الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة 8 ماي 1945- قالمة-

كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مطبوعـة بيداغوجيـة بعنـوان:

قانون الأسرة (الزواج والطلاق)

محاضـرات ألقيـت على طلبـة السنـة الثانية ليسانس جذع مشترك

السداسي الثالث

إعـداد

د/فاطمة بومعزة

أستاذ محاضر أ

السنة الجامعية: 2023 - 2024

مقدمة

يقوم النظام القانوني داخل أية دولة على وجود كم هائل من القوانين التي تحكم مختلف شؤون الحياة، ومن أهم هذه الشؤون نجد شؤون الأسرة التي تحتل أهمية بالغة نظرا لأهمية دورها في المجتمع ولأنها الركيزة والنواة الأولى له، فمتى صلحت الأسرة صلح المجتمع، ونظرا لكون المجتمع الجزائري مجتمع مسلم وكذا الدولة الجزائرية دولة مسلمة بنص الدستور، كان لزاما أن يتلاءم القانون الذي يحكم شؤون الأسرة الجزائرية مع الشريعة الإسلامية، حيث يستمد قانون الأسرة الجزائري معظم أحكامه من مبادئ وقواعد الشريعة الإسلامية، إضافة لكون هذه الأخيرة تعتبر من أهم مصادره ومقدَمة على المصادر الأخرى المعروفة للقانون الداخلي.

إن دراسة قانون الأسرة في شعبة الحقوق ليس بالأمر الجديد، إذ أنه من أهم القوانين التي تُدرّس لطلبة القانون سواء قديما في ظل النظام الكلاسيكي، أو حاليا في ظل النظام الجديد الذي عرفته الجامعة الجزائرية منذ مطلع القرن الواحد والعشرين، أو ما يسمى بنظام (ليسانس ماستر دكتوراه)، لكن طريقة الدراسة وتقسيم البرامج هو الذي شهد تغيرا نوعا ما، حيث تم تحديد محور أحكام الزواج والطلاق في مرحلة الجذع المشترك وبالتحديد في السنة الثانية (سداسي ثالث)، وهو موضوع هذه المطبوعة البيداغوجية الموجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس جذع مشترك، مما يعني اقتصار البرنامج المسطر على موضوعين أساسيين هما : أحكام الزواج وأحكام الطلاق.

يهدف هذا المقرر إلى تعريف الطالب بقانون الأسرة عموما وقانون الأسرة الجزائري على وجه الخصوص، من خلال أخذ لمحة عامة عن ظهور هذا القانون وتطوره وخصائصه ومصادره، ثم التطرق إلى أهم الأحكام المتعلقة بالزواج من خلال التعرف على مقدماته، وأركان عقد الزواج وشروطه والآثار المترتبة عنه، ليتم الانتقال إلى الصور المختلفة لفك الرابطة الزوجية، والآثار المترتبة عن ذلك.

كما يهدف تدريس أحكام الزواج والطلاق إلى لفت انتباه الطالب إلى نقطة هامة يصطبغ بها قانون الأسرة الجزائري، وهي إحالته إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لا يوجد فيه نص، مما يعني ضرورة دراسة أحكام الشريعة الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية، والتعرف على مختلف الآراء الفقهية في هذا الخصوص، والتدرب على الموازنة بين تلك الأحكام بما يتفق مع طبيعة القانون وقواعده.

ولما كان طالب السنة الثانية حقوق قد بدأ فعليا في الاندماج في مجال القانون، فإن تدريس أحكام الزواج والطلاق يهدف كذلك إلى حث الطالب على اكتساب القدرة على تحليل نصوص قانون الأسرة ونقدها، واكتشاف النقائص التي تعتريها، ولما لا اقتراح البدائل التي تساعد المشرع في عملية تعديل هذا القانون، خاصة وأن هذا الامر هو مطلب الكثير من المشتغلين بمجال شؤون الأسرة.

من خلال تدريسنا لهذا المقرر لأكثر من ثلاث سنوات، فقد اكتسبنا الخبرة اللازمة التي مكنتنا من اكتشاف مختلف النقائص والثغرات التي يعاني منها قانون الأسرة الجزائري، مما جعل طريقة التدريس لا تعتمد فقط على الكشف عن الأحكام المتعلقة بالزواج والطلاق، بل كذلك التركيز على تلك العيوب في محاولة منا لتنبيه دارس القانون إليها، هذا الأخير الذي قد يمارس مستقبلا مهنة القضاء، فيكون على بينة منذ البداية بدور القضاء والاجتهاد القضائي في مجال شؤون الأسرة، وعلى هذا الأساس يمكننا أن نطرح الإشكال التالي: كيف نظم المشرع الجزائري أحكام الزواج وفك الرابطة الزوجية؟ ما هي الأسس التي اعتمد عليها في سن وتعديل هذه الأحكام؟ وما هي النقائص والثغرات التي تركها عند سن هذه القواعد؟ وما هو السبيل لإزالة تلك العقبات التي ظل قانون الأسرة الجزائري يعاني منها منذ تقنينه؟

للإجابة على هذ التساؤلات، وشرح محتوى المقرر بالتفصيل ارتئينا تقسيمه بما يتفق مع البرنامج الوزاري إلى المحاور التالية:

فصل التمهيدي: مدخل إلى قانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول: تطور قانون الأسرة الجزائري

المبحث الثاني: مفهوم قانون الأسرة الجزائري

المبحث الثالث: مصادر قانون الأسرة الجزائري

الفصل الأول: أحكام الزواج

المبحث الأول: مقدمات الزواج

المبحث الثاني: عقد الزواج، أركانه وشروطه

المبحث الثالث: آثار الزواج

الفصل الثاني: أحكام الطلاق

المبحث الأول: صور فك الرابطة الزوجية

المبحث الثاني: آثار فك الرابطة الزوجية

فصل تمهيدي: مدخل إلى قانون الأسرة الجزائري

يعتبر قانون الأسرة من أهم القوانين داخل النظام القانوني للدولة، لكونه يحكم وينظم شؤون الأسرة الجزائرية التي تشكل عماد المجتمع وقاعدته الأساسية، ونظرا لحساسية وخطورة الشؤون التي ينظمها فقد واجه قانون الأسرة الجزائري عدة عقبات، ومرّ في تطوره التاريخي بعدة مراحل تختلف عن تلك التي عرفتها بقية القوانين الداخلية الأخرى، زيادة على اختلاف وجهات نظر المشتغلين بهذا المجال حوله، بين من يريد له أن يتفق مع التوجه الغربي وبين من يتمسك بالشريعة الإسلامية والعادات والتقاليد الجزائرية، لذلك فإن تقنين الأسرة كان آخر تقنين تم سنه بعد الاستقلال، كما أن أمر تعديله واجه نفس الصعوبة، إذا أنه عدل مرة واحدة منذ إقراره.

وبالنظر لهذه الأسباب وغيرها اصطبغ قانون الأسرة الجزائري بخصائص جعلته فريدا من نوعه سواء فيما يتعلق بالمسائل التي يحكمها، أو الأحكام الخاصة به، أو فيما يتعلق بمصادره وخصوصيتها، هذا ما سوف نحاول التعرض له بشيء من التفصيل من خلال ثلاث مباحث، نتناول في المبحث الأول تطور قانون الأسرة الجزائري، ونخصص المبحث الثاني لدراسة مفهوم قانون الأسرة، بينما ندرس في المبحث الثالث مصادر قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول: تطور قانون الأسرة الجزائري

تمثل الأسرة في كل مجتمع الأساس الذي تقوم عليه، فهي التي تنجب أفراده وتربيهم وتحدد مستقبلهم ومستقبل المجتمع ككل، ونظرا لخطورة دور الأسرة، فإنه لابد من مراعاة الدقة والحذر عند سن القواعد القانونية التي تنظم شؤونها، كما لابد من أخذ طبيعة المجتمع ومعتقداته وأعرافه بعين الاعتبار في هذا المجال، وقد حاول المشرع الجزائري عند وضع قانون الأسرة أن يراعي كل تلك الاعتبارات، إلا أن

الانتقادات الموجهة له من قبل مختلف المنشغلين بمسائل الأسرة الجزائرية لم تتوقف، وعلى هذا الأساس سنحاول تتبع تطور القانون الذي يحكم وينظم شؤون الأسرة الجزائرية من خلال التعرض لتطوره ومضمونه قبل سن قانون سنة 1984، وبعده.

المطلب الأول: تطوره قبل تقنين قانون الأسرة سنة 1984

إن لفظ قانون الأسرة بمفهومه العام لا يصدق على التقنين فقط بل يتجاوزه، لأن مصادر القانون متعددة أولها حسب القانون الجزائري التشريع ثم الشريعة الإسلامية التي يليها العرف، وهذا يعني أن بحثنا في تطور قانون الأسرة قبل اصدار أول تقنين جزائري للأسرة سنة 1984 ليس عبثيا، بل إن الأسرة الجزائرية قبل هذا التاريخ كانت منظمة بموجب مصادر أخرى للقاعدة القانونية، ومن بينها بعض التشريعات المتناثرة، ويمكن أن نقسم مرحلة قبل صدور قانون سنة 1984 بدورها إلى ثلاث مراحل أساسية، تتمثل في مرحلة ما قبل الاحتلال الفرنسي، مرحلة الاحتلال الفرنسي، والمرحلة الممتدة من الاستقلال إلى غاية سن قانون الأسرة لسنة 1984.

الفرع الأول: قانون الأسرة الجزائري قبل الاحتلال الفرنسي

منذ الفتح الإسلامي لشمال أفريقيا ظلت الجزائر تخضع شؤون الأسرة إلى قواعد الشريعة الإسلامية فكانت هذه الأخيرة هي المصدر الوحيد لأحكام قانون الأسرة الجزائري، من خلال نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، والاجماع والقياس وفتاوى أهل العلم واجتهاداتهم، إضافة إلى اجتهاد القضاة الجزائريين، وكان المذهب المالكي المرجعية الفقهية لمختلف المسائل الأسرية، غير أنه في فترة الحكم العثماني للجزائر أخذ المذهب الحنفي مكانه في الجزائر العاصمة على أساس تجمع الجالية التركية فيها، كما كان المذهب الإباضي كان سائدا بين من يتبعون هذا المذهب في علاقاتهم المشتركة مع

بعضهم البعض خاصة في منطقة الجنوب[1]، وفي منطقة القبائل انتشرت الأعراف لتنظيم مسائل الأسرة، بينما كان اليهود والمسيحيين يخضعون في أحوالهم الشخصية لشرائعهم السماوية[2].

الفرع الثاني: قانون الأسرة الجزائري خلال فترة الاحتلال الفرنسي

بعد أن وقعت الجزائر تحت وطأة الاحتلال الفرنسي بدأت حملات التغريب تطال البلاد من ناحية القانون وذلك بإبعاد المبادئ الإسلامية عن حيز التطبيق وإحلال قوانينه محل القوانين الإسلامية، وإضفاء ثقافته الاستعمارية ومرجعتيه الفكرية والعقائدية المتمثلة في قانون نابليون، وبذلك استبدلت الأحكام الشرعية المستمدة من القوانين الإسلامية والقوانين الفقهية ،وحلت محلها القوانين الفرنسية في مختلف نواحي الحياة، إلا أنه في مجال الأحوال الشخصية ظل هذا الميدان هو الركن الوحيد الذي لم يستطيع الاستعمار الفرنسي النيل منه بسهولة[3]، نظرا لتمسك المجتمع الجزائري المسلم بعقيدته وأعرافه المستمدة أصلا من الشريعة الإسلامية.

مع ذلك فقد كانت هناك محاولات عديدة من جانب الاحتلال في تقنين الأحوال الشخصية للجزائريين بما يضمن لها الابتعاد تدريجيا عن أحكام الشريعة الإسلامية وحلول القانون الفرنسي محلها، ولم يكن القانون الفرنسي يطبق على شؤون الأسرة الجزائرية، إلا أنه تم سن بعض المراسيم التي تطرقت لبعض هذه الشؤون، لعل أولها كان مرسوم "قروميوز" لسنة 1870، الذي منح اليهود الجزائريين صفة

---

[1] اليزيد عيسات بلمامي، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2003/2002، ص 15.

[2] أحمد هيشور، التأطير القانوني لمسائل الأحوال الشخصية في الجزائر إبان العهد الاستعماري، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، العدد 02، المجلد 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف2، الجزائر، سبتمبر 2021، ص 305.

[3] حفيظة نهايلي، تعديلات قانون الأسرة بين الدافع والضرورة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد الأول، المجلد 03، جامعة الجلفة، الجزائر، جانفي 2010، ص 199.

المواطنين الفرنسيين وأخضعهم للتشريع الفرنسي خضوعا كليا بما في ذلك أحوالهم الشخصية[4]، وبقي بذلك تطبيق الشريعة الإسلامية على الأحوال الشخصية لكل الجزائريين الذين لا يحملون الجنسية الفرنسية[5].

ثم جاءت المحاولة الثانية من خلال قانون مارس 1882 الذي استهدف في الأساس ضبط هوية الأهالي المسلمين من خلال وجوب التسمي بلقب والحصول على بطاقة التعريف، إلا أنه لامس جانبا من شؤون الأسرة الجزائرية، لأن الجزائريين أُجبروا بمقتضاه بالتصريح بمواليدهم ووفياتهم وزواجهم وطلاقهم تحت طائلة العقوبات المقررة في قانون العقوبات الفرنسي وقانون الأهالي[6].

ثم أصدر الاحتلال مرسوم في ديسمبر 1890 ينص على تطبيق المذهب الإباضي على الإباضيين وعدم خضوعهم إلى أي مذهب آخر، ومرسوم في أوت 1902 أنشأ ما يسمى بالنظام القضائي في منطقة القبائل، والذي نص على تطبيق العادات والتقاليد القبائلية فأعطى لها قوة القانون واستبعد تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة إليهم، أما بقية المناطق الأخرى فقد أبقى فيها مبدئيا تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وأوكل تطبيقها إلى قضاة جزائريين لهم ثقافة إسلامية ضعيفة، مما جعل أعمالهم بعيدة عن روح الشريعة الإسلامية[7].

كما كانت هناك محاولة شهيرة من قبل سلطات الاحتلال الفرنسي في بداية القرن العشرين لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية وتطبيقها على الجزائريين في أحوالهم الشخصية من خلال ما يعرف بتقنين "موراند" الذي أعده الفرنسي مارسيل موراند، وتضمن 781 مادة تناولت عدة مواضيع، إلا أن هذا التقنين

---

[4] أحمد هيشور، مرجع سابق، ص 306.

[5] لعلى سعادي، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015/2014، ص 02.

[6] أحمد هيشور، مرجع سابق، ص 307.

[7] لعلى سعادي، مرجع سابق، ص 03.

لم يُعتمَد نظرا لعدم المصادقة عليه بسبب الاعتراض والجدل الذي آثاره، ومع ذلك كان له أثر ملحوظ على تفاسير الفقهاء والتطبيقات القضائية بعد وضعه[8].

ثم توالى بعد ذلك إصدار القوانين الفرنسية التي حاولت إخضاع شؤون الأسرة الجزائرية للتنظيم وفقا لها، نذكر منها، قانون ماي 1930 المتعلق بالخطبة وسن الزواج (في منطقة القبائل)، مرسوم سنة 1931 متعلق بالحالة القانونية للمرأة الجزائرية (في منطقة القبائل)، الأمر الصادر في نوفمبر 1944 المتعلق بالقضاء الإسلامي، قانون جويلية 1957 المتعلق بأحكام الوصاية والحجر والمفقود وإثبات الزواج، الأمر الصادر في 1959 المتعلق بالزواج وانحلاله[9]، ولائحته التنفيذية، وقرار وزير العدل الصادر في 11 ديسمبر 1959 الذي يبين الوثائق اللازمة لإبرام عقد الزواج وتسجيله[10].

بالرغم من كل المحاولات التي قامت بها سلطات الاحتلال الفرنسي منذ وطأت أرض الجزائر من أجل تقنين الأحكام التي تنظم الأسرة الجزائرية، وقيامها بوضع قوانين جزئية تخص مسائل الأحوال الشخصية رغبة منها في طمس الهوية الجزائرية والاسلامية، إلا أن المجتمع الجزائري قد فرض عليها سياسة الأمر الواقع، فكان يطبق في شؤون الأسرة مبادئ وقواعد الشريعة الإسلامية، مما جعل كل تلك المحاولات تبوء بالفشل.

واقتنعت فرنسا أخيرا بعدة حقبة من الزمن بترك الجزائريين يخضعون لأحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالشؤون الأسرية، مع تطبيق القوانين الفرنسية على المستوطنين ومن يحملون الجنسية الفرنسية.

---

[8] أحمد هيشور، مرجع سابق، ص 308.

[9] إبراهيم عماري، أمالي في قانون الأسرة المقارن، موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشلف، 2017/2016، ص 13.

[10] اليزيد عيسات بلمامي، مرجع سابق، ص 15.

الفرع الثالث: قانون الأسرة الجزائري بعد الاستقلال

بإعلان استقلال الجزائر في جويلية 1962 بدأت مرحلة جديدة للدولة الجزائرية تميزت بالاجتهاد في انشاء مختلف مؤسسات هذه الدولة الفتية، وقد وجدت نفسها في البداية تعاني من فراغ مؤسساتي لم يسعفها في سن القوانين الخاصة بها؛ فصدر قانون يقضي باستمرار العمل بالقوانين الفرنسية فيما عدى تلك التي تمس السيادة الوطنية أو ذات الطابع الاستعماري.

وكما سبق بيانه كانت هناك بعض القوانين الجزئية فيما يخص تنظيم شؤون الأسرة، فاستمر العمل بها، ونخص بالذكر هنا قانون سنة 1959 ولائحته التنفيذية، بالإضافة إلى الاحتكام لأحكام الشريعة الإسلامية.

إلا أن ذلك لم يخلو من سن بعض القوانين الخاصة بهذا المجال حيث تم في جوان 1963 إصدار قانون يتعلق بشكلية عقد الزواج وتحديد سن الزواج الذي عدل سنة 1969، وفي جويلية 1973 صدر أمر يقضي بإلغاء العمل بالقوانين الفرنسية ابتداء من سنة 1975، وبالتالي إلغاء العمل بقانون سنة 1959، ثم صدر القانون المدني الجزائري، الذي يستنتج من مادته الأولى أن كل ما لم يرد فيه نص قانوني يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية ثم العرف[11].

هذا بالتالي ما كان ينطبق على شؤون الأسرة على اعتبار عدم وجود تقنين يحكمها، وظل الوضع على ما هو عليه إلى غاية صدور أول قانون (تقنين) أسرة جزائري سنة 1984، وهو ما سنتناوله بالدراسة في المطلب الثاني.

---

[11] دليلة حمريش، تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري دراسة سوسيو قانونية لقانون الأسرة المعدل والمتمم 2005، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في علم الاجتماع القانوني، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، الجزائر، 2014/2013، ص ص 72،71.

المطلب الثاني: تقنين قانون الأسرة سنة 1984 وتعديله

لم يكن إصدار قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984 بالأمر السهل، ويظهر ذلك جليا من خلال طول المدة الزمنية التي استغرقها صدوره التي جاوزت العشرين سنة منذ الاستقلال، كما أن بعض أطياف المجتمع الجزائري لم تكن متفقة حول المرجعية التي يجب أن ينبني عليها هذا القانون.

وحتى بعد صدوره طرح قانون الأسرة الجزائري العديد من الإشكاليات في الواقع العملي، نظرا لعدم وضوح الكثير من أحكامه، ناهيك عن استمرار الصراع بين المؤيدين والمعارضين له، مما استوجب تعديله، وهو ما حدث فعلا لكن لمرة واحدة منذ صدوره، ومازال قانون الأسرة إلى وقتنا الحالي يثير العديد من الانتقادات.

الفرع الأول: جهود إصدار قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984

منذ الاستقلال وإلى غاية سنة 1984 ظل هناك فراغ قانوني فيما يتعلق بتنظيم الأسرة الجزائرية، إلا أن مسألة وضع تقنين شامل للأسرة كانت محل اهتمام للمشرع الجزائري منذ البداية، حيث ظهرت عدة مشاريع في هذا الصدد، كان أولها سنة 1964 عندما شكلت وزارة العدل لجنة خاصة لوضع مشروع قانون الأسرة، وهنا مباشرة ظهر صراع إيديولوجي بين اتجاهين، الاتجاه الثوري الذي كان ينادي بقانون يقوم على المساواة بين الرجل والمرأة وبدون الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، والتيار الثاني الذي مثله المحافظون ممن أرادو له أن يكون مستمدا من الشريعة الإسلامية ومتشبعا بمبادئها، وتلت هذه المحاولة عدة محاولات أخرى أهمها سنة 1973 وسنة 1981، لكنها بقيت مجرد مشاريع مجمدة في أدراج المجلس الشعبي الوطني[12].

[12] حفيظة نهايلي، مرجع سابق، ص 200.

يعتبر مشروع القانون المقدم سنة 1981 آخر مشروع تم اقراره فيما بعد، لكنه بدوره تعرض للكثير من التجاذبات خاصة من طرف الجمعيات النسوية التي رفضته جملة وتفصيلا بسبب تمييزه ضد المرأة حسب وجهة نظرهن، فكثرت المظاهرات والاحتجاجات أمام مبنى البرلمان لحد السماح لممثلات عنهن بالدخول وتقديم اقتراحاتهن حول المشروع، هذه الاقتراحات التي رفضت من قبل الإسلاميين، ليتم سحب المشروع من جديد سنة 1982، ولم يرجع إلى طاولة مناقشات البرلمان إلا يوم 09 جوان 1984 التي تمت في سرية تامة، ليتم المصادقة عليه وإقراره، وانتصر أخيرا التيار الاسلامي[13]، فجاء قانون الأسرة الصادر بالقانون رقم 11/84 متشبعا بأحكام الشريعة الإسلامية، إذ أنه استمد منها الغالبية العظمى من أحكامه، كما أنه أحال إلى أحكامها في كل ما لم يرد فيه نص في هذا القانون[14].

الفرع الثاني: تعديل قانون الأسرة الجزائري

رغم أن قانون الأسرة قد انطلق من واقع الشعب الجزائري الذي يدين بالإسلام ومن الدستور الذي يعترف بالإسلام كدين للدولة، إلا أنه لم يحظى منذ إصداره بالإجماع نظرا لوجود جهات رافضة له حتى قبل سنه، سواء تعلق الأمر بالحركة النسوية أو بالتيار العلماني الذي يشكل الأقلية في المجلس الشعبي الوطني، لذلك منذ سنة 1985 بدأ الاهتمام بمسألة ضرورة مراجعة قانون الأسرة من خلال مبادرات النشاط النسوي الذي كان منحصرا داخل أوساط الجامعة حتى سنة 1988[15].

---

[13] نور الدين زمام وسعاد بن قفة، قانون الأسرة الجزائري بين المشاركة السياسية وسياسة المشاركة، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد 07، المجلد 04، جامعة ورقلة، الجزائر، جانفي 2012، ص ص 156، 157.

[14] قانون رقم 11/84 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية، عدد 24، صادرة في 12 جوان 1984.

[15] نور الدين زمام وسعاد بن قفة، مرجع سابق، ص 159.

وبعد صدور الدستور الجزائري التعددي والقانون المتعلق بالجمعيات انتشر نشاط مؤسسات المجتمع المدني، ومنها تلك التي تطالب بتغيير قانون الأسرة، إلا أن ملف مراجعته لم يطرح فعليا إلا سنة 2004 من قبل رئيس الدولة عبد العزيز بوتفليقة الذي أعلن رسميا عن مراجعة قانون الأسرة بعد فوزه بالعهدة الثانية، وكان ذلك في ظل وجود ثلاث اتجاهات رئيسية، الاتجاه الأول الذي يمثله الإسلاميين ويدعمه معظم الجماهير الشعبية والذي يطالب بالإبقاء على قانون الأسرة كما هو، الاتجاه الثاني الذي يطالب بإلغاء قانون الأسرة لكونه قائم على التمييز بين الجنسين والذي يمثله المنظمات النسوية ويدعمهم في ذلك أطراف نافذة في السلطة مثل "أحمد أويحي"، واتجاه ثالث يرى بتعديل قانون الأسرة مع ضرورة احترام تعاليم الشريعة الإسلامية وهو الذي يمثله الاتحاد العام للنساء الجزائريات والجمعيات ذات التوجه الاسلامي[16].

تم إنشاء لجنة مراجعة قانون الأسرة بأمر من رئيس الدولة على مستوى وزارة العدل، وتألفت من 52 عضوا، وكلفت الوزيرة المنتدبة بقضايا المرأة والأسرة " بثينة شريط" بقيادة العملية في وسط زخم كبير من النقاشات والتخوفات من قبل الإسلاميين، وقامت اللجنة التي لم يحضر سوى نصف أعضائها بإعداد المشروع التمهيدي لقانون الأسرة حيث تضمن العديد من التعديلات من بينها الغاء ركن الولي في عقد الزواج، وهو ما لقي رفضا من طرف القوى الإسلامية، ورغم ذلك صادق عليه مجلس الوزراء، وقدمه للمصادقة عليه من قبل السلطة التشريعية، هذه الأخيرة التي ألغت مبدأ عدم حضور الولي في عقد

[16] نور الدين زمام وسعاد بن قفة، مرجع سابق، الصفحات من 160 إلى 163.

الزواج[17]، وجاءت بصيغة مخففة إذ جعلت حضوره شرفيا وتركت للمرأة حرية اختيار الولي، وحسم الصراع ولو نسبيا لصالح التيار الإسلامي، وجاءت العديد من التعديلات مبتعدة عن فقه الإمام مالك.

بالإضافة للمطالبات الداخلية بتعديل قانون الأسرة لا يفوتنا القول أن هناك اعتبار آخر أوجب ضرورة التعديل، وهو قبول الجزائر بالمعايير الدولية لحقوق الانسان ومنها حقوق المرأة والطفل، حيث صادقت على الاتفاقيات ذات الصلة ودمجتها مع القانون الداخلي بعد نشرها في الجريدة الرسمية للدولة لتتحول إلى قانون داخلي يسمو على كل القوانين الأخرى باستثناء الدستور.

وعلى كل حال تم اصدار تعديل قانون الأسرة لسنة 1984 بموجب أمر رئاسي رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، والذي تناول إجمالا تعديل الأحكام المتعلقة بالزواج وانحلاله، وهو ما يظهر جليا من خلال المواد التي مسها التعديل، حيث عدل المواد التالية: (04، 05، 06، 07، 08، 09، 11، 13، 15، 18، 19، 22، 30، 31، 32، 33، 36، 37، 40، 48، 49، 52، 53، 54، 57، 64، 67، 72، 87)، كما قام بإضافة المواد التالية: (03 مكرر، 07 مكرر، 08 مكرر، 08 مكرر1، 09 مكرر، 45 مكرر، 53 مكرر، 57 مكرر)، وألغى المواد التالية: (12، 20، 38، 39، 63)[18].

وبما أن التعديل قد صدر من خلال أمر من رئيس الدولة بموجب السلطة التي خولها له الدستور في مجال التشريع فإنه كان يجب أن يتم المصادقة عليه من قبل السلطة التشريعية متمثلة في البرلمان،

---

[17] سعاد بن قة وكلثوم مسعودي، الأسرة الجزائرية كما يصورها قانون الأسرة الجزائري لسنة 2005، الملتقى الوطني الثاني حول الاتصال وجودة الحياة في الأسرة أيام 10/09 أفريل 2013، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة ورقلة، الجزائر، الصفحات من 06 إلى 09.

[18] أمر رقم 02/05 مؤرخ في 27 فيفري 2005 معدل ومتمم لقانون الأسرة رقم 11/84، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 15، صادرة في 27 فيفري 2005، الصفحات من 18 إلى 22.

وهو ما حدث بالفعل حيث تم المصادقة عليه من قبل البرلمان، وأصدره رئيس الجمهورية في 04 ماي 2005، ونشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ليأخذ قوته الملزمة ويسري بصورة نهائية منذ ذلك التاريخ[19].

المبحث الثاني: مفهوم قانون الأسرة الجزائري

إن قانون الأسرة الجزائري هو القانون الذي ينظم شؤون الأسرة الجزائرية، يتمثل مصدره الأساسي في تقنين الأسرة الذي صدر سنة 1984 وتعرض للتعديل سنة 2005، وهو يتضمن العديد من الأحكام التي تنظم أحوال الجزائريين الشخصية المرتبطة مباشرة بتكوين الأسرة والآثار المتربية عنها وكذا شؤون انحلال الرابطة الزوجية، كما تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا أساسيا له، ويتميز بمجموعة من الخصائص التي تميزه عن القوانين الوطنية الأخرى، لعل أولها هو تسميته وكذا خصوصية مصادره، وهو ما سنتناوله بشيء من التفصيل في المطلبين التاليين.

المطلب الأول: تعريف قانون الأسرة

يعتبر لفظ قانون الأسرة لفظ عام يصدق على معنيين، المعنى الأول هو المعنى الواسع ويقصد به القانون الذي يحكم العلاقات الأسرية بغض النظر عن مصدر قواعده التي تتنوع وتتعدد من تشريع وشريعة إسلامية وعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، والمعنى الثاني ضيق، يقصد به تقنين الأسرة والذي يقصد به التشريع الذي يصدره البرلمان لتنظيم شؤون الأسرة بحد ذاتها، وسنتعرض لكلا المعنيين فيما يلي.

---

[19] قانون رقم 09/05 مؤرخ في 04 ماي 2005 يتضمن الموافقة على الأمر 02/05 الذي يعدل ويتمم القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 43، صادرة في 22 جوان 2005، ص 04.

الفرع الأول: تعريف قانون الأسرة بمفهومه الواسع

تجدر الإشارة أولا أن العديد من الدول العربية والإسلامية لا تطلق تسمية قانون الأسرة على القانون الذي ينظم هذه الشؤون بل تستخدم مصطلح قانون الأحوال الشخصية، ويعتبر هذا المصطلح دخيلا على الفقه الإسلامي وكذا القانون في الدول العربية؛ إذ يعود أصله إلى القرن الثالث عشر، حيث ابتدعه الفقه الإيطالي للتعبير عن القانون المحلي للمدن وقسمه إلى قسمين: الأحوال المالية والأحوال الشخصية، ثم أخذت بهذا التقسيم القوانين الغربية وبالأخص الفرنسية وطورته، وانتقل إلى التشريع الإسلامي من خلال القانون الفرنسي، وأول من استخدمه من الفقهاء المعاصرين " محمد قدري باشا" سنة 1890 في صياغة ثلاث كتب عن المذهب الحنفي، حمل أحدها عنوان (الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية)[20].

وقد اصطلح فقهاء القانون على تسمية ما يتعلق بقضايا الزواج والطلاق والوصية والميراث بالأحوال الشخصية، وكان من المعهود عند علماء الشريعة الاسلامية السابقين وما تعلق بعرفهم العلمي تسمية القضايا المتعلقة بالأسرة بأسماء خاصة في كتبهم ومؤلفاتهم الفقهية، مثل تسمية الكتاب: فيعنونوها بكتاب النكاح وكتاب الطلاق وكتاب الوصية وكتاب المواريث أو الفرائض، أو عن طريق استخدام لفظ الباب، فيسمونها مثلا باب النكاح وباب الطلاق..الخ[21].

وقد جاء في حكم محكمة النقض المصرية سنة 1934 أن الأحوال الشخصية هي مجموع ما يتميز به الانسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي يرتب عليها القانون آثارا قانونية في

---

[20] رائد عبد الله بدير، مصطلح "الأحوال الشخصية" مصطلح غربي وجد مكانه في الفقه الإسلامي، مقال منشور على الموقع الالكتروني التالي:
https://scharee.com/?p=6067 ، تاريخ زيارة الموقع: 15 أفريل 2023.

[21] إبراهيم عماري مرجع سابق، ص 05.

حياته الاجتماعية مثل كونه ذكرا أو أنثى أو متزوجا أو أرملا أو مطلقا، أو أبا أو ابنا أو تام الأهلية أو ناقصها أو مطلق الأهلية أو مقيدها، كما[22]، غير أن هذا التعريف الواسع يجعل الأحوال الشخصية تستمد أحكامها الأساسية من القانون المدني أكثر من غيره من القوانين، وتوسعها كثيرا عن الأحوال المتعلقة بالأسرة.

كما أشار الفقيه المصري عبد الرزاق السنهوري إلى أن نطاق الأحوال الشخصية يتناول الشخصية فيحددها سواء كانت طبيعية أو معنوية، ثم الأسرة فيبين روابط الشخص بأسرته، سواء كانت هذه الروابط شخصية وتشمل النسب والزواج، أو مالية وتشمل النفقة والميراث والوصية والهبة والوقف، وكلاهما يدخل ضمن نطاق القانون المدني[23].

لذلك فإن الأحوال الشخصية باعتبارها مجالا لقانون الأحوال الشخصية تشمل بالأساس الأحكام التي تنظم علاقة الأفراد من حيث صلة النسب والزواج فيما بينهم، والحقوق والواجبات التي تنشأ عن مثل هذه العلاقات، ومختلف الآثار التي تترتب عن انقطاع هذه الصلات.

يلعب قانون الأحوال الشخصية دورا مهما في تحديد العلاقات الأسرية في البلدان العربية والاسلامية، باعتباره القانون الأشد صلة بالحياة اليومية للمواطنين والأكثر اقترابا وتأثيرا في الوحدة الأساسية للمجتمع، فهو الذي يحكم شؤون الأسرة والعلاقات بين أطرافها، ويحدد حقوق وواجبات كل أفرادها وعلاقاته، كما يضبط أمور الزواج والطلاق ورعاية الأطفال، وعلى الرغم من أن كل البلدان العربية الإسلامية حاولت تبني قانون الأحوال الشخصية المستمد من الفقه الإسلامي، إلا أن كل بلد عربي مسلم له خصائصه وتوجهاته في ذلك، مما أدى إلى وجود اختلاف بين قواعد الفقه التي اتبعت،

---

[22] رشيد بن شويخ، قانون الأسرة بين التعديل والتبديل، مجلة الصراط، العدد الثاني، المجلد السادس، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر1، الجزائر، جويلية 2004، ص 113.

[23] عبد الرزاق أحمد السنهوري، علم أصول القانون، مطبعة فتح الله الياس وأولاده، مصر، 1936، ص 180.

وآراء المشرعين، وتفسيرات النصوص المطبقة في قوانين الأحوال الشخصية المتبناة من جانب كل بلد على حدى[24].

أما في الجزائر فإن مصطلح قانون الأحوال الشخصية ليس له وجود، بل يستخدم المشرع الجزائري مصطلح قانون الأسرة، وهو حسب رأينا اتجاه محمود، على اعتبار أن الفصل بين نظام الأسرة والقانون المدني هو أمر إيجابي نظرا لخصوصية الأسرة وكونها الخلية الأساسية لبناء المجتمع، ناهيك عن خصوصية مصادر هذا القانون.

وهنا يقصد بقانون الأسرة بمفهومه الواسع كل القواعد القانونية النافذة في النظام القانوني الجزائري والتي تتناول بالتنظيم شؤون الأسرة بغض النظر عن مصادر قواعده التي تتميز بالتنوع؛ فقد نجدها في تقنين الأسرة أو في أحكام الشريعة الإسلامية أو في القانون المدني أو قانون الحالة المدنية أو قانون الجنسية أو غيرها من القوانين العادية أو الفرعية أو حتى الدستور.

