جامعة محمد الصديق بن يحيى- جيجل

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

محاضرات في قانون الأسرة

(الزواج والطلاق)

ملقاة على طلبة السنة الثانية ليسانس السداسي الثالث

تخصص حقوق

إعداد الدكتورة: رواحنة نادية

أستاذة محاضرة ب

السنة الجامعية: 2018م-2019م

بسم الله الرحمن الرحيم

قائمة المختصرات

ق. أ .....قانون الأسرة.

ق. ع .....قانون العقوبات الجزائري.

ق. م.....القانون المدني الجزائري.

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

ق. ح. م .....قانون الحالة المدنية

ف.....الفقرة.

ج .....الجزء.

مج.....المجلد.

ص .....الصفحة.

ص. ص .....من الصفحة إلى الصفحة.

ط .....الطبعة.

د. ط .....دون طبعة.

د. س. .....دون سنة نشر.

د. ج.....دينار جزائري.

م.....ميلادي.

هـ.....هجري.

مقدمة

مقدمة

تعتبر الأسرة الحاضنة التربوية الأولى في حياة الإنسان، ولها تأثير كبير على نموه النفسي والخلقي والفكري، وعلى خياراته في الحياة طوال عمره، فمعظم الموروثات والمكتسبات التي تكون شخصية الإنسان، وتشكل خلقه وعقله ومخياله، ونظرته إلى نفسه وإلى المجتمع والعالم يأخذها من الأسرة، ومهما كبر الإنسان وتقدم به العمر يبقى في حاجة إلى الجو الأسري الذي يشبع أشواقه النفسية والعاطفية، ويشعره بالاستقرار والأمان.

الأسرة هي الخلية الأساسية واللبنة الأولى التي يتكون منها المجتمع، ونمط بناء الأسرة له تأثير مباشر على نمط بناء المجتمع، فكل فضيلة يمكن أن يتصف بها المجتمع من الوحدة والتضامن والتعاون، والسلامة من الآفات الاجتماعية تبدأ من الأسرة، وكل رذيلة يمكن أن تلحق بالمجتمع تبدأ من الأسرة.

الأصل أن أفراد الأسرة يعيشون في جو من التراحم والتعاطف والتكافل الاجتماعي، وتجمع بينهم روابط وعلاقات وجدانية، ومع أن هذه الأخيرة قد تنتظم بالفطرة السليمة إلا أنه لسبب أو لآخر، من طغيان الماديات وضغط متطلبات الحياة الاقتصادية، وحب الذات قد تتوتر تلك العلاقات وتنقطع الروابط والصلات التي أمر الله بالمحافظة عليها، لذلك كان لا بد من قواعد لتحكم وتنظم سلوكات وعلاقات أفراد الأسرة الواحدة حتى يتحقق الانسجام والاستقرار والسكينة.

من أجل ذلك عمد المشرع إلى تنظيمها من خلال تقنين الأسرة معتمدا في ذلك على الأحكام الشرعية النابعة من الكتاب والسنة اللذان لا يأتيهما الباطل، حيث نظم المشرع في هذا القانون مجموعة من المواضيع أولها الزواج والطلاق.

وهذه المطبوعة عبارة عن محاضرات أو دروس في مادة قانون الأسرة (الزواج والطلاق)، ألقيتها على طلبة السنة الثانية ليسانس تخصص حقوق خلال السداسي الثالث، وهي تندرج ضمن وحدة تعليم استكشافية.

وقد تم إلقاؤها عليهم من خلال أربع محاور رئيسية، حسب ما ورد في عرض التكوين وفقا للمباحث الآتية:

المبحث الأول: مفهوم قانون الأسرة،

المبحث الثاني: الخطبة،

المبحث الثالث: الزواج،

المبحث الرابع: انحلال عقد الزواج.

المبحث الأول

مفهوم قانون الأسرة

المبحث الأول

مفهوم قانون الأسرة

قبل التطرق إلى الأحكام التي يتضمنها قانون الأسرة الجزائري وبالخصوص أحكام الزواج والطلاق، لابد من إعطاء لمحة حول هذا القانون كمدخل للدراسة يتضمن التعريف به (المطلب الأول)، نشأته وتطوره (المطلب الثاني)، مميزاته (المطلب الثالث)، وأخيرا علاقته بغيره من القوانين (المطلب الرابع).

المطلب الأول: التعريف بقانون الأسرة

إن التعريف بقانون الأسرة وتوضيح ماهيتة باعتباره جزءا من النظام القانوني، يقتضي منا الوقوف على تعريفه (الفرع الأول) ثم بيان المصادر التي يستقي منها أحكامه (الفرع الثاني)، وبعدها إبراز الموضوعات التي ينظمها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف قانون الأسرة

ينتمي قانون الأسرة إلى القانون الخاص باعتباره ينظم العلاقات بين الأفراد، ويسمى هذا القانون في معظم البلاد العربية بقانون الأحوال الشخصية (قانون الأحوال الشخصية السوري، مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مدونة الأحوال الشخصية المغربية، قانون الأحوال الشخصية العراقي، قانون الأحوال الشخصية الكويتي، قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، قانون حقوق العائلة العثماني، قانون حقوق العائلة الأردني، قانون المحاكم الشرعية السوداني، القانون المتعلق بالزواج والطلاق الليبي)[1]، أما في الجزائر فيسمى بقانون الأسرة.[2]

[1]– بلحاج (العربي)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ج1، د. ط، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999م، ص1.

ولم تكن تسمية الأحوال الشخصية معروفة عند الفقهاء قديما بل هي تسمية مستمدة من الأنظمة الغربية، فقد كان الفقهاء يبحثون مسائل الأسرة وأحكامها ضمن أبواب الفقه المختلفة، من زواج وصداق ونفقة وطلاق ونسب وحضانة ووصية وميراث...[1].

والمقصود بالأحوال الشخصية "الأوضاع التي تكون بين الإنسان وأسرته، وما يترتب على هذه الأوضاع من آثار قانونية والتزامات معنوية أو مادية"[2]، بمعنى أنه مجموعة الأحكام والأوضاع التي تتعلق بالشخص ذاته والتي رتب عليها القانون أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية، ككون الإنسان زوجا أو أرملا أو مطلقا، تام الأهلية أو ناقصها لأي سبب من الأسباب، غائبا أو مفقودا، إلى غير ذلك.

وهناك مسألة أخرى ينظمها أيضا هذا القانون تتعلق بالناحية المالية للفرد، وليس شرطا أن تكون هذه العلاقة في الإطار الأسري، والمتمثلة أساسا في الوقف والهبة والوصية، وهي من عقود التبرعات الخاصة بالشخص كفرد لا كعضو في أسرته، وهي ألصق بالأحوال الشخصية منها بالأسرة.

ويعرف هذا القانون أيضا بأنه "مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات أفراد الأسرة بوصفهم أعضاء في أسرة واحدة تجمعهم علاقات النسب والمصاهرة، وينظم مسائل الزواج والطلاق وآثارهما، والولادة ونتائجها والأهلية والنيابة الشرعية، والميراث، والوصية والوقف والهبة"[3]، كما يعرفه الأستاذ عجة الجيلالي بأنه "مجموعة القواعد القانونية التي تنظم الأحوال الشخصية للأفراد"[4].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري فضل مصطلح قانون الأسرة بدل الأحوال الشخصية لكنه ألحق به أحكام المفقود والغائب والحجر والتقديم والكفالة والهبة والوقف والوصية، وكلها قواعد خاصة بالشخص كفرد لا كعضو في أسرته، وهي ألصق بالأحوال الشخصية منها بالأسرة، ويبدو أن المشرع الجزائري حاول أن يجمع بين علاقات الفرد الاجتماعية والأسرية، لذلك اختار هذا المصطلح الذي يتضمن القواعد التي تنظم حال الشخص وعلاقاته المالية وغير المالية مع أسرته ومجتمعه.

---

[1]- بلحاج (العربي)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص13.

[2]- بلحاج (العربي)، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، د. ط، الجزائر، دار هومة، 2013م، ص17.

[3]- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[4]- عجة (الجيلالي)، مدخل للعلوم القانونية، ج1، ط1، الجزائر، بيرتي للنشر، 2009م، ص158.

هذا وقد صدر قانون الأسرة الجزائري بموجب القانون رقم 11/84، المؤرخ في 9 جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالقانون 02/05، المؤرخ في 27 فيفري 2005م[1].

الفرع الثاني: مصادر قانون الأسرة الجزائري

إن المتتبع لأحكام ونصوص قانون الأسرة الجزائري يلاحظ أن المشرع اعتمد بشكل كبير على مذهب الإمام مالك بن أنس، باعتباره مذهب أهل المغرب العربي، كما أخذ من المذاهب الأخرى الأحناف والشافعية والحنابلة، بالإضافة إلى ذلك قنن بعض الأعراف والعادات الاجتماعية التي لا تتناقض مع الشرع الإسلامي لما لها من أهمية وقيمة في المجتمع، فضلا على أنه انفتح على بعض القوانين العربية التي كان لها السبق في التقنين، مراعيا في ذلك مصلحة ومتطلبات المجتمع الجزائري، وما ينسجم كذلك مع سياسته التشريعية في حماية الأسرة والسهر على ترقيتها بكافة الوسائل[2].

وتعتبر الشريعة الإسلامية المصدر الأصلي والرسمي لمسائل الأحوال الشخصية، حيث نصت المادة 222 من قانون الأسرة على أنه "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، كما نصت المادة 223 على أنه "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون"، فتشير المادة 222 أنه إذا عرضت مسألة على قاضي شؤون الأسرة، ولم يجد نصا في المسألة في قانون الأسرة، فإن عليه أن يرجع إلى أحكام الفقه الإسلامي المستمد من الشريعة الإسلامية دون إلزامه بمذهب معين، المهم فيه أن يحقق المصلحة للمجتمع ولأطراف العلاقة، وأن يكون حلا للمشكلة.

الفرع الثالث: موضوعات قانون الأسرة

يشمل قانون الأسرة الجزائري على 224 مادة مقسمة على أحكام عامة وأربعة كتب كما يأتي:

---

[1]– القانون رقم 84–11، مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984م، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 24، مؤرخة في 12 جوان 1984م، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02، المؤرخ في 27 فبراير 2005م، الجريدة الرسمية، العدد 15، مؤرخة في 27 فيفري 2005م.

[2]– بلحاج (العربي)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ...، مرجع سابق، ص21.

-الأحكام العامة: (من المادة 1 إلى غاية المادة 3 مكرر).

-الكتاب الأول: الزواج وانحلاله (من المادة 4 إلى غاية المادة 80)، ويشمل مسائل الزواج وما يتعلق به من آثار، من حقوق وواجبات الزوجين والنسب، ومسائل الطلاق وآثاره من عدة وحضانة ونفقة.

-الكتاب الثاني: النيابة الشرعية (من المادة 81 إلى غاية المادة 125)، ويشمل مسائل الولاية والوصاية والتقديم والحجر والمفقود والغائب والكفالة.

-الكتاب الثالث: الميراث (من المادة 126 إلى غاية المادة 183)، ويشمل أحكام عامة وأصناف الورثة والعصبة، أحوال الجد، الحجب التنزيل، الميراث بالتقدير، المسائل الخاصة...

-الكتاب الرابع: التبرعات (من المادة 184 إلى غاية المادة 224)، ويشمل الهبة والوصية والوقف، بالإضافة للأحكام الختامية.

والملاحظ أنه بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005م، قام المشرع بإلغاء مواد وإضافة مواد وتعديل أخرى من ذلك:

بالنسبة للمواد الملغاة، مثل المادة 12 التي كانت تجيز للأب منع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة، المادة 20 المتعلقة بالوكالة، المادة 63 المتعلقة بالحضانة، المادتان 38 و39 المتعلقتان ببعض حقوق الزوج كحق الطاعة.

ومن أمثلة المواد المعدلة المواد 4، 5، 6، المتعلقة بالزواج والخطبة، والمادة 7 المتعلقة بالأهلية، والمادة 8 المتعلقة بتعدد الزوجات وغيرها...

ومن أمثلة المواد المضافة، المادة 7 مكرر المتعلقة بالوثيقة الطبية لطالبي الزواج، المادة 9 مكرر المتعلقة بشروط الزواج، المادة 45 مكرر المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي، والمادة 53 مكرر المتعلقة بالتعويض في حالة التطليق...

وفي إطار تعديل قانون الأسرة الجزائري أضاف المشرع مادة جديدة وهي المادة 3 مكرر، ضمن الأمر رقم 02/05 جاء فيها "تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى

تطبيق أحكام هذا القانون"، مع أن الأصل في النيابة العامة أنها طرف أساسي في القضايا الجزائية، أما بالنسبة لقضايا الأسرة فقبل تعديل القانون كان المشرع يمنح النيابة صلاحيات التدخل في عدد محدد من القضايا، ويعطيها دورا في إجراءات الدعوى، حيث كان لها سلطة طلب تعيين مقدم في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها (المادة 99 من ق. أ)، كما كان لها طلب إصدار حكم بفقدان الغائب أو موته (المادة 114 من ق. أ)، بالإضافة إلى سلطة تقديم طلب إلى المحكمة مباشرة بقصد تصفية التركة، وتعيين مقدم في حالة عدم وجود ولي أو وصي (المادة 182 من ق. أ)، ومعنى ذلك أن النيابة العامة كانت تشكل طرفا احتياطيا وليس طرفا أصليا أو منضما أو متدخلا.

لكن بعد التعديل نقلت النيابة العامة من مركز الطرف الاحتياطي إلى مركز الطرف الأصلي[1]، ممثلة للمصلحة العامة وتبدي رأيها بما يتلاءم وتطبيق القانون دون أن تنضم إلى أحد الخصوم، وهذا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام قانون الأسرة، بما في ذلك دعاوى الطلاق والرجوع والنفقة والحضانة والخلع وغيرها، وسبب إضافة هذه المادة هو أن قضايا الأسرة من النظام العام وهو ما يتعين معه حماية الأسرة.

المطلب الثاني: نشأة وتطور قانون الأسرة الجزائري

لقد مر قانون الأسرة الجزائري في نشأته على ثلاثة مراحل أساسية؛ وهي مرحلة ما قبل الاستعمار (الفرع الأول)، والمرحلة الاستعمارية (الفرع الثاني)، ومرحلة ما بعد الاستقلال (الفرع الثالث).

[1]– لمزيد من التفصيل حول الموضوع يراجع: زودة (عمر)، طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 3 مكرر من قانون الأسرة، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، العدد2، 2012م، ص33 وما بعدها.

الفرع الأول: مرحلة ما قبل الاستعمار

كان القضاء في الجزائر[1] كما في البلاد العربية والإسلامية[2] يعتمد على أحكام الفقه الإسلامي في معالجة جميع المسائل المتعلقة بنواحي الحياة المختلفة، فكان مصدر الأحوال الشخصية أحكام الكتاب والسنة، وفتاوى الصحابة، واجتهاد القضاة، والرجوع إلى أمهات كتب الفقه الإسلامي، وكان المذهب المالكي هو المطبق فيها كما في بلاد المغرب الإسلامي، وكذلك المذهب الإباضي في بعض المناطق، وكذلك المذهب الحنفي مذهب الدولة العثمانية، بالإضافة إلى المعاملات والأعراف المحلية، التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، والتي كانت متعارف عليها ومعتمدة قبل الفتوحات الإسلامية.

الفرع الثاني: المرحلة الاستعمارية

ابتداء من سنة 1830م عمد المستدمر الفرنسي إلى محاولة يائسة هدفها دمج نظريات الفقه الإسلامي في منظومة القانون الفرنسي، وطمس كل مقومات الهوية الجزائرية، ومن أجل ذلك حارب فقهاء النزعة الاستعمارية الفقه الإسلامي مدعين بأنه نظام ديني لا يصلح إلا للعبادة فقط وليس نظام حياة، وفي سبيل تحقيق هذه الغاية قام المشرع الفرنسي بسن مجموعة من التشريعات، التي تهدف إلى التدخل في أحكام ونظام الأسرة الجزائري والتي نذكر منها:

القانون الصادر في 2 ماي 1930م المتعلق بالخطبة وسن الزواج، والمرسوم المؤرخ في 19 ماي 1931م المتعلق بالحالة القانونية للمرأة الجزائرية، (اعتمد فيه على الأعراف المحلية على حساب الأحكام الشرعية)، وكذا الأمر الصادر في 23 نوفمبر 1944م المتعلق بتنظيم القضاء الإسلامي، بالإضافة إلى القوانين الصادرة في 11 جويلية 1957م المتعلقة بأحكام المفقود والوصاية والحجر وكيفية إثبات الزواج، والأمر الصادر في 4 فبراير 1959م المتضمن أحكام الزواج والطلاق في

[1]– لمزيد من التفصيل حول القضاء في الجزائر قبل المرحلة الاستعمارية يراجع: مزهود (الصادق)، تاريخ القضاء في الجزائر من العهد البربري إلى حرب التحرير الوطني، ط1، قسنطينة، دار البعث، 2000م، ص71 وما بعدها.

[2]– لمزيد من التفصيل حول القضاء في الدولة الإسلامية يراجع: فركوس (صالح)، تاريخ النظم القانونية والإسلامية، ط1، عنابة، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2001م، ص62 وما بعدها. فركوس (دليلة)، الوجيز في تاريخ النظم، ط3، الجزائر، دار الرغائب، 1999م، ص280 وما بعدها.

الجزائر، وكذا المرسوم المؤرخ في 17 سبتمبر 1959م المتعلق بتنظيم الزواج وانحلاله في الجزائر، (وهو المرسوم الذي يحدد شروط تطبيق الأمر السابق)[1].

ورغم كل المحاولات السابقة من قبل المشرع الفرنسي إلا أنها بقيت حبرا على ورق، بسبب مقاومة الشعب الجزائري لها، الذي يعتبر الأحوال الشخصية أمرا مقدسا وجزءا من عقيدته وهويته وأصالته وثقافته وحضارته الإسلامية، مما أدى إلى بقاء نظام الأسرة الجزائري بعيدا عن التدخل الفرنسي، يستمد أحكامه ومبادئه وقواعده من الفقه الإسلامي وأحكام الشريعة الإسلامية.

الفرع الثالث: مرحلة ما بعد الاستقلال

بعد الاستقلال استمر القضاء وفق قواعد النظام الفرنسي، وذلك سدا للفراغ التشريعي والقانوني تطبيقا للقانون 157/62، الذي ينص على ضرورة استمرار العمل بالقانون الفرنسي عدا مواده الاستعمارية والعنصرية، أو المخالفة للحقوق والحريات العامة.

وفي مجال الأسرة صدرت سلسلة من القوانين بين سنة 1963م وسنة 1984م، والمتمثلة في القانون 29 جوان 1963م المتعلق بتنظيم سن الزواج (16سنة بالنسبة للمرأة و18 سنة بالنسبة للرجل) وإثبات العلاقة الزوجية، والأوامر الصادرة في 23 جوان 1966م، و2 سبتمبر 1971م الخاص بكيفية إثبات الزواج، إلى أن ألغى الأمر 29/73 الصادر في 5 جويلية 1975م القانون 157/62 وكذلك القوانين الفرنسية الداخلية[2].

وقد تأخر قانون الأسرة الجزائري عن الصدور مقارنة بالقوانين الأخرى[3]، حيث استغرق أكثر من عشرين سنة بعد الاستقلال بعد طول نقاش وحوار، حيث صدر بالقانون رقم 11/84 بتاريخ 9 جوان 1984م، الذي عدل وتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005م.

---

[1]– بلحاج (العربي)، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري ...، مرجع سابق، ص18–19. سعد (عبد العزيز)، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط4، الجزائر، دار هومة، 2010م، ص8.

[2]– سعد (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص9. بلحاج (العربي)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ...، مرجع سابق، ص19.

[3]– فمثلا قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية صدرا سنة 1966م، والقانون المدني سنة 1975م.

المطلب الثالث: مميزات قانون الأسرة الجزائري

يتميز قانون الأسرة الجزائري عن غيره من القوانين بعدة خصائص تتمثل فيما يأتي:

01-هو القانون الوحيد الذي استمد أحكامه من الشريعة الإسلامية، ومن الفقه الإسلامي دون التقيد بمذهب معين، وإن كانت أغلب أحكامه مستمدة من الفقه المالكي كما سبق ذكره، وما يدل على ذلك هو نص المادة 222 منه، فنص المادة يسمح للقاضي العودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية، دون تحديد لمذهب فقهي معين إذا عرضت عليه مسألة لم يرد بشأنها نص قانوني.

02-يتميز بالشمول من حيث المواضيع التي نظمها، فهو أول قانون في الوطن العربي قنن أحكام الأسرة في قانون واحد يشتمل على جميع أحكام الأحوال الشخصية، والمتمثلة في مسائل الزواج وانحلاله، والنيابة الشرعية والميراث والتبرعات (القانون الليبي قصره على أحكام الزواج والطلاق، هناك دول تفرد للوقف قانونا خاصا به، وهناك من ينظم مسائل النيابة الشرعية ضمن القانون المدني).

03-إنه قانون مستقل عن القانون المدني خلافا لما هو موجود في الدول الغربية، التي جرى العمل فيها على أن يشتمل القانون المدني على نوعين من الأحكام؛ قواعد الأحوال الشخصية وقواعد الأحوال المدنية.

04-هو قانون يجمع بين الثبات والمرونة، فلم يتم تعديله إلا مرة واحدة سنة 2005م، هذا من جهة الاستقرار فقد حافظ على الثوابت، أما من جهة المرونة فقد تم تعديل واستحداث بعض المواد استجابة لتطلعات ومتطلبات المجتمع الجزائري، من ذلك سكن الحاضنة، التلقيح الاصطناعي، إثبات النسب بالطرق العلمية، تعديل سن الزواج، وغيرها من المواد.

05-مجاراته لعرف المجتمع الجزائري، ولم يصطدم بما تعارف عليه أفراد المجتمع من أعراف وأحكام، كاستعماله لكلمة الفاتحة في المادة 6 إذا عرفنا أن المراد من استعمالها هو التعبير عن عقد الزواج الذي يتم طبقا للشريعة الإسلامية، إذ ألف الناس قراءة سورة الفاتحة بعد تمام العقد الشرعي تبركا بها، ثم أصبح يعبر عنه بالفاتحة.

06-من خلال المواد 1، 2، 3 يتضح لنا ارتباط قانون الأسرة بالمفاهيم الاجتماعية والحضارية وبالقيم الأخلاقية والدينية.

المطلب الرابع: علاقة قانون الأسرة بغيره من القوانين

مع أن قانون الأسرة مستقل عن القوانين الأخرى سواء من حيث الأحكام التي ينظمها أو من حيث التقنين، إلا أن هذا لم يمنع من وجود علاقات وثيقة بينه وبين القوانين الأخرى منها القانون المدني (الفرع الأول)، قانون الإجراءات المدنية والإدارية (الفرع الثاني)، قانون الحالة المدنية (الفرع الثالث)، قانون العقوبات (الفرع الرابع)، وأخيرا القانون الدولي الخاص (الفرع الخامس).

الفرع الأول: علاقة قانون الأسرة بالقانون المدني[1]

تظهر هذه العلاقة في إحالة القانون المدني في كثير من المسائل على أحكام قانون الأسرة صراحة أو ضمنا، من ذلك المادة 31 من القانون المدني التي تشير إلى المفقود والغائب، والمادة 44 تخص أحكام الولاية، وكذلك المادة 408 تتعلق بتصرف الشخص في التركة وهو في مرض الموت، مع العلم أن قانون الأسرة نص خاص بينما القانون المدني نص عام لأنه الشريعة العامة، وإذا حصل تعارض بينهما يقدم الخاص على العام.

الفرع الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]

هناك علاقة بينهما في كل ما يتعلق بقواعد رفع الدعوى والتنفيذ وطرق الطعن مما يتصل بتطبيق أحكام الأحوال الشخصية، فالمادة 49 من قانون الأسرة توجب على القاضي قبل الحكم بالطلاق القيام بعدة محاولات صلح بين الزوجين، والمادة 57 تنص على أن أحكام الطلاق والتطليق والخلع لا تقبل الطعن بالاستئناف.

---

[1]- الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني، (الجريدة الرسمية، العدد 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975م)، المعدل والمتمم.

[2]- القانون رقم 09/08، المؤرخ في 25 فيفري 2008م، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخة في 23 أفريل 2008م).

كما أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (09/08) وضع فصلا كاملا معنون بقسم شؤون الأسرة من المادة 423 إلى المادة 499، حيث يبين فيه الإجراءات المطبقة في قسم شؤون الأسرة من صلاحيات واختصاص إقليمي، وإجراءات الطلاق والصلح والولاية بأنواعها، ودعاوى النسب وإجراءات الكفالة والتركات...

ويعتبر القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية مكملين لقانون الأسرة شريطة أن لا يتعارض مع المبادئ والأسس التي يقوم عليها هذا الأخير.

الفرع الثالث: علاقة قانون الأسرة بقانون الحالة المدنية[1]

هناك علاقة وثيقة بينهما خاصة في العناصر المشتركة بينهما كبيانات عقد الزواج، وإثبات وتقييد عقد الزواج، والموظف المختص بتحرير هذا العقد، وشهود عقد الزواج وغيرها.

الفرع الرابع: علاقة قانون الأسرة بقانون العقوبات[2]

يعتبر قانون العقوبات قانون حماية للأسرة، وهذا واضح من خلال تجريم الأفعال التي تشكل اعتداء على كيانها، من ذلك المادة 330 من قانون العقوبات التي تعاقب على جريمة ترك الأسرة، المادة 331 التي تعاقب على الامتناع عمدا عن أداء النفقة المحكوم بها قضاء لمدة تتجاوز الشهرين، والمادة 363 تعاقب كل من استولى بطريق الغش على كامل الإرث أو جزء منه قبل القسمة، وغيرها.

الفرع الخامس: علاقة قانون الأسرة بالقانون الدولي الخاص

لقانون الأسرة علاقة بالقانون الدولي الخاص الذي ينظم زواج الأجانب والزواج المختلط، ونطاق تطبيق قانون الأسرة، وتنازع القوانين من حيث نظام الأسرة.

---

[1]- الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فبراير 1970م، المتضمن قانون الحالة المدنية، (الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخة في 27 فيفري 1970م)، المعدل والمتمم.

[2]- الأمر رقم 156/66، المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966م، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 23/06، المؤرخ 20 ديسمبر سنة 2006م، (الجريدة الرسمية، العدد 84، المؤرخة في 24 ديسمبر 2006م).

المبحث الثاني

الخطبـــــة

المبحث الثاني

الخطبـــــــة

تعارف الناس منذ القديم على أنه قبل إبرام عقد الزواج والاحتفال بتلك المناسبة السعيدة، أن يسبق ذلك مرحلة تمهيدية تسمى بالخطبة، وسنتطرق من خلال هذا المحور إلى التعريف بالخطبة (المطلب الأول)، وبيان طبيعتها (المطلب الثاني)، وأخيرا آثار العدول عنها (المطلب الثالث).

المطلب الأول: التعريف بالخطبة

إذا كانت الخطبة معروفة منذ القديم وعند الأمم جميعا، فإن أحكامها مختلفة من شريعة إلى أخرى ومن تشريع إلى آخر، والذي يهمنا في هذا الموضوع هو التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، حيث سنبين من خلالهما أنواع الخطبة (الفرع الثاني)، وشروطها (الفرع الثالث)، وهذا بعد التطرق إلى تعريفها في اللغة والاصطلاح (الفرع الأول).

الفرع الأول: تعريف الخطبة

الخطبة لغة مصدر خطب، يقال خطب المرأة يخطبها خطبا وخطبة بكسر الخاء أي طلبها للزواج[1]، وقيل مأخوذة من الخطب أي الشأن أي أنها شأن من الشؤون، وقيل من الخطاب لأنها نوع مخاطبة تجري من جانب الرجل وجانب المرأة[2].

أما من الناحية الاصطلاحية فقد عرفت الخطبة بعدة تعريفات سواء عند الفقهاء قديما أو عند المعاصرين، نذكر منها على سبيل المثال تعريف الإمام أبو زهرة حيث يعرفها بأنها "طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج بها، والتقدم إلى ذويها، ببيان حاله ومفاوضتهم في أمر العقد ومطالبه ومطالبهم بشأنه"[3]، ويعرفها الدكتور بلحاج العربي على أنها "التماس الزواج من امرأة معينة، بتوجيه هذا الالتماس إليها وإلى وليها، أوهي طلب الرجل التزوج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية، وذلك

---

[1]– ابن منظور (جمال الدين محمد بن مكرم)، لسان العرب، مج1، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2005م، ص335.

[2]– البستاني (المعلم بطرس)، محيط المحيط، مج3، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2009م، ص154.

[3]– أبو زهرة (محمد)، الأحوال الشخصية، ط3، القاهرة، دار الفكر العربي، 1957م، ص26.

بأن يتقدم إليها مباشرة أو إلى أهلها أو عن طريق أجانب، فإذا أجيب إلى طلبه تمت الخطبة بينهما"[1]، فهي بهذا تطلق على أمرين الطلب أو الالتماس، وتطلق كذلك في حالة الموافقة عليهما.

وقد عرف المشرع الجزائري الخطبة في المادة 5 ق. أ بأنها وعد بالزواج، أي عرفها بتبيان طبيعتها القانونية وليس ببيان ماهيتها أو حقيقتها.

الفرع الثاني: أنواع الخطبة

لا يوجد في قانون الأسرة الجزائري ما ينص على وجود أنواع للخطبة، لكن بالرجوع إلى الفقه الإسلامي، فإن الفقهاء ميزوا بين نوعين من الخطبة صريحة (أولا) وتعريضية (ثانيا).

أولا: الخطبة الصريحة

هي طلب التزوج بامرأة وإظهار الرغبة في ذلك بطريقة مباشرة، كأن يقول الخاطب لمن يخطبها "إني أريد أن أتزوجك، أو أرغب التزوج بك"، أو يقول لوليها "أطلب يد ابنتك للزواج"، وغيرها من الجمل الصريحة التي إذا قيلت لا يراد منها غير طلب المرأة للزواج.

ثانيا: الخطبة التعريضية

التعريض خلاف التصريح، والتعريض بالخطبة معناه طلب الزواج بلفظ أو ألفاظ لم توضع له حقيقة ولا مجازا، ولكن هذه الألفاظ تحتمل الخطبة وتحتمل غيرها، غير أن دلالة الحال تكشف عن الرغبة في الخطبة[2]، كقوله "وددت لو أن الله ييسر لي امرأة صالحة، أو إذا انقضت عدتك فأعلميني"، وغيرها من العبارات.

*وتكمن **الفائدة من التفرقة بين التصريح بالخطبة والتعريض بها** مــن حيث مـدى جواز خطبـة

[1]– بلحاج (العربي)، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص113.

[2]– العطار (عبد الناصر توفيق)، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية، د. ط، دار ابن حزم، د.س، ص18.

المعتدة[1]، وتفصيل هذه المسألة كما يأتي:

-لا يجوز التصريح بخطبة المعتدة مطلقا.

-أما بالنسبة للتعريض بالخطبة فنفرق بين ثلاث حالات؛

الحالة الأولى: حالة المعتدة من وفاة، يجوز خطبتها تعريضا باتفاق الفقهاء، لقوله تعالى "**وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ**"[2]، لأن الآية التي تسبقها متعلقة بالمتوفي عنها زوجها "**وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا...**".

الحالة الثانية: حالة المعتدة من طلاق رجعي، لا يجوز التعريض بخطبتها إلا من مطلقها لتعلق حق هذا الأخير بها، إذ يستطيع أن يعيدها إلى عصمته أثناء فترة العدة، (هنا ليست خطبة حقيقية وإنما أطلقت على طلب إرجاعها تجوزا).

الحالة الثالثة: حالة المعتدة من طلاق بائن، اختلف الحنفية مع الجمهور في هذه المسألة، حيث ذهب الحنفية إلى تحريم التعريض بخطبة المعتدة البائن سواء كانت البينونة صغرى أم كبرى، أما الآية التي تجيز التعريض فذهبوا إلى أن ما ورد فيها خاص بالمعتدة من وفاة لقوله تعالى " **وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا ...**"[3]، أما الجمهور فيرى جواز التعريض بخطبة المعتدة من طلاق بائن ببينونة كبرى قياسا على المعتدة من الوفاة، بينما اختلفوا في البينونة الصغرى، والمالكية أجازوا ذلك.

ويرى الدكتور محمد محدة -رحمة الله عليه- عدم جواز ذلك احتياطا للدين وابتعادا عن الشبهات، كما أن هذا التلميح قد يؤذي الزوج المطلق إذ يشق عليه أن يرى مثل هذا، مما قد يؤدي

---

[1]- الآبي (صالح عبد السميع الأزهري)، جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة خليل في مذهب الإمام مالك، ج1، د. ط، بيروت، دار الفكر، د. س، ص276. الشربيني (محمد الخطيب)، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج3، د. ط، بيروت، دار الفكر، د. س، ص137. ابن قدامة (أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد)، المغني، ج7، د. ط، بيروت، دار الكتاب العربي، 1983م، ص525. ابن حجر (شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي العسقلاني)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: عبد العزيز عبد الله بن باز، ج9، د. ط، بيروت، دار المعرفة، د. س، ص179-180.

[2]- سورة البقرة، الآية 235.

[3]- سورة البقرة، الآية 234.

إلى إيجاد عداوة بينه وبين الخاطب لها، وشريعتنا تقدم دفع المضار على جلب المصالح[1]، وهذا الرأي هو الراجح والأفضل.

الفرع الثالث: شروط الخطبة

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على هذه الشروط ولكن فقهاء الشريعة الإسلامية تطرقوا إليها، وقسموها إلى شروط لازمة (أولا) بمعنى أنها واجبة، وشروط مستحسنة (ثانيا).

أولا: الشروط اللازم توفرها فيمن يراد خطبتها

وهي التي لا بد من تحققها ولا تصح الخطبة من دونها وهي أن تكون المخطوبة خالية من الموانع الشرعية (01)، وأن لا تكون الفتاة مخطوبة للغير (02).

01: أن تكون المخطوبة خالية من الموانع الشرعية (أن تكون صالحة للزواج)

فيشترط في المخطوبة أن تكون ممن تحل شرعا للخاطب، لأن الخطبة وعد ومقدمة وتمهيد للزواج، ومن لا يصح زواجها لا تصح خطبتها، وعليه يشترط لجواز الخطبة أن لا تكون من المحرمات عن الرجل حرمة مؤبدة كالبنت وبنت الابن والعمة والخالة (المادة 24 ق. أ) أو مؤقتة كمن هي في عصمة رجل آخر أو معتدة من طلاق رجعي أو طلاق بائن (المادة 30 ق. أ)، أما المعتدة من وفاة فيجوز التعريض بخطبتها دون التصريح كما سبق ذكره، والحكمة من ذلك أن الخطبة وسيلة إلى الزواج الحلال، والزواج بالمحرمات حرام، والوسيلة على الحرام حرام أيضا[2].

وينبغي على المشرع الجزائري في التعديلات المقبلة أن يراعي هذه المسألة حيث يدرج فقرة في المادة 5 المعدلة أو يضيف مادة مستقلة توضح شروط صحة الخطبة، تكون صيغتها كالآتي: "يمنع خطبة المحرمة تحريما مؤبدا أو مؤقتا، غير أنه يجوز التعريض بخطبة معتدة الوفاة".

[1]– محدة (محمد)، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، الخطبة والزواج، ج1، د. ط، باتنة، دار الشهاب، د. س، ص24.

[2]– المرجع نفسه، ص21.

02: أن لا تكون الفتاة مخطوبة للغير

من شروط صحة الخطبة أن لا يخطب رجل على خطبة أخيه، وذلك إذا تم الركون والموافقة[1]، لقوله عليه الصلاة والسلام "لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه"[2]، وقوله أيضا "... ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك".[3]

والعلة من هذا النهي هو أن في خطبة الثاني اعتداء على الأول وإيذاء له، ووقوع العداوة والبغضاء بين الخاطبين، والنهي يتحقق في حالة الموافقة والركون.

أما إذا كانت المخطوبة في حالة تردد وترو ونظر فقد وجد خلاف بين الفقهاء من حيث الجواز وعدمه، والراجح هو عدم جواز ذلك، لأن تقدم الخاطب الثاني قد يؤدي إلى رفض الخاطب الأول مما يولد الأحقاد والضغائن المنهي عنها شرعا، وهو علة تحريم الخطبة على الخطبة[4].

ملاحظة: إذا كان الخاطب الأول فاسقا، فإنه تجوز الخطبة على خطبته، وذلك مراعاة لمصلحة المرأة، وبذلك قال الكثير من العلماء[5].

*والسؤال المطروح هنا هو ما الحكم في حالة حصول الخطبة على الخطبة المنهي عنها، وتم عقد الزواج؟ القول الأول: العقد غير صحيح ويفسخ، القول الثاني: العقد صحيح ولا يفسخ لأن النهي وقع على الخطبة وهي خارجة عن العقد، القول الثالث: يفسخ العقد قبل البناء ويثبت بعده، والرأي الراجح هو الثاني مع الإثم[6].

---

[1]– سلمان (نصر) وسعاد (سطحي)، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة في قانون الأسرة، د. ط، الجزائر، عين امليلة، دار الهدى، 2002م، ص29.

[2]– ابن أنس (مالك)، كتاب الموطأ، ط2، بيروت، دار الآفاق الجديدة، د. س، ص433.

[3]– رواه البخاري (أبو عبد الله محمد بن اسماعيل)، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع ، ج7، بولاق، مصر، المطبعة الأميرية، 1312هـ،، ص19.

[4]– محدة (محمد)، مرجع سابق، ص26.

[5]– الزرقاني (محمد)، شرح موطأ مالك، ج3، د. ط، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، 1979م، ص3.

[6]– سلمان (نصر) وسعاد (سطحي)، مرجع سابق، ص. ص30–31.

ثانيا: الشروط المستحسن توفرها فيمن يراد خطبتها

يندب لمن يريد الزواج مراعاتها، وهي عبارة عن صفات للزوجة الصالحة التي يمكن أن يجد معها الإنسان الراحة والاطمئنان والسكينة والأنس والسعادة، ويتحقق معها نجاح الزواج، ولكن إن أهملها لا يؤثر على صحة الخطبة، ومن هذه الشروط[1]:

01: أن تكون المخطوبة من غير القريبات للخاطب

وهذا حتى لا ينتج عن ذلك نسلا ضعيفا، لقوله عليه الصلاة والسلام "لا تنكحوا القرابة القريبة فإن الولد يخلق ضاويا"، وقد أثبتت التجارب قديما أن الزواج بالأقارب غالبا ما ينتج عنه نسلا ضعيفا، وهذا ما أكده الطب الحديث.

02: أن تكون المخطوبة بكرا ولودا

لقوله عليه الصلاة والسلام لجابر بن عبد الله "...هلا جارية تلاعبها وتلاعبك ..."[2]، وقوله أيضا "تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة"[3].

03: أن تكون المخطوبة ذات دين وخلق

لقوله عليه الصلاة والسلام "تنكح المرأة لأربع: لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك"[4]، كما يستحسن أن تكون من عائلة ذات أخلاق وشرف، وذلك لما للأسرة من تأثير على المرأة وعلى أبنائها.

---

[1]- محدة (محمد)، مرجع سابق، ص. ص10-14. بلحاج (العربي)، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص124-125.

[2]- رواه البخاري (أبو عبد الله محمد بن اسماعيل)، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الترغيب في النكاح، ج7، بولاق، مصر، المطبعة الأميرية، 1312هـ، ص5.

[3]- رواه أبو داود (سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي)، سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب النهي عن تزويج من لم يلد من النساء، ج2، بيروت، دار ابن حزم، 1997م، ص374.

[4]- رواه البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الترغيب في النكاح، ج7، مرجع سابق، ص. ص7-8. رواه الجماعة، انظر: ابن تيمية (تقي الدين أحمد)، المنتقى من أخبار المصطفى، ج2، ط2، بيروت، دار الفكر، 1974م، ص495.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية والشرعية للخطبة

اختلف الفقهاء حول طبيعة الخطبة بين كونها وعد أم عقد، وما يترتب عن ذلك من مدى حق كل طرف في العدول عن مشروع الزواج، لذلك سنتناول الطبيعة القانونية للخطبة (الفرع الأول)، وكذلك رأي فقهاء الشريعة الإسلامية (الفرع الثاني)، لنخلص إلى مسألة اقتران الخطبة بالفاتحة هل يغير من طبيعتها أم لا؟ (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للخطبة

تعتبر الخطبة من الناحية القانونية سواء في قانون الأسرة الجزائري أو في قوانين الأسرة العربية وعد بالزواج، وليست عقدا وإن تمت باتفاق ورضا الطرفين، ولا يترتب عنها ما يترتب على عقد الزواج من حقوق وواجبات، ولا تتمتع بأية قوة إلزامية مهما طال أمدها، ولكل من الخاطب والمخطوبة حق العدول عنها (المادة 5 فـ2 ق. أ)، وذلك أخذا بمبدأ حرية الشخص في اختيار شريكه في المستقبل دون ضغط أو إكراه، ثم إن الوعد في العقود عامة ليست له قوة العقد ذاته، ولا يترتب عليه أثر ما، فإذا وقع العدول فلا يجوز للطرف الذي لم يقبل بالعدول أن يطلب من القضاء الحكم له بإلزام الطرف العادل بإتمام إجراءات الزواج دون رغبته ودون رضاه، لأن الزواج في حقيقته عقد رضائي، وليس عقد إذعان[1].

وهناك من يرى أن الخطبة عبارة عن عقد من نوع خاص، وذلك لاحتوائها على الإيجاب والقبول الذي يعد من أساس العقد، وهذا ما نص عليه القانون الروماني والقانون الكنسي القديم، وإليه ذهب بعض القانونيين العرب مثل سمير أورفلي، محمد المنصف بوقرة، وحسين نصار[2].

[1]– سعد (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص17–18.

[2]– سلمان (نصر)، وسطحي (سعاد)، مرجع سابق، ص34.

الفرع الثاني: الطبيعة الشرعية للخطبة

الحكم الشرعي للخطبة هو أنها مستحبـة قبل انعقاد الزواج وليست واجبة[1]، ويمكن القـول أنها مشروعة، لقوله تعالى في محكم تنزيله "**وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ**"[2]، لأنها سبيل التعارف بين الخاطبين والعائلتين ومن ثم يكون الإقدام على الزواج على هدى وبصيرة، وهذا يزيد من حظوظ النجاح في الزواج.

أما عن طبيعتها الشرعية فهي كذلك وعد بالزواج وليس لها صبغة عقدية[3]، وهذا لأن المشرع لم يرتب عليها أي أثر من آثار عقد الزواج، فلا يثبت بها حق من الحقوق الزوجية، كما لا يثبت بها النسب ولا التوارث بين الزوجين، لأن ذلك لا يكون إلا بالعقد، وأن إباحة النظر في مرحلة الخطبة ورد على سبيل الاستثناء من الأصل العام المحرم للنظر، وهذا لتحقيق مقصد شرعي والمتمثل في تمام الألفة والمودة بالعقد[4].

غير أن الفقهاء اختلفوا في مدى جواز العدول عنها، فهناك من يرى بحرمة العدول عنها كونها وعد، والوعد ملزم ومن خالفه يعتبر قد اتصف بصفات المنافقين.

أما الرأي الثاني فيجيز العدول عن الخطبة إذا وجدت المبررات، كون الخطبة وعد بالزواج غير ملزم، ومقدمة لعقد الزواج، ومن حق الطرفين العدول، أما إذا لم تكن هناك مبررات قوية وجدية لهذا العدول كره ذلك، لأن في ذلك إخلاف للوعد الذي يعتبر من الأخلاق الذميمة التي حذر الإسلام منها وبين بأنها من خصال المنافقين، وفي ذلك يقول فضيلة الدكتور فتحي الدريني "لا بد من الإشارة إلى أن الوفاء بالوعد واجب ديانة وخلقا ومروءة، إلا إذا كان ثمة مسوغ قوي يقتضي هذا العدول،

---

[1]– ابن جزيء (محمد بن محمد)، القوانين الفقهية، نشر عبد الرحمن بن حمدة اللزام الشريف ومحمد الأمين الكتبي، د. ط، تونس، 1926م، ص190.

[2]– سورة البقرة، الآية 235.

[3]– سلمان (نصر)، وسطحي (سعاد)، مرجع سابق، ص32.

[4]– كاملي (مراد)، الوجيز في قانون الأسرة، مذكرة للسنة الرابعة علوم قانونية وإدارية، 2009م–2010م، ص9، الموقع الإلكتروني: https://www.bibliotdroit.com/2018/01/pdf_38.html، تاريخ الإطلاع: 2018/10/12م.

والوفاء بالوعد التزام خلقي وديانى، لا قضائي، حفظا للكرامة أن تهدر وللمشاعر أن تمس، وللشبهات أن تثار، وللسمعة أن تنال منها الأقاويل"[1].

الفرع الثالث: مسألة اقتران الخطبة بالفاتحة

هناك مسألة في غاية الأهمية وتطرح إشكالا وهي اقتران الخطبة بالفاتحة، هل يغير من الطبيعة القانونية للخطبة أم لا؟، وقد أجاب المشرع في المادة 6 فـ1 من ق. أ على أن الفاتحة التي تقترن بالخطبة ليست زواجا، ما لم تقترن بركن الرضا وشروط عقد الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر في مجلس العقد (المادة 6 فـ2)، وهو تكريس للاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.

فإذا كان المقصود بالفاتحة هو قراءة سورة الفاتحة بعد الموافقة على الخطبة من باب التبرك بها، وعلى سبيل الدعاء، فإن الفاتحة هنا ليست بعقد شرعي ولا يترتب عنها أي أثر ما، فالناس اعتادوا على قراءتها بمناسبة الخطبة أو العقد.

وإن كان المقصود بالفاتحة هو المجلس الذي يعلن فيه الخطبة وتقرأ فيها الفاتحة ويصاحب ذلك إيجاب وقبول في حضرة شاهدين عدلين، وذكر الصداق بحضور الولي كما جرت به العادة والعرف الاجتماعي في كثير من مناطق الجزائر، فهو عقد نافذ شرعا، ويرتب آثاره الشرعية، وإن كان ينقصه التوثيق من الناحية القانونية (المادة 18 من ق. أ)، مع ما قد يترتب عنه من ضياع حقوق المرأة والأولاد، كما أنه يخالف النظام العام الذي وضعته الدولة بضرورة تسجيل هذا العقد (المادة 18 من ق. أ)، وأن إثبات الزواج يكون بمستخرج من سجل الحالة المدنية (م22 من ق. أ وم39 من قانون الحالة المدنية)[2]، ومن ثم لا يمكن الاحتجاج به أمام السلطات الإدارية والقضائية إلا إذا تم تسجيله في سجلات الحالة المدنية وفقا للأوضاع والإجراءات المنصوص عليها في القانون[3].

[1]– الدريني (فتحي)، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، ج2، د. ط، بيروت، دار قتيبة، د. س، ص730.

[2]– بلحاج (العربي)، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص145–146.

[3]– سعد (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص17.

المطلب الثالث: آثار العدول عن الخطبة

في حالة حصول العدول عن الخطبة الذي هو حق لكل طرف، يترتب عن ذلك آثار سواء بالنسبة للصداق الذي يكون الخاطب قد قدمه (الفرع الأول)، أو الهدايا المقدمة من الطرفين (الفرع الثاني)، وكذلك الأمر بالنسبة للأضرار الناشئة عن العدول (الفرع الثالث).

الفرع الأول: حكم الصداق في حالة العدول

لم يتناول قانون الأسرة الجزائري هذه المسألة وحتى القانون المغربي والتونسي لم يتطرقا إليه بخلاف القانون السوري الذي نص عليه، وبالعودة إلى الفقه الإسلامي فإن الفقهاء اتفقوا على أن للخاطب الحق في استرداد ما دفعه من مهر، سواء تم العدول منه أو من المخطوبة، لأن المرأة لا تستحق المهر إلا بالعقد عليها، وبما أن العقد لم يتم بعد، والخطبة هي مقدمة للزواج لا غير، فلا حق للمرأة في الصداق، وتطبيقا لمبدأ عدم الإثراء بلا سبب مشروع، وجب على المرأة رده[1].

وما يمكن التنبيه إليه في هذه المسألة هو حالة ما إذا تصرفت المرأة في المهر بأن حولته إلى جهاز مثلا، ففي مثل هذه الحالة الخسارة الناتجة عن قيمة الجهاز والمبلغ المؤدى فيه يتحملها من عدل عن الخطبة، فيرى الدكتور محمد محدة –رحمه الله– أن للمخطوبة الخيار بين مثل النقد أو تسليم الجهاز، حيث يتحمل الخاطب تبعات المهر، وذلك بتسلم الأشياء التي حول إليها مبلغ الصداق، فإذا كان أحد الدائنين لم يستوف حقه كالخياط، أدى له حقه، ولا تجبر المخطوبة على تملك الأشياء التي اشترتها بسبب العزم على الزواج، وكان الخاطب هو السبب في هذه التصرفات[2].

أما إذا كان العدول من المخطوبة فعليها أن تعيد الصداق كما هو ولا يرغم الخاطب على قبول اللباس أو الفراش عوض المهر، لأنه إذا لم يجد من يشتريه قد يبيعه بأبخس الأثمان فنجمع عليه ضررين، ضرر العدول وضرر إنقاص قيمة المهر[3].

[1]– سعد (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص20. بلحاج (العربي)، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص158.

[2]– محدة (محمد)، مرجع سابق، ص33

[3]– المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

الفرع الثاني: حكم الهدايا في حالة العدول

نتناول المسألة في الفقه الإسلامي (أولا)، ثم في قانون الأسرة الجزائري (أولا).

أولا: حكم الهدايا في حالة العدول في الفقه الإسلامي

يرى أغلب الفقهاء بوجوب استرداد الهدايا في هذه الحالة، فإن كانت قائمة يجب ردها بعينها، وإن كانت هالكة أو مستهلكة يجب رد مثلها إن كانت من المثليات وقيمتها إن كان من القيميات.

فيرى الحنفية أن الهدايا تأخذ حكم الهبة، وحكم الهبة أن الواهب له حق الرجوع فيها ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع فيها، فبالتالي يرد من الهدايا ما كان قائما[1].

والشافعية والحنابلة يرون أنها ترد مطلقا مثل المهر سواء أكانت هالكة أم قائمة وسواء كان العدول من الخاطب أو المخطوبة، لأن الباعث على تقديمها هو إتمام عقد الزواج، وما دام الباعث لم يتحقق وجب ردها[2].

أما المالكية فعندهم تفصيل في المسألة، فإذا كان العدول من الخاطب فإنه لا يسترد شيئا، وإذا كان من المخطوبة ترد له ما كان قائما، وقيمة ما لم يستهلك إلا إذا كان هناك عرف أو شرط ينافي ذلك[3].

ثانيا: حكم الهدايا في قانون الأسرة الجزائري

بينت حكم الهدايا المادة 5 فـ4 و5 من قانون الأسرة حيث جاء فيها "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.

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

---

[1]– ابن عابدين (محمد الأمين)، حاشية ابن عابدين، ج3، د. ط، بيروت، دار الفكر، 1984م، ص153.

[2]– الشافعي (أبو عبد الله محمد بن إدريس)، الأم، ج4، د. ط، بيروت، دار المعرفة، 1973م، ص. ص61–62. ابن تيمية (تقي الدين أحمد)، مجموع فتاوى ابن تيمية، د.ط، المغرب، المكتب التعليمي السعودي، الرباط، د. س، ص32.

[3]– الدردير (أحمد بن محمد)، الشرح الصغير للدردير بحاشية الصاوي، ج2، د. ط، مصر، دار المعارف، د. س، ص456.

فالمشرع قد فرق بين حالتين، حالة ما إذا كان العدول من الخاطب وحالة ما إذا كان العدول من المخطوبة.

-فإذا كان العدول من الخاطب، وكان قبل ذلك قد أهدى مخطوبته بعض الهدايا، فإنه لا حق له في إرجاع ما قدم لها من هدايا، وإذا كانت المخطوبة قد أهدته أثناء الخطبة بعض الهدايا فعليه أن يردها لها، إذا كانت من الأشياء غير المستهلكة، أما إذا استهلكت فعليه أن يرد إليها قيمتها (يعني يرد ولا يسترد).

-أما إذا كان العدول من المخطوبة فعليها فقط أن ترد إلى الخاطب ما لم يستهلك مما كان قد أهداها، وإن استهلك فعليها أن ترد له قيمته، فالمشرع قرر رد الهدايا التي لا تستهلك بطبيعتها، أما التي تستهلك كالطعام فلا يرد.

*ملاحظات

-المشرع لم ينص على حالة ما إذا كان العدول من المخطوبة وقد أهدت إلى الخاطب هدايا فما الحكم في هذه الحالة؟ هل نطبق ونقيس على الحالة الأولى للتشابه بين الحالتين؟

-المشرع لم يفرق بين ما إذا كانت الهدايا مقدمة من الأهالي والأقارب أو من الخاطب والمخطوبة، هل نطبق الحكم السابق الوارد في المادة السابقة والمتعلق بالخاطبين، باعتبار أن المقصد منها واحد وهو إتمام عقد الزواج، أم أنها تأخذ حكم الهبة.

-أقر المشرع المبدأ السابق بناء على من وقع عليه العدول، وكان الأحرى به أن يؤسس لهذا المبدأ على من كان السبب في العدول، ذلك لأن هذا الأخير قد يكون اضطراريا، فقد يرغب طرف في العدول ثم يقوم بتصرفات تستفز الطرف الآخر فتدفعه إلى العدول، كأن تشترط المرأة على خطيبها شروطا ليست في مقدوره تلبيتها مما يدفعه إلى صرف النظر عن إتمام إجراءات الزواج، أو أن يؤجل الخاطب زواجه لفترة طويلة دون سبب مقبول مع رفض مخطوبته لهذا الأخير، فتضطر إلى العدول عن الزواج.

-ما يلاحظ كذلك على هذه الفقرة هو أنها أخذت من رأي المالكية على العموم مع بعض التعديل، إذ أن فقهاء المالكية يقرون بالرد في حالة الاستهلاك (المثل أو القيمة)، بينما بدأ النص القانوني مطابقا لهذا الرأي في البداية ثم خالفه حين لم يقر بالرد في حالة الاستهلاك.

-وعبارة الاستهلاك تثير غموضا إذ أنها توحي بأن المخطوبة إذا استهلكت الهدية، أو تصرفت فيها فإنها لا ترد الهدية إذا عدلت عن الخطبة، لأن الهدية المقدمة من الخاطب لم يعد لها وجود مادي، وبالتالي فهي مستهلكة، إلا إذا قصد المشرع عدم رد الهدايا التي تستهلك بطبيعتها أو لقلة قيمتها، بالإضافة إلى أن لفظ الاستهلاك هو مصطلح اقتصادي ولا يشترط فيه زوال الشيء، بل يصدق عليه وصف المستهلك حتى ولو كان موجودا في يد المخطوبة، لكنه باستعماله لمدة معينة صار في حكم المستهلك، بمعنى صار من الأشياء المستعملة، كالحلي مثلا[1].

-أجاز النص المعدل لكل طرف أن يطالب بقيمة الهدية، في حالة ما إذا كانت قيمة الهدية وقت العدول قد نقصت عن قيمتها وقت الشراء، كالذهب الذي تنقص قيمته بمجرد شرائه بل حتى قبل استعماله.

-كما أن هذا النص قد يؤدي إلى التحايل بأن تطلب المخطوبة أن تقدم لها هدايا ذات قيمة معتبرة، ثم تتصرف فيها بشكل من الأشكال الناقلة للملكية وبشكل صوري، أو أنها قد تتصرف في الهدايا بحسن نية، كأن تكون بحاجة إلى المال فتبيع الهدايا للحصول على الثمن، لشراء أغراض أخرى أو للعلاج أو للدراسة أو غيرها ثم تعدل عن الخطبة، فعندما يطالب الخاطب باسترداد الهدايا تدعي بأنها استهلكت، وحكم النص أن ترد للخاطب ما لم يستهلك، أي ما كان قائما تحت يدها فقط.

ولهذه الأسباب لا بد من تعديل النص والأخذ برأي المالكية على إطلاقه وهذا لسد باب التحايل من الجانبين، ويكون كل طرف على علم مسبق بأنه يقع على عاتقه رد الهدايا في جميع الأحوال سواء كانت قائمة أو مستهلكة في حالة العدول[2].

---

[1]- بن شويخ (رشيد)، دروس في قانون الأسرة الجزائري، جامعة سعد دحلب، البليدة، كلية الحقوق، 2005م-2006م، ص8.

[2]- المرجع نفسه، ص9.

وينبغي الإشارة في هذا المقام إلى أن الهدايا محل النصوص التشريعية هي التي تقدم قبل العقد أي في فترة الخطوبة، أما إذا تم العقد فلا مجال للحديث عنها.

الفرع الثالث: حكم التعويض عن الضرر المادي والمعنوي في حال العدول

تنص المادة 5 فقرة 2 على أنه "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض"، فالمشرع من جهة يعطي للخاطبين الحق في العدول وبعد ذلك يطالبه بالتعويض عما ترتب من نتائج عن هذا العدول، فما دام أن هذا الأخير في حد ذاته يعتبر حقا لكل من الخاطب والمخطوبة شرعا وقانونا –كما سبق ذكره– يجوز لكل منهما استعماله متى شاء، فإن من يستعمل حقه من غير تعسف لا تجوز مقاضاته ولا مطالبته بالتعويض عن أي ضرر يكون قد أصاب الغير نتيجة استعمال هذا الحق، وذلك استنادا إلى قاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان"، والعدول عن الخطبة لا يعتبر مصدرا للمسؤولية التعاقدية أو التقصيرية، فعدم إتمام إجراءات عقد الزواج الموعود به لا يرتب في حد ذاته أية مطالبة بالتعويض باعتبار أن الضمان يؤثر في حرية التعاقد، ويناقض ركن الرضا في عقد الزواج[1].

غير أنه إذا كان العدول قد رافقته ونتجت عنه ظروف مستقلة من شأنها إحداث الضرر فإن طلب الحكم بالتعويض سيكون مشروعا، وهذا يعني أن سبب المسؤولية هنا ليس هو فعل العدول عن الخطبة وإنما يمكن أن يكون ظروفا طارئة لاحقة لزمن العدول، نتج عنها ضرر، ويمكن وصف هذه الظروف بأنها تغرير بالطرف الآخر[2]،

ومن الأضرار المادية المصاحبة للعدول، كما لو طالب الخاطب المخطوبة بالاستقالة من وظيفتها أو إعداد جهاز مهم أو شراء أثاث معين، أو تطالبه بإعداد مسكن في مكان معين أو بصورة معينة، فهذه تكاليف صاحبت الخطبة، وهي لا تمنع الحق في العدول عنها، غير أن العدول التعسفي يوجب إلزام العادل بالتعويض عنها، وكأمثلة عن الأضرار المعنوية؛ خيبة الأمل لدى الطرف الآخر،

[1]– سعد (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص20.

[2]– المرجع نفسه، ص. ص20–21.

أو تأخير زواج المخطوبة مدة ارتباطها بالخطبة معه، وتفويت فرصة خاطب أفضل، دون نسيان ما يمس كرامة الطرف الآخر من إثارة الألسنة بالتشهير والتجريح[1].

ومسألة التعويض عن الضرر المترتب عن العدول لم يتم التعرض لها في الفقه الإسلامي القديم، بسبب اختلاف الحياة الاجتماعية والأعراف والعادات، وكذا لاعتبارهم أن الزواج لا يتم إلا بالرضا الكامل وأن التعويض لا يكون إلا لسبب من أسباب الالتزام كالإخلال بالعقد مثلا والخطبة ليست عقدا، بالإضافة إلى أن هذه المسألة مستحدثة، إذ الخطبة التي رسم الإسلام طريقها وسلوك الطرفين أثناءها لا يترتب على فسخها ضرر، وباعتبار المسألة حديثة فقد ناقشها الفقهاء المعاصرون واختلفوا بشأنها، والذي عليه أغلبهم هو التعويض عن الضرر المادي والمعنوي بشرط أن يكون لمن عدل دخل في وقوع الضرر تطبيقا للقواعد الفقهية "لا ضرر ولا ضرار" و"أن الضرر يزال"[2].

[1]– بلحاج (العربي)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري...، مرجع سابق، ص55.

[2]– سلمان (نصر)، سطحي (سعاد)، مرجع سابق، ص. ص41–45.

المبحث الثالث

الـــــزواج

المبحث الثالث

الـــــــــزواج

يعتبر عقد الزواج أساس تكوين الأسرة ومن ثم فهو أساس قانون الأسرة، فغالب أحكام هذا الأخير مرتبطة بهذا العقد، سواء بالنسبة لتكوينه كالأحكام المتعلقة بركن الرضا وشروط عقد الزواج، أو بالنسبة لآثاره كمسألة النسب، والميراث وحقوق وواجبات الزوجين، وغيرها من المسائل، ولولا هذا العقد لما كان هناك حديث عن انحلال الرابطة الزوجية، لذلك ينبغي التعريف بهذا العقد (أولا) ثم تكوينه (ثانيا)، وأخيرا آثاره (ثالثا).

المطلب الأول: التعريف بالزواج

الزواج سنة من السنن الكونية والاجتماعية والدينية، فالتزاوج موجود منذ بداية الخليقة، لكنه يختلف من مجتمع إلى آخر ومن تنظيم إلى آخر، وتتميز الشريعة الإسلامية عن باقي الشرائع والقوانين الوضعية من حيث تنظيمها لهذا العقد، وقبل الخوض في الأحكام المتعلقة بتكوين عقد الزواج وبيان آثاره لا بد من التطرق إلى تعريف الزواج (الفرع الأول)، وإبراز خصائصه (الفرع الثاني)، وبيان حكمه الشرعي (الفرع الثالث)، والحكمة من تشريعه (الفرع الرابع).

الفرع الأول: تعريف الزواج

الزواج في اللغة هو الاقتران والاختلاط، تقول العرب زوَّج فلان إبله أي قرن بعضها ببعض، ومنه قوله تعالى: "**وَإِذَا النُّفُوسُ زُوِّجَتْ**"[1] أي قرنت بأبدانها وبأعمالها، وقوله تعالى: "**وَزَوَّجْنَاهُم بِحُورٍ عِينٍ**"[2]، أي قرناهم بهن[3]، ومنه شاع استعمال لفظ الزواج في اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والاستقرار لتكوين الأسرة.

---

[1]– سورة التكوير، الآية 7.

[2]– سورة الدخان، الآية 54.

[3]– الفيروز أبادي (مجد الدين محمد بن يعقوب)، القاموس المحيط، ج1، د. ط، بيروت، دار الكتاب العربي، د. س، ص193.

والأصل في الزوج الصنف والنوع من كل شيء[1]، يدل على ذلك قوله تعالى "**وَتَرَى الْأَرْضَ هَامِدَةً فَإِذَا أَنزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ وَأَنبَتَتْ مِن كُلِّ زَوْجٍ بَهِيجٍ**"[2]، والزوج هو كل واحد معه آخر من جنسه، يقال الرجل زوج المرأة وهي زوجه، قال تعالى: "**اسْكُنْ أَنتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ**"[3].

وكما يطلق على هذا العقد لفظ الزواج، يطلق عليه أيضا لفظ النكاح، بل هو الأكثر شيوعا في النصوص الشرعية من ذلك قوله تعالى "**وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ**"[4]، وقوله كذلك "**وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ**"[5]، وقوله أيضا "**فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ...**"[6]، وقوله عليه الصلاة والسلام "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"[7].

وأما عن قانون الأسرة فقد استعمل المشرع لفظ الزواج كعنوان للباب الأول واستخدم لفظ النكاح في بعض الفصول، كما هو الشأن في الفصل الثالث المتعلق بالنكاح الفاسد والباطل (المواد من 32 إلى 35) أو في بعض المواد كالمادة 10 الفقرة الأولى.

أما في الاصطلاح الشرعي والقانوني فقد وردت عدة تعاريف للفقهاء نذكر منها على سبيل المثال:

-"هو عقد يُحِلُّ استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المأذون فيه شرعا"[8].

-"هو عقد الرجل على امرأة تُحِل له شرعا، بحيث يفيد استمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع، ويجعل لكل منهما حقوقا وواجبات على الآخر"[9].

---

[1]- ابن منظور (جمال الدين محمد بن مكرم)، لسان العرب، مج2، مرجع سابق، ص85.

[2]- سورة الحج، الآية 5.

[3]- سورة البقرة، الآية 35.

[4]- سورة البقرة، الآية 233.

[5]- سورة البقرة، الآية 221.

[6]- سورة النساء، الآية 3.

[7]- رواه أحمد والدارقطني وذكره البيهقي، انظر: ابن حجر (شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي العسقلاني)، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، تحقيق: شعبان محمد إسماعيل، ج3، د. ط، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، 1979م، ص162.

[8]- ابن الهمام (كمال الدين محمد بن عبد الواحد الحنفي)، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، ج3، د. ط، بيروت، دار الفكر، د. س، ص185.

[9]- بلحاج (العربي)، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص85.

-"عقد بين رجل وامرأة يبيح لكل منهما الاتصال بالآخر اتصالا شرعيا وتكوين أسرة وتعاون في الحياة وإنجاب الولد"[1].

-"عقد يفيد حِل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يقتضيه الطبع الإنساني، وتعاونهما ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات"[2].

إن الفقه الإسلامي المعاصر ينظر إلى الزواج على أنه ترابط معنوي بين الزوجين لبناء الأسرة وتحمل أعبائها في الأحسن والأسوأ، وليس تعاقدا على منفعة يبتغى منها الربح والمصالح المادية.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري فقد عرفه في المادة 4 المعدلة عام 2005م بكونه "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

ومن خلال نص المادة 4 يمكن تسجيل عدة ملاحظات والمتمثلة فيما يأتي:

-أن المشرع صرح بالطرفين المتعاقدين في عقد الزواج وهما الرجل والمرأة وهما محل هذا العقد، وهو ما يعني استبعاد زواج المثليين وعدم صحة انعقاده لا شرعا ولا قانونا، (شرعته هولندا).

-نص المشرع على ضرورة احترام الضوابط الشرعية (...على الوجه الشرعي...) بمعنى أن يكون العقد وفق أحكام الشريعة الإسلامية من حيث أركانه وشروطه، وهو يختلف عن العقود المدنية.

-ركز المشرع في التعريف على الغاية من عقد الزواج والمتمثلة في تكوين أسرة، وتحقيق المودة والرحمة والسكينة بين الزوجين، وإحصانهما، والمحافظة على الأنساب، ولم يتعرض لموضوعه وآثاره القانونية حتى لا يظن البعض أن الزواج في الإسلام وضع وفقط من أجل الاستمتاع واللذة، خاصة وأن المتقدمين من الفقهاء كانوا يركزون في تعريفهم للزواج على الاستمتاع، لذلك عدل عن ذلك إلى ذكر الغاية منه.

[1]- محدة (محمد)، مرجع سابق، ص48.

[2]- أبو زهرة (محمد)، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص17.

وقد أضاف المشرع إلى المادة 4 بالتعديل 02/05 عبارة "عقد رضائي" تقييدا وتحديدا لعموم المادة 4 من القانون القديم رقم 11/84، وذلك لكون الزواج عقد رضائي بالأساس يقوم على تقابل إرادتين، إرادة الرجل من جهة وإرادة المرأة من جهة أخرى، ومن غير هذا الركن فالعقد باطل ولا أساس له.

الفرع الثاني: خصائص عقد الزواج

الزواج هو عقد رضائي يسمو عن مجرد عقد يحصل منه كل طرف على حقوق ومصالح مادية، بل هو ترابط معنوي بين رجل وامرأة على وجه الدوام مبني على المكارمة، ويهدف إلى بناء الأسرة وتحمل أعبائها.

أما خصائصه المستنتجة من نص المادة 04 فهي[1]:

-الزواج عقد من العقود يقوم على أركان وشروط، تترتب عنه آثار قانونية معينة.

-الزواج لا يتم إلا بين رجل وامرأة (منع اللواط والسحاق والزنا والعلاقات الجنسية الحرة والشاذة).

-أن يكون الزواج على سبيل الدوام والاستقرار لتكوين أسرة ما لم ينحل بالوفاة أو الطلاق (تحريم الزواج المؤقت وزواج المتعة وزواج التحليل...).

-هو عقد قائم على المودة والرحمة والتعاون والسلام والاحترام وليس على القهر والظلم والاستبداد.

-إن الغاية من عقد الزواج الإحصان والعفاف وابتغاء الولد لحفظ النوع الإنساني.

-إن الشكل في إنشاء عقد الزواج معتبر شرعا وقانونا، وتعد القواعد المنظمة للزواج قواعد آمرة، بحيث يعتبر أي اتفاق على إنشاء علاقة غير مشروعة خارج نطاق الزواج باطلا لمخالفة الشرع والقانون والآداب العامة.

[1]- بلحاج (العربي)، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص89.

الفرع الثالث: الحكم الشرعي للزواج (الوصف الشرعي للزواج)

بين فقهاء الشريعة الإسلامية بأن للزواج حكمين أحدهما عاما (أولا)، وهو الأصل في الزواج وثانيهما خاصا (ثانيا) يختلف باختلاف حالة الشخص، حيث تعتريه الأحكام الخمسة.

أولا: الحكم العام للزواج

لقد رغبت الشريعة الإسلامية في النكاح ودعت إليه بالنسبة للشخص الذي يملك القدرة المادية والجسدية، مبرزة استحبابه والندب إليه في حقه وهذا ما يتضح لنا من خلال عموم نصوص القرآن (01) والسنة (02) منها:

01: أدلة الترغيب في الزواج من القرآن الكريم

قال تعالى: "**وَأَنكِحُوا الْأَيَامَى مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِن يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِن فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴿٣٢﴾ وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِن فَضْلِهِ**"[1]، وقال أيضا: " **فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ...**"[2].

فيرى الفقهاء أن الأمر في قوله تعالى: "فانكحوا" للندب[3].

02: أدلة الترغيب في الزواج من السنة النبوية الشريفة

-"حديث جاء ثلاثة رهط إلى بيوت أزواج النبي صلى الله عليه وسلم يسألون عن عبادته، فلما أخبروا كأنهم تقالوها، فقالوا: وأين نحن من النبي صلى الله عليه وسلم؟ قد غفر الله له ما تقدم من ذنبه وما تأخر، قال أحدهم: أما أنا فأصلي الليل ولا أنام أبدا، وقال آخر: أصوم الدهر ولا أفطر، وقال آخر: أنا أعتزل النساء فلا أتزوج أبدا، فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: "أنتم الذين قلتم كذا وكذا؟

[1]- سورة النور، الآية 32-33.

[2]- سورة النساء، الآية 3.

[3]- سلمان (نصر)، سطحي (سعاد)، مرجع سابق، ص11.

أما والله إني لأخشاكم لله وأتقاكم له، لكني أصوم وأفطر، وأصلي وأرقد، وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني"[1].

-وقوله صلى الله عليه وسلم: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج...".[2]

-وقوله أيضا: "أربع من سنن المرسلين الحياء، والتعطر، والسواك، والنكاح"[3]، وغيرها من الأحاديث التي ترغب في الزواج وتدعوا إليه لما فيه من حكم جليلة ومقاصد عظيمة، وقد أجمع المسلمون منذ عهد النبي صلى الله عليه وسلم على أنه مشروع ومندوب إليه، وأن الترهب هو طريقة نصرانية للتقرب إلى الله وهذا باطل، لأن طريقة الأنبياء هي الزواج وهذا الذي يوافق مقتضيات الفطرة الإنسانية.

ثانيا: الحكم الخاص للزواج

يعني وصفه الشرعي حسب حالة الشخص، فالناس يختلفون من حيث القدرة المادية والجسدية، ومن حيث الرغبة في الزواج والنفور منه، لذلك تعتريه الأحكام الشرعية الخمسة[4]؛ الوجوب (01)، الحرمة (02)، الكراهة (03)، الاستحباب (04)، والإباحة (05).

01: حالة كون الزواج واجبا

يكون الزواج واجبا في حق التائق إليه والقادر على مؤنه، والمتأكد من الوقوع في الفاحشة إذا لم يتزوج، تطبيقا للقاعدة الأصولية "ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب"، والحرص على عدم الوقوع في الفاحشة واجب على كل مسلم، وإذا كان ذلك لا يتم إلا بالزواج، فيصبح الزواج هنا واجب.

---

[1]- رواه البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الترغيب في النكاح، ج7، مرجع سابق، ص2.

[2]- رواه البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب من لم يستطع الباءة فليصم، ج7، مرجع سابق، ص3.

[3]- المباركفوري (أبو العلا محمد عبد الرحمن ابن عبد الرحيم)، تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في فضل التزويج، ج1، بيروت، دار الكتب العلمية، د. س، ص166.

[4]- سلمان (نصر)، سطحي (سعاد)، مرجع سابق، ص13-14. بلحاج (العربي)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري...، مرجع سابق، ص. ص36-37. محدة (محمد)، مرجع سابق، ص. ص32-33-34.

02: حالة كون الزواج حراما

يكون الزواج حراما بالنسبة للشخص الذي لا يخشى من الزنا، ويتأكد من الوقوع في الحرام إن هو تزوج، وذلك بظلمه لزوجته بسبب عدم مقدرته عليه سواء ماديا أو جسديا، أو لكونه مريضا مرضا معديا يخشى انتقاله إلى زوجته وأولاده، ومعلوم أنه لا يجوز الإضرار بالغير، وكل ما أدى إلى الحرام فهو حرام.

03: حالة كون الزواج مكروها

يكون الزواج مكروها إذا غلب على ظن الشخص أنه سيقع في ظلم زوجته ولم يصل هذا الظن إلى اليقين، وكذلك بالنسبة للشخص الذي لا يشتهيه وينقطع به عن العبادة أو طلب العلم.

04: حالة كون الزواج مستحبا

يكون الزواج مستحبا لمن يرجو نسلا أو فعل خير كالنفقة على فقيرة أو على أم وأولادها الأيتام.

05: حالة كون الزواج مباحا

يكون الزواج مباحا بالنسبة للشخص الذي انتفت عنه دواعي النكاح وموانعه، مثل الشخص الذي لا حاجة له في النساء ولا يرجو نسلا.

رابعا: الحكمة من الزواج[1]

شرع الزواج لمقاصد عظيمة ولحكم جليلة يمكن ذكر بعض منها:

01-الاقتداء بالأنبياء والمرسلين والشعور بإقامة سنة من سننهم التي رغبوا فيها، قال سبحانه وتعالى:

[1]- الصديق (محمد الصالح)، نظام الأسرة في الإسلام، ط1، عين امليلة، دار هومة، 1999م، ص14. سلمان (نصر) وسطحي (سعاد)، مرجع سابق، ص. ص16-17. بلحاج (العربي)، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص96. محدة (محمد)، مرجع سابق، ص. ص50-51. أبو زهرة (محمد)، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص18 وما بعدها.

" **وَلَقَد أَرسَلنا رُسُلًا مِن قَبلِكَ وَجَعَلنا لَهُم أَزواجًا وَذُرِّيَّةً**"[1]، وكفى به أنه يعتبر نصف الدين.

02-تلبية نداء الفطرة التي فطر الله الناس عليها لأن الزوجية هي قاعدة الخلق في الإنسان وفي جميع المخلوقات، قال تعالى: " **وَمِن كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ**"[2].

03-وقاية النفس من الوقوع فيما حرم الله عز وجل من الزنا وكل ما يقرب إليه، قال عليه الصلاة والسلام: "فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج"[3].

04-تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والشفقة والأنس بين الزوجين، والتعاون على متاعب الحياة الدنيا، قال تعالى: " **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ** "[4]، وهذه الحكم نصت عليها المادة 4 من ق. أ.

05-التكاثر والتناسل وحماية النوع الإنساني، وتحقيق مباهاة الرسول صلى الله عليه وسلم، والمحافظة على الأنساب من الاختلاط، لقوله عليه الصلاة والسلام: "تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم"[5]، وبالزواج يتحقق الشعور بنعمة الأبوة الأمومة.

06-تكوين علاقة بين أسرتين كانتا متباعدتين وذلك عن طريق المصاهرة، فمن مقاصد التغريب في النكاح توسيع دائرة التعارف بين المسلمين، ومن ثم تتحقق وحدة الأمة الإسلامية، يقول سبحانه وتعالى "وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم".

07-شعور كل من الزوجين بالمسؤولية الزوجية، ما يروضهما على تحمل أعباء الحياة، وأداء الواجبات، ويبعث فيهما النشاط وتفجير الطاقات من أجل توفير حياة كريمة لأبنائهما، (المساهمة في زيادة الإنتاج ومن ثم تنمية الاقتصاد الوطني).

---

[1]- سورة الرعد، الآية 38.

[2]- سورة الذاريات، الآية 49.

[3]- سبق تخريجه

[4]- سورة الروم، الآية 21.

[5]- سبق تخريجه.

المطلب الثاني: تكوين عقد الزواج

صرح المشرع في نص المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري على أن الزواج عقد، ومن ثم ينبغي لتكوينه أن يقوم على ركن الرضا (الفرع الأول)، وشروط موضوعية (الفرع الثاني)، بالإضافة إلى الشروط الشكلية (الفرع الثالث)، فإذا استوفى هذا العقد ركنه وشروطه الموضوعية يعتبر صحيحا ويرتب آثاره القانونية، وإذا تخلفت ترتب عنه البطلان أو الفساد حسب ما نص عليه المشرع (الفرع الرابع).

الفرع الأول: ركن الرضا في عقد الزواج

الرضا هو ركن أساسي في عقد الزواج لربط الطرفين وفقا لنص المادة 09 المعدلة من ق. أ "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، فبعد تعديل قانون الأسرة الجزائري جعل المشرع عقد الزواج قائما على ركن وحيد فقط[1]، أما الأركان الأخرى المتمثلة في الولي والصداق والإشهاد فقد ألحقها بالشروط من خلال نص المادة 9 مكرر[2]، وللإحاطة بهذا الركن نتطرق إلى مفهوم الرضا (أولا)، ثم شروط صيغة عقد الزواج (ثانيا)، وبعدها مسألتي الاشتراط (ثالثا) والوكالة في عقد الزواج (رابعا).

أولا: مفهوم الرضا في عقد الزواج

لما كان الرضا أمر كامن في النفس فقد جعل الشرع والقانون لهذا الرضا صيغة معينة تعبر وتدل عليه، من خلال تبادل الإيجاب والقبول بين الطرفين حسب نص المادة 10 ف1 "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا"، فالإيجاب والقبول هما قوام عقد الزواج، ويقصد بالإيجاب العرض الصادر من أحد الطرفين لإنشاء العلاقة الزوجية، وأما القبول فهو الموافقة على هذا الإيجاب، ولا يشترط في الإيجاب أن يصدر من جانب معين، بل اللفظ الذي يقع أولا يكون إيجابا، والثاني يكون قبولا.

[1]– قبل تعديل قانون الأسرة كانت تنص المادة 9 على أنه "يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة، وشاهدين، وصداق".

[2]– التي جاء فيها "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج".

وبدون توفر عنصر الرضا يكون العقد باطلا وفقا لنص المادة 33 من ق. أ "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا"، ويجوز لكل واحد من الزوجين أن يدفع ببطلانه.

ثانيا: شروط الصيغة في عقد الزواج

بما أن عقد الزواج ذو طبيعة خاصة ومتميز عن غيره من العقود فقد جعل الفقهاء للصيغة شروطا حتى يكون الرضا صحيحا تتمثل فيما يأتي:

01: أن تكون بألفاظ مخصوصة

اتفق الفقهاء على أن الزواج ينعقد بلفظي "الزواج" و"النكاح" بما يصاغ منهما لفظ الإيجاب والقبول، لأنهما اللفظان الموضوعان في اللغة الشرعية للدلالة على هذا العقد تخصيصا، وهما المستعملان في أكثر نصوص القرآن والسنة، أما الألفاظ الأخرى فقد اختلفوا في انعقاده بها[1]، حيث يرى المالكية بجواز انعقاده بلفظ الهبة والتمليك بشرط أن تقترن بما يدل على الزواج كأن يذكر الصداق مثلا[2]، ولا يشترط في الصيغة أن تكون باللغة العربية لمن لا يعرفها ولا يجيدها، وهذا ما نصت عليه المادة 10 ف1 "... بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا" فالمشرع لم يشترط استعمال ألفاظ مخصوصة، فأي لفظ يؤدي معنى الزواج بأي لغة كانت ينعقد به، لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني.

02: أن تكون شفوية متلفظ بها

أي أنه بالنسبة للشخص القادر على النطق لابد أن يتلفظ شفاهة وفي مجلس العقد بألفاظ تفيد معنى النكاح سواء أكان إيجابا أو قبولا اعتبارا للبادئ "بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر" دون تحديد.

أما من كان عاجزا عن النطق فقد أفادت الفقرة الثانية من المادة 10 صحة إيجابه وقبوله بالكتابة أو الإشارة "ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا

[1]– سلمان (نصر) وسطحي (سعاد)، مرجع سابق، ص48.

[2]– الخرشي (أبو عبد الله محمد المالكي)، الخرشي على مختصر خليل، ج3، بيروت، دار الفكر، د. س، ص173.

كالكتابة أو الإشارة"، ولم يفرق المشرع هنا بين الإشارة والكتابة في المرتبة، وذلك باستعماله لحرف (أو) التي تدل على التخيير، مع أن الكتابة أقوى دلالة من الإشارة.

03: أن تدل على الدوام والتنجيز

لا يجوز أن تكون عبارة الصيغة مؤقتة[1]، لأنها تتحول إلى صيغة نكاح المتعة[2] ونكاح التحليل[3].

ولا تكون معلقة على شرط محتمل الوقوع، مثل قول الولي إذا تحصلت على الوظيفة زوجتك ابنتي، أما إذا كان هذا الشرط موجود فلا بأس، وأن لا تكون مضافة إلى المستقبل، مثل قول الولي زوجتك ابنتي بعد شهر أو شهرين، أو يقول الرجل قبلت زواج ابنتك بعد سنة، والمالكية أجازوا ذلك للولي المريض[4].

إن الأصل في العقود أن تكون بصيغة الماضي لأنه يدل على الإلزام وعدم الاحتمال، بينما المضارع يدل على الوعد أكثر، ومع ذلك هناك من أجاز استعمال صيغة المضارع أو الأمر، بشرط اقترانها بقرينة تدل على إرادة التنجيز لا الوعد، وذلك بأن يكون المجلس مهيئا لإجراء عقد الزواج[5].

04: الفورية

أي أن لا يفصل بين الإيجاب والقبول بفاصل زمني كبير يفهم منه الإعراض، أما إذا كان الفاصل يسيرا للخطبة والتذكير بالمقاصد العظيمة للزواج، أو لإيصاء الزوج فلا بأس بذلك.

---

[1]– محدة (محمد)، مرجع سابق، ص68.

[2]– نكاح المتعة هو النكاح إلى أجل محدد كالأسبوع والشهر والسنة، وهو من الأنكحة الفاسدة عند جمهور الفقهاء لأنه يتناقض مع الهدف من هذا العقد الذي يبرم على سبيل الدوام وتحقيق الاستقرار.

[3]– نكاح المحلل هو أن يتزوج رجل المطلقة ثلاثا بعد انقضاء عدتها من الذي بت طلاقها، وذلك قصد تحليلها لزوجها الأول، وهو نكاح باطل وفاعله مرتكب لكبيرة من الكبائر.

[4]– سلمان (نصر) وسطحي (سعاد)، مرجع سابق، ص48.

[5]– المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

بمعنى آخر أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد[1]، أي اتحاد الزمان والمكان وهذا حتى يمكن الشهادة عليهما حيث يسمع الشاهدان الصيغة كاملة لا لبس فيها ولا غموض، كما أنه باتحادهما يسهل على الموثق أو ضابط الحالة المدنية تكوين عقد الزواج وهو في مكتبه، إذ لا يعقل أن ينتقل الموثق أو ضابط الحالة المدنية مقتفيا أثر العاقدين لإكمال صيغة زواجهما[2].

***مسألة انعقاد النكاح بواسطة وسائل الاتصال الحديثة**

المسألة مختلف فيها بين الفقهاء المعاصرين بين منكر لعدم اتحاد المجلس وعدم سماع الشاهدين لأحد طرفي العقد[3]، وبين من يجيز ذلك حيث لا يوجد في الشريعة ما يمنع من إجراء العقود مع اختلاف المجالس، إذا تحققت الفورية وتحقق كل واحد من العاقدين من هوية الطرف الآخر وأمن التزوير[4]، ولكن الأفضل أن لا يلجأ إلى العقد بواسطة وسائل الاتصال الحديثة إلا في حالة وجود الضرورة[5].

ذلك لأن التعاقد الالكتروني عن بعد، عبر الكمبيوتر المتصل بشبكة الانترنيت كأنه بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان، في حالة عدم وجود فاصل زمني بين الإيجاب والقبول، وحضور الشهود وذكر الصداق، وحتى القانون المدني الذي يعد الشريعة العامة أجاز التعبير عن الإرادة إلكترونيا متى تحققت شروط الإرادة.

05: موافقة القبول للإيجاب من كل وجه

بمعنى أن يوافق القبول الإيجاب من حيث محل العقد (الزوج والزوجة)، وكذلك من حيث الصداق، فإذا حدث اختلاف لم يصح النكاح، فإذا قال الولي لرجل زوجتك ابنتي فاطمة على مهر

[1]– صقر (نبيل)، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، ط1، عين امليلة، دار الهدى، 2006م، ص37.

[2]– محدة (محمد)، مرجع سابق، ص66-67.

[3]– شلبي (محمد مصطفى)، أحكام الأسرة في الإسلام، د. ط، القاهرة، دار النهضة العربية، د. س، ص90.

[4]– الأشقر (عمر سليمان)، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، د. ط، الأردن، دار النفائس، د. س، ص83.

[5]– سلمان (نصر) وسطحي (سعاد)، مرجع سابق، ص58.

قدره مائة ألف دينار جزائري، فيقول الرجل قبلت زواج ابنتك هبة الله على مهر قدره مائة وخمسين ألف دينار لم يصح العقد[1].

06: عدم رجوع الموجب عن إيجابه قبل القبول[2]

فإذا رجع قبل قبول الطرف الآخر صح رجوعه، ولا يصح العقد ولو صدر قبول من الطرف الآخر، لأنه حينئذ سيصبح إيجابا جديدا يحتاج إلى قبول من الطرف الأول، وكذلك لو فقد الطرف الأول عقله أو جن قبل صدور القبول لم يصح العقد.

07: أن تكون الإرادة خالية من العيوب

بالإضافة للشروط السابقة في الرضا يشترط أن يصدر الرضا خاليا من عيوب الإرادة كالغلط والتدليس والإكراه باعتباره مساسا بقاعدة الحرية في التراضي (تقادم دعوى الإبطال للغلط أو التدليس أو الإكراه 5 سنوات من يوم اكتشاف الغلط أو التدليس أو انقطاع الإكراه وهي مدة طويلة)[3].

ثالثا: مسألة الاشتراط في عقد الزواج

يجوز للزوجين الاشتراط في عقد الزواج بما يحقق مصالحها التعاقدية، حيث لا يوجد مانع يمنع الزوجين من تضمين عقد الزواج لبعض الشروط التي لا تتنافى مع أحكام العقد ومقاصده وهذا ما صرحت به المادة 19 من ق. أ التي تقضي بأنه "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

فمن حيث المبدأ الاشتراط مباح بشرط أن تكون هذه الشروط داعمة لتحقيق المقاصد الشرعية للزواج، وينبغي الوفاء بها، لأن المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا، ومن الشروط الصحيحة أن تشترط المرأة على زوجها أن تعمل أو أن تواصل دراستها أو أن تسكن في مكان معين، وغيرها.

---

[1]– سلمان (نصر) وسطحي (سعاد)، مرجع سابق، ص49.

[2]– صقر (نبيل)، مرجع سابق، ص37.

[3]– بلحاج (العربي)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ...مرجع سابق، ص69.

ومن الشروط غير الصحيحة أن يشترط الزوج على زوجته ألا ترث منه، أو عدم الإنفاق، عدم العدل في المبيت، عدم إنجاب الولد، فإن وقعت الشروط المنافية لعقد الزواج كان الشرط باطلا والعقد صحيحا حسب المادة 35 ق. أ التي تنص على أنه "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا"، مع أن المشرع وقع في تناقض بنصه في المادة 32 ق. أ "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، فكان على المشرع أن يحذف العبارة الأخيرة من المادة ليرفع التناقض حيث تصبح المادة "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع مؤبد أو مؤقت".

هذا ويعتبر مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، وعدم تنفيذها من قبل الزوج من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق حسب المادة 53 الفقرة 9.

رابعا: مسألة الوكالة في عقد الزواج

لقد كان نص المادة 20 ق. أ قبل تعديل قانون الأسرة ينص صراحة على أنه يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة، غير أن المشرع ألغى هذه المادة بمقتضى الأمر 02/05، فهذا النص يعني منع التوكيل في الزواج لما يتصف به هذا العقد من خطورة ومسؤولية جسيمة، فالزواج عقد رضائي ولا يمكن أن يصدر الإيجاب والقبول إلا من طرفيه شخصيا، كما أنه لا يمكن أن ينوب عن الزواج أي وكيل مهما كانت صفته أو درجة قرابته[1].

في مقابل هذا التفسير هناك من شراح القانون من يرى أن إلغاء المادة 20 لا يعني إلغاء العمل بالوكالة (بالتوكيل)، كون هذا الأخير منصوص عليه في القانون المدني (الأصل) والنص عليه في قانون الأسرة كان على سبيل التكرار، وهناك من يرى أن الحكم الوارد في المادة 20 حكم غريب، كون التعبير عن الرضا يمكن أن يكون شخصيا ويمكن أن يكون بواسطة الوكيل، ولا مانع يمنع من ذلك والعقد صحيح[2].

[1]– بلحاج (العربي)، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص. ص280–281.

[2]– سعد (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص79.

فالمشرع بإلغائه للمادة لم يوضح موقفه من مسألة التوكيل في عقد الزواج، ما جعل شراح القانون يعطونها عدة قراءات، ويمكن القول أن المشرع أباح العمل بالوكالة والدليل على ذلك ما يأتي:

-لو أراد فعلا إلغاء الوكالة لنص على ذلك صراحة ضمن نفس المادة الملغاة، ما يعني جواز العمل بها.

-كما أنه بالاعتماد على نص المادة 222 ق. أ التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، هذه الأخيرة تجيز التوكيل في عقد الزواج.

-الرجوع إلى أحكام القانون المدني وهو الشريعة العامة التي تجيز التوكيل في العقود.

-بالإضافة إلى أن المشرع في المادة 10 من قانون الأسرة نص على أن يكون الرضا من طرف وقبول من الطرف الآخر، دون اشتراطه أن يكون شخصيا، لذلك نعتقد أن التعبير عن الرضا يمكن أن يكون شخصيا كما يمكن أن يكون بواسطة الوكيل.

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية في عقد الزواج

نصت المادة 09 مكرر من ق. أ على أنه:

"يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

-أهلية الزواج،

-الصداق،

-الولي،

-شاهدان،

-انعدام الموانع الشرعية للزواج".

بتعديل قانون الأسرة سنة 2005م أضاف المشرع المادة 9 مكرر أعلاه، وضمنها شروط عقد الزواج، والمتمثلة في الأهلية (أولا)، الصداق (ثانيا)، الولي (ثالثا)، الشاهدان (رابعا)، وانعدام الموانع الشرعية (خامسا).

أولا: شرط الأهلية في الزواج

تنص المادة 07 من ق. أ على أنه "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".

من خلال نص المادة نجد أن المشرع اشترط في الزوجين بلوغ سن الأهلية (01)، مع إمكانية الترخيص لمن لم يبلغ هذه السن القانونية (02)، لكنه لم ينص على حالة مخالفة وتجاوز سن الأهلية (03).

01: سن الأهلية في الزواج

إذا كان الرضا ركن في عقد الزواج فإنه لا يكون صحيحا إلا إذا صدر عن شخص عاقل بالغ، لذلك نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية اشترطوا البلوغ بالنسبة للفتى والفتاة، وذلك بظهور إحدى علاماته، أو بلوغ سن معينة فيمن لم تظهر عليه هذه العلامة، وقد حدده فقهاء المالكية ب 18 سنة[1]، وحدده الجمهور ب 15 سنة[2]، وذهب الحنفية إلى أن البلوغ يتحقق في 18 سنة بالنسبة للذكر و17 سنة بالنسبة للأنثى[3] بينما المشرع الجزائري حدد سن الأهلية بـ 19 سنة كاملة وهو سن الرشد القانوني (المادة 40 الفقرة 2 من القانون المدني)، وساوا في ذلك بين الرجل والمرأة، على خلاف القانون السابق الذي يحدده ب21 سنة للرجل و18 سنة للفتاة، ويكون تقدير سن الزواج وقت إبرام العقد وليس ساعة الدخول.

والحكمة في اشتراط الأهلية الكاملة هي أن الزواج من التصرفات التي يترتب عنها التزامات مالية وواجبات اجتماعية وعائلية، لذلك فليس من المصلحة السماح لكل فرد الإقدام عليه من غير نضج فكري أو قدرة مالية أو معرفة بشؤون الحياة ومختلف الأعباء الزوجية.

---

[1]– الدسوقي (شمس الدين محمد بن عرفه)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، د. ط، القاهرة، مطبعة الحلبي، د. س، ص293.

[2]– ابن قدامة، المغني، ج4، مرجع سابق، ص513.

[3]– الكاساني (علاء الدين أبي بكر بن مسعود)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج9، بيروت، دار الفكر، 1982م، ص4471.

02: الإعفاء من شرط سن الأهلية

إذا رغب الولي في تزويج القاصر قبل بلوغ السن القانونية، فلا يجوز عقد زواجه إلا بعد الحصول على رخصة مسبقة من رئيس المحكمة تسمح بإبرام هذا العقد ويشترط لمنح هذه الرخصة ما يلي[1]:

-تقديم الطلب من ولي القاصر أو ممثله القانوني (الولي أو الوصي...).

-التثبت من صغر السن وذلك بالاطلاع على شهادة ميلاد المعني.

-التحقق من وجود المصلحة أو الضرورة، مثل أن تكون الفتاة مخطوفة ويريد أهلها تزويجها من خاطفها، أو أن يكون الفتى مريضا وعلاجه الزواج، أو أن لا يكون للفتاة أهل أو ولي كما لو كانت يتيمة ومن مصلحتها الزواج.

-التثبت من قدرة الطرفين على تحمل أعباء الزواج، ويمكن الاستعانة في هذه الحالة بالخبرة الطبية، والقيام بالبحث الاجتماعي.

وهذه الرخصة تشتمل على كل هذه الشروط، وهي لا تقبل أية طريقة من طرق الطعن[2]، والملاحظة أن المشرع لم يحدد السن الأدنى لمنح الرخصة، فكان حري به أن يحددها حتى لا تنتهك وتغتصب حقوق الطفولة باسم المصلحة والضرورة، ويرمى بهم في مؤسسة الزواج دون دراية بأي مسؤولية أو تكليف.

وتجدر الإشارة إلى أن القاصر المرخص له بالزواج يكتسب أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات، وهو ما لم يكن موجودا قبل تعديل 2005م، إذ لا يعقل أن يمنح القاصر إذنا بالزواج وتكوين أسرة ثم لا يمنح -بعد ذلك- إذنا بالتقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج.

---

[1]- سعد (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص26.

[2]- المرجع نفسه، ص27.

03: مخالفة وتجاوز شرط سن الأهلية

لم ينص قانون الأسرة الجزائري عن ما يترتب من آثار على مخالفة سن أهلية الزواج، وإبرام عقد زواج قبل بلوغ السن المحددة، وذلك على عكس القانون 63/224 الصادر خلال سنة 1963م الذي نص في الفقرة الأولى منه على أنه "لا يجوز للرجل الذي لم يبلغ 18 سنة ولا للمرأة التي لم تبلغ 16 سنة أن يعقدا زواجا".

ونص في المادة 2 على معاقبة كل من ضابط الحالة المدنية أو القاضي (الموثق) والزوجين وممثليهما الذين لم يراعوا شرط السن القانونية، ثم نص في المادة 3 على أن كل زواج أبرم خلافا لأحكام المادة 1 يكون باطلا ما لم يلحقه دخول، ويجوز الطعن فيه من الزوجين شخصيا أو من النيابة العامة أو ممن له مصلحة فيه، ولكن لا يجوز الطعن في العقد إذا بلغ الزوجان السن القانونية أو حملت الزوجة التي لم تبلغ سن أهلية الزواج.

يرى الأستاذ "عبد العزيز سعد" أنه مادام قانون الأسرة لم ينص صراحة على إلغاء القانون رقم 63/224 ولم يتضمن مؤيدات جديدة فإنه يبقى قابلا للتطبيق على كل من يخالف سن أهلية الزواج[1].

هذا بالنسبة لسن الأهلية، أما شرط العقل فالمشرع لم ير ضرورة النص عليه لأن التمتع بالقوى العقلية في الزواج أمر حتمي، حيث لا يتصور وجوده لا عقلا ولا منطقا إن كان صادرا من غير عاقل، فهذا الأخير عديم الرضا، لأن المجنون والمعتوه عديم التمييز، ولكن من جهة أخرى لا يعقل أن يمنعوا من الزواج إذا كان في ذلك مصلحة، كأن يكون سببا في شفائهم، وكان الأوفق النص على هذه المسألة في قانون الأسرة، حيث يقيد زواجهم بأخذ رأي لجنة طبية وأخرى اجتماعية يراعيان في ذلك مصلحة الفرد والمجتمع، ويقوم رضا الولي هنا مقام رضا المعني (حسب المالكية)[2].

ثانيا: شرط الصداق في عقد الزواج

يعد الصداق أو المهر من بين الشروط التي تميز عقد الزواج عن العقود المدنية الأخرى، فهو دليل على صدق نية الرجل في الارتباط بهذه المرأة، وهو برهان على أن هذا العقد مبني على

[1]– سعد (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص28.

[2]– بلحاج (العربي)، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص206.

المكارمة عكس العقود المدنية المبنية على المشاحة، وابتغاء الربح، وللإحاطة بهذا الشرط ينبغي تعريفه (01)، وبيان حكمه (02)، وشروطه (03)، والتعرف على أوضاعه (04) ثم حالات استحقاق المرأة لهذا الصداق (05)، وبعدها نتناول مسألة قيام النزاع بشأنه (06).

01: تعريف الصداق

الصداق لغة اسم مصدر وهو بفتح الصاد مهر المرأة[1]، وقيل هو ما يدفعه الزوج إلى زوجته بعقد الزواج[2]، وورد في نصوص الشريعة بعدة مسميات كالنحلة والمهر والفريضة والطول والأجر...

أما اصطلاحا فيعرف الصداق بأنه المال الذي أوجبه الشارع على الزوج، وجعله حقا للزوجة في مقابل الاستمتاع بها، في النكاح الصحيح والوطء بشبهة والوطء في النكاح الفاسد[3]، ويعتبر عربونا ورمزا لرغبة الرجل في الاقتران بالمرأة.

وعرفته المادة 14 من ق. أ بأنه "ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

02: حكم الصداق

يستمد الصداق مشروعيته من قوله تعالى " **وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً**"[4]، وقوله تعالى أيضا " **لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً**"[5]، وهذه الآية دليل على أن العقد ملزم حتى وإن لم يسم المهر، لكن يصحح بدفع مهر المثل، وقوله أيضا " **فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً**"[6].

---

[1]– البستاني (المعلم بطرس)، محيط المحيط، مج5، مرجع سابق، ص269.

[2]– الرازي (زين الدين محمد بن أبي بكر بن عبد القادر)، مختار الصحاح، تحقيق: حمزة فتح الله، مؤسسة الرسالة، 1988م، ص151.

[3]– محدة (محمد)، مرجع سابق، ص83.

[4]– سورة النساء، الآية 4.

[5]– سورة البقرة، الآية 236.

[6]– سورة النساء، الآية 24.

وقد اختلف الفقهاء في حكم الصداق في عقد الزواج، فهناك من اعتبره ركنا من أركانه[1]، وهناك من اعتبره شرط صحة[2]، وهناك من لم يعتبره لا ركنا ولا شرط صحة، بل يجب على الرجل دفعه[3]، ويصح عقد الزواج دون ذكره، والدليل على ذلك قوله تعالى"لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تموسهن أو تفرضوا لهن فريضة"، فإذا خلا العقد من الصداق فلا يؤثر في صحته، أو حتى لو وقع اتفاق على نفيه، أو وقع الزواج دون تسمية المهر، فإن العقد سيكون ملزما ويجب فيه مهر المثل متى تم الدخول.

وبالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فقد اعتبره شرطا في عقد الزواج من خلال المادة 9 مكرر المضافة بالقانون 02/05، وهذا بعد أن كان من أركان عقد الزواج، لكنه إذا تخلف في العقد فلا يؤثر في صحته متى تم الدخول، حيث تنص المادة 33 الفقرة 2 على أنه "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

أي إذا لم يتم تحديد الصداق، أو كان فاسدا وأنه سمي تسمية غير شرعية، أو تم نفيه ففي كل هذه الحالات يفسخ العقد قبل الدخول ولا صداق فيه، وإذا حصل الدخول بالمرأة فإنه يصحح العقد ويثبت بدفع صداق المثل، وهذا أخذا برأي من يعتبر الصداق أثر من آثار عقد الزواج، وليس بركن ولا شرط صحة، مع أن المشرع اعتبره من شروط عقد الزواج.

03: شروط الصداق

يشترط في الصداق في الفقه الإسلامي ما يشترط في الثمن وهذه الشروط تتمثل فيما يأتي[4]:

أ-أن يكون مبلغا نقديا أو شيئا متقوما، فلا يجوز أن يكون شيئا تافها لأن الصداق منه ما هو حق لله تعالى ومنه ما هو حق للمرأة، والحد الأدنى له هو حق الله، وقد حدده المالكية بربع دينار ذهبي

[1]- ابن جزيء (محمد بن أحمد)، مرجع سابق، ص192.

[2]- الآبي (صالح عبد السميع الأزهري)، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، د. ط، الجزائر، مكتبة رحاب، د. س، ص437.

[3]- الشافعي (أبو عبد الله محمد بن إدريس)، الأم، ج5، ط1973م، بيروت، دار المعرفة، 1973م، ص58.

[4]- محدة (محمد)، مرجع سابق، ص86 إلى 89.

(1.125 غ ذهب) ومن ثم لا يجيزون إسقاطه من العقد، وما زاد عن ذلك فهو بمثابة حق للمرأة ويجوز لها أن تسقطه عن الرجل، ومعلوم أنه ليس للمهر حد أقصى لقوله تعالى " **وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا**"[1]، وقد أشار المشرع إلى هذا الشرط في المادة 14 "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح..."

ب-أن يكون مباحا، أي طاهرا ويجوز الانتفاع به، لأن الحرام لا قيمة له في نظر الشارع، ولا يجوز تملكها ولا نقل ملكيتها، كالخمر وآلات اللهو، ونص المشرع على هذا الشرط في المادة 14 "...من كل ما هو مباح شرعا..."

ج-أن لا يكون مغصوبا، لأن الصداق دليل صدق الرجل في استمرار ما توعد به في الخطبة فمن غير المعقول أن يكون هذا الدليل مالا مغصوبا، أشار المشرع أيضا إلى هذا الشرط في المادة 14 "...من كل ما هو مباح شرعا..."

د-أن يكون خاليا من الغرر كالثمار التي لم يبد صلاحها، ويأخذ الحكم نفسه إذا أجل الصداق لأجل غير محدد أو أمد طويل لا يمكن أن يعيش الزوجان إلى ذلك الوقت، ويشترط فيه أن لا يكون مجهولا، كأن يقول أن مهرك بيتا دون تحديده، أما إن كانت الجهالة يسيرة فلا بأس، كأن يجعل مهرها 50 غراما من الذهب دون أن يعين لها الحلي المقصود، وفي هذه الحالة يؤخذ الزوج بالوسط، وهذا الشرط نص عليه المشرع في المادة 15.

04: أوضاع الصداق

تنص المادة 15 من ق. أ على أن "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا وفي حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل".

ومن تحليل هذه المادة فإن أوضاع الصداق يمكن عرضها في ثلاث حالات هي حالة كونه معجلا (أ)، وحالة كونه مؤجلا (ب)، وحالة كونه معجلا في بعضه ومؤجلا في البعض الآخر (ج).

[1]- سورة النساء، الآية 20.

أ-حالة كون الصداق معجلا كله

بحيث يدفعه الزوج إلى الزوجة مباشرة أو إلى من ينوبها أو يمثلها.

ب-حالة كون الصداق مؤجلا إلى ما بعد الدخول

حيث تتم تسمية الصداق وتحديد قيمته أو نوعه أثناء إجراء العقد ويتفق الطرفان على تسليمه في وقت لاحق، وإذا لم يحدد تاريخ معين لدفع المؤجل فإنه ينصرف إلى تاريخ الطلاق أو تاريخ الوفاة[1].

ج-حالة كون الصداق معجلا في بعضه ومؤجلا في البعض الآخر

حيث يتفق الطرفان على دفع جزء أثناء العقد وقبل الدخول ويكمل الباقي إلى ما بعد الدخول، ومهما يكن من أمر فإن الصداق سواء كان معجلا أو مؤجلا فإنه يحدد في عقد الزواج، وهو حق وملك خالص للزوجة تتصرف فيه كما تشاء بغض النظر عمن تسلمه، حسب المادة 14 من ق. أ.

05: حالات استحقاق الزوجة للصداق

من خلال المادة السابقة 15، والمادة 16 التي تنص على أنه "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول"، يلاحظ أن استحقاق الزوجة للصداق يتمثل في ثلاث حالات هي حالة استحقاقها للصداق المسمى كاملا (أ)، وحالة استحقاقها لنصفه (ب)، وحالة استحقاقها لصداق المثل (ج).

أ-حالة استحقاق الزوجة للصداق المسمى كاملا

تستحق الزوجة الصداق المسمى كاملا في حالة الدخول بها إلى بيت الزوجية أو وفاة زوجها بعد العقد الصحيح، حتى وإن لم يتم الدخول بها، وأضاف المالكية إقامة الزوجة مدة طويلة قدروها بسنة كاملة عند زوجها دون مسيس، حيث اعتبروا ذلك كالدخول الحقيقي[2].

[1]- سعد (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص48.

[2]- محدة (محمد)، مرجع سابق، ص94.

ب-حالة استحقاق المرأة لنصف الصداق المسمى

وهي الحالة التي تستحق فيها الزوجة نصف الصداق المسمى، وهذا عندما يقع طلاقها من زوجها بعد إنجاز العقد وقبل الدخول بها، فبمجرد العقد الصحيح يثبت نصف الصداق للمرأة وأما النصف الثاني فتستحقه بالدخول بها.

ج-حالة استحقاق المرأة لمهر المثل

وهي الحالة التي تستحق فيها الزوجة صداق المثل[1]، وذلك عندما يبرم عقد الزواج دون تحديد أو تسمية قيمة الصداق، حيث لا يكون هناك صداق معلوم لا معجلا ولا مؤجلا وهذا المعنى الذي تضمنته الفقرة 2 من م 15 التي تنص على "...في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل".

كما أضاف الفقهاء حالات أخرى وهي؛ إذا حصل الزواج على أن لا صداق للمرأة، أو في نكاح الشغار[2]، أو إذا سمي الصداق لكن ليس ذا قيمة مالية في الشريعة الإسلامية كالخمر، وكذلك إذا سمي الصداق وكانت له قيمة مالية، ولكنه مجهول جهالة فاحشة تؤدي إلى النزاع[3].

06: مسألة قيام النزاع بشأن الصداق

من خلال قراءة المادة 17 من ق. أ، إذا وقع نزاع بين الزوجين أو ورثتها في حالة الوفاة كأن تقول الزوجة لم أقبض المهر ويدعي الزوج عكسها، وليس لأحدهما بنية، فهنا وضع المشرع قاعدة عامة يغطي بها جميع صور النزاع في الصداق من القبض أو المقدار أو الزمن، حيث فرق بين حالتين؛ حالة وقوع النزاع قبل الدخول وحالة وقوعه بعد الدخول، ففي الأولى يأخذ بقول الزوجة أو ورثتها مع اليمين، وفي الحالة الثانية يأخذ بقول الزوج أو ورثته مع اليمين كذلك.

---

[1]- صداق المثل هو صداق مثيلاتها من النساء أي الصداق الذي تتزوج عليه عادة في المجتمع نفسه بمثل هذا الزوج امرأة تقاربها وقت العق سنا، وجمالا، ومالا، ومكانة، وعقلا، ودينا، وبكارة، وما إلى ذلك من الصفات التي يختلف الصداق باختلافها في عرف الناس. صقر (نبيل)، مرجع سابق، ص47.

[2]- نكاح الشغار هو أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ليس بينهما صداق، وهو من الأنكحة الفاسدة.

[3]- صقر (نبيل)، مرجع سابق، ص47.

لأن الأصل أن الزوج لا يدخل بالمرأة إلا إذا قدم لها ولو جزءا من المهر عند المالكية الذين يأخذون بعمل أهل المدينة، وعليه إذا تم الدخول فسيأخذ بقول الزوج، لأنه يفترض أن يكون قد قدم المهر عند الدخول، وحتى لا تقع هكذا نزاعات حول قبض الصداق من عدمه، الأولى أن يتم الإشهاد والتوثيق عند دفعه.

ثالثا: شرط الولي في عقد الزواج

اعتبر المشرع الجزائري الولي شرطا من شروط عقد الزواج من خلال المادة 9 مكرر من الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة الجزائري، مخالفا بذلك رأي الجمهور الذين يعتبرونه ركنا، ومخالفا كذلك لرأي الحنفية الذين لا يعتبرونه لا ركنا ولا شرطا، ولمعرفة حقيقة هذا الشرط نتطرق إلى تعريف الولاية (01)، ثم شروط الولي (02) وبعدها أنواع الولاية (03)، وأخيرا جزاء تخلف هذا الشرط (04).

01: تعريف الولاية

الولاية لغة بكسر الواو وفتحها تعني النصرة والقدرة والسلطان[1].

أما الولاية اصطلاحا فهي تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه[2]، وتعني كذلك القدرة على إنشاء العقد نافذا[3]، وولي المرأة في الزواج هو من يتولى عنها إبرام عقد الزواج.

02: شروط الولي

يشترط الفقهاء في الولي مجموعة من الشروط منها ما هو متفق عليها ومنها ما هو مختلف فيها، فبالنسبة للشروط المتفق عليها فتتمثل في ما يلي:

[1]- ابن منظور، لسان العرب، مج8، مرجع سابق، ص823.

[2]- بلحاج (العربي)، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص401.

[3]- أبو زهرة (محمد)، عقد الزواج وآثاره، د. ط، القاهرة، دار الفكر العربي، 2011م، ص146.

أ-أن يكون الولي بالغا عاقلا، لأن الصغير والمجنون ليس له ولاية على نفسه فمن باب أولى أن لا يكون وليا على غيره[1].

ب-كما يشترط فيه الإسلام لقوله تعالى "ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا"، فغير المسلم لا يؤتمن على مصالح المسلم، أما إذا تزوج مسلم كتابية فيجوز أن يكون وليها من أهل ملتها وهذا على رأي أبي حنيفة والشافعي وفي قول للحنابلة، ومن الفقهاء من رأى بأن يزوجها الحاكم المسلم، وقد ورد ذلك في قول للحنابلة[2]، أما الإمام رئيس الدولة حاليا ونوابه ومن يمثله فتثبت ولايتهم على المسلمين وغير المسلمين لأنه صاحب الولاية العامة في الدولة.

أما بالنسبة للشروط المختلف فيها فتتمثل في: الرشد (عكس السفيه)، عدم اختلال السمع والبصر، الإحرام، الذكورة، بالإضافة إلى شرط العدالة والتي تعني عكس الفسق[3].

03: أنواع الولاية

الولاية إما أن تكون على المال وإما أن تكون على النفس، فالأولى هي سلطة التصرف في المال (ليست موضوع دراستنا)، وأما الثانية فهي سلطة إنشاء عقد الزواج وهي المقصودة في هذه الدراسة وهي نوعان؛ ولاية قاصرة (أ)، وولاية متعدية (ب).

أ-الولاية القاصرة على النفس

وهي سلطة تزويج الإنسان نفسه دون توقف على رضا أحد، وهي تثبت للرجل البالغ العاقل فإذا زوّج نفسه ممن يريد الزواج منها كان زواجه صحيحا وليس لأحد الاعتراض على ذلك، أما المرأة البالغة فقد اختلف الفقهاء في ثبوت هذه الولاية لها إلى رأيين:

-**الرأي الأول:** وهو لجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وكثير من العلماء، حيث يرون

[1]- محدة (محمد)، مرجع سابق، ص81.

[2]- سلمان (نصر) وسطحي (سعاد)، مرجع سابق، ص112.

[3]- لمزيد من التفصيل راجع بلحاج (العربي)، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص410-411. سلمان (نصر)، سطحي (سعاد)، مرجع سابق، ص. ص112-113.

أنه ليس للمرأة أن تزوج نفسها ولا غيرها وإنما يزوجها وليها لقوله تعالى: " **وَأَنكِحُوا الْأَيَامَى مِنكُمْ**"[1]، وقوله كذلك " **وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا**"[2]، فالخطاب في هذه الآيات موجه إلى جماعة الرجال ما يعني أن سلطة التزويج للرجال وليس للنساء، وقوله أيضا " **وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ**"[3]، هذا خطاب للأولياء، ولو لم يكن لهم حق في الولاية لما نهوا عن العضل (المنع)[4]،

وقوله عليه الصلاة والسلام: "لا نكاح إلا بولي"[5].

وكذلك الخبرة بأحوال الرجال ومن يصلح منهم للحياة الزوجية أمر غير متيسر للمرأة لقلة خبرتها بل هو خاص بالرجال.

-**الرأي الثاني:** وهو لأبي حنيفة وأبو يوسف، ورأيهم أن للمرأة البالغة أن تتولى عقد زواجها بنفسها متى كان الزوج كفئا كما لها أن تزوج غيرها، لقوله تعالى: " **فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ**"[6]، وقوله أيضا " **وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ**"[7]، فالخطاب في هذه الآيات موجه إلى النساء، حيث أضاف الله عز وجل فعل النكاح النكاح إليهن ما يعني جواز عقد الزواج بعبارتهن من غير شرط الولي[8].

---

[1]- سورة النور، الآية 32.

[2]- سورة البقرة، الآية 221.

[3]- سورة البقرة، الآية 232.

[4]- ابن رشد (أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط1، بيروت، دار ابن حزم، 1999م، ص399.

[5]- الترمذي (محمد بن عيسى بن سورة)، السنن، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، ج2، د. ط، بيروت، دار الفكر، د. س، ص280.

[6]- سورة البقرة، الآية 230.

[7]- سورة البقرة، الآية 232.

[8]- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، مرجع سابق، ص248.

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم: "الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها"[1]، أي أن المرأة التي ليس لها زوج لها الحق في تولي أمر نفسها، وهذا يخول لها حق عقد زواجها دون ولي سواء أكانت بكرا أو ثيبا[2].

في هذا المقام نسوق كلاما لابن رشد رحمه الله يبين فيه سبب اختلاف الفقهاء في مسألة حكم الولي في عقد الزواج، حيث يقول: "وسبب اختلافهم أنه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح فضلا على أن يكون في ذلك نص، بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هي كلها محتملة، وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط إسقاطها هي أيضا محتملة في ذلك، والأحاديث مع كونها محتملة في ألفاظها مختلف في صحتها"[3].

بالرجوع إلى قانون الأسرة فقد نص قبل التعديل في المادة 12 على أنه "يتولى زواج المرأة وليها"، أما المادة 11 المعدلة فتنص على أنه "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"، فهذا النص فتح الباب أمام التأويل لأن "أو" الواردة في النص للتخيير وبالتالي تستطيع المرأة بسهولة الاستغناء عن الولي (الأب) إلى شخص آخر قد يكون من الغير، والمشرع لم يبين سبب حضور الولي في هذا المجلس، هل هو حضور شرفي أم لمباركة زواج ابنته، أم باعتباره شاهدا، لأن عبارة النص واضحة على أن المرأة هي من تتولى عقد زواجها بنفسها.

أما القصر من الجنسين ففي حالة الترخيص بالزواج يتم تزويجهم بواسطة الولي، فهو الأب فأحد الأقارب والقاضي ولي من لا ولي له المادة 11 فـ2.

الذي نصل إليه مراعاة لعرف مجتمعنا ولتراثه الفقهي والتاريخي والحضاري، هو أنه لابد من موافقة ورضا المرأة ووليها معا، ويتولى الولي مباشرة العقد، لأن هذه المجالس غالبا ما يحضرها الرجال فقط، والمرأة الحيية العفيفة الشريفة يمنعها الحياء من حضور مثل هذه المجالس.

---

[1]– مسلم (ابن الحجاج القشيري النيسابوري)، الجامع الصحيح، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، ج9، د. ط، القاهرة، دار الكتاب المصري، بيروت، دار الكتاب اللبناني، د. س، ص204.

[2]– السرخسي (شمس الدين)، المبسوط، ج5، ط2، بيروت، دار المعرفة، د. س، ص12.

[3]– ابن رشد، مرجع سابق، ص399.

بالإضافة إلى أن تولي زواج المرأة من طرف وليها يعلي من شأنها أمام زوجها وعائلته، ويعد ذلك حصانة ومناعة لها من أن تقع فريسة في يد لئيم مخادع، كما أن حضور الولي يميز النكاح الشرعي عن مختلف الأنكحة المحرمة شرعا، وغيرها من الحكم والمقاصد[1].

ب-الولاية المتعدية على النفس

وهي سلطة تزويج الإنسان غيره، وهي نوعان ولاية إجبار وولاية اختيار.

-**ولاية إجبار**: وهي التي يستبد فيها الولي بتزويج من تحت ولايته بغير إذنه ومن دون حاجة إلى رضاه واختياره، ويكون العقد نافذا، وتثبت على المجنون والصغير من الذكور وللصغيرة بكرا أو ثيبا والحكمة في هذا أن الصغير والمجنون لا يدرون من أمور الحياة شيئا، فلم يجعل الشارع لهما أمرا ولا نهيا في عقد الزواج الذي يتطلب التبصر وحسن الاختيار[2].

-**ولاية اختيار**: وتسمى أيضا ولاية استحباب وولاية مشاركة، وهي التي لا يستطيع الولي أن يستبد بتزويج المولى عليه، بل لابد من مشاركة الزوجة وليها في اختيار الزوج، وهذه الولاية تثبت على المرأة البالغة العاقلة، وذلك لأن جمهور الفقهاء ذهبوا إلى أنه ليس للمرأة أن تنفرد بإنشاء عقد زواجها بل يشاركها وليها في اختيار الزوج، وينفرد هو بتولي الصيغة، أما الإمام أبو حنيفة فيرى بأن المرأة البالغة العاقلة يجوز لها أن تزوج نفسها وتزوج غيرها وتتولى هي صيغة العقد، ولكن يستحب أن يتولى الولي صيغة العقد[3].

أما من تثبت له الولاية فأغلب الفقهاء أنها تكون للأب والجد، وزاد البعض العصبات على طريقة المواريث، الأقرب فالأقرب وتنتهي إلى السلطان.

فأساس الولاية هو أن يكون الولي من عصبة المولى عليه، ثم أن يكون أقرب العصبات عليه، ولهذا يكون ترتيبهم في الولاية حسب ترتيبهم في الميراث، ويتقدم بعضهم على بعض من ثلاث نواح؛

---

[1]- الصديق (محمد الصالح)، مرجع سابق، ص. ص48-49.

[2]- صقر (نبيل)، مرجع سابق، ص41.

[3]- أبو زهرة (محمد)، عقد الزواج وآثاره، مرجع سابق، ص165.

جهة القرابة أولا ثم قرب درجتها ثانيا إن اتحدت الجهة، ثم قوة القرابة ثالثا إن اتحدت الدرجة[1]، مع الإشارة إلى أن الترتيب ليس شرطا في تولي النكاح حيث لو تولى النكاح الولي الأبعد مع وجود الأقرب جاز ذلك والعقد صحيح، ومراتب الأولياء وضعت للرجوع إليها في حالة ما إذا أراد كل منهم التمسك بما له من حق تجاه المراد تزويجها[2].

وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة نجد أن المشرع قد أخذ بولاية الاختيار حتى بالنسبة للقاصرة في المادة 13، حيث جاء فيها "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها دون موافقتها"، إذن ينبغي أن توافق القاصرة وترضى بالزواج وتأذن به ثم يتولى وليها صيغة العقد نيابة عنها.

04: جزاء تخلف شرط الولي

تنص المادة 33 فـ2 من ق. أ على أنه "...إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"، فهذا الحكم متعلق بالقاصرة فقط فإذا زوجت نفسها وتولت إبرام عقد زواجها بعبارتها، دون وليها، فإن مصير هذا العقد هو فسخه قبل الدخول، أما إذا تم الدخول فيصحح ويثبت بصداق المثل، أما بالنسبة للراشدة أي التي يزيد سنها عن 19 سنة والعاقلة فلا ينطبق عليها هذا الحكم، باعتبار أن الولي ليس بواجب في حقها حسب نص المادة 11 فـ1.

رابعا: شرط الإشهاد في عقد الزواج (الشهود)

اعتبر المشرع الجزائري الإشهاد من شروط عقد الزواج وذلك لإخراجه من دائرة الحرام إلى دائرة الحلال، ولمعرفة حقيقة هذا الشرط ينبغي التطرق إلى تعريفه (01)، وبيان حكمه (02)، و شروط الشاهد (03)، وأخيرا تناول مسألة تخلف هذا الشرط (04).

[1]– صقر (نبيل)، مرجع سابق، ص. ص39–40.

[2]– محدة (محمد)، مرجع سابق، ص77.

01: تعريف الشهادة

الشهادة في اللغة لها عدة معاني وهي الحضور، الإعلام، الخبر القاطع، والمعاينة والأداء[1].

أما اصطلاحا فيعرفها ابن عاشور بأنها تطلق على الخبر الذي يخبر به صاحبه عن أمر حصل لقصد الاحتجاج به لمن يزعمه، والاحتجاج به على من ينكره[2]، فالغاية من الإشهاد على الزواج هو حصول الإعلان عنه وإخراجه عن حدود الكتمان، وحتى لا يجد أحد طرفيه سبيلا لإنكاره فيما بعد.

02: حكم الشهادة في عقد الزواج

اتفق الفقهاء على أن الشهادة من شرط النكاح، ولكن اختلفوا هل هي شرط تمام يؤمر به عند الدخول أو شرط صحة يؤمر به عند العقد، فالمالكية لا يشترطون الإشهاد في عقد الزواج وإنما يشترطون الإشهار والعلنية، والإشهاد شرط لحل الدخول[3]، والحنفية يقولون بأن الإشهاد ليس لإثبات العقد بل لإخراجه من السرية، ويعتبرون الشهادة شرط صحة في العقد، ولا يعتبر النكاح صحيحا بغير إشهاد[4]، لقوله عليه الصلاة والسلام "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"[5].

يرى الدكتور محمد محدة أن الشهادة عند العقد أولى، إذ الحكمة التي من أجلها بنى هؤلاء وأسسوا مذهبهم هي سد ذريعة الاختلاف والإنكار، وهذه تحدث حتى قبل الدخول، إذ ربما يعقد الشخص على المرأة دون شهود ويتفقان على مهر معين ثم يطلقها قبل الدخول، وقد يختلفان في المهر أو في أصل الزوجية، فمن الذي يستطيع إثبات ما هم عليه من نزاع؟ وكذلك الأمر في حال

---

[1]- البستاني (المعلم بطرس)، محيط المحيط، مج5، مرجع سابق، ص303.

[2]- ابن عاشور (محمد الطاهر)، التحرير والتنوير، ج3، د. ط، تونس، الدار التونسية للنشر، الجزائر، المؤسس الوطنية للكتاب، 1984م، ص106.

[3]- ابن رشد، مرجع سابق، ص. ص405-406.

[4]- الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص252.

[5]- الدارقطني (علي بن عمر)، السنن، كتاب النكاح، ج3، ط4، عالم الكتب، 1986م، ص221.

وفاة أحدهما، فيحصل النزاع حول استحقاق أي منهما الميراث لعدم ثبوت زوجيتهما ببينة، فالشهادة على العقد أولى[1].

أما قانون الأسرة الجزائري فقد عده من شروط صحة عقد الزواج من خلال المادة 9 مكرر، وتخلف هذا الشرط يؤدي إلى فسخ العقد قبل الدخول وتثبيته بعد الدخول بصداق المثل حسب المادة 33 فـ2 من ق. أ.

***مسألة الإشهاد على عقد الزواج مع التواصي بالكتمان**

أي أن يبرم عقد الزواج بحضور شاهدين ويأمران بكتمانه، فهل يعتبر هذا الزواج صحيحا أم لا؟

ذهب أغلب الفقهاء إلى أن العقد صحيح، لأن الإشهاد قد وقع وبالتالي فهو ليس نكاح سر، بينما يرى المالكية بأنه نكاح سر، لأن شروط صحة العقد الإعلان وهذا ذريعة للفساد، والفرق بين الحلال والحرام هو الإعلان، وإذا حدث ذلك يفرق بينهما بتطليقة، وللمرأة الصداق إن كان قد أصابها و يعاقب الشاهدان[2]، ومن الناحية القانونية العقد صحيح باعتبار أنه تحقق الإشهاد عليه الذي يعد شرط صحة، ولا يهم بعد ذلك كتمان أمره أم إيذاعه بين الناس.

03: شروط الشهود

لم يبين قانون الأسرة الجزائري أي شروط للشاهدين ما عدا ما ذكره من العدد (شاهدين)، مع العلم أن قانون الحالة المدنية ينص في المادة 33 على وجوب بلوغ الشاهد سن 19 سنة حتى تقبل شهادته في عقد الزواج.

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي فإن شروط الشاهدين تتمثل في العقل والبلوغ، والإسلام إذا كان الزوجين مسلمين، أما إذا كانت الزوجة كتابية فالمسألة فيها خلاف (كون الشهادة من باب الولاية)،

[1]– محدة (محمد)، مرجع سابق، ص104.

[2]– ابن رشد، مرجع سابق، ص406.

وكذلك سماع كل من الشاهدين كلام العاقدين وفهمهما المراد منه، والسماع يعني الحضور بالضرورة لأن من يسمع يكون حاضرا[1].

بالإضافة إلى الشروط السابقة ينبغي أن يشهد على العقد من اثنين فما فوق، أي أكثر من شاهد واحد، رجلان أو رجل وامرأتان لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل" وقوله تعالى: " **وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ**"[2].

وهناك من الفقهاء من يشترط في الشهود الذكورة، حيث لا تصح الشهادة من النساء في عقد الزواج مهما بلغ عددهن، فشهادتهن وحدهن لا تقبل إلا فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة، وهم المالكية والشافعية الذين قالوا بعدم صحة شهادة رجل وامرأتان حيث يشترطون الذكورة[3].

كما أن هناك شروط أخرى مختلف فيها بين الفقهاء وهي: عدم وجود التهمة، والعدالة[4].

خامسا: شرط انعدام الموانع الشرعية في عقد الزواج

يعبر عن الموانع في الفقه الإسلامي بصور التحريم، بمعنى أن لا تكون المرأة محرمة شرعا عن الرجل تحريما مؤبدا أو مؤقتا حسب المادة 23 ق. أ، وتعبير المشرع بالموانع يبدو أصوب من تعبير الفقه الإسلامي بالمحرمات، لأن هذا الأخير يوحي بأن التحريم مرتبط بالمرأة فقط، بينما يمكن أن يكون وصفا مشتركا في الزوجين كالتحريم بالقرابة، وقد يكون متعلقا بالرجل وحده، ككونه متزوجا بأربعة نسوة، وإنما جرى هذا التعبير (المحرمات)، لأن العادة أن يكون الرجل طالبا فيراعي من تحرم عليه ومن لا تحرم[5]، وتثار بخصوص هذا الشرط مسألة الزواج بإحدى المحرمات، فما مصير عقد الزواج وما هي الآثار المترتبة عن ذلك، وعليه سنتناول المحرمات تحريما مؤبدا (01)، ثم المحرمات تحريما مؤقتا (02)، وأخيرا جزاء مخالفة هذا الشرط (03).

---

[1]– سلمان (نصر)، سطحي (سعاد)، مرجع سابق، ص125. سعد (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص45.

[2]– سورة البقرة، الآية 282.

[3]– محدة (محمد)، مرجع سابق، ص107.

[4]– سلمان (نصر)، سطحي (سعاد)، مرجع سابق، ص125.

[5]– كاملي (مراد)، مرجع سابق، ص39. محدة (محمد)، مرجع سابق، ص115.

01: المحرمات تحريما مؤبدا

لا يجوز الزواج بهن أبدا، لأن المانع دائم لا يزول، وأسبابها ثلاثة القرابة (أ) والمصاهرة (ب) والرضاع (ج) حسب نص المادة 24 ق. أ، وأضاف الجمهور مانعا آخر وهو الملاعنة، فالرجل الذي ينفي نسب ابنه عن طريق اللعان يفرق بينه وبين زوجته فرقة أبدية، بحيث لا يجوز له شرعا الزواج منها مرة أخرى.

أ-المحرمات بسبب القرابة

ورد مانع القرابة في سورة النساء الآية 23، حيث يقول تعالى "حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت"، كما نصت عليها المادة 25 ق. أ وهن:

-أصول الشخص، الأم والجدة مهما علت من الجهتين.

-فروع الشخص، البنت وبنت الابن وبنت البنت مهما نزلن.

-حواشي الشخص، الأخت وبنت الأخت وبنت الأخ مهما نزلن.

-نساء الدرجة الأولى من فروع الأجداد والجدات وهن العمة والخالة، أما نساء الدرجة الثانية فجائز الزواج بهن كبنت العمة وبنت العم وبنت الخالة وبنت الخال.

علة التحريم في هذا الصنف هو المحافظة على كيان الأسرة وحماية للأرحام من أن تقطع بالنزاعات التي تحدث عادة بين الزوجين، وإزالة الأطماع من النفوس والعيش في ود وحب خالص دون أن تشوبه رائحة الجنس، كما أن التحريم يتماشى مع ما تأباه الفطرة السليمة من عدم مباشرة ما كان هو جزءا منها أو من كانت هي جزء منه، أو كانا معا جزءا[1].

ب-المحرمات بسبب المصاهرة

التحريم بهذا النوع معناه التحريم بسبب الزواج، ونصت عليها المادة 26 ق.أ وهن:

[1]- محدة (محمد)، مرجع سابق، ص118.

-أصول زوجة الشخص مثل أم الزوجة وجدة الزوجة وأم جدة الزوجة فما فوق، وهذه تحرم بمجرد العقد على الزوجة، وهذا لقوله تعالى " **وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ**"[1].

-فروع زوجة الشخص وهي المعروفة بالربيبة إن دخل بأمها، لقوله تعالى " **وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ**"[2]، والحالتين الأخيرتين تطبق بشأنهما قاعدة "الدخول بالأمهات يحرم البنات والعقد على البنات يحرم الأمهات"، ولا يشترط في الربيبة أن تعيش مع أمها حسب ظاهر النص، وإنما الآية جاءت على سبيل الغالب حيث تعيش الربيبة مع أمها في حجر زوجها[3].

-أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علوا، أي من كن زوجات لهؤلاء الأصول مثل زوجة الأب أو الجد من الجهتين، وهذا بمجرد العقد عليهن، والدليل على ذلك قوله تعالى " **وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلً**"[4]، وذلك لأن زوجة الأصل بمجرد العقد نزلت منزلة الأم أو الجدة، والنفس السليمة تنفر من فعل كهذا، والواجب هو الاحترام وتكريم الأصول وزوجاتهم.

-أرامل ومطلقات فروع الزوج وإن نزلوا، أي من كن زوجات لفروع الشخص مثل زوجة الابن وزوجة ابن الابن وزوجة ابن البنت مهما نزلوا، وهذه الحرمة تثبت بمجرد العقد عليها، وذكر هذا النوع من المحرمات في قوله تعالى " **وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ**"[5]، والمقصود بالحليلة الزوجة، والحكمة من تحريم هذا الصنف هو حماية الروابط الأسرية من الضغائن والأحقاد التي قد تنتشر في النفوس بين الآباء والأبناء بسبب هذا النوع من الزواج المحرم.

---

[1]- سورة النساء، الآية 23.

[2]- سورة النساء، الآية 23.

[3]- محدة (محمد)، مرجع سابق، ص119.

[4]- سورة النساء، الآية 22.

[5]- سورة النساء، الآية 23.

ج-المحرمات بسبب الرضاع

ورد التحريم في قوله تعالى "... **وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ**"[1]، ولقوله صلى الله عليه وسلم "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب"[2]، كما نصت عليه المادة 27 ق. أ "يحرم من الرضاع ما يحرم بالنسب".

وقد جاء نص المادة 27 بلفظ الحديث تماما دون تعداد للمحرمات بسبب الرضاع، ما يعني أن المشرع اكتفى بالتحريم بالرضاع ما حرم بالنسب فقط دون المصاهرة أخذا برأي في الفقه المالكي والحنبلي[3]، وعليه فإن المحرمات بسبب الرضاع هن:

الأم وهي الأم المرضعة، البنت وهي البنت الرضيعة، الأخت وهي بنت المرضعة، العمة وهي أخت زوج المرضعة، الخالة وهي أخت المرضعة، بنت الأخ وهي بنت ابن المرضعة، بنت الأخت وهي بنت بنت المرضعة.

ونصت المادة 28 على "أن الطفل الرضيع يعد وحده دون غيره من إخوته وأخواته ولدا للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها، ويسري التحريم عليه وعلى فروعه"، وهذا يعني أن التحريم بالرضاع قاصر على من رضع لأنه حاصل بسببه ولا يتعدى إلى غيره، ومن ثم لا يسري التحريم على إخوته وأخواته، بخلاف فروعه فيسري عليهم، وكأن الرضيع ينتقل إلى أسرة المرضعة وزوجها فيصبح عضوا فيها.

وأضافت المادة 29 "الرضاع المعتبر هو ما قبل الفطام أو في الحولين لا يفرق بين ما كان قليلا منه أو كثيرا"، من خلال هذه المادة أورد المشرع شروطا للرضاع المحرم للزواج وهي[4]:

---

[1]- سورة النساء، الآية 23.

[2]- البخاري، كتاب النكاح، باب يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، ج7، مرجع سابق، ص9.

[3]- محدة (محمد)، مرجع سابق، ص125.

[4]- المرجع نفسه، ص. ص122-123.

-أن يكون الرضاع في الحولين وقبل الفطام، وألحق المالكية الشهر والشهرين والثلاثة بشرط أن لا يكون قد فطم[1].

-أن يصل اللبن إلى الحلق أو الجوف عن طريق الفم أو الأنف أو الحقن في الدبر شريطة أن تكون الحقنة مغذية، ولو كان قطرة واحدة.

-أن لا يخلط اللبن بغيره، فإن خلط وكان هو الغالب أو مساو، فإن الراجح أنه محرم وإلا فلا.

-أن يثبت الرضاع بإقرار وبينة.

والتحريم بالرضاع سببه المشاركة في تكوين بنية الراضع من المرضع أو الزوج من اللبن، فلبن المرأة ينبت اللحم وينشر العظم، ويوجد ارتباطا كرباط الابن من النسب، إضافة إلى أن في إثبات الحرمة بالرضاع توسيع لدائرة الأسرة وتمتين للروابط بين أفراد المجتمع[2].

02: المحرمات تحريما مؤقتا

المحرمات تحريما مؤقتا هن النساء اللواتي لا يجوز الزواج بهن لفترة معينة لوجود مانع، ويزول هذا التحريم بزوال المانع، وأوردها المشرع في المادة 30 ق. أ، وهن:

أ-المحصنة

وهي زوجة الغير ولو كان غير مسلم، لقوله تعالى " **وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ** "[3]، ولا تحل للغير إلا إذا مات زوجها أو طلقها وانتهت عدتها.

ب-المعتدة من طلاق أو وفاة

سواء كان الطلاق رجعيا أوبائنا، وهي متعلقة بأيام العدة، لقوله تعالى " **وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ**"[4]، أي حتى تنقضي العدة المقررة شرعا.

---

[1]- ابن رشد، مرجع سابق، ص423.

[2]- سلمان (نصر) وسطحي (سعاد)، مرجع سابق، ص65.

[3]- سورة النساء، الآية 24.

[4]- سورة البقرة، الآية 235.

ج-المطلقة ثلاثا

وهذا لأن الشريعة الإسلامية قيدت حق الزوج بثلاث تطليقات، لقوله تعالى " **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**"[1]، وهذا التحريم متعلق بمطلقها، حيث يحرم عليه إرجاعها إلى عصمته حتى تتزوج غيره ويدخل بها، وبعدها يطلقها أو يموت عنها، لقوله تعالى " **فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ** "[2]، أي في حالة الطلاق الثلاث، واشترط الشارع الحكيم أن يكون الزواج صحيحا وليس من أجل التحليل لقوله صلى الله عليه وسلم "...لعن الله المحلل والمحلل له"[3]، فإن وقع بنية التحليل لم يعتد به في رفع المانع عند المالكية والحنابلة.

د-الجمع بين الأختين أو المرأة وعمتها وخالتها

سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع، ودل على ذلك قوله تعالى " **وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ**"[4]، وما رواه أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال "لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها"[5]، وقد وضع العلماء لمانع الجمع ضابطا، وهو أنه يحرم الجمع بين امرأتين تربطهما علاقة نسب أو رضاع، بحيث لو جعل مكان واحدة منهما ذكرا لم يصح النكاح، يحرم الجمع بينهما[6].

علة التحريم في الجمع بين المرأة ومن ذكر مخافة قطع الرحم وحصول الضغائن والأحقاد عند الجمع بين الضرتين.

---

[1]- سورة البقرة، الآية 229.

[2]- سورة القرة، الآية 230.

[3]- ابن ماجه (أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني)، السنن، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب النكاح، باب المحلل والمحلل له، ج1، بيروت، دار الفكر، د. س، ص622.

[4]- سورة النساء، الآية 23.

[5]- البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب لا تنكح المرأة على عمتها، ج7، مرجع سابق، ص12.

[6]- ابن جزيء (محمد بن محمد)، مرجع سابق، ص204.

هـ-زواج المسلمة مع غير المسلم

لقوله تعالى " **وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا**"[1]، وتحرم على المسلم المشركة دون الكتابية.

و-الزيادة على أربع نساء

هذا المانع دلت عليه المادة 8 من ق. أ، حيث أباحت الشريعة الإسلامية التعدد لكن قيدته بضوابط وشروط ومنها عدم الجمع بين أكثر من أربع زوجات، لقوله تعالى "**انكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ**"[2]، فلا يجوز للزوج أن يزيد الخامسة إلا إذا طلق واحدة وانتهت عدتها.

03: جزاء مخالفة شرط انعدام الموانع الشرعية

نصت المادة 32 ق. أ على أنه "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، ونصت المادة 34 بأن "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء".

فمصير هذا العقد هو البطلان المطلق ويفسخ فورا حتى لو لحقه دخول، أو سجل في سجلات الحالة المدنية فيظل باطلا، وعلى ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي يطلب منه إبرام مثل هذا العقد أن يرفض لأنه مخالف للنظام العام، ومخالف للنصوص الشرعية القطعية، وفي المقابل يترتب عنه ثبوت نسب الولد الناتج عن هذا الزواج في حالة الدخول تطبيقا لقاعدة إحياء الولد، كما يجب على المرأة أن تعتد للاستبراء.

الفرع الثالث: الشروط الشكلية في عقد الزواج

رغم أن عقد الزواج عقد شرعي بامتياز لكن هذا لم يمنع من كونه من العقود الشكلية أو الرسمية، التي لا بد فيها من التوثيق والتسجيل حماية لأطراف العقد وخصوصا المرأة، وترتيب آثاره، ويعد التوثيق في وقتنا الحالي من المصالح المرسلة[3] التي لم يشهد لها الشرع بالاعتبار ولا بالنفي،

---

[1]- سورة البقرة، الآية 221.

[2]- سورة النساء، الآية 3.

[3]- محدة (محمد)، مرجع سابق، ص111.

ومن ثم يكون تقديرها من طرف ولي الأمر بناء على مصلحة الأمة، وبخصوص الشروط الشكلية المتطلبة في عقد الزواج فإننا نتطرق إلى الجهة المختصة بإبرامه (أولا)، والوثائق المطلوبة قانونا (ثانيا)، هذا وقد استحدث المشرع في تعديله لقانون الأسرة سنة 2005م شرطا آخر يتمثل في الوثيقة الطبية (ثالثا).

وهذه الشروط وإن كانت مطلوبة في تكوين العقد من الناحية الشكلية، إلا أنها لا تؤثر على صحة عقد الزواج الذي يبقى صحيحا متى توفر فيه ركن الرضا والشروط الواردة في المادة 9 مكرر ويرتب آثاره القانونية.

أولا: الجهة المختصة بإبرام عقد الزواج

نصت المادة 18 ق. أ على أن الشخص المكلف بإبرام عقد الزواج هو إما ضابط الحالة المدنية وإما الموثق، كما نصت المادة 71 من ق. ح. م[1] بأن هذا الضابط أو الموثق المختص بتحرير عقد الزواج، هو إما ذلك الذي يوجد بدائرة اختصاص موطن الزوجين أو أحدهما، وإما ذلك الذي يوجد بدائرة اختصاصه مقر إقامة أحد الزوجين باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج.

أما إذا أنعقد الزواج خارج الجزائر فإن العقد يحرره الموظفون الدبلوماسيون أو القنصليون أو السلطة المحلية التي لها حق تحرير العقود الرسمية (المواد 76 و96 و104 من ق. ح. م).

وإذا تم عقد الزواج بالشكل القانوني والرسمي أي أمام ضابط الحالة المدنية، فإن إثباته يتم بمستخرج أو بنسخة من عقد الزواج حسب ما هو مسجل في سجلات الحالة المدنية، أما إن تم أمام الموثق فإن هذا الأخير يبلغ كتابيا ضابط الحالة المدنية حتى يتسنى له تسجيله في سجلات الحالة المدنية، وهذا حسب المواد 39 ق. ح. م، و21 و22 من ق. أ.

أما بالنسبة للزواج العرفي الذي يتم أمام جماعة المسلمين فإن تسجيله حسب المادة 22 ق. أ لا يثبت إلا بحكم قضائي يصدره رئيس المحكمة، بمعنى أنه ينبغي على أحد الطرفين أو كلاهما أن

[1]– الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فبراير 1970م، المتضمن قانون الحالة المدنية، مرجع سابق.

يرفع دعوى قضائية تسمى دعوى إثبات الزواج أمام الجهة التي تم فيها إبرام العقد العرفي، ويجب أن يشير الطرفان فيها إلى الشاهدين[1].

ثانيا: الوثائق المطلوبة لإبرام عقد الزواج[2]

-شهادة الميلاد،

-شهادة الإقامة للزوج في حالة عدم معرفة أنه يقيم في البلدية،

-شهادة الإعفاء من السن أو الرخصة، رخصة الزواج من رئيس المحكمة بالنسبة للزوج القاصر وحالة التعدد،

-رخصة الوالي بالنسبة للزواج المتعلق بأجنبي،

-رخصة مصالح الأمن بالنسبة لزواج موظفي الأمن الوطني،

-رخصة مصالح الدفاع الوطني بالنسبة لزواج العسكريين.. ورجال الدرك والمجندين الخاضعين لنظام الخدمة الوطنية،

-نسخة من عقد الزواج السابق للمرأة التي سبق لها الزواج أو نسخة من حكم الطلاق المادة 75 ق. ح. م، أو شهادة عدم الزواج بالنسبة لغير المتزوجة (التي لم يسبق لها الزواج).

ثالثا: الشهادة الطبية كشرط شكلي في عقد الزواج[3]

أوجبت المادة 7 مكرر على كل طالبي إبرام عقد زواج تقديم بشكل مسبق شهادة طبية لا تزيد على 3 أشهر، تثبت خلو الطرفين من أي مرض أو أي عائق، يشكل خطرا على الحياة الزوجية، كما أوجبت على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من هذه المسألة قبل إبرام عقد الزواج، ويجب

[1]- سعد (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص71.

[2]- بلحاج (العربي)، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص449.

[3]- وقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-154، المؤرخ في 11 ماي 2006م، المتعلق بشروط كيفية تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من قانون الأسرة المتضمن الشهادة الطبية ما قبل الزواج.

عليه تبصير الطرفين بكل مرض أو عامل قد يشكل خطرا على الزواج، بل عليه أن يؤشر على ذلك في عقد الزواج.

ينبغي على الموظف المؤهل قانونا بإبرام عقد الزواج أن لا يمتنع عن إبرامه لأسباب طبية، خلافا لإرادة الزوجين حسب نص المادة 7 فـ2 من المرسوم التنفيذي المحدد لشروط كيفية تطبيق أحكام المادة 7 مكرر ق. أ.

الفرع الرابع: أنواع النكاح من حيث الفساد والبطلان

حدد المشرع الجزائري الزواج غير الصحيح في الزواج الفاسد (أولا) والزواج الباطل (ثانيا)، وهو ما جاء في الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول من قانون الأسرة والمتعلق بالزواج وانحلاله.

أولا: الزواج الفاسد

النكاح الفاسد هو ذلك الزواج الذي توافر فيه سبب من أسباب الفسخ أو البطلان وتبين أمره قبل الدخول، فالنكاح الفاسد يفسخ قبل الدخول ولا مهر فيه، أما بعد الدخول فمنهم من رآه مخالفا لأصول الشريعة ومبادئها ويلحق ضررا بالعائلة والمجتمع فسماه باطلا، ومنها ما رآى المشرع الاستمرار فيه أولى من فسخه فصححه بالدخول[1].

وأسباب الفسخ حسب قانون الأسرة هي فقدان العقد لشرط الصداق والشاهدان والولي في حالة وجوبه، ففي هذه الحالات الثلاثة يفسخ العقد قبل الدخول ولا مهر فيه ويثبت بالدخول، ويصحح بصداق المثل وهذا حسب المادة 33 فـ2 ق. أ "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

كما يعتبر العقد فاسدا في حالة إبرام عقد زواج ثان (أي حالة التعدد)، دون استصدار رخصة بهذا الزواج من المحكمة، وتبين أمره قبل الدخول فإنه يفسخ وهذا ما نصت عليه المادة 8 مكرر 1.

[1]– محدة (محمد)، مرجع سابق، ص135.

وهناك من أضاف حالة خامسة لم ينص عليها قانون الأسرة الجزائري وهي اقتران العقد بشرط ينافيه، فقبل الدخول يفسخ وبعده يصبح صحيحا ولكن دون دفع صداق المثل، فقط يبطل الشرط[1]، لكن هذا الكلام فيه نظر باعتبار أن المشرع اعتبر العقد المقترن بشرط ينافيه صحيحا، والشرط باطل، وهذا ما جاءت به المادة 35 ق. أ "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا".

ثانيا: الزواج الباطل

هو ذلك النكاح الذي توافر فيه سبب من أسباب الفساد أو أكثر وتعين إبطاله ولو بعد الدخول[2]، وأسباب البطلان حسب قانون الأسرة تتمثل في تخلف ركن الرضا ونصت عليه المادة 33 ف1 "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا..."، وكذلك عدم مراعاة شرط المانع، أي الزواج بالمحرمات، وهذا حسب ما جاء في المادة 32 ق. أ التي تنص على أنه "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، كما تنص المادة 34 ق. أ على أن "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء".

فالزواج الباطل كالمعدوم لا وجود له من الناحية الشرعية والقانونية لذلك ينبغي فسخه قبل الدخول وبعده، وتترتب عنه آثار تتمثل في وجوب العدة لمعرفة براءة الرحم حتى لا تختلط الأنساب، وثبوت نسب الولد الناتج من هذا الزواج.

والبطلان أقوى من الفساد في السبب، فكلما قوي السبب كان النكاح باطلا وكلما قل أثره كان فاسدا، وذلك لأن المشرع وازن بين الاستمرار في النكاح وما يحدثه من ضرر مع مقابل فسخه، فرأى بأن ضرر الفسخ أشد من ضرر الاستمرار فيه فأقره بالدخول، أما النكاح الباطل فلا يمكن إقراره بأي حال فهو كالعدم لتأكد ضرره[3] أو لمخالفته الأمور الشرعة اليقينية التي هي محل اتفاق بين كل الفقهاء.

---

[1]– بلحاج (العربي)، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص501.

[2]– محدة (محمد)، مرجع سابق، ص135.

[3]– المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

ويمكن القول كذلك أن كل نكاح باطل يكون فاسدا لو تبين أمره قبل الدخول، ولكن ليس كل سبب للفسخ هو سبب للبطلان، ذلك أن المشرع نص على فساد النكاح بفقدانه واحدا من الشروط وهي الصداق والشاهدان والولي في حالة وجوبه مع تبين أمره قبل الدخول، ولم يعتبر فقده سببا للبطلان بعد الدخول، فالمشرع وازن بين مصلحتين وآثر في النهاية البقاء والاستمرار على هذه الزوجية، وتصحيحها بصداق المثل.

***ملاحظات حول المواد المتعلقة بالنكاح الفاسد والنكاح الباطل**

-نص المادة 32 خلط بين المانع من الزواج والذي يؤدي بالضرورة إلى عدم مشروعية العقد وبالتالي بطلانه، وبين الشروط المقترنة بعقد الزواج والتي لا تؤثر على صحة العقد، وإنما يجب إلغاؤها، وهو ما نصت عليه المادة 35 التي تؤكد على صحة العقد وبطلان الشرط، وبالتالي ينبغي تصحيح النص بحذف عبارة "أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد" في المادة 32.

-لم يوحد القانون في الحكم بالنسبة لتخلف الشروط اللازمة لانعقاد الزواج، ففي مسألة الموانع رتب البطلان وفي حالة تخلف الشهود والصداق والولي في حالة وجوبه رتب الفسخ قبل الدخول، وثبوت العقد بعد الدخول بصداق المثل، ولم ينص عن تخلف شرط الأهلية في الزواج فما هو مصير العقد في هذه الحالة؟

-نص المشرع في المادة 33 ف 2 و3 على تصحيح عقد الزواج الفاسد الذي تخلف فيه شرط الصداق والشاهدين والولي في حالة وجوبه، بوجوب صداق المثل، وهذا يمكن أن يكون معقولا في حالة تخلف شرط الصداق، أما الحالات الأخرى فالمسألة فيها ما يقال لأن المرأة حينها ستأخذ الصداق مرتين، وهو حكم غريب.

-باستقراء هذه النصوص نسجل تناقض بين المادة 32 والمادة 35، حيث تقضي المادة 32 ببطلان العقد في حالة كونه اشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات العقد، في حين المادة 35 تقضي ببطلان الشرط وصحة العقد.

-وكذلك تناقض بين نص المادة 32 والمادة 34، حيث تقضي المادة 32 ببطلان العقد مع وجود المانع في حين أن المادة 34 تقضي بفسخ العقد قبل الدخول وبعده، إذا تم الزواج بإحدى المحرمات وهو يعد من الموانع.

-هناك فرق بين الفسخ والبطلان من الناحية القانونية، فالفسخ في القانون يأتي على علاقة تعاقدية صحيحة في حين البطلان لا يعترف بهذه العلاقة أصلا، ما عدا في حالة عيوب الإرادة التي يعتبر فيها العقد صحيح ويتقرر البطلان بحكم من القضاء[1].

المطلب الثالث: آثار عقد الزواج

إذا أبرم عقد الزواج وفقا لما هو مقرر شرعا وقانونا وذلك بتوفر ركن الرضا وشروط صحته، فإنه ينتج عنه آثارا قانونية تتمثل خصوصا في حقوق وواجبات الزوجين (الفرع الأول)، وكذلك ثبوت نسب الولد الناتج عن هذه العلاقة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حقوق وواجبات الزوجين

هذه الحقوق التي أقرها المشرع في المادتين 36 و37 من ق. أ يمكن تقسيمها إلى نوعين؛ الحقوق والواجبات الشخصية (أولا) والحقوق والواجبات المالية (ثانيا).

أولا: الحقوق والواجبات الشخصية

بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005م، جمع المشرع الحقوق والواجبات التي كانت في ثلاث مواد في مادة واحدة هي المادة 36، وعدد فيها الواجبات الملقاة على عاتق الزوجين، وعدها واجبات مشتركة (01) وحق آخر خاص بالزوج وهو حق التعدد والذي يرتبط به حق آخر وهو حق الزوجة في العدل(02).

01: الحقوق والواجبات الشخصية المشتركة

وتتمثل هذه الحقوق والواجبات فيما يأتي:

[1]- بلحاج (العربي)، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص511.

أ-المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة، فعلى الزوجة أن تحافظ على بيتها وتصون زوجها في حضرته وغيابه، وهذا الواجب يقع على الزوج أيضا.

ب-المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة وهذا الواجب يخص معاملة كل زوج نحو الزوج الآخر، والتي تبنى على أساس حسن المعاشرة والقول الحسن والتسامح والإخلاص والوفاء.

ج-التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم، أي أن يعمل الزوجين كل مافيه مصلحة للأسرة والعائلة، خصوصا تربية الأولاد وحمايتهم وخلق جو من السعادة بتوفير الاستقرار والطمأنينة لهم.

د-التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات، بمعنى على الزوجين التشاور في أمور حياتهما وعدم جواز انفراد أحدهما باتخاذ القرار، وأعطى مثالا على ذلك وهو اتفاق الزوجين على تباعد الولادات لما فيه من مصلحة للأولاد وللأم، وهذا على عكس ما كان قبل تعديل المادة من وجوب طاعة الزوجة لزوجها، واعتبار هذا الأخير صاحب القرار في الأسرة.

هـ-حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم، فعائلة الزوج هي بمثابة عائلة للزوجة، والعكس صحيح، فحسن معاملتهم واحترامهم وتبادل الزيارة يمتن الرابطة الزوجية.

و-المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف، ويقصد بالقرابة العائلة الكبيرة التي تثبت بالدم والرضاع والمصاهرة.

ي-زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف، فلا يجوز للزوج أن يحرم زوجته من زيارة واستضافة والديها والأقربين لها الذين هم بمثابة محارها.

02: حق الزوج في التعدد

عرفت البشرية نظام تعدد الزوجات منذ القدم، ولما جاء الإسلام نظمه ووضع له شروطا وضوابط منها عدم الجمع بين أربع زوجات، يقول تعالى في محكم تنزيله: " **فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ**

النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ"[1]، والمشرع الجزائري أقر نظام تعدد الزوجات في المادة 8 من ق. أ، وقيده بشروط تتمثل في:

أ-أن يكون التعدد في حدود الشريعة الإسلامية (عدم تجاوز أربع زوجات، وعدم الجمع بين المرأة وأختها أو عمتها أو خالتها من النسب أو من الرضاع).

ب-وجود المبرر الشرعي كمرض الزوجة وعقمها، وهذا يخضع لتقدير القاضي.

ج-توفر شروط ونية العدل، فأما شروطه فتتمثل في القدرة المالية، وأما نية العدل فليس للقاضي الاطلاع عليها باعتبارها أمر باطني.

د-إخبار الزوجة السابقة والتي يقبل الزواج عليها على رغبته في التعدد ويشترط موافقتهما على ذلك، وإلا فلن يرخص له القاضي بالتعدد.

هـ-وبعد توفر جميع الشروط السابقة يجب على الزوج لإبرام العقد الجديد أن يحصل على ترخيص من رئيس المحكمة.

وقد منح المشرع للزوجتين حق طلب التطليق في حالة التدليس عليهما من طرف الزوج (المادة 8 مكرر والمادة 53 فـ6)، كما اعتبر الزواج الجديد الذي أبرم دون الحصول على الرخصة فاسدا، وحكم عليه بالفسخ متى تبين أمره قبل الدخول (المادة 8 مكرر 1).

ثانيا: الحقوق والواجبات المالية

وتتمثل في الحقوق المالية المشتركة (01)، وحرية الزوجة في التصرف في مالها (02)، وحقها في النفقة الزوجية (03).

01: الحقوق المالية المشتركة

[1]- سورة النساء، الآية 3.

ويتمثل هذا الحق في الميراث، فبمجرد إبرام عقد الزواج على الوجه المشروع، فهذه العلاقة تعطي لكلا الطرفين الحق في أن يرث الطرف الآخر في حالة وفاته، وهذا ما نصت عليه المادة 126 من ق. أ والمادة 130 ق. أ، وهذا إذا توفرت الشروط الآتية:

أ-أن تكون الزوجية صحيحة،

ب-أن تكون الزوجية قائمة وقت الوفاة، أو تكون الزوجة معتدة من طلاق رجعي،

ج-أن لا يكون هناك مانع من موانع الميراث كقتل الزوجة لزوجها.

02: حرية الزوجة في التصرف في مالها

من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الذمة المالية للزوج والزوجة مستقلتان[1]، فالزوج مطالب بالنفقة على زوجته ولو كانت غنية أو ذات مورد مالي، ولا يجوز له إجبارها على إخراج شيء من مالها الخاص، فللزوجة مطلق الحرية في التصرف في مالها سواء بالبيع أو الشراء أو الهبة أو الوصية، وكافة ما يستلزمه المال من إجراء أو تصرف بنفسها ولحسابها، كما كانت قبل زواجها ولا يحق لزوجها منعها من ذلك.

والدليل على استقلالية الذمة المالية قوله تعالى "للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن"، حيث أصبح في استطاعة المرأة أن تكسب المال وأن تحوزه كالرجل دون تمييز بينهما.

وقد نص قانون الأسرة على هذا الحكم في المادة 37 المعدلة حيث جاء فيها "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر"، وأضاف في الفقرة الثانية إمكانية أن يتفق الطرفان سواء في عقد الزواج أو في عقد لاحق حول الأموال المشتركة بينهما، ونصيب كل طرف منها، ولم يكن هذا الحكم موجودا قبل التعديل، وهو خطوة هامة لتنظيم علاقة كل من الزوجين بأمواله وبأموال الزوج الآخر، وعلاقتهما بالأموال المشتركة المكتسبة أثناء الزواج، وهو ما يسمى بالنظام المالي للزوجين، وإضافة هذه المادة جاءت تماشيا مع التطور الثقافي والمجتمعي، وموازاة لما جاء في التشريع الذي كرس حق المرأة في العمل ومساواتها بالرجل.

[1]- محدة (محمد)، مرجع سابق، ص166.

03: حق الزوجة في النفقة الزوجية

النفقة الزوجية حق خاص بالزوجة دون الزوج، حتى ولو كانت الزوجة موسرة وذات مدخول، ولدراسة النفقة الزوجية بشيء من التفصيل نتناول تعريفها (أ)، وحكمها (ب)، ومعايير تقديرها (ج).

أ-تعريف النفقة

النفقة في اللغة هي اسم من الإنفاق، وهو ما ينفقه الشخص أو يخرجه من مال[1]، والنفقة ماأنفقت واستنفقت على العيال وعلى نفسك،[2] وهي لا تستعمل إلا في الخير[3].

واصطلاحا هي اسم لما يصرفه الإنسان على زوجته وأولاده وأقاربه من طعام وكسوة ومسكن وعلاج، وكل ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف بين الناس وحسب وسع الزوج[4] (حسب المادة 78 من ق. أ)، وأسباب النفقة تعود إلى الزواج (نفقة الزوج على زوجته) والقرابة (نفقة الفروع والأصول والأقرباء)، والنوع الأول هو موضوعنا.

ب-حكم النفقة ودليل شرعيتها

النفقة الزوجية واجبة شرعا على الزوج لقوله تعالى " **وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**"[5] وقوله تعالى " **أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**"[6]، وهذه الآية خاصة بالمطلقة الحامل أثناء العدة حيث أوجب لها الشارع الحكيم النفقة، فمن باب أولى وجوب النفقة لغير المطلقة، وغيرها من الأدلة الشرعية.

---

[1]- محدة (محمد)، مرجع سابق، ص141.

[2]- ابن منظور، لسان العرب، مج5، مرجع سابق، ص1082.

[3]- كاملي (مراد)، مرجع سابق، ص49.

[4]- بلحاج (العربي)، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص577.

[5]- سورة البقرة، الآية 223.

[6]- سورة الطلاق، الآية 6.

كما أن النفقة حق قانوني للزوجة بنص المادة 74 من ق. أ "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة..."، فسبب استحقاق الزوجة للنفقة الشرعية هو الزواج الصحيح، وتبقى واجبة على الزوج ما دامت الحياة الزوجية قائمة ومستمرة، وهي واجبة على الزوج نحو زوجته حتى ولو كان الزوج فقيرا وهي غنية، دخل بها أو لم يدخل ما دامت مستعدة للاحتباس بدعوتها إذا دعاها الزوج إلى ذلك، أو هي محتبسة فعلا، وتسقط عنها إذا كانت ناشزا[1].

ج-معايير تقدير النفقة

إذا كانت الزوجة تقيم مع زوجها في بيت الزوجية فهو الذي يتولى الإنفاق عليها بنفسه بإحضار ما يكفيهما وأولادهما حسب قدرته المادية، لكن إذا كان شحيحا أو بخيلا أو تركها دون نفقة ففي هذه الحالة ترفع أمرها إلى القاضي الذي يقدر لها النفقة مراعيا في ذلك أمران؛ الأمر الأول مراعاة حال الزوج وحال الزوجة معا من الناحية المالية يسرا وعسرا وتوسطا بينهما[2] وهذا حسب نص المادة 79 ق. أ "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

وهذا الذي جاءت به الشريعة الإسلامية حيث يقول تعالى " **لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا** "[3]، وقوله أيضا " **أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ**"[4].

والأمر الثاني ما نص عليه المشرع من مشتملات النفقة أي الضروريات التي يتعلق بها تقدير النفقة، حيث جاء النص عليها في المادة 78 "تشمل النفقة الغذاء، الكسوة، العلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"، أي يراعي حد الكفاية من الضروريات.

---

[1]- محدة (محمد)، مرجع سابق، ص. ص142-143.

[2]- سعد (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص105.

[3]- سورة الطلاق، الآية 7.

[4]- سورة الطلاق، الآية 6.

كما نص المشرع في المادة 80 ق. أ على أن النفقة لا تستحق إلا من تاريخ رفع الدعوى للمطالبة بها، ولا يمكن للزوجة المطالبة بها بأثر رجعي إلا لمدة سنة قبل رفع الدعوى، وهذا حتى لا تتماطل الزوجة في طلب النفقة لمدة طويلة ثم تطالب زوجها بدفعها مرة واحدة، فتوقعه في الحرج والضيق.

الفرع الثالث: ثبوت النسب وإثباته في قانون الأسرة

نصت المادة 40 من ق. أ على أنه "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون.

يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

من خلال النص أعلاه فإن طرق ثبوت النسب وإثباته تتمثل في الزواج الصحيح (أولا)، الإقرار (ثانيا)، البينة (ثالثا)، نكاح الشبهة (رابعا)، النكاح الباطل (خامسا)، والطرق العلمية (سادسا).

أولا: ثبوت النسب بالزواج الصحيح

هو سبب شرعي لثبوت نسب الولد في أثناء قيام الزوجية أو العدة أو الوفاة إذا كان الدخول ممكنا لقوله صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش وللعاهر الحجر"[1]، وهذا دونما حاجة إلى بينة أو إقرار، ويشترط لثبوت النسب بالزواج الصحيح ما يلي:

1-قيام الزوجية حين ابتداء الحمل

2-أن يكون الاتصال ممكنا، أي إمكانية حدوث التلاقي بين الزوجين فعلا كما قال به الجمهور وليس عقلا كما قال به الأحناف من حين العقد وهذا دون حاجة إلى إثبات (المادة 41 ف1)، فإذا كان الاتصال غير ممكن كأن يكون أحد الزوجين غائبا في بلد امتدت مدته أكثر من مدة الحمل أو كان سجينا فينتفي النسب دون لعان في نظر الجمهور[2].

[1]- الصنعاني (أبو إبراهيم محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني)، سبل السلام، ج2، د. ط، دار الحديث، د. س، ص307.

[2]- محدة (محمد)، مرجع سابق، ص175.

3-ولادة الولد بين أقل وأقصى مدة الحمل (المادة 42)، وأقل مدة للحمل هي 6 أشهر من تاريخ الزواج، للآيتين الكريمتين " **وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا**"[1]، **وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ**"[2]، فالآية الأولى حددت الحمل والفصال بثلاثين شهرا أي عامين و6 أشهر، والآية الثانية حددت الفصال بعامين فتكون مدة الحمل هي المتبقية وهي 6 أشهر، وهذا الذي نص عليه قانون الأسرة في المادة 42.

أما أقصى مدة للحمل فقد اختلف الفقهاء في الأسانيد وروايات بعض النساء وتجاربهن، واستقر الفقه المعاصر على اعتماد مدة اثني عشر شهرا أو عشرة أشهر، والطب الحديث يقرر من أن الجنين لا يمكن أن يمكث في بطن أمه أكثر من تسعة أشهر إلا نادرا[3]، لذلك حددها المشرع ب10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة (المادة 43).

4-أن لا ينفه الأب بالطرق المشروعة: الطريق المشروع لنفي الولد هو اللعان وإن لم يذكر في نص المادة بشكل صريح إلا أنه يستفاد من نص المادة 138 من ق. أ المتعلقة بموانع الميراث، واللعان هو إنكار الزوج نسب ابن زوجته التي في عصمته متى علم به، فإن أنكره فرق بينهما فرقة أبدية ونسب الابن إلى أمه، وقد استقر الاجتهاد القضائي على أن مدة نفي نسب الولد هي ثمانية أيام من تاريخ العلم به[4].

وخلاصة القول أنه إذا توفرت الشروط السابقة يثبت النسب دونما حاجة إلى إثبات، ولا يجوز نفيه إلا عن طريق اللعان الذي يتم بحكم قضائي.

ثانيا: إثبات النسب بالإقرار

لقد حذا المشرع الجزائري حذو الفقه الإسلامي من حيث اعترافه بثبوت النسب بالإقرار، وهذا الأخير يختلف عن التبني لأنه لا يتم إلا إذا كانت هناك علاقة شرعية، بينما التبني الذي حرمته الشريعة الإسلامية والقانون في المادة 46 ق. أ هو إلحاق الطفل المكفول بلقب الكافل، ويقسم الإقرار إلى نوعين إقرار بثبوت النسب على النفس (01)، وإقرار بثبوت النسب على الغير (02).

[1]- سورة الأحقاف، الآية 15.

[2]- سورة لقمان، الآية 14.

[3]- بلحاج (العربي)، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص631.

[4]- قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1993/11/23م، ملف رقم 99000.

01: الإقرار المتعلق بنفس المقر (الإستلحاق، الإقرار بالبنوة، والأبوة، والأمومة)

ويشترط في هذا النوع من الإقرار حسب المادة 44 من ق. أ، أن ينصب على مجهول النسب ولو في مرض الموت، وأن يكون من النوع الذي يصدقه العقل (مثل أن يكون الفارق في السن بين المقر والمستلحق معقولا)، أو تصدقه العادة (كأن يقر بنسب شخص من بلد أجنبي ولم يرحل إليها ولم يسافر إليها، فلا يعتد بهذا الإقرار).

وإذا كان المقر ببنوة الطفل زوجة أو معتدة، فيشترط مع ذلك أن يوافق زوجها على الاعتراف ببنوته له أيضا، أو تثبت ذلك، لأن فيه تحميل النسب على الغير فلا يقبل إلا بتصديقه أو ببينة[1].

فمتى توفرت الشروط السابقة تم إثبات نسب الطفل وترتب عنه الميراث والنفقة، وجميع الأبناء إخوة له.

02: الإقرار المتعلق بغير المقر (الإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة)

الشروط السابقة معتبرة أيضا، مع إضافة شرط آخر وهو أن يوافق المحمول له عليه بالنسب على هذا الإقرار حسب المادة 45 ق. أ، (كأن يقول شخص هذا أخي فيشترط أن يصدقه أبوه)، أو أن يقيم المقر البينة على إقراره.

ثالثا: إثبات النسب بالبينة

وهي الحجج التي تؤكد وجود واقعة مادية وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما من وسائل الإثبات الواردة في قانون الإجراءات المدنية، ويطلق الفقهاء البينة على الشهادة، أي شهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتان، وهي أقوى من الإقرار من حيث الإثبات[2].

رابعا: ثبوت النسب بنكاح الشبهة

والمقصود به هنا هو الوطء بشبهة، وهو الذي يحصل خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص، كما

[1]– بلحاج (العربي)، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص653.

[2]– محدة (محمد)، مرجع سابق، ص186.

لو دخل شخص على امرأة ظنا منه أنها زوجته، ثم تبين له أنها غير زوجته[1]، ويثبت نسب الولد الناتج من وطء بشبهة إذا جاءت به ما بين أقل مدة الحمل وبين أقصاها، لتأكد تولده حينئذ من ذلك الوطء (المادة 40 من ق. أ).

خامسا: ثبوت النسب بالنكاح الباطل

النكاح الباطل يفسخ قبل الدخول وبعده، وحفاظا على نسب الولد الناتج عن هذا الزواج جعله المشرع كالنكاح الصحيح تماما من حيث هذا الأثر، وذلك متى توافرت شروط إثبات النسب في النكاح الصحيح، من دخول حقيقي أو الاختلاء، وإمكانية مجيء الولد من هذا الزواج[2].

سادسا: اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب

وذلك عن طريق الخبرة الطبية بتحليل ADN أي الحمض النووي الموجود في نواة كل خلية[3]، وينبغي لإثبات النسب بهذه الطريقة العلمية الحديثة أن يكون الولد ناتج عن زواج شرعي أو من نكاح باطل تم فسخه، أو من وطء بشبهة، أما إذا انعدمت هذه الوقائع الثلاثة، المنصوص عليها في المادة 40 ق. أ فدوره قاصر على إثبات النسب البيولوجي وليس الشرعي، ولا يعدو إلا أن يكون بمثابة تبني لهذا الولد وهو ممنوع شرعا وقانونا (المادة 46).

وبمفهوم المخالفة للفقرة 2 من المادة 40 فإنه لا يجوز اللجوء إلى الطرق العلمية في نفي النسب، ويبقى الأسلوب القانوني المعهود لذلك هو اللعان، لكن ومن جهة أخرى يمكن تفسير المادة 41 من ق. أ بأنها تسمح باعتماد البصمة الوراثية في نفي النسب، مادام المشرع لم يحدد فيها الطرق المشروعة لذلك، مما يجعل دخول طرق أخرى غير اللعان في نفي النسب أمر وارد[4]، ويمكن القول أنه ينبغي عدم التوسع في تفسير النص، ونعتمد على الطرق العلمية في إثبات النسب دون نفيه لأن الأول فيه مصلحة وبه تتحقق قاعدة إحياء الولد بينما في الثاني لا.

---

[1]– بلحاج (العربي)، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص646.

[2]– محدة (محمد)، مرجع سابق، ص187.

[3]– لوعيل (محمد لمين)، مرجع سابق، ص59. صقر (نبيل)، مرجع سابق، ص91.

[4]– إقروفة (زبيدة)، النسب بين تطور العلم وجمود التشريع في البلدان العربية والغربية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2010م، ص84.

***ثبوت نسب الولد الناتج عن التلقيح الاصطناعي**

أجاز كل من الفقه المعاصر والقانون اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي للإنجاب وذلك لمعالجة حالات العقم عند أحد الزوجين أو كليهما، والولد الناتج عن هذا التلقيح مثله مثل الطفل الناتج عن الإخصاب الطبيعي من حيث ثبوت نسبه لأبيه[1]، وهذا متى توفرت فيه الشروط الواردة في المادة 45 مكرر من ق. أ، وهي الشروط نفسها التي وضعها المجمع الفقهي وتتمثل في:

-أن يكون الزواج شرعيا

-أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما

-أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما

-لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.

[1]- عويس (عبد الحليم)، موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر، ج2، ط1، المنصورة، دار الوفاء، 2005م، ص523. الصديق (محمد الصالح)، مرجع سابق، ص242.

المبحث الرابع

انحلال عقد الزواج

المبحث الرابع

انحلال عقد الزواج

تنص المادة 47 من قانون الأسرة على أنه "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة"، من خلال نص المادة فإن إنهاء الرابطة الزوجية يكون إما بسبب لا دخل لإرادة الزوجين فيه وهو الوفاة، وإما بإرادة الزوجين، ولا يهم بعد ذلك إن كان بإرادة الزوج المنفردة أو بإرادة الزوجة أو باتفاق بينهما، وعلى كل فإن لكل طريق أحكامه القانونية والشرعية.

ولدراسة موضوع انحلال عقد الزواج بشكل مستفيض ينبغي بداية التعريف بالطلاق باعتباره الصورة الأساسية لانحلال عقد الزواج (المطلب الأول)، ثم عرض صور الانحلال (المطلب الثاني)، لننتهي بعدها إلى آثار الانحلال (المطلب الثالث).

المطلب الأول: التعريف بالطلاق

الطلاق بشكل عام هو إنهاء للرابطة الزوجية بإرادة أحد الزوجين أو بإرادتهما معا، وهو معروف في المجتمعات القديمة والحديثة، غير أن الإسلام جعله أبغض الحلال عند الله، ولمعرفة ماهيته لا بد من تعريفه (الفرع الأول)، وعرض حكمه الشرعي وأدلة مشروعيته (الفرع الثاني)، وإبراز الحكمة من تشريعه (الفرع الثالث)، وأخيرا بيان أقسامه (الفرع الرابع).

الفرع الأول: تعريف الطلاق

الطلاق في اللغة مأخوذ من الإطلاق وهو الإرسال والترك[1]، يقال أطلقت الناقة فطلقت أي حل عقالها[2].

[1]– سابق (سيد)، فقه السنة، مج2، د. ط، بيروت، دار الجيل، القاهرة، الفتح للإعلام العربي، 1995م، ص278.

[2]– ابن منظور، لسان العرب، مج5، مرجع سابق، ص962.

أما اصطلاحا فالطلاق معناه إنهاء الرابطة الزوجية بين الزوجين بلفظ يفيد الطلاق صراحة أو ضمنا، مشتق من طلق أو ما في معناه[1]، فهو فك لقيد الزواج سواء في الحال أو المآل، ويترتب عنه آثارا سواء بالنسبة للزوجين أو بالنسبة للأبناء.

الفرع الثاني: الحكم الشرعي للطلاق وأدلة مشروعيته

اختلف فقهاء المسلمين حول حكم الطلاق[2] هل الأصل فيه الإباحة أم الحظر، فمنهم من قال الإباحة واستدل بعموم الآيات والأحاديث التي تدل على الطلاق، ومنهم من رأى بأن الأصل فيه الحظر، ولا يلجأ إليه إلا للضرورة وهو الراجح، لأن عقد الزواج عقد مصلحة من مصالح الدين والدنيا، والطلاق إبطال له، وإبطال المصلحة مفسدة وقد قال تعالى "والله لا يحب الفساد"، وهو معنى الكراهية الشرعية، وأيا كان الحكم فإن الطلاق مشروع بالكتاب (أولا) والسنة (ثانيا) والإجماع (ثالثا).

أولا: أدلة مشروعية الطلاق من القرآن الكريم

قوله تعالى "**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**"[3]، وقوله تعالى "**يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ**"[4]، وقوله أيضا "**لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ**"[5].

ثانيا: أدلة مشروعية الطلاق من السنة النبوية الشريفة

حديث "أبغض الحلال إلى الله الطلاق"[6]، وما روي أن عبد الله بن عمر طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه

---

[1]- أبو زهرة (محمد)، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص326.

[2]- سابق (سيد)، مرجع سابق، ص279. السرخسي، مرجع سابق، ج2، ص2-3. ابن الهمام (كمال الدين محمد بن عبد الواحد الحنفي)، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدئ، ج2، د. ط، بيروت، دار الفكر، د. س، ص22.

[3]- سورة البقرة، الآية 229.

[4]- سورة الطلاق، الآية 1.

[5]- سورة البقرة، الآية 236.

[6]- رواه البيهقي (أبو بكر بن أحمد بن الحسين بن علي)، السنن الكبرى، ج7، كتاب الخلع والطلاق، باب ما جاء في كراهية الطلاق، ط1، مطبعة مجلس دائرة المعارف، 1353هـ، ص322.

وسلم عن ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها فليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسكها بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء"[1]، وغيرها من الأحاديث التي تدل على مشروعية الطلاق.

ثالثا: أدلة مشروعية الطلاق من الإجماع

أجمع العلماء على جواز الطلاق، والمعقول يؤيده، خصوصا إذا فسدت الحال بين الزوجين ويصبح الإبقاء على الرابطة الزوجية أمرا مستحيلا.

الفرع الثالث: حكمة تشريع الطلاق[2]

إذا فسدت العلاقة بين الزوجين وأصبح الإصلاح مستحيلا[3]، فيصير بقاء الزواج مفسدة محضة، وضررا مجردا، بإلزام الزوج النفقة والسكنى وحبس المرأة مع سوء العشرة، والخصومة الدائمة من غير فائدة، فاقتضى ذلك شرع ما يزيل الزواج لتزول المفسدة الحاصلة منه، ولذلك أباحته الشريعة للرجل كما أباحته للمرأة إذا أرادت الطلاق من زوجها لسوء خلقه أو لعيب فيه أو تضررت منه أن ترفع أمرها إلى القاضي ليفرق بينها إذا وجد المبرر لذلك، أو تخلعه بمقابل.

والشريعة الإسلامية لما أباحت الطلاق جعلته في حدود ضيقة، وكحل أخير لعدم الانسجام بين الزوجين، ولما قد يكون من مشاكل بينهما، وهذا بعد استنفاذ كل أنواع العلاج، ولأن الزواج قصد به مصلحة فإذا انتفت هذه المصلحة فلا يبق من هذا الزواج أي خير يرجى.

---

[1]– ابن أنس (مالك)، مرجع سابق، ص478.

[2]– بن شويخ (رشيد)، دروس في قانون الأسرة الجزائري، البليدة، جامعة سعد دحلب، كلية الحقوق، السنة الدراسية 2005م–2006م، ص43. بلحاج (العربي)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،...، مرجع سابق، ص210. سابق (سيد)، مرجع سابق، ص280.

[3]– توصلت البحوث الاجتماعية إلى أن أسباب الطلاق تتمثل في عدم الانسجام بين الزوجين خصوصا في العام الأول من الزواج الذي تكثر فيه حالات الطلاق، عدم القيام بالمهام الزوجية، الخيانة الزوجية، العقم، كبر السن، سوء الحالة الإقتصادية، تدخل الأقارب وزيادة الهوة بين الزوجين، سوء فهم الزوجين للحقوق والواجبات الزوجية، الإختلاف في المستوى الثقافي والاجتماعي بين الزوجين أي تخلف شرط الكفاءة بين الزوجين الذي هو عامل من عوامل نجاح الزواج.

الفرع الرابع: أقسام الطلاق

يقسم الطلاق إلى عدة أقسام، من حيث مدى جواز مراجعة الزوجة (أولا)، ومن حيث موافقته للسنة من عدمه (ثانيا)، ومن حيث صيغة الألفاظ المستعملة فيه (ثالثا).

أولا: أقسام الطلاق من حيث جواز مراجعة الزوجة

ينقسم إلى طلاق رجعي (01)، وطلاق بائن بينونة صغرى (02)، وبائن بينونة كبرى (03).

01: الطلاق الرجعي

هو الذي يرفع قيد الزواج في المآل لا في الحال، فيملك الزوج بعد إيقاعه أن يراجع زوجته ما دامت في العدة من غير حاجة إلى عقد جديد ومهر جديد، بل وحتى دون رضاها[1]، ومن شروطه أن يكون في مدخول بها[2]، وهذا في الطلقة الأولى والثانية، فباستعمال الرجعة تبقى الزوجية قائمة، أما إذا انتهت ولم يراجعها أو راجعها بعد انتهاء العدة فإننا نخرج بذلك من الطلاق الرجعي إلى الطلاق البائن.

والأصل أن كل طلاق سواء أوقعه الزوج أو بواسطة القاضي تنفيذا لإرادة الزوج يكون رجعيا ما لم ينص القانون على أن يكون بائنا، ولم ينص القانون على هذه الحالة سوى ما نجده في المادة 50 ق. أ، إذ اعتبر الطلاق بواسطة حكم قضائي طلاقا بائنا، وهو ما يدعونا إلى القول بأن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج رغم وجوده من الناحية الشرعية ونص القانون عليه في المادة 48 فلا وجود له من الناحية القانونية، لأن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي حسب المادة 49 بالرغم من أنه اعترف به من جديد في المادة 50.

ملاحظة بخصوص المادة 50: تنص المادة على أنه "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

[1]– سابق (سيد)، مرجع سابق، ص303.

[2]–ابن رشد، مرجع سابق، 442.

يلاحظ أن المشرع استعمل لفظ المراجعة في غير محلها، لأن المراجعة مشروعة بعد صدور الحكم بالطلاق (هذا إذا اعتبرنا أن حكم القاضي منشئ للطلاق حسب القانون)، كما أن المشرع اعتبر فترة الصلح هي فترة العدة والمقدرة بثلاثة أشهر، وهذا غير صحيح لا من الناحية الشرعية ولا من الناحية القانونية كون العدة تختلف حسب حالة المرأة وحسب سببها، بالإضافة إلى ذلك فقد يرفع الزوج دعوى الطلاق بعد انتهاء العدة أو بعد مرور زمن منها ويمكن أن تنتهي خلال فترة الصلح، فمن الناحية الشرعية لابد له من عقد جديد في حالة نجاح الصلح، إلا أن نص المادة يقضي بأن المراجعة خلال فترة الصلح لا تحتاج إلى عقد جديد، وهو أمر غير جائز من الناحية الشرعية[1].

وينتج عن الطلاق الرجعي عدة آثار تتمثل في:

-الطلاق الرجعي يبقي العلاقة الزوجية قائمة ما دامت الزوجة في عدتها.

-يعطي للزوج حق مراجعة زوجته في العدة دون عقد جديد.

-للزوجة الحق في النفقة والسكن ما دامت في عدتها.

-ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته.

-للزوجة الحق في الميراث إذا توفي زوجها وهي في العدة ما لم يكن هناك مانع من الميراث كأن تتسبب في قتله، أو تكون مسيحية لأنه لا توارث بينهما في هذه الحالة.

02: الطلاق البائن بينونة صغرى

وهو الطلاق الذي يزيل قيد الزوجية بمجرد صدوره[2] ولكن يستطيع الزوج أن يراجع زوجته فيه بعد طلاقها وبعد انتهاء عدتها، غير أنه لا بد من عقد جديد ومهر جديد، لأن العلاقة الزوجية قد انتهت بمجرد انتهاء العدة، وهذا النوع من الطلاق يكون في الطلقة الأولى والثانية فقط دون الثالثة.

[1]- بن شريخ (رشيد)، مرجع سابق، ص47.

[2]- سابق (سيد)، مرجع سابق، ص305.

كما يعتبر الطلاق بائنا في الحالات الآتية[1]:

-إذا أوقعه الرجل على زوجته غير المدخول بها دخولا حقيقيا.

-الطلاق على مال أو في مقابل عوض وهو ما يسمى بالخلع

-الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها.

-وأضاف الفقه الحنفي حالتين وهما إذا وصفه الزوج بأنه طلاق بائن كأن يقول لها أنت مطلقة طلاقا بائنا، وكذلك إذا قرن الطلاق بأفعال تدل على البينونة.

وبالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فينص في المادة 49 من ق. أ على أنه "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح..." ثم جاءت المادة 50 لتنص على أنه "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، بالتنسيق بين النصين يتضح أن المشرع الجزائري لا يعترف إلا بالطلاق البائن لأن الطلاق في نظره لا يقع إلا بحكم قضائي ومتى صدر فإنه لا يمكن للزوج مراجعة زوجته إلا بعقد جديد.

ما يعاب على المشرع الجزائري أنه رتب آثار الطلاق الرجعي على الطلاق البائن فيما يتعلق بالميراث، فلو طلقت المرأة وصدر الحكم بالطلاق وماتت أو مات زوجها في فترة العدة يرث كل واحد منهما الآخر (المادة 132 من ق. أ).

ويترتب عن الطلاق البائن بينونة صغرى عدة آثار تتمثل فيما يأتي[2]:

-يزيل الرابطة الزوجية بين الزوجين.

-ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج.

-لا توارث بين الزوجين لانقطاع العلاقة الزوجية بينهما وهذا على خلاف ما نص عليه المشرع في المادة 132.

---

[1]- ابن رشد، مرجع سابق، ص442. صقر (نبيل)، مرجع سابق، ص157.

[2]- سابق (سيد)، مرجع سابق، ص305.

-لا يجوز مراجعة الزوجة إلا بعقد جديد.

-يكون لها الحق في مؤخر الصداق إذا لم يدفع بالكامل.

03: الطلاق البائن بينونة كبرى

الطلاق البائن بينونة كبرى يزيل قيد الزوجية، وهو الطلاق الذي يكون الزوج قد استنفذ فيه جميع الطلقات الثلاث، أي طلقها للمرة الثالثة، فلا يحل للرجل أن يعيد من أبانها بينونة كبرى بأن يعقد عليها ويرجعها إلى عصمته إلا بعد أن تنكح زوجا آخر نكاحا صحيحا، ويدخل بها دون إرادة التحليل، ذلك أن نكاح التحليل حرام باتفاق فقهاء المسلمين، قال تعالى: "**فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ**"[1]، وهذا النوع من الطلاق يسمى أيضا بالمكمل للثلاث.

وقد اختلف الفقهاء في شأن هذا النوع من الطلاق إذا وقع باللفظ المتكرر ثلاث مرات، فهل يقع بائنا أم لا[2]؟ كما إذا قال الرجل لزوجته أنت طالق طالق طالق، أو أنت طالق بالثلاث، حيث يرى بعض الشيعة الجعفرية أن هذا النوع من الطلاق لا يقع لأنه غير مشروع كونه منهي عنه، بينما يرى الجمهور ومنهم الأئمة الأربعة أنه يقع بائنا بينونة كبرى[3]، أما الرأي الثلاث فيرى بأنه لا يقع إلا طلقة واحدة مهما كان العدد[4]، وهو رأي ابن تيمية وبه أخذت أغلب التشريعات في الدول العربية[5].

وبالنسبة لموقف المشرع الجزائري فنص المادة 51 منه غير واضح في المسألة حيث جاء فيها "...لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء"، وبناء على هذه المادة ومراعاة لما نصت عليه المادة 49 من ق. أ فإن الطلاق في نظر المشرع الجزائري لا يقع ثلاثا إلا بعد صدور ثلاث أحكام قضائية متتالية، بمعنى أن يطلق الزوج زوجته في المرة الأولى ثم يعيدها إلى عصمته ثم يطلقها في المرة الثانية ثم يراجعها ثم

[1]- سورة البقرة، الآية 230.

[2]- مع اتفاقهم على أنه معصية ومخالف للسنة. عويس (عبد الحليم)، مرجع سابق، ص473.

[3]- ابن رشد، مرجع سابق، ص443.

[4]- عويس (عبد الحليم)، مرجع سابق، ص473.

[5]- بلحاج (العربي)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،...، مرجع سابق، ص251.

يطلقها للمرة الثالثة، وفي كل مرة يصدر حكم قضائي بشأنه، فهنا نكون أمام الطلاق الثلاث، أما إذا كان الطلاق بلفظ الثلاث كأن يقول الرجل لزوجته أنت طالق ثلاثا أو يكررها ثلاث مرات في مجلس واحد فلا يقع إلا طلقة واحدة، وهذا ما قضى به المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1985/04/08م بقوله "الطلاق إذا كان بلفظ الثلاث فإنه ينصرف إلى طلقة واحدة بائنة".

ملاحظة بخصوص المادة 51: هذه المادة فيها نظر لأنه قد يطلق الزوج زوجته مرة أو مرتين ويراجعها دون اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بالطلاق، وعندما يطلقها للمرة الثالثة تصبح بائنا بينونة كبرى من الناحية الشرعية، وفي هذه الحالة يلجأ إلى القضاء من أجل استصدار حكم بالطلاق، فيعامله القاضي على أنه يطلق للمرة الأولى ويجري معه محاولات صلح، ومنه سوف يطبق عليه أحكام المادة 50 باستعمال المراجعة في حالة نجاح مساعي الصلح، أو المراجعة بعقد جديد بعد الحكم بالطلاق، في حين أن الشرع يقضي أنه لا تحل له إلا إذا تزوجت غيره وبعدها يطلقها أو يموت عنها[1].

وينتج عن الطلاق البائن بينونة كبرى ما يأتي:

-يزيل الرابطة الزوجية في الحال.

-يحرم العودة إلى بعضهما شرعا وقانونا إلا بعد أن تتزوج رجلا آخر زواجا صحيحا، وبعدها يموت عنها أو يطلقها بعد الدخول.

-يكون للزوجة الحق في مؤخر الصداق إذا لم يدفع بالكامل لأن هذا الحق ثابت بمجرد العقد عليها والدخول.

-لا يثبت التوارث بينهما في حالة وفاة أحدهما ولو كانت الزوجة في العدة إلا في حالة طلاق الفرار وهو الطلاق الذي يحدث في مرض الموت إذا كان القصد منه حرمان الزوجة من الميراث ولم ينص عليه قانون الأسرة، وإنما تكلم عنه الفقهاء، ويلاحظ أن المشرع نص في المادة 132 من ق. أ على

[1]- بن شريخ (رشيد)، مرجع سابق، ص49.

أنه إذا كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي من الزوجين الإرث من الزوج الميت وهذا دون أن يفرق بين أنواع الطلاق، وهو خطأ من المشرع لأن المكمل للثلاث لا ميراث فيه.

ثانيا: أقسام الطلاق من حيث الصيغة[1]

أي من حيث صيغة الألفاظ التي يستعملها الزوج في الطلاق، حيث ينقسم إلى طلاق منجز (01)، وطلاق مضاف إلى المستقبل (02)، وطلاق معلق على شرط (03).

01: الطلاق المنجز

وهو ما قصد به إيقاع الطلاق في الحال ويترتب على هذا الطلاق أثره في الحال، وهذا هو الأصل في الطلاق.

02: الطلاق المضاف إلى المستقبل

وهو ما قصد به وقوع الطلاق في زمن مستقبل كأن يقول: أنت طالق ابتداء من الشهر المقبل.

03: الطلاق المعلق على شرط

وهو طلاق معلق قرنه المتكلم بشرط من الشروط يدل على ربط الطلاق به، بأداة من أدوات الشرط والتعليق، كأن يقول لامرأته: إذا دخلت دار فلان فأنت طالق.

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الطلاق يقع ولو كان بصيغة مضافة أو معلقة على شرط، وخالفهم في ذلك الظاهرية والجعفرية وابن تيمية، وهذا الرأي الأخير أخذت به التشريعات العربية، وعليه فإن الأصل في الطلاق أن يكون منجزا وجديا يعبر عن الإرادة الحقيقية للزوج، مما يقتضي إلغاء الطلاق المعلق والطلاق بالحرام أو اليمين[2].

[1]– سابق (سيد)، مرجع سابق، ص292. صقر (نبيل)، مرجع سابق، ص127.

[2]– بلحاج (العربي)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ...، مرجع سابق، ص. ص253–254. سابق (سيد)، مرجع سابق، ص293.

ثالثا: أقسام الطلاق من حيث موافقة السنة

يقسم الفقهاء الطلاق من حيث موافقته للسنة من عدمه إلى طلاق سني (01)، وطلاق بدعي (02).[1]

01: الطلاق السني

الطلاق السني هو الطلاق الواقع على الوجه الذي ندب إليه الشرع، وهو أن يطلق الزوج زوجته المدخول بها طلقة واحدة في طهر لم يمسسها فيه.

02: الطلاق البدعي

الطلاق البدعي هو الطلاق المخالف للشرع، كأن يطلقها ثلاثا في كلمة واحدة أو متفرقات في مجلس واحد، أو يطلقها في حيض أو نفاس أو في طهر واقعها فيه.

وأجمع العلماء على أن الطلاق البدعي حرام وأن فاعله آثم لمخالفة الحدود الشرعية في الطلاق، ومن حيث وقوعه فقد ذهب جمهور العلماء على أنه يقع، في حين ذهب جماعة من الشيعة وبعض فقهاء المعتزلة إلى أنه لا يقع لأن النهي عندهم يدل على الفساد فلا يترتب عليه أثر، ووافق على ذلك ابن حزم وابن تيمية وابن قيم الجوزية[2]، وأمام هذين الرأيين فإن ما استقر عليه القضاء في الجزائر أن الطلاق البدعي يقع، لأنه أثناء إجراءات التقاضي القاضي ليس مجبرا على معرفة إذا كان الزوج قد رفع دعوى الطلاق في طهر زوجته دون أن يمسها فيه.

المطلب الثاني: صور انحلال عقد الزواج

تنص المادة 48 من ق. أ على أنه "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون، ومن ثم فإن طرق الطلاق ثلاثة تتمثل في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج (الفرع الأول)، الطلاق بالتراضي (الفرع الثاني)، انحلال الرابطة الزوجية بطلب من

[1]– ابن رشد، مرجع سابق، ص444.

[2]– سابق (سيد)، مرجع سابق، ص296.

الزوجة عن طريق التطليق والخلع (الفرع الثالث)، كما يمكن أن تنحل الرابطة الزوجية بالفسخ (الفرع الرابع).

الفرع الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

أباحت الشريعة الإسلامية للزوج أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة إذا وجد من سلوك زوجته ما لا يستطيع معها على معاشرتها، وهذا إذا كان السبيل الوحيد لحل المشكلة التي وقع فيها، بعد أن يكون قد استعمل معها جميع الوسائل الشرعية للإصلاح والتأديب، من الموعظة الحسنة والهجر في المضجع، والضرب بغرض التأديب، ومحاولة الصلح بينهما، وإذا فشلت هذه الوسائل في الإصلاح، له أن يستعمل حقه في الطلاق، فإذا تعسف الزوج في استعمال هذا الحق وسبب ضررا للزوجة كان لها أن تطالب بالتعويض عن الضرر الذي يصيبها سواء أكان الضرر ماديا أو معنويا، وعليه نتطرق إلى الطلاق التعسفي في نقطة أولى (أولا) ثم الإجراءات القانونية للطلاق في نقطة ثانية (ثانيا).

أولا: الطلاق التعسفي

لا يوجد نص في الشريعة الإسلامية ولا في قانون الأسرة يجعل طلب الزوج للطلاق موقوفا على أسباب معينة، حيث يعتبر صحيحا متى صدر منه، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1999/06/15م حيث جاء فيه "الطلاق بالإرادة المنفردة دون ذكر الأسباب يعد طلاقا صحيحا"، لكن القضاء في بلادنا دأب على مساءلة الزوج عن الأسباب التي دفعته إلى طلب الطلاق، ومعرفة ما إذا كانت تلك الأسباب أسبابا جدية وشرعية مقبولة، أم أنها أسباب غير حقيقية وغير شرعية وغير منطقية[1].

ومن الناحية الدينية فحق الزوج في إيقاع الطلاق مقيد بوجوب أن يكون استعماله متجها لتحقيق الحكمة التي من أجلها شرع، وبأن لا يكون بطريقة هي في ذاتها مسببة لضرر يلحق بالمطلقة فوق ما يصيبها من ألم فك الرابطة الزوجية[2].

[1]– سعد (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص123.

[2]– إلياس (مسعودة نعيمة)، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق: دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010م، ص124.

وعليه إذا تبين للقاضي أن هذا الطلاق تعسفيا أي دون مبرر مقبول شرعا وقانونا أو أن السبب تافه، فعليه أن يطبق نص المادة 52 من ق. أ التي جاء فيها "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها" فهذا النص يعطي السلطة التقديرية للقاضي في الحكم على الزوج بالتعويض المالي إذا تبين له أن الزوج قد تعسف في الطلاق.

ثانيا: الإجراءات القانونية للطلاق

إن أول إجراء يتطلبه القانون للحصول على حكم قضائي بوقوع الطلاق أو التطليق هو تقديم عريضة كتابية أو تصريح شفهي إلى كتابة الضبط بالمحكمة التي يوجد مقر الزوجية ضمن دائرة اختصاصها (المادة 426 ق. إ. م. إ)[1].

ويشترط في الزوج أن يكون راشدا وأهلا لإيقاع الطلاق، فينبغي أن يكون بالغا 19 سنة ومتمتعا بقواه العقلية وغير محجور عليه، أما بالنسبة للزوج المرخص له بالزواج حسب المادة 7 الفقرة الثانية من ق. أ فلا يرشد من أجل رفع دعوى الطلاق حيث تنص المادة 437 من ق. إ. م. إ على أنه "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية يقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة".

وبعد تسجيل الدعوى يقوم القاضي باستدعاء الزوجين عن طريق كتابة الضبط لإجراء محاولات صلح لمرات عديدة، بناء على أحكام المادة 49 من ق. أ من الأمر 02/05 على أن لا تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، وإذا اشتد الخصام بين الزوجين يمكنه تعيين حكمين، حكم من أهل الزوج وحكم من أهل الزوجة للتوفيق بينهما، خلال أجل لا يتجاوز الشهرين كما نصت عليه المادة 56 من ق. أ.

وعلى ضوء التقرير الذي يقدمه الحكمان عن أسباب الخلاف بين الزوجين، وبعد فشل مساعي الصلح يدرج ملف دعواهما في جلسة مستقبلية ويستدعيهما لحضورها، ثم يصدر حكمه في موضوع النزاع استنادا إلى أحكام القانون وضميره المهني، ويتعين على القاضي إعداد محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح سواء كانت هذه النتائج إيجابية أو سلبية، فإذا كانت إيجابية يذكر في

[1]– سعد (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص117.

المحضر الأمور التي وقع التصالح بشأنها، وإن كانت سلبية يذكر أن محاولات الصلح فشلت، ويمكن الإشارة إلى أسباب فشلها، وبعد إعداد المحضر يوقعه كل من القاضي وأمين الضبط والزوجين (المادة 49 فـ2)[1].

وبعد النطق بالحكم تسجل أحكام الطلاق وجوبا في سجلات الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة حسب المادة 49 فـ3، ويبدو أن المشرع لا يعترف بالطلاق إلا ذا صدر به حكم من القضاء، وبعد تسجيله يسري حكم الطلاق في مواجهة الكافة[2].

وقد جعل المشرع الجزائري الحكم بالطلاق نهائيا لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن حسب المادة 57 فـ1 من ق. أ وذلك اعتمادا على أن الطلاق في الفقه الإسلامي لا يقبل أي تعديل أو مراجعة فمتى صدر من الزوج يحتسب من عدد الطلقات ولا يمكن إلغاؤه، لكنه في المقابل منح المجال للمتضرر من الحكم بالطعن فيما يتعلق بالجوانب المادية المترتبة عن الطلاق، كمبالغ النفقة أو التعويض عن الطلاق التعسفي أو المسائل الخاصة بالسكن وغيرها (المادة 57 فـ1)، كما تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف (المادة 57 فـ2).

ملاحظة بشأن المادة 49: يلاحظ أن المشرع أقر أن الطلاق لا يثبت إلا إذا صدر بشأنه حكم قضائي، ما يعني أنه لا يعترف بالطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة خارج دائرة القضاء، وهنا نتساءل عن مصير هذا الطلاق الذي يقره الشرع ويجيز للزوج الطلاق بإرادته المنفردة، وعن طبيعة حكم القاضي هل هو منشئ للطلاق بالرغم من أن الزوج أوقعه أم هو كاشف له؟ وبما أن المشرع أوجب الصلح خلال سير الدعوى وخلال فترة الخصام بين الزوجين فإن حكم القاضي يبدو أنه منشئ للطلاق هذا من جهة.

أما إذا كان الزوج قد طلق، فالصلح لن يكون له معنى إلا إذا كان الطلاق رجعيا، فيستعمل حينئذ بقصد المراجعة بعد الطلاق وليس تجنبا لحدوث الطلاق، أما إذا فشلت مساعي الصلح وحكم

[1]– سعد (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص120.

[2]– إلياس (مسعودة نعيمة)، مرجع سابق، ص141.

القاضي بالطلاق، ففي هذه الحالة يكون حكمه كاشفا، وينبغي على القاضي في هذه الحالة أن يضيفه إلى زمن حدوثه[1].

الفرع الثاني: الطلاق بالتراضي

ورد في المادة 48 من ق. أ "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين..."، أي بناء على الإرادة المشتركة للزوجين، ويعبر عنه في فرنسا بالطلاق اللطيف أو الظريف لأنه يتم دون خصام أو نزاع[2]، وهذا يعني أنه يجوز للزوجين سواء بناء على طلب أحدهما وموافقة الآخر، أو بناء على طلب مشترك تتضمنه عريضة مشتركة تتضمن عبارات صريحة تفيد اتفاقهما على إنهاء الرابطة الزوجية بكل رضا واختيار، ويطلبان من المحكمة أن تقضي لهما بالطلاق الرضائي، وأن تكون ممضاة من الزوجين.

ينبغي الإشارة إلى أنه إذا كانت المادة 49 من ق. أ توجب على القاضي القيام بعدة محاولات صلح بين الزوجين علهما يتراجعا عن قرارهما، إلا أنه في حالة الطلاق بالتراضي لا نعتقد بوجود فائدة ترجى من هذا الصلح ما دام أنهما متفقان على الطلاق وعازمان عليه، ومع ذلك فهو مجبر بإجراء الصلح تطبيقا لنص المادة 49 ق. أ وكذلك المادة 431 من ق. إ. م. إ التي تنص على أنه "يتأكد القاضي في التاريخ المحدد للحضور من قبول العريضة ويستمع للزوجين على انفراد ثم مجتمعين، ويتأكد من رضائهما ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكنا".

رغم أن الطلاق بالتراضي يخضع إلى إرادة الأطراف، إلا أن المشرع أعطى سلطة واسعة لقاضي شؤون الأسرة في إمكانية الإصلاح بين الزوجين وإقناعهما بالعدول عن قرار الطلاق[3].

في هذا النوع من الطلاق يجوز للزوجين الاتفاق على بعض آثار الطلاق مع الإشارة إلى أنه يجوز للقاضي أن يعدل أو يلغي الشروط المتفق عليها إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد وهذا

---

[1]– بن شويخ (رشيد)، مرجع سابق، ص46.

[2]– بلحاج (العربي)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري...، مرجع سابق، ص258.

[3]– لوعيل (محمد لمين)، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، عين امليلة، دار هومه، 2010م، ص14.

حسب نص المادة 2/431 من ق. إ. م. إ "ينظر مع الزوجين أو وكلائهما في الاتفاق وله أن يلغي أو يعدل في شروطه إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت النظام العام".

الفرع الثالث: انحلال الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة

تنص المادة 48 من ق. أ على أنه "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق ... أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون"، وبالرجوع إلى المادة 53 نجد أنها تنص على التطليق (أولا)، أما المادة 54 فهي متعلقة بالخلع (ثانيا).

أولا: التطليق بطلب من الزوجة

أجاز قانون الأسرة للمرأة المتضررة من تصرفات زوجها أن ترفع أمرها إلى القاضي تطلب منه فك الرابطة الزوجية[1]، وقد عددت المادة 53 من ق. أ المعدلة الأسباب التي من أجلها تطلب المرأة التطليق، وهي أسباب في غالبها مادية تتطلب الإثبات حتى يحكم لها القاضي بالتطليق وكذلك بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي اللاحق بها (المادة 53 مكرر)، وهذه الأسباب تتمثل فيما يلي:

01: عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج (ف1 من المادة 53)

تجب نفقة الزوجة على الزوج بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة، حسب نص المادة 74 من ق. أ، ويستمر هذا الواجب مادامت الحياة الزوجية قائمة، وما لم تكن الزوجة ناشزا، ولا يجوز للزوج الامتناع عن النفقة إلا بعذر مقبول.

ويشترط لرفع دعوى التطليق أن يكون قد صدر من المحكمة حكم يتعلق بوجوب النفقة من الزوج على زوجته[2]، غير أن ما يعاب على المشرع هو أنه لم يحدد المدة التي ينبغي على الزوجة

[1]– لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع يراجع: بلباقي (عبد المؤمن)، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، د. ط، عين امليلة، دار الهدى، 2000م، ص10 وما بعدها.

[2]– سعد (عبد العزيز)، مرجع سابق، 110.

انتظارها بعد صدور الحكم بإلزام الزوج على الإنفاق، ويمكن القياس هنا على ما نصت عليه المادة 331 من ق. ع، التي تشترط مدة شهرين في جريمة الامتناع عن تسديد النفقة المحكوم بها قضاء، وبناء عليه على الزوجة أن تنتظر هذه المدة أيضا بعد صدور الحكم ومضي المدة الخاصة بالتبليغ حتى ترفع دعوى التطليق.

وينبغي أن يكون الحكم القاضي بإلزام الزوج بالنفقة مراعيا لما نص عليه المشرع في المادة 78 و79 و80 من ق. أ، وهذا يعني أنه ينبغي أن يراعي مشتملات النفقة (المادة 78)، ويراعي في تقديرها حال الطرفين وظروف المعاش وأن لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم (المادة 79)، وتستحق الزوجة النفقة من تاريخ رفع الدعوى بل يمكن أن يحكم لها لمدة لا تتجاوز السنة قبل رفع الدعوى متى قدمت الإثبات (المادة 80).

يشرط أيضا أن يكون امتناع الزوج عمديا، وأن لا تكون الزوجة عالمة بإعساره وقت الزواج، لأن علمها بإعساره يعني رضاها بذلك، وفي هذه الحالة يقع عبء الإثبات على الزوج من حيث تبيان أن الزوجة كانت عالمة بإعساره، ويمكن له إثبات ذلك بكافة الوسائل، وتجدر الإشارة إلى أن التطليق لعدم الإنفاق في جميع صوره يقع رجعيا إلا أن يوجد سبب آخر للبينونة مثل وقوعه قبل الدخول أو مكملا للثلاث[1]، ونشير أيضا إلى أن المشرع استحدث مؤخرا صندوق خاص بالنفقة لتسديد المبالغ المستحقة للمطلقة وأبنائها[2] في حالات معينة.

02: العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج (المادة 2/53)

أقر الفقهاء وكذا القانون أن من حق الزوجة أن تطلب التطليق للعلل والأمراض التي يصاب بها الزوج، إذا تبين أن هذه العيوب من شأنها التأثير على الحياة الزوجية، والملاحظ في هذا الشأن أن هذه العيوب قد تتحقق في الرجل كما قد تتحقق في المرأة[3]، غير أن القانون ذكرها على أساس

[1]– صقر (نبيل)، مرجع سابق، ص172.

[2]– القانون رقم 01/15، المؤرخ في 4 يناير 2015م، المتضمن إنشاء صندوق النفقة، (الجريدة الرسمية، العدد1، المؤرخة في 7 يناير 2015م).

[3]– الغرياني (الصادق عبد الرحمن)، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج3، ط1، بيروت، مؤسسة الريان، 2002م، ص29.

وجودها في الرجل، وذلك لأنه إذا ظهرت في المرأة فللرجل أن يستعمل حقه في الطلاق، ولا يكون متعسفا في هذه الحالة، وهذه العيوب تنقسم إلى قسمين:

-عيوب جنسية تمنع من الدخول وسواء تحققت في الرجل أو في المرأة، فمن حق كل طرف أن يلجأ إلى طلب الطلاق بسببها، والقاضي في هذه الحالة عليه أن يتأكد من وجودها ومن تأثيرها على الحياة الزوجية، ويستعين في ذلك بالخبرة الطبية[1].

-عيوب لا تمنع من الدخول ولكنها تؤثر على الحياة الزوجية، كالأمراض المزمنة والمعدية والمنفرة كالجذام والبرص والصرع والجنون والسل والإيدز[2]، وهذه الأمراض من شأنها التأثير على الحياة الزوجية.

ولم يحدد المشرع هذه العيوب بل ولم يعط حتى أمثلة عنها، وإنما اشترط أن تكون من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، وهي الأهداف المنصوص عليها في المادة 4 من ق. أ.

يشترط كذلك أن تكون هذه العيوب غير قابلة للزوال، أما إن كان العيب قابل للشفاء فيضرب له القاضي أجلا للتداوي[3]، وهذا الذي قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1984/11/19م، "متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك الفترة بجانب بعلها فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق".

---

[1]- صقر (نبيل)، مرجع سابق، صص174.

[2]- بلحاج (العربي)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري...، مرجع سابق، ص282.

[3]- تشوار (جيلالي)، محاضرات في قانون الأسرة الجزائري، جزء الأحوال الشخصية، جامعة تلمسان، ص53، الموقع الإلكتروني: https://www.bibliotdroit.com/2018/01/pdf_38.html، تاريخ الاطلاع: 2018/12/02م.

ولم يتحدث المشرع على علم أحد الزوجين بهذه العيوب قبل الزواج أو رضاه بها، غير أن الكثير من الفقهاء لا يعطون الحق للمرأة في التطليق في هذه الحالة[1]، وهذا الذي ذهب إليه القضاء الجزائري[2].

03: الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر (المادة 3/53)

ويقصد به أن يهجر الزوج فراش الزوجية بحيث لا يعامل زوجته معاملة الأزواج، وأن تزيد مدة الهجر على أربعة أشهر، دون أن يكون أي اتصال بينهما في تلك الفترة، وأن يكون الهجر عمديا أي بقصد الإضرار بالزوجة وليس من أجل تأديبها[3].

ونشير هنا إلى أن الهجر المنصوص عليه في القانون يقترب من الإيلاء، حيث يتفق معه في أنه يقع في حالة ترك وطء الزوجة وعدم الاقتراب منها لمدة 4 أشهر، ويتفق معه من حيث الغرض منه وهو قصد إلحاق الضرر بالزوجة، بينما يختلف عنه من حيث أن الإيلاء يمين على عدم الاقتراب من الزوجة، كذلك يختلف عنه في أن الإيلاء يحلف فيه الزوج على مدة لا تقل عن أربعة أشهر فإن قلت فلا شيء عليه، بينما الهجر في المضجع تكون المدة تفوق أربعة أشهر[4].

04: الحكم على الزوج بعقوبة جناية أو جريمة ماسة بشرف الأسرة ويستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية (المادة 4/53).

يشترط لتحقق هذا السبب أن يصدر حكم قضائي ضد الزوج حائزا لقوة الشيء المقضي فيه، وعليه إذا صدر الحكم مع وقف التنفيذ يعتبر الشرط متوافرا خلافا لما كان عليه النص السابق الذي كان يشترط أن تكون العقوبة مقيدة للحرية.

ولم يشترط المشرع مقدار العقوبة وإنما ينبغي في نظره أن تكون الجريمة ماسة بسمعة الأسرة، كجريمة هتك العرض، جريمة الفعل المخل بالحياء، بل كل الجرائم المخلة بالآداب تمس بسمعة

---

[1]– الغرياني (الصادق عبد الرحمن)، مرجع سابق، ص28.

[2]– بلحاج (العربي)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري...، مرجع سابق، ص283.

[3]– صقر (نبيل)، مرجع سابق، ص181. الغرياني (الصادق عبد الحمن)، مرجع سابق، ص18.

[4]– تشوار (جيلالي)، مرجع سابق، ص54.

الأسرة، والوقع أن كل الجرائم تمس بالسمعة، كما اشترط المشرع استحالة مواصلة الحياة الزوجية معها، والأمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي بعد ذلك.

وينبغي الإشارة في هذا المقام إلى أن الفقهاء أجازوا للزوجة أن تطلب التطليق لغياب زوجها جراء حبسه لأن الحبس يضر بالزوجة ماديا ومعنويا، خاصة إذا طالت مدته حتى وإن ترك لها مالا تنفق منه[1].

05: غياب الزوج لمدة تزيد عن السنة بلا عذر ولا نفقة (المادة 5/53)

أجاز القانون للمرأة إذا غاب زوجها لمدة طويلة تزيد عن السنة ولو بيوم واحد، أن تطلب التطليق من القاضي سواء كان الزوج مجهول أو معلوم المكان لأنها تتضرر معنويا من غياب زوجها، ولكن بشرط أن يكون غيابه بلا عذر مقبول، بل وحتى الغياب المبرر يضر بالزوجة معنويا، ولهذا أجاز لها الفقهاء طلب التطليق لكن بعد أن يرسل إليه القاضي للعودة إلى زوجته أو يصطحبها معه[2].

يشترط القانون أن يكون هذا الغياب مصحوبا بعدم الإنفاق، ولا توجد ضرورة هنا للنص على عدم الإنفاق كون هذا السبب تم النص عليه في الفقرة الأولى من المادة 53.

كما أجاز القانون للزوجة أن تطلب التطليق إذا كان الزوج مفقودا، ولم يظهر عليه أي خبر بعد مرور سنة من الفقدان وفقا لأحكام المادة 112 من ق. أ والتي أحالت على الفقرة 5 من المادة 53، وهذا الأمر لا يستقيم في حالة المفقود لأنه في الغالب يكون معذورا، ولا تعرف حياته من وفاته ولا يعرف مكانه، ثم إنه من الناحية القانونية لا يحكم بفقدانه إلا بعد مرور سنة من فقده، وعليه فالأولى لو أن المشرع مدد المدة زيادة في البحث والتحري عنه، خصوصا وأنه لا يحكم بوفاته إلا بعد مرور أربع سنوات (المادة 113 من ق. أ).

[1]– سابق (سيد)، مرجع سابق، ص318.

[2]– الغرياني (الصادق عبد الحمن)، مرجع سابق، ص19.

06: مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من ق. أ (المادة 6/53)

أباح الشرع والقانون للرجل أن يتزوج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل، مع وجوب إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يرغب الزواج بها وتوافقا على ذلك، وأن يستصدر ترخيصا بهذا الزواج من المحكمة (المادة 8 من ق. أ)، فإذا دلس على واحدة من الزوجتين أو خالف ضوابط وشروط التعدد جاز للزوجة المتضررة أن تطلب التطليق (المادة 8 مكرر).

07: ارتكاب فاحشة مبينة (المادة 7/53)

نص الفقرة السابعة جاء غامضا بحيث لم يبين المقصود بالفاحشة، ولكن يبدوا أنها الخيانة الزوجية أو الجرائم الأخلاقية، ولم يبين المشرع هل يشترط إدانة الزوج أم أنه يكفي اكتشاف أمره من قبل زوجته، مع أنه من الناحية القانونية إذا كانت الجريمة هي خيانة زوجية (الزنا) فيجب الإثبات بوسائل محددة قانونا.

08: الشقاق المستمر بين الزوجين (المادة 8/53)

إذا حصل خصام بين الزوجين واستمر لفترة طويلة وأدى ذلك إلى سوء العشرة بينهما، يجوز للزوجة المتضررة اللجوء إلى المحكمة لطلب تطليقها، وعلى القاضي في هذه الحالة أن يعين حكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة من أجل الإصلاح في أجل شهرين (المادة 56)، فإن لم يوفقا جاز الحكم بالتطليق بينهما.

09: مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج (المادة 9/53)

أجاز الشرع والقانون لكل من الزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ضرورية بشرط أن لا تتنافى ومقتضيات عقد الزواج (المادة 19 ق. أ)، وعلى من قبل الشرط الوفاء به والسعي لتنفيذه فالمؤمنون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلال، فإذا كانت الزوجة هي من اشترطت ووافق الزوج عليها، لكنه بعد ذلك خالفها، فما على الزوجة في هذه الحالة إلا المطالبة

بالتنفيذ وإذا لم يحصل الدخول جاز لها طلب فسخ العقد، أما بعد الدخول فلا يبقى أمام الزوجة سوى طلب التطليق، والمطالبة بالتعويض.

10: كل ضرر معتبر شرعا (المادة 10/53)[1]

بعدما عدد المشرع الأسباب التي من أجلها تطلب الزوجة التطليق، ختم نص المادة بالفقرة 10 "كل ضرر معتبر شرعا"، فمن خلال هذا النص يمكن تدارك كل الأضرار التي يسببها الزوج لزوجته، والغير منصوص عليها في الفقرات السابقة، حتى لا ترفض دعواها بحجة عدم وجود الضرر المشتكى منه ضمن المادة 53، فالسبب الأخير واسع النطاق لأن الأضرار عديدة ومتنوعة ويصعب حصرها، لذلك توسع المشرع الجزائري في مفهوم الضرر ولكن بشرط أن يكون معتبر شرعا وعرفا، مانحا بذلك السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الضرر الذي تدعيه الزوجة، مراعيا في ذلك المجتمع وعاداته وتقاليده وأعرافه، بشرط أن تثبت الزوجة هذا الضرر.

ثانيا: الخلع (الطلاق مقابل مبلغ من المال)

نصت المادة 54 من ق. أ على أنه "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"، انطلاقا من هذا النص نقوم بتعريف الخلع (01)، ثم نبين شروطه (02)، ومقابله المالي (03).

01: تعريف الخلع

الخلع بفتح الخاء في اللغة النزع والإزالة، فيقال خلع فلان ثوبه أي جرده، وخلع امرأته وخالعها إذا افتدت منه بمالها فطلقها وأبانها من نفسه، وسمي ذلك الفراق خلعا[2].

---

[1]– الغرياني (الصادق عبد الرحمن)، مرجع سابق، ص12.

[2]– ابن منظور، لسان العرب، مج5، مرجع سابق، ص. ص69–70.

أما الخلع في الاصطلاح هو حل عقدة الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه نظير عوض تلتزمه الزوجة بقبولها، كأن يقول الزوج لزوجته خالعتك على مبلغ 50000 د. ج فتقول قبلت، فإذا حصل هذا تم الخلع وترتبت عليه أحكامه[1].

وقد شرع الخلع للمرأة إذا كرهت عشرة زوجها والعيش معه، حيث أباح لها الإسلام أن تفدي نفسها رفعا للحرج الذي أصابها، يقول تعالى في محكم تنزيله "فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به"، كما دل على ذلك ما جاء في صحيح البخاري أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إني لا أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته قالت نعم قال صلى الله عليه وسلم أقبل الحديقة وطلقها تطليقة"[2].

والخلع بهذا المعنى هو الصورة المقابلة لطلاق الرجل بإرادته المنفردة ولنفس السبب أيضا، وهو يختلف عن التطليق الوارد في المادة 53 ق. أ، وإن كانا يشتركان في أن طلب الفرقة يكون من الزوجة غير أن أسبابهما مختلفة، فالتطليق المقرر بالمادة 53 يبنى على أسباب مادية ذكرتها المادة وينبغي على الزوجة إثباتها أمام القاضي حتى يقضي لها بالطلاق، زيادة على حقها في طلب التعويض عن الأضرار اللاحقة بها.

أما الخلع المقرر في المادة 54 فيبنى على أساس نفسي وهو الكراهية، ولا يتطلب الأمر وجود شقاق بين الزوجين، بل يكفي فيه أن لا تجد الزوجة راحتها النفسية والسكينة، وهو الهدف الأول من الزواج، وأن تخاف المرأة ألا تقيم حدود الله فيما يجب عليها من حسن الصحبة وجميل المعاشرة.

ومن الناحية القانونية فإن الخلع قبل تعديل المادة 54 سنة 2005 كان عبارة عن عقد بين الزوجين بمقتضاه تعرض الزوجة على زوجها مبلغا من المال المعلوم والمتقوم شرعا مقابل طلاقها، وبقبول الزوج لهذا الطلب يقع الخلع أي الطلاق بينهما، وبهذا الشكل فإن الخلع هو عبارة عن رخصة

[1]– صقر (نبيل)، مرجع سابق، ص196.

[2]– رواه البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، ج7، مرجع سابق، ص47.

للزوجة لتمكينها من التخلص من زوج تكرهه[1]، لكن بعد التعديل أصبح بإمكان الزوجة أن تخالع نفسها حتى دون موافقة زوجها بمعنى أنه حق للزوجة مقابل حق الزوج في الطلاق.

02: شروط الخلع[2]

إذا كان الخلع حق للزوجة ويقع حتى وإن لم يوافق عليه الزوج فإنه يتم بناء على شروط تتمثل في الآتي:

أ-الخلع لا يتم إلا في عقد الزواج الصحيح.

ب-يتم الخلع حتى وإن لم يوافق عليه الزوج.

ج-أن لا يكون الزوج قد أساء إلى زوجته وألحق بها أضرار، حتى يدفع بها إلى طلب الخلع ليستفيد من المقابل المالي، لأن هذه الحالة تحكمها المادة 53.

د-يشترط أن تكون الزوجة من أهل التبرعات وأن تكون عالمة بما ستلزم به نظير افتدائها نفسها.

03: مقابل الخلع (بدل الخلع أو العوض)

هو العوض الذي تلتزم به الزوجة لزوجها لقاء طلاقها، والمقابل يكون مبلغا من المال سواء كان من النقود أو الأوراق المالية حسب المادة 54، لكن يمكن أن يكون أيضا أي شيء آخر يتفقان عليه بشرط أن يكون معلوما ومتقوما شرعا[3]، غير أنه لا يجوز أن يكون مقابل الخلع حضانة الأولاد لأنه لا يجوز التصرف في حق الغير بينما يجوز أن يكون مؤجل المهر أو نفقة العدة.

والأصل هو أن يتفق الزوجان على الخلع وعلى المقابل، لكن إذا تعنت الزوج في القبول أو فرض عليها مبلغا من المال لا تقدر عليه فإن القانون أعطى لها الحق في اللجوء إلى القاضي وتطلب الطلاق بالخلع، فما على القاضي إلا أن يترك إرادة الزوج جانبا، وأن يحكم للزوج بمبلغ لا يجوز أن يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

---

[1]- سعد (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص129.

[2]- صقر (نبيل)، مرجع سابق، ص. ص204- 205.

[3]- المرجع نفسه، ص206.

وفي جميع الأحوال فإن حكم الطلاق في إطار الخلع وإن كان يقبل الطعن بالنقض إلا أنه لا يقبل الطعن بطريق الاستئناف حسب المادة 57.

الفرع الرابع: انحلال الرابطة الزوجية بالفسخ

هناك من يرى أن الرابطة الزوجية تنحل أيضا بالفسخ، وهذا كلام فيه نظر، لأن الرابطة الزوجية التي يقصدها المشرع هي الناتجة عن عقد الزواج الصحيح بينما الفسخ أو البطلان يرد على عقد الزواج المخالف لأحكام وقواعد قانون الأسرة، ومن ثم فهو ليس برابطة زواج بالمعنى الحقيقي، وبناء على ما سبق نتناول تعريف الفسخ (أولا)، ثم حالات فسخ عقد الزواج (ثانيا)، وبعدها الفرق بين الفسخ والطلاق (ثالثا)، وأخيرا آثار الفسخ (رابعا).

أولا: تعريف الفسخ

الفسخ هو نقض عقد الزواج[1]، وإزالة الحل الذي كان يترتب عليه[2]، وهو لا يكون إلا لأسباب قانونية وشرعية محددة[3]، فقد يكون الفسخ لخلل صاحب نشوء العقد، كما لو نشأ العقد غير لازم، وقد يكون الفسخ لخلل طرأ على العقد بعد نشوئه تاما صحيحا[4]، فيمنع بقاءه.

ثانيا: حالات فسخ عقد الزواج

يفسخ عقد الزواج في الحالات الآتية:

01-إذا اختل ركن الرضا، لأنه زواج باطل (المادة 33 ف1).

02-يفسخ الزواج إذا اشتمل على مانع، أي إذا تزوج الرجل بمن تحرم عليه سواء حرمة مؤبدة أو مؤقتة، سواء قبل الدخول أو بعده (المادة 32 والمادة 34).

---

[1]- سابق (سيد)، مرجع سابق، ص333.

[2]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1984/06/25م، ملف رقم 33715.

[3]- بلحاج (العربي)، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص499.

[4]- بلحاج (العربي)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري...، مرجع سابق، ص206.

03-إذا تم الزواج دون صداق أو شاهدين أو ولي في حالة وجوبه، وتبين أمره قبل الدخول، ففي هذه الحالة يفسخ لأنه زواج فاسد (المادة 33 فـ2).

04-إذا ارتد الزوج بعد أن انعقد الزواج صحيحا، ففي هذه الحالة يفسخ وذلك لأن زواج الكافر بالمسلمة غير جائز وفقا لنص المادة 31، وكذلك الأمر إذا أسلم الزوج وأبت زوجته أن تسلم، وكانت مشركة فإن العقد حينئذ يفسخ، بخلاف ما إذا كانت كتابية، فإن العقد يبقى صحيحا.

05-إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي للزواج الجديد في حالة التعدد، وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8، وتبين أمره قبل الدخول (المادة 8 مكرر 1).

ثالثا: الفرق بين الفسخ والطلاق[1]

01-الطلاق لا يقع إلا في العقد الصحيح، بينما الفسخ يرد على عقد الزواج المخالف لأحكام قانون الأسرة.

02-الطلاق ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، بينما الفسخ فلا يعتد به وبالتالي لا ينقص من عدد الطلقات، فإذا تزوج الرجل بتلك المرأة زواجا صحيحا بعد فسخ زواجهما الفاسد، فإنه يملك عليها ثلاث طلقات.

03-في حالة فسخ الزواج تنقطع الرابطة الزوجية في الحال ولا يترتب عنها أي أثر إذا لم يدخل بها، بينما في الطلاق للمرأة نصف المهر.

04-في الطلاق الرجعي يجوز للرجل أن يراجع زوجته ما دامت في عدتها دون عقد جديد، بينما في حالة الفسخ ينبغي عقد زواج جديد ما لم يكن سبب الفسخ هو وجود مانع شرعي.

رابعا: آثار فسخ عقد الزواج

إذا تم فسخ عقد الزواج قبل الدخول فلا أثر له، أما إذا كان بعد الدخول فتترتب عنه بعض الآثار الشرعية والقانونية والمتمثلة في:

[1]- صقر (نبيل)، مرجع سابق، ص142.

01-ثبوت نسب الولد الناتج عن هذا الزواج رعاية لحق الولد ومنعا لاختلاط الأنساب (المادة 34 و40).

02-وإذا حصلت الفرقة ولم تكن المرأة تعلم والزوج كذلك حتى حدوثها، كان لتلك المرأة الصداق المسمى إن كان صحيحا أو مهر مثلها[1] بسبب الدخول الحقيقي.

03-تجب فيه العدة بعد التفريق.

04-لا يثبت به توارث، ولا حق لها في المطالبة بالنفقة، ويدرأ عنها الحد.

المطلب الثالث: آثار انحلال عقد الزواج

المقصود بآثار الطلاق هي النتائج الشرعية والقانونية التي تترتب على انحلال عقد الزواج وإنهاء الرابطة الزوجية، وقد ذكرها المشرع الجزائري في المواد من 58 إلى 80 من قانون الأسرة، وحصرها في العدة من المادة58 إلى 61 (الفرع الأول)، والحضانة من المادة 62 إلى المادة 72 (الفرع الثاني)، كما استحدث المشرع في تعديله لقانون الأسرة أثرا آخر وهو وجوب إسكان المطلقة الحاضنة (الفرع الثالث)، ومن آثار الطلاق النزاع حول متاع البيت المادة 73 (الفرع الرابع)، وأخيرا النفقة من المادة 74 إلى المادة 80 وقد سبق تناوله في موضوع آثار الزواج.

الفرع الأول: العدة

تعتبر العدة أثر من آثار انحلال عقد الزواج، وتقتصر على الزوجة دون الزوج، والهدف الأساسي منها معرفة براءة الرحم، ولمعرفة الأحكام الشرعية والقانونية للعدة نتطرق إلى تعريفها (أولا)، وحكمها وحكمة مشروعيتها (ثانيا)، ثم أنواعها (ثالثا)، وأخيرا أحكامها (رابعا).

[1]- محدة (محمد)، مرجع سابق، ص137.

أولا: تعريف العدة

العدة في اللغة الإحصاء، ويقال عددت الشيء عدة أي أحصيته إحصاء[1]، ومنه قوله تعالى "**وَإِن تَعُدّوا نِعمَتَ اللَّهِ لا تُحصوها**"[2] وقوله أيضا "**إِنَّ عِدَّةَ الشُّهورِ عِندَ اللَّهِ اثنا عَشَرَ شَهرًا في كِتابِ اللَّهِ يَومَ خَلَقَ السَّماواتِ وَالأَرضَ مِنها أَربَعَةٌ حُرُمٌ**"[3].

أما العدة في الاصطلاح الشرعي فهي الأجل الذي أوجبه الشارع على الزوجة التي فارقها زوجها لانقضاء ما بقي من آثار الزواج بعد الفراق[4]، أو هي تلك المدة التي تنتظرها الزوجة عقب وقوع الفرقة بحيث لا يجوز لها أن تتزوج قبلها، ولها الحق في النفقة والسكنى، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 30 ق. أ على أنه "يحرم من النساء مؤقتا المعتدة من طلاق أو وفاة".

ثانيا: الحكم الشرعي للعدة والحكمة من تشريعها

لقد أوجبت الشريعة الإسلامية العدة على الزوجة عند الافتراق بينها وبين زوجها، سواء وقعت الفرقة بالطلاق (بعد الدخول الحقيقي أو الحكمي في الزواج الصحيح)، أو الوفاة أو الفسخ، فالعدة واجبة شرعا بالكتاب والسنة والإجماع[5]، وهي من النظام العام فلا يجوز مخالفة أحكامها أو إسقاطها أو التنازل عنها.

أما حكمة مشروعيتها فهي معرفة براء الرحم حتى لا تختلط الأنساب، وكذلك إعطاء الزوج المطلق فرصة لمراجعة زوجته ما دامت معتدة في الطلاق الرجعي، بالإضافة إلى حداد الزوجة على زوجها المتوفي وفاء له وحزنا عليه[6].

---

[1]– ابن منظور، لسان العرب، مج2، مرجع سابق، ص669.

[2]– سورة إبراهيم، الآية 34.

[3]– سورة التوبة، الآية 36.

[4]– صقر (نبيل)، مرجع سابق، ص341.

[5]– الغرياني (الصادق عبد الرحمن)، مرجع سابق، ص85..

[6]– المرجع نفسه، ص. ص86–87.

ثالثا: أنواع العدة

تتنوع العدة التي تجب على المرأة تبعا لاختلاف حالها، فقد تكون عدة طلاق أو فسخ وقد تكون عدة وفاة، ثم هي مع ذلك قد تكون حاملا وقد تكون حائلا، وإذا لم تكن حاملا فإما أن تكون ممن ترى الحيض أو تكون ممن يئسن من المحيض، وعليه فإن العدة أربعة أنواع، عدة الحامل (01)، عدة المطلقة غير الحامل (02)، عدة المتوفي عنها زوجها (03)، وأخيرا عدة زوجة المفقود (04).

01: عدة الحامل

إذا كانت المطلقة حاملا فعدتها وضع حملها، لقوله تعالى "**وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**"[1]، فالحامل تعتد بوضع الحمل سواء أكانت عدة طلاق أو فسخ أو وفاة أو حتى بعد زواج فاسد، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 60 من ق. أ "عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة"، ويلحق بالوضع إسقاط الحمل إذا جاء مستبينا ببعض أعضائه.

وإذا توفي الزوج وزوجته حامل ووضعت بعد وفاته بيوم واحد فإن عدتها تنتهي في ذلك اليوم الذي بدأت فيه حسب نص المادة 60 ق. أ، وهو رأي جمهور الفقهاء استنادا إلى الآية السابقة، في حين روى مالك عن ابن عباس أن عدتها آخر الأجلين أي أبعد الأجلين وحجتهم أن هذا الذي يقتضيه الجمع بين عموم آية الحوامل وآية الوفاة[2].

02: عدة المطلقة غير الحامل

إذا كانت الزوجة معتدة من طلاق أو فسخ كانت عدتها بمضي ثلاثة أقراء، التي فسرت بثلاث حيضات وهناك من فسرها بثلاث أطهار، وهذا إذا كانت المرأة ممن يحضن[3]، ودليل ذلك قوله

[1]– سورة الطلاق، الآية 4.

[2]– ابن رشد، مرجع سابق، ص472.

[3]– الغرياني (الصادق عبد الرحمن)، مرجع سابق، ص97.

سبحانه وتعالى "**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ**"[1]، وذلك سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا، وهو ما أشارت إليه المادة 58 ق. أ بنصها "تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء".

أما إذا كانت المرأة لا تحيض سواء أكانت صغيرة دون البلوغ أو يائس فعدتها ثلاثة أشهر لقوله تعالى "**وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ**"[2]، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 58 ق. أ "تعتد اليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق، والحساب في العدة يكون بالأشهر القمرية.

أما بالنسبة لعدة المرأة المطلقة طلاق الفرار فهي تعتد بأبعد الأجلين الإقراء أو الأشهر، لأنه يمكن أن تطول أقراؤها أكثر من أربعة أشهر وعشرة أيام، وهذا حتى ترث من زوجها، وفي ذلك معاملة لنقيض قصد الزوج الذي رغب في منعها من الميراث بطلاقه لها في مرض الموت.

03: عدة المتوفي عنها زوجها

إذا كانت المرأة غير حامل معتدة من وفاة بعد زواج صحيح فإن عدتها تكون أربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى "**وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا**"[3]، وهو الحكم الذي جاءت به المادة 59 ق. أ "تعتد المتوفي عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام..."، وسبب هذه العدة الوفاة سواء حصلت الوفاة قبل الدخول أو بعده، بخلاف بقية أنواع العدة فإنها لا تجب إلا بعد الدخول.

أما إذا كان الزواج فاسدا ومات الزوج قبل الدخول فلا عدة فيه لأنه لا أثر لعقد الزواج الفاسد قبل الدخول، أما إذا كان بعد الدخول كانت عدة المرأة بثلاثة أقراء بالنسبة للحائض أو ثلاثة أشهر لمن لا تحيض.

[1]– سورة البقرة، الآية 227.

[2]– سورة الطلاق، الآية 3.

[3]– سورة البقرة، الآية 234.

04: عدة زوجة المفقود

تنص المادة 59 ق. أ على أنه "تعتد المتوفي عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده"، من خلال هذا النص فإن عدة زوجة المفقود هي أربعة أشهر وعشرة أيام مثل زوجة المتوفي عنها زوجها غير أنهما يختلفان من حيث بداية حساب العدة، التي تبدأ من يوم الوفاة بالنسبة للمتوفي عنها زوجها، بينما زوجة المفقود يبتدئ حسابها من يوم صدور الحكم بوفاته (م113 ق. أ).

رابعا: أحكام العدة

إذا كانت العدة واجبة على المرأة ومن النظام العام، لا يجوز مخالفة أحكامها، كما أن فيها جانب تعبدي، فإن لها أحكاما قانونية وشرعية ينبغي التزامها وعدم مخالفتها وتتمثل فيما يأتي:

01-توجب العدة التوارث بين الزوجين (132 ق. أ) إذا كان الطلاق رجعيا، ولا ترث المعتدة من طلاق بائن إلا إذا اعتبر الزوج فارا من الميراث.

02-ثبوت نسب الولد الذي تلده المعتدة في أثناء العدة من زوجها السابق، إذا وضعته بين أقل وأقصى مدة الحمل (م43 ق. أ).

03-على المعتدة أن تبقى وتعتد في البيت الذي تسكنه إلى وقت الفرقة، ولا تخرج منه إلا لضرورة أو عذر، ولا تخرج منه إلا في حالة الفاحشة المبينة (المادة 61 ق. أ).

04-تستحق المطلقة نفقة العدة ما دامت في منزل الزوجية (م61 ق. أ)، ويراعى فيها حال الزوج بشرط عدم خروجها من منزلها.

05-لا يجوز لزوج المعتدة أن يتزوج أختها أو خالتها أو عمتها أثناء عدتها، ولا خامسة وهي في العدة، ولا تحل المعتدة للزواج، ولا تجوز خطبتها إلا تلميحا بالنسبة للمتوفي عنها زوجها فقط دون الباقي.

06-يجب على المعتدة من وفاة شرعا الحداد أو الإحداد أي ترك الزينة، فلا تلبس حليا ولا تمس طيبا ولا تكتحل فيها ولا تخرج من بيتها إلا للضرورة[1].

الفرع الثاني: الحضانة

الحضانة هي أثر من آثار انحلال عقد الزواج بأي طريق كان، وهي مظهر من مظاهر عناية التشريع الإسلامي بالطفولة، وللتفصيل في موضوع الحضانة نتطرق إلى تعريفها (أولا)، وأصحاب الحق فيها (ثانيا)، ثم شروط الحاضن (ثالثا)، وبعدها مدة الحضانة (رابعا)، وأخيرا سقوط الحضانة وعودتها (خامسا).

أولا: تعريف الحضانة

الحضانة لغة مأخوذة من الحضن بكسر الحاء، وهو ما دون الإبط إلى الكشح، وقيل الصدر والعضدان وما بينهما، وتطلق على ضم الولد وتربيته، كالمرأة إذا حضنت ولدها، وتسمى المرأة حاضنة[2].

وتعرف الحضانة في الاصطلاح الشرعي على أنها "تربية الأم أو غيرها ممن له الحضانة للصغير أو الصغيرة قبل الفرقة أو بعدها"[3]، مع أن النزاع المتعلق بالحضانة يطرح بعد الفرقة، ويمكن تعريفها بأنها تربية الولد وحفظه ورعاية شؤونه لمن له حق الحضانة حتى يبلغ سنا معينا ويستطيع أن يستقل بأموره.

كما عرفتها المادة 62 من ق. أ بأنها "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

[1]- سابق (سيد)، مرجع سابق، ص350. ابن رشد، مرجع سابق، ص494.

[2]- البستاني (المعلم بطرس)، محيط المحيط، مج2، مرجع سابق، ص426.

[3]- ابن نجيم (زين الدين بن إبراهيم بن محمد)، البحر الرائق، د. ط، بيروت، دار الكتب العلمية، د. س، ص179.

ثانيا: أصحاب الحق في الحضانة

الحضانة حق مشترك للحاضن وللصغير[1]، وهي من الولاية على النفس، تثبت للحاضن صيانة للصغير وتربيته ورعايته، والقيام بأمر طعامه ولباسه ونظافته في المرحلة الأولى من عمره، وهي المرحلة التي لا يستغني فيها عن النساء[2].

ومن خلال المادة 64 من ق. أ فإن أول صاحب حق في حضانة الولد هي الأم ثم الأب، ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب، ثم الخالة ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، ثم أضافت المادة حكما آخر متعلق بحق الزيارة "... وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"، ويكون المشرع في هذا النص قد خرج عن المبادئ القانونية المستقرة، بحيث ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة حتى وإن لم يطلبه المتقاضين، والزيارة تكون في العطل الأسبوعية والسنوية وفي الأعياد الدينية والوطنية.

فالمشرع من خلال تعديل نص المادة سنة 2005م، جاء بترتيب جديد لأصحاب الحق في الحضانة خلافا لما كان عليه النص القديم، حيث قدموا حق الأب على حق الجدة لأم وعلى الخالة أخت الأم، ثم احتفظوا بشرط مراعاة مصلحة المحضون في كل الأحوال، وهذا يعني أن مصلحة الطفل المحضون فوق كل اعتبار ومن شأنها أن تغير ترتيب الحاضنين، بحيث يمكن أن يمنح حق الحضانة إلى الخالة التي هي في المرتبة الخامسة إذا طلبتها، وإذا كان من شأنها ضمان مصلحة المحضون صحيا وأخلاقيا وتربويا ودينيا وعاطفيا، لأن الحضانة إنما شرعت لمصلحة الولد، لذلك نجد أن الترتيب ليس إلزاميا إنما يحكمه ضابط مصلحة المحضون.

والملاحظ على نص المادة 64 من ق. أ أن أصحاب الحق في الحضانة يغلب عليهم جانب النساء، لكونهن أعرف وأقدر وأصبر وأحن من الرجال على تربية الطفل، وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة تعدد مستحقي الحضانة من درجة واحدة كالخالات والعمات، كان أولاهم بها أصلحهم للحضانة

[1]– سابق (سيد)، مرجع سابق، ص351. صقر (نبيل)، مرجع سابق، ص244.

[2]– بلحاج (العربي)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري...، مرجع سابق، ص379.

قدرة وخلقا، فإن تساووا كان أولاهم أكبرهم سنا، وقد خول القانون للقاضي حق اختيار الأصلح على أساس مصلحة المحضون.

ثالثا: شروط الحاضن[1]

يشترط في الحاضن أهلية الحضانة سواء في النساء أو في الرجال، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 2/62 ق. أ "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، والمشرع لم يوضح المقصود هنا بالأهلية وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن هذه الشروط تتمثل فيما يأتي:

01: شرط العقل

فلا حضانة لمجنون ولا معتوه، وذلك لأن الحضانة ولاية، وغير العاقل لا ولاية له، فهو مولى عليه ويحتاج إلى رعاية، فكيف يتولى شؤون غيره (81 ق. أ).

02: شرط البلوغ

لأن الصغير لا يستطيع أن يقوم برعاية نفسه فلا يصح لرعاية غيره، وسن البلوغ في القانون الجزائري 19 سنة (م40 ق. م).

03: شرط القدرة

وهي الاستطاعة على رعاية الصغير وصيانته في خلقه وصحته، أي بمعنى أن تكون الحاضنة صحيحة الجسم قادرة على القيام بمتاعب الحضانة، فلو كانت عاجزة عن ذلك لمرض أو

[1]– سابق (سيد)، مرجع سابق، 354. الزحيلي (وهبة)، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ط2، سوريا، دار الفكر، 1984م، ص726. السرطاوي (محمد علي)، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط3، الأردن، عمان، 2010م، ص367. الجزيري (عبد الرحمن)، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، كتاب النكاح وكتاب الطلاق، ج4، ط2، بيروت، دار الكتب العلمية، 2003م، ص523.

عاهة أو شلل أو فاقدة لبصرها أو شيخوخة... لم تكن أهلا للحضانة، لعدم قدرتها على القيام بأعبائها من حماية المحضون وحفظ صحته[1].

04: شرط الأمانة والاستقامة

أي أمينا في تصرفاته نحو المحضون، فلا حضانة للمرأة الفاسدة التي لا تقيم للأخلاق الفاضلة وزنا، ولا للمرأة المهملة الضائعة، وقد اتفق معظم فقهاء الشريعة الإسلامية على عدم صحة حضانة الفاسق[2].

05: شرط كون الحاضنة قريبة للولد وذات رحم محرم منه

فلا حضانة لغير القريبة، ومن هنا يشترط في المرأة ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير، وألا تكون في بيت فيه من يبغض الصغير، كزوج الأم والأجنبي عنه، وهذا ضمانا لحسن رعايته وكمال العناية به.

أما بالنسبة للرجل فيشترط لاستحقاقه الحضانة أن يكون عصبة للصغير على ترتيب الإرث بشرط أن يكون محرما، فلا حضانة لابن العم مثلا بالنسبة للصغيرة، وله الحضانة بالنسبة للصبي.

رابعا: مدة الحضانة

يتضح من خلال الاطلاع على نص المادة 65 من ق. أ أن مدة الحضانة بالنسبة إلى الذكر تنقضي وتنتهي ببلوغه سن العاشرة (10) من عمره، وبالنسبة للأنثى ببلوغها سن أهلية الزواج وهو 19 سنة، مع ملاحظة أنه إذا كان الولد قد بلغ سن العاشرة (10) وتبين أنه ما يزال يحتاج إلى رعاية حاضنه أو حاضنته إذا كانت أما ولم تتزوج ثانية، فإنه يجوز للقاضي أن يصدر أمرا على عريضة بتمديد هذه الحضانة من 10 إلى 16 سنة إذا كان ذلك بناء على طلب الحاضن نفسه، بشرط أن يكون التمديد في مصلحة المحضون.

[1]– أعراب (بلقاسم)، مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن: دراسة تأصيلية، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1994، ص142.

[2]– أعراب (بلقاسم)، مرجع سابق، ص142.

أما بالنسبة إلى العبارة الأخيرة من المادة 65 التي مفادها أن على القاضي أن يراعي مصلحة المحضون عند الحكم بانتهاء الحضانة، فيرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن انتهاء الحضانة يقع تلقائيا ببلوغ الذكر سن العاشرة أو السادسة عشر بعد التمديد، وببلوغ الأنثى سن أهلية الزواج، ولا يحتاج الأمر إلى استصدار حكم قضائي ولا إلى حكم ولائي لإثبات انقضاء مدة الحضانة[1].

05: سقوط حق الحضانة وعودته

إن أسباب سقوط حق الحضانة نص عليها قانون الأسرة في عدة مواد ما بين 66 إلى 70، ونص عن سبب عودة حق الحضانة في المادة 71، وهذه الأسباب تتمثل فيما يأتي:

أ-زواج الحاضنة بغير قريب محرم (المادة 66 ق. أ) وهو المطبق على المستوى القضائي[2]، فحالة الإسقاط تفرض على القاضي، مما يجعل سلطته مقيدة وليس له إلا أن يحكم بالإسقاط متى تأكد تزوج الحاضنة بغير قريب محرم[3]، وهناك من يرى بأنه إذا كانت الحاضنة هي الأم وتزوجت مع غير القريب المحرم وكانت مصلحة المحضون تتعلق بأمه، فإن الحضانة مع ذلك لا تسقط لغلبة مصلحته مع أمه[4].

ب-تنازل الحاضن عن حقه في الحضانة كما جاء في المادة 66، وهذا إذا كان تنازل الحاضن عن حقه لا يؤثر على مصالح المحضون، ويشترط في هذا التنازل أن يصدر عن المحكمة المختصة.

ج-اختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62، وهي على ما يظهر عجز الحاضن أو المحكوم له بحق الحضانة عن توفير الرعاية والتربية، وافتقاره للقدرة على تربيته على دين أبيه، وحفظ صحته وخلقه حسب المادة 67 فـ1، وللمحكمة في هذه الحالة أن تأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون، وقد ذهبت المحكمة العليا في هذا الخصوص بأنه متى كان مقرر شرعا أن سقوط حق

---

[1]- سعد (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص141.

[2]- قرار المحكمة العليا بتاريخ 2005/05/18م، رقم 331058، مجلة المحكمة العليا، العدد2، سنة 2005م، ص383. قرار المحكمة العليا بتاريخ 2008/07/13م، نشرة القضاة، العدد 62، سنة 2008م، ص385.

[3]- حميدو (زكية)، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، ص556.

[4]- سعد (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص141.

الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها، وسوء تصرفاتها فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا[1].

أما بالنسبة لعمل المرأة فقد صرحت المادة 67 فـ2-3 على أن عمل المرأة لا يمكن أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحضانة، ومع ذلك لا بد من مراعاة مصلحة المحضون دائما، أي أنه يجوز إسقاط حق الحضانة على العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية وغيرهما مما يخل بمصلحة المحضون.

د-يسقط حق الحضانة إذا لم يطلب من له الحق في ممارستها مدة تزيد عن سنة بدون عذر حسب المادة 68 ق. أ، وهذا يعني أنه إذا كان الطفل موجود في رعاية خالته، وأن الأب أو الأم أو الجدة لم يطلب أحدهم حقه في حضانة الطفل، ومضى على ذلك سنة فأكثر ولم يكن له عذر مقبول فإن حق الحضانة يسقط حتما.

وهناك من يرى بأن القاضي هو من يقدر من الظروف إذا كان التأخير يعني به أن من تجب له الحضانة قد تنازل عنها أم لم يتنازل، وهذه السلطة استمدت بالخصوص من عبارة "بدون عذر" التي توسع سلطة القاضي، ولهذا لا يمكن القول بأن حق الحاضن سيسقط بقوة القانون إذا لم يطال بالحضانة في أجل قدره سنة، وذلك كله صيانة لحقوق المحضون وحماية لمصالحه"[2].

هـ-يسقط الحق في الحضانة أيضا بالسفر، أي إذا أراد الشخص الحاضن أن يستوطن في بلد أجنبي فإن حقه في الحضانة يسقط إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون تتطلب أن يبقى مع حاضنه (المادة 69 ق. أ).

و-تسقط حضانة الجدة والخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم (المادة 70 ق. أ).

[1]- قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1984/01/09م، رقم 31997، المجلة القضائية، العدد1، سنة1989م، ص73.

[2]- حميدو (زكية)، مرجع سابق، ص559.

أما عن عودة الحضانة فإن المادة 71 من ق. أ تنص على أن الحق في الحضانة يعود إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري، أما إذا كان سبب سقوط الحضانة ناتجا عن تصرفات الحاضن بناء على رغبته واختياره، فإن حق الحضانة وفقا لنص المادة السابق لن يعود إليه أبدا بعد سقوطه.

الفرع الثالث: وجوب إسكان المطلقة الحاضنة كأثر من آثار الطلاق

نصت المادة 72 من ق. أ على أنه في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لمن حكم لها القضاء بحق الحضانة سكنا ملائما لتمارس فيه حق الحضانة مع المحضون، وإن تعذر عليه توفير السكن فعليه دفع بدل الإيجار، ومعنى هذا الكلام أنه لإمكانية تطبيق هذه المادة تطبيقا سليما يجب توفر الشروط الآتية:

-أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها يتضمن إسناد حق الحضانة إليها،

-أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون،

-أن يكون للأب مسكنا ملائما يمكن أن يمنحه لمطلقته لتمارس فيه حق الحضانة، وإذا لم يكون بمقدوره ذلك فعليه أن يدفع لها ما يساوي قيمة إيجار سكن لمثل حالة زوجها ولمثلها.

وحماية لحق الولد في السكن مع أمه الحاضنة قرر المشرع حكما في غاية الأهمية تضمنته الفقرة الثانية من المادة، حيث أوجب على الحاضنة أن تبقى في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.

الفرع الرابع: النزاع في متاع البيت

متاع البيت هو مجموعة الأشياء الموجودة في منزل الزوجية، والمخصصة للاستعمال المشترك بين الزوجين، مثل الأفرشة والأغطية، والأجهزة الكهرومنزلية وأثاث غرفتي الجلوس والنوم، وهذه الأشياء منها ما تحضره الزوجة يوم زفافها كجهاز لها، ومنها ما يقتنيه الزوج بمناسبة زواجه، وقد يشتريانه معا خلال حياتهما الزوجية[1].

[1]- سعد (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص147.

وكثيرا ما يحدث النزاع بين الزوجين حول ملكية هذه الأشياء عند الطلاق، أو ورثتهما في حالة وفاتهما أو وفاة أحدهما، بسبب انعدام الدليل على ذلك.

ومن أجل حل مثل هذه النزاعات وضع المشرع قاعدة مستمدة من أحكام الفقه الإسلامي منصوص عليها في المادة 73 ق. أ، مفادها أنه في حالة وقوع النزاع حول متاع البيت بين الزوجين أو ورثتهما، ولم يكن لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال، والمشتركات يقتسمانها مع اليمين.

الخاتمة

الخاتمة

كخلاصة لما جاء في محاضرات مادة قانون الأسرة (الزواج والطلاق)، فقد تناولنا فيها عدة نقاط؛ بداية بمفهوم قانون الأسرة حيث قدمنا لمحة موجزة تخص تعريفه وتطوره ومميزاته، ثم تناولنا محور الخطبة التي ركزنا فيها على طبيعتها القانونية وجواز العدول عنها، وما يترتب عن ذلك من آثار بالنسبة للصداق والهدايا وكذا الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول، وعرجنا على عقد الزواج حيث كان التركيز على تكوين العقد مفصلين في ركن الرضا وشروط عقد الزواج والآثار المترتبة عنه من حقوق وواجبات ونسب، وخلصنا إلى موضوع انحلال عقد الزواج حيث بينا صور الانحلال والآثار المترتبة عنه من عدة وحضانة وغيرها.

في الأخير يمكن القول أنه نظرا لأهمية قانون الأسرة في حياة الطالب الاجتماعية، وتكوينه القانوني، فإن الحجم الساعي المقرر بساعة ونصف أسبوعيا غير كافية لاستيعاب جميع مفردات المادة، وعليه نقترح زيادة الحجم الساعي لهذه المادة لتكون محاضرتين في الأسبوع بدل من محاضرة واحدة، حتى يتمكن الأستاذ من تغطية جميع المفردات الأساسية للمادة بشكل جيد، ويتمكن الطالب من اكتساب المؤهلات العلمية بعد نجاحه في هذه المادة وبذلك نحقق أهداف التعليم.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

-القرآن الكريم

أولا: المعاجم والقواميس

01-البستاني (المعلم بطرس)، محيط المحيط، مج2، مج3، مج5، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2009م.

02-الرازي (زين الدين محمد بن أبي بكر بن عبد القادر)، مختار الصحاح، تحقيق: حمزة فتح الله، مؤسسة الرسالة، 1988م.

03-الفيروز أبادي (مجد الدين محمد بن يعقوب)، القاموس المحيط، ج1، د. ط، بيروت، دار الكتاب العربي، د. س.

04-ابن منظور (جمال الدين محمد بن مكرم)، لسان العرب، مج1، مج2، مج5، مج8، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2005م.

ثانيا: الكتب

أ-كتب الحديث

01-ابن أنس (مالك)، كتاب الموطأ، ط2، بيروت، دار الآفاق الجديدة، د.س.

02- البخاري (أبو عبد الله محمد بن اسماعيل)، صحيح البخاري، ج7، بولاق، مصر، المطبعة الأميرية، 1312هـ.

03-البيهقي (أبو بكر بن أحمد بن الحسين بن علي)، السنن الكبرى، ج7، ط1، مطبعة مجلس دائرة المعارف، 1353هـ.

04-الترمذي (محمد بن عيسى بن سورة)، السنن، ج2، بيروت، دار الفكر، د. س.

05-ابن تيمية (تقي الدين أحمد)، المنتقى من أخبار المصطفى، ج2، ط2، بيروت، دار الفكر، 1974م.

06-ابن حجر (شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي العسقلاني)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: عبد العزيز عبد الله بن باز، ج9، د. ط، بيروت، دار المعرفة، د. س.

07-ابن حجر (شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي العسقلاني)، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، تحقيق: شعبان محمد إسماعيل، ج3، د. ط، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، 1979م.

08-الدارقطني (علي بن عمر)، السنن، كتاب النكاح، ج3، ط4، عالم الكتب، 1986م.

09-أبو داود (سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي)، سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب النهي عن تزويج من لم يلد من النساء، ج2، بيروت، دار ابن حزم، 1997م.

10-الزرقاني (محمد)، شرح موطأ مالك، ج3، د. ط، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، 1979م.

11-الصنعاني (أبو إبراهيم محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني)، سبل السلام، ج2، د. ط، دار الحديث، د. س.

12-المباركفوري (أبو العلا محمد عبد الرحمن ابن عبد الرحيم)، تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في فضل التزويج، ج1، بيروت، دار الكتب العلمية، د. س.

13-ابن ماجه (أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني)، السنن، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج1، بيروت، دار الفكر، د. س.

14-مسلم (ابن الحجاج القشيري النيسابوري)، الجامع الصحيح، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، ج9، القاهرة، دار الكتاب المصري، بيروت، دار الكتاب اللبناني، د. س.

ب-كتب الفقه الإسلامي

01-الآبي (صالح عبد السميع الأزهري)، جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة خليل في مذهب الإمام مالك، ج1، د. ط، بيروت، دار الفكر، د. س.

02-الآبي (صالح عبد السميع الأزهري)، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، د. ط، الجزائر، مكتبة رحاب، د. س.

03-الأشقر (عمر سليمان)، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، د. ط، الأردن، دار النفائس، د. س.

04-بلباقي (عبد المؤمن)، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، د. ط، عين امليلة، دار الهدى، 2000م.

05-ابن تيمية (تقي الدين أحمد)، مجموع فتاوى ابن تيمية، د.ط، المكتب التعليمي السعودي بالمغرب، مكتبة المعارف بالرباط، د. س.

06-ابن جزيء (محمد بن محمد)، القوانين الفقهية، نشر عبد الرحمن بن حمدة اللزام الشريف ومحمد الأمين الكتبي، د. ط، تونس، 1926م.

07-الجزيري (عبد الرحمن)، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، كتاب النكاح وكتاب الطلاق، ج4، ط2، بيروت، دار الكتب العلمية، 2003م.

08-الخرشي (أبو عبد الله محمد المالكي)، الخرشي على مختصر خليل، ج3، بيروت، دار الفكر، د. س.

09-الدردير (أحمد بن محمد)، الشرح الصغير للدردير بحاشية الصاوي، ج2، د. ط، مصر، دار المعارف، د. س.

10-الدريني (فتحي)، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، ج2، د. ط، بيروت، دار قتيبة، د. س.

11-الدسوقي (شمس الدين محمد بن عرفه)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، القاهرة، مطبعة الحلبي، د. س.

12-ابن رشد (أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط1، بيروت، دار ابن حزم، 1999م.

13-الزحيلي (وهبة)، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ط2، سوريا، دار الفكر، 1984م.

14-أبو زهرة (محمد)، عقد الزواج وآثاره، د. ط، القاهرة، دار الفكر العربي، 2011م.

15-أبو زهرة (محمد)، الأحوال الشخصية، ط3، القاهرة، دار الفكر العربي، 1957م.

16-سابق (سيد)، فقه السنة، مج2، د. ط، بيروت، دار الجيل، القاهرة، الفتح للإعلام العربي، 1995م.

17-السرخسي (شمس الدين)، المبسوط، ج5، ط2، بيروت، دار المعرفة، د. س.

18-السرطاوي (محمد علي)، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط3، الأردن، عمان، 2010م.

19-سلمان (نصر) وسعاد (سطحي)، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة في قانون الأسرة، د. ط، الجزائر، عين امليلة، دار الهدى، 2002م.

20-الشربيني (محمد الخطيب)، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج3، بيروت، دار الفكر، د. س.

21-الشافعي (أبو عبد الله محمد بن إدريس)، الأم، ج4، ج5، د. ط، بيروت، دار المعرفة، 1973م.

22-شلبي (محمد مصطفى)، أحكام الأسرة في الإسلام، د. ط، القاهرة، دار النهضة العربية، د. س.

23-الصديق (محمد الصالح)، نظام الأسرة في الإسلام، ط1، عين امليلة، دار هومة، 1999م.

24-ابن عابدين (محمد الأمين)، حاشية ابن عابدين، ج3، د. ط، بيروت، دار الفكر، 1984م.

25-ابن عاشور (محمد الطاهر)، التحرير والتنوير، ج3، د. ط، تونس، الدار التونسية للنشر، الجزائر، المؤسس الوطنية للكتاب، 1984م.

26-العطار (عبد الناصر توفيق)، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية، د. ط، دار ابن حزم، د.س.

27-عويس (عبد الحليم)، موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر، ج2، ط1، المنصورة، دار الوفاء، 2005م.

28-الغرياني (الصادق عبد الرحمن)، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج3، ط1، بيروت، مؤسسة الريان، 2002م.

29-ابن قدامة (أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد)، المغني، ج4، ج7، د. ط، بيروت، دار الكتاب العربي، 1983م.

30-الكاساني (علاء الدين أبي بكر بن مسعود)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج9، بيروت، دار الفكر، 1982م.

31-ابن نجيم (زين الدين بن إبراهيم بن محمد)، البحر الرائق، بيروت، دار الكتب العلمية، د. س.

32-ابن الهمام (كمال الدين محمد بن عبد الواحد الحنفي)، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، ج2، ج3، بيروت، دار الفكر، د. س.

ج-كتب القانون

01-بلحاج (العربي)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ج1، د. ط، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999م.

02-بلحاج (العربي)، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، د. ط، الجزائر، دار هومة، 2013م.

03-سعد (عبد العزيز)، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط4، الجزائر، دار هومة، 2010م،

04-صقر (نبيل)، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، ط1، عين امليلة، دار الهدى، 2006م.

05-عجة (الجيلالي)، مدخل للعلوم القانونية، ج1، ط1، الجزائر، بيرتي للنشر، 2009م.

06-فركوس (دليلة)، الوجيز في تاريخ النظم، ط3، الجزائر، دار الرغائب، 1999م.

07-فركوس (صالح)، تاريخ النظم القانونية والإسلامية، ط1، عنابة، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2001م.

08-لوعيل (محمد لمين)، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، عين امليلة، دار هومه، 2010م.

09-محدة (محمد)، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، ج1، الخطبة والزواج، د. ط، باتنة، دار الشهاب، د. س.

10-مزهود (الصادق)، تاريخ القضاء في الجزائر من العهد البربري إلى حرب التحرير الوطني، ط1، قسنطينة، دار البعث، 2000م.

د-الرسائل العلمية

01-إلياس (مسعودة نعيمة)، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق: دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010م.

02-حميدو (زكية)، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان.

هـ-المقالات العلمية

01-أعراب (بلقاسم)، مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن: دراسة تأصيلية، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1994، ص142.

02-إقروفة (زبيدة)، النسب بين تطور العلم وجمود التشريع في البلدان العربية والغربية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2010م.

03-زودة (عمر)، طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 3 مكرر من قانون الأسرة، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، العدد2، 2012م.

ثالثا: المطبوعات الجامعية

01-تشوار (جيلالي)، محاضرات في قانون الأسرة الجزائري، جزء الأحوال الشخصية، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2009م، الموقع الإلكتروني:

https://www.bibliotdroit.com/2018/01/pdf_38.html

02-بن شويخ (رشيد)، دروس في قانون الأسرة الجزائري، جامعة سعد دحلب، كلية الحقوق، البليدة، 2005م-2006م.

03-كاملي (مراد)، الوجيز في قانون الأسرة، مذكرة للسنة الرابعة علوم قانونية وإدارية، جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، أم البواقي، 2009م-2010م، الموقع الإلكتروني:

https://www.bibliotdroit.com/2018/01/pdf_38.html

رابعا: النصوص القانونية

أ-القوانين والأوامر

01-الأمر رقم 156/66، المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966م، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 23/06، المؤرخ 20 ديسمبر سنة 2006م، (الجريدة الرسمية، العدد 84، المؤرخة في 24 ديسمبر 2006م).

02-الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فبراير 1970م، المتضمن قانون الحالة المدنية، (الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخة في 27 فيفري 1970م)، المعدل والمتمم.

03-الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني، (الجريدة الرسمية، العدد 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975م)، المعدل والمتمم.

04-القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984م، المتضمن قانون الأسرة، (الجريدة الرسمية، العدد 24، المؤرخة في 12 جوان 1984م)، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005م، (الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخة في 27 فيفري 2005م).

05-القانون رقم 09/08، المؤرخ في 25 فيفري 2008م، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخة في 23 أفريل 2008م).

06-القانون رقم 01/15، المؤرخ في 4 يناير 2015م، المتضمن إنشاء صندوق النفقة، (الجريدة الرسمية، العدد1، المؤرخة 7 يناير 2015م).

ب-المراسيم

01-المرسوم التنفيذي رقم 06-154، المؤرخ في 11 ماي 2006م، المتعلق بشروط كيفية تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من قانون الأسرة المتضمن الشهادة الطبية ما قبل الزواج.

خامسا: الأحكام القضائية

01-المجلس الأعلى، قرار بتاريخ 1984/01/09م، رقم 31997، المجلة القضائية، العدد1، سنة 1989م، ص73.

02-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1984/06/25م، ملف رقم 33715.

03-المجلس الأعلى، قرار بتاريخ 1985/04/08م.

04-المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1999/06/15م.

05-المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1993/11/23م، ملف رقم 99000.

06-المحكمة العليا، قرار بتاريخ 2005/05/18م، رقم 331058، مجلة المحكمة العليا، العدد2، سنة 2005م، ص383.

07-المحكمة العليا، قرار بتاريخ 2008/07/13م، نشرة القضاة، العدد 62، سنة 2008م، ص385.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

قائمة المختصرات

مقدمة 1

المبحث الأول: مفهوم قانون الأسرة 4

المطلب الأول: التعريف بقانون الأسرة 4

الفرع الأول: تعريف قانون الأسرة 4

الفرع الثاني: مصادر قانون الأسرة الجزائري 6

الفرع الثالث: موضوعات قانون الأسرة 6

المطلب الثاني: نشأة وتطور قانون الأسرة الجزائري 8

الفرع الأول: مرحلة ما قبل الاستعمار 9

الفرع الثاني: المرحلة الاستعمارية 9

الفرع الثالث: مرحلة ما بعد الاستقلال 10

المطلب الثالث: مميزات قانون الأسرة الجزائري 11

المطلب الرابع: علاقة قانون الأسرة بغيره من القوانين 12

الفرع الأول: علاقة قانون الأسرة بالقانون المدني 12

الفرع الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الإجراءات المدنية والإدارية 12

الفرع الثالث: علاقة قانون الأسرة بقانون الحالة المدنية 13

الفرع الرابع: علاقة قانون الأسرة بقانون العقوبات 13

الفرع الخامس: علاقة قانون الأسرة بالقانون الدولي الخاص 13

المبحث الثاني: الخطبـــــــة 15

المطلب الأول: التعريف بالخطبة 15

الفرع الأول: تعريف الخطبة 15

الفرع الثاني: أنواع الخطبة 16

أولا: الخطبة الصريحة 16

ثانيا: الخطبة التعريضية 16
الفرع الثالث: شروط الخطبة 18
أولا: الشروط اللازم توفرها فيمن يراد خطبتها 18
01: أن تكون المخطوبة خالية من الموانع الشرعية (أن تكون صالحة للزواج) 18
02: أن لا تكون الفتاة مخطوبة للغير 19
ثانيا: الشروط المستحسن توفرها فيمن يراد خطبتها 20
01: أن تكون المخطوبة من غير القريبات للخاطب 20
02: أن تكون المخطوبة بكرا ولودا 20
03: أن تكون المخطوبة ذات دين وخلق 20
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية والشرعية للخطبة 21
الفرع الأول: الطبيعة القانونية للخطبة 21
الفرع الثاني: الطبيعة الشرعية للخطبة 22
الفرع الثالث: مسألة اقتران الخطبة بالفاتحة 23
المطلب الثالث: آثار العدول عن الخطبة 24
الفرع الأول: حكم الصداق في حالة العدول 24
الفرع الثاني: حكم الهدايا في حالة العدول 25
أولا: حكم الهدايا في حالة العدول في الفقه الإسلامي 25
ثانيا: حكم الهدايا في حالة العدول في قانون الأسرة الجزائري 25
الفرع الثالث: حكم التعويض عن الضرر المادي والمعنوي في حال العدول 28
المبحث الثالث: الـــــــــزواج 31
المطلب الأول: التعريف بالزواج 31
الفرع الأول: تعريف الزواج 31
الفرع الثاني: خصائص عقد الزواج 34
الفرع الثالث: الحكم الشرعي للزواج (الوصف الشرعي للزواج) 35

أولا: الحكم العام للزواج 35
01: أدلة الترغيب في الزواج من القرآن الكريم 35
02: أدلة الترغيب في الزواج من السنة النبوية الشريفة 35
ثانيا: الحكم الخاص للزواج 36
01: حالة كون الزواج واجبا 36
02: حالة كون الزواج حراما 37
03: حالة كون الزواج مكروها 37
04: حالة كون الزواج مستحبا 37
05: حالة كون الزواج مباحا 37
رابعا: الحكمة من الزواج 37
المطلب الثاني: تكوين عقد الزواج 39
الفرع الأول: ركن الرضا في عقد الزواج 39
أولا: مفهوم الرضا في عقد الزواج 39
ثانيا: شروط الصيغة في عقد الزواج 40
01: أن تكون بألفاظ مخصوصة 40
02: أن تكون شفوية متلفظ بها 40
03: أن تدل على الدوام والتنجيز 41
04: الفورية 41
05: موافقة القبول للإيجاب من كل وجه 42
06: عدم رجوع الموجب عن إيجابه قبل القبول 43
07: أن تكون الإرادة خالية من العيوب 43
ثالثا: مسألة الاشتراط في عقد الزواج 43
رابعا: مسألة الوكالة في عقد الزواج 44
الفرع الثاني: الشروط الموضوعية في عقد الزواج 45

أولا: شرط الأهلية في عقد الزواج..... 46
01: سن الأهلية في عقد الزواج 46
02: الإعفاء من شرط سن الأهلية 47
03: مخالفة وتجاوز شرط سن الأهلية..... 48
ثانيا: شرط الصداق في عقد الزواج..... 48
01: تعريف الصداق 49
02: حكم الصداق..... 49
03: شروط الصداق..... 50
04: أوضاع الصداق..... 51
أ-حالة كون الصداق معجلا كله 52
ب-حالة كون الصداق مؤجلا إلى ما بعد الدخول 52
ج-حالة كون الصداق معجلا في بعضه ومؤجلا في البعض الآخر 52
05: حالات استحقاق الزوجة للصداق..... 52
أ-حالة استحقاق الزوجة للصداق المسمى كاملا 52
ب-حالة استحقاق المرأة لنصف الصداق المسمى..... 53
ج-حالة استحقاق المرأة لمهر المثل 53
06: مسألة قيام النزاع بشأن الصداق 53
ثالثا: شرط الولي في عقد الزواج 54
01: تعريف الولاية 54
02: شروط الولي 54
03: أنواع الولاية..... 55
أ-الولاية القاصرة على النفس..... 55
ب-الولاية المتعدية على النفس..... 58
04: جزاء تخلف شرط الولي..... 59

رابعا: شرط الإشهاد في عقد الزواج (الشهود) 59
01: تعريف الشهادة..... 60
02: حكم الشهادة في عقد الزواج 60
03: شروط الشهود..... 61
خامسا: شرط انعدام الموانع الشرعية في عقد الزواج..... 62
01: المحرمات تحريما مؤبدا..... 63
أ-المحرمات بسبب القرابة 63
ب-المحرمات بسبب المصاهرة 63
ج-المحرمات بسبب الرضاع..... 65
02: المحرمات تحريما مؤقتا 66
أ-المحصنة..... 66
ب-المعتدة من طلاق أو وفاة..... 66
ج-المطلقة ثلاثا..... 67
د-الجمع بين الأختين أو المرأة وعمتها وخالتها 67
هـ-زواج المسلمة مع غير المسلم 68
و-الزيادة على أربع نساء..... 68
03: جزاء مخالفة شرط انعدام الموانع الشرعية..... 68
الفرع الثالث: الشروط الشكلية في عقد الزواج..... 68
أولا: الجهة المختصة بإبرام عقد الزواج 69
ثانيا: الوثائق المطلوبة لإبرام عقد الزواج..... 70
ثالثا: الشهادة الطبية كشرط شكلي في عقد الزواج..... 70
الفرع الرابع: أنواع النكاح من حيث الفساد والبطلان..... 71
أولا: الزواج الفاسد 71
ثانيا: الزواج الباطل..... 72

المطلب الثالث: آثار عقد الزواج..... 74
الفرع الأول: حقوق وواجبات الزوجين 74
أولا: الحقوق والواجبات الشخصية 74
01: الحقوق والواجبات الشخصية المشتركة..... 74
02: حق الزوج في التعدد 75
ثانيا: الحقوق والواجبات المالية 76
01: الحقوق المالية المشتركة 76
02: حرية الزوجة في التصرف في مالها 77
03: حق الزوجة في النفقة الزوجية..... 78
أ-تعريف النفقة..... 78
ب-حكم النفقة ودليل شرعيتها..... 78
ج-معايير تقدير النفقة..... 79
الفرع الثالث: ثبوت النسب وإثباته في قانون الأسرة 80
أولا: ثبوت النسب بالزواج الصحيح..... 80
ثانيا: إثبات النسب بالإقرار..... 81
01: الإقرار التعلق بنفس المقر (الإستلحاق، الإقرار بالبنوة، والأبوة، والأمومة) 82
02: الإقرار المتعلق بغير المقر (الإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة)..... 82
ثالثا: إثبات النسب البينة..... 82
رابعا: ثبوت النسب بنكاح الشبهة 82
خامسا: ثبوت النسب بالنكاح الباطل..... 83
سادسا: اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب 83
المبحث الرابع: انحلال عقد الزواج..... 86
المطلب الأول: التعريف بالطلاق 86
الفرع الأول: تعريف الطلاق 86

الفرع الثاني: الحكم الشرعي للطلاق وأدلة مشروعيته 87
أولا: أدلة مشروعية الطلاق من القرآن الكريم 87
ثانيا: أدلة مشروعية الطلاق من السنة النبوية الشريفة 87
ثالثا: أدلة مشروعية الطلاق من الإجماع 88
الفرع الثالث: حكمة تشريع الطلاق 88
الفرع الرابع: أقسام الطلاق 89
أولا: أقسام الطلاق من حيث جواز مراجعة الزوجة 89
01: الطلاق الرجعي 89
02: الطلاق البائن بينونة صغرى 90
03: الطلاق البائن بينونة كبرى 92
ثانيا: أقسام الطلاق من حيث الصيغة 94
01: الطلاق المنجز 94
02: الطلاق المضاف إلى المستقبل 94
03: الطلاق المعلق على شرط 94
ثالثا: أقسام الطلاق من حيث موافقة السنة 95
01: الطلاق السني 95
02: الطلاق البدعي 95
المطلب الثاني: صور انحلال عقد الزواج 95
الفرع الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج 96
أولا: الطلاق التعسفي 96
ثانيا: الإجراءات القانونية للطلاق 97
الفرع الثاني: الطلاق بالتراضي 99
الفرع الثالث: انحلال الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة 100
أولا: التطليق بطلب من الزوجة 100

01: عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج (المادة 1/53) 100
02: العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج (المادة 2/53) 101
03: الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر (المادة 3/53) 103
04: الحكم على الزوج بعقوبة جناية أو جريمة ماسة بشرف الأسرة ويستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية (المادة 4/53) 103
05: غياب الزوج لمدة تزيد عن السنة بلا عذر ولا نفقة (المادة 5/53) 104
06: مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من ق. أ (المادة 6/53) 105
07: ارتكاب فاحشة مبينة (المادة 7/53) 105
08: الشقاق المستمر بين الزوجين (المادة 8/53) 105
09: مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج (المادة 9/53) 105
10: كل ضرر معتبر شرعا (المادة 10/53) 106
ثانيا: الخلع (الطلاق مقابل مبلغ من المال) 106
01: تعريف الخلع 106
02: شروط الخلع 108
03: مقابل الخلع (بدل الخلع أو العوض) 108
الفرع الرابع: انحلال الرابطة الزوجية بالفسخ 109
أولا: تعريف الفسخ 109
ثانيا: حالات فسخ عقد الزواج 109
ثالثا: الفرق بين الفسخ والطلاق 110
رابعا: آثار فسخ عقد الزواج 110
المطلب الثالث: آثار انحلال عقد الزواج 111
الفرع الأول: العدة 111
أولا: تعريف العدة 112

ثانيا: الحكم الشرعي للعدة والحكمة من تشريعها 112
ثالثا: أنواع العدة.....113
01: عدة الحامل 113
02: عدة المطلقة غير الحامل 113
03: عدة المتوفي عنها زوجها 114
04: عدة زوجة المفقود 115
رابعا: أحكام العدة 115
الفرع الثاني: الحضانة.....116
أولا: تعريف الحضانة 116
ثانيا: أصحاب الحق في الحضانة 117
ثالثا: شروط الحاضن 118
01: شرط العقل.....118
02: شرط البلوغ 118
03: شرط القدرة.....118
04: شرط الأمانة والاستقامة.....119
05: شرط كون الحاضنة قريبة للولد وذات رحم محرم منه.....119
04: مدة الحضانة.....119
05: سقوط حق الحضانة وعودته 120
الفرع الثالث: وجوب إسكان المطلقة الحاضنة كأثر من آثار الطلاق.....122
الفرع الرابع: النزاع في متاع البيت 122
الخاتمة 125
قائمة المراجع.....127
فهرس المحتويات 137