

أحكام المطلقة قبل الدخول في قانون الأسرة الجزائري
بقلم الأستاذ(ة) مسعودي رشيد*

المقدمة

قد تنتهي العلاقة الزوجية بالطلاق قبل الدخول نتيجة أزمة السكن في المجتمع الجزائري، أو لعدم تفاهم الزوجين لسبب من الأسباب. ويثور النزاع بينهما حول ما قدمه الزوج من صداق. هل له الحق في استرداده، وما حكم المطلقة قبل الدخول التي لم يسم لها صداقا؟ قد تعرض المشرع الجزائري إلى حكم الحالة الأولى في المادة 16 من قانون الأسرة، دون التطرق إلى الحالة الثانية «تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول». لا بد من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 التي تنص على أنه: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية»، لاستنباط حكم الحالة الثانية. وعليه يكون:

- المبحث الأول: المطلقة قبل الدخول مع تسمية الصداق .
- المبحث الثاني: المطلقة قبل الدخول مع عدم تسمية الصداق
- المبحث الأول: المطلقة قبل الدخول مع تسمية الصداق .

يجب للمطلقة قبل الدخول نصف الصداق إذا وقع الطلاق في عقد صحيح، وكان من قبل الزوج لا يد للمطلقة فيه، وسمي فيه الصداق تسمية صحيحة، وان لا تتنازل عنه المطلقة .

الفرع الأول: تسمية الصداق في عقد صحيح .

لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري إلى تعريف عقد الزواج الصحيح، لكن بالنظر إلى أحكامه يمكن أن نستنتج بأنه ذلك العقد الذي استوفى جميع الشروط الموضوعية والشكلية المنصوص عليها قانوناً¹.

أولا- الشروط الموضوعية لعقد الزواج الصحيح:

لقد تعرض المشرع الجزائري إلى الشروط الموضوعية تحت عنوان أركان الزواج بالمادة التاسعة والتاسعة مكرر من قانون الأسرة².

1- ركن الرضا: يتعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين، ويكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر طبقا لنص المادة العشرة من قانون الأسرة³.

الإيجاب هو ما يصدر أولا من أحد العاقدین من عبارات تدل على رغبته في إنشاء العقد، والقبول هو ما يصدر عن العاقد الآخر دالا على موافقته ورضاه بما أوجبه الأول. ويكون بين الزوجين أو من ينوب عنهما سواء كان وليا أو وكیلا عنهما، والإيجاب والقبول قد يكون باللفظ وقد يكون بالكتابة أو بالإشارة⁴.

2- شرط الأهلية: يقصد بأهلية الزواج بلوغ الرجل والمرأة 19 سنة ميلادية⁵. سوى المشرع الجزائري بين الشاب والفتاة في سن أهلية الزواج، ومن لم يبلغ السن القانونية لإبرام عقد الزواج عليه الحصول على ترخيص مكتوب من رئيس المحكمة التي يوجد فيها مسكن صاحب الطلب⁶، بعد التأكد من توفر المصلحة والضرورة وقدرة الطرفين على الزواج، وبالتالي يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج⁷.

3- الصداق: لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول تعريف الصداق فمنهم من اعتبره عوضا كالثمن في البيع، ومنهم من اعتبره هدية من الزوج للزوجة إبانة لشرف عقد النكاح، تكريما لها ودليلا على حسن نية الرجل في الزواج⁸. واعتبر المشرع الجزائري الصداق من

شروط الزواج وعرفه في المادة 14 على أنه : « هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء ». وقد تعرض إلى أحكامه من خلال المواد 9 مكرر، 14، 15 ، 16 ، 17 ، و 33 من قانون الأسرة .

4- الولي: يقصد بالولاية اصطلاحا تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه وقسمها الفقهاء إلى ولاية إجبار وولاية اختيار. واعتبر المشرع الجزائري الولي شرط من شروط الزواج، ونظم أحكام الولاية في المواد 9 مكرر ، 11 ، 13 ، 33 من قانون الأسرة . واعتد القانون بولاية الاختيار وليس بولاية الإجبار.

5- شهادة الشهود: يشترط لصحة عقد الزواج الشهادة عليه بسبب عظمة شأنه وخطورته وما يترتب عليه من آثار بالنسبة للزوجين من اجل إثباته إذا أنكره أحدهما . فإن من يحضرون العقد يستطيعون أن يشهدوا به أمام القضاء . وحث الشرع أن يجمع له الناس وأن يشهر ويذاع لقول النبي (ص): «أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدفوف» . وتشترط الشهادة تكريما لعقد الزواج وإعلاء شأنه وإظهارا لأمره على وجه يدفع الشبهات ويمنع محاولة جحوده وإنكاره⁹.

وجعل المشرع الجزائري الشهادة شرط صحة وتعرض لها من خلال المواد لمواد 9 مكرر، و33 من قانون الأسرة . وأن المشرع استعمل مصطلح شاهدين دون الخوض في جنس الشهود . لكن فقهاء الشريعة الإسلامية بينوا ذلك بحضور شاهدين رجلين ، أو رجل وامرأتين بغرض الإشهاد على عقد الزواج . وذلك ما أكدته القضاء الجزائري بأنه من القواعد المقررة شرعا أن التنازع في الزوجية إذا ادعاه أحدهما وأنكرها الآخر، فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد أو السماع

الفاشي ، والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أنا لقرار المطعون فيه جاء خالياً من أية حجة أو بينة تدل على وجود الزواج سوى أقوال امرأتين لا يعتد بشهادتهما في إثبات الزواج شرعاً، فإن تقريره بوجود الزواج يعد مخالفاً لأحكام الشريعة ومخطئاً في فهم أنواع الشهادات في الفقه.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه¹⁰.

6- انعدام الموانع الشرعية للزواج: من شروط عقد الزواج الصحيح أن يكون خالياً من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة. ونظمها المشرع الجزائري من خلال أحكام المواد 9 مكرر، و 23 إلى غاية المادة 30 من قانون الأسرة¹¹.

أ- المحرمات بسبب القرابة: المراد بالقرابة في هذا الموضوع النسب، فيمنع صاحب القرابة للمرأة أن يتزوج بها وذلك كقرابة الرجل لأمه أو أخته . وتطرق المشرع الجزائري إلى هذا النوع من القرابة في الفقرة الأولى من المادة 24 من قانون الأسرة: «موانع النكاح المؤبدة هي: - القرابة». وتشمل أربعة أصناف من النساء هن :

- أصول الشخص من النساء وإن علون وهي الأم والجدة أم الأم وإن علت . وأم الأب وأم الجد وإن علت .

- فروع الشخص من النساء وإن نزلن وذلك كالبنات وبنات البنات، وبنات الابن وإن نزلت .

- فروع الأبوين أو فروع أحدهما ويشمل الأخوات مطلقا وفروعهن مهما نزلت درجتهم .

- فروع الأجداد والجندات المباشرة وهن العمات والخالات، وعمات وخالات أبيه أو أمه أو جدته.

إلا أن المشرع الجزائري بين هذا النوع من القرابة بالمادة 25 من قانون الأسرة : « المحرمات بالقرابة هي: الأمهات، والبنات، والأخوات، والعمات ، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت ».

ب- المحرمات بسبب المصاهرة: يقصد بالمصاهرة الزواج. ويحرم على الرجل بسبب المصاهرة أربعة أصناف من النساء هن:

■ زوجة الأب والجد وإن علا، سواء أكان الجد من جهة الأب أم كان من جهة الأم ، سواء دخل الأب والجد بالزوجة أم لم يدخل بها .
■ زوجة الابن وابن الابن وابن البنت وإن نزلوا سواء دخل بها أم لم يدخل.

■ أم زوجة الرجل وجدتها وإن علت ، سواء كانت الجدة من جهة الأب كأم الزوج أو من جدة الأم كأم الزوجة .

■ بنت الزوجة وبنات أبنائها وإن بعدت درجتهم.

وقد تطرق المشرع الجزائري إلى الحرمت بالمصاهرة في المادة 26 من قانون الأسرة: « المحرمات بالمصاهرة هي:

■ أصول الزوجة بمجرد العقد عليها.

■ فروعها إن حصل الدخول بها.

■ أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علوا .

■ أرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا».

ج - المحرمات بالرضاع: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة، واتفقت المذاهب على تحريم الأمهات والأخوات والقريبات من الرضاعة، وتحريم الأصهار من الرضاعة أيضا قياسا على النسب .

وحجتهم في ذلك قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ الَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَانُكُم مِّنَ الرِّضَاعَةِ﴾¹². وقوله (ص) : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ».

ونظم المشرع الجزائري المحرمات بالرضاعة بالمواد 27، 28 و29 من قانون الأسرة¹³.

د- المحرمات المؤقتة: يقصد بالتحريم المؤقت التحريم العارض الذي يبقى مادام سببه قائما ، فإن زال سبب التحريم زال التحريم .
وهن خمسة أنواع :

- زوجة الغير ومعتدته: يحرم على الرجل مؤقتة زوجة الغير أو المحصنة ومعتدته .

- ✓ زواج الخامسة وفي عصمته أربع نساء.
- ✓ الجمع بين المحارم: يحرم على الزوج الجمع بين الأختين، والجمع بين الزوجة وعمتها وخالتها.
- ✓ المطلقة ثلاثا تحرم على الزوج تحريما مؤقتة حتى تتزوج رجلا آخر زواجا صحيحا ويدخل بها دخولا حقيقيا، ثم يطلقها أو يموت عنها .
- ✓ المرأة غير الكتابية : المرأة التي لا تدين بدين سماوي .
- ✓ وقد تعرض قانون الأسرة إلى التحريم المؤقت بالمادة 30 منه: «يحرم من النساء مؤقتة:

■ المحصنة، المعتدة من طلاق أو وفاة ، المطلقة ثلاثا. كما يحرم مؤقتا الجمع بين الأختين أو بين المرأة أو عمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من الرضاع،
■ زواج المسلمة مع غير المسلم».

ثانيا- الشروط الشكلية لعقد الزواج الصحيح:

لقد أضاف المشرع الجزائري بعض الشروط والإجراءات الشكلية يجب إستفاؤها لصحة عقد الزواج .

أ- الشهادة الطبية: لقد أضاف المشرع الجزائري الشهادة الطبية كوثيقة يقدمها طالبي الزواج إلى ضابط الحالة المدنية أو الموثق من أجل تحرير عقد الزواج في المادة 7 مكرر من قانون الأسرة، وبالمرسوم التنفيذي رقم 154-06 المؤرخ في 2006/05/11 الذي يحدد شروط وكيفية تطبيق المادة 7 مكرر .

تعتبر الشهادة الطبية وثيقة ضرورية بملف عقد الزواج توضح الحالة الصحية لكل من الزوجين¹⁴. وهذا الإجراء الشكلي الخاص بصحة الزوجين ليس كشرط من شروط صحة عقد الزواج ، وإنما إجراء شكلي يجب على ضابط الحالة المدنية أو الموثق التأكد من أن الزوجين خضعا للفحوصات الطبية¹⁵ ، ولا يجوز تحرير عقد الزواج بدون وجود الشهادة الطبية بالملف¹⁶ .

ب- رخصة الإعفاء من السن: هذه الوثيقة متعلقة بالأهلية تمنح للمقبلين على الزواج القصر . من صلاحيات رئيس المحكمة منح رخصة الإعفاء من السن بالنسبة للقصر الذي لم يكتمل 19 من عمره وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة ، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج¹⁷ .

ج - رخصة تكرار الزواج: من شروط عقد الزواج بامرأة ثانية، رخصة تكرار الزواج التي هي من صلاحية رئيس المحكمة طبقا لنص المادة الثامنة من قانون الأسرة التي تنص على أنه: يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

د- رخصة مصالح الأمن والدفاع الوطني كشرط لعقد الزواج: إن كل من زواج كل من موظفي الأمن¹⁸ والدفاع الوطني¹⁹ يتطلب الحصول على رخصة مسبقة من هذه الجهات. وعليه أنه لا يجوز لضابط الحالة المدنية أو الموثق أن يحرر عقد زواج لهؤلاء الأشخاص دون وجود الرخصة. وإذا أخفي هذا الشخص صفته وأبرم عقد الزواج سيعرض نفسه إلى المتابعة الإدارية والجزائية²⁰.

ووضح القضاء الجزائري أن هذه الرخصة لا ترقى إلى درجة الركن. حيث جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا أن الرخصة الإدارية بالزواج المبنوحة من بعض الجهات الوصية لموظفيها وأسلاكها، لا تعد ركنا من الأركان المنصوص عليها في المادة 9 من قانون الأسرة²¹.

كل عقد زواج أبرم مستوفيا للشروط والأركان والإجراءات سابقة الذكر يعتبر زواجا صحيحا ويرتب على نشوئه كل الآثار القانونية، ومنه أنه تستحق نصف الصداق إذا وقع الطلاق قبل الدخول.

الفرع الثاني: أن يكون الصداق مسمى في العقد تسمية صحيحة.

اتفق الفقهاء²² على أن تستحق المطلقة قبل الدخول نصف الصداق المسمى إذا تمت تسمية الصداق في العقد، أو فرضه لها بعد العقد وتراضيا عليه.

أولا- الصداق المسمى:

اتفقت المذاهب على إذا فرق الرجل زوجته قبل الدخول في عقد صحيح وتسمية صحيحة للصداق، فلها نصفه وذلك لقوله تعالى: ﴿وإن

طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم²³. تدل الآية الكريمة على وجوب نصف الصداق المسمى مع العقد إذا حصل الطلاق قبل الدخول.

ثانيا - الصداق المفروض:

إذا تم عقد الزواج دون تسمية الصداق، واتفق الزوجان على ذلك وتراضيا عليه قبل الدخول ، فقد حدث خلاف في تنصيب المفروض بعد العقد على قولين :

- جمهور الفقهاء: ذهب كل من المالكية والشافعية والحنابلة إلى القول بأن ينتصف الصداق المروض بعد العقد إذا حصل الطلاق قبل الدخول حكمه حكم الصداق المسمى ولا تجب لها المتعة²⁴. وذلك لقوله تعالى: ﴿ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ﴾.

* ووجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى أوجب نصف الصداق قبل الدخول بصفة مطلقة دون التفرقة فيما إذا كان الفرض في العقد أو بعده .

* إن الفرض بعد العقد كالفرض في العقد تماما ، فلما ينصف في العقد ولا ينصف بعده .

* إن ما فرض يستقر بالدخول سواء كان في العقد أو بعده، فكذلك ينصف في الطلاق قبل الدخول سواء كان في العقد أو بعده.

-المذهب الحنفي: ذهب كل من أبو حنيفة ومحمد إلى القول بأن لا ينصف المفروض بعد العقد وإنما تجب لها المتعة فقط، إن كان

الطلاق بسبب من الزوج²⁵. وتسقط المتعة أيضا إذا كانت الفرقة بسببها وذلك لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمَنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسِرَّحُوهُنَّ سِرَاحًا جَمِيلًا﴾²⁶.

- وجه الدلالة أن هذه الآية توجب المتعة للمطلقات قبل الدخول على وجه العموم سواء كان الصداق قد سمي في العقد أم لا ، ثم خصت من ذلك المطلقة قبل الدخول في زواج فيه تسمية ، فبقية المطلقة قبل الدخول في زواج لا تسمية فيه على حكم العموم.

موقف القانون الجزائري: لم يتطرق المشرع الجزائري إلى الصداق المفروض بعد العقد، ومن خلال قراءة المادة 15 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: «يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا» نجده قد أخذ بالمذهب الحنفي لأنه لم ينص على الصداق المفروض بعد العقد. وعليه حتى إذا حصل اتفاق بين الزوجين على الصداق بعد العقد لا ينصف بالطلاق وإنما تجب المتعة طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

وذهب الفقه الجزائري²⁷ إلى القول بتعويض المطلقة قبل الدخول التي لم يسم لها صداقا، وهي جبر للضرر الذي يحدثه الزوج و بترك آثاره السلبية في نفسها.

الفرع الثالث: أن يقع الطلاق بين الزوجين قبل الدخول .

حتى يثبت للمطلقة نصف الصداق يجب أن يقع الطلاق قبل الدخول لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾.

لذلك يعتبر الدخول من مؤكدات الصداق بنوعيه المسمى وصداق المثل، سواء كانت التسمية وقت العقد أم اتفق الزوجان عليها بعد ذلك لقوله تعالى: ﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج واتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذ منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا﴾²⁸. فيتأكد الصداق بالدخول الحقيقي والخلوة الصحيحة.

أولا- الدخول الحقيقي: لقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية بأن الدخول الحقيقي مؤكدا للصداق. وهو كمال الاستمتاع بالوطء، وقد استوفي الزوج حقه فوجب لها الصداق كله سواء كان مسمى أو تراضيا عليه بعد العقد.

ثانيا- الخلوة الصحيحة: هي أن يجتمع الزوجان وحدهما في مكان بأمان فيه من الاطلاع عليهما، وليس هناك مانع يمنع من التمتع بهما، لأن الزوجة بتمكينها الزوج من الاختلاء بهما مع عدم المانع تكون قد مكنت زوجها من نفسها وفعلت ما في وسعها. واختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول وجوب الصداق من عدمه بالنسبة للخلوة الصحيحة على اتجاهين:

-الاتجاه الأول: ذهب كل من الحنفية والحنابلة والشافعية في القديم إلى القول بأن يتقرر الصداق كله بالخلوة. واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج واتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذ منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض﴾.

ووجه الدلالة أن الله قد نهى المطلق أن يأخذ شيئا من الصداق الذي منحه لزوجته. وروي عن النبي (ص) قال: «من كشف خمار امرأة ونظر إليها وجب الصداق دخل بها أم لم يدخل».

-الاتجاه الثاني: ذهب كل من المالكية والشافعية في الجديد إلى القول بأنه لا يجب الصداق إلى بالوطء. والخلوة لا تقوم مقام الوطء،

فلا يتقرر بها الصداق. إلا أن الفقهاء المالكية جعلوا إقامتها عند الزوج سنة بمنزلة الوطء فأوجبوا فيها الصداق كاملاً. واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾.

ووجه الدلالة أن الله أوجب في هذه الآية نصف الصداق المفروض فقط عند الطلاق قبل الدخول، لأن المراد بالمس الدخول الحقيقي وهو الجماع. أما قوله تعالى: ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين﴾²⁹. أوجب الله سبحانه وتعالى المتعة في حالة عدم التسمية بصفة مطلقة دون التفرقة بين وجود الخلوة وعدمها³⁰.

ثالثاً- موقف المشرع الجزائري من الخلوة والدخول: من خلال قراءة نصوص قانون الأسرة نجد المشرع استعمل مصطلح « دخول »³¹ في كل النصوص ولم يستخدم كلمة « الخلوة ». يعني أنه أخذ بالاتجاه الثاني للمالكية والشافعية في الجديد الذي يوجب الصداق بالوطء أي بالدخول الحقيقي. ومنه إذا وقع نزاع بين الزوجين حول الصداق بالنسبة للدخول فلها الصداق كاملاً بالدخول ونصف الصداق بالخلوة الصحيحة .

لكن القضاء الجزائري اعتبر الخلوة دخولا في الكثير من أحكامه . من المقرر شرعاً وقانوناً إذا أبرم عقد زواج صحيح وتأكدت الخلوة بين الزوجين أصبح للزوجة الحق في جميع توابع العصمة وكامل صداقها حتى ولو لم يقع احتفال بالدخول³². وجاء في قرار آخر أنه من المتفق عليه فقهاً إن الخلوة الصحيحة توجب جميع الصداق المسمى³³. وفي قرار مثله أن الخلوة الصحيحة بعد توفر أركان الزواج تجعل الدخول

قد تم شرعا³⁴. من خلال هذه الأحكام أن القضاء الجزائري اعتبر الخلوة دخولا .

الفرع الرابع : أن يكون الطلاق بسبب من قبل الزوج .

يشترط في وجوب نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول أن يكون ذلك بسبب من قبل الزوج ، ومنه إذا كانت الفرقة بسبب من جانب الزوجة فإنه لا يجب لها من الصداق شيئا ولا تجب لها المتعة كذلك³⁵. وذلك ما أكدته القضاء الجزائري بأن الطلاق الذي يعطي الزوجة نصف الصداق قبل الدخول بها إنما هو الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته فيتحمل مسؤوليته وفق ما تقضي به أحكام الشريعة الإسلامية في الآية الكريمة: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾. والمادة 16 من قانون الأسرة مستمدة من هذه الآية التي تؤكد حق الزوجة في نصف الصداق إذا طلقها الزوج بإرادته والحال أن الزوجة في هذه القضية هي التي عدلت عن إتمام الزواج وحالت دون وقوعه فلا يعقل أن تطلب بنصف الصداق أو يكون لها الحق فيه³⁶.

أو بعيب في الزوج كالعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج . حيث ذهب الفقه المالكي إلى القول بوجوب الصداق كاملا عند إقامة الزوجة لمدة سنة تنتظر بسبب عيب من الزوج . فقال ابن عبد البر من المالكية: «الخلوة لا توجب صداقا إذا تصادقا على عدم المسيس . وقد قال مالك إذا طال مكثه مثل السنة ونحوها وطلبت الصداق كله كان ذلك لها»³⁷.

وقد سائر القضاء الجزائري مذهب الإمام مالك بإمهال العاجز عن مباشرة زوجته مدة سنة للعلاج . ومنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من العلاج وأن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلمها³⁸. أما الأسباب الأخرى التي تعود إليها كرفضها الانتقال إلى بيت الزوجية أو

رفض إتمام الزواج من قبل الأب- الحكم برد مقبض من صداق - تطبيق
صحيح القانون³⁹.

المبحث الأول: المطلقة قبل الدخول مع عدم تسمية الصداق.

لم يعالج المشرع الجزائري حكم المطلقة غير المدخل بها ولم يفرض لها صداقا ، لذلك يجب الاعتماد على نص المادة 222 التي تحيلنا على أحكام الشريعة الإسلامية . التي توجب المتعة للمطلقة قبل الدخول التي لم يسم لها صداقا وكيفية تقديرها.

الفرع الأول: وجوب المتعة للمطلقة غير المدخول بها .

قد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول حكم المتعة بين وجوبها واستحبابها .

أولا - جمهور الفقهاء: اتفق أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية على منح المتعة للمطلقة قبل الدخول التي لم يسم لها صداقا، ولا يجب لها صداق المثل واختلفوا فيما يخص الوجوب فمنهم من اعتبرها واجبة ومنهم من اعتبرها مستحبة فقط .

أ-تمتع المطلقة على أنها واجبة: ذهب كل من الحنفية والحنابلة والشافعية في الجديد إلى القول بأن المتعة واجبة على زوجها واستدلوا في ذلك بقوله تعالى: ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين ﴾ . قوله: «متعهن» فعل أمر والأمر ويفيد الوجوب .وقواه تعالى: ﴿يأيتها الذين امنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن

من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحاً جميلاً»، ونفس الأمر في الآية الكريمة و«متعوهن». جبراً لخاطرهما المكسور.

ب- تمتيع المطلقة على أنها مستحبة: ذهب كل من المالكية⁴⁰ والشافعية⁴¹ في القديم إلى القول بأن المتعة ليست واجبة وإنما هي مستحبة فقط واستدلوا في ذلك بقوله تعالى: ﴿متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين﴾ وقوله: ﴿حقاً على المتقين﴾. فخص الله سبحانه وتعالى بذلك استحباب المتعة على المحسنين والمتقين على سبيل الإحسان والتفضيل، والإحسان ليس بواجب، لأن الزوج إذا كان غير محسن ولا متقي فليس عليه شيء.

ووفق المالكية الجمهور في هذه المسألة لأنه لا يصح عندهم الزواج بدون ذكر الصداق في العقد، وإذا تم دون تسمية الصداق فالعقد مفسوخ قبل الدخول وأن طلقها قبل أن يتراضيا على الصداق فلها المتعة⁴².

الفرع الثاني: كيفية تقدير المتعة

أولاً: تقدير المتعة شرعاً.

ليس في تقدير المتعة نص صريح، لذلك يخضع تقديرها لاجتهادات الفقهاء، وقد اختلفوا في تقديرها على الوجه الآتي:

أ- الحنفية: تقدر المتعة عند الأحناف بثلاثة أثواب خمار ودرع وملحفة، وأن لا تزيد عن نصف صداق المثل ولا تنقص عن خمسة دراهم. ويعتبر فيها حال الزوج.

ب- الشافعية: إن كان الزوج موسراً متعها بخادم، وإن كان متوسطاً فبثلاثين درهماً، وإن كان معسراً فبمقنعة، وإذا تنازعا قدرها

الحاكم ، ولا بأس أن يزداد على نصف صداق المثل ويراعى في تقديرها حال الزوجين معا .

ج - الحنابلة: المتعة في المذهب الحنبلي أعلاها خادم وأدناها كسوة تصح فيها الصلاة، ويراعى في ذلك حال الزوج .

د- المالكية: المتعة غير مقدرة في المذهب المالكي بحد معروف بأقلها وإكثارها ويراعى فيها حال الزوج.

ويري بعض فقهاء القانون أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار في تقديرها العرف السائد في كل بلد من أجل تعويض المطلقة قبل الدخول عن إحاشها بالطلاق، ولم يتقرر فيها شيء من الصداق على أن لا تزيد قيمة المتعة على مقدار نصف صداق المثل المقرر شرعا وقانونا في حالة تسمية الصداق .

ثانيا: تقدير المتعة قانونا.

أن قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض للمتعة ولا لتقديرها، وبما أنها عبارة عن تعويض يمنح للمطلقة لجبر خاطرها. فقد تطرق المشرع الجزائري إلى التعويض في المادة 52 فيما يحص تعويض المطلقة إذا كان الزوج متعسفا.

كما أن المعيار المعتمد في التقدير بالنسبة لقانون الأسرة هو معيار تقدير النفقة: « يراعى القاضي حال الطرفين وظروف المعاش »⁴³.

ثالثا- موقف القضاء من المتعة قبل الدخول:

للبحث في الأحكام القضائية الجزائرية بالنسبة للطلاق قبل الدخول نجده تعرض للتعويض. حيث أنه يحق للزوجة في حال الطلاق

قبل الدخول بها الحصول على تعويض جراء تفويت فرصة الزواج من الغير عليها⁴⁴.

■ **تدخل المتعة مع التعويض:**⁴⁵ لقد استعمل القضاء الجزائري المصطلحين معا المتعة والتعويض ، فقد اعتبر المتعة تعويضا في بعض الأحكام: «إذا كانت الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا»⁴⁶. وأعتبر المتعة مبلغا ماليا يختلف عن التعويض في أحكام أخرى : « من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا، نفقة عدة، نفقة الإهمال، نفقة المتعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به من جراء الطلاق التعسفي»⁴⁷.

■ **تقدير التعويض قضاء:** إن القاضي الجزائري يراعي حال الطرفين وظروف المعاش في التقدير. كما أنه خاضع لسلطة قضاء الموضوع وهو لا يخضع لرقابة المحكمة العليا إلا إذا كان مجحفا بأحد الزوجين إجحافا غير مألوف بالنسبة لحالتهما⁴⁸. وفي حكم آخر إن تقدير الضرر عن إقدام المستأنف على طلب الطلاق قبل الدخول مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاء الموضوع⁴⁹.

الخاتمة

لقد تعرض المشرع الجزائري إلى أحكام المطلقة قبل الدخول بالمادة 16 من قانون الأسرة، إلى أن هذا النص تعرض إلى نوع واحد فقط الخاص بالمطلقة التي سمي لها صداقا وقت العقد، دون التعرض إلى طلاق المفوضة قبل الدخول، وحالة الاتفاق بين الزوجين على الصداق بعد العقد. لذلك يجب تعديل المادة 16 من قانون الأسرة: «تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول الحقيقي أو الحكي أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلق قبل الدخول سواء كان مسمى في العقد أو فرضه لها بعد ذلك وتراضيا عليه. ويجب تمتيع المطلقة قبل الدخول في حالة عدم تسمية الصداق، على أن لا تزيد عن نصف صداق المثل».

الهوامش

* أستاذ محاضر بجامعة معسكر.

1. المنصوص عليها في قانون الأسرة، أو قانون التوثيق أو قانون الحالة المدنية ، أو قوانين خاصة المطبقة على موظفي الأمن الوطني أو عقد زواج العسكريين .
2. المادة التاسعة من ق أ ج : « ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين » . المادة 9 مكرر : « يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية : - أهلية الزواج ، - الصداق ، - الولي ، - شاهدان ، - انعدام الموانع الشرعية للزواج » .
3. المادة العاشرة من ق أ ج : « يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح . ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة » .
4. د . مصطفى السباعي ، شرح الأحوال الشخصية ، المجلد الأول ، الزواج وانحلاله ، المكتب الإسلامي ، الطبعة السابعة ، سنة 1977 بيروت ، لبنان ص 73 - د . أحمد فرج حسين ، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ، دار المطبوعات الجامعية ، بدون طبعة ، سنة 1997 الإسكندرية ، مصر ، ص 82 د . رمضان علي السيد الشرنبصي ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، ص 48 .
5. المادة السابعة من ق أ ج : « تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة . وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة ، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج . يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات » .
6. المادة 426 / 7 من قانون إ م إ : « الترخيص بالزواج بمكان طالب الترخيص » .
7. عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، الطبعة الثالثة سنة 2011 ، دار هومة ، الجزائر ، ص 25 .
8. مسعودي رشيد ، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري ، دراسة مقارنة ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون ، الموسم الجامعي 2005-2006 جامعة تلمسان ، ص 28 و 29 .
9. د . أحمد محمود الشافعي ، الزواج في الشريعة الإسلامية ، دار الهدى للمطبوعات ، الإسكندرية ، مصر ، سنة 1998 ، ص 73 - د . أحمد فرج حسين ، المرجع السابق ، ص - د . رمضان علي السيد الشرنبصي ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، ص 63 - د . إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، سنة 1999 ، ص 29 .
10. المحكمة العليا غ.أش بتاريخ 15/12/1986 قرار 43889 م ق العدد 2/1993 ، ص 37 .

11. الفقرة الحيرة من المادة 9 مكرر: «انعدام الموانع الشرعية للزواج» م/23: «يجب أن يكون كلا من الزوجين خلوًا من الموانع الشرعية للزواج».
12. النساء 23.
13. المادة 27: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» - المادة 28: «يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته ولدا للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها ويسري التحريم عليه وعلى فروعه» - المادة 29: «لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا».
14. د. مسعودي رشيد ، الشهادة الطبية قبل الزواج دراسة مقارنة ، مقال منشور بمجلة الراشدية ، منشورات جامعة معسكر ، العدد الأول ، ص 65. - د. محمد الشافعي ، الأسرة في فرنسا ، دراسات قانونية وحالات شاذة ، ط 1 المطبعة والوراقة الوطنية مراكش المغرب ص 181. - د. بلحاج العربي ، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد ، مقال منشور بمجلة المحكمة العليا ، العدد الأول سنة 2007 ، ص 100.
15. المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 154-06 المؤرخ في 2006/05/11 الذي يحدد شروط وكيفية تطبيق المادة 7 مكرر التي تنص على أنه: «يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من خلال الاستماع إلى كلا الطرفين في آن واحد من علمهما من نتائج الفحوصات التي خضع لهما كل منهما وبالأعراض أو العوامل التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤثر بذلك في عقد الزواج. لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين».
16. المادة 6 من المرسوم أعلاه التي تنص على أنه: «لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج إلا بعد أن يقدم طالبي الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم».
17. المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري .
18. المرسوم رقم 481-83 الصادر بتاريخ 1983/08/13 المتعلق بالأحكام والقواعد المطبقة على موظفي الأمن الوطني م/23: «لا يمكن لموظفي الأمن الوطني إبرام عقد زواجهم دون ترخيص بالزواج يكون قد وقع طلبه والحصول عليه من الجهة التي لها سلطة التعيين وذلك ثلاثة شهور قبل الاحتفال بالزواج»
19. منشور رقم 329 الصادر بتاريخ 1967/06/13. رقم 364 الصادر بتاريخ 1968/06/25 صادرين عن وزارة الدفاع الوطني .
20. عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 66.
21. المحكمة العليا غ.أش بتاريخ 2006/06/14 قرار 357345 م ق العدد 1/2007 ، ص 461.
22. علاء الدين الكساني ، بدائع الصنائع ، الطبعة الثانية لسنة 1982 ، الجزء الثاني ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ص 296 و 297. - محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله ، الأم ، الجزء الخامس ، الطبعة الثانية ، لسنة 1393 هـ ، دار المعرفة بيروت ، لبنان ، ص 60. - محمد بن عبد الباقي بن يوسف ، شرح الزرقاني ، الجزء الثالث ، ط 2 لسنة 1398 هـ ، دار الفكر بيروت ، لبنان ، ص 131.
23. سورة البقرة 237.
24. الشيخ محمود محمد الشيخ ، المهر في الإسلام بين الماضي والحاضر ، دراسة اجتماعية فقهية ، الطبعة الأولى ، المكتبة العصرية للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، ص 78.
25. د. ربيع دردير محمد علي ، الحقوق الزوجية في الشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، ص 92.
26. سورة الأحزاب 49.

27. الأستاذ فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق الجزء الأول ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الرغبة الجزائرية ، ص 98.
28. سورة النساء: 20 ، 21. وتم تفسير الإفضاء بالجماع.
29. البقرة 236.
30. الشيخ محمود محمد الشيخ ، المرجع السابق ، ص 63 و 66. د. ربيع دردير محمد علي ، المرجع السابق ، ص 80 و 81.
31. المادة 8 مكرر 1: «يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول». - المادة 16: «تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول... وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول». - المادة 17: «... وليس لأحدهما بيئة وكان قبل الدخول». - المادة 33: «إذا تم الزواج... يفسخ قبل الدخول...». - المادة 34: «كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول...». وكذلك المواد 40 ، 58 ، و 74.
32. المحكمة العليا غ.أش بتاريخ 18/06/1991 قرار 74375 م ق العدد 1/1993 ، ص 61.
33. المحكمة العليا غ.أش بتاريخ 19/11/1984 قرار 35107 م ق العدد 2/1990 ، ص 55.
34. المحكمة العليا غ.أش بتاريخ 08/05/2002 قرار 289545 م ق العدد 2/2004 ، ص 373.
35. د. ربيع دردير محمد علي ، المرجع السابق ، ص 92.
36. المحكمة العليا غ.أش بتاريخ 13/07/1993 قرار 92714 م ق العدد 1/1995 ، ص 128.
37. أبو عمر يوسف ابن عبد البر القرطبي ، الكافي ، الطبعة الأولى ، لدار الكتب العلمية بيروت ، لبنان ، ص 254.
38. المحكمة العليا غ.أش بتاريخ 19/11/1984 قرار 34784 م ق العدد 3/1989 ، ص 73.
39. المحكمة العليا غ.أش بتاريخ 21/11/1988 قرار 51612 م ق العدد 2/1992 ، ص 52.
40. محمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ، ج 2 ، سنة 1230 ، ص 425.
41. الإمام أبي زكريا يعي بن شريف النووي النمشقي ، روضة الطالبين ، دار الكتب العلمية ، ج 7 بيروت لبنان الطبعة الثانية ، سنة 676 هـ ، ص 321.
42. الشيخ محمود محمد الشيخ ، المرجع السابق ، ص 109. د. ربيع دردير محمد علي ، المرجع السابق ، ص 105.
43. المادة 79 من قانون الأسرة وهي خاصة بتقدير النفقة : «يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش...».
44. المحكمة العليا غ.أش بتاريخ 15/11/2006 قرار 372290 م ق العدد 1/2007 ، ص 487.
45. مسعودي رشيد ، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري ، مرجع سابق ، ص 71 و 72.
46. المحكمة العليا غ.أش بتاريخ 08/04/1985 قرار 35912 م ق العدد 1/1989 ، ص 89.
47. المحكمة العليا غ.أش بتاريخ 08/04/1986 قرار 41560 م ق العدد 2/2007 ، ص 69. - المحكمة العليا غ.أش بتاريخ 28/01/1986 قرار 3973 م ق العدد 4/1993 ، ص 61. لمحكمة العليا غ.أش بتاريخ 18/06/1991 قرار 7029 م ق العدد 2/1994 ، ص 65.
48. المحكمة العليا غ.أش بتاريخ 24/02/1986 قرار 39689 م ق العدد 2/1994 ، ص 65. غير منشور.
49. المحكمة العليا غ.أش بتاريخ 16/03/1999 قرار 216865 م ق العدد 2/1999 ، ص 65. غير منشور.
- الشخصية ، ص 256.