



Ministry of Higher Education and
Scientific Research

Université Algérienne
Faculty of Law and Political Science
V/D of post-graduation and research
Scientific and external relations
Scientific Council

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

نيابة العمادة لما بعد التدرج والبحث العلمي

والعلاقات الخارجية

المجلس العلمي

الشلف في : 03 ماي 2026

الرقم: 190 / م.ع. / 2026

مستخرج من محضر المجلس العلمي العادي للكلية

رقم: 03 بتاريخ: 03 ماي 2026

المجلس العلمي لكلية الحقوق والعلوم السياسية المنعقد في الثالث من شهر ماي من عام ألفين و ستة وعشرون على الساعة التاسعة صباحا بقاعة الاجتماعات للكلية، تحت رئاسة السيد (ة) الدكتور: طرايش عبد الغني بصفته (ها) رئيس (ة) المجلس العلمي للكلية.
وبعد الإطلاع على التقارير الإيجابية للجنة الخبراء المشكلة من السادة:

الاسم واللقب	الرتبة	مؤسسة الانتماء
أ.د. براهيم عماري	أستاذ	جامعة الشلف
أ.د. رقية سكيل	أستاذ	جامعة الشلف
د. نسيم بوشريعة	أستاذ محاضر (أ)	جامعة أحمد زبانه - غليزان

صادق المجلس العلمي على اعتماد المطبوعة المقدمة من طرف الدكتورة: عبيشات أمينة أستاذ محاضر "ب" بعنوان: " مطبوعة بيداغوجية في مقياس قانون الأسرة " الموجهة لطلبة المستوى الثانية ليسانس جذع مشترك حقوق.

رئيس المجلس العلمي

كلية الحقوق و العلوم السياسية
رئيس المجلس العلمي
د: طرايش عبد الغني



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص



محاضرات في قانون الأسرة

مطبوعة بيداغوجية موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس

جذع مشترك حقوق

إعداد الدكتورة: عبّيشات أمينة

الموسم الجامعي

2025-2024

[illegible]

مقدمة:

يكتسي مقياس قانون الأسرة أهمية كبيرة في المسار التكويني لطلبة السنة ثانية ليسانس، كونه مقياس نظري أين يعود على الطالب بالفائدة العلمية والعلمية، ويساعده في تحليل القضايا الأسرية، كما يساهم المقياس في عرض التكوين الأمثل، من حيث تحديد أهمية الأسرة في المجتمع وضرورة حمايتها من أي اعتداء ومساس.

كما يسمح للطالب بالتعامل مع القضايا المطروحة في الواقع العملي من خلال الوقوف على الاجتهاد القضائي المتعلق بالقضايا الأسرية خاصة. سيما وأن قانون الأسرة يعتبر من أهم القوانين التي تساهم في بناء المجتمع فكان جديرا بتدريسه لطلبة الحقوق وتعليمهم أهمية الأسرة في المجتمع والعمل على صيانتها إنطلاقا من هذا المقرر.

المحور الأول:

تطور قانون الأسرة في الجزائر

مر قانون الأسرة بعدة مراحل تاريخية وتشريعية ساهمت في صياغة القواعد المنظمة لشؤون الأسرة الجزائرية وفيما يلي سنحاول توضيح ذلك من خلال مايلي:

أولاً- التطور التاريخي

شهدت الأسرة أثناء تواجد المستعمر الفرنسي عدة تشريعات وقوانين نظمت من خلالها العلاقات فيما بينها كالآتي¹:

1- المرحلة الإستعمارية:

خضعت الأسرة الجزائرية قبل الاحتلال الفرنسي لأحكام وقواعد الفقه الإسلامي وللمعاملات والأعراف المحلية الوطنية.

غير أنه ابتداء من سنة 1830 حارب الإستعمار الفرنسي الفقه الإسلامي على أساس أنه نظام غير قابل للتطور والحركة. حيث عمد المشرع الفرنسي عن طريق سلسلة من التشريعات الإستعمارية التدخل في قانون الأسرة الإسلامي ونظام العائلة الجزائرية، ونذكر على سبيل المثال ما يلي:

- القانون الصادر في 1930/03/02، الخاص بالخطبة وتحديد سن الزواج 15 للفتى

والفتاة

- المرسوم رقم 59-1082 المؤرخ في 1959/09/17، المتعلق بتنظيم الزواج وانحلاله في

الجزائر وهو مرسوم يحدد شروط تطبيق الأمر 59-274، حيث تناول توضيح نصوص هذا المرسوم إلى انعقاد عقد الزواج.

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، أحكام الزواج، 2017، ص 17، ص 18.

2- المرحلة ما بعد الإستقلال:

بعد الإستقلال استمر القضاء وفق قواعد النظام الفرنسي وذلك سدا للفرغ التشريعي والقانوني وذلك بإصدار القانون¹ رقم 62-157 المؤرخ في : 1962/12/31²، حيث نص في مادته الثانية على ضرورة استمرارية العمل بالقانون الفرنسي فيما عدا في مواده المخالفة للحقوق والحريات العامة أو تلك الماسة بالسيادة الوطنية.

ومن بين القوانين التي أصدرتها الحكومة الجزائرية لتنظيم الشؤون بعض الشؤون الأسرية نذكر مايلي:

* القانون رقم 63-224 الصادر في 1963/06/29 المتعلق بتنظيم سن الزواج وإثبات العلاقة الزوجية، حيث تضمن الحد الأدنى لسن الزواج ب: (18 سنة للرجل و16 سنة للمرأة)
*الأمر رقم 65/71 المؤرخ في: 1971/09/22 الخاص بكيفية إثبات الزواج ؛ إن لم يكن موضوع عقد الزواج محرر في سجلات الحالة المدنية (ج. ر رقم 79 بتاريخ 1/09/28)
واستمرت هذه النصوص في التطبيق إلى أن الغيت بمقتضى:
* الأمر 73-29 الصادر في: 1973/07/05 والمتضمن إلغاء القانون رقم 62-157
الرامي على تطبيق القوانين الفرنسية وأقر مبدأ القضاء على التبعية التشريعية والقانونية.

ثانيا- التطور التشريعي:

شهدت الجزائر بعد استرجاع السيادة فراغا تشريعيا في مختلف المجالات والنواحي منها الأسرية، بحيث لم يكن هناك قانون خاص بالأسرة الجزائرية يحتكم إلى قواعده لتنظيم العلاقات الأسرية وفض النزاعات الحاصلة بين أفرادها إلا بعد حوالي 20 عاما أين عرفت الجزائر أو قانون للأسرة الجزائرية وتبعه بعد ذلك تعديل له بعد حوالي 21 عام من صدوره كما هو موضح من خلال النقاط الآتية:

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 19.

² - يراجع الجريدة الرسمية العدد 2 بتاريخ 1963/01/11.

1 - ميلاد قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984

إن أول تشريع نظم الأسرة بعد الاستقلال كان القانون رقم 11/84 الصادر في 1984/06/09 بعنوان قانون الأسرة فطيلة عشرين سنة من الاستقلال ظل موضوع العمل على إيجاد قانون للأسرة الجزائرية الجديدة محل أخذ ورد ونقاش وحوار استغرق مدة من الزمن لم يستغرقها أي قانون غيره، ولكن بعد أن صدر قانون الأسرة من بين حمّة صراع الأفكار فإن بإمكان المرء أن يلاحظ أنه وإن كان لم يكن قانونا في مستوى العشرين سنة من النقاش وإعادة النقاش، إلا أن مجرد صدوره يعتبر نصرا للمشرعين المناضلين ومكسبا للقضاة وللمتقاضيين.

هذا القانون الذي قنن أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية وفي حالة عدم وجود نص تشريعي يرجع لأحكام الفقه الإسلامي المشرع الجزائري في المادة 222 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" كما أن المادة 223 "تعلن أنه" تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون.

2- تعديل قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 02/05:

تم تعديل قانون الأسرة رقم 11/84 بالأمر 02-05 والذي تم بموجب إعادة التوازن في الحقوق والواجبات بين الزوجين تماشيا مع ما ينصّ عليه دستور البلاد وما تقتضيه التزاماتنا الدولية وقيمنا الحضارية، كلّ ذلك إنّما جاء لهدف ترقية مركز المرأة القانوني في المجتمع. ويلمس ذلك من خلال سنّ جملة من القوانين تنطوي على مبدأ منع التمييز ضد المرأة، في مختلف القوانين، قانون الجنسية، العمل، الصحة، العقوبات، قانون الأسرة، ومن هنا تبرز مكانة المرأة في التشريع الجزائري.

والجدير بالملاحظة أن قانون الأسرة الجزائري تم تعديله بموجب أمر صدر بتاريخ 02/27/2005 بأمر من رئيس الجمهورية ثم أحيل على البرلمان وتمت المصادقة عليه بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 04/05/2005، وقد مس هذا التعديل 41 مادة بين الإلغاء والتعديل والإضافة.

ومن خلال ما تقدم يمكن للطالب أن يستنتج مفهوما لقانون الأسرة والذي يراد به أنه :
"مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الأسرية، مثل الزواج والطلاق والنفقة
والحضانة والوصاية..."

المحور الثاني

الخطبة

يعتبر الزواج الركيزة الأساسية التي يقوم عليها المجتمع، لذا خصه الإسلام بمقدمة من منطلقها يتم الإقدام على إنشائه وذلك بعد تعارف وتفكير بين الطرفين، وهو ما اصطلح على تسميته بالخطبة، وعلية ما المقصود بالخطبة؟ وماهي الشروط الواجب توافرها فيها؟ وهو ما سنبينه من خلال العناصر الآتية:

أولاً- مفهوم الخطبة:

تتقارب معاني الخطبة في الوضع اللغوي، وفي المفهومين الشرعي والقانوني كالآتي:

1- فهي في اللغة: بكسر الخاء هي طلب الزواج حيث يقال خطبها إلى أهلها؛ أي طلبها منهم للزواج¹. أما بضمّها -أي الخطبة- فهي الكلام الذي يلقي.

2- وفي الاصطلاح الفقهي:

درج الفقهاء على تعريف الخطبة بأنّها: " التماس التزويج"، ذلك أن خطبة الرجل للمرأة التماس منه لتزويجه إيّاها، وعرفها وهبة الزحيلي بقوله: "هي إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة وإعلام المرأة أو وليها بذلك".

وعرفت: " طلب الرجل التزوج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية".

ومعلوم أن الخطبة تمر بمرحلتين؛ مرحلة أولى تقتصر على مجرد الطلب والالتماس، ومرحلة ثانية يحدث فيها القبول والتراكن؛ لأن مجرد الالتماس والطلب لا تنظمه أحكام الشرع أو القانون، بينما حينما يتحول إلى وعد بالزواج وهذا بعد قبول الطلب فينتظم من حيث ما يمكن أن ينجر عنه من آثار قد تلحق أحد الطرفين أو كلاهما.

¹ - الإمام العلامة ابن منظور، لسان العرب، فصل الخاء المعجمة، طبعة جديدة ومصححة وملونة اعتنى بتصحيحها، أيمن محمد عبد الوهاب، محمد الصادق العبيدي، الجزء الرابع، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ لإسلامي، بيروت، الطبعة الثالثة، 1999، ص 135.

وعليه فيكون تعريف الخطبة بما يلي: "تواعد متبادل بين رجل وامرأة خالية من الموانع الشرعية أو من يمثلها بعقد الزواج في المستقبل".

3- وفي الاصطلاح القانوني:

فقد عرّف المشرع الجزائري الخطبة وفقا لنص المادة الخامسة منه بأنها: "وعد بالزواج ويجوز للطرفين العدول عنها" ويلاحظ أن قانون الأسرة عرّف الخطبة في مرحلتها الثانية أي ليس عند إظهار الرغبة ولكن بعد إعطاء الموافقة؛ فالخطبة إذن هي التي تتم بعد إجابة الطالب لطلبه فعندئذ تصبح وعدا.

وما يلاحظ على تعريف المشرع الجزائري للخطبة أنه لم يتعرض لتعريفها بل إكتفى بوصف طبيعتها بأنها وعد بالزواج؛ فهي بهذا المفهوم اتفاق تمهيدي أي مجرد وعد بالزواج في المستقبل غير ملزم.

فمن خلال هذه التعريف نستنتج أن الخطبة ما هي إلا وسيلة للتعارف بين الخاطبين، وليست التزاما قانونيا يتمتع بقوة إلزامية تلزم الطرفين معا. فمجرد الوعد أو التواعد لا ينشأ التزاما وهذا ما جرت عليه أحكام الشريعة الإسلامية؛ ولو اعتبرت الخطبة عقدا ملزما بإجراء عقد الزواج مستقبلا لفقدت وظيفتها والغاية من تشريعها.

ثانيا- الشروط الواجبة في الخطبة:

لا يباح خطبة امرأة إلا إذا اشترط فيها شرطان¹:

* أن تكون خالية من الموانع

* أن لا تكون مخطوبة لغيره قبل أن يتقدم لخطبتها.

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآراء الفقهية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخریجها، الجزء السابع، الأحوال الشخصية، دار الفكر، سوريا، الطبعة الثانية، 1985، ص 15.

1- أن تكون المخطوبة خالية من الموانع الشرعية (مؤبدة أو مؤقتة)

فیجب أن تكون المخطوبة ممن تحل للرجل الخاطب شرعا للزواج بها وقت الخطبة؛ لأنه من لا یجوز الزواج بها لا یجوز خطبتها، وهذا ما لزم معه خلو المخطوبة من الموانع المؤبدة والموانع المؤقتة.

فلا یجوز له أن یخطب من یحرم بینهما الزواج بسبب النسب أو المصاهرة أو الرضاع لأنهن محرمات تحریما أبديا، ولا یجوز له أن یخطب زوجة الغير ولا مشرکة ولا معتدة ما دام سبب التحريم باقیا، فإذا زال المانع جاز كأن تسلم المشرکة أو تعتنق دینا سماویا، أو طلق الغير امرأته وانقضت عدتها فإنه یجوز خطبتها.

*وینبغي التفريق فی المعتدة من طلاق الغير بین ثلاث حالات:

أ- المعتدة من طلاق رجعي:

وهنا لا یجوز خطبتها باتفاق الفقهاء لا بالتصریح ولا بالتعريض؛ لأنها لم تخرج من عصمة زوجها وله أن یراجعها فی أي وقت شاء.

ب- المعتدة من وفاة:

یجوز خطبتها تعریضا لا تصریحا باتفاق الفقهاء لقوله تعالى: ﴿ولا جناح علیکم فیما عرّضتم به من خطبة النساء أو أكننتم فی أنفسکم﴾، وقد أجازت خطبتها بالتعريض لانقطاع صلة الزوجية بمجرد الوفاة، وحرّم التصریح مراعاة لمشاعر الحزن والحداد لدى المرأة المعتدة ومنعاً لأذیة الورثة.

ج- المعتدة من طلاق بائن:

اتفق الفقهاء علی أن المرأة المعتدة من طلاق بائن سواء أكان بائنا بینونة صغری أم کبری لا تجوز خطبتها بطریق التصریح، أما خطبتها بطریق التعريض محل خلاف بین الفقهاء:

- فیری المالکیّة والشافعیّة و الحنابلة:

أن المرأة المعتدة من طلاق بائن سواء أكان بائن بينونة صغرى أو كبرى تجوز خطبتها بطريق التعريض، وقد استدلووا على ذلك بقوله تعالى: ﴿ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم﴾، ولفظ النساء في الآية عام يدخل فيه المعتدة، بالإضافة إلى انقطاع سلطة الزوج على المرأة المطلقة طلاقاً بائناً.

- أما الحنفية:

يرون أن المرأة المعتدة من طلاق بائن سواء أكان بائن بينونة صغرى أو كبرى لا تجوز خطبتها بطريق التعريض؛ لأنه قد يعرضها لارتكاب محذور، فقد يحملها عرضها على الزواج بهذا الخاطب على الإخبار بانقضاء عدتها وهي لم تنقض بعد، بالإضافة أن خطبة المرأة المعتدة من طلاق بائن يثير الأحقاد بين زوجها السابق وبين خطيبها الجديد.

2- أن لا تكون مخطوبة لغيره:

فقد نهى صلى الله عليه وسلم أن يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له في قوله: " لا يبيع أحدكم على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه، حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب"؛ وخطبة الرجل على خطبة أخيه في موضع النهي محرمة¹. والمراد من ذلك أن في خطبتها اعتداء على الخاطب الأول وإيذاء له، زيادة على ما يترتب على حلها من الضغينة بين الخاطبين وإيقاع لعداوة بينهما². والخطبة الأولى لا تخرج عن ثلاثة أحوال:

¹ - المغني لابن قدامة، تأليف محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الجزء السابع (النكاح - الإيلاء)، 1969-1989، ص. 146.

² - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 78.

أ- الحالة الأولى: أن تجدد قبولا وهنا تكون الخطبة الثانية محرمة اتفاقا؛ لأنها اعتداء صريح على حق الخاطب الأول الذي ثبت حقه بالفعل.

ب- الحالة الثانية: أن ترفض خطبة الأول وحينئذ تعتبر كأن لم تكن فيجوز للخاطب الثاني أن يتقدم لعدم ثبات أي شيء للخاطب الأول.

ج- الحالة الثالثة: أن تسكت عن الرد؛ هناك تردد بين القبول والرفض، وهي الحالة التي اختلف فيها الفقهاء على النحو الآتي:

- الشافعية أباحوا خطبتها لاعتبار سكوتها رفضا ضمنيا.

- أما مالك والحنفية فقد ذهبوا إلى عدم جواز ذلك؛ لأن سكوتها لا يدل على الرفض فرمما كانت تتحرى عن الخاطب الأول وتقدم الخاطب الثاني قد يمنعها من التحري، فيكون في تصرفه اعتداء على غيره الذي يتوقع قبول خطبته.

- وقد ذكر ابن القاسم من المالكية: أنه إنما تحرم خطبة الثاني على الأول إذا كانا متساويين في الصلاح والاستقامة، أما إذا كان الأول غير صالح والثاني صالحا، أو كان الأول غير أهل في العادة لخطبة الفتاة والثاني أهلا لها فلا يمتنع عن الثاني خطبتها.

ثالثا- حكم العقد إذا خطب الرجل على خطبة أخيه:

وهنا اختلف الفقهاء القائلون بتحريم الخطبة الثانية في حكم العقد الذي يتم بناء عليها وعلى النحو الآتي:

1- ذهب جمهور الفقهاء إلى أن العقد صحيح قضاء ولكن الخاطب يكون آثما ديانة وهذا قول الشافعية والحنفية والحنابلة، لأن الخطبة ليست شرطا في صحة الزواج ولا ركنا من أركانه فلا تؤثر فيه.

2- وللمالكية في هذه المسألة ثلاثة آراء، رأي كالجهمور ورأي كالظاهرية، ورأي أن العقد يفسخ إذا علم به القاضي قبل الدخول ولا يفسخ بعد الدخول لتأكد العقد به، ولما يترتب عن العقد أضرار فيكون صحيحا.

رابعاً-الطبيعة القانونية للخطبة وأثر العدول عنها:

سنحاول في هذه المحاضرة التوضيح للطلاب الطبيعة القانونية للخطبة وكذا أثر العدول عنها على النحو الآتي:

1- الطبيعة القانونية للخطبة:

لقد اختلف الفقه في تكييف الطبيعة القانونية للخطبة فهي عقد ملزم أم مجرد وعد لا ترتقي إلى مرتبة العقد على اتجاهات ثلاث:

أ- الاتجاه الأول: الخطبة وعد بالزواج وليست بعقد.

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الخطبة من مقدمات الزواج وهي لا تضي عليها أثراً ملزماً، إذ اعتبروها وعداً بالزواج وليست بعقد، أي ليست لها قوة الإلزام والالتزام. والوعد بالعقد ليست له قوة العقد إطلاقاً في إلزام طرفيه بآثار العقد.

وهذا الاتجاه هو الذي تبنته الشريعة الإسلامية ومعظم قوانين الأحوال الشخصية العربية. فالخطبة لا تقيد أحداً من المتواعدين بالزواج إذ لكل منهما أن يعدل عن هذا العقد متى شاء. والقول بغير هذا يتعارض مع المقصد الأساسي من تشريع الخطبة التي هي مجرد مرحلة وسطى للتفكير في الزواج. كما أن القول بغير ذلك يعدم مبدأ الحرية في الزواج.

ب- الاتجاه الثاني: الخطبة عقد ملزم والعدول عنها يوجب التعويض

اعتبر هذا الاتجاه الخطبة بمثابة عقد ملزم، ولا يمكن للأطراف العدول عنها، إلا بالإرادة المشتركة أو الإقالة الاختيارية. وإذا عدل أحد الأطراف عنها يسأل على أساس المسؤولية العقدية. هذا وقد وجهت لهذا الرأي ومن هذه الانتقادات ما ذكره "توفيق حسن فرج" الذي قال بأن القواعد العامة التي تطبق في العقود المالية تختلف بشكل كبير عن تلك التي تتعلق بالزواج.

ومثال هذا أن الوعد بالزواج لا يصدر من مدين إلى دائن كما هو الأمر بالنسبة للعقود العادية. فالزواج هو رباط ييم نفسين أو روحين.

ج- الاتجاه الثالث: الخطبة عقد والعدول عنها لا يوجب التعويض إلا إذا تعسف أحد طرفيها في العدول.

ما يميز هذا الاتجاه عن سابقه هو إمكانية إنهاء الخطبة بإرادة أحد الخطيين المنفردة متى كانت هناك أسباب مشروعة لذلك. أما إذا تم إنهاؤها بلا أسباب مشروعة فإن المخل بالخطبة يكون متعسفا في استعمال حق العدول. ونتيجة لذلك يجب عليه التعويض¹.

ورغم أن هذا الاتجاه يبدو كحل وسط بين الاتجاه الأول والثاني فإنه لم يسلم هو الآخر من نقد.

والنقد الذي وجه إليه يتعلق بنظرية التعسف في استعمال الحق في شأن العدول عن الخطبة.

وهذه القاعدة يستشف منها أن لكلا الطرفين الحرية في العدول عن الخطبة. وبالتالي فهذا العدول هو ممارسة لحرية الشخص في عدم إتمام الزواج الشيء الذي يعني أن الخاطب يمارس حريته في عدم التعاقد. وهذا من الحريات العامة التي يستوي الأفراد في شأنها من المركز.

وعليه فالقول بأن العدول عن الخطبة بدون مبرر يترتب مسؤولية تقصيرية باعتباره تعسفا قول مردود وغير مقبول، لأن ذلك يعني أن للوعد بالزواج صفة إلزامية، والأمر عكس ذلك.

2- أثر العدول عن الخطبة :

يجدر بنا القول بداية أنه ليس لمجرد العدول عن الخطبة أثر على الإطلاق؛ لأن الذي يعدل عن الخطبة إنما يستعمل حقه المشروع، وبالتالي فلا مجال للقول بالحكم بالتعويض لمجرد العدول من أحدهما وإن كان العدول عن الخطبة دون مبرر؛ خلقا ذميما منافيا مع الأخلاق وتعاليم الإسلام التي تحث على الوفاء بالوعد - على الرأي المختار -، ولكن قد يكون الخاطب

¹ - عماري براهيم، المرجع السابق، ص. 29.

قدّم المهر أو الهدايا وكونه يتسبب في ضرر مادي أو أدبي بعدوله عن الخطبة. ولكل أمر حكم خاص يختص به كما يلي:

أ- المهر: سنتعرض من خلال هذا إلى معرفة موقف القانون والقضاء من قضية تقديم المهر أثناء فترة الخطوبة ومصيره في حالة العدول عنها على النحو الآتي:

- موقف القانون:

بالوقوف على نص المادة السادسة من قانون الأسرة الجزائري فإننا نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتحدث عن مسألة تقديم المهر من الخاطب أثناء فترة الخطوبة، ولم يبين حكمه بعد عدول أحد الطرفين، سيما وكما هو معلوم أن الصداق لا يجب للمرأة إلا بالعقد الصحيح عليها.

- موقف القضاء¹:

وجاء في القرار المؤرخ في 13/07/1993: "من المقرر قانونا أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج أن ترد ما لم يستهلك من هدايا وغيرها، ولا تستحق الزوجة نصف الصداق إلا عند الطلاق قبل الدخول. ولما ثبت في قضية الحال أن الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج وبدون مبرر شرعي أو قانوني².

وعليه لا يمكن والحالة هذه تحميل المطعون ضده بالخسائر والأضرار المترتبة عن ذلك وأن دفع الطاعنة المتعلق بأحققتها في نصف الصداق إنما يتحقق لو تم الطلاق بإرادة الزوج. مما يتعين القول أن قضية الموضوع أصابوا في قضائهم، ويتوجب رفض الطعن".

ب- الهدايا: وهنا أيضا نتطرق إلى موقف القانون والقضاء كما يلي:

- موقف القانون:

تنص الفقرة 03 من المادة 05 قانون الأسرة بعد تعديلها على أنه: "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم

¹ - قرار المحكمة العليا رقم: 73919، بتاريخ: 1991/04/23، المجلة القضائية، عدد 02، 1993، ص 58.

² - قرار المحكمة العليا رقم: 92714، بتاريخ: 1993/07/13، المجلة القضائية، عدد 01، 1995، ص 128.

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

الملاحظ على نص هذه الفقرة أن المشرع لم يذكر صراحة الحق في استرداد ما أهدته المخطوبة للخاطب من هدايا في حال عدولها عنه. كما لم يفرق المشرع أيضا بين ما إذا كان عدول الخاطب بسبب من أحد الطرفين، كأن يدفع أحدهما بالآخر إلى العدول.