وقانون الأسرة بهذا المعنى هو فرع من فروع القانون الخاص، الذي يحكم وينظم علاقات الأشخاص فيما بينهم حينما لا تكون الدولة طرفا فيها، وهو يتناول مسائل الزواج وما يترتب عنه، والطلاق وما يترتب عنه، كما يتناول بعض المسائل الأخرى الخاصة بأحوال الشخص المالية مثل العقود التي يبرمها في مجال علاقاته الأسرية وعلاقاته الخاصة كالهبة والوصية والنيابة.

ومثل معظم القوانين الوطنية الأخرى فإن قانون الأسرة الجزائري هو قانون مقنن، أي تم جمع أحكامه ضمن قانون واحد يسمى قانون الأسرة وهو القانون رقم 11/84، والذي سنتناوله في الفرع الثاني باعتباره يجسد المعنى الضيق لقانون الأسرة أي تقنين الأسرة، كما أن قواعد قانون الأسرة بمفهومه الواسع

[24] سميرة عبدو، قانون الأسرة المقارن، محاضرات ملقاة على طلبة السنة الأولى ماستر تخصص الفقه المقارن وأصوله، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة باتنة 1، الجزائر، السنة الجامعية 2021/2020، ص 03.

لها مصادر أخرى نجدها في التشريع بمختلف أنواعه والشريعة الإسلامية والعرف، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

الفرع الثاني تعريف قانون الأسرة بمفهومه الضيق

يقصد بقانون الأسرة بمفهومه الضيق تقنين الأسرة، أي قانون الأسرة الجزائري الصادر سنة 1984 بالقانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984، والمنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد 24 المؤرخ في 12 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 12 يونيو 1984[25]، وتم تعديله سنة 2005 بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم سنة 1426 هـ الموافق لـ 27 فيفري 2005 المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 15، في نفس التاريخ[26]،

نظم قانون الأسرة الجزائري أربعة مواضيع أساسية من خلال 223 مادة جاءت في شكل أربعة كتب، وقبلها بدأ بأحكام عامة تضمنت أربعة مواد، جاء فيها أن جميع علاقات أفراد الأسرة تخضع لهذا القانون، كما عرفت الأسرة من خلال الأفراد الذين تتكون منهم، وأنها تقوم على الترابط والتكافل والقيم الأخلاقية، واعتبرت النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا المتعلقة بالأسرة[27]، أما الكتاب الأول فتم تخصيصه لأحكام الزواج وانحلاله، حيث تضمن أحكام الخطبة وأركان الزواج وشروطه، والنكاح الفاسد

[25] الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 24 مؤرخ في 12 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 12 يونيو 1984، الصفحات من 910 إلى 924.

[26] الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، مؤرخ في 18 محرم سنة 1426 هـ الموافق لـ 27 فيفري 2005، الصفحات من 18 إلى 22.

[27] المواد من 01 إلى 03 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

والباطل، وحقوق وواجبات الزوجين والنسب، والطلاق وآثاره والنفقة[28]، ثم الكتاب الثاني الذي حمل عنوان النيابة الشرعية، والذي تناول أحكام الولاية والوصاية والتقديم والحجر والمفقود والغائب والكفالة[29].

أما الكتاب الثالث فتولى توضيح أحكام الميراث، من خلال بعض الأحكام العامة وأصناف الورثة والعصبة وأحوال الجد والحجب والعول والرد والدفع والتنزيل والحمل والمسائل الخاصة[30]، وأخيرا الكتاب الرابع الذي تناول أحكام التبرعات (العقود)، والتي تتمثل في الوصية والهبة والوقف، وختم هذا الكتاب بأحكام ختامية تتعلق بقانون الأسرة ككل[31].

وتجدر الإشارة أن دراسة قانون الأسرة لمستوى السنة الثانية جذع مشترك يقتصر على تناول الباب الأول من قانون الأسرة فقط، أي الزواج وانحلاله، حيث يتم فيه تناول أحكام الزواج من خلال مقدماته وتعريفه وأركانه وشروطه وآثاره، وأحكام الطلاق من خلال أنواعه والآثار المترتبة عنه، وهو ما سنتناوله بالتفصيل في الفصل الثاني والثالث من هذه المحاضرات، أما بقية الكتب فستكون مجالا للدراسة في السنوات التالية من التدرج أي في السنة الثالثة قانون خاص وماستر قانون أسرة، وما بعد التدرج أي دكتوراه تخصص قانون الأسرة.

المطلب الثاني: خصائص قانون الأسرة

يختص قانون الأسرة الجزائري بخصائص تميزه عن غيره من قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية والإسلامية، كما تميزه عن القوانين الوطنية الجزائرية الأخرى، إلا أن هذه الخصائص بعضها يتصف بالإيجابية وبعضها الآخر بالسلبية، يمكن أن نوضحها فيما يلي.

---

[28] المواد من 04 إلى 80 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[29] المواد من 81 إلى 125 من نفس المصدر السابق.

[30] المواد من 126 إلى 183 من نفس المصدر السابق.

[31] المواد من 184 إلى 223 من نفس المصدر السابق.

الفرع الأول: الخصائص الإيجابية

يتميز قانون الأسرة الجزائري بعدد من الخصائص التي يمكن القول أنها تجعله يتماشى مع طبيعة المجتمع الجزائري وتركيبته، وتنظم شؤونه الأسرية بما يحقق مصلحة الأسرة الجزائرية، ومن هذه الخصائص نذكر مايلي:

- تسميته بقانون الأسرة، وفي ذلك تأكيد من المشرع على أهمية الأسرة في المجتمع الجزائري، وأن تكوين الأسرة من خلال رابطة الزواج هو أمر مقدس لا يوجد نظام بديل عنه في القانون الجزائري، على خلاف تسمية قانون الأحوال الشخصية التي لا تولي أهمية لهذا الكيان والميثاق الغليظ.
- أن الشريعة الإسلامية تعتبر مصدرا أساسيا لقواعد قانون الأسرة الجزائري، فمن جهة يستمد تقنين الأسرة معظم احكامه من الشريعة الإسلامية، ومن ناحية ثانية يتم الرجوع إلى أحكامها في كل ما لم يرد فيه نص في هذا التقنين[32]، وفي هذا الصدد لم ينص القانون على الاعتماد على مذهب معين، بل جعل كل المذاهب متساوية عند الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.
- كون النيابة العامة طرفا أصليا في كل الدعاوى القضائية المتعلقة بقانون الأسرة، مما يعني إضفاء حماية معززة لشؤون الأسرة واعتبارها شأنا يخص المجتمع ككل، وهذا عنصر جوهري في منهج المشرع الجزائري في بيان تجلي النظام العام في قانون الأسرة الجزائري وأن جميع القضايا التي تمس الأسرة الجزائرية تعتبر من النظام العام الموكول

[32] المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

للنيابة العامة المحافظة عليه حماية للأسرة من التفكك والسهر على ضمان استقرارها[33]، مع الإشارة إلى أن هذه الميزة مستحدثة بموجب تعديل قانون الأسرة بالأمر رقم 02/05.

- ارتباط قانون الأسرة بالمفاهيم الاجتماعية الحضارية، وبالقيم الأخلاقية والدينية، وعلاقته المتينة بالمعطيات الاقتصادية والسياسية، وكذا بالأعراف والتقاليد والعادات السائدة في المجتمع، وعلى هذا الأساس فقد بقي قانون الأسرة الجزائري بعيدا عن الأنظمة الأجنبية والقوانين الداخلية، يستمد أصوله وأحكامه من التشريع الإسلامي والشخصية الوطنية العربية بالرغم مما أصاب البلاد من نكبات وويلات استعمارية، وله ذاتية مستقلة تقوم على المرونة والملائمة والانسجام بعيدا عن الصرامة والتعقيد[34].

الفرع الثاني: الخصائص السلبية

بالرغم من المميزات التي جعلت قانون الأسرة الجزائري (التقنين) ذو طابع إيجابي، إلا أن ذلك لم يخلو من بعض الجوانب السلبية التي كانت ومازالت تؤرق المشتغلين بشؤون الأسرة وتدفعهم بالمطالبة بتعديله، ونقصد هنا الاتجاه الوسطي الذي يبني أسبابه في المطالبة بالتعديل على أساس مصلحة الأسرة والمجتمع الجزائري، كما أن التطبيقات العملية أفرزت العديد من المظاهر السلبية في هذا القانون، وفيما يلي سنتعرض إلى أهم هذه النقائص:

- جاء تقنين الأسرة الجزائري لينظم العديد من المسائل بعضها يتعلق أساسا بشؤون الأسرة وهي أحكام الزواج والطلاق والميراث والنيابة الشرعية، كما جاء بأحكام أخرى لا تتصل مباشرة

[33] محمد لمين مسيخ، منهج المشرع الجزائري في سن قانون الأسرة وأثره في تحديد معالم النظام العام فيه، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 09، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مسيلة، الجزائر، مارس 2018، ص 611.

[34] اليزيد عيسات بلمامي، مرجع سابق، ص 15

بالشؤون الأسرية وهي أحكام عقود التبرعات، التي هي عقود مالية يمكن أن تتم بين أفراد الأسرة الواحدة أو خارج إطارها، فكان من الأفضل إخراج هذه الأحكام الأخيرة من قانون الأسرة وضمها للقانون المدني، أو إفراد قانون آخر خاص بها[35].

- جاء قانون الأسرة الجزائري بعدد قليل من المواد التي يبلغ عددها 224 مادة، وهي بالتأكيد ستكون قاصرة عن الإحاطة بكل جوانب الحياة الأسرية، خاصة إذا ما قارناها بالقوانين الداخلية الأخرى التي تصل بعض موادها إلى ما يزيد عن ألف مادة مثل القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذا سوف يؤدي بالضرورة إلى وجود نقص وقصور في قانون الأسرة لوحظ على أرض الواقع بعد تطبيقه.
- الصياغة العامة للعديد من مواد قانون الأسرة مما يجعلها تحتمل تفسيرات وتأويلات مختلفة عند تطبيقه أمام القضاء الجزائري، إضافة إلى غموض بعض مواده، وتعارض أخرى مع الشريعة الإسلامية مثل مسألة الطلاق الذي لا يعتد فيه إلا بالطلاق القضائي مما ينجم عنه آثار وخيمة بالنظر إلى الشريعة الإسلامية، هذا ويوجد تناقض بين نصوص قانون الأسرة نفسه والقوانين الداخلية الأخرى مثل القانون المدني[36].
- إعطاء دور كبير للقضاء في الكشف عن أحكام قانون الأسرة مما يجعله يقوم بدور المشرع في الكشف عن الأحكام التي يختارها لتطبيقها على القضايا المطروحة أمامه[37]، حيث يظهر ذلك من خلال جانبين، يتمثل الجانب الأول في غموض وعمومية وتناقض بعض مواد قانون الأسرة، والجانب الثاني يتعلق بعدم إحاطة قانون الأسرة بكل شؤون الأسرة، وبما أن قانون الأسرة ذاته

---

[35] رشيد بن شويخ، مرجع سابق، ص 120.

[36] أحمد شامي، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري "دراسة فقهية ونقدية ومقارنة"، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2009/2008، صفحة ب.

[37] محمد لمين مسيخ، مرجع سابق، ص 612.

يحيل في هذا المجال لأحكام الشريعة الإسلامية، فإن هذه الأخيرة واسعة ومتنوعة ويوجد فيها الكثير من المذاهب والآراء والفقهاء واختلاف مواقفهم من مختلف المسائل ذات الصلة بالأسرة، زيادة على كون القاضي ليس مختصا في شؤون الشريعة الإسلامية مما يطرح مرة أخرى اختلاف الأحكام القضائية الصادرة في ذات المسألة.

- تعديل بعض الأحكام في قانون الأسرة مراعاة لأحكام المعاهدات الدولية[38] التي تلتزم بها الجزائر، وخاصة الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 (سيداو)، وهو ما قد يتناقض مع أحكام الشريعة الإسلامية وكذا أعراف وعادات المجتمع الجزائري، مثل الغاء ركن الولي بالنسبة للمرأة الراشدة.

المبحث الثالث: مصادر قانون الأسرة الجزائري

إن قانون الأسرة الجزائري هو قانون داخلي يستمد قواعده مثل غيره من القوانين الداخلية الأخرى من مصادر رسمية[39] مختلفة حددها القانون، تتمثل في التشريع والشريعة الإسلامية والعرف وقواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة[40]، إلا أنه مع ذلك يتميز بخصوصية مصادره مقارنة مع القوانين الداخلية الأخرى من حيث كون الشريعة الإسلامية تحتل أهمية بالغة في امداده بالقواعد القانونية، وكذلك بالنسبة لترتيبها بالنسبة للمصادر الأخرى، ومن خلال هذا المبحث سنتناول مختلف مصادر قانون الأسرة الجزائري، مع التركيز على الخصوصية التي يتميز بها في هذا الصدد.

---

[38] محمد لمين مسيخ، مرجع سابق، ص 614.

[39] يقصد بالمصادر الرسمية أو الشكلية المصادر التي تأخذ منها القواعد القانونية قوتها الملزمة وتختلف قوتها وترتيبها حسب النظام القانوني الداخلي لكل دولة، انظر في ذلك: يحي قاسم علي، المدخل لدراسة العلوم القانونية نظرية القانون نظرية الحق دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، كوميت للتوزيع، القاهرة، مصر، 1997، ص ص 83، 84.

[40] المادة الأولى من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

المطلب الأول: المصادر الأصلية

يقصد بالمصدر الأصلي للقانون المصدر الأول الذي يلجأ إليه القاضي أو مطبق القانون عند عرض مسألة معينة عليه لحلها أو لتطبيق القانون عليها، فالأصل أنه يرجع للمصدر الأصلي، والاستثناء أن يرجع للمصادر الأخرى عندما لا يجد حكما في المصدر الأصلي.

وحسب النظام القانوني الجزائري ومعظم الأنظمة القانونية في العالم، يعتبر التشريع هو المصدر الأول والأصلي للقانون الداخلي، ويقصد بالتشريع في القانون الجزائري القواعد القانونية الصادرة عن سلطات الدولة المختصة، وهو بدوره ينقسم إلى ثلاث أقسام أساسية هي، التشريع الأساسي يسمى بالدستور، وهو الذي يقره الشعب عن طريق ما يسمى بالاستفتاء، التشريع العادي الصادر عن البرلمان بغرفتيه، والتشريع الفرعي الصادر عن السلطة التنفيذية في حدود اختصاصاتها المخولة لها بموجب القانون، فيما يعرف بالمراسيم والقرارات واللوائح وغيرها.

أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري؛ فكما سبق بيانه يعتبر ذو خصوصية من حيث مصادره، حيث يمكن اعتبار مصدره الأصلي ليس فقط التشريع بل تعتبر الشريعة الإسلامية أيضا مصدرا أصليا له، بل إنها تسبق التشريع في حذ ذاته باستثناء تقنين الأسرة.

هذا ما تم تكريسه صراحة بموجب المادة 222 من تقنين الأسرة عندما أقرت أنه في حالة لم يوجد نص في هذا القانون يتم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية (دون تحديد مذهب معين)، وذلك على خلاف باقي القوانين الداخلية الأخرى التي إذا لم يوجد نص في التقنين الخاص بها، يتم الرجوع فيها إلى التشريع بمختلف أنواعه أولا، ثم إلى الشريعة الإسلامية ثانيا، باعتبارها مصدرا احتياطيا لمختلف القوانين الوطنية.

الفرع الأول: التشريع

أول مصدر لقانون الأسرة الجزائري هو تقنين الأسرة، أي قانون الأسرة رقم 11/84 المعدل والمتمم الصادر عن السلطة التشريعية، ولا يقتصر لفظ التشريع هنا على تقنين الأسرة فحسب بل يقصد به كل القواعد القانونية المكتوبة التي تم وضعها بواسطة السلطة المختصة وطبقا للقواعد الدستورية المعمول بها، سواء كانت السلطة التشريعية أو السلطات الأخرى المختصة بإصدار التشريع[41].

والتشريع بما يتضمنه من قواعد مكتوبة يحقق مزايا عديدة، أولها أنه لا يثور الشك حول اثباته، كما يتميز بصياغة واحدة ومحددة[42]، وفي معظم الأحوال ينتج عن الأخذ به وتطبيقه وحدة الأحكام القضائية وانسجامها داخل الدولة، كما أن الحكم به يجعل الأشخاص على علم بحقوقهم وواجباتهم مسبقا وأكثر حرصا على عدم مخالفته، بالإضافة إلى سهولة سنه وتعديله، وبالرغم من ذلك ينسب للتشريع بعض العيوب منها، عدم قدرته على الإحاطة بكل جوانب شؤون المجتمع، ووجود نقائص في النص التشريعي في حد ذاته، مثل الغموض والتناقض والعمومية.

لقد تضمن تقنين الأسرة الجزائري العديد من القواعد القانونية التي تحكم شؤون الأسرة، فنص على أحكام الزواج وانحلاله والنيابة الشرعية والمواريث، بالإضافة إلى عقود التبرعات، إلا أن صدوره في مواد عددها قليل (224 مادة) قد جعله ينطوي على العديد من النقائص، ولعل مرد ذلك الجدل الكبير الذي ثار قبل سنه وبعده، مما جعل المشرع يكتفي بتحديد الأحكام العامة فقط، ويترك الأمور التفصيلية للشريعة الإسلامية، وباقي القوانين الداخلية الأخرى.

---

[41] يحي قاسم علي، مرجع سابق، ص 86.

[42] أحمد السعيد الزقرد، المدخل للعلوم القانونية، الكتاب الأول: نظرية القانون، دون دار نشر، مصر، 2001، ص 129.

ومن أهم التشريعات الأخرى التي يستقي منها قانون الأسرة الجزائري قواعده نجد الدستور باعتباره أعلى قانون في الدولة، حيث ينص على مبادئ عامة خاصة بحماية الأسرة من قبل الدولة، وحماية الطفل ومبدأ المصلحة العليا له بما في ذلك الأطفال المتخلى عنهم ومجهولي النسب، والمعاقبة على العنف ضد الأطفال والتخلي عنهم واستغلالهم، وإلزام الآباء بتربية أبنائهم، وإلزام هؤلاء بالإحسان لآبائهم ومساعدتهم، وحماية ومساعدة المسنين[43].

كما يعتبر القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، مصدرا أصليا لقانون الأسرة الجزائري، حيث أنه يوضح أولا أي القوانين يطبق في حالة تنازع القوانين في شؤون الأسرة[44]، كما أنه يوضح القواعد العامة للعقود، وطرق إثبات الحقوق أمام القضاء مثل الكتابة والشهادة والاقرار واليمين، ثم قانون الحالة المدنية الذي ينظم مختلف عقود الحالة المدنية مثل شهادات الميلاد والزواج والوفاة والدفتر العائلي وبطاقات الحالة المدنية[45].

ثم قانون الجنسية الذي يتناول الجنسية الجزائرية الأصلية التي تنتقل من الأب والأم إلى الأبناء، واكتساب الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج من جزائري أو جزائرية[46]، وكذلك قانون العقوبات الذي يحمي الأسرة من خلال تجريم بعض الأفعال التي تضر بالأسرة ويعاقب عليها[47]، هذا بالإضافة إلى القوانين الإجرائية أي قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي ينظم الكثير من المسائل المتعلقة بالأسرة عندما تعرض أمام القضاء مثل مسائل الطلاق والنفقة والحضانة وغيرها.

---

[43] المادة 71 من الدستور الجزائري الصادر سنة 1996 وتعديلاته إلى غاية سنة 2020.

[44] المواد من 11 إلى 16 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[45] انظر الأمر رقم 20/70 مؤرخ في 19 فبراير 1970 يتضمن قانون الحالة المدنية الجزائري المعدل والمتمم.

[46] المادة 06 والمادة 09 مكرر من الأمر رقم 86/70 مؤرخ في 15 ديسمبر 1970 يتضمن قانون الجنسية الجزائري المعدل والمتمم

[47] المواد من 304 إلى 349 مكرر من الأمر رقم 66/ 156 مؤرخ في 08 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

ومن التشريعات الفرعية التي تعتبر مصدرا لقانون الأسرة نجد المرسوم التنفيذي رقم 154/06 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من قانون الأسرة، حيث جاءت المادة المذكورة لتشترط على المقبلين على عقد الزواج تقديم وثيقة طبية تثبت خلوهما من الأمراض التي تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، فجاء هذا المرسوم في ثماني مواد ليوضح تفاصيل تطبيق هذه المادة، كما قدم نموذجا للشهادة الطبية التي يجب تقديمها من قبل المقبلين على الزواج[48].

الفرع الثاني: الشريعة الإسلامية

قبل الحديث عن الشريعة الإسلامية كمصدر أصلي لقواعد قانون الأسرة الجزائري لابد من التعرض إلى معنى الشريعة الإسلامية وعلاقتها بقانون الأسرة، ويمكن القول بأنها ما سنه الله سبحانه وتعالى لعباده على لسان سيد الخلق الرسول محمد صلى الله عليه وسلم، وهي تشمل الأحكام المقررة في الدين الإسلامي كلها، وهي الأحكام العقائدية والأحكام الأخلاقية والأحكام العملية، هذه الأخيرة هي التي يستهدفها علم الفقه الإسلامي، وهي تتعلق بأفعال المكلفين وتصرفاتهم، وتنقسم إلى أحكام العبادات وأحكام المعاملات، ومن بين أحكام المعاملات نجد المعاملات المتعلقة بالأسرة كالزواج والطلاق، ومما لا شك فيه أن هذه الأخيرة هي المقصودة بالمادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص في تقنين الأسرة[49].

---

[48] المرسوم التنفيذي رقم 154/06 مؤرخ في 13 ربيع الثاني سنة 1427 الموافق لـ 11 ماي سنة 2006 يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان سنة 1404 الموافق لـ 09 جوان سنة1984 والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية، عدد 31، مؤرخ في 16 ربيع الثاني سنة 1427 الموافق لـ 14 ماي سنة 2006.

[49] عبد الجليل درارجة، الإحالة على أحكام قانون الأسرة الجزائري ومدى مكانة القاضي في الاجتهاد فيما لا نص فيه، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد 02، المجلد 06، جامعة الشلف، الجزائر، ديسمبر 2020، ص 493.

والجدير بالذكر أن مجال الشريعة الإسلامية واسع لا يمكن تحديده حتى وإن كانت بالنسبة لقانون الأسرة تتعلق أساسا بأحكام المعاملات المتعلقة بالأسرة، ذلك أن مصادر الشريعة الإسلامية متنوعة، فالمصادر المتفق عليها والأساسية تتمثل في القرآن الكريم والسنة النبوية والاجماع والقياس[50]، كما توجد مصادر فرعية تتفرع عن الأولى لكنها غير متفق عليها أهمها: الاستحسان، المصالح المرسلة، العرف، الاستصحاب[51].

قد يعتقد البعض أن الشريعة الإسلامية مصدر احتياطي لقانون الأسرة[52]، إلا أن ذلك غير صحيح، فبالرجوع إلى المادة الأولى من القانون المدني نجد أنها اعتبرت التشريع المصدر الأصلي لقواعد القانون؛ أي التشريع بمختلف فروعه وأنواعه ودرجاته، ولنأخذ مثالا عن ذلك، إذا طرحت مشكلة قانونية تتعلق بالشركات التجارية فإن المصدر الأول للقواعد التي تطبق على هذا النزاع هو التقنين التجاري، وإذا لم يوجد نص يحكم جانبا معين من النزاع يمكن الرجوع إلى مختلف التشريعات الأخرى بدءً بالقانون المدني وغيره من التشريعات العادية والفرعية، وكل هذه التشريعات تعتبر كمصدر أصلي.

ولنعد الآن إلى قانون الأسرة، ونقدم مثالا يتعلق بشرط الشاهدين في عقد الزواج، حيث نجد أن تقنين الأسرة الجزائري لم يحدد من الذي يمكن أن يكون شاهدا في عقد الزواج، وبالتالي نرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لتحديد وذلك حسب نص المادة 222 من تقنين الأسرة نفسه، هذا يعني أن الشريعة الإسلامية هي مصدر أصلي لقواعد قانون الأسرة، بل إنه يسبق كل التشريعات باستثناء تقنين الأسرة، وهذا ما يؤكد أنها مصدر أصلي وليس احتياطي.

---

[50] عباس شومان، مصادر التشريع الإسلامي، الدار الثقافية للنشر، القاهرة، مصر، 2000، ص 35.

[51] عبد الله ناصح علوان، محاضرة في الشريعة الإسلامية وفقهها ومصادرها، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، ص 54، متوفر على الموقع الالكتروني التالي:
http://www.abdullahelwan.net/bohoth/16.pdf ، تاريخ زيارة الموقع: 05 أفريل 2023.

[52] عبد الجليل درارجة، مرجع سابق، 492.

وما يؤكد ذلك أيضا ما ورد في الجريدة الرسمية للمداولات، حيث جاء فيها ما يلي: " وأكد المشرع الجزائري أن الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر القانون واعتبرها مصدرا أصليا لمسائل الأحوال الشخصية ومصدرا احتياطيا في المسائل غير المتعلقة بالأحوال الشخصية كالمعاملات المدنية والمالية"[53].

من ناحية أخرى تعتبر الشريعة الإسلامية بالنسبة لتقنين الأسرة الجزائري مصدرا ماديا له، حيث أن معظم أحكام هذا التقنين مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية خاصة ما يتعلق بالزواج وانحلاله وأحكام الميراث، وهذا راجع لأسباب تاريخية واجتماعية تتمثل في تمسك المجتمع الجزائري بأحكام الشريعة الإسلامية في أحواله الأسرية، وهو ما لم يستطع المحتل الفرنسي تغييره طيلة فترة الاحتلال رغم كل المحاولات التي قام بها، ولكون الدين الإسلامي هو دين الدولة الجزائرية بنص الدستور الجزائري[54].

إضافة إلى ذلك تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا تفسيريا لأحكام قانون الأسرة الجزائري، وهذا أمر بديهي لسببين، الأول أن معظم أحكام تقنين الأسرة مستمد من الشريعة الإسلامية، وبالتالي إذا وجد القاضي غموضا في مسألة منصوص عليها في هذا التقنين فلابد له من الرجوع إلى مصدرها المادي وهو الشريعة الإسلامية لفهم المقصود بها وإمكانية تطبيقها، والثاني أنه إذا لم يوجد نص في تقنين الأسرة رجع القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية بخصوصه، وبالتالي إذا وجد غموضا في هذه الأخيرة فإنه يرجع إلى مختلف مصادر الشريعة الإسلامية لتفسير هذا الغموض واستجلاء الأحكام المطلوبة.

ونظرا لكثرة الاجتهاد في ميدان الشريعة الإسلامية وبروز العديد من المذاهب الفقهية، فقد يرجح المشرع مذهبا معينا عند اعتباره الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر قواعد الأحوال الشخصية، إلا أن

---

[53] محمد لمين مسيخ، مرجع سابق، ص 609.

[54] نفس المرجع السابق، ص 609.

المشرع الجزائري لم يحذو هذا الحذو؛ إذ أنه لم يعتمد على مذهب واحد رغم تأثره بالمذهب المالكي الملحوظ، كون المجتمع الجزائري يسوده هذا المذهب، إلا أننا نجد أحيانا بعض الأحكام في تقنين الأسرة مستقاة من مذاهب أخرى، مثل الحنفي والشافعي، وبعض الآراء الاجتهادية الأخرى، كما أنه لم يلزم القاضي بالرجوع إلى مذهب معين بموجب المادة 222 من قانون الأسرة، وترك أمامه المجال مفتوحا لينهل من مختلف الآراء الفقهية الإسلامية.

المطلب الثاني: المصادر الاحتياطية

يقصد بالمصادر الاحتياطية المصادر التي يتم اللجوء إليها عندما لا يوجد قاعدة قانونية في المصادر الأصلية، فبالنسبة لقانون الأسرة الجزائري يعتبر التشريع والشريعة الإسلامية المصدر الأصلي لقواعده كما سبق بيانه، والأصل أن القاضي يلجأ إليهما في حل النزاعات المعروضة أمامه، غير في أحيان قليلة قد لا يجد نصا يطبقه على النزاع ولاعتبارات أخرى، فيلجأ حينئذ إلى المصادر الاحتياطية، وهي حسب القانون الجزائري، العرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

الفرع الأول: العرف

يعد العرف أقدم مصادر القانون في تاريخ المجتمعات البشرية بوصفه قانونا غير مكتوب وينشأ عن تواتر الناس في إتباع سلوك معين مع شعورهم بإلزامه وبوجود جزاء قهري يكفل احترام هذا السلوك، وبعبارة أخرى" العرف "عادة" تواتر الناس على إتباعها معتقدين في قوتها الملزمة، أي أن العرف كان هو الطريق الطبيعي التي تخرج منه القواعد القانونية التي يحتاج إليها المجتمع، لكن مع تطور المجتمعات الإنسانية عبر العصور ثبت عجز العرف عن أداء مهمة تنظيم شؤون المجتمع؛ فظهر التشريع الذي

أصبح يحتل الصدارة في هذا المجال، وانتقل العرف ليلعب دورا ثانويا في معظم الأنظمة القانونية في العالم المعاصر من خلال كونه مصدرا احتياطيا لقواعد القانون[55].

للعرف أنواع عديدة منها العرف الصحيح والفاسد والقولي والعملي والعام والخاص، ومن أمثلة الأعراف في مجال شؤون الأسرة، تعجيل جزء من الصداق وتأخير جزء منه كما هو متعارف عليه في مصر، ومن ذلك تعارف بعض الجهات بعدم توريث المرأة، أو جعل الذهب من نصيب المرأة في الميراث (عرف فاسد)، ومهما كان نوعه، يشترط في العرف أن يكون صحيحا أي غير مخالف للقانون، ومبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا أصليا لقانون الأسرة، وأن يكون قد استقر وتواتر عليه سلوك جماعة او منطقة معينة وشعورهم بإلزاميته، وان يكون موجودا ولم يزل عند النظر في المسألة محل النزاع، وأن لا يتعارض صراحة مع اتفاق أو شرط أتفق عليه أطراف المسألة المنظورة أمام القضاء[56].

بالإضافة إلى كونه مصدرا من مصادر القانون يعد العرف الصحيح أصلا من أصول الفقه يجب الاعتماد عليه ومراعاته في التشريع، ذلك لأن الأئمة الأربعة ذهبوا إلى القول والاحتجاج به رغم اختلافهم في بعض الجزئيات وسندهم في الأخذ به قول سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم "وما رءاه السلمون حسنا فهو عند الله حسن" وقوله تعالى (وما جعل عليكم في الدين من حرج)، وعليه فمخالفة العرف الصحيح الذي عهده الناس ويعد حسنا يعتبر ضيق وحرج للناس والله عز وجل لا يريد حرج لعباده وضيق، وهناك الكثير من الأدلة من القرآن والسنة ومن أعمال الصحابة التي تبرز أهمية الأخذ بالأعراف الصالحة التي لا تتناقض مع الكتاب والسنة[57].

---

[55] يحي قاسم علي، مرجع سابق، ص 108.

[56] محمد بوطرفاس، الأسرة الجزائرية بين القانون والعرف، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 33، جامعة قسنطينة1، جوان 2010، ص ص 258، 259.

[57] محمد بوطرفاس، مرجع سابق، ص 260.

ورغم كون العرف مصدرا احتياطيا لقانون الأسرة الجزائري فإن ذلك لا يمنع من أن المشرع قد جعله مقدما على غير من مصادر القانون في بعض المسائل ومثال ذلك ما جاء في المادة 78 من قانون الأسرة حيث أقرت بأنه النفقة الواجبة من الرجل نحو زوجته أو أولاده تشمل الغذاء والكسوة والعلاج والسكن او أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، فالمشرع هنا أقر بأنه يمكن الرجوع إلى العرف والعادة لتحديد مشتملات النفقة وبالتحديد ما يعتبر ضروريا حسب العرف والعادة.

كذلك جاءت بعض المواد من قانون الأسرة مستمدة من العرف ومتأثرة به، مثل ما يتعلق بمصير الهدايا في حالة العدول عن الخطبة حيث أن نصت المادة الخامسة من قانون الأسرة قد أقرت بأن الطرف الذي يعدل عن الخطبة ليس له الحق في استرجاع الهدايا التي قدمها للطرف الثاني، في حين عليه أن يرد له ما أهداه له، وهو أمر متعارف عليه في المجتمع الجزائري، وإن كان المشرع قد أخذ برأي المذهب المالكي والمذهب الحنفي في هذا الصدد، إلا أن رأي هذه المذاهب كان متطابقا مع العادات والأعراف السائدة في المجتمع الجزائري والمجتمع العربي المسلم ككل[58].

الفرع الثاني: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

ترتبط مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة بالمبادئ الأبدية والمثالية التي يتوصل إليها الإنسان بتفكيره وعقله وتأمله، وكلا الفكرتان تنطويان على مضمون مثالي، ويشوبها ذات العيب وهو عدم التحديد وعدم الوضوح وبالتالي يمكن اعتبارها أقرب إلى الشعور منها إلى الأفكار الثابتة المحددة، وقد عبر أرسطو بوضوح عن أن القانون الطبيعي هو القانون العقلي، وأن إدراك العمل يكون بواسطة العقل السليم كما لقيت هذه الفكرة بعض التغيير في أوروبا على يد الفلاسفة المسيحيين، فبالرغم من أخذهم بنظرية

[58] الطيب شتوح، دور العرف وأثره في قانون الأسرة الجزائري (مرحلة انعقاد الزواج مقدمته وآثاره)، مجلة التراث، العدد الأول، المجلد 09، جامعة الجلفة، الجزائر، مارس 2019، ص 97.

القانون الطبيعي، إلا أن هذا القانون لم يعد في نظرهم قانونا عقليا يدركه الإنسان بما يشع في عقله من نور، ولكنه أصبح قانونا مقدسا مصدره الوحيد الله ودليل وجوده هو الكتب المقدسة[59].

والإحالة إلى القانون الطبيعي وقواعد العدالة لا توجه القاضي بالضرورة إلى ضابط يقيني وإنما تلزمه بأن يجتهد برأيه انطلاقا من اعتبارات موضوعية تبتعد كل البعد عن الذاتية، حتى لا يقع في فخ إنكار العدالة، وقد يجد نفسه هنا يلجأ تارة إلى مبادئ قانونية عامة في النظام القانوني لدولته أو أنظمة قانونية أجنبية أو مبادئ قانونية مستقاة من الشريعة الإسلامية الغراء او الديانات السماوية الأخرى، أو المعاهدات الدولية أو غيرها[60].

وقد تأثرت الشريعة الإسلامية بفكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة عن طريق الأخذ بالرأي؛ فانقسم الفقه الإسلامي إلى قسمين، مدرسة أهل الرأي وعلى رأسها الإمام أبو حنيفة، ومدرسة أهل الحديث وعلى رأسها الإمام مالك، وكان للرأي أثر كبير في تكوين الفقه الإسلامي[61].

والقانون الجزائري بدوره تأثر بهذه الفكرة، حيث اعتبر مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة من بين المصادر الرسمية الاحتياطية التي يتم الرجوع إليها في حالة لم يجد القاضي أي قاعدة قانونية من المصادر الأخرى ليطبقها على النزاع[62]، ولما كان قانون الأسرة الجزائري يتميز بخصوصية مصادره، وأن تقنين الأسرة لم يتضمن كل الأحكام التي تنظم شؤون الأسرة الجزائرية، ثم احالته إلى الشريعة الإسلامية، فإن المجال فتح على مصراعيه لاجتهاد القاضي في المسائل التي لم يرد فيها نص قانوني، ومن هنا

---

[59] يحي قاسم علي، مرجع سابق، ص 117.

[60] أحمد سعيد الزقرد، مرجع سابق، ص 317.

[61] عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 71.

[62] المادة الأولى من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

يستطيع قاضي شؤون الأسرة أن يعتمد على فكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة، أي أن يحكم عقله وضميره وعدالته ليصل إلى القضاء بالحكم المناسب للمسألة المعروضة أمامه.

إذا كانت قواعد العدالة وقواعد القانون الطبيعي تعطي حلولا عملية للمنازعات التي لا يحكمها نص قانوني آخر، فإنه من المنطقي أن يشترط في تطبيقها أن يأخذ القاضي في عين الاعتبار ظروف وملابسات النزاع والدعوى المطروحة أمامه، لأن الأمر نسبي ويختلف من نزاع إلى آخر؛ فما قد يكون عادلا وطبيعيا بالنسبة لظروف معينة، قد لا يكون كذلك في ظروف أخرى[63]، ومثال ذلك في مجال شؤون الأسرة أن طلب الزوجة التطليق من القضاء بسبب الضعف الجنسي للزوج، يختلف بين الزوجين الذين في العقد الثاني أو الثالث من العمر عن الزوجين الذين في العقد التاسع من العمر، حيث يعتبر السبب وجيها في سن الثلاثين، ويعتبر في سن التسعين غير وجيه البتة.

[63] أحمد سعيد الزقرد، مرجع سابق، ص 316

الفصل الأول: أحكام الزواج

إن الزواج هو الوسيلة التي يتم من خلالها تكوين الأسرة الجزائرية، حيث لا يعترف القانون بأية طريقة أخرى في هذا المجال، كوننا مجتمع مسلم والدين الإسلامي هو الدين الرسمي والوحيد للدولة الجزائرية، لذا يكتسي عقد الزواج أهمية بالغة سواء من ناحية المجتمع أو من ناحية القانون، فقد أحاط هذا الأخير عقد الزواج بالتنظيم وأورده في مقدمة تقنين الأسرة، وأفرد له العديد من المواد التي تجعله مختلفا عن بقية العقود الأخرى، سواء فيما يتعلق بالأركان والشروط التي يجب أن تتوفر فيه، أو فيما يتعلق بآثاره، كما اهتم أيضا بتنظيم مقدماته التي تتجسد في الخطبة، زيادة على تنظيم الآثار التي تترتب عن عقد الزواج، هذا ما سوف نتناوله بالدراسة والتحليل انطلاقا من قانون الأسرة الجزائري من خلال ثلاث مباحث.

المبحث الأول: مقدمات الزواج

من بين الخصائص التي تميز عقد الزواج عن غيره من العقود الأخرى أنه في أغلب الأحيان لا يبرم مباشرة، بل تسبقه مقدمات، تتمثل في الخطبة التي تناولها المشرع بالتنظيم في تقنين الأسرة، حيث حدد طبيعتها وأجاز العدول عنها وتعرض للآثار المترتبة عن العدول، كما تعرض لمسألة اقتران الخطبة بالفاتحة، وهذا ما سندرسه من خلال المطلبين التاليين.

المطلب الأول: الخطبة والعدول عنها

من المعلوم أن القانون ما هو إلا انعكاس للمجتمع الذي يحكمه، حيث تختلف القوانين باختلاف ظروف وأحوال المجتمعات، وهو أيضا ما يبرر تعديل القانون الذي تقتضيه الضرورة بسبب تغير المجتمع، وتقنين الأسرة الجزائري الذي تم سنه سنة 1984 قد تضمن مجمل الأحكام التي تتناسب مع

المجتمع الجزائري وما كان سائدا فيه، فموضوع الخطبة هو أمر سائد في مجتمعنا، حيث تفضل أغلب الأسر وجود فترة سابقة للزواج للتأكد من مدى صلاحية الطرف الآخر ليكون زوجا لابنهم أو ابنتهم.

ونظرا لكون المجتمع الجزائري مجتمعا مسلما ومحافظا، فمن غير المقبول فيه أن يكون التعارف دون أي رابط يجمع المقبلين على الزواج، لذا تعتبر الخطبة رابطا مبدئيا بينهما وإطارا عائليا وشرعيا ثم قانونيا يمكن أفراد أسرتي المخطوبين من التعرف على بعضهما والتفاهم حول مختلف تفاصيل الزواج المستقبلي.

وإذا تمت الخطبة فذلك لا يعني وجوب اتباعها بالزواج، حيث قد تطرأ ظروف معينة تحول دون اتمامها، مما يدفع أحد الطرفين إلى التراجع عنها والعدول، وهو أمر جائز عرفا وشرعا وقانونا، وغن كان يترتب عنه بعض الآثار القانونية.

الفرع الأول: مفهوم الخطبة

لقد تناول المشرع الجزائري أحكام الخطبة في تقنين الأسرة من خلال مادتين فقط[64]، ويظهر جليا من خلال ذلك أنه لم يحط بكل المسائل القانونية التي قد تطرحها الخطبة في الواقع العملي، حيث أنه اقتصر في ذلك على تعريف الخطبة تعريفا مقتضبا، وإجازة العدول عنها، وتحديد آثار العدول، وتحديد حكم اقتران الخطبة بالفاتحة.

وبالتالي لم يعرفها تعريفا دقيقا ولم يحدد طبيعتها القانونية، ولم يوضح شروطها، لذا فإنه في هذه الحالة يتم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لبيان ما أغفله المشرع انطلاقا من نص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص في هذا القانون.

[64] المادة 05 والمادة 06 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

أولا: تعريف الخطبة

عرف المشرع الجزائري الخطبة بأنها وعد بالزواج[65]، وهذا التعريف في حد ذاته يطرح اختلاف وجهات النظر، فهناك من يرى بأن المشرع لم يعرف الخطبة في الأساس، وأنه عند اقراره بأن الخطبة وعد بالزواج في الفقرة الأولى من المادة 05 من قانون الأسرة لم يقصد بذلك تعريفها بل تحديد طبيعتها القانونية[66]، إلا أنه حسب رأينا الخاص أن المشرع قصد بذلك تعريف الخطبة بأنها مجرد وعد يقدمه رجل وامرأة لبعضهما البعض بقصد إبرام عقد زواج بينهما في المستقبل، وسوف نشرح في موضع لاحق لماذا نرى بأن المشرع لم يقصد في هذه الفقرة تحديد الطبيعة القانونية للخطبة.

وللزيادة من فهم معنى الخطبة لابد من التعرض إلى مجموعة من التعريفات التي قدمها الفقهاء لها، وقبل ذلك نعرفها تعريفا لغويا، فالخطبة من فعل خطب يخطب خطبا، والخطب الشأن والأمر الصغير أو العظيم، وقيل الخطب سبب الأمر، تقول العرب: ما خطبك؟ أي ما أمرك؟ وجمعها خطوب، والفاعل: الخاطب والخطيب، والخطْب والخطيبة هي المرأة المخطوبة، ورجل خطاب أي كثير التصرف في الخطبة، واختطب القوم فلانا: إذا دعوه لخطبة صاحبتهم للزواج منها، وخطبهم فأخطبوه، أي: أجابوه للخطبة وزوجوه[67].

وعُرِفت الخطبة اصطلاحا بأنها طلب رجل يد امرأة معينة للتزوج بها والتقدم إليها أو إلى ذويها ببيان حاله، ومفاوضتهم في أمر العقد ومطالبه ومطالبهم بشأنه[68]، كما عُرِفت بأنها توافق أو تواعد صريح

---

[65] المادة 05 فقرة1 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[66] أحمد شامي، مرجع سابق، ص 04.

[67] محمد بربير، مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري أحكام الزواج والطلاق نموذجا، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، ديسمبر 2020، ص 21.

[68] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1957، ص 26.

بين رجل وامرأة تحل له شرعا في الحال، أو بين من ينوب عنها من الأولياء بإبرام عقد الزواج مستقبلا، وهي بهذا المفهوم اتفاق تمهيدي ينتج آثاره باقتران الايجاب بالقبول مع ضرورة تحقق شروط معينة[69].

ومن خلال هذه التعريفات نجد أن هناك من يقصر معنى الخطبة على كونها طلب يوجه من الرجل إلى المرأة، بينما هناك من يرى بأنها توافق بين الرجل والمرأة بغض النظر عمّن يصدر عنه هذا الطلب.

وحسب رأينا الخاص نميل إلى الاتجاه الثاني، حيث أنه بالرغم من كون العادات والتقاليد الجزائرية تقضي بأن الرجل هو من يتقدم إلى خطبة المرأة، إلا أنه قد تبث عما جاءنا من أخبار الرسول محمد صلى الله عليه وسلم أن السيدة خديجة رضي الله عنها هي من سعت في طلب الزواج من النبي عليه صلوات الله وسلامه.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية وبالتحديد فقهاء المذاهب الأربعة الكبرى فقد تعرضوا إلى تعريف الخطبة من خلال ما يلي:

- عرفها الحنفية بأنها طلب التزوج.
- عرف المالكية الخِطبة بكسر الخاء بأنها فعل الخاطب من كلام وقصد واستلطاف بفعل أو قول، والخُطبة بالضم هي الكلام الذي يُقال في النكاح وغيره.
- عرفها الشافعية بأنها التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة.
- عرفها الحنابلة بأنها خطبة الرجل المرأة لينكحها[70].

[69] أحمد شامي، مرجع سابق، ص 04.

[70] لعلى سعادي، مرجع سابق، ص 25.

ثانيا: مشروعية الخطبة وشروطها

كما نص قانون الأسرة على الخطبة ونظم بعض أحكامها، فإنه قد استقى معظم تلك الأحكام من الشريعة الإسلامية التي جاءت بتفصيل كل شؤون الانسان ومنها الخطبة، فقد ورد في القرآن الكريم ذكر الخطبة ومشروعيتها في قوله تعالى **(وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِي أَنفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّـهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَـٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَن تَقُولُوا قَوْلًا مَّعْرُوفًا وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّـهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّـهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ)**[71].

ومعنى لا جناح عليكم في هذه الآية أي لا بأس بالتعريض والتلميح بخطبة النساء في عدتهن من وفاة أزواجهن من غير تصريح بذلك، ووجه الاستدلال بهذه الآية أن الله عز وجل أباح خطبة المعتدة من وفاة تعريضا، وإباحة خطبة غيرها من غير المحرمات جائزة من باب أولى[72].

وفي السنة النبوية رُوِي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال "نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب"، وعمل الرسول محمد صلى الله عليه وسلم بخطبته لحفصة وعائشة رضي الله عنهما، وهناك أحاديث غيرها في السنة النبوية تؤكد على الخطبة ومشروعيتها، وهي بالتالي مستحبة وسنة فعلية[73].

أما عن شروط الخطبة فنجد أن المشرع الجزائري لم يشر إليها في تقنين الأسرة، لذا علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لبيان ماهي هذه الشروط، وفي هذا الصدد يمكن أن نميز بين الشروط

---

[71] سورة البقرة، الآية 235.

[72] يوسف عبد الله الشريفين وأحمد صالح بني سلامة، المضامين التربوية في الخطبة وأحكامها، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، العدد الأول، المجلد 33، جامعة الأزهر، مصر، ديسمبر 2017، ص 997.

[73] نفس المرجع السابق، ص 998.

المستحبة، أي تلك التي يفضل وجودها، بيد أن غيابها لا يؤثر على صحة الخطبة، والشروط الواجبة التي يؤدي غيابها إلى بطلان الخطبة أي حرمتها.

بالنسبة إلى الشروط المستحبة فإن الهدف منها هو بيان الخطيبين لأحوا بعضهما وأحوال أسرتيهما حتى يتوضح لهم هل هناك تقارب أو تنافر بينهم، وبالتالي يمكن أن نذكر من بين هذه الشروط جواز نظر الخطيبين إلى بعضهما البعض، فالشرع يبيح للخاطب رؤية وجه وكفي وقدمي المخطوبة وأن يكرر هذا النظر إذا دعت الضرورة لذلك، لكن دون خلوة بمعنى أن النظر يكون بحضور محرم للمرأة[74].

ومن الشروط المستحبة أيضا أن يكون كلا الخاطبين على علم بحال الطرف الآخر من أخلاق وعادات والتمسك بالدين[75]، ولا يكون ذلك إلا من خلال سؤال أهل الثقة الصالحين عن أحوال الطرف الآخر وأسرته، ولابد في هذا الصدد من تحري التقارب الديني والاجتماعي والثقافي والفكري حتى يكون الزواج ناجحا في المستقبل، ومن الشروط المستحبة أيضا أن يكون المخطوبان من غير الأقرباء لأن الزواج بالقريبات غالبا ما يتسبب في ضعف النسل، وأن تكون المرأة بكرا ولودا[76].

أما فيما يتعلق بالشروط الواجبة للخطبة فإنها تنحصر في شرطين أساسيين، يتمثل الأول في وجوب أن تكون المخطوبة من غير المحرمات على الخاطب، وهو أمر بديهي طالما أن الخطبة هي مقدمة وتمهيد للزواج؛ فإنه من غير المعقول أن يخطب الرجل أحد محرماته، سواء كانت من المحرمات المؤبدة أو المؤقتة، وسوف نتعرض في موضع لاحق بالتفصيل إلى دراسة من هن المحرمات من النساء

---

[74] عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، الطبعة الثانية، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990، ص 18.

[75] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 27

[76] بدران أبو العنين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام بحث تحليلي ودراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مطبعة دار التأليف، مصر، 1961، ص ص 29،30.

عند الحديث عن شروط الزواج، غير أنه لابد من الإشارة أن هناك فئة من المحرمات حرمة مؤقتة يجوز أن يتم خطبتهن تعريضا وليس تصريحا، ويقصد بالتعريض هنا التلميح كأن يقول الخاطب فلانة خير زوجة أو أردت لو يسرت لي زوجة، وهذه الفئة هي المعتدة من وفاة لانقطاع علاقتها الزوجية مطلقا، مصداقا لقوله تعالى في الآية 235 من سورة البقرة **(وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ..)**، وقد قاس عليها فقهاء الشريعة فئة المرأة المعتدة من طلاق بائن[77].

أما الشرط الثاني الواجب في الخطبة فهو ألا تكون المرأة مخطوبة للغير، حيث نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن خطبة الرجل على خطبة أخيه في قوله **(المؤمن أخو المؤمن فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ولا يخطب على خطبته حتى يذر)**، والحكمة في ذلك أن خطبة مخطوبة الغير فيه اعتداء على حقه كما أنها تورث العداوة والبغضاء بين الناس[78].

ثالثا: الطبيعة القانونية للخطبة

لقد أثارت الفقرة الأولى من المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها **(الخطبة وعد بالزواج)** اختلاف وجهات النظر بين من يرى أن المشرع قصد تعريف الخطبة وهو الرأي الذي نتبناه، وبين من يرى أن المشرع قصد تحديد طبيعتها القانونية، وحسب هذا الرأي الأخير تعتبر الخطبة وعدا بالزواج، والزواج عقد، وبالرجوع إلى القانون المدني نجد أحكاما خاصة بالوعد بالعقد جاءت في المادتين 71 و72 منه، إذ أن الوعد بالعقد إذا توفرت فيه شروط معينة يكون ملزما للواعد في كل الأحوال وإذا رفض إتمام العقد يمكن للموعود له أن يقاضيه وعندئذ يحل الحكم القضائي محل العقد[79].

---

[77] عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص 20.

[78] إبراهيم عماري، مرجع سابق، ص 25.

[79] المادتين 71 و72 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

أما بالنسبة للخطبة فإن حكمها يختلف تماما عما جاء في القانون المدني، حيث يظهر جليا من تقنين الأسرة[80]، ومن الشريعة الإسلامية أنها ليست ملزمة للمخطوبين بدليل جواز عدول كليهما عنها، بل إن الخطبة أصلا شرعت لإمكانية التعارف بين الخطيبين وأسرتيهما والتفاهم حول شروط الزواج وتفاصيله فإن لم يتفق الطرفان كان لهما الرجوع عن ذلك، فالخطبة ليست ملزمة خلافا للوعد بالتعاقد الذي يلزم الواعد في كل الأحوال ويلزم الموعود له في حالة قبوله للوعد، ولا يمكن إذن القول بأن الخطبة وعد بالعقد، لذلك فإننا نرى أن المشرع قصد بالوعد تعريف الخطبة وليس تحديد طبيعتها القانونية، وحتى لو كان قصده تحديد طبيعتها القانونية فإننا نقترح استبدال مصطلح الوعد لأن الوعد له مدلول خاص في القانون نص عليه القانون المدني ولا ينطبق على الخطبة.

الفرع الثاني: العدول عن الخطبة

لما كانت الخطبة وسيلة للتعارف والتقارب بين الخطيبين وأسرتيهما، وبيان أحوال كلا منهم لأخذ القرار إما بإتمام الزواج من عدمه، فإنه يمكن للطرفين العدول عن الخطبة في أي وقت قبل إبرام عقد الزواج، والأصل أنه لا يترتب عن هذا العدول أية آثار، غير أنه قد يحدث أثناء الخطبة بعض الأفعال والأقوال التي تجعل للعدول آثارا قانونية وشرعية، وهو ما سنتطرق إليه فيما يلي.

أولا: مفهوم العدول عن الخطبة

يقصد بالعدول عن الخطبة رجوع أحد الطرفين، أو كليهما عن الخطبة، وفسخها بعد إتمامها، وحصول الرضا منهما ، والخطبة وعد بالزواج بين طرفين، وليست عقدا ملزما، والرجوع عنها لغير مبرر شرعي إخلاف للوعد، وهذا الأخير من صفات المنافق، وقد كثرت في وقتنا الحاضر حالات العدول عن

[80] المادة 05 فقرة2 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

الخطبة لأسباب لم تكن موجودة في العصور السابقة، كالتسرع في إتمام الخطبة قبل استكمال البحث والتحري الدقيق عن الطرف الآخر وأهله، وكثرة الخداع والغش، كأن يُخفي أحد الخاطبين بعض العيوب أو الأمراض ثم يعلم بها الطرف الآخر بعد إتمام الخطبة[81].

وللعدول عن الخطبة حسنات ومساوئ، ومن أهم حسناته أنه يمنع من إتمام زواج فاشل قد يصعب التخلص منه، وبغيره قد يعيش الزوجان في تعاسة وأولادهما في شقاء، فالعدول حماية من هذا المستقبل المظلم، ومن مساوئ العدول عن الخطبة ما قد يلحق بسمعه أحد المخطوبين وخصوصا المخطوبة من أقاويل على ألسنة الناس، وما قد يخسره أحدهما أو كلاهما من أموال للاستعداد لزواج لم يتم، وما قد يكون من تفويت فرص العمل أو الدراسة أو زواج آخر[82].

وقد أجاز قانون الأسرة الجزائري العدول عن الخطبة في الفقرة الثانية من المادة 05 حيث جاء فيها (يجوز للطرفين العدول عن الخطبة)، والعدول هنا لا يشترط فيه مشاورة الطرف الثاني ولا قبوله، خاصة وأن الخطبة هي خطوة سابقة للزواج، وهذا الأخير يقوم على ركن الرضا.

كما أجاز الفقه الإسلامي للطرفين حق العدول وإن كان الوفاء بالوعد مطلوب في الشريعة الإسلامية، إلا أن خطورة عقد الزواج هي التي اقتضت أن تكون الخطبة غير ملزمة ضمانا للحرية الكاملة في إبرامه ولأن الرضا ركن أساسي فيه، فلا يكره إذن لولي المرأة الرجوع عن الخطبة إذا رأى للمخطوبة مصلحة في ذلك، ولا يكره للخاطبين الرجوع في الخطبة إذا كره أحدهما الآخر، لأن عقد الزواج هو عقد مؤبد يدوم الضرر فيه، أما إذا كان الرجوع لغير سبب فإنه مكروه وغير محرم[83].

---

[81] يوسف عبد الله الشريفين وأحمد صالح بني سلامة، مرجع سابق، ص 1027.

[82] نفس المرجع السابق، ص 1027.

[83] أحمد الشامي، مرجع سابق، ص 10.

ثانيا: آثار العدول عن الخطبة

إذا كان العدول عن الخطبة جائزا وحقا كفله المشرع والشارع الحكيم لكلا الطرفين؛ فإنه قد يترتب عن العدول آثار، وقد أقر المشرع الجزائري في تقنين الأسرة آثار العدول في الفقرات الثالثة والرابعة والخامسة من المادة 05، تتمثل في حكم الهدايا التي قد يتبادلها الطرفان أثناء الخطبة، وكذا التعويض عن الأضرار التي قد تصيب أحد الطرفين من جراء العدول، غير أنه أغفل الحديث عن حكم المهر إن كان قد قدم فعلا خلال فترة الخطوبة.

1-بالنسبة للتعويض

نص المشرع على التعويض في الفقرة الثالثة من المادة 05 حيث ربط التعويض بوجود ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين وكان هذا الضرر ناتجا عن العدول، فالأصل أنه لا تعويض عن العدول لأن العدول حق كفلته نفس المادة في فقرتها الثانية، لكن إذا نتج عن العدول ضرر لأحد الطرفين فيمكن له أن يلجأ إلى القضاء طالبا التعويض، وللقاضي هنا السلطة التقديرية، وعبء الاثبات وفقا للقواعد العامة يقع على المدعي الذي عليه أولا اثبات الخطبة ثم اثبات الضرر الواقع عليه، إلا أن المادة الخامسة من قانون الأسرة لم توضح إن كان الضرر متعلقا بالعادل أو بالمعدول عنه حيث اكتفت بالقول الطرف المتضرر، والضرر هنا قد يجد أساسه في المسؤولية التقصيرية، أو في التعسف في استعمال الحق.

2-بالنسبة للهدايا

قد يتبادل المخطوبان في فترة الخطوبة هدايا تختلف قيمتها، وفي حالة العدول قد تطرح مسألة الهدايا أمام القضاء خاصة بالنسبة للهدايا الثمينة، وبالرغم من أن المشرع الجزائري قد حدد مصير الهدايا

في حالة العدول عن الخطبة[84]، فإن الواقع قد يطرح تفاصيل لم يشر إليها القانون، فيجد القاضي نفسه مضطرا للجوء إلى الاجتهاد، وعلى كل نجد أن المشرع قد أخذ بقاعدة عامة وهي أن من يعدل هو من يخسر من ناحية الهدايا، فأقر أن العدول إن كان من جانب الخاطب فإنه ليس له الحق في أن يسترد من المخطوبة أي شيء مما أهداه إليها، وبالمقابل ألزمه بأن يرد للمخطوبة كل الهدايا التي أهدتها له إن كانت لم تستهلك، وكل ما استهلكه وجب عليه أن يرد إليها قيمته[85].

أما إن كان العدول من المخطوبة فإنه يجب عليها أن ترد للخاطب الهدايا التي أهداها إياها إن لم تستهلكها، وما استهلكته فعليها أن ترد قيمته[86]، لكن المشرع لم يتطرق للهدايا التي أهدتها المخطوبة للخاطب، هل تستردها أم لا، والاجابة طبعا أنها لا تستردها، مثلها مثل الخاطب لا فرق بينهما.

3-بالنسبة للصداق

لم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة إلى حكم الصداق في حالة تقديمه في فترة الخطوبة ثم يتم العدول من أحد الطرفين، لذلك سنرجع إلى حكم الشريعة الإسلامية، وقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية ومنهم المالكية على وجوب رد المهر إلى الخاطب في حالة العدول عن الخطبة سواء قل أو كثر وسواء كان العدول من الخاطب أو من المخطوبة، لأن المهر وجب بالعقد فهو حكم من أحكامه وأثر من آثاره، وما دام الزواج لم يتم فلا حق للمخطوبة فيه، فيسترده الخاطب كما هو إن لم يستهلك أو يهلك، أو يُرد إليه مثله إن كان مثليا، أو قيمته إن كان قيميا[87].

---

[84] المادة 05 فقرة 4 و5 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[85] الفقرة 4 من المادة 05 من نفس المصدر السابق.

[86] الفقرة 05 من المادة 05 من نفس المصدر السابق.

[87] محمد بربير، مرجع سابق، ص 31.

إضافة إلى ذلك توجد بعض القوانين العربية التي ترى أن العدول إن كان من جهة الخاطب وكان قد قدم المهر كله أو بعضه نقدا، وقد قامت المخطوبة بشراء جهازها منه كالألبسة والأفرشة فلها الخيار بين أن ترجع المهر نقدا، أو أن ترجع له الجهاز الذي اشترته باعتبارها كانت حسنة النية وأن الخاطب قد عدل عنها أي أنه راض بالخسارة[88]، أما المشرع الجزائري فكما سبق لم يتعرض لمسألة المهر في حال العدول عن الخطبة وبالتالي يجب على القاضي أن يطبق حكم الشريعة في ضرورة إرجاع المهر أما كيفية الارجاع فله أن يجتهد فيها وفقا لقناعاته.

المطلب الثاني: اقتران الخطبة بالفاتحة

لقد سارت العادات والتقاليد في المجتمع الجزائري على قراءة سورة الفاتحة أثناء الخطبة، لذا فإن المشرع عند سنه لقانون الأسرة سنة 1984 قد تعرض لمسألة اقتران الخطبة بالفاتحة تماشيا مع ما هو سائد في المجتمع، لكنه اعتبر ذلك لا يؤثر في الخطبة في شيء، بمعنى يعتبر اقتران الخطبة بالفاتحة مجرد خطبة ويسري عليها أحكام الخطبة[89].

غير أن الوضع في المجتمع كان يطرح واقعا مغايرا، إذ كانت هناك حالات كثيرة يتم فيها قراءة الفاتحة باعتبارها زواجا شرعيا لكنه غير موثق، والحقيقة أن هذا هو الوضع الغالب في المجتمع الجزائري، مما جعل القانون لا يعكس واقع المجتمع وترتب عن ذلك الكثير من المشاكل والآفات الاجتماعية، بل إن القضاء في حد ذاته كثيرا ما خالف أحكام القانون، هذا ما حتم على المشرع إعادة النظر في هذه المسألة عند تعديله لقانون الأسرة فكان لاقتران الخطبة بالفاتحة حكمين سنتطرق إليهما في الفرعين التاليين.

---

[88] إبراهيم عماري، مرجع سابق، ص ص 30، 31.

[89] المادة 06 من قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 قبل تعديل سنة 2005، مصدر سبق ذكره.

الفرع الأول: اقتران الخطبة بالفاتحة بنية التبرك

إن العادات والتقاليد في المجتمع الجزائري سارت على الاحتفال بالخطبة بين أسرتي الخاطب والمخطوبة، وعادة ما يتم قراءة الفاتحة في مجلس الرجال، وقد يكون الهدف منها مجرد إنزال البركة، أي لا يقصد منها شيء آخر غير الخطبة، وهنا أقر المشرع أن اقتران الخطبة بالفاتحة لا يعتبر زواجا[90]، بل يبقى مجرد خطبة ويسري عليه أحكام الخطبة الموضحة في المادة الخامسة من قانون الأسرة.

وتجدر الإشارة إلى أن قراءة الفاتحة في فترة الخطوبة سواء تم يوم الخطوبة أو بعدها ليس له أصل في الشريعة الإسلامية بل إنه بدعة مستحدثة، سواء كان الهدف منها إنزال البركة والتبرك، أو أنها قرئت عند إتمام عقد الزواج الشرعي، هذا الأخير يكفي فيه أن يتم بتوفر شروطه وأركانه دون الحاجة إلى قراءة سورة الفاتحة.

وفي حالة قراءة الفاتحة عند الخطبة بنية التبرك وحدوث خلاف بين المخطوبين في حكم الخطبة يمكن الرجوع إلى القضاء، والقاضي هو من يستطيع أن يتبين المسألة من خلال سماع أقوال الشهود، وملابسات النزاع، وغيرها من الأدلة التي يقدمها الطرفين، فإن حدث عدول من أحد الطرفين طبقت عليه أحكام العدول فيما يتعلق بالمهر والهدايا والتعويض، أما إن حدثت علاقة جنسية ونتج عنها حمل فيعتبر زنا ولا ينسب الولد لأبيه.

الفرع الثاني: اقتران الخطبة بالفاتحة في مجلس العقد وتوفر شروط عقد الزواج

قد يتم قراءة الفاتحة أثناء الخطبة أو بعدها، ويكون الغرض منها إبرام عقد زواج شرعي، فيتم بحضور ولي المرأة والشاهدين، ويتم تقديم الصداق أو الاتفاق على قيمته، ويتراضى الطرفين فيما بينهما،

[90] المادة 06 فقرة1 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

وتكون المرأة غير محرمة على الرجل، وهذا في الغالب ما يحدث في مجتمعنا حيث يسبق الزواج الشرعي العقد الرسمي في أغلب الأحيان، وهذا ما تعرض له قانون الأسرة بالتنظيم، حيث اعتبر اقتران الفاتحة بالخطبة زواجا إذا تم في مجلس العقد وبتوفر أركان وشروط عقد الزواج[91].

غير أن هذا الزواج هو زواج عرفي غير مسجل يجب أن يتم إثباته بموجب حكم قضائي بعد رفع دعوى أمام المحكمة المختصة قسم شؤون الأسرة، وعند صدور حكم تثبيته يتم تسجيله في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة[92].

وفي هذا الصدد أقرت المحكمة العليا الجزائرية في قرار مشهور لها بما يلي (متى كان الزواج العرفي متوفراً على أركانه التامة والصحيحة، فإن القضاء بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية، وإلحاق نَسب الأولاد لأبيهم، يكون قضاءً موافقاً للشرع والقانون فإنه إذا صاحب إعلان الخطبة وقراءة الفاتحة إيجاب وقبول في حضرة شاهدين عدلين، وذكر الصداق بحضور الولي، كما جرت العادة والعرف الاجتماعي، فهو عقد نافذ شرعا وإن لم ينفذ قانونا)، وفي هذا التقييد سد لذريعة تبييض العلاقات غير المشروعة وتقييد ذلك بقيود شرعية هي وجوب اقتران الفاتحة بسائر شروط صحة عقد الزواج الشرعي، حتى تعتبر زواجا ويسري عليها أحكام عقد الزواج[93].

المبحث الثاني: عقد الزواج، أركانه وشروطه

عقد الزواج عقد مقدس تناوله الشارع الحكيم في عدد من المواضع في القرآن الكريم، كما تزخر السنة النبوية بجملة من أحكامه، وكذلك المصادر الأخرى للشريعة الإسلامية، هذه الأخيرة أعطت الزواج

---

[91] المادة 06 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[92] المادة 22 من من نفس المصدر السابق.

[93] لعلى سعادي، مرجع سابق، ص 30.

أهمية بالغة لأنه السبيل الشرعي الوحيد لتكوين الأسرة وزيادة النسل واستمرار الأمة الإسلامية، فكان لزاما على المشرع الجزائري أن يوليه نفس الأهمية كوننا دولة مسلمة ومجتمع مسلم محافظ.

ولكي ينعقد الزواج صحيحا لابد من توافر شروط وأركان يقوم عليها، ورغم عدم وجود اتفاق بين فقهاء الشريعة بين ما هو ركن وما هو شرط في الزواج، إلا أن ذلك لا يعني أن هناك تناقض فيما بينهم في هذا المجال حيث يرتكز كل رأي على أدلة وبراهين وتفاسير واجتهادات لها قيمتها، والمشرع الجزائري بدوره قد اتبع في موضوع الزواج أحكام الشريعة بمختلف مذاهبها، وقد اتسم منهجه بعدم الالتزام بمذهب واحد، بل إنه قد تراجع عن الاتجاه الذي سلكه عند تعديل قانون الأسرة سنة 2005، انطلاقا من ذلك سنتناول في هذا المبحث دراسة مفهوم الزواج وأركانه وشروطه، من خلال قانون الأسرة الجزائري، والتعرض لأحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه حكم في قانون الأسرة.

المطلب الأول: الزواج وأركانه

لقد تعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة إلى تعريف الزواج وأهدافه والحكمة منه، وتناول تنظيم أركانه، أي تلك التي لا يقوم الزواج من دونها، كما تعرض للجزاء المترتب عن تخلفها، غير أنه لم يسر في نفس الاتجاه، إذا اختفت أركان الزواج في قانون الأسرة الجزائري قبل تعديل سنة 2005 عنها بعد التعديل، ولتبيان تفاصيل ذلك قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول مفهوم الزواج، وندرس في الفرع الثاني أركان عقد الزواج.

الفرع الأول: مفهوم الزواج

للإحاطة بمفهوم الزواج لابد من التعرض لمجموعة من النقاط مثل تعريفه، وأهدافه، ومشروعيته، وطبيعته، وذلك من خلال ما يلي:

أولا: تعريف الزواج

الزواج في لغة العرب هو الصنف والنوع من كل شيء، وكل شيئين مقترنين شكلين كانا أو متناقضين فهما زوجان، وكل واحد منهما زوج، قال الفيومي "الزوج: الشكل يكون له نظير كالأصناف والألوان، أو يكون له نقيض كالرطب واليابس، والذكر والأنثى، والليل والنهار، والحلو والمر"، وقد جاء الزوج بمعنى النوع أو الصنف في كتاب الله كثيرا، والمعنى الذي يدور عليه لفظ الزواج وما اشتق منه عند العرب في كلامها هو الاقتران والارتباط، والأفصح في لغة العرب أن يطلق الزوج على كل من الذكر والأنثى فتقول المرأة هذا زوجي، ويقول الرجل هذا زوجي، وهذه لغة أهل الحجاز، أما النكاح في اللغة فهو الضم والجمع، تقول العرب تناكحت الأشجار إذا تمايلت، وانضم بعضها إلى بعض، وسمي العقد المعروف بين الرجل والمرأة بالنكاح لأن كل واحد منهما يرتبط بالآخر ويقترن به[94].

أما في الاصطلاح فعرف الفقهاء قديما الزواج بتعريفات عديدة يدور معناه حول استباحة البضع أو تمليك المتعة؛ فعرفه الحنفية على أنه عقد وضع لتمليك منافع البضع، أو عقد يفيد ملك المتعة قصدا، وعرفه المالكية على أنه عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية، وجاء تعريف الشافعية بأنه عقد يتضمن إباحة الوطء بلفظ الإنكاح والتزويج، أو معناهما، أو بترجمتهما، وفي المعنى نفسه نجد تعريف الحنابلة بقولهم هو عقد بلفظ إنكاح أو تزويج على متعة الاستمتاع[95].

وقد حاول الفقهاء المعاصرين تعريف الزواج بشكل أدق، وهذا بجعل حل الاستمتاع للمرأة وملك الاستمتاع للرجل، فلا يصح لأحد غيره الاستمتاع بالزوجة بعقد أو بغير عقد ما دام حكم العقد الأول باقيا، وعلى هذا جاء تعريف كمال الدين إمام للزواج بقوله **(هو عقد يفيد قصدا ملك استمتاع الرجل**

---

[94] عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، الصفحات من 07 إلى 10.

[95] إبراهيم عماري، مرجع سابق، ص 16.

بالمرأة التي لم يمنع من نكاحها مانع شرعي، وحل استمتاع المرأة بالرجل)، كما أدخل بعضهم في تعريف عقد الزواج أمورا ليست منه كواجبات الزواج والالتزامات الناشئة عنه أو الغرض منه كما فعل الشيخ محمد أبو زهر في تعريفه: **(الزواج هو عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يقتضيه الطبع الإنساني، وتعاونهما مدى الحياة ويحدد ما لكليهما من حقوق عائلية وواجبات)**[96].

أما المشرع الجزائري فقد عرف الزواج بأنه عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب[97].

ومن خلال هذا التعريف نرى بأن المشرع لم يعرف الزواج من حيث كونه عقدا يحل الاستمتاع بين رجل وامرأة كما فعل الفقهاء، وإنما عرفه من خلال ركنه وهو الرضا، ومن خلال تحديد بعض أهدافه، وهو ما يدل على تأثره المزدوج بالشريعة الإسلامية من جهة، وبالظروف المحيطة بالمجتمع الجزائري سواء ما تعلق منها بالمطالبات الجمعوية أو باندماج الجزائر في المعايير الدولية لحماية حقوق المرأة.

ثانيا: مشروعية الزواج والحكمة منه

يقصد بمشروعية الزواج، ما هي الأدلة على مشروعيته في الكتاب والسنة والاجماع، ففي القرآن الكريم ورد الزواج في عدة مواضع في عدة سور منها، قوله سبحانه وتعالى **(وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ)**[98] وقوله تعالى **(وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُواْ فِي الْيَتَامَى فَانكِحُواْ مَا طَابَ**

---

[96] إبراهيم عماري، مرجع سابق، ص 16.

[97] المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[98] سورة البقرة، الآية رقم 235.

لَكُم مِّنَ النِّسَاء مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلاَّ تَعُولُواْ)[99].

أما من السنة فقد ورد عن النبي محمد صلى الله عليه وسلم العديد من الأحاديث التي تحث على الزواج وترغب فيه بل وتنكر ترك الزواج وإن كان بغرض التفرغ للعبادة، نذكر منها قوله صلى الله عليه وسلم **(يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ، مَنِ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ البَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، فَإِنَّهُ أَغَضُّ لِلْبَصَرِ وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ، فَإِنَّهُ لَهُ وِجَاءٌ)**، وعن أنس بن مالك رضي الله عنه أنه قال **(جَاءَ ثَلَاثَةُ رَهْطٍ إلى بُيُوتِ أَزْوَاجِ النَّبيِّ صلَّى اللهُ عليه وسلَّم، يَسْأَلُونَ عن عِبَادَةِ النَّبيِّ صلَّى اللهُ عليه وسلَّم، فَلَمَّا أُخْبِرُوا كَأَنَّهُمْ تَقَالُّوهَا، فَقالوا: وأَيْنَ نَحْنُ مِنَ النَّبيِّ صلَّى اللهُ عليه وسلَّم؟! قدْ غُفِرَ له ما تَقَدَّمَ مِن ذَنْبِهِ وما تَأَخَّرَ، قالَ أحَدُهُمْ: أمَّا أنَا فإنِّي أُصَلِّي اللَّيْلَ أبَدًا، وقالَ آخَرُ: أنَا أصُومُ الدَّهْرَ ولَا أُفْطِرُ، وقالَ آخَرُ: أنَا أعْتَزِلُ النِّسَاءَ فلا أتَزَوَّجُ أبَدًا، فَجَاءَ رَسولُ اللَّهِ صلَّى اللهُ عليه وسلَّم إليهِم، فَقالَ: أنْتُمُ الَّذِينَ قُلتُمْ كَذَا وكَذَا؟! أَمَا واللَّهِ إنِّي لَأَخْشَاكُمْ لِلَّهِ وأَتْقَاكُمْ له، لَكِنِّي أصُومُ وأُفْطِرُ، وأُصَلِّي وأَرْقُدُ، وأَتَزَوَّجُ النِّسَاءَ، فمَن رَغِبَ عن سُنَّتي فليسَ مِنِّي)**[100].

أما عن الحكمة من الزواج فيقصد بها الأهداف والغايات التي تتحقق بالزواج، وقد أشار المشرع الجزائري في قانون الأسرة لبعض هذه الغايات عند تعريفه للزواج، وأعتبر تكوين الأسرة الغاية الأساسية له، ويتفرع عنها غايات أخرى مرتبطة بها وهي احصان الزوجين والمحافظة على الأنساب والتعاون والمودة والرحمة[101]، والشريعة الإسلامية بدورها أعطت للزواج أهمية بالغة، فقد جعل الله سبحانه وتعالى

---

[99] سورة النساء، الآية رقم 03.

[100] هيثم بن محمود خميس، الأربعون النووية في السعادة الزوجية، دار الإداوة للنشر، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2015، ص 19.

[101] المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

من الزوجية قاعدة الخلق في الإنسان وفي جميع المخلوقات وآية من آياته، وبالزواج يتكاثر البشر وتمتد حياتهم فوق ظهر هذه الأرض، وهو الطريق الأصح لإيجاد الذرية والربط بين الأسر وتقوية أواصر المحبة والتراحم بين المجتمعات الإنسانية[102].

وتعتبر مؤسسة الزواج السبيل الأمثل والأقوم لتكوين الأسرة وحفظها وإنجاب الأولاد والتعاون بين الزوجين لتربيتهم وتعليمهم والمحافظة عليهم من الآفات الاجتماعية، لأنه يحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات، سواء من الناحية الشرعية أو القانونية، كما أنه الطريق السوي لإحصان النفس واشباع رغباتها الجنسية بما أحله الله والبعد عن انتهاك الحرمات وحفظ الأعراض والأخلاق والأنساب ووقاية من الشحناء والبغضاء، فالزواج نظام إلهي شرعه الله لمصلحة المجتمع الإنساني وسعادة أفراده وحفظ كيان الأسرة التي هي عماد الأمة [103].

ثالثا: حكم الزواج

الزواج في القانون الجزائري من العقود غير المالية التي تم تنظيمها بموجب أحكام قانون الأسرة وبالتحديد الكتاب الأول، أي أنه عقد مباح يستطيع كل من تتوفر فيه شروط معينة أن يبرمه فيكون عقدا صحيحا منتجا لآثاره من حقوق وواجبات لكلا طرفين وللأولاد بعد إنجابهم، أما إذا لم تتوفر فيه بعض شروطه أو أركانه فإنه يصيبه البطلان أو الفساد[104]، ويترتب عن الزواج الباطل أو الفاسد في القانون الجزائري آثار معينة سنتناولها في موضع لاحق.

---

[102] عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص ص 17، 18.

[103] عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص ص 16، 17.

[104] نصت على أحكام الزواج الفاسد والباطل المواد من 32 إلى 35 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

وبالنسبة للشريعة الإسلامية فكانت أكثر تفصيلا من القانون عند تناولها لحكم عقد الزواج، حيث ميزت بين مجموعة من الأحكام تختلف باختلاف طرفي العقد والظروف المحيطة بهم، فجاءت بأربعة أحكام أساسية هي:

- يكون الزواج واجبا: في حق كل من تتوفر فيه القدرة على الزواج من كل النواحي المادية والجسدية والعقلية والنفسية ويخاف على نفسه من الوقوع في الحرام إن هو لم يتزوج، والحرام هنا بمعنى الزنا.
- يكون الزواج مندوبا أي مستحسنا في حق كل من تتوفر فيه القدرة على الزواج من كل النواحي، وله الرغبة في الزواج لكنه لا يخاف على نفسه من الوقوع في الحرام، أي أنه يستطيع الصبر على الزواج.
- يكون الزواج مكروها: في حق كل من له الرغبة في الزواج لكنه ليس قادرا على حقوق الطرف الثاني وغير قادر على بناء أسرة، إذ يشك في أنه قد يظلم الطرف الآخر إن هو تزوج به، كمن ليس له القدرة على الانفاق، أو العدل (في حالة التعدد)، ولعل ذلك ما أشار له النبي صلى الله عليه وسلم في قوله **(وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ، فَإِنَّهُ لَهُ وِجَاءٌ)**.
- يكون الزواج حراما: في حق كل من كان متيقنا أنه سيلحق الضرر بالطرف الآخر، لعدم قدرته على الزواج، ومثال ذلك العنين الذي لا يستطيع معاشرة النساء، أو المجنون، أو المريض مرضا معديا.

والحقيقة أن الزواج عقد دائر بين الوجوب والندب لكثرة ما جاء من الحث والترغيب فيه من النصوص في القرآن والسنة، ولما جاء كذلك من النهى عن التبتل والرهبانية، وحثَّ الشباب على الزواج

وأنه من سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولما فيه من الفوائد الدينية والنفسية والاجتماعية والصحية، وخاصة في هذا العصر الذي كثرت فيه الفتن والإباحية[105].

الفرع الثاني: أركان عقد الزواج

الركن لغة جانب الشيء الذي يستند إليه ويقوم به، وهو في اصطلاح العلماء ما كان جزءً من حقيقة الشيء، يقول ابن منظور جزء الشيء جانبه الأقوى، والركن الناحية القوية، وأركان الشيء جوانبه التي يستند إليها ويقوم بها، وأركان الشيء أجزاء ماهيته[106]، ويعتبر الركن إذن ما يقوم عليه الشيء فإن وجد الركن وجد الشيء وإن انعدم الركن انعدم الشيء، وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول أركان عقد الزواج، فهناك من قصرها على الايجاب والقبول[107] وهناك من أضاف الولي[108] وهناك من أعتبر الشاهدين أيضا ركن من أركانه[109].

أما المشرع الجزائري، فقد اختلف موقفه في قانون الأسرة قبل تعديل سنة 2005، عنه بعد التعديل، حيث كان قبل التعديل في موقف متناقض إذ اعتبر أن للزواج أركان فقط ولم يشر إلى شروط الزواج، واعتبر أركان الزواج هي الرضا والولي والشاهدين والصداق[110]، وخصص الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الأول لموانع الزواج دون أن يحدد إن كانت شرطا أو ركنا[111]، ثم رتب الفسخ

---

[105] إبراهيم عماري، مرجع سابق، ص 20.

[106] محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، مصر، 1977، ص 100.

[107] عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص 22.

[108] محمد بريبر، مرجع سابق، ص 40.

[109] محمد رأفت عثمان، مرجع سابق، ص 101.

[110] المادة 09 من القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل، مصدر سبق ذكره.

[111] المواد من 23 إلى 30 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

على اختلال ركن واحد من أركان الزواج، والبطلان إذا اختل أكثر من ركن، والثبوت بعد الدخول إذا اختل ركن واحد[112].

أما بعد التعديل فقد اختلف موقفه حيث اعتبر أن للزواج ركن واحد هو الرضا وهو بذلك اتفق مع المذهب الحنفي[113]، وفي هذا المقام لن نتعرض لدراسة أركان الزواج في قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل لأن ما كان عليه الحال قد ألغي ولم يعد له وجود، وسنقتصر على دراسة أركان الزواج بعد تعديل سنة 2005، وبالتالي سنكتفي بدراسة ركن الزواج الوحيد وهو التراضي بين الزوجين.

أولا: مفهوم ركن الرضا في عقد الزواج

تناول المشرع الجزائري ركن الزواج في قانون الأسرة المعدل والمتمم من خلال المواد: 09، 10، 13، 19، حيث، اعتبره الركن الوحيد لانعقاد الزواج، فما المقصود بهذا الركن، وما هي شروط صحته؟

1-معنى ركن الرضا في عقد الزواج

نصت المادة 09 من قانون الأسرة المعدل والمتمم على أن الزواج ينعقد بتبادل رضا الزوجين، ولم توضح معنى الرضا، غير أن الفقرة الأولى من المادة 10 قد أشارت بأن الرضا يعني الايجاب الذي يصدر من أحد طرفي العقد والقبول الذي يصدر من الطرف الآخر، وذلك بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، ولم تحدد هذه المادة من الطرف الذي يصدر منه الإيجاب والطرف الذي يصدر منه القبول.

فالرضا يعني الايجاب والقبول الذي يصدر من طرفي العقد، وهو ما يسمى بالصيغة والتي عُرِفت بأنها اللفظ الدال على حصول النكاح وتحققه إيجابا وقبولا، وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية

---

[112] المادتين 32 و33 من القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل.

[113] لعلى سعادي، مرجع سابق، ص 42.

في تحديد معنى الايجاب والقبول على رأيين، حيث يرى الرأي الأول الذي يمثله الحنفية، أن الايجاب هو الصيغة التي تصلح لإفادة العقد مع كونه أولا، والقبول هو الصيغة التي تصلح لإفادة العقد مع كونه ثانيا، بمعنى أن ما يصدر أولا يعتبر إيجابا بغض النظر عمَّن صدر منه، ولي المرأة كان أم الزوج، والقبول هو ما يصدر ثانيا بغض النظر عمَّن صدر عنه، بينما يذهب الرأي الثاني –وهو رأي جمهور الفقهاء– إلى أن الايجاب هو الصيغة التي تدل على التمليك حتى ولو صدرت ثانيا، والقبول هو الصيغة التي تدل على التملك حتى ولو صدرت أولا[114].

كما يُعرّف الايجاب بأنه لفظ يوحي بأن العاقد ثبت في ذمته ما ألزم نفسه به بقوله، والقبول بأنه العبارة الصادرة عن العاقد الدالة على رضاه بالمعقود عليه[115]، وقد يكون الموجب هو الزوج أو وكيله أو وليه، والقابل هو الزوجة أو وكيلها أو وليها، وقد يكون العكس، رغم أن جمهور الفقهاء يرون أن الايجاب يكون من جانب المرأة أو وليها، كأن تقول زجتك نفسي، أو يقول وليها زوجتك ابنتي فيقول الرجل قبلت[116]، وقد يتولى صيغة العقد اثنان وهو الغالب، وقد يتولاها واحد يقوم مقام الاثنين، كأن يكون وليا على الزوجين، أو وكيلا عنهما، أو أصيلا عن الجانب الأول ووكيلا أو وليا عن الجانب الآخر[117].

2- شروط صحة الرضا في عقد الزواج

رغم أن المشرع الجزائري قد قصر أركان الزواج في تراضي الزوجين عليه، إلا أن بعض فقهاء الشريعة قد أضافوا أركانا أخرى مرتبطة بالرضا في حد ذاته وهي: العاقدين والمحل والصيغة، ويقصد بالعاقدين طرفي العقد ويشترط فيهما العقل والتمييز وألا يكونا مكرهين على الزواج، أما المحل فهما المرأة

---

[114] محمد رأفت عثمان، مرجع سابق، ص 106.

[115] عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص 80.

[116] محمد بربير، مرجع سابق، ص 85.

[117] عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص 22.

والرجل حيث يجب أن يكون كلا منهما حلا للآخر، وصيغة العقد هي الايجاب والقبول الذي يشترط فيها أن تكون صحيحة لأنها الوسيلة التي يتم بواسطتها فهم مراد العاقدين، وكل خلل فيها يبطل العقد[118].

وما نلاحظه على الرأي السابق أنه بتحديده لهذه الموجبات فإنه يكون قد حدد الشروط التي يجب أن تتوفر في الرضا حتى يكون صحيحا، وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد أنه لم ينص صراحة على هذه الشروط ولكن يمكن استنتاج بعضها من قانون الأسرة، كما يمكن إضافة البعض الآخر من خلال آراء فقهاء الشريعة الإسلامية وذلك على النحو التالي بيانه.

أ-الألفاظ الدالة على النكاح

يجب أن تكون الصيغة بألفاظ محددة تدل على معنى النكاح والزواج، وهو ما حدده المشرع الجزائري في المادة 10 فقرة 1 من قانون الأسرة بقوله **(...بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا)**، ويفهم من هذا النص أن المشرع قد أحال إلى الشريعة الإسلامية في تحديد الألفاظ التي ينعقد بها الزواج، ولا اشكال في القبول إذ أنه يصح بكل ما دل على رضا القابل بإيجاب الموجب سواء أقال له: قبلت أو رضيت أو وافقت، إذ لا يشترط في القبول لفظ معين[119].

أما فيما يتعلق بالإيجاب نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد اتفقوا على لفظين يقوم بهما الايجاب هما الزواج والنكاح وكل لفظ مشتق منهما، واختلفوا على ما دونهما من الألفاظ بين من يرى أنه يصح بها الايجاب وبين من يرى عدم صحته، ومن تلك الألفاظ لفظ وهبت، تصدقت، بعت، ملّكت، أحللت، أبحت، مكّنت، أطلقت لك التصرف فيها، وغيرها، ولكن بشرط أن يكون القصد منها الزواج

---

[118] عبد الرحمان الصابوني، أحكام الزواج في الفقه الإسلامي وما عليه العمل في دولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الثانية، دار القلم للنشر والتوزيع، دبي، الإمارات العربية المتحدة، 2000، الصفحات من 103 إلى 105.

[119] نفس المرجع السابق، ص 113.

والنكاح[120]، وعليه فإنه حسب رأينا لابد من الاكتفاء بلفظ الزواج والنكاح لكونه متفق عليهما بين فقهاء الشريعة، فيصح الايجاب إذن بأحد هذين اللفظين، خاصة وأن عقد الزواج عقد خطير يختلف ن بقية العقود الأخرى فليس الهدف منه منفعة مادية بل تكوين أسرة يقوم عليها المجتمع بل والأمة ككل، ولأنهما اللفظين اللذين وردا عن الشارع الحكيم سبحانه وتعالى، ولأن هذا العقد تلزم فيه الشهادة فلابد ان يكون بلفظ وضع للزواج لا مجاز فيه غذ ان القرائن والنيات قد تخفى عن الشهود[121].

ب- الصيغة بغير اللغة العربية وبغير الكلام

إذا كان العاقدان أو أحدهما لا يفهم اللغة العربية فهل يمكن أن تتم الصيغة بلغة أخرى؟ في الحقيقة لم ينص المشرع الجزائري على هذه المسألة، أما فقهاء الشريعة فقد اتفقوا على جواز انعقاده في هذه الحالة بغير اللغة العربية بشرط أن يكون بالألفاظ الدالة على الزواج في تلك اللغة وهو رأي جمهور الفقهاء، أما إذا كان أحد العاقدين أو كلاهما لا يستطيع الكلام كالأخرس؛ فقد اتفق الفقهاء على أن تكون الصيغة بالإشارة الدالة على معنى الزواج إذا كان لا يحسن الكتابة، لأن الإشارة أقصى طرق التعبير عنده، أما إذا كان يحسن الكتابة فالرأي الراجح أن زواجه لا ينعقد إلا بالكتابة[122].

والواقع أن قانون الأسرة الجزائري قد أشار إلى هذه الحالة لكنه لم يوضح هل الإشارة أولى أم الكتابة في حالة كان العاجز عن الكلام يجيد الكتابة بقوله **(يصح الايجاب والقبول من العاجز بكل ما**

---

[120] محمد رأفت عثمان، مرجع سابق، الصفحات من 111 إلى 124.

[121] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 41.

[122] إبراهيم عماري، مرجع سابق، ص 44.

يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة أو الإشارة)[123]، إلا أنه يمكن أن يفهم منه اتفاقه مع جمهور الفقهاء عندما قدم الكتابة على الإشارة.

ج-زمن الفعل المكون للصيغة اللفظية

لم يبين المشرع الجزائري أي زمن يجب أن يكون لفعل الصيغة اللفظية، أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد اتفقوا على انعقاد الزواج بصيغة الماضي، مثل أن تقول المرأة "زوجتك نفسي" فيرد الرجل قبلت فينعقد العقد من غير توقف على نية او قرينة، أما إذا كانت الصيغة بالمضارع كأن تقول المرأة أزوجك نفسي فيرد الرجل أقبل، فهنا يختلف الفقهاء على صحة هذا العقد، حيث يصح العقد عند الحنفية والمالكية إذا كانت هناك قرينة تدل على إرادة إنشاء العقد في الحال، لا للوعد في المستقبل، بينما لا ينعقد الزواج عند الشافعية والحنابلة في صيغة المضارع، وإنما لابد عندهم من لفظ بصيغة الماضي مشتق من النكاح أو الزواج بأن يقول الزوج تزوجت أو نكحت أو قبلت نكاحها[124].

د- أن تكون الصيغة منجزة وغير معلقة على شرط أو مضافة للمستقبل

يجب أن تكون صيغة الايجاب والقبول منجزة في الحال، بمعنى يجب أن تدل على انشاء العقد في الحال، وعكسها الصيغة المعلقة التي تفيد إنشاء العقد في المستقبل عند وجود أمر يمكن أن يكون ويمكن ألا يكون، كأن تقول المرأة تزوجتك إذا شفى الله فلانا، فهذا الزواج لا يقع لتعليقيه بشرط محتمل الوجود في المستقبل، وذلك لما للزواج من مكانة سامية تجعله مصونا من شائبة الاحتمال، وعكس الإنجاز أيضا الصيغة المضافة للمستقبل، والتي تعني عدم بدء العقد في الحال، وتأجيله إلى زمن المستقبل لكي تترتب آثار العقد عند حلوله، ومثال ذلك أن يقول الرجل للمرأة تزوجتك عند غرة رجب،

---

[123] المادة 10 فقرة2 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[124]لعلى سعادي، مرجع سابق، ص 49.

فتقول قبلت، فهذه الإضافة مانعة من انعقاده في الحال ولا يصح بها العقد لا في الحال ولا في المستقبل[125].

أما فيما يتعلق بالاشتراط في عقد الزواج، فهو حسب رأينا يخرج من دائرة تعليق الزواج على شرط، بل إنه يقصد به أن يقع التراضي بين الزوجين في الحال، مع ضرورة تنفيذ شروط معينة بعد أن يتم الزواج، ومثال ذلك أن تشترط المرأة في عقد الزواج ألا يعدد الرجل عليها، أو أن يشترط الرجل عدم عمل المرأة، فيوافق كل طرف على شروط الطرف الآخر ويتم الزواج حالا، لكن تحقيق الشروط من عدمه يرجع إلى ما بعد الزواج.

وقد أشار المشرع الجزائري في قانون الأسرة إلى مسألة الاشتراط في الزواج، وأوجب توثيق الشروط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حتى يتم الاعتداد بها، كما أوجب أن تكون الشروط غير مخالفة لأحكام قانون الأسرة[126].

هـ- أن تكون الصيغة مؤبدة

يجب أن تكون صيغة الزواج دالة على استمراره إلى غاية أن يفرق بين العاقدين الموت او الطلاق لظروف مستجدة، وتبعا لذلك لا يصح أن تتم الصيغة على وجه التأقيت صراحة، كأن يقول الرجل تزوجتك لمدة كذا، فتقول قبلت، ويدخل في هذا الباب أيضا زواج المتعة، كأن يقول الرجل تزوجتك

[125] بدران أبو العنين بدران، مرجع سابق، ص 57.

[126] المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

لأتمتع بك مدة كذا على مال كذا، فتقول قبلت، لأن زواج المتعة باطل بإجماع علماء المسلمين، والمعقود عليها بنكاح المتعة ليست زوجة باتفاق علماء المسلمين وليس لها حقوق الزوجة من نفقة وميراث[127].

و- أن يتوافق الايجاب مع القبول وأن يتحد مجلسهما

يجب أن يوافق الايجاب القبول من جميع النواحي بمعنى تطابقهما، وإذا وجد تخالف لم يصح العقد، فلا يصح مثلا أن يقول الولي زوجتك ابنتي خديجة فيقول الرجل قبلت زواج ابنتك فاطمة، إذ يجب تلاقي الايجاب والقبول في القصد والهدف، ولا يصح كذلك التخالف في المهر الذي يذكر مع الايجاب كأن تقول المرأة تزوجتك على مائة ألف دينار، فيقول الرجل قبلت زواجك على عشرة آلاف دينار، مع وجود آراء بخصوص المهر تفيد بصحة العقد إذا كان في التخالف منفعة كأن يزيد الرجل المهر عما طلبته المرأة أو تنقص المرأة المهر عما عرضه الرجل[128].

من شروط الصيغة أيضا أن يتحد مجلس الإيجاب والقبول، فلو صدر الايجاب ثم تفرق المجلس وبعدها صدر القبول لم يصح العقد، كما يجب ألا يرجع الموجب عن إيجابه قبل قبول العاقد الآخر، هذا وإن كان الإيجاب برسالة رسول أو بكتاب مكتوب؛ فالقبول مقيد بمجلس تبليغ الرسالة أو وصول الكتاب إذا كان الشهود حاضرين وقت وصول الرسالة، فإذا انتهى المجلس من غير قبول، فلا يعتد بالقبول بعد ذلك[129]، وفي ذات السياق يجب أن لا يتم الفصل بين الايجاب والقبول بوقت طويل، والفصل الطويل هو ما يشعر بإعراض عن القبول، كما يجب أن لا يفصل بينهما بكلام أجنبي؛ أي عند صدور الإيجاب

---

[127] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 47.

[128] بدران أبو العنين بدران، مرجع ساق، ص ص 49، 50.

[129] في هذا الصدد يمكن أن يكون الإيجاب والقبول بالمكاتبة إن لم يكن طرفي العقد في مكان واحد كما يصح بالرسول، فيكتب للمخطوبة أو وليها كتابا برسمه أو رسمها فتجيب أو يجيب بالقبول، على أن يكون ذلك بحضرة شهود يعلمون مضمون كتاب الايجاب ويشهدون على القبول، انظر في ذلك: محمد أبو زهرة، مرجع سابق، الصفحات، 40، 41، 44.

يجب أن لا يتم الخوض في حديث آخر ثم يأتي بعد ذلك القبول، لأن في ذلك دلالة عن الإعراض عن الإيجاب، وبالتالي فلا يصح القبول إن صدر بعد كلام أجنبي[130].

ي-أن يكون التراضي سليما غير معيب بعيب من عيوبه

تجدر الإشارة أولا أن المشرع الجزائري لم يتعرض في قانون الأسرة إلى عيوب الرضا في عقد الزواج إلا بشيء يسير جدا عندما تحدث عن تدليس الزوج في حالة التعدد، واجبار الولي للقاصرة على الزواج، ويمكن القول أن عيوب التراضي في سائر العقود أربعة، تتمثل في الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال، لكن نظرا لكون الزواج عقدا غير مالي فإنه لا يتصور فيه الاستغلال لكون الاستغلال يتعلق بالجانب المادي، على هذا الأساس سنقتصر على التعرض للغلط والتدليس والإكراه.

فيما يتعلق بالغلط فهو توهم يتصور فيه العاقد غير الواقع واقعا، فيحمله ذلك على إبرام عقد لولا هذا التوهم لما أقدم عليه، وهو بذلك ينتج عن تأثير ذاتي يقع فيه المتعاقد تلقائيا من دون أن تُستعمل الوسائل الاحتيالية، ويظهر في إطار إبرام عقد الزواج من خلال توهم أحد الزوجين أمرا ما بالزوج الآخر، فيرضى بأن يقترن به على هذا الأساس[131]، ويمكن أن نميز بين نوعين من الغلط، الأول مانع للإرادة والثاني مفسد لها.

ومعنى الغلط المانع للإرادة ذلك الخطأ الذي يكون في طبيعة العقد أو في شخص المتعاقد، فالغلط في طبيعة العقد يشير إلى عدم تطابق الإيجاب مع القبول؛ كأن يكون الإيجاب صادرا بهدف

---

[130] محمد رأفت عثمان، مرجع سابق، ص 125.

[131] أم الخير بوقرة، مبدأ صحة التراضي في إطار إبرام عقد الزواج، مجلة البحوث الأسرية، العدد 02، المجلد الأول، مخبر قانون الأسرة، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، الجزائر، أكتوبر 2021، ص 32.

الصداقة أو علاقة غير شرعية، والقبول صادر بهدف الزواج، أما الغلط في شخص المتعاقد فمثاله أن يظن الرجل أنه سيتزوج بفلانة فيكون القبول بتزويجه أختها أو امرأة أخرى[132].

أما الغلط المفسد للإرادة فمفاده أن يحدث غلط في صفة من الصفات الجوهرية للمتعاقد الآخر، والصفات الجوهرية تنصرف حسب رأينا إلى الصفات الجسدية والأخلاقية، كأن تتزوج امرأة رجلا تظن أنه سليم فتجده عاجزا جنسيا أو مصابا بمرض جنسي معدٍ، أو أن يتزوج رجل امرأة يظن أنها ذات أخلاق ودين، فيجدها تعمل في مجال البغاء أو فاسقة وفاجرة.

ويتمثل ثاني عيب من عيوب الرضا في التدليس، الذي يعرف في مجال عقد الزواج بأنه كتمان الزوج عيبا خفيا يخل بصحة العقد ولزومه، وهو بذلك ينطوي على سوء نية المتعاقد المدلس الذي يعمل على تضليل المتعاقد الآخر بغاية حمله على إبرام عقد زواج ما كان ليرضى به لو علم أنه كان ضحية تدليس[133]، فالتدليس إذن هو خطأ يقع فيه أحد المتعاقدين لكن بفعل فاعل، لأنه يتضمن استخدام طرق احتيالية من طرف أحد المخطوبين من أجل ايهام الطرف الآخر بأمر ليس حقيقي، من أجل إقناعه بالموافقة على الزواج، كأن يتظاهر الرجل بأنه غني أو ذو علم أو سلطة أو منصب مرموق من خلال استخدام المكر والخديعة والمظاهر التي توهم المرأة بصحة ادعاءاته، وأن المرأة قد قبلت الزواج به على اعتبار أنه ذلك الشخص ذو المنصب أو النسب.

تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري قد أشار في قانون الأسرة إلى التدليس[134]، لكنه لم يتعرض للتدليس بصورة عامة، بل لحالة واحدة وهي حالة الزوج الذي تزوج أكثر من امرأة واحدة، وقام بالتدليس

---

[132] خالدية بلعربي، آثار عيوب الرضا على عقد الزواج، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2015/2014، ص 39.

[133] أم الخير بوقرة، مرجع سابق، ص 33.

[134] المادة 08 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

اتجاه الزوجة الأولى أو الثانية، والمقصود بالتدليس هنا على الأرجح أنه لم يقم بإخبارهما أو بإخبار إحداهما بحقيقة الأمر او أنه لم يقم بالإجراءات اللازمة التي يتطلبها القانون أو قام بالتزوير، إضافة إلى أنه رتب على مثل هذا التدليس إمكانية طلب الزوجتين التطليق، وليس البطلان، مما يعني أنه لم يعتبره كعيب من عيوب الرضا.

ويعتبر الإكراه ثالث عيب من عيوب الرضا في عقد الزواج، حيث أنه يعني استخدام العنف أو التهديد به من أجل دفع الرجل أو المرأة على القبول بالزواج، وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى ضرورة أن يغلب على ظن المكرَه جدية الاكراه من خلال بعث الخوف والرهبة في النفس، أما في القانون فقد جاء نص المادة 88 من القانون المدني الجزائري ليشترط في الإكراه أن يكون قد جعل المكرَه يتعاقد تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق[135]، وفي قانون الأسرة لم يتعرض المشرع الجزائري إلا لحالة واحدة وهي إكراه الولي للقاصرة التي تحت ولايته على الزواج، حيث منع الولي سواء كان أبوها أو غيره من إجبار القاصرة التي تحت ولايته على الزواج، أو أن يزوجها دون موافقتها[136].

وعليه إن وجد عيب من عيوب الرضا أصبح هذا الأخير ناقصا، واختل ركن الرضا أو انعدم، إلا أن اثبات وجود العيب يقع حسب القواعد العامة على المدعي، ويكون ذلك بكل وسائل الإثبات، ثم يرجع للقاضي السلطة التقديرية في القول بوجود العيب من عدمه، ويجب عليه في هذا الصدد الرجوع إلى الشريعة الإسلامية لتقدير ذلك، ما دامت المادة 222 من قانون الأسرة تحيله إلى أحكام الشريعة فيما لم يرد فيه نص في قانون الأسرة، وهذا الأخير كما سبق لم يتعرض لعيوب الرضا في عقد الزواج إلا بشيء يسير جدا سبق بيانه وشرحه.

---

[135] خالدية بلعربي، مرجع سابق، ص 45.

[136] المادة 13 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

ثانيا: جزاء تخلف ركن الرضا في عقد الزواج

جاء موقف المشرع في قانون الأسرة بشأن تخلف ركن الرضا عاما يكتنفه الغموض والتناقض؛ فلم يفصل في تحديد الأثر المترتب على تخلف هذا الركن، خاصة وأن الرضا هو الركن الوحيد حسبه، وقد ورد هذا الموقف في المواد 32، 33، 35، 40، 131، حيث تضمنت المادتين 32 و33 حكم اقتران عقد الزواج بشرط يتنافى مع مقتضيات عقد الزواج، ونصت المادة 33 فقرة أولى على جزاء اختلال ركن الرضا، بينما تعرضت المادتين 40 و131 إلى الآثار المترتبة عن بطلان عقد الزواج.

إن الحكم العام المترتب عن اختلال ركن الرضا هو البطلان[137]، أي بطلان عقد الزواج ككل، وبما أن المشرع لم يفصل في تحديد وبيان شروط الرضا فإننا سنعتمد على ما جاء في الشريعة الإسلامية مما سبق بيانه، بمعنى أن اختلال ركن الرضا ينصرف إلى اختلال أحد شروط الصيغة (الايجاب والقبول) مثل عدم ورودها بلفظ الزواج والنكاح، أو كونها مؤقته أو غير منجزة أو عدم توافق الايجاب مع القبول أو عدم اتحاد مجلسهما، أو كان الرضا معيبا بعيب من عيوبه، ويظهر جليا أن القاضي يملك سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال، لاسيما وأن المشرع يحيله إلى الشريعة الإسلامية وهذه الأخيرة تختلف فيها وتتنوع أراء واجتهادات فقهائها.

كما أن المشرع قد تناول مسألة اقتران التراضي بشروط تتنافى ومقتضيات عقد الزواج، وكان الحكم الذي رتبه على ذلك متناقضا، حيث أقر أولا أن عقد الزواج الذي يشتمل على شرط ينافيه يكون جزاؤه البطلان[138]، أي العدم ويعتبر كأنه لم يكن، ثم أقر ثانيا أن هذا العقد صحيح والشرط باطل[139]، مما يطرح التساؤل حول هذين الحكمين المتناقضين، هل هو مجرد خطأ من طرف المشرع وهنا نقترح حذف

---

[137] المادة 33 فقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[138] المادة 32 من نفس المصدر السابق.

[139] المادة 35 من نفس المصدر السابق.

إحدى المادتين المتناقضتين، أم أن المشرع يقصد أمرا غير واضح في فحوى المادتين مما يستوجب منه ضرورة توضيح هذا المقصود.

ونأخذ على المشرع أيضا عدم توضيحه لمعنى الشروط المنافية لعقد الزواج، هل يقصد بها الشروط المنافية للقانون الجزائري أو المنافية للهدف من الزواج أو تلك المنافية للشريعة الإسلامية، رغم أنه أوجب في المادة 19 المتعلقة بالاشتراط أن تكون الشروط المقترنة بعقد الزواج غير متنافية مع قانون الأسرة، وعليه ترجع السلطة التقديرية أيضا للقاضي في تحديد ما هي الشروط التي تتنافى مع عقد الزواج، وهل يترتب عنها بطلان الزواج في حد ذاته أو بطلان الشرط فقط، رغم أنه حسب رأينا الخاص أن من المنفعة أن يبقى عقد الزواج صحيحا طالما أنه يتوفر على ركن الرضا صحيحا وسليما من العيوب، ويبطل الشرط لأنه يتنافى مع مقتضيات العقد أو القانون أو الشريعة الإسلامية.

وإذا كان ركن الرضا غير صحيح أو معدوم فإنه كما سبق يؤدي إلى بطلان عقد الزواج، والبطلان يعني انعدام العقد واعتباره كأن لم يكن، لكن هل يترتب على هذا الزواج الباطل أية آثار؟ لقد أجاب المشرع الجزائري على جانب من هذا السؤال وأغفل جانبا آخر، حيث أقر قانون الأسرة أن الزواج الباطل لا يعتبر كسبب للتوارث بين الزوجين[140]، بمعنى إذا توفي أحد الزوجين وثبت أن زواجهما باطل فلا يحق للحي منهما أن يرث الميت، كما أشار أيضا لمسألة النسب في حالة تم الدخول وحملت المرأة وثبت أن الزواج باطل، لكنه لم يكن واضحا أيضا في هذا المسألة حيث استعمل عبارات غامضة قابلة للتأويل[141].

[140] المادة 131 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[141] المادة 40 من نفس المصدر السابق.

وحسب تأويلنا لها فإنه أقر بثبوت نسب الطفل في هذه الحالة، نظرا لكونه قد أقر ثبوت النسب بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمادة 33، وهذه الأخير نصت في فقرتها الأولى على بطلان عقد الزواج لاختلال ركن الرضا، فلو كان المشرع لا يقصد بطلان الزواج كسبب لثبوت النسب لكان أشار إلى الفقرة الثانية من المادة 33، واستثنى الفقرة الأولى المتعلقة بالبطلان.

أما الجانب الذي أهمله المشرع فهو مسألة العلاقة التي تمت بين الرجل والمرأة في الزواج الباطل هل تعتبر زنا أم وطئ بشبهة، وهل يجب على المرأة الاستبراء بعد التفريق بينها وبين الرجل في الزواج الباطل، وهل تثبت حرمة المصاهرة به، وبالتالي نرجع هنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية وذلك من خلال التمييز بين حالتين هما:

- **الحالة الأولى علم الرجل والمرأة ببطلان الزواج وعدم إكراههما عليه:** يعتبر الزواج الباطل هنا بمثابة الزنا باتفاق الفقهاء مع اختلاف الحنفية في ذلك واعتبارهم له من قبيل الوطء بشبهة، وفي هذه الحالة؛ فقد اختلف فقهاء الشريعة حول وجوب حد الزنا على من نكح نكاحا باطلا وهو يعلم حرمته، ولم يكرهه عليه أحد، ويرى جمهور الفقهاء أنه يوجب حد الزنا بشرط علمهما بالتحريم، وبالنسبة للاستبراء أي التأكد من خلو المرأة المتزوجة زواجا باطلا من الحمل، وذلك عن طريق مدة العدة؛ فقد اختلف الفقهاء أيضا في ذلك، فيرى الحنابلة والمالكية وجوب الاستبراء بينما يرى الحنفية عدم وجوبه، وبالنسبة للمهر يرى جمهور الفقهاء عدم وجوبه أيضا، أما فيما يتعلق بحرمة المصاهرة فقد اختلف الفقهاء حولها فيرى الحنفية والحنابلة أن حرمة المصاهرة تثبت بالزنا وبالتالي بالزواج

الباطل لأنه زنا، بينما يرى المالكية والشافعية أن حرمة المصاهرة لا تقوم بالزنا وبالتالي لا تقوم بالزواج الباطل[142].

- **الحالة الثانية:** عدم علم الرجل والمرأة ببطلان الزواج أو اكراههما عليه، في حال كان الزوجين جاهلين ببطلان الزواج أو عدم رضاهما به فإن حد الزنا لا يقام، ويترتب عليه من الآثار ما يترتب على الزواج الفاسد، مع وجوب اثبات جهل الزوجين عن طريق اليمين عند المالكية، وعن طريق اليمين مع كون ما يدعيه ممكنا عند الشافعية، وعند الحنابلة أن يكون مثله يجهل عادة[143].

المطلب الثاني: شروط عقد الزواج

الشرط في اللغة يعني إلزام الشيء وإلتزامه، وأما في الاصطلاح فهو الخارج عن الشيء الموقوف عليه ذاك الشيء، وغير المؤثر في وجوده[144]، وهو ما يتوقف عليه وجود الشيء، ويكون خارج عن ماهيته، ولا يكون مؤثرا في وجوده، وقيل الشرط ما يتوقف ثبوت الحكم عليه، فكل ما يتغير الشيء به ولا ينطبق عليه اسم ذلك الشيء كان شرطا؛ كالشهود في باب النكاح، فالشرط يكون خارجا عن المسمى وهو منه[145].

---

[142] رأفت علي نظمي الصعيدي، أثر الفساد والبطلان في عقد النكاح في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الأردن 2007، ص ص 160، 167.

[143] نفس المرجع السابق، ص 173.

[144] محمد رأفت عثمان، مرجع سابق، ص 100.

[145] خلود بدر الزمانان، شروط عقد النكاح في الفقه الإسلامي واختيارات قانون الأحوال الشخصية الكويتي مع بعض القوانين الأخرى، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد 04، المجلد 32، جامعة الأزهر، ديسمبر 2017، ص ص 1444، 1445.

لقد أقر المشرع الجزائري في قانون الأسرة المعدل والمتمم سنة 2005 بأن الرضا هو الركن الوحيد لعقد الزواج، وما دونه يعتبر شرطا، حيث عدد شروط الزواج في خمس هي، أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدان وانعدام الموانع الشرعية للزواج، ورتب جزاء متقاربا لتخلف أي شرط من الشروط المذكورة، هذا ما سنتناوله في الفروع التالية.

الفرع الأول: أهلية الزواج

تم التطرق لأحكام أهلية الزواج في قانون الأسرة الجزائري من خلال مادتين[146]، وما يلاحظ على هذه المواد أنها جاءت قصيرة لم تتضمن مختلف جوانب هذا الشرط، خاصة فيما يتعلق بحكم الزواج دون توفر شرط الأهلية طالما أن المشرع اعتبرها شرطا، مما يطرح نقصا وفراغا يجب سده، وهذا ما يقودنا إلى الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في هذا المجال.

أولا: مفهوم الأهلية كشرط من شروط عقد الزواج

الأهلية لغة هي الصلاحية، واصطلاحا هي صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحا لكي تثبت الحقوق له أو عليه، وتصح منه التصرفات، وأما في إطار إبرام عقد الزواج؛ فيراد بها كفاءة الشخص لأن يكون زوجا وصلاحيته لتحمل ما ينتج عن الزواج من آثار، أو صلاحية الشخص لإبرام عقد الزواج، بحيث يعتد بها كشرط من جملة الشروط الواجبة التوافر لأن يكون الزواج صحيحا ومنتجا لآثاره من الناحية القانونية والشرعية[147].

[146] هي المادتين :07، 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[147] أم الخير بوقرة، مرجع سابق، ص 25.

وقد نص المشرع الجزائري على اعتبار الأهلية أول شرط من شروط عقد الزواج[148]، وقد استخدم لفظ أهلية الزواج لكي يميزها عن الأهلية في بقية العقود الأخرى، فقد كان بإمكانه أن يستخدم لفظ الأهلية فقط لتعتبر الأهلية المدنية هي نفسها الأهلية المشترطة في عقد الزواج، لكن المشرع كان واضحا في تمييزها عن الأهلية المدنية من خلال استخدام مصطلح أهلية الزواج، ويقصد بهذا الشرط أن تتوفر أهلية الزواج في كل من الرجل والمرأة الراغبين في الزواج، وقد حدد أهلية الزواج بالنسبة للمرأة والرجل ببلوغ سن 19 سنة[149]، وهو نفس سن الرشد في القانون المدني الجزائري.

لكن ما يعاب على المشرع أنه حصر أهلية الزواج ببلوغ سن معين، مع أن المعروف أن الأهلية ترتبط كذلك بخلوها من العوارض، وعدم الحجر على الشخص، وعليه يجب أن نرجع للقانون المدني لبيان ما هي هذه العوارض، حيث يحدد القانون المدني الجزائري عوارض الأهلية في نوعين، عوارض تعدم الأهلية وتتمثل في صغر السن عن 13 سنة والعته والجنون، وعوارض تنقص الأهلية تتمثل في عدم بلوغ سن الرشد والغفلة والسفه[150].

لذلك يثار التساؤل حول قصد المشرع الجزائري من ربط أهلية الزواج بسن الرشد وعدم الإشارة إلى عوارض الأهلية أو الحجر، هل قصد منها أن أهلية الزواج تتحدد فقط ببلوغ 19 سنة للمقبلين على الزواج ويعتبر إذن أهلا للزواج المجنون والمعتوه والسفيه، أم أنه قد أغفل هذه العوارض دون قصد عند تنظيمه لأهلية الزواج.

ورغم ذلك نجد أن المشرع قد أشار في قانون الأسرة في موضع آخر إلى عوارض الأهلية وذلك في الكتاب الثاني من قانون الأسرة المتعلق بالنيابة الشرعية، وأقر بشأنها أحكاما تختلف عن القانون

---

[148] المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[149] المادة 07 فقرة 1 من نفس المصدر السابق.

[150] المواد: 40، 42، 43 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

المدني حيث اعتبر أن ناقص الأهلية وفاقدها لا يمكنه التصرف بنفسه قانونا بل يجب أن ينوب عنه في ذلك ولي أو وصي أو مقدم، وأن تصرفات كل من لم يبلغ 13 سنة تعتبر باطلة، كما لا تكون تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه نافذة، وأن ناقص الأهلية بسبب صغر السن تكون تصرفاته النافعة له نافذة، وتصرفاته الضارة باطلة، أما تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر فتتوقف على إجازة الولي أو الوصي[151].

ولما وردت هذه الأحكام في كتاب النيابة الشرعية وليس في كتاب الزواج وانحلاله، فإنه أيضا يثور التساؤل حول قصد المشرع فيما يخص هذه الأحكام، هل هي تتعلق بالتصرفات المالية فقط؟ أم أنها تنصرف إلى كل التصرفات القانونية ومن بينها إبرام عقد الزواج؟، وهنا يمكننا القول أن المشرع إن كان مقصده هو المقصد الأول، بمعنى أن الأحكام المتعلقة بعوارض الأهلية تنطبق على التصرفات المالية فقط فحينها يجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بنقص أو انعدام أهلية الزواج، أما إذا كان مقصد المشرع هو المقصد الثاني فإننا هنا سنكتفي بأحكام قانون الأسرة، وتطبق أحكام عوارض الأهلية السالفة الذكر على عقد الزواج كذلك.

من ناحية أخرى نجد أن المشرع قد أورد استثناءً يتعلق بأهلية الزواج، وبالتالي سمح بزواج القصر الذين لم يبلغوا سن التاسعة عشر، لكنه لم يحدد السن الأدنى للسماح بزواج القصر، لكنه أوجب تقديم طلب من قبل القاصر الراغب في الزواج (وليه) إلى القاضي المختص يوضح فيه سبب الطلب، وللقاضي السلطة التقديرية في منح هذا الترخيص من عدمه، ويجب أن يراعي في هذا الصدد أمرين أساسيين هما مدى توفر حالة الضرورة أو حالة المصلحة، ومدى قدرة الطرفين على الزواج[152]، وبالطبيعة فإن القاضي لن يرخص بزواج من هو صغير السن كثيرا مثل عدم المميز، وعلى كل حال إذا تم زواج

---

[151] المواد من 81 إلى 85 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[152] المادة 07 فقرة 2 من نفس المصدر السابق.

القصر بعد الترخيص لهم، يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار الزواج من حقوق والتزامات، بمعنى يمكنه أن يتقاضى بنفسه في كل ما يتعلق بالزواج وما يترتب عنه[153].

ثانيا: جزاء تخلف أهلية الزواج

إن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى الجزاء المترتب عن تخلف شرط الأهلية في عقد الزواج، بالرغم من أنه تعرض للجزاء المترتب عن تخلف بقية الشروط الأخرى لعقد الزواج، وهذا ما يعتبر نقصا فادحا في مجال شرط أهلية الزواج، ثم إن موقف المشرع لم يكن واضحا، فمن جهة يجعل أهلية الزواج تتعلق بالزواج حصرا، ومن جهة أخرى يغفل النص على الكثير من الأحكام المتعلقة بالأهلية، وهذا يفتح مجال التأويل والتفسير واسعا أمام المختصين في مجال شؤون الأسرة، وخاصة القاضي كون هذا الأخير هو المطالب بحل النزاعات المتعلقة بشؤون الأسرة، إضافة إلى المحامي وكذا أستاذ القانون والباحث في مجاله.

وحسب رأينا الخاص نعتقد أن المشرع قد قصد بهذا الاغفال أحد الاحتمالات التالية:

1- الاحتمال الأول

إن سكوت المشرع في الكتاب الأول من قانون الأسرة عن تبيان جزاء تخلف أهلية الزواج قد يكون القصد منه تطبيق أحكام الأهلية المنصوص عليها في الكتاب الثاني من قانون الأسرة المتعلق بالنيابة الشرعية، وفي هذه الحالة فإن تخلف الأهلية في عقد الزواج يكون إما بانعدامها كما في حالة من لم يبلغ سن الثالثة عشر والمجنون والمعتوه، ويكون عقد الزواج في هذه الحالة باطل بالنسبة لمن لم يبلغ سن 13، وغير نافذ بالنسبة للمعتوه والمجنون إذا عقد الزواج وهو في حالة جنون أو عته، أما في حالة نقص

[153] المادة 07 فقرة 3 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

الأهلية؛ أي في حالة عدم بلوغ سن 19 سنة والسفه، فإن عقد الزواج يكون متوقف على إجازة الولي أو الوصي بالنسبة لمن كان سنه بين 13 و 16 سنة طالما أنه عقد دائر بين النفع والضرر، ويكون عقد الزواج غير نافذ إذا كان أحد الزوجين سفيها وقد أبرم العقد وهو في حالة سفه[154].

2- الاحتمال الثاني

وقد يكون قصد المشرع هو تطبيق النصوص القانونية التي كانت سارية في مجال شؤون الأسرة قبل اعتماد قانون الأسرة رقم 11/84، خاصة وأن المادة 223 من هذا الأخير قد نصت على إلغاء جميع الأحكام المخالفة له، وقد نص قانون 29 جوان 1963 المتعلق بتحديد سن الزواج على أحكام تخلف شرط السن في عقد الزواج، وهي أحكام لا تتعارض مع قانون الأسرة وبالتالي يتم تطبيقها.

وطبقا لقانون جوان 1963 يكون الزواج قبل اكتمال الأهلية باطلا بطلانا مطلقا، ويمكن الطعن فيه قبل الدخول من طرف أحد الزوجين أو النيابة العامة أو أي شخص له مصلحة طبقا للمادة 03 ف1 منه، أما بعد الدخول فيصبح البطلان نسبيا، ويمكن الطعن فيه من طرف الزوجين فقط طبقا للمادة 253 من قانون 29 جوان 1963، وهناك كذلك العقوبة الجنائية ضد كل من ساهم في انعقاد الزواج دون احترام شرط السن الشرعي، وهي الحبس من 15 يوما إلى 03 أشهر أو الغرامة من 400 إلى 1000دج، والعقوبة تشمل ضابط الحالة المدنية أو قاضي الأحوال الشخصية وكذلك الممثلين الشرعيين للزوجين[155].

3- الاحتمال الثالث

[154] لقد وردت هذه الأحكام في المواد من 81 إلى 85 من قانون الأسرة الجزائري، ومن المرجح أن المشرع يقصد بلفظ عدم النفاذ أن العقد موقوف على إجازة الولي أو الطرف الآخر الذي تزوج مع المعتوه أو المجنون أو السفيه.

[155] إبراهيم عماري، مرجع سابق، ص 53.

من المحتمل أن المشرع قد قصد تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في مسألة تخلف الأهلية اللازمة للزواج، وهنا نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يحددوا سنا معينا للزواج، بل حددوه بالبلوغ الذي تتم به أهلية الزواج، وهو المرحلة التي تأتي بعد مرحلة الطفولة والتمييز، وتظهر بعلامات جسدية كالاحتلام عند الفتى والحيض عند الفتاة، واختلفوا في سن البلوغ فذهب الجمهور إلى أن أقله عند الفتى 12 سنة و09 سنوات عند الفتاة، وأكثره 15 سنة[156].

وأما تخلف الأهلية في عقد الزواج لصغر في السن أو لعارض من عوارضها فإن الصغير غير المميز لا ينعقد زواجه، وأما الصبي المميز فينعقد عند أغلب الفقهاء ولكنه يكون موقوفا على إجازة وليه، على أنه إذا ظهرت فيه إحدى علامات البلوغ الطبيعية جاز له أن يعقد الزواج بنفسه؛ لأن القرآن اعتبره صحيحا ورتب عليه بعض آثار الزواج فيما يتعلق بعدة المرأة التي لا تحيض بسبب صغر في سنها، وأما فيما يتعلق بالعقل فإن جمهور الفقهاء لا يشترطونه لصحة عقد الزواج؛ فيجوز عندهم أن يزوج الولي (أب أو غيره) المجنون أو المجنونة وكذا المعتوه أو المعتوهة، ولا فرق في الجنون بين أن يكون أصليا أو طارئا[157]، ولكنهم اشترطوا وجود الولي الذي يتولى تزويجه إذا كان مجنونا جنونا مطبقا، وأن تكون هناك حاجة ومصلحة في تزويجه وأضاف بعضهم شهادة رجلين عدلين من أهل الطب، أما المجنون الذي يجن ويفيق فلا يجوز تزويجه إلا في حالة إفاقته وأخذ رأيه[158].

إضافة لما سبق هناك من الباحثين المستجدين من يضيف شروطا أخرى لصحة زواج المجنون، منها أن يكون زوج المجنون عاقلا، وبالغا وعالما بالحالة العقلية له قبل عقد الزواج، وأن يكون المجنون

---

[156] محمد بريبر، مرجع سابق، ص 76.

[157] إبراهيم عماري، مرجع سابق، ص 52.

[158] زبيدة حسام داوود جبور، زواج أصحاب الأمراض العقلية في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المحاكم الشرعية الفلسطينية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 2019، ص 75.

ممن لا يضر غيره، أي ألا يتصف بالعدوانية، وأن يرضى ولي المرأة بزواجها من المجنون[159]، وهي شروط منطقية طالما أن الهدف من تزويج المجنون يكمن في تحقيق مصلحته إما لضمان إيجاد من يقوم على خدمته أو لكونه ذو شهوة اتجاه النساء، فمن غير المعقول إذن تزويجه بمجنون آخر أو بطفل غير مميز أو بإخفاء أمر جنونه على الطرف الآخر، لأن في ذلك غش واحتيال على هذا الشخص.

رأينا الخاص في المسألة

نرى أن الأهلية في عقد الزواج مثل بقية العقود الأخرى تتعلق بركن الرضا، فالشخص عندما يعبر عن رضاه ورغبته في الزواج يجب أن يكون واعيا وعاقلا ومميزا، ويقدر جيدا معنى هذا العقد وأهميته والآثار المترتبة عنه، لذلك فتوفر الأهلية المتعلقة بالسن وسلامة العقل هو تمام لركن الرضا، أما تخلف أحد هذه الموجبات فيؤدي إلى تخلف ركن الرضا، وبالتالي وقوع الزواج باطلا، ولكن نظرا لخطورة عقد الزواج وخطورة الآثار المترتبة عنه، فإننا نرى ضرورة التمييز بين انعدام الأهلية ونقصانها.

بالنسبة لكون أحد طرفي عقد الزواج منعدم الأهلية أي الصبي غير المميز لصغر في سنه (أقل من 13 سنة)، أو المجنون أو المعتوه، فإن عقد زواجه يقع باطلا بطلانا مطلقا، لأنه لم يعقد الزواج وهو راض عنه نتيجة لانعدام التمييز والعقل الذي يمكنه من التعبير عن الرضا والرغبة في الزواج، وهنا يمكن أن يطلب البطلان كل من له مصلحة كأحد الزوجين أو أحد الأقارب، فإذا وقع البطلان وكان هناك دخول لابد من أن يكون له آثار تتعلق بثبوت النسب ووجوب الاستبراء.

أما إذا كان أحد طرفي عقد الزواج ناقص أهلية، أي الصبي المميز وعدم البالغ لسن الرشد (ما بين 13 و19 سنة)، أو السفيه أو ذو الغفلة، فإن عقد زواجه يكون باطلا بطلانا نسبيا، أي قابلا

[159] زبيدة حسام داوود جبور، مرجع سابق، ص 76.

للبطلان، ويكون طلب الإبطال حصرا من طرف أحد طرفي العقد (الزوج أو الزوجة) أو ولي القاصر أو السفيه وذو الغفلة، لكن بشرط ألا يتأخر طلب البطلان لمدة غير معقولة وذلك على النحو التالي:

- إذا كان أحد طرفي عقد الزواج قاصرا فيمكن لوليه طلب الإبطال نيابة عنه قبل بلوغه سن الرشد في حدود سنة واحدة من الدخول، أما بعد بلوغه سن الرشد فللزوج وحده الحق في طلب الإبطال لكن في حدود سنة واحدة بعد بلوغه سن الرشد.
- إذا كان أحد طرفي العقد سفيها او ذو غفلة فيمكن طلب الإبطال من طرف الزوج الآخر في حالة التدليس أو ولي السفيه وذو الغفلة لكن في حدود سنة واحدة من الدخول.
- وفي كلتا الحالتين إذا انقضت المدة سالفة الذكر أصبح الزواج ثابتا وفي حكم الصحيح ولا يمكن طلب إبطاله، أما إذا تم إبطاله خلال هذه المدة فنقترح أن يكون له من الآثار ما للزواج الفاسد بعد الدخول من ثبوت النسب ووجوب الاستبراء في حالة كان هناك دخول.

من خلال ما سبق نقترح على المشرع الجزائري أن يضيف مادة جديدة لقانون الأسرة تحت رقم **07 مكرر**، وتكون صياغتها على النحو التالي:

إذا تم عقد الزواج وكان أحد طرفيه منعدم الأهلية أو ناقصها تطبق الأحكام التالية:

يبطل الزواج إذا كان أحد طرفيه أو كليهما منعدم الأهلية، يكون طلب البطلان من كل ذي مصلحة، ويترتب عنه في حالة الدخول ثبوت النسب ووجوب الاستبراء.

يكون الزواج قابلا للإبطال بالنسبة للقاصر المميز والسفيه وذو الغفلة، يجوز طلب الإبطال من طرف ولي القاصر في أجل سنة من الدخول ومن طرف الزوج بعد بلوغه سن الرشد في أجل سنة، ويجوز طلب الإبطال من طرف زوج السفيه وذي الغفلة أو وليه في أجل سنة من الدخول. في كل الأحوال يثبت النسب ويجب الاستبراء في حالة الدخول.

وحتى لا يكون هناك تناقض بين مواد قانون الأسرة بعد إضافة المادة 07 مكرر نقترح أيضا تعديل المادة 09 مكرر من خلال حذف شرط أهلية الزواج والاكتفاء بالشروط الأربعة الأخرى، وهي الصداق والولي والشاهدين وانعدام الموانع الشرعية للزواج.

الفرع الثاني: الصداق

على خلاف بعض الشروط الأخرى تناول المشرع الجزائري شرط الصداق في عقد الزواج بشيء من التفصيل حيث خصص له المواد من 13 إلى 17 من قانون الأسرة إضافة إلى المادة 33 فقرة 2 الذي حددت جزاء تخلف شروط الزواج ومن بينها الصداق.

أولا: مفهوم الصداق في عقد الزواج

اعتبر المشرع الجزائري الصداق –ويرادفه المهر– ثاني شرط من شروط عقد الزواج، وعرفه بأنه ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها مما هو مباح شرعا، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء[160]، وقد أصاب في ذلك حتى لا يعتبر الصداق كمقابل يدفعه الرجل لولي المرأة لقاء تزويجه إياها، أو أن تلزم المرأة بأن تستخدم الصداق في تجهيز بيت الزوجية أو غيرها، بل لها مطلق الحرية في التصرف فيه؛ كإنفاقه أو ادخاره أو تقديمه كهبة أو التنازل عليه.

وقد عرف الفقهاء الصداق بأنه المال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابل منافع البُضع إما بالتسمية أو بالعقد، وأنه المال الذي تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها أو بالدخول بها دخولا حقيقيا[161]، وقد ورد الصداق في القرآن باسم الصداق والأجر والفريضة، مصداقا لقوله تعالى **(وَآتُوا**

---

[160] المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[161] لعلى سعادي، مرجع سابق، ص 81

النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً) وقوله **(فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً)**، والنحلة ما يوهب من الواهب بطيب نفس، وقد تعني الهدية، وما يدل على وجوبه قوله تعالى "وآتوا" وقوله "فريضة"، فما جعله كذلك إلا للزومه وعدم جواز ابطاله أو إهداره، وقد اتفق كل الفقهاء على وجوب المهر وعدم سقوطه[162].

إن المهر كشرط من شروط الزواج قد يكون من نقود أو من نوع آخر من المال مع ضرورة أن يكون مما هو مشروع، فلا يصح مثلا أن يكون المهر دارا للقمار، أو كمية من المخدرات أو مالا مسروقا، ويمكن أن يكون الصداق محددا في العقد أو غير محدد، وإذا كان محددا يجوز أن يكون معجلا أو مؤجلا[163]، بمعنى قد يتم تحديد مبلغ معين فتقبضه المرأة حالا عند العقد أو تقبض جزءً منه، أو تقبضه كله أو بعضه بعد الزواج، أما إذا كان الصداق غير محدد في العقد فلا يؤثر ذلك في صحة العقد بل يعتبر الصداق موجودا من خلال استحقاق الزوجة صداق المثل[164]، حيث يمكن للزوجة في حالة عدم قبضها صداقها طوعا من قبل الزوج أن ترفع دعوى قضائية أمام قسم شؤون الأسرة تطالب فيها بحقها في الصداق، فيحكم لها القاضي بصداق المثل.

أما فيما يتعلق بمعنى صداق المثل، نجد أن قانون الأسرة لم يحدد ما المقصود به، واكتفى بذكره في عدة مواقع منه، لذا نرجع لأحكام الشريعة الإسلامية، حيث يتفق فقهاء الشريعة على أن صداق المثل هو صداق امرأة تماثل هذه المرأة في الصفات العامة التي تتميز بها امرأه عن أخرى وقت العقد؛ كالسن والجمال والمال والنسب والعقل والدين والعفة والبكارة والعلم والأدب والأخلاق، وغيرها من الصفات التي يقدر وفقا لها المهر في عرف الناس، مع ربطه عند البعض بالنساء مثيلاتها من أقارب أبيها فإن لم يوجد

---

[162] عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص 255.

[163] المادة 15 فقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[164] نفس المصدر السابق.

فمن أقارب أمها، فإن لم يوجد فمن نساء بلدها ومنطقتها اللائي يملكن نفس أوصافها[165]، وعليه في حالة حدث نزاع حول قيمة الصداق غير المحدد في العقد وعرض على القضاء فللقاضي السلطة التقديرية لتحديد قيمة الصداق الذي تستحقه المرأة بشرط أن يكون معادلا لقيمة صداق مثيلاتها من النساء.

وسواء كان الصداق محددا أو غير محدد معجلا أو مؤجل قد يحصل نزاع حوله بين الزوجين أو ورثتهما، كأن يدعي أحدهما أن الصداق قد تم الاتفاق عليه بمقدار معين لم يحدد في العقد وينكر الطرف الآخر، أو أن تدعي الزوجة بأنها لم تقبض الصداق كله أو بعضه ويتمسك الزوج بأنها قبضته، وغيرها من النزاعات، ولفظ النزاع هنا يعني أنه لم يتم الوصول إلى حل ودي بشأنه وتم رفعه إلى القضاء، ومعلوم أن الادعاءات يجب أن يكون لها قرائن وأدلة، فإن وجدت أدلة دامغة حول ادعاءات الطرفين حكم القاضي بما تشير إليه تلك الأدلة، وهذا من القواعد العامة في الاثبات، أما إذا لم توجد الأدلة البينة، فعادة ما يتم اللجوء إلى اليمين.

وقد أورد قانون الأسرة حكما خاصا في هذا المجال حيث إذا لم يكن لدى الطرفين أدلة بينة، يأخذ القاضي بقول الزوجة أو ورثتها (في حالة وفاتها) مع ضرورة أدائهم اليمين على صحة ادعاءاتهم إذا حدث النزاع قبل الدخول بين الزوجين، أي تم عقد الزواج ولم يتم الدخول، بينما يأخذ القاضي بقول الزوج أو ورثته (في حالة وفاته) مع أدائهم اليمين حول صحة قولهم إذا كان النزاع قد نشأ بعد العقد وبعد الدخول[166].

[165] ليندة جعفور، صداق المثل، مجلة التراث، العدد الأول، المجلد 09، جامعة الجلفة، الجزائر، مارس 2019، ص 376.

[166] المادة 17 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

وإذا كان الصداق هو حق للمرأة فإنه لا يكون كذلك إلا إذا كان قد تم عقد الزواج، فهي تستحقه بالعقد عليها، وله في ذلك عدة حالات وأوصاف، ذكر المشرع الجزائري جانبا منها، وأغفل جانبا آخر، وهو ما يمكن تناوله فيما يلي:

- تستحق المرأة نصف الصداق بمجرد العقد عليها بشرط أن يكون الزواج صحيحا، بمعنى إذا تم الطلاق قبل الدخول.
- تستحق المرأة الصداق كله إذ تم العقد عليها والدخول بها سواء كان الزواج صحيحا أو فاسدا، أو إذا تم العقد صحيحا وتوفي الزوج حتى لو لم يتم الدخول[167].
- يضيف الحنفية والحنابلة استحقاق المرأة للمهر كاملا في حالة الخلوة الصحيحة أو الدخول الحكمي والذي يعني تواجد الزوج والزوجة في مكان يأمنان دخول الغير عليهما، مثل وجودهما في بيت مغلق أو غرفة في فندق، إضافة إلى عدم وجود موانع للدخول بالنسبة للمرأة والرجل[168].
- يسقط المهر كله في الزواج الباطل عموما لأنه ليس له أي أثر، والزواج الفاسد قبل الدخول إذا تمت الفرقة بين الزوجين، أي إذا تم الحكم قضاءً ببطلان عقد الزواج[169].
- يسقط المهر كله حسب جمهور الفقهاء إذا قتلت الزوجة زوجها أو نفسها[170].
- إذا وهبت المرأة الصداق لزوجها عن طيب خاطر مصداقا لقوله تعالى **(وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا)**[171].

---

[167] المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[168] عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، ص ص 311، 312.

[169] وهذا ما يمكن استنتاجه من نص المادتين 16 و33 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[170] عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، ص 319.

[171] سلمان نصر، أحكام الصداق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، العدد 09، المجلد 05، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، الجزائر، جويلية 2004، ص 63.

ثانيا: جزاء تخلف الصداق في عقد الزواج

نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على الجزاء المترتب عن تخلف شرط الصداق في عيد الزواج من خلال التمييز بين حالتين، هما:

- إبرام عقد الزواج بدون صداق، وعدم الدخول بين الزوجين، وهنا يكون عقد الزواج فاسدا وغير قابل للتصحيح، ويفسخ ولا صداق فيه.
- إبرام عقد الزواج بدون صداق والدخول بين الزوجين، وهنا يعتبر عقد الزواج فاسدا لكنه يثبت ويعتبر الزواج قائما، ويتم تصحيحه من خلال استحقاق الزوجة صداق المثل[172].

رغم أن هذا الحكم يظهر بسيطا، غير أن المتمعن فيه يلاحظ وجود إشكال مفاده، متى يعتبر الصداق غير موجود، أو متى يتم الزواج بدون صداق؟ فالمشرع الجزائري أجاز في المادة 15 من قانون الأسرة أن يكون الصداق محددا أو غير محدد في عقد الزواج، ويقصد بلفظ محدد أي مسمى بمعنى تم ذكره في العقد، وبالتالي قد لا يتم ذكر الصداق أصلا في عقد الزواج، ولا يعتبر ذلك تخلفا للصداق، أي لا يعتبر الزواج قد تم بدون صداق للسبب السابق ذكره وهو إجازة أن يكون الصداق غير مسمى.

على هذا الأساس يمكننا القول أن المشرع الجزائري لم يوضح معنى إتمام عقد الزواج دون صداق، مما يدفعنا إلى التفسير والاجتهاد لبيان قصد المشرع في هذا المجال، هذا ما يحيلنا إلى الفقه الإسلامي لبيان معنى عدم وجود الصداق، وهنا تجدر الإشارة أولا إلى أن جمهور الفقهاء باستثناء المالكية متفقين على أن الصداق ليس ركنا من أركان الزواج ولا شرطا من شروطه، بل هو حكم وأثر من

[172] المادة 33 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

آثار الزواج[173]، لذا فإنهم لا يرتبون على عدم تسمية المهر أو الاتفاق على إسقاطه أي أثر، إذ يعتبر الزواج حسبهم صحيحا وشرط إسقاط المهر باطلا، وتستحق المرأة إذن صداق المثل[174].

أما مذهب المالكية –وهو المذهب الذي اتبعه المشرع الجزائري في هذه المسألة– فإنه اعتبر المهر ركنا من أركان عقد الزواج، واعتبره موجودا إذا كان غير مسمى مثل ما هو الحال في قانون الأسرة الجزائري، إلا أن المالكية يرون أن الاتفاق على إسقاط الصداق يفسد عقد الزواج، ويفسخ قبل الدخول لا بعده[175].

هذا نفس ما أقرته المادة 33 فقرة2 من قانون الأسرة الجزائري، وعلى هذا الأساس نرى أن المشرع قد قصد من عدم وجود شرط المهر اتجاه نية طرفي العقد على إسقاطه بين الزوجين، كأن يقول الرجل للمرأة تزوجتك دون مهر فتقول قبلت، وهو كما سبق بيانه ما يترتب عنه فسخ الزواج قبل الدخول، وثبوته بعد الدخول بصداق المثل.

الفرع الثالث: الولي

يثير شرط الولي في قانون الأسرة الجزائري جدلا كبيرا، ونقصد هنا قانون الأسرة الحالي أي بعد تعديله سنة 2005، حيث اعتبره المشرع شرطا من شروط عقد الزواج في المادة 09 مكرر، غير أنه بقراءة باقي المواد التي تتعلق بالولي[176] نستنتج بأنه اشترطه بالنسبة للقاصرة فقط، وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى مفهوم الولي في عقد الزواج ثم إلى جزاء تخلف شرط الولي.

---

[173] عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، ص 293.

[174] عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص 268

[175] محمد بربير، مرجع سابق، ص 151.

[176] وهي المواد 11، 13، 33 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مرجع سبق ذكره.

أولا: مفهوم شرط الولي في عقد الزواج

الولاية قانونا هي سلطة شرعية تجعل تصرف الانسان نافذا شرعا، وهي تشمل سلطة التزويج والتربية والتعليم وغيرها من الحقوق الشخصية، وتنقسم إلى ولاية على المال وولاية على النفس وولاية على النفس والمال معا، وتعتبر سلطة إنشاء عقد الزواج من قبيل الولاية على النفس، هذه الأخيرة تنقسم إلى:

- ولاية قاصرة: وهي سلطة تزويج الانسان لنفسه، وتثبت لمن كان كامل الأهلية.
- ولاية متعدية: هي سلطة تزويج الانسان لغيره، ويقسمها الفقهاء إلى قسمين، **ولاية إجبار** وهي التي ينفرد فيها الولي بتزويج من تحت ولايته دون رضاه او اذنه وتثبت على الصغير أو من في حكمه، و**ولاية اختيار** وهي التي يشترك فيها الولي مع الزوجة في اختيار الزوج ويتولى عقد زواجها[177].

وانطلاقا مما سبق نستنتج أن ولاية التزويج هي نوعين، ولاية على القصر عموما وولاية على المرأة راشدة كانت أم قاصرة، واشتراط الولي من قبل المشرع الجزائري كشرط من شروط عقد الزواج في المادة 09 مكرر ينصرف إلى المرأة دون الرجل، لأن الرجل كامل الأهلية لا يحتاج إلى ولي ليعقد الزواج نيابة عنه، أما الرجل القاصر فمثله مثل المرأة يتولى زواجهما وليهما، بعد استصدار الرخصة اللازمة بموجب المادة 07 من قانون الأسرة[178].

ولم يحدد المشرع الجزائري الشروط التي يجب أن تتوفر في الولي ليكون أهلا للولاية في عقد الزواج، وقد حددها فقهاء الشريعة الإسلامية، واتفقوا على شرط العقل والبلوغ واتحاد الدين، واختلفوا حول

---

[177] لعلى سعادي، مرجع سابق، ص 62.

[178] المادة 11 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

شرط الذكورة والرشادة وعدم الفسق، وعدم الإحرام[179]، أما القانون المدني الجزائري فإنه يشترط في كل التصرفات كي تكون صحيحة بلوغ سن الرشد أي 19 سنة، وحتى قانون الأسرة يشترط في الزوجين بلوغ سن 19 سنة فمن باب أولى أن يكون الولي بالغا لسن الرشد.

ولما كان شرط الولي في عقد الزواج في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري يتعلق بالمرأة فإننا سنقتصر على دراسة ولي المرأة كشرط من شروط عقد الزواج، وهنا نجد أن المشرع ميز بين الولي في عقد الزواج بالنسبة للمرأة الراشدة والولي بالنسبة للمرأة القاصرة وذلك على النحو التالي بيانه.

1-الولي بالنسبة للراشدة

أقر قانون الأسرة الجزائري أن المرأة الراشدة تعقد زواجها بنفسها، وبحضور وليها[180]، وهذا يعني أن الراشدة لا يعتبر الولي بالنسبة إليها شرطا لعقد زواجها، لأنها تعقده بنفسها وبعباراتها، هذا من جهة، ومن جهة ثانية أشار المشرع إلى ضرورة حضور وليها، والحضور هنا مجرد وجود مادي لا يشترط فيه أخذ رأي الولي أو مشاركته في إبرام عقد الزواج، لكن يثار التساؤل من هو الولي الذي يحضر عقد زواج المرأة؟

هذا ما أجابت عليه الفقرة الأولى من المادة 11 من قانون الأسرة عندما أقرت أن الولي الذي يحضر مع المرأة الراشدة لعقد زواجها هو أبوها، أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره، لذا فإن المرأة الراشدة تستطيع أن تختار أي شخص لكي يحضر معها عقد زواجها بغض النظر عن صفته، فقد يكون شخصا لا يقربها أصلا، وهذا حسب رأينا إلغاء تام لشرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة، لاعتبارين، الأول هو أنها تعقد زواجها بنفسها ودون أن تستشير وليها، والثاني هو اختيارها لأي شخص مهما كان

[179] محمد رأفت عثمان، مرجع سابق، الصفحات من 226 إلى 231.

[180] المادة 11 فقرة1 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

لحضور عقد زواجها كولي، فمن خلال هذا النص القانوني نستطيع القول أن ولي المرأة الراشدة ليس له أي تأثير في عقد زواجها.

وهذا ما يعتبر خروجا صريحا عن مبادئ الشريعة الإسلامية، ليس فيما يتعلق بتزويج البالغة الراشدة لنفسها بعباراتها لأن هناك من المذاهب الإسلامية من يجيز ذلك[181]، ولكن بالنسبة لترك أمر اختيار الولي للمرأة دون أي قيد بمعنى تمكينها من تولية أي شخص عليها، مما يقترب قليلا لنظام الوكالة وليس الولاية.

2- الولي بالنسبة للقاصرة

اشترط قانون الأسرة أن يتم عقد زواج القصر من طرف أوليائهم، ولم يحدد هنا المرأة أو الرجل، وقد أصاب في ذلك، لأن القاصر ذكرا كان أو انثى ليس له القدرة على صحة الاختيار ورجاحته، لذا ترك أمر عقد زواجه لوليه، وقد حدد قانون الأسرة الولي على سبيل الحصر والترتيب، فاعتبر الأب هو ولي القاصر، وفي حالة عدم وجوده أو قدرته على عقد الزواج تنتقل الولاية إلى أحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له، كل ذلك مع مراعاة إجراءات زواج القصر من حيث ضرورة استصدار ترخيص بالزواج من المحكمة المختصة[182].

لكن المشرع حدد بعد ذلك نوع الولاية على المرأة القاصرة فقط دون الذكر القاصر، وأقر أنها ليست ولاية إجبار، بحيث لا يجوز للولي أن يزوج القاصرة دون موافقتها أو أن يجبرها على الزواج،[183]

---

[181] حيث يرى الحنفية أن المرأة البالغة العاقلة بكرا كانت او ثيبا لا ولاية لأحد عليها في زواجها وعقدها صحيح دون موافقة وليها، لأن الولاية عليها ولاية اختيار واستحسان، وذلك إذا كان زواجها بكفء وبمهر المثل، انظر في ذلك: عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، ص 230.

[182] المادة 11 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[183] المادة 13 من نفس المصدر السابق.

وهذا ما يعني أنها ولاية اختيار، بمعنى أن الولي هو الذي يزوج القاصرة ويتولى عقد زواجها، لكن لا تثبت له ولاية الاجبار، وهذا ما يخالف الشريعة الإسلامية التي يتفق معظم فقهائها على أن القاصرة تثبت للولي في حقها ولاية الاجبار وليس الاختيار[184].

ثانيا: جزاء تخلف شرط الولي في عقد الزواج

كما سبق بيانه يعتبر الولي شرطا في عقد الزواج حسب المادة 09 مكرر من قانون الأسرة بالنسبة للمرأة، وبالتالي سنبحث عن جزاء تخلف هذا الشرط بالنسبة للمرأة، وذلك من خلال التمييز بين المرأة الراشدة والمرأة القاصرة، ويعتبر الولي متخلفا حسب رأينا في ثلاث حالات، تتمثل الأولى في عدم وجود الولي أصلا، وتتمثل الثانية في وجود الولي وتخلف شرط من شروطه السالفة الذكر، وتتمثل الثالثة في عدم احترام الترتيب الذي نصت عليه المادة 11 ف 2 بالنسبة لولي القاصر.

1-تخلف الولي بالنسبة للمرأة الراشدة

المرأة الراشدة في القانون هي المرأة مكتملة الأهلية، أي البالغة لسن الرشد 19 سنة كاملة، كما يضاف إلى ذلك تمتعها بالعقل وعدم الحجر عليها، فهذه المرأة حسب القانون الجزائري لا يعتبر الولي شرطا لإتمام عقد زواجها، كما سبق بيانه، وبالتالي فإن تخلف شرط الولي بالنسبة إليها لا يؤثر في صحة عقد الزواج، خاصة وأن الولي يمكن أن يكون أي شخص قد لا يمت للمرأة بأية صلة، وعليه إذا تم عقد زواج الراشدة دون ولي فإن الزواج يعتبر صحيحا، وقد استنتجنا ذلك من لفظ (الولي في حالة وجوبه)

[184] إبراهيم عماري، مرجع سابق، ص ص 58، 59.

الواردة في المادة 33 من قانون الأسرة، والذي يعني بمفهوم المخالفة أن الولي قد لا يكون واجبا، وهو لمسناه من الفقرة الأولى من المادة 11 من قانون الأسرة السالف شرحها[185].

2-تخلف الولي بالنسبة للمرأة القاصرة

المرأة القاصرة هي التي لم تبلغ سن 19 سنة، ويمكن أن يدخل في مفهومها أيضا ناقصة الأهلية لخلل في العقل كالمجنونة وذات الغفلة، هذه المرأة هي التي أقر المشرع باشتراط الولي في عقد زواجها وعبر عنه بلفظين واضحين في قانون الأسرة (يتلى زواج القصر أولياؤهم، الولي في حالة وجوبه)، بمعنى أن الولي هو من يتولى عقد زواجها بدلا عنها وهو شرط واجب بالنسبة لها، ففي حالة تم عقد قرانها دون ولي؛ فإن ذلك يجعل زواجها غير صحيح، لتخلف شرط من شروطه، وهو ما يمكن تسميته بالزواج الفاسد، غير أن المشرع رتب عليه أثرا يختلف حسب حالتين هما:

- حالة تم زواج القاصرة دون ولي وعدم الدخول: هنا يعتبر الزواج فاسدا غير قابل للتصحيح، ويفسخ ولا يترتب عليه أي أثر.
- حالة تم زواج القاصرة دون ولي وتم الدخول: يعتبر الزواج فاسدا، لكنه الدخول يصححه، أي أن الزواج يثبت ويعتبر في حكم الصحيح[186].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يشر في المادة 11 فقرة2 والمادة 33 فقرة 2 إلى المرأة القاصرة في حد ذاتها، بل استخدم مصطلح القاصر الذي ينطبق على الذكر والأنثى، لذلك يمكننا القول، أن الحكم السالف ذكره حول تخلف الولي بالنسبة لعقد زواج المرأة القاصرة، ينطبق على الرجل القاصر كذلك طالما أنه لا يوجد حكم خاص بالذكر القاصر.

---

[185] المادة 33 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[186] نفس المصدر السابق.

الفرع الرابع: الشاهدين

لقد نص قانون الأسرة على الشاهدين كشرط من شروط عقد الزواج، لكنه لم يحدد أي حكم من أحكام شرط الشاهدين، فلم يعرفه، ولم يوضح شروط الشاهدين، واقتصر على بيان جزاء تخلف هذا الشرط في مجمل تحديده لجزاء تخلف شروط عقد الزواج عامة، وعلى هذا الأساس نرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لتحديد مختلف المسائل المتعلقة بشرط الشاهدين في عقد الزواج.

إن الإشهاد شرط لابد منه لصحة عقد الزواج عند جمهور الفقهاء، نظرا لخطورة هذا العقد ولما له من آثار، ولما للشهادة من فوائد في اثبات هذا العقد إذا جحده أحد طرفيه، وحتى تنتفي الريبة والشك ولمنع الظنون والشبهات، ورفع ما يقال عن اجتماع رجل بامرأة دون عقد صحيح، وقد وردت الكثير من الأحاديث النبوية عن الرسول صلى الله عليه وسلم تأمر بالإشهاد على عقد الزواج، هذا ويشترط في الشاهد مجموعة من الشروط نذكرها فيما يلي:

- الأهلية الكاملة من عقل وبلوغ، ويشترط قانون الحالة المدنية بلوغ الشاهدين سن 19 سنة[187].
- العدد، والذي يتمثل في شاهدين اثنين، ويرى الحنفية بإمكانية أن يكون رجلا وامرأتان قياسا على آية الدين في سورة البقرة فيما يتعلق بعقود المعاملات، بينما يرى الشافعية والحنابلة والمالكية بعدم جواز شهادة النساء في عقد الزواج، أما شهادة النساء فقط دون الرجال فلا يصح بها عقد الزواج مهما بلغ عددهن باتفاق الفقهاء.
- الإسلام إذا كانا كلا الزوجين مسلمين
- سماع الشاهدين لصيغة العقد وفهم اللغة التي تم بها[188].

[187] المادة 33 من قانون الحالة المدنية الجزائري، مصدر سبق ذكره.

[188] عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، الصفحات من 127 إلى 131.

وفيما يتعلق بتخلف شرط الشاهدين في عقد الزواج؛ فإن المشرع الجزائري جاء بحكم عام غير مفصل حيث اعتبر الزواج الذي يتم بدون شاهدين فاسدا لتخلف شرط من شروطه، لكنه رتب عليه جزاءً نميز فيه بين حالتين، حالة إتمام عقد الزواج وعدم الدخول وهنا يفسخ العقد لفساده، وحالة إتمام عدم الزواج والدخول بين الزوجين، وهنا يثبت الزواج ويعتبر في حكم الصحيح، وذلك دفعا للضرر الذي قد يلحق الزوجين (وخاصة الزوجة) من فسخ الزواج، وكذا لإمكانية حدوث حمل بعد الدخول[189].

لكن التساؤل الذي يطرح هو: متى يعتبر شرط الشاهدين غير متوفر؟

تخلف الشاهدين يعني عدم حضورهما عقد الزواج مطلقا، وهذا في النظام القانوني الجزائري لا يمكن أن يكون في الزواج الرسمي أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق، لأن القانون يمنعهما ويعاقبهما على إتمام عقد الزواج دون شاهدين.

وقد يتم عقد الزواج حسب العادات والتقاليد الجزائرية أمام إمام المسجد وبحضور أقارب العروسين، وهنا أيضا لا يمكن تصور عدم وجود الشاهدين، لذا من النادر أن يتم عقد زواج في المجتمع الجزائري دون شاهدين، وإن حصل فإن الجزاء هو كما سبق الإشارة إليه فسخ العقد قبل الدخول وثبوته بعد الدخول.

وتجدر الإشارة أن المشرع استخدم مصطلح (بدون شاهدين) وهو مصطلح غامض، يقصد به عموما عدم حضور الشاهدين، لكن هذا قد يعني أيضا عدم توفر الشروط اللازمة في الشاهدين مثل عدم البلوغ أو عدم الإسلام وغيرها، وبالتالي يمكن القول أن شرط الشاهدين يكون أيضا غير متوفر في هذه الحالة.

[189] المادة 33 فقرة2 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

الفرع الخامس: انعدام الموانع الشرعية للزواج

يشترط لكي يتم عقد الزواج صحيحا ألا يوجد في الزوجين مانع من الموانع الشرعية للزواج[190]، وقد جاءت عدة مواد في قانون الأسرة لتحديد ما هي الموانع الشرعية للزواج[191]، ويقصد بالموانع الشرعية وجود صلة قرابة بين الرجل والمرأة في درجة معينة يكون فيها الزواج بينهما محرما، وبالتالي فإن هذا الشرط يعني أن تنتفي وتنعدم هذه الموانع بين الرجل والمرأة التي يرغب في الزواج منها، وهذه الأحكام منصوص عليها ومستمدة من القرآن الكريم والسنة النبوية، وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى تحديد ما هي هذه الموانع، ثم ما هو جزاء إتمام عقد الزواج بين رجل وامرأة من محارمه.

أولا: موانع الزواج

لقد استمد المشرع الجزائري أحكام موانع الزواج في قانون الأسرة من الشريعة الإسلامية، وقد فرق بين نوعين من الموانع، تتمثل في الموانع المؤبدة والموانع المؤقتة[192]، ويقصد بالموانع المؤبدة تلك التي تظل قائمة إلى الأبد ولا تزول لا بطلاق ولا بوفاة من كان المانع فيه، فتبقى الحرمة موجودة إلى الأبد، أما الموانع المؤقتة فهي تلك الموانع التي تحرم امرأة معينة على الرجل لسبب مؤقت فلا يجوز له الزواج منها طالما أن المانع موجود، غير أن سبب المنع قد يزول وعندها تزول الحرمة، وتصبح المرأة حلا للرجل.

1-الموانع المؤبدة

---

[190] المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[191] المواد من 23 إلى 30 من نفس المصدر السابق.

[192] المادة 23 من نفس المصدر السابق.

انطلاقا من الشريعة الإسلامية حدد المشرع الجزائري ثلاث أسباب للحرمة المؤبدة، تتمثل في القرابة، المصاهرة، الرضاع[193]، ومعنى ذلك أن هناك نساء يحرم على الرجل الزواج بهن بسبب القرابة والمصاهرة والرضاع، وذلك بصورة مؤبدة، نوضحهم فيما يلي.

أ-المحرمات بسبب القرابة

لقد استخدم المشرع مصطلح القرابة للتعبير عن السبب الأول من أسباب الحرمة المؤبدة للزواج، وهذا المصطلح في اللغة يحتمل أكثر مما قصده المشرع في هذا المقام، إذ أن القرابة قد تكون قرابة دم أو مصاهرة أو رضاع، لذا من الأفضل استخدام مصطلح النسب لأن النسب يعني الدم، وأن الرجل والمرأة المحرمين على بعضهما يعودان إلى نسب واحد أو دم واحد، وقد حدد المشرع المحرمات بالنسب في: الأمهات، البنات، الأخوات، العمات، الخالات، بنات الأخ، بنات الأخت[194].

لكن المشرع أغفل أمرا مهما وهو تحديد ما المقصود بكل فئة من الفئات المذكورة في المحرمات بالنسب (القرابة)، لأن كل فئة لا تشمل خصا واحدا بل عدة أشخاص، ولنوضح ذلك، فالأم مثلا هي أول فئة من المحرمات بالنسب، ولا يقصد هنا تحريم الأم التي ولدت الرجل عليه فقط بل كذلك أمها وأم أمها وإن علون، وكذلك البنت تعني البنت وبنتها وبنت الابن وإن نزلن، والأخت تعني الأخت الشقيقة والأخت لأم والأخت لأب، والعمة تعني كل أخت للأب وللجد وإن علون سواء كانت شقيقة أو غير شقيقة، والخالة تعني كل أخت للأم وللجدة وإن علون سواء كانت شقيقة أو غير شقيقة، أما بنات الأخ والأخت فهن بنات الأخ وبناتها وإن نزلن، وبنات الأخت وبناتها وإن نزلن[195].

---

[193] المادة 24 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[194] المادة 25 من نفس المصدر السابق.

[195] محمد بربير، مرجع سابق، ص ص 43، 44.

ب-المحرمات بسبب المصاهرة

يقصد بالمصاهرة الزواج، بمعنى أن الرجل عندما يتزوج بامرأة معينة، فإن أقارب كل من الزوجين يصبح صهرا لهما، لذا فإن التحريم هنا يرد على بعض النساء اللاتي تقربن للزوجة، وقد حددهن المشرع الجزائري فيما يلي[196]:

- أصول الزوجة بمجرد العقد عليها، والمقصود هنا أم الزوجة وجدتها لأمها وأبيها وإن علون، ويكون التحريم بمجرد العقد، فتحرم على الرجل أم زوجته وجدتها -وإن علون- بمجرد العقد عليها.
- فروع الزوجة إن حصل الدخول بها، وهن بنات الزوجة وبنات بناتها وإن نزلن، ويكون التحريم بشرط الدخول، بمعنى أن العقد على امرأة دون الدخول بها لا يحرم بناتها على الرجل.
- أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علوا، كان من الأفضل للمشرع أن يستخدم لفظ الرجل بدل الزوج، لأن المقصود بهذه الفئة هو أن يحرم على الرجل كل من أرامل أو مطلقات أبيه أو أب أبيه وإن علو.
- أرامل ومطلقات فروع الزوج وإن نزلن، هنا أيضا كان ينبغي على المشرع استخدام لفظ الرجل وليس الزوج، لان المقصود هو أن يحرم على الرجل أرامل أو مطلقات ابنه وابن ابنه وإن نزلوا.

ج-المحرمات بسبب الرضاع

[196] المادة 26 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

يقصد بالرضاع أن تقوم امرأة بإرضاع بنت ليست بنتها البيولوجية أو ولد ليس ابنها البيولوجي، وذلك من ثديها وفي الوقت المخصص للرضاعة، أي عندما يكون طفلا رضيعا يتغذى على حليب ثدي الأنثى، وبالتالي يعتبر هذا الطفل وحده ابنا للمرضعة وزوجها وأخا لأبنائها، ويحرم عليه ما يحرم على أبنائها بسبب النسب أي القرابة، وكذلك الحال بالنسبة لفروعه[197].

فالرضاع إذن هو سبب للحرمة، لكنه يحرم على الرجل ما يحرم على أبناء مرضعته من النسب بمعنى يعتبر كأنه ابنها من صلبها، أما عن شروط تحقق هذه الحرمة فإن المشرع قد اقتصر على اشتراط ان يكون الرضاع قد تم قبل أن يفطم الطفل او في الحولين أي قبل بلوغه سنتين، ويقصد بالفطام استغناء الطفل عن الرضاعة بالطعام، وعدم حاجته لحليب ثدي الأنثى، وقد يحصل الفطام قبل الحولين، وعندها إذا ارضعت امرأة طفلا مفطوما فلا تحصل حرمة الرضاعة، أما عن مقدار اللبن او الرضعات فإن المشرع لم يشترط مقدارا معينا بل أقر حرمة الرضاع بمجرد دخول البن إلى جوف الطفل سواء كان قليلا أو كثيرا[198]، وهو فيما يتعلق بزمن الرضاعة ومقدار اللبن متفق مع الفقه المالكي، مع وجود أراء مختلفة بالنسبة للمذاهب الفقهية الأخرى[199].

2-الموانع المؤقتة

نص المشرع على الموانع المؤقتة في المادة 30 من قانون الأسرة، وهي حسب هذه المادة تتمثل في خمس حالات يمكن ذكرها على النحو التالي:

---

[197] المادة 28 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[198] المادة 29 من نفس المصدر السابق..

[199] بدران أبو العنين بدران، مرجع سابق، الصفحات من 85 إلى 89.

أ-المحصنة: وهي زوجة الغير، أي المرأة المتزوجة، حيث يحرم الزواج بها طالما أنها متزوجة، فإذا انتهت علاقتها الزوجية بسبب الطلاق أو الوفاة، وانتهت عدتها زال سبب تحريمها وجاز الزواج بها طالما لم يوجد فيها مانع آخر.

ب-المعتدة من طلاق أو وفاة: المعتدة هي المرأة التي انتهى زواجها إما بسبب الطلاق أو وفاة زوجها، فلا يجوز لها الزواج ثانية إلا بعد انقضاء مدة معينة تسمى العدة تحتسب من يوم طلاقها أو وفاة زوجها، وسبب إقرار مدة العدة وجيه هو التأكد من خلو رحم المرأة من الحمل من ناحية، وإمكانية رجوع المطلقة لمطلقها في الطلاق الرجعي من ناحية ثانية، وتختلف فترة العدة من امرأة إلى أخرى حسب وضعها وحالتها وذلك على النحو التالي:

- عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الحكم بالطلاق، وكذلك الحال بالنسبة لزوجة المفقود (تحتسب من تاريخ الحكم بفقده)[200].
- عدة المطلقة إن كانت تحيض ثلاثة قروء، أي ثلاث حيضات والطهر منها.
- عدة المطلقة التي لا تحيض لصغر أو كبر في سنها ثلاثة أشهر[201].
- عدة الحامل أن تضع حملها[202].

ج-المطلقة ثلاثا

هي المرأة التي طلقها زوجها ثلاث مرات متتاليات، ولم تتزوج غيره بين الطلقات أو بعدها، فتحرم عليه، ويزول التحريم إذا تزوجت غيره ودخل بها دخولا حقيقيا وطلقها أو توفى عنها[203].

---

[200] المادة 59 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[201] المادة 58 من نفس المصدر السابق.

[202] المادة 60 من نفس المصدر السابق.

[203] عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص 250.

د-الجمع بين الأختين

وكذا الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من الرضاع، فلا يجوز للرجل المع بين هؤلاء النساء، وينتهي المنع بطلاق المرأة أو وفاتها.

هـ-زواج المرأة بغير المسلم

بحيث يحرم على المرأة إطلاقا أن تتزوج بغير المسلم مهما كانت ديانته[204].

و-زواج الرجل بغير أهل الكتاب

لقد أجاز الشارع الحكيم للرجل أن يتزوج بالنساء إذا كن من أهل الكتاب، أي المسلمة والنصرانية واليهودية، وحرم عليه الزواج بالنساء من غير هذه الديانات السماوية، غير أنه لم يرد النص على ذلك في قانون الأسرة الجزائري، مع أن هذا الأخير يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص.

ي-زواج الرجل بأكثر من أربعة

لم يرد هذا المانع في الفصل المتعلق بموانع الزواج في قانون الأسرة الجزائري لكن يمكن استنتاجه من المادة 08 التي نصت على **(يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية...)**، والثابت أن الشريعة الإسلامية تسمح للرجل بالجمع بين أربعة نساء، فما زاد عن ذلك

[204] لقد تم النص على جميع الحالات المذكورة سابقا في المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

يحرم عليه مصداقا لقوله تعالى **(وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ)**[205]، وينتهي التحريم عندما يطلق أحد الزوجات الأربعة أو تتوفى عنه.

المبحث الثالث: آثار الزواج

يترتب عن الزواج مجموعة من الآثار المشتركة بين الزوجين من جهة، وآثار تتعلق بالأسرة التي تنتج عن هذا الزواج من جهة أخرى، يمكن أن نصنفها إلى آثار مالية وأخرى غير مالية.

المطلب الأول: الآثار المالية

يقصد بالآثار المالية، تلك التي تقدر بالمال، وهي فيما يتعلق بالزواج تتمثل في النفقة، والذمة المالية للزوجين، وهو ما سنتطرق له في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: الذمة المالية للزوجين

لقد أقر قانون الأسرة الجزائري أن عقد الزواج لا يؤثر في الذمة المالية لكل واحد من الزوجين، حيث يحتفظ كلا منهما بذمته المالية المستقلة[206]، وهذا يعني أن يستأثر كل من الزوجين بأمواله، ويشمل ذلك كل الحقوق المالية الشخصية منها والعينية، وهو ما يستلزم أن يكون لكل منهما الملكية الكاملة على أمواله الخاصة سواء تملكها قبل الزواج أو بعده، إلا أن ذلك لا يعني أن يتولى كل منهما النفقة على نفسه، لأن نفقة الزوجة شرعا وقانونا واجبة على الزوج حسب وسعه، وكذلك الحال بالنسبة لنفقة الأولاد الناتجين عن الزواج، فللمرأة الحرية المطلقة في أن تشترك في النفقة أو أن تمتنع عنها لأنها ليست واجبة

---

[205] سورة النساء، الآية رقم 03.

[206] المادة 37 فقرة1 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

عليها، بل لها حسب جمهور الفقهاء الخيار في أن تصبر على إعسار الزوج أو أن تطلب التفريق عنه[207]، وهو نفس رأي قانون الأسرة الجزائري الوارد في المادة 53 منه.

بالرغم من ذلك قد ينتج عن الزواج اتحاد الذمة المالية للزوجين، ولكن ليس بصورة آلية أي بمجرد الزواج، بل إن ذلك لا يكون إلا باتفاق بين الزوجين وبرضاهما الصريح، حيث يجوز لهما أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق أن يكون بينهما أموال مشتركة خلال زواجهما، كما لهما أن يحددا نسبة كل منهما من هذه الأموال[208]، وهذا ما يعتبر نظاما جديدا استحدثه المشرع بعد تعديل سنة 2005، غير أنه لم يفصل أحكامه، كما أن الشريعة الإسلامية لم تشر إلى النظام المالي المشترك بين الزوجين، بل اكتفت بتحديد نصيب كل زوج من أموال الزوج الآخر في حالة وفاته ضمن أحكام الميراث.

الفرع الثاني: النفقة

تعتبر النفقة من أهم الآثار المترتبة عن عقد الزواج، لكن قانون الأسرة لم يتناول أحكام النفقة ضمن أحكام الزواج، بل أوردها في الفصل الثالث من الباب الثاني المتعلق بانحلال الزواج، ولعل ذلك راجع لكون النفقة تتعلق بالزواج والطلاق على حد سواء، ففضل المشرع ادراج أحكامها بعد انحلال الزواج.

النفقة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري هي واجب على الزوج، لأنه صاحب القوامة فهو المكلف بالقيام على شؤون أسرته من نفقة وغيرها وتشمل النفقة كل ضرورات الحياة حسب العرف

---

[207] كريمة جيدل، الذمة المالية للزوجين قراءة في نص المادة 37 من قانون الأسرة، مجلة المعيار، العدد 02، المجلد 06، جامعة تسمسيلت، الجزائر، ديسمبر 2015، ص 176.

[208] المادة 37 فقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

والعادة وهي على وجه الخصوص المأكل والملبس، والعلاج والسكن[209]، وهنا يمكن أن نميز بين نوعين من النفقة هما:

-النفقة على الزوجة

تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها، أي بعد أن يكون قد دخل بها، وعادة ما يكون الزوجان بعد الدخول يقيمان في بيت واحد، كما يأخذ حكم الدخول في موضوع النفقة أن تقوم الزوجة بدعوة الزوج إلى الدخول بها مع وجود بينة، ومثال ذلك أن يتأخر دخول الزوج بها دون أسباب فتدعوه الزوجة إلى الدخول عندها تجب عليه نفقتها[210].

-النفقة على الأبناء

تجب على الأب (الزوج) النفقة على أولاده إناثا وذكورا، فبالنسبة للذكر حتى يبلغ سنة 19 سنة وتستمر في حالة الإعاقة الذهنية أو البدنية أو الدراسة، والبنت حتى تتزوج ويدخل بها زوجها، وتسقط نفقة الأولاد على أبيهم إذا كان لهم مال أو إذا كانوا يعملون، أو إذا كان الأب عاجزا، في هذه الحالة الأخيرة تجب النفقة على الأم (الزوجة) إذا كانت قادرة على ذلك[211].

المطلب الثاني: الآثار غير المالية

يقصد بها تلك الآثار التي لا تقيم بالمال، وهي على هذا الأساس حقوق مرتبطة بالشخص أو لصيقة به، وتتمثل أساسا في مجموعة من الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين، كما تتمثل في ثبوت نسب الأولاد الذين أثمرت عنهم العلاقة الزوجية باعتباره حقا لهم.

---

[209] المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[210] المادة 74 نفس المصدر السابق.

[211] المادتين 75 و76 من نفس المصدر السابق.

الفرع الأول: الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين

إن ابرام عقد الزواج والدخول بين الزوجين يعني تكوين أسرة تمثل عماد المجتمع، ولهذا كان لزاما على الزوجين أن يتخلقا بأخلاق الإسلام ويتشبعا بالمبادئ السامية، ومراعاة العادات والتقاليد التي تبني الأسرة على أسس سليمة ودعائم ثابتة، لذلك يترتب على الرابطة الزوجية مجموعة من الحقوق والواجبات على كلا الزوجين حيث ساوى المشرع بعد تعديل سنة 2005 بين الزوجة والزوج، بعدما كان سابقا يفرق بين واجبات الزوج وواجبات الزوجة، وقد اختصره المشرع الجزائري الحقوق والواجبات المشتركة في قانون الأسرة بعد تعديل سنة 2005 فيما يلي:

- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة
- المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة
- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم
- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات
- حسن معاملة كلا من الزوجين لأبوي الآخر وأقاربه وزيارتهم واحترامهم
- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين الأقربين بالحسنى والمعروف
- زيارة كلا من الزوجين لأبويهما وأقاربهما واستضافتهم بالمعروف[212].

لقد تأثر المشرع عند تعديل قانون الأسرة بالالتزامات الدولية للجزائر بعد انضمامها للاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان وبالخصوص اتفاقية القضاء على جميع أنواع التمييز ضد المرأة، مما جعله يساوي بين الزوجين في الحقوق والالتزامات الناجمة عن الزواج، وقد كان قانون الأسرة قبل التعديل ينص على الواجبات المشتركة بين الزوجين، ثم يجعل من واجبات الزوج النفقة على الزوجة والعدل بين الزوجات في

[212] المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

حالة التعدد، ويجعل من واجبات الزوجة طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس الأسرة، وارضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم واحترام والدي الزوج وأقاربه[213].

وعلى ذلك نلاحظ أن المشرع قبل التعديل كان متأثرا أكثر بمبادئ الشريعة الإسلامية التي تجعل للرجل القوامة باعتباره رب الأسرة والقائم على شؤونها، وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أن الحق الأول للزوجين هو حل العشرة بينهما، وهو ما عبر عنه المشرع الجزائري أيضا في المادة 04 من قانون الأسرة حينما أقر أن من بين أهداف الزواج إحصان الزوجين.

الفرع الثاني: النسب

إذا كان الزواج هو عقد ينشأ علاقة زوجية بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، فإن هذا الزواج عادة ما يترتب عنه ولادة أطفال للزوجين، ومن أهم الحقوق التي يتمتع بها هؤلاء الأطفال حقهم في ثبوت نسبهم، فالنسب يعتبر من الحقوق الهامة التي حرصت الشريعة الإسلامية على اقراره واثباته للولد وللوالدين، وقد كان لهذا أثر عظيم في حماية المجتمع الإسلامي وتماسكه والحفاظ على قوته[214]، ومن أهم السبل التي حمت بها الشريعة النسب تشريع النكاح والترغيب فيه، واشتراط الولاية والإشهاد والعلنية في عقد الزواج، وتحريم الزنا والعقاب عليه، وتحريم التبني والقذف، وتشريع العدة للتأكد من خلو رحم المرأة من الحمل[215].

وقد حرص الدين الإسلامي على اثبات النسب وتنظيمه حفظا له من الفساد والاضطراب، ولم يتركه لأهواء البشر ورغباتهم فأبطل طرق اثباته غير المشروعة التي كانت في الجاهلية من التبني وإلحاق

---

[213] المواد من 36 إلى 39 من القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري (قبل التعديل).

[214] إبراهيم عماري، مرجع سابق، ص 125.

[215] نوري حدادي، إثبات النسب ونفيه بين الشريعة الإسلامية والمستجدات الطبية، مجلة المنتقى للبحوث والدراسات، العدد 03، المجلد 02، جامعة باتنة1، الجزائر، جوان 2021، الصفحات من 188 إلى 191.

أبناء الزنا[216]، وفي ذلك يقول الله سبحانه وتعالى **(ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا)**[217]، وقوله صلى الله عليه وسلم **(الولد للفراش وللعاهر الحجر)**، وشدد الوعيد بالعقاب لمن يجحد نسب أولاده مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم **(أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين)**، كما توعد الأبناء الذين ينتسبون لغير آبائهم، لقوله صلى الله عليه وسلم **(من ادعى لغير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة حرام عليه)**[218].

ولما كانت الجزائر دولة مسلمة، وبما أن قانون الأسرة الجزائري مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، فقد جاءت أحكام النسب فيه مستقاة من الشريعة الإسلامية، حيث تناول المشرع هذه الأحكام في الفصل الخامس من الباب الأول المتعلق بالزواج[219]، واعتبره أثرا من آثار الزواج، فحرم التبني[220]، وحدد طرق ثبوت النسب لجهة الأب، كما تناول أحكام التلقيح الاصطناعي والطرق العلمية لإثبات النسب.

أولا: أسباب ثبوت النسب

إن العلاقة الجسدية (الجنسية) بين الرجل والمرأة –سواء تمت في إطار شرعي أو عن طريق الزنا– إذا نتج عنها ولادة طفل فإنه تثور مسألة نسب هذا الطفل من الناحية الشرعية والقانونية، وكما

---

[216] إبراهيم عماري، مرجع سابق، ص 125.

[217] سورة الأحزاب، الآية 05.

[218] إبراهيم عماري، مرجع سابق، ص 125.

[219] المواد من 40 إلى 46 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مرجع سبق ذكره.

[220] المادة 46 من نفس المصدر السابق.

سبق القول لم يخرج قانون الأسرة في هذا الصدد عما جاء في الشريعة الاسلامية، لكن المشرع الجزائري لم يتناول مسألة ثبوت النسب لجهة الأم، بل اقتصر على بيان حالات ثبوت النسب بالنسبة للأب.

إن سبب ثبوت نسب الطفل لأمه هو الولادة، وهي واقعة بيولوجية، فمتى ولدت إمراه طفلا نسب إليها بمجرد الولادة ودون التوقف على أي شيء آخر، ولا فرق بين أن تكون الولادة ناتجة عن زواج صحيح أو زواج فاسد أو وطء بشبهة أو سفاح (زنا)، وإذا ثبت النسب من جهة الأم بالولادة كان لازما، ولا يمكن نفيه بأي طريقة كانت[221].

أما فيما يتعلق بالأب فنجد أن نظام اثبات النسب في التشريع الجزائري –مثل الشريعة الإسلامية– يقوم على اثبات النسب للأب في إطار علاقة الزوجية، إذ أن ابن الزنا لا يثبت نسبه لأبيه، ورغم أن المشرع قد نص على عدة أسباب لثبوت النسب لجهة الأب[222].

إلا أن كل تلك الأسباب يجب أن يكون فيها ولادة الطفل قد حصلت في إطار العلاقة الزوجية، وهو ما يمكن استنتاجه من المواد المتعلقة بالنسب في القانون الجزائري، إضافة إلى القاعدة الواضحة في قانون الأسرة المتعلقة بالإحالة على الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص في قانون الأسرة.

ومن المعلوم أن الشريعة الإسلامية تحرم اثبات النسب بالزنا، أو نسبة الشخص لغير أبيه كما سبق بيانه، وعلى هذا الأساس سنتطرق فيما يلي إلى أسباب ثبوت النسب وفقا لقانون الأسرة الجزائري والالتجاء إلى الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص.

---

[221] أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام: الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1998، ص 247.

[222] وتتمثل هذه الأسباب في الزواج الصحيح، الإقرار، البينة، نكاح الشبهة، الزواج الفاسد والباطل، وهو ما نصت عليه المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

1-الزواج الصحيح

أول سبب لثبوت نسب الولد لأبيه هو الزواج الصحيح حسب نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري، والزواج الصحيح يقصد به الزواج الذي استوفى ركنه وشروطه، ويدخل في حكمه الزواج المصحح أي الذي اختل فيه شرط الصداق أو الولي في حالة وجوبه أو الشاهدين لكن تم فيه الدخول فيتم تصحيحه بالدخول وتستحق المرأة صداق المثل[223]، غير أنه لا يكفي لثبوت نسب الطفل الذي ولد في إطار زواج صحيح إلا إذا توفرت مجموعة أخرى من الشروط نلخصها فيما يلي:

- أن يكون هناك إمكانية للاتصال الجنسي بين الزوج والزوجة
- ألا ينفي الزوج نسب الولد بالطرق المشروعة[224]
- أن تكون الزوجة قد ولدت الطفل بين المدة الدنيا والقصوى للحمل، والمدة الدنيا هي ستة أشهر أما القصوى فهي عشرة أشهر[225]، وتحتسب هذه المدة من تاريخ الزواج إذا كانت العلاقة الزوجية قائمة أو من الطلاق أو الوفاة إذا كانت العلاقة الزوجية قد انتهت.

2-الزواج الفاسد والباطل

نظرا لكون ثبوت النسب هو مسألة مصيرية في حياة الطفل، خاصة في مجتمعنا الذي ينظر لعديم النسب نظرة دونية فقد أقر المشرع ثبوت النسب حتى في حال كان الزواج فاسدا وتم فسخه، أو باطلا، وهذا ما جاء في نص المادة 40 في فقرتها الأولى حينما أقرت **(يثبت النسب..... بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون)**، ورغم ان الظاهر من نص هذه الفقرة

---

[223] المادة 33 فقرة2 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[224] المادة 41 من نفس المصدر السابق.

[225] المادتين 42 و43 نفس المصدر السابق.

أنه يقصد الزواج الفاسد إلا أن ذلك غير صحيح، لكون المشرع قد تحدث عن المواد 32 و33 و34، وهذه المواد قد بينت حكم الزواج الفاسد والزواج الباطل، وكان حري بالمشرع أن يضيف مصطلح (أو إبطاله بعد الدخول)، لأن الزواج الباطل بعد الدخول يثبت به النسب أيضا.

ويقصد بالزواج الفاسد الذي يثبت به النسب حسب الفقرة الأولى من المادة 40، هو الزواج بأحد المحرمات من النساء، لأنه النوع الوحيد من الزواج الفاسد الذي لا يصحح بالدخول، على خلاف الزواج الفاسد الذي ينقصه شرط الولي أو الشاهدين أو الصداق الذي يصحح بعد الدخول ويفسخ قبل الدخول، وفي كلتا الحالتين سواء كان الزواج فاسدا وفسخ بعد الدخول أو باطلا، وتمت الفرقة بعد الزوجين بعد الدخول، فإنه يشترط فيه لثبوت النسب نفس الشروط السالف ذكرها في الزواج الصحيح.

3-الوطئ بشبهة

نص قانون الأسرة على ثبوت النسب بنكاح الشبهة واقتصر على ذكر هذا المصطلح دون أية أحكام أخرى[226]، غير أن المصطلح غير دقيق، والأصح هو الوطئ بشبهة، والذي يقصد به الاتصال الجنسي بين رجل وامرأة يظن أنها تحل له وهي في الحقيقة غير ذلك، ومثاله أن يعقد الرجل على امرأة وتزف له أخرى فيدخل بها على اعتبار أنها زوجته، أو أن يطلق الرجل زوجته ثلاثا ثم يجامعها في فترة العدة ظانا أنها حل له، ثم ينتج عن هذا الاتصال ولادة طفل فإنه يثبت نسبه إذا ولد بعد ستة أشهر على الأقل[227] وعشرة أشهر على الأكثر.

[226] المادة 40 فقرة1 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[227] أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 259.

وقد استقر قضاء المحكمة العليا الجزائرية على أن الاغتصاب الثابت بحكم قضائي يعد وطئا بالإكراه ويكيف بكونه نكاح شبهة يثبت به النسب[228]، وأن الشبهة المثبتة للنسب عرفت بأنها كل وطء حرام لا حد فيه أي لا يوصف بأنه زنا، ولا يكيف بأنه زواج صحيح أو فاسد أو باطل وفقا لأحكام قانون الأسرة، وأن الرأي الراجح في المذاهب أنه لا حد على المكره على الزنا، وعلى ذلك انتهى اجتهاد المحكمة العليا إلى أن الإكراه يعتبر شبهة مثبتة للنسب[229].

4-الإقرار

الإقرار هو الاعتراف بنسب شخص معين، سواء كان الإقرار صادرا من الأب أو الأم أو الابن، كما يمكن أن يصدر من غيرهم مثل الإقرار بنسب شخص من قبل أخيه أو عمه أو خاله..الخ، وبالتالي يوجد نوعين من الإقرار، الأول هو الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة، والثاني هو الإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة، ويشترط في الإقرار أن يكون المقر له مجهول النسب بحيث لا يجوز أن يتم الإقرار بنسب شخص له نسب أصلا، وأيضا يجب أن يكون الإقرار مما يصدقه العقل والعادة، فلا يجوز مثلا أن يقر شخص عمره 40 سنة بأن شخصا عمره 35 سنة هو ابنه إذ من المستحيل أن يحدث ذلك، ويضاف شرط آخر بالنسبة للإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة، وهو أن يتم المصادقة عليه (الموافقة) من قبل غير المقر حتى يسري عليه[230].

---

[228] قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2011/05/12، ملف رقم 617374، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، السنة 2012، المحكمة العليا، الجزائر، 2012، ص 294.

[229] قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2016/12/07، ملف رقم 1027105، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، السنة 2016، المحكمة العليا، الجزائر، 2016، ص 230.

[230] المادتين 44 و45 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

وبالإضافة إلى كل ما سبق، يوجد شرط آخر حتى يثبت النسب بالإقرار لم يتطرق إليه المشرع الجزائري لكن يمكن استنتاجه من فحوى مواد قانون الأسرة، وهو ثابت في أحكام الشريعة الإسلامية، ويتمثل هذا الشرط في أن يكون المقر بنسبه قد ولد في إطار علاقة زوجية صحيحة أو على الأقل في إطار زواج فاسد أو باطل أو وطء بشبهة، أي أن يكون في إطار علاقة لا توصف بأنها زنا[231].

5-البينة

لقد ورد النص على البينة في المادة 40 من قانون الأسرة كسبب من أسباب ثبوت النسب بصورة شديدة العمومية والاقتضاب، إذ اكتفى المشرع بذكرها فقط دون الإشارة إلى أي حكم خاص بها، ورغم أن مصطلح البينة يقصد به الدليل القاطع، إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية اتفقوا على أن البينة هي الشهادة على أن شخصا معينا هو ابن فلان ولد على فراشه من زوجته، واختلفوا حول من تقبل شهادته، إذ يرى الحنفية أنها شهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتان، ويرى المالكية أنها شهادة رجلين عدلين فقط، بينما يرى الشافعية والحنابلة أنها شهادة جميع الورثة[232].

6-التلقيح الاصطناعي

هو طريقة طبية حديثة للمساعدة على الانجاب بالنسبة للأشخاص الذين يعانون من صعوبات في هذا المجال، وقد أقر المشرع الجزائري في قانون الأسرة جواز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي في إطار العلاقة الزوجية أي الزواج الصحيح، وبالتالي فإنه من المنطقي ان ينسب الأطفال الناتجين عن التلقيح

[231] نوري حدادي، مرجع سابق، ص 193.

[232] إبراهيم عماري، مرجع سابق، ص129.

الاصطناعي بين الزوجين إلى الزوج، ولكن يشترط في ذلك عدة شروط، تتمثل في كون الزواج شرعي وأن يتم التلقيح برضا الزوجين وفي حياتهما، وأن يكون حصريا بمني الزوج وبويضة الزوجة[233].

ثانيا: طرق اثبات النسب ونفيه

إن النسب هو أمر ثابت إذا ولد الطفل أثناء قيام الزوجية وبالشروط سالفة الذكر، غير أنه رغم توفر تلك الشروط قد ينكر الزوج نسب أحد أبنائه نتيجة لشكه في هذه المسألة أو لأي سبب آخر، وقد تعرض المشرع الجزائري لهذه المسائل في قانون الأسرة على النحو التالي بيانه.

أولا: طرق اثبات النسب

كما سبق بيانه يثبت النسب بصورة آلية بمجرد أن يكون الولد قد ولد لزوجين تكون علاقاتهما الزوجية قائمة، أو تم الطلاق أو الوفاة بشرط مراعاة أقصى وأدنى مدة للحمل، وبقية الشروط الأخرى، لكن قد يولد الولد في ظروف معينة تجعله لا يحظى بنسب أبيه أو حتى أمه، ومثال ذلك أن يتم خطف الولد حال ولادته، أو أن يولد في وقت الحرب ويفقد والداه فيجده شخص آخر ويربيه، أو يقوم الزوج باللعان وغير ذلك من الحالات، فهنا يحدث لبس في نسب الولد سواء من ناحية امه او أبيه، فإن عرف نسبه بعد ذلك بصورة لا تترك أي مجال للشك يمكن اللجوء إلى مختلف الطرق لإثبات نسبه مثل الإقرار والشهادة.

أما في حالة ما إذا كان هناك شك في نسب الولد في مثل هذه الحالات، فإن المشرع الجزائري قد تعرض إلى طريقة واحدة يمكن من خلاله إثبات النسب وهي الطرق العلمية، حيث أقر بأنه يجوز لقاضي

[233] المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

اللجوء إلى الطرق العلمية لثبات النسب[234]، ومعنى ذلك ان القاضي له السلطة التقديرية المطلقة في هذا المجال لأن المشرع لم يلزمه في ذلك، فإذا طُلب منه ذلك ولم يستجب لم يكن قراره معيبا.

كما توجد طريقة أخرى ثابتة في الشريعة الإسلامية لم ينص عليها المشرع الجزائري، وهي ما يسمى بالقيافة، والتي تعني إلحاق الولد بمن يشبهه عند الاشتباه بناء على الفراسة والنظر إلى أعضاء المولود، حيث اتفق جمهور الفقهاء على أن القيافة يؤخذ بها في اثبات النسب عند الاشتباه والتنازع، لكن مع ضرورة توفر عدة شروط تتعلق بالقائف (القائم بالقيافة)، إذ يجب أن يكون مسلما مكلفا عدلا ذكرا سميعا بصيرا عارفا بالقيافة مجربا في الإصابة[235]، وعليه يمكن للقاضي الجزائري أن يلجأ إلى هذه الطريقة أيضا على اعتبار أنها مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية.

ثانيا: طرق نفي النسب

لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري إلى نفي النسب بصورة واضحة، بل اقتصر على الإشارة إليه عندما حدد الشروط اللازمة لثبوت النسب لجهة الأب، ومن بينها عدم نفي هذا الأخير لنسب الطفل بالطرق المشروعة[236]، ويستنتج من ذلك أن المشرع قد أحال في هذا المجال إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وهي التي تقر بطريق شرعي واحد فقط لنفي النسب، هو اللعان.

لقد وردت أحكام اللعان في القرآن الكريم[237]، وكذلك السنة النبوية، ويقصد باللعان اتهام الرجل لزوجته بارتكاب فاحشة الزنا وليس له شهود على ذلك، فيشهد أربع شهادات مع اليمين أنه رآها تزني او

---

[234] المادة 40 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[235] تهاني معيض عويد، أحكام النسب وآثاره في الشريعة الإسلامية وما عليه العمل في القانون الكويتي "دراسة مقارنة"، مجلة كلية دار العلوم، العدد 129، المجلد 37، جامعة القاهرة، مصر، مارس 2020، ص ص 153، 154.

[236] المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[237] سورة النور، الآيات من 06 إلى 10.

أنها حملت من غيره، ويلعن نفسه في الخامسة إن كان من الكاذبين، فإذا صدقته فيما قال يقام عليها حد الزنا، كما يمكن أن تكذبه بأن تشهد أربع شهادات مع اليمين أنه يكذب والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين، فإن شهدت تم التفرقة بينهما، وإذا كان القصد من اللعان نفي نسب الولد فإنه ينفى من خلال هذه الملاعنة[238].

وقد وضع فقهاء الشريعة الإسلامية عدة شروط لإمكانية وقوع اللعان، سنكتفي بما جاء في الفقه المالكي، حيث يشترط لإجرائه قيام الزوجية، كما يشترط أن يكون الزوجين عاقلين بالغين، والإسلام في الزوج، ويشترط القذف برؤية الزنا أو بنفي الحمل، وعدم الوطء بعد القذف، وضرورة نطق لفظ (أشهد) في الأربع واللعن في الخامسة من الزوج والغضب من الزوجة، كما يجب أن يبدأ الزوج بالحلف ثم الزوجة، وأن يحضر مجلس اللعان جماعة أقلها أربعة عدول، وأخيرا يجب تعجيل اللعان بعد العلم في حالة نفي الحمل أو الولد[239]، وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا الجزائرية إلى أن المدة الواجب فيها رفع دعوى اللعان أمام القضاء هي ثمانية أيام من تاريخ العلم بالحمل أو الولادة[240].

كما لابد من الإشارة إلى أن القانون الجزائري لا يعترف بنفي النسب من خلال الطرق العلمية ذلك أن المادة 40 فقرة 02 قد أجازت للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب وليس لنفيه، كما أشارت المادة 41 إلى النفي بالطرق المشروعة وأغلب الظن أنه يقصد بها الطرق الشرعية أي تلك المستمدة من الشريعة الإسلامية بمعنى اللعان، زيادة على أن قرارات المحكمة العليا قد استقرت على أن النسب الثابت بالفراش لا ينتفي إلا باللعان المقصود في المادة 41 من قانون الأسرة[241].

---

[238] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 345.

[239] نوري حدادي، مرجع سابق، ص ص 196، 197.

[240]قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2012/03/15، ملف رقم 704222، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، السنة 2013، المحكمة العليا، الجزائر، 2013، ص 263.

[241] قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2012/12/13، ملف رقم 828820، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، السنة 2014، المحكمة العليا، الجزائر، 2012، ص 323.

الفصل الثاني: أحكام الطلاق

إن الزواج ميثاق غليظ قدسه الشارع الحكيم، وهو سنة الحياة التي يستمر بها الخلق إلى ما شاء الله، وقد رغب النبي صلى الله عليه وسلم بالزواج وحث على اكثار النسل، وحددت الشريعة الإسلامية كل أحكامه آخذة بعين الاعتبار أن هذا العلاقة الزوجية قد تحيد عن الأهداف السامية التي شرعت من أجلها فتصبح العشرة الزوجية مستحيلة، فشرع أيضا وسيلة لإنهاء الزواج، وجعل أمر الانهاء في يد الزوج لكونه الأكثر تحكما في عواطفه والأكثر حزما، كما جعل من حق المرأة طلب مخالعة زوجها استثناء.

وإذا ما حصلت الفرقة بين الزوجين فإنه يترتب عنها العديد من الآثار سواء تلك المتعلقة بالحقوق المالية للطرفين، أو ما يتعلق بالعدة وحقوق الأولاد إن أثمرت العلاقة الزوجية عن ولادة أطفال للزوجين، وكمعظم أحكام قانون الأسرة استمد المشرع الجزائري أحكام انتهاء الرابطة الزوجية من الشريعة الإسلامية، سواء قبل تعديل قانون الأسرة وحتى بعده، وهو ما سيتم التطرق إليه من خلال المبحثين التاليين.

المبحث الأول: صور فك الرابطة الزوجية

تعرض قانون الأسرة في الباب الثاني من الكتاب الأول إلى عدة صور لحل الرابطة الزوجية، حيث وضح في البداية أن الزواج ينحل بالطلاق أو الوفاة[242]، فبالنسبة للوفاة لم يحدد أية أحكام تتعلق به في هذا الباب نظرا لكونها واقعة طبيعية لا تتطلب تنظيم قانوني من جانب قانون الأسرة باستثناء بعض الآثار المترتبة عن الوفاة كالعدة والميراث، لذا لن نتطرق إلى دراسة أحكام الوفاة لكونها لا تتعلق بدراستنا.

أما الطريق الثاني لإنهاء الرابطة الزوجية فهو الطلاق حيث استخدم المشرع مصطلح الطلاق ليعبر عن جميع صور فك الرابطة الزوجية التي حددها في ثلاث أنواع هي، الطلاق بإرادة الزوج والطلاق

[242] المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

بالتراضي بين الزوجين، والطلاق بطلب من الزوجة، هذا الأخير قسمه إلى قسمين هما: التطليق والخلع[243]، هذا ما سنتناوله بالدراسة والتحليل من خلال المطلبين التاليين.

المطلب الأول: فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوج وبالتراضي

جعلت الشريعة الإسلامية للزوج الحق المطلق في فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بإرادته المنفردة كونه صاحب العصمة والأقدر على امتلاك أعصابه وقت الغضب، ولكون المرأة يغلب عليها الجانب العاطفي أكثر من الرجل، وذلك قصد الحفاظ على ترابط الأسرة وتقليل حالات الطلاق، وعدم إيقاعه لأسباب غير جدية، وهو أيضا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة حيث يعتبر الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أول صورة لفك الرابطة الزوجية من جانب الزوج وحده.

هذا وقد حدد قانون الأسرة صورة ثانية لفك الرابطة الزوجية تقترب من الأولى مع فرق بسيط وهو رضا الزوجين كلاهما بإيقاع الطلاق، وأطلق على هذه الصورة تسمية الطلاق بالتراضي، غير أنه في الحقيقة لا يعدو إلا ان يكون طلاقا من قبل الزوج مع موافقة الزوجة، واتفاق كليهما على شروط وتفاصيل هذا الطلاق، وفيما يأتي سنتناول كل صورة من الصورتين من خلال قانون الأسرة الجزائري، والاستعانة بأحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص.

الفرع الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

ينبغي في البداية الإشارة إلى مسألة مهمة تجعل هناك فرقا كبيرا بين الطلاق وفقا للشريعة الإسلامية ووفقا لقانون الأسرة الجزائري، وهذا الفرق له تأثير خطير في الكثير من الأحكام المتعلقة بالطلاق مثل العدة والتوارث والحرمة بين الزوجين وغيرها، وتتمثل هذه المسألة في أن القانون الجزائري لا

[243] المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

يعترف ولا يعتد إلا بالطلاق القضائي، أي الطلاق الذي تمت إجراءاته أمام القضاء وصدر بشأنه حكم قضائي يفيد بالطلاق[244]، أما الشريعة الإسلامية فتعتد بالطلاق طالما أوقعه الزوج سواء كان ذلك قد وقع بالنطق به أو بكتابته أو بالإشارة به[245].

أولا: تعريف الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وأنواعه

لقد جعل الإسلام الطلاق من حق الزوج وحده لأنه أحرص على بقاء الزوجية التي أنفق في سبيلها ما يحتاج إلى إنفاق مثله أو أكثر إذا طلق وأراد عقد زواج آخر، كما أنه بمقتضى عقله ومزاجه يكون أكثر صبرا على ما يكره من المرأة، فلا يسارع إلى الطلاق في كل غضبة يغضبها أو سيئة منها يشق عليه احتمالها، والمرأة أسرع غضبا وأقل احتمالا، وليس عليها من نفقات الطلاق وتبعاته ما على الرجل، فهي أجدر بالمبادرة إلى حل عقدة الزواج لأدنى الأسباب[246]

إن المشرع الجزائري لم يعرف الطلاق، وقد تم تعريفه من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية تعريفات متقاربة، حيث عرفه الحنفية والحنابلة بأنه رفع قيد النكاح في الحال أو في المآل بلفظ مشتق من "طَلَّقَ" أو فيما معناه، مما يفيد ذلك صراحة أو دلالة، صادر من الزوج أو ممن يقوم مقامه، فيرتفع قيد النكاح في الحال إذا كان بائنا، أو في المآل إذا كان رجعيا (بعد انقضاء العدة)، وعرفه الشافعية بأنه حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه[247]، وعرفه المالكية بأنه حل عقدة النكاح[248]، أما فيما يتعلق بالتعريف القانوني

---

[244] المادة 49 فقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[245] أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 23. مصدر سبق ذكره.

[246]علي أحمد عبد العال الطهطاوي، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص 89.

[247] لعلى سعادي، مرجع سابق، ص ص 201، 202.

[248] عياش عوفي، أسباب انحلال الزواج في قانون الأسرة الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر، 1989، ص 09.

يمكن أن نأخذ تعريف القانون المغربي الذي عرف الطلاق بأنه حل عقدة النكاح بإيقاع الزوج أو وكيله أو من فوض له ذلك أو الزوجة إن ملكت هذا الحق أو القاضي[249].

ويمكننا أن نعرف الطلاق بإرادة الزوج بأنه الحق الذي منحه له الشرع والقانون بأن يفك الرابطة الزوجية القائمة بإرادته المنفردة ودون رضا الزوجة ومهما كانت الأسباب، ويترتب عليه انقضاء العلاقة الزوجية وتحول الزوجة إلى أجنبية لا يحل له الاستمتاع بها، وهو يقع وفقا للشريعة الإسلامية بكل لفظ يفد الطلاق سواء كان صريحا مثل أنت طالق، أو كناية مثل فارقتك مع اشتراط النية في الكناية.

وللطلاق عدة أنواع مثل الطلاق السني والطلاق البدعي والطلاق الرجعي والبائن، وهذين النوعين الأخيرين هما الذين أشار إليهما قانون الأسرة الجزائري، بينما لم يتعرض للنوعين الأولين، لذا سنقتصر على التعرض للطلاق الرجعي والبائن، فالطلاق الرجعي هو الطلاق الذي تبقى فيه العلاقة الزوجية قائمة حكما، إذ يجوز للزوج إرجاع زوجته إلى عصمته أثناء فترة العدة ودون أن يتوقف ذلك على رضاها ودون مهر وعقد جديدين، وبشرط أن يكون قد دخل بها لأن غير المدخول بها ليس لها عدة بالأساس، ونظرا لكون الزوجية مازالت قائمة حكما فإنه يجب على الزوج النفقة على المطلقة في فترة العدة ويثبت التوارث بينهما، ويجب عليها أن تقر في بيت الزوجية وطاعة مطلقها، كما لا يجوز للرجل الجمع بينها وبين من يحرم الجمع بينهما كأختها وعمتها وخالتها، فإذا انقضت العدة دون ارجاعها تحول الطلاق إلى طلاق بائن[250].

والطلاق البائن إذن هو الطلاق الذي لا يستطيع فيه المطلق أن يرجع مطلقته لا في العدة ولا بعدها إلا بعقد جديد، ويقصد بالعقد الجديد هنا أن تتوفر كل شروط وأركان الزواج من رضا وصداق

---

[249] لعلى سعادي، مرجع سابق، ص 221.

[250] عياش عوفي، مرجع سابق، الصفحات من 10 إلى 16.

وشهود وغيرها، والطلاق البائن بدوره نوعين، بائن بينونة صغرى والذي يعني أن الرجل بإمكانه العقد من جديد على مطلقته مثل الطلاق قبل الدخول الذي لا عدة فيه، والطلاق بعد انتهاء العدة بشرط أن تكون المطلقة حلالا له، والطلاق البائن بينونة كبرى هو الذي لا يستطيع فيه المطلق العقد من جديد على مطلقته حتى تتزوج غيره ويدخل بها دخولا حقيقيا ويطلقها أو يتوفى عنها وتنقضي عدتها، ويكون ذلك إذا حرم الرجل زوجته عليه بأن طلقها ثلاث مرات متتاليات[251].

وفي هذه الحالة اختلف الفقهاء في وقوع الطلاق بائنا بينونة كبرى وتحريم المرأة على الرجل بعد طلاقها بالثلاث في مرة واحدة كأن يقول لها "أنت طالق، طالق، طالق"، أو يقول "أنت طالق بالثلاث"، حيث يرى جمهور الفقهاء أن الطلاق يقع ثلاث طلقات ويعتبر بائنا بينونة كبرى، بينما يرى المذهب الشيعي والجعفري أنه لا يقع أصلا ويعتبر لغوا باطلا، ويرى البعض الآخر أنه يقع طلقة واحدة[252].

أما المشرع الجزائري فلم يحدد موقفه من ذلك، لكن بما أنه لا يأخذ إلا بالطلاق القضائي فلا يتصور وقوع هذه الحالة أصلا، إذ يجب أن تصدر ثلاث أحكام بالطلاق وتعتد المرأة بعد كل واحدة حتى يعتبر الطلاق بائنا بينونة كبرى، وحتى تحرم المرأة على الرجل الذي طلقها ثلاث مرات حتى تتزوج غيره وتتطلق منه.

إن هذه الأحكام واردة في الشريعة الإسلامية، وقد تم الإشارة كما سبق إلى ما يشابهها في قانون الأسرة الجزائري حيث جاء فيه **(من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد)**[253].

---

[251] أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 76.

[252] لعلى سعادي، مرجع سابق، ص 236.

[253] المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

هذا يعني أن المشرع يعتبر أن الطلاق يكون رجعيا قبل صدور الحكم به، وبائنا بينونة صغرى بعد صدور الحكم بالطلاق، وبائنا بينونة كبرى إذا طلق الرجل زوجته ثلاث مرات متتاليات[254]، وهذا ما قد يناقض الواقع والشريعة الإسلامية، فقد يطلق الرجل زوجته بقوله لها "أنت طالق" وتنقضي العدة ويصبح الطلاق بائنا، ثم يرفع دعوى الطلاق أمام المحكمة، فهل يمكن له في هذه الحالة مراجعتها أثناء محاولات الصلح دون عقد جديد؟ الإجابة هي لا بالنسبة للشريعة الإسلامية ونعم بالنسبة لقانون الأسرة، وفي ذلك مخالفة لأحكام الشريعة ومجاوزة لحدود الله.

كما يمكن أن يرفع الرجل دعوى الطلاق وهو لم ينطق بالطلاق فيصدر الحكم الذي يعتبر طلاقا ويبدأ حساب فترة العدة من تاريخ الحكم بالطلاق، ولا يستطيع الرجل حسب القانون مراجعة زوجته إلا بعقد جديد، بينما في الشرع الطلاق رجعي ويمكن له مراجعتها دون عقد جديد، ومن هنا يظهر التناقض الواضح في هذه المسألة بين أحكام قانون الأسرة والشريعة الإسلامية، ومرد ذلك كما سبق بيانه أن قانون الأسرة لا يعتد إلا بالطلاق القضائي أي الصادر بموجب حكم قضائي.

وأخيرا لابد من الإشارة إلى نوع آخر من الطلاق نص عليه قانون الأسرة، وهو الطلاق التعسفي، وهو ليس له مثيل في الشرع، يمكن تعريفيه بأنه استخدام الزوج حقه في فك الرابطة الزوجية لكن مع تعسفه في استخدام هذا الحق، ويكون ذلك عندما لا يوجد أية أسباب واضحة ومقنعة لإيقاعه الطلاق، فتكون الزوجة طائعة له قائمة بحقوقه وليس فيها أي عيب يذكر لمنه يصر على طلاقها مع ذلك، والطلاق التعسفي مثله مثل غيره جائز قانونا لكنه يترتب عنه التعويض للزوجة على ما لحقها من ضرر[255].

---

[254] المادة 51 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[255] المادة 52 من نفس المصدر السابق.

ثانيا: إجراءات الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

بما أن القانون الجزائري لا يعتد إلا بالطلاق الصادر بحكم قضائي، فإن الزوج الذي يريد أن يطلق زوجته يجب عليه أن يرفع دعوى طلاق أمام المحكمة المختصة وهي المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية[256]، وذلك بموجب عريضة افتتاح دعوى تسجل لدى أمانة ضبط المحكمة وفقا للقواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[257]، وبعد تسجيل العريضة يتم تحديد تاريخ أول جلسة، ويجب على المدعي (الزوج) أن يبلغ المدعى عليها (الزوجة) بالدعوى المسجلة عن طريق المحضر القضائي وفي الآجال القانونية، وهي نفس الإجراءات في أية دعوى قضائية أخرى إلا أن التبليغ هنا يجب أن يكون أيضا للنيابة العامة باعتبارها طرفا أصليا في جميع قضايا شؤون الأسرة[258].

وما يميز دعاوى الطلاق أيضا هو وجوب قيام القاضي أولا بعدة محاولات صلح على ألا تتجاوز مدتها ثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق[259]، ويقصد بالوجوب هنا أن حكم الطلاق يكون باطلا إذا لم تتم محاولات الصلح، تكون جلسات الصلح سرية يستمع فيها القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم معا، ويمكن حضور أحد أفراد العائلة بطلب من أحد الزوجين[260]، يسجل كاتب الضبط تحت اشراف القاضي مساعي الصلح في محضر يتم توقيعه من قبل القاضي وأمين الضبط والزوجين، وفي حال تم الصلح يعد

---

[256] المادة 40 فقرة 2 من القانون رقم 09/08 مؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[257] المواد من 14 إلى 17 من نفس المصدر السابق.

[258] المادة 438 من نفس المصدر السابق.

[259] المادة 49 فقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[260] المادتين 439، 440 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

محضر الصلح سندا تنفيذيا، أما في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين أو كلاهما عنه يشرع القاضي في مناقشة موضوع الدعوى[261].

كما يجوز للقاضي تعيين حكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة وذلك إذا اشتد الخصام ولم يثبت الضرر، وتكون مهمتهما الإصلاح بين الزوجين ويجب عليهما تقديم تقرير عن مهمتهما في أجل شهرين[262]، فإذا تم الصلح من طرف الحكمين يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن، وإذا لم يتم الصلح أو أنهى القاضي مهام الحكمين إذا تبين له صعوبة تنفيذ مهمتهما فإن القاضي يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة[263].

تسير الجلسات مثل باقي الدعاوى الأخرى إذ يعطى المجال للطرفين أو دفاعهما لتقديم كل الطلبات والدفوع والوثائق التي تؤكد صحة ادعائهما، ويجوز للقاضي أن يفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة لاسيما فيما يتعلق بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن[264]، وفي كل الأحوال يحكم القاضي بالطلاق متى أصر الزوج عليه، كما يحكم بالتعويض للزوجة إذا كان الطلاق تعسفيا، ويكون حكم الطلاق نهائي غير قابل للاستئناف فيما عدا الجوانب المادية[265].

الفرع الثاني: الطلاق بالتراضي

---

[261] المادة 443 من نفس المصدر السابق.

[262] المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[263] المادتين 448، 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[264] المادة 57 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[265] المادة 57 فقرة 1 من نفس المصدر السابق.

اكتفى قانون الأسرة بذكر الطلاق بالتراضي في المادة 48 منه دون تحديد تعريف له أو إقرار أحكام خاصة به، لذا يمكن القول أنه تنطبق عليه نفس الأحكام المتعلقة بالطلاق عموما، خاصة أن المشرع قد أقر أحكاما عامة تتعلق بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وكل أنواع الطلاق الأخرى، ثم خصّ التطليق والخلع ببعض الأحكام الأخرى، ومع ذلك هناك بعض الاختلافات بين الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وبين الطلاق بالتراضي، لم ينص عليها قانون الاسرة صراحة، لكن يمكن استنتاجها من خلاله، زيادة على كون قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري قد حدد إجراءات خاصة بالطلاق بالتراضي في حد ذاته، ذلك ما سنتناوله فيما يلي.

أولا: مفهوم الطلاق بالتراضي

كما سبق بيانه لم يحدد قانون الأسرة الجزائري ما المقصود بالطلاق بالتراضي، وهذه الصورة أيضا لم نجد لها مثيل في الشريعة الإسلامية، حيث لم يتطرق فقهاء الشريعة له بل تناولوا الطلاق بإرادة الزوج كقاعدة عامة والطلاق بالخلع من جانب الزوجة، وقد عُرف الطلاق بالتراضي من قبل الباحثين في مجال القانون بأنه "إنهاء الرابطة الزوجية بين الزوجين بلفظ يفيد الطلاق صراحة أو ضمنا"، أو هو " اتفاق بين الزوجين على إنهاء الرابطة الزوجية بينهما بإرادتهما المشتركة، ويتم ذلك بناء على طلب أحدهما وموافقة الآخر، أو بناء على طلبهما المشترك"، فالطلاق بالتراضي إذن هو ذلك النوع من الطلاق الذي تنتهي فيه الرابطة الزوجية باتفاق الزوجين، فهو يتم بدون خصام أو نزاع، وهذا النوع من الطلاق يختلف عن أنواع الطلاق الأخرى من حيث كونه يتفق فيه الطرفان على جميع آثاره[266].

[266]عبد الله بحماوي وشريف بحماوي، إجراءات إيقاع الطلاق بين الزوجين "دراسة نقدية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد02، المجلد04، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي النعامة، الجزائر، جوان 2018، ص 83.

رغم أن قانون الأسرة لم يعرف الطلاق بالتراضي، إلا أن القانون الجزائري لم يخل من مثل هذا التعريف، حيث تعرض قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى تعريف الطلاق بالتراضي بأنه (الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة)[267]، ومن خلال هذا التعريف نجد أن المشرع لم يساوي بين الطلاق بالتراضي والطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، بل اعتبره طلاقا بالإرادة المشتركة للزوجين، وقد عرفه باعتباره إجراءً دون أن يحدد طبيعة هذا الإجراء فهو لفظ غير دقيق يستحسن تعديله، وكان من الأفضل أن يعتبره اتفاقا بين الزوجين على فك الرابطة الزوجة بإرادتهما المشتركة.

من خلال ما سبق نرى أن الطلاق بالتراضي هو اتفاق الزوجين بإرادتهما المشتركة على حل الرابطة الزوجية دون خصام، مع تحديد كل ما يترتب عن الطلاق من آثار ضمن هذا الاتفاق، وعرضه على القضاء المختص من أجل أن يفحصه ويتأكد من مدى مراعاته للقانون ولمصلحة كل الأطراف خاصة الأطفال إن وجدوا، ويصادق عليه من خلال إصدار حكم قضائي يقضي بالطلاق.

وعلى هذا فإن المشرع باستحداثه هذه الصورة لفك الرابطة الزوجية إنما قصد بذلك ترك الحرية للزوجين للاتفاق بينهما فيما يريانه مناسبا لهما دون بحث القاضي عن أسباب الانفصال وبغض النظر عن فحوى الاتفاق ولا جدوى من معرفة الطرف المتضرر كون الطلاق بالتراضي يُسقط الحق في التعويض، ويكمن الفرق الأساسي بين الطلاق بإرادة الزوج والطلاق بالتراضي في موافقة أحد الزوجين لطلب الآخر على الانفصال وعلى ودية إحداث الفرقة، عكس الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج الذي يقع رغم رفض الزوجة الانفصال، فإرادة الزوجة في هذه الحالة لا تغير في الموقف شيئا، والأمر نفسه بالنسبة لطلب الفرقة من الزوجة تطليقا أو خلعا، فليس ضروريا توافر رضا الزوج، كما أنه في الطلاق بالتراضي

[267] المادة 427 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

يتقلص دور القضاء عكس ما هو الحال في صورتي الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والطلاق بطلب من الزوجة[268].

وقد يتشابه الطلاق بالتراضي من حيث الواقع لكنه يختلف من حيث الإجراءات، ويكون ذلك إما في حالة أراد الزوج الطلاق بإرادته المنفردة، ولم تعارض الزوجة ذلك، ولم تطالب بالرجوع ولا بالتعويض، أو عندما تطلب الزوجة الخلع أو التطليق ولا يعارض الزوج ذلك، غير أن الاختلاف كما قلنا يكمن في الإجراءات، إذ يرفع الزوج الدعوى منفردا في الطلاق بالإرادة المنفردة له، فيكون هو المدعي وتكون الزوجة المدعى عليها، وفي التطليق والخلع ترفع الزوجة الدعوى بصفتها مدعيا ويكون الزوج مدعى عليه، بينما في الطلاق بالتراضي يشترك الزوجان في عريضة واحدة، وهو ما سنتناوله بشيء من التفصيل في النقطة التالية.

ثانيا: إجراءات الطلاق بالتراضي

تنطبق العديد من الأحكام المتعلقة بإجراءات التقاضي السابق التطرق إليها في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج مع الطلاق بالتراضي، مثل قواعد الاختصاص القضائي وكون أحكام الطلاق غير قابلة للاستئناف ومحاولات الصلح، غير أنه توجد أيضا العديد من الاختلافات، وبالتالي وجود إجراءات خاصة بالطلاق بالتراضي دون غيره من صور الطلاق الأخرى، ففي البداية يتم رفع دعوى الطلاق بالتراضي من قبل الزوجين في شكل عريضة واحدة مشتركة وموقعة من قبل الزوجين تودع لدى أمانة ضبط المحكمة

[268] لعلى سعادي، مرجع سابق، ص 242.

المختصة[269]، ويختلف أيضا شكل العريضة عن سائر العرائض في الدعاوى الأخرى إذ يجب أن تتضمن البيانات التالية:

- بيان الجهة القضائية المرفوع أمامها الطلب
- اسم ولقب وجنسية كلا الزوجين وموطن وتاريخ ومكان ميلادهما
- تاريخ ومكان زواجهما وعند الاقتضاء عدد الأولاد القصر
- عرض موجز يتضمن جميع شروط الاتفاق الحاصل بين الزوجين حول توابع الطلاق[270].

ولما كان طلب الطلاق مشتركا فإن كلا الزوجين عالم بالدعوى بل هو من سجلها لذا يتم الخروج عن القواعد العامة التي تستدعي تبليغ المدعى عليه بالدعوى المسجلة ضده، لذا لا يكون هناك تبليغ في دعوى الطلاق بالتراضي بل يكتفي أمين الضبط عند تسجيل العريضة بإخطار الطرفين في الحال بتاريخ وجوب حضورهما أمام القاضي للنظر في طلبهما من خلال تسليم استدعاء لهما بهذا الخصوص، وبالتالي يترتب عن ذلك أن آجال الطعن بالنقض تسري من تاريخ النطق بالحكم خلافا للقواعد العامة[271].

إن الطلاق بالتراضي لا يحتاج إلى العديد من الجلسات ومحاولات الصلح كما لا يحتاج إلى مذكرات جوابية كما هو الحال في صور الطلاق الأخرى، إذ أن القاضي يكتفي يوم الجلسة الأولى بالتأكد من توفر شروط قبول الدعوى، ويستمع إلى الزوجين ويتأكد من رضائهما ويحاول الصلح بينهما في جلسة سرية، كما ينظر معهما في الاتفاق المتعلق بالطلاق ومدى مراعاته لمصلحة الأولاد إن وجدوا وللنظام

[269] المادة 428 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[270] المادة 429 فقرة1 من نفس المصدر السابق.

[271] المادة 430 والمادة 434 من نفس المصدر السابق.

العام، وله أن يعدله إذا رآه مخالفا لذلك، ثم يصدر حكما يتضمن المصادقة على الاتفاق النهائي ويصرح بالطلاق[272].

المطلب الثاني: فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة

أباحت الشريعة الإسلامية الطلاق للضرورة القصوى، أي عندما تستحيل العشرة الزوجية، وجعلت الطلاق بيد الرجل لأسباب منطقية، لكنها بالمقابل لم تظلم المرأة وتجعلها تستمر جبرا وقهرا في حياة زوجية تكتنفها ظروف فوق طاقتها، فمكنتها أيضا من وضع حد للرابطة الزوجية، لكن ليس بصورة مطلقة كما هو الحال بالنسبة للزوج، وإنما من خلال تقديمها طلبا للحاكم (القاضي) تشرح فيه الأسباب التي جعلتها تطلب فك الرابطة الزوجية، ثم للقاضي القول الفصل في الاستجابة لطلبها من عدمه.

وقانون الأسرة الجزائري قد تبنى نفس الأحكام السابقة فجعل للزوجة الحق في طلب فك الرابطة الزوجية إذا استحالت العشرة من خلال صورتين هما التطليق والخلع، حيث خصص عدة مواد فيه لتبيين أحكام التطليق والخلع، لكنه مع ذلك لم يتعرض لكل التفاصيل مما يستدعي الرجوع إلى الشريعة الإسلامية، وهذا ما سوف نتناوله بالشرح والتحليل في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: التطليق

نص قانون الأسرة على الأحكام الخاصة بالتطليق في مادتين أساسيتين هما المادة 53 والمادة 53 مكرر، كما أن بقية الأحكام الخاصة بالطلاق عموما تنطبق على التطليق، وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية لم نجد لفظ التطليق بتاتا، لكنه يسمى باسم آخر هو الطلاق القضائي، أو الطلاق بحكم القاضي، وفيما يلي سوف نتناول معنى التطليق وحالاته وإجراءات طلب التطليق من المرأة أمام القضاء

[272] المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

أولا: معنى التطليق

التطليق مأخوذ من الفعل طلق، يطلق، طلاقا وتطليقا، فهو مأخوذ من الإطلاق ومعناه الترك، واصطلاحا التطليق مشتق من الطلاق، يقوم به القاضي نيابة عن الزوج وجبرًا عنه إذا توفرت الأسباب الشرعية والقانونية لذلك، وهو يهدف إلى رفع الضرر عن الزوجة دون الزوج إذا توفرت أسبابه، على أن تكون هذه الأسباب والمبررات شرعية، وعلى أن تثبت الزوجة كذلك الضرر اللاحق بها بكل وسائل الإثبات، حتى لا تتعسف في استعمال حقها[273].

لم يكن في مذهب الحنفية طلاق يملكه القاضي إلا الطلاق لعيب في الزوج، وقَصَرَ العيوب الموجبة للطلاق على العيوب التناسلية وهي الجب والخصاء والعنة، وزاد أحدهم الجنون والجذام والبرص، أما باقي المذاهب فقد وسعوا في الطلاق القضائي وأكثرهم توسعة فيه المذهب المالكي والحنبلي[274]، ورغم أن التطليق بمفهوم القانون الجزائري يقابله التفريق القضائي بمفهوم الفقه الإسلامي، غير أن هذا التقابل غير تام حيث يعتبر الطلاق (الفرقة) القضائي أوسع من التطليق، فقد عُرف التفريق القضائي بأنه إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناء على طلب أحدهما لسبب، كالشقاق والضرر وعدم الإنفاق، أو بدون طلب من أحد حفظا لحق الشرع، كما إذا ارتد أحد الزوجين[275].

يقول الدكتور وهبه الزحيلي: إن تفويض المرأة بطلاق نفسها قبل العقد أو بعده أو أثناءه، ومنحها الحق في الخلع، والتفريق القضائي في ستة أحوال أو سبعة يكاد يقابل منح الزوج حق الطلاق، هذا بالإضافة إلى التفريق في حالات ثلاث أخرى بسبب الايلاء أو اللعان أو الظهار، وهذا رد على منتقدي

---

[273] اليزيد عيسات بلمامي، مرجع سابق، ص 32.

[274] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 347.

[275] عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة، جامعة غزة الإسلامية، فلسطين، 2004، ص 05.

جعل حق الطلاق بيد الرجل في الإسلام، والتفريق القضائي يختلف عن الطلاق في أنه يقع بحكم القاضي، لتمكين المرأة من إنهاء الرابطة الزوجية جبرا عن الزوج إذا لم تفلح الوسائل الاختيارية من طلاق أو خلع[276].

ورغم أن قانون الأسرة الجزائري لم يعرف التطليق واكتفى بتحديد الأسباب التي يمكن من خلالها طلبه، إلا أننا يمكن أن نعرفه بالنظر إلى هذه الأسباب وما هو معمول به في النظام القانوني والقضائي الجزائري بأنه، طلب تقدمه المرأة إلى القضاء المختص ملتمسة إنهاء علاقتها الزوجية والتفرقة بينها وبين زوجها بصورة نهائية، نظرا لاستحالة العشرة الزوجية بينهما، وبسبب مقنع، يجب أن يكون ضمن الأسباب التي نص عليها قانون الأسرة الجزائري، مع إمكانية تعويضها في حال لحقها ضرر من هذا الزواج.

ثانيا: حالات طلب التطليق

يكون طلب التطليق من طرف الزوجة التي تلجأ إلى القضاء لهذا الغرض، غير أن طلبها لن يقبل إلا إذا كانت لها أسباب قاهرة جعلتها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية نظرا للضرر الذي يصيبها من ذلك، وقد وردت تلك الأسباب في قانون الأسرة الجزائري على سبيل الحصر في المادة 53، ويكفي أن يتوفر سبب واحدة فقط من هذه الأسباب حتى تقبل دعوى الزوجة، وهي تتمثل فيما يلي[277]:

[276] ساجي علام، المختصر في الزواج والطلاق بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، المركز الديمقراطي العربي، برلين، ألمانيا، 2021، ص 149.

[277] المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

- عدم النفقة على الزوجة، ويشترط القانون لقبول دعوى التطليق وفقا لهذا السبب أن تكون الزوجة قد رفعت قبل ذلك دعوى نفقة ضد الزوج وصدر حكم قضائي بوجوبها، وعدم تنفيذ الزوج هذا الحكم، كما يشترط أن الزوجة لم تكن عالمة بإعسار الزوج وقت عقد الزواج.
- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، ومثالها أن يكون الزوج عاجز جنسيا أو عقيما، أو يعاني من الجنون أو غيرها من العيوب الجسدية أو الأخلاقية.
- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، ويشترط فيه أن يكون بدون مبرر شرعي وأن يكون قد حدث بنية الإضرار بالزوجة.
- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة تستحيل معها العشرة الزوجية، ولم يحدد المشرع ما المقصود بالمساس بشرف الأسرة، وبالتالي للقاضي السلطة التقديرية في ذلك وكذا تبعا لدفاع الزوجة ومبرراتها.
- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.
- مخالفة أحكام المادة 08 من قانون الأسرة، وهي التي تتعلق بالتعدد، بحيث إذا تزوج الرجل من امرأة ثانية دون اخبار زوجته الأولى أو دون موافقتها أو دون استصدار ترخيص من المحكمة، او أنه استخدم التدليس في ذلك، جاز للزوجة طلب التطليق.
- ارتكاب فاحشة مبينة، ولم يحدد المشرع معنى الفاحشة المبينة كما لم يتفق فقهاء الشريعة حول معناها، إذا هناك من يرى أنها فاحشة الزنا، وهناك من يرى أنها كل معصية عظيمة.
- الشقاق المستمر بين الزوجين، ويقصد به كثرة النزاعات والخصومات بين الزوجين بحيث تتحول الحياة الزوجية إلى صراع مستمر وتحيد عن الهدف الذي شرعت من اجله.
- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، وهي الشروط التي تم توثيقها في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، فإن أخل الزوج بأحدها جاز للزوجة طلب التطليق.

- كل ضرر معتبر شرعا، يعتبر هذا السبب خروجا عن مجال الحصر، وجعل أسباب التطليق واردة على سبيل المثال، إذ أنه إذا أثبتت الزوجة وقوع أي ضرر معتبر يقع عليها من استمرار الزواج فإن القاضي يحكم لها بالتطليق، وإن كان الواقع العملي في المحاكم الجزائرية يثبت ندرة قبول القضاء لهذا السبب، خاصة وأن عبء الاثبات يقع على الزوجة وعادة ما يصعب أن تثبت الضرر الواقع عليها.

ثالثا: إجراءات طلب التطليق

يعتبر طلب التطليق تفريقا قضائيا حسب الشريعة الإسلامية خلافا للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج الذي يقع بمجرد نطقه أو كتابته أو الإشارة به من قبل الزوج، أما في القانون الجزائري فالأمر مختلف إذ أن كل صور الطلاق لا تثبت إلا بصدور حكم قضائي، وإن كان بالنسبة للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والتراضي حكم كاشف، وبالنسبة للتطليق والخلع حكم منشئ.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية لم نجد أي خصوصية بالنسبة لإجراءات طلب التطليق، حيث يكون بموجب تسجيل الزوجة لدعوى التطليق بواسطة عريضة افتتاح دعوى مع مراعاة الأشكال القانونية وقواعد الاختصاص، ثم تقوم بتبليغ الزوج وكذا النيابة العامة بتاريخ الجلسة، وأن ترفق العريضة بالإثباتات التي تؤكد صحة ادعاءاتها، خاصة وأن هذه الاثباتات هي من ستحدد مدى استحقاقها لطلب التطليق، كما تسير الجلسات مثل بقية الدعاوى مع ضرورة القيام بمحاولات الصلح، وغيرها من الإجراءات السالف الإشارة إليها عند الحديث عن إجراءات الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

ومع ذلك فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد ألزم القاضي الذي ينظر في طلب التطليق أن يعاين ويكيف الوقائع التي اعتمدت عليها الزوجة في تأسيس طلبها آخذا في عين الاعتبار الظروف التي قدم فيها الطلب، كما يمكن له للتأكد من صحة الأسباب التي استندت إليها من خلال الأمر بالتدابير التي يراها مناسبة لاسيما الأمر بالتحقيق أو الانتقال للمعاينة أو الخبرة الطبية، وأن يكون الأمر بإجراء خبرة طبية مسببا[278].

الفرع الثاني: الخلع

الخلع هو الصورة الثانية من صور طلب الزوجة الطلاق من القضاء، نص عليه قانون الأسرة في مادة واحدة هي المادة 54 منه، ورغم ان الخلع جائز شرعا وقانونا فإن الكثير من الجدل يثار حوله خاصة في أوساط الأشخاص غير المختصين في القانون والشريعة، ولإزالة هذا اللبس سوف نتعرض لتعريف الخلع ومدى مشروعيته وموقف المشرع الجزائري منه في الفقرات التالية.

أولا: تعريف الخلع

تباينت تعريفات فقهاء الشريعة الإسلامية للخلع حسب تكييفهم له، فقد عرفه المالكية بأنه بذل المرأة العوض على طلاقها، وأنه الطلاق بعوض ولو من غير الزوجة أو بغير لفظ الخلع، وعرفه الشافعية بأنه فرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ الطلاق أو الخلع، أما الحنابلة فعرفوا الخلع بأنه فراق الزوج امرأته على عوض تبذله له، وعرفه الحنفية بأنه إزالة ملك النكاح ببدل الخلع أي نظير عوض تلتزم به الزوجة، ومن خلال هذه التعاريف يمكن القول أن الخلع هو طلاق المرأة من زوجها مقابل

[278] المادة 451 فقرة 1 و2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

ما تبذله له من عوض وصيغته الصريحة لا تحتاج إلى نية وهي خلعت وفسخت وفاديت، والكناية أبرأتك باينتك[279].

وذلك كأن يقول الزوج لزوجته خالعتك على مهرك فتقول قبلت، أو تقول الزوجة لزوجها خالعني على مقدار كذا من النقود أو على مهري فيقول قبلت، ولا يهم ممن صدر الايجاب والقبول في الخلع بل غاية الأمر أن الفرقة لا تقع إلا بعد القبول، لأنه عقد على الطلاق بعوض ولا يستحق العوض بدون قبول[280]، فإذا تم القبول تطلق المرأة طلقة بائنة ويلزمها دفع العوض، ولا يتحقق الخلع ولا تترتب عليه أحكامه إلا إذا استعمل لفظ الخلع أو فيما معناه، وكان بمقابل مال، أما إذا انتفى أحد هذين الأمرين فلا يعتبر خلعا، ومثال ذلك أن يقول الرجل لزوجته أنت طالق على مبلغ من المال فتقول قبلت، فيقع طلاقا وليس خلعا ويجب عليها المال، وكأن يقول الزوج لزوجته خالعتك دون أن يذكر المال، فإنه يقع طلاقا إن كان نواه، وإلا فإنه لا يقع به شيء[281].

يكيف الخلع فقها بأنه عقد ينعقد بإيجاب وقبول، ولكن الاعتبار فيه يختلف من الرجل إلى المرأة، حيث يعتبر من جانب الرجل تعليقا للطلاق على قبول المال، ويعتبر من جانب المرأة معاوضة، ويترتب عن ذلك أن الايجاب في الخلع إذا صدر عن الرجل لا يستطيع الرجوع عنه قبل قبولها أو انصرافها من المجلس فإن انصرفت دون قبول بطل الايجاب، أما إن كانت المرأة هي من صدر عنها الايجاب فإن لها أن ترجع عن هذا الايجاب قبل قبوله، لأن عقود المعاوضة لا يلتزم الموجب فيها بإيجابه قبل قبول الطرف الآخر، فإذا انصرف أحد الطرفان قبل القبول بطل الايجاب، ومن الاختلافات بين الرجل والمرأة

---

[279] سهيلة عاشور وسعيد خنوش، الخلع بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 02، المجلد 12، أفريل 2020، ص ص 482، 483.

[280] أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص ص 132، 133.

[281] عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص 152.

في الخلع أيضا ان الرجل له أن يعلق ايجابه على أمر مثل أن يقول خالعتك على مقدار كذا من المال على ان يقبل أبوك، بينما لا تستطيع المرأة ان تعلق ايجابها على شيء[282].

ثانيا: مشروعية الخلع

الخلع جائز شرعا عندما يستحكم الخلاف بين الزوجين ولا تثمر جهود الوسطاء في التوفيق بينهما أو عندما ترى الزوجة أنها لا تستطيع أن تقوم بحقوق زوجها وأحبت فراقه، لأن التمادي في الشحناء والمباغضة والخلاف مجلبة للفساد ومحطمة للصحة الجسدية والنفسية، فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم عن البغضة بأنها الحالقة–يعني حالقة للدين وللفضائل الإنسانية، وقد دلّ على جواز الخلع ما جاء في الكتاب والسنة والاجماع، أما من الكتاب فمصداقا لقوله سبحانه وتعالى **(الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ)** فقد أباحت هذه الآية الكريمة للزوجة أن تفتدي نفسها بمال تعطيه للزوج، وأباحت للزوج ان يقبله، وذلك إن خافا عدم القيام بحقوق الزوجية على نحو ما شرعه الله من حسن الصحبة وجميل العشرة[283].

أما من السنة فقد **(روى البخاري عن ابن عباس أن امرأة ثبت ابن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت والله يا رسول الله ما أعتب على ثابت في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم أتردين عليه الحديقة، قالت نعم، فقال الرسول صلى الله**

[282] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 330.

[283]أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 133.

عليه وسلم اقبل الحديقة وطلقها تطليقة)، فهذا الحديث دلّ على أن المرأة إذا كرهت زوجها أو خافت ألا تقيم حدود الله حياله فلا حرج ان تفتدي نفسها ولا حرج أن يقبل الزوج هذا الفداء مقابل تسريحها[284].

ومن الاجماع فقد أجمع جمهور الفقهاء والعلماء على ان الخلع جائز لما جاء في الكتاب والسنة، إذ يكفي من المرأة ان تقول أنها غير راغبة في العيش مع زوجها خوفا من عدم قدرتها على الوفاء بحقه، ولم يطالبها الشارع بتعليل ذلك، فالخلع جائز في الشريعة الإسلامية مع الشقاق والوفاق ودون إذن من القاضي، وعلى المرأة دفع المال المتفق عليه حتى يتم الخلع، اما إذا عضل الزوج زوجته ليحملها على ان تفتدي نفسها فقد اتفق المالكية والشافعية والحنابلة على أن الخلع باطل والعوض مردود على المرأة إن أخذه منها، ويقع به طلاق رجعي مصداقا لقوله تعالى **(وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ)**[285].

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من الخلع

لقد اعتبر المشرع الجزائري الخلع حقا للزوجة يمكنها من خلاله وضع حد للزواج من خلال طلب الفرقة من القضاء دون موافقة الزوج وبمقابل مالي يتم الاتفاق عليه بينهما، وفي حالة عدم الاتفاق يحدد قيمته القاضي الذي ينظر في طلب الزوجة، بشرط ألا تتجاوز هذه القيمة مقدار صداق المثل وقت صدور الحكم[286]، لكن أحكام الخلع في قانون الأسرة تختلف نوعا ما عن الشريعة، إذ أن الخلع يوقعه القاضي وليس الزوج، ولا يشترط أن ينطق الزوج بالكلمات الدالة على الخلع، بل يكفي أن يحكم به القاضي، كما لا يجب موافقة الزوج على الخلع ولا على قيمة بدل الخلع.

---

[284] أحمد فراج حسين، مرجع سابق ، ص 134.

[285] سهيلة عاشور وسعيد خنوش، ص 485.

[286] المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

ورغم أن قانون الأسرة الجزائري لم يوجب على الزوجة طالبة الخلع أن تسبب طلبها أو أن تذكر الظروف التي دفعتها إلى طلب الخلع، إلا أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أحدث لبسا في هذا الشأن عندما أقر أنه على القاضي أن يعاين ويكيف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع[287]، فهل معنى هذا أن الزوجة ملزمة بتحديد أسباب طلبها الخلع، وإن لم يقتنع القاضي بهذه الأسباب هل له رفض إيقاع الخلع؟، تبقى هذه الأسئلة ذات إجابة مبهمة بالنظر إلى القانون.

لكن حسب رأينا الخاص أن الأولى هو الأخذ بقانون الأسرة الذي لم يوجب على الزوجة تحديد أسباب طلبها للخلع، ولو افترضنا أن نص المادة 54 قانون أسرة ناقص، فإنه يجب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية بنص المادة 222 من قانون الأسرة، والشريعة الإسلامية أيضا لا تلزم الزوجة بتوضيح أسباب الخلع إلا فيما يتعلق بكونها تخاف ألا تقيم حدود الله وحقوق زوجها إن استمرت معه.

وفيما يتعلق بإجراءات طلب الخلع فإنها لا تختلف عما سبق بيانه بالنسبة للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والتطليق بطلب من الزوجة، إذ يتم افتتاح دعوى الخلع بموجب عريضة تراعي القواعد المعمول بها، بحيث تكون الزوجة هي المدعي والزوج مدعى عليه، ويتم تبليغ الزوج والنيابة العامة بتاريخ الجلسة، مع وجوب قيام القاضي بجلسات الصلح.

وفي حالة عدم الصلح يحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، مع الحكم ببدل الخلع، ويكون هذا الحكم غير قابلا للاستئناف فيما عدا جوانبه المادية، كما لابد من الإشارة إلى أن الخلع لا يسقط حقوق المرأة كما يظن بعض الجاهلين بالقانون، إذ تحتفظ المرأة بجميع حقوقها كما هو الحال في الصور الأخرى من الطلاق.

[287] المادة 451 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

المطلب الثالث: صور أخرى لفك الرابطة الزوجية

بالإضافة إلى الصور التي تعرضنا إليها لفك الرابطة الزوجية والتي تناولها المشرع الجزائري بالتنظيم توجد بعض الصور لإنهاء العلاقة الزوجية بعضها أشار إليها المشرع في غير الباب المتعلق لفك الرابطة الزوجية، وأخرى أشار إليها باقتضاب شديد عند تنظيمه لأحكام الطلاق، وبعضها الآخر لم يتعرض له بتاتا غير أنه ثابت بأحكام الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول: في قانون الأسرة

هي صور أقل شيوعا لفك الرابطة الزوجية، تناولها المشرع الجزائري في قانون الأسرة من خلال نوعين، هما الفسخ والطلاق بسبب النشوز.

أولا: الفسخ

سبق وتعرضنا لأحكام فسخ الزواج في قانون الأسرة عند دراسة شروط عقد الزواج وهي أحكام تختلف عن ما جاء في الفقه الإسلامي، وقد انتهينا إلى أن الفسخ هو جزاء للزواج الفاسد الذي لم يصحح، بحيث أنه إذا تم عقد الزواج دون توفر أحد شروطه التالية: الصداق، الشاهدين، الولي في حالة وجوبه، فإن الزواج يفسخ إذا لم يتم الدخول بين الزوجين ولا يترتب عليه أي أثر، بمعنى أنه لا يعتبر طلاقا لأن الطلاق يترتب عليه العديد من الآثار سواء تعلقت بالجانب المادي أو غير المالية، لكن توجد حالة أخرى للفسخ وهي الزواج بأحد المحرمات من النساء سواء كانت الحرمة مؤبدة أو مؤقته، فإنه يترتب

عليه فسخ الزواج سواء تم الدخول او لم يتم، وفي حال تم الدخول يثبت النسب ويجب على المرأة الاستبراء[288].

والحقيقة أنه حتى بالنسبة لهذه الحالة فإن القانون لا يعتد بما هو واقع، إلا إذا تم اللجوء إلى القضاء وصدور حكم قضائي يفسخ الزواج، وقبل ذلك يبقى الزواج قائما، مع أن الزواج الرسمي الموثق لا يكون إلا بتوفر شروطه حيث لا يمكن تصور أن يعقد ضابط الحالة المدنية زواج قاصر دون ولي، أو زواج تم الاتفاق فيه على اسقاط الصداق، أو دون شهود، باستثناء حالة زواج المحارم قد يعقده نتيجة لعدم علمه بالتحريم، وعموما إذا تم الزواج دون أحد الشروط السالفة الذكر، وأراد صاحب المصلحة فسخه فإنه عليه اللجوء إلى القضاء، وتسجيل دعوى موضوعها فسخ عقد الزواج، وتسير الجلسات وفقا للإجراءات القانونية، ثم يحكم القاضي بعد معاينته للوقائع ونظره في الدلائل بفسخ الزواج.

ثانيا: الطلاق بسبب النشوز

تعرض قانون الأسرة للطلاق بسبب النشوز في المادة 55 منه، إضافة للمادة 56، لكنه لم يعرف النشوز ولم يوضح أحكامه باستثناء إشارته للإصلاح بين الزوجين عن طريق حكمين، لذا لابد من الرجوع إلى الشريعة الإسلامية التي تعرضت لنشوز الزوجين وفصلت فيه، وفي نشوز الزوجة يقول الله سبحانه وتعالى **(وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا)**[289].

[288] المادتين 33 و34 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[289] سورة النساء، الآية 34.

لقد حددت هذه الآية الكريمة الخطوات التي يتبعها الزوج في حالة نشوز زوجته والمتمثلة في الموعظة الحسنة ثم الهجر في المضجع والضرب غير المبرح وغن كان يستحسن تركه[290]، وقد عرّف المالكية نشوز الزوجة بأنه الخروج عن الطاعة الواجبة للزوج، كأن تمنعه من الاستمتاع بها أو خروجها بلا إذنه لمحل تعلم أنه لا يأذن به، أو تركها لحقوق الله تعالى كالطهارة والصلاة، أو إغلاق بابها دونه، أو خيانته في نفسها أو ماله[291].

إذا قام الزوج بكل تلك الخطوات ولم يفد ذلك في شيء واستحكم الخلاف والشقاق بين الزوجين نتيجة لذلك، ولم يطلق الرجل زوجتهن ولم تخالعه هي، فإن الشرع قد وضع حلا آخر يظهر في قوله سبحانه وتعالى (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا)[292]، وتكون مهمة الحكمين هي الإصلاح بين الزوجين، وهو أيضا ما نص عليه قانون الأسرة إذ يجب على القاضي تعيين حكم من أهل المرأة وحكم من أهل الرجل إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر، على أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين من تاريخ تعيينهما[293]، ثم إن القاضي يحكم بالطلاق إذا لم يتمكن الحكمان من الإصلاح بين الزوجين، أما في الشريعة فقد اختلفت الآراء بين من يرى أن مهمة الحكمين الإصلاح ولهما حق إيقاع الفرقة بين الزوجين في حالة عدم الصلح، وبين من يرى أن مهمتهما تقتصر على الإصلاح فقط[294].

---

[290] سلمان نصر، أحكام النشوز الزوجي في ضوء الكتاب والسنة وقانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، العدد 27، المجلد 14، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإنسانية، قسنطينة، الجزائر، ديسمبر 2011، ص 03.

[291] سعادي لعلى، مرجع سابق، ص 313.

[292] سورة النساء، الآية 35.

[293] المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[294] سلمان نصر، أحكام النشوز الزوجي في ضوء الكتاب والسنة وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، الصفحات من 06 إلى 09.

وبخصوص نشوز الزوج فقد ورد في القرآن الكريم قول الله سبحانه وتعالى **(وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا)**[295]، فنشوز الزوج هو نفوره منها واعراضه عنها لسبب من الأسباب كالكبر أو قلة الجمال فيتزوج أخرى ويؤرثها عليها، ويقوم بتخييرها بين الإقامة معه أو الفراق، فلها أن تتنازل له عن حقوقها كالمبيت والنفقة وله أن يقبل بذلك، وهذا هو الصلح المقصود في الآية، فإن لم تقبل طلقها[296].

وفي تعريف النشوز الزوجي حسب الفقه القانوني في الجزائر نجد أن هناك من يعرفه بأنه عدم امتثال أحد الزوجين لأحكام عقد الزواج، ورفض تنفيذ أحكام القضاء الملزمة له بذلك، وكما يكون النشوز من الزوجة كأن تمتنع من الالتحاق ببيت الزوجية أو تغادر بيت الزوجية دون أي سبب مشروع، فإنه قد يكون من الزوج، ومثاله أن يغادر الزوج بيت الزوجية، أو يتخلى على الواجبات الزوجية، كأن يتماطل في إرجاع زوجته إذا صدر حكم بذلك وألزمه بالسعي في ارجاعها، وكذا عدم توفيره للسكن الشرعي، ويبدو من هذا التعريف تأثره بنص المادة 55 من قانون الأسرة في نسخته الفرنسية، حيث يقصر نشوز أحد الزوجين في مغادرة بيت الزوجية[297].

وحسب رأينا الخاص فإن القاضي عند نظره لدعوى طلاق بسبب النشوز فإنه غير ملزم بالنص الفرنسي بل بالنص العربي الذي كما سبق لم يفصل فب الأحكام الخاصة بالنشوز لذا عليه الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية السابق بيانها للفصل في مثل هذا الطلب، وعلى العموم فإن دعوى النشوز يمكن

---

[295] سورة النساء، الآية 128.

[296] سلمان نصر، أحكام النشوز الزوجي في ضوء الكتاب والسنة وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص ص 04، 05.

[297] لعلى سعادي، مرجع سابق، ص 318.

ان يرفعها الزوج إذا كانت الزوجة ناشزا أو الزوجة إذا كان الزوج ناشزا، ويكون ذلك وفقا للقواعد المتعارف عليها والسابق بيانها، وعلى المدعي إثبات نشوز المدعى عليه بكل طرق الاثبات، كما على القاضي الصلح وكذا تعيين الحكمين في حالة لم يثبت الضرر، وأخيرا يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر.

الفرع الثاني: في الشريعة الإسلامية

لقد جاءت الشريعة الإسلامية بصور أخرى لفك الرابطة الزوجية وإحداث الفرقة بين الزوجين لم يرد النص عليها مطلقا في القانون الجزائري، ويمكن هنا أن نتناول ثلاث صور هي الايلاء والظهار واللعان.

أولا: الإيلاء

الإيلاء لغة هو الحلف مطلقا، وفي اصطلاح الفقهاء هو حلف الزوج بالله تعالى أو بصفة من صفاته على ترك قربان زوجته (مجامعتها) أكثر من أربعة أشهر، أو التزامه أمرا يشق عليه إن هو قاربها في هذه المدة، ولا يعتبر إيلاءً إذن إن حلف على عدم قربانها مدة أقل من أربعة أشهر، أو إن امتنع عنها دون يمين أي دون حلف بالله، أو أنه حلف بغير الله، أو أن علق التزامه بأمر يسير، مثل قوله والله لا أقربك حتى أصلي ركعتين[298]، والأصل في الايلاء قول الله سبحانه وتعالى **(لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ)**[299].

[298] أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص ص 183، 184.

[299] سورة البقرة، الآيتين 226 و227.

ويشترط في الإيلاء أيضا أن تكون الزوجة مدخولا بها، وأن يكون الزوج مكلفا فلا يصح من الصغير والمجنون والمعتوه، وإذا وقع الإيلاء على الصورة السابق بيانها، وصبرت الزوجة على ذلك كان للزوج أن يتم مدة الايلاء وليس عليهما شيء، أما إذا انقضت مدة أربعة أشهر وطلبت الزوجة من الزوج أن يرجع (يفيئ) عن إيلائه فإن له خيارين، إما أن يرجع ويكفر عن يمينه، أو أن يطلقها، فإن أبى طلقها الحاكم جبرا، ويكون الفيء أي الرجوع عن الإيلاء بجماع الزوجة إن كان قادرا عليه، وفي حالة وجود مانع يكون عند المالكية بالوعد بالوطء عند زوال المانع[300].

ورغم أن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على الإيلاء كصورة مستقلة من صور فك الرابطة الزوجة، ولم يستعمل هذا المصطلح أبدا، إلا أنه يوجد فيه حكم يقترب كثيرا إلى الإيلاء، وهو ما جاء في المادة 53 منه، هذه المادة كما سