المختصرات

- ج ر: جريدة رسمية.
- ج: جزء.
- د ت ن: دون تاريخ نشر.
- د د ن: دون دار نشر.
- ص: صفحة.
- ط: الطبعة.
- غ أ ش: غرفة الأحوال الشخصية.
- ق أ ج: قانون الأسرة الجزائري.
- ق م ج: قانون مدني جزائري.
- م ق: مجلو قضائية.
- هـ: التقييم الهجري.

المقدمة

استعمل المشرع الجزائري مصطلح الدخول في قانون الأسرة في أكثر من موضع حيث وظفه أربعة عشرة مرة في اثنتي عشر مادة، ما يلاحظ على هذه المواد التي جاء فيها لفظ الدخول (صراحة أو لفظ في معناه–البناء–)؛ من جانبها الشكلي أنها جاءت مفرقة على كتاب الزواج وانحلاله، فلا يكاد يخلو فصل من هذا الكتاب وإلا استعمل فيه مصطلح الدخول، وكل استعمال لهذا المصطلح له أثر مترتب عليه بمعنى نتيجة ما كانت لتلزم من دونه.

لم يُعرف المشرع الجزائري الدخول وإنما اكتفى بالنص عليه ولا يعاب هذا عليه لأنه ليس من عادة المشرعين سرد التعريفات، وإنما هي مهمة معقودة للفقه والقضاء، والبحث عن مفهوم الدخول يحتم الرجوع إلى تعريفه في الفقه الإسلامي، وبالرجوع إلى تعريفات فقهاء الشريعة الإسلامية للدخول نجدهم يفرقون بين الدخول، وما قد يُلحق به، حيث يقصد بالدخول الاتصال الجنسي بين الزوجين أي أن يطء الزوج زوجته شريطة أن يكون الزوج بالغا والزوجة مطيقة للوطء[1]، والوطء على هذا النحو قد يكون مباحا كما أمر به الشرع وقد يكون مُحَرما بمخالفته للشرع كأن يطء الزوج زوجته وهي حائض أو يأتيها الدبر، فهذا هو معنى الدخول شرعا، وهو من المسائل المعلومة من الدين بالضرورة حيث شاع مفهومه حتى أضحى مدلوله اللغوي والعامي يفيد أول اتصال جنسي بين الزوجين، ويلحق فقهاء الشريعة الإسلامية بالدخول ما يعرف بالخلوة الصحيحة،حيث يقصد بالخلوةأن يجتمع الزوجان في مكان يأمنان فيه من إطلاع الغير عليهما كاجتماعهما في دار أو سطح على جوانبه سترة[2]، والخلوة على هذا النحو موصوفة بأنها صحيحة احترازا منه عن الخلوة الفاسدة، وتكون الخلوة غير صحيحة بمعنى فاسدة إذا صاحبها مانع من موانع الخلوة الصحية وموانعهاكثيرة متعددةإلا أن كثرتها وتعددها لم يمنع منإجمالها فالمانع لا يعدوا أن يكون إما مانعا حسيا كمرض أحدهما يمنعه من الوطء أو مانعا طبيعيا كوجود ثالث بينهما أو مانعا شرعيا كأن يكون أحدهما صائما[3]، والخلوة الصحيحة بهذا المعنى يصطلح عليها القانونيون اصطلاح الدخول الحكمي ويصطلحون على الدخولالدخولالحقيقي، وكذلك بعض الفقهاء المعاصرين عند استعمالهم للفظ الدخول يصفونه بالدخول الحقيقي وكأنهم يقرون بوجود دخول حكمي[4] ونظرا لرواج استعمال الدخول

1–العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق أخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار الثقافة، ط01، 2012، ص282.

2–كمال الدين ابن الهمام، شرح فتح القدير، على حاشية الهداية شرح بداية المبتدي، ج03، دار الكتب العلمية، ط01، بيروت 2002، ص320.

3– ابن الهمام، المرجع نفسه، ص 320.

4– من هؤلاء الفقهاء وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج07، دار الفكر العربي، ط02، دمشق، 1985، ص289.

الحكمي كبديل عن الخلوة الصحيحةإذا ذكر الدخول الحكمي على مدار صفحات البحث، قصد به الخلوة الصحيحة وإذا أُستعمل الدخول دون تخصيص قصد بيه الحقيقي والحكمي على حد السواء.

وأخيرا وليس أخر إذا كان الوطء قد يكون مباحا، وقد يكون محرما، والخلوة قد تكون صحيحة، وقد تكون فاسدة، قد يتوسط كلا من الدخول الحقيقيوالدخول الحكميفرض لم يغفل فقهاء الشريعة الإسلامية عنه،وهو أن يدعي أحد الزوجين المسيس، أو اللمس لشهوة، فكل مسألة من هذه المسائل فصل فيها فقهاء الشريعة الإسلامية، وبينوا حكمها، على عكس المشرع الجزائري الذي جاء جد مقتضبا من هذه الناحية وإكتفى باستعمال مصطلح الدخول، مما جعل القضايا المتعلقة به مجالا خصبا لاجتهاد القضاء، الذي يرجع إليهفي فك اللبس الذي يحيط بالنصوص القانونية المنظمة لمسألة الدخول، التي وجب الرجوع إليها للتعمق في فكرة الدخول، وإذا كان الإستدلال بالأحكام القضائية مكانه متن البحث لا مقدمته،إلا أنه ثمة قرارارتأينا ان يكون مكانه هنا،وهوما جاءت به المحكمة العليا في إشتراط أن يسبق الدخول زواج وإلا عُد عمل غير مشروع[1]، والزواج باعتباره شرط سابق للدخول هو تصرف قانوني، ويخضع في أحكامه إلى أحكام التصرفات القانونية التي يمكن تقسيمهما إلى تصرفات صحيحة، وتصرفات غير صحيحة، وكذلك الزواج ينقسم إلى زواج صحيح، وغير صحيح، و الدخول الحقيقي متصور في كل منالزواجين الصحيح،وغير الصحيح ويرتب مجموعة من الأثار التي ما كانت لتقع لو لا تحققه في كل من الزواجين، على عكس الدخول الحكمي الذي لا يمكن تصوره إلا أمام عقد زواج صحيح، على خلاف الزواج غير الصحيح الذي لا يمكن تصور خلوة صحيحة إزاءه لأن الوطء فيه حرام فكان المانع الشرعي قائما وأضحت الخلوة فيه فاسدة[2].

أهمية الموضوع:

- **حداثة الموضوع:**للدخول بالزوجة أهمية بالغة على مر العصور خاصةفي الزمن الحالي الذي انفتح فيهالعالم وتأثرت فكرة الدخول بالمستجدات التي عرفها العالم اليوم بما فيها المجتمع الجزائري إذ أصبح من السهل الاتصال بين الزوجين والتلاقي بينهماقبل وأثناء وبعد العقد.

1-المحكمة العليا، غ أ ش، 1984/11/19، ملف رقم 23046، م ق 1990، عدد02، ص69، نقلا عن، لحسن بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا (من سنة 1982 إلى سنة 2014) ملحقات: المواثيق والاعلانات والاتفاقيات والتقارير الدولية المتعلقة بحقوق المرأة والطفل، دار هومة، "03، الجزائر، 21015/2016، ص51.

2-علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج02، دار الكتب العلمية، ط02، بيروت، 1086، ص293

- **إتساع الموضوعوتشعبه:**يمكن وصفه بأنه القاسم المشترك بين مسائل الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ذلك أن أحكامه تظهر جليا أثناء الحياة الزوجية كما أن لها امتداد حتى بعد انحلال الرابطة الزوجية.
- **قيمة الموضوع:** تظهر من خلال طبيعة آثار الدخول وتنوعها والأشخاص المتأثرين بها فهي لا تقتصر على الزوجين فقط بل تتسع لتمس غيرهما من الأولاد وأقارب كل من الزوجين كما أنها تصل لتمس مسائل عقائدية متعلقة بحقوق الله سبحانه وتعالى.

دوافع اختيار الموضوع:

- ميلي الشديد لموضوعات قانون الأسرة من زواج، وطلاق، إلى ميراث... إلخ، فلم أجد أفضل من موضوع آثار الدخول بالزوجة يغطي، ويجمع أكثر عدد ممكن من مسائل الزواج والطلاق.
- فيما يثار بشأن تطبيق النصوص القانونية المنظمة لمسألة الدخول، وكيفية تعامل القضاء معهاوذلك بغرض اظهار مواطن التوافق بين كل من الشريعة الإسلامية، وقانون الاسرة، والتطبيقات القضائية في هذا الشأن.
- ان فكرة اختيار هذا الموضوع لم تأت من أجل تكرار ما استهلك من دراسات سابقة، وإنما جاءت نابعة عن قناعة ملؤها الايمان بأن موضوعا مثل الدخول بالزوجة يستحق البحث لتردده بين الأصالة والمعاصرة.
- أضف إلى ذلك أن النصوص القانونية المتضمنة لمصطلح الدخول لم يمسها تعديل 2005 بطريقة مباشرة فهذا يفهم منه أمران لا ثالث لهما، أما كونأحكامه ثابتة غير متغيرة ولا تقبل الإجتهاد، أم أن المشرع الجزائري غفل عن تعديلها.

أهداف الدراسة:

- تهدف الدراسة أساسا إلى إيضاح ان الشريعة والقانون أوليا اهتماما بالغا بفكرة الدخول من جوانب عديدة من خلال الاحتكام للدخول في مسائل شتى.
- الكشف عن مدى ارتباط نصوص قانون الاسرة بالشريعة الإسلامية التي تعتبر مصدر مادي له.
- الخروج بنتائج علمية فيما يخص آثار الدخول بالزوجة.
- محاولة معرفة النقائص والتناقضات التي جاء بها قانون الأسرة وواجها القضاء فيما يخص آثار الدخول بالزوجة أن وجدت.

الإشكالية:

مما تقدم تطرح الإشكالية التي تدور حول: البحث عن مفهوم للدخول الذي عنته نصوص قانون الأسرة على ضوء قرارات المحكمة العليا؟ وما يترتب عليه من آثار سواء من حيث الزواج الصحيح أو غير الصحيح؟

وهذه الإشكالية تقتضي طرح تساؤلات فرعية تلقي بضلالها على البحث أهمها:

- وهل وافق المشرع الجزائري أحكام الفقه الإسلامي في هذا المقام؟وما قيمة قرارات المحكمة العليا الصادرة بمنسابة الفصل في القضايا التي يبرز فيها للدخول بالزوجة آثر وهل وافقت هي أيضا ما جاء به الفقه الإسلامي من أحكام؟
- ما طبيعة الأثار المترتبة عن الدخول بالزوجة وإلى مصلحة من تنصرف وعلى عاتق من تقع؟
- إلى مدى يقوم الدخول الحكمي مقام الدخول الحقيقي بخصوص ترتيب الأثار القانونية والشرعية التي كان سيرتبها الدخول الحقيقي؟

المنهج المتبع:

إعتمدنا على المنهج الوصفي عند التطرق لمختلف المفاهيم التي لا بد منها، وكذلك المنهج التحليلي بغية الوقوف عند النصوص القانونية التي تضمنت أثر من آثار الدخول تحليلا، وتمحيصا، وتدقيقا،وكذلك بالمنهج المقارن لأننصوص قانون الأسرة لا يطيب البحث فيها إلا بمقارنتها بما هو مستقر عليه فقها.

ومن أجل إعطاء الموضوع شيئا من حقه ما أمكن، إستهللنا البحث بالمنهج الاستقرائي، حيث تتبعنا نصوص قانون الأسرة الجزائري، وقمنا برصد وجمع كل إستعمال لمصطلح الدخول، وبعد عملية الجمع تكونت لنا فكرة عامة عن آثار الدخول بالزوجة، فتجلى لنا أن هذه الآثار رغم تعددها لا يوجد ما يمنع من تبويبها، وجمع كل طائفة منها تحت مظلة عنوان واحد لإشتراك بعض الآثار في طبيعتها فسرنا على هذا الدأب حيث قسم البحث إلى فصلين كل فصل إحتوى كل فصل مبحثين.

- الفصل الأول: آثار الدخول بالزوجة في الزواج الصحيح
  المبحث الأول: آثار شخصية ذات طابع مالي
  المبحث الثاني: آثارشخصية غير مالية
- الفصل الثاني: آثار الدخولبالزوجة في الزواج غير الصحيح
  المبحث الأول: آثار الدخولفي الزواج الفاسد
  المبحث الثاني: آثار الدخول في الزواج الباطل

الفصل الأول

آثار الدخول بالزوجة في الزواج الصحيح

قبل الولوج في أثار الدخول في الزواج الصحيح، وجب معرفة حقيقة الزواج الصحيح، فالماهية الشرعية الصحيحة تكون كذلك حين تستوفي جميع أركانها وشروطها،[1] فعقد الزواج حسب ق أ ج يكون صحيح حين يستوفي ركن[2] الرضا المادة 09 ق أ ج وشروط صحته،وهي أهلية الزواج، الصداق، الشاهدان، وإنعدام الموانع الشرعية،المادة 09 مكرر ق أ ج، وكذلك شرط الشهادة الطبية المادة 07 مكرر، وشرط الترخيص بالزواج في حالة التعدد المادة 08، ولا يعد الدخول بشرط ولا بركن في عقد الزواج، وهذا ما جاء به القضاء في الكثير من اجتهاداته[3]، فإذا انعقد الزواج على هذا النحو رتب جميع أثاره الشرعية في الحال.

في هذا الفصل لا يعنينا كيفية انعقاد الزواج، وتبيان أركانه وشروطه، فهذا محله بحث أخر، فهنا التعامل مع عقد الزواج على أنه انعقد صحيحا، فإذا كان ذلك كذلك، فُرق بين زمنين زمن ما قبل الدخول وما بعده، ومرد هذه التفرقة أن المركز القانوني للزوجين ليس ذاته في زمن ما قبل البناء وما بعده، و ما يَهُم هنا هو الزمن ما بعد البناء، فإذا كان عقد الزواج الصحيح مرتب لأثاره الشرعية إلا أن بعض هذه الأثار متوقفة عن الدخول أيجادا، أو تأكيدا، أو تتمة، وهذه الأثار المتوقفة على الدخول منها ما هو للزوجة ومنها ما هو عليها، ومنها ما هو للزوج ومنها ما هو عليه، ومنها ما يظهر خلال الحياة الزوجية ومنها ما يتجلى بعد الفرقة بينهما، ومنها ما ينصرف إلى الزوجين فقط ومنها ما يتعدهما إلى غيرهما، ومنها ما ينصرف إلى العباد ومنها ما ينصرف إلى رب العباد، ومنها ماهو مالي ومنها ما هو منها ما هو غير مالي، ونحن رأينا اختيار التقسيم الأخير لواجهاته، وأقربه إلى المنطق القانوني حيث قسم هذا الفصل إلى مبحثين المبحث الأول تناول أثار الدخول المالية، والثاني أثار الدخول غير المالية.

1-وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج01، دار الفكر، ط01، دمشق، 1986 ص105.

2-اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مفهوم الركن، حيث يعرفه جمهور الفقهاء بأنه هو ما لا قوام للماهية الشرعية إلا به بغض النظر عما إذا كان جزء منها أو خارج عنها، أما الحنفية فيتفقون مع الجمهور في أنه ما لا قوام للماهية الشرعية إلا به، إلا أنهم خالفوا في أن الركن جزء من الماهية الشرعية وداخل فيها، وبسبب اختلافهم في مفهوم الركن اختلفوا فيما يعد ركن وما لا يعد ركن، والمشرع الجزائري جعل للزواج ركن وحيد وهو الرضا، وبهذا يكون قد أخذ بمذهب الحنفية، وما كان ليس بركن وداخل في الانعقاد فهو شرط من شروط الصحة. – محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص فقه وأصول، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة،2009/2008، ص323.

3-المحكمة العليا، غ أ ش 2009/01/14، ملف رقم 474897، م ق 2009، عدد01، ص255.

المبحث الأول: آثار شخصية ذات طابع مالي[1]

إن مصطلح أثر في لسان فقهاء القانون يفيد إنشاء حق، وكل حق يقابله التزام[2]، والحقوق إذا كان لا يمكن حصرها إلا أن هذا لا يمنع من تقسيمها إلى طوائف عديدة، تحتوي كل طائفة على جنس واحد من الحقوق، فيمكن تقسيم الحقوق إلى غيرمالية، ومالية، وهذه الثانية هي محل دراسة القانون المدني،[3] وهي بدورها تنقسم إلى قسمين كبيرين حقوق عينية، وحقوق شخصية حيث يقصد بالثانية علاقة بين شخصين أحدهما الدائن والأخر المدين، تخول للدان أن يطلب من المدين إما القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل، أو إعطاء شيء، وما يلاحظ على هذه العلاقة أنها عملة ذات وجهين فمن زاوية الدائن نجدها حق، ومن زاوية المدين نجدها التزام[4]،والمشرع المدني يعترف بنظرية الحقوق الشخصية وأطلق عليها تسمية الالتزام، حيث تنص المادة 53 من ق م ج على ما يلي " تسري على الإلزاميات الناجمة مباشرة من القانوندون غيرها النصوص القانونية التي قررتها"، وبصريح هذه المادة يكون القانون مصدر مباشر للالتزامات في التشريع الجزائري[5]، وعند البحث في نصوص قانون الأسرة التي لها علاقة بمسألة الدخول نجد أن ق أ ج ألزم الزوج بأداء مالي لمصلحة الزوجة وهذا الأداء متمثل في الصداق والنفقة، وعليه سيكون المطلب الأول مخصص لتأثر الصداق بالدخول، والمطلب الثاني تأثر النفقة بالدخول.

المطلب الأول: علاقة الصداق بالدخول

تنص المادة 16 من قانون الأسرة على ما يلي:

1- استعمل ق أ ج مصطلح البناء في كتاب الميراث الذي هو ذو طبيعة مالية في المادة 130 التي تنص على ما يلي" يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع بناء" وهذه المادة متعلقة بسبب من أسباب الإرث وهو الزوجية، ولقد وظف المشرع مصطلح البناء عن طريق الاستبعاد إذ حق الميراث يثبت بمجرد العقد ولا حاجة للدخول فوجوده وعدمه سواء فقها بخصوص ثبوت حق الميراث بين الزوجين، ولقد أكد هذا نص المادة 130.

2- سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف جلال حزى وشركا، الإسكندرية، 1974، ص19.

3- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 في 13 مايو 2007 المتضمن القانون المدني.

4- راجع تقسيمات الحقوق:

-نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، ط01، بيروت، 2010. ص41 وما بعدها.

-فريدة محمدي(زواوي)، المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق، د د ن، د ت ن. ص17 وما بعدها.

5-محمد تقية، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، شركة دار الأمة، 1995، ص31.

" تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول او بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول"

كما تنص المادة 17من نفس القانون على ما يلي:

" في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين"

فهذه هي المواد التي إستعمل فيها المشرع مصطلح الدخول من مجموع المواد المخصصة للصداق، حيث عالجت المادة 16 مسألة استحقاق الصداق، أما المادة 17 تناولت مسألة التنازع في الصداق، وهي التي تدخل نطاق البحث، لكن قبل الوقوف عندها تحليلا، وتمحيصا، ومقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، يستحسن التمهيد للفكرتين –استحقاق الصداق والتنازع فيه–من خلال تخصيص الفرع الأول للصداق بشكل عام، والفرع الثاني، والثالث، لمسألتي استحقاق الصداق، والتنازع فيه على الترتيب.

الفرع الأول:مفهوم الدخول

يعتبر باب الصداق من الأبواب التي أسهب فقهاء الشريعة الإسلامية في شرحها، حيث أسال الكثير من حبر الفقهاء في سبيل تبيان حقيقته، وأهم المشاكل التي قد تعتريه،وعلى النقيض من هذا لا يلاحظ أن المشرع عنى به العناية التي يستحقها موضوع كالصداق، إذ خصص له أربع أو خمس مواد إن صح القول، وما بقي من أحكامه يتم الرجوع بشأنها إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وعليه في هذا الفرع سيبحث وبإيجاز في المسائل الأساسية التي لا بد منها وهي تعريفه دليل مشروعيته، طبيعته، أنواعه، مقداره.

أولا: تعريف الصداق ودليل مشروعيته

1. **التعريف اللغوي:** الصَّدَاق وهو مَهْرُ الزوجية وجمعه أصدقة وصدق[1].
2. **التعريف الاصطلاحي:**

أ- **التعريف الفقهي:** تعدد التعاريف الفقهية للصداق غير أن جميعها يدور حول معنى واحد، ومن هذه التعريفات:

- الحنفية[2]: اسم للمال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة البضع إما بالنسبة أو بالعقد.

1- المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ط04، 2004، ص511.

2- محمد أمين بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، درسه وحققه عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، قدم له وقرظه محمد بكر إسماعيل، ج04، دار عالم الكتب، ط خاصة، الرياض، 2003، ص230.

- المالكية[1]: "هو ما يعطي للزوجة في مقابلة الاستمتاع بها ويسمى مهرا".
- الشافعية[2]: "هو ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهراً كرضاع ورجوع شهود".
- الحنابلة[3]: " هو العوض الواجب بعقد نكاح أو ما ألحق به".

وعرفه مصطفى السباعي وهو من المعاصرين بأنه المال الذي يدفعه الرجل للمرأة رمزا لرغبته في الاقتران بها في حياة شريفة توفر الاطمئنان والسعادة لأسرتهما[4].

ودليل مشروعية الصداقموجود في قوله تعالى:﴿ **وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا** ﴾النساء (04) نحلة أي هبة وعطاءبطيب خاطر، وليس بدل عن الثمن[5]

ب-التعريف القانوني: ليس من عادة المشرعين سرد التعريفات لكن المشرع شذ عن هذه العادةواختار أن يعرف الصداق حسب نص المادة 14من ق أ ج التي تنص على ما يلي: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

ما يلاحظ على هذا التعريف أنه جاء بثلاث نقاط أساسية والمتمثلة فيما يلي:

- أن الصداق عبء مالي على عاتق الزوج لمصلحة الزوجة.
- التركيز على أن يكون الصداق مما هو مباح في ميزان الشريعة الإسلامية.
- الصداق ملك للزوجة وحدها ولا دخل لوليها فيه وتتصرف فيه بجميع أنواع التصرف.

ثانيا: التكييف الشرعي والقانوني للصداق

1- محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج02، دار إحياء الكتب العربية، د ت ن، ص293.

2- شمس الدين الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، درسه وحققه علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، قدم له محمد بكر إسماعيل، ج04، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، ص366.

3- محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج12، دار ابن الجوزي، ط01، عنيزة،1427هـ، ص251.

4- لعلى سعادي، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري . دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر-1-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،2015/2014، ص81.

5- أبي عبد لله بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج06، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج06، مؤسسة الرسالة ط01، بيروت، 2002، ص30.

يقصد بالتكييف الشرعي والقانوني للصداق البحث عن طبيعته عند فقهاء الشريعة الإسلامية، وفي قانون الأسرة الجزائري، وطبيعة الصداق هي الإجابة على السؤال الآتي: هل الصداق ركن أو شرط في عقد الزواج أم هو أثر من أثاره؟

1. الطبيعة الشرعية للصداق

ذهب جمهور الفقهاء إلى اعتبار الصداق أثر من أثار الزواج، وليس بركن فيه ولا بشرط لأنه ينعقد الزواج صحيح دون تسمية المهر، أو مع تسميته تسمية فاسدة[1]، غير أن الفقهاء من المالكية خالفو جمهور الفقهاء في طبيعة الصداق، فمنهم من قال إنه ركن في الزواج حيث جاء في مختصر خليل " وركنه ولي، وصداق، ومحل وصيغة ..."[2]، ومنهم من قال إنه شرط لأن ماهية العقد لا تتوقف عليه[3] وقول المالكية أنه شرط معناه أنه لا يجوز الاتفاق على إسقاطه[4].

2. الطبيعة القانونية للصداق

اعتبرق أ ج الصداق قبل تعديلهركن من أركان الزواج، وبهذا يكون قد وافق بعض فقهاء المالكية،وحتى بعد التعديل فلقد بقي ق أ ج مالكي لكن مع شيء من التغير، إذ اعتبر الصداق شرط من شروط الزواج،وهذا ما جاء في صريح المادة 09مكرر من قانون الأسرة، وإن كان المشرع إعتبره شرط إلا أن تخلفه لا يؤثر على صحة الزواج، وهذا ما جاء به أحد القرارات الصادر عن المحكمة العليا حيث جاء فيه ما يلي "... إن عدم تحديد قيمة الصداق لا يبطل الزواج..."[5]، وبهذا يكون الصداق في الواقع الاجتماعي الجزائري أثر من أثار عقد الزواج[6] ويحمل خصائص الأثر أكثر من خصائص الشرط.

ثالثا: أنواع الصداق

1- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج07، ص253.

2- خليل بن إسحاق المالكي، مختصر خليل في فقه إمام دار الهدرة الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه، صححه وعلق عليه الطاهر أحمد الزاوي، دار المنار الإسلامي، ط02، 2004، بيروت، ص98.-محمد ابن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية حققه وعلق عليه ماجد الحموي، دار ابن حزم، ط01، بيروت، 2012،ص340.

3- الدسوقي، حاشية الدسوقي، ص220.-محمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج02، دار المعرفة، ط06، بيروت، 1982،ص18.

4- ابن رشد، بداية المجتهد، ج02، ص18.ابو بكر البغدادي، التلقين في الفقه المالكي، ج01، مكتبة نزار، الرياض، د ت ن، ص288.

5-ملف رقم 1888707: م ق، عدد خاص 2001، ص50، نقلا عن محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص346.

6- غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، دار طليلة، ط01، الجزائر، 2011، ص32.

والصداق على نوعان:

1. **المهر المسمى:** وهو ما أشارت له المادة 09 مكرر، والمادة 15 من ق أ ج، وهو ما سمي في العقد أو بعده بالتراضي،[1] مهما كانت قيمته طالما أنه تم بالتراضي فإذا كانت الزوجة بالغة عاقلة استقلت وحدها بتحديد صداقها أما إذا كانت قاصرة فلوليها أن يعترض إذا تزوجت بأقل من مهر مثيلاتها[2].والمهر المسمى إما يكون معجل، أو مؤجل، فلقد أجاز الفقهاء تعجيله أو تأجيله كله أو بعضه[3]، غير أن الفقهاء المالكية يرون كراهة تأجيل المهر كله أو بعضه[4].
2. **مهر المثل:** وهو المهر غير المسمى، أي المهر الذي يعطي عادة لمثليتها في حالة لم يسمي الزوج لزوجته صداق، ولقد اختلف الفقهاء في المعايير التي تبنى عليها المماثلة، فهل يعتد بالدين، أو النسب، أو الأقارب... إلخ،والمشرع الجزائري يعترف بصداق المثل المادة ،15 والمادة 33 من ق أ ج، أما عن تحديد صداق المثل في التشريع الجزائري، فلقد سكت عنها المشرع فتبقي مسألة واقع يستقل بها قاضي الموضوع[5].

رابعا: مقدار الصداق

أجمع الفقهاء أنه لا حد لأكثر الصداق، أما أقله فلقد اختلف الفقهاء في شأنه حيث يرى الحنفية أن أقله عشر دراهم، والمالكية يرون أن أقله ربع دينار من الذهب أو ثلاث دراهم من الفضة، أو ما يساوي أحدهما، بينما الشافعية والحنابلة يرون أنه لا حد لأقله[6]لحديث النبي صلى الله عليه وسلم "**تزوج ولو بخاتم من حديد**"[7]، وحديثهأيضا صلى الله عليه وسلم: "**خير الصداق أيسره**"[8].

1- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج07، ص266.

2- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص271.

3- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ص277.

4-الصداقعبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج02، مؤسسة الريان، د ت ن، ص592.

5- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص272.

6- ابن جزي، القوانين الفقهية، ص350.

7- ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد، ج15، دار الرسالة العالمية، ط01، دمشق، 2013، كتاب النكاح، باب المهر، حديث 5150، ص429.

8- ابن حجر العسقلاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، تصنيف محمد بن إسماعيل الصنعاني، تعليق ناصر الدين الالباني، ج03، مكتبة المعارف، ط01، الرياض، 2002، كتاب النكاح، باب الصداق، حديث رقم 976، ص416.

لا يوجد في قانون الأسرة تنظيم لمسألة الصداق، فهل يفهم من هذا الموقف ترك الأمر لحرية العاقدان في تحديد قيمته أم أنه يتم الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي في هذا الشأن إعمالا للمادة 222.

وباعتبار العرف مصدر من مصادر القاعدة القانونية حسب المادة 01 من ق م ج، وأصل من أصول الفقه الإسلامي الذي يرجع عادة ما يرجع إليه، نجد بعض الأعراف الجزائرية وبمبادرات حميدة من أعيان المدن، وأفرادها يتفقون على حد أعلى للمهور، لا يمكن تجاوزه، وهذا الاتفاق ملزم لكل راغب بالزواج من تلك المنطقة.

وهذه هي أهم المسائل التي يثيرها موضوع الصداق بإيجاز وإلى جانبها توجد مسألتان لا يقلا أهمية عما سبق وهما استحقاق الصداق والتنازع فيه.

الفرع الثاني: استحقاق الزوجة للصداق كاملا بالدخول

إن الصداق بالمعنى الذي تقدم سواء كان مسمى، او مهر مثل، وجب بنفس العقد إلا أن هذا الوجوب ليس على الدوام،[1] بل لازم أن يتأكد وجوبه في العقد الصحيح بإحدى مؤكدات الصداق حتى يصبح دين في ذمة الزوج لا يسقط إلا بالإبراء، أو الأداء،[2] فقد تستحق الزوجة الصداق كاملا، وقد تستحق نصفه فقط كما قد يسقط حقها كامل في الصداق، والذي يعنينا هو ربط فكرة الصداق بالدخول بالزوجة، فالمدخول بها تستحق الصداق كاملا وعليه ستكون الفقرة الأولى مخصصة لاستحقاق الزوجة الصداق كاملا بالدخول في الفقه الإسلامي، والفقرة الثانية مخصصة لاستحقاق الصداق كاملا بالدخول في قانون الأسرة الجزائري.

أولا: استحقاق الزوجة الصداق كاملا بالدخولَ فقها

تقدم معنا أن الدخول بالزوجة إما حقيقي، إما حكمي، ويطلق على الثاني في لسان فقهاء الشريعة الإسلامية الخلوة الصحيحة، أو خلوة الاهتداء، أو إرخاء الستور، ولقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن للزوجة كامل صداقها إذا تحقق الدخول الحقيقي بها،[3] ودليلهم في هذا في قوله تعالى:﴿**فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً**﴾النساء (24) فلفظ الاستمتاع في هذه الآية الكريمة حمل معناه على

1- جميل فخري محمد جانم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد، ط01، عمان، 2009، عمان، ص142.

2- وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، ج03، دار الكلم الطيب، دمشق، 2010،ص132.

3- ابن جزي، القوانين الفقهية، ص350.

أنه يقصد الدخول الحقيقي أي أن يطء الزوج زوجته[1]، واختلفوا وراء ذلكفيما يسمي بالخلوة الصحيحة، هل تستحق الزوجة بها الصداق كاملا أم لا، في هذا ذهب كل من الحنفية[2] والحنابلة[3] والشافعية في القديم[4]، إلى أن الخلوة الصحيحة يتأكد بها جل المهر، وبهذا تنزل الخلوة منزلة الوطء في مسألة استحقاق الصداق، بينما يرى المالكية[5] والشافعية[6] في الجديد، أن المهر لا يتأكد بمجرد الخلوة وحدها مجردة عن الوطء فبهذا يكون استحقاق الزوجة كامل صداقها إنما هو أثر مترتب على الدخول الحقيقي لا الخلوة وحدها أو إرخاء الستور، غير أن المالكية توسعوا في نظرتهم، و أُقرو استحقاق الزوجة لكامل صداقها في حال إقامة الزوجة مع زوجها سنة كاملة، دون وطء فهذه المدة في نظرهم كافية لاستمتاع الزوج بزوجته، و إستفاء حقه منها[7].

ويروى عن الإمام أحمد ابن حنبل أن للزوجة كامل صداقها بالتقبيل، أو اللمس لشهوة بحجة أنه استحل ما يحل إلا لزوج فوجب عليه الصداق[8]، ويبدو هذا الرأي غريب لأن الفقهاء من الحنابلة يقرون بأن الخلوة لوحدها كفيلة بأن تستحق الزوجة بها الصداق، وأن مثل هذه التصرفات لا يقدم عليها عاقل إلا في خلوة غير أنه يمكن تبرير هذه الغرابة بأن المقصود بهذا أن للزوجة كامل صداقها بالتقبيل، أو اللمس لشهوة، حتى مع فساد الخلوة.

ثانيا: استحقاق الزوجة كامل صداقها بالدخول قانونا

تنص المادة 16 من ق أ ج على ما يلي:

"تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل البناء"

1- أبي بكر المعروف بإبن العربي، أحكام القرآن راجعه محمد عبد القادر عطا، ج01، دار الكتب العلمية، بيروت، د ت ن، ص499.

2- ابن عابدين، رد المحتار، ج04، ص236.

3- ابن قدامة، المغني، حققه عبد الله بن عبد المحسن التركى وعبد الفتاح محمد الحلو، ج10، دار عالم الكتب، ط03، الرياض، 1997، ص 153.

4- ابي حامد الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، قدم له وضبطه طارق فتحي السيد ويليه التذنيب في الفروع على الوجيز للغزالي لشيخ الإسلام عبد الكريم بن محمد الرافعي، حققه وعلق عليه أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، ط01، بيروت، 2004، ص297.

5- ابن جزي، القوانين الفقهية، ص350.

6- ابي حامد الغزالي، الوجيز في فقه مذهب الامام الشافعي، ص297.

7- الصادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ج02، ص 600.

8- محمد بن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج 12، ص299.

بينت المادة 16 متي تستحق الزوجة الصداق كاملا ومتي تستحق نصفه فهناك سببان تستحق بهما الزوجة الصداق كاملا وهما الدخول بها أو موت أحد الزوجين قبل الدخول، فيخرج السبب الثاني من نطاق البحث الذي تستحق به الزوجة صداقها كاملا لعدم لاتصاله بفكرة الدخول، وأن كان الفقهاء مجمعين على أنه بموت أحد الزوجين تستحق ذمة الزوجة المالية الصداق كاملا قبل الدخول الحقيقي[1]، ولا يفهم من هذا الحكم أن الموت يقوم مقام الدخول إنما هذا الحكم ثابت لعلة أخرى، ويبقى لنا الدخول فإذا تحقق أثناء حياة الزوجين استحقت الزوجة صداقها كاملا أما إذا تخلف الدخول وتم الطلاق قبل موت أحد الزوجين تستحق الزوجة نصف الصداق فقط.

لم يبين المشرع الجزائري المقصود بالدخول في نص المادة 16 الذي عبر عنه بلفظ الدخول والبناء معا هل يقصد به الدخول الحقيقي فقط –الوطء–أم أن مصطلح الدخول الوارد في المادة 16 يحمل في مفهومه ما يعرف بالدخول الحكمي –الخلوة الصحيحة–بالمفهوم الشرعي[2].

إن هذه المادة لا تخلق جدل في حالة تحقق الدخول الحقيقي وتم إثباته من قبل من يدعيه فهنا تستحق الزوجة كامل صداقها شرعا وقانونا، حتى ولو كان دخول محرم كأن يطء الرجل زوجته بعد العقد في الدبر أو هي حائض[3]، غير أنها تطرح مسألة تحقق الدخول الحقيقي أو الخلوة الصحيحة هل تستحق الزوجة به كامل صداقها في التشريع الجزائري أم لا طالما أن هذه المسألة خلافية لدى فقهاء الشريعة الإسلامية.

لقد فصل القضاء الجزائري في هذه المسألة حيث اعتبر الخلوة الصحيحة عامل مؤكد لكامل الصداق وهذا ما يظهر من خلال القرارات الأتية:

- القرار الصادر عن المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا) الذي جاء فيه "... من المتفق عليه فقها أن الخلوة الصحيحة توجب جميع الصداق المسمى ..."[4].
- كذلك القرار الذي جاء فيه " من المقرر فقها وشرعا أن الزوجة تستحق الصداق كاملا بمجرد الدخول واختلاء الزوج بها ومن ثم فان القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة ..."[1].

1–ابن رشد، بداية المجتهد، ج02، ص22. ابن جزي، القوانين الفقهية، ص350.

2– لعلى سعادي، المرجع السابق، ص 90.

3– العربي بلحاج، المرجع السابق، ص284.

4– المجلس الأعلى، غ أ ش، 19/ 1984/11، ملف رقم 35107. نقلا عن لعلى سعادي، المرجع السابق، ص90.

- القرار الذي جاء فيه " من المقرر شرعا أن انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية واختلاء الزوج بها وهو ما يعبر عنه شرعا (بإرخاء الستور) أو (خلوة الاهتداء) يعتبر دخولا فعليا يرتب جميع الأثار الشرعية وتنال الزوجة كامل صداقها..."[2].
- القرار الذي جاء فيه " من المقرر شرعا وقانونا أنه إذا أبرم عقد زواج صحيح وتأكدت الخلوة بين الزوجين، أصبح للزوجة الحق في جميع توابع العصمة وكامل صداقها حتى لو لم يقع احتفال بالدخول..."[3].

ما يمكن ملاحظته من مجموع هذه القرارات أن القضاء جعل من الخلوة الصحيحة عامل موجب لكامل الصداق، ويرى بعض الفقهاء أن هذا الاتجاه الذي سلكه القضاء ينسجم مع الواقع الاجتماعي الجزائري المعاش فهو اجتهاد سليم مستنده سد الذرائع في زمن عمت فيه البلوى وفسدت فيه الذمم دفعا للقيل والقال عن الزوجة[4]، ويبدو هذا الرأي جيد ومنطقي إلى حد بعيد والنتيجة التي حُصدت من هذه القرارات الثلاث أن الخلوة الصحيحة، أو الدخول الحكمي تستحق به الزوجة الصداق كاملا، إلا أن مستند المحكمة العليا في هذه القرارات الثلاث يعوزه النقص، ففي القرار الأول والثاني ليس متفق عليه مسألة استحقاق الزوجة كامل صداقها بالخلوة الصحيحة فهي محل خلاف بين الفقهاء، أظف إلى ذلك القرار الثالث الذي اعتبر الخلوة دخولا فعليا، وبهذا يكون قد حمل الدخول الحكمي أكثر ما بحمله من معنى، فإن كان يصلح الدخول الحكمي بأن يلحق بالدخول الحقيقي في مسألة استحقاق الصداق، إلا أنه لا يصلح أن يعتبر دخولا فعليا في مسائل أخرى كما سيجئ معنا[5].

وحسب نص المادة 16 في حالة الطلاق قبل الدخول تستحق الزوجة نصف الصداق فقط، وإذا توصلنا إلا أن الخلوة الصحيحة تستحق بها الزوجة كامل صداقها يضاف لها تستحق نصف الصداق قبل الدخول بها دخولا حقيقيا وقبل الاختلاء بها، ويجب التذكير هنا أن الطلاق الذي تستحق به الزوجة نصف الصداق يجب ان يكون صادر من الزوج، أما إذا كانت الفرقة صادرة من الزوجة فيسقط حقها كاملا في

1- المجلس الأعلى، غ أ ش، 1988/05/09، ملف رقم 49283، م ق1992، عدد02، ص44.

2- المحكمة العليا، غ أ ش، 1989/10/02، ملف رقم 55116، م ق1991،عدد01، ص34. .

3- المحكمة العليا، غ أ ش، 1991/06/18، ملف رقم 74375، م ق 1993، عدد01، ص61.

4- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص288.

5- راجع الصفحة 45.

الصداق[1]، ولقد أكد القضاء على أن الطلاق الذي تستحق الزوجة به نصف الصداق يجب أن يكون صادر من الزوج فإذا كان تخلف الدخول بامتناع من الزوجة رغم إصرار الزوج بالدخول بها يسقط حقها في جميع صداقها[2].

بعد أن عرفنا أن الزوجة قد تستحق الصداق كامل وقد تستحق نصفه كما قد يسقط حقها كاملا فيه وما للدخول من أثر في استحقاق الصداق، قد يتصور وأن يتنازع الزوجان أو ورثتهما في الصداق بعد استحقاقه، وللدخول أثر بالغ الأهمية كذلك في هذه المسألة وهذا ما يسلمنا للفرع التالي.

الفرع الثالث: التنازع في الصداق[3]

يقصد بالتنازع في اللغة الاختلاف أو المخاصمة[4]، والصداق تقدم معناه، فالتنازع في الصداق يعني الاختلاف أو المخاصمة فيه، والاختلاف في الصداق في الفقه الإسلامي، له أحوال فقد يكون الاختلاف في قبضه وقد يكون في أصل التسمية كما قد يكون مقدار المسمى وأخيرا قد يكون في نوع المقبوض[5] والخلاف قد يقوم أثناء الحياة الزوجين، كما قد يكون بعد وفاة أحدهما أو وفاه كلاهما[6].

أما المشرع الجزائري بخصوص هذه المسألة لقد عالجها في نص المادة17 من ق أ ج التي تنص على ما يلي:

" في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين"

وهذه المادة قررت قاعدة لفك التنازع في الصداق للدخول فيها أثر كبير، ومؤداها التفريق بين حالتين:

أولا: الحالة الأولى: الاختلاف في الصداق مع وجود بينة

1- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج07، ص293.

2- المحكمة العليا، غ أ ش 1993/07/13، ملف رقم 92714، م ق 1995، عدد01، ص132.

3- التنازع في الصداق ويصطلح عليه كذلك قضايا المهر.

4- المعجم الوسيط، ص914.

5- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص218.

6- فاسي عبد الله، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015/2014، ص299:

للبينة معنيان معنى خاص ومعنى عام، حيث يقصد بالبينة طبقا للمعنى الأول، الشهادة كطريق من طرق الأثبات، أما البينة بالمعنى العام أي دليل من أدلة الاثبات المحددة قانونا[1]، والبينة المقصودة في هذا المقام هي البينة بمعناها العام، ففي حالة تنازع الزوجان أو أحد الزوجان مع ورثة الأخر أو ورثة كل منهما وللمدعي بينة عما يدعيه عمل بالبينة خاصة أن عقد الزواج من شرائطه حضور الشهود، وعادتا ما يلجأ لهم في فك النزعات الممكن تصورها بشأن الزواج بما فيه التنازع في الصداق،أضف إلى ذلك الكتابة التي تعتبر دليل مهم من أدلة الاثبات، والمشرع الجزائري أخذ بضرورة توثيق عقد الزواج المادة 18[2]من ق أ ج وضرورة تسمية الصداق، فإذا كان عقد الزواج موثق وسُمي فيه صداق أحتكم لما هو مكتوب أضف إلى ذلك القرائن أو الاعتراف ...إلخ،أما في حالة عجز المدعي أن يقيم البينة على ما يدعيه يرجع للقرينة القانونية التي تدور حول تحقق الدخول من عدمه.

ثانيا: الحالة الثانية: الاختلاف في الصداق مع عدم وجود بينة

في حالة عدم وجود بينة وضعت المادة 17 قرينة قانونية لفك التنازع بين الزوجين، أو ورثتهما مناطها الدخول، ففي حالة التنازع فيه قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، أما بعد الدخول فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين، وما يلاحظ على هذه القرينة، وهي قرينة الدخول تحتاج إلى الاثبات من قبل من يحتج بها إثباتا أو نفيا، فإذا تمكن الزوج، أو ورثته من إثباتها فالقول قوله مع اليمين، أما إذا تمكنت الزوجة أو ورثتها من نفيها فالقول قولها مع اليمين، وما يلاحظ على هذه القرينة أنها ليست كافية وحدها لفك التنازع في الصداق وإنما يجب تتمتها بيمين، وأداء اليمين يكون وفق الشكليات التي رسمها قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3].

والمشكلة التي تثيرها المادة 17 متعلقةبعمومها وإطلاقها فهل يفهم منها، أنها تنطبق على جميع قضايا المهر[4] أم أنها تنطبق على حالة قبض أو استلام الصداق فقط كما فهمها بعض الفقهاء[5] تاركة أحوال التنازع الأخرى للرجوع بشأنها إلى قواعد الفقه الإسلامي إعمالا للمادة 222.

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام الاثبات أثار الالتزام، ج02، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص311.

2- تنص المادة 18 على ما يلي: "يتم عقد الزواج أمام موثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 09و09 مكرر من هذا القانون".

3- هو القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25فبراير2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

4- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص358.

5- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص299 .

كما تطرح هذه المادة مسألة طبيعة الدخول الذي يعتد به لحل التنازع في الصداق هل الدخول الحقيقي أم الدخول الحكمي، بالموازاة مع مسألة استحقاق الصداق يلحق الدخول الحكمي بالدخول الحقيقي في تريب أثره كونه قرينة لحل التنازع في الصداق.

المطلب الثاني:علاقة النفقة بالدخول

تنحصر أسباب النفقة الواجبة للشخص على غيره في عصرنا الراهن في سببين هما الزوجية والقرابة[1]، وبما أن البحث يدور حول تأثير الدخول في النفقة تخرج النفقة التي سببها لعدم اتصالها بفكرة الدخول وتبقى النفقة الزوجية[2] لما لها من إتصال وتقاطع مع فكرة الدخول وفي سبيل تبيان أوجه هذه العلاقة كان لا بدمن تخصيص فرع للحديث عن النفقة بوجه عام وتخصيص فرع لتبيان أوجه الصلة بين موضوع النفقة وفكرة الدخول.

الفرع الأول: مبادئ عامة في النفقة

لا يمكن الخوض في العلاقة بين الدخول بالزوجة والنفقة الزوجية إلا بعد التعريج على مبادئ عامة فيهاأي مجموعالمسائل الأساسية المتعلقة بالنفقةوالمتمثلة في تعريفها، حكمها الشرعي، مشتملاتها.

أولا: تعريف النفقة

1. **التعريف اللغوي:** اسم من الانفاق، وهو "بذل المال ونحوه في وجه من وجوه الخير"[3]، والنفقة جمع نفقات والانفاق هو ما ينفق من المال أو ما يفرض للزوجة على زوجها من مال للطعام والكساء والسكنى والحضانة ونحوها في حالات معينة، ويقال على نفقته أي على حسابه[4].
2. **التعريف الاصطلاحي:**

- الحنفية[1]: شرعا هي الطعام والكسوة والسكن وعرفا عند الفقهاء تطلق على الطعام فيقلون نفقة ومسكن وملبس.

1- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص231.

2- الزوجية قد تكون قائمة حقيقتا كما قد تكون قائمة حكما وتكون حكما في حالة المعتدة من طلاق رجعي، وتبقى الزوجية أقوى أسباب وجوب النفقة لأنها معاوضة في مقابل الاستمتاع فلهذا لا تسقط مع مرور الزمن على عكس نفقة الأقارب. محمد بن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج13، ص498. فهذا ما يفسر إمكانية طلب الزوجة للتفريق بسبب عدم الانفاق الذي عرفه فقهاء الشريعة الإسلامية وتبناه ق أ ج.

3- المعجم الوسيط، ص936.

4- مجاني الطلاب معجم لغوي عربي، دار المجاني، ط01، بيروت، 2004 ص855.

- المالكية[2]: "ما به قوام معتاد الادمي دون سرف".
- الحنابلة[3]: كفاية من يمونه خبزا وأدما وكسوة وتوابعها.

ولم يعرق ق أ ج النفقة وإنما اكتفى بتبيان مشتملاتها في نص المادة 78، ويعرفها المشرع قانون الأحوال الشخصية اليمني تعريف جيد في نص المادة 149منه بنصها " النفقة هي المؤن اللازمة في مال الشخص لغيره لسبب أو نسب..."

ومنه يمكن تعريف النفقة الزوجية بأنها ذلك الإداء المالي الذي يقع على عاتق الزوج لفائدة زوجته لأجل معيشتها من طعام وشراب وملبس ومأكل وعلاج وكسوة...[4].

ثانيا: حكم النفقة الزوجية

يقصد بحكم النفقة الزوجية هنا هو الوصف التكليفي[5] الذي تعتريه والنفقة الزوجية على غرار الصداقأجمع الفقهاء على أنها واجبة على الزوج باعتبارها أثر من آثار الزواج الصحيح فهي من حقوق الزوجة تثبت لها بمقتضى العقد غنية كانت الزوجة أو فقيرة مسلمة كانت أو كافرة[6]، وق أ ج أخذ بهذا الحكم وهذا ما يتجلى من نص المادة 74،ودليل وجوب النفقة متين إذ نجد لها نصيب في الأدلة المتفق عليها من القرآن، فالسنة إلى اجماع العلماء نهاية إلى القياس.

- دليل وجوب النفقة الزوجية في القرآن: نجده في قوله تعالى:﴿**وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾البقرة (233) والمراد بهن الزوجات من الامهات[7]، وقوله تعالى في حق المطلقات: ﴿ **أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ** ﴾الطلاق (06) فإذا كانت للمعتدة الحق في السكنى فحق الزوجة أوجب.

1- ابن عابدين، رد المحتار، ج05، ص278.

2- وهذا التعريف ذكره ابن عرفه نقلا عن . مسعود بوعزة، فقه الأسرة من كتاب" الشامل في الفقه" للشيخ بهرام بن عبد العزيز الدميري . دراسة وتحقيق بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، شعبة أصول الفقه، 2007/2006، ص322.

3- محمد بن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج13، ص457.

4- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص223.

5- الوصف التكليفي أو الحكم الشرعي التكليفي عند جمهور الفقهاء وهو على خمسة أضرب واجب، مستحب، مباح، مكروه، حرام.

6- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص231.

7- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج01، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، د ت ن ص233.

- دليل وجوب النفقة الزوجية من السنة: نجده في قوله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع "**ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف**"[1].
- دليل وجوب النفقة الزوجية من الاجماع: انعقد الاجماع من عصر الصحابة إلى اليوم على وجوب نفقة الزوجة على زوجها[2].
- دليل وجوب النفقة الزوجية من القياس: إذا كان وجوب النفقة الزوجية ثابت بالعقد إلا أنه معلق على بشروط منها وجود الاحتباس[3]، ويقصد باحتباس الزوجة تفرغها لشؤون زوجها وعياله، ومن القواعد المقررة فقها أن من حبس لمصلحة غيره وجبت نفقته على هذا الغير[4].

ثالثا: مشتملات النفقة

مشتملات النفقة أو حدود النفقة ويقصد بها الأمور التي تشملها ويمكن استنباطها من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية[5]، وإذا كان وجوب النفقة من الثوابت في أحكام الفقه الإسلامي إلا أن ماهيتها وما يندرج تحتها منه ما هو ثابت كالطعام والكسوة ومنه ما هو متغير كالخدم وآلة التنظيف[6]، ومنه سنرى مشتملات النفقة في كل من الشريعة الاسلامية وق أ ج.

1. مشتملات النفقة في الفقه الإسلامي

- عند الحنفية[7]: وتشمل المأكل والملبس والمسكن.
- عند المالكية[8]: وتشمل الاطعام والسكن والخادم والة التنظيف والادام.
- عند الشافعية[1]:وتشمل الطعام والكسوة الادام والة التنظيف ومتاع البيت والسكنى والخادم إذا كانت ممن تخدم.

1- أخرجه مسلم، كتاب الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم، حديث1218، وابن ماجة، كتاب المناسك، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم، حديث3074.

2- ابن قدامة، المغني، ج10، ص348. . ابن رشد، بداية المجتهد، ج02، ص54.

3- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص234.

4- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص232.

5- محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، ط01، عمان، 2008، ص221.

6- ليلى مصطفى مواسي، الثوابت والمتغيرات في الأحكام الفقهية المتعلقة بالمرأة في مجال الأحوال الشخصية (دراسة فقهية قانونية)، رسالة ماجستير، جامعة الخليل، كلية الدراسات العليا، قسم القضاء الشرعي،2011، ص264.

7- ابن عابدين، رد المحتار، ج05، ص278.

8- ابن جزي، القوانين الفقهية، ص378. . الصادق الغرياني المرجع السابق، ج03، ص638.

- عند الحنابلة[2]: وتشمل خبز واداما وكسوة وتوابعها وسكن وكل هذا بما يليق بمثيلاتها.

2. مشتملات النفقة في قانون الأسرة

تنص المادة 78من قانون الأسرة على ما يلي:

" تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"

من خلال نص هذه المادة تجلى مشتملات النفقة في التشريع الجزائري والمتمثلة فالآتي:

الطعام والشرب، الملبس والكسوة، العلاج وكل ما يعتبر من الضروريات حسب العرف والعادة.

وما يلاحظ على الترتيب أنه جاء على سبيل لا على سبيل الحصر وهذا يظهر من خلال تكملة هذا النص بالعرف السائد، ومن المسائل التي تدخل ضمن العرف والعادة مصاريف الدراسة وتسديد فواتير الكهرباء والغاز وشراء الة التنظيف.

الفرع الثاني: شروط وجوب النفقة

خصص هذا الفرع لشروط وجوب النفقة موازي لمبادئ عامة لها لأن النفقة الزوجية تتأُثر بالدخول من هذه الزاوية فكان لا بد من إعطاءه شيء من العناية، وكما تقدم معنا أن النفقة الزوجية واجبة بالعقد إلا انها معلقة على مجموعة من الشروط سواء في الفقه الإسلامي أو في قانون الأسرة الجزائري ولهذا سيُبحث في الفقرة الأولى عن شروط وجوب النفقة في الفقه الإسلامي والقرة الثانية شروطها في قانون الأسرة الجزائري.

أولا: شروط وجوب النفقة في الفقه الإسلامي

اتفق جمهور الفقهاء في مجوع الشروط الواجب توافرها لوجوب النفقة الزوجية وخالفهم المالكية في بعض الشروط.

1. شروط وجوب النفقة عند جمهور الفقهاء

- ضرورة قيام علاقة زوجية صحيحة بين الرجل والمرأة ليلتزم بالنفقة فلا نفقة بالزواج غير الصحيح، حتى وإن صاحبه دخول وعشرة بين الزوجين[3].

1- الشربيني، مغني المحتاج، ج05، ص151.

2- محمد بن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج13، ص457.

3- دران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص235.

- أن تكون الزوجة كبيرة يمكن وطئها والدخول بها[1]، وهذه المسألة تختلف من امرأة لأخرى ولا يعتد بالسن كمعيار يسري على جميع النساء،أو يمكن القول كفاية الزوجة لصالحيتها للاستمتاع والمعاشرة الزوجية وقادرة على القيام بواجباتها المنزلية[2].
- ألا يفوت حق الزوج في احتباس الزوجة دون مبرر شرعي أو لسبب لا يعود للزوج فإذا امتنعت عنه الزوجة أو منعها من هو مولي عليها إلى الانتقال إلى بيت الزوجية لعدم قبضها مؤجل صداقها مثلا وجبت نفقتها[3].
- أن تمكن المرأة نفسها تمكين تاما إما بتسليم نفسها أو بإظهارها استعدادها لتسليم نفسها سواد دخل بها أم لم يدخل[4].

فهذه هي شروط وجوب النفقة عند جمهور الفقهاء أما عن أهل الضاهر فلا يرون ضرورةتوافر أي شرط من هذه الشروط لوجوب النفقة إذ تجب النفقة حسب فهمهم لحظه إبرام عقد الزواج سواء دخل بها أم لم يدخل دعته للدخول أم نكلت،وبهذا تكون النفقة الزوجية في نظرهم أثر خالص من أثار الزواج وتستحقها مطلقا بعقد الزواج الصحيح.

2. شروط وجوب النفقة عند المالكية

إهتم المالكية بشروط وجوب النفقة إهتمام بالغا على غرار إهتمامهم بكتاب النكاح بصفة وما تعلق به من كتب في الفقه، إذ جعلوا من الدخول فيصل يَتحكم في شروط وجوب النفقة حيث فرقوا بين المدخول بها وغير المدخول بها.

أ. **الزوجةغيرالمدخول بها**:إن الزوجة غير المدخول بها لا ينتفع منها الزوج بشيء ومنه لا تستحق منه نفقة إلا بتوافر الشروط التالية:

- التمكين من الدخول[5] ويتحقق هذا الشرط بأن تدعوا الزوجة زوجها إلى الدخول هي أو وكيلها أو وليها المجبر[6] بعد إعطاءه المدة الكافية لتجهيز نفسه وأمور بيته حسب العرف والعادة[1] فإن لم تحصل هذه الدعوة وامتنعت عن الدخول فلا نفقة لها.

1- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج07، ص789.
2- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص230.
3- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص235.
4- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج07، ص789.
5- ابن جزي، القوانين الفقهية، ص 378.
6- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج07، ص791.

- أن تكون الزوجة مطيقه للوطء[2] بأن لا تكون الزوجة صغيرة أو مريضة لا يمكن الاستمتاع وأما إذا دخل بها وهي على هذه الحالة وجبت نفقتها بشرط بلوغه[3].
- أن يكون الزوج بالغا[4] ومؤاد هذا الشرط أن يكون الزوج قادر على الوطء.
- ألا يكون أحد الزوجين مشرف على الموت عند الدعوة إلى الدخول فإن لم يدخل فلا نفقة لها وإن دخل لها نفقتها[5].

كانت هذه شروط الزوجة غير المدخول، وفيما يلي شروط الزوجة المدخول بها التي تتميز بالتساهل لما للدخول من أثر كبير في وجوب النفقة.

ب. الزوجة المدخول بها:تستحق الزوجة المدخول بها في زواج صحيح النفقة بتوافر شرطان منطقيان فقط ومن هنا يظهر أثر الدخول في وجوب النفقة الذي يعفي شرطان من الشروط المتعلقة بغيرالمدخول بها.

- أن يكون الزوج موسراأي قادر على الإنفاق وإذا أيسر الزوج بعد عسره وفاتتها نفقتها منه رجعت عليه بمقدار ما فاتها[6].
- أن تبدي الزوجة استعدادها للقيام بالحقوق الزوجية المتفق عليها شرعا فلو فوتت ذلك بالنشوز[7] مثلا سقطت نفقتها أو تركت حقوق الله كالصلاة والصيام سقط حقها في النفقة[8]، ويبدو هذا الرأي

1- الصادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ج03، ص639.

2- ابن جزي، القوانين الفقهية، ص378.

3- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج07، ص791.

4- ابن جزي، القوانين الفقهية، ص387.

5- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج07، ص791.

6- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وادلته، ج07، ص791.

7- على ذكر النشور يجوز طرح موضوع النشور في قانون الأسرة الجزائري من تاريخ صدوره إلى غاية تعديله، وما بعد تعديله، فقانون الأسرة قبل التعديل كان يتضمن نص يقضي بسقوط نفقة الزوجة الناشز المادة 37، لكن بعد التعديل ألغيت هذه المادة من قانون الأسرة مع بقاء هذا الحكم ثابت في الفقه الإسلامي، فهاهنا يطرح التساؤل حول مصير النشوز أوساط المجتمع الجزائري هل يمكن للقاضي أن يرجع لأحكام الشريعة الإسلامية اعملا للمادة 222 لعدم ورود أي حكم يخص سقوط نفقة الناشز بعد التعديل، أم أن الإرادة التشريعية اتجهت إلى تعطيل العمل بهذا الحكم واستبعداه من التطبيق في المحاكم الجزائرية لعدم انسجامه مع واقع المجتمع ؟

8- الصادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ج02، ص645.

الأخير غريب عند المالكية الذي يقضي بسقوط نفقة المقصرة في حقوق الله كالصلاة الذي لا ينسجم مع جواز تزوج الكافرة الكتابية، وأن الحق في النفقة لا فرق فيه بين الكافرة والمسلمة.

ثانيا: شروط وجوب النفقة قانونا

تنص المادة 74 من قانون الأسرة على ما يلي:

" تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو بدعوتها إليه ببينة مع مراعاة المواد 78و79و80 من هذا القانون".

من خلال هذا النص وبعض النصوص الأخرى من ق أ ج ومختلف التطبيقات القضائية في هذا الشأن تظهر شروط وجوب النفقة في ق أ ج ويمكن حصرها في ثلاث شروط هي:

1. **العقد الصحيح:** يجب أن يكون الزواج صحيح مستوفي لجميع شرائطه القانونية مع وجود شرط الاحتباس الذي يكون من الزوج على زوجته أو الاستعداد له من قبل الزوجة ولا نفقة للمعقود عليها بزواج باطل أو فاسد[1]، ولم ينص قانون الأسرة على هذا الشرط صراحة إلا أن المحكمة العليا أشارت إلى هذا الشرط ضمنيا حيث جاء في أحد قرارتها ما يلي: " من المقرر شرعا بأن النفقة حقثابت من حقوق الزوجية..."[2] ولفظ الزوجية هنا حتما يفيد الزوجية الصحيحة لأن الزواج الباطل لا يرتب أي أثر من الأثار الشرعية.
2. **الدخول بالزوجة أو دعوتها إليه:** وهذا هو الشرط الصريح الذي جاءت به المادة 78 وهو الدخول بالزوجة أو دعوتها له.

أ. **الدخول بالزوجة:**إذا تحقق الدخول الحقيقي بالزوجة فتجب لها النفقة مطلقا ويلحق به الدخول الحكمي الخلوة الصحيحة . لأن الخلوة أعلى درجة من الدعوة إلى الدخول فمن باب أولى يكون الدخول الحكمي عامل موجب للنفقة للزوجية، وهذا ما أكده أحد قرارات المحكمة العليا الذي جاء فيه " من المقرر شرعًا أن انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية واختلاء الزوج بها في بيته وغلق بابه عليها وهو ما يعبر عنه شرعا (بإرخاء الستور) أو (خلوة الاهتداء) يعتبر دخولا فعليا وتترتب عليه الأثار الشرعية...

1- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص440.

2- المجلس الأعلى، غ ق خ 1971/02/10، ن ق، 1972، عدد02،ص 66، نقلا عن لعلى سعادي، المرجع السابق، ص177.

ومن المقرر أيضا أن الدخول المسلم به يوجب العدة حتى لو اتفق الطرفان على عدم الوطء ويوجب نفقتها ونفقة ماقبلها في غياب المسقط عليها..."[1].ولا تعارض بين نص المادة السابقة ونص المادة 75[2] من قأج، التي يقضي بأن نفقة البنت على أبيها لا تسقط ببلوغها إذا لم يكن لها مال وإنما تسقط بالدخول بها، ولأن الأنثى ليست ملزمة بالنفقة على نفسها إذا لم يكن لها مال وكان لها من يعيلها فنفقتها من أبيها تنتقل إلى زوجها بالدخول بها.

ب. دعوة الزوجة لزوجها بالدخول: هنا عطف المشرع الدعوة بالدخول على الزوجة فقط، وقد تكون الدعوة من قبل الزوجة مباشرة منها وبأي وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة كما قد تكون غير مباشرة كأن تبعث دعوتها إليه برسول أو وكيل، وهنا وفي هذا المقام يطرح التساؤل حول سلطة الولي في دعوة زوج من هو مولي عليها إلى الدخول وهل يعتد بدعوته قانونا، حسب حرفية نص المادة 74 لا يمكن للولي أن يدعوه إلى الدخول أضف إلى ذلك نص المادة 11 من قأج الذي فرق بين الولاية على البالغة وعلى والقاصرة فالبالغة تتولى زواجها بنفسها والقاصرة يتولى وليها زواجها، ولا يمكنه إجبار القاصرة على الزواج المادة 13من قأج ومن ثم فلا سلطة للولي في حالة البالغة في هذا الشأن ويلحق الحكم بالنسبة للقاصرة الذي وإن كان وليها هو من يتولى زواجها إلا أنه لا يملك إجبارها على الزواج ، أما في حالة ما تقدم الولي ودعا زوج من هو مولي عليها للدخول فهنا يكون فضولي والأمر يتوقف على إقرار أو إجازة من الزوجة. ولقد اشترط القانون البينة صراحة بخصوص دعوة الزوجة لزوجها بالدخول وإن كانت البينة كما تجب في الدعوة هي واجبة كذلك بالنسبة للدخول إذا قاعدة البينة على من ادعى قاعدة عامة مقررة لأي إدعاء يدعيه ملتجأ إلى القضاء طالب حق معين.

3.صلاحية الزوجة للمعاشرة: ومفاد هذا الشرط هو صلاحية الزوجة للاستمتاع بها والاستفادة منها في تدبير شؤونه كما يعتبر هذا الشرط واجب لتحقيق أغراض الزواج المادة 04 من ق أ ج[3] وما يكفل هذا الشرط في نصوص ق أ ج المادة 07 مكرر من ق أ ج التي إشترطت تقديم شهادة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر لطالبي الزواج التي تثبت خلوهما من الأمراض التي تتعارض مع مقاصد الزواج، وكذلك المادة 07 التي حددت سن الأهلية في الزواج بسن 19 سنة مع إمكانية طلب

1- المحكمة العليا، ملف رقم 55116، مذكور سابقا.

2- تنص المادة 75 على ما يلي: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لأفة عقلية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".

3- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص441.

القاصر ترخيص مسبق بالزواج إذا تحققت مصلحته في الزواج وتأكدت قدرته عليه، فكل هذه دلائل قانونية يستخلص منها شرط ضرورة صلاحية الزوجة للمعاشرة، والمتمعن في هذا الشرط يجده مخاطب للزوج هو الأخر.

فإذا تحققت هذه الشروط المتوقفة على الدخول وجبت نفقة الزوجة على زوج فإن لم يوفي التزامه بها من تلقاء نفسه كان للزوجة أن تلجأ للقضاء وترفع دعوى استحقاق النفقة وفق الإجراءات التي رسمها ق إ م إ.

المبحث الثاني: أُثار شخصية غير مالية

يقصد بالأثار الشخصية هنا، تلك النتائج المترتبة عن الدخول غير المقومة بمال، وآثار الدخول الشخصية في هذا الفصل، منها ما هو متعلق بإثبات النسب، ومنها ما يؤثر على صحة الزواج من حيث إنعقاده، ويخرج النسب من هذا المبحث لعدم إشتراط المشرع الدخول صراحة لإثباته في الزواج الصحيح[1]، ويبقي تأثير الدخول على شروط عقد الزواج، وهذا يظهر بخصوص الشرط الذي كفلته المادة 09مكرر قأج، وبينت معالمه المواد من 23إلى 30 قأج، آلا وهو ضرورة أن تكون الزوجة محل للعقد[2]، بأن لا يكون بين الزوجين مانع من موانع الزواج، حيث يقصد بالموانع وهو جمع مانع في اصطلاح الأصوليين،هو ما يلزم من وجوده العدم ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته[3]، فترتيب عليه إذا وجد المانع إنعدم معه الزواج المادة 34 قأج، وإذا غاب المانع ليس بالضرورة وجود زواج، وحسب نص المادة 23 وما يليها تنقسم موانع الزواج إلى موانع مؤبدة، وموانع مؤقته، وللدخول تأُثير في بعض موانع الزواج المؤبدة والمؤقتة على حد السواء، ولهذا قسم هذا إلى المبحث إلى مطلبين، عالج الأول منهما تأثير الدخول على الموانع المؤبدة، والثاني تأثير الدخول على الموانع المؤقتة.

المطلب الأول: تأثير الدخول على الموانع المؤبدة

يقصد بالموانع المؤبدة هي التي إذا قامت بقيت مرتبة لأثرها في الحرمة أبد الدهر، ويمكن القول أن سبب الموانع المؤبدة واحد وهو القرابة، أذ نجد للقرابة معنيان معنى خاص،ومعنى عام، إذ القرابة بمعناها

1- واكتفاءه بالنص على إمكانية التلاقي بين الزوجين المادة 41 فمن باب أولى إذا تحقق الدخول تغلب على شرط إمكانية التلاقي وأصبح هذا الشرط متيقن منه بالدخول إلا أننا أخترنا أن نرجئ الحديث عن إثبات النسب إلى الفصل الثاني الذي يعالج مسألة إثبات النسب في الزواج الباطل لما لخطورة مسألة النسب في الزواج الباطل والتي لا يمكن دراستها بعيدا دراسة النسب في الزواج الصحيح ولأن النسب في الزواج الصحيح لا يخلق جدل كبير على عكس الزواج الباطل فلكل هذه الاعتبارات نظرنا انه مكانه الأليق في الفصل الثاني.

2- محمد سمارة، المرجع السابق، ص70.

3- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج1، ص102.

الخاص ترافد لحمة النسب أو الدم وهي التي عنتها المادة 126[1] قأج، أما المعنى العام وهو المقصود كونه السبب الجامع للموانع المؤبدة نجد القرابة فيه على ثلاثة أضرب، قرابة نسب وسببها الدم المادة 32و33[2] قمج وقرابة مصاهرة وسببها عقد الزواج المادة 35[3]ق م ج، وقرابة رضاع سببها الرضاع المادة 28[4]ق أ ج، فهذه هي أنواع القرابة[5] تفصيلا، وبما أن مجال البحث هو تأثير الدخول على الموانع المؤبدة، والدخول لا يمكن تصوره إلا إزاء عقد زواج، فمنه يُستخلص أن الدخول لا يؤثر إلا في الحرمة التي سببها عقد زواج، وهي حرمة المصاهرة.

ولما كانت قرابة المصاهرة تربط بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الأخر،وجب تبيان الأنواع التي تنصرف لها الحرمة دون غيرها، وما دور الدخول فيها، ولما كانت رابطة الرضاع تشبه إلى حد بعيد لحمة النسب يستحسن البحث عن تأثير الرضاع في حرمة المصاهرة، وأخيرا وجب معرفة طبيعة الدخول الذي ينشر حرمة المصاهرة هل هو الدخول الحقيقي أم يُكتفى بالدخول الحكمي.

الفرع الأول: أنواع الحرمة عن طريق المصاهرة

حسب نص المادة 35 ق م ج فإن قرابة المصاهرة تجمع أحد الزوجين بأقارب الزوج الأخر، فأم الزوجة مثلا النسبية تعتبر أم لزوجها من المصاهرة، وبنت عمتها النسبية كذلك تعتبر بنت عم لزوجها من المصاهرة وهكذا، وليست كل قريبة من المصاهرة محرمة كما هو الحال في قرابة النسب، وإنما هي محصورة في أربع أصناف، ثلاثة منها تحرم بموجب عقد الزواج الصحيح بغض النظر عن تحقق الدخول

1- تنص على ما يلي" أسباب الإرث: القرابة، والزوجية".

2- تنص المادة 32 قمج، على ما يلي: "تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد"، كما تنص المادة 33 ق م ج على ما يلي:"القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع.

وقرابة الحواشي هي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعا للأخر"

3-تنص المادة 35 على ما يلي" يعتبر أقارب أحد الزوجين في نقس القرابة والدراجة بالنسبة إلى الزوج الأخر".

4- تنص المادة 28 على ما يلي: "يعد الطفل الرضيع وحده دون أخوته وأخواته ولدا للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها، ويسري التحريم عليه وعلى فروعه".

5- إن المشرع نص على كل من قرابة النسب وقرابة المصاهرة في الكتاب الأول من ق م ج، في أحكامهالعامة، مما يوحي أن أُثرهما لا يقتصر على ترتيب حرمة ف الزواج، إنما يمتد ليرتب أثر كرد القضاة، الشهادة... وهذا على عكس قرابة الرضاع التي حصر المشرع النص عليها في الفصل الثاني موانع الزواج من الكتاب الأول في ق أ ج، مما يوحي أن أثرها يقتصر على حرمة الزواج ولا يمتد إلى غيره.

أو تخلفه[1] المادة 26 ق أ ج فقرات1و3و4، مع وجود صنف واحد واجب فيه الدخول لنشر الحرمة بالزواج الصحيح المادة 26 ق أ ج فقرة 2.

أولا: الأنواع التي تحرم بمجرد العقد الصحيح

- زوجة الأصول وإن علو عصبة كانوا أو ذوي أرحام كزوجة الأب وزوجة الجد لأب أو لأم[2]مصداقالقوله تعالى:﴿**وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ** ﴾النساء (22).
- زوجة الفروع إن نزلوا سواء كن عصبات أم ذوي أرحام كزوجة الابن وزوجة ابنالابن وابن البنت[3]لقوله تعالى:﴿**وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ**﴾النساء (23).
- أصول الزوجة وإن علو كأم الزوجة وجدتها سواء من جهة الأب أو جهة الأم[4] لقوله تعالى: ﴿**وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ**﴾النساء (23)، وذهب بعض الفقهاء إلى أن أم الزوجة لا تحرم إلا بالدخول لما روي عن ابن مسعود وزيد ابن ثابت[5]، لكن ما عليه أغلب الفقهاء هو أنها تحرم بموجب العقد.

فهذه الحالات المتقدمة الحرمة إنما هي مترتبة عن العقد الصحيح وهذا ما أخذت به المادة 26 في الفقرات 1،3،4، أما إذا كان العقد ليس بصحيح فلا يرتب أي أثر بما فيها نشر الحرمة، اللهم إذا عقبه دخول حقيقي فهنا تترب بعض الأثار بما فيها نشر حرمة المصاهرة[6]، ويلحق بهذا الحكم الوطء بشبهة واختلف الفقهاء فيما يتعلق بالزنا[7].

ثانيا: النوع الذي لا تقع به الحرمة إلا بالدخول

1- ابن جزي، القوانين الفقهية، ص358.

2- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج07، ص 132.

3- وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 132.

4- وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 132.

5- وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ج36 مأُتم . مَرَض، دار الصفوة، ط01، الكويت 1995، ص214.

6- بدران أبو العينين بدران، المرجع نفسه، ص86.

7- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص229.

- وهو فروع الزوجة وإن نزلت أي الربائب، ويشمل هذا النوع على البنات وبنات الأولاد سواء كن من زواج سابق لفرقتها مع زوجها أو كن ناتجين عن زواج لاحق لفرقتها[1]، ودليل هذا في قوله تعالى:

﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾النساء (23).

وسميت ربيبة لأنها تتربى في حجر زوج أمها فهو يقوم بأمرها ويرعى شؤونها[2]، وربيبة الزوج اشترط الله تعالى فيها شرطين لكي تحرم وهما:الأول أن تكون في الحجر والثاني أن يكون قد دخل بأمها.

وهذان الشرطان ذكر الله تعالى مفهوم أحدها ولم يذكر مفهوم الأخر وقالتعالى:

﴿فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾النساء (23). ولم يقل إم لم يكن في حجوركم فلا جناح، فالله سبحانه وتعالى صرح بمفهوم القيد الثاني وهو قوله:﴿**اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ**﴾، وسكت عن مفهوم الأول فيستدل بهذا على أن القيد الأول غير معتبر وهذا ما عليه جمهور الفقهاء[3]، خلافا للضاهرية الذين يرون أن هذا القيد معتبر[4].

وفي هذه المسألة نظم فقهاء الشريعة الإسلامية قاعدة فقهية –ضابط فقهي–يلخص هذه المسألة الذي تنص على أن " العقد على البنات يحرم الأمهات، والدخول بالأمهات يحرم البنات"[5]، و ق أ ج تبنى هذا القاعدة وهذا ما يظهر من خلال الفقرة الثانية من المادة 26.

الفرع الثاني: تأثير الرضاع على حرمة المصاهرة

ذهب الأئمة الأربعة من حنفية[6]، ومالكية[7]، وشافعية[1]، وحنابلة[2]، وحتى أهل الضاهر،[3] إلى أنه يثبت التحريم إذا كانت القرابة من رضاع، فهو كالنسب في نشر حرمة المصاهرة، فالبنت المدخول بأمها من

1- محمد بن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج12،ص122.

2- الموسوعة الكويتية، ج36 مأُتم . مَرَض، ص216.

3- محمد بن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج12، ص122.

4- ابن حزم، المحلى بالآثار، تحيق عبد الغفار سليمان البندراي، ج09، دار الكتب العلمية، ط01، بيروت، 2003، ص141.

5- جلال حسين أبو حديد، القواعد والضوابط الفقهية في مسائل الأحوال الشخصية عند الشافعية، رسالة مقدمة لاستكمال درجة الماجستير في القضاء الشرعي، جامعة الخليل، كلية الدراسات العليا، برنامج القضاء الشرعي،2014، ص106.

6- ابن الهمام، فتح القدير، ج03، ص199. ابن عابدين، فتح القدير، ج04، ص105.

7- ابن جزي، القوانين الفقهية، ص 358. ابن رشد، المرجع السابق، ج02، ص33.

رضاع تحرم على زوج أمها من الرضاع، والأم المدخول بها في عقد زواج فاسد تحرم على زوجها بنتها من رضاع، وهكذاواإستدلوا في هذا الحكم بعموم الآيات التي عالجت مسألة التحريم، وقوله صلى الله عليه وسلم "**يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب**"[4]، فترتيب عليهم لا تحرم البنت من الرضاعة إذا تم الدخول بأمها من الرضاع.

إذا كان الأئمة الأربعة يرون أنه يحرم من النسب ما يحرم من الرضاع ما يحرم من المصاهرة، إلا أن شيخ الإسلام إبن تيمية وهو صاحب ضلع في الفقه الإسلامي،الذي عرف بتوجهه الحنبلي، لا يرى أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من المصاهرة للحديث السابق لأن الحديث يدل بمفهومه على أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب،ولا يدل على أنه يحرم من الرضاع ما يحرم بغير نسب ،فيجوز للرجل الزواج من بنت زوجته من الرضاع بعد الدخول بها[5]، كما يزيد انه يجوز الجمع بينهما، والشيخ ابن العثيمين وهو من المعاصرين، يوافق إبن تيمية في أنه لا يحرم من الرضاع ما يحرم من المصاهرة، إلا أنه يخالفه في جواز الجمع بين الأم وبنتها من الرضاع في عصمة رجل واحد، لأنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، والجمع حرم بالنسب فيتبعه الرضاع ويحرم به الجمع، فيباح للرجل أن ينكح بنت زوجته السببية بعد مفارقة أمها وبعد انقضاء عدتها[6].

الفرع الثالث: طبيعة الدخول الذي يوجب حرمة الربيبة.

لا جدال في حالة تحقق الدخول الحقيقي فقها وقانونا بمعنى الوطء سواء بالنسبة للنوع المشترط فيه الدخول وهو الربيبة، أو الأنواع التي لا يشترط فيها دخول إذا كان الزواج غير صحيح وعقبه دخول حقيقي، ففي كل هذه الحالات تنتشر حرمة المصاهرة تأبيدا، إلا أن الفقهاء إختلفوا في الخلوة الصحيحة،أوما إصطلاحنا عليه الدخول الحكمي، في أثرها في ترتيب الحرمة حيث ذهب كل من:

1- الشربيني، المرجع السابق، ج04، ص290. ابي حامد الغزالي، الوجيز في فقه الامام الشافعي، ص284.

2- عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، شرح عمدة الفقه للموفق ابن قدامة،قرأه وقدم له عبد العزيز آل الشيخ، مكتبة الرشد، الرياض ط02، 1429هـ، ص 1284.

3- ابن حزم المرجع، المحلى، ج09، ص131.

- أخرجه، كتاب الشهادات، باب الشهادة على الأنساب والرضاع، حديث رقم2645. ابن حجر العسقلاني، سبل السلام، 4كتاب الرجعة، باب الرضاع، ص589

5- عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، المرجع السابق، ص1284.

6- محم بن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج12،ص124 ،124 ،126.

- الحنفية[1]: إلى أن الخلوة الصحيحة توجب حرمة المصاهرة قطعا، إلا أنهم اختلفوا في الخلوة الفاسدة، واشترط أبي حنيفة النظر لشهوة إلى أعضاء الجسم بجانب الخلوة.
- المالكية[2]: لا يرون أن الخلوة ترتب أثر في نشر الحرمة خلافا لمقدمات الوطء من تقبيل واللمس والنظر لشهوة.
- الشافية[3]: والشافعية في هذه المسألة سارو إلى ما سار إليه المالكية، فالخلوة لا تنشر حرمة المصاهرة.
- الحنابلة[4]: يرون أن الخلوة الصحيحة موجب لحرمة المصاهرة في حالة الربيبة وتحريمها على من اختلى بأمها.

ومختصر القول إن الخلوة الصحيحة كافية لنشر الحرمة في نظر الحنفية، والحنابلة، وغير كافية لنشر الحرمة لدى المالكية، والشافعية، وفي هذا المقام الأخذ برأي المالكية لأن الآية اشترطت الدخول صراحة.

وما سبق كان على صعيد الشريعة الإسلامية، ويقابله في ق أ ج أن الدخول الحقيقي تثبت به الحرمة، وفي ظل سكوت المشرع عن الخلوة الصحيحة فإن القضاء ألحقها بالدخول الحقيقي، وجعل منها قرينة قاطعة على تمام الدخول وهذا حسب المبدأ الذي جاء به أحد قرارات المحكمة العليا " الخلوة الصحيحة، بعد توفر أركان الزواج، تجعل الدخول قد تم شرعا."[5]

المطلب الثاني: تأثير الدخول على الموانع المؤقتة

يقصد بالموانع المؤقتة هي التي إذا قامت لا تبقى مرتبة أثرها في الحرمة أبد الدهر،إنما هي معرضة للزوال، وهذه الموانع عديدة ومتنوعة،منها ما يزول مع مرور الزمن كحرمة نكاح المعتدة، ومنها ما لا بد من توافر بعض المقومات والشروط لزوالهاكحرمة المطلقة ثلاث، ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 30[6]ق أ ج على أنواع المحرمات المؤقتة، ومن هذه الموانع مانع العدة، ومنع الزوج من نكاح مطلقته

1- ابن عابدين، رد المحتار، ج04، ص104.

2- ابن رشد، بداية المجتهد، ج02، ص33. . ابن جزي، القوانين الفقهية، ص358.

3- الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص292. ابن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج07، دار الكتب العلمية، ط03، بيروت، 2003، ص127.

4- شرف الدين بن أحمد الحجاوي، زاد المستقنع في اختصار المقنع، حققه عبد الرحمان بن علي بن محمد العسكر، دار الوطن، د ت ن، ص164.

5- المحكمة العليا، غ أ ش 2002/05/08، ملف رقم289545، م ق 2004، عدد02، ص373.

6- تنص المادة 30 على ما يلي "يحرم من النساء مؤقتا:المحصنة،المعتدة من طلاق او وفاة،المطلقة ثلاث، ...".

ثلاث، فالمعتدة تُمنع من الزواج طيلة أيام العدة، ولا يسري هذا التحريم على الرجل الذي كان زوج ها قبل الفرقة التي تسببت في العدة، بينما حرمة المطلقة ثلاث تقوم في حق مطلقها فقط ولا تقوم بحق غيره منالرجال، ولقد خصصنا هذان المثلان بالذكر لإتصالهما بفكرة الدخول، حيث يؤثر هذا الأخير في العدة من حيث وجوبها، كما يؤثر في حرمة المطلقة ثلاث من زاوية تحليلها لمطلقها.

ولهذا قُسم هذا المطلب إلى فرعين، يتناول الفرع الأول العدة كمانع من موانع الزواج، والفرع الثاني شروط تحليل المطلقة ثلاث.

الفرع الأول: العدة وسبب وجوبها

في هذا الفرع سنحاول تعريف العدة في اللغة والاصطلاح ثم تبيان أسباب العدة وفي هذه الأخيرة تتجلى علاقة العدة بالدخول ومدى تأثيره فيها.

أولا: تعريف العدة

1. **في اللغة:** والعدة مقدار ما يعد ومبلغه وعدة المطلقة والمتوفى عنها زوجها وهي مدة حددها الشرع تقضيها المرأة دون زواج بعد طلاقها أو وفاة زوجها[1] من العد الإحصاء والحساب وعدة المرأة أيام أقرائها وأيام إحدادها على الزوج[2].
2. **في الاصطلاح:** ولقد ذكر الفقهاء تعريفات كثيرة للعدة متباعدة في ألفاظها متقاربة في معناها، ولم يعرف ق أ ج، العدة وإنما اكتفى بالإشارة إليها فقط، ومن تعريفات العدة أنها ذلك الأجل الذي فرض على المرأة شرعا لانقضاء ما بقي من أثار الزواج[3]، أو هي اسم المدة التي تظل فيها المرأة

– فهذه المادة هي التي حددت الموانع المؤقتة، ولقد استعمل المشرع لفظ المحصنة و يقصد بها المتزوجة، والإحصان في لغة فقهاء الشريعة صفة تنسب للرجل والمرأة على حد السواء ويكون الانسان محصن بعد عقد زواج صحيح وبعد الدخول الحقيقي لا الخلوة الصحيحة، وهذا الأثر للدخول الحقيقي يظهر في مجال نظام العقوبات الإسلامي وتحديدا فيما يخص حد الزاني غير المحصن يجلد 100 جلدة أما المحصن فجزاءه الرجم بالحجارة حتى الموت–مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام إخراج جديد بتطوير في الترتيب والتبويب، وزيادات، ج02، دار القلم،ط01، دمشق، 1998، ص674.

1– المعجم الوسيط، ص587.

2– مجد الدين الفيروزبادي، القاموس المحيط، تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، ط08، بيروت، 2005، ص297.

3– بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص455.

ممتنعة عن الزواج بعد وفاة زوجها أو طلاقها منه[1]، والمعنى الثاني هو الذي جاءت به الفقرة الثانية من المادة 30 ق أ ج.

وهذه المدة التي تتربص فيها المرأة عن الزواج، تختلف في حال الطلاق، وحالة الوفاة، كما تتحكم فيها حال المرأة، عما إذا كانت حامل، أو غير حامل، من ذوات الحيض، او يائسة من المحيض، وهذه الحالات يصطلح عليه أنواع العدة.

ثانيا: سبب العدة

العدة واجبة على الزوجة، وسبب وجوبها هو الفرقة[2] بين الزوجين، والفرقة بين الزوجين في الزواج الصحيح حسب المادة 47[3]ق أ ج تكون إما بطلاق أو بوفاة، ومن مقاصد العدة أنها شرعت لبراءة رحم المرأة منعا من اختلاط الأنساب، والمتمسك بهذه الحكمة من العدة يحكم مبدئيا بأن الدخول واجب لثبوت العدة، وهذا ما سيبحث من خلال العنصرين الآتيين:

1. الطلاق سبب موجب للعدة

تنص المادة 58 من قانون الأسرة على ما يلي:

" تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاث قروء واليائس من المحيض بثلاث أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق"

بينت هذه المادة أنواع العدة، والسبب غير المباشر الذي تجب به العدة، وهو الدخول فحسب صريح هذه المادة الطلاق وحده مجرد عن الدخول، أو ما يعرف بالطلاق قبل البناء،وهو جائز شرعا وقانونا،لا تجب به العدة، وهذا الحكم مجمع عليه لدى فقهاء الشريعة الاسلامية[4]، ومستند الإجماع

1- لعلى سعادي، المرجع السابق، ص331.

2-الفرقة بين الزوجين قد تكون في الزواج الصحيح بطلاق أو وفاه، كما قد تكون في الزواج غير الصحيح عن طريق المتاركة، والعدة قد تكون أثر من أثار الزواج غير الصحيح، وستُبحث في مكانها من الفصل الثاني.

3- تنص المادة 47، على ما يلي " تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة."

4- ابن جزي، القوانين الفقهية، ص400.- إذا كان المشرع وفق في تبينه الحكم الشرعي المجمع عليه القاضي بأن المطلقة غير المدخول بها لا عدة عليها، إلا أنه لم يوفق في صياغة نص المادة 58 باستعماله مصطلح التصريح، وكأنه عطف به على الفرقة التي يوقعها الزوج، وهي الطلاق بالإرادة المنفردة، وأغفل الفرق الأخرى التي يوقعها القاضي من خلع، وتطليق فالقاضي يصدر حكم بالطلاق ولا يصرح بالطلاق، فهل هذا يعني أن العدة التي قصدها المشرع تجب في الطلاق بالإرادة المنفردة تاركا الفرق الأخرى إلى الشريعة الإسلامية المادة 222، أم أنه يقصد بالتصريح بالطلاق حكم القاضي به.- إن هذه المشكلة مردها تضارب نصوص ق أ ج فيما يخص تنظيمه للطلاق فتارة جُعل من الطلاق صورة كبيرة تحمل في طياتها صور عديدة المادة 48، وتارة يفرق بين الطلاق بالإرادة المنفردة، والخلع، والتطليق كما في نص المادة 57.

فيه قوله تعالى:﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ۖ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلً** ﴾الأحزاب (49).

إن هذا الحكم من الثوابت فقها وقانونا، ويزيد في ثبوته قرار المحكمة العليا الذيأكد هو الأخر على أن مانع العدة لا يقوم في حق المطلقة قبل الدخول، حيثجاء فيه ما يلي:

" من المقرر شرعا انه (تستوجب العدة للمرأة المطلقة والمتوفى عنها زوجها ولا تستوجب للمرأة المطلقة غير المدخول بها).

ولما كان ثابتا –في القضية الحال–أن المطعون ضدها طلقت من زوجها الأول قبل الدخول وأعادت الزواج ثانية في الأسبوع الأول من طلاقها، فإن القضاء برفضهم لطلب الطاعن بفسخ الزواج لعدم إتمام العدة من الزواج الأول والحكم بصحة الزواج ورجوع الزوجة إلى البيت الزوجي. طبقوا صحيح القانون ... ذلك أن العدة لا لا تجب على المطعون ضدها التي طلقت قبل الدخول من زوجها الأول وتتزوج من ساعة طلاقها إن شاءت ..."[1].

مما تقدم يفهم أنه بتحقق الدخول الحقيقي وهذا الأخير لا غبار موجب لمانع العدة، لكن في المقابل يطرح التساؤلحول تخلفه، هل يقوم مقامه الدخول الحكمي–الخلوة الصحيحة–في تقرير العدة أم لا؟ في هذا اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية فيما بينهم، كما أن للقضاء الجزائري نظر في هذه المسألة، وهذا ما سيتجلى من خلال الآتي:

أ. **عند فقهاء الشريعة الإسلامية:** اختار جمهور الفقهاء من حنفية[2]، ومالكية[3]، وحنابلة[4]، أن العدة تجب بالخلوة الصحيحة في الزواج الصحيح، ولأن العدة متعلقة بحقوق الله تعالى وحق الله تعالى يحتاط في إيجابه، ولقد خالف الشافعية[5] في الجديد إذ يرون أن العدة لا تجب بالخلوة مجردة عن الوطء ولو كان حراما.

ب. **في قانون الأسرة الجزائري:** أما ق أ ج فلقد استعمل مصطلح دخول والقضاء بدوره رتب على الخلوة الصحيحة أثر الدخول الحقيقي، ولقد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا أن " من المقرر أن انتقال

1- المحكمة العليا، غ أ ش، 1996/06/18، ملف رقم137571، م ق 1997، عدد02، ص93 94.

2- ابن عابدين، رد المحتار، ج05، ص256.

3- ابن جزي، القوانين الفقهية، ص400. خليل، مختصر خليل، ص136.

4- شرف الدين الحجاوي، زاد المستقنع، ص195.

5- الشربيني، مغني المحتاج، ج05، ص79.

الزوجة إلى بيت الزوج واختلاء الزوج بها وعلق بابه عليها وهو ما يعرف (بإرخاء الستور) أو (خلوة الاهتداء) يعتبر دخولا فعليا ويترتب عليه الأثار الشرعية ... ومن المقرر أيضا أن الدخول المسلم به يوجب العدة حتى لو اتفق الطرفان على عدم الوطء..."[1].

2. الموت سبب موجب للعدة:

تنص المادة 59 من قانون الأسرة على ما يلي:

" تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بالفقد"

إن للوفاة أو الموت أثار عديدة آثار عديدة، ومن بين هذه الأثار أنها توجب العدة على المرأة في حالة وفاة زوجها، والوفاة حسب التشريع الجزائري، إما حقيقة المادة 25[2]ق م ج، وإما حكمية المادة 113[3]ق أ ج حيث يقصد بالأولى توقف الدورة الدموية عن الدوران وانقطاع التنفس معها، أما الحكمية فتكون في حال إلحاق المفقود بالأموات، ولا يكون الشخص مفقود إلا بناء على حكم قضائي المادة 109 ق أ ج، فإذا مرت مدة محددة قانونا من تاريخ فقده، أو تاريخ صدور الحكم بفقده، حكم القاضي بموته، وللقاضي سلطة تقديرية في الحكم بموته المادة 113ق أ ج.

وما يلاحظ على نص المادة 59 أن المشرع يوجب العدة على المتوفى عنها زوجها، وكأنه بلفظ المتوفى يقصد الوفاة الحقيقة فقط، لأن زوجة المفقود أوجب عليها العدة بمجرد صدور حكم بالفقد، وبهذا يكون المشرع قد إختلط عليه الأمر فيما يخص حالة المفقود، وحالة الحكم بموت المفقود، أذ المنطلق السليم يقضي بأن زوجة المفقود إذا لم تطلب التطليق لفقدان زجها الفقرة 05 المادة 53 والمادة 112 من ق أ ج بقيت في عصمته إلى أن يحكم بموته وتعتد عدة المتوفى عنها زوجها[4].

1- المحكمة العليا، ملف رقم 55116، مذكور سابقا.

2- تنص المادة 25 على ما يلي: "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته".

3- تنص المادة 113 على ما يلي: "يجوز الحكم بموت المفقود...".

4- لم ينظم المشرع مسألة ظهور المفقود حيا بعد الحكم بموته بالنسبة لزوجته إذا لم تطلب التطليق وتزوجت بعد انقضاء عدتها من يوم صدور الحكم بموت زوجها المفقود فالمسألة هنا بين شقي الرحى هل هي من حق زوجها المفقود المتبين أمر حياته أم هي من حق زوجها الثاني، في هذا يظهر أُثر في غاية من الأهمية للدخول في الفقه الإسلامي إذ يحتكم إليه ويعتبر هو الفيصل لفك هذه المشكلة فلقد أجمع الفقهاء انه إذا لم يدخل بها الزوج الثاني فهي لزوجها الأول لأن الزواج الثاني صحيح في الضاهر لا في الباطن، واختلفوا في حالة ما إذا تزوجت بعد انتهاء عدتها إذا دخل بها الزوج الثاني والفقه المالكي يقرر أنه تسقط عصمة الزوج الأول إذا دخل الثاني بها.

وبالرجوع إلى علاقة عدة المتوفى عنها زوجها بالدخول بالزوجة، من خلال المادة 59 من ق أ ج لم تشترط الدخول صراحة، وبالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي، نجد هذه المسألةثابتة لا غبار عليها، إذ لا يعتبر الدخول في وجوب عدة المتوفى عنها زوجها، فوجوده كعدمه،لقوله تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ۖ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ** ﴾البقرة (234)، وهذا النص ورد مطلق غير مقيد[1].

تقدم معنا وأن قلنا إن من مقاصد العدة شرعت لبراة رحم المرأة، والزوجة المتوفى عنها زوجها غير المدخول بها لا يحتاط معها للتأكد من براة رحمها، لأن أمرها بَين، ومع هذا وجبت العدة بالوفاة في عقد الزواج الصحيح، ومن هنا يُستخلص أن للعدة مقاصد أخرى منها، أنها شرعت للإحداد على الزواج السابق ومظهر من مظاهر الحزن والأسى على الزوج الأول بموته[2].

وإذا كان ق أ جلم ينص على عدم اشتراط الدخول صراحة لوجوب العدة على المتوفى عنها زوجها، إلا أن الاجتهاد القضائي كرس هذا الحكم، حيث صدر أحد قرارات المحكمة العليا الذي جاء فيه ما يليّ ... وحيث أن هذا الوجه على غير أساس ذلك أن الطاعن اختلط عليه الأمر بين المطلقة غير المدخول بها التي لا تجب عليها العدة ولمرأة المتوفى عنها زوجها والتي تكون عدتها أربعة أشهر وعشرة أيام..."[3].

الفرع الثاني: المطلقة ثلاثا وشروط تحليها

إن من مقاصد الزواج دوام العشرة بين الزوجين، ولحفظ هذا المقصد كان لا بد أن يكون الزواج للتأبيد والدوام لا للتأقيت والزوال[4]، ولما كانت عواطف الناس ومشعرهم متقلبة، متغيرة بتغير الزمان، قد يصل الزوجان إلى حد تستحكم فيه النفرة بينهما، ويستحيل معه مواصلة الحياة الزوجية، لذلك أجاز الله سبحانه وتعالى الفرقة بين الزوجين، ومقصد الفرقة هو تحقق أخف الضررين والفرقة بين الزوجين إما

محمدي فريدة (زواوي)، المرجع السابق، ص63.

1- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص457.

2- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص372.

3- ملف رقم137571، مذكور سابقا.

4- محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تقديم حاتم بوسمة، دار الكتاب المصري، القاهرة، دار الكتاب اللبناني، بيروت، 2011، ص282.

تكون طلاق من تلقاء الزوج وإما بطلاق من القاضي وإما بفسخ[1] ولقد اختلف الفقهاء في ضابط ما يعتبر فسخ وما يعتبر طلاق.

إذا كان مجال البحث هو تأثير الدخول على تحليل المطلقة ثلاث، إلا أنه ينبغي التعريج على مفهوم الطلاق بصفة عامة، خاصة أن الطلاق من المواضيع المتصلة بالدخول، وإن كان ق أ ج أغفل النص عليها، إلا أنها من الثوابت في الفقه الإسلامي، مما جعل القضاء يتداركها في اجتهاداته، وهذا ما يدفعنا قبل تناول شروط تحليل المطلقة الثلاثة، التعريج عن الطلاق بصفة عامة، وتبيان مواطن تأثير الدخول فيه.

أولا: الطلاق بصفة عامة

ذكر الفقهاء تعريفات عديدة للطلاق إلا أنها تدور حول معنى واحد ومن تعريفات الطلاق ما يلي:

- الحنفية[2]: هو رفع قيد النكاح في الحال او المآل بلفظ مخصوص.
- الحنابلة[3]: "هو حل قيد النكاح أو بعضه".

من خلال هذان التعريفان، يلاحظ أن الطلاق لا يكون إلا في زواج صحيح، كما قد يكون طلاق رجعي –في المآل، أو بعضه–كما قد يكون بائن –في الحال، رفع قيد–ولهذا سنعرف كل من الطلاق الرجعي، والطلاق البائن وتبيان علاقتهما بالدخول.

1. **الطلاق الرجعي:** هو الذي يملك معه الرجل مراجعة زوجته ما دامت في العدة ولو بدون رضاها لأن الزوجية لاتزال قائمة حكما[4]، فالرجعة هنا بإرادة الزوج ومرتبطة بفترة العدة، وتقدم أن غير المدخول بها لا عدة عليها، وبهذا طلاق غير المدخول بها لا يقع طلاق رجعي، ولا يمكن معه مراجعة زوجته، فإذا كان طلاق غير المدخول بها ليسبطلاق رجعي، فما هي طبيعة طلاق غير المدخول بها؟
2. **الطلاق البائن:** والبائن إما بينونة صغرى وإما بينونة كبرى.

1- الطاهر بن عاشور، المرجع نفسه، ص290

2- ابن عابدين، رد المحتار، ج04، ص423.

3- محمد اب صالح العثيمين، المرجع السابق، ج13، ص05.

4- عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، قدم له محمد أبو زهرة ومصطفى السباعي، دار الفكر، ط 02، 1968، ص126.

أ. **البائن بينونة صغرى:** هو الذي يملك فيه الرجل مراجعة زوجته بعقد جديد[1]، وهو ما كان قبل الدخول،وكذلك الطلاق الرجعي الذي مرت العدة ولم يراجع فيه الزوج زوجته اتفاقا[2]، ولم ينص ق أ ج صراحة على أن الطلاق قبل الدخول يقع طلاق بائنا، إلا أن القضاء سد هذا النقص التشريعي، حيث صدر قرار عن المحكمة العليا جاء فيه ما يلي " الطلاق الذي يقع من الزوج هو طلاق رجعي وحكم القاضي به لا يغير من رجعيته لآنه إنما نزل على طلب الزوج...وأحكام الفقه تنص على أن الطلاق البائن هو ما وقعقبل الدخول، أو وقع بناءًا على عوض تدفعه الزوجة لزوجها لتخلص منه..."[3]، والدخول المقصود هنا هو الدخول الحقيقي ولا يكتفى بالخلوة لكي يقع طلاق رجعي[4].

إذا كان الفقهاء متفقون على أن الطلاق الذي بيد الزوج قبل الدخول طلاق بائنا، إلا أنهم اختلفوا في طبيعة الخلع وهو أحد صور فك الرابطة الزوجية فقها وقانونا، هل هو فسخ أم طلاق بائنا، فالمالكية يرون أن الخلع طلقة بائنة لا رجعة فيها إلا بنكاح جديد برضاها[5]،وق أ ج يعتبر الخلع طلاقا بائنا، لأن الخلع لا يكون إلا بموجب حكم قضائي، وبعد صدور الحكم رتب المشرع الأثر المترتب على الطلاق البائن المادة 50[6] ق أ ج، مما يفهم معه أن الخلع أنه طلقة بائنة. وللخلع شروط منها أن تكون الزوجة مدخول بها، لأنه لا خلع قبل الدخول، وهذا الشرط لم يأتي به القانون وإنما كرسه الاجتهاد القضائي،

1- عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص126.

2- عبد الرحمان الصابوني، المرجع نفسه، ص146.

3-المحكمة العليا، غ أ ش، 1986/02/10، ملف رقم39463، م ق 1989، عدد01، ص117، نقلا عن آ. لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص125.

4-علال ياسين، أثر الطلاق على التوارث بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري، مذكرو مقدمة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون شؤون الأسرة، قطل جامعة 08ماي1945 قالمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسمالحقوق،2012/2011، ص106.

5- أبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، رسالة أبي زيد القيرواني ومعها إيضاح المعاني على رسالة القيرواني، كتبها أحمد مصطفى قاسم الطهطاوي، دار الفضيلة، القاهرة، 2005، ص135.

6- تنص على ما يلي: " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

حيث صدر قرار حديث عن المحكمة العليا جاء بالمبدأ التالي: "طلب الخلع حق للزوجة بعد الدخول وليس قبل الدخول"[1].

ب.الطلاق البائن بينونة كبرى: وهو الطلاق الذي يستنفد فيه الزوج حقه في عدد الطلقات، وعدد الطلقات محدد بثلاث[2] طلقات كحد أقصى[3]، سواء قبل الدخول أو بعده، وبثلاث طلقات تصبح الزوجة مبتوتة، ويقوم مانع مؤقت بحق مطلقها، ولا يمكن له الزواج منها إلا بتوافر مجموعة من الشروط، التي ستبحث في الفقرة التالية.

ثانيا: شروط تحليل المطلقة ثلاث ودور الدخول فيها

الشرط الأول: نجده في قوله تعالى:﴿**فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ۗ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۗ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ** ﴾البقرة (230). إشترطت هذه الآية الكريمة أن تنكح المطلقة ثلاث زوجا بعد مطلقها ثلاث تطليقات مستعملة في ذلك مصطلح نكاح بإضافته إلى المرأة، والفقهاء رغم اتفاقهم على أن لفظ الزواج حقيقة في العقد[4]، إلا أنهم اختلفوا في لفظ النكاح، هل هو حقيقة في العقد كلفظ الزواج أم لا، في هذا ذهب الحنفية[5] إلى أن لفظ النكاح حقيقة في الوطء مجاز في العقد، واختار كل من المالكية[6]، والشافعية[7]، أن لفظ النكاح مجاز في الوطء حقيقة في العقد مجاز في الوطء، ويعزز الشافعية موقفهم في الرد عن الحنفية هو ما روي عن الزمخشري، والزمخشري عالم في اللغة من الحنفية أن لفظ النكاح لم يرد في القرآن إلا بمعنى العقد، بينما

1-المحكمة العليا، غ أ ش، 2006/06/14، ملف رقم 258613، م ق 2006، عدد02، ص421.

2- لما كان نضام الطلاق بهذه الخطورة تكفل الشارع بسن قيود عديدة له، فإحدى هذه القيود أن لا يتجاوز عدد الطلقات ثلاث متفرقات بين الطلقة والأخرى مدة زمنية وجب احترامها، ولا خلاف عند الفقهاء أنه يقع الطلاق ثلاث إذا كانت الطلقات الثلاث محترمة لقيود الطلاق الخاصة بالعدد، ومحترمة لقيود الطلاق بصفة عامة، وهو ما يصلح عليه الطلاق السني، ويقابله الطلاق البدعي، وهو أن يطلقها ثلاث طلقات غير موافقة للنموذج الذي أمر به الله أن يقع به الطلاق، كأن يتلفظ الزوج بلفظ الطلاق بأكثر من واحدة في مجلس واحد كأن يقول أنت طالق طالقطالق، أو أنت طلاق بالثلاث...، فهنا اختلف الفقهاء في وقوع الطلاق ثلاث من عدمه.

3- عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص156.

4- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص287.

- ابن الهمام، فتح القدير، ج03، ص176.أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، ج04، دار المعرفة، بيروت، د ت، 5ص192.

6- شهاب الدين أحمد بن ادريس القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد بوخبزة، ج04، دار الغرب الإسلامي، ط01، بيروت، 1994، ص190.

7- الشربيني، مغني المحتاج، ج04، ص200. الرملي، نهاية المحتاج، ج06، ص176.

يرى الحنابلة[1]، أن لفظ النكاح مشترك بين العقد والوطء بحسب ما اضيف له، فإن أضيف إلى أجنبية قصد به العقد وإن أضيف إلى مباحة قُصد به الوطء.

إن الخلاف بين الفقهاء في حقيقة النكاح أثر على دلالة الآية السابقة، فهل يفهم منه الإكتفاء بالعقد كما فهمها الحنفية، أم أنه يجب تحقق الدخول بعد العقد الصحيح كما فهمها المالكية والشافعية.

وبعيدا عن هذا الخلاف تبقي الآية تدل دلالة قطعية على ضرورة زواج المطلقة ثلاث بعد مطلقها، وهذا ما يسلم إلى البحث عن الشرط التالي.

الشرط الثاني: نجده في قوله صلى الله عليه وسلم "**أتريدين الرجوع إلى رفاعة، لا، حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته**"[2].

وهذا الشرط مصدره السنة، والسنة إحدى الأصول المهمة التي تبنى عليها الاحكام، فقد تأت تبين المجمل أو تخصص العام أو تقيد المطلق أو تنشأ أحكام جديدة[3]، ومسألة تحليل المطلقة ثلاث كان لها نصيب من السنة إلى جانب الآية المذكورة أنفا، ونصيبها موجود في حديث العسيلة المذكور سابقا، والعسيلة في اصطلاح الفقهاء، كناية على الجماع وأدنى الجماع تغييب حشفة الرجل في فرج المرأة[4]، فلكي تحل الزوجة لمطلقها كان لا بد أن يدخل بها الزوج الثاني دخولا حقيقيا وأن يطئها في الفرج، أي في القبل فإذا حصل وجامعها في الدبر ما حلت للزوج الأول لأنه لا يحصل ذوق العسيلة بوطء الدبر أو موطن غير الفرج[5]، وهذا على خلاف استحقاق الصداق كاملا، فلقد تقدم أنها تستحقه بالوطء الحرام كأن يكون في الدبر أو أيام حيضها...لأن الحكمة من استحقاق الصداق هو استفاء الزوج حقه من الزوجة في الاستمتاع بها، بينما الحكمة في هذا المقام هو إبعاد مظنة أن الزواج لمجرد التحليل فقط ولأن الوط الحلال دليل على رغبة الإنسان هذا الزواج[6]، وهذه الحكمة هي التي تسوقنا إلى الشرط الثالث وهو انعدام نية التحليل.

وقبل الخوض في الشرط الثالث يلاحظ أن هذا الحديث جاء ليبن المجمل عند الفقهاء الذين قالوا إن النكاح حقيقة في الوطء وهم الحنفية، وجاء لقيد المطلق عند الفقهاء الذين قالو بأن انكاح حقيقة في العقد وهم المالكية والشافعية.

1- محمد بن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج12، ص05.

- اخرجه البخاري، كتاب الطلاق، باب من جوز الطلاق الثلاث، حديث5260، ومسلم، كتاب النكاح، باب لا تحل المطلقة **2**ثلاثا لمطلقها حتى تنكح زوجا غيره ويطأها ثم يفارقها وتنقضي عدتها، حديث 1433.

3- علي الحبيب ديدي، مذكرة في أصول الفقه المالكي، دار العوادي، عين البيضاء،2012 ص59.

4- الموسوعة الكويتية، ج30، ص99.

5- محمد بن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج13، ص204.

6- محمد بن صالح العثيمين، المرجع نفسه، ص205.

الشرط الثالث: وهذا الشرط موجود في قوله صلى الله عليه وسلم" **لعن الله المحلل والمحلل له**"[1]

وهذا الحديث الشريف جاء مكرس لمقصد عام في الزواج ،وهو ابعاده عن تشبيهه بالأكرية والإيجارات كون عقد الزواج شرع للتأبيد والدوام، فإذا قصد الزوج الجديد بزواجه تحليل المرأة لزوجها الأول، فإن زواجه باطل ويجب فسخه قبل الدخول أو بعده[2]، أظف إلى ذلك أنه إذا كان قاصدا تحليلها للأول يكون قد قصد طلاقها بعد الدخول بها، وهذا ما لا يستقيم مع الطلاق كونه أثر من آثار الزواج الصحيح ولا يثبت إلا بعد بعده[3] ، والقول بأن الزواج بنية التحليل باطل، أي أنه لا ينتج مفاعيله كزواج صحيح، بما فيها تحليل المطلقة ثلاث، وهذا على خلاف ما إذا نوت المرأة أو المطلق التحليل بالزواج فالزواج المصحوب بالدخول الحقيقي منتج لأثاره في إبعاد الحرمة، لأن الزوج هو صاحب العصمة ولا تهم نية غيره[4].

ويبقى شرط أخير يقتضيه العقل والمنطق وهو أن يطلقها الزوج الثاني أو يموت عنها، فبعد انقضاء عدتها من فرقتها مع زوجها الثاني مع توافر الشروط الثلاث زالت الحرمة جاز له الزواج بها.

إن ما تقدم من كلام بخصوص مسألة حرمة المطلقة ثلاث كان في الشريعة الإسلامية، وبالرجوع إلى هذه المسألة من الناحية القانونية، نجد أن المشرع في الفقرة الثالثة من المادة 30 ق أ ج نص على حرمة المطلقة ثلاث مؤقتا، ثم جاءت المادة 51 ق أ ج أكدت هذه الحرمة وبينت شروط زوالها بنصها على ما يلي "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء" ولقد حسم القضاء الاشكال المطروح بخصوص وقوع الطلاق بلفظ واحد وفي مجلس واحد حيث صدر قرار عن المحكمة العليا اكتفى بتصريح الزوج أمام المحكمة بطلاقه لزوجته ثلاثا لكي يقع الطلاق بائن بينونة كبرى "[5].

وما يلاحظ على هذا الحكم في ظاهره أنه موافق لأحكام الفقه الإسلامي، حيث اشترط القانون الدخول مستعمل في ذلك لفظ البناء ولا فرق بين لفظي البناء والدخول في نصوص ق أ ج، وهذا ما يلاحظ من المادة 17 ق أ ج التي وضفت مصطلحي الدخول والبناء على أنهما يحملا نفس المعنى، وبالرجوع إلى أحكام القضاء المتقدمة بخصوص مفهوم الدخول في الزواج الصحيح، نجدها كلها تكتفي بالخلوة وتضعها في مصف الدخول الحقيقي من حيث ترتيب الأثار التي يرتبها الدخول الحقيقي، فمن هنا ومن هذا المنطلق هل يقاس على تلك الأحكام التي ألحقت الخلوة بالدخول الحقيقي، وجعلت منها قرينة

1- أخرجه أحمد، حديث4284.

2- الصادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ج02، ص533.

3- محمد بن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج13، ص07.

4- الصادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ج02، ص534.

5- المحكمة العليا، غ أ ش، 1998/02/17، ملف رقم 176551، م ق2000، عدد01، ص171.

قاطعة على تمام الدخول الحقيقي، وبالخلوة الصحيحة تحل المطلقة ثلاث، أو التمسك بما جاء به الفقه الإسلامي في إشتراط الدخول الحقيقي لتحليل المبتوتة، فإذا قلنا بالجواب الثاني وهو الصحيح إن شاء الله نلاحظ الخلط التي وقعت فيه المحكمة العليا بتفسيرها لمصطلح للدخول الذي جاء به ق أ ج فإن، كانت الخلوة الصحيحة تصلح أن تلحق بالدخول الحقيقي فيما تقدم من استحقاق الصداق ،ووجوب النفقة، ووجوب العدة، وانتشار الحرمة، لعدم اتفاق الفقهاء بشأن هذه المسائل، إلا أنه لا يمكن إلحاقها بأي حال من الأحوال بالدخول الحقيقي إذا كانت المسألة متعلقة تحليل المبتوتة لاتفاق الفقهاء في اشتراط الوطء المباح.

يمكن تلخيص نتائج هذا الفصل، الذي تم التطرق فيه إلى أثار الدخول في الزواج الصحيح في النقاط التالية:

الزواج الصحيح يبيح حل الاستمتاع بين الزوجين، ولذلك في الغالب، وبعد عقد الزواج يبتمالدخول، فإذا تحقق الدخول ترتبت بعض الأثار، منها ما هو مالي، ومنها ما هو غير مالي، ما كانت لتترتب لولاه والمتمثلة في الآتي:

1: بالدخول تستحق الزوجة كامل صادقا، ويحتكم له في حالة التنازع فيه، كما بالدخول تصبح النفقة الزوجية واجبة على الزوج، ولا يؤثر الدخول في حق الميراث بين الزوجين كأصل عام، إلا أنه وبطريقة أخرى يؤثر على حق الإرث بين الزوجين، فالمطلقة قبل الدخول لا عدة عليها، ومن ثم فلا ميراث في العدة بين الزوجين على عكس المطلقة بعد الدخول، فحق الإرث بين الزوجين يبقى قائم طيلة أيام العدة.

2: إلى جانب وجوب العدة على المطلقة كأثر للدخول من الأثار غير المالية، تأثير الدخول على بعض موانع الزواج الأخرى، المؤبدة، وهي حرمة بنت الزوجة بعد الدخول بأمها، والمؤقتة،تحليل المطلقة ثلاثا لزوجها الأول بالدخول في عقد زواج صحيح.

3: أما بخصوص مركز الخلوة الصحيحة من الدخول الحقيقي، فلقد الحق القضاء الخلوة الصحيحة بالدخول الحقيقي من حيث الزواج الصحيح، والقضاء وإن كان في جوانب كان موافق للفقه الإسلامي، إلا أنه في جوانب أخرى مخالف له.

الفصل الثاني

آثار الدخول في الزواج غير الصحيح

وضع القضاء قرينة قضائية مفادها صحة عقد الزواج إذا تم أمام ضابط الحالة المدنية فمفترض فيه استفاءه لجميع شروطه القانونية[1]، وبهذا يكون الزواج غير صحيح في حال إبرامه خارج دائرة مصلحة الحالة المدنية، ويكون كذلك في حالة تخلف شرط من شروطه العامة[2] المذكورة في المادة 09، والمادة 09مكرر من ق أ ج وهي رضا الزوجين، الأهلية، الولي، الشهداء، انعدام الموانع الشرعية، والصداق، وتخلف الشرط الخاص بمن يريد الزواج بأكثر من زوجة المادة 08 من ق أ ج، وهو الترخيص القضائي المسبق.

وعقد الزواج غير الصحيح في الفقه الإسلامي هو الذي وقع غير مستوفي لركن من أركانه، أو شرط من شروط صحته، ويسمى زواج باطل أو فاسد[3]، والباطل او الفاسد لا يترب أي اثر من أثار الزواج الصحيح، فإذا حصل ووقع دخول حقيقي فيه اعتبر زنا حسب الأصل العام، إلا أن الفقهاء وتسهيلا لشؤون المسلم يرون أن الزواج الباطل قد يرتب بعض أثار الزواج الصحيح مع بقاءه غير صحيح إذا عقبه دخول، وهذا الاستثناء محصور في حدود ضيقة، كأن يكون الزواج مختلف في فساده أي ما أختلف العلماء في فساده كنكاح بلا ولي[4]، ويكون بحكمه الزواج المجمع على فساده الذي يدرأ به حد الزنا عن الزوجين كما إذا تزوج الرجل إحدى محارمه بحسن نية[5].

أما المشرع الجزائري فبعد تبيانه لمقدمات الزواج ومقوماته، شَرَعَ في الفصل الثالث الذي إختار له عنوان النكاح الباطل والفاسد مما يوحي أن الزواج الذي تخلف فيه ركنه أو شروط صحته –غير الصحيح–في ق أ ج قد يكون باطل وقد يكون فاسد، وللدخول الحقيقي[6] أثر في غاية من الخطورة في كل من الزواج الباطل والفاسد، لذلك خصص المبحث الأول للكلام عن أثار الدخول في الزواج الفاسد، والمبحث الثاني أثار الدخول الحقيقي في الزواج الباطل.

1- المحكمة العليا، غ أ ش، 1991/06/18، ملف رقم 74375، م ق 1993 عدد 01، ص61.

2- يقصد بالشروط العامة الشروط التي يتطلبها القانون في كل مُقدم على الزواج على عكس الشرط الخاص الذي يتطلبه القانون لشخص معين بذاته كمن يريد أن يعدد، ومن الشروط العامة شرط الشهادة الطبية المادة 07مكرر من قانون الأسرة حيث ألزمها المشرع الجزائري لكن لم يبن مصير عقد الزواج في حالة تخلفها أظف إلى ذلك سكوته عن الجزاء المترتب عن تخلف شرط الأهلية.

3- علي الحبيب ديدي، المرجع السابق، ص333.

4- محمد بن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج12، ص310.

5- الصادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ج3، ص62.

6- فيما يخص الزواج غير الصحيح لا تلحق الخلوة بالدخول الحقيقي في أي حال من أحوال لأن الوطء فيه حرام فكان المانع الشرعي قائما.

المبحث الأول: أثار الدخول في الزواج الفاسد

تميز الفقه الحنفي بمعرفته لنظرية الفساد في مجال العقود المالية، حيث يقصد بالعقد الفاسد هو العقد الذي خالف نظامه الشرعي في مسألة ثانوية، وبهذا يكون الفاسد من جنس غير الصحيح، فلا هو بالصحيح المرتب لأثاره، ولا هو بالباطل المعدوم، فحكمه هو الفسخ إذا ما بقي سبب الفسخ قائم أما إذا زال سبب الفساد فالعقد يصحح، و هنا يصبح من جنس الصحيح، فعقد البيع الفاسد مثلا جزاءه الفسخ قبل تسليم المبيع، أما بعد تمام عملية التسليم ينقلب إلى بيع صحيح مرتب لجميع آثاره[1]، ولا تنطبق نظرية الفساد على عقد الزواج فباطله كفاسده[2]، لكن إستقراء المادة 08 مكرر والمادة 33 من ق أ يلاحظ أن المشرع الجزائري تبنى نظرية الفساد التي عرفها الفقه الحنفي في مجال العقود المالية، وطبقها على عقد الزواج الذي قد ينشئ فاسد وينقلب صحيح بعد تمام الدخول الحقيقي، وهذا ما يظهر من خلال المطلبين الآتيين.

المطلب الأول: الزواج الفاسد لتخلف الشروط الموضعية

تنص المادة 33 من ق أ ج على ما يلي:

"يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"

من خلال الفقرة الثانية من هذه المادة التي عالجت مسألة تخلف الشروط الموضوعية، المتمثلة في الشاهدين[3]، الصداق، أو الولي في حالة وجوبه[4]، يلاحظ أن تحقق الدخول الحقيقي من عدمه ينعكس على عقد الزواج وجودا وعدما، وهذا ما سيظهر من الخلال التفصيل الاتي:

1- مصطفى احمد الزرقا، المرجع السابق، ج02، ص740، 734.

2- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص142.

- نص عليه المشرع في الفقرة 05 من المادة 09 من ق ا ج، وبين قانون الحالة المدنية نصاب الشهادة والشروط الواجب 3توافرها في الشهداء.

- نص عليه المشرع في الفقرة 04 من المادة 09 من ق أ ج، وتممته المادتان 11 و12 من ق أ ج، ويكون الولي وجوبي في حالة الزوجة القاصرة فقط، نسرين شريفي وكمال بوفرورة، قانون الاسرة الجزائري، دار بلقيس، ط01، الجزائر، 2013، 4ص38.

الفرع الأول: تخلف الشروط الموضوعية مع عدم تحقق الدخول

من خلال صريح الفقرة الثانية من المادة 33 في حالة تخلف أحد الشروط المذكورة في الفقرة الثانية من المادة 33 وقبل تحقق الدخول، فإن مصير عقد الزواج هو الفسخ، حيث يعتبر الفسخ في حقيقته فرقة بين الزوجين، وقد يكون الفسخ أمر عارض يمنع بقاء الزواج الذي إنعقد صحيح وقد يكون تدارك لأمر إقترن بالإنشاء، ومثال الأول ردة أحد الزوجين[1]، ومثال الثاني هو تخلف أحد الشروط التالية، الشاهدين، الصداق، الولي في حالة وجوبه. والفسخ للخلل الذي زامن العقد وقت نشوئه هو نقض لأصل العقد[2]، بمعنى إزالة لعقد الزواج وتهديم لأثاره فلا يرتب أي آثر من أثار الزواج ووجب التفريق بين الزوجين فيه، فإذا تسلمت الزوجة فيه الصداق وجب رده.

إذا كان الجزاء في هذه الحالة هو الفسخ، إلا أن الأمر يختلف إذا سارع الزوجين بإتمام إجراءات الدخول، وهذا ما سيتم الكلام عنه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: تخلف أحد الشروط الموضوعية مع تحقق الدخول

حسب الفقرة الثانية من المادة 33 دائما في حالة تخلف أحد الشروط الموضوعية، وتم تدارك هذا النقص بعد الدخول فالزواج يثبت، بمعنى يصحح[3]، وتستحق الزوجة صداق المثل، ويضيف القضاء سبب أخر ويلحقه بهذا الحكم وهو عيوب الإرادة كالإكراه والتدليس والغلط[4].

ما يلاحظ على هذا الحكم أنه يستقيم في حالة تخلف الصداق ويكون موافق للفقه المالكي الذي يعتبر الصداق شرط من شروط الزواج[5] وبتخلفه يصحح بعد الدخول بصداق المثل[6]، لكن الأمر يبدو غريب إلى حد الخطورة في حالة تخلف الولي، أو الشاهدين، فهل بالدخول وصداق المثل يعوض الولي، أو الشاهدين!؟ وهذا ما لم يقل بيه أي فقيه.

1- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص277.

2- بدران ألو العينين بدران، المرجع السابق، ص295.

3- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 383. -أ. لحسين بن شيخ أث ملويا، المرجع السابق، ص83.

4- المحكمة العليا، غ أ ش، 2001/02/02، ملف رقم 255711، م ق2002، العدد02، ص424.

5- راجع الصفحة 16.

6- ابو بكر البغدادي، التلقين في الفقه المالكي، ج01، ص289.

بهذا يكون المشرع قد أهدر الغاية والمقصد من الولاية في الزواج، والشهادة فيه ويفتح المجال لأصحاب الفهوم الملوثة بلجوئهم إلى الزواج العرفي للتهرب من هذه الشروط[1]، لكن هذا الباب أو الثغرة الذي تميز بها ق أ ج لا تبقى متاحة في حالة تخلف أكثر من شرط وهذا ما يدفع بنا لتبيان الحكم في حالة تخلف أكثر من شرط سواء بتحقق الدخول أو بتخلفه.

الفرع الثالث: تخلف أكثر من شرط من الشروط الموضوعية

إن المادة 33 من المواد التي مسها تعديل سنة 2005 حيث كانت تنص على ما يلي:

" إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد.

ويبطل إذا اختل أثر من ركن واحد."

من خلال صريح هذه المادة وفي ظل سريانها يلاحظ أنه في حالة تخلف أكثر من ركن جزاء عقد الزواج هو البطلان وليس الفساد، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في اجتهاداتها[2]، وإن كانت المادة 33 بعد التعديل لم تنص صراحة على أنه في حالة تخلف شرطان، أو أكثر الجزاء هو البطلان إلا أنه حسب رأينا يبقى هذا الحكم سار المفعول حتى بعد تعديلها وذلك للاعتبارات التالية:

- من أسباب تعديل المادة 33 ليس إلغاء هذا الحكم وإنما هو موفقتها مع عدول المشرع عن ركنية الصداق، الشاهدين، والولي، وهذا ما لا ينسجم مع صياغة المادة 33 قبل تعديلها التي استعملت عبارة ركن.
- تغير نظرة المشرع الجزائري إلى مسألة الولاية في الزواج، حيث أصبحت قاصرة على القاصرة دون البالغة التي هي تعقد زواجها، فكان لا بد من تعديل هذه المادة لقصر فساد الزواج في حالة تخلف الولي في حالة وجوبه.

1- أن مسائل الأحوال الشخصية ترتبط ارتباط وثيق بالعقيدة الإسلامية، وشعب الجزائر ديانته الإسلام، وحين حاول الإحتلال الفرنسي طمس هوية العشب الجزائري، وهذا ما يظهر من خلال مجموعة النصوص القانونية التي كانت تصدرها السلطات الفرنسية آنذاك، نجحت في مجالات لكن باءت بفشل ذريع في مسائل الأحوال الشخصية لرفضها من قبل الشعب الجزائري، الذي كان متمسك بعقيدته، وتطبيقه لتعاليم الدين فيما يخص زواجه وطلاقه... لكن اليوم ونتيجة لتغير الواقع الإجتماعي الجزائري ظهرت تيارات تنادي بأفكار وأليات جديدة بعيدة كل البعد عن تعاليم الدين الإسلامي الحنيف.

2 – المحكمة العليا، غ أ ش. 01/12/ 1989، ملف رقم 51107، م ق 1992، العدد03، ص53.

- من خصائص التقنين الإيجاز والاختصار في الصياغة، فلا حاجة إلى الإطناب فيه فالمشرع استعمل حرف أو وهي تفيد التخيير لا الجمع فإذا تخلف شرط واحد، فعقد الزواج فاسد أما إذا تخلف شرطان فأكثر فالزواج ليس بصحيح ولا بفاسد فيبقى حكمه هو البطلان.

المطلب الثاني: الزواج الفاسد لتخلف الشروط الإجرائية

يقصد بالشروط الإجرائية هاهنا تلك القيود التي فرضها المشرع الجزائري لطالبي إعادة الزواج، أي تلك القيود التي وضعت لتنظيم مسألة تعدد الزوجات، فالمشرع الجزائري يجيز التعدد كأصل عام، وبهذا يكون موافق لأحكام الفقه الإسلامي، لكنه يخالفه في القيود التي فرضها الشرع بخصوص هذه المسألة، وما يعنينا من مسألة التعدد هو الجزاء المترتب على تخلف قيوده، وما أثر الدخول في مثل هذا الزواج المختل فيه شروط التعدد، وعليه خصص الفرع الأول للكلام عن قيود التعدد، والفرع الثاني الجزاء عن تخلف هذه الشروط وأثر الدخول فيه.

الفرع الأول: قيود التعدد فقها وقانونا

يقصد بالتعدد أن يجمع الزوج في عصمته أكثر من زوجة واحدة، والتعدد مقيد بجملة من القيود سواء على صعيد الشريعة الإسلامية، أو في ظل القانون الوضعي.

أولا: قيود التعدد في الشريعة الإسلامية

وشروط التعدد في الفقه الإسلامي تتمثل في الآتي:

- العدد: لا يجوز للرجل في مذهب أهل السنة أن يتجاوز الجمع بين أكثر من أربع نساء[1]
- توفر العدل بين الزوجات: ويقصد به العدل من النواحي المادية الذي يستطيعه الإنسان[2]
- القدرة على الإنفاق على المرأة[3]: وحقيقة هذا الشرط أنه شرط عام يجب توافره في كل مقدم على الزواج، وقدرة الرجل على النفقة بجمع مشتملاتها[4]

1- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج07، ص165.

2- وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص168.

3-الصادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ج2، ص543.

4- راجع الصفحة 26.

ثانيا: قيود التعدد في قانون الأسرة

ومشروعية التعدد وقيوده أوردها ق أ ج في مادته الثامنة وهي تتمثل في الآتي:

- العدد: ولقد أحال المشرع بشأنه إلى ما هو مستقر عليه فقها لدى أهل السنة وهو أربع زوجات.
- وجود المبرر الشرعي: ولم يبين القانون ماهية المبرر وما يمكن إعتباره من المبررات الشرعية هو مرض الزوجة أول كونها عاقر.[1]
- توفر نية العدل: وهذا الشرط يبدو غريب لأن النية محلها القلب ولا يمكن الإطلاع عليها أضف إلى ذلك أن القاعدة القانونية قاعدة سلوك خارجي ولا دخل لها بالنوايا.[2]
- القدرة على توفير الشروط الضرورية للحياة.
- إخبار الزوجة السابقة واللاحقة لغرض موافقتهما على الزواج أن يتقاسمها رجل واحد.
- تقدم الزوج بطلب ترخيص من رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية وهنا الأمر جوازي للقاضي بمنحه الترخيص أو رده حتى مع تأكده من توافر الشروط القانونية، فسلطة القاضي هنا مطلقة وليست مقيدة.

الفرع الثاني: الجزاء المترتب على تخلف هذه القيود وأثر الدخول في مثل هذا الزواج

من خلال ما تقدم يظهر أن ق أ ج فارق أحكام الفقه الإسلامي بنصه على شروط كفيلة بنسف ظاهرة التعدد أوساط المجتمع الجزائري، وبهذه القيود يكون قد جاء بشي معقول في نظر دعاة منع التعدد، لكن بالمقابل وضع حيلة قانونية[3] من شأنها إرضاء دعاة إرجاع ق أ ج إلى مصدره المادي، وهو أحكام الفقه الإسلامي وهذه الحيلة مناطها تحقق الدخول من عدمه، حيث تنص المادة 08 مكرر 01 أنه

1- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص444.

2- سمير تناغو، المرجع السابق، ص28.

3- والحيلة القانونية هي إحدى وسائل الصياغة الخاصة للتشريع، وهي ما تجعل من الشيء غير الصحيح شيئا صحيحا. سمير تناغو، المرجع السابق، ص400.

والحلية كما قد تكون قانونية قد تكون شرعية وهذا ما تناوله المصنفون في علم أصول الفقه بمناسبة حديثهم عن سد الذرائع أنظر: محمد سعد بن أحمد بن مسعود اليوبي، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، دار الهجرة، الرياض، 1998، ص584. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج02، ص911.

"يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه"، فمن خلال هذه المادة يختلف حكم الزواج قبل الدخول وبعده.

أولا: حكم الزواج المختل فيه شروط التعدد قبل الدخول

من خلال صريح المادة 08 مكرر من ق أ ج وفي حالة عدم توفر شروط التعدد القانونية وقبل الدخول جزاء عقد الزواج هو الفسخ.[1]

ثانيا: حكم عقد الزواج المختل فيه شروط التعدد بعد الدخول

من خلال مفهوم مخالفة نفس المادة في حالة تخلف شروط التعدد، وسارع الزوج بإتمام إجراءات الدخول، فإن عقد الزواج الفاسد لتخلف قيود التعدد يصحح، وينقلب إلى زواج صحيح مرتب لجميع أثاره، وما يؤكد هذا المفهوم أن المشرع بموجب المادة 08 مكرر أعطى لكل زوجة الحق في تطلب التطليق بما فيها الزوجة اللاحقة، وكما هو متفق عليه أن فرقة التطليق لا تكون إلا بعد عقد زواج صحيح.

1- الفسخ هنا بالمفهوم الذي تقدم في حالة تخلف الولي او الصداق او الشاهدين.

المبحث الثاني: أثار الدخول في الزواج الباطل

يعرف فقهاء الشريعة الإسلامية العقد البطلان هو وقوع العمل –عقد الزواج–مختلا لعدم إستفاء ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته[1]، وبطلان عقد الزواج يتواز معه عدم ترتيبه لأثاره الشرعية كأصل العام، إلا أن هذه الواقعة تبقى إرتباط بين رجل وإمرأة من شأنها أن تؤدي إلى اتصال جنسي بينهما، فإذا حصل دخول في مثل هذا العقد هل تترتب بعض الأثار استحسانا؟ في هذا فرق الفقهاء بين الشروط المختلة عما إذا كانت محل اتفاق أو محل خلاف فإذا كانت متفق عليها سمي باطل بغير شبهة[2] –مجمع على فساده–ولا يترتب عليه أثر بعد الدخول، أما إذا كانت الشروط مختلف فيها سمي باطل بشبهة[3] –مختلف في فساده–[4]، وترتبت عليه بعض أثار الزواج الصحيح بعد الدخول مع وجوب التفريق بين الزوجين.[5]

أما عن موقف المشرع الجزائري من الزواج الباطل فلم يعرب على تبنيه على التقسيم، إلا أنه من خلال الفصل الثالث وكأنه يعتنق هذه التفرقة في الزواج الباطل فالمادة 32 والمادة 33 فقره الأول والفقرة الثانية في حالة تخلف أكثر من شرط يكون الزواج باطل بغير شبهة، لعدم نصه على أثر الدخول فيه، والمادة 34 يكون الزواج باطل بشبهة، والأثر المترتب هو ثبوت النسب ووجوب الإستبراء حفاظا للأنساب من الإختلاط بعد الدخول.

إذن فآثار الدخول في الزواج الباطل في ق أ ج، هي ثبوت النسب، ووجوب الإستبراء، ويضاف لها إستحقاق المدخول بها الصداق، وكان الأليق إدراج الإستبراء في مطلب واحد مع النسب، لأن الإستبراء إنما شرع للحفاظ على الأنساب فقط في هذا المقام، وتخصيص مطلب للصداق، إلا أن دسامة فكرة النسب لا تسمح أن يتزاحم معه عنصر أخر، وعليه خصص المطلب الأول لثبوت النسب، والمطلب الثاني استحقاق الصداق ووجوب الإستبراء.

1– علي بن الحبيب ديدي، المرجع السابق، ص333.

2– كنكاح المرأة الخامسة وفي عصمته أربعة نساء، او نكاح امرأة محرمة بنسب أو بصهر أو رضاع وكان النكاح لا يدرأ الحد عن الزوجين. – الصادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ج03، ص124.

3–إن هذه التفرقة في الزواج الباطل وتقسيم العقود المالية عند الحنفية إلى باطلة وفاسدة اودت إلى الكثير من الخلط فلقد أستعمل بعض الفقهاء عبارة الزواج الفاسد وهو يقصد بها الزواج الباطل بشبهة وتبعت بعض القوانين الوضعية هذا الخلط. –كقانون الأحوال الشخصية الأردني وبدوره تسرب هذا اللبس إلى أقلام شراح قانون الأسرة الجزائري.

4– كنكاح المحرم أو نكاح المرأة في العدة أو نكاح بغير ولي. –الصادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ج3، ص62.

5– محمود السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية 1، جامعة القدس المفتوحة، عمان, 2012، ص83، 104، 105.

المطلب الأول: ثبوت النسب في الزواج الباطل

تنص المادة 40 من ق أ ج على ما يلي:

"يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون. يجوز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب."

ما يلاحظ على هذه المادة التي جاءت في الفصل المخصص للنسب، أنها جاءت بخمس طرق لإثبات النسب تخرج منها أربع طرق[1] ويبقى منها واحد، وهو ثبوت النسب بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32و33و34 ق أ ج، وما يلاحظ على هذا الحكم أن المشرع ساوى بين الزواج الصحيح، والزواج الباطل، في ثبوت النسب مع بعض الفروق اللطيفة في الشروط المتطلبة في كل من الطريقين، وبهذا يكون المشرع قد خالف أحكام الفقه الإسلامي التي لا تقر بثبوت النسب في أي زواج الباطل، وبهذا الخروج يكون أي زواج باطل في ق أ ج، يقابله الزواج الباطل بشبهة–المختلف في فساده– لدى فقهاء الشريعة الإسلامية .

وقبل البحث في شروط ثبوت النسب في الزواج الباطل يستحن تعريف النسب، وتبان مدى أهميته ومعرفة أبرز المشاكل التي يثيرها.

الفرع الأول: تعريف النسب وأهميته

أولا: تعريف النسب

1. **في اللغة:** مصدر نسب، يقال نسبته إلى أبيه طلب عزوته إليه، والاسم: النسبة بالكسر، فتجمع على النسب، واستعمل النسب وهو المصدر من مطلق الوصلة بالقرابة، فيقال: بينهما نسب أي قرابة[2].

1– يخرج الزواج الصحيح لعدم اشتراط الدخول صراحة، كما يخرج الإقرار، والبينة، والطرق العلمية، لعدم اشتراط الدخول أو الاتصال الجنسي ألبتة، ويخرج كذلك نكاح الشبهة–الوطء بشبهة–، وإن كان في حقيقته هو دخول بالمعنى محل البحث، إلا أن معالم البحث حددت بالدخول الذي يكون بعد عقد زواج صحيح، أو زواج غير صحيح، وليس دخول لم يسبقه زواج ولو باطل.

2– المعجم الوسيط، ص916.

2. **في الاصطلاح:** هو القرابة أو الاتصال بين شخصين في ولادة من بعيد أو من قريب[1]، ومن الألفاظ ذات الصلة به المصاهرة والرضاع[2]، ونفس التعريف تقريبا يعتمده المشرع المدني، ويظهر من نص المادة 32 ق م ج "تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه ويعتبر من ذوي القربي كل من يجمعهم أصل واحد".

ثانيا: أهمية النسب

يرى بعض الفقهاء أن النسب من الكليات الخمس التي جاء الشرع بالحفاظ عليها[3]، وبهذا يكون النسب حق لله تعالى، ويشترك في حق هذا أطرافه وهم الأب والولد والأم[4]، فالنسب كونه علاقة بين الولد والأم لا يخلق أي مشاكل فهو يثبت بمجرد الولادة لا غير، أما النسب كونه علاقة بين الأب والولد فلقد جُعل الزواج الصحيح هو الطريق الأصلي لثبوت الولد من أبيه، لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم " **"الولد للفراش"**[5]، ولما كان ثبوت النسب الولد من أبيه تترتب عليه أثار مادية، معنوية، ونفسية بالغة الأهمية، إجتهد الفقهاء وقرروا قاعدة مفادها أنه يحتاط في ثبوت النسب أكثر ما يحتاط في غيره، وبإعمال هذه القاعدة يثبت النسب من الأب في الزواج الباطل بشبهة، وإلى جانب مسألة ثبوته من الأب مسألة لا تقل أهمية وهي نفيه، ولهذا سيبحث في الفرع الثاني عن إثبات النسب بالدخول في الزواج الباطل، والفرع الثالث نفي النسب في الزواج الباطل.

الفرع الثاني: ثبوت النسب بالدخول في الزواج الباطل

من خلال المادة 40 السالفة الذكر ساوى المشرع بين الزواج الباطل، والصحيح بخصوص ثبوت النسب مع بعض الاختلاف الطفيف الذي تقتضيه طبيعة كل من الزواج الصحيح والباطل، ولذلك فمعرفة شروط إثبات النسب بالدخول فالزواج الباطل، لا تكون إلا بعد معرفة شروط إثباته في الزواج الصحيح.

1. ضرورة وجود عقد زواج صحيح بالنسبة لثبوته في الزواج الصحيح، وضرورة وجود عقد باطل في الزواج الباطل، بمعنى وجود بعض مقومات عقد الزواج وإن كانت غير مكتملة، وإذا غاب هذا الشرط عد زنا، ولا يلحق الولد بأبيه.

1- لعلى سعادي. المرجع السابق، ص193.

2- الموسوعة الكويتية، ج 40، ص232.

3- محمد سعد بن أحمد بن مسعود اليوبي، المرجع السابق، ص245.

4- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص487.

5- أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب تفسير المشبهات، حديث2053، ومسلم، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، حديث1457.

2. اكتفى جمهور الفقهاء من مالكية[1] شافعية[2] وحنابلة[3] باشتراط إمكانية الدخول لثبوت النسب في الزواج الصحيح، وخالف في ذلك الحنفية[4]، بالاكتفاء بالزواج الصحيح لثبوت نسب الولد من أبيه، وتشدد كل من شيخ الإسلام إبن تيمية وتلميذه ابن القيم وهما من الحنابلة في اشتراطهم للدخول الحقيقي لثبوت النسب في الزواج الصحيح[5]، أما في حالة الزواج الباطل فلقد ذهب جمهور الفقهاء في اجتهاداتهم إلى اشتراط الدخول الحقيقي لثبوت نسب الولد من أبيه، بينما يكتفي المالكية بالدخول الحكمي أي الخلوة[6]، أما عن موقف القانون من هذه الشروط فلقد اشترط إمكانية الدخول الحقيقي المادة 41[7] في الزواج الشرعي أي الصحيح، واشترط الدخول في الزواج الباطل المادة 40 ق أ ج.
3. أن يوضع المولود بين أدنى مدة للحمل، وأقصاها، وأدنى مدة للحمل بالإجماع هي 06 أشهر، وأقصى مدة للحمل أختلف الفقهاء فيها، فقال أبو حنيفة سنتان، ومالك خمس سنين، وقال الشافعي أربع سنين، أما الحنابلة قالوا أن مدة الحمل سنتين[8]، ويرى الضاهرية أنها تحدد بتسعة أشهر او ما يقاربها[9]، وهذه المدد هي نفسها في الزواج الصحيح أو الباطل، لكن الخلاف بينهما يظهر من وقت احتساب هذه المدة، فأدنى مده للحمل في الزواج الصحيح تحسب من يوم إمكانية تلاقي الزوجين لدى جمهور الفقهاء، ومن يوم العقد لدى الحنفية، بينما أقصى مدة للحمل تحسب من يوم الفرقة بين الزوجين عند الحنفية، ومن يوم سيرورة التلاقي بين الزوجين غير ممكن سواء بفرقة كالطلاق، أو لقوة قاهرة تمنع الزوجين من تلاقيهما، أما عن أدنى مدة للحمل وأقصاها في الزواج الباطل فتحسب من يوم الدخول، أما عن موقف القانون في هذه المسألة فلقد حددتها المادة 42 بنصها على ما يلي "أقل مدة للحمل ستة أشهر وأقصاها عشر (10) أشهر، وتنص

1- ابن رشد، بداية المجتهد، ج02، ص118.
2- الشربيني، مغني المحتاج، ج 5 ص 72. ابي حامد الغزالي، الوجيز في فقه الامام الشافعي ص350.
3- شرف الدين الحجاوي، زاد المستقنع، ص194.
4- ابن عابدين، رد المحتار، ج04، ص314.
5- بدرا أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص499.
6- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج07، ص687.
7- تنص على ما يلي "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفيه بالطرق المشروعة".
8- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص386.
9- محمد سمارة، المرجع السابق، ص 375.

المادة 43 على ما يلي " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة"، وما يلاحظ على هذه المادة أن أقصى مدة للحمل تحتسب من تاريخ الإنفصال، وهي معبرة أكثر على احتساب المدة في الزواج الباطل التي تحتسب بعد الدخول، لا بعد المتاركة[1] على عكس المادة 60 التي نصت على ما يلي " عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة للحمل (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة" فهذه الأخيرة استعملت مصطلح طلاق و الوفاه، وهي تقصد ثبوت النسب في الزواج الصحيح لأنه لا طلاق إلا في زواج صحيح.

في هذا المقام تساءل بعض الفقهاء عن التقييم الذي به يتم احتساب هذه المدد في ق أ ج الجزائري، وهذه المشكلة في حقيقتها لا تقتصر على مسائل اثبات النسب، وإنما هي تثار بخصوص جميع الآجال التي تضمنها ق أ ج[2]، فهل يعمل بالتقييم الهجري المعتمد من طرف فقهاء الشريعة الإسلامية؟ أم أنه يعمل فالتقييم الميلادي إعمالا للمادة 03 منْ ق م ج؟ في هذا نجد القضاء يعتمد التقييم الميلادي في احتساب مدد اثبات النسب[3].

4. علاوة على هذه الشروط القانونية هناك شرطان واقعيان ومنطقيان، آلا وهما أن تكون الزوجة هي التي من حملت بولد في بطنها وولدته، وأن يكون الزوج ممن ينجب لمثله، وهذان الشرطان لازمان في ثبوته بالزواج الصحيح والباطل على السواء.

إذا ما توافرت هذه الشروط ألحق نسب الولد من أبيه، ولا يمكن نفي هذا النسب إلا بالطرق المشروعة و ق أ ج يسمح للزوج أن ينفي نسب المولود في زواج صحيح، فهل يمكن القياس عليه وتعطى للأب مكنة نفي نسب الولد من زواج باطل في ق أ ج؟ ومحل هذا التساؤل هو الفرع التالي.

1- المتاركة من الألفاظ ذات الصلة بلفظ الطلاق، ومعناها ترك الرجل للمرأة المعقود عليها بعقد فاسد قبل الدخول أو بعده، والمتاركة بعد الدخول لا تكون إلا بالقول عند أكثر الفقهاء. الموسوعة الكويتية، ج29، ص06.

2- رشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، ط01، القبة، 2008، ص231.

3- احدى هذه القرارات التي اعتمدت التقييم الميلادي ما جاء عن: -المحكمة العليا، غ أ ش،2013/01/10، رقم148، غير منشور، نقلا عن لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص96.

الفرع الثالث: نفي النسب في الزواج الباطل

كما حرصت الشريعة الإسلامية على إثبات النسب، حرصت كذلك على عدم إلحاق نسب الولد لغير أبيه، ففي الزوجية الصحيحة وبناء على القاعدة التي مفادها أن الأصل في الإنسان الأمانة و الاستقامة، إذا ما حدث وولدت الزوجة مع توافر الشروط السابقة الحق نسبه بالزوج، إلا أن الزوج قد يتأكد أن الحمل، أو المولود ليس بولده، فهنا فتحت له الشريعة الإسلامية مجال لنفي النسب عن طريق ألية تسمى اللعان[1]، وق أ ج بدوره حذى حذو أحكام الشريعة الإسلامية، و أجاز نفي النسب بالطرق المشروعة المادة 41 والقضاء فسر على أن الطرق المشروعة المقصودة هي اللعان[2].

مما تقدم يلاحظ أن الفقهاء مجمعين على مشروعية اللعان في الزواج الصحيح، لكن إختلفوا في مشروعيته إذا تعلق الأمر بالزواج غير الصحيح، فلقد ذهب جمهور الفقهاء من مالكية[3] وشافعية[4] وحنابلة[5]، إلى أنه يجوز اللعان لنفي النسب في الزواج الباطل، لكن الحنفية[6] إختاروا أنه لا لعان إلا في زواج صحيح، و ق أ ج، في هذه المسألة سلك مسلك الحنفية، وهذا ما يتجلى من نص المادة 41 المذكورة سابقا، و ما أكده الاجتهاد القضائي حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا ما يلي: "... مع أن نفي النسب لا يكون إلا في حالة قيام زواج شرعي ..."[7].

مما تقدم يلاحظ أن ثبوت النسب في الزواج الباطل أقوى منه في الزواج الصحيح في التشريع الجزائري لعدم قابليته للنفي، فإذا كان الزوج في الزواج الباطل متأكد أن الحمل أول المولود ليس منه يبقى له طريق واحد وهو أن ينفي واقعة الدخول وإثبات واقعة الدخول لم يتعرض لها ق أ ج لكن القضاء سد

1- واللعان في حقيقته فُرقة بين الزوجين لذلك نجد المصنفين يصنفونه على أساس أنه إحدى فُرق الزواج كما قد يكون لنفي نسب الولد وهذا الأثر يرجع إلى إرادة الزوج فقد يقتصر على مفارقة زوجه وقد يتعداها لنفي نسب ولدها.

2- وللمحكمة العليا قرارات عديدة في هذا المجال منها: المحكمة العليا، غ أ ش، 2009/10/15، ملف رقم 605592، م ق2009، عدد 01، ص247.

3- محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ص458 – ابو بكر البغدادي، التلقين في الفقه المالكي، ج01، ص340.

4- ابي حامد الغزالي، الوجيز في فقه الامام الشافعي، ص350-الشربيني، مغني المحتاج، ج05، ص72.

5- ابن قدامة، المغني، ج11، ص132.

6- ابن عابدين، رد المحتار، ج05، ص149.

7- المحكمة العليا غ أ ش 18 فيفري1997، ملف رقم 153640 م ق1997 عدد 01، ص44.

هذا النقص التشريعي ففي حالة ما إذا تحققت خلوة صحيحة بين الزوجين فالقول قولها مع يمينها [1]، ويبقى الدخول من قبيل الوقائع القانون التي يجوز إثباتها بأي طريق من طرق الأثبات التي رسمها القانون بما في ذلك الخبرة الطبية، وحسب رأينا يجوز اللجوء إلى الطرق العلمية لنفي النسب في الزواج الباطل لأن النسب يدور حول محورين أساسين هما الأثبات والنفي ولا يعقل أن النسب قابل للنفي في الزواج الصحيح ولا يقبله في الزواج الباطل.

المطلب الثاني: وجوب الاستبراء واستحقاق الصداق

للدخول في الزواج الباطل أثران أخران لا يقلا أهمية عن النسب، وأن كان أحدهما مرتبط به، والمتمثل في التزام المرأة بالتربص عن الزواج للتأكد من براءة رحمها منعا لاختلاط الأنساب، ولقد أوجبت المادة 34[2] من ق أ ج على المدخول بها في زواج باطل الإستبراء، وكانت خاصة بزواج المحارم، ولم يوجب القانون صراحة الاستبراء في الزواج الباطل للأسباب الأخرى، والأثر الأخر غير مرتبط بالنسب وبعيد عنه وهو التزام ذو طبيعة مالية يقع على عاتق الرجل وحق للمرأة، هو استحقاقها للصداق بالدخول بها في الزواج الباطل، ولم ينص القانون صراحة على استحقاقها للصداق صراحة في الزواج الباطل.

الفرع الأول: وجوب الاستبراء

تقدم معنا أن ق أ ج جعل الزواج الباطل سبب مثبت للنسب، ولم ينص صراحة على وجوب الاستبراء في الزواج الباطل بعد الدخول كحكم عام، وإنما جاء بحكم خاص بزواج المحارم أوجب فيه الاستبراء على المدخول بها، والمتمعن في المقصد من تشريع الاستبراء هو الحفاظ على الأنساب، والمشرع يسعى لحماية النسب فكان واجب الاستبراء في الزواج الباطل لأي سبب من أسباب البطلان، ولا يمكن قصر هذا الحكم على زواج المحارم.

1- المحكمة العليا، غ أ ش 19نوفمبر1984، ملف رقم34262 م ق1990، عدد01، ص75-نقلا عن العربي بلحاج، المرجع السابق، ص282.

2- تنص المادة 34" كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء".

أولا: مفهوم الإستبراء

إستعمل المشرع الجزائري مصطلح الاستبراء في نص المادة 34 مستوحى إياه من لغة فقهاء الشريعة الإسلامية، وعليه وجب تعريفه لغتا وفي اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية.

1. **في اللغة:** هو مصطلح فيه حروف زوائد وحروف أصول الزوائد، الألف، السين والتاء، والأصول الباء، الراء، والهمزة، مأخوذ من البراءة[1]، ويقصد بالبراة التخلي عن الشيء، أو الابتعاد عنه[2].
2. **في الاصطلاح:** للإستبراء إستعمالان شرعيان، الأول متعلق بالطهارة، والثاني متعلق بالاطمئنان على سلامة الأنساب وعدم اختلاطها[3]، فالاستبراء بالمفهوم الثاني هو الذي يعنينا، حيث يقصد به، تربص المرأة مدة معلومة للتأكد من براءة رحمها من الحمل بسبب زنا، أو وطأ بشبهة، أو بسبب انتقال الأمة بملك اليمين[4]، ومن الألفاظ ذات الصلة به العدة[5]، من خلال هذا التعريف تظهر الأسباب الموجبة للاستبراء، وهي الزنا أو الاغتصاب أو ما في معناهما –الزواج الباطل المجمع على فساده–، الوطء بشبهة، ملك اليمين.

ومدة الاستبراء ومدة العدة واحدة[6]، فإذا كانت حامل المدة هي وضع الحمل المادة 60[7] من ق أ ج، وغير الحامل التي تحيض بثلاث قروء واليائس من المحيض ثلاث أشهر المادة 59[8] من ق أ ج.

1– محمد بن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج13، ص414.

2– المعجم الوسيط، ص46.

3– الموسوعة الكويتية، ج 03، ص167.

4– الصادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ج 03، ص123.

5– الموسوعة الكويتية، ج03، ص170.

6– الصادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ج03، ص124.

7– تنص المادة 60 على ما يلي: "عدة الحامل وضع حملها، وأُقصى مدة للحمل (10) أشهر من الطلاق أو الوفاة".

8– تنص المادة 59على ما يلي "تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاث قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق".

ثانيا: تقييم المشرع بخصوص استعماله مصطلح الاستبراء

من خلال مفهوم الاستبراء المتقدم، وبالمقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي، نجد الفقهاء مجمعين على وجوب العدة في الزواج الباطل بشبهة أي –غير المجمع على فساده، أو المختلف في فساده–، وتقدم معنا أن كل زواج باطل في ق أ ج، لأي سبب هو باطل بشبهة ويقابله المختلف في فساده لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، فبهذا يكون المشرع غير موفق في استعماله مصطلح الاستبراء، وكأنه يقصد بهذا أن الدخول في زواج المحارم يعد زنا، وهذا غير صحيح لأنه يلحق فيه النسب للأب، وإذا قلنا أن المشرع إستعمل هذا المصطلح متعمدا تهربا من إستعمال مصطلح العدة لكي لا تتمسك المعتدة من دخول في زواج باطل بحقها في النفقة والسكنى أيام العدة، فهذا قول مردود لأن المشرع أعطى الحق في النفقة والسكنى للمعتدة من طلاق أو وفاة المادة 61[1]من ق أ ج، والطلاق لا يكون إلا في عقد زواج صحيح والوفاه لا دخل لها بمسألة الدخول.

أضف إلى ذلك الفقرة 03 من المادة 30 من ق أ ج التي حصرت العدة التي سببها الطلاق أو الوفاة، كونها مانع من موانع الزواج المؤقتة، وأغفلت المستبرأة، ولذلك يستحسن على المشرع تخلية عن مصطلح إستبراء واستبداله بالعدة، ولا يمكن لها المطالبة بالنفقة لأنها أثر من أثار الزواج الصحيح، كما يعدل الفقرة 03 من المادة 30 بإكتفاءة بأن المعتدة ممنوعة من الزواج طيلة أيام العدة دون أن يذكر أسباب العدة.

الفرع الثاني: استحقاق الزوجة الصداق بالدخول في الزواج الباطل

صاغ فقهاء الشريعة الإسلامية قاعدة فقهية مؤداها أن "الدخول بالمرأة لا يخلو من عُقر–أي مهر– أو عَقر–أي حد–[2]، من خلال هذه القاعدة يتبين أن الدخول بالمرأة –ويقصد بالدخول هنا الوطء الموجب للحد لا الخلوة لأن الجزاء الشرعي للخلوة ليس الحد–، قد يكون موجب للحد الزنى وقد يلتبس هذا الدخول

1– تنص المادة 61 على ما يلي "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

2– محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص472.

بشبهة تمحو عنه وصف الزنا، ولقد توسع فقهاء الشريعة الإسلامية في نطاق الشبهة المسقطة للحد[1]، والزواج الباطل بشبهة –غير المجمع على فساده–الدخول فيه مسقط للحد وموجب تستحق به المدخول عليها الصداق.

أولا: استحقاق المدخول بها في زواج باطل المهر

ذكرنا أنفا أن المهر عند جمهور الفقهاء يُعتبر أثر من آثار الزواج على خلاف المالكية الذين يعتبرونه شرط من شروط الزواج. والقول إن المهر شرط من شروط عقد الزواج عند المالكية قد يؤدي فساد المهر أو إغفاله إلى إبطال عقد الزواج ففي هذه الحالة، ومع توافر باقي الأركان والشروط فإن عقد الزواج يفسخ قبل الدخول ويصحح بعده بصداق المثل[2] .

وإذا كان الفقهاء متفقون أن للمدخول بها في زواج باطل بشبهة أن لديها الحق في الصداق إلا أنهم اختلفوا في نوعه هل هو مهر المثل أم المهر المسمى حيث ذهب كل من:

1– مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ج02، ص676.

2– أبو بكر البغدادي، التلقين، ج01، ص289.

- الحنفية[1] يجب لها مهر المثل إن لم يكن المهر مسمى في العقد تسمية صحيحة، أو لم يسمى أصلا ويجب لها أقل القيمتين بين المسمى ومهر المثل إذا كان سمى لها تسمية صحيحة.
- المالكية[2] بطلان بسبب غير المهر تستحق به المسمى، أما إذا كان غير مسمى تستحق صداق المثل يوم الدخول[3]، يصح عقد الزواج عند المالكية مع عدم تسمية المهر الذي هو شرط، في حال السكوت عن تعينه حين العقد، ويفوض ذلك إلى أحدهما أي الزوج أو الزوجة. أو إلى غيرهما[4].
- الشافعية[5] والحنابلة[6] لها مهر المثل سواء سمي لها صداق أم لم يسمى، وحجتهم أنه لما يبطل أصل العقد الذي سمي فيه العقد بطلت توابعه ويبقى الدخول وحده هو الذي تستحق به المدخول بها المهر.

ويجب التذكير هاهنا أن الدخول الموجب للصداق هو الدخول الموجب للحد.

ثانيا: استحقاق الصداق في قانون الأسرة

لم ينص ق أ ج الجزائري، صراحة على استحقاق الزوجة لصداق في حالة الزواج الباطل وإنما أعطي لها الحق في صداق مثيلاتها في حالة الزواج الفاسد، إلا أنه يمكن الرجوع إلى عموم المادة 16 منْ ق أ ج، التي أعطت الحق للمدخول بها في الصداق كاملا ولم تبين المدخول بها في الزوجية

1- ابن عابدين، رد المحتار، ج04، ص284.
2- أبو زيد القيرواني، الرسالة، ص125.
3- الصادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ج02، ص581.
4- ابن جزي، القوانين الفقهية، ص352.
5- الشربيني، مغني المحتاج، ج04، ص386. الرملي، نهاية المحتاج، ج06، ص354.
6- ابن قدامة، المغني، ج10، ص186.

الصحيحة أو الباطلة على عكس استحقاق الزوجة لنصف الصداق فتستحقه بالزواج الصحيح لا بالزواج الباطل، وإن لم يقتنع القاضي بحكم هذه المادة ولم يعطي للزوجة الحق في صداقها يمكن الرجوع إلى هذا الحكم بقوة المادة 222 منّ ق أ ج التي تحيل إلى قواعد الشريعة الإسلامية .

يمكن تلخيص نتائج هذا الفصل، الذي تم التطرق فيه إلى أثار الدخول في الزواج غير الصحيح في النقاط التالية:

الزواج غير الصحيح لا يبيح حل استمتاع بين الزوجين حسب الأصل العام، إلا أنه يتصور الدخول بمناسبته، فإذا تحقق الدخول فرقنا بين شكلي الزواج غير الصحيح في ق أ ج.

1. في الزواج الفاسد يظهر أثر الدخول جلي، فقبله هو عدم فهو صورة جامدة لا روح فيها، ولا تأُثير لها، وإنما الدخول هو الذي يبعث فيه الروح، ويهبه الحياة والفعالية، فيخرجه من دائرة غير الصحيح إلى دائرة الصحيح ليرتب جميع أثار الزواج الصحيح.
2. في الزواج الباطل للدخول كذلك أثار بالغة الأهمية، إذ بالدخول يثبت نسب الأولاد لأبيهم إذا نتج عن هذا الدخول أولاد، ولو قلنا بضياع نسب الولد يبقى الولد ممقوتا بين الناس، ويحصل له من العقد النفسية والآلام ما لا يحتمل خاصة أن الولد لا يد له فيما يدور حوله اليوم لما كان صغير وغذا يكبر وهو فخر الأمم وعزتها، فكان لا بد منحه هذا الحق، كما يوجد للدخول أُثر أخر لا يقل أهمية وهو وجوب تربص المرأة بعد الدخول حرصا على إختلاط الأنساب، وماله من أهمية في إقامة حدود الله كثبوت موانع الزواج، وثبوت الحق في الإرث...، أظف إلى ذلك استحقاق المدخول بها في زواج باطل الصداق كبديل عن شرفها وعفتها، فليس كل من دخل بها في زواج باطل زانية.

الخاتمة

النتائج:

- جاء المشرع الجزائري موافقا للفقه الإسلامي في أغلب مواقفه بخصوص ترتيبه مجموعة من الآثار عن الدخول بالزوجة، مع هذا لا يمكن إنكار عدم موافقته له في بعض المواقف وإغفاله لبعض الآثار المترتبة عليه والتي تعتبر من الثوابت في الفقه الإسلامي.
- لم يبين المشرع المقصود بالدخول مما جعل القضاء يجتهدويلحق الخلوة الصحيحة بالدخول في جميع الأحوال إذا تعلق الأمر بالزواج الصحيح، فإذا توصلنا إلى أن أثار الدخول في الزواج الصحيح في ق أ ج تتلخص في استحقاق الصداق كاملا، وجوب النفقة، تحريم الربيبة، وجوب العدة على المطلقة، تحليل المطلقة ثلاث، نجد فقهاء الشريعة الإسلامية اتفقوا أن الخلوة الصحيحة لا تقوم مقام الدخول بأي حال من الأحوال بشأن تحليل المطلقة ثلاثا، واختلفوا في بقية المسائل فمنهم من اشترط الدخول الحقيقي، ومنهم من اكتفى بالخلوة الصحيحة، فمن هنا يظهر أن اجتهاد المحكمة العليا كان موافقا لبعض اراء الفقهاء في بعض الأوجه المتغيرة، وخالف الفقه الإسلامي في الوجه الذي هو ثابت من خلال الاكتفاء بالخلوة لتحليل المطلقة ثلاث.
- ما يلاحظ على الاثار المترتبة عن الدخول في الزواج الصحيح من حيث طبيعتها، أن الصداق، والنفقة حقوق مالية للزوجة والتزامات على الزوج، بينما العدة هي حسب الأصل التزام على الزوجة، وهي ذات طابع شخصي غير مقومة بمال،إلا انها قد ترتب مغارم مالية على الزوج كاستحقاق المعتدة النفقة والسكنى.
- إذا كان المشرع لم يبين مفهوم الدخول إلا أنه أمام عقد الزواج الغير صحيح لا يمكن إلحاق الخلوة بأي حال من الأحوال فمفهوم الدخول الذي يعقب الزواج الغير صحيح ينصرف حتما إلى الدخول الحقيقي دون الحكمي.
- أذا كان المشرع قسم الزواج الغير صحيح إلى باطل وفاسد وأثر الدخول يختلف إختلاف كبير في الزواج الفاسد عنه في الباطل، ولا نساند من قال بأن هذه الأثار مترتبة عن الدخول وحده بإعتباره واقعة مادية لأنه لولا عقد الزواج الباطل او الفاسد لعد الدخول عمل غير مشروع.
- في حالة الزواج الفاسد الذي يكون في سببه تخلف الاذن القضائي المسبق في حالة التعدد أو تخلف الولي في حالة وجوبه أو الصداق أو الشاهدان فالدخول يخرج الزواج من دائرة الغير صحيح إلى الصحيح وبهذا يدخل الدخول في تكوين عقد الزواج في ق أ ج إذ يمكن أن يقوم مقام الولي أو الشاهدان أو الترخيص القضائي بالتعدد، وهذا لا نظير له في الفقه الإسلامي ولا في التشريعات المقارنة.

- بخصوص الزواج الباطل لم يتجلى المظهر التوافقي بينالمواد 32، 33، 34، المنظمة للزواج الباطل ونص المادة 40 التي بينت طرق اثبات النسب، فالمواد المنظمة للزواج الباطل لم تبين أثر الدخول مما يفهم معه أنه لا أثر فيه باستثناء المادة 34 فقط التي رتبت أثر الدخول في الباطل لعدم محلية المرأة في ثبوت النسب من الأب وفي المقابل المادة 40 أقرت بثبوت النسب من كل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33و 34، والفسخ في أثره لا يختلف عن البطلان.
- سعى المشرع الجزائري للحفاظ على الانساب من خلال الحاق نسب الإبن من أبيه في أي زواج باطل وفي المقابل لم يسعى للحفاظ على الانساب من الاختلاط من خلال عدم نصه على وجوب العدة على المرأة المدخول بها في زواج باطل كأصل عام بإستثناء المادة 34 التي أوجت العدة على المرأة لعدم محليتها مستعملة في ذلك مصطلح الاستبراء.
- لم يبين المشرع في نص المادة 34 عما إذا كان أحد الزوجين أو كلاهما عالما بالحرمة فالدخول في مثل هذا الزواج قد يشكل جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات ولا يمكن أن يلحق به النسب بأي حال من الأحوال.
- إغفال المشرع الجزائري النص صراحة استحقاق الزوجة الصداق ونشر حرمة المصاهرة في حالة الزواج الباطل.

وعلى ضوء ما تقدم بحثه ونتائجه نقترح الآتي:

الاقتراحات:

1. يجب على المشرع أن يبين المواطن التي تلحق بها الخلوة الصحيحة بالدخول الحقيقي ومتى لا تحلق بها مستهدى في ذلك بآراء فقهاء الشريعة الاسلامية وما هو مستقر التشريعات المقارنة.
2. ضرورة اشتراط الوطء المباح فيما يخص تحليل المطلقة ثلاثا.
3. النص صراحة على أن طلاق الغير مدخول بها يقع طلاقا بائنا بينونة صغرى إن لم يكن مكمل للثلاث.
4. تبيان مصير زوجة المفقود في حالة ظهور زوجها حي والإحتكام للدخول في تقرير مصيرها.
5. إدراج المواد المنظمة لفسخ عقد الزواج وابطاله في كتاب في انحلال الزواج وإعادة النظر في المادة 33 فقرة 02، والاكتفاء بأن الدخول وصداق المثل يقوما مقام الصداق دون الولي في حالة وجوبه والشاهدان.

6. العدول عن استعمال مصطلح الاستبراء وتعويضه بمصطلح العدة وبسط تطبيقه على الزواج الباطل بصفه عامة وعدم قصره على زواج المحارم مع ضرورة التفريق بين عما إذا كان أحد الزوجين أو كلاهما او غيرهما عالم بالحرمة.
7. النص صراحة على أن الدخول في الزواج الباطل تستحق به الزوجة الصداق ونشر حرمة المصاهرة بين أقارب الزوجين في الزواج الباطل الذي لحقه دخول.

وأخيرا فبالرغم مما بذلناه من جهد في إخراج هذه الرسالة تبقى كسائر أعمال البشر وسنة العمل البشري مجبولة على النقص، ويكفيني أني أسهمت في ولو بالقليل القليل في ميدان العلم وما التوفيق إلا من الله.

قائمة المصادر المراجع

القرآن الكريم برواية ورش.

I. القوانين والاوامر

1. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 في13 مايو 2007 المتضمن القانون المدني.
2. القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو1984، ج ر عدد24 مؤرخة في 12يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر05-02مؤرخ في 27 فبراير2005، ج ر عدد 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005 الموافق عليه بموجب القانون05-09 مؤرخ في 04 مايو 2005، ج ر عدد43، مؤرخة في 22يونيو 2005.
3. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25فبراير2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

II.المؤلفات

أولا: المؤلفات الشرعية

كتب التفسير

1. أبي بكر المعروف بإبن العربي،أحكام القرآن راجعه محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، د ت ن.
2. أبي عبد لله بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة ط01، بيروت،2002.

الحديث وأحاديث الاحكام

3. أبو الحسين مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، دار الكتب العلمية، ط01، 1991.
4. أبو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة، سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة دار احياء التراث العربي. د ت ن.
5. أحمد إبن حنبل، مسند الامام احمد ابن حنبل، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، د ت ن.
6. أبو عبد الله بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير، ط01، دمشق بيروت، 2002.
7. شهاب الدين بن حجر العسقلاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، تصنيف محمد بن إسماعيل الصنعاني، تعليق ناصر الدين الالباني، مكتبة المعارف، ط01، الرياض، 2002.

8. شهاب الدين بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد، دار الرسالة العالمية، ط01، دمشق، 2013.

فقه المذاهب

أ. الحنفية:

9. كمال الدين ابن الهمام، شرح فتح القدير، على حاشية الهداية شرح بداية المبتدي تأليف برهان الدين على بن بكر المرغيناني، علق عليه عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، ط01، بيروت 2002.
10. محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، درسه وحققه عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، قدم له وقرظه محمد بكر إسماعيل، دار عالم الكتب، ط خاصة، الرياض، 2003.
11. أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت. د ت ن.
12. علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط02، بيروت، 1986.

ب. المالكية:

13. محمد ابن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية حققه وعلق عليه ماجد الحموي، دار ابن حزم، ط01، بيروت، 2012.
14. محمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، ط06، بيروت، 1982.
15. أبي زيد القيرواني، رسالة أبي زيد القيرواني ومعها إيضاح المعاني على رسالة القيرواني، كتبها أحمد مصطفى قاسم الطهطاوي، دار الفضيلة، القاهرة، 2005.
16. أبي بكر البغدادي، التلقين في الفقه المالكي، مكتبة نزار، الرياض، د ت ن.
17. خليل بن إسحاق، مختصر خليل في فقه إمام دار الهدرة الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه،صححه وعلق عليه الطاهر أحمد الزاوي، دار المنار الإسلامي، ط02، بيروت، 2004.
18. محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، د ت ن.

19. شهاب الدين القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، ط01، بيروت، 1994.

ج. الشافعية:

20. ابي حامد الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، قدم له وضبطه طارق فتحي السيد ويليه التذنيب في الفروع على الوجيز للغزالي لشيخ الإسلام عبد الكريم بن محمد الرافعي، حققه وعلق عليه أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، ط01، بيروت، 2004.
21. ابن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، ط03، بيروت، 2003، ص127.
22. شمس الدين الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، درسه وحققه علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، قدم له محمد بكر إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000.

د. الحنابلة:

23. الموفق ابن قدامة المقدسي، المغني، حققه عبد الله بن عبد المحسن التركى وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، ط03، الرياض، 1997.
24. شرف الدين بن أحمد الحجاوي، زاد المستقنع في اختصار المقنع، حققه عبد الرحمان بن علي بن محمد العسكر، دار الوطن، د ت ن.

هـ. الضاهرية:

25. أبو محمد علي ابن حزم، المحلى بالآثار، تحيق عبد الغفار سليمان البندراي، دار الكتب العلمية، ط01، بيروت، 2003.

كتب أصول الفقه ومقاصد الشريعة الإسلامية

26. ديدي الحبيب على، مذكرة في أصول الفقه المالكي، دار العوادي، عين البيضاء،2012.
27. الزحيلي وهبة، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، ط01، دمشق، 1986.
28. بن عاشور محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، تقديم حاتم بوسمة، دار الكتاب المصري، القاهرة، دار الكتاب اللبناني، بيروت، 2012.
29. اليوبي محمد سعد بن أحمد بن مسعود، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، دار الهجرة، الرياض، 1998.

كتب فقهية معاصرة

30. أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط03، 1957.
31. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، د ت ن.
32. الجبرين عبد الله بن عبد العزيز، شرح عمدة الفقه للموفق ابن قدامة، قرأه وقدم له عبد العزيز آل الشيخ، مكتبة الرشد، الرياض ط02، 1429هـ.
33. الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر العربي، ط02، دمشق،1985.
34. الزحيلي وهبة، الفقه المالكي الميسر، ج03، دار الكلم الطيب، دمشق، 2010.
35. الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام إخراج جديد بتطوير في الترتيب والتبويب، وزيادات، دار القلم، ط01، دمشق، 1998.
36. العثيمين محمد بن صالح، الشرح الممتع على زاد المستقنع، دار ابن الجوزي، ط01، عنيزة،1427هـ.
37. الغرياني الصادق عبد الرحمان، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، د ت ن.
38. الموسوعة الفقهية، دار الصفوة، ط01، الكويت، 1995.

ثانيا: مؤلفات قانونية

39. آث ملويا لحسين بن شيخ، المرشد في قانون الأسرة مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا (من سنة 1982 إلى سنة 2014) ملحقات: المواثيق والاعلانات والاتفاقيات والتقارير الدولية المتعلقة بحقوق المرأة والطفل، دار هومة، "03، الجزائر، 2015/2016.
40. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق أخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار الثقافة، ط01، 2012.
41. بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، ط01، القبة، 2008.
42. تناغو سمير، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف جلال حزى وشركا، الإسكندرية، 1974.
43. السرطاوي محمود، فقه الأحوال الشخصية 1، جامعة القدس المفتوحة، عمان، 2012.
44. سعد نبيل إبراهيم، المدخل إلى القانون نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، ط01، بيروت، 2010
45. سمارة محمد، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، ط01، عمان، 2008،

46. السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.
47. شريفي نسرين وبوفرورة كمال، قانون الاسرة الجزائري، دار بلقيس، ط01، الجزائر، 2013.
48. الصابوني عبد الرحمان، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، قدم له محمد أبو زهرة ومصطفى السباعي، دار الفكر، ط 02، 1968.
49. فخري جميل محمد جانم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد، ط01، عمان، 2009.
50. قري غنية، شرح قانون الأسرة المعدل دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، دار طليلة، ط01، الجزائر، 2011.
51. محمدي فريدة(زواوي)، المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق، د د ن، د ت ن.

III. البحوث العلمية

أولا: أطروحات الدكتوراه

52. بن الصغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص فقه وأصول، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، 2009/2008.
53. سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري . دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر-1-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015/2014.
54. فاسي عبد الله، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015/2014.

ثانيا: رسائل الماجستير

55. أبو حديد جلال حسين، القواعد والضوابط الفقهية في مسائل الأحوال الشخصية عند الشافعية، رسالة مقدمة لاستكمال درجة الماجستير في القضاء الشرعي، جامعة الخليل، كلية الدراسات العليا، برنامج القضاء الشرعي،2014.

56. علال ياسين، أثر الطلاق على التوارث بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري، مذكرو مقدمة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون شؤون الأسرة، قطل جامعة 08ماي1945 قالمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،2012/2011.
57. مواسي ليلى مصطفى، الثوابت والمتغيرات في الأحكام الفقهية المتعلقة بالمرأة في مجال الأحوال الشخصية (دراسة فقهية قانونية)، رسالة ماجستير، جامعة الخليل، كلية الدراسات العليا، قسم القضاء الشرعي،2011، ص264.

IV. المجلات القضائية

58. المجلة القضائية، 1991، عدد01.
59. المجلة القضائية، 1992، عدد02.
60. المجلة القضائية، 1992، عدد03.
61. المجلة القضائية، 1993، عدد01.
62. المجلة القضائية، 1995، عدد01.
63. المجلة القضائية، 1997، عدد01.
64. المجلة القضائية، 1997، عدد02.
65. المجلة القضائية، 2000، عدد01.
66. المجلة القضائية، 2002، عدد02.
67. المجلة القضائية، 2004، عدد02.
68. المجلة القضائية، 2006، عدد02.
69. المجلة القضائية، 2009، عدد01.

V. المعاجم

70. مجاني الطلاب معجم لغوي عربي، دار المجاني، ط01، بيروت، 2004.
71. المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ط04، 2004.
72. مجد الدين الفيروزبادي، القاموس المحيط، تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، ط08، بيروت، 2005.

الفهرس

الشكر

الاهداء

الخطة

قائمة المختصرات

المقدمة.....**01**

الفصل الأول: آثار الدخول بالزوجة في الزواج الصحيح.....**06**

المبحث الأول: آثار شخصية ذا طابع مالي.....**08**

المطلب الأول: علاقة الدخول بالصداق.....**08**

الفرع الأول: مفهوم الصداق.....09

أولا: تعريف الصداق و دليل مشروعيته.....09

ثانيا: التكييف الشرعي و القانوني للصداق.....11

ثالثا: أنواع الصداق.....12

رابعا: مقدار الصداق.....13

الفرع الثاني: استحقاق الزوجة الصداق كاملا بالدخول.....13

أولا: استحقاق الزوجة الصداق كاملا بالدخول فقها.....13

ثانيا: استحقاق الزوجة الصداق كاملا بالدخول قانونا.....14

الفرع الثاني: التنازع في الصداق.....17

أولا: الحالة الأولى الاختلاف في الصداق مع وجود بينة.....17

ثانيا: الحالة الثانية الاختلاف في الصداق مع عدم وجود بينة.....18

المطلب الثاني: علاقة النفقة بالدخول.....19

الفرع الأول: مبادئ عامة في النفقة 19

أولا: تعريف النفقة 19

ثانيا: حكم النفقة الزوجية.....20

ثالثا: مشتملات النفقة.....21

الفرع الثاني: شروط وجوب النفقة.....22

أولا: شروط وجوب النفقة في الفقه الإسلامي.....22

ثانيا: شروط وجوب النفقة قانونا.....24

المبحث الثاني: آثار شخصية غير مالية 27

المطلب الأول: تأثير الدخول على الموانع المؤبدة.....27

الفرع الأول: أنواع الحرمة عن طريق المصاهرة.....28

أولا: الأنواع التي تحرم بمجرد العقد الصحيح.....29

ثانيا: النوع الذي لا تقع به الحرمة الا بالدخول.....29

الفرع الثاني: تأثير الرضاعة على حرمة المصاهرة 30

الفرع الثالث: طبيعة الدخول الذي يوجب حرمة الربيبة.....31

المطلب الثاني: تأثير الدخول على الموانع المؤقتة.....32

الفرع الأول: العدة و سبب وجوبها.....33

أولا: تعريف العدة.....33

ثانيا: سبب وجوب العدة.....34

الفرع الثاني: المطلقة ثلاثا و شروط تحليلها.....37

أولا: الطلاق بصفة عامة.....38

ثانيا: شروط تحليل المطلقة ثلاثا.....40

الفصل الثاني: آثار الدخول في الزواج الغير صحيح..... 45

المبحث الأول: أثار الدخول في الزواج الفاسد 47

المطلب الأول: الزواج الفاسد لتخلف الشروط الموضعية 47

الفرع الأول: تخلف الشروط الموضوعية مع عدم تحقق الدخول..... 48

الفرع الثاني: تخلف أحد الشروط الموضوعية مع تحقق الدخول..... 48

الفرع الثالث: تخلف أكثر من شرط من الشروط الموضوعية..... 49

المطلب الثاني: الزواج الفاسد لتخلف الشروط الإجرائية 50

الفرع الأول: قيود التعدد فقها وقانونا..... 50

أولا: قيود التعدد في الشريعة الإسلامية 50

ثانيا: قيود التعدد في قانون الأسرة..... 51

الفرع الثاني: الجزاء المترتب على تخلف هذه القيود وأثر الدخول في مثل هذا الزواج 52

أولا: حكم الزواج المختل فيه شروط التعدد قبل الدخول..... 52

ثانيا: حكم عقد الزواج المختل فيه شروط التعدد بعد الدخول..... 53

المبحث الثاني: أثار الدخول في الزواج الباطل.....54

المطلب الأول: ثبوت النسب في الزواج الباطل.....54

الفرع الأول: تعريف النسب وأهميته..... 54

أولا: تعريف النسب 55

ثانيا: أهمية النسب..... 58

الفرع الثاني: ثبوت النسب بالدخول في الزواج الباطل 58

الفرع الثالث: نفي النسب في الزواج الباطل..... 58

المطلب الثاني: وجوب الاستبراء واستحقاق الصداق.....59

الفرع الأول: وجوب الاستبراء..... 59

أولا: مفهوم الاستبراء..... 60

ثانيا: تقييم المشرع بخصوص استعماله مصطلح الاستبراء..... 61

الفرع الثاني: استحقاق الزوجة الصداق بالدخول في الزواج الباطل..... 61

أولا: استحقاق المدخول بها في زواج باطل المهر 62

ثانيا: استحقاق الصداق في قانون الأسرة..... 63

الخاتمة 65
قائمة المصادر والمراجع 68
الفهرس 74
الملخص

الملخص

رتب المشرع الجزايري مجموعة من الاثار عن الدخول بالزوجة , مستمد اغلب احكام الدخول من الفقه الاسلامي مع بعض الاجنهاد منه الدي تميز به , الدي لم يري له نظير سواء في الفقه الاسلامي , او في التشريعلت المقارنة, و لم يفصل المشرع بخصوص احكام الدخول, و لم يبين ما قد يلحق به , و ما لا يلحق به, فبهدا فتح باب الاجتهاد القضائي على مصرعيه. و المحكمة العليا باعتبارها جهة تعمل على توحيد الاجتهاد القضائي/ جاءت احكامها في اغلبها مستمدة من الفقه الاسلامي مع بعض الاجتهاد منها هي الاخرى التي تميزت به عن سابر اقوال الفقهاء.

ولقد خلصت هده لدراسة للاجابة عن الاشكالية المطروة على مدار فصلين خص الفصل الاول لاثار الدخول من حيث الزواج الصحيح، والثاني لاثار ادخول في الزواج غير الصحيح، وقبل وضع نقطة نهاية لبحثنا هدا ، التي تعتبر نقطة البداية لبحث أخر ختمنا الدراسة بنتايج واقتراحات لعلها توفر الانسجام بين أحكام الفقه الاسلامي، والتغيرات الاجتماعية التي عرفها الكجتمع الجزايري اليوم.

Résumé

Le législateur algérien a produit plusieurs effets juridiques de la consommation du mariage, avec sa propre jurisprudence incomparable cependant le législateur n’a pas bien détaillé les dispositions de la consommation de mariage, ce qui a permet le renforcement de la jurisprudence dans la matière. Surtout celle de la cour suprême qui assure l’unification de la jurisprudence à travers ses arrêts dont la moitié se repose sur la doctrine Islamique. Ainsi que sa propre pensée qui se distingue des points de vue des savants de l’Islam. Cette étude a répondu la probélmatique a Travers les effets de la consommation du mariage selon une acte légal. En revanche, on a consacrée le deuxième pour les mêmes effets selon un acte illégal, bien entendu avant de conclure notre étude qui sert la continuité de la recherche, dans la même problématique on a proposé des recommandations à partir des résultats qui assurent la cohérence, entre la jurisprudence de la doctrine islamique et les changements soucieux récents en Algérie.

المفتاحية الكلمات

Consommation du mariage الدخول بالزوجة /Jurisprudence اجتهاد /Effets juridique اثار

الملخص