

**جامعة الدكتور مولاي طاهر –  
سعيدة-  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق**

**محاضرات في قانون الأسرة  
- الزواج والطلاق-  
ملقاءة على طلبة السنة الثانية ليسانس  
السداسي الأول  
تخصص حقوق  
من إعداد الأستاذة الياس مسعودة نعيمة  
أستاذ محاضر أ-**

**السنة الجامعية 2022-2023**



## قائمة المختصرات

ق أ ..... قانون الأسرة

ق إ م .....	قانون الإجراءات المدنية
ق م .....	قانون مدني
ق ح م .....	قانون الحالة المدنية
ق ع .....	قانون العقوبات
فا .....	فقرة
ج .....	جزء
ص .....	صفحة
م ع .....	محكمة عليا
غ م .....	غير منشور
غ أش .....	غرفة الأحوال الشخصية
غ ش أ .....	غرفة شؤون الأسرة
ط .....	طبعة
ب س ن .....	بدون سنة نشر
د ج .....	دينار جزائري

## الخططة

مقدمة

مبحث تمهيدي : التطور التاريخي لقانون الأسرة الجزائري وعلاقته بفروع القانون

المطلب الأول: التطور التاريخي لأحكام الأسرة (الأحوال الشخصية)

الفرع الأول : وضع الأحكام المتعلقة بالأسرة في عهد الدولة العثمانية

الفرع الثاني: التقنين الرسمي لقانون لأحوال الشخصية(قانون الأسرة)

المطلب الثاني : التقنين غير الرسمي للأحوال الشخصية  
الفرع الأول : مفهوم قانون الأحوال الشخصية وتطوره في البلاد العربية  
مفهوم قانون الأحوال الشخصية  
تطور قانون الأحوال الشخصية في البلاد العربية:  
الفرع الثاني : تطور التطبيق القضائي لأحكام الأسرة في الجزائر  
مرحلة ما قبل الاستعمار  
العهد الاستعماري  
التشريع الأسري في بداية الإحتلال الفرنسي للجزائر  
المطلب الثالث : مصادر قانون الأسرة الجزائري وعلاقته بفروع القانون  
الفرع الأول : مصادر قانون الأسرة  
الفرع الثاني: علاقة قانون الأسرة بباقي فروع القانون  
علاقة قانون الأسرة بقانون الإجراءات المدنية :  
علاقة قانون الأسرة بقانون العقوبات : علاقة قانون الأسرة بالقانون المدني  
الفرع الثالث : طبيعة قانون الأسرة  
الفصل الأول : نظرية عقد الزواج  
المبحث الأول : الزواج مقدماته و إنعقاده  
المطلب الأول : المقدمة القبلية لإبرام عقد الزواج- الخطبة-  
الفرع الأول: تعريف الخطبة في اللغة والاصطلاح والقانون  
الفرع الثاني : شروط صحة الخطبة

حكم زواج المخطوبة:

الفرع الثالث : الطبيعة القانونية للخطبة:

إمكانية التعويض عن الضرر المادي والمعنوي المترتب عن العدول عن الخطبة

المبحث الثاني : عقد الزواج

المطلب الأول : الطبيعة القانونية لعقد الزواج

الفرع الأول: الزواج عقد أم مجرد إتفاق

الفرع الثاني: الزواج عقد مدني أم ديني أم هو ذو طبيعة أخرى

الفرع الثالث: عقد الزواج بين الرضائية والشكلية

المبحث الثاني : أركان عقد الزواج وشروطه

المطلب الأول : أركان عقد الزواج

الاختلاف في الجنس

ركن الرضا

المطلب الثاني : شروط عقد الزواج

الأهلية

شروط الصداق

شروط الولي

الشاهدين

إنعدام الموانع الشرعية للزواج

موانع مؤبدة

الموانع المؤقتة

المطلب الثاني: النكاح الفاسد و الباطل

الفرع الأول: النكاح الفاسد

أسباب فساد عقد الزواج

الفرع الثاني النكاح الباطل

أسباب بطلان عقد الزواج

الأثار المترتبة عن العقد الباطل

المبحث الثالث أثار عقد الزواج وإثباته

المطلب الأول: أثار عقد الزواج .

الفرع الأول : حقوق وواجبات الزوجين.

أ-الحقوق والواجبات الشخصية

المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة

التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات

الحقوق الشخصية للزوجة

العدل بين الزوجات في حالة التعدد

الحقوق الشخصية للزوج:

الحقوق المالية المشتركة

الحقوق المالية للزوجة

الحق في النفقة الشرعية

حرية التصرف في مالها

أولاً: ثبوت النسب بالزواج الصحيح.  
موقف قانون الأسرة من التبني  
حمل المرأة عن طريق التلقيح الاصطناعي  
المطلب الثاني: إثبات الزواج

الفرع الأول: إثبات الزواج بتسجيل العقد بصفة رسمية

الفرع الثاني: إثبات الزواج بحكم قضائي

## الفصل الثاني : الطلاق وآثاره

المبحث الأول: صور فك الرابطة الزوجية  
المطلب الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج و بالإرادة المشتركة للزوجين  
الفرع الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج  
الفرع الثاني: الطلاق بالإرادة المشتركة للزوجين  
المطلب الثاني: الطلاق بطلب من الزوجة  
الفرع الأول: الخلع  
الفرع الثاني: التطليق  
أ. التطليق لعدم الإنفاق  
ب. التطليق للعيب  
ت. التطليق للهجر في المضجع  
ث. التطليق للحكم بعقوبة عن جريمة ماسة بشرف الأسرة:  
ج. التطليق بسبب غياب الزوج:  
ح. مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من قانون الأسرة:  
خ. ارتكاب فاحشة مبينة: نصت عليها م 7/53  
د. الشقاق المستمر بين الزوجين  
ذ. مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج:  
ر. التطليق للضرر المعتبر شرعاً:  
الفرع الثالث: الطلاق للنشوز

المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن الطلاق  
المطلب الأول: الآثار المادية للطلاق  
الفرع الأول: التعويض  
تقدير اقيمة التعويض:  
العلاقة بين المتعة والتعويض  
تعريف المتعة ودليل مشروعيتها  
إمكانية القضاء بالمتعة والتعويض في آن واحد  
المطلب الثاني: الآثار غير المادية للطلاق

الفرع الأول: الحضانة  
أولاً: التعريف الفقهي للحضانة  
ثانياً: حكم الحضانة و أدلة مشروعيتها  
أولاً: حكمها  
ثالثاً: شروط الحضانة  
خامساً: حقوق وواجبات الأمناء بشأن حضانة الأطفال في القانون الجزائري:  
سادساً: آثار الحضانة  
أ- نفقة المحضون  
ب- حق زيارة المحضون  
ج- إنتهاء مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري  
د- أثر الطلاق على ترتيبات أصحاب الحق في الحضانة في القانون الجزائري

الفرع الثاني: العدة  
أ - الحكمة من مشروعية العدة  
ب- نفقة المعتدة  
**خاتمة**

## مقدمة

تعتبر الأسرة اللبنة الأساسية في المجتمع ، لها تأثير مباشر على نمط بناء المجتمع ككل فصلاح الأسرة يتبعه صلاح المجتمع ، والعكس صحيح إذ كل رذيلة

تبدأ من الأسرة وتلحق بالمجتمع ككل . والأصل أن أفراد المجتمع يعيشون في جو من التراحم والتعاطف والتكافل الإجتماعي ، وتجمع بينهم روابط وعلاقات إجتماعية متعددة ، منها ما يقوم على الفطرة ، ومنها مايقوم بالإلتزام، والأخلاق.

وقد تتأثر تلك الروابط لسبب أو لآخر ما يجر الى توتر العلاقات داخل المجتمع ككل ، لذلك كان لابد من قواعد لتحكم سلوك الفرد وعلاقات أفراد الأسرة الواحدة حتى يتحقق استقرار المجتمع. ولتحقيق ذلك عمد المشرع من خلال قانون الأسرة تنظيم الإطار القانوني للزواج والطلاق وما يترتب عليهما من آثار على الزوجين وعلى غيرهما .

لقد كانت عناية الشريعة الإسلامية بالزواج أكثر وأوسع من أي شريعة أخرى، إذ جعله الله سبحانه وتعالى من آياته في خلقه وعده من نعمه على عباده، إذ يقول سبحانه وتعالى في هذا، "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون"<sup>1</sup>

فالزوجية سنة من سنن الله في خلقه لا يشد عنها مخلوق في هذه الأرض، وهي الأسلوب الذي إختاره الله سبحانه وتعالى للتوالد والتكاثر وإستمرار الحياة، ولم يشأ تعالى أن يترك الإنسان كغيره من المخلوقات فيدع غرائزه دون وعي ويترك إتصال الذكر بالأنثى فوضى لا ضابط له.

بل وضع النظام الملائم لسيادته، والذي من شأنه أن يحفظ شرفه ويصون كرامته، فجعل إتصال الرجل بالمرأة بالزواج إتصالا كريما مبني على قواعد شرعية لا يجوز إلا بتوافرها، فجعلها بمثابة اللباس للآخر<sup>2</sup>.

وبذلك يعتبر الزواج رابطة إنسانية قبل أن يكون عقدا، وحتى بوصفه بالعقد فهو عقد من نوع خاص إذ أنه يفترض فيه الدوام، وهو بذلك من أقدس الروابط التي يمكن أن تجمع بين الرجل والمرأة، ويعتبر السبيل الوحيد الذي يحافظ على الأنساب ويمنع إختلاطها، و قدأفرغ الله سبحانه وتعالى عليه صبغة الميثاق الغليظ<sup>3</sup>، وكرس قانون الأسرة ذلك من خلال نصوصه المحددة لشروط الزواج وآثاره.

<sup>1</sup> - سورة الروم، الآية 21.

<sup>2</sup> - قال تعالى "أحل لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم هن لباس لكم وأنتم لباس لهن....." سورة البقرة الآية، 187.

<sup>3</sup> - قال الله تعالى ".....وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا"، سورة النساء ، الآية 21 .

ونظرا لما لعقد الزواج من أهمية ومن آثار لا تنطبق على العاقدین فحسب، بل على أسرتيهما وعلى المجتمع ككل، فقد حيب الفقه الإسلامي ورغب بأن تكون له مقدمة تسبق التعاقد النهائي تتمثل في الخطبة، وأحاطها بعناية بالغة، وحدد طبيعة العلاقة بين الخاطب والمخطوبة خلال هذه الفترة. وأعطى لكل منهما الحق في العدول عن هذه الخطبة في أي وقت شاء دون أن يحدد لذلك شرطا أو قيادا.

ومع كل القداسة المحيطة بالرابطة الزوجية فإنها تجمع بين شخصين مختلفين في تركيبتهما البيولوجية، وربما أيضا في الطباع والأخلاق، وهذا الإختلاف قد ينجم عنه عدم القدرة على مواصلة الحياة الزوجية، ولهذا شرع الطلاق كوسيلة لفك الرابطة الزوجية.

وكانت عناية الشريعة الإسلامية بنظام الزواج أكثر وأوسع من أي شريعة أخرى وأحاطته بأوسع الضمانات التي تكفل سعادة الزوجين وتأتي بالخير لأسرتيهما، على أنه إذا اشتد الخصام بين الزوجين أصبح فصم عرى الزوجية أمر لا مناص منه.

ولما كانت النفس الإنسانية مفطورة على الحب والبغض، والوئام والخلاف، فقد أرشد الله سبحانه الزوجين الى عدم التأثر بهذه العوارض الإنسانية، لتجنب الخصام والفراق لقوله تعالى: " و عاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا "

فإذا ساءت العشرة بينهما وتنافرت طباعهما، وحلت القطيعة مكان الرحمة والمودة، واستعصمت خالفهما شرع الله تعالى الطلاق على بغض لقوله صل الله عليه وسلم "أبغض الحلال إلى الله الطلاق" وهذا لعلمه أن الطلاق لا يلجأ إليه الا بمبرر شرعي، وأنه حق الزوج إذا دعت الأسباب اليه. كما أن الشريعة الإسلامية راعت حق الزوجة في رفع الضرر الواقع عليها باعتبارها الطرف الأضعف إذا أضر زوجها بها بان ترفع أمرها الى القضاء طالبة التفريق أو التطلق إعمالا للقاعدة الشرعية "الضرر يزال" أو بإستعمالها لرخصة شرعية وهي الخلع اذا كرهت العيش مع الزوج ولم تعد قادرة على مواصلة الحياة الزوجية.

ولقد شكل صدور قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984 الصادر بالقانون 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق ل 9 يونيو 1984 أول قانون يعالج النزاعات الأسرية والذي له أهمية بالغة باعتباره الإطار القانوني الوحيد

الذي يحكم العلاقات الأسرية ، والذي من خلاله أيضا جعل المشرع الجزائري الشريعة الإسلامية مصدرا ثان يعتمد عليه القاضي لحل النزاعات الأسرية فيما لم يرد فيه نص قانوني والذي تم تعديله بالأمر 02-05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فبراير 2005

ولذلك حرصت في هذه المحاضرات على تقديمي لدروس قانون الأسرة لطلبة السنة الثانية ليسانس جذع مشترك ، معتمدة على شرح وإظهار النصوص القانونية الغامضة كما تعرضت لبعض النقائص الموجودة في القانون والتعديلات التي طرأت عليه بالأمر 02/05 الصادر سنة 2005 ، كما تطرقت الى آراء الفقهاء وموقف القضاء في المسائل التي لم يفصل فيها المشرع الجزائري

وقد إنتهجت في ذلك منهاجا تحليليا وذلك على النحو التالي:

مبحث تمهيدي تناولت فيه مدخل الى قانون الأسرة تناولت فيه تطور قانون الأسرة الجزائري الى غاية تعديله وعلاقته بفروع القانون الأخرى ، وفصلين آخرين منها تناولت فيهما تكوين عقد الزواج ومقدمته الخطبة وآثارها، أركان وشروط عقد الزواج ، وإثباته ، الحقوق والواجبات الزوجية ، والنسب بإعتباره أثرا من آثار عقد الزواج ثم تطرقت في الفصل الثاني الى إنحلال الرابطة الزوجية سواء بالإرادة المنفردة للزوج أو بطلب من الزوجة، وآثار ذلك المادية والمعنوية وتناولت فيها العدة، والحضانة و النزاع في متاع البيت . و بذلك قسمت هذه الدروس الى فصلين وهما على النحو التالي:

مبحث تمهيدي : التطور التاريخي لقانون الأسرة

الفصل الأول : ماهية عقد الزواج ، إثباته ، والآثار المترتبة عليه

الفصل الثاني : صور إنحلال الرابطة الزوجية والآثار المترتبة عنها.

## **مبحث تمهيدى : التطور التاريخى لقانون الأسرة الجزائرى وعلاقته بفروع القانون**

قبل التطرق الى الأحكام التى يتضمنها قانون الأسرة وبالأخص أحكام الزواج والطلاق، وجب أولا التعرف على قانون الأسرة وتوضيح ماهيته بإعتباره جزء من النظام القانونى وذلك من خلال تبيان تاريخه وطبيعة قواعده وعلاقته بباقي فروع القانون .

ينتمى قانون الأسرة الى القانون الخاص بإعتباره ينظم العلاقات بين الأفراد ، ويسمى هذا القانون فى معظم البلاد العربية بقانون الأحوال الشخصية وهى مستمدة من الأنظمة الغربية ولم تكن هذه التسمية معروفة عند الفقهاء قديما ، بل هى مستمدة من الأنظمة الغربية ، فقد كان الفقهاء يبحثون مسائل الأسرة وأحكامها ضمن أبواب الفقه المختلفة من زواج وطلاق وطلاق ، و نفقة وطلاق ونسب وحضانة ، ووصية وميراث.

يعتبر قانون الأسرة من القوانين الحديثة بالنظر الى تاريخ صدوره الذى كان لاحقا بوقت كبير على القانون المدنى والجزائى والتجارى ويرجع هذا التأخر الى أن قانون الأسرة ذو طبيعة خاصة تجعله يختلف عن باقي فروع القانون العام والخاص .

ما يلاحظ على قانون الأسرة أنه لم يدخل حيز التطبيق ولم يصدر تقنين خاص به الى غاية سنة 1984 ومع ذلك كانت تعرض منازعات الزواج والطلاق على قاضى شؤون الأسرة الذى كان يصدر أحكاما بشأنها تملك حجية الشيء المقضى فيه وقابلة للتنفيذ لأنها كانت تنشأ مراكز قانونية للأطراف المتنازعة أمام قاضى الأحوال الشخصية كما كان يطلق على تسميته آنذاك فكيف كان يتصدى لها ؟ وماهى المرجعية المعتمد عليها لإصدار هذه الأحكام فى غياب قانون مستقل بخص المنازعات الأسرية ؟ وماعلاقة قانون الأسرة بباقي فروع القانون.

### **المطلب الأول: التطور التاريخى لأحكام الأسرة (الأحوال الشخصية)**

قبل الدخول فى محاضرات قانون الأسرة لابد أولا من الرجوع الى التطور التاريخى لهذا الفرع من القانون

## الفرع الأول : وضع الأحكام المتعلقة بالأسرة في عهد الدولة العثمانية

ظلت الشريعة الإسلامية تحكم العالم الإسلامي في جميع المجالات والميادين العامة في الحياة، ومنها نظام الأسرة منذ ظهور الإسلام وعبر قرون من الزمن، من عهد النبوة إلى عهد الخلفاء الراشدين، مروراً بالعهد الأموي والعباسي، وحتى أوائل الخلافة العثمانية، ولم يكن للقضاء الشرعي من مصدر في مجال أحكام الأحوال الشخصية إلا أحكام الكتاب والسنة وفتاوى الصحابة واجتهاد القضاة أنفسهم، إذ كان لا يلي القضاء إلا فقيه مجتهد، وفي عهد الدولة العباسية لم يكن مرجع للقضاة إلا الكتب الفقهية، وكان أكثر القضاة في ذلك العهد على مذهب أبي حنيفة، إلا ما كان من القضاء في الأندلس الذي كان على المذهب المالكي.

وكان القضاء في مسائل الأحوال الشخصية جزءاً من القضاء في سائر الأحكام الشرعية، إذ كان القاضي في الدولة الإسلامية يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية في مختلف القضايا المالية والجزائية والتجارية وغيرها.

ولما دبّ الضعف والخلل في جسم الدولة العثمانية في أواخر أيامها، وتطورت الحياة الاجتماعية تطورا كبيرا بعد اتصال العالم الإسلامي بالحضارة الغربية نظم القضاء على أساس الفصل بين قضايا الأحوال الشخصية وبين غيرها من المنازعات المالية وغير المالية التي تعرض على القضاء<sup>4</sup>.

## الفرع الثاني: التقنين الرسمي لقانون لأحوال الشخصية(قانون الأسرة)

ظهرت أولى بوادر فكرة التقنين أواخر القرن التاسع عشر (19)، والتي بادرت بها الدولة العثمانية حينما أنشأت المحاكم النظامية ونقل إليها بعض اختصاصات المحاكم الشرعية، ولم يكن في استطاعة قضاة تلك المحاكم أنذاكالغير متمرسين بالعلوم الشرعية والفقهيةأن يأخذوا الأحكام المنثورة في الكتب الفقهية في كل مذهب من المذاهب الاجتهادية بالإضافة إلى اختلاف أساليبها وكثرة الآراء فيها، فافتضى الأمر علاج هذه الحالة بجمع أحكام تلك المسائل وصياغتها في شكل قانون لتسهيل الرجوع إليها وأخذ الأحكام منها، فصدرت إرادة سلطانية بتشكيل لجنة من الفقهاء البارزين وعهدت إليهم تنظيم مجموعة أحكام المعاملات المدنية على شكل مواد لا تبتعد كثيرا عن القوانين الوضعية، ليسهل على القضاة الوصول إلى الأحكام الشرعية من خلالها، ووفق لغة قانونية يفهمونها، وتستمد معظم أحكامها من الفقه الإسلامي مع التقيد بالمذهب الحنفي، وعرفت هذه المجموعة ب"مجلة الأحكام العدلية.

<sup>4</sup>- فركوس صالح، المختصر في تاريخ الجزائر ، دار العلوم ، عنابة ، ص217

## أسباب إصدار مجلة الأحكام العدلية

تأتي الأسباب والدوافع التي كانت وراء إصدار مجلة الأحكام العدلية لما أحست الدولة العثمانية بخطر القوانين الوضعية خاصة بعد اتساع المعاملات الاقتصادية، وكثرة الاتصالات التجارية بين الدولة العثمانية والعالم الخارجي من الدول الأوروبية، هذه المعاملات التي تستوجب طبيعتها أحكاما استثنائية من الأحكام العامة، فأنشأت المحاكم التجارية للاحتكام إليها في حل النزاعات.

وقد ظلت هذه المجلة مطبقة في تركيا وأكثر البلاد العربية التابعة لها، ولما ازداد الشعور بقصور المجلة عن الوفاء بحاجيات المجتمعات في ذلك الوقت ، لاعتمادها على مذهب واحد هو المذهب الحنفي، دون المذاهب الأخرى، وعدم إخضاعها للتعديل والتطوير، إضافة إلى الهيمنة الاستعمارية وما صاحبها من فرض للقوانين الغربية، بدأت الدول العربية تباعا في وقف العمل بالمجلة تمهيدا لإلغائها نهائيا.

### قانون حقوق العائلة:

بعد أن توقف العمل بالمجلة في الدولة العثمانية والبلاد التي كانت تابعة لها، لم يبق من الشريعة الإسلامية ما يطبق في المحاكم في البلاد الإسلامية إلا مسائل الأحوال الشخصية التي ظل العمل بها من غير تقنين، حتى أصدرت الدولة العثمانية قانون حقوق العائلة في سنة 1917 م ، الذي يعد أول قانون يختص بالزواج والطلاق، وقد تميز هذا القانون باستفادته من مختلف المذاهب الأربعة، ولم يلتزم في أحكامه بالمذهب الحنفي كما جاء في مجلة الأحكام العدلية.

### المطلب الثاني : التقنين غير الرسمي لأحوال الشخصية

لم تقف فكرة التقنين عند حدود العثمانيين، ولم تقتصر مسأله على مسائل المجلة وقانون حقوق العائلة، بل تجاوز حدودها، وشمل مسائل أخرى، فعندما تسرب القانون الوضعي إلى العالم الإسلامي ظهر بعض العلماء ممن أحسوا بضرورة تنظيم الفقه والتجديد في صياغته وقاموا بجهود فردية لتقنين الأحكام الفقهية لصد المد التشريعي الغربي للبلاد الإسلامية، غير أن تلك الجهود الشخصية لم تأخذ طريقها للتقنين بشكل رسمي بتبنيها من طرف الدولة، كما حدث في مجلة الأحكام

العدلية، ولذلك فهي لا تعتبر قوانين نافذة، وإنما اعتبرت مرجعا ومرشدا لكل عمل فقهي مقنن من بعد، ومن أهم هذه الأعمال، أعمال الفقيه محمد قذري باشا<sup>5</sup>.

أعمال الفقيه محمد قذري باشا:

قام الفقيه المصري محمد قذري باشا بتأليف ثلاثة كتب فقهية وقانونية على الشكل المعاصر للتقنين معتمدا على المذهب الحنفي، ومسترشدا في ذلك بمجلة الأحكام العدلية، أهمها: كتاب "الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية"، يتكون من 647 مادة تعرض فيها لأحكام الهبة والوصية والحجر والإيصاء والميراث.

### الفرع الأول : مفهوم قانون الأحوال الشخصية وتطوره في البلاد العربية

مصطلح "الأحوال الشخصية" دخيل على الفقه الإسلامي، فهو مصطلح قانوني غربي، كان أول من استعمله الفقه الإيطالي، ووجد طريقه إلى التشريعات العربية عن طريق القانون الاستعماري الفرنسي عن طريق تقسيم القانونيين للأحوال المدنية إلى أحوال شخصية تتعلق بشخص الإنسان وذاته، وأحوال عينية تتعلق بالعلاقات المالية.

#### 1\_ مفهوم قانون الأحوال الشخصية:

لم يعرف الفقه الإسلامي مصطلح الأحوال الشخصية، إذ لم يكن هذا المصطلح مستعملا عند الفقهاء قديما، بل كانوا يبحثون في أحكام الأسرة ومتعلقاتها موزعة كل منها في باب أو كتاب يخصها من أبواب الفقه، فكانوا يطلقون على كل بحث من أبحاثها اسما خاصا: ككتاب النكاح، كتاب المهر، كتاب النفقات، كتاب الطلاق، كتاب النسب، كتاب الحجر، كتاب الوصايا، وكتاب الفرائض أو المواريث، وهكذا، وبالتالي فهو اصطلاح حقوقي حديث، أطلق في مقابلة "الأحوال المدنية" التي تنظم علاقات الإنسان بأفراد المجتمع خارج حدود أسرته .

ويعتبر الفقيه المصري محمد قذري باشا أول من استعمل اصطلاح الأحوال الشخصية في بداية القرن العشرين عندما وضع مجموعة فقهية سماها "الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية"، والتي تضمنت أحكام الزواج والطلاق والوصية والأهلية والحجر والميراث والهبة.

<sup>5</sup>- أبو القاسم سعد الله ، تاريخ الجزائر الثقافي ، دار البصائر، الجزائر، 2007، ج 1، ص 394.

ويمكن الوصول إلى تحديد المراد بالأحوال الشخصية من خلال النصوص التشريعية، والأحكام القضائية واجتهاد الفقهاء، ولأجل ذلك بذلت الكثير من المحاولات التشريعية والقضائية لتحديد المقصود بالأحوال الشخصية، وجملة المسائل التي تدرج تحتها، ولعل أولى تلك المحاولات تلك الصادرة عن محكمة النقض المصرية، حيث جاء في حكم شهير لها صادر بتاريخ: 21 جوان 1934 بيان الأحوال الشخصية يقضي بما يلي: "الأحوال الشخصية هي مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية، ككون الإنسان ذكرا أو أنثى، وكونه زوجا أو أرملا أو مطلقا أو أبا أو ابنا شرعيا، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية".

أما المراد بالأحوال الشخصية عند الفقهاء المعاصرين، فهي "الأوضاع التي تكون بين الإنسان وأسرته، وما يترتب على هذه الأوضاع من آثار حقوقية والتزامات أدبية أو مادية"، أو تعني: "مجموعة الأحكام الفقهية النازمة لإنشاء الأسرة، وما يتعلق بالشخص في حدود أسرته، من أحكام وآثار لعقد الزواج أدبية كانت أو مادية، تبين إنشاء هذا العقد وإنهائه وثمراته، أي ما يترتب عليه من حقوق الزوجين، وحقوق الأولاد من نسب، ونفقة، وحضانة، وولاية ووصاية، ثم ما يترتب على هذه العلاقة الأسرية بعد وفاة أحد أفراد الأسرة من مواريث".

وعليه فإن جملة مسائل الأحوال الشخصية ترجع كلها إلى ثلاثة أقسام رئيسية:

- أحكام الزواج وما يترتب عليه من صداق ونفقة ونسب ورضاعة وحضانة وطلاق وعدة وغيرها.
- أحكام الولاية والوصاية والحجر وأحكام الغائب وأحكام المفقود.
- أحكام الميراث والوصية والوقف ونحوها مما يعد تصرفا مضافا لما بعد الموت.

## 2\_ تطور قانون الأحوال الشخصية في البلاد العربية:

بعد بيان المقصود بقانون الأحوال الشخصية، ومحاولة ضبط المسائل التي تدرج تحته، فقد عرف هذا المجال حركة تشريعية في كثير من الدول العربية التي عملت على تقنين أحكام مسائل الأحوال الشخصية في قانون يخصها، وقد استلهمت بعض الدول في وضع قانون الأحوال الشخصية الخاص بها من أحكام قانون حقوق العائلة العثمانية، أما البعض الآخر فقد استمرت في العمل بنفس

القانون إلى حين صدور قانونها الخاص بالأحوال الشخصية، وقد ارتكزت هذه الحركة التشريعية على أساس الالتزام بأحكام الفقه الإسلامي، والاستفادة من جميع مذاهبه الاجتهادية دون التقييد بمذهب معين، وبالرغم مما أصاب الدول الإسلامية من عدوان على أحكام الشريعة الإسلامية نتيجة تسرب الفكر الغربي إلى ديار الإسلام عن طريق القوى الاستعمارية وما جلبته من قوانين وضعية لتحل محل أحكام الفقه الإسلامي، إلا أن أحكام نظام الأسرة التي تسمى "الأحوال الشخصية"، فقد ظلت ولا تزال في أنحاء العالم الإسلامي مستمدة من الفقه الإسلامي، وحافظت على بقاء محاكمها الشرعية الخاصة، حتى في البلاد التي سادت فيها القوانين الوضعية، ولم يحدث مساس بها، سوى ما كان تخصيصاً لها بغرفة تسمى "غرفة الأحوال الشخصية" وضم اختصاصاتها مع اختصاصات الغرف الأخرى داخل المحاكم المدنية العادية كما هو الشأن الآن في كثير من الدول الإسلامية ضمن تركيبة التنظيم القضائي الخاص بها.

هذا، ولا تزال بعض الدول العربية والإسلامية لم تضع ضمن منظومتها القانونية والتشريعية قانوناً خاصاً بالأحوال الشخصية كما هو الحال في معظم البلاد العربية، بل بقي العمل القضائي فيها قائم على الرجوع وتحكيم الفقه الإسلامي في مذهب من مذاهبه في مختلف القضايا المعروضة على المحاكم كما هو الشأن بالنسبة للملكة العربية السعودية التي ترجع المحاكم فيها إلى أحكام المذهب الحنبلي.

وما يميز حركة تقنين قوانين الأحوال الشخصية العربية أنها حافظت على مصدر التشريع من الشريعة الإسلامية، فقد ظلت هذه الأخيرة قبل وبعد تقنين هذه القوانين تحكم مجال الأحوال الشخصية في البلاد العربية.

## الفرع الثاني : تطور التطبيق القضائي لأحكام الأسرة في الجزائر

### 1\_ مرحلة ما قبل الاستعمار:

سارت الجزائر كغيرها من البلاد الإسلامية، ومنذ الفتح الإسلامي على شمال إفريقيا، إلى تحكيم أحكام الشريعة الإسلامية في جميع المجالات سواء ما تعلق منها بالمجال السياسي المتعلق بنظام الحكم والإدارة، أو المجال القضائي في جميع ميادين الحياة العامة، ومنها نظام الأسرة<sup>6</sup>.

<sup>6</sup>فركوس صالح ، المرجع السابق ص 219.

فكان القضاء في مسائل الأحوال الشخصية خاضع أساسا لأحكام المذهب المالكي والأعراف المحلية آنذاك، باعتبار أن المذهب المالكي هو المذهب الفقهي السائد في شمال إفريقيا منذ القدم، فهو مذهب ليبيا وتونس والجزائر ومراكش، فكانت تطبق أحكامه الفقهية في معظم أرض الجزائر باستثناء مدينة الجزائر العاصمة التي كان يطبق فيها أحكام المذهب الحنفي باعتبار الجالية التركية التي تمركزت هناك، والمذهب الإباضي الذي طبقت أحكامه على بعض المناطق، وخاصة الجنوب ممن يحتكمون في علاقاتهم لأحكام مذهب الإباضي، ولقد استمر الوضع على ما هو عليه إلى أن وقع الاستعمار الفرنسي على الجزائر.

2- العهد الاستعماري : قبل أن تستولي فرنسا على الجزائر سنة 1980 كانت مادة الأحوال الشخصية تخضع لأحكام القرآن الكريم والسنة النبوية، فكان القاضي آنذاك يستنبط الأحكام الخاصة بهذه المادة من هذين المصدرين وإذا لم يجد اجتهد رأيه وكانت له الحرية في الاختيار من آراء و فتاوى الصحابة الأقرب للقرآن الكريم والسنة النبوية وبالإمكان أن يأخذ برأيه معتمدا على تفسيره الخاص للأيات القرآنية والأحاديث النبوية<sup>7</sup>

ولكن خلال الفترة التي سيطر فيها المستعمر الفرنسي صعب عليه الأمر أن يقوم بتوحيد النصوص المنظمة لمنازعات الأسرة وذلك راجع إلى أنه كانت الطائفة التركية خاصة في الجزائر العاصمة على مذهب الإمام أبو حنيفة وإلى جانبها كانت أغلبية الجزائريين خاضعة للمذهب المالكي، بالإضافة إلى الأعراف القبائلية التي كانت تطبق في منطقة القبائل، وكذلك عرف تطبيق المذهب الإباضي في الميزاب وهي مدينة غرداية ونواحيها ، وإلى جانب هذا نص المستعمر على إخضاع المستوطنين الفرنسيين وغيرهم من حاملي الجنسية الفرنسية للمواد القانونية للقانون الفرنسي فيما يتعلق بالمسائل الجزائية والتجارية والإدارية والإجرائية إلا فيما عدا مادة الأحوال الشخصية فتركت فرنسا الجزائريين يخضعون لأحكام الشريعة الإسلامية، وكذلك فيما يتعلق بمعاملتهم المدنية الخاصة به وخضعت لذلك محاكم شرعية والتي كانت تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية<sup>8</sup>

التشريع الأسري في بداية الإحتلال الفرنسي للجزائر : لم يقم المستعمر الفرنسي بإلغاء الأعراف المحلية التي كانت سائدة في تلك الفترة والمتعلقة بمسائل الزواج والطلاق نظرا لتعلق كافة طوائف المجتمع الجزائري بها ولكن رغم ذلك فقد حاولت فرنسا أن تقوم بتوحيد قانون الأسرة في بداية القرن 20 وذلك عن طريق

<sup>7</sup> - أنظر في ذلك بالتفصيل مزهود الصادق، تاريخ القضاء في الجزائر من العهد البربري الى حرب التحرير الوطني ، دار البحث ، قسنطينة ، سنة 2000، ص 71 وما بعدها.

<sup>8</sup> - عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد دار هومة ، الجزائر، طبعة 4، 2010، ص 8-9.

مشروع العميد مارسيل مورد، وقد تناول هذا المشروع جميع المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية حيث كان يحتوي على 263 مادة متعلقة بالزواج والطلاق وآثارهما ، و 226 مادة متعلقة بالهبة والحبوس والميراث والوصايا، و 79 مادة متعلقة بالإثبات

وعلى الرغم من أن هذا المشروع لم يصبح قانونا كان بعض الفقهاء يستنبطون أحكامهم منه، وإستمر الوضع على هذه الحالة إلى أن قامت فرنسا بوضع أول قانون مكتوب بشكل منظم يهتم بالأحوال الشخصية وهو القانون رقم 778/57 الصادر في 1957/07/11 والذي نظم الأحكام المتعلقة بالولاية والحجر والغياب والفقدان، ثم جاء بعد ذلك الأمر رقم 274/59 في 1959/02/04 الذي نظمت بمقتضاه الإدارة الفرنسية الزواج والطلاق وأهم ما يلاحظ على الأمر الأخير ما يلي:

- يبطل عقد الزواج إذا لم ينعقد من قبل الزوجين وعلنيا بحضور الشاهدين أمام ضابط الحالة المدنية أو القاضي.

- الزواج لا ينحل فيما عدا الوفاة إلا بحكم القاضي وبطلب من أحد الزوجين وهنا يميز المشرع ما بين نوعين من الأسباب، فهناك أسباب حاسمة ( زنا الزوج، الحكم على الزوج بعقوبة مقيدة للحرية) وأسباب غير حاسمة ( سوء معاملة الزوجة...)

- لا يعترف بزواج الصغار فقد حددت سن الزواج ب 18 سنة للفتى و 15 سنة للفتاة.

ومن خلال الأمر 274/56 الصادر في 4فيفري 1959 السالف الذكر فقد عرفت الجزائر أول قانون مكتوب يعالج مسائل الزواج والطلاق

**2-التشريع الأسري عقب الإستقلال :** بعد ما نالت الجزائر استقلالها لم يكن بالهين على المشرع أن يقوم بسن جميع القوانين من أجل تنظيم الأمور الاجتماعية والاقتصادية والسياسية للبلاد ، لذلك اكتفى المشرع بإصدار القانون رقم 157/62 بتاريخ 1962/12/31 الذي نص على ضرورة الإستمرار في اعتماد القانون الفرنسي المتمثل في الأمر 274/56 المؤرخ في 1956/2/4 مما يعني سريان القوانين الموروثة عن المستعمر الفرنسي فيما عدا التي تمس السيادة الوطنية أو لها جانب عنصري أو الماسة بحقوق الأفراد والحريات العامة

ومن هنا نستخلص أنه بعد الإستقلال مباشرة فقد بقي العمل بالقانون الصادر في 1957/07/11 وكذلك الأمر الصادر في 1959/02/04 بشأن الولاية على الأسرة والحجر والغياب والفقدان والزواج والطلاق وآثارهما وقد حاول المشرع تقنين الأسرة منذ 1963 للقانون 224/36 بتاريخ 1963/6/29 المتعلق بتحديد سن الزواج وتسجيله وقد حاول بذلك المشرع الجزائري أن يخطو أول خطوة في التشريع الأسري لذلك بدأ أولاً بتحديد سن الزواج غير أنه قامت آنذاك أراء متضاربة بعضها البعض داخل الجمعية الوطنية التأسيسية بين أنصار التحديث و الرافضين له، ورغم ذلك حددت سن 16 سنة للفتاة و 18 سنة للفتى بمقتضى القانون رقم 157/62 المؤرخ في 1963/06/29 ، وبعد ذلك قام المشرع بوضع قانون التنظيم القضائي، و قانون الإجراءات المدنية ، وقانون الإجراءات الجزائية، وقانون العقوبات، وقانون الجنسية، وقانون الحالة المدنية، واستمر الوضع إلى أن قام المشرع بوضع القانون المدني بمقتضى الأمر الصادر في 1975/09/26 ونص في مادته الأولى على أن القاضي يستنبط الأحكام من التشريع وإن لم يجد فمن مبادئ الشريعة الإسلامية ثم العرف ثم قانون الطبيعة وقواعد العدالة، فأصبح على القاضي أن يستأنس بالتشريع وإلا فمبادئ الشريعة الإسلامية بشأن منازعات الأحوال الشخصية ، والمشرع ذاته قد نص بمقتضى الأمر الصادر في 1975/07/05 على إلغاء جميع القوانين الموروثة من المستعمر الفرنسي ابتداء من 1975/07/01 وأصبح ساري المفعول طبقاً للمادة 1003 من القانون المدني ابتداء من 1975/07/05.

لكن بالرغم من وجود القانون المدني الذي يعتبر الشريعة العامة إلا أنه لا يمكن تغطية كل المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية بمواد هذا القانون وأحكامه وكذلك الأمر بالنسبة لمبادئ الشريعة الإسلامية فلا يمكن للقاضي أن يكون حاسماً في أحكامه استناداً إليها لأن هذه الأخيرة تقوم على عدة أراء، تارة مختلفة من مذهب لآخر وتارة متضاربة في المذهب ذاته مما دفع بالمشرع محاولة تقنين قانون الأسرة حيث وضعت بشأنه عدة مشاريع منها مشروع 1963 ثم 1966 ثم 1973 ثم 1980 ثم 1982 بقي المجتمع الجزائري طوال مدة 21 سنة من الإستقلال من دون نصوص تشريعية تبسط رقابتها على قاضي الأحوال الشخصية إلى غاية مصادقة البرلمان الجزائري على قانون الأسرة في 1984/06/09 وهو القانون 11/84 ، غير أن الذي أدى لتأخير صدور قانون الأسرة مقارنة مع القواعد الأخرى هو التضارب القائم بين أنصار استنباط أحكام قانون الأسرة من الشريعة الإسلامية وأنصار تغريب قانون الأسرة واستنباط أحكامه من القوانين الغربية<sup>9</sup>،

<sup>9</sup> عبد الفتاح تقيّة ، قانون الأسرة مدعماً بأحدث الإجهادات القضائية والتشريعية ، دراسة مقارنة ، دار الكتاب الحديث ، 2012، ص 11.

وقد جاء المشرع بقانون الأسرة في 1984/06/09 وورد فيه أحكام الزواج والطلاق وآثارهما من المادة 4 إلى المادة 80، والنيابة الشرعية من المادة 81 إلى المادة 125، والميراث من المادة 126 إلى المادة 183، وأخيرا التبرعات من المادة 184 إلى المادة 220.

إستمر العمل بهذا القانون لأكثر من ثلاثة عقود من الزمن لم يراجع فيه المشرع هذه النصوص الى عرف هذا القانون تعديلا من خلال الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27 والذي مس بجوانب كثيرة من نصوص قانون الأسرة وهو القانون الساري المفعول الى يومنا هذا

يعتبر قانون الأسرة القانون الوحيد الذي يستمد معظم أحكامه من الشريعة الإسلامية وخير دليل على ذلك ما ورد في نص المادة 222 من قانون الأسرة التي نصت على أنه "كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى أحكام الشريعة الإسلامية" مايلحظ أن المشرع الجزائري فتح باب الإجتهد للقاضي إذ عليه أن يأخذ بفحوى قانون الأسرة فإن لم يجد يبحث في أحكام الشريعة الإسلامية بدأ بالقرآن الكريم ، والسنة النبوية الشريفة كما لم يقيد به بأن يأخذ بمذهب معين[1] . على الرغم من ذلك فإن أثر المذهب المالكي بارزة في التشريع الأسري الجزائري

### 3\_ مرحلة ما بعد الاستقلال:

لما استقلت الجزائر سنة 1962، ولمواجهة الفراغ التشريعي والقانوني لجأت إلى تطبيق القانون الفرنسي فيما عدا مواد الاستعمارية والعنصرية أو المخالفة للحقوق والحريات العامة.

هذا ولم يمنع ذلك في التفكير جديا في إنشاء منظومة تشريعية جزائرية تتماشى والخصوصية الوطنية، إذ عرف الوضع التشريعي لأحكام الأسرة بعد الاستقلال وقبل صدور قانون الأسرة، أي فترة ما بين 1963 إلى 1984 صدور سلسلة من القوانين والأوامر تتعلق بأحكام الأسرة، منها القانون رقم 244/63 المؤرخ في 1963/06/29 المتعلق بتنظيم سن الزواج وإثبات العلاقة الزوجية، والأوامر الصادرة في 1966/06/03 و 1969/09/16 و 1971/09/22 والخاصة بكيفيات إثبات الزواج إلى أن ألغى المشرع الجزائري بموجب الأمر 29/73 الصادر في 05 جويلية 1973 القوانين الفرنسية الداخلية.

وبحلول سنة 1984 أصدرت الجزائر أول قانون جزائري للأسرة حمل رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، ثم عدل بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

### المطلب الثالث : مصادر قانون الأسرة الجزائري وعلاقته بفروع القانون

يعتبر قانون الأسرة القانون الوحيد ضمن المنظومة التشريعية الجزائرية الذي استمد المشرع الجزائري الأحكام المتعلقة به من الشريعة الإسلامية بمصادرها المختلفة، وهذا ما نصت عليه ديباجة المشروع التمهيدي له والتي ورد فيها ما يلي: " اعتمدت اللجنة في وضع هذه النصوص على المصادر الأساسية التالية: القرآن الكريم، والسنة النبوية الثابتة ثبوتاً مقبولاً عند علماء الحديث، والإجماع، والقياس، والاجتهاد، الفقه على المذاهب الأربعة فضلاً على أنه انفتح على بعض القوانين العربية التي كان لها السبق في التقنين، مراعيًا مصلحة ومتطلبات المجتمع الجزائري وما ينسجم كذلك مع سياسته التشريعية في حماية الأسرة والسهر على ترقيتها بكافة الوسائل<sup>10</sup> فما هي مصادر هذا القانون؟ وما علاقته بباقي فروع القانون؟

#### الفرع الأول : مصادر قانون الأسرة

المسائل المتعلقة بالأسرة تحكمها الأحكام الثابتة التي لا تقبل التغيير والتبديل مهما تغير الزمان والمكان والحال، ولا مجال للاجتهاد فيها كالمحرمات من النساء ومسائل النسب، ومسائل المواريث وغيرها.

كما تحكمها الأحكام المتغيرة التي يدخلها التغيير والتبديل بتغير الزمان والمكان والحال، ومجال الاجتهاد فيها واسع، كأهلية الزواج، وتعدد الزوجات، والصداق، وغيرها.

هذا بالنسبة للنصوص القانونية الواردة في قانون الأسرة صراحة، أما النصوص الغير واردة صراحة، والتي تنظم مسألة من مسائل الأسرة، وسكت المشرع الجزائري عن إيراد النص الذي يحكمها، فقد ألزم القاضي في هذه الحالة بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لإيجاد الحل المناسب لها، وهذا ما نصت عليه المادة 222 منه، التي جاء فيها: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، كما نصت المادة 223 منه على أنه: " تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون".

وهكذا فإن الشريعة الإسلامية تعد المصدر الأصلي والرسمي لمسائل الأحوال الشخصية في حال ورود النص القانوني صراحة، ومصدرا احتياطيا يسعف القاضي لإيجاد الحل للمسألة المعروضة عليه \_ في حال عدم ورود النص أو غموضه<sup>11</sup>.

لما كانت مصادر مختلف القوانين عبارة عن أحكام وضعية من صنع البشر، فإن قانون الأسرة بقي بعيدا عن الأحكام الوضعية، ومحافظا على مصدرية أحكامه ونصوصه من أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا ما أوجد له ذاتية مستقلة، وطبيعة خاصة وتمييزة عن باقي القوانين الأخرى، ونتيجة لهذه الذاتية والخصوصية أفرد له قانون مستقل به بعيدا عن القانون المدني على خلاف قوانين الدول غير الإسلامية التي تخضع موضوع قانون الأسرة إلى القانون المدني.

### الفرع الثاني: علاقة قانون الأسرة بباقي فروع القانون

يرتبط قانون الأسرة ارتباطا وثيقا بباقي فروع القانون الأخرى على الرغم من أنه جاء لاحقا لها في التاريخ متخلفا عنها بعدة عقود من الزمن وتظهر هذه العلاقة على الخصوص فيمايلي:

#### 1- علاقة قانون الأسرة بقانون الإجراءات المدنية :

يعرف قانون الإجراءات المدنية بأنه القانون المنظم لإجراءات التقاضي وتوزيع الاختصاص على الجهات القضائية وطبيعة الأحكام القضائية وسبل الطعن فيها، ومن البديهي أن يرتبط قانون الأسرة بهذا الفرع من القانون لتنظيم الإجراءات المقررة لنظر المنازعات الأسرية

أول ما استحدثه قانون الأسرة نفسه من إجراءات ماجاء في نص المادة 3 مكرر منه التي جعلت النيابة طرفا أصيلا في الدعاوى المعروضة على قاضي شؤون الأسرة إذ تنص على أنه "تعد النيابة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية الى تطبيق أحكام هذا القانون" مايفهم منها أنها لها نفس ما للمدعي والمدعى عليه في الدعوى من وسائل اجرائية فلها أن تبدي طلبات ودفع شكلية وموضوعية كما لها أيضا حق الطعن في الأحكام القضائية التي يصدرها قاضي شؤون الأسرة في كامل مراحل الدعوى، مما يعطيها دورا أساسيا في اجراءات الدعوى خاصة ماتعلق منها بقضايا مرتبطة بالنظام العام كحالة الأشخاص وأهليتهم وقضايا النسب، وإثبات الزواج العرفي وممارسة الولاية وغيرها

<sup>11</sup>- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 21.

مايلاحظ على قانون الإجراءات المدنية الصادر بموجب الأمر 08-09 المؤرخ في 25/2/2008 بأنه أفرد إجراءات خاصة بقسم شؤون الأسرة وذلك في الكتاب الثاني منه في المواد 423 الى الى المواد 499 والتي كفل من خلالها المشرع اجراءات خاصة تعتبر جوهرية لايمكن للأطراف الإتفاق على مخالفتها فيما يتعلق بمنازعات الزواج والطلاق والولاية على النفس والمال وحماية أموال القصر والبالغين عديمي الأهلية ما يؤكد علاقة التكامل التي يكفلها قانون الإجراءات المدنية للمنازعات الأسرية .

**علاقة قانون الأسرة بقانون العقوبات :** بسط المشرع الجزائري حماية جنائية للأسرة من خلال تجريمه لبعض الأفعال التي تمس بكيان الأسرة كترتيبه المسؤولية الجزائية في حالة الإجهاض 304 بالإضافة وفي حالة الخيانة الزوجية من خلال المادة 339

**علاقة قانون الأسرة بالقانون المدني** نصت المادة 221 من قانون الأسرة على أنه " يطبق قانون الأسرة على كافة المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم المقيمين في الجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني

هذا بالإضافة الى قواعد الإسناد المحددة للقاضي الناضر في الدعوى في حالة ما إذا اشتملت الدعوى المعروضة عليه على عنصر أجنبي كما في حالة ابرام عقد زواج بين جزائرية وأجنبي أو العكس

**علاقة قانون الأسرة بقانون الحالة المدنية:** تجمع بينهما علاقة وثيقة خاصة في العناصر المشتركة بينهما كبيانات عقد الزواج ، وتقييد العقد في السجلات الخاصة ، والموظف المختص بتأبرام العقد ، وشروط الشهود ، وكيفية تحرير شوط عقد الزواج وغيرها<sup>12</sup> .

### **الفرع الثالث : طبيعة قانون الأسرة**

لما كانت مصادر مختلف القوانين عبارة عن أحكام وضعية من صنع البشر ، فإن قانون الأسرة بقي بعيدا عن الأحكام الوضعية، ومحافظا على مصدرية أحكامه ونصوصه من أحكام الشريعة الإسلامية ، وهذا ما أوجد له ذاتية مستقلة، وطبيعة خاصة ومتميزة عن باقي القوانين الأخرى، ونتيجة لهذه الذاتية والخصوصية أفرد

<sup>12</sup> - أنظر بالتفصيل الأمر 20/70 المؤرخ في 19 فيفري 1970 ، المتضمن قانون الحالة المدنية ، الجريدة الرسمية ، العدد 21، المؤرخة في 27/2/1970 المعدل والمتمم .

له قانون مستقل به بعيدا عن القانون المدني على خلاف قوانين الدول غير الإسلامية التي تخضع موضوع قانون الأسرة إلى القانون المدني<sup>13</sup>.

قانون الأسرة الجزائري من القوانين العربية المتأخرة من الناحية التاريخية، حيث صدر سنة 1984 (تمّ تعديله جزئيا سنة 2005) ولأول مرّة، وقد تمّ الاعتماد فيه على الفقه المقارن، فلم يتقبّد واضعوه بمذهب محدّد وإنما أخذ من المذاهب الأخرى على غرار باقي التشريعات العربية. كان العمل القضائي قبل صدور القانون يعتمد على النصوص الشرعية والأحكام الفقهية الموجودة في الكتب منذ العهد الاستعماري وحتى مرحلة ما بعد الاستقلال إلى حين صدور قانون الأسرة بالرغم من صدور العديد من المراسيم خلال الحقبة الاستعمارية في الجزائر وحتى بعد الاستقلال. وبصدور قانون الأسرة سنة 1984 تكون الجزائر قد حقّقت مكسبا آخر في المجال التشريعي يضاف إلى القوانين الأخرى بعد مخاض عسير. وقد تضمّن هذا القانون قضايا الزواج والطلاق والأثار المترتبة عنهما، كما تضمّن النيابة الشرعية، بالإضافة إلى أحكام المواريث، وفي الأخير تضمّن أحكام التبرّعات كالهبة والوصية والوقف، وهي أمور انفرد بها قانون الأسرة الجزائري عن غيره من التشريعات العربية، وخصوصا موضوع الهبة والوقف التي لم تتضمّن التشريعات في قوانين الأحوال الشخصية العربية وإنما نظّمتها في قوانين مستقلة كما هو الحال في الوقف، وأمّا الهبة فنظّمته ضمن القانون المدني. ومهما يكن لا بد من إبداء بعض الملاحظات التي نراها ضرورية في بداية الأمر نلخصها فيما يلي:

-أوّلا: هذا القانون في حقيقة الأمر لم يأت بجديد من حيث المضمون، بل إنه أتى بأفضل ممّا كان أو ما يجب أن يكون، لأن ما كان قبل صدور القانون هو النصوص الشرعية والكتب الفقهية، فهو أوسع نطاقا من تلك النصوص القانونية المحدودة العدد. وأمّا ما يجب أن يكون فلأن هذا القانون بعد صدوره وجدناه منقوصا، حيث لم يشمل كلّ المسائل المتعلقة بالأسرة، زيادة على أن ما هو موجود فيه كثير من العيوب الشكلية والموضوعية.

ثانيا: ظهور هذا القانون في شكل نصوص قانونية محدّدة العدد سهّل على القاضي والمتقاضين في نفس الوقت الأمور، لأن المتقاضين كانوا لا يعلمون الحكم الذي سيطبّقه القاضي عليهم لأنه لا توجد نصوص قانونية معلومة سلفا، خصوصا عندما يتعلّق الأمر بالمسائل التفصيلية التي يرجع القاضي فيها إلى الفقه.

<sup>13</sup>- بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائرية المعدل، ص10

ثالثا: بصدور هذا القانون أصبح كلّ فرد في الأسرة يعرف ما له وما عليه من حقوق وواجبات، وبالتالي يستطيع الاطلاع بسهولة على هذه الحقوق والواجبات للمطالبة بها عند الاقتضاء، كما أن القاضي صار من السهل عليه الحكم في القضايا المعروضة عليه باستناده إلى نصوص قانونية معلومة.

رابعا: أنه وقرّ على المشتغلين في الحقل القانوني (القضاة والمحامون)، وكذا الدارسين وكلّ المهتمّين بقضايا الأسرة الخوض في كتب الفقه المتناثرة، والتي لا حصر لها، كما أن تنوّع الآراء واختلافها حسب المذاهب الفقهية تجعل من الصعب الترويج بين هذه المذاهب، وهذه الصعوبة يعترف بها حتى أهل التخصص، ناهيك عن غير المتخصّص في الموضوع، فضلا عن أنه لا يوجد عندنا قضاة شرعيون في مسائل الأحوال الشخصية.

خامسا: بصدور القانون صار الجميع ملزما بالتقيّد بأحكامه المنصوص عليها فيكون بذلك قد أغلق الباب في كلّ المسائل المنصوص عليها فقط، بينما المسائل التي لم ينصّ عليها ترك المجال للقاضي في الرجوع إلى الأحكام الفقهية دون التقيّد بمذهب معيّن. وهذه ميزة تحسب للقانون **الجزائري**، حيث لم يقيّد القاضي بذهب معيّن، في حين لو نظرنا إلى مختلف التشريعات العربية نجدها تقيّد القاضي بالمذهب الفقهي السائد في البلاد، كالتشريع السوري الذي أخذ بالمذهب الحنفي والمغربي أخذ بالمذهب المالكي في الأساس. وأضافت مدوّنة الأسرة الجديدة الصادرة سنة 2004 إلى المذهب المالكي الاجتهاد الذي يراعى فيه قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف.

سادسا: وبعد صدور قانون الأسرة الجزائري توالت ردود الفعل على هذا القانون وتوالت الانتقادات ولا زالت إلى حدّ الآن، حيث قيل عنه الكثير، سواء في الجوانب الإيجابية للمؤيدين أو الجوانب السلبية التي يراها بعض المعارضين لهذا القانون. كما أن الجوانب التطبيقية لهذا القانون أظهرت في الحقيقة العديد من النقائص بسبب سوء الصياغة القانونية، كما أظهرت البعض من التناقضات في النصوص والأحكام الشرعية، ممّا أدّى إلى بالمهتمّين بمسائل الأسرة إلى المطالبة بمراجعة هذا القانون بإعادة صياغة نصوصه بما يحقّق الانسجام بين الجوانب القانونية والجوانب الشرعية. ولأن المصطلح الشرعي له دلالاته والمصطلح القانوني له دلالاته أيضا لا بد من إيجاد صيغة توفّق بين المصطلحين معا.

سابعا: ومن هنا ظهرت الحاجة إلى المطالبة بتعديل هذه النصوص حتى يكون

القانون أكثر انسجاما تراعى فيه الجوانب القانونية والشرعية وبأخذ في الحسبان التطورات الحاصلة في المجتمع من الجانب العلمي والاقتصادي والاجتماعي تحقيقا لمصلحة الأسرة والمجتمع.

ثامنا: إن تعديل قانون الأسرة لا يعتبر بدعة من المشرّعالجزائري ، بل يجب أن ينظر إلى هذا القانون على أنه كباقي القوانين الأخرى في المجتمع، والتي خضعت كلّها للتعديل في العديد من المرّات، وينبغي وضع قانون الأسرة في هذا السياق أيضا. لأن الهدف من التعديل هو تحسين القانون وتصحيح الأخطاء التي حدثت من المشرّع، وكذا مواجهة المسائل المستجدة ومعالجتها شريطة أن توكل هذه المهمة إلى أهل التخصص.وبالفعل فقد استجاب المشرّع الجزائري إلى هذه المطالبة وقام بتعديل قانون الأسرة من خلال الأمر رقم 02-05 المؤرّخ في 18 محرّم عام 1426 هجري الموافق ل 27 فيفري 2005 والموافق بقانون رقم 09-05 المؤرّخ في 25 ربيع الأوّل عام 1426 هجري الموافق ل 04 ماي 2005. وكنا نتمنى أن يحال مشروع التعديل على المناقشة والإثراء من خلال الهيئة التشريعية، غير أن ذلك لم يتمّ وصدر بأمر رئاسي، ثمّ أحيل إلى البرلمان وتمّت المصادقة عليه.

## الفصل الأول : نظرية عقد الزواج

عقد الزواج من العقود الخاصة والمهمة وذات الأثر ليس فقط على طرفي العلاقة المتعاقدين بل وحتى على الغير ، لذلك فإن له طبيعة العقد الا أنه يختلف عن العقود المبرمة في إطار القانون المدني لأنه لا يعالج معاملة مادية محضة إنما موضوعه علاقة إنسانية . كما أنه يفترض فيه الدوام والبقاء مادام الزوجان على قيد الحياة .

وقد اختص قانون الأسرة عقد الزواج بأحكام خاصة تضمنتها المواد من 4 الى 35 من منه في الباب الأول من الكتاب الأول من هذا القانون.

وقد خصصت الفصل الأول من هذه المحاضرات لتفصيل إبرام عقد الزواج وإثباته وتسجيله والآثار المترتبة عنه .

## المبحث الأول : الزواج مقدماته وإنعقاد

خصص المشرع الجزائري الكتاب الأول من قانون الأسرة للزواج وإنحلاله ولذلك فإن المحور الأول من هذه الدراسة يتناول الزواج كعقد خاص له أركان وشروط تختلف عن باقي العقود التي تعرض لها المشرع الجزائري بالإضافة الى مقومات هذا العقد وأثاره المادية وغير المادية التي تسري على المتعاقدين وهما الزوجين وعلى غيرهما وقبل ذلك كله لابد من التعرض لمقدمة الزواج وهي الخطبة والتي تناولها المشرع في 4-5-6 من قانون الأسرة وذلك على نحو من التفصيل .

الزواج في اللغة هو الازدواج والاقتران والارتباط، يقال زوج الشيء بالشيء وزوجه إليه، ويقال تزوج القوم أي تزوج بعضهم بعضاً<sup>14</sup>، ويقول الله تعالى " وزوجناهم بحور عين " ، كما يمكن استعمال مصطلح النكاح في معنى الزواج وقد استعمله القرآن الكريم في عدة آيات منها: " انكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع. " ، كما أن النكاح يطلق في اللغة على الوطأ وعلى العقد

أما في الاصطلاح فالزواج والنكاح كلمتين مترادفتين والمقصود بهما عند بعض الفقهاء عقد يفيد ملك المتعة قصداً وهو كذلك العقد الذي يعطي لكل واحد من الرجل والمرأة حق الاستمتاع بالآخر مدى الحياة على الوجه المشروع، ولكن ما يلاحظ على هذه التعاريف هو أنها جعلت من الاستمتاع الهدف الوحيد من عقد الزواج ومن ثم فهي غير كاملة متكاملة لأن الاستمتاع هدف من أهداف الزواج ولكن تشاطره في ذلك أهداف أخرى وربما أسمى منها كالنسل وتكوين أسرة ، والمحافظة على الأنساب .

هذه التعاريف ناقصة لذلك عرفه الفقه على أنه: عقد يفيد حق العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما ويحدد ما لكليهما ماله من حقوق وما عليه من واجبات، وفي هذا الإطار عرفت المادة 4 من قانون الأسرة الزواج على أنه: " عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب. " غير أنه يؤخذ على هذا التعريف بأنه ناقص لأن المشرع قد استعان بذكر غايتهم أي أهدافهم لتحديد معناه، كذلك ما يعاب على المشرع أنه جعل عقد الزواج كسائر العقود الأخرى بقوله عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، لذلك كان على المشرع أن يستغني عن تعريف عقد الزواج لأن دور المشرع يتجلى في تبيان الأحكام أما التعاريف يختص بها الفقه لذلك نعرف عقد الزواج على أنه عقد يتم بين رجل وامرأة تحل له شرعا وبمقتضاه تنشأ بينهما علاقة أسرية يحدد

14- الفيروزي أبادي، القاموس المحيط، ج1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، طبعة 8، 2005، ص 80.

القانون أركانها وشروطها وآثارها .  
فالأسرة هي اللبنة الأولى في بناء المجتمع إذا صلحت صلح المجتمع وإذا فسدت  
فسد المجتمع، ولا يمكن تكوين هذه الأسرة إلا عن طريق حفظ الأنساب من  
الاختلاط حيث دعت الشريعة الإسلامية أن نسب كل شخص إلى أبيه، وإلا ساءت  
أحوالهم وشاعت الفاحشة واختلطت أنسابهم وعمت الفوضى وإنهار المجتمع. ما  
يحقق راحة الرجل والمرأة، ففي الزواج يجد كل من الزوجين الأُنس بصاحبه  
والاستراحة إليه والاستعانة به.

### المطلب الأول : المقدمة القبلية لإبرام عقد الزواج- الخطبة-

ونظرا لما لعقد الزواج من أهمية فمن المستحب أن تسبقه مقدمة وهي الخطبة  
ليكون كل منالمتعاقدين على بينة من أمر الطرف الآخر فما هي الخطبة وما  
أحكامها وماهي الآثار المترتبة عنها؟

### الفرع الأول: تعريف الخطبة في اللغة والاصطلاح والقانون

الخطبة بكسر الخاء هي طلب الرجل التزوج بامرأة معينة خالية من الموانع<sup>15</sup>  
وقد يكون الطلب من الخاطب شخصيا أو ممن ينوب عنه، والحكمة من الخطبة  
هو السماح لكلا الطرفين التعرف على الطرف الآخر و تكاد تتطابق معاني الخطبة  
في أصلها اللغوي ومعناها في الاصطلاح الشرعي والمفهوم القانوني.

1\_ الخطبة في اللغة:الخطبة مصدر خَطَبَ، يقال: خطب المرأة يخطبها خطبًا  
وخطبة، بكسر الخاء؛ أي طلبها للزواج.

ويقال: خطبها إلى أهلها، طلبها منهم للزواج، والعرب تقول: فلان خطبُ فلانة، إذا  
كان يخطبها<sup>16</sup>.

2\_ الخطبة في الاصطلاح:عرف فقهاء الشريعة الإسلامية قديما وحديثا الخطبة  
بتعريفات عديدة، منها:

أ\_ في الفقه القديم:

ما جاء في تعريفها عند الحنفية، الذين عرفوها بأنها: " طلب التزوج" .

<sup>15</sup>- إبراهيم مصطفى ، أحمد الزيات- حامد عبد القادر – محمد النجار مجمع اللغة العربية بالقاهرة ، المعجم الوسيط، دار الدعوة، ج 1، ص 243.  
<sup>16</sup>-ابن منظور ، لسان العرب، ج1 فصل الخاء ، دار صادر ، بيروت ط1414، 3، ص 360-361.

وعرفها المالكية بأنها: "استدعاء النكاح"، أو هي "التماس التزويج والمحاولة عليه صريحا مثل أن يقول: فلان يخطب فلانة أو غير صريح كيريد الاتصال بكم والدخول في زمرتكم"<sup>17</sup>.

وعرفها الشافعية، فقالوا أنها: "التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة".

وأما الحنابلة فذهبوا إلى تعريفها بأنها: "خطبة الرجل المرأة لينكحها".

ب\_ في الفقه الحديث:

عرف الفقهاء المعاصرون الخطبة بتعاريف متباينة في بعض الألفاظ والعبارات، ومتفقة في المعنى والمدلول تتقارب جميعها لما جاء في تعريفات الفقهاء الأقدمين، إذ عرفها الشيخ محمد أبو زهرة بقوله: "هي طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج بها، والتقدم إليها أو إلى نويها ببيان حاله ومفاوضتهم في أمر العقد ومطالبه ومطالبهم بشأنه".

وعرفها الدكتور وهبة الزحيلي بقوله: "هي إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة وإعلام المرأة أو وليها بذلك، وقد يتم هذا الإعلام مباشرة من الخاطب أو بواسطة أهله، فإن وافقت المخطوبة أو أهلها، فقد تمت الخطبة بينهما وترتبت عليها أحكامها وآثارها الشرعية"<sup>18</sup>.

وفي هذا الإطار قد أجازت الشريعة الإسلامية للرجل وكذا المرأة النظر لكل منهما للآخر والاجتماع بينهما ولكن في حدود ما تبيحه الشريعة الإسلامية، وقد أجاز الفقه الإسلامي النظر بالنسبة للرجل إلى الوجه والكفين فقط لمن يرغب في التزوج بها، وفي هذا الإطار المرأة أولى من الرجل في أن تطلع على أخلاقه وميوله حتى يكون عرض الزواج مبني على أسس متينة بل أن حقها في فك الرابطة الزوجية مقيد بأسباب معينة خلافا للرجل الذي تكون بيده دائما العصمة وفي نفس السياق فإنه لا يجوز الخلوة بين الرجل والمرأة فهي محرمة شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم "من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يخلون بامرأة ليس معها ذو محرم منها فإن ثالثهما الشيطان" كما أنه يجوز شرعا أن تتقدم المرأة بخطبة الرجل

### 3\_ تعريف الخطبة في قانون الأسرة الجزائري:

<sup>17</sup>- الشريبي، مغني المحتاج الى معرفة معاني المنهاج، ج4، دار الكتب العلمية، ط1، 1994، ص 219.  
<sup>18</sup>- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، دار الفكر، دمشق، ط4، ص 6492.

اعتبر المشرع الجزائري في الفقرة 01 من المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري الخطبة على أنها: "الخطبة وعد بالزواج"، والحقيقة أن المشرع لم يقيم بتعريف الخطبة، وإنما اقتصر على بيان طبيعتها القانونية بأنها وعد بالزواج لا يعدو أن يكون مجرد اتفاق تمهيدي يفيد برغبة الطرفين في التواعد على إبرام عقد الزواج مستقبلاً، كما يجيز لكل منهما العدول عن هذا الوعد متى أراد ذلك.

وهو ما سارت عليه المحكمة العليا كذلك، حيث جاء في قرار لها أنه: "من المقرر شرعاً وقانوناً أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها". كما قضت في قرار آخر بأنه: "من المقرر أن الخطبة مقدمة للزواج وليست زواجا".

فالخطبة إذن ليست إلا مقدمة لعقد الزواج وهي إجراء أولي يمر به المتعاقدين ليضطلع كل منهما على ما يسمح له بإختيار شريك حياته نظراً لما لعقد الزواج من أثر على حياة الفرد والمجتمع ، وقد أفرد لها المشرع ثلاث

### الفرع الثاني : شروط صحة الخطبة

مادام أن الخطبة هي مقدمة من مقدمات الزواج فإنه يشترط في المرأة أن لا تكون من المحرمات على الخاطب أي لا يكون مانع من موانع الزواج في أحد الطرفين ومن ثم يشترط في المرأة أن لا تكون:

من إحدى محارمه من النسب أو الرضاعة أو المصاهرة. موانع مؤبدة وأن لا يكون بها مانع من الموانع المؤقتة، كالمحصنة المتزوجة لأن خطبتها فيها اعتداء على حق الغير ولا غير المسلم بالنسبة للمسلمة ولا المعتدة من طلاق رجعي، وهذه الأخيرة لا يجوز خطبتها بطريق التصريح ولا التعريض لأن زوجيتها لا زالت قائمة وحق الزوج في إرجاعها لا زال كذلك قائماً. وقد اختلفت الآراء الفقهية في هذا الشأن حيث يرى الحنفية أنه لا يجوز خطبتها لا تصريحاً ولا تعريضاً، بينما يرى جمهور الفقهاء بإجازة خطبتها تعريضاً لانقطاع الزوجية بالطلاق.

أما المعتدة من وفاة، وهي المرأة التي توفي عنها زوجها وأصبحت معتدة بعدة الوفاة وهي 04 أشهر و10 أيام فهذه لا يجوز خطبتها تصريحاً أما التعريض فأجازه الفقهاء مع عدم تزوجها إلا بعد إنقضاء عدتها .

في حين مخطوبة الغير، حسب القاعدة العامة لا يجوز للشخص أن يتقدم بخطبة امرأة مخطوبة لشخص آخر لقوله صلى الله عليه وسلم " لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبته" ولقوله أيضاً " لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك"

## -حكم زواج المخطوبة:-

وهي المرأة التي وافقت على خطبتها الأولى وتقدم شخص ثان لخطبتها وتزوجت منه.

ما حكم هذا الزواج؟ هل هو زواج صحيح أم يصطدم بمانع؟

لقد تضاربت الآراء الفقهية إلى ثلاث اتجاهات:

الاتجاه الأول: ذهب إليه جمهور الفقهاء فقالوا أن خطبة الرجل على خطبة أخيه ليست لها أي تأثير على العقد ففي هذه الحالة الزواج صحيح من الناحية القضائية غير أن العقوبة فيه أخروية.

الاتجاه الثاني: ذهب إليه الظاهرية وقالوا أن الزواج باطل ويجب فسخه سواء دخل بها أو لم يدخل بها لأن الحديث الذي نهى عن خطبة امرأة الغير هو صحيح فلا يحتاج إلى تأويل آخر.

الاتجاه الثالث: ذهب إليه المالكية فقالوا أنه يجب التفرقة بين الدخول وعدمه فإن تم الدخول فالزواج صحيح ولا يمكن فسخه نظرا لما يترتب عليه من أضرار أما إذا لم يتبعه دخول فالعقد باطل.

وتنص المادة 05 ق.أ. على أن: "الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عنها... " وعليه فإن المخطوبة التي وافقت على خطبتها من شخص ثاني وتزوجت به تكون بمجرد موافقتها على الخطبة الثانية قد عدلت على خطبتها الأولى لأن العدول حق من حقوقها ومن ثم فإن زواجها مع الشخص الثاني صحيح دخل بها أو لم يدخل بها. ويلاحظ هنا المشرع الجزائري أخذ بجمهور الفقهاء ويشترط إلى جانب ذلك أن تتم الخطبة عن تراضي الطرفين أي الإيجاب من قبل أحدهما والقبول من الطرف الآخر، ويشترط في الرضا أن لا يكون معيبا لعيب من عيوب الإرادة كالغلط والإكراه والتدليس.

غير أن ما يجعل الخطبة تختلف عن عقد الزواج هو أن المشرع لم يحدد سنا معينة للخاطبين بحيث قد اكتفى بالتنصيص في المادة 07 من قانون الأسرة على أن أهلية الزواج بالنسبة للطرفين هي 19 سنة ومن ثم لنا أن نتساءل عما إذا كانت هذه السن هي ذاتها قد اشترطها المشرع بالنسبة للطرفين محل الخطبة؟ للإجابة عن هذا السؤال فإن المشرع في المادة 05 و المادة 6 منه المنظمتين لأحكام الخطبة لم ينص على تحديد سن معينة للخطبة ولكن نظرا للعادات السائدة في المجتمع الجزائري غالبا، بل في كل الأحيان فإن الخطبة تسبق عقد الزواج وأن هذا الأخير لا يتم إبرامه إلا بعد مرور مدة معينة من الزمن ولذلك فإن سن الخاطبين يكون أقل من السن التي اشترطها المشرع بالنسبة للطرفين المقبلين على الزواج، وعليه فإنه من المستحسن أن لا تكون هذه السن أقل من 17 سنة بالنسبة للفتاة و18 سنة بالنسبة للفتى وإلا سيوافق أحدهما عند عدم توافر هذه السن على علاقة غير

قادرين على تنبؤ تكاليفها، كما أنه لم يشترط المشرع شكلاً معيناً لإتمام الخطبة إذ أنه قد اعتمد على مبدأ الرضائية الصادر من كلا الطرفين أو ممن ينوب عنهما

### الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للخطبة:

إذا تمت الخطبة وأدى ذلك إلى إبرام عقد الزواج فهنا لا يثور أي إشكال، بينما إذا لم تنتهي هذه العلاقة إلى إبرام عقد الزواج فإنه من هذا الجانب لنا أن نتساءل عن الطبيعة القانونية للخطبة هل تعد عقد أم وعد بالعقد؟ وإذا كيفناه وعدا بالعقد مثلاً هل تأخذ ذات الحكم المتعلق بالوعد بالعقد المنصوص عليه في القانون المدني؟

تنص م 1/05 ق.أ على أن "الخطبة وعد بالعقد" وفي الفقرة 2 "يجوز لكلا الطرفين العدول عنها"، ومن ثم يكون قد استنبط المشرع هذا الحكم من أحكام الشريعة الإسلامية وأساس ذلك هو أن عقد الزواج يتم عن طريق الإيجاب والقبول ومنه لا يمكن أن نلزم أحد الطرفين أن يتزوج بالطرف الآخر حتى ولو كانت الخطبة قائمة، وبمعنى أدق فالوفاء بهذا الوعد يقضي أن يمضي عقد الزواج على شخص غير راض به وهذا ما يتنافى مع النظام العام وكذلك مع حرية الأشخاص في الزواج، ومن ثم فإنه لا يجوز للقاضي أن يجبر أحد الطرفين على الزواج بعقد غير راض ب<sup>19</sup>ه.

ولكن الحكمة القائمة من التفرقة بشأن الطبيعة القانونية للخطبة بين الوعد والعقد تكمن في المسؤولية أي أن المسؤولية القائمة في هذه الحالة ( حالة العدول ) هي مسؤولية تقصيرية، أي أن عبء الإثبات يقع على المضرور أي على الشخص الذي سبب له العدول ضرراً وهذا ما نصت عليه م 3/05 ق.أ ومن ثم يجب على المضرور إثبات الخطبة بأي وسيلة من وسائل الإثبات ثم بعد ذلك إثبات الضرر أي إثبات العلاقة السببية بين الخطأ الصادر عن الطرف الآخر والضرر الذي أصابه نتيجة ذلك.

### **حكم الخطبة المقترنة بالفاتحة في قانون الأسرة، هل خطبة أم زواج؟**

كانت م 06 ق.أ تنص على أنه: "إذا اقترنت الخطبة بالفاتحة تطبق بشأنها أحكام م 05 ق.أ أعلاه أي أحكام الخطبة"، ومن ثم يكون المشرع قد كيف الفاتحة على أساس أنها خطبة وليس زواج، غير أن الحكم الذي كان يتبناه المشرع في هذا الصدد لا يتماشى مع العادات والتقاليد الجزائرية إذ قد اقتبس من دول المشرق

19- محمد محدة، المرجع السابق، ص 28

العربي ومنها مصر وسوريا، أما ما هو موجود في المجتمع الجزائري فإن قراءة الفاتحة تكيف على أساس أنها زواج وذلك نظرا لاشتمالها على جميع أركان وشروط عقد الزواج إلا أن م 06 قاباً عدلت بمقتضى الأمر الصادر في 2005/02/27 وأصبحت تنص على أنه: "... غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في م 09 مكرر من هذا القانون."

### الفرع الرابع : آثار العدول عن الخطبة:

هذه الآثار تتمثل في ثلاث نقاط أساسية:

أ. حكم المهر: لقد جرت العادات في الجزائر على أن يمنح الخاطب لمخطوبته قبل إبرام عقد الزواج المهر كله أو الجزء منه وذلك من أجل تحضير بيت الزوجية. وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع لم يبين لنا ما هو حكم المهر في حالة العدول عن الخطبة؟ ولكن تنفيذا للمادة 222 قاباً قد أجمع الفقه الإسلامي على أنه يجب على المخطوبة رد المهر بأكمله سواء أكان العدول منه أو منها ومهما كان المتسبب فيه لأن المهر هو شرط من شروط صحة عقد الزواج (أو أثر من آثاره عند بعض الفقهاء) ولا دخل للخطبة فيه، ولكن ما ينبغي الإشارة إليه هو أن هذه القاعدة لا تتماشى مع العدول الذي أقيمت عليه مبادئ الشريعة الإسلامية وعليه يجب التفرقة بين الحالتين التاليتين:

\* إذا كان العدول من جهة المخطوبة: يجب عليها رد المهر كاملا وإن كانت قد بدأت بإعداد جهازها لأنها تكون راضية بالخسارة.

\* إذا كان العدول من جهة الخاطب: فمن الظلم أن تلزم المخطوبة برد مثل النقد أو قيمته وهي غالبا تتصرف في المهر بعد الخطبة من حيث شراء الثياب... الخ، لذلك إما أن ترد المهر نقدا أو جهازا حتى لا تتحمل الخسارة وفي كل ذلك ينبغي البحث عن المتسبب في العدول ف، إذا كانت المرأة تطبق عليها أحكام الحالة الأولى أما إذا كان الرجل تطبق عليه أحكام الحالة الثانية. وإذا كان هذا العدول حق مقرر لكل من الخاطب والمخطوبة من الناحية الفقهية والقانونية؛ فإنه ينبغي مراعاة الناحية الأدبية والأخلاقية في هذا العدول وما تطرحه من اعتبارات تتعلق بالشهامة والمروءة التي تحتم على الإنسان أن يحافظ على وعده ويسعى قدر الإمكان إلى عدم نقضه، وأن يراعي شعور الآخرين، وكرامة الطرف الذي ركن إليه، وغالبا ما تكون الضحية في هذا هي المرأة، فلا ينبغي أن ينقض أحدهما وعده إلا لضرورة أو حاجة شديدة.

2\_ حكم الهدايا بعد العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي:

إذا تمت الخطبة فقد يصحب ذلك أن يقدم أحد الخطيبين للآخر في فترة الخطبة هدايا سواء كانت من الخاطب أو المخطوبة، ثم يحصل العدول عن الخطبة من أحدهما أو كلاهما معاً، فما هو مصير الهدايا المقدمة من طرف أحد الخطيبين للآخر؟ هل يحق للخاطب استرداد ما أهدها، وهل للمخطوبة أن تسترد الهدايا، إن كانت قد قدمتها للخاطب؟.

وبالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي، فإن نظراً لمذاهب الفقهية في هذه المسألة متفق في الجملة على وجوب رد الهدايا، إلا أنهم اختلفوا في تفاصيل ذلك، وفيما يلي بيان لأقوالهم:

مذهب الحنفية: أجرى فقهاء الحنفية على هدايا الخطبة أحكام الهبة، وطبقوا أحكامها عليها تطبيقاً دقيقاً، فاشتراطوا لنفاذها قبضها، ومن المعلوم عند مذهب الحنفية في الهبة أن الواهب له حق الرجوع في هبته ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع أخذاً بقاعدة "جواز الرجوع في الهبة إلا لمانع"، دون النظر إلى المتسبب في الرجوع عن الخطبة سواء كان بسببه أو بسببها<sup>20</sup>.

وبناء على تطبيق أحكام الهبة على أحكام الهدايا، فإنه إذا حصل العدول عن الخطبة وكانت الهدايا المقدمة من الخاطب للمخطوبة قائمة بعينها وموجودة في يدها ولم يطرأ تغيير يمنع الرجوع فيها كخاتم أو عقد أو قماش لم يخاط، فللخاطب الحق في استردادها بعينها.

وأما إن كان ما أهدها الخاطب للمخطوبة ليس قائماً عندها على حاله، بأن تعرض لمانع الهلاك أو الاستهلاك أو التغيير بالزيادة وغيرها من موانع الرجوع في الهبة، وصورة الهلاك ضياع عقد أو خاتم أو ساعة تكسرت، وصورة الاستهلاك كقطع أكل أو ثوب لبس وبلي، وصورة الزيادة المتصلة كقماش خيط ثوبا، وغيرها، فليس للخاطب الحق في استرداد ما أهدها إليها في كل هذه الصور، ولا استرداد بدلا عنه بطلب القيمة أو المثل، لأن الهلاك والاستهلاك والزيادة في الموهوب كلها من موانع الرجوع في الهبة .

مذهب الشافعية: ذهب فقهاء الشافعية إلى التفريق في قصد الخاطب من الهدايا بعد العدول عن الخطبة بين ما دفعه للمخطوبة على سبيل الهدية والتبرع، أو لأجل

<sup>20</sup>-شوكت عليان، أحكام خطبة النكاح في الإسلام، دار الرشيد، الرياض، 1402هـ، ص 152.

الزواج بها، فقالوا أن ما كان هدية أو تبرعا، ثم وقع العدول منها أو منه فلا يسترد شيئا<sup>21</sup>.

أما إذا كان ما أهداه لها من أجل الزواج ثم وقع العدول سواء أكان العدول منهما أم كان من جهة الخاطب أم من جهة المخطوبة فإن لكل من الطرفين حق استرداد ما أهداه للطرف الآخر مطلقا.

مذهب الحنابلة: ذهب فقهاء الحنابلة إلى ترتيب حكم واحد على مصير الهدايا بعد العدول عن الخطبة، وهو عدم جواز الرجوع في الهدايا لكل من الخاطب والمخطوبة، فإذا قدم أحدهما للآخر هدية ثم حصل العدول عن الخطبة منه، فليس للطرف المعدول عنه حق استرداد ما أهداه، لأن الهدايا عندهم كالهبات، والهبة في مذهبهم لا يجوز الرجوع عنها إلا إذا كانت قبل القبض، وبما أن الهدايا تم فيها القبض بانتقالها إلى المهدي إليه فلا رجوع فيها<sup>22</sup>.

مذهب المالكية: اختلف فقهاء المالكية في مصير الهدايا المقدمة في حالة العدول عن الخطبة، معتمدين في ذلك ترتيب يقوم على تقديم الشرط أو العرف على الاجتهاد في المسألة، فكلما وجد شرط بين الطرفين ينص على رد الهدايا أو عدم ردها، أو كان هناك عرف تعارف الناس عليه، فيحتكم عندئذ إلى تنفيذ الشرط أو إعمال العرف؛ لأن العرف في حكم الشرط؛ إذ "المعروف عرفا كالمشروط شرطا".

فإذا لم يوجد شرط ولا عرف، فإن فقهاء المالكية اختلفوا في نظر المسألة على قولان، وافقهم في القول الأول مذهب الحنابلة، ووافقوا في القول الثاني مذهب الحنفية والشافعية على تفصيل لهم، كما يأتي:

القول الأول: وهو للمتقدمين من فقهاء المالكية: وهو أصل المذهب، القائل بعدم الرجوع في الهدايا مطلقا، ويستوي في ذلك أن يكون العدول من طرف الخاطب أو المخطوبة، وقولهم هذا مبني على النهي على الرجوع في الهبة، وهو ما يوافق بذلك ما ذهب إليه فقهاء الحنابلة في المسألة.

القول الثاني: وهو للمتأخرين من فقهاء المالكية: وهو الأوجه والأوفق عند المالكية والذي عليه الفتوى، إذ خالفوا فيه إعطاء هدايا الزواج حكم الهبات العامة التي لا

21- عبد الناصر العطار، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية، مكتبة وهبة، القاهرة، 1987، ص 113.  
22- حاشية الدسوقي علي، الشرح الكبير، الجزء الثاني، ص 223، عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 131.

يجوز الرجوع فيها أو يجوز، وفصلوا في ذلك بين أن يكون العدول من جهة الخاطب أو من جهة المخطوبة على النحو الآتي:

فإن كان العدول عن الخطبة من جهة الخاطب، فليس له أن يسترد شيئاً مما أهداه للمخطوبة ولو كان قائماً بحاله.

وإن كان العدول من جهة المخطوبة، فللخاطب أن يسترد كل ما أهداه من هدايا، فيأخذها بعينها إن كانت موجودة، وإن كانت هالكة أو مستهلكة، أخذ مثلها في المثليات، وقيمتها في القيميات.

وعللوا ذلك بأنه إذا كان العدول عن الخطبة من الخاطب، فإنه بذلك يكون قد ألم المخطوبة بعدوله عن خطبتها، فلا ينبغي أن يجمع عليها ألم عدوله عنها، وألم استرداد الهدايا منها، ولأن إبطال العمل تم من جانبه، فمن سعى في نقض ما تم من جهته كان سعيه مردوداً عليه.

وإذا كان العدول من جانب المخطوبة، فليس من العدل أن تأخذ شيئاً لا وجه لها فيه بعد أن ألمته بالعدول عنه، وحتى لا يجمع على الخاطب ألم العدول مع الغرم المالي بضياح ما أهداه.

وإذا كانت هذه هي نظرة المذاهب الفقهية الأربعة في حكم الهدايا المقدمة من الخاطب للمخطوبة بعد العدول عن الخطبة؛ فإنه لا فرق أيضاً في الحكم في المذاهب جميعاً فيما لو كانت الهدايا مقدمة من المخطوبة للخاطب، لأن ما قرروه من أحكام في المسألة لم يفرقوا فيها بين الهدايا المقدمة من الخاطب والهدايا المقدمة من المخطوبة، وإنما أطلقوا حكماً عاماً تخضع له هدايا الخطبة بصرف النظر عن قدمها<sup>23</sup>.

الترجيح: بعد عرض مذاهب الفقهاء، يظهر بجلاء رجحان ما ذهب إليه المالكية في قولهم الثاني الذي عليه الفتوى عندهم، والذي تميز بالتفريق بين عدول الخاطب وعدول المخطوبة، لأنه الأقرب إلى تحقيق العدالة والإنصاف، والعمل بمقتضاه يجعل الطرف المعدول عنه بمنأى دائماً عن اجتماع الألمان معاً، ألم العدول وألم فقدان الهدايا، كما أنه يتفق مع المنطق والواقع، وقد رجح هذا القول أكثر العلماء المعاصرين وشراح القانون.

3\_ حكم الهدايا بعد العدول عن الخطبة في قانون الأسرة والاجتهاد القضائي:

23- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر، بيروت، ص189.

نظم المشرع الجزائري أحكام رد واسترداد الهدايا المقدمة بين الخاطب والمخطوبة بعد عدول أحد الطرفين عن الآخر في الخطبة، حيث نصت الفقرتان 3 و4 من المادة 5 المعدلة بموجب الأمر 02/05 على ما يلي: "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.

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

يتضح من خلال هاتين الفقرتين أن المشرع الجزائري قد فرّق بين الحالة التي يكون فيها العدول من جهة الخاطب، والحالة التي يكون فيها العدول من جهة المخطوبة، كما فرّق بين ما استهلك من الهدايا وما لم يستهلك، وأضاف إمكانية الاستعاضة بقيمة الهدايا بالنسبة للهدايا الموجودة التي لم تستهلك في حال ردها من طرف العادل عن الخطبة سواء كان الخاطب أو المخطوبة، فالفقرتين المذكورتين جاءتا بحكم عام، سوى المشرع بمقتضاهما بين الطرفين.

فإذا كان العدول من جهة الخاطب، فليس له الحق في استرداد أي شيء من الهدايا التي قدمها للمخطوبة أثناء الخطبة، كما يجب عليه في هذه الحالة رد الهدايا المقدمة له من طرف المخطوبة وله الخيار في ذلك في حدود ما بقي قائماً من الهدايا دون المستهلك منها بين ردّها بعينها أو ردّ قيمتها، وإن كان العدول من جهة المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما أهداها في حدود ما بقي قائماً منها دون الهدايا المستهلكة منها، مخيرة في ذلك بين ردّها بعينها أو ردّ قيمتها.

والمتأمل في أحكام الفقرة 4 من نص المادة 5 يجد أن المشرع الجزائري قد سكت عن مصير الهدايا المقدمة من طرف المخطوبة التي كان العدول عن الخطبة من جهتها، ولا شك أنها تأخذ نفس حكم الهدايا المقدمة من طرف الخاطب العادل عن الخطبة وهو عدم الاسترداد قياساً عليه.

وتأسيساً على ما تقدم في تأصيل المسألة في الاجتهاد الفقهي وما تم تنظيمه في أحكام الفقرتين 3 و4 من المادة 5 من قانون الأسرة، يظهر بجلاء أن منهج المشرع الجزائري في صياغته القانونية للأحكام الفقهية في مسألة الهدايا يقوم على الجمع بين ما هو مقرر في المذهب المالكي ابتداءً، وما هو مقرر في المذهب الحنفي انتهاءً، دون الاعتماد على مذهب فقهي محدد في المسألة جميعاً، فأخذ من المذهب المالكي شرط استرداد الهدايا أو ردّها، وهو النظر إلى الطرف المبادر بالعدول عن الخطبة، وخالفه في ترك شرط استرداد أو رد جميع الهدايا سواء

الموجودة أو المستهلكة، واكتفى باسترداد أو ردّ الهدايا الموجودة دون المستهلكة وهو ما أخذه من المذهب الحنفي، على أنه أضاف لرأي الحنفية إمكانية التخيير للطرف العادل عن الخطبة بين ردّ ما لم يستهلك وبقي قائماً من الهدايا أو دفع قيمته نقداً.

وكان من الأفضل بالمشرع لو اختار الرجوع في حكم المسألة جميعاً إلى ما يقرره المالكية فيها على إطلاقه، ذلك أن ما قصده فقهاء المالكية من اشتراطهم على الطرف العادل عن الخطبة رد جميع ما أهدى له من الطرف المعدول عنه، هو الحرص على تحقيق العدالة بين الطرفين، بإنصاف الطرف المعدول عنه، وعدم اجتماع ألم العدول وألم ضياع الهدايا عليه، وزجر الطرف العادل عن الخطبة، وحتى يكون الطرفان على علم مسبق بأن الطرف المبادر بالعدول سيترتب على عدوله رد جميع ما قدم له من هدايا، مما يقطع باب إمكانية التحايل بين الطرفين، وخصوصاً المخطوبة بالادعاء باستهلاك الهدايا أو التصرف فيها منعاً لردها، وهو ما لم يتوخاه المشرع في هذا الشأن، فقد تطلب المخطوبة من الخاطب تقديم هدايا ذات قيمة معتبرة، ثم تقوم بالتصرف فيها بشكل صوري كالبيع أو الهبة الصوريين، ثم تعدل عن الخطبة، وعند مطالبتها برد هدايا الخاطب تدعي استهلاكها وعدم وجودها.

وفي هذا السياق أيضاً، فقد تتصرف المخطوبة في الهدايا بحسن نية، وبعقد حقيقي كالبيع، كأن تبيع هدايا الخاطب لتغطي مصاريف شراء أغراض أخرى هي بحاجة إليها.

كما أن المالكية يقولون بإعمال العرف أو الشرط إذا وجد أحدهما، وتقديمهما على رأيهم في المسألة، وهو ما لم يأخذ به المشرع في تنظيمه للمسألة.

وإرجاع هذه المسألة إلى ما هو متعارف عليه بين الناس أفضل، لأن إخضاع مصير الهدايا بعد العدول عن الخطبة للعرف الجاري بين الناس من شأنه أن ينهي بعض المشاكل التي قد تثور حول طبيعة الهدايا المقدمة من الطرفين بين اعتبارها قابلة للاستهلاك بطبيعتها أم لا، لاسيما في حالة ما إذا كانت الهدايا ذات قيمة معتبرة لا تدخل بطبيعتها في دائرة الاستهلاك كالحلي، مما يسد معه باب التحايل من الجانبين.

ومما تجدر الإشارة إليه أن هناك أمر آخر من الأهمية بمكان، وهو أن ربط استرجاع الهدايا بالعدول عن الخطبة قد يبدو من الوهلة الأولى منطقياً وسهلاً التطبيق، إلا أنه من الناحية العملية نادراً ما يتم العدول عن الخطبة بدون سبب،

والغالب أن يفترن بسبب يدفع للعدول، كأن يكتشف أحد الطرفين من أحوال الطرف الآخر ما يدعو إلى إنهاء الخطبة، ومن ذلك اكتشاف عيب من العيوب التي تحول دون إتمام إجراءات الزواج، وقد يأتي ذلك نتيجة لإبداء بعض الشروط من جانب الخاطب أو المخطوبة ووليها بعد إجراء الخطبة، كأن يطلب هذا الأخير مهرا مرتفعا أو يشترط على الخاطب إسكان زوجته في مسكن مستقل بعيد عن أهله أو انتقاله إلى بلدها، وقد تكون تلك الشروط من جانب الخاطب كأن يطلب التعجيل في عقد الزواج أو التأخير فيه أكثر من اللازم وبشكل يتعذر معه على المرأة وأهلها قبوله، فيضطرهم ذلك إلى العدول عن الخطبة.

ففي حالات كهذه وغيرها لا يمكن الاكتفاء بالنظر إلى الطرف المبادر بالعدول أولا لترتب عليه آثار عدوله عن الخطبة وفقا لمقتضيات الفقرتان 3 أو 4 حسب الحالة من المادة 5 من قانون الأسرة، بل لابد من الكشف عن سبب العدول عن الخطبة، فقد نجد أن الراغب عن الخطبة المعدول عنه هو الذي يملئ شروطا يضطر بها الطرف الآخر إلى العدول وعدم الإتمام، كما قد تكون هذه الشروط مفتعلة ومتعمدة خصوصا من طرف المخطوبة قصد تنفير الخاطب والعدول عن الخطبة من جهته حتى تتمكن من الاحتفاظ بتلك الهدايا المقدمة لها من طرف الخاطب، وعدم ردها فضلا عن استرجاع ما تم تقديمه إلى الخاطب طالما هو الطرف العادل عن الخطبة.

ولذلك فإن ما قرره المشرع الجزائري في أحكام استرداد الهدايا وردها بالنظر إلى الطرف العادل وفقا لما جاء في الفقرتين 3 و 4 من المادة 5 غير كاف، ويحتاج إلى تجاوز مجرد معرفة الطرف المبادر بالعدول إلى البحث في المتسبب فيه مع منح القضاء حق تحديد ذلك السبب.

وعلى مستوى التطبيق القضائي، وبعد استقراء قرارات المحكمة العليا في حدود ما تسنى الاطلاع عليه الصادرة في مسألة مصير الهدايا المقدمة في فترة الخطبة بعد العدول عنها من أحد الطرفين يتبين أن مسار الاجتهاد القضائي في تطبيق النص القانوني المنظم لهذه المسألة يتميز بالاستقرار والثبات على الالتزام بحرفية النص ومدلوله لصراحته ووضوحه بما لا يدع مجالاً لتفسيره تفسيراً يخرج عن مقصود المشرع وغاياته منه.

**إمكانية التعويض عن الضرر المادي والمعنوي المترتب عن العدول عن الخطبة**

من المعلوم فقها وقانونا وقضاءً\_ كما تقدم\_ أن الخطبة وجميع الأمور التي تصاحبها من فترة إعلان الخطبة إلى ما قبل إبرام عقد الزواج من تقديم الهدايا من الطرفين أو قراءة الفاتحة أو دفع المهر أو بعضه لا يغير من طبيعة الخطبة الفقهية والقانونية كونها وعدا بالزواج لم يرق إلى مرتبة العقد، ولذلك يجوز لكل واحد من الطرفين العدول عن الخطبة والرجوع عنها بمحض إرادته دون ترتيب أي تعويض ما دام قد استعمل حقه، لكن قد يترتب عن العدول عن الخطبة بعض الأضرار المادية أو المعنوية أو هما معا في بعض الأحيان، منها ما يلحق بالمخطوبة كونها قد أعدت جهازها، أو تخلت عن متابعة دراستها أو الاستقالة من وظيفتها بناء على طلب الخاطب، ومن الأضرار المعنوية استمرار الخاطب في خطبتها فيفوت الخاطب العادل عليها الخاطبين لطول مدة خطبته لها مما يقلل حظها في الزواج، وكذا ما يلحق سمعتها من الشائعات نتيجة عدوله عنها، ومنها ما يلحق بالخطب كونه قد أعد مسكن الزوجية على الشكل الذي أرادته المخطوبة، فما هو حكم هذه الأضرار؟ وهل يمكن للطرف المتضرر منهما مطالبة الطرف الآخر بالتعويض عما لحقه من ضرر مادي أو معنوي جراء عدوله؟.

أولا: موقف الفقه الإسلامي من مسألة التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة للنظر الفقهي في مسألة التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة اتجاهاً، في الفقه الإسلامي القديم، والفقه الإسلامي الحديث.

## 1\_ حكم المسألة في الفقه الإسلامي القديم:

ليس في كتب الفقهاء المسلمون القدامى من تعرض لمبدأ التعويض عن الضرر عند العدول؛ ولا نجد فقيها واحداً من فقهاء المذاهب الاجتهادية المتعددة قال بجواز التعويض عن ضرر العدول، ولعل السبب في عدم تعرض الفقهاء له يرجع لاعتبارات متعددة أهمها، اختلاف الحياة الاجتماعية والعادات في عصرهم عن عصرنا الحالي، فلم تحدث مثل هذه الأمور في زمانهم، لأن الخطبة التي رسم الإسلام طريقها، وضبط سلوك الطرفين أثناءها سواء فيما يتعلق بالرؤية، أو عدم الخلوة، أو عدم الظهور أمام الناس بمفردها، لا يترتب عن العدول عنها ضرر متى التزم الطرفان نهج هذا السلوك، أما اليوم فقد طرأت أعراف وعادات جديدة أدت إلى انحراف الناس عن سلوكهم أثناء الخطبة مما تجعل إمكانية وقوع الضرر على المخطوبة محتمل جداً من جراء هذا العدول، كطول فترة الخطبة، والاشتراط المتبادل الذي يمليه كلا من الخاطبين على الآخر، والسماح للخاطب بأن يخرج مع مخطوبته وحدها بحجة تعرف كل منهما على الآخر قبل الدخول في الحياة الزوجية مقلدين في ذلك غير المسلمين، لهذا كله لم يتعرض الفقهاء لهذا

الموضوع، أما اليوم فقد تغيرت الظروف، وتطورت الحياة الاجتماعية، نتيجة ضعف الوازع الديني وفساد الأخلاق العامة، والتأثر بالمفاهيم والعادات الغربية، كل ذلك من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار بالمخطوبة عند العدول، مما يوجب على فقهاء الشريعة ورجال القضاء التفكير في مبدأ التعويض عن أضرار العدول بعد أن كثرت وتزايدت الشكاوى الناتجة عن أنواع الأضرار التي تلحق بالخاطب أو المخطوبة، تطبيقاً لقوله صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار"، وعملاً بنظرية التعسف في استعمال الحق، فما هو رأي الفقه الحديث في مسألة التعويض عن ضرر العدول؟.

## 2\_ حكم المسألة في الفقه الإسلامي الحديث:

تعرض الفقهاء حديثاً إلى حكم المسألة واختلفوا في حكمها وتباين نظرهم على ثلاثة الآراء:

الرأي الأول: الموافق لما ذهب إليه الفقهاء القدامى، وهو القائل بمبدأ عدم التعويض مطلقاً عن الأضرار الناتجة عن العدول عن الخطبة، وممن أيّد هذا الرأي الشيخ محمد بخيت المطيعي (مفتي الديار المصرية سابقاً، ومن كبار علماء الأزهر الشريف)، والدكتور عمر سليمان الأشقر، والشيخ محمود السرطاوي.

الرأي الثاني: وهو القائل بوجوب التعويض مطلقاً، من غير تفضيل في ماهية الضرر الواقع سواء أكان مادياً أم معنوياً، وممن ذهب لذلك الشيخ محمود شلتوت \_شيخ جامع الأزهر سابقاً\_، حيث قال: "إن العدول عن الخطبة يستوجب التعويض للطرف الآخر"، ووافق هذا الرأي فتحي الدريني.

الرأي الثالث: وهو القائل بالتعويض مع التفصيل فيه، ومن أصحاب هذا الرأي: الشيخ أبو زهرة في قوله الأول، ومصطفى السباعي، ومحمد بلتاجي، وأحمد الغندور، وآخرون، وهو الرأي الذي ذهب إليه السنهوري في رأيه القانوني، ويقولون بأن مجرد العدول عن الخطبة في حد ذاته لا يكون سبباً للتعويض، لأنه حق، والحق لا يترتب عليه أي تعويض، غير أنه إذا صاحب هذا العدول أفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين، نشأت المسؤولية والتعويض عن هذا الفعل الضار المقترن بالعدول، ومن صور هذه الأفعال الضارة التغيرير بالمخطوبة بأن يطلب منها الخاطب تقديم استقالتها من وظيفتها، أو حثها على شراء جهاز البيت، وبعد ذلك يعلن عن عدوله عن خطبتها مسبباً لها ضرراً، فمثل هذه الأفعال الضارة المصاحبة للعدول هي التي أنشأت وأوجبت على الخاطب التعويض، وليس مجرد

العدول أو كما لو اغترت المخطوبة بأن قامت بتلك الأفعال الضارة من تلقاء نفسها<sup>24</sup>.

غير أن هذا الرأي بالرغم من تقريره لمبدأ التعويض المبني على الأفعال المستقلة عن العدول والضارة بالطرف المعدول عليه كما تقدم، إلا أنه انقسم عند محاولته تحديد نوع الضرر، وتحديد الشروط التي لابد من توافرها عند التعويض، فذهب الشيخ أبو زهرة في قوله الثاني إلى التفريق بين نوعي الضرر المادي والأدبي الموجب للتعويض، وقال بأن الضرر المعتبر في العدول عن الخطبة هو الضرر المادي فحسب، كونه لا يتصور الضرر الأدبي إلا في حالة الاستهواء الجنسي.

غير أن الضرر الأدبي في الواقع لا ينحصر في ذلك فقط، بل كثير منه ما يقع في حالات مباحة، كأن تكون الفتاة في سن يكثر معها الخاطبون فتختار واحدا منهم، ثم تطول فترة الخطبة لسنتين \_ كما يقع في العادة \_ ثم يعدل الخاطب عن الخطبة بعد أن قوت عليها عدد من الخاطبين الأكفاء قد يكونون أحسن مستقبلا من خطيبها الذي عدل أخيراً، وهذا ما ذهب إليه الشيخ مصطفى السباعي عندما جعل الضرر الذي يكون عنه التعويض شاملاً للضرر المادي والمعنوي، وعلى ذلك فقد قرر أن التعويض واجب بتحقق ثلاثة شروط مجتمعة:

أ \_ أن يثبت أن العدول لم يكن بسبب من المخطوبة.

ب \_ أن يكون العدول قد أضر بها مادياً أو معنوياً غير الاستهواء الجنسي.

ج \_ أن الخاطب قد أكد رغبته في الزواج من المخطوبة بما يستدل به عادة وعقلاً على تأكيد خطبته وتصميمه على إجراء عقد الزواج.

الرأي الراجح: وبعد عرض الآراء الفقهية الثلاثة في مسألة التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة، يظهر أن الرأي الثالث الذي يوفق بين الرأيين الأولين، والقائل بالتعويض عن العدول عن الخطبة متى صاحب ذلك العدول ضرراً بالطرف المعدول عنه، دون أن يجعل لمجرد العدول عن الخطبة تعويضاً، وذلك لأنه يتفق مع قواعد ومقاصد الشريعة الإسلامية في كل ما قرره، بدءاً بمراعاته لطبيعة الخطبة في التشريع الإسلامي كونها وعد غير ملزم يجوز الرجوع عنها ولو بغير مبرر في أي وقت شاءه العادل.

<sup>24</sup>- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 313-314.

ثانيا:موقف القانون والاجتهاد القضائي الأسري من مسألة التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة

نص المشرع الجزائري في الفقرة 2 من المادة 5 من قانون الأسرة على أنه:"إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض".

يتضح جليا أن المشرع الجزائري قد حسم المسألة عندما قرّر الأخذ بالرأي القائل بالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة، وربط مبدأ الحق في المطالبة بالتعويض بشرط حصول الضرر وترك الحكم بالتعويض أمرا جواريا خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي.

ويمكن القول هنا أن المشرع قد بنى حكمه هذا على ما جاء في الفقرة 1 من المادة 5 التي تقرر أن الخطبة مجرد وعد غير ملزم بالزواج يجوز للطرفين العدول عنها، ذلك أن العدول المجرد من أي فعل أو تصرف من شأنه إلحاق الضرر بأحد الطرفين هو حق ثابت للطرفين لا يجوز المطالبة بالتعويض على القيام به<sup>25</sup>.

وفي الحقيقة، فإن مجرد العدول عن الخطبة لا بد أن يصاحبه ضرر ما، ولو من باب الخدش في الشعور، إلا أنه ولطبيعة الخطبة كونها وعدا غير ملزم يعلم كل طرف فيها مسبقا بحقه في العدول عنها كما قرره الشرع والقانون، لا يتم التعويض عن هذا الضرر، لأنه من الأضرار المألوفة والمتصلة بالخطبة.

غير أنه إذا صاحب العدول عن الخطبة أفعالا أو أقوالا خاطئة في ذاتها ومستقلة استقلالاً تاماً، أو نتجت عنه ظروف أخرى مستقلة ومنسوبة لأحد الطرفين، وألحقت ضررا ماديا أو معنويا للطرف الآخر جاز الحكم بالتعويض.

كما أن الناظر لصياغة نص الفقرة 2 من المادة 5 يلاحظ أنها قد صيغت بشكل عام ومطلق وغير دقيق، ذلك أن المشرع لم يفرق بين الجواز والوجوب في المطالبة بالتعويض وربط مسألة التعويض كلها بالسلطة التقديرية للقاضي، ومعلوم أن النص يقصد القضاء هنا بقوله:" جاز الحكم له"، فمتى ترتب الضرر انتفى الجواز من طرف القضاء في الحكم بالتعويض عنه ليصبح الأمر وجوبيا متى طلبه الطرف المتضرر وأثبت الضرر للقاضي بالمبررات المقنعة، أما إذا حافظ النص على الصياغة الحالية بلفظ الجواز، فلا بد أن يربط مسألة المطالبة بالتعويض للطرف المتضرر من العدول بالطرف المتضرر نفسه وليس بالقضاء على النحو

<sup>25</sup>- محمد محدة ، المرجع السابق ، ص 37.

الآتي: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز للطرف المتضرر أن يطالب بالتعويض"<sup>26</sup>.

وهذا ما راعته التشريعات العربية التي قررت مبدأ التعويض عن العدول عن الخطبة كالتشريع المغربي والتشريع الإماراتي.

ويمكن تأصيل مسألة التعويض بالبحث عن الأساس الفقهي والقانوني الذي اختاره المشرع الجزائري في صياغة نص هذه الفقرة على هذا النحو، هو الرأي الفقهي الذي قرر مبدأ التعويض مع التفصيل، المؤسس على ما استقر عليه القضاء المصري في أحكامه التي قضت بجواز التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة، وهي المبادئ التي سردها الأستاذ السنهوري، وهي:

1\_ الخطبة ليست بعقد ملزم.

2\_ مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجبا للتعويض.

3\_ إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضررا بأحد الخطيبين، جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

ولقد أحسن المشرع الجزائري صنعا بهذا الاختيار الذي يتفق مع روح الشريعة الإسلامية وقواعدها كما أنه اختيار يتماشى مع الواقع الجزائري المتجدد، نظرا لما وصلت إليه الحياة الاجتماعية في المجتمع الجزائري، والتطور الحاصل على صعيد العلاقات الخاصة والممارسات الجديدة بين الخاطبين كالاشتراط المتبادل في فترة الخطبة، والتأخير فيها، مما تؤدي إلى نشوء المسؤولية لما تنتجه من أضرار مباشرة للطرف الآخر وجب التصدي لها بإقرار مبدأ التعويض على المتسبب فيها على أساس المسؤولية التقصيرية أو على أساس التعسف في استعمال حق العدول على نحو أضر بالمعدول عنه.

وبالرجوع إلى التطبيق القضائي في المسألة نجد أن الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا تتسم بطابع الاستقرار على تطبيق ما جاء في نص الفقرة 2 من المادة 5، وبالرغم من أن النص القانوني لم يبين الأساس الذي يعتمد عليه للحكم بالتعويض، إلا أنه يبدو أن القرارات القضائية للمحكمة العليا قد كوّنت التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية. إذ أنه لا يجوز الحكم بالتعويض في حالة العدول عن الخطبة لأن هذه الأخيرة هي وعد بالزواج ولا تحتوي على عنصر الإلزامية وأن

<sup>26</sup>- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 316-317.

العادل يكون قد مارس حقا من حقوقه المخولة له شرعا فلا تضمن عليه، إنما يكون التعويض عما صاحب العدول من أفعال هي في حد ذاتها تعتبر خطأ يستحق التعويض.

## المبحث الثاني : عقد الزواج

بعد استكمال الرجل والمرأة مرحلة مقدمات عقد الزواج بتمام إجراءات ومراحل الخطبة على النحو الذي حددته قواعد الشريعة الإسلامية، تأتي مرحلة إدخال تلك المقدمات إلى مرحلة الإنشاء والتنفيذ والتأسيس للعقد الشرعي الصحيح، الذي لا يقوم مرتبا للآثار الشرعية إلا بتوفر مقوماته المتمثلة في أركانه وشروطه، هذه المقومات التي كانت محل خلاف بين فقهاء الإسلام في تحديد طبيعتها ووصفها الشرعي وكذا في تعدادها بين من يجعل من الرضا أو الصيغة ركنا وحيدا لعقد الزواج، وبين من لا يكتفي به ركنا وحيدا، ويضيف له أركانا أخرى لا ينعقد الزواج إلا بوجودها.

ولقد ترتب على هذا الخلاف الفقهي الكبير اختلافا في تناول التشريعي في تحديد أركان وشروط عقد الزواج في التشريعات العربية للأحوال الشخصية بصفة عامة، والتشريع الأسري الجزائري بصفة خاصة، وبالرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة لأركان وشروط عقد الزواج نجد أن المشرع الجزائري قد اختار الاقتصار على ركن وحيد، وهو الرضا وفقا لنص المادة 9 منه، واعتبر باقي الأركان شروطا لعقد الزواج وفقا لنص المادة 9 مكرر.

## المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعقد الزواج

إختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للزواج فمنهم من إعتبره عقد ومنهم من قال بأنه مجرد إتفاق هذا من جهة ومن جهة أخرى أنفسهم الذين إعتبروا الزواج بأنه عقد بين من يقول بأنه عقد مدني وبين من يقول بأنه عقد ديني وكذا إنقسموا أيضا حول طبيعة هذا العقد هل هو رضائي أم شكلي

للتعرف على الطبيعة القانونية الصحيحة لعقد الزواج يجب أن نعرض للطبيعة القانونية للعقود بحسب موضوعها أو محلها حتى نكيف عقد الزواج إما وفقا لنظرية العقود وإما أن يخرج عقد الزواج بطبيعته الخاصة والفريدة عن دائرة النظرية العامة للعقود.

فالعقود وفق موضوعها تكون عقودا مدنية أو تجارية أو عقودا إدارية أو عقد دولة أو غيرها، كأن يكون عقد بيع أو عقد إنشاء شركة أو عقد هبة وتصرفات فردية أو من عقود الخدمات أو تبادل الخدمات أو عقود الوكالة أو عقود التنازل عن الحق بغير أن عوض كعقد الهبة أو غيرها من التبرعات، هذه النقاط سنتعرض لها كمايلي:

### الفرع الأول: الزواج عقد أم مجرد إتفاق

عقد الزواج لا يمكن أن يكون عقد خدمات أو تبادل خدمات أو عقدا للعيش المشترك والمعاشرة وليس عقد تشغيل أو عقد عمل وتبادل منافع أو عقد شركة. ومعنى ذلك أن محل العقد في القانون لا يصلح لتكييف عقد الزواج لأن عقد الزواج هو اتفاق بين طرفين الأول هو الزوج والطرف الثاني الزوجة أو وكيلها أو وليها في حالة الولاية الطبيعية لأنها ولاية على النفس من نوع خاص، لأنه في حالة الولاية على النفس يمكن أن تكون الولاية قضائية وتمتتع الولاية القضائية في عقد الزواج.

كما يشترط عقد الزواج شروطا للصحة حتى يقوم العقد ولا يمكن اعتبار المهر أو الصداق كما سوف يأتي تفصيله لاحقا مقابل أي شيء في العقد لأنه شرط من شروط صحة عقد الزواج وليس التزاما للزوج مقابل التزام الزوجة ومؤخر الصداق يقدم في التركات على كل المستحقات. من ناحية أخرى فإن عقد الزواج يحل حراما وهو العلاقة الحميمة بين المرأة والرجل ويقدم إطارا لهذه العلاقة بحيث يكون ناتج الزواج من أبناء منسوبا إلى الزوج مادام العقد قائما مصداقا لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش" لذلك فإن هذا العقد بالذات الذي يحل علاقة محرمة أصلا عبّر عنها القرآن بأن الله هو الذي أحل هذه العلاقة، أي نقلها إلى نطاق الحلال المرغوب فيه، ثم حصن الله هذه العلاقة حتى تكون محببة بقوله تعالى وجعل بينكم مودة ورحمة لإحصان بين الزوجين وبذلك دعم القرآن الكريم الإطار النفسي لهذه العلاقة.

فإذا كان الرجل قد استحل بهذا العقد العلاقة الخاصة بامرأة بعينها بكلمة الله لحديث شريف، فإن القرآن قد أشار إلى أنها هي العلاقة الوحيدة التي تحتل أسرارها لا يجوز البوح بها ولو على سبيل الشكوى، حيث طلب القرآن من الزوجين إذا انحل

العقد لأي سبب أن يتذكرا أنه قد أفضى بعضكم إلى بعض وتوجيه القرآن لهما "ولا تنسوا الفضل بينكم". هذه الإشارة اللطيفة توجه للزوجين إلى عدم اللدد في الخصومة.

كذلك خير القرآن الكريم الزوج وهو القيم في هذا الأمر باعتباره الطرف الذي بادر بالتعهد، وهو الطرف الذي له حق حل عقدة النكاح فأوصاه الله بأن يكون إنساناً وألا يخضع لشيطانه عند الغضب والعداوة فأمره بأحد أمرين: إما أن يمسك بمعروف وإما أن يسرح المرأة بإحسان. والإمسك بالمعروف يعني أن يبقى عليها وأن يحسن معاملتها ليس مناً منه وإنما تنفيذاً لأمر الله بذلك حتى يصلح أسرته بهذا الخلق. وأما التسريح بإحسان فيعني عدم التعنت معها والكيد لها وألا يجادل فيما تطالب به وألا يتحول الخلاف بينهما إلى صراع يخرج عن جميع الحدود. تلك هي الخصوصية التي تميز عقد الزواج هي التي تكيف طبيعته القانونية بحيث تجعله على وشك الإفلات من نظرية العقود في القانون. ففي هذا العقد لا بد من وجود الشهود ولكن الله هو الشاهد على إنشاء هذا العقد وهي خاصية ليست متوافرة في العقود الأخرى. فهو عقد لإنشاء حياة وليس لإنشاء شركة، عقد لإنشاء حياة صالحة لتكاثر النسل واستمرار البشرية وإنشاء المجتمع. وهذا هو السبب في إحاطة القرآن لهذا العقد بالذات بهذا القدر من التكريم والرعاية.

فالطبيعة القانونية لعقد الزواج لا تخرج عن كونها عقد على ما نص عليه قانون الأسرة في أكثر من موضع، ومع ذلك هناك إشكالات تثار بشأن عقدية الزواج نظراً لكون المحل فيه ليس مالاً، كما أن ترده بين كونه عقداً أو نظاماً هو أيضاً إشكال آخر وارد ومثار، كما أن هنالك مسائل أخرى في عقد الزواج كانت ولا تزال محل جدل ونقاش بين فقهاء القانون المدني فيما يتعلق بتكييف عقد الزواج عند مقارنته بالعقود المدنية، ولكن المشكلة الأهم والتي ترد في مقدمة ما سبقت الإشارة إليه هي أن القانون المدني ليس القانون الوحيد المنظم للعقود، لذا فإن تكملة القواعد الخاصة لعقد الزواج في قانون الأسرة بالقواعد العامة للعقد في القانون المدني لا تخلو من إشكال، لبيان المقصود من الطبيعة القانونية لعقد الزواج وللخطبة في الزواج باعتبارها وعداً بالزواج وقربها مما هو معروف في القانون المدني بالوعد بالتعاقد.

قبل التطرق إلى ما ذهب إليه المشرع الجزائري نخرج قليلاً على ما ذهب إليه الفقه، فيذهب البعض منه إلى اعتبار الزواج مجرد إتفاق ولا يرقى لأن يكون عقداً ومن بين الذين يقولون بهذا الرأي الأستاذ السنهوري الذي يقول: "بأنه يجدر أن لا تدعى هذه الإتفاقات عقود، وإن وقعت في نطاق القانون الخاص لأنها

تخرج عن دائرة المعاملات المالية<sup>27</sup>، في حين يرد أصحاب الإتجاه الذين يعتبرون الزواج بأنه عقد لما له من مواصفات العقد فهو تصرف إرادي ويرتب إلتزامات .

ولقد فصل المشرع الجزائري في الطبيعة القانونية للزواج وذهب إلى إعتبره عقد وهو ما جسّد في المادة الرابعة من قانون الأسرة بحيث تنص " الزواج هو عقد يتم بين رجل وإمرأة على الوجه الشرعي... " وهو الموقف المرجح لأنه بالزواج تنشأ الأسر و المجتمعات فكيف لا يرقى إلى عقد.

### الفرع الثاني: الزواج عقد مدني أم ديني أم هو ذو طبيعة أخرى

ذهب بعض من الفقه إلى إعتبر عقد الزواج عقد مدني وإستندوا فيما ذهبوا إليه إلى أن القانون المنظم للأحوال الشخصية هو فرع من القوانين الوضعية ومنهم من يذهب إلى أن الزواج أو النكاح كما يسمى في الشرع عقد مدني لفظي أو خطي بين رجل وإمرأة بالغين راشدين يحفظان به عفافهما وصلاهما ثم تنشأ منه الأسرة ويذهب البعض إلى إعتبر عقد الزواج عقد ديني يخضع للأحكام الدينية مستدلين على أن القانون المدني ينظم المعاملات المالية فقط أما عقد الزواج فيخضع للأحكام الدينية و هناك من ذهب إلى إعتبره عقد مدني ذو طبيعة خاصة لإحتوائه على قدسية معينة في حين نجد من إعتبره بأنه ذو طابع شرعي لورود النصوص الشرعية الواصفة والمحددة له ولكيفية إبرامه ولكن لم تشتت طقوس معينة مثلا كحضور رجل الدين وبالرجوع إلى نص المادة الرابعة من قانون الأسرة التي عرفت عقد الزواج حددت طبيعته بأنه عقد شرعي<sup>28</sup>.

### الفرع الثالث: عقد الزواج بين الرضائية والشكلية

ذهب البعض إلى إعتبر عقد الزواج بأنه عقد رضائي بإعتبار أن أساسه هو رضا في حين ذهب أغلب الفقهاء إلى إعتبره عقد شكلي لما يشترط فيه من حضور الشهود واشتراط الولي أثناء إبرام عقد الزواج وهذين الشرطين يعتبر أن شرطين شكليين وهذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري القديم ويعتبر هذا الرأي الذي يقول بأن عقد الزواج عقد شكلي صائب لأنه إضافة إلى الشرطين السابقين أضاف المشرع شروط إدارية وتنظيمية لكي يرتب عقد الزواج آثاره<sup>29</sup>. ولا يمكن

<sup>27</sup>-محمد محده ، الخطبة والزواج ، الطبعة الثانية ، 2000 ، ص 10

<sup>28</sup>Ghaouti Ben Melha Le Droit Algerien De La Famille Office Des Publications  
Univerrsitaires 07-1993 page 48

<sup>29</sup>محمد محده - المرجع السابق، ص 110

بأي حال من الأحوال الوصول الى طبيعة عقد الزواج الا بالتعرض الى أركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفها حتى تتمكن من تصنيف عقد الزواج ضمن نظرية العقود المدنية أو أنه يخرج من دائرتها العامة .

### المبحث الثاني : أركان عقد الزواج وشروطه

بعد استكمال الرجل والمرأة مرحلة مقدمات عقد الزواج بتمام إجراءات ومراحل الخطبة على النحو الذي حددته قواعد الشريعة الإسلامية، تأتي مرحلة إدخال تلك المقدمات في اطارها الشرعي والقانوني أي إلى مرحلة الإنشاء والتنفيذ والتأسيس للعقد الشرعي الصحيح، الذي لا يقوم مرتبا للآثار الشرعية إلا بتوفر مقوماته المتمثلة في أركانه وشروطه، هذه المقومات التي كانت محل خلاف بين فقهاء الإسلام في تحديد طبيعتها ووصفها الشرعي وكذا في تعدادها بين من يجعل من الرضا أو الصيغة ركنا وحيدا لعقد الزواج، وبين من لا يكتفي به ركنا وحيدا، ويضيف له أركانا أخرى لا ينعقد الزواج إلا بوجودها.

ولقد ترتب على هذا الخلاف الفقهي الكبير اختلافا في تناول التشريعي في تحديد أركان وشروط عقد الزواج في التشريعات العربية للأحوال الشخصية بصفة عامة، والتشريع الأسري الجزائري بصفة خاصة، وبالرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة لأركان وشروط عقد الزواج نجد أن المشرع الجزائري قد اختار الاقتصار على ركنين هما الرضا واختلاف الجنسين وفقا لنص المادة 9 منه، واعتبر باقي الأركان شروطا لعقد الزواج وفقا لنص المادة 9 مكرر.

### المطلب الأول : أركان عقد الزواج

يقوم الزواج على ركنين أساسيين وهما اختلاف في الجنس وركن الرضا وهذا ما كرسه المواد 4-9 من قانون الأسرة

أ – الاختلاف في الجنس: يقوم عقد الزواج على ركن أساسي وهو إختلاف في الجنس فهو عقد يجمع بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي و يثبت هذا

الاختلاف في الجنس بموجب شهادة الميلاد المحددة لجنس المعاهد و التي تقدم إلى ضابط الحالة المدنية القائم على إبرام عقد الزواج

وفي هذا الصدد يجب التفرقة ما بين اختلاف الجنس والقدرة على الاتصال الجنسي إذ أن المشرع الجزائري لم يشرط في المقبل على الزواج أن يكون سليما من الناحية الجنسية و أن يكون قادرا على الإنجاب و التناسل لان هذا النوع من العيوب يؤدي بالمرأة إلى طلب التطلق و بالرجل إلى طلب الطلاق و لا يكون إخلالا بركن من أركان عقد الزواج الذي يترتب عنه عدم صحة هذا العقد فالمستقر عليه في القضاء الجزائري انه يعتبر الغلط في صفة من الصفات الجوهرية للشخص المتعاقد سببا من أسباب الطلاق او التطلق وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1984/11/19 بقضائها " بأنه من المقرر فقها و قضاء انه إذا كان الزوج غير عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطلق.

حالة الخنثى : إذا كان معظم الأشخاص العاديين إما أن يكونوا رجالا أو نساء وفقا للملامح و الأعضاء التناسلية إلا أن هناك طائفة من الناس خلقوا بأعضاء تناسلية غير واضحة ، فيكون للشخص نفسه أعضاء الذكورة و أعضاء الأنوثة في آن واحد ويسمى هذا الشخص في منظور الشريعة الإسلامية بالخنثى يحق لهذا الشخص الزواج حتى لا يبقى في عزلة عن المجتمع و لكن على أساس تباين الأعضاء التناسلية لديه فإذا كانت أعضاء الذكورة هي الغاية ( خنثى مشكل ) فإنه لا يمكنه الزواج إلا بأمرة و العكس صحيح و الأعضاء التناسلية محل التقدير هي الأعضاء الداخلية و بالتالي فإن تحديد جنس العاقد في هذه الحالة لا يكون إلا بموجب خبرة طبية

ب - ركن الرضا : نص المشرع في نص المادة 4 بان الزواج عقد رضائي و أكد في المادة 9 أيضا بقوله ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين و يستشف من ذلك أن الرضا ركن من أركان عقد الزواج ومنه فالزواج الذي انعدم فيه هذا الركن أو كان معيبا يعتبر عقدا باطلا وفقا لنص المادة 33 من قانون الأسرة " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا "

- لكي ينعقد الزواج صحيحا ويرتب كافة آثاره المادي و المعنوية لابد من وجود إرادتين حرتين متطابقتين تتجهان إلى إلزام عقد الزواج ، و قد أجاز المشرع طرقا عدة للتعبير عن هذه الإرادة في المادة 10 من قانون الأسرة يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا ويصح الإيجاب و القبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة و

الإشارة<sup>30</sup>، وما تستقر عليه الأعراف في مجتمعنا أن يبادر الزوج إلى الإيجاب أو من ينوب عنه في مجلس العقد بالقول زوجني موكلتك فلانة بنت فلانة ليعقبه القبول من الزوجة بقوله زوجتك موكلتي فلانة بنت فلان أو قبلت زوجتك من موكلتي فلانة بنت فلان و المهم في التعبير عن الإرادة أن يكون مفهوما من طرف ضابط الحالة المدنية أو الموثق القائم بإبرام عقد الزواج و الشهود و الولي كما يشترط في هذه الصيغة أن تكون مؤيدة غير مؤقتة ولا مرتبطة بمدة معينة لان ذلك ربط عقد الزواج بمدة معينة يجعله نكاح متعة وقد حرمه رسول الله صلى الله عليه وسلم<sup>31</sup>.

سلامة الإرادة : يجب أن تكون هذه الإرادة أو هذا الإيجاب و القبول من شخص عاقل بالغ أي لتمام الإرادة ينبغي توفر الأهلية القانونية وخلوها من عيوب الإرادة التي تنحصر في الغلط و التدليس و الإكراه

### المطلب الثاني : شروط عقد الزواج

يعرف الشرط بأنه ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون شارحا لحقيقته والتي يتوقف عليها نفاذه وترتيب آثاره واعتباره صحيحا في نظر الشارع، و شروط عقد الزواج بالرجوع إلى نص المادة 9 مكرر من قانون الأسرة هي أهلية الزواج الصداق – الولي – الشاهدين – انعدام الموانع الشرعية للزواج ، يتبين من ذلك ان المشرع الجزائري اعتبر الرضا واختلاف الجنسين ركنين في عقد الزواج أما العناصر الباقية من العقد فجميعها شروط ولكنه فرق بين هذه الشروط في الآثار المترتبة على تخلفها.

- بالرجوع إلى قانون الأسرة نجدها نوعان شروط قانونية وضعها المشرع بنص صريح وهي المحددة بنص المادة 9 مكرر من قانون الأسرة وشروط اتفاقية هي التي أجاز المشرع للعاقدين أن يشترطانها في عقد الزواج أو في عقد لاحق وهي كل الشروط التي يريانها ضرورية لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام قانون الأسرة ومنه نستنتج أن شروط عقد الزواج نوعان شروط قانونية وشروط اتفاقية

- أولا الشروط القانونية لعقد الزواج ، وهي التي أوردتها المشرع في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة و المتمثلة في :

<sup>30</sup>- بن شويخ الرشيد ، المرجع السابق، ص 153.  
<sup>31</sup>- أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، شرح قانون الأحوال الشخصية ، دار الكتب القانونية، مصر ، 2014، ص 43.

**أ – الأهلية :** تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة كاملة و للقاضي أن يأذن بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى ما تأكدت قدرة الطرفين على الزواج المادة 7 من قانون الأسرة وفي ذلك توازن بين القانون المدني و قانون الأسرة فيما يتعلق بسن الرشد خلافا لما كان منصوص عليه سابقا في قانون الأسرة ، وقد اعتبر قانون الأسرة الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة لما يترتب عليه من التزامات مالية وواجبات اجتماعية و لا يمكن لأي من المتعاقدين رجل كان أو امرأة الاقدام عليه من غير نضج فكري ، ومعرفة بشؤون الحياة و الأعباء الزوجية<sup>32</sup> إلا أن المشرع أدرج استثناء على هذه القاعدة العامة ، راعى فيه وضعية وحالة بعض الأشخاص فنص في الفقرة الثانية من المادة 7 على أنه " وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة ، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج "

وبذلك فإن المشرع أجاز لكل من لم يبلغ السن المحددة لأهلية الزواج أن يتزوج قبل ذلك إذا اثبت أن هناك ضرورة أو مصلحة في ذلك الزواج المراد ابرامه ، واستطاع أيضا الحصول على إعفاء من السن المطلوب الذي يكون بموجب أمر صادر عن قاضي شؤون الأسرة بناءا على طلب من ولي الزوج القاصر ، إلا أن هذا الترشيح لا يسري إلا على ابرام عقد الزواج ، وما يتعلق له من حقوق و التزامات ومباشرة دعاوى قضائية تتعلق بالزواج أو انحلاله فقط دون غيرها من التصرفات القانونية والعقود الأخرى<sup>33</sup>.

**ب- شرط الصداق :** إعتبر المشرع الصداق شرطا من شروط عقد الزواج في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة وقام بتنظيم أحكامه في المواد 14-15-16-17 منه.

فالصداق يعني مهر المرأة، ويسمى بالصداق لإشعاره يصدق رغبة باذله في الزواج الذي هو في الأصل في إيجاب المهر، وجمعهاأصدقه أو صدق وله عدة أسماء: الصداق ، المهر، الأجر، النحلة، الفريضة والعقر ويعرفه الفقه بأنه " المال الذي يدفعه الرجل للمرأة عربونا ورمزا لرغبته في الإقتران بها " وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 14 من قانون الأسرة بأن الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء ، وذهب الفقه الى تحديد شروط الصداق بأنها يجب أن يكون مالا ذا قيمة ، وأن يكون معلوما غير مجهول وأن يكون مملوكا للزوج فلا يكون مغصوبا وأن يكون مباحا شرعا أي مما يجوز التعامل فيه.

<sup>32</sup>- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1988، ص43.

<sup>33</sup>- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص58.

كما أنه ليس للصدّاق قيمة دنيا ولا حد أعلى يقف الناس عنده ، ومهما يكن من شئ فإنه يستحسن عدم الاسراف والمغالاة في المهور ، وما يتبعه من مقدمات مالية ، لأن ذلك لا يتماشى مع إختلاف طبقات المجتمع كما أنه يقف عائقا أمام الراغبين في الزواج رجالا أو نساء<sup>34</sup>

الصدّاق ملك للزوجة تتصرف فيه كما تشاء ولا بد من تحديده في عقد الزواج وتعيينه أثناء إنعقاد الزواج في مجلس العقد سواء تمكنت منه الزوجة أو كان مؤجلا ، وليكون ملكا كاملا لها لا بد من الدخول بها أما إذا وقع انفصال بطلاق أو وفاة بين الزوجين بعد العقد ولم يقع دخول بالزوجة فإنه لا يمكن لها أن تأخذه كاملا وإنما تستحق نصفه فقط ، كما أشار المشرع أيضا الى حالة عدم تحديد الصدّاق في مجلس العقد فيثبت للزوجة صدّاق المثل وفقا لنص المادة 16 ممن قانون الأسرة وهو الصدّاق الذي يعطى لمثيلاتها في السن والجمال والنسب والمكانة الإجتماعية<sup>35</sup>

وفي حالة الإختلاف بين الزوجين حول الصدّاق فإن نص المادة 17 من قانون الأسرة وكان النزاع قبل الدخول وعجز الزوج عن إثبات صحة ما يدعيه يكون القول للزوجة أو وراثتها في حالة وفاتها مع اليمين أما إذا وقع الخلاف بعد الدخول، فالقول للزوج مع يمينه إن كان على قيد الحياة أما إن كان توفي فتحل محله وراثته للإثبات.

**شرط الولي:** الولي هو القريب الذي له سلطة تزويج من لا يستطيع عقد زواجه بنفسه أو هو من له على المرأة أبوة أو تعصيب ويشترط فيه أن يكون بالغاً عاقلاً ومسلماً ، والولي شرط فليس للمرأة حق مباشرة عقد الزواج بدونه وقد فرق المشرع بين المرأة الراشدة والقاصرة فالبالغة تباشر عقد الزواج بحضور وليها الذي لها حرية إختياره فهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره ولو لم يكن من أقاربها وفقا لنص المادة 11 من قانون الأسرة أما بالنسبة للقاصرة فإن وليها هو من يتولى زواجها وهو أبوها في المرتبة الأولى فإن توفي تنتقل الولاية الى أحد الأقارب الأولين وإن لم يوجد فالقاضي ولي من لا ولي له مع الإشارة الى أنه لا يملك الولي إجبار القاصرة على الزواج لأن المشرع قرر ذلك في عبارة دون الإخلال بنص المادة 7 أي دون الإخلال برضاها ولا يمكن أن نتصور أن تكون إرادة الولي مخالفة لإرادة من في ولايته وأنه يكرهها على الزواج لأن العقد يتم أمام ظابط عمومي إلا إذا كان هذا الإكراه معنويا فقط.

34-صالح السدّان، الشروط في النكاح، دار بلنسية، الرياض، ص 72.

35- بن صغير محفوظ ، المرجع السابق، ص 327.

**د-الشاهدين:** وضع المشرع شرط الشاهدين بموجب نص المادة 9 مكرر من قانون الأسرة دون أن يحدد شروطهما وأنه بالرجوع الى نس المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا على قواعد الفقه الإسلامي فإنه لا بد أن يكونا عاقلين بالغين مسلمين عدلين سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم وأن يسمعا صيغة العقد معا في وقت واحد مع فهم المقصود منها .

ولهذا الشرط أهمية بالغة في ضمان شرعية عقد الزواج وفي إثباته في حالة نكرانه من أحد الطرفين لما لعقد الزواج من أهمية خاصة نظرا للآثار التي تترتب عليه بالنسبة للزوجين والأولاد ووجوب حماية الأعراض والأنساب<sup>36</sup>.

**ذ- إنعدام الموانع الشرعية للزواج:** وهو الحائل الذي يمنع ارادة الزوجين من الإقتران ويقصد بذلك النساء اللواتي يحرم على الرجل الزواج بهن وهن أصناف :

**موانع مؤبدة:** يقصد بها المحرمات بالقرباة وهن وفقا لنص المادة 25 من قانون الأسرة الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت والمحرمات بالمصاهرة وفقا لنس المادة 26 وهن أصول الزوجة بمجرد العقد عليها وفروعها بشرط الدخول بها وزوجة الأب وزوجة الإبن وكل ما يحرم من النسب يحرم من الرضاع أي الأم المرصعة والأخوات من الرضاعة و نفس الشيء لباقي المحرمات الا أن هذا التحريم لا يسري الا على الرضيع وحده دون إخوته فهو يعد إبنا للمرضعة وأخا لجميع أبنائها

**الموانع المؤقتة:** ويقصد بها أنها على خلاف النوع الأول فهي تزول بزوال السبب الذي أدى إلى إقامتها ولكن بالرغم من أنها كذلك فإنه لا يجوز للشخص أن يتزوج بامرأة و بها مانع من هذه الموانع وهن : المحصنة: أي زوجة الغير فإن المشرع الجزائري على منوال الشريعة الإسلامية قد حرم تعدد الأزواج ومن ثم فإنه لا يجوز للمرأة أن تتزوج في آن واحد بشخصين، فالزواج بها مع إقامة المانع الأول يفسد العقد

المعتدة: لايصح العقد على المرأة المعتدة من طلاق أو وفاة و يكمن السبب في عدم الاختلاط للأنساب

المطلقة ثلاثا: لقد سمح المشرع الجزائري على منوال الشريعة الإسلامية للزوج الذي طلق زوجته مرتين أن يتزوج بها للمرة الثالثة غير أنه إذا طلقها بعد ذلك فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره، والطلاق بهذا المعنى هو مانع من موانع الزواج،

<sup>36</sup>-عبد العزيز سعد ، المرجع السابق، ص 59.

وقد نصت عليه م 30 ق.أ بقولها: " يحرم من النساء مؤقتا ... المطلقة ثلاثا"، وجاء هذا تنفيذا لنص م 51 ق.أ بقولها: " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء"، ويستشف من خلال هذا النص أن المرأة في ظل قانون الأسرة لا تعتبر مطلقة ثلاثا إلا إذا طلقها زوجها بثلاث أحكام قضائية متتالية

د.الجمع بين المرأة وأختها أو عمتها أو خالتها: لقد أباح المشرع الجزائري تعدد الزوجات ولكن في حدود الشريعة الإسلامية ومن ثم لا يجوز للشخص أن يتزوج في آن واحد المرأة وأختها أو المرأة وعمتها أو خالتها، وذلك مصداقا لقوله تعالى: « وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف» كان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهي أن تتكح المرأة على عمتها أو خالتها» سواء كانت شقيقة أو لأم أو من الرضاعة.

والجدير بالملاحظة أنه في حالة ما إذا طلقت الأخت فإنه لا يجوز له أن يتزوج بأختها أو عمتها أو خالتها إلا بعد انتهاء عدة المطلقة.

ه.الخامسة فوق الرابعة: لقد استقر الفقه الإسلامي (المدارس السنية) على أنه لا يجوز أن يكون تحت عصمة الرجل أكثر من أربعة نسوة ومن ثم إن كان تحت عصمته أربع زوجات فالزواج بالخامسة باطل بطلانا مطلقا دخل بها أو لم يدخل بها، ومن ثم لا يجوز له أن يتزوج هذه الخامسة إلا بعد أن يطلق واحدة من هذه الأربعة التي تحت عصمته<sup>37</sup>، ويشترط أن يحترم عدة المطلقة حتى يتسنى له الزواج بالخامسة وإلا كان زواجه باطلا وفقا للمادة 32 ، 34 من قانون الأسرة

## المطلب الثاني: النكاح الفاسد و الباطل

عالج المشرع الجزائري في الفصل الثالث من قانون الأسرة في المواد 32-33-34 نظرية الفاسد و الباطل ويعتبر ذلك من آثار تخلف شروط و أركان عقد الزواج كما عالج المشرع إمكانية تصحيح العقد الفاسد

إن آثار الزواج الفاسد و الباطل تختلف قبل الدخول وبعده ، حيث أن القاعدة العامة ان الزواج الباطل لا يرتب أي أثر قبل الدخول لانه منعدم الإنعقاد لطن بعد الدخول يرتب بعض الآثار كثبوت النسب و حرمة المصاهرة ووجوب العدة ، أما الزواج الفاسد فيرتب آثارا قبل الدخول وبعده حيث رتب المشرع الجزائري الفسخ كجزاء

<sup>37</sup>- محمد جمعة عبد الله ، الكواكب الذرية في فقه المالكية، المكتبة الأزهرية، القاهرة، 1995، ص 213.

لتخلف شرط من شروط عقد الزواج قبل الدخول و اجاز بثبوته بعد الدخول  
بصداق المثل

### الفرع الأول: النكاح الفاسد

لم يفرق جمهور الفقهاء بين النكاح الفاسد و النكاح الباطل فكل ما حصل خلل في ركن من أركانه أو شرط من شروط إنعقاده ( 14 ) ولم يتطرق المشرع الجزائري فا قانون الأسرة إلى تعريف النكاح الفاسد لكن عرفه الفقه بانه كل زواج تم ركنه الأساسي ( الرضا ) بالإيجاب و القبول طبقا للمواد 9-10 و 33 ( 1 ) من قانون الاسرة ) لكنه فقد شرطا من شروط الصحة الواردة في المادة 9 مكرر ويترتب عليه جزاء الفسخ كقاعدة عامة ولكن فرق المشرع بين ما إذا وقع دخول بانه يفسخ و المقصود بالفسخ ان يعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد وفقا للمادة 122 من القانون المدني

**أسباب فساد عقد الزواج :** فإنه يثبت بعد الدخول بصداق المثل أي أن المشرع أجاز التصحيح بصداق المثل في حاة الدخول و إذا وقع الدخول هي الأسباب التي نص عليها المشرع في المواد من 33 إلى 35 من قانون الأسرة – حيث ذكر هذه الحالات على سبيل الحصر وهي أن يتم الزواج بدون صداق أو شهود أو ولي في حالة وجوبه

أما في حالة عقد الزواج الذي يكون فيه الشرط الاتفاقي منافيا لمقتضيات العقد كأن يشترط الزوج على زوجته عدم الإنجاب أو أن يستمر زواجهما لفترة محدودة ففي هذه الحالة فساد الشرط لا يؤثر على صحة العقد وهو ما ذهب إليه المشرع في نص المادة 35 من قانون الأسرة " إذ اخترق عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا و العقد صحيحا "

**الفرع الثاني النكاح الباطل :** لم يعرف المشرع الجزائري العقد الباطل إنما أقر البطلان في نص المادة 32 من قانون الأسرة التي تنص على أنه " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد " و في المادة 33 " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا " و في المادة 34 كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه بثبوت النسب ووجوب الاستبراء "

لم يعط المشرع تعريفا لبطلان عقد الزواج إنما حدد الحالات التي يكون العقد فيها باطلا ولا يمكن تصحيحه

البطلان لغة هو سقوط الشيء لفساده و الباطل مالا إثبات له و البطلان عند الفقهاء هو عدم اكتساب التصرف وجوده الاعتباري و آثاره في نظر الشارع و من تم يعرف العقد الباطل بأنه " مالا يكون مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه " فهو الذي نشأ بعين جيم يمنع من تحققه أصلاً و بذلك فهو لا يحتمل التصحيح وهو يختلف عن العقد الفاسد الذي نشأ صحيحاً لكن اختل فيه شرط من شروطه أو تخلف و هو يقبل التصحيح بعد الدخول

### أسباب بطلان عقد الزواج :

- يعتبر الزواج باطلاً إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد كزواج الشغار و نكاح المتعة و نكاح المحلل و زواج المسيار ( عدم السكن و المبيت و النفقة ) مادة 32 من قانون الأسرة

- يعتبر الزواج باطلاً إذا اختل ركن الرضا مادة 33 من قانون الأسرة

- يعتبر الزواج باطلاً إذا كان بإحدى المحرمات مادة 34 من قانون الأسرة أي أن يصطدم الزواج بأحد الموانع الشرعية سواء من قرابة أو مصاهرة أو رضاع و سواء كانت الحرمة مؤقتة أو مؤبدة

**الآثار المترتبة عن العقد الباطل :** يفسخ الزواج الباطل قبل الدخول وبعده ولا تصحيح فيه

يفرق بينهما في الحال و تعتد المرأة عدة المطلقة و هي ثلاث أشهر لاستبراء رحمها حسب المادة 34 من قانون الأسرة و تحسب العدة من يوم التفريق بينهما بعد الفسخ كما تستحق نفقة العدة إذا لم تكن عالمة بفساد العقد

تعليق الحد : لا يطبق حد الزنا على الزوجين لقوله صلى الله عليه وسلم " ادروا الحدود بالشبهات " لأنه يعد شبهة بعد الدخول

إذا ثبت بطلان النكاح فلا يرث أحدهما الآخر حالة وفاته وفقاً لنص المادة 131 من قانون الأسرة

### المبحث الثالث آثار عقد الزواج وإثباته

يعتبر عقد الزواج عقد خاص لا تسري عليه نظرية العقد بشكلها العام المحددة في القانون المدني لأن هدفه تكوين أسرة والمحافظة على الأنساب لذلك فإنه تترتب عليه آثار مادية وغير مادية وتنصرف للمتعاقدين وهما الزوج والزوجة ولغيرهما أيضا وهو ما سوف أعالجه في المطلب الأول وللوصول لهذه الآثار لا بد من إثبات هذا العقد وهو ما يتسنى بالوثائق الإدارية الرسمية وإن تعذر ذلك فبحكم قضائي وهو ما أعالجه في المطلب الثاني من هذا المبحث

### المطلب الأول: آثار عقد الزواج

بالنسبة للآثار فهي تتمثل خاصة في حقوق وواجبات الزوجين وكذلك في الحقوق التي يتمتع بها الأطفال الناجمين عن تلك العلاقة لأن غاية الزواج تكوين أسرة والمحافظة على الأنساب.

### الفرع الأول : حقوق وواجبات الزوجين

ينجم عن عقد الزواج حقوق لكلا الزوجين ، هذه الحقوق تنقسم إلى نوعين الحقوق والواجبات الشخصية والحقوق والواجبات المالية

### أ-الحقوق والواجبات الشخصية

لقد تعرض المشرع الجزائري إلى الحقوق الزوجية الشخصية في الفصل الرابع من قانون الأسرة وقد خصص بعد تعديله لهذا القانون مادتين لهذه المسألة، بحيث قد جاء في م 36 ق.أ على تحديد الواجبات الملقاة على الزوجين في عقد الزواج ومن ثم تعتبر هذه الواجبات واجبات مشتركة وهي:

1) **المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة:** فهذا الواجب يخص معاملة كل من الزوج نحو الزوج الآخر في إطار الحياة المشتركة م 1/36 ق.أ، ومن ثم يجب على الزوجين أن يعملوا ما باستطاعتهم ليجعلا الحياة الزوجية سعيدة تسودها المودة والاحترام، وأن هذا الواجب يتعلق أساسا بحسن المعاشرة وذلك لا يكون إلا على أساس التسامح والإخلاص والقول الحسن م 2/36 ق.أ.

2) **التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم:** لقد تناول المشرع في م 3/36 ق.أ هذه المسألة والمراد منها أنه يجب على الزوجين المحافظة على أفراد العائلة والمقصود بهم الأولاد خاصة فيما يتعلق بعلاقتهم مع الزوجين فينبغي على هذين الأخيرين تحقيق سعادة الأولاد وضمنان لهم الاستقرار والطمأنينة، وهذا الاستقرار لا يكون قائما باستقرار الزوجين فيجب على الزوجين

رعاية وتربية الأولاد تربية صالحة وهي مسؤولية تقع عليهما معا، وأن هذه المصلحة تتحقق كذلك من حيث نسب الأولاد تطبيقا لقوله صلى الله عليه وسلم «الولد للفراش وللعاهر الحجر».

**التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات:** إذا كانت م 39 ق.أ. 3). الملغاة تنص على أنه: " ليجب على الزوجة طاعة زوجها ومراعاته باعتباره رئيس العائلة... " وهو ما قرره الفقه الإسلامي وذلك حتى لا يكون هناك اضطراب داخل العائلة بسبب تعدد مراكز إصدار الأوامر، على أن التعديل الذي أدخله المشرع على النص القانوني قد أصبح لا يعترف بالزوج رئيس الأسرة بل قد نص صراحة على التشاور في تسيير شؤون الأسرة ومن ثم فإنه لا يجوز للزوج أن ينفرد بإصدار القرارات داخل الأسرة بل ينبغي عليه أن يشاور في ذلك زوجته، وكذلك ركز المشرع في م 4/36 ق.أ.على اتفاق الزوجين على تباعد الولادات وذلك حتى لا تصاب الزوجة بالأضرار نتيجة للولادات المتكررة.

4). المحافظة على روابط القرابة بالحسنى والمعروف: م 5/36، 6، 7 ق.أ. ويقصد بذلك من حيث القرابة المعنى الواسع لها بحيث أن هذه الأخيرة تثبت بالدم والمصاهرة والرضاعة فعلى كل من الزوجين احترام وتقدير أقارب الزوج الآخر ومن ثم فإنه لا يمكن للزوج أن يحرم زوجته من زيارة واستضافة والديها والأقربين لها الذين لا يجوز الزواج بهم كأبيها وعمها وخالها وأخيها وابن الأخ وابن الأخت.

### الحقوق الشخصية للزوجة :

**العدل بين الزوجات في حالة التعدد:** ويجب أن يكون في الأمور المادية ومنه يجب على الزوج أن يحسن معاشرة ومعاملة كل زوجة من زوجاته معاملة شرعية وأول هذا العدل يكون في المبيت وأن هذا الأخير لا يسقط إلا بالتنازل التام من قبل الزوجة الأخرى

### الحقوق الشخصية للزوج:

إن هذه الحقوق كان المشرع الجزائري ينص عليها صراحة قبل تعديله لقانون الأسرة وكان على رأسها حق الطاعة المستتبط من أحكام الفقه الإسلامي، ومن آثار هذا الحق فإنه يجوز للزوج منع زوجته من الخروج من مسكن الزوجية إلا بعد حصولها على إذنه كما يجوز له منعها من العمل خارج بيت الزوجية ما لم يكن اتفاقهما على خلاف ذلك بحيث إذا رضي الزوج أن تعمل زوجته في الخارج

يصبح مقيد بهذا الشرط ولا يجوز له مخالفته وإلا كان سببا لحقها في التطلق وكذلك من أثار هذا الحق هو عدم امتثال الزوجة لأوامر زوجها يجعلها في حكم الزوجة الناشز وهذه الأخيرة لا تكون في هذه الحالة إلا باستصدار الزوج حكم قضائي ويتم تبليغه عن طريق المحضر للزوجة وذلك خاصة إذا تعلق الأمر بطلب رجوع الزوجة إلى بيت زوجها<sup>38</sup>

كذلك من حق الزوج على زوجته إرضاع الأولاد عند الاستطاعة، فهذا الحق ليس حقا خالصا للزوج بل يمكن اعتباره واجب على كلا الزوجين لأن الأم ليست مجبرة على الإرضاع شرعا إلا في حالة واحدة وهي حالة رفض الولد لكل امرأة أخرى إلا أمه فهنا تكون مجبرة على إرضاعه.

### الحقوق المالية المشتركة :

الميراث: إن قيام علاقة زوجية صحيحة يترتب عليها بعض الحقوق المادية ومن بينها نجد حق الزوجين في الميراث، فهذه العلاقة تعطي لكلا الطرفين الحق في أن يرث الطرف الآخر وهذا ما نصت عليه م 126 ق.أ. وكذلك م 130 ق.أ، غير أن هذا الحق لا يترتب إلا إذا توفرت في العلاقة ذاتها شروط معينة منها: أن تكون صحيحة، أن تكون قائمة وقت الوفاة، أن تكون الزوجة معتدة من طلاق وأن لا يكون هناك مانع من موانع الميراث كقتل الزوجة لزوجها أو الردة

### الحقوق المالية للزوجة :

. هذه الحقوق تتمثل في النفقة وحرية التصرف في مالها

**الحق في النفقة الشرعية:** كانت م 1/37 ق.أ. تنص صراحة على أنه: " يجب . / على الزوج ناحية زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها"، ومن ثم النفقة هي واجبة بمقتضى م 74 ق.أ. على الزوج نحو زوجته متى توفرت الشروط التي أوردها المشرع في هاته المادة بحيث يستخلص منها ما يلي:

إتمام الدخول بالزوجة أو بدعوتها إليه ببينة: إن هذه النفقة تتمثل في السكن وكذلك - في المأكل والملبس سواء كان الأمر يتعلق بالزوجة أو بالأولاد وكذلك سواء كانت الزوجة غنية أو فقيرة وسواء كانت عاملة أو مأكثة في بيتها لأن النفقة ثابتة على الزوج شرعا وقانونا

38- لحسن بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 86.

يراعي "تقدير النفقة: أما بشأن تقدير النفقة الزوجية نصت م 79 ق.أ على أنه-  
القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل  
مضي سنة من الحكم"، ونستخلص من النص أن للقاضي سلطة تقديرية في تحديد  
أو تقدير النفقة الزوجية وينبغي عليه أن يراعي في ذلك ظروف الزوجين وكذلك  
مستوى المعيشة الساري به العمل في البلاد<sup>39</sup>.

أسباب سقوط النفقة: طبقاً للنصوص القانونية فإن النفقة تعتبر من الديون الممتازة -  
وليس من حق الزوج أن يتخلى عنها غير أن هناك أسباب أين يمكن للقضاء فيها  
:بإسقاط النفقة وهي على النحو التالي  
المعقود عليه بعقد باطل أو فاسد .

الزوجة المرتدة: تسقط النفقة عن الزوجة المرتدة عن دينها .

المرأة المحبوسة: وذلك لفوات الوقت الموجب للنفقة .

الزوجة المسافرة بدون إذن زوجها: الزوجة التي خرجت عن طوع زوجها .

الزوجة الناشز: يسقط حقها في النفقة ولكن بالنشوز لا يكون إلا بحكم قضائي أي .  
يرفع دعوى بأن هذه الزوجة هي ناشز، مثلاً: الزوج طلب الرجوع إلى بيت  
الزوجية فقام الزوج بتبليغ الزوجة بحكم عن طريق المحضر ويكون ذلك عن  
طريق المعاينة

مصير الامتناع عن إنفاق الزوج على زوجته: في حالة ما إذا امتنع الزوج عن -  
الإنفاق على زوجته بدون سبب لا قانوني ولا شرعي في هذه الحالة للزوجة الحق  
بعد استصدار حكم إلزامية الزوج بالإنفاق على زوجته أن ترفع أولاً دعوى  
قضائية طالبة بمقتضاها التخلي طبقاً للم 1/53 ق.أ كما أنه يجوز لها تقديم شكوى  
إلى وكيل الجمهورية من أجل تحريك دعوى عمومية وهذا ما نصت عليه م 331  
قانون العقوبات على أنه: " يعاقب بالحبس من 06 أشهر إلى 03 سنوات وبغرامة  
دج إلى 5000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تجاوز شهرين عن تقديم النفقة 500 من  
ضرورة الحصول على حكم مدني صادر عن محكمة .، "...المقررة قضاء  
شخصية بدفع النفقة

أن يبلغ الحكم إلى الزوج ويمتنع رغم ذلك عن تنفيذه على أساس تقرير محضر .  
قضائي

39- لحسن بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 88-89.

أن يصبح هذا الحكم حائز على قوة الشيء المحكوم فيه .

أن لا تكون الزوجة عالمة بإعسار زوجها و فقره أثناء الزواج .

**حرية التصرف في مالها:** قد عرف المجتمع الجزائري في السنوات الأخيرة تحولات اقتصادية وثقافية هامة شملت مختلف الميادين والمجالات، وطالت هذه التغيرات مؤسسة الأسرة من حيث بنيتها وأدائها لوظائفها، ومن حيث توزيع الأدوار بين أفرادها، فبينما كانت المرأة سابقا تلازم البيت وتقوم بجميع أعمالها بداخله، أصبحت اليوم تتحمل العديد من المسؤوليات خارجه وفي مختلف المؤسسات، إذ من شأن ذلك أن يدر عائدا ماليا يساهم في الاستقرار المالي للأسرة.

ولهذا فإن وضع قواعد خاصة بتنظيم العلاقات المالية للزوجين مسألة تكتنفها الكثير من الصعوبات، نظرا لخصوصية العلاقة الزوجية التي تجمع بين شخصين من جنسين مختلفين، غريبين عن بعضهما ويعيشان مع ذلك تحت سقف واحد، لذلك فإن وضع نظام لتدبير أموال الزوجين ينبغي أن يراعى فيه الأسس والمبادئ التي يقوم عليها عقد الزواج، من مودة ورحمة وتضامن وثقة. وبالتالي فإن موضوع النظام المالي للزوجين وفق هذا المنظور يطرح إشكالية أساسية تتمحور حول: "إلى أي حد يمكن اعتبار الإطار القانوني المنظم للأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية وفق ما يرسيه قانون الأسرة كفيلا بضمان حقوق كل من الزوجين في أموال الأسرة؟ وهل من دور له في الحفاظ على استقرار الأسرة وتحسين مستواها الاقتصادي؟"

وإلى جانب هذه يمكن التساؤل مدى أحقية الزواج في المساس بالحقوق المالية للمرأة، وهل تستفيد ربة البيت عند الطلاق أو الوفاة بنصيب من الثروة المستفادة خلال مدة الزواج؟ وكيف يتم تقدير نصيب أحد الزوجين في الثروة المستفادة خلال الحياة الزوجية؟ وهل يمكن اعتبار تقنية العقد المالي آلية فعالة لإنصاف المرأة كزوجة وضمان نصيبها في الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية بعدما حرمت من حقوقها المالية كابنة وأخت؟ وهل المجتمع الجزائري بثقافته وتقاليد قاصر على تقبل مثل هذا النوع من العقود والاتفاقات؟

ومن المعلوم أن الشريعة الإسلامية أعطت لكلا طرفي العلاقة الزوجية حق ملكية نصيب عمله، فقال عز وجل في كتابه العزيز: "للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن"، كما أن الموائيق الدولية اهتمت بحقوق الزوجة في أموال الأسرة بقصد رفع الحيف والظلم عنها، وفي هذا المجال نص الفصل 23 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على «أن تتخذ الدول الأطراف في هذا

العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوي حقوق الزوجين وواجباتهما عند الزواج وخلال قيامه وعند انحلاله...»، كما توصي الاتفاقية الدولية المتعلقة بإلغاء جميع أشكال التمييز ضد المرأة في فصلها السادس على «أن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وبوجه خاص تضمن نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات والإشراف عليها وإدارتها والتصرف فيها. ومن المعلوم أن قانون الأسرة حرص في المادة 37 منه على وضع أساس تشريعي لتنظيم الروابط المالية بين الزوجين، فقد قررت المادة المذكورة في مطلعها المبدأ الجوهرى الذي تقوم عليه العلاقات المالية بين الزوجين وهو مبدأ استقلال الذمة المالية لكل زوج واستئثار كل واحد منهما بممتلكاته وعوائد عمله وأملكه وأصوله، كما يمكن بمقتضاها للزوجين الاتفاق بينهما على تنظيم معين للأموال والعائدات والمداخيل التي يجنيانها معا ابتداء من تاريخ إبرام عقد الزواج. وبمقتضى ذلك يتعين في حالة الاتفاق على استثمار وتوزيع الأموال المكتسبة من طرف الزوجين أن يكون الاتفاق مكتوبا وموجودا في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج.

وقد جاءت هذه المادة استجابة للواقع المعاش للأسرة الجزائرية، إذ أصبحت مساهمة المرأة في تحسين أوضاعها الاقتصادية أمرا لا يمكن تجاهله أو غض الطرف عنه، حيث نجد المرأة سواء في الريف أو المدينة تقوم بمجهودات طيلة حياتها الزوجية داخل البيت وخارجه، كما تضطر في الكثير من الأحيان إلى القيام بأعمال شاقة للمساهمة في الرفع من دخل الأسرة بكل الوسائل والسبل المتاحة لمواجهة متطلبات الحياة المتزايدة، وبالتالي مساهمتها في تكوين الثروة المالية للأسرة.

هذه الثروة المتحصلة من عمل وكد الزوجين معا غالبا ما تسجل باسم الزوج وحده لاعتبارات اجتماعية وثقافية، حتى إذا حدث بينهما نزاع وطلقها انفرد الزوج بكل شيء وخرجت الزوجة من البيت خالية الوفاض لا شيء لها سوى متعتها ونفقتها أثناء العدة، كما أنه إذا توفي الزوج وكان له أولاد لا ينوب الزوجة إلا نصيبها كوارثة، وهو الثمن من التركة التي ساهمت في جمعها وتكوينها، أو الربع في حالة عدم وجود الأولاد.

الفرع الثاني : النسب كأثر لعقد الزواج في قانون الأسرة  
النسب لغة مفرد الأنساب ، ويعني القرابة وهي صلة الدم ، ويكون في الآباء  
خاصة 40

تنص المادة 40 من قانون الأسرة على أنه "يثبت النسب  
بالزواج الصحيح أو بالإقرار و بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل  
زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا ، للمواد 32 ، 33 ، 34 من هذا  
القانون.يجوز للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات  
النسب"،يستخلص من هذا النص أن المشرع قد حدد الحالات التي  
أن يتم بمقتضاها إثبات النسب الشرعي يمكن ، و هي على النحو التالي  
. أولاً: ثبوت النسب بالزواج الصحيح

إذا توافر في الزواج ركن الرضا و شروط صحته فنكون أمام  
رابطة زوجية صحيحة و من ثم ترتب لما نص عليه المشرع في  
المادة كامل آثارها و من بينها النسب،ففي هذه الحالة ينسب الطفل  
لأبيه طبقاً 41 من قانون الأسرة بنصها " ينسب الولد لأبيه  
متى كان الزواج شرعياً و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق  
المشروعة"، و من ثم فإن الطفل ينتسب إلى أبيه في حالة الزواج الصحيح بتوافر  
1- : الشروط التالية

إمكانية الاتصال بين الزوجين (أي تلاقي الزوجين): و يفهم من  
هذا الشرط أن المشرع قد أخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء،من  
حيث اشتراط الدخول لتحقيق النسب الشرعي بحيث إذا تم العقد و  
لم يتلاق الطرفان و حملت المرأة فلا ينتسب الطفل لزوجها،بحيث  
يجوز لهذا الأخير رفع دعوى نفي النسب بالطرق المشروعة: و  
الواقع أن ما جرى به العمل على مستوى قضاء المحكمة العليا يتم  
ذلك فقط باللعان

- ولادة الطفل بين أدنى و أقصى مدة الحمل: و هي المدة التي  
نص عليها المشرع في المادة 42 قانون الأسرة و نصها "أقل مدة  
الحمل ستة ( 6 ) أشهر و أقصاها عشر ( 10 ) أشهر" و هذا ما أكدته  
المادة 60 من ذات القانون بنصها "عدة الحامل وضع حملها و  
أقصى مدة الحمل هي عشر ( 10 ) أشهر من تاريخ الطلاق أو  
الوفاة"،فيستنتج من هذين النصين أن المشرع قد حدد الحد  
الأدنى للحمل بستة ( 6 ) أشهر ذلك من صراحة القرءان الكريم في  
هذا المضمار أي أن هذه المدة تبدأ من ستة أشهر من يوم

40- ابن منظور، ج1، المرجع السابق، فصل النون، ص 755.

اتصال الزوجين غير أن الحد الأقصى للحمل هو عشر (10) أشهر من يوم الحكم بالطلاق أو من تاريخ وفاة الزوج، ويؤكد الطب الحديث إستحالة بقاء الجنين في بطن أمه لأزيد من سنة<sup>41</sup> تنص المادة 34 من قانون الأسرة ثانيا: ثبوت النسب بالزواج الفاسد على أن "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده و يترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء"، يستنتج منه أنه حفاظا على إثبات النسب في حالة الزواج بإحدى المحرمات (بنوعيه)، غير أن المشرع بتتصيصه على هذه القاعدة لم يقرم بالتفرقة ما إذا كان الزوج حسن النية أو سيء النية عند إبرامه لمثل هذا الزواج، بحيث إذا أبرم الزواج متعمدا محرمة عليه و ذلك مهما كان سبب التحريم، في هذه الحالة نكون أمام حالة زنا و الطفل الذي أنجبته هو غير شرعي، أما إذا كان حسن إليه و من أجل حماية حقوق الطفل يثبت النية فينسب لقد نص المشرع في المادة 40 على أنه يمكن أن . إثبات النسب بالإقرار يتم إثبات النسب عن طريق الإقرار و هو ما أكدته المادتان و 44 45 من قانون الأسرة، بحيث تنص المادة 44 على أنه "يثبت لمجهول النسب و لو في النسب بالإقرار بالبنوة، الأبوة و الأمومة مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة"، يستنتج منه أن هذه الشرط : الأنواع من الإقرار لا تتم إلا بتوافر شرطين أساسيين و هما الأول: ينبغي أن ينصب الإقرار على شخص مجهول النسب، بحيث إذا كان لهذا الشخص نسب أي أنه ينتسب لشخص معين أو امرأة معينة فإنه لا يمكن أن نكون أمام إقرار، و هذا الشرط . الشرط يتعلق بالشخص اللقبط، و بأي شخص آخر لم يثبت بعد نسبه الثاني أن يكون من النوع الذي يصدق العقل أو العادة و المقصود منه فإنه لا يمكن أن يتم الإقرار لشخص تجاه شخص آخر وكان فارق السن بينهما أقل من إحدى عشر سنة أما في حالة ما إذا كان الإقرار بالنسب بغير الأبوة، الأمومة و البنوة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه كالإقرار بالأخوة في هذه الحالة مثلاً ينبغي أن يعترف من جهة الأخ الآخر بذلك ، بالبينة كل حجة أو دليل يؤكد المقصود . رابعا: ثبوت النسب بالبينة وجود واقعة مادية عن طريق السماع أو البصر أو غيرهما، أي

41- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 232.

الدليل الذي يثبت النسب مثل الشهادة، و هنا تؤخذ بعين الاعتبار شهادة النساء و ليس شهادة الرجال . وفي هذا الشأن فإن فقهاء خامسا: إثبات النسب بنكاح الشبهة أي الوطأ بشبهة الشريعة أخذوا بثبوت النسب في نكاح الشبهة حماية للطفل

**موقف قانون الأسرة من التبني**

: يمنع التبني شرعا و " تنص المادة 46 من قانون الأسرة على أنه قانونا " و يقصد بذلك بأنه لا يمكن للشخص أن يتبنى طفل آخر، و من ثم في حالة ما إذا تبناه و منح له اللقب ففي هذه الحالة يكون قد خرج عن أحكام الشريعة و القانون، إذ أن التبني محرم بنص صريح في القرآن الكريم، و شهادة الميلاد في حالة التبني ليست دليلا على ثبوت النسب و ما هي إلا تصريح يمكن إبطاله بجميع وسائل الإثبات

تنص المادة 45 مكرر من قانون **: حمل المرأة عن طريق التلقيح الاصطناعي** يخضع التلقيح . الأسرة على أنه "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي أن يكون التلقيح -أن يكون الزواج شرعيا - : الاصطناعي إلى الشروط التالية أن يتم بمني الزوج و بويضة الزوجة دون -برضا الزوجين و أثناء حياتهما؛ يستنتج . " غيرها؛ لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة من هذا النص أن المشرع قد أباح التلقيح شريطة أن تتوفر فيه عدة شروط، و لكن ما يعاب على المشرع أنه لم يشترط أن التلقيح الاصطناعي لا يكون إلا في حالة الضرورة القصوى، كما أنه لم يشترط أن يتم ذلك التلقيح في عيادات و مستشفيات متخصصة و المقصود بالزواج لشروط الواجب توافرها في التلقيح الاصطناعي الشرعي هو ذلك الزواج المتوفر على أركانه و شروطه كما ما أن المادتان 9 و 9 مكرر قانون الأسرة، أي توافر -1 جاءت به ركن الرضا و شروط صحة الزواج، بالإضافة إلى ذلك فإنه لا يمكن إجراء التلقيح في حالة الزواج العرفي ، بل ينبغي على أن يكون التلقيح برضا الزوجين و - الطرفين إثبات زواجهما و ذ بهذا النص وفقا المادة 36 فقرة 4 أثناء حياتهما: فجاء المشرع قانون الأسرة حيث نص على أن يتم بين الزوجين التشاور في تسير شؤون الأسرة و تباعد الولادات، و بمعنى أدق فإنه لا يجوز للزوج أن يرغم الزوجة على إجراء عملية التلقيح الاصطناعي، كما لا يجوز للزوجة أن تنفرد بقرارها في هذا الشأن، و من ثم يشترط في هذه الحالة أن تكون الإرادة

مستتيرة، أي ينبغي للطبيب أن يفسر للطرفين كيفية إجراء العملية و مدى نجاحها و ما هي الآثار المترتبة عنها، كذلك المشرع اشترط أن يتم التلقيح أثناء حياة الزوجين، بمعنى أنه إذا توفي الزوج قبل أن تلقح الزوجة فإنه لا يجوز التلقيح بعد وفاته.

3- أن يتم التلقيح بمني الزوج و بويضة و رحم الزوجة دون غيرها: و المقصود بذلك أنه قد اشترط المشرع بأن يتم التلقيح الاصطناعي بمني الزوج و بويضة الزوجة، و من ثم فإنه لا يجوز أن تلقح بويضة الزوجة بماء رجل غير زوجها أو حتى بماء مشترك بمني الزوج و مني غيره، و أن هذه المسألة تتعارض مع النظام العام الجزائري فهي عملية غير أخلاقية حتى و إن كان الغرض منها علاج العقم، كما أن هذه العملية تؤدي إلى اختلاط الأنساب، هل ينسب الطفل إلى أبيه البيولوجي أم الطبيعي؟، زيادة على ذلك فإن هذه العملية شبيهة بعملية الزنا، لأنه ستلقح بويضة المرأة بغير مني زوجها و هو حرام شرعاً، و هذه العملية تتشابه مع ما كان يسري به العمل في الجاهلية، و ذلك عن طريق نكاح الاستبضاع أي أن الزوج إذا رأى أنه غير قادر على الإنجاب فيطلب منها الاتصال بغيره و تقيم معه علاقة و يعتزلها الزوج حتى تصبح حاملاً

و قد اشترط المشرع كذلك عدم اللجوء إلى الأم البديلة، و المقصود بالأم البديلة هو أن امرأة ثانية تحمل محل الزوجة، و ذلك سواء بماء الزوج و بويضة الزوجة أو بماء الزوج و بويضة الأم البديلة، فكل هذه العمليات محرمة إذ أنه لا يمكن أن يكون جسم الإنسان محل متاجرة، و ذلك على أساس أن الأم لأن محل العقد غير مشروع البديلة لا توافق على هذه العملية إلا بمقابل مالي، و هو تصرف ممنوع قانوناً و أكثر من ذلك فإن المسألة تتعلق في هذه الحالة بأحد المبادئ القانونية العامة و هو أنه لا يمكن لأي شخص أن يتنازل عن حق من حقوقه قبل إنشائه، إذ أن الأم البديلة تتفق بمقتضى عقد رسمي مسبق أن تتنازل عن أمومتها أي قبل ظهور حقها في الأمومة.

## المطلب الثاني : إثبات الزواج

يعد عقد الزواج إحدى العقود الهامة في حياة الإنسان، لذلك أولى المشرع عناية خاصة بشكله ومضمونه، ويظهر ذلك من خلال النصوص الشرعية المستمدة من فيض الوحي الإلهي، والتي انجرت عليها الصيغ القانونية الوضعية المختلفة والمتنوعة التي أصدرت منذ فجر الاستقلال، هذا ما يجعل من كتابة عقد الزواج أهمية بالغة، لذلك أوجب علينا المشرع أن يكون هذا العقد مكتوباً في وثيقة يحررها ضابط الحالة المدنية أو الموثق طبقاً للمادة 18 من قانون الأسرة الجزائري فالزواج الثابت بوثيقة رسمية يمكن الزوج من رفع دعوى والادعاء بأي حق من الحقوق الزوجية. أما عن إثبات الزواج العرفي فإنه يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي طبقاً لنص المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري وذلك لما للزواج العرفي من آثار خطيرة لكون الزوجة في حاجة أكثر من الزوج لحفظ حقوقها القانونية من نفقة ومهر ونسب وميراث وغيرها من حقوق وكذلك لحفظ سمعتها وكرامتها

### الفرع الأول : إثبات الزواج بتسجيل العقد بصفة رسمية

نصت المادة 18 من قانون الأسرة على أنه " يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانوناً مع مراعاة ماورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون ونصت المادة 3 من قانون الحالة المدنية الصادر سنة 1970 بموجب الأمر 70-20 على أنه " يكلف ضابط الحالة المدنية بمايلي... تحرير عقد الزواج " من خلال استقراء هذه النصوص يمكن القول أن عقد الزواج يحرره ضابط الحالة المدنية وهو عموماً رئيس المجلس الشعبي البلدي وفي الخارج رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفون على الدائرة القنصلية ورؤساء مراكز القنصلية والحالة المدنية هي نظام يتلقى فيه الأشخاص المذكورين أعلاه تصريح الولادات والوفيات ، وكذا تحرير وتسجيل عقود الزواج .

كما نصت المادة 21 من قانون الأسرة على أنه تطبق أحكام الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج .

وبالرجوع الى قانون الحالة المدنية نجد أنه حدد إجراءات عقد الزواج من المادة 71 الى المادة 77 وتناول من خلالها الوثائق المطلوبة لإبرام هذا العقد والتي تتمثل في شهادة ميلاد الزوجين بأقل من ثلاثة أشهر مستخرجة من سجل الحالة المدنية والدفتر العائلي اذا تعلق الأمر بشخص يريد إعادة الزواج ، بطاقة التعريف الوطنية ، أما بالنسبة للمرأة التي تزوجت من قبل فعليها تقديم نسخة من عقد وفاة الزوج السابق أو نسخة تبين الطلاق ومن الوثائق المطلوبة أيضاً وجوب تقديم وثيقة طبية لايزيد عمرها عن ثلاثة أشهر تبين خلو المقبلين على الزواج من أي

مرض معد أو منتقل جنسيا أو أي مشكل صحي يتعارض مع الزواج. ، أما فيما يخص زواج الجزائريين بالأجانب فيجب عليهم الحصول على رخصة إدارية كتابية وصادرة من الوالي ، بالإضافة الى بيانات وهوية الشهود وكذلك الترخيص إن وجد<sup>42</sup>. كما يجب تحديد شرط الصداق مما لا يدع الشك في وثيقة الزواج أو في وثيقة لاحقة من حيث قيمته ونوعه<sup>43</sup>

بعد التأكد من هذه الوثائق يقوم الموثق أو ضابط الحالة المدنية بتسجيل الزواج بعد التأكد من رضا الطرفين والشروط وفي أجل أقصاه ثلاثة أيام يقوم بإرسال ملخص الى ضابط الحالة المدنية لتسجيله بسجلات الحالة المدنية<sup>44</sup>. ويكون الزواج في هذه الحالة منعقدا بصفة رسمية لا يطرح أي إشكال من ناحية إثباته ، إذ يثبت بواسطة مستخرج من سجل الحالة المدنية.

## الفرع الثاني: إثبات الزواج بحكم قضائي

يطرح إشكال إثبات الزواج الذي يتم بطريقة عرفية وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية مكتمل الشروط والأركان ولكن غير مسجل وهو ما أشار له المشرع في نص المادة 22 من قانون الأسرة بقوله يثبت الزواج بحكم قضائي، فما الإجراءات المتبعة في ذلك وما آثار هذا الحكم؟

الزواج العرفي هو ذلك الزواج القائم على جميع أركانه الشرعية وشروطه من أهلية وولي وشاهدين وصداق الا أنه لأسباب خاصة بالزوجين لم يتم تسجيله أمام الجهات الرسمية ، ويسمى بالزواج العرفي لأنه تم بشكل غير رسمي بوفقا لما تعارف عليه الناس منذ عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وفقا لنص المادة 22 من قانون الأسرة يتم إثبات الزواج العرفي بموجب دعوى قضائية تسجل أمام قاضي شؤون الأسرة وفقا لنص المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموطن المدعى عليه وفي هذه الحالة يأمر القاضي بإجراء تحقيق للتأكد من مدى وجود واقعة الزواج العرفي، ويسمع كل شاهد على حدى ، يستفسر القاضي حول حضور الشاهد مجلس العقد أو مجرد السماع فقط

<sup>42</sup>هادفي بسمة ، تسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية، مجلة قضايا معرفية، المجلد 2، العدد 1، سنة 2022، ص 136.

<sup>43</sup>عبد الفتاح تقيّة- محاضرات في قانون الأحوال الشخصية ، بن عكنون ، كلية الحقوق والمكز ، كلية الخ

<sup>44</sup>- عبد العزيز سعد ، نظام الحالة المدنية في الجزائر ، ط 2 دار هومة ، ص 54.

بواقعة الزواج العرفي ، ويستفسر أيضا حول رضا الزوجين، وما إذا كانت الزوجة لازالت زوجته أو لا ، وحول حضور الولي مجلس العقد أو من تولى تزويج المرأة وحول حضور جماعة من المسلمين، والصدّاق إن كان معجلا أو مؤجلا وقيّمته، بالإضافة الى تاريخ ومكان ابرام عقد الزواج.

بعدها يحدد القاضي تاريخ الجلسة للنظر في الدعوى ، قصد تقدير أدلة الإثبات المقدمة ويتم ارسال ملف الدعوى للإضطلاع عليه.

هذا بالنسبة للشهود أما بالنسبة للييمين القانونية فقد إعتبرها القضاء ووسيلة غير كافية لإثبات واقعة الزواج العرفي ، ولا يعتد بها الا في حالة الوفاة<sup>45</sup>.

نصت المادة 22 من قانون الأسرة في فقرتها الثانية على أنه "يجب تسجيل حكم تثبت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة ويؤشر به على شهادة ميلاد كل من الزوجين"<sup>46</sup>

## الفصل الثاني : الطلاق وآثاره

أيا كان عقد الزواج ميثاقا غليظا ومع كل ما حفته الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي من عناية بهذا العقد إلا أنه تتحل الرابطة الزوجية بالوفاة أو الطلاق مع أن عقد الزواج المفترض فيه أنه عقد أبدي إلا أنه يجمع بين شخصين مختلفين في اجنس والطباع والبنية الجسدية وقد لا يقع التوافق المنشود في عقد الزواج ولذلك أبيح الطلاق والذي يكون على النحو التالي:

### **المبحث الأول: صور فك الرابطة الزوجية**

تتعدد أشكال إنهاء الرابطة الزوجية وفقا لقانون الأسرة والتي تكون بالإرادة المنفردة للزوج أو باشتراك ارادة الزوجين معا وقد تكون بطلب من الزوجة وحدها فما الذي يميز كل صورة عن الأخرى؟

**المطلب الأول : الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج و بالإرادة المشتركة للزوجين**  
تأخذ دعوى الطلاق المرفوعة أمام قاضي شؤون الأسرة إحدى الصورتين إما أن يكون بالإرادة المنفردة للزوج ويسمى طلاقا أو باتفاق ارادتهما ويسمى بالطلاق بالتراضي

### **الفرع الأول : الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج**

يقال أطلق الأسير أي خل سبيله وفك قيده، أو أطلق الناقة من عقالها أي خل سبيلها<sup>47</sup>

تنص المادة 48 من قانون الأسرة على أنه: " مع مراعاة أحكام المادة 49 أذناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج..."، ومن ثم فإنه يجوز للزوج أن يطلق زوجته على أساس رفع دعوى قضائية ولسبب من الأسباب التي يدعيها ويكون ذلك وفقا للشروط التالية:

-أن يتم رفع الدعوى أمام مكان وجود المسكن الزوجي المادة 426 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

-يشترط فيالزوج أن يكون راشدا وأهلا لإيقاع الطلاق ومن ثم يشترط فيه أن يكون بالغاً 19 سنة ومتمتعاً بكل قواه العقلية وغير محجور عليه، والملفت للانتباه في هذه الحالة هو أن الترخيص بالزواج طبقاً للم 2/07 ق.أ لا يرشد الزوج من أجل رفع دعوى الطلاق، تنص م 437 ق.أ.م.إ على أنه: " عندما يكون الزوج ناقص الأهلية يقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة."

47-المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر ط4، 2004، ص 563.

-إقامة محاولات الصلح من قبل القاضي بين الطرفين (م 49 ق.أ) وكان المشرع الجزائري ينص في م 49 ق.أ قبل تعديلها على أنه: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح..."، وكان القضاء الجزائري بشأن هذه المحاولة متضاربا بشأن أحكامه وقراراته بحيث أن المحكمة العليا كانت تعتبر الصلح ليس بإجراء جوهري بمعنى أنه يمكن أن يقع الطلاق بدون صلح بينما ذهبت قرارات أخرى إلى اعتبار الصلح أمر جوهري، وأمام هذا التضارب في القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا جاء المشرع في م 439 ق.أ.م.إ على أنه: " محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية"، وفي هذه الحالة فإنه ينبغي على القاضي القيام بتلك المحاولات في مدة لا تتجاوز (03) ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، وفي الأخير ينبغي عليه كذلك تحرير محضر يبين فيه ما قام به والنتائج المترتبة على محاولات الصلح.

ما تجدر الإشارة إليه أن محاولة الصلح جلسة سرية تتم دون حضور المحامي ، ويمكن بناء على طلب أحد الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح وإذا تعذر على أحد الزوجين الحضور فهنا يمكن للقاضي أن يحدد ميعاد آخر للصلح أو أن يعين قاضيا آخر لسماع الزوج المتغيب وفي حالة غياب الزوجين بدون مانع يحزر القاضي محضرا بذلك، وإذا تم الصلح يتم تحرير محضر بحضور القاضي وإذا لم يتم تبدأ مناقشة أمور الدعوى لأن محاولات الصلح السرية فشلت فهنا نذهب إلى الجلسة كما يمكن تعيين المحامي بهذا الخصوص.

إن هذا النوع من الطلاق يقع حتى ولو لم يسبب الزوج دعواه ففي هذه الحالة نكون أمام الطلاق التعسفي وكذا الشأن إذا طلبه الزوج على أساس سبب تافه، وفي هذه الحالة سلطة القاضي مقيدة إذ يتحتم عليه الحكم بالطلاق وما على الزوجة أمام هذه الحالة إلا المطالبة بالتعويض<sup>48</sup> حيث تنص م 52 ق.أ على أنه: " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها )" لا يمكن للقاضي أن يطالب بالتعويض من تلقاء نفسه)، وبالإضافة إلى ذلك فإن الطلاق الذي يوقعه الزوج وينطق به القاضي وكان الزوج في مرض الموت فإن الطلاق يقع ولكن لا يحرم الزوجة من حقها في الميراث ويسمى بالطلاق الفار، وهو ما أكدته المشرع في تعديله للم 52 ق.أ ومن ثم فإنه لا يجوز للقاضي أن يحكم للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا في آن واحد بالتعويض والمتعة لأن التعويض في حد ذاته يحكم به القاضي عن الضرر اللاحق بالزوجة، وأن للقاضي الحكم كذلك بالتعويض حتى ولو لم يتم الدخول بعد، كما تنص م 57 ق.أ على أنه: " تكون

48- ذبايي باديس، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص7.

الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية، وتكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف".

### الفرع الثاني : الطلاق بالإرادة المشتركة للزوجين

لقد أخذ المشرع الجزائري بهذا النوع من الطلاق ونص عليه في م 48 ق.أ. وأن أهم ما يميز هذا النوع من الطلاق أنه يتم بدون خصام ونزاع، تلاقيا بالإحسان وسيفترقان بالإحسان، وهذا النوع من الطلاق لا يؤثر خلافاً للطلاق بالإرادة المنفردة على تربية الأولاد، وهذا النوع من الطلاق لا يقع إلا إذا توافرت فيه الشروط التالية:

- أن يتم بناء على طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين ( م 428 ق.أ.م.إ.)

- يشترط في الزوجين معا الأهلية الكاملة.

- يشترط أن لا تكون إرادتهما معيبة بعيب من عيوب الإرادة كالإكراه مثلاً.

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

- يشترط إجراء محاولة الصلح، تنص م 431 ق.أ.م.إ. على أنه: " يتأكد القاضي في

التاريخ المحدد للحضور من قبول العريضة ويستمع للزوجين على انفراد ثم

مجتمعين، ويتأكد من رضائهما ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكناً".

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

بالطلاق بالتراضي، كما أنه يجوز للزوجين أن يتفقا على بعض آثار الطلاق غير

أن م 2/431 ق.أ.م.إ. تنص على أنه: " ينظر مع الزوجين أو وكلائهما في الاتفاق

وله أن يلغي أو يعدل في شروطه إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت

النظام العام".

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.

وكذلك أن الأحكام الصادرة عن المحكمة والمتعلقة بالطلاق بالتراضي هي غير

قابلة للاستئناف ( م 57 ق.أ. ، م 433 ق.أ.م.إ.)<sup>49</sup>

### **المطلب الثاني: الطلاق بطلب من الزوجة**

49- أنظر بالتفصيل، بن الشويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 176.

يكون للزوجة الحق في الحق في مباشرة دعوى قضائية من أجل طلب فك الرابطة الزوجية ويكون ذلك بإحدى صورتين ، الأولى تتمثل في الخلع ويرجع ذلك لإرادتها المنفردة دون موافقة الزوج والثانية تتمثل في التطليق والذي يتقيد بضرورة وجود سبب محدد قانونا ويرجع ذلك الى السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة .

## الفرع الأول : الخلع

تنص م 54 ق.أ على أنه: " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي"، وعلى هذا الأساس فإن الخلع خلافا لما كان عليه فلم يصبح عقد بين الزوجين بمقتضاه تعرض الزوجة على زوجها مبلغا من المال المعلوم والمقوم شرعا مقابل طلاقها، وبقبول الزوج لهذا الطلب يقع الخلع أي الطلاق بينهما<sup>50</sup> وبما أن نص م 54 ق.أ قبل التعديل كان يشوبه بعض الغموض فذلك أدى إلى وجود نوع من التناقض بين الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا وعلى أساس ذلك فإن الخلع يتم بناء على الشروط التالية:

- أن يتم دون موافقة الزوج.  
- لا يتم الخلع إلا في عقد الزواج الصحيح وبعد الدخول بالزوجة .  
- أن لا يكون الزوج قد أساء إلى زوجته وألحقها أضرار من جراء تصرفاته، ففي هذه الحالة فإن الزوج هو الذي يرغب في أن يتخلص من زوجته ويريد من وراء ذلك الحصول على مقابل ففي هذه الحالة يقع الطلاق ولا يأخذ شيئا مهما كان مهرها.

- يشترط في هذا النوع من الطلاق الأهلية الكاملة خاصة بالنسبة للزوجة التي يشترط فيها أهلية التبرع.

وإذا اجتمعت هذه الشروط فما على القاضي إلا أن يحكم للزوجة بالخلع بمقابل الخلع، والمقصود بالمقابل هو العوض الذي تلتزم به الزوجة لزوجها لقاء طلاقها ولا يمكن أن يكون هذا المقابل طبقا للم 54 ق.أ إلا مبلغا من المال سواء أكان من النقود أو الأوراق المالية وكذلك ينبغي أن يكون المقابل مالا معلوما ومتقوما شرعا، غير أنه لا يجوز أن يكون مقابل الخلع حضانة الأولاد لأنه لا يجوز التصرف في حق الغير بينما يجوز أن يكون مؤجل المهر أو نفقة العدة، غير أنه تنص م 2/54 ق.أ على أنه: " إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم." فالخلع بذلك أصبح حقا خالصا للزوجة يقابل حق الزوج في فك الرابطة الزوجية ،

50-كاملي مراد، المرجع السابق، ص 64.

لا يملك القاضي أن يرفض لها طلب فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع . مع أنها قد تتعسف في إستعمالها لهذا الحق الا أنه لا يستحق الزوج في هذه الحالة تعويضا عن تعسفا هذا لأن مقابل الخلع والذي يساوي كأقصى حد قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم لا يمكنه أن يكون تعويضا للزوج عن فك الرابطة الزوجية بتعسف من الزوجة لأنه من جهة محدد المقدار ومن جهة أخرى مقرر لكل زوج لقاء الخلع المحكوم به للزوجة تجدر الإشارة الى أن الحكم بالطلاق عن طريق الخلع يكون ابتدائيا ونهائيا شكأنه في ذلك شأن كافة أحكام الطلاق ولا يصدره القاضي الا بعد اجراء عدة محاولات صلح بين الطرفين ، كما أنه لا يحتاج الى ضرورة توافر سبب لطلب الطلاق ، إذ تكفي ارادة الزوجة وحدها للحكم لها بالخلع ، ما يجعله حقا خالصا لها يقابل حق الزوج في طلب الطلاق.

### الفرع الثاني : التتطبيق

التتطبيق هو الحكم القضائي بالفرقة بين الزوجين بناء على طلب من الزوجة لأسباب معينة<sup>51</sup>

أجاز المشرع الجزائري للزوجة طلب فك الرابطة الزوجية بالتتطبيق ، غير أنه قد علق طلبها هذا على سبب من الأسباب الواردة في م 53 ق.أ ، كما أنه يجوز لها طلب التتطبيق في حالة نشوز الزوج م 55 ق.أ، وأما أسباب التتطبيق التي جاء بها المشرع فهي متنوعة بحيث قد أخذ بالنظرية الواسعة التي جاء بها المذهب المالكي بشأن حق الزوجة في التتطبيق وأن هذه الأسباب هي على النحو التالي:

أ. **التتطبيق لعدم الإنفاق:** تنص م 1/53 ق.أ على أنه: "... عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون"، ويستخلص من هذا النص على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التتطبيق بسبب عدم إنفاق الزوج عليها أو على أبنائهما إذا توافرت الشروط التالية: - أن يكون الزوج قد امتنع عمدا عن الإنفاق على زوجته: إن المشرع الجزائري لم يفصح لنا عما إذا كان الزوج له أموال وتعهد عدم الإنفاق أو كان معسرا. - أن يكون قد صدر من المحكمة حكم يتعلق بوجوب النفقة من الزوج على زوجته : غير أن ما يعاتب على المشرع هو أنه لم يحدد لنا المدة التي ينبغي على الزوجة انتظارها بعد صدور الحكم بإلزام الزوج على الإنفاق ومن ثم قياسا على ما نصت عليه م 331 ق.ع فإنه يلتزم عليها أن تنتظر مدة شهرين من يوم استصدار الحكم، بل من يوم تبليغه.

<sup>51</sup>- كاملي مراد، المرجع السابق، ص 60.

- أن لا تكون عالمة بإعساره وقت إبرام عقد الزواج معه: ويعني بذلك بمفهوم المخالفة إذا كانت الزوجة عالمة بإعسار الزوج يوم إبرام عقد الزواج فإنه لا يمكن لها طلب التطلق لعدم الإنفاق لأنها رضيت به كزوج يوم إبرام العقد وهو في حالة إعسار، وفي هذه الحالة يقع عبء الإثبات على الزوج من حيث تبيان للقاضي بأن الزوجة كانت على علم بإعساره ويمكن له إثبات ذلك بكافة وسائل الإثبات.

- أن يكون الحكم القاضي بإلزام الزوج بالإنفاق على زوجته مراعيًا لما نص عليه المشرع في م 78 و 79 و 80 ق.أ: ويعني بذلك أنه ينبغي على القاضي أن يراعي أثناء حكمه بإلزام الزوج على الإنفاق على زوجته مشتملات النفقة م 78 ق.أ، كذلك يراعي ظروف وحالة الزوجين عند تقدير النفقة م 79 ق.أ، وتستحق الزوجة النفقة من تاريخ رفع الدعوى بل يمكن أن يحكم لها بذلك لمدة لا تتجاوز السنة قبل رفع دعوى النفقة م 80 ق.أ، وقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1989/11/27 على أنه: "من المقرر قانونًا أن دعوى الطلاق من اختصاص محكمة مقر مسكن الزوجية وتطبيق الزوجة لعدم الإنفاق والحكم لها به دون يمين يعد مخالفًا للأحكام الشرعية الإسلامية ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذين المبدأين يعد خرقًا للقانون."

**ب. التطلق للعيب:** لقد سمح المشرع للزوجة أن تطلب التطلق بسبب العلل والأمراض التي يصاب بها الزوج ومن صور هذه العلل عدم قدرة الزوج على المعاشرة الجنسية، الأمراض السائدة التي تنتقل من أحدهما للآخر بمجرد الاقتران كمرض السيدا، كذلك المرض الذي من شأنه دفع الزوجة إلى النفور من زوجها كالبرص والجذام وحتى العقم، ولها أيضا الحق في طلب التطلق إذا أصبح الزوج في حالة جنون، ومن ثم فقد نص المشرع في م 2/53 ق.أ على أنه ... "العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج"، وأن هذه الأهداف نصت عليها م 4 ق.أ ومن ثم يشترط الشروط التالية لطلب التطلق للعيب:

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

- أن تكون العيوب غير قابلة للعلاج أو الشفاء، أما إذا كان العيب قابل للشفاء فينبغي على القاضي في هذه الحالة أن يضرب للزوج أجل وأن تبقى الزوجة بجانب زوجها، وأن هذه الحجة تتمثل في أن المدعى عليه مصاب باختلالات عقلية تؤثر على حالته الطبيعية وتؤثر على صفة الحياة الزوجية.

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

ولكن أمام كل هذه الشروط التي جاء بها المشرع في م 2/53 ق.أ فإنه يلاحظ أن النص القانوني لم يفرق بين المرض الذي أصيب به الزوج قبل إبرام عقد الزواج

والمرض اللاحق لإبرام عقد الزواج، حيث إذا كان الزوج مصاب بالمرض قبل إبرام عقد الزواج ورغم ذلك لم يبلغ الطرف الآخر بمرضه يكون قد دلس عليه وفي هذه الحالة من المفروض أن يكون للزوج المتضرر الحق في طلب إبطال العقد، أما إذا كان المرض لاحقاً هنا يجوز للمرأة طلب التطليق.

**ت. التطليق للهجر في المضجع:** وهو ما نصت عليه م 3/53 ق.أ بأنه: "... الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر"، ويشترط بمقتضى هذه الفقرة لإيقاع التطليق 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 أثناء هذه الأشهر أي اتصال بين الزوجين أما إذا وقع الهجر في مرات متعددة فإنه لا يجوز لها طلب التطليق

- أن يكون الهجر عمدياً فإذا كان لأمر خارج عن إرادة الزوج كسبب وجود هذا الأخير في الخارج من أجل العلاج أو في مكان معين لتأدية الخدمة الوطنية ففي هذه الحالة لا يجوز لها طلب التطليق لأن غياب الزوج عن زوجته كان لعذر مقبول شرعاً وقانوناً.

وإذا اجتمعت هذه الشروط الثلاثة يجوز للزوجة الحق في المطالبة بالتطليق وأن هذا الهجر يقترب بالإيلاء في بعض الأمور ويختلف عنه في أمور أخرى حيث يتفق معه في أنه يقع في حالة ترك وطأ الزوجة وعدم الاقتراب منها لمدة 04 أشهر وكذلك يتفق معه من حيث الغرض منه إلحاق الضرر بالزوجة بينما يختلف عنه من حيث أن الإيلاء يمين على عدم الاقتراب من الزوجة، وأما إذا كان المبتغى من هذا الإيلاء الإصلاح وذلك يكون في حالة ما إذا أدى الزوج يمينا بأن لا يقترب من زوجته المصابة بمرض فهنا لا نكون أمام ما يسمى بالإيلاء، كذلك يختلف عنه في أن الإيلاء يحلف فيه الزوج على مدة لا تقل عن أربعة أشهر فإن قلت فلا شيء عليه بينما في الهجر في المضجع يجب أن تكون تلك المدة تفوق أربعة أشهر، في حالة ما إذا أدى الزوج اليمين في أربعة أشهر وأراد العودة لزوجته قبل تلك المدة يكون حائثاً ويلتزم بالكفارة (إطعام 10 مساكين أو تحرير رقبة فإن لم يجد فصيام 03 أيام)، أما إذا انقضت المدة فما على المرأة إلا أن ترفع أمرها للقاضي ليحكم بتطليقها عند جمهور الفقهاء، أما الحنفية عند انتهاء المدة يتم التفريق بينهما<sup>52</sup>.

**ث. التطليق للحكم بعقوبة عن جريمة ماسة بشرف الأسرة:** لقد أجاز المشرع

<sup>52</sup>- بختي العربي، المرجع السابق، ص 107.

الجزائري في م 4/53 قاباً للزوجة أن تطلب التطلاق بسبب: " الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"، ومن تفحص هذا النص نستخلص أنه لا يمكن للزوجة أن تطلب التطلاق على أساس هذا السبب إلا بتوافر الشروط التالية:

- أن يصدر حكم قضائي ضد الزوج نهائياً حائزاً لقوة الشيء المقضي به: وكان المشرع ينص في النص القديم على أنه يكون محل الحكم عقوبة مقيدة لحرية الزوج أو أدانته المحكمة بالحبس، بينما في النص الجديد أصبح المشرع لا ينص على هذا الشرط واكتفى بالقول الحكم على الزوج عن جريمة ومن ثم إذا حكمت المحكمة على الزوج بالحبس مع وقف التنفيذ يعتبر الشرط متوفراً خلافاً على ما كان عليه في السابق.

- أن تكون الجريمة المعاقب عليها مما يمس بشرف الأسرة، والمقصود بذلك أن يكون الفعل الذي ارتكبه الزوج وصمة عار في جبين الأسرة ومن قبل هذه الجرائم ضرب و شتم الفروع للأصول، جريمة هتك العرض، خطف الأطفال، التاجرة بالمخدرات.

- أن تجعل الجريمة مواصلة العشرة بين الزوجين أمراً مستحيلاً: حيث يتحول الحب بينهما إلى بغض وكراهية وتصبح الحياة الزوجية جحيماً لا يطاق. وبتوافر هذه الشروط الأربعة المجتمعمة يمكن للزوجة طلب التطلاق بسبب الحكم على الزوج عن الجريمة الماسة بشرف الأسرة وأن للقاضي في ذلك سلطة تقديرية فهو الذي يقدر الوقائع المطروحة أمامه وعندئذ يقضي للزوجة بالتطلاق.

**ج. التطلاق بسبب غياب الزوج:** تنص م 5/53 قاباً على أنه: " الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة"، من خلال هذا النص فإنه يجوز للزوجة طلب التطلاق إذا غاب زوجها مدة طويلة دون عذر ولم يترك لها مال تنفق منه و عليه يشترط بشأن هذا السبب لإيقاع التطلاق الشروط التالية:

- أن تكون الغيبة تفوق السنة ولو ببيوم، ابتداء من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى، أما إذا كانت المدة أقل من سنة فإنه لا يجوز للزوجة طلب التطلاق بسبب الغيبة ويجري حسابها بالسنة الميلادية وهذا هو المعمول به قضاءً، وإذا كان الأمر يتعلق بزوجة المفقود فإن المدة تبدأ من يوم صدور الحكم بفقده، الفرق بينهما هو أن زوجة الغائب ليس لها أن تطلب من القاضي استصدار حكم بوفاة زوجها أما زوجة المفقود فلها الحق في ذلك<sup>53</sup>.

- أن يتم الغياب دون عذر مقبول كما لو سافر الزوج لمجرد السياحة ولم يعد، أما إذا كان غيابه لعذر مقبول شرعاً أو قانوناً كتأديته للخدمة العسكرية أو سافر

<sup>53</sup>-بين شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 199.

للخارج من أجل الدراسة لأن في هذه الحالة الأخيرة المنفعة تعود على الأسرة بأكملها.

- أن لا يترك لزوجته مالا تنفقه على نفسها وعلى أولادها: أما إذا غاب لمدة تفوق السنة ولكن ترك لها مالا تنفقه ففي هذه الحالة لا يمكن لها أن تطلب التطلق بناء على م 5/53 ق.أ.

**ح. مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من قانون الأسرة:** لقد أحال المشرع القاضي إلى م 08 ق.أ وذلك بأنه يجوز للزوجة طلب التطلق إذا لم تحترم الشروط المتعلقة بتعدد الزوجات وذلك يتجلى في حالة التدليس من طرف الزوج على زوجته بأنه غير متزوج فإذا به ظهر خلافا لذلك، وكذلك في حالة ما إذا تم زواجه من زوجة ثانية دون استصدار الرخصة القضائية وتزوج من دون علمها أو من دون احترام الشروط المتعلقة بالتعدد من حيث العدل أو ليست له القدرة الكافية لتحمل تكاليف الزواج، ففي كل هذه الحالات إضافة إلى الحالة التي ترفض فيها الزوجة التعدد مع توافر الشروط فإنه يجوز لها طلب التطلق حتى ولو وافقت على التعدد غير أن الزوج لم يكن عادلا ماديا نحو زوجاته.

**خ. ارتكاب فاحشة مبينة:** نصت عليها م 7/53 ق.أ، والواقع أن المصطلح المستعمل من قبل المشرع يسوده الإبهام والغموض إذ أن الفاحشة في حكم الفقه الإسلامي بمعناه الواسع يندرج تحت طياتها كل فعل من الكبائر كالشرك بالله وعصيان الوالدين وارتكاب الزنا... الخ، ولكن نعتقد أن المشرع الجزائري يكون قد أخذ بهذا المعنى وإنما بحكم النصوص القانونية الواردة في م 53 ق.أ نعتقد أن المشرع كان يقصد من وراء ذلك جريمة الزنا أي أن الفاحشة الواردة في هذه المادة يعني بها ارتكاب العلاقة الجنسية مع شخص أجنبي وهو ما يمنح الزوجة حق طلب التطلق بحيث إذا أثبتت للقاضي بالوسائل المعترف بها شرعا كشهادة أربعة شهود حضروا ارتكاب الجريمة أو عن طريق محضر الجهات المخولة لها ذلك الاختصاص<sup>54</sup> ، فعندئذ ما على القاضي إلا أن يحكم لها بالتطلق وليس له أمام هذا الإثبات أية سلطة تقديرية بل ينبغي عليه الحكم بفك الرابطة الزوجية.

**د. الشقاق المستمر بين الزوجين:** إذا رجعنا إلى الفقه الإسلامي فإن الزوجة ليس لها الحق في طلب التطلق إذا شب بينها وبين زوجها شقاق بصفة مستمرة لأن ذلك ليس في نظره سبب من أسباب التطلق وهذا ما دفع المشرع الجزائري في النص القديم لقانون الأسرة إلى عدم ذكره.

<sup>54</sup>- أحمد نصر الجندي، المرجع السابق ص 120.

غير أن التعديل الذي طرأ على م 53 قاباً أدخله واعتبره سبباً من أسباب التطلاق بل جاء مؤكداً لما استقرت عليه المحكمة العليا في قراراتها  
**ذ. مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج:** إذا كانت م 19 قاباً تنص صراحة أنه يجوز لكلا الطرفين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط الضرورية شريطة أن لا تخالف هذه الأخيرة أحكام قانون الأسرة ومن ثم يجوز للطرفين الاتفاق على عدم التعدد وكما يجوز للمرأة أن تشترط مواصلة الدراسة أو العمل بعد الدراسة، أو استمرارية عملها بل لها كذلك أن تشترط عليه أي شرط تراه ضروري شريطة أن لا يتنافى مع ما جاء به المشرع في قانون الأسرة.

وإذا انصب اتفاق الطرفين على شرط من هذه الشروط ورفض الزوج بعد الزواج والدخول بالزوجة أن يمثل لما وافق عليه سابقاً كرفضه لعمل الزوجة ففي هذه الحالة يجوز لها ليس أن تخالف إرادة الزوج وتبقى مستمرة في عملها وإنما لها الحق في طلب فك الرابطة الزوجية عن طريق التطلاق. ويشترط في هذه الحالة أن يكون الشرط مكتوب في عقد رسميسواء في عقد الزواج نفسه أو في عقد لاحق

**ر. التطلاق للضرر المعتبر شرعاً:** من بين حالات تطلاق الزوجة من زوجها ما جاءت به م 10/53 قاباً التي نصت على أنه: "كل ضرر معتبر شرعاً"، وأن أول ما يلاحظ على هذه المادة أنها جاءت بسبب واسع النطاق لأن المشرع لم يفيد حق المرأة في التطلاق لضرر معين مانحاً بذلك السلطة التقديرية المطلقة للقاضي في تقدير الأضرار التي يمكن للزوجة أن تطلب بمقتضاها التطلاق<sup>55</sup>، وأن هذه السلطة لا تخضع لرقابة المحكمة العليا، ويكون المشرع بذلك قد أخذ بعين الاعتبار العادات والتقاليد المنتشرة داخل المجتمع الجزائري، بحيث أن الضرر المعتبر لدى جماعة معينة ليس ذاته عند جماعة أخرى ويختلف كذلك الأمر ليس من مكان إلى مكان آخر ولكن كذلك من زمان إلى زمان آخر.

والواقع فإنه كان بإمكان المشرع أن يستغني عن جميع الأسباب الواردة في م 53 قاباً ويبقى على هذا السبب لأنه يشتملها جميعاً، ومن ثم متى تضررت الزوجة من تصرفات الزوج فلها أن ترفع أمرها للقاضي ولها أن تثبت له بجميع وسائل الإثبات أن الزوج لا يحسن معاملتها وعندئذ فما على القاضي في حالة الإثبات إلا أن يستجيب لطلبها وذلك لرفع الضرر عنها، وإن عجزت عن إثبات ذلك فينبغي على القاضي أن يقوم بتعيين حكيمين للتوفيق بينهما، حكماً من أهله وحكماً من أهلها وعلى هذين الحكيمين أن يقدموا تقريراً له عن مهمتهما في أجل شهرين (م 56 قاباً)<sup>56</sup>

<sup>55</sup> - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 120-121.  
<sup>56</sup> - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 205-206.

وإذا تبين من تقرير الحكمين أنه هناك ضرر من الزوج على زوجته وفشلا في التوفيق بينهما فما على القاضي عندئذ إلا الحكم بالتطليق وإلزامه بالتعويض إذا طلبته الزوجة.

ويجب الإشارة هنا الى أن الضرر لا يكون سببا للتطليق إلا بتوافر الشروط التالية:

-أن يكون صاحب الضرر الزوج وليس الغير ما لم يكن قد حرض الغير على زوجته.

-يجب أن ينتج عن الخطأ الصادر عن الزوج أضرار تلحق بالزوجة أو أحد فروعها أو أصولها: م 3/36، 5 ق.أ.

-أن يكون مرتكب الضرر راشدا وأهلا للتصرفات القانونية.

-أنه لا يمكن أن يعاقب الزوج بسبب الضرر الذي لحق بالزوجة نتيجة لممارسة حقه الشرعي كرفضه مثلا أن تكون تربية الأولاد على ديانة أمهم المسيحية.

وإذا اجتمعت هذه الشروط يجوز للمرأة حينئذ طلب التطليق طبقا للم 10/53 ق.أ.

### الفرع الثالث: الطلاق للنشوز

بالإضافة الى الصور السابقة هناك طلاق آخر وهو الطلاق بسبب النشوز والذي يكون بطلب من الزوجة أو من الزوج ، وهو ما نص عليه المشرع في م 55 ق.أ.

ولكن لم نفهم لماذا المشرع انفرد بهذه الحالة وخص لها مادة قانونية ، والجديد فيها هو طلب الزوج التعويض في حالة نشوز الزوجة أما الزوجة فلها في جميع

الحالات التعويض عند نشوز الزوج، ويؤخذ على المشرع الجزائي أنه جعل

نشوز أحد الزوجين سببا لطلب الطلاق إلا لأنه لم يحدد صور النشوز ، ما يجعل

القاضي يرجع الى نص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيله الى الشريعة

الإسلامية فيما لم يرد فيه نص والى إجتهاادات المحكمة العليا

بالرجوع الى المادة 55 من قانون الأسرة فإنها تنص على أنه " عند نشوز احد

الزوجين يحكم القاضي بالطلاق و بالتعويض للطرف المتضرر".

أصل كلمة النُّشُوز يعني الارتفاع، يُقال: مكان ناشز أي مُرتفع، فكأن الزوجة

ترتفع عن طاعة الزوج وتتعالى عما أوجبه الله له عليها ولا تتواضع له؛ فلذلك

سُمِّيَتْ ناشِرًا . وقد عرَّفَ العلماء النشوز بأنه خروج المرأة عن طاعة زوجها في

الحقوق والواجبات، فكل امرأة أَخَلَّتْ بحقوق الزوج وطاعته اعتُبرتْ ناشِرًا من

وجهة نظر الشريعة الإسلامية وتجب الإشارة الى أن كلمة ناشِر أو نشوز وردت

في قوله تعالى: (وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا)<sup>57</sup>  
فالنشوز هو امتناع الزوجة عن طاعة الزوج - في غير معصية - وعدم القيام بحقوقه الزوجية ، كأن تمتنع عن معاشرة زوجها مع رغبته دون عذر شرعي، أو تخرج من بيته بدون إذنه، أو تمتنع عن السفر معه إلى بلده التي يقيم فيها، أو إلى مسكنه الجديد المناسب.

وهذا النشوز محرم، ويسقط حق الزوجة في النفقة، وسقوط النفقة يبدأ من يوم النشوز الفعلي؛ وإن ثبت بعده بمدة. والنشوز حرام ويستوجب اللعنة من الله - سبحانه وتعالى - لقوله صلى الله عليه وسلم " أيما امرأة باتت وزوجها غاضباً عليها لعنتها الملائكة حتى تُصبح " .

على ضوء المادة 55 من قانون الأسرة نستنتج بأن النشوز كما قد يصدر من الزوجة قد يصدر من الزوج كما أنه لا يبين لنا هذا النص القانوني كيف يكون نشوز احد الزوجين اي متى نعتبر الزوج أو الزوجة في حالة نشوز؟

اهم حالة تتكرر يوميا في المجتمع الجزائري هو التحاق الزوجة الى بيت والديها او احد اقاربها ثم تمتنع عن الرجوع رغم محاولات الزوج المتكررة ما يجعله يباشر دعوى رجوع الى بيت الزوجية والتي تنتهي بصدور حكم يلزم الزوجة بالرجوع ، و عليه فان امتناع الزوجة عن تنفيذ الحكم النهائي الصادر ضدها و القاضي برجوعها الى بيت الزوجية يعتبر نشوزا حيث جاء قرار المحكمة العليا الصادر في 1986/5/5 في الملف رقم 41718 انه في حالة امتناع الزوجة عن استئناف الحياة الزوجية المحكوم بها باحكام اصبحت نهائية يعتبر نشوزا و بالتالي تفقد حقوقها من نفقة و غيرها كما قضت المحكمة العليا في قرار صادر في 1984/7/9 في الملف رقم 33762 ان سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون الا بعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم مما يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها

وتنفيذ الحكم القاضي بالرجوع لا يمكن تنفيذه عن طريق الجبر و لا بواسطة القوة العمومية و لا يجوز لاعوان السلطة القضائية و لا غيرهم حمل الزوجة و ارغامها على الرجوع تنفيذا للحكم الصادر ضدها و انما من حق الزوج ان يطلب من الموظف القائم بالتنفيذ ان يحزر له محضر رسمي يتضمن رفض الزوجة لتنفيذ ذلك الحكم و امتناعها عن الرجوع الى بيت زوجها امتناعا صريحا و دون اي مبرر شرعي ويثبت الزوج ذلك بموجب محضر عدم الرجوع محرر من

<sup>57</sup>- سورة النساء، الآية 34.

طرف المحضر القضائي الذي يقوم بتنفيذ الحكم الصادر بالزام الزوجة بمواصلة الحياة الزوجية ، و في الأخير تجدر الإشارة الى ان رفض الزوجة الرجوع بعد ثبوت اهانتها لا يعد نشوزا.

طبقا لقانون الاسرة الجزائري يمكن للزوجة طلب الطلاق بسبب نشوز زوجها اذا ثبت النشوز و ضرر الزوجة و استحالة مواصلة العشرة و الحياة الزوجية وتكون حالة نشوز الزوج طبقا لما توصل اليه الاجتهاد القضائي بنفس شروط نشوز الزوجة ، أي بعد صدور حكم يلزمه بمراجعتها وأن تسعى لتنفيذ هذا الحكم فيمتنع الزوج عن التنفيذ وتثبت ذلك بموجب محضر محرر من طرف المحضر القضائي

## المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن الطلاق

يترتب عن فك الرابطة الزوجية بجميع صورها الواردة في قانون الأسرة وسواء كانت بطلب من الزوج أو بطلب من الزوجة آثارا ، وقد تكون هذه الآثار مادية أو غير مادية ، فيما تتمثل هذه الآثار؟

### **المطلب الأول : الآثار المادية للطلاق**

ينجم عن الطلاق آثارا مادية تتمثل في التعويض للطرف المتضرر بالإضافة الى النزاع في متاع البيت فكيف فصل القاضي في ذلك ؟

### **الفرع الأول : التعويض**

لقد أشار المشرع الجزائري في النصوص الواردة في قانون الأسرة إلى حق أحد الزوجين في التعويض بعد الحكم بالطلاق وأنه في هذه الحالة يجوز للقاضي بطلب من المطلقة أن يحكم لها بالتعويض في حالة ما إذا تبين له تعسف الزوج في استعمال حقه بالطلاق، ويكون تعسف الزوج إذا كان الطلاق بناء على طلبه لسبب تافه أو منعدم ففي هذه الحالة يقدر القاضي التعويض على أساس الضرر اللاحق بالمطلقة<sup>58</sup> (م 52 كما أنه يجوز للزوجة طلب التعويض عن الضرر اللاحق بها في حالة ما إذا طلبت التطلق (م 53 مكرر قاباً)، لكن في هذه الحالة يستوجب علينا الأمر أن نفرق بين الأسباب التي علقت عليها الزوجة طلب التطلق بحيث يجب الأخذ بعين الاعتبار كل

58-عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 306.

سبب على حدة فمثلا إذا كان طلب التطبيق على أساس العيوب هنا نفرق بين العيب الطارئ بعد إبرام الزواج و هنا لا يجوز لها طلب التعويض لأنه لا يد للزوج في ذلك ،وبين العيب الطارئ قبل إبرام عقد الزواج ولم يخبر به زوجته و هنا يحكم لها القاضي بالتعويض لأنها كام محلا للغش والتدليس من طرف الزوج ، والحكم على الزوج عن جريمة يمكن لها طلب التطبيق على أساس جريمة تمس بشرف الأسرة ولها طلب التعويض لما أصابها من ضرر وألم نفسي ومعنوي ، وكذلك في حالة الشقاق المستمر بين الزوجين

**أ- تقدير اقيمة التعويض :** التقدير للقاضي في الحكم بالتعويض إذ أنه ليس له ضابط محدد وإنما يأخذ القاضي في تقديره بالمعايير الشخصية التي تختلف من حالة الى أخرى ، فالقضاء بالتعويض عن الضرر المترتب عن الطلاق يستلزم أن يبين القاضي الأسباب التي دفعته لرفع قيمة التعويض، لاسيما إذا حكم بغير ما هو مألوف، كأن تكون مثلا الحياة الزوجية قد طالت لفترة تجاوزت سنين عديدة<sup>59</sup>. أما إذا حكم القاضي بتعويض معين سواء قل مقداره أو زاد فإنه رغم ما له من سلطة تقديرية فهو مجبر على تسبيب ذلك وإلا كان قراره معيبا للقصور في التسبيب<sup>60</sup>. وقد جاء في قرار آخر للمحكمة العليا في 18/6/1991 بأنه "من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل"<sup>61</sup>.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 12/7/2007 قضت بأن "تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص بها قضاة الموضوع دون غيرهم"<sup>62</sup>.

فتقدير التعويض المستحق للمطلقة هو من صلاحيات القاضي الذي يفصل في قضية الطلاق، وهو يخضع لسلطته التقديرية ولا يمكن تقييده أو حصره، وعلى القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار بعض المعطيات وهي مدخول الزوج وظروف المعيشة، وحتى عدد سنوات العشرة الزوجية التي قضياها معا<sup>63</sup>.

<sup>59</sup>-أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 282.

<sup>60</sup>-أنظر، المادة 277، فقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسببيه، ويجبان بسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون، وأن يشار إلى النصوص المطبقة". والمادة 358 من نفس القانون "لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية..... 9-إنعدام التسبيب. 10\_ قصور التسبيب.

<sup>61</sup>-أنظر، م ع ، غ أ ش ، 18/6/1991 ، ملف رقم 75029 ، م ق 1992 ، عدد 1 ، ص 65 .

<sup>62</sup>-أنظر، م ع ، غ أ ش ، 12/7/2007، ملف 368660، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، ص 483.

<sup>63</sup>-أنظر، عمار بن أحمد، المرجع السابق، ص 38.

كما يجب أن يراعي القاضي في تقدير التعويض عن تعسف الزوج في الطلاق جسامة الضرر الذي أصاب المطلقة وكذا ارتفاع الأسعار وتغييرها، وهي مسألة متروكة لتقدير قاضي الموضوع. ولذلك فإن إقرار مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري يعتبر وسيلة ناجعة في الحد من الطلاق، ومن شأنه أيضا تعزيز المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة<sup>64</sup>.

والحقيقة أن المشرع الجزائري حسنا فعل عندما لم يقيد التعويض وترك لقاضي الموضوع الحكم بما يراه كفيلا لجبر الضرر، ذلك أن الأوضاع والآثار قد تختلف من حالة طلاق إلى أخرى. كما أن القانون إذا حدد قيمة التعويض فإن مراجعته تحتاج إلى إجراءات وتعديلات قانونية، عكس الأحكام القضائية التي تتماشى والواقع المعاش.

أما بشأن طريقة دفع هذا التعويض، هل جملة واحدة أم يدفع على أقساط؟ فقد سكت المشرع الجزائري في قانون الأسرة عن ذلك إلا أننا نجد ذلك في المادة 132 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا".

وجواز الترخيص للمطلق في سداد التعويض على أقساط هو أمر جائز وليس فيه إسقاط للحق الواجب للمطلقة، إنما فيه مصلحة للمطلق بالتيسير عليه<sup>65</sup>. وهذا ما يتماشى مع قوله تعالى "ولا تنسوا الفضل بينكم"<sup>66</sup>. وهذا حتى لا ينسى المسلمون الفضل بينهم والمودة حتى بعد ظروف الطلاق، كما أنه قد يكون في التقسيط مصلحة للمطلقة أيضا لأنه قد يضمن لها دخلا متتابعا قد يستمر إلى ما بعد إنتهاء نفقتها<sup>67</sup>.

وقد يكون أفضل لها من أن تأخذ دفعة واحدة فتسرف في إنفاقه فلا يكفيها مدة طويلة، وأيضا لعل في الصلة المتتابعة بينهما طوال فترة دفع هذه الأقساط ما يحدث الله أمرا بينهما لعودة الحياة الزوجية، ومهما يكن فإن تقسيط

64- أنظر، مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 134.

65- أنظر، معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 522.

66- سورة البقرة، الآية 237.

67- المقصود بها نفقة الإهمال، وما جرى به العمل في محاكمنا أن يحكم بها القاضي لمدة سنة ابتداء من رفع الدعوى وإلى غاية النطق بالحكم بالطلاق.

التعويض أو دفعه جملة واحدة إنما هو متروك للقاضي بما يراه من سلطة تقديره.

كذلك يجوز للزوج طلب التعويض في حالة ما إذا طلب الطلاق بسبب نشوز الزوجة م 55 ق.أ.  
**ب-العلاقة بين المتعة والتعويض**

كان القضاة يحكمون للمطلقة بمبلغ من المال ويلزمون الزوج بدفعه لها بسبب الطلاق التعسفي تحت تسميات مختلفة، فمرة يصفون هذا المبلغ المحكوم به بمتعة، ومرة يصفونه إرشاء، وفي أيامنا هذه وبعد الإستقلال وتخرج عدد كبير من الحقوقيين ورجال القانون من الجامعات العربية والوطنية، تخلى القضاة على إستعمال كلمة متعة وإستبدال كل ذلك بكلمة تعويض<sup>68</sup>.

فهل هناك ثمة علاقة بين المتعة والتعويض؟ هل لهما نفس الدلالة؟ هل الفرق بينهما مجرد إختلاف في اللفظ أم هو إختلاف شرعي وقانوني؟ وهل يجوز للقاضي أن يحكم بهما معا عند الطلاق التعسفي؟

### 1-تعريف المتعة ودليل مشروعيتها

ورد النص على كلمة متعة في أكثر من موضع في القرآن الكريم، فجاءت في قوله تعالى "وللمطلقات متاع بالمعروف"<sup>69</sup>. وفي قوله تعالى أيضا "ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين"<sup>70</sup>.

أما في الإصطلاح، فتعني المتعة ما يقدمه الرجل لمطلقاته بعد الفرقة بينهما من نقود أو ثياب أو غيرها، وسميت متعة لأنها تنتفع بها، وقد يدفع لها بدلها نقودا<sup>71</sup>. لقوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا"<sup>72</sup>.

68 - أنظر، عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 308-309 .

69- سورة البقرة الآية 241 .

70- سورة البقرة الآية 236 .

71- أنظر ، حسن علي السمنى ، المرجع السابق ، ص 544 .

72- سورة الأحزاب ، الآية 49.

ومن السنة ما رواه النسائي عن فاطمة بنت قيس قالت: طلقها أبو عمرو بن حفص ثم خرج إلى اليمن ووكّل بها عياش بن أبي ربيعة، فأرسل إليها عياش بعض النفقة فسخطتها، فقال لها عياش: مالك علينا نفقة ولا سكنى، هذا رسول الله فسليه، فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عما قال. فقال لها: ليس لك نفقة ولا سكنى ولكن متاع بالمعروف وأخرجني عنهم<sup>73</sup>. فهل المتعة بهذا المفهوم واجبة لكل مطلقة في ذمة مطلقها؟ المتعة كموضوع شامل<sup>74</sup> وجدت فيها إختلافات بين الأئمة والفقهاء، فهل تستحقها كل مطلقة؟ وهل هي واجبة أو مستحبة؟

للمذاهب الفقهية في ذلك أقوال، فيرى المالكية أن المتعة مندوب إليها في جميع الحالات، ولا يجبر الرجل المطلق على شيء منها، وإستدلوا على الندب بأن الله تعالى ختم آيات المتعة بأنها حقا على المتقين، فهذه قرائن لصرف الأمر من الوجوب إلى الندب<sup>75</sup>.

في حين ذهب الحنفية والحنابلة على القول المشهور عندهم<sup>76</sup> إلى أن المتعة نوعان، الأولى متعة الطلاق قبل الدخول إذا لم يسم للمرأة مهر عند العقد، فإن هذه المتعة واجبة يقضي بها القاضي على الزوج ويلزمه بها، وإستدلوا على ذلك بالآيتين "ومتعوهن" والثانية "فمتعوهن" وأن الأمر فيها يقتضي الوجوب.

وأما المتعة الثانية التي قالوا بها فهي متعة الطلاق فيما عدا الحالة السابقة، فإنها مستحبة للمطلقة المدخول بها سواء سمي لها المهر أو لم يسم، والمطلقة قبل الدخول وقد سمي لها مهر، وهذه المتعة لا يحكم بها القاضي، وإنما يلتزم بها المطلق ديانة فيما بينه وبين الله<sup>77</sup>.

وذهب الشافعية إلى أن المتعة واجبة لكل مطلقة، إلا حالة واحدة وهي المفروض لها مهر إذا طلقت قبل الدخول، فإنها تستحق نصف المهر المسمى فقط<sup>78</sup>. وإستدلوا على الوجوب بالآية الكريمة "وللمطلقات متاع بالمعروف"،

73- أخرجه النسائي في سننه ، أنظر، النسائي ، المرجع السابق، ج 6، ص 211، كتاب الطلاق.

74- أنظر في ذلك بالتفصيل، الهادي سعيد عرفة، المرجع السابق؛ السعيد مصطفى السعيد، المرجع السابق، محمد بن أحمد الصالح، متعة الطلاق في الفقه الإسلامي، مقال منشور بمجلة أضواء الشريعة ، كلية الشريعة ، الرياض، 2003، العدد 2 ، ص36.

75- أنظر، ابن رشد ، المرجع السابق، ج 2 ، ص 163-164 .

76- أنظر في ذلك بالتفصيل، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، المرجع السابق، ج 3، ص 93-94 ؛ كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام الحنفي ، شرح فتح القدير، ج 2، دار إحياء التراث العربي، ص 448-449.

77- أنظر، السرخسي ، المرجع السابق ، المجلد الثالث ، ج 5-6 ، ص 61-62 .

78- أنظر، ابن رشد ، المرجع السابق، ص 163-164.

وهذا خبر بمعنى الأمر، واستدلوا أيضا بالأمر في الآيتين "ومتعوهن" والأمر في أصله للوجوب<sup>79</sup>. وهو ما هو ما إختاره شيخ الإسلام ابن تيمية<sup>80</sup>.

ووجوب المتعة بهذه الكيفية يجعلها تعويضا للمطلقة عما يلحقها من ضرر بسبب الطلاق، وذلك ما يتفق مع مقاله المالكية والشافعية من أن الغرض منها جبر إباحاش المطلقة.

### 3- إمكانية القضاء بالمتعة والتعويض في آن واحد

إن مقارنة مسألة المتعة بالتعويض لا تخلو من نقاش، ولعل الحديث عن طبيعة المتعة فرضه النقاش الفقهي الواسع من حيث هل أن المتعة جبر لخاطر المطلقة بعد الطلاق الذي يوقعه الزوج، أم هي تعويض عن طلاق تعسفي؟

ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه إستعمل لفظ التعويض عن الطلاق التعسفي إلا أنني وجدت في بعض القرارات القضائية أن القاضي يحكم بنفقة المتعة، وفي قرارات أخرى مصطلح التعويض عن الطلاق التعسفي، فهل يمكن للمطلقة من جراء الطلاق التعسفي أن تأخذ نفقة المتعة والتعويض في آن واحد؟ على إعتبار أن المتعة كانت لكل مطلقة دون تحديد نوع طلاقها في القرآن الكريم، أما التعويض فقد حصره القانون للمطلقة تعسفا فقط. فهل هذا مبرر أو غير مبرر؟

إن المتعة المستحقة للزوجة إنما لجبر خاطرها نتيجة الطلاق، ولا تتضرر الزوجة من الطلاق إلا الذي كان خلاف رغبتها، فإن هي رضيت به فلا حق لها في المتعة، وكذلك الحال لو طلبت هي فراق زوجها. وبذلك فإن المتعة تشترك مع التعويض في مدلول واحد. وذلك أنه في حالة الطلاق التعسفي فإن المتعة تتحول إلى تعويض يجبر الضرر الذي يحصل للزوجة نتيجة هذا الطلاق الجائر<sup>81</sup>.

<sup>79</sup>- أنظر، ابن قدامة، المرجع السابق، ج 8 ص 48، السرخسي، المرجع السابق، ص 61-62.  
<sup>80</sup>- أنظر، أحمد علاء الدين أبو الحسن، الإختيارات العلمية في إختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية، مطبوع مع الجزء الرابع من فتاوى ابن تيمية، المطبعة المنبرية بالقاهرة، 1328 هـ، ص 141.  
<sup>81</sup>- أنظر، بوشفرة نبيلة، المرجع السابق، ص 31.

وهذا ما يعني إختصاص قاضي الحكم بإجبار الزوج على دفع مبلغ مالي معين نقدا إلى مطلقته، تعويضا عما أصابها من ضرر كلما كان الطلاق تعسفيا. مع العلم أن مدلول كلمة متعة أضيق مما هي عليه كلمة تعويض في القوانين الوضعية، وذلك أن الأولى مخصصة لجبر خاطر الزوجة المطلقة، ويراعى في تقديرها الحالة الإقتصادية لكل من المطلق والمطلقة، وليس لأدناها ولا لأقصاها حد معين، وباعتبار أن الثانية يجوز إستعمالها لجبر أي ضرر عن أي فعل غير مشروع، ويراعى القاضي في تقديرها مقدار الخسارة وفوات الكسب، ولا يجوز أن يحكم بما يتجاوز مقدار الضرر أو بما يقل عنه<sup>82</sup>.

فهل يمكن الجمع بين المتعة و التعويض في آن واحد؟ أي أن تحصل المطلقة على المتعة لتضررها من طلاق زوجها لها والتعويض لتضررها من أضرار معنوية أخرى غير تلك الناجمة عن الطلاق .

ألاحظ أن موقف المحكمة العليا بشأن هذا الجمع بين التعويض والمتعة قد ساد نوع من التردد، حيث قضت في قرارها الصادر في 1986/4/7 بأنه "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض عن الطلاق التعسفي"<sup>83</sup>.

وخلافا لهذا الموقف جاء في قرار آخر للمجلس الأعلى في 1985/4/8 بأنه "إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي باسم متعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض"<sup>84</sup>.

وعليه فهذا القرار القضائي يضع الحد بين إمكانية الجمع بين المتعة والتعويض، فالضرر الناجم عن الطلاق التعسفي لا يستحق إلا تعويضا واحدا هو نفسه المتعة. وما يدعم ذلك هو قوله تعالى "فمتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره"، فالله سبحانه وتعالى لم يحدد للمتعة مقدارا معيناً ما يجعلها تتسم بما يتسم به تقدير التعويض من مبادئ.

<sup>82</sup>-أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 309-310.

<sup>83</sup>-أنظر، م ع، غ أش، ملف رقم 41560، م ق 1986، عدد 2، ص 69.

<sup>84</sup>-أنظر، م أ، غ أش، 1985/4/8، ملف رقم 35912، م ق 1989، عدد 1، ص 89.

في هذا الشأن قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2000/2/22 بأن "الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق"<sup>85</sup>.

فإستحقاق التعويض أساسه الضرر اللاحق بالزوجة نتيجة تعسف الزوج في إستعمال الحق في الطلاق، وليس أي ضرر آخر ناتج عن أفعال مستقلة عن فعل الطلاق في حد ذاته، وهو نفس الغرض الذي شرعت المتعة لأجله.

وحبذا لو أن المشرع الجزائري ترك السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في تحديد التعويض الملائم للطلاق التعسفي، ولكن مع تقييدها بضوابط معينة تتمثل هذه الضوابط في فترة الزواج، أي المدة التي إستغرقتها الحياة الزوجية بين الطرفين، وكلما كانت هذه المدة طويلة، كلما كان إحتمال الزيادة في مبلغ المتعة قائما. والضابط الثاني هو الوضعية المالية للزوج، وهذا يعني أنه كلما كان الزوج ميسورا كان التعويض مرتفعا.

## الفرع الثاني : النزاع حول متاع البيت

وقد عالج المشرع الجزائري هذا النزاع في نص المادة 73 ق.أ.ج بإقراره أنه: "إذا وقع نزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت، وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال. والمشاركات بينهما يتقاسمانها مع اليمين". ويعد طريق الإثبات له خصوصية استدعته الطبيعة الخاصة لمنازعات الواقعة على متاع البيت. من خلال المادة 73 قانون الأسرة المذكورة أعلاه نلاحظ أن المشرع وضعها في الفصل الثاني المتعلق بآثار الطلاق وهنا نوجه النقد على أساس أمرين، الحديث هو نزاع بين مطلقين حول أثاث بيت الزوجية ومنه المسألة انحلال الزواج بالوفاة تخضع لقواعد الميراث المنوه عنها شرعا وقانونا. كان على المشرع اختيار المصطلح الصحيح فمنازعات متاع البيت تثور عند الطلاق يجعل من الزوجية منفكة وبالتالي يسقط عن المرأة المطلقة مصطلح "الزوجة" كما يسقط عن الرجل المطلق مصطلح "الزوج". ويستوجب ذلك ضرورة الاحتفاظ بالفواتير والوصولات التي تمكنها من إثباتها اقتنته أثناء الحياة الزوجية

<sup>85</sup>-أنظر، م ع ، غ أ ش ، 200/2/22، ملف رقم 235456، م ق 2000 ، عدد 1 ، ص 282 .

كما أن النزاع إذا لم يكن بينها وبين زوجها قد يكون مع ورثته حول هذا المتاع. توسيع مجال الإثبات في متاع البيتواجتهاد القضاء في إيجاد حلول أخرى فإنه ينبغي على القاضي أن يحدد ولو تطلب ذلك اللجوء إلى الخبير ما هو المتاع المعتاد للرجال وما هو المعتاد للنساء؟ وعندئذ سيصدر حكمه بناء على قناعته الشخصية ولكن فإنه إذا تم تحديد بعض المتاع يكون من حق المطلقة فينبغي على هذه الأخيرة أن تؤكد ذلك بأدائها اليمين والعكس صحيح، ولكن ينبغي في هذه الحالة أن لا نغفل عما نصت عليه م 2/37 ق.أ التي أباحت للزوجين أن يتفقا بشأن الأموال المشتركة بينهما والمكتسبة خلال الحياة الزوجية وذلك مع تحديد النسب الخاصة بكل واحد منهما.

فالنزاع في متاع البيت من أهم الآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية سواء بالوفاة (نزاع بين الورثة) أو بالطلاق (بين الزوجين) أو بالطلاق (بين الزوجين) ورغم ما يطرحه هذا الموضوع من إشكالات عملية وواقعية إلا أن المشرع الجزائري اكتفى بتنظيمه في مادة واحدة حيث جاء في نص المادة 73 من قانون الأسرة على أنه إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت و ليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء و القول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال و تضيف الفقرة الثانية من نفس المادة على أن المشتركات بينهما يتقاسمانها مع اليمين. و من الواضح أن مسألة النزاع في متاع البيت مسألة تطرح الإشكال في الإثبات حيث كرست هذه المادة القاعدة الفقهية الشهيرة "البينة على من ادعى و اليمين على من انكر" إلا أن ما يأخذ على الحكم الذي أتت به المادة 73 و كذلك التطبيقات القضائية عندما تثير موضوع النزاع حول متاع البيت فبمجرد تقديم قائمة بالمتاع من أحد الزوجين و نكران الطرف الخصم فإن القضاة يطبقون مباشرة المادة 73 و ذلك بتوجيه اليمين إلا أنه في الحقيقة المتمعن للمادة في توجيه اليمين و القواعد العامة للإثبات بصفة عامة من اشتراط توجيه اليمين في حالة الاختلاف و انعدام البينة للمدعي و جوب التأكد أولاً من وجود المتاع من عدمه ثم الانتقال بعدها إلى اليمين في حالة الإنكار للحكم لمن تعود ملكية المتاع محل النزاع هذا ما أكدته قضاء المحكمة العليا.

الشرح

بالرجوع إلى قانون الأسرة و المادة 73 منه "إذا وقع نزاع بين زوجين أو ورثتهما في متاع البيت و ليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء و القول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال و المشتركات يقتسمانها مع اليمين"

ملاحظات:

من خلال المادة 73 قانون الأسرة المذكورة أعلاه نلاحظ أن المشرع صنفها في فصل الثاني المتعلق بآثار الطلاق و بالتالي يعيب علي هذه المادة أمرين - لا يتصور إنحلال الزواج بالوفاة و إنما الحديث هو نزاع بين مطلقين حول أثاث بيت الزوجية و منه المسألة إنحلال الزواج بالوفاة تخضع لقواعد الميراث المنوه عنها شرعا و قانونا.

- كما أن المشرع لم يختار المصطلح الصحيح لطرفي النزاع فالحديث عن أثاث كأثر من آثار الطلاق يجعل من العلاقة الزوجية منفكة و بالتالي يسقط عن المرأة المطلقة مصطلح "الزوجة" كما يسقط عن الرجل المطلق مصطلح "الزوج." كما أنه تتور عدة اشكالات فيما يتعلق باتبات الأثاث من عدمه فالمادة 73 قانون الأسرة تنص على أنه إذا وقع نزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت و ليس لأحدهما بينة تطرح هذه الحالة مسألتين نوردهما في الشكل التالي:

1- قاعدة البينة على من ادعي و اليمين على من أنكر:

يشترط في متاع محل النزاع أن يكون موجودا و مشاهدا للجميع بما فيهما المطلقين أو ورثتهما فلا يمكن بأي حال من الأحوال أن تنشأ خصومة قضائية حول متاع لا يوجد أصلا أو محل انكار من الخصم ففي هذه الحالة يقدم أحد المطلقين قائمة من الأثاث و عادة ما تكون صاحبة الطلب القضائي هي المرأة باعتبار أن متاعها متواجد ببيت الزوجية الذي يكون عادة مملوكا أو مستأجرا من طرف المطلق و يطالب صاحب الدعوي تمكينه من أثاثه فهنا نكون أمام حالتين هما:

أ- اما أن يدعي المدعي وجود الأثاث محل الدعوى و يقر المدعي عليه بآءاء المتاع للمدعي دون تطبيق قاعدة الاثبات إذ أن الموضوع أضحى دون نزاع. ب- أما إذا ادعي المدعي وجود المتاع بيت الزوجية و أنكر المدعي عليه هذا الأثاث فهنا نكون أمام تطبيق قاعدة البينة على من ادعي و اليمين على من أنكر أي أن المدعي ينبغي أن يقدم دليل الذي يتبنت وجود المتاع المدعي به و الاثبات حر في هذه المسألة فإن عجز عن إثبات ما يدعيه توجه النفي للمدعي عليه ينكر من خلالها وجود المتاع المدعي به أصلا.

يثار التساؤل حول كيفية تطبيق قاعدة الاثبات في حالة ما إذا ادعت المطلقة وجود متاعها بالبيت الزوجية و لا ينكر المدعي عليه مطلق المتاع لكنه يدعي أنها تسلمته و أخذته إليها ففي هذه الحالة يتم تطبيق نفس القاعدة العامة في الاثبات البينة على من ادعي و اليمين على من أنكر و يصبح المدعي عليه مدعيا يشئ جديد و هو تسلم المدعية لأثاثها في حين تصبح المدعية مدعي عليها في هذا الجانب يتم الطلب من المطلق إثبات إدعائه بما أن المدعية أخذت متاعها فإذا أثبت ذلك فإن

الحكم يكون لصالحه وإذا عجز عن الإتيان بالدليل توجه المحكمة يمين النفي للمطلقة و أنها لم تأخذ المتاع المدعي به ثم ينطق بالحكم لمن يكون لصالحه. مكان أداء اليمين:

من الخطأ الشائع أن يصدر حكم بأداء يمين حول المتاع بالمسجد ذلك ما أكدته المحكمة العليا التي أكدت في قرارات لها أن اليمين تؤدي بالجلسة أمام القاضي نكل اليمين: أكدت المحكمة العليا و المادة 347 من قانون المدني "كل من وجهت له اليمين نكل عنها دون ردها على خصمه و كل من ردت عليه اليمين نكل عنها خسر دعواه. "

2-قاعدة قاعدة أن تكون لأحد الزوجين البينة على المتاع: إذا كان لأحد الزوجين البينة على جزء من المتاع فيقضي له لذلك سواء كان من البمعتاد للرجال او المعتاد للنساء لأن البينة تعد دليلا كاملا يقدم على نصف الدليل

ثانيا : حالات إنعدام الدليل في إثبات المتاع  
-إذا افتقر كل طرف لأي دليل يثبت به إدعائه نكون أمام تطبيق المادة 73 قانون الأسرة.

وقد نصت المادة 73 من قانون الأسرة على أنه: "إذا وقع نزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشاركات بينهما يقتسمانها مع اليمين."

-يتضح من خلال هذه المادة أن النزاع حول متاع البيت وأثاته ينتهي لصالح من له بينة، وهذا على أساس طبيعة الشيء محل النزاع، فإذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت، وليس لأحدها بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في الأشياء المعتادة للنساء، أما إذا كانت طبيعة الشيء محل النزاع من المعتاد للرجال، فإن الزوج يكلف بأداء اليمين كذلك، وله أن يأخذه طالما أن الزوجة لا تملك البينة الكافية.

- عمليا يمتنع المحضرين عن مرافقة المطلقات، مقترحين عليهن تسلم متاعهن مباشرة من مكاتبهم، لكن الأجراء ترفضه غالبية النساء، وبين شد وجذب تتعطل عملية تنفيذ حكم التسليم، لدرجة أن المتاع قد يبقى لسنوات عدة بمنزل الزوج السابق.

أما الإشكال الآخر الذي يطرحه اضافة الى ما يثيره هذا الموضوع من إمكانية الخلط بين ما هو من صداق الزوجة الذي هو حق لها تتصرف فيه كما تشاء خاصة اذا كان صداق مؤجل و ما هو جزء من متاع البيت باعتبار العرف المتبع في بلادنا و في كثير من البلاد العربية و الاسلامية يلزم الزوجة بتجهيز نفسها و

تجهيز بيت الزوجية بما قبضته من صداق و هنا لا يجد القاضي نصا يعتمد عليه في إجراءات الدعوى او يساعده على معرفة الحقيقة و ليس امامه الا الرجوع الى احكام العرف.

## المطلب الثاني : الآثار غير المادية للطلاق

يترتب عن فك الرابطة الزوجية آثارا أخرى غير مادية تتمثل في العدة والنفقة فكيف عالج المشرع الجزائري في قانون الأسرة هاذين الأثرين ؟

### الفرع الأول: الحضانة

نظراً لكثرة المشاكل الزوجية ، والتي تؤدي إلى الطلاق في النهاية، وكان الأولاد طرف رئيسي في النزاع، أولى قانون الأسرة عناية خاصة بحضانة الأطفال للحفاظ عليهم، وتحديد حقوقهم وواجبات كل من الأب والأم تجاههم. يرتكز مفهوم الحضانة في القانون الجزائري على المبدأ الإسلامي القائل بأن للأم الحق الأساسي في حضانة أطفالها. هذا المبدأ مقنن في قانون الأسرة، الذي ينص على أن الأم أولى بالحضانة ويأتي بعدها في المرتبة الأب ثم من يليهما من الحاضنات من النساء كما تقوم الحضانة على مبدأ أساسي يراعيه القاضي في جميع منازعات الحضانة وهو مصلحة الطفل المحضون. الحضانة تقوم الحضانة على العناية بالطفل و حمايته، و ذلك من أجل المحافظة عليه من الانحراف و الانحلال الخلقي حتى يكون فردا صالحا في المجتمع، لذا يجب أن يوضع الطفل عند من هو مؤهل لحمايته، و كذا من له الحق في ذلك وفقا لقواعد الشريعة و القانون<sup>86</sup>. من يراعاه و يحافظ عليه و يقوم بتربيته و تدبير أموره<sup>87</sup>

أ- تعريف الحضانة و حكمها الشرعي

الحضانة - بفتح الحاء - هي ضم الشيء إلى الحضان و هو جانب الشيء فنطلقها على جانب الجبل أي عمقه، و نقول حضن الطائر بيضه إذا جلس إليها و غطاها بجناحيه، و عند الإنسان يطلق على عملية الحنان حين تضم الأم ابنها إلى صدرها

<sup>86</sup> بوغرارة صالح، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006-2007، ص 65.

<sup>87</sup> بوغرارة صالح، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006-2007، ص 65.

و هي عانقه و تلتصق به فتعطي هذه الكلمة معاني ضم الشيء و حفظه و الحنان عليه<sup>88</sup>

و لتحديد مفهوم الحضانة نتطرق الى تعريف الحضانة و حكمها الشرعي، و شروط الحضانة و أصحاب الحق في الحضانة و تحديد أولويتهم و أسباب سقوط الحضانة

**تعريف الحضانة** بما أن الحضانة هي محل اهتمام التشريع الإسلامي و كذا مختلف القوانين،

**أولاً: التعريف الفقهي للحضانة:** الحضانة هي القيام بتربية من لا يستطيع الاعتناء بنفسه لصغر سنه كالطفل أو لمرض أصابه كالجنون، و ذلك برعاية شؤونه و تدبير طعامه و ملبسه و نومه و تنظيفه و غسل ثيابه و قد عرفها الشافعية بأنها حفظ من لا يستقل بأموره، و تربيته بما يصلحه و يدفع عنه الضرر، و ذلك بغسل جسده و ثيابه و دهنه و كحله و ربطه في المهد و تحريكه لينام<sup>89</sup>. و ما نلاحظه في هذا التعريف أن الشريعة الإسلامية تحرص كثيراً على الاعتناء بالنظافة و التربية الجسدية و الروحية للطفل. و عرفها المالكية بأنها صيانة العاجز و القيام بمصالحه<sup>90</sup>.

أما الحنابلة فقد عرفها بأنها حفظ الولد في نفسه و تأمين طعامه و لباسه و مضجعه و تنظيف جسده. و عرفها الأحناف بأنها تربية الأم أو غيرها للطفل الصغير<sup>91</sup> أما في قانون الأسرة فلقد نصت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري على أن : «الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه، و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقاً. و يشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك» فالحضانة حسب نص المادة 62 هي تربية الولد حتى يبلغ سن يستطيع فيها الاعتناء بنفسه. و قد بين المشرع الجزائري من خلال هذا التعريف أهداف الحضانة، كما بين كل ما يحتاج إليه المحضون من رعاية صحية و خلقية و تربوية، لذا يتعين على المحكمة عندما تقرر فك الرابطة الزوجية سواء عن طريق الطلاق أو الخلع أو التطلق، و تفصل في حق الحضانة، أن تراعي كل هذه العناصر التي ذكرها قانون الأسرة الجزائري، و أن تراعي تبعاً لذلك حاجيات المحضون و مصلحته الحقيقية التي يجب أن توفر له طيلة مدة الحضانة. و بالإضافة إلى ذلك نجد أن المشرع تطرق في الفقرة الثانية من هذه المادة إلى أن

<sup>88</sup> سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب و الطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 1986، ص 369

<sup>89</sup> عبد العظيم بن بدوي الخليفة، الوحيد في فقه السنة و دار ابن رجب، 2001

<sup>90</sup> رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، د.د.ن، الإسكندرية، 2001، ص 169

<sup>91</sup> محمد كمال الدين إمام، الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات و الطباعة و النشر و التوزيع، لبنان، 1996، ص-

الحاضن يجب أن يتوفر فيه شرط الأهلية، مما يقتضي علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لمعرفة الشروط الأخرى،

## 2 حكم الحضانة و أدلة مشروعيتها

**أولاً: حكمها:** الحضانة واجبة على الحاضن لأن المحضون يهلك بتركها، فوجب حفظه من الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه و انجاؤه من المهالك و اعتبرت الحضانة واجبة، كون أن الصغير يولد و هو أحوج ما يكون إلى من يقوم بشؤونه، و يسهر على تربيته و يعتني به، و ذلك لعجزه عن القيام بما يحتاج إليه في حياته الأولى، فالوالدان بدافع الحنان الأبوي و الشفقة الطبيعية، هما أجدر الناس بالقيام بهذه المهمة، لذلك وزع الشرع عليهما أعباء هذه المهمة، فوكل إلى الأم تربية طفلها و رعاية متطلباته، و وكل إلى الأب التصرف في نفس ولده و ماله ثانياً: أدلة مشروعيتها: و الأدلة على مشروعية الحضانة من الكتاب و السنة و

الإجماع كثيرة من الكتاب . قوله تعالى: « و الوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار و الدة بولدها و لا مولود له بولده و على الوارث مثل ذلك فإن أرادا فصلاً عن تراض منهما و تشاور فلا جناح عليهما أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا سلمتم ما أتيتم بالمعروف و اتقوا الله و اعلموا أن الله بما تعملون بصير . » و في تفسير هذه الآية يقول ابن العربي- رحمه الله - : « قال علماءنا: الحضانة بدليل هذه الآية للأم، و النفقة للأب،: « في هذه الآية دلالة على أن الأم أحق بإمساك الولد صغيراً، و إن استغنى عن الرضاع بعدما يكون ممن يحتاج إلى الحضانة، لأن حاجته إلى الأم بعد الرضاع هي كقبله . و قال تعالى: « و قل رب ارحمهما كما ربياني صغيراً . » فأتيت الله تبارك و تعالی التربية للأبوين حال الصغر

- 2 . من السنة . ما رواه عمر بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص أن امرأة جاءت إلى النبي (ص) فقالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء و ثديي له سقاء و حجري له حواء، و إن أباه طلقني و أراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله (ص): « أنت أحق به ما لم تنكحي » من الإجماع: أجمع الصحابة - رضي الله عنهم - على مشروعية الحضانة، و أن أول من يستحق حضانة الطفل أمه . و نجد ما رواه بن سعيد بن المسيب، و ابن شيبه و عبد الرزاق في مصنفيهما أن عمر بن الخطاب طلق زوجته أم عاصم، ثم أتى عليها و في حجرها عاصم، فأراد أن يأخذه، فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام، فانطلقا إلى أبي بكر فقال: "ريحها و حرها و فراشها خير له منك حتى يشب و يختار لنفسه"

شروط الحضانة

تثبت الحضانة للرجال كما تثبت للنساء، و عليه فالحضانة تثبت لمن كان أهلا لها و ذلك بتوافر شروطها. و بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري كما سبق الإشارة إليه لم يذكر لنا إلا شرط الأهلية، و لا نقصد بالأهلية هنا بلوغ سن 19 سنة فحسب، بل يقصد بها كذلك القدرة على القيام بمهمة شاقة و صعبة تتعلق بحضانة الطفل و إعداده إعدادا سليما ليكون قادرا على الاعتماد على نفسه في المستقبل. أما بالنسبة للشروط التي لم يبينها المشرع الجزائري صراحة فتحديدها يتطلب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، و ذلك حسب ما نصت عليه المادة 222 من قانون الأسرة التي جاء فيها: « كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية

ولذلك يقع حق الحضانة على عاتق الأم في الأسرة، بينما يحتل الأب المرتبة السادسة فقط من حيث حقوق الحضانة. الزوجة الممنوحة للحضانة تبقى في بيت الزوجية حتى ينفذ الأب قرار المحكمة بشأن السكن. هناك حاجة إلى معايير قانونية مناسبة لمساعدة القضاة على اتخاذ قرارات صعبة بشأن حضانة الأطفال. تنشئ المعايير الإطار الذي يمكن للقضاة من خلاله اتخاذ قرارات سليمة تصب في مصلحة الطفل.

#### **حقوق وواجبات الأمناء بشأن حضانة الأطفال في القانون الجزائري:**

يتم البت في الحضانة في القانون الجزائري من قبل القاضي، الذي قد يحكم بأن الوالد الحاضر يجب أن يستمر في العيش في منزل الأسرة. ويهدف مشروع القانون إلى الحفاظ على وحدة الأسرة مع القليل من الاهتمام بحقوق الأفراد أو النساء أو الأطفال. أولاً، للأم حق الأولوية في حضانة الأطفال ما دامت لا تتزوج مرة أخرى. ثانياً، في حالة اعتناق كلا الوالدين للإسلام، لا يحق للأب حضانة الأطفال. في حالة الطلاق، وفقاً للمادة 64 من القانون، يُمنح حق الحضانة للأم تلقائياً، ما لم تكن غير لائقة. الزواج، وفقاً للشريعة الإسلامية، هو من قبل أي من الطرفين في أي وقت. يعطي الإسلام كلا الشريكين الحق في اصطحاب أطفالهما معهم في حالة الطلاق.

الفرع الأول الشروط العامة في الحاضر كل من الرجال و النساء لهم الحق في الحضانة، و إن تقدمت حضانة النساء على حضانة الرجال، و ذلك لأن المرأة بحكم الفطرة و التكوين هي الأقدر على رعاية الصغير، و الأكثر صبرا على توفير احتياجاته المتنوعة، و من بين الشروط العامة لممارسة الحضانة و الواجب توافرها في النساء و الرجال أو في الحاضر ما يأتي أولاً: العقل: العقل هو الإدراك و به يستطيع الإنسان أن يميز الأشياء التي تحيط به، و هذا الشرط بديهي إذ لا يمكن لمجنون أن يحضن طفل لأنه هو في حد ذاته يحتاج إلى من يتولاه و

يرعى شؤونه، و بالتالي لا يمكن له تولي شؤون غيره، لأنه يشكل خطر على المحضون بدلا من أن يكون حاميا له . و نشير هنا إلى أنه يستوي أن يكون الجنون دائما أو متقطعا، و إن كان المشرع الجزائري لم يشر إلى هذا الفرق بين أنواع الجنون فكلاهما مانع من الحضانة، و لا فرق بين جنون متقطع قليل أو كثير و لو كان من القلة لا يحدث إلا مرة واحدة في السنة، و ذلك لأن ترك المحضون لدى مثل هذا الحاضن فيه خطر عليه، فقد يثور جنونه في أي وقت، و إن كان نادرا أو قصيرا و لو مثلا يوم واحد في السنة، و ذلك لأن الهدف من الحضانة كفالة مصلحة المحضون و توفير الحماية اللازمة له، و عليه ينبغي الاحتياط من أدنى ضرر محتمل يصيبه و ذلك رعاية لمصلحته<sup>92</sup> .

كما أن المعتوه يأخذ حكم المجنون و الصغير لأنه محتاج لرعاية الغير، و بالتالي لا يمكنه أن يرعى غيره و لأن ولايتهما تثبت لغيرهما كالصغير فلا ولاية لهما على المحضون . ثانيا: البلوغ: يقصد بالبلوغ أهلية الأداء التي تسمح باعتبار الشخص قادرا على تولي شؤون نفسه، و بالتالي يمكن له تولي شؤون غيره، و لأن الحضانة مهمة صعبة لا يمكن للصغير أن يتحملها، فهو نجده لا يتولى شؤون نفسه فكيف يمكن الاعتماد عليه لتولي شؤون غير هذلك يشترط في الحاضن أن يكون بالغاً، و المقصود بالبلوغ في القانون الجزائري هو سن الرشد المدني، و هو تمام التاسع عشر 19 سنة حسب المادة 40 من التقنين المدني الجزائري .

ثالثا: القدرة: نعني بها سلامة الشخص الحاضن في جسمه، بحيث يستطيع صيانة الصغير و رعايته و تقديم له كل ما يحتاج إليه، و بالتالي يجب ألا يكون الحاضن مصابا بعاهة تمنعه من القيام بشؤون المحضون كالأعمى أو المشلول، كما أن الحضانة لا يمكن إسنادها إلى شخص متقدم في السن لأنه لا يستطيع رعاية غيره . و على هذا النهج سار القضاء الجزائري، فاعتبر القدرة على التربية شرط أساسي في ممارسة الحضانة، بحيث جاء في قرار المحكمة العليا «أن فقدان الحاضنة للبصر يحول دون تحقيق الهدف من إسناد الحضانة لها، و هي بذلك تكون عاجزة عن القيام<sup>93</sup> بشؤون الأبناء، و من ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها حادوا عن الصواب و خالفوا القواعد الفقهية .» رابعا: الأمانة: يقصد بالأمانة أن يكون الحاضن أمينا على المحضون، أي أمينا في خلقه و في سلوكه مع المحضون، و أمينا في الاهتمام به و رعاية مصالحه، لأن الحاضن الذي يغيب عن المحضون طول النهار و طرفا من الليل، أو لا يهتم به و لا يراعه فيهمله و يتركه يخالط قرناء السوء، لا يكون أمينا و لا قادرا على الحضانة، فالمرأة الفاسقة

<sup>92</sup> عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 359، ص، 2007

<sup>93</sup> أبوغرة صالح، مرجع سابق، ص 68- 2 . أمر رقم 58-75، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم إلى غاية القانون 05-07 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007، 3 . قندوزي دلال، التطبيقات القضائية للحضانة و إشكالاتها القانونية على ضوء الأمر 05- 02، مذكرة نهاية التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2010، ص 07

أو الرجل السكير لا يستحقان الحضانة، لأن ذلك يؤدي إلى فساد أخلاق المحضون و ذلك عن طريق جلبه إلى أماكن تقع بداخلها ممارسة الفسق و الفجور، مما يؤثر عليه سلبا و يثير شكوك حول سلامة تربيته .

و لقد تشدد القضاء الجزائري في اعتبار الأمانة في الأخلاق شرطا جوهريا في الحاضن، و كرس ذلك في العديد من أحكامه و قراراته، إذ يرى أن الحاضنة التي لا تقيم وزنا للأخلاق و لا تراعي حرمة الشرف، لا تكون أهلا للحضانة لأنها غير أمينة على نفس الطفل و أدبه و خلقه، فينشأ على طريقتها و متخلقا بخلقها، فأسقط القضاء الحضانة على الأم لأنها مرتكبة لجريمة الزنا، فجاء في قرار المحكمة العليا: « من المقرر شرعا و قانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون، و متى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضاوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاث للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون<sup>94</sup>

### آثار الحضانة

إن انحلال عقد الزواج من شأنه أن يرتب إسناد حضانة الأولاد لأحد الزوجين أو لغيرها، ممن هو أحق بها قانونا و شرعا، و لعلها تكون الأم مبدئيا لكونها الأنسب و الأجدر بها ، و ينتج عن ذلك آثار تتطلب ممارسة الحضانة و مراعاة مصلحة المحضون، لينشأ سليما و يتجلى ذلك فيما تتطلبه الحضانة من نفقة على المحضون . كما أن ممارسة الحضانة تقتضي أن يكون تحت سقف بيت ينمو في دفته المحضون، و زيادة على ذلك فان حضانة الطفل بعد طلاق والديه يفترض ابتعاده عن أحدهما، لذلك اقتضي القانون و الشرع أن يحكم القاضي بحق الزيارة عند إسناد الحضانة و ذلك خلال مدة الحضانة

#### أ. نفقة المحضون:

طبقا للمبادئ العامة المنصوص عليها في قانون الأسرة أن نفقة المحضون تكون أولا وقبل كل شيء من ماله وهذا ما نص عليه المشرع في م 75 ق.أ على أنه "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكر إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لأفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"، كما تنص م 76 ق.أ على أنه: " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك"،

#### ب- مسكن المحضون

<sup>94</sup> -1قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 33921، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 04، ص 76-2 . سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 1996، ص 296-3 . قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1987/09/30، ، ملف رقم 171684، المجلة القضائية لسنة 2001، عدد خاص، ص 169.

احتلت الحضانة مكانة بارزة في المحيط الاجتماعي و الوسط القانوني لارتباط مصير مسكن الزوجية بها، لأنه أمام أزمة السكن الطاحنة ثارت المشاكل حول توفير مسكن لممارسة الحضانة، و الأمر زاد تعقيدا بحيث لم تعد أسرة العائلة تتحمل ابنتهم المطلقة و أولادها. و أمام هذا الوضع تعددت المنازعات التي تمثل صراعا بين الزوجين بعد فك الرابطة الزوجية على السكن، فلا يحق للحاضنة أن تشتترط مسكنا لممارسة الحضانة أحسن من الذي عاشت فيه مع زوجها قبل الطلاق، كما أنه لا يحق للزوج أن يقدم لها مسكن لممارسة الحضانة و الذي لا تتوفر فيه أدنى شروط الحياة، بل لا بد من أن يكون لائقا بها مع محضونها<sup>95</sup> بعد تعديل قانون الأسرة وضع المشرع نصا خاصا جاعلا حدا لكل اجتهاد أو تفسير، حيث نص صراحة في نص المادة 72 المعدلة و المتممة بالأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 على أنه: « في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة و إن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار. و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن، كما أن المشرع أعطى حلا آخر في حالة تعذر توفير المسكن، و هو إمكانية دفع بدل الإيجار، لكن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الشأن أننا نرى في الواقع بأن مسألة بدل الإيجار كثيرا ما لا تخدم المرأة الحاضنة، فالقاضي يحكم للأب بدفع مبلغ إيجار زهيد مقارنة مع الأسعار الحقيقية للإيجار، لذا يتعين على القاضي الأخذ بعين الاعتبار الواقع المعاش و لا يخفي على أحد غلاء مقابل الإيجار في وقتنا الحالي. و ما نلاحظه أيضا على الفقرة الثانية من هذه المادة أنه كان على المشرع ألا ينص على أن الحاضنة تبقى في بيت الزوجية و ذلك لأنها لا تحل له بعد الطلاق.

### ج- حق زيارة المحضون

إن المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري نصت بعد ترتيب مستحقي الحضانة على: « و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة. لم يحدد قانون الأسرة الجزائري المدة التي يستغرقها المستفيد من حق زيارة المحضون، لأن هذه المسألة في الأساس الأصل فيها أن تكون رضائية، ذلك أن الهدف هو مد أواصل المحبة بين الآباء و الأبناء و عدم إلحاق الضرر بنفسية المحضون. و هذا يعني أنه يتوجب على القاضي عند إسناد الحضانة إلى الأم أو غيرها أن يحكم تلقائيا للأب بحق زيارة المحضون لمرات معينة و في أوقات و أماكن محددة، و إذا حكم بإسناد الحضانة إلى الأب أو غيره يجب عليه بالمقابل أن يحكم للأب بحق زيارة المحضون لمرات معينة و في أوقات و أماكن محددة، و في

<sup>95</sup> داد عيسى، مرجع سابق، ص 190

نفس الحكم . و حسب ما رآه الأستاذ عبد العزيز سعد في هذه المسألة، أن القانون أوجب على القاضي عندما يقضي بالطلاق و إسناد الحضانة إلى أحد الوالدين أو إلى غيرهما أن يقضي حتما لأحد الوالدين أو لهما معا بحق زيارة المحضون من تلقاء نفسه، حتى ولو لم يطلب منه أحدهما ذلك، والقانون بموقفه هذا يكون قد أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم<sup>96</sup>.

### إنهاء مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

عند الاطلاع على المادة 65 من قانون الأسرة نجدها نصت على أنه: « تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج، و للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون . و عند تحليل هذه المادة نجدها تتضمن قاعدتين أساسيتين أولهما تتعلق بانقضاء مدة الحضانة و انتهائها بحكم القانون، و ثانيهما تتعلق بتمديد مدة الحضانة بحكم من المحكمة . و بالنسبة إلى القاعدة الأولى المتعلقة بانقضاء الحضانة بحكم القانون، نلاحظ أن المدة التي يمكن أن يتخاصم خلالها الحاضنون على حق حضانة الطفل الصغير هي المدة التي لم يكن فيها الولد الذكر قد بلغ العشر سنوات من عمره، و المدة التي لم تكن فيها الفتاة قد بلغت سن الزواج، و هي السن المحددة في المادة السابعة من قانون الأسرة السالف ذكره بتسعة عشر 19 سنة من عمرها، و معنى ذلك كقاعدة عامة أنه عندما يبلغ الفتى سن العاشرة و تبلغ الفتاة سن التاسعة عشر من عمرها، لم يعد للأب ولا للأم حق التنازع على حضانة أي واحد منهما، بل و لم يعد يحق لأي واحد من الوالدين أن يلجأ إلى المحكمة، و يطلب منها القضاء له بحق حضانة من هو في عمر مثل هذا الفتى أو من هي في عمر مثل هذه الفتاة، و ذلك لأن كل واحد من الفتى و الفتاة في مثل هذه السن لم يعد يحتاج إلى من يحضنه كطفل صغير، و إنما يبقى فقط يحتاج إلى من يرعاه و يهتم بمستقبله من حيث الإنفاق عليه و تربيته و تعليمه و توجيهه نحو الطريق المستقيم<sup>97</sup>.

**أثر الطلاق على ترتيبات أصحاب الحق في الحضانة في القانون الجزائري:**  
وفقاً للقانون الأسرة، فإن المشرع يعطي الأفضلية لجانب الأم من حيث الوصاية والحضانة بعد الطلاق. ومع ذلك، إذا اعتبرت الأم غير مؤهلة لرعاية الطفل،

<sup>96</sup> ن قوية سامية، مرجع سابق، ص 154 - 155 - 2 . قانون رقم 84-11، المعدل و المتمم، مرجع سابق- 3 . بن قوية سامية، مرجع سابق، ص

155

<sup>97</sup> سعد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 298 - 299

فسيتم منح الحضانة إلى جانب الأب. إذا اعتبر الأب أيضًا غير لائق لرعاية الطفل، فسيتم منح الحضانة للأقارب الآخرين على جانبي الأسرة. متى تسقط حضانة الأطفال عن الأم؟ يضع القاضي دائمًا مصلحة الطفل في المقام الأول وهذا يعني أن القاضي سيحدد ترتيب الحضانة الذي يخدم مصلحة الطفل الفضلى لذلك تنتقل الحضانة للأب إذا أثبت أن الأم غير صالحة و قد تكون الأم غير لائقة بسبب و كذلك إذا تزوجت الأم مرة أخرى يسقط عنها الحق في الحضانة كما تجدر الإشارة الى أن الحضانة ليست دائمة بحيث تنتهي بانتهاء مدة معينة أو تسقط لأسباب محددة في القانون .و بالتالي فحق الحضانة لا يثبت بصفة مؤقتة لصاحبه، و إنما هو أداة أوجبه القانون فإن قام به الحاضن كما أمره القانون بذلك بقي له إلى أن يبلغ المحضون السن القانونية لنهاية الحضانة، أما إن أخل بالتزام من التزاماته أو افتقد شرطًا من شروط أهلية الحضانة وجب إسقاطها عنه .و انطلاقًا من ذلك نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على الحالات التي يسقط فيها حق الحضانة عن صاحبه و التي تتمثل في عدة عوامل مثل الإهمال أو العجز البدني أو سوء سلوكها أو إنحرافها فإذا وجدت المحكمة أن الأم غير صالحة، فيجوز لها أن تنتقل حضانة الطفل الى الأب في هذه الحالة يمنح للأم حق الزيارة فقط وذلك تحقيقًا لمصلحة الطفل المحضون<sup>98</sup>

## الفرع الثاني : العدة

تعددت عبارات الفقهاء في تعريف العدة إلا أن جميعها يدور في مفهوم واحد لا اختلاف فيه أما الإختلاف كان في الألفاظ و العبارات فقط لافي المفهوم فالعدة لغة بكسر العين من الفعل عد وهو إحصاء الشيء مثل قولهم "عده يعده عدا وتعدادا "بمعنى أحصاه وعده<sup>99</sup>وعدة المرأة أيام قروئها وأيام حدادها وقد

<sup>98</sup> ارة صالح، مرجع سابق، ص 89- 2. بن الشويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 260-261.ص، ص، 2006  
<sup>3</sup>سعد فضيل، مرجع سابق، ص 378

<sup>99</sup> أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب. (لبنان، دار صادر، بدون سنة نشر). جزء 3، ص 284. أحمد بن محمد بن علي القيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، (لبنان، مكتبة لبنان، 1987)، ص 15. أبو عبد اهل محمد بن محمد بن عبد الرحمن

المالدي المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، (موريتانيا، دار الرضوان، 2010)، ص 533،

تكون العدة بالشهور أو القروء، كما يقال أيضا اعتدت بالشيء أي أدخلته في العد والحساب فهو معتد به محسوب غير ساقط وعدة المرأة قيل أيام أقرائها مأخوذ هي للعد والحساب وقيل أيضا تربصها المدة الواجبة عليها. ولم يختلف الفقهاء في وضع مفهوم للعدة ، لكن ما اختلفوا فيه ما هي باختلافاتفي الألفاظ و العبارات لكنها تصب في مفهوم واحد

فقد عرفها المالكية بأنها المدة التي تعتبر دليلا على براءة رحم الزوجة و خلوها من الولد لطلاق أو موت الزوج من النكاح أو لفسخ النكاح ، وكما عرفها الإمام أحمد الدردير أنها مدة من الزمن عينها الشارع الحكيم لمنع المطلقة المدخول بها دون غيرها و كذلك منع المتوفى عنها زوجها من الزواج بغيره لأجل معين وسببها الطلاق أو الموت وهي ثلاثة أنواع: وضع الحمل، أو أقرء أو أشهر كما عرف الشافعية العدة على أنها مدة معينة تتربص فيها المرأة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها لمعرفة براءة رحمها من أي حمل أو للتعبد .

وعرف الحنابلة العدة على أنها تربص من فارقت زوجها بوفاة أو حياة، ويعني بالحياة الطلاق أو الخلع أو الفسخ . أما تعريف العدة عند العلماء المعاصرين وكما عرفها الشيخ العثيمين أنها تربص محدود شرعا بسبب فرقة نكاح وما ألحق به ، والتربص هو الإنتظار لمدة معينة . أما في قانون الأسرة الجزائري فلم يرد تعريف للعدة بل اكتفى المشرع بذكرها كأثر من آثار الطلاق و لم يحدد ماهيتها و نص عليها في أربع مواد من نفس القانون و هي المادة 58 " تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء ، و اليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق وفي المادة 59 "تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر و عشرة أيام ، و كذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده وفي المادة 60 : عدة الحامل وضع حملها ، و أقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطالق أو الوفاة وفي المادة 61 " لا تخرج الزوجة المطلقة و لا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة و لها الحق في النفقة في عدة الطلاق مشروعية العدة

أولا ففي القرآن الكريم جاء في عدة الطلاق والمدة التي تتربصها المطلقة في قوله تعالى "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء"<sup>100</sup> دلت الآية الكريمة عل أن الله تعالى لقد أوجب العدة على المرأة المطلقة وبين لها المدة التي تتربصها وهي ثلاثة قروء-كما جاء في عدة الوفاة قول الله تعالى " والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن أربعة أشهر وعشرا"<sup>101</sup>

<sup>100</sup>سورة البقرة ، الآية 228 .  
<sup>101</sup>سورة البقرة ، الآية 234 .

من السنة وردت عدة أحاديث في سنة النبي صلى اهل عليه وسلم تبين لنا مشروعية العدة ونذكر منها: أخبرنا محمد بن سلمة والحارث قال: أنبأنا ابن القاسم عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن المسور بن مخزومة أن سبيعة الأسلمية نفست بعد وفاة زوجها بليال فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستئذنت أن تتكح فأذن لها فنكحت<sup>102</sup>

ومن الإجماع: أجمع فقهاء الإسلام على وجوب العدة على المرأة التي فارقت زوجها من طلاق أو فسخ أو إنما اختلفوا في أنواع منها وفاة وطلاق

**الحكمة من مشروعية العدة:** تتجلى الحكمة من إقرار الإسلام للعدة في عدة نقاط أهمها:

- التأكد من براءة الرحم حتى لا تختلط الأنساب بعضها ببعض
- 2تهيئة الفرصة للزوجين المطلقين لإعادة بناء الحياة الزوجية إن رأيا في ذلك إصلاحاً لهم
- 1- 3. الإشارة إلى أهمية الزواج وعظم شأنه فلا ينقضى إلا بفوات مدة معينة.
- 4- - شرعت عدة الوفاة ظهار الحب والوفاء له ظهار الحزن عليه واحزنا على وفاة زوجها و بعد العشرة الزوجية التي قضتها معه
- 5 - القيام بالعدة واجب على الزوجة لأنه حق الله عزوجل فلا يجوز لها التخلي عنها وكذلك لا يجوز للزوج التخلي عنها لأنها ليست حقاً خالصاً له وبالتالي لا يمكن لها إسقاطها

وينبغي الإشارة إلى أن الآثار المتعلقة بالعدة من الطلاق الرجعي أو البائن بينونة صغرى، مختلفة عن كونها من الطلاق البائن بينونة كبرى، ومن هذه الآثار سكنن المعتدة إذنلتزم المعتدة من طلاق رجعي سواء من طلاقة واحدة أو طلقتين الاعتداد في بيت الزوجية حتى تنقضي عدتها، لأنها في مقام زوجته وله إمكانية مراجعتها ، وقد دلّ على ذلك قول الله تعالى " أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ " فإن انقضت عدتها دون أن يراجعها مُطَلِّقها، يُصبح الطلاق بائناً بينونة صغرى، لا يملك مُطَلِّقها مراجعتها إلا بعقدٍ ومهرٍ جديدين. وكذلك الحال للمعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى، فيكون لها الحق في المبيت والسكنى في بيت الزوجية حتى انقضاء عدتها. أمّا المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى يكون اعتدادها في أي مكانٍ مأمون تشاؤه وتختاره سوى بيت الزوجية<sup>103</sup>.

**نفقة المعتدة:** تجب نفقة المعتدة من طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى على مُطَلِّقها حتى تنقضي عدتها، لذا فلا حاجة لخروجها من بيتها إلا للضرورة

<sup>102</sup>- أحمد عساف، الأحكام الفقهية في المذاهب الأربعة، م2، دار إحياء العلوم، بيروت، لبنان، ط1، 1985، ص 410.

<sup>103</sup>- بختي العربي، المرجع السابق، ص 129.

والحاجة الملحة. أمّا المعتدّة من طلاقٍ بائنٍ بينونة كبرى فلا تجب نفقتها على مطلقها، إذا جاز لها الخروج من بيتها لتحصيل نفقتها وهذا ما أخذ به المشرع في المادة 61 "لا تخرج الزوجة المطلقة و لا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبيّنة و لها الحق في النفقة في عدة الطلاق"

## خاتمة

كخلاصة لما جاء في محاضرات مقياس قانون الأسرة التي القيت على طلبة السنة الثانية ليسانس مجزأة الى فصلين في نفس السداسي وهما الزواج والطلاق ، وهو مقياس ذو أهمية بالغة في حياة الطالب الإجتماعية والمهنية وتكوينه القانوني فقد حرصت فيها قدر الإمكان على إيجاد العبارات السهلة الملائمة لتقديم المادة حتى يسهل على الطالب استيعابها .

وخلاصة هذه المحاضرات أن عقد الزواج رضائي مفترض فيه الدوام وهو كسائر العقود لكنه ذو طبيعة خاصة لأن هدفه الأساسي تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة وإحسان الزوجين لذلك يستحب أن تكون له مقدمة هي الخطبة ، والتي قد تثور بشأنها منازعات قضائية في حالة العدول عنها وهو ما عالجه المشرع الجزائري في أحكام قانون الأسرة كما تعرضنا لتكوين هذا العقد وإثباته في حالة عدم التسجيل ، وكذلك ما قد ما يلحق العقد من آثار في حالة غياب أركانه أو شروطه ، وما يترتب عليه هذا العقد من آثار مادية وغير مادية على المتعاقدين وحتى على الغير

وفي حالة عدم التوافق بين الزوجين فإن هذا العقد مصيره الإنحلال لذلك تعرضت في الفصل الثاني من هذه المحاضرات الى صور انحلال الرابطة الزوجية وما يترتبها الانفصال بين الزوجين من آثار مالية وغير مالية على الزوجين وعلى الغير

وجدت اثناء القاء هذه المحاضرات مواطن فراغ تشريعي في قانون الأسرة كان لابد فيها من الرجوع الى قواعد الشريعة الإسلامية وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تمنح مصدرا ثانيا لقانون الأسرة وهو الشريعة الإسلامية

ويتضح من خلال ذلك أن المشرع الجزائري عالج مواضيع قانون الأسرة من زواج وطلاق وآثارهما وقد استمد جل نصوصه من أحكام الشريعة الإسلامية ورغم ذلك لازال يعاني من بعض النقصان لمواكبة التطور الإجتماعي للأسرة ولكن دائما بما لا يخاف أحكام الشريعة الإسلامية لاسيما وأنه لم يعرف أي تعديل على نصوصه من سنة 2005 .

## قائمة المراجع

### 1-المصادر

القرآن الكريم

### 2- القوانين

- 1- القانون 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة و المعدل والمتمم بالأمر 05-02 في المؤرخ 27 فبراير 2005.

- 2- لأمر 20/70 المؤرخ في 19 فيفري 1970 ، المتضمن قانون الحالة المدنية ، الجريدة الرسمية ، العدد 21، المؤرخة في 1970/2/27 المعدل والمتمم .
- 3- الامر رقم 58-75 ،المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون 05-07 المؤرخ في 13 مايو سنة ،2007

### 3-المراجع:

1. ابن منظور ، لسان العرب، ج1 ، دار صادر ، بيروت ، الطبعة الثالثة
2. أبو القاسم سعد الله ، تاريخ الجزائر الثقافي ، دار البصائر، الجزائر، 2007، ج 1
3. أبو عبد اهل محمد بن محمد بن عبد الرحمن المالدي المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل ، دار الرضوان، 2010
4. أحمد عساف، الأحكام الفقهية في المذاهب الأربعة، م2، دار إحياء العلوم ، بيروت، لبنان، ط1، 1985.
5. العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2005.
6. الفيروزي أبادي، القاموس المحيط، ج1، مؤسسة الرسالة ، بيروت، لبنان، طبعة 8، 2005
7. الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني المنهاج، ج4، دار الكتب العلمية، ط1، أحمد نصر الجنديشرح قانون الأحوال الشخصية ، دار الكتب القانونية، مصر ، 2014.
8. أحمد فراج حسين، أحكام الزواج، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت 2004.
9. بن الشويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006
10. بن صغير محفوظ، أحكام الزواج في الإجتهد الفقهي وقانون الأسرة ، مكتبة النور 2013.
11. ذيابي باديس، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، 2007.
12. رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الإسكندرية، 2001

13. عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد دار هومة ، الجزائر، طبعة 4، 2010.
14. عبد العزيز سعد ، نظام الحالة المدنية في الجزائر ، ط 2 دار هومة .
15. عبد الفتاح تقيّة ، قانون الأسرة مدعما بأحدث الإجتهاادات القضائية والتشريعية ، دراسة مقارنة ، دار الكتاب الحديث ، 2012.
16. عبد الناصر العطار، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية، مكتبة وهبة ، القاهرة، 1987.
17. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2007.
18. فركوس صالح، المختصر في تاريخ الجزائر ، دار العلوم ، عنابة.
19. سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب و الطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 1986 .
20. شوكت عليان، أحكام خطبة النكاح في الإسلام، دار الرشيد، الرياض، 1402هـ.
21. حمد كمال الدين إمام، الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات و الطباعة و النشر و التوزيع، لبنان، 1996 .
22. محمد محده ، الخطبة والزواج ، الطبعة الثانية ، 2000 .
23. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر، بيروت.
24. محمد جمعة عبد الله ، الكواكب الذرية في فقه المالكية، المكتبة الأزهرية، القاهرة، 1995.
25. مزهود الصادق، تاريخ القضاء في الجزائر من العهد البربري الى حرب التحرير الوطني ، دار البعث ، قسنطينة ، سنة 2000.
26. صالح السدلان، الشروط في النكاح، دار بلنسية، الرياض.
27. لحسن بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية دار هومة، 2006 .
28. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، دار الفكر، دمشق، طبعة 4

<sup>1</sup>Ghaouti Ben Melha Le Droit Algerien De La Famille Office Des Publications Univerrsitaires 07-1993

#### 4-المقالات

- 1- محمد بن أحمد الصالح، متعة الطلاق في الفقه الإسلامي، مقال منشور بمجلة أضواء الشريعة ، كلية الشريعة ،الرياض، 2003 ، العدد 2 .
- 2- هادفي بسمة ، تسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية، مجلة قضايا معرفية، المجلد 2، العدد 1 سنة 2022.

## 5- الأطروحات و الرسائل

- 1- بوغرارة صالح، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006-2007.
- 2- قندوزي دلال، التطبيقات القضائية للحضانة و إشكالاتها القانونية على ضوء الأمر 05-02، مذكرة نهاية التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2010 .

## الفهرس

مقدمة.....	ص 10
مبحث تمهيدي : التطور التاريخي لقانون الأسرة الجزائري وعلاقته بفروع القانون.....	ص 14
المطلب الأول: التطور التاريخي لأحكام الأسرة (الأحوال الشخصية).....	ص 14
الفرع الأول : وضع الأحكام المتعلقة بالأسرة في عهد الدولة العثمانية.....	ص 15
الفرع الثاني: التقنين الرسمي لقانون الأحوال الشخصية(قانون الأسرة).....	ص 15
المطلب الثاني : التقنين غير الرسمي للأحوال الشخصية.....	ص 16
الفرع الأول : مفهوم قانون الأحوال الشخصية وتطوره في البلاد العربية.....	ص 17
مفهوم قانون الأحوال الشخصية.....	ص 17
تطور قانون الأحوال الشخصية في البلاد العربية:.....	ص 18
الفرع الثاني : تطور التطبيق القضائي لأحكام الأسرة في الجزائر.....	ص 20
مرحلة ما قبل الاستعمار.....	ص 20
التشريع الأسري في بداية الإحتلال الفرنسي للجزائر.....	ص 21
التشريع الأسري عقب الإستقلال.....	ص 22

المطلب الثالث :مصادر قانون الأسرة الجزائري وعلاقته بفروع القانون	ص24.....
الفرع الأول : مصادر قانون الأسرة	ص25.....
الفرع الثاني: علاقة قانون الأسرة بباقي فروع القانون	ص 26 .....
الفرع الثالث : طبيعة قانون الأسرة	ص 27 .....
الفصل الأول : نظرية عقد الزواج	ص.30 .....
المبحث الأول : الزواج مقدماته و إنعقاده	ص31 .....
المطلب الأول : المقدمة القبلية لإبرام عقد الزواج- الخطبة	ص..... 32-
الفرع الأول: تعريف الخطبة في اللغة والاصطلاح والقانون	ص.....33
الفرع الثاني : شروط صحة الخطبة	ص.....34
حكم زواج المخطوبة	ص..... 35
الفرع الثالث : الطبيعة القانونية للخطبة	ص.....36
آثار العدول عن الخطبة	ص..... 37
إمكانية التعويض عن الضرر المادي والمعنوي المترتب عن العدول عن الخطبة	ص..... 44
المبحث الثاني : عقد الزواج	ص..... 50
المطلب الأول : الطبيعة القانونية لعقد الزواج	ص.....51
الفرع الأول: الزواج عقد أم مجرد إتفاق	ص.....52
الفرع الثاني: الزواج عقد مدني أم ديني أم هو ذو طبيعة أخرى	ص..... 53
الفرع الثالث: عقد الزواج بين الرضائية والشكلية	ص 54 .....
المبحث الثاني : أركان عقد الزواج وشروطه	ص.....54
المطلب الأول : أركان عقد الزواج	ص..... 55
الاختلاف في الجنس	ص.....55
ركن الرضا	ص..... 56
المطلب الثانيشروط عقد الزواج	ص..... 57

إنعدام الموانع الشرعية للزواج .....	ص 60
المطلب الثاني: النكاح الفاسد و الباطل .....	ص 61
الفرع الأول: النكاح الفاسد .....	ص 62
الفرع الثاني النكاح الباطل .....	ص 63
المبحث الثالث أثار عقد الزواج وإثباته .....	ص 64
الفرع الأول : حقوق وواجبات الزوجين .....	ص 64
الحقوق الشخصية للزوجة .....	ص 66
الحقوق الشخصية للزوج .....	ص 66
الحقوق المالية المشتركة .....	ص 66
الحقوق المالية للزوجة .....	ص 67
الحق في النفقة الشرعية .....	ص 67
حرية التصرف في مالها .....	ص 68
النسب كأثر لعقد الزواج في قانون الأسرة .....	ص 70
ثبوت النسب بالزواج الصحيح .....	ص 71
موقف قانون الأسرة من التبني .....	ص 72
حمل المرأة عن طريق التلقيح الاصطناعي وشروطه .....	ص 73
المطلب الثاني : إثبات الزواج .....	ص 74
لفرع الأول : إثبات الزواج بتسجيل العقد بصفة رسمية .....	ص 75
الفرع الثاني :إثبات الزواج بحكم قضائي .....	ص 76
<b>الفصل الثاني : الطلاق وآثاره .....</b>	<b>ص 78</b>
المبحث الأول: صور فك الرابطة الزوجية .....	ص 78
المطلب الأول : الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج .....	ص 78
الطلاق بالإرادة المشتركة للزوجين .....	ص 80
المطلب الثاني: الطلاق بطلب من الزوجة .....	ص 81
الفرع الأول : الخلع .....	ص 81
الفرع الثاني : التطلق .....	ص 82
أ. التطلق لعدم الإنفاق .....	ص 83
ب. التطلق للعيب .....	ص 84
ت. التطلق للهجر في المضجع .....	ص 85
ث. التطلق للحكم بعقوبة عن جريمة ماسة بشرف الأسرة .....	ص 85

ج. التطليق بسبب غياب الزوج.....	ص 86
ح. مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من قانون الأسرة.....	ص 87
خ. ارتكاب فاحشة مبينة.....	ص 87
د. الشقاق المستمر بين الزوجين.....	ص 88
ذ. مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.....	ص 88
ر. التطليق للضرر المعتبر شرعا.....	ص 88
الفرع الثالث: الطلاق للنشوز.....	ص 89
المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن الطلاق.....	ص 91
المطلب الأول : الآثار المادية للطلاق.....	ص 92
الفرع الأول : التعويض.....	ص 92
تقدير اقيمة التعويض.....	ص 92
العلاقة بين المتعة والتعويض.....	ص 95
تعريف المتعة ودليل مشروعيتها.....	ص 95
إمكانية القضاء بالمتعة والتعويض في آن واحد.....	ص 97
النزاع حول متاع البيت.....	ص 100
المطلب الثاني : الآثار غير المادية للطلاق.....	ص 104

الفرع الأول: الحضانة.....	ص 104
أولاً: التعريف الفقهي للحضانة.....	ص 105
ثانياً: حكم الحضانة و أدلة مشروعيتها .....	ص 106
أولاً: حكمها.....	ص 106
ثالثاً: شروط الحضانة.....	ص 107
خامساً: حقوق وواجبات الأمناء بشأن حضانة الأطفال في القانون الجزائري:.....	ص 107
آثار الحضانة.....	ص 109
أ- نفقة المحضون.....	ص 110
ب- مسكن المحضون.....	ص 110
ب- حق زيارة المحضون.....	ص 111
ج- إنتهاء مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.....	ص 111
د- أثر الطلاق على ترتيبات أصحاب الحق في الحضانة في القانون الجزائري.....	ص 112
الفرع الثاني : العدة.....	ص 113
أ - الحكمة من مشروعية العدة.....	ص 115
ب- نفقة المعتدة.....	ص 116
خاتمة.....	ص 117