- موقف القضاء:

جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1991/04/23: "من المقرر شرعا وقانونا أنه لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بتناقض الأسباب غير سديد يستوجب رفضه. ولما كان في قضية الحال أن الطاعن تراجع عن إتمام إجراءات الزواج والدخول على الرغم من طلبه من طرف الزوجة، فإن قضاة الموضوع برفضهم طلب الطاعن لاسترجاع الهدايا طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".

خامسا - قضية اقتران الفاتحة بالخطبة:

وهنا نتطرق إلى موقف القانون والقضاء من قضية اقتران الفاتحة بالخطبة على النحو الآتي:

1- موقف القانون:

نصت المادة 06 من قانون الأسرة الجزائري على أن: " اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواج؛ غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من هذا القانون".

يتضح أن المشرع الجزائري قد اعتمد النص على هذه المادة تماشيا مع العرف الجاري في المجتمع الجزائري، وذلك بنية التفريق بين الخطبة وعقد الزواج عند اقتران الفاتحة بهما. حيث اصطلح على تسمية عقد الزواج المقترن بالفاتحة " بالزواج العرفي " وهو زواج شرعي لكنه غير موثق رسميا.

وقراءة الفاتحة كما جرت عادة كثير من الناس عند قبول الخطبة لا تعدو في هذه الحالة أن تكون تأكيداً للوعد بالزواج. هو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 06. ويعبر عن ذلك بمجلس الخطبة.

أما إذا اقترنت الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد بحضور إمام وحضور الشهود، ثم ذُكر الصداق، فهنا تعتبر المرأة زوجة شرعية لتوافر أركان الزواج وشروطه وهذا ما عدّله الفقرة الثانية من المادة 06 بقولها: "...غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من هذا القانون". حتى ولو لم يكن مسجلا في سجلات الحالة المدنية.

2- موقف القضاء:

استقر القضاء على اعتبار اقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد مع توافر الأركان والشروط زواجا صحيحا طبقا للمادة 09 من قانون الأسرة الجزائري؛ حيث جاء الاجتهاد القضائي في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1992/03/17: "من المقرر شرعا وقانونا أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها، ولصحة الزواج لا بد من توافره على جميع أركانه المتمثلة في: رضا الزوجين، وولي الزوجة، وحضور شاهدين، وصداق. ولما ثبت من أوراق الملف الحالي أن شهود القضية صرحوا وأكدوا حضورهم وليمة أو فاتحة الخطبة، واكتفى قضاة الموضوع بتأسيس قرارهم القاضي بصحة الزواج على ذلك، علما أن الفاتحة ليست من بين أركان الزواج وإنما هي من باب التبرك والدعاء وأن مجلس الخطبة يختلف عن مجلس العقد. لذا فإن القرار المنتقد جاء خاليا من الأساس القانوني السليم مما يتعين نقضه"¹.

التعليق: عن الوجه الوحيد: المأخوذ من مخالفة المادة 9 من ق.أ.ج بدعوى أن القرار المنتقد قد قضى بصحة الزواج بناء على قرار الزواج الوارد في مذكرته المؤرخة في: 1988/10/10 دون التحقق من توفر أركان الزواج المنصوص عليها بالمادة المشار إليها رغم أن الطاعن قد اعترف

¹ - قرار المحكمة العليا رقم: 81129، بتاريخ: 1992/03/17، المجلة القضائية، عدد 03، 1994، ص 62

بالخطبة فقط والخطبة لا تعني الزواج. حيث أنه بالفعل فإن الشهود الذين وقع الاستماع إليهم سواء أمام القاضي الأول أو أمام العضو المقرر يذكرون حضورهم وليمة الخطبة أو فاتحة الخطبة مما يعني أن المحققين لم يضبطوا الأسئلة التي تساعد على التفريق بين ما حضر الشهود هل هو مجرد حضور خطبة على معنى المادة 5 من ق.أ.ج أم أنهم قد حضروا مجلس العقد على معنى المادة 9 من نفس القانون بينما الفاتحة فهي ليست ركنا من أركان الزواج وليست شرطا لوقوع الخطبة وإنما هي من باب التبرك والدعاء وعلى ذلك يجب التفريق بين الفاتحتين. حيث جاء القرار المنتقد أنه تأكد من شهادة الشهود الذين تم سماعهم يوم: 1989/01/16 بأنهم حضروا وليمة الخطبة ولدى مطالبتهم بقراءة الفاتحة علموا بأن هذا الحفل يخص الطرفين الأمر الذي جعل قضاة الموضوع لم يعطوا لقرارهم الأساس القانوني مما يتعين نقضه¹.

- وكذا ما جاء في القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1984/11/19: "إن إثبات الزواج أو نفيه يخضع لتقدير قضاة الموضوع طالما كان ذلك قائما على النحو الشرعي، ومن المقرر كذلك أن الأصل في الخطبة وفي غالب الأحيان هي مقدمة للزواج وليست زواجا، غير أنها قد تتجاوز مرحلة التماس النكاح إلى النكاح الشرعي وتصبح فعلا زواجا شرعيا إذا واکبها تحديد شروطه وتحققت أركانه، ومن ثم فإن القضاء بما يتفق مع هذا المبدأ يعد صحيحا".

التعليق: إثبات الزواج أو نفيه لما يدخل في تقديرات قضاة المجلس الخطبة قد تتجاوز مرحلة التماس النكاح وتصبح فعلا زواجا شرعيا إذا واکبها تحديد شروطه وحصول أركانه.

حيث أن الطاعن تكفيرا منه على عمله القبيح اتصل أو أرغم على الاتصال بوالد ضحيته وطلب يد ابنته وقبل طلبه وحدد المهر لها وبمحضر شهود وتولى الأب نكاح ابنته إليه وقد رأى قضاة القرار من خلال هذه الأفعال أنه ولو تم ذلك ضمن ما يسمى بالخطوبة فإنه تجاوزها

¹ - بلشير يعقوب، محاضرات الاجتهاد القضائي في الأحوال الشخصية، مطبوعة بيداغوجية في مقياس الاجتهاد القضائي في الأحوال الشخصية، سلسلة دروس مكتوبة أقيمت على طلبة السنة الثانية ماستر - تخصص: قانون الأسرة 2016، جامعة الشلف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016-2020، ص 24.

وأصبح زواجا حقا. وحيث أن إثبات الزواج أو نفيه خاضع لتقدير قضاة الموضوع طالما كان ذلك قائما على النحو الشرعي كما أن الخطبة قد تتجاوز مرحلة التماس النكاح إلى النكاح الشرعي كما هو الحال هنا ومن ثم كان ما ذهب إليه المجلس صوابا في اعتبار ما وقع زواجا. لكن فيما يخص استحقاق الزوجة الصداق كله ليس كذلك لعدم وقوع الدخول بها إذ لا يعتبر ما وقع قبل الاتفاق دخولا شرعيا بل هو مجرد عمل غير شرعي كما أنه لا يوجد أي تناقض بين إثبات الزواج ونفي نسب الولد عن الطاعن لأن لكل منهما حكمه فما نشأ من ماء حرام يبقى كذلك ولا يضيفي عليه العقد الصبغة الشرعية وعليه فالنعي على القرار بما ينعي عليه به باستثناء الصداق ليس له محل.

- وجاء في القرار الصادر بتاريخ 1992/04/14: "من المقرر قانونا أنه يمكن أن تقتزن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محدودة ومن المقرر أيضا أنه يثبت الزواج بتوافر أركانه المقررة شرعا. ومتى تبين في قضية الحال أن أركان الزواج قد توفرت وتمت بمجلس العقد وأنه تم اقتران الخطبة بالفاتحة وبعد ذلك عدل الطاعن عن الزواج بالامتناع عن الدخول لأنه اعتبر الفاتحة كالخطبة تسمح لكل من الطرفين العدول عنها. وأن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء حكم المحكمة القاضي برفض الدعوى والقضاء من جديد بصحة الزواج الواقع بين الطرفين لتوافر أركانه والسماع إلى الشهود والأمر بتسجيله فإنهم كما قضوا قد طبقوا صحيح القانون"¹.

التعليق: عن الفرع الأول: المأخوذ من مخالفة المادتين 5 و 6 من ق.أ.ج بدعوى أن القرار المنتقد قد اعتبر الفاتحة كالخطبة تسمح لكل من الطرفين العدول عنها ورغم قراءة الفاتحة فإن الطاعن قد عدل عن الزواج بامتناع عن الدخول. حيث أن الطاعن لم يفرق بين المادتين 5 و 6 من ق.أ.ج مع أن الفقرة الأولى من المادة 5 تتعلق بتعريف الخطبة بأنها وعد بالزواج ولكل من الطرفين الحق في العدول عنها بخلاف الفقرة الأولى من المادة 6 والتي تسمح باقتران الخطبة مع الفاتحة أي الجمع بين الخطبة وتمام العقد بإنجاز كافة أركانه على معنى المادة 9 من ق.أ.ج فقد

¹ -قرار المجلس الأعلى رقم: 34046، بتاريخ: 1984/11/19، المجلة القضائية، عدد 01، 1990، ص 67

اقتضت العادة قراءة الفاتحة بمجلس العقد تبركا وهي مندوبة شرعا رغم أنها ليست ركنا من أركان الزواج بل هي علامة على قيام الزواج أما باقي الفقرات من المادتين فتتعلق بالمسؤولية وجوانبها المادية وعليه فالفرع غير مؤسس. عن الفرع الثاني: المأخوذ من مخالفة المادة 9 من ق.أ.ج التي تنص لكي يتم الزواج حصول رضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصادق وأن القرار المنتقد لم يذكر إلا شاهدا واحدا هو (م.ر). ولكن حيث أنه بالرجوع إلى القرار المنتقد الذي لاحظ في أسبابه أن أركان الزواج قد توفرت وتمت بمجلس العقد الذي انعقد بالمسجد العتيق بمدينة عزابة بحضور الشهود وولي الزوجة وتحديد مبلغ الصداق بعشرين ألف دينار وقنطارين من الصوف وقطعة ذهبية غير محددة وأنه عكس ما يدعي الطاعن فإن قضاة الموضوع فقد استمعوا إلى الشاهدين (م.ر) أمام المسجد العتيق بعزابة الذي قرأ الفاتحة وأشرف على العقد (ن.ع) مهنته شاوش وعليه فهذا الفرع أيضا غير مؤسس الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن¹.

- هناك قرار آخر في نفس السياق صادر بتاريخ 1995/04/04 جاء فيه: "إن اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد تعتبر زواجا متى توافرت أركانه طبقا للمادة 9 من ق.أ.ج ومتى تبين في قضية الحال أن الخطبة لم تسبق الفاتحة حتى تعتبر وعدا بالزواج طبقا للمادة 5 من ق.أ.ج، وإنما اقترنت الخطبة بالفاتحة أثناء مجلس العقد بحضور الشهود والولي وتحديد الصداق وبالتالي فإن اقتران الخطبة بالفاتحة في هذه الحالة يعتبر زواجا صحيحا متى توافرت أركانه طبقا للمادة 9 من ق.أ.ج، وعليه فإن قضاة الموضوع باعتبارهم الفاتحة مثل الخطبة تعتبر وعدا بالزواج رغم تقديم الطاعنة لشهودها على وقوع الزواج وتوافر أركانه فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".

التعليق: عن الوجه الأول: المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون. بدعوى أن قضاة الموضوع قد اعتبروا أن الفاتحة مثل الخطبة هي وعد بالزواج وليست زواجا صحيحا مع أن الطاعنة قد قدمت شهودها على وقوع الزواج بأركانه المنصوص عليها بالمادة 9 من ق.أ.ج من رضا وولي

¹ - بلشير يعقوب، المرجع السابق، ص.25.

وشاهدين وصادق. حيث أنه بالفعل فإن الطاعنة قدمت شهودها، حسب المحضر المحرر بجلسة بتاريخ 1990/03/21 فقد صرح فيه الشاهدين (ف.م) و(ب.ع) على حضورهما لمجلس العقد التي تليت فيه الفاتحة بحضور أخ الطاعنة (ع.ب) كولي لها وحضور المطعون ضده ومع تحديد الصداق المعلوم. حيث أن المادة 6 من ق.أ.ج تقضي بأنه يمكن أن تقتزن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة فإن سبقت الخطبة الفاتحة فتلك هي الخطبة المنصوص عليها في المادة 5 من نفس القانون وهي التي تعتبر وعدا بالزواج، أما في حالة اقتران الخطبة مع الفاتحة حسب المادة 6 المشار إليها، فهي زواج متى توافرت أركانه طبقا للمادة 9 من ق.أ.ج والطاعنة قدمت ما يشير إلى توافر أركان الزواج حسب المحضر المحرر في مارس 1990 وعليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه ودون الحاجة إلى مناقشة الوجه الثاني¹.

وعلى هذا يمكن القول بأن المحكمة العليا في قراراتها بهذا الشأن جعلت المعول عليه في قيام عقد الزواج وصحته هو توافر أركانه وشروطه، وبغيرها لا ينعقد الزواج حتى ولو قرئت الفاتحة. وعلى هذا الأساس، أصدرت وزارة الشؤون الدينية تعليما يمنع على الأئمة من قراءة الفاتحة، ما لم يتم عقد الزواج المدني، تفاديا لوقوع تجاوزات يدفع ثمنها الدين². كما أن المجلس الأعلى بالجزائر في دورته 31، المنعقدة بين 26 و 27 ديسمبر 2006، أوصى بأن الفاتحة هي مجرد تبرك فقط؛ وأن تسجيل عقد الزواج في مصلحة الحالة المدنية، يعد توثيقا للعقد الشرعي الذي تعارف الناس على تسميته بالفاتحة³.

¹ - بلشير يعقوب، المرجع السابق، ص 28.

² - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار الثقافة، الجزء الأول، الأردن، 2012، ص 121.

³ - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، المرجع والموضع نفسه.

سادسا- حكم النسب في حالة الخطبة:

فإن المشرع الجزائري في هذه المسألة لم يشر إلى حكم النسب في حالة الخطبة، إذ أن أي علاقة جنسية بين الطرفين وقت الخطبة، تعد علاقة غير شرعية ويعتبر الطفل الناجم عن هذه العلاقة طفلا غير شرعيا ينتسب لأمه بدلا لأبيه¹.

أما التشريع المغربي، خلافا للعديد من التشريعات المغاربية وحتى العربية، فقد نص في المادة 156 من المدونة على أنه "إذا تمت الخطوبة وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف القاهرة دون توثيق الزواج وظهر حمل بالمخطوبة، فإنه ينسب للخاطب للشبهة إذا توافرت الشروط التالية

* اشتهاار الخطبة بين بين أسرتيهما وموافقة الولي؛

* حمل المخطوبة أثناء الخطبة؛

* إقرار الخاطبين أن الحمل منهما؛

وتتم معاينة هذه الشروط بمحرر قضائي غير قابل للطعن، وفي حالة انكار الخاطب الحمل فيمكن اللجوء لجميع الوسائل الشرعية لإثبات النسب".

يستخلص من هذا النص أن المشرع المغربي خلافا للشرعية الإسلامية، قد أقر بإثبات النسب في حالة الخطبة، غير أنه علق ذلك بعدد من الشروط، منها خاصة وجود ظروف القاهرة منعت الطرفين من توثيق عقد الزواج. وأن تقدير هذه الشروط يدخل في اختصاص القضاء، إذ ينبغي على القاضي أن يقدر تلك الظروف التي حالت دون توثيق عقد الزواج، الأمر الذي يدفع بالقضاء على وجود أحكام متناقضة ومتضاربة بعضها البعض لأن هذه الظروف قد تأخذ بها محكمة دون الأخرى، أي في الحالة الأولى يثبت فيها النسب، أما الثانية فلا يثبت فيها. ومما يؤكد

¹ - تشوار الجليلي، قانون الأسرة المقارن، محاضرات أُلقيت على طلبة ماستر 2، تخصص القانون الخاص، 2021-2022 ص 39.

هذا التناقض والذي يبقى قائما مهما طالت المدة هو ما نص عليه المشرع في الفقرة 5 من المادة 156 التي منعت الطعن بشأن المحرر القضائي¹.

وتطبيقا للمادة 156 أعلاه قرر المجلس الأعلى المغربي محكمة النقض حاليا في قراره الصادر في 2008/01/16 على أن "عدم تحقق المحكمة من توافر شروط المادة 156 واعتمادها فقط على رفض المدعى عليه الخضوع للخبرة الطبية لإثبات النسب، تكون قد جعلت قرارها معرض للنقض". وفي قرار آخر صادر في 2007/04/18 قضى بأنه "إذا كانت المادة 156 من مدونة الأسرة تميز لحق نسب حمل المخطوبة للخطاب للشبهة، فإن ذلك رهين باشتهاار الخطبة بين أسرتيهما وإقرار الخطيبين بأن الحمل منهما وثبوت وقوعه أثناء الخطبة، وهو ما لم تقم به محكمة استئناف مراكش، مما يتطلب نقض القرار المطعون فيه".

وإذا تمت الخطبة مستوفية شروطها المقررة تشريعا وشرعا، وبها أصبحت الخطبة تامة محققة أهدافها والحكمة من وجودها، مما يؤدي بالطرفين إلى إبرام عقد زواجهما. غير أن هذا الأخير قد علقت التشريعات المغاربية صحته على توافر حسب التشريع المعني بعض الأركان وبعض شروط الصحة، منها الرضا والأهلية والولاية.

سابعا- أحكام التعويض عن الضرر المترتب على العدول عن الخطبة:

نحاول من خلال هذه المحاضرة تبيان أحكام الضرر من الناحية الفقهية والقانونية والقضائية على النحو الآتي:

1- في الفقه الإسلامي:

يتنازع هنا قاعدتان معروفتان في الشريعة الإسلامية كما يلي:

أ- "أن من استعمل حقه الشرعي لا يكون ضامنا ولا مطالبا بتعويض الضرر الناشئ عن هذا الاستعمال"؛ لأن الخطبة وعد والوعد غير ملزم قضاء باتفاق الفقهاء، ولكل من الطرفين حق

¹ - تشوار الجيلالي، قانون الأسرة المقارن، محاضرات أُلقيت على طلبة ماستر 2، المرجع السابق، ص.40.

العدول عن الخطبة ومتى كان العدول حقا لكل منهما فلا ضمان عليهما في استعماله، وطبقا للقاعدة الشرعية المتقدمة فلا يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر الناشئ عن العدول عن الخطبة سواء كان ضررا ماديا أو أدبيا؛ لأن الحكم بالتعويض شبه إكراه على الزواج، وهذا لا يتفق وما يجب أن يكون عليه عقد الزواج من رضا الطرفين.

ب- : " لا ضرر ولا ضرار " وكذلك تحريم التغرير في الشريعة وأنه يوجب الضمان، فإذا كان لأحد الطرفين دخل في الضرر الذي لحق الطرف الآخر بسبب عدوله عن الخطبة جاز الحكم بالتعويض عن الضرر الذي يصيب الطرف الآخر بسبب العدول، أما إذا لم يكن لأحد الطرفين دخل في الضرر الذي يصيب الطرف الآخر، فلا يكون هنا وجه للحكم بالتعويض على من عدل عن الخطبة إذا لم يوجد منه ما يصح أن يجعل سببا للضمان في حصول الضرر.

2- في قانون الأسرة الجزائري:

نص المشرع الجزائري على إمكانية وجواز التعويض في حال ما إذا تسبب العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين طبقا لنص المادة الخامسة من الأمر رقم 02-05. وهو الأمر الذي تؤكدته غالبية تشريعات الأسرة العربية كما هو الشأن بالنسبة للمشرع المغربي الذي نص في المادة السابعة من المدونة على أن: " مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض، غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض ".

وذهب الدكتور عبد الرزاق السنهوري ي هذا الشأن إلى أن فسخ الخطبة يترتب عليه تعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، لا على أساس المسؤولية العقدية؛ لأن الخطبة وعد وليست عقداً، فالخطأ الذي يرتكبه العادل هو الانحراف عن السلوك المعروف للشخص العادي بالنظر إلى الظروف التي رافقت هذا العدول.

3- في الإجهاد القضائي:

لم يستقر القضاء الجزائري على أي اجتهاد فيما يخص التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي تصاحب استعمال الحق في العدول عن الخطبة، فقد عمد إلى تطبيق النص المتضمن في المادة 05 قانون الأسرة دون تقييد صور الضرر المعنوي الموجب للتعويض.

ومن أمثلة ما ورد في ذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا والمؤرخ في 1989¹/12/25:

"من المقرر قانوناً أن الإقرار القضائي هو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدعى بها عليه أمام القضاء، وهو حجة قاطعة على المقر، ومن المقرر أيضاً إذا ترتب عن العدول على الخطوبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدئين يعد خرقاً للقانون. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي بإلغاء الحكم المستأنف ورفضه الدعوى المتضمنة طلب تعويض من الطاعن على الضرر الذي أصيب به بالرغم من إقرار المطعون ضدها بفسخ الخطوبة أمام القضاء يكونوا قد خالفوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".

التعليق: حيث أنه جاء في الحكم الصادر من محكمة الجزائر بتاريخ 1985/07/10 ما يلي: حيث أنه ثبت من أدلة الملف، ومن تصريحات المدعى عليها (ب.ف) بجلسة الصلح أن العدول عن الزواج كان بفعولها. حيث يتبين حسب ملف المحكمة أن الآنسة (ب.ف) اعترفت في جلسة الصلح أمام القاضي أنها هي التي رفضت إتمام الزواج وأن فسخ الخطوبة كان منها وهذا إقرار قضائي حسب المادتين 341 و342 من ق.م. حيث حسب المادتين من ق.م 124 و125 فيجب تعويض الطاعن عن الضرر الذي أصابه بسبب العدول عن الخطبة وكذلك حسب المادة 2/5 و4 من ق.أ.ج حيث أن الطاعن لا يمكنه أن يثبت ما قدم لخطبته لسبب أدبي إذ أن المخطوبة ابنة عمه وكان يسكن عند عمه ذلك حسب المادة 2/336 من ق.م

¹ - قرار المحكمة العليا رقم: 56097، بتاريخ: 1989/12/25، المجلة القضائية، عدد 04، 1991، ص 102

لذلك فإن المجلس بإلغائه الحكم المستأنف وتصديده للموضوع ورفضه الدعوى لم يعلل قراره تعليلا كافيا وكان مخالفا للمواد المذكورة أعلاه، لذلك تعين نقض القرار المطعون فيه ودون إحالة¹.

¹ - بلشير يعقوب، المرجع السابق، ص. 22.

المحور الثالث

الزواج

من خلال هذا المحور سوف نحاول تقديم شرح موجز لأحكام الزواج سواء من الناحية الفقهية والقانونية من خلال النقاط الآتية:

أولاً- تعريف الزواج لغة واصطلاحاً

ثانياً- تعريف الزواج قانوناً

ثالثاً- مشروعيته (أدلة المشروعية من القرآن الكريم والسنة النبوية)

رابعاً- الحكمة من تشريعه

خامساً- الوصف الشرعي للزواج

أولاً- التعريف بالزواج في اللغة والاصطلاح:

1- في اللغة:

الزواج يدور حول معنى الازدواج، والاقتران، والاختلاط كقول العرب " زوج فلان إبله " . ومنه قوله تعالى " وإذا النفوس زوجت " ، أي قرنت بأبدانها وبأعمالها وقوله تعالى أيضاً : ﴿احْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ وَمَا كَانُوا يَعْبُدُونَ﴾ ؛ أي قرناءهم.

واشتهر استخدام لفظ النكاح بمعنى الزواج بل أن القرآن الكريم استعمله كثيراً فقد قال تعالى : ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ .

ومن معاني النكاح في اللغة: الوطء والضم والجمع؛ ففي الوطء؛ قول النبي صلى الله عليه وسلم: " اصْنَعُوا كُلَّ شَيْءٍ إِلَّا النِّكَاحَ " . وفي الضم والجمع؛ يقال: تناكحت الأشجار إذا تمايلت وضم بعضها بعضاً.

2- في الاصطلاح الأصولي:

اختلف الفقهاء في تعريف الزواج اصطلاحاً إلى ثلاثة آراء:

أ- الجمهور: إنه حقيقة في العقد مجاز في الوطاء.

ب- الحنفية: إنه حقيقة في الوطاء مجاز في العقد.

ج- ذهب آخرون: إنه مشترك لفظي.

وهذا الخلاف نشأ من الاستعمال اللغوي للفظ، فالعرب قد استعملوا لفظ النكاح في معاني ثلاثة: - العقد - المخالطة الجنسية - الضم والتداخل.

وخلاصة القول: أن الزواج والنكاح لفظان مترادفان يفيدان معنى الضم، والتداخل، والجمع، والارتباط، والمخالطة، فهو بهذا يكون في معنى العقد والوطاء معا.

3- في الاصطلاح الفقهي: عرفه فقهاء الشريعة الإسلامية كمايلي:

أ- فعرفه الحنفية على أنه عقد وضع لتمليك منافع البضع، أو عقد يفيد ملك المتعة قصدا.

ب- وعرفه المالكية بأنه عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية،

ج- وجاء تعريف الشافعية بأنه: عقد يتضمن إباحة وطاء بلفظ الإنكاح والتزويج، أو معناهما، أو بترجمتهما، وفي المعنى نفسه نجد تعريف الحنابلة بقولهم هو عقد بلفظ إنكاح أو تزويج على متعة الاستمتاع.

والذي يلحظ على هذه التعاريف أنها تركز على الأثر المترتب على العقد؛ وهو حل استمتاع الرجل بالمرأة على الوجه المأذون فيه شرعا. فيغلب عليها الطابع الحسي للعلاقة بين الرجل والمرأة، فأساس عقد الزواج عندهم يرد على محل التمتع بالمرأة .

وقد حاول الفقهاء المعاصرين تعريف الزواج بشكل أدق، وهذا يجعل حل الاستمتاع للمرأة وملك الاستمتاع للرجل، فلا يصح لأحد غيره الاستمتاع بالزوجة بعقد أو بغير عقد ما دام حكم العقد الأول باقياً.

وعلى هذا جاء تعريف فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة في قوله الزواج هو: عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يقتضيه الطبع الإنساني، وتعاونهما مدى الحياة ويحدد ما لكليهما من حقوق عائلية وواجبات.

ثانيا- التعريف القانوني للزواج:

عرفته المادة الرابعة من قانون الأسرة السالف الذكر بأنه: "عقد رضائي يتم بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي يهدف إلى تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب .

والمراد بالعقد الإتفاق بين طرفين، وطرفا العقد هما الرجل والمرأة، والعقد في اصطلاح الفقهاء هو " ارتباط إيجاب وقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله". أما العقد عند الحقوقيين هو اتفاق إرادتين على إنشاء حق أو على تعديله أو على إنقائه. فالعقد كما واضح من خلال التعريف اتفاق يبنى عليه التزام، كما تبنى عليه آثار قانونية كحل الاستمتاع بين الزوجين والمهر والنفقة، أما الإتفاق الذي لا تترتب عليه آثار قانونية فلا يسما عقدا الخطبة مثلا.

وما يلاحظ على التعريف أن كلمة " رضائي " لم تكن متواجدة في نص المادة بل أدرجت في نص المادة الرابعة بموجب التعديل الذي طال قانون الأسرة بموجب الأمر 05- 02 المتضمن قانون الأسرة الجزائري. وأضاف المشرع كلمة الرضا في تعديل 2005 تقيدا وتحديدا لعموم المادة الرابعة من المادة 4 من القانون رقم 84-11؛ وذلك لكون الزواج رضائيا بالأساس باعتبار الرضا العنصر الجوهري في العقد، وعليه لا يجوز الإكراه.

وما يلاحظ أيضا من خلال التعريف القانوني أن المشرع صرح بالطرفين المتعاقدين في عقد الزواج وهما المرأة والرجل، كما أنه أكد على ضرورة احترام الشروط الشرعية، وذكر الغاية من عقد الزواج.

وتعريف عقد الزواج في المادة الرابعة ينتهي عند كلمة "على الوجه المشروع" والتي يراد بها: "أن يكون عقد الزواج المراد إبرامه متضمنا لكافة أركانه وشرائطه التي جاء بها الشرع في عقد الزواج.

ثالثا- مشروعية الزواج:

الزواج شرعة الله سبحانه وتعالى في الإسلام وقد أتى الدليل عليه في القرآن والسنة والإجماع.

1- من القرآن الكريم:

- قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُعْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾ ، فصيغة الأمر هنا تدل على الوجوب. وأيضا قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا﴾.

وغيرها من الآيات التي تدل على أن الله عز وجل أمرنا بالزواج وأنه سنة الله في خلقه ونهج النبيين والمرسلين.

2- من السنة النبوية:

- قوله صلى الله عليه وسلم: «يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَهُ وَجَاءٌ». والخطاب للشباب لأنهم مظنة الشهوة للنساء، والأمر بالتزويج يقتضي وجوبه مع القدرة على تحصيل مؤنته.

3- الإجماع:

أجمع المسلمون من لدن الرسول الكريم والصحابة من بعده والتابعين على أن الزواج مشروع، وقد تزوج النبي صلى الله عليه وسلم وتزوج صحابته من بعده ولم يقل أحد بغير ذلك فصار ذلك إجماعا.

رابعاً- حكمة مشروعية الزواج:

يفهم من تعريفه المذكور ويؤخذ من واقع الحياة أن الغرض الأساس من الزواج هو العفاف والنسل وبقاء سلالة الإنسان بطريقة تختلف عن كيفية بقاء باقي المخلوقات . لذا شرع الله العليم الحكيم الزواج لحكم كثيرة وأغراض نبيلة أهمها ما يأتي:

- حصانة للفرد: فالزواج وسيلة حماية من الوقوع في ما يحرمه الله عز وجل
- المحافظة على النوع الإنساني من الزوال والانقراض بالإنجاب والتوالد
- المحافظة على الأنساب
- سلامة المجتمع من الانحلال الأخلاقي
- سلامة المجتمع من الأمراض
- تحقيق الأناست والطمانينة بين الزوجين
- تعاون الزوجين في بناء الأسرة وتربية الأولاد.

رابعاً- الوصف الشرعي للزواج:

وهو ما يعرف عند الأصوليين بالحكم التكليفي؛ بحيث يختلف الحكم الزواج التكليفي، باختلاف الظروف التي تحيط بالزوجين وبوجه خاص الزوج لذا تعتوره الأحكام الشرعية التكليفية الخمسة في ضوء تلك الظروف كالآتي :

- أ- فرضاً: إذا تيقن للمكلف به أنه بتركه للزواج يقع في الفاحشة وهو قادر على نفقة الزواج، وكان واثقاً على إقامة العدل مع من يتزوجها، وهذا عند عامة الفقهاء
- ب- واجباً: إذا غلب على ظنه أنه سيقع في الفاحشة إن لم يتزوج وهو قادر على نفقة الزواج/ وهو رأي الحنفية.

- ج- حراماً: إذا تيقن ظلم المرأة والإضرار بها إذا تزوج وكان عاجزاً عن تكاليف الزواج.
- وإذا تعارض ما هو واجب مع ما هو حرام؛ في حال ما إذا تيقن الوقوع في الزنا إن أحجم عن الزواج، وتيقن من ظلم الزوجة والإضرار بها يكون الزواج في حقه حرام؛ لأن من يتعذر عليه

الزواج يلتزم بتعليمات الإسلام في الاعفاف المنصوص عليها في قوله تعالى: ﴿وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾. وفي حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم السابق " يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمْ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَهُ وَجَاءٌ".

د- مكروها: إذا خاف الوقوع في الجور والضرر خوفا لا يصل إلى مرتبة اليقين وعجز عن الإنفاق أو الإساءة في أداء الحقوق.

هـ- مندوبا إليه: أو السنة في حالة الاعتدال وهو قول جماهير العلماء وهو الحالة الغالبة عند أكثر الناس.

و- مباحا: أي جواز فعله وتركه عند تساوي الدوافع والموانع.

والحقيقة أن الزواج دائر بين الوجوب والندب استجابة للحث والترغيب فيه كما ورد في العديد من النصوص القرآنية والأحاديث النبوية التي تحث على الزواج وتنص على أنه من سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولما فيه من الفوائد الدينية والنفسية والاجتماعية والصحية وخاصة في هذا العصر الذي كثرت فيه الفتن .

خامسا- أركان عقد الزواج وشروطه:

عقد الزواج كعقد شرعي له أركان لا يتصور وجوده بدونها وله شروط لا بد منها لأجل الاعتداد به، وهو ما سنوضحه لطلبنا في هذه المحاضرة على النحو الآتي:

1- أركان عقد الزواج:

يجدر بنا بداية الوقوف على معنى الركن على النحو الآتي:

أ- مفهوم الركن:

-تعريف الركن في اللغة: جانب الشيء الأقوى.¹

¹ - مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، راجعه واعتنى به: أنس محمد الشامي، زكريا جابر أحمد، دار الحديث، القاهرة، 2008، ص. 667.

- تعريف الركن في اصطلاح جمهور الفقهاء هو: ما توقف عليه الشيء، سواء كان جزءا من حقيقته أم كان خارجا عنه. وخالف في هذا الحنفية إذ قصرُوا الركن على ما كان داخلا في الماهية، أما ما كان خارجا عن الماهية فيعتبر شرطا.

وبهذا نرى أن تعريف الركن لدى الجمهور يشمل الركن والشرط لدى الحنفية وبسبب هذا الخلاف حصل خلاف بين الجمهور والحنفية في أركان العقد.

- القول الأول في أركان العقد: وهو قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة أنها

ثلاثة

الأول الصيغة المراد بها الإيجاب والقبول، الثاني العاقدان اللذان يصدران الإيجاب والقبول، الثالث المحل. وهو المعقود عليه.

- القول الثاني قول الحنفية أن: للعقد ركن واحد هو الصيغة.

وعليه فركن عقد الزواج عندهم هو الصيغة الدالة على إرادة المتعاقدين. أما العاقدان والمعقود عليه فهي لوازم للإيجاب والقبول لأنه يلزم وجود الإيجاب والقبول وجود موجب وقابل وهما العاقدان ووجودهما مرتبطان يستلزم وجود محل يظهر فيه أثر هذا الارتباط.

في حين يرى جمهور الفقهاء أن للنكاح أركانا غير الصيغة إلا أنهم اختلفوا في عدّها فالمالكية والشافعية يعدونها خمسة أو أربعة باعتبار الزوجين ركنين أو ركنا واحدا، ثم إن المالكية اعتبروا الصداق ركنا وهو رأي ابن جزي، ولم يعتبره كذلك الشافعية، كما أن الشافعية اعتبروا الشاهدين ركنا من أركان عقد الزواج، يقول الشرييني: "وأركانه خمسة: صيغة، وزوجة، وشاهدان، وولي، وزوج". وخالفهم بقية الفقهاء في ذلك.

كما يرى المالكية والشافعية والحنابلة، وابن حزم، ومحمد بن الحسن أن الولي ركن من أركان عقد الزواج، لا يتم العقد إلا بولي. خلافا لمذهب الحنفية الذين يعتبرونه شرطا.

ومن خلال هذه التعاريف نستخلص أن الزواج هو عقد رضائي، ومعلوم أن الرضا هو من الأمور النفسية التي لا تظهر إلا بتعبير دال عليها في صيغة هي الأساس لربط طرفي عقد الزواج وللدلالة على إرادتهم في إنشاء العقد والرضا به، وهذه الصيغة عي الإيجاب والقبول.

ب- الصيغة اللفظية المعبرة عن الرضا:

تتركب الصيغة من لفظين صادران من كلا طرفي العقد، يطلق عليهما " الإيجاب والقبول"، وقد اختلف الفقهاء في استعمال هذين الاصطلاحين، وفيما يلي توضيح هذا الاختلاف الاصطلاحي.

1-1- الإيجاب: اختلف الفقهاء في استعماله على فريقين:

- **تعريف الحنفية:** الإيجاب هو اللفظ الصادر أولا من أحد المتخاطبين مع صلاحية اللفظ لذلك رجلا كان أو امرأة.

- **تعريف الجمهور:** الإيجاب هو ما صدر من البائع، والمؤجر، والزوجة، أو وليها سواء صدر أولا أو آخر؛ لأنهم هم الذين سيملكون: المشتري السلعة المبيعة، والمستأجر منفعة العين، والزوج العصمة وحق المعاشرة الزوجية، وهكذا.

1-2- القبول: وهو كذلك اختلف الفقهاء في تعريفه اصطلاحا على فريقين:

- **تعريف الحنفية:** القبول اللفظ الصادر ثانيا من أحدهما الصالح لذلك مطلقا.

- **تعريف الجمهور:** هو ما يصدر ممن يملك المبيع أو القرض، أو ممن ينتفع به كالمستأجر والمستعير، أو ممن يلتزم بعمل كالمضارب والمودع، أو ممن يملك الاستمتاع بالبضع كالزوج، وسواء صدر القبول أولا أو آخر، وقد عرفه في شرائع الإسلام بقوله: القبول: هو اللفظ الدال على الرضا بذلك الإيجاب؛ كقوله: قبلت النكاح.

ج- ما يتحقق به الإيجاب والقبول:

لقد اتفق الفقهاء على أنه ينعقد بكل لفظ مأخوذ من مادتي (الزواج والنكاح) لأن أكثر النصوص الواردة فيه جاءت بهما.

كما اتفقوا على عدم انعقاده بألفاظ (الإباحة، الإحلال، الإيداع، الإعارة، الرهن) لأنها لا تفيد التحليل والزواج من عقود التحليل لأنه يفيد ملك المتعة للزوج.

وكذا لا ينعقد بلفظ الوصية لأنها وإن أفادت التملك إلا أنه تملك مضاف لما بعد الموت والزواج يفيد التملك في الحال.

وكذلك لفظ الإجارة لأنها وإن أفادت ملك المنفعة في الحال إلا أنها شرعت بوقت معين والزواج شرع على الدوام والتأيد.

واختلف الفقهاء فيما عدا ذلك من الألفاظ كالهبة والتمليك والبيع والصدقة والجعل وكل لفظ يدل على التملك في الحال وعلى الدوام:

- فالحنفية: ينعقد الزواج عندهم بهذه الألفاظ بشرط النية وفهم الشهود المقصود الزواج وليس غيره

- وقال المالكية: أن الزواج ينعقد بلفظ الهبة بشرط ذكر المهر ليكون قرينة على إرادة الزواج، وما عدا هذا اللفظ وكل ما يقتضي البقاء مدى الحياة ففيه تردد داخل المذهب؛ قيل ينعقد بها وقيل لا ينعقد.

- وذهب الشافعية والحنابلة: إلى قصور انعقاده على لفظي النكاح والتزويج وما اشتق منهما ومنع انعقاده بغيرهما.

وانطلاقاً من القاعدة الفقهية " العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني " أجاز المشرع الجزائري في المادة 10 (ق.أ.ج) النكاح بكل لفظ يفيد معناه شرعاً بنصها: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً ".

د- انعقاد الزواج بغير اللغة العربية:

اتفق الفقهاء على جواز عقد الزواج بغير اللغة العربية إذا كان العاقدان أو أحدهما لا يفهم العربية. واختلفوا فيما إذا كانا يفهمان العربية ويستطيعان العقد بها:

- **ذهب الشافعية:** إلى أنه لا ينعقد الزواج بغير العربية في هذه الحالة؛ لأن الزواج حقيقة شرعية رتبت عليها آثارا شرعية كالصلاة.

- **وذهب جمهور الفقهاء:** إلى جواز انعقاد الزواج بغير اللغة العربية في هذه الحالة وذلك شرط أن تكون ألفاظ تلك اللغة المتعاقد بها دالة دلالة صريحة على إرادة إبرام عقد الزواج؛ لأن التكلم بغير العربية ليس حراما، وهو ما ذهبت إليه الفقرة الأولى من المادة العاشرة التي نص عليها قانون الأسرة الجزائري.

هـ- شروط الإيجاب والقبول:

لصحة الإيجاب والقبول اشترط الفقهاء أن تتوافر فيهما شروط معينة نلخصها فيما يلي:

- أن يكون كل من الألفاظ المعبر بها في الإيجاب والقبول بصيغة الماضي؛ لأنها تفيد دلالة قطعية على رضا الطرفين. كأن يقول العاقد الأول: زوجتك ابنتي ويقول القابل: قبلت. وكذلك تتحقق:

- إذا كان الإيجاب بصيغة الأمر يكون القبول بصيغة الماضي.

- إذا كان الإيجاب بصيغة المستقبل يكون القبول بصيغة الماضي.

أما إذا دل القبول على الحال أو الاستقبال فإنها لا تعبر قطعاً على حصول الرضا وقت التكلم لاحتمال أن يكون المراد منها مجرد الوعد، والوعد بالزواج مستقبلاً ليس عقداً له في الحال.

- اتحاد مجلس الإيجاب والقبول: والمراد بذلك ألا يحصل بعد الإيجاب ما يدل على إعراضهما أو إعراض أحدهما فإذا حصل الإعراض بطل الإيجاب.

أي عدم رجوع الموجب عن الإيجاب قبل قبول العاقد الآخر: فإن رجع بطل الإيجاب ولم يجد القبول شيئاً يوافقه.

- يشترط أن تكون الصيغة منجزة كأن يقول: "زوجني ابنتك" فيقول: "قبلت" وعليه يجب أن لا تكون صيغة العقد معلقة على حصول أمر في المستقبل سواء أكان المعلق عليه محقق الوقوع في المستقبل أو كان حصوله محتملاً أو يستحيل الوقوع.

- ومن أمثلة المعلق عليه محقق الوقوع في المستقبل: كقوله لها: "تزوجتك إن بلغت سن العشرين" فقالت: "قبلت".

- ومثال محتمل الوقوع في المستقبل كقوله لها: "تزوجتك إن جاء أخي من السفر" وكان أخوه مسافرا فقالت: "قبلت".

- أو كان يستحيل وقوعه كقوله مثلا: "إن أمطرت السماء ذهبنا فقد تزوجتك" فقالت: "قبلت".

ففي الصور الثلاثة لا يتحقق الإيجاب والقبول لا في الحاضر ولا في المستقبل. أما إذا كان العقد معلقا على أمر موجود حال العقد كقوله لها: "إن كنت طالبة في كلية الحقوق تزوجتك" وكانت كذلك، أو كان معلقا على أمر ممكن التحقق في الحال كقوله: "إن رضي أبوك بهذا المهر فقد تزوجتك" ورضي أبوها الحاضر في مجلس العقد؛ فإن الزواج ينعقد في هاتين الصورتين.

كذلك لا ينعقد الزواج إذا كان الإيجاب مضافا إلى زمن المستقبل كقول الرجل لامرأته: "تزوجتك في أول رمضان القادم" فقالت: "قبلت".

فإن الزواج لا ينعقد لا في الحال ولا عند حلول الزمن المضاف إليه ويكون باطلا؛ ذلك لأن التعليق والإضافة يناهيان موجب عقد الزواج لأن الشارع وضع عقد الزواج ليفيد حكمه في الحال.

د- يجب أن تكون صيغة العقد مؤبدة غير مؤقتة بمدة: وهذا ما يسمى بالزواج المؤقت أو المتعة وهو محرم قطعاً؛ لأن مقتضى عقد الزواج هو التأييد، وعليه فإن عقد الزواج المؤقت وعقد زواج المتعة غير جائزين عند الفقهاء المسلمين ويقع تحت طائلة البطلان.

و- انعقاد الزواج بغير لفظي الإيجاب والقبول:

القاعدة العامة أن الإيجاب والقبول في عقد الزواج يكون بالمشافهة في العقد وفي مجلس العقد إلا أنه هناك استثناءات على هذه القاعدة والتي يمكن توضيحها على النحو الآتي:

- انعقاد الزواج بالكتابة:

یصح العقد بالكتابة بدلا من المشافهة بشرط أن يكون الزوجین غائبین عن مجلس العقد، أما عند حضورهما فلا ینعقد إلا بالمشافهة، وینعقد الزواج أيضا بالكتابة إذا كان المتعاقدين أو أحدهما یعجز عن التعبير كالمريض أو الأخرس.

- انعقاد الزواج بإشارة الأخرس: فإن كان العاقدان حاضرين فی مجلس العقد وعجز كل منهما أو أحدهما عن النطق باللفظ والعبارة لإنشاء العقد ولا یعرف الكتابة بأن يكون أخرس صح الإيجاب والقبول بالإشارة المعهودة المفهومة، أما إذا كان العاجز عن النطق یعرف الكتابة فالرأي الراجح أن زواجه لا ینعقد إلا بالكتابة.

وهذا ما نصت علیه المادة 10 من (ق.أ.ج): " ویصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما یفید معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة أو الإشارة ".

2- شروط عقد الزواج:

لكي يتم عقد الزواج صحیحا ینبغي أن تتوافر فیة مجموعة من الشروط القانونية وفقا لما هو منصوص علیه فی المادة 9 مكرر من ق.أ.ج والتي جاء نصها كالاتي: يجب أن تتوفر فی عقد الزواج الشروط الآتية:

أ- أهلية الزواج؛

ب- الولي؛

ج- الصداق؛

د- شاهدان؛

هـ- إنعدام الموانع الشرعية للزواج

أ- أهلية الزواج:

الأهلية معناها القدرة على إبرام التصرفات القانونية، والزواج أيضا یعتر من التصرفات القانونية ولذلك لابد أن يكون الزوجان ذا أهلية تجیز لهما الزواج.

وقد إعتبر م. ج الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة لما يترتب عليه من الالتزامات الفعلية والواجبات الإجتماعية، والأهلية التي تجيز عقد الزواج حددها قانون الأسرة الجزائري ب 19 سنة كاملة بالنسبة للرجل والمرأة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج. وتجدر الإشارة إلى أنه قبل التعديل كانت أهلية الزواج تحدد ب 21 سنة والزوجة ب 18 سنة، ولكن بعد التعديل وبناء على هذا النص يعتبر أي شخص أهلا لأن يتزوج مع غيره إلا إذا بلغ السن القانونية، وعليه لا يسمح للفتى أو الفتاة الزواج قبل بلوغ سن 19 وهو نفس سن الرشد المدني. غير أن هذا السن ليس على الإطلاق. حيث أنه للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

ب- الولي: الولاية هي سلطة شرعية تمكن الشخص من القدرة على إنشاء العقود والتصرفات صحيحة نافذة لنفسه ولغيره من غير توقف على إجازة أحد. وهي نوعان ولاية قاصرة وولاية متعدية.

تنص م من ق أ. ج 11: "تعقد المرأة العاقدة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره؛ دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهو الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له" وتنص م 13 في هذا الإطار على أنه: لا يجوز للولي، أباً كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز لها أن يزوجه بدون موافقتها" يستنتج من نص المادة أعلاه أن المشرع تحدث عن ولايتين: الولاية على المرأة البالغة الراشدة، والولاية الخاصة بتزويج القاصر

- ففي الولاية على المرأة البالغة العاقلة الراشدة نلاحظ أنه المشرع لم يضع ترتيباً، إذ ليس هناك أفضلية بين الأب والأقارب والشخص الأجنبي فكلهم متساوون في الولاية والمرأة البالغة لها الخيار في إختيار وليها حتى ولو كان غريباً عن الأسرة.

- أما في ولاية القاصر، إستعمل المشرع حرف "الفاء" وهو يفيد الترتيب لأن الأمر يتعلق بتزويج القاصر، ولكن دون إجبارها فلا بد من أخذ إذنها بالزواج.
ونظرا لأهمية الولاية في عقد الزواج ينبغي أن تتوافر في الولي مجموع من الشروط نوجزها فيما يلي:

- الأهلية.

- الإسلام.

- الذكورة.

- العدالة.

- شرط الحفظ والحصانة.

ج- الصداق: وهو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا، وهو ملك للزوجة تتصرف فيه كما تشاء، حيث يحدد الصداق في العقد ويسمى سواء يقدم كاملا أثناء إبرام العقد أو يؤخر لما بعد إبرامه، ومع ذلك فالبرغم من عدم تحديد قيمته، تستحق الزوجة صداق المثل أي صداق مثيلتها من النساء حسب عادات وأعراف كل منطقة، كما تستحق الزوجة الصداق كاملا بالخول بها، أو بوفاة زوجها، في حين تستحق نصفه في حالة الطلاق قبل الدخول، لأن الصداق يعتبر من قبيل الحقوق الكمالية المترتبة عن إبرام عقد الزواج.
وفي حالة النزاع حوله سواء من قبل الزوجين أو أحد ورثتهما، وليس لأحدهما بينة قبل الدخول فالقول هنا للزوجة أو رثتها مع اليمين، وإن كان بعد البناء القول للزوج أو ورثته مع اليمين أيضا، لأن اليمين يعتبر من بين أدلة الإثبات التي يطلبها الخصوم أم يثيرها القاضي من تلقاء نفسها إما متما بها أمرا معينا أو يحسم بها جدالا قائما. (يراجع نص المواد من 14 إلى 17 من ق أ ج)

د- الشهادة:

تكريماً لعقد الزواج وإعلاء لشأنه وإظهاراً لأمره، على وجه يدفع الشبهات، ويمنع من محاولة جحوده وإنكاره، اشترط الشارع فيه الشهادة، واستحسن أن يجمع له الناس وأن يشهدوا ويداع، وفي هذا يقول سيد المرسلين صلى الله عليه وسلم: " أعلنوا النكاح "، رفعا للثبوت والنسب.

هذا وقد اعتبر قانون الأسرة الشهادة شرطاً من شروط عقد الزواج كما هو منصوص عليه في نص المادتين 9 مكرر و33 ق أ بعدما كانت ركناً من أركان الزواج بنص المادة 9 قبل التعديل والشهادة تعتبر شرط عند جمهور الفقهاء بحيث لا يصح العقد بدونها، فهي شرط لازم لانعقاده بخلاف الشافعية الذين اعتبروها ركناً في إبرامه.

- تعريفها:

في اللغة: مصدر. أصله شَهِدَ، كَعَلِمَ، وقد تسكن هاءؤه، والشين والهاء والذال أصل يدل على حضور وعلم وإعلام، يقول ابن فارس: "لا يخرج شيء من فروعه عن الذي ذكرناه، ومن ذلك الشهادة تجمع الأصول التي ذكرناها، ومن ذلك الشهادة تجمع الأصول التي ذكرناها من الحضور، والعلم، والإعلام، يقال: شَهِدَ يشهد شهادةً".

والشهادة: الإخبار بما قد شوهد، والمُشْهَدُ: محضر الناس.

وفي الاصطلاح: عرفت الشهادة عند الفقهاء بعدة تعريفات، واختلفت التعاريف بسبب اختلاف نوع الأداء؛ فإن كان إخبار بحق للغير فهو الشهادة، وإن بحق للمخبر على آخر فهو الدعوى، أو بالعكس وهو الإقرار.

فالشهادة هي: الإخبار بما علمه الشاهد. وهذا في مجلس القضاء. وفي عقد النكاح ليست الشهادة إخباراً، وإنما هي تحمل للشهادة أولاً لصحة العقد.

- شروطها: لصحة الشهادة ينبغي توافر الشرط الآتية:

- العقل

- البلوغ

- الإسلام

التعدد والذكورة

- العدالة / سماع الشهود كلا العاقلين

لم يتعرض المشرع الجزائري إلى مسألة الشهادة ولم يتطرق إليها، سوى ما ذكر في المادتين 9 مكرر و م 33 من قانون الحالة المدنية حيث نص فيه على السن الذي تجوز فيه الشهادة والمحدد بسن 21 سنة، كما يجب أن تذكر هويتهم، كانوا من الأقارب أو غيرهم دون ميز فيما يخص الجنس ويختارون من قبل المعنيين بالأمر طبقا لما هو منصوص عليه في نص المواد 33، 71، 72، 73.

هـ- إنعدام الموانع الشرعية:

ويجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الشرعية المؤبدة والمؤقتة طبقا لنص المادة 23 من قانون الأسرة لجزائري.

* موانع النكاح المؤبدة هي:

- القرابة

- المصاهرة

- الرضاع

* موانع النكاح المؤقتة

- المحصنة

- المعتدة من طلاق أو وفاة

- المطلقة ثلاثا،

كما يحرم مؤقتا: الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع. إلى جانب أيضا زواج المسلمة مع غير المسلم.

سادسا- الاشتراط في عقد الزواج:

إن الاشتراط في العقود بصفة عامة جائز شرعا وقانونا مادام يحقق منفعة أو مصلحة لأحد الطرفين ولا يضر بمصلحة الطرف الآخر، وذلك تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وتماشيا مع قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما"

1- الاشتراط في الفقه الإسلامي:

اختلفت الآراء الفقهية والمذاهب في نظرهم للشروط وذلك بين مضيّق وموسّع، ويمكن تقسيم الشروط حسب موقف الفقهاء إلى شروط متفق على صحتها، وشروط متفق على بطلانها، وشروط مختلف فيها.

- فالشروط الصحيحة والمتفق على صحتها: هي الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد كاشتراط المرأة العشرة بالمعروف والإنفاق والكسوة والسكنى؛ وألا يقصّر الزوج في شيء من حقها في القسمة، أو كاشتراطها صداقا قيمته كذا، أما بالنسبة للزوج، كاشتراطه ألا تخرج إلا بإذنه ولا تمنعه نفسها وألا تتصرف في ملكه إلاّ برضاه.

- أما الشروط المتفق على بطلانها وهي الشروط التي ورد نهي الشارع عنها بنصوص صريحة كأن تشترط الزوجة الثانية طلاق الزوجة الأولى لما فيه من إضرار بها لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا يحل لامرأة أن تسأل طلاق أختها لتستفرغ صحتها فإنما لها ما قدر لها ".

أو كأن يزوج شخص ابنته أو أخته لشخص آخر على أن يزوجه هو ابنته أو أخته أو أي امرأة في ولايته ويجعلا صداق هذه بصداق تلك، وهو ما يسمى بنكاح الشغار، هذا بالإضافة الى شرط التأقيت في زواج المتعة، لما ثبت من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهي عن المتعة إلا أنه تم الاختلاف في الوقت الذي وقع فيه التحريم. وكذلك شرط المحلل والذي يتم فيه الزواج بالمطلقة ثلاثا شرط إحلالها لمطلقها.

- أما الشروط المختلف في صحتها فهي تلك التي يشترطها أحد الزوجين على الآخر ولا تكون موافقة لمقتضى عقد الزواج، ولا منافية لمقتضاه ولم يرد دليل خاص للأخذ بها من عدمه، ويكون فيها منفعة للمشتراط كأن تشترط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو ألا ينقلها من دارها أو بلدها، أو ألا يسافر بها إلى بلد آخر، أو أن تشترط عليه خروجها إلى العمل بعد الزواج، وكأن يشترط الزوج على زوجته أن تكون بكرًا أو جميلة أو متعلمة ونحوه.

وقد ذهب الحنابلة إلى أن هذه الشروط صحيحة لازمة يجب الوفاء بها، واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم: "أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"؛ لأن ما لا دليل له من الشروط يكون هذا الحديث دليلاً بمقتضى عموم لفظه وشمول ما يدل عليه وتأكيد طلب الوفاء به.

أما المالكية فذهبوا إلى أن هذه الشروط غير ملزمة ولا يتوجب الوفاء بها إلا إذا اقترنت بيمين ويكون الوفاء بها من أجل اليمين وليس لأجل الشرط.

أما الشافعية والحنفية فذهبوا إلى أن هذه الشروط باطلة والعقد صحيح إلا أنه-بالنسبة للحنفية- لو كانت تلك الشروط مقابل الخط من مهر مثلها، فإن وقى لها بالشرط فلها المسمى أما لو خرق الشرط فلها ما نقص عن مهر مثلها.

أما الظاهرية فذهبوا إلى أن اشتراط المرأة ألا يخرجها من بلدها أو ألا يتزوج عليها، إذا كان في نفس العقد فالعقد مفسوخ، أما إن اشترطت ذلك بعد العقد فالعقد صحيح والشرط باطل.

2- الاشتراط في قانون الأسرة الجزائري:

نجد أن المشرع الجزائري أخذ بما ذهب إليه أصحاب الفريق الأول القاضي باعتبار مثل هذه الشروط ووجوب الوفاء بها، حيث نصت المادة 19 المعدلة بالأمر 02/05 "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

واضح من خلال نص هذه المادة أنه للزوجين أن يضمن عقد زواجهما جملة من الشروط بما يحقق مصالحهما المشتركة وهذه الشروط معتبرة من الناحية الشرعية ما لم تتناقض مع طبيعة عقد الزواج، يعتبر الشرط الذي أذن به القانون في المادة 19 ملزما للمشتراط عليه، وهو رأي الحنابلة. والجديد في تعديل هذه المادة أن المشرع أوجب أن يكون ذلك العقد رسمي وليس عرفي، وبالتالي يكون قد وضع جدلا نهائيا للنزاعات التي تنشأ بين الزوجين خاصة عندما يقرر الزوج الزواج مرة ثانية أو يعارض بعد الزواج عمل زوجته، لكن الإشكال الذي يطرح نفسه هو عندما يخل أحد الطرفين بأحد الشروط. إن المطالبة بالوفاء بهذه الشروط تخضع للقواعد العامة للإثبات. كما يكون من حق المتضرر المطالبة بالفسخ أو الطلاق بحسب الأحوال، استنادا لنص المادة 9/53: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لمجموعة من الأسباب ومن بينها مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج".

أما بالنسبة للشروط المنافية لعقد الزواج، فإنها تكون باطلة ولا يعتد بها وبالتالي تلغى الشرط ويصح العقد وعند النزاع يكون الفصل للقاضي. كشرط أنه لا مهر للزوجة أو شرط عدم النفقة عليها. وقد تعرض المشرع الجزائري لهذه المسألة في المادة 32 منه بنصه على ما يلي: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".

والمادة 35 منه على أنه: إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينفيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيح".

والملاحظ على نص م 32 أن المشرع قد أحلط بين المانع من الزواج الذي يؤدي بالضرورة إلى إلغاء العقد، وبين الشرط المقترن بعقد الزواج ومقتضياته، والتي لا تؤثر على صحة العقد وإنما يجب إلغاؤها، وهو ما نص عليه في نص المادة 35. فهناك تعارض بين نص المادتين.

سابعاً- الأهلية في عقد الزواج:

سوف نتعرض في هذه المحاضرة إلى الأهلية في عقد الزواج إنطلاقاً من مفهومها والسن المحدد لها وصولاً إلى موقف المشرع الجزائري منها على النحو الآتي:

1- تعريف الأهلية وأقسامها:

أ- الأهلية في اللغة: هي الصلاحية مطلقا، يقال: فلان أهل لهذا العقد؛ إذا كان صالحا للقيام به، أو لطلبه منه، أو لاستحقاقه له. أما في الاصطلاح فهي: صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحا لثبوت الحقوق له ووجوب التزامات عليه وصحة التصرفات منه. وتنقسم الأهلية إلى قسمين؛ أهلية وجوب وهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق، والتحمل بالالتزامات، مما يجعلها مطابقة للشخصية القانونية، حيث تدور وجودا وعدما مع الحياة لأنها تثبت لكل إنسان. وأهلية أداء وهي صلاحية الشخص لإبرام التصرفات القانونية؛ أي القدرة على التعبير بنفسه عن إرادته منتجا لآثاره القانونية في حقه وذمته.

ب- عوارضها وموانعها:

إذا بلغ الشخص سن الرشد ولم يكن متمتعا بقواه العقلية كما إذا كان مصابا بجنون أو عته فإن أهليته لا تكتمل حتى ولو لم يصدر حكم بذلك، إذ مثل هذه العوارض تذهب بإدراك الشخص وتمييزه، أما إذا كان مصابا بسفه أو غفلة فإن أهليته تكتمل ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه سن الرشد بغير الرد.

ومعنى ذلك أنه إذا شعر الولي بأن الصغير غير متمتع بقواه العقلية عند بلوغه سن الرشد، فعليه أن يعرض الأمر إلى المحكمة مطالبا باستمرار الولاية والوصاية عليه إلى ما بعد بلوغه سن الرشد، ومتى تأكدت المحكمة من ذلك، فإنها تقضي باستمرار الولاية عليه قبل بلوغه سن الرشد، وتظل الولاية قائمة إلى أن يزول سبب استمرارها بحكم من المحكمة.

على الرغم من اكتمال الشخص أهليته إلا أنه قد يوجد في ظروف تمنعه من مباشرة التصرفات القانونية، وهذه الموانع هي الغيبة كمانع مادي والحكم بعقوبة جنائية كمانع قانوني، وكذلك اجتماع عاهتين في الشخص وهي مانع طبيعي.

2 - موقف الفقه الإسلامي من أهلية الزواج:

لم يحدد الفقهاء بصفة قاطعة سن البلوغ الذي تتم به أهلية الفتى والفتاة للزواج، وقالوا أن مرحلة البلوغ هي تلك الفترة الزمنية التي تأتي بعد مرحلتى الطفولة والتميز وهي تظهر طبيعيا بعلامات توجد في الفتى كالاختلام وفي الفتاة كالحيض.

ورغم هذا قدر جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة، وأبو يوسف ومحمد من الحنفية، وابن وهب من المالكية سن البلوغ بـ 15 سنة للذكر والأنثى. في حين ذهب الفقه المالكي في المشهور أن نهايته 18 عاما في الفتى والفتاة، أما أبو حنيفة فقد حدد بلوغ الفتى بـ 19 سنة أما الأنثى بـ 17 سنة؛ وعلى هذا فالصغير غير المميز لا ينعقد الزواج بعبارته قولاً واحداً، وأما الصبي المميز فينعقد عند أغلب الفقهاء ولكنه يكون موقوفاً على إجازة وليه، على أنه إذا ظهرت فيه إحدى علامات البلوغ الطبيعية جاز له أن يعقد الزواج بنفسه؛ لأن القرآن اعتبره صحيحاً ورتب عليه بعض آثار الزواج في قوله تعالى في سورة الطلاق: ﴿وَلَلْأُنثَىٰ يَتَسَنَّ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نُسَائِكُمْ إِنَّ ارْتَبَتْكُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُنْ وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا¹؛

فقد جعل عدة الصغيرة التي لم تحض ثلاثة أشهر، ومعلوم أن هذه العدة لا تكون إلا بعد زواج صحيح يعقبه طلاق فدلّت بالاعتضاء على صحة زواج الصغيرة. والواقع العملي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عقد قرانه على أمنا عائشة رضي الله عنها في السادسة ودخل بها في التاسعة.

3- موقف المشرع الجزائري من أهلية الزواج:

اعتبرت المادة 07 والمعدلة بموجب الأمر 05- 02 من قانون الأسرة الجزائري السن القانوني للزواج 19 سنة للرجل والمرأة، غير أن المشرع أجاز للقاضي في نفس المادة أن يرخص

¹ - سورة الطلاق، الآية 4.

بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة. وهذا من السياسة الشرعية ضمانا لمصلحة الشاب والمجتمع وبعد مراعاة إجازة الولي.

ويكون الزواج قبل اكتمال الأهلية باطلا بطلانا مطلقا ويمكن الطعن فيه قبل الدخول من طرف أحد الزوجين أو النيابة العامة أو أي شخص له مصلحة أما بعد الدخول فيصبح البطلان بطلانا نسبيا ويمكن الطعن فيه من طرف الزوجين فقط.

وهناك كذلك العقوبة الجنائية ضد كل من ساهم في انعقاد الزواج دون احترام شرط السن الشرعي وهي بالحبس 15 يوما - 03 أشهر أو بغرامة 400-1000 دج. والعقوبة تشمل ضابط الحالة المدنية أو قاضي الأحوال الشخصية وكذلك الممثلين الشرعيين للزوجين.

ويكون تقدير السن الشرعي للزواج وقت انعقاد العقد وليس وقت الدخول وهو يعتمد على البيانات الواردة في سجل الحالة المدنية للزوجين ويشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ، وللقاضي الإذن بعد إجازة الولي بزواج المجنون أو المعتوه إذا ثبت بتقرير هيئة من الأطباء في الأمراض العقلية، أن زواجه قد يفيد في شفائه وعليه يجب أن يكون كلا الزوجين عاقلين، بالغين خاليين من الموانع الشرعية، وأن الزواج دون سن الرشد القانوني متوقف على إجازة الولي وترخيص من القاضي وهذا قد نص المشرع الجزائري صراحة على أنه من كان فاقداً للأهلية أو ناقصها لصغر السن أو الجنون أو العته أو السفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام قانون الأسرة.

ثامنا- الجهات المختصة في إبرام عقد الزواج:

لقد قررت المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري أن الزواج يثبت بعقد مدني وهو عبارة عن سند توثيقي يقوم بتحريه وتسجيله ضابط الحالة المدنية أو الموثق المختص بتحري عقد الزواج، إذ

تنص على أنه: يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و 9 مكرر من هذا القانون¹.

كما أنه وحسب المادة 3 في فقرتها الثالثة من الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19/02/1970 والمتضمن قانون الحالة المدنية، فإنه يكلف ضابط الحالة المدنية بتحرير عقود الزواج².

بالإضافة إلى هذا نصت المادة 71 من نفس القانون، على أن يختص بتحرير عقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي (أي الموثق) الذي يقع في دائرة اختصاصه موطن أو محل إقامة طالبي الزواج.

ويبدو من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري حدد جهتين رسميتين يتم من خلالهما إبرام عقود الزواج وهما الموثق باعتباره موظف عمومي يتولى إبرام العقود الرسمية بصفة عامة، بالإضافة إلى ضابط الحالة المدنية.

ومعنى ذلك أن تحرير عقد الزواج من شخص غير الموثق، وغير ضابط الحالة المدنية، إنما يعتبر تحريرا (أو إشهارا) غير قانوني، ولا يحتج بهذا العقد أمام الجهات الإدارية أو القضائية.³

تاسعا- اجراءات تسجيل عقد الزواج وإثباته :

يمكن تلخيصها في الإجراءات التالية:

1- إجراءات تسجيل عقد الزواج:

أ- إجراءات التسجيل قبل الدخول

¹ - جاء نص المادة 18 من ق.أ.ج كالتالي: يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا، مع مراعاة ماورد في المادتين 9 و 9 مكر من هذا القانون"

² - يراجع الأمر 70-20، المؤرخ في 19 فبراير 1970، المتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادرة بتاريخ 28 فبراير 1970.

- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 346.³

نصت المادة (21) من قانون الأسرة الجزائري على أن إجراءات تسجيل الزواج خاضعة لأحكام قانون الحالة المدنية في مواده من 71 إلى 77 منه التي تبين الوثائق التي يقدمها الزوجان عند إبرام عقد الزواج بصفة رسمية أمام الجهات القانونية، وهي كالتالي:

أ- شهادة ميلاد الزوج والزوجة، إن تعذر عليهما قدمت بطاقة التعريف أو الدفتر العائلي للأبوين أو الدفتر العسكري.

ب- شهادة الإقامة للزوج الذي ينتمي للاختصاص المحلي للمحكمة أو الموثق أو البلدية.

ج- شهادة الإعفاء من السن الذي نصت عليه المادة (7) من قانون الأسرة.

د- رخصة الزواج التي ينص عليها القانون العسكري أو الجيش أو الأمن الوطني.

هـ- نسخة من وثيقة وفاة الزوج السابق أو حكم الطلاق الذي صار نهائيا للمرأة التي سبق لها الزواج".

أما المادة (7) مكرر من قانون الأسرة فقد أوجبت على طالبي الزواج تقديم وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج، كما أوجبت على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من هذه المسألة قبل إبرام عقد الزواج، ويجب عليه تبصير الطرفين بكل مرض أو عامل قد يشكل خطرا على الزواج، بل عليه أن يؤشر على ذلك في عقد الزواج.

غير أن الشروط والكيفيات التي يتم بموجبها تطبيق هذه المادة (7 مكرر) فهي محددة عن طريق التنظيم¹، الذي وضح بدقة طريقة التعامل في هذا المجال، إذ أنه لا بد من تحديد نوع الأمراض والعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، والتي تشكل خطرا على الحياة الزوجية، وإلا فإن المسألة ستكون صعبة التطبيق من الناحية العملية.

¹ - يراجع المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 11 ماي 2005، المتضمن شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد 31، الصادرة بتاريخ 14 ماي 2006.

أما المادة (71) من قانون الحالة المدنية السالف الذكر فتتص على أن ضابط الحالة المدنية أو القاضي هو المختص بتحرير عقود الزواج، وهو إما الذي يوجد بدائرة اختصاصه محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما، وإما الذي يوجد بدائرة اختصاصه مقر إقامة أحد الزوجين باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج.

وتنص المواد 76 و96 و104 من قانون الحالة المدنية على أن الزواج الذي ينعقد في الخارج يحضره الموظفون الدبلوماسيون أو القنصليون أو السلطة المحلية التي لها حق تحرير العقود الرسمية.

أما المادة (73) من قانون الحالة المدنية فقد حددت سائر العناصر والبيانات التي يجب أن يراعيها الموثق أو الموظف المؤهل التحرير العقد وهي:

- لقب واسم وتاريخ ومكان ولادة الزوجين.
 - لقب واسم أبوي الزوجين.
 - ألقاب وأسماء وأعمار الشهود.
 - الإشارة إلى الترخيص أو الاعفاء من سن الزواج عند الاقتضاء.
- كما يجب إثبات الحالة المدنية للزوجين بتقديم شهادة ميلاد أو تسجيل الحكم الفردي أو الجماعي المثبت للولادة وكذا دفتر عائلي يتعلق بزواج سابق.

ب- إجراءات التسجيل بعد الدخول:

وهذه الحالة متعلقة بالزواج غير الموثق وهو الزواج العرفي أو الزواج الذي يتم بالفاخرة وفي الغالب يكون بواسطة الإمام أو شخص من ذوي الثقة، وهو ما نصت عليه المادة (22) من قانون الأسرة بقولها: "يثبت الزواج بمخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي". ثم قضت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه: "يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة"¹.

¹ - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 359

وهذا الزواج عادة لا یثبت بحکم قضائي إلا بعد استدعاء الأطراف والشهود للتأكد من حصول الزواج وتاريخه إن مكن ذلك بعد الاستماع إليهم وإلى الشهود، وبعدها یصدر القاضي حکما بثبوت الزواج وتتولى بعد ذلك النيابة العامة مهمة تسجيله فی الحالة بسعي منها.

بینما تنص المادة 2/58 من قانون الحالة المدنية على أن یسلم ضابط الحالة المدنية إلى الزوجین دفترًا عائليًا یثبت الزواج، أما إن كان قد تم أمام موثق فیجب علیه بعد تحریر العقد فی سجله أن یسلم للزوجین شهادة تثبت هذا العقد، ويرسل بعدها إلى ضابط الحالة المدنية ملخصًا عن العقد فی مهلة ثلاثة أيام لیقوم بتدوين العقد فی سجل عقود الزواج ویسلم للزوجین دفترًا عائليًا، ویكتب بیان الزواج فی السجلات على هامش عقد ميلاد كل واحد من الزوجین.

2- إثبات عقد الزواج:

وفقًا للقانون رقم 74-11 یتم إثبات عقد الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية أو بحکم قضائي، وهو ما نصت علیه المادة 22 من ق.أ.ج بقولها: "یثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله یثبت بحکم قضائي. وذلك بسعي من النيابة العامة بإعتبارها طرف أصیل فی جمیع القضايا الأسرية وفقًا لنص المادة 3 مكرر من ذات القانون.

إلا أن هذه المادة لم تبقي على حالها وإنما عدلت بموجب الأمر رقم 05-02 وأصبح نصها كما يلي "یثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله یثبت بحکم قضائي، یجب تسجيل حکم تثبت الزواج فی الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

من خلال النصوص القانونية سألقة الذكر یثبت الزواج باستخراج نسخة من عقد الزواج وذلك لإثبات قیام عقد الزواج أمام الجهات المعينة، كما یثبت الزواج بحکم قضائي إذ لم یقم الزوجان بإبرام عقد زواجهما، فیتعین على الزوجین استصدار حکم قضائي یثبت وجود عقد الزواج صحیح ویجب تسجيل حکم تثبت الزواج فی الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة بإعتبارها حارسة النظام العام، وقد جاء بیان هذه الإجراءات فی قانون الحالة المدنية، وتتلخص فی تقديم طلب من الزوج إلى وكيل الجمهورية، لدى المحكمة التي انعقد الزواج فی دائرة اختصاصها،

وتفصل المحكمة المختصة في الواقعة بالإسناد إلى كل الوثائق والإثباتات المادية المقدمة، ثم ينطق بذلك الحكم ويؤشر في سجل الحالة المدنية المخصص لإثبات عقود الزواج وتقييدها بمعرفة ضابط الحالة المدنية.

وأخيرا يمكن القول أن إثبات عقد الزواج لا يتم إلا باستخراج نسخة طبق الأصل من سجل الحالة المدنية تحمل خاتم البلدية التي تم فيها تسجيل العقد، وموقعة من ضابط الحالة المدنية المختص، دون رسوم ولا مصاريف، وذلك مصداقا لما نصت عليه المادة 05 من القانون رقم 224/63 التي تشابه المادة 194 من القانون الفرنسي¹.

عاشرا : آثار عقد الزواج

المقصود بآثار عقد الزواج هي النتائج القانونية التي تترتب على العقد بمجرد انعقاده، والأصل في هذه الآثار أن تكون بحكم الشارع بما رتبته القانون والشرع على العقد من آثاره الملزمة للطرفين² ، على النحو الآتي:

1- الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين: تنقسم إلى قسمين أولها ما ارتبط

بالحقوق والواجبات المتبادلة وثانيها ما تعلق بالإشتراك المالي كمايلي:

أ- الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين:

وهي الآثار القانونية والشرعية لعقد الزواج الصحيح، وهي حقوق وواجبات لازمة، لا يجوز للزوجين ولا لأحدهما التنازل عن شيء منها أو التملص منها.

وقد نصت عليها المادة 36 من ق.أ.ج، التي جمعت الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، وهي تهدف أساسا إلى المحافظة على الروابط الزوجية، والتعاون على مصلحة الأسرة،

¹ - أحمد شامي، المرجع السابق، ص. ص 111-112.

² - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 395.

وكذا المحافظة على روابط القرابة، بما يؤدي إلى تحقيق المعاشرة الزوجية الطيبة، واستقرار الأسرة وراحتها¹. فقد أوجب المادة 36 ما يلي:

- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.
- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة.
- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.
- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات.
- حسن معاملة كل منهما لأبي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم.
- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف.

ب- النظام المالي للزوجين:

نصت المادة 37 من ق.أ على ما يلي:

- لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر.
- غير أنه يجوز للزوجين أن يتقفا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما.

وعليه يتمتع كل من الزوجين بأهلية قانونية كاملة وفقا للمادة (1/37) طبقا لنظام انفصال الأموال بين الزوجين، أو الإستقلال النظري لدم الزوجين. فلكل منهما الحق في التصرف في أمواله بكافة أنواع التصرفات المالية المشروعة، كما أنه يلتزم كل منهما بوفاء الديون المترتب بذمته، دون أن يؤثر الزواج في ذلك³².

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، ص 306.

² - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 359.

³ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 319.

2- النفقة الزوجية:

تعتبر النفقة الزوجية إلزام شرعي وقانوني ملقى على عاتق الزوج، مقتضاها توفير ما تحتاجه الزوجة للعيش الكريم، وعليه سنحاول في هذه المحاضرة توضيح معناها ودليل وجوبها وشروط استحقاقها وصولاً إلى مسقطاتها من خلال النقاط الآتية:

أ- المفهوم اللغوي للنفقة:

النفقة لغة من الإتفاق وهو : الإخراج؛ والنفقة قسمان:

- نفقة الإنسان على نفسه.

- نفقة تجب على الإنسان لغيره، وأسباب وجوبها ثلاثة النكاح والقربة والملك. أما النفقة التي سببها النكاح وهي نفقة الزوجة على الزوج.

ب- دليل وجوب النفقة:

وقد ثبت وجوبها بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب، فقوله تعالى: "لينفق ذو سعة من سعته، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما أتاها"¹؛ وقوله عز وجل أيضاً: "وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف"²

وأما السنة فما روي عن جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر في خطبته في حجة الوداع فقال: "اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف".

وأما الإجماع فقد أجمعت الأمة في كل العصور على وجوب نفقة الزوجة على زوجها لم يخالف في ذلك أحد.

¹ - سورة الطلاق، الآية 7.

² - سورة البقرة، الآية 233. والمراد ب مصطلح : " لمولود له " الزوج، والضمير في رزقهن للزوجات أو المطلقات.

ج- الحالات التي تجب فيها النفقة:

تستحق المرأة النفقة في الحالات الآتية:

- إذا كانت الزوجة صالحة للحياة الزوجية وانتقلت إلى بيت الزوجية أولم تنتقل بالفعل ولكنها لا تمنع فيه. وذلك بعد عقد صحيح لأن العقد الفاسد لا يوجب النفقة.
- إذا فات على الزوج حقه بسبب منه كما لو كان صغيراً، لا يصلح للمعاشرة الزوجية مع صلاحيتها لذلك، أو كان مريضاً أو معيلاً بعيب يمنعه من ذلك، أو كان محبوساً في جريمة أو دين عليه. ويقول المالكية أنه لا نفقة لها إذا كان الزوج صغيراً لأن الزوج لا يتمكن من الاستمتاع بها.
- إذا فات عليه حقه بسبب مشروع من جهتها، كما لو امتنعت عن تسليمها نفسها لعدم إيفائها معجل صداقها أو عدم إعداد المسكن الشرعي لها.

د- شروط استحقاق النفقة: حتى تستحق المرأة النفقة الزوجية ينبغي توافر فيها الشروط

التالية:

- أن يكون عقد الزوج صحيحاً شرعاً.
- أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة الزوجية.
- ألا يفوت حق الزوج في احتباس بغير عذر شرعي أو بسبب ليس من جهته.

هـ- حالات سقوط النفقة:

تسقط النفقة الزوجية في الحالات التالية:

- إذا كان العقد باطلاً أو فاسداً حتى ولو سلمت المرأة نفسها للرجل الذي عقد عليها، أو كان دخولاً بشبهة من غير عقد عليها.
- إذا كانت الزوجة صغيرة لا يمكن الاستمتاع بها ولا تصلح الخدمة الزوجية.
- إذا كانت الزوجة مريضة ولم تنتقل إلى بيت الزوجية، أما إذا انتقلت إلى بيت الزوجية ومرضت فتجب لها النفقة.

- إذا كانت المرأة ناشزا، والنشوز هو الخروج على الطاعة، ويدخل في هذا المفهوم خروج المرأة بدون إذن زوجها.

-إذا أدخلت الزوجة الحبس فإنها تسقط نفقتها عند الحنفية والحنابلة ولو كان الحبس ظلما لأنها فوتت على الزوج حق الاحتباس، أما المالكية فقالوا إذا حبست المرأة ظلما أو خطفت فلا تسقط نفقتها لأنها ليس بسببها.

- إذا سافرت الزوجة وحدها أو دون محرم قبل الزفاف وبعده سقطت نفقتها لأنها ناشرة، وكذلك لو سافرت إلى الحج بغير إذن الزوج مع غيره تسقط نفقتها عند الحنفية والشافعية لأنها منعت حق الزوج ولا تسقط عند المالكية والحنابلة إذا حجت بعد تسليم نفسها.

- إذا عملت المرأة ليلا أو نهارا دون رضا الزوج، أما إذا رضي بعملها فلا تسقط نفقتها¹.

ويجب على القاضي عند التقدير مراعاة الأمور التالية:

-حالة الزوج المالية من حيث الإعسار واليسر بغض النظر عن كون الزوجة غنية أو فقيرة، فإن كان الزوج موسرا ألزمه بنفقة اليسر ولو كانت الزوجة فقيرة، وإن كان معزا ألزمه بنفقة الإعسار ولو كانت الزوجة موسرة وإن كان متوسط الحال ألزمه بنفقة الوسط.

- حالة الزوج من جهة قدرته على الدفع فيتبع ما هو أيسر عليه، فإن كان من أصحاب الدخل اليومي قدرها عليه يوميا، وإن كان من أصحاب الدخل الأسبوعي قدرها عليه أسبوعيا، وإن كان من أصحاب الدخل الشهري قدرها عليه شهريا، وإن كان من الزراع قدرها عليه حسب مواسم الحصاد.

- حالة الأسعار ارتفاعا وانخفاضا، فإذا لم يراع القاضي حالة الأسعار في السوق سوف يضر بأحد الزوجين لأن النفقة ما هي إلا ثمن للحاجيات الموجودة في السوق التي تلزم الزوجة.

- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ، المرجع السابق، ص.449.¹

و- آثار الامتناع عن أداء النفقة :

إذا امتنع المحكوم عليه بأداء نفقة زوجته أو نفقة أولاده وما ألحق بها من أجره الرضاع أو الحضانة، فإن كان موسرا وله مال ظاهر باع القاضي من ماله ما يكفي للنفقة جبرا عليه ويعطي ثمن النفقة منه للزوجة، أما إذا لم يكن له مال ظاهر وكان موسرا فإن طلبت الزوجة حبسه يجبس حتى يؤدي النفقة¹.

أما إذا كان معسرا فقال جمهور الفقهاء تبقى النفقة دين عليه إلى حالة اليسر لقوله تعالى: "وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة".

وقال المالكية إذا كان معسرا تسقط عليه النفقة وإذا أيسر فلا يراجع فيما سبق، وقال الشافعية والحنابلة يجوز للزوجة أن تطلب فسخ عقد الزواج إذا كان الزوج معسرا والقاضي يفسح لها العقد.

ز- النفقة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري.

بالنسبة لآثار الزواج في قانون الأسرة تتمثل خاصة في حقوق وواجبات الزوجين وكذلك في الحقوق التي يتمتع بها الأطفال الناجمين عن تلك العلاقة، حيث رتب المشرع هذه الآثار في المواد من 36 إلى 46.

والجدير بالذكر أنه قبل تعديل قانون الأسرة رتب المشرع النفقة ضمن حقوق وواجبات الزوجين وذلك في نص المادة 37/1 بقولها: يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها؛ وبمقتضى التعديل الجديد غير المشرع مضمون هذه المادة وأصبح يتضمن الذمة المالية للزوجين.

كما خصص الفصل الثالث للنفقة وتضمنتها المواد من 74 إلى 80 فأصبحت النفقة الزوجة واجبة على الزوج بموجب المادة 74 ق. أ متى توافرت الشروط التي أوردها المشرع في هاته المادة.

- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 364. ¹

بحكم المادة 74 ق.أ.ج، النفقة الزوجية واجبة على الزوج سواء كانت الزوجة مسلمة أم غير مسلمة فقيرة كانت أو غنية، وذلك منذ إنشاء العقد الصحيح بينهما، ونفقة الزوجة على زوجها ثابتة سواء أكان موسراً أو فقيراً، حيث جاء في نص المادة: تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه بيينة

أما بخصوص شروط وجوبها واستحقاقها فمن خلال دراسة المادة 74 من ق أ نستخلص بأنه تجب نفقة الزوجة على زوجها إذا توافرت الشروط القانونية الآتية:

- أن يكون الزواج صحيحاً شرعاً.

-أن يتم الدخول بالزوجة وليس بإبرام العقد وهو مبدأ مستمد من الشريعة الإسلامية، أما الزوجة المعقود عليها فقط دون الدخول بها فلا نفقة لها على زوجها إلا في حالة واحدة وهي الحالة التي يتم فيها العقد بصفة رسمية صحيحة ويتباطأ الزوج في الدخول لسبب غير معروف أو غير شرعي وللمحكمة أن تقضي لها بها إذا طلبتها وقدمت بيانات وأدلة لتدعيم طلبها؛ وهو ما أشار إليه المشرع بقوله: "أو دعوتها إليه بيينة".

- الحكم القضائي عن طريق رفع دعوى مدنية بحكم المادة 74 ق.أ.ج بقولها: "مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون أو عن طريق الحكم الاستعجالي كما نصت عليه المادة 57 مكرر ق.أ.ج بقولها: "يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على ذيل عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها. بالنفقة".

-أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة والغرض¹ من ذلك تحقيق الأغراض الزوجية طبقاً للمادة 4 والمادة 7 ق.أ.ج كما يعد من واجبات الزوج الاستمرار في النفقة على المرأة المطلقة رجعيًا وإذا كانت المرأة حاملاً وهي مطلقة حتى تضع حملها وهو ما أشارت إليه المادة 60 ق.أ.ج

¹ - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ، المرجع السابق، ص.449.

– مشتملات النفقة:

لقد حدد المشرع الجزائري في المادة 78 ق.أ.ج بأنه: "تشمل النفقة على الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة". إن تعداد عناصر النفقة الزوجية إنما ورد على سبيل المثال لا الحصر، حيث أسندت هذه المادة مهمة تعيين النفقة إضافة إلى ما جاءت به المادة إلى العرف والعادة، وما تعارف عليه الناس وهذا تأكيد على أن المشرع الجزائري اعتمد على العرف الصحيح الذي اعتاد عليه الناس فيما بينهم في إطار المستوى العام للحياة الاجتماعية في حدود طاقة الزوج. فالمشرع اعتبر كل شيء ضروري في عرف الناس وعاداتهم يضاف إلى هذه العناصر.

– تقدير النفقة الزوجية:

طبقا للمادة 79 ق.أ.ج يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم". أن للقاضي سلطة تقديرية في تحديد أو تقدير النفقة الزوجية مع مراعاة ظروف الزوجين ومستوى المعيشة الساري به العمل في البلاد، بمعنى على أساس إمكانية الزوج المادية والاجتماعية بعد مراعاة العادة والعرف والأسعار الجارية في البلد. وهذا التقدير قال به المالكية والحنابلة بأن يراعي القاضي حال الطرفين في تقدير النفقة يسرا وعراء وتقدير النفقة من قبل القاضي إنما يكون في حالة النزاع القضائي، أما في الحياة الزوجية العادية فإن الأمر موكل إلى مدى قدرة الزوج وكذلك مدى شعوره بمسؤولية الأسرة.

والنفقة الشهرية التي يحكم بها القاضي للزوجة بموجب حكم قضائي لا تقبل المراجعة إلا بمضي سنة كاملة من تاريخ صدور الحكم. ومن ثم عدم إمكانية المطالبة بمراجعة مقدار النفقة بطلب الزيادة أو النقصان من طرف أحد الزوجين لتغير الوضع المادي لأحدهما أو لتغير الأسعار.

– تاريخ استحقاق النفقة الزوجية:

بناء على أحكام المادة 80 ق.أ.ج: تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بيئة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى، إن تاريخ سريان النفقة

يبدأ من يوم رفع الدعوى بتسجيلها في كتابة الضبط ولا يجوز للقاضي أن يحكم بنفقة لما قبل رفع الدعوى. كما يجوز للمحكمة أن تحكم بنفقة مؤقتة للزوجة أو الأولاد في إطار التدابير المؤقتة بحكم استعجالي وتنتهي هذه النفقة المؤقتة عند الفصل في موضوع النزاع بصفة نهائية (نص المادة 57 مكرر ق.أ.ج)

ولكن استثناء من هذه القاعدة حسب المادة 80 ق. فإنه يسمح للقاضي أن يحكم بالنفقة المتراكمة لعدة شهور سابقة إذا طلبتها الزوجة وأثبتتها، وذلك عن مدة سنة واحدة فقط ترجع إلى ما قبل رفع الدعوى.

وإذا كانت الزوجة غير مقتنعة بالنفقة المقدرة من القاضي هنا لها الحق في طلب الاستئناف طبقا للمادة 57 ق.أ.ج.

- أسباب سقوط حق النفقة:

لم يتعرض قانون الأسرة بشكل واضح للأسباب سقوط النفقة، ومع ذلك يمكن استخلاصها عن طريق استقراء نصوصه وهي كما يلي:

- سقوط حق النفقة للناشر: كانت المادة 37/1 ق.أ.ج تنص على عدم استحقاق الزوجة الناشر للنفقة، غير أن المشرع أغفل أحكام النشوز مكتفيا بالإشارة فقط إلى الطلاق بسبب نشوز أحد الطرفين وهذا ما يستنتج من نص المادة 55 ق.أ.ج، ولم يعد عمل المرأة من النشوز خاصة إذا تم اشتراطه وفق المادة 19 ق.أ.ج.

أما بالنسبة لتطبيقاته في القضاء الجزائري فقد بين قرار المحكمة العليا ، غ.أ.ش، 9 جويلية 1984، ملف رقم: 33762 أن: "سقوط النفقة عن الزوجة الناشزة لا يكون إلا بعد ثبوت أنها بلغت بالحكم النهائي القاضي برجعها محل الزوجية، وثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم مما يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها...".

- سقوط حقها في النفقة إذا كان الزواج فاسدا بناء على المادة 33 ق.أ.ج.

- الزوجة العاملة أو الموظفة ومنعها زوجها عن العمل ولم تكن قد اشترطت العمل أثناء العقد.

- إعسار الزوج إذا كان الزوج غير قادر على الاتفاق لإعساره أو لفقره، تلزم الزوجة الموسرة أو الغنية بالاتفاق على زوجها وأولادها مدة إعساره (76). وفي كل الأحوال فإن الزوجة في حالة إعسار الزوج مخيرة إما أن ترضى بالبقاء معه من غير نفقة أو تطلب التطليق لعدم الإنفاق ما لم تكن عاملة بإعساره وقت الزواج

- آثار الامتناع عن أداء النفقة:

إذا امتنع الزوج المحكوم عليه بأداء النفقة يترتب على ذلك ما يلي:

* حق الزوجة في رفع دعوى النفقة اعتمادا على القضاء العادي حسب المادة 74 ق.أ.ج أو على حكم استعجالي كما نصت بذلك المادة 57 مكرر ق.أ.ج.

* حق الزوجة في طلب التطليق اعتمادا على الفقرة الأولى من المادة 53 ق.أ.ج.

* العقوبة الجنائية للزوج وهذا ما نصت عليه المادة 331 قانون عقوبات والتي تنص على أنه: "كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء الإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المحكوم بها عليه إلى زوجته أو أصوله أو فروعه رغم صدور حكم ضده بإلزامه دفع نفقة، يعاقب بالحبس من سنة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبالغرامة من 500 إلى 5000 دج. والمحكمة المشار إليها في هذه المادة هي محكمة موطن محل إقامة الشخص المقرر له قبض النفقة أو المنتفع بالمعونة. أي المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها موطن أو مسكن المدعي المطالب بالنفقة.

ومن هنا يعاقب المشرع الجنائي الجزائري بالحبس من 6 اشهر إلى 3 سنوات وبغرامة من 50000 إلى 300000 دج، في المادة 331 من قانون العقوبات المعدلة بالقانون رقم 23/06 المؤرخ في 20/12/2006، كل من إمتنع عمدا، ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم

المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع النفقة إليهم.¹

ويفترض القانون الجزائري هاهنا، أن عدم الدفع العمدي ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتیاد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أية حال من الأحوال، والمحكمة المختصة بالنظر في جريمة الإمتناع عن أداء النفقة هي محكمة موطن أو محل إقامة الشخص المقرر له قبض النفقة أو المنتفع بها.²

3- حق النسب:

لقد حرصت الشريعة الإسلامية على حفظ الأنساب من الضياع، ووضعت أحكاما لثبوت النسب، وجعلته حقا للولد ولأبويه وسائر القربات، حتى تنشأ الأسرة على أسس قوية يجمع بين أفرادها صلة الدم والقربة تقويهم وتشدهم ليكون لها دورها الفعال في المجتمع.

ونظرا لأهمية الموضوع ومنها اختلاط الأنساب لم تعترف الشريعة الإسلامية في موضوع النسب سوى بما ينتج عن الزواج الصحيح، وبهذا أقام الإسلام علاقة وطيدة بين رابطة النسب ورابطة الزواج، فجعل الثانية سببا وطريقا أصليا لثبوت الأولى. ومن هنا تأتي إحدى الأصول المقررة في الشريعة الإسلامية وهي: "الولد للفراش وللعاهر الحجر". ولا يمكن للنسب أن يثبت بالطرق غير الشرعية والزین، كما حرم الإسلام التبني ولا يثبت به نسيا ممن تبناه لأنه ليس ابنه على الحقيقة كما أوجدت التطورات العلمية الحديثة طرقا أخرى غير الاتصال بين الزوجين كالتلقيح الاصطناعي بل وقد وصلت العلوم الطبية ومن خلال الحمض النووي أن أي شخص يمكنه معرفة نسبه من أبيه أو نفي ذلك. كما أقر الفقهاء بأن النسب يثبت أيضا بالإقرار أو بالبيئة وتطبيقا لهذا نص قانون الأسرة في المادة 40 على أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح أو

¹ - يراجع القانون 06/23 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم للأمر 66-156، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، الجريدة الرسمية العدد 84، الصادرة بتاريخ 24 ديسمبر 2006.

² - يراجع الفقرة 3 من المادة 331 من القانون 06/23.

بالإقرار أو بالبيئة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمادة 32 و 33 و 34 من هذا القانون.

كما كرس المشرع الجزائري بموجب التعديل الأخير القانون الأسرة من خلال المادتين 40/2 و 45 مكرر قنصت المادة 40/2 : على إمكانية لجوء القاضي إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، وفي المادة 45 مكرر على إمكانية اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي في حالة وجود مانع يحول دون الإنجاب مع العلم أن الوسائل الشرعية لإثبات النسب تتمثل في الفرائض والإقرار والبيئة والقيافة والقرعة فالثلاثة الأولى قطعية الدلالة ولا زال معمول بها حاليا في حين تبقى القيافة والقرعة وسائل ضنية الدلالة ولم يعد العمل بها في الوقت الحالي.

وقبل التطرق للأسباب المنشئة والكاشفة للنسب لابد من التعريف به أولا في اللغة والاصطلاح.

أ- تعريف النسب لغة:

مصدر نسب يقال نسبته إلى أبيه نسبا من باب طلب عزوته إليه واستعمل النسب في الوصلة بالقرابة فيقال بينهما نسب أي قرابة، ويكون النسب من قبل الأب أو من قبل الأم، وقيل في الآباء خاصة.

النسب اصطلاحا يعرف النسب اصطلاحا على معناه اللغوي: فهو صلة الشخص بغيره على أساس القرابة القائمة على صلة الدم. أي صلة الإنسان بمن ينتمي إليهم من الآباء والأجداد أي الاتصال بين إنسانين في ولادة قريبة أو بعيدة.

ب- الأسباب المنشئة للنسب:

ثبوت نسب الولد إما أن يكون إما أن يكون من أمه وإما أن يكون من أبيه، أما ثبوت نسبه من أمه فإنه يحصل بمجرد الولادة، سواء كانت الولادة من زواج صحيح أو فاسد أو من وطء بشبهة أو من زنا، ولا يمكن تفني النسب من أمه بعد ثبوته بالولادة. أما ثبوت النسب من أبيه فإنه يتم بأحد الأسباب الآتي ذكرها:

- ثبوت النسب بالزواج الصحيح:

والزواج الصحيح يسمى في الفقه الإسلامي بالفراش، ويراد به الزوجية القائمة حقيقة أو حكما بين الرجل والمرأة عند ابتداء حملها بالولد، ولا يكون إلا بالعقد الصحيح، ويلحق بالزواج الصحيح الدخول بالعقد الفاسد، والوطء بشبهة. وعلى هذا فعقد الزواج الباطل لا يعد فراشا، ولا يثبت به نسب. فإذا حملت الزوجة فإن الولد الذي تأتي ينسب إلى زوجها صاحب الفراش دون حاجة إلى إقرار منه بذلك، ولا إلى أي بيئة لإثباته والدليل على ذلك قول النبي عليه الصلاة والسلام: " الولد للفراش ". وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 41 ق.أ.ج بقوله: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينغه بالطرق المشروعة ".

والتي تستشف منها شروط ثبوت النسب بالفراش كما يلي:

- أن يكون الزواج شرعيا:

والمعبر عنه بالعقد الصحيح، أي يكون هذا العقد مطابقا لما هو وارد في المادتين 9 و9 مكرر ق.أ.ج.

- أن يكون حمل الزوجة من زوجها ممكنا:

وذلك بأن يكون ممن يأتي منه الحمل، ولا يكون ذلك إلا إذا ثبت بلوغه وقدرته على الإنجاب بأن لا يكون به عيب من العيوب بأن يكون مريضا أو عقيما.

- أن يكون الاتصال ممكنا:

ومعناه حدوث التلاقي بين الزوجين فعلا والذي يتأكد بالخلوة الصحيحة، وهو شرط عند جمهور الفقهاء مالك والشافعي وأحمد بن حنبل لأن العقد جعل المرأة فراشا باعتبار أنه يبيح هذا الاتصال الذي هو سبب حقيقي للحمل. وخالف الحنفية فلم يشترطوا ذلك فقالوا: إن مجرد العقد يجعل المرأة فراشا لأنه مظنة الاتصال، فإذا وجد كفى، لأن الاتصال لا يطلع عليه بخلاف العقد، فينسب الولد لأبيه عند قيام العقد ولو لم تثبت خلوة وكان الالتقاء بين الزوجين غير ممكن

فی العادة ولكنه ممكن عقلا، كما لو عقد مغربي علی مشرقية وجاءت یولد بعد ستة أشهر فما فوق من العقد.

- أن لا ینفیه الزوج عنه بالطرق المشروعة:

ویقصد بالطرق المشروعة لنفي الولد عن أبیه هو اللعان، وإن كان لم یظهر ذلك صراحة فی نص المادة إلا أنه أشار إلیه فی المادة 138 ق.أ.ج ینع من الإرث اللعان والردة، واللعان لا یتم إلا بحکم قضائي وبناء علی طلب من الزوج، وفی ذلك یقر القضاء بأن المدة المتروكة للزوج فی النفي لا تتجاوز ثمانية أيام من رؤية الزنا أو العلم بالحمل.

وهناك من العلماء من یرى بأن عبارة الطرق المشروعة واردة بصیغة الجمع، وهو ما یفهم منه فتح المجال لتبني كل طريقة شرعية تفید فی نفي النسب، وأصبحت من ضمن هذه الوسائل البصمة الوراثية

- أن یولد الولد بین أقل وأقصى مدة للحمل:

ومعناه الإمكانية ثبوت نسب الولد للزوج هو أن تتم ولادته بین أقل مدة الحمل وأكثرها:

- أقل مدة للحمل:

قال تعالى: "وحمله وفصاله ثلاثون شهرا" [سورة الأحقاف/15] وقوله تعالى: "وفصاله فی عامین" سورة لقمان/14

بذلك دلت الآية الأولى علی مدة الحمل والفصال معا، ودلت الآية الثانية علی مدة الفصال وحده، وبإسقاط مدة الفصال التي هي 24 شهرا من ثلاثین شهرا تكون مدة الحمل 6 أشهر، ولا يمكن أن تكون هذه المدة أقصى مدة الحمل، لأن المشاهد فی كل العصور والأحوال بخلاف ذلك، فاعتبرت ستة أشهر أقل مدة للحمل، لكي یولد حیا. وقد أشار المشرع الجزائري إلی أدنى مدة الحمل التي حددها بستة أشهر فی نص المادة 42 ق.أ.ج بقوله: "أقل مدة الحمل ستة أشهر. وعليه فإذا أنت به أمه خلال فترة قیام الزوجية قبل 6 أشهر من تاریخ الدخول بها أو

الخلوة الصحيحة بعد عقد صحيح، فإن نسب الولد لا يصح إسناده إلى الزوج، وأمام سكوت المشرع عن تاريخ بداية سريان هذه المدة أوضحت المحكمة العليا بأنه يبدأ من تاريخ إبرام العقد إذا أمكن الاتصال.

- أقصى مدة للحمل:

لقد اختلف الفقهاء في تقدير أقصى مدة للحمل لعدم وجود نص من الكتاب أو السنة. 63 وقدرها المشرع الجزائري بنص المادة 42 ق.أ.ج بقوله: "وأقصاها 10 عشرة أشهر". ومن جهة أخرى تلاحظ في المادة 43 ق.أ.ج، أنها حددت حكم المطلقة أو المتوفى عنها زوجها على أنه يثبت نسب الولد لأبيه إذا ولدته خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، في حين تنص المادة 60 ق.أ.ج على أنه: "أقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

فالملاحظ من خلال نص المادة 43 أن المشرع الجزائري وضع شرطا واحدا لثبوت النسب في حالة الفرقة بين الزوجين بزواج صحيح، وهو الولادة خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة والمقصود بكلمة انفصال هو الطلاق بنص المادة 60 ق.أ.ج، الذي يقع بصدر حكم قضائي وفقا للمادة 49 ق.أ.ج.

- ثبوت النسب في الزواج الفاسد:

الزواج الفاسد لا تصير به المرأة فراشا بالعقد بل بالدخول الحقيقي وسبب ثبوت النسب في النكاح الفاسد هو الدخول الحقيقي بشرط أن يأتي الولد بعد 06 أشهر أو أكثر من تاريخ الدخول. وإلى ذلك ذهب المشرع الجزائري بنصه في المادة 40 ق.أ.ج: يثبت النسب بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا لأحكام المواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون. فإذا تم اكتشاف هذا الفساد في العقد بعد الدخول الحقيقي يفسخ العقد ويترتب عليه ثبوت النسب، احتياطا في إثباته إحياء للولد.

* وبالتالي يشترط لثبوت النسب بالفراش في الزواج الفاسد مايلي:

- أ- وجود عقد زواج فاسد.
- ب - حصول دخول حقيقي بناء على عقد فاسد.
- ج - إتيان الزوجة بالولد لستة أشهر فأكثر من تاريخ الدخول الحقيقي وفي مدة لا تزيد عن عشرة أشهر.

-ثبوت النسب بنكاح الشبهة أو الوطء بشبهة:

إن نكاح الشبهة أو الوطء بالشبهة هو الاتصال الجنسي غير الزنا، وليس بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد، مثل المرأة المزفوفة إلى بيت زوجها دون رؤية سابقة، وقيل إنها زوجته، فيدخل بها، ومثل وطء امرأة يجدها الرجل على فراشه فيظنها زوجته، ومثل وطء المطلقة طلاقاً ثلاثاً أثناء العدة على اعتقاد أنها تحل له.

وينقسم الوطء بالشبهة إلى ثلاثة أنواع لأن الشبهة إما أن تكون شبهة ملك، وإما أن تكون شبهة عقد، وإما شبهة فعل.

فأما شبهة الملك وتسمى أيضاً شبهة الحكم ومن أمثلتها أن يواقع أب جارية مملوكة لابنه ضانا أنه يباح له وقاعها ومن أمثلتها أن يواقع الرجل امرأته التي طلقها طلاقاً بالنا وهي في عدتها منه ضانا أن وقاعها يكون مراجعة لها.

أما شبهة العقد فحاصلها أن يعقد الرجل على امرأة، ويدخل بها دخولا حقيقيا وهو يعتقد أنها تحل له، ثم تبين له بعد ذلك أنها لم تكن تحل له، كما إذا تبين أنها أخته من الرضاع. وأما شبهة الفعل فحاصلها أن يواقع الرجل امرأة على أنها زوجته ثم تبين له أنها ليست كذلك.

والمشروع الجزائري أقر مطلقاً ثبوت النسب في نكاح الشبهة بنص المادة 40 ق.أ.ج: يثبت النسب بنكاح الشبهة. فيثبت نسب الولد ممن وطئ امرأة بشبهة إذا جاءت به خلال المدة المحددة قانوناً.

- ثبوت النسب بالتلقيح الاصطناعي:

ساير المشرع الجزائري ما توصل إليه العلم الحديث من استعمال التقنيات الجديدة المعاصرة لإيجاد حل المعضلة عسر الإنجاب لدى عدد معتبر من الأزواج، فقرر اعتماد التلقيح الاصطناعي كطريقة من طرق إثبات النسب، حيث أجازته في نص الفقرة الأولى من المادة 45 مكرر ق.أ.ج وأخضعه في الفقرة الثانية للشروط التالية:

- أن يكون الزواج شرعيا.
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.
- أن يتم التلقيح بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.

مع اشتراط أنه لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة. لقد وضع المشرع الجزائري إطارا قانونيا المسألة التلقيح الاصطناعي دون أن يوضح ما يرتبه تخلف إحدى شروطه من آثار على العلاقة الزوجية من جهة وبالنسبية لثبوت وتفي النسب من جهة أخرى والواضح أن النسب لا يثبت عند تخلف إحدى الشروط المنصوص عليها في قانون الأسرة، هذا ما قرره الجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي وهو ما ذهب إليه الكثير من الفقهاء المعاصرين.

ج- الأسباب الكاشفة للنسب:

وتسمى بالكاشفة لأنها تكشف عن واقعة سابقة، وتتمثل هذه الوسيلة في الإقرار أو البيئة أو اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب عند الاقتضاء.

- الإقرار:

يقصد بالإقرار الاعتراف؛ وفي هذا المجال هو إقرار الشخص بالنسب، أي إخبار الشخص بوجود قرابة بينه وبين شخص آخر؛ وهو اعترافه بإلحاق نسب ولد مجهول النسب به وقد يكون الإقرار شفويا أو مكتوبا في مذكرة يرفعها إلى القضاء. ويتبين من خلال نص المادة 44 ق.أ. أن الإقرار قد يكون بالبنوة، أو بالأبوة، أو بالأمومة مجهول النسب ولو في مرض الموت متى

صدقه العقل أو العادة، ونصت المادة 45 بعدها على أن الإقرار بالنسب في غير الأبوة والبنوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه.

- الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة:

نصت عليه المادة 44 من قانون الأسرة، وهو ما يعرف لدى الفقهاء بالإقرار بالنسب محمول على المقر نفسه، وهو الإقرار الذي ليس فيه تحميل على الغير، أي: الإقرار المباشرة. وله ثلاث صور:

- إقرار الأب:

ويسمى الإقرار بالبنوة معناه أن يقر الأب بأن شخصا ما ابنه كأن يقول هذا ابني وأنا أبوه هنا يثبت النسب - بشرط أن يكون نسب المقر له مجهول النسب أي غير معروف الأب وإلا أصبح تبني - أن لا يكذبه ظاهر الحال ، معناه أن يولد مثل المقر له لمثل المقر، حيث أنه لا يتصور من رجل تجاوز الثمانين من عمره أو أنه عاجز تماما أو مريض بالعقم وعدم الإنجاب أن يدعى أو يقر بأن فلانا ابنه أو فلانة ابنته. فمثل هذا الإقرار لا يقبله العقل ولا العادة.

وكما لو كان المقر له بالبنوة أكبر سنا من المقر كما لو كان ابن عشر سنين والمقر ابن خمسة عشر، لم يصح إقراره لأن الواقع يكذبه - أن يصدقه المقر له على إقراره ، - ألا يكون المولد من زنا لأن ولد الزنا لا يلحق بأبيه.

- إقرار الابن:

ويسمى إقرار الأبوة كأن يقول الابن هذا أبي أو هذه أمي فالابن هو المقر والأم والأب المقر له بشرط - أن يكون المقر ابن مجهول النسب وأن يكون مجهول الأم، إذا قال هذه أمي - ألا يكذبه ظاهر الحال، أن يصدقه المقر له في إقراره - ألا يكون مولودا من زنا إذا كان المقر له أبا.

- إقرار الأم:

ويسمى الإقرار بالأمومة أن تقول امرأة هذا ولدي أو هذا ابني هنا يثبت النسب بشرط أن لا يكون لهذا الولد أم معروفة - أن تكون ممن يولد مثله مثلها بأن لا يكذبها ظاهر الحال، - أن يصدقها المقر له على إقرارها ولو كان ولدا من زنا لأن ولد الزنا يلحق بأمه.

- الإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة:

وهو الإقرار بالنسب الذي فيه تحميل على الغير؛ نصت عليه المادة 45 من قانون الأسرة. أي الإقرار بعلاقة النسب بطريقة غير مباشرة بين المقر والمقر له. هذا النوع من الإقرار يتم بين شخصين كلاهما ليس أهلا للآخر ولا فرعاً له، إنما قريبه قرابة الحواشي، أي لهما أصل مشترك هو أبوهما.

فلصحة هذا الإقرار الذي يشترط الشرطين المذكورين في قانون الأسرة، أضاف المشرع الجزائري شرطاً ثالثاً إليهما وهو أن يوافق المحمول عليه بالنسب على هذا الإقرار. ففي حالة الأخوة إن قال هذا أخي نشأت بينه وبين ذلك الشخص قرابة أخوة، ولكن نسب الشخص من أبيه لا ينشأ إلا إذا اعترف بها الأب نفسه وقال صحيح قوله أو صدق. وإن رفض الأب وأصر المقر يرفع دعوى أمام القضاء يدعمها بالبيئة لتثبيت النسب. وفي حالة العمومة، إن قال هذا عمي فإن العمومة تنشأ بين المقر بها والمقر له، ولكن لا تلزم الجد إلا إذا وافق على هذا الادعاء ولم يكذبه، وأن يقيم المقر البيئة على إقراره.

- البيئة:

لقد ورد النص على إثبات النسب بالبيئة في المادة 40 ق.أ.ج، على أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبيئة، فالمراد بالبيئة هو الدلائل التي تؤكد وجود واقعة مادية وجوداً حقيقياً بواسطة السمع أو البصر أو غيرها من وسائل الإثبات ولكلمة البيئة معنيان :

* معنى عام وهو الدليل أياً كان نوعه، كتابة، قرائن، اعتراف شهود. -

* ومعنى خاص: وهو شهادة الشهود دون غيرها. وللبينة أنواع منها: الشهادة المباشرة، والشهادة السماعية، والشهادة بالشهرة العامة .

وما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يبين ما نوع هذه البينة وكيف يثبت. النسب بها؟ باعتبار أن جمهور الفقهاء يقصرونها على الشهادة والمعرفة المعنى الذي يقصده المشرع بالبينة ترجع إلى اجتهادات المحكمة العليا أين رفضت إجراء فحص الدم واعتماده كدليل لإثبات النسب وبالتالي لم تأخذ بالمعنى العام بل بالمعنى الخاص وهو شهادة الشهود. ويكون الإثبات بالبينة عن طريق شهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول وهو ما أخذت به المحكمة العليا في تحديد نصاب الشهود أخذا بمذهب الأحناف، كمال تجوز شهادة النساء وحدهن في مثل هذه الوقائع لأن حادثة الولادة عادة ما يحضرها النساء فقط.

- اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب:

إذا أنكر الزوج أبوته للمولود من زواج صحيح أو فاسد أو قام نزاع في ذلك بين الزوج والزوجة، فإن الفقرة الثانية من المادة 40 ق.أ.ج قد أجازت للقاضي أن يلجأ إلى كافة الطرق العلمية الممكنة لإثبات النسب، بما في ذلك ما يسمى بالبصمة الوراثية أو الحمض النووي. يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب". حيث أصبحت هذه التقنية محل الطريقة الشرعية لإثبات النسب والتي تسمى بالقيافة والقائف هو الذي يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود.

ولذا فإن الإقرار الذي فيه تحميل على الدير يرتب كرا في مواجهة النقر نفسه دون خوره ويلزمه إقراره هذا وحده كل الحقوق التي تفتح من هذا الإقرار : كالفقه إذا كان انقر له معصرة وكان المقر دوسرا فإنها تحب عليه وحده كذلك لو مات من حمل العصب عليه فإن النظر له يشارك في تركة التفوق في مواجهة المقر دون إخوته إلا برا صدقه هؤلاء، وإذا مات النقر ولا وارت مطلقا استحق النقر له تركته الإقرار في خير الجهوية والأبوة والأمومة ليس قاصراً على الإرث

والنفقة على عقد يشمل أحكام الفضالة في العربي بين النقر والنقر له ما داما قد تصادفا على ذلك.

المحور الرابع:

انحلال عقد الزواج

يقصد بإنحلال الرابطة الزوجية إنتهاء العلاقة بين الزوج والزوجة والتي نشأت بموجب عقد الزواج الصحيح، حيث تكون نهايتها وفقا لما تقره الشريعة الإسلامية وتنص عليه التشريعات الوضعية، سواء كان ذلك بإرادة أحد الزوجين أو بحكم القضاء وهو ما نحاول توضيحه في هذه المحاضرة من خلال النقاط التالية:

أولا - مفهوم الطلاق ودليل مشروعيته:

عرف الطلاق من الناحية اللغوية والفقهية والقانونية كما يلي:

1- تعريف الطلاق:

أ- الطلاق لغة:

هو رفع القيد مطلقا، أي سواء كان الطلاق حسيا أم معنويا. ومنه ناقة طالق، أي مرسلة بلا قيد، وأسير مطلق، أي حل قيده وخلي عنه، لكن العرف خص الطلاق بحل القيد المعنوي، وهو في المرأة ولا يقال أطلقها، والإطلاق في حل القيد الحسي في غير المرأة.

ب- الطلاق اصطلاحا:

لقد عرفه الإمام محمد أبو زهرة بأنه: "رفع قيد النكاح في الحال أو المال بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو ما في معناها". وقيل أنه تعريف جامع مانع للطلاق البائن والرجعي بقوله: (في الحال أو المال).

ج- ويعرف في اصطلاح الفقهاء على أنه: "رفع قيد النكاح في الحال أو المال، بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه".

د- الطلاق قانونا:

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 48 ق.أ.ج : "... يحل عقد الزواج بالطلاق ...؛فقانون الأسرة الجزائري في تعريفه للطلاق لم يخرج عن دائرة الفقه الإسلامي، فقد عرفه بأنه: "حل عقد الزواج"

ومما يجب الإشارة إليه أن الطلاق في هذا التعريف شامل لكل أنواع حل الزوجية بغير وفاة أو فسخ. ولهذا فقد وضحت المادة المذكورة بأنه:

"يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة"؛ ويشمل الطلاق بإرادة الزوج المنفردة أو بتراضي الزوجين (م48)، كما يشمل التطليق وذلك بحكم القاضي بناء على طلب الزوجة (م 53) أو عن طريق الخلع (م54)".

2-مشروعية الطلاق:

الطلاق مشروع بالكتاب والسنة والإجماع.

-أما الكتاب فقله تعالى:

"الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"¹.

-وأما السنة:

فقله : "إنما الطلاق لمن أخذ بالساق". وقوله عليه الصلاة والسلام: "أبغض الحلال

عند الله الطلاق". وقال عمر: "طلق النبي صلى الله عليه وسلم حفصة، ثم راجعها".

-ومن الإجماع:

فقد العقد الإجماع منذ عصر الرسول حتى يوم الناس هذا على جواز الطلاق.

3- الوصف الشرعي للطلاق:

إذا كان الأصل فيه هو الحظر وأنه لا يجوز الإقدام عليه إلا لسبب والأسباب تختلف في

قوتها وضعفها، ومن هنا اختلفت صفة الطلاق الشرعية باختلاف البواعث عليه؛ فهو حرام إذا

¹ - سورة البقرة، الآية 229.

كان من غير حاجة تدعو إليه، أو كان إيقاعه في زمن الحيض أو في ظهر مسها فيه، ويسمى طلاقاً بدعياً.

أ- ويكون مكروهاً بمعنى أن يترجح تركه على فعله، إذا كان السبب يمكن احتمالاً أو خطأ من السهل معالجته وتقويمه، وهذا في حق مستقيمة الحال.

ب- ويكون مباحاً عندما تدعو الحاجة إليه، كسوء خلق المرأة أو سوء عشرتها له أو لأهله والإصرار على ذلك، وعدم الاستجابة بالنصيحة والوعظ ووسائل الإصلاح التي شرعها الله.

ج- ويكون واجباً: عند الشقاق وعجز الحكمان عن الإصلاح بين الزوجين.

د- ويكون مندوباً: إذا ترجح فعله على تركه ولا إثم في تركه، ويكون إذا فرطت الزوجة في حق من حقوق الله كترك الصلاة عمداً. وإذا كانت المرأة سيئة الأخلاق تؤذي زوجها وأهله وجيرانها بالقول والفعل، وإذا طال الشقاق بين الزوجين، أو إذ قصر الزوج في حق زوجته وذلك بعجزه عن القيام بحقوقها.

4- الحكمة من تشريع الطلاق:

من المقرر أن الله شرع الزواج ليحقق مقاصده السامية، ولا يتحقق ذلك إلا إذا حسنت العشرة بين الزوجين، ولكن إذا ما ساءت العشرة بينهما وتنافرت طباعهما وأخلاقهما، أو إذا أصيب أحد الزوجين بمرض لا يحتمل أو عقم لا علاج له، مما يولد الكراهية والبغضاء، وصار أمرهما على شقاق دائم يكون من الخير لهما أن تحل رابطة الزوجية بينهما، وذلك بالطلاق حسماً للشقاق، الذي لم تجد الوسائل الإصلاحية في القضاء عليه وإزالته والإسلام شرعه على كره وبغض له كعلاج لإنهاء النزاع.

5- شروط الطلاق:

حتى يقع الطلاق صحیحا ینبغي أن تتوافر فیة مجموعة من الشروط والتي قسمت بحسب الفقهاء إلى ثلاث شروط منها ما ارتبط بموقع الطلاق، ومحل الطلاق، والصیغة التي يتم بها الطلاق على النحو الآتي¹:

أ- شروط من يقع منه الطلاق:

الطلاق یملكه الزوج، ولكن لا يقع طلاقه إلا إذا كان أهلا للتطليق، یعنی أن الطلاق لا یصدر إلا من الرجل الذي یملك العصمة الزوجية متى استوفى الشروط الشرعية المعتمدة. وقد ذكر الفقهاء جملة من الشروط التي ینبغي أن تتوفر فی الرجل حتى یعتد بكلامه وطلاقه.

- الشرط الأول: أن یمكون المطلق بالغاً

وعليه فلا یعتد بطلاق الصغیر غیر البالغ سواء كان ممیزاً أو غیر ممیز.

- الشرط الثاني: أن یمكون المطلق عاقلاً

ذهب الفقهاء إلى أن ناقص الأهلية وعدم الأهلية كلاهما لا یعتد بتصرفاته، وبالتالي لا یصح طلاقه لأن العقل شرط التكلیف وعليه لا یصح طلاق الصبی والمجنون وهو كل من زال عقله یجنون أو إغماء أو نحو ذلك مما فیة زوال العقل أو نقصانه فیلحق بالجنون من ضعف عقله لكبر سن أو مرض... إلخ

- الشرط الثالث: أن یمكون مختاراً والمراد بالاختیار ألا یمكون مكرهاً على إيقاعه أي عدم

حمل الرجل المتزوج على الطلاق بالإجبار بأداة ترهبه فی نفسه أو عیاله أو ماله.

ب - شروط من يقع علیه الطلاق

یشترط فی المرأة التي يقع علیها الطلاق أن تكون فی عصمة زوجها وكانت فی حال زواج صحیح قائم فعلاً ولو قبل الدخول، أو فی أثناء العدة من طلاق رجعي. أما إن كانت معتدة من طلاق بائن بینونة كبرى فلا یلحقها طلاق آخر فی أثناء العدة، وإن كانت معتدة من طلاق بائن

¹ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 364.

بينونة صغرى فلا يلحقها طلاق عند الجمهور ويلحقها طلاق آخر في رأي الحنفية لبقاء بعض أحكام الزواج كالنفقة والسكنى في بيت الزوجية.

ج- شروط الصيغة أو ما يقع به الطلاق

اتفق الفقهاء على أن الزواج ينتهي بالطلاق بالعربية أو بغيرها، سواء باللفظ العربي أم بالكتابة أم بالإشارة. كلها صور للتعبير عن إرادة الطلاق.

6- موقف المشرع الجزائري:

إن المشرع الجزائري لم يورد أي نص يتعلق بشروط المطلق مما يوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، ورغم هذا السكوت فإنه يمكن استنتاج البعض منها كشرط الأهلية الكاملة للزوج وهي 19 سنة كاملة.

و فيما يخص الصيغة، وهي اللفظ الذي يقع به الطلاق، فإن المشرع الجزائري لم يبين الصيغة التي يتم بها الطلاق وبما أن الطلاق هو تعبير عن الإرادة حسب المادة 48 ق. أ.¹ وعلية فإن التعبير عن الإرادة في القانون الجزائري يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يعد أي شك في دلالة على مقصود صاحبه وهذا حسب المادة 60 من القانون المدني الجزائري.

ثانيا- صور انحلال الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري

تضمن قانون الأسرة الجزائري في المادة 48 ثلاث طرق لوقوع الطلاق وهي الطلاق بإرادة الزوج والطلاق بالتراضي بين الطرفين والطلاق يطلب من الزوجة.

1- الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج:

نص المشرع الجزائري في المادة 48 ق. أ. ج على صور حل عقد الزواج، ومنها الطلاق الذي يتم بإرادة الزوج المنفردة، بقولها: "يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج...". قد

¹ - جاء نصها كالتالي: " يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون..."

يجد الزوج في سلوك زوجته ما لا يستطيع البقاء معها على معاشرتها، ولذلك أباحت له الطلاق إذا كان السبيل الوحيد لحل المشكلة التي وقع فيها.

وهذا بعد استنفاد جميع الوسائل التي تسبق الطلاق عادة وهي الموعظة الحسنة والهجر في المضجع والضرب غير المبرح بغرض التأديب ومحاولة الصلح؛ فإذا تعذرت هذه الأمور ولم يفلح الزوج فيها جميعاً أمكن له استعمال حقه في الطلاق.

حيث يختص الزوج بإيقاع الطلاق ولا يحق للقاضي أن يطلق امرأة وهي في عصمة رجل إلا إذا طلب الزوج ذلك صراحة.

ومع ذلك ليس للزوج مطلق الحرية في استعمال هذا الحق، بل يخض هذا الإشراف القضاء وتحت مراقبة القاضي، مما يخول لهذا الأخير سلطة التأكد من توافر الشروط الواجب توافرها في المطلق وصحة القصد في الطلاق ومن ثم فإنه يجوز للزوج أن يطلق زوجته على أساس رفع دعوى قضائية ولسبب من الأسباب التي يدعيها ويكون ذلك وفقاً للشروط التالية:

أ- أن يتم رفع الدعوى أمام مكان وجود المسكن الزوجي (م 426 ق.إ.م.إ.)

ب- يشترط في المرأة التي يقع عليها الطلاق أن تكون مرتبطة بصاحب الدعوى بعقد زواج صحيح.

ج- يشترط في الزوج أن يكون راشداً وأهلاً لإيقاع الطلاق ومن ثم يشترط فيه أن يكون بالغاً 19 سنة ومتمتعاً بكل قواه العقلية وغير محجور عليه مع العلم أن الترخيص بالزواج طبقاً لنص المادة 7/2 ق. أ لا يرشد الزوج من أجل رفع دعوى الطلاق، باعتبار نص المادة 437 ق. إ.م. على أنه: "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية يقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة".

د- إقامة محاولة الصلح من قبل القاضي بين الطرفين (م (49) ق.أ.ج). ومنه فإن إيقاع الطلاق خارج الدوائر القضائية لا يكون معتداً به ولا يحتج به في مواجهة الغير، ولا يرتب آثاراً قانونية، وذلك من خلال نص المادة 49 ق.أ.ج على أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم...".

ويظهر أثر هذا النص من جهة إثبات الضرر واستحقاق التعويض للمطلقة فحسب، أما وقوع الطلاق فتترتب عليه آثاره الشرعية من وقت التلفظ به من قبل الزوج، اعتمادا على ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية.

وهذا ما أقره المشرع الجزائري بعد صدور الحكم بالطلاق، إلا أنه فسح المجال أمام الطرف المتضرر من الحكم بالطعن في جوانبه المادية، هذا ما نصت عليه المادة 57 ق.أ.ج بقولها: "الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية".

و لكن ما حكم الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة ؟

- بالرجوع إلى نص المادة 49 من ق.أ.ج يلاحظ أن المشرع لم يشير إلى طبيعة الحكم الذي يصدره القاضي إن كان حكما منشئا للطلاق بالرغم من أن الزوج أوقعه قبل الحكم بإرادته المنفردة أم هو حكم كاشف الطلاق الزوج ؛ ولكن ما يكمن استنتاجه هو أن حكم القاضي في هذه الحالة هو منشئ للطلاق لأن النص أشار إلى ضرورة الصلح قبل الحكم وخلال ثلاثة أشهر قبل الحكم والصلح عادة يكون خلال سير دعوى الطلاق وخلال الخصام بين الزوجين.

أما إذا كان الزوج قد طلق بإرادته المنفردة فيصبح الصلح بلا فائدة إلا إذا كان الطلاق رجعيا. فيستعمل الصلح قصد المراجعة بعد الطلاق وليس تجنباً لحدوث الطلاق وبالتالي يكون حكم القاضي كاشفاً للطلاق الذي أوقعه الزوج بإرادته المنفردة وليس منشئاً له هذا إذا كان المشرع يعترف بالطلاق من قبل الزوج بإرادته المنفردة وإلا لا بد من توضيح النصوص القانونية وإزالة الغموض واللبس، لأن ذلك قد يؤثر في احتساب العدة إن كان من يوم التلفظ بالطلاق من قبل الزوج أو من يوم صدور الحكم بالطلاق لأن تاريخ الطلاق بدقة هو المعتمد في حساب العدة شرعا.

ما يلاحظ كذلك على نص المادة 50 ق.أ.ج بأنه: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد.

هذا یعنی أن المشرع اعترف مرة أخرى بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج خارج المحكمة بعد أن ألغاهما فی المادة 49؛ فإذا تبین أن الزوج طلق بإرادته المنفردة قبل رفع الدعوى وكان الطلاق رجعیاً والعدة لم تنته بإمكان القاضي إجراء الصلح ولا يتطلب الأمر عقداً جديداً، أما إذا رفع الزوج الدعوى بعد انتهاء العدة أو أن العدة انتهت خلال فترة الصلح فهنا لابد من عقد جديد فی حالة المراجعة.

إن هذا النوع من الطلاق يقع حتى ولو لم یسبب الزوج دعواه، ففي هذه الحالة تكون أمام الطلاق التعسفی وكذا الشأن إذا طلبه الزوج على أساس سبب تافه وهنا سلطة القاضي مقيدة إذ یتحتم علیه الحكم بالطلاق وهذا ما قضت به المحكمة العلیا فی إحدى قراراتها [قرار المحكمة العلیا رقم] الصادر فی 1999/06/15 بقولها: "الطلاق بالإرادة المنفردة دون ذكر الأسباب بعد طلاقاً صحيحاً". وما على الزوجة فی هذه الحالة إلا المطالبة بالتعویض طبقاً لنص المادة 52 ق. أ: "إذا تبین للقاضي تعسف الزوج فی الطلاق حكم للمطلقة بالتعویض عن الضرر اللاحق بها". هذا النص أعطى للقاضي سلطة تقديرية فی الحكم على الزوج بالتعویض المالي إذا تبین له بأن الزوج قد تعسف فی الطلاق بأن لم يقدم المبررات التي دعت له لطلب الطلاق، أو تبین له بأنه طلقها بقصد الإضرار بها.

ومن صور التعسف فی الطلاق طلاق المريض مرض الموت وهو المرض الذي یغلب فیهِ خوف الموت ویعجز معه المريض عن رؤية مصالحه ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة ویسمى طلاق القار، حيث اعتبر ذلك فراراً من میراث زوجته فیرد علیه قصده بتوريثها منه. (م 408 ق.م).

حيث جاء فی إحدى قرارات المحكمة العلیا الصادر تاریخ 1998/03/17 : "إن المرض مهما كانت خطورته لا یمنع الزوج من إيقاع الطلاق ما عدا إذا كان القصد من الطلاق فی مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث".

كذلك يمكن إلحاق نشوز أحد الزوجين من صور الطلاق التعسفي بناء على التعويض المنصوص عليه قانونا حيث جاء في نص المادة 55 ق.أ.ج: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق بالتعويض للطرف المتضرر".

ويعرف النشوز في الاصطلاح على أنه معصيتها لزوجها فيما له عليها لما أوجبه له النكاح، ويكون من الزوج أيضا فقد يميل إلى امرأة أخرى ويترك الأولى، وقد يضر بها كأن يمنعها من النفقة أو القسم في المبيت، أو يضربها عن غير مبرر.

2- الطلاق بالتراضي:

يقصد بالطلاق بالتراضي بين الزوجين، أن كلا من الزوجين يريد فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة على أن استمراريتهما أصبحت ضربا من المحال لسبب من الأسباب تجعل أحدهما أو كليهما غير قادر على الاستمرار في العلاقة فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق.

وهذا معناه أنه يمكن للزوجين أن يفترقا بتراضييهما بالمعروف دون خصام أو نزاع، حيث يتم إنهاء الرابطة الزوجية بينهما بناء على رغبتيهما بموجب المادة 48 ق.أ.ج والتي ورد فيها: أو بتراضي الزوجان".

إن أهم ما يميز هذا النوع من الطلاق أنه يتم بناء على طلب أحد الزوجين وموافقة الزوج الآخر. ويقابله الطلاق بالمنازعة أو النزاع عند عدم التراضي بينهما، وهو ما يسمى بالطلاق بالإرادة المشتركة للزوجين بناء على طلبهما المشترك.

ولا يقع هذا الطلاق إلا إذا توافرت فيه الشروط التالية:

أ- أن يتم بناء على طلب مشترك بين الزوجين في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين.

ب- يشترط في الزوجين معا الأهلية الكاملة.

ج- يشترط ألا تكون إرادتهما معيبة بعيب من عيوب الإرادة كالإكراه مثلا.

د- لا يشترط في مثل هذا النوع من الطلاق أنه يتم فيه تسبب الدعوى، بحيث يمكن أن يكون أساس الطلاق وجود عيب في أحد الزوجين وهو عيب خفي فغنه من مصلحة الزوج المريض عدم الإدلاء بذلك العيب.

ه- يشترط إجراء محاولة الصلح ويتأكد من رضائهما ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكنا".

ومن ثم يشترط أن تكون هذه الشروط كلها مجتمعة حتى يتسنى للقاضي النطق بالطلاق بالتراضي.

والجدير بالذكر فإنه لا يمكن للقاضي أن يحكم بالتعويض في حالة الطلاق بالتراضي إذ ليس هناك أي تعسف أمام موافقة الزوجين على فك الرابطة الزوجية.

ويكون السبب القانوني للطلاق في مثل هذه الحال هو الإرادة المشتركة للزوجين، ولا يجوز للقاضي مراقبة سبب طلاقهما الحقيقي، ورغم ذلك فإن اتفاقهما يجب أن يشهر ويعلن للمحكمة، لأن الطلاق لا يقع إلا لدى المحكمة وتحت إشراف القاضي حسب المادة 49ق. أ، ومع ذلك فإن أحكام القضاء كاشفة وليست منشئة للطلاق خلافا للتطليق.

3- طلب الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة:

شرع الطلاق لاستحالة تحقيق الهدف من النكاح، ونظرا لخطورته جعله بيد الزوج، وفي مقابل ذلك وعند تضرر الزوجة من تصرفات زوجها، فتح لها طريقان للخلاص من رابطة زوجية أصبحت لا تطيقها أولهما: التطليق وثانيهما الخلع على النحو الآتي:

أ- التطليق :

تجدر الإشارة بداية إلى أنا المشرع الجزائري لم يعرف التطليق واقتصر على ذكر أسبابه فقط في المادة 53 من ق.أ.ج.

وبالرجوع إلى معناه في اللغة نجد أصل كلمة تطليق يعود إلى طلق تطليقا أي طلقت المرأة زوجها وتطليقتها منه بمعنى خلاها من قيد الزواج؛ أما اصطلاحا فهو منح الزوجة حق طلب التطليق من زوجها بناء على إرادتها المنفردة واستنادا إلى القانون.

ب- أسباب ودوافع التطليق المحددة بنص المادة 53 ق.أ.ج:

- التطليق لعدم الإنفاق:

تعد النفقة حق للزوجة يثبت لها يعقد الزواج الصحيح وتسقط بنشوزها وينتهي بانفصام العلاقة الزوجية. وتبعا لنص المادة 53/1 فإنه يجوز للزوجة أن تطلب الحكم لها بالتطليق من زوجها في حالة عدم الإنفاق عليها، ما لم تكن عالمة بعسره وقت إبرام عقد الزواج. فعدم الإنفاق هو امتناع الزوج عن النفقة بكل أجزائها ومشتملاتها، حسب نص المادة 78 ق. أ، الأمر الذي يلحق بالزوجة أضرارا ويبرر رفع أمرها للقاضي الطلب التطليق بشرط توافر العناصر التالية:

- أن يكون الزوج قد امتنع عمدا عن الإنفاق على زوجته:

وهو أن يمتنع الزوج عمدا أو قصدا عن تقديم ما تحتاجه الزوجة من غذاء ولباس وعلاج وسكن وغيره.

- أن يكون قد صدر من المحكمة حكم يتعلق بوجوب النفقة من الزوج على زوجته:

غير أن المشرع الجزائري لم يحدد في قانون الأسرة المدة التي ينبغي على الزوجة انتظارها بعد صدور الحكم بإلزام الزوج على الإنفاق، وبالرجوع إلى نص المادة 331 من قانون العقوبات والتي ورد في فحواها على أنه كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة زوجته وعن أداء كامل قيمة النفقة الشرعية يعاقب بالحبس فإنه يلتزم عليها أن تنتظر مدة شهرين متتاليين من يوم استصدار الحكم.

ولقد أخذ المشرع الجزائري بما ذهب إليه مالك والشافعي وأحمد بن حنبل من جواز التطليق لعدم الإنفاق استنادا إلى الآية 229 من سورة البقرة في قوله تعالى: "ولا تمسكوهن ضرا

لتعتدوا"، خلافا لأبي حنيفة الذي منع التطليق لأن الزوج في رأيه لا يخلو من أن يكون معسرا أو موسرا فإن كان معسرا فلا ظلم لها واعتداء منه وإن كان موسرا وامتنع عن الإنفاق وظلم زوجته فظلمه لا يعاقب عليه بالتطليق بل يعاقب ببيع ماله ودفعه لزوجته.

- أن لا تكون عالمة بإعساره وقت إبرام عقد الزواج معه:

وفي حالة ثبوت العكس يسقط حقها في المطالبة بالتطليق ويقع عبء الإثبات على الزوج من حيث تبيان للقاضي بأن الزوجة كانت على علم بإعساره بكافة وسائل الإثبات.

- أن يكون الحكم القاضي بإلزام الزوج بالإتفاق على زوجته مراعيًا لما نص عليه

المشرع في المادة 78 و 79 و 80 ق. أ:

ويعني ذلك أنه ينبغي على القاضي أن يراعي أثناء الحكم مشتملات النفقة وحالة الزوجين عسرا ويسرا عند تقدير النفقة واستحقاقها من يوم رفع الدعوى أو لمدة لا تتجاوز السنة قبل رفع الدعوى.

- التطليق للعيب:

لقد سمح المشرع للزوجة أن تطلب التطليق بسبب العلل والأمراض التي يصاب بها الزوج كعدم قدرة الزوج على المخالطة الجنسية أو مرض الإيدز ويتحقق العيب إذا أصيب الزوج بالجنون أو أي مرض عقلي أو يكون عقيما، أو الأمراض التي تدعو الزوجة إلى النفور من زوجها كالبرص والجذام هذا ما نصت عليه المادة 53/2 ق.أ.ج: "العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج"، وأن هذه الأهداف نصت عليها المادة 04 من نفس القانون - تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون (الجنون) - إحصان الزوجين (الأمراض الجنسية) - المحافظة على الأنساب (العقم).

ومن ثم يشترط الشروط التالية للمطالبة بالتطليق للعيب:

- أن يكون العيب من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

- أن تكون العيوب غير قابلة للزوال أي غير قابلة للعلاج أو الشفاء: ومعنى ذلك الأمراض التي يتطلب علاجها مدة طويلة تزيد عن السنة، فللزوجة شرعا الانتظار لمدة سنة لعلاج زوجها وهو ما استقرت عليه المحكمة العليا مستندة في ذلك على ما جاء به الفقه المالكي في هذا الشأن حيث قررت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 19/11/1984، أنه 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.

- أن تثبت الزوجة ما تدعيه بكل الوسائل القانونية: خاصة الشهادات الطبية ويجوز للقاضي التأكد من ذلك عن طريق طلب الخبرة الطبية.

* واشترط الفقهاء شرطين آخرين هما:

- ألا يكون طالب التفريق عالما بالعيب وقت العقد.

- ألا يرضى بالعيب بعد العقد.

- التطليق للهجر في المضجع:

الهجر في المضجع هو وسيلة من الوسائل التأديبية التي يملكها الزوج في مواجهة زوجته بهدف تهديدها وإرجاعها إلى طاعته بأن يهجر فراش الزوجية في حال نشوز الزوجة وعصيانها، والهجر جائز شرعا ما لم تتجاوز مدة الهجر أربعة أشهر ، وما زاد عن ذلك يعتبر تعسفا يستوجب تدخل القاضي لرفعه ما لم يكن لعذر شرعي كالمرض والسفر ...

لذلك جعل المشرع الجزائري الهجر في المضجع من بين الأسباب المبررة لطلب التطليق عملا بنص المادة 53/3 الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، ويشترط بمقتضى هذه الفقرة حتى يقع الطلاق الشروط التالية:

- أن يهجر الزوج زوجته ويترك فراش الزوجية بحيث لا يعاملها معاملة الأزواج.

- أن يدوم الهجر مدة تتجاوز أربعة أشهر متتالية بحيث لا يقع بين هذه الأشهر أي اتصال بين الزوجين.

غير أن مسألة إثبات الهجر هنا يصعب من الناحية العملية خاصة وأنها تتم في إطار مغلق بين الزوجين، فلا يمكن إثباتها بمجرد ادعاءات الزوجة ويمكن إثباتها بالتحكيم من أهل الزوجين كما يجوز إثباتها بحجر الزوج لبث الزوجية أو طرد الزوجة إلى بيت أهلها فيكون المحكمين شهود إثبات على منشأ الخلاف.

-التطليق للحكم بعقوبة ماسة بشرف الأسرة:

لقد أجاز المشرع الجزائري في المادة 4/53 للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، مقيدا في ذات السياق هذا الحق بالشروط الآتية:

- صدور حكم جزائي ضد الزوج حاز قوة الشيء المقضي به:
- أن تكون الجريمة المعاقب عليها مما يمس بشرف الأسرة: بأن يكون الفعل الذي ارتكبه الزوج وصمة عار في جبين الأسرة ومنافيا للأخلاق كجريمة هتك العرض والاغتصاب...إلخ.
- أن تجعل الجريمة مواصلة العشرة بين الزوجين أمرا مستحيلا بما وصلت إليه من بغض وكرهية وحقد؛ فتصبح الحياة الزوجية جحيما لا يطاق.

- التطليق بسبب غياب الزوج نصت المادة 53/5 على أنه:

"الغيبية بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة"، يستشف من هذا النص أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق إذا غاب زوجها مدة طويلة دون عذر ولم يترك لها مال تنفق منه. وجاء في المادة 112 ق.أ.ج أنه للزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون.

-التطليق بسبب مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه:

لقد أحال المشرع القاضي إلى المادة 08 ق.أ.ج وذلك بأنه يجوز للزوجة طلب التطليق إذا لم تحترم الشروط المتعلقة بتعدد الزوجات، ويتجلى ذلك في حالة التدليس من طرف الزوج

على زوجته بأنه غير متزوج وكذلك في حالة ما إذا تم استصدار الرخصة القضائية دون احترام الشروط المتعلقة بالتعدد.

- التطلاق بسبب ارتكاب فاحشة مبينة :

والفاحشة المبينة شرعا تكون في كل المعاصي والكبائر وعلى رأسها الزنا والخمر والمخدرات والسرقة، هذا في حكم الفقه الإسلامي، غير أن المشرع الجزائري لم يحدد ما المقصود بالفاحشة المبينة وإن كان نص الفقرة ينصرف إلى الخيانة الزوجية أو الجرائم الأخلاقية.

- التطلاق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين:

يعتبر هذا السبب من قبيل الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، حيث جاء في إحدى قراراتها الصادر في 1999/06/15: "من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا. لأنه إذا كان من مقاصد الزواج المودة والرحمة والسكينة، وكان استمرار الشقاق مخلا بكل هذه المقاصد فمنح الزوجة حق طلب التطلاق هو حفظ لاستقرار الزوجين النفسي وللأولاد من استمرار الصراع بين أبويهم وإلا انتهى الحال إلى الجريمة كقتل الأزواج والزوجات.

وبمجرد رفع دعوى الطلاق يتعين على القاضي وجوبا تعيين حكمين من أهل الزوجين بغية التوفيق والإصلاح بينهما، فإذا لم يفلح الحكماء في الإصلاح بينهما بعد أن يقدموا تقريرهما وتبين ألا فائدة ترجى من هذا الصلح قضى القاضي بالطلاق بينهما. (م 56 ق.أ.ج).

- التطلاق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج :

هذا ما نصت عليه الفقرة 9 من المادة 53 وعليه يمكن الرجوع إلى أحكام المادة 19 ق.أ.ج التي تنص على إمكانية اشتراط شروط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق لكل الشروط التي يريها ضرورة.

وعليه فإن الإخلال بالشروط يعد سببا قانونيا موجبا للتفريق بين الزوجين بطلب من الزوجة إذا أحل الزوج بالشروط المتفق عليها، والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يكن دقيق في محاولة

الربط بين نص المادة 19 الذي يتحدث عن الشروط المدرجة في عقد الزواج وفي عقد رسمي لاحق، وبين نص المادة 53 الذي اكتفى بذكر الشروط المتفق عليها في عقد الزواج فقط دون ذكر عبارة أو في العقد الرسمي اللاحق وبالتالي فالقاضي بأيهما يأخذ؟.

ويشترط في هذه الحالة أن يكون الشرط مكتوبا في عقد رسمي ؛ وهو إما عقد الزواج الرسمي أو عقد رسمي لا حق لدى الموثق طبقا لنص المادة 19 من ذات القانون.

- التطبيق بسبب الضرر المعتبر شرعا:

الضرر هو إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل، وهو كل ما يجاوز حق التأديب المباح شرعا، ولا تقدر الزوجة الصبر عليه، ويستحيل معه دوام العشرة الزوجية؛ فإذا تضررت الزوجة من تصرفات زوجها التي تتنافى مع مقتضى الشرع وأهداف عقد الزواج فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي لطلب التطلاق بنص المادة 10/53 من ق. أ.ج، مع جوازية الحكم لها بالتعويض أيضا عن الضرر اللاحق بها وذلك وفقا لما يراه قاضي الموضوع عملا بمبدأ السلطة التقديرية للقاضي حسبما هو مقرر في نص المادة 53 مكرر من ذات القانون.

4- الخلع : يعتبر الخلع أيضا من صور فك الرابطة الزوجية، إذ بموجبه يمكن للمرأة أن تفارق زوجها وسنحاول من خلال هذه النقاط الوقوف على بعض أحكامه الشرعية والتشريعية على النحو الآتي:

أ- مفهوم الخلع وأدلة مشروعيته:

- تعريف الخلع:

- الخلع لغة¹: بفتح الحاء النزع، ويستعمل في الأمور الحسية فيقال مخلع ثوبه وتعله أي أزاله عن بدنه، وفي الأمور المعنوية يقال خلع الرجل امرأته خلعا أي أزال زوجيتها ومنه خالعت المرأة زوجها مخالعة إذا افتدت منه بالمال وطلقها على الفدية فخلعها هو خلعا، والاسم الخلع بالضم: يستعمل في الأمرين أيضا مع فارق بسيط وهو أنه يستعمل في إزالة الزوجية، وهو استعارة

¹ - لسان العرب للإمام ابن منظور، المرجع السابق، ص. 490.

من خلع اللباس باعتبار أن المرأة لباس للرجل وبالعكس لقوله تعالى: "هن لباس لكم وأنتم لباس لهن"¹

- الخلع اصطلاحاً:

عرفه الحنفية بقولهم: "إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه".

والفاظه عندهم خمسة ما اشتق من الخلع كأن يقول لها لفظ: "خالعتك"، اخلعي نفسك"، "اختلعتك"، فيقع بها الخلع بدون نية كالصریح، ولفظ بارأتك ولفظ بايتتك، ولفظ فارقتك، ولفظ الطلاق، ولفظ البيع والشراء².

- وعرف المالكية الخلع فقالوا: اسم الخلع والفدية والصلح والمباراة كلها تؤول إلى معنى واحد وهو بذل المرأة العوض على طلاقها".

- وعرفه الحنابلة بأنه "فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوص صريحة مثل: خالعت وفسخت ...

- وعرف الشافعية الخلع بأنه اللفظ الدال على الفراق بين الزوجين بعوض ويكون بكل لفظ يدل على الطلاق صريحاً كان أو كناية يكون خلعا يقع به الطلاق بئنا.

ويقول الإمام محمد أبو زهرة في تعريف الخلع: "الخلع يجيء على السنة فقهاء الشريعة، فيراد به أحياناً معنى عام وهو الطلاق على مال تفتدي به الزوجة نفسها، وتقدمه لزوجها سواء كان بلفظ الخلع أو المباررة أو كان بلفظ الطلاق، وهذا هو الشائع عند الكثيرين الآن.. وأحياناً يطلق ويراد به معنى خاص، وهو الطلاق على مال بلفظ الخلع، أو ما في معناه كالمباررة وهذا كان شائعاً على ألسنة المتقدمين من الفقهاء".

¹ - سورة البقرة، الآية 187.

² - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.ص. 480-481.

أما في قانون الأسرة فالمشرع لم يعط تعريفا محددا للخلع واقتصر على ذكر أسباب تحقيقه، فإننا أمام الخلع الاتفاقي من جهة وأمام الخلع بحكم القاضي بناء على طلب الزوجة ودون حاجة إلى رضا الزوج من جهة أخرى.

وبالنظر إلى التعريفات السابقة نجد أنها تكاد تكون مجتمعة في معنى واحد ومتفقة على أن الخلع من قبل الزوجة هو : "معاوضة تدفعها للزوج مقابل مفارقتها له".

ب- حكمه وأدلتة الشرعية:

الخلع جائز عند الفقهاء بدون مخالف وهناك من قال أنه جائز مع الكراهة. ودل على جوازه الكتاب بقوله تعالى: "ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتن ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت" ¹. ومن السنة عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس قالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتريد أن عليه حديقته؟ فقالت: نعم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أقبل الحديقة وطلقها تطليقة وهذا أول خلع في الإسلام" ².

وأما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على مشروعية الخلع، ولم يخالف إلا بكر بن عبد الله المزني، ولكن الإجماع انعقد قبل خلافه.

ج- أركان الخلع :

للخلع أربعة أركان عند الفقهاء: وهي كل من الزوج والعوض والصيغة كما يلي:

- الزوج: وهو الزوج المكلف أو من يقوم مقامه كالأب في حق ابنه لأن الخلع تصرف في المال. قال الفقهاء من جاز طلاقه جاز خلعه.

¹ - سورة البقرة، الآية 229.

² - المغني للأبن قدامة، المرجع السابق، باب الخلع، ص. 324.

الزوجة ويقال المختلعة وهو من يكون أهلا لالتزام المال، وكما قيل في الزوج كل من صح طلاقه صح خلعه .

- **العوض:** وهو البديل أو المال الذي تدفعه المرأة أو من ينوب عنها، وهو ركن ركين في الخلع.

- **الصيغة:** ويقصد بها الألفاظ الصريحة والكنائية التي يقع بها الخلع.

د- **شروط الخلع:** نذكرها على النحو الآتي:

* الزوج والزوجة:

إن شروط المخالعة هي نفسها شروط المطلق، ويشترط في الزوجة أن تكون زوجة للمخالع في عقد صحيح ولا خلاف بين الفقهاء في صحة خلع المريضة مرض الموت واختلف الفقهاء في خلع غير الزوجة. أجاز الحنفية والشافعية والمالكية الخلع من غير الزوجة سواء أكان هذا الغير أجنبيا عنها أم كان وليا لها، وذهب الظاهرية إلى أنه لا يجوز الخلع من غير الزوجة، وهو الرأي الذي أخذ به المشرع الجزائري كما يفهم ذلك من المادة 1/54 يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها.

* **العوض:**

فالعوض جزء أساسي في الخلع ويشترط فيه أن يكون بسبب الكراهية من الزوجة وأن يكون بعدم المضارة من الزوج. وأما عن مقدار العوض فلفقهاء ثلاثة أقوال:

- لا يجوز أن يأخذ الزوج أكثر مما أعطاه إذا كان النشوز من جانبها.

- يجوز له أن يأخذ أقل أو أكثر مما أعطاه ما دام ذلك بالتراضي بين الزوجين وهو رأي الشافعية والمالكية والظاهرية.

ولعل هذا الرأي ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 54/2 بمفهوم المخالفة إذا لم

يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم.

- لا يجوز أخذ الزيادة ديانة وتجاوز قضاء وهو قول الحنفية والحنابلة.

- الصيغة :

لا بد للخلع من صيغة فلا يصح بالمعاطاة، ويقع الخلع بلفظ الخلع والفدية والطلاق الصريح المقترن يعوض وغيره. كما أن الصيغة تتم عن طريق الإيجاب والقبول.

د- الخلع في قانون الأسرة الجزائري:

نصت المادة 54 ق.أ.ج على ما يلي: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي".

والخلع بهذا المعنى هو الصورة المقابلة لطلاق الرجل بالإرادة المنفردة ولنفس السبب أيضا، فإذا كره العيش مع المرأة وغابت عنه السكنية دون تقصير من الزوجة جاز له أن يفارقها بإحسان لقوله تعالى: "فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف"¹

فأباح للزوج أن يفارق زوجته بالحسن، كما أباح للزوجة أن تفارق زوجها بواسطة الخلع مقابل مال يتم بالاتفاق عليه بينهما والخلع بهذا المعنى والمقرر بالمادة 54 ق.أ.ج يختلف عن التطليق المقرر بالمادة 53 وإن كانا يشتركان في أن طلب الفرقة يكون من الزوجة إلا أن أسبابهما مختلفة.

فالطلاق المقرر بالمادة 53 يبنى على أسباب ذكرتها المادة وينبغي على الزوجة إثباتها أمام القاضي حتى يقضي لها بالطلاق، زيادة على حقها في التعويض.

أما الخلع المقرر بالمادة 54 فيبنى على سبب نفسي وهو الكراهية ولا يتطلب الأمر وجود شقاق بين الزوجين، بل يكفي فيه ألا تجد الزوجة راحتها النفسية والسكنية.

-من حيث الأساس:

نص المشرع الجزائري في المادة 53 على جواز طلب التطليق من طرف الزوجة ولكن قيدها بأسباب منصوص عليها في نفس المادة، فأساس التطليق هو الضرر اللاحق بالزوجة بسبب

¹ - سورة الطلاق / الآية 2.

إخلال الزوج بالتزاماته بينما اكتفى في المادة 54 بالنص على أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال دون أن يقيدها بأية أسباب أو شروط، فيجد الخلع أساسه في كراهة الزوجة لزوجها ونفورها منه.

- من حيث السلطة التقديرية للقاضي:

حيث تتسع سلطة القاضي في التطليق بقدر كبير، إذ يستدعي ذلك إجراء تحقيق جدي ومطابقة الوقائع على النصوص، بينما تضيق سلكته في الخلع حيث لا يبقى له إلا تقدير بدل الخلع في حالة عدم اتفاق الطرفين عليه ومراقبة شرعيته.

- من حيث الآثار:

يشارك كل من الخلع والتطليق في الآثار العامة الناجمة عن فك الرابطة الزوجية والمتمثلة في العدة ونفقتها، نفقة الإهمال، النزاع حول متاع البيت النسب، حضانة الأولاد ونفقتهم وسكناهم وحق زيارة المحضون وما يميز التطليق عن الخلع هو التعويض الذي يحكم به للمطلقة جيرا للضرر اللاحق بها، في حين ينفرد الخلع بآثار متعلقة به والمتمثلة في التزام المختلعة بتسديد بدل الخلع وسقوط الحقوق الزوجية.

* أما قانون الأسرة فقد وضع أن الخلع يقع ولو بدون موافقة الزوج، فالخلع يتم بمجرد عرض الزوجة مقابل الخلع بدون هذا الرضى، وقد وجد تطبيقه في عدة قرارات للمحكمة العليا أهمها القرار الصادر بتاريخ 16/03/1999 والذي جاء فيه: "الخلع رخصة للزوجة تستعملها الفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه. ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون.

ثالثا- أنواع الطلاق:

ينقسم الطلاق باعتبارات معينة إلى عدة أقسام:

1- تقسيم الطلاق من حيث السنة والبدعة

أ- الطلاق السني:

هو أن يطلقها في ظهرها الذي لم يجامعها فيه، أو أن تكون حاملا قد استبان حملها ويطلقها طلقة واحدة؛ أو كانت يائسة من الحيض، أو لم تحض ولو جامعها لعدم وقوع الحمل. شروطه

أن يكون بطلقة واحدة - أن يكون في طهر، في غير حيض ولا نفاس - ألا يكون الزوج قد مسها (جامعها) في ذلك الطهر - ألا يتبعها طلقة أخرى في نفس العدة.

ب- الطلاق البدعي:

هو أن يطلق طلقة واحدة رجعية في حالة الحيض أو النفاس أو في طهر حصل فيه أو في الحيض قبله وقاع، وهو أن يطلق المرأة طلقتين أو ثلاثا دفعة واحدة، أو مفرقة في طهر واحد لا وقاع فيه ولا في الحيض قبله.

2- تقسيم الطلاق من حيث إمكانية الرجعة**أ-الطلاق الرجعي:**

هو الذي يملك الزوج بعد إيقاعه إعادة مطلته في عدتها إلى الزوجية من غير حاجة إلى عقد جديد ومهر جديد.

ب -الطلاق البائن: هو الذي لا يملك بعده الزوج إعادة الزوجة بالرجعة. وهو نوعان:

-الطلاق البائن بينونة صغرى:

وهو الذي يستطيع إعادة المطلقة بعده بعقد ومهر جديدين سواء كان ذلك في العدة أو بعدها.

- الطلاق البائن بينونة كبرى:

وهو الذي لا يستطيع المطلق بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعد أن تتزوج بزواج آخر زواجا صحيحا، ويدخل بها دخولا حقيقيا، ثم يفارقها أو يموت عنها، وتنقضي عدتها.

ج- ينقسم الطلاق من حيث ألفاظ الصيغة إلى طلاق صريح وطلاق بالكناية

- الطلاق الصریح :

وهو اللفظ الذی یفهم منه معنی الطلاق عند التلفظ به دون حاجة إلى شیء آخر. فیدخل فیہ الألفاظ التي وضعت شرعا للطلاق مثل: أنت طالق وطلقتك ومطلقة والألفاظ التي تستعمل عرفا فی الطلاق مثل: أنت محرمة وحرمتك وأنت علي حرام وأنت خالصة. وحکم هذا اللفظ إذا تلفظ به المطلق وقوع الطلاق من غیر احتیاج إلى نية، لأن النية إنما تعمل فی المبهم.

-الطلاق بالكنایة:

یکون بكل لفظ لم یوضع للطلاق، ولكن اقترن به من القرائن ما جعله للطلاق، أو جعله یحتمل إرادة الطلاق، مثل: الحقی بأهلك أو اذهبی إلیهم فإنه یحتمل الحقی بهم لأني طلقتك أو ابعدني عني الآن ومثل أنت بائن ...، أنت حرام أنت بریة وغیر ذلك من الألفاظ التي لا یفهم منها الطلاق إلا بالقرينة أو بالنية.

- الطلاق بالإشارة:

أما الإشارة فلا یقع بها الطلاق إلا من الأخرس العاجز عن الكتابة علی الرأي الراجح فإن كان قادرا علی الكتابة فلا یقع طلاقه بالإشارة، لأن الكتابة أقوى فی الدلالة من الإشارة.

-الطلاق بالكتابة تقوم الكتابة:

مقام اللفظ بشرط أن تكون ثابتة كان یکتب علی ورقة أو لوح أو حائط كتابة یمکن قراءتها وفهمها وتسمى بالكتابة المستبينة. أما إذا رسم الحروف فی الهواء أو كتب علی الماء فلا یقع بها الطلاق وإن نوى لأنه کالعدم وتسمى بالكتابة غیر المستبينة.

د - ینقسم الطلاق من حیث أحوال صیغة الطلاق أو تقيید الصیغة وإطلاقها إلى منجز ومضاف ومعلق:

- الطلاق المنجز وهو الذي صدرت صیغته مطلقة غیر معلقة على حصول أمر آخر ولا مضافة إلى زمن مستقبل، فیئت بها حکم الطلاق فی الحال وبمجرد النطق أو صدور اللفظ يقع الطلاق مثل أنت طالق أو طلقتك.

- الطلاق المضاف وهو الذي صدرت صیغته مقيدة بوقت مستقبل قصد المطلق وقوع الطلاق فيه من غیر أداة شرط كأن یقول لزوجته أنت طالق أول العام القادم أو أنت طالق غدا. وحکمه وقوع الطلاق به عند مجي ذلك الوقت المضاف إليه الطلاق لا قبله. أما إذا كان الطلاق مضاف إلى مكان فیکع فی الحال لأن الطلاق لا یتخصص بمكان دون مكان.

- الطلاق المعلق وهو ما ربط فيه حصول الطلاق بأمر سیحصل فی مستقبل حیث رتب وقوعه على حصول ذلك الأمر بأداة من أدوات الشرط مثل: إن وإذا ومتی. كأن یقول لامرأته: إن سافرت فی هذا الیوم فأنت طالق أو متی حضر فلان لزیارتنا فأنت طالق، وكلما خرجت بدون إذنی فأنت طالق والتعلیق نوعان:

- التعلیق لفظا وهو ما ربط فيه وقوع الطلاق بحصول أمر فی المستقبل بأداة من أدوات الشرط سواء كان المر المعلق علیه اختیاریا یمکن فعله مثل إن خرجت بدون إذنی فأنت طالق، أو إن لم أسافر الیوم فأنت طالق.

وقد یمکن الأمر المعلق علیه غیر اختیاری مثل: إن أمطرت السماء فأنت طالق، أو إن ولدت أنثی فأنت طالق.

- التعلیق فی المعنی: وهو ما یمکن منه التعلیق بدون ذکر أداة من أدوات الشرط مثل على الطلاق أو یلزمی الطلاق لا أفعل کذا، فإنه فی معنی إن فعلت کذا فزوجتی طالق؛ والتعلیق بنوعیه يقع به الطلاق إن وقع المعلق علیه بعد أن تحقق شروط صحته بأن یمکن المعلق علیه معدوما یمکن الحصول. فإن كان معدوما مستحیل الوجود كان لغوا، كأن یقول لها إن شربت ماء هذا البحر كله فأنت طالق، وكذلك لو علقه على مشیئة الله تعالى، كأن یقول لها

أنت طالق إن شاء الله لا يقع الطلاق لأن المعلق عليه أمر لا طريق إلى التحقق من وجوده فهو كالتعليق على المستحيل.

وذهب ابن تيمية وابن القيم إلى أن اليمين بالطلاق وهو التعليق المعنوي لا يقع به الطلاق، بل إن وقع الحنث به وجب فيه كفارة اليمين. فإن قصد بالمعلق مجرد التهديد لا يكون طلاقاً، وإن قصد به الطلاق وقع طلاقاً.

رابعا- آثار انحلال الرابطة الزوجية:

يترتب عن إنحلال الرابطة الزوجية آثار منها ما تعلقت بالعدة و لنفقة والحضانة في حالة وجود أولاد على النحو الآتي:

1- عدة الطلاق: يمكن مناقشة هذه المسألة من الناحية الشرعية والتشريعية على النحو الآتي:

أ- العدة من الناحية الشرعية:

عرفت العدة في اصطلاح الفقهاء بأنها: "أجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح ، فإذا حصلت الفرقة بين الرجل وأهله لا تنفصم عنه الزوجية من كل الوجوه بمجرد وقوع الفرقة ، بل تتربص المرأة ولا تتزوج غيره ، حتى تنتهي تلك المدة التي قدرها الشارع ..".

ب- حكمها ودليلها:

العدة واجبة على الزوجة عند الافتراق، ويكفي في ذلك قوله تعالى: "وأحصوا العدة وهي أربعة أنواع في الفقه:

- **العدة بالأقراء:** إذا كانت المرأة ممن تحيض، وهي غير حامل سواء كانت الفرقة بالطلاق أو بالفسخ مصداقا لقوله تعالى: "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء..."¹.

واختلف الفقهاء في معنى القراء ففسرها أبو حنيفة بالحيض أي تعدد ثلاث حيضات كاملات، وفسرها الجمهور بالظهر. وهذا النوع من العدة نصت عليه المادة 58/1 ق.أ: "تعد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء ... من تاريخ التصريح بالطلاق".

¹ - سورة البقرة، الآية 228.

- العدة بالأشهر :

وهي ثلاثة أشهر للمرأة التي لا تحيض لصغر أو كبر، قال تعالى: "واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن من ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن .

- العدة بسبب الحمل:

إذا كانت المرأة حاملا، ثم توفي عنها زوجها أو طلقها أو حكم بالتفريق بينهما، فعدتها تنتهي بوضع الحمل، قال الله تعالى: "وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن " ¹.

- العدة بسبب الوفاة:

إذا توفي الزوج فإن الزوجة تعتد أربعة أشهر وعشرا مصداقا لقوله تعالى: "والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا .

ج - الحكمة من العدة والآثار المترتبة عنها:

شرعت العدة للإحداد على الزواج السابق ، فلا يصح الحرة الكريمة أن تتزوج فور طلاقها، إذ بعد ذلك استهانة بالزواج الأول ، والعشرة التي قامت فيه ، وهي تستوجب الوفاء له .
وفوق ذلك فهي وقت مقرر لاستبراء الرحم ، والتأكد من استبرائه فإذا تزوجت زوجاً آخر يكون ذلك بعد الاستيثاق من فراغ الرحم .

وشرعت العدة أيضاً لأن الأصل في الطلاق أن يكون رجعيّاً، فلا بد أن تكون لدى الزوج فرصة الرجوع إلى أهله، فكانت العدة نحو ثلاثة أشهر تقريباً ليتمكن من مراجعة نفسه، لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً.

ب- أحكام عدة الطلاق في ق.أ.ج:

تناول المشرع الجزائري أحكام العدة في الفصل الثاني من القانون المعنون بآثار الطلاق حيث نصت المادة 58 منه على عدة المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر تسري ابتداء من تاريخ التصريح بالطلاق، أما المتوفى عنها زوجها فعدتها

¹ - سورة الطلاق، الآية 4.

أربعة أشهر وعشرة أيام، وهو الأمر ذاته بالنسبة لزوجة المفقود التي تضمن أحكامه المادة 109 وما يليها من ذات القانون

ومن بين الآثار التشريعية المترتبة عن العدة وفقا لما نصت عليه المادة 60 من قانون الأسرة فإنه يتوجب على المطلقة المعتدة مايلي:

- عدم خروجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها، إلا في حالة الفاحشة المبينة.

- إستحقاقها للنفقة في عدة الطلاق

2- نفقة المطلقة:

نص المشرع الجزائري في المادة 61 قانون الأسرة على أنه: لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من المسكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

وعليه فالمطلقة تستحق النفقة مدة العدة ويحكم بها القاضي عند الحكم بالطلاق ويرجع في تقديرها إلى السلطة التقديرية لقضاة الموضوع كما يؤكد هذا التطبيق القضائي. المتعلق بقرار المجلس الأعلى بتاريخ 1986¹/04/07.

والذي ورد منطوقه كما يلي: "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدّة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أي إطار تدخل. والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي".

التعليق: عن الوجه الثاني: مأخوذ من مخالفة القواعد الشرعية في تقدير النفقة بدون الالتفات إلى الوجه الأول. حيث انه بالرجوع إلى القرار يتبين بأنه صادق على حكم المحكمة الذي منح مبلغا إجماليا مقابل الطلاق التعسفي للزوجة بدون أي توضيح.

¹ - قرار المجلس الأعلى رقم: 41560 بتاريخ: 1986/04/07، المجلة القضائية، عدد 02، 1989، ص 69

حيث أن الشريعة الإسلامية تقر قانونا للزوجة في تلك الحالة عدة نفقات وهي نفقة الإهمال ونفقة العدة ونفقة المتعة وحتى مبلغا على سبيل التعويض. وبما أن القرار لم يؤكد ذلك فهذا يضر بحقوق الزوجة التابعة لكل طلاق تعسفي وبالتالي يعتبر مخالفا للشريعة الإسلامية ومنعدما أو مقصرا في التسبب¹.

3- الحضانة:

من أهم الآثار القانونية لانحلال عقد الزواج في حالة وجود أطفال هو وضعهم في عناية من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونهم.

وعليه سنحاول في هذه المحاضرة تسليط الضوء على أهم ما يتعلق بهذا الأثر من تعريف للحضانة وتحديد شروط ممارستها مع تحديد أصحاب الحق فيها، وترتيبهم وأخيرا الآثار المترتبة عنها على النحو الآتي:

أ- تعريف الحضانة:

- **في اللغة:** الحضانة- بفتح الحاء وكسرهما مصدر سماعي للفعل حضن، يقال حضن الطائر بيضه حضناً، أي ضمه تحت جناحه، و الحضانة اسم منه. فالحضانة مشتقة من الحضن، و هو ما دون الإبط إلى الكشح، وقيل هو الصدر والعضدان وما بينهما، ومنه الاحتضان: احتمالك بالشيء وجعله في حضنك كما تحتضن المرأة ولدها فتحمله في أحد شقيها. والحاضن: اسم فاعل، والحاضنة: الموكلة بالصبي تحفظه و تربيته.

- وفي الاصطلاح الفقهي:

تعددت تعريفات الحضانة عند أصحاب المذاهب المختلفة على النحو الآتي:

- فقد عرّف الحنفية الحضانة بأنها تربية الولد لمن له حق الحضانة.

- وعرّفها المالكية بأنها حفظ الولد والقيام بمصالحه. وفي تعريف آخر عندهم هي حفظ

الولد والقيام بمؤننته ومصالحه إلى أن يستغني عنها بالبلوغ أو يدخل بزوجته.

¹ - بلبشير يعقوب، المرجع السابق، 40.

- أما الشافعية فقد عرّفوا الحضانة بأنها القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه ووقايته عمّا يؤذيه.

- أما الحنابلة فقد عرّفوا الحضانة بأنها حفظ الصغير ونحوه عمّا يضره، وتربيته بعمل مصالحه.

ويلاحظ من خلال التعريفات السابقة أن معنى الحضانة يدور حول حفظ الصغير ورعايته حتى يصل إلى مرحلة اعتماده على نفسه.

- في التعريف القانوني:

جرى تعريفها في نص المادة 62 من ق.أ.ج بأنها: " الحضانة هي رعاية الولد والقيام بتربيته على دين أبيه والسهرة على حمايته و حفظه صحة وخلقا ".

وفيما سبق عرضه نجد أن معناها أخذ عدة صور هي التربية و التكليف بالحفظ والرعاية

ب- أدلة مشروعية الحضانة:

ودليل مشروعيتها وارد في الكتاب والسنة والمعقول كالاتي:

- من الكتاب: هناك آيات كثيرة دلت على مشروعية الحضانة نذكر منها:

قول الله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ﴾،
ووجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى طالب الأمهات بإرضاع أولادهن، والحضانة من لوازم الرضاع¹.

- من السنة: عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده عبد الله بن عمرو رضي الله عنه، أن امرأة قالت: يا رسول الله، ابني هذا كان بطني له وعاء، وتديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينزعه عني. قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أنت أحق به مما لم تنكحي» .

¹ - سورة البقرة، الآية 233.

- من الإجماع:

لقد انعقد الإجماع على مشروعية الحضانة لمصلحة الولد، ولذلك وجبت حماية للطفل من الهلاك .

ج- حكم الحضانة:

- في الفقه الإسلامي اختلف الفقهاء في كون الحضانة حق أم واجب، وقد رتب هذا الخلاف آثار وأحكام على كل منهما؛ فلو اعتبرنا الحضانة واجب لن يستطيع الحاضن التخلي عن واجبه اتجاه المحضون حيث أن الواجب لا يسقط إلا بالأداء، ولو اعتبرنا بأن الحضانة حق فيمكن للحاضن إسقاط حقه بالحضانة أو التنازل عنه. وحكم الحضانة أنها واجبة لأن المحضون يهلك بتركها.

والصحيح في المسألة أن الحضانة تشمل أمرا ثلاثة؛ فهي حق لله تعالى باعتبارها ضرورة لحفظ الأنفس وصيانتها تحقيقا للمصلحة الاجتماعية. وهي حق للأم لأن الأم أحق بإرضاع ولدها وأكثر شفقة وحنانا عليه، وهي حق للمحضون لأنه يهلك بتركها ويضيع، ولكن حق الولد أقوى من حق الحاضنة، لذلك فإنها تتم بإشراف القاضي.

أما في التشريع الجزائري نجد أن المشرع من خلال نص المادة 64 من قانون الأسرة اعتبر الحضانة حقا للأم لكونها أقدر وأصبر من الرجال على تربية الطفل والعناية به. حيث قام المشرع بناء على نص هذه المادة بترتيب المستحقين للحضانة. بداية من الأم ثم الأب، ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة .

وما يلاحظ من النص أن المشرع لم يوضح ما هو الحل إذا تعدد مستحقو الحضانة من درجة واحدة كالإخوة أو الأعمام، كما لم يعين ما هو الحل في حالة تخلي أصحاب الحق في الحضانة، وعدم تقديم أحد المقربين بطلب المحكمة.

د - مدة الحضانة:

تنص المادة 1/65 من ق. أ. ج على أنه " : تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنتى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية".

ولكن أمام هذه الشروط جاء المشرع في المادة 2/65 بما يلي: " على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون، ولنا أن تساءل عما إذا كان يمكن للقاضي أن يمدد مدة الحضانة بالنسبة للذكر بعد بلوغه 16 سنة إذا اقتضت مصلحته ذلك؟.

هـ - أسباب سقوط الحضانة:

- الزواج بغير قريب محرم: والمقصود بذلك هو إن تزوجت الأم مرة ثانية مع شخص لا تكون بينه وبين المحضون موانع الزواج (المادة 66 ق.أ.ج).

- تنازل الحاضنة عن حقها في الحضانة وفقا لنص المادة 66 من ق. أ.ج.

- إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة التنقل إلى بلد أجنبي طبقا لنص المادة 69 من

ق.أ.ج

- عدم مطالبة الحضانة من قبل صاحبها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر بحسب ما ورد في

المادة 68 من ق.أ.ج.

- كذلك نص المشرع في المادة 70 من ذات القانون على أنه: "تسقط حضانة الجدة

أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم."

وعلى العموم لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة

الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون. وفقا لما ورد في الفقرة الثانية من

المادة 67 من ق.أ.ج.

و- عودة الحق في الحضانة:

تنص م 71 قاداً على أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري"، أي إذا كان سبب سقوط الحضانة لأمر خارجة عن إرادة الأم كإصابتها بمرض وشفيت منه هنا يعود لها الحق في الحضانة كذلك إذا طلقت بعد زواجها الثاني.

الخاتمة:

في ختام هذه المحاضرات يظهر أن قانون الأسرة له أهمية كبيرة في تحقيق الاستقرار الأسري وحماية الحقوق والواجبات المتبادلة بين أفراد الأسرة، غير أن التطورات الاجتماعية وحتى والتكنولوجية الحديثة أفرزت العديد من الإشكالات القانونية التي تستوجب مواكبة تشريعية مستمرة تضمن فعالية النصوص والقانونية وتحقيق الحماية الأسرية.

- قائمة المصادر والمراجع:**أولاً- المصادر****1- القرآن الكريم****2- كتب الحديث وشروحه**

المغني لابن قدامة، تأليف محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الجزء السابع (النكاح- الإيلاء)، 1969-، 1989.

3- القوامس ومعاجم اللغة:

- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، راجعه واعتنى به: أنس محمد الشامي، زكريا جابر أحمد، دار الحديث، القاهرة، 2008.

-الإمام العلامة ابن منظور، لسان العرب، فصل الخاء المعجمة، طبعة جديدة ومصححة وملونة اعتنى بتصحيحها، أيمن محمد عبد الوهاب، محمد الصادق العبيدي، الجزء الرابع، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ لإسلامي، بيروت، الطبعة الثالثة.

3- النصوص التشريعية والتنظيمية:**- النصوص التشريعية**

- القانون رقم 11/84، المؤرخ في 9 رمضان، الموافق لـ 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 24، الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984

- الأمر 02/05 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، المؤرخ في 27 فبراير ، الجريدة الرسمية، العدد 15، الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005

- القانون 23 /06 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم للأمر 66-156، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، الجريدة الرسمية العدد 84، الصادرة بتاريخ 24 ديسمبر 2006.

- الأمر 70-20، المؤرخ في 19 فبراير 1970، المتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادرة بتاريخ 28 فبراير 1970.

- النصوص التنظيمية:

- المرسوم التنفيذي رقم 154/06 المؤرخ في 11 ماي 2005، المتضمن شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد 31، الصادرة بتاريخ 14 ماي 2006.

4- الاجتهادات القضائية

- قرار المجلس الأعلى رقم: 34046، بتاريخ: 19/11/1984، المجلة القضائية، عدد 01.

- قرار المجلس الأعلى رقم: 41560 بتاريخ: 07/04/1986، المجلة القضائية، عدد 02، 1989.

- قرار المحكمة العليا رقم: 56097، بتاريخ: 25/12/1989، المجلة القضائية، عدد 04، 1991.

- قرار المحكمة العليا رقم: 73919، بتاريخ: 23/04/1991، المجلة القضائية، عدد 02، 1993.

- قرار المحكمة العليا رقم: 81129، بتاريخ: 17/03/1992، المجلة القضائية، عدد 03، 1994.

- قرار المحكمة العليا رقم: 92714، بتاريخ: 13/07/1993، المجلة القضائية، عدد 01، 1995.

ثانيا- المراجع:**1- الكتب**

- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2015.

- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية قانونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، الجزء الأول (أحكام الزواج)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الأول، الطبعة السابعة، 2017
- مصطفى إبراهيم الزلي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011.
- نبيل صقر، قانون الأسرة (فقهها وفقها وتطبيقها)، دار الهدى، الجزائر 2006.
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآراء الفقهية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها، الجزء السابع، الأحوال الشخصية، دار الفكر، سوريا ، الطبعة الثانية، 1985.
- يوسف دلاندة، قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر 02/05، مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة والموارث، دار هومة، الجزائر، 2011.

2- المحاضرات

- تشوار الجيلالي، قانون الأسرة المقارن، محاضرات أُلقيت على طلبة ماستر 2، تخصص القانون الخاص، 2021-2022.
- عماري براهم، أمالي في قانون لأسرة، السنة الأولى ماستر، جامعة الشلف، كلية الحقوق، 2017/2018.

فهرس المحتويات

1.....	مقدمة:
2.....	المحور الأول:
2.....	تطور قانون الأسرة في الجزائر
2.....	أولا- التطور التاريخي
2.....	1- المرحلة الإستعمارية:
3.....	2- المرحلة ما بعد الإستقلال:
3.....	ثانيا- التطور التشريعي:
4.....	1 - ميلاد قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984
4.....	2- تعديل قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 02/05:
6.....	المحور الثاني.....
6.....	الخطبة
6.....	أولا- مفهوم الخطبة:
7.....	ثانيا- الشروط الواجبة في الخطبة:
10.....	ثالثا- حكم العقد إذا خطب الرجل على خطبة أخيه:
11.....	رابعا- الطبيعة القانونية للخطبة وأثر العدول عنها:
14.....	خامسا- قضية اقتران الفاتحة بالخطبة:
20.....	سادسا- حكم النسب في حالة الخطبة:
21.....	سابعا- أحكام التعويض عن الضرر المترتب على العدول عن الخطبة:
25.....	المحور الثالث
25.....	الزواج

أولا- التعريف بالزواج في اللغة والاصطلاح:	25
ثانيا- التعريف القانوني للزواج:	27
ثالثا- مشروعية الزواج:	28
رابعا- حكمة مشروعية الزواج:	29
خامسا- أركان عقد الزواج وشروطه:	30
سادسا- الاشتراط في عقد الزواج:	41
سابعا- الأهلية في عقد الزواج:	43
ثامنا- الجهات المختصة في ابرام عقد الزواج:	46
تاسعا- اجراءات تسجيل عقد الزواج وإثباته :	47
يمكن تلخيصها في الإجراءات التالية:	47
1- إجراءات تسجيل عقد الزواج:	47
2- إثبات عقد الزواج:	50
عاشرا : آثار عقد الزواج	51
1- الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين:	51
2- النفقة الزوجية:	53
3- حق النسب:	61
المحور الرابع:	72
انحلال عقد الزواج	72
أولا - مفهوم الطلاق ودليل مشروعيته:	72
ثانيا- صور انحلال الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري	76
ثالثا- أنواع الطلاق:	92

96	رابعاً- آثار انحلال الرابطة الزوجية:
96	1- عدة الطلاق:
98	2- نفقة المطلقة:
99	3- الحضانة:
103	الخاتمة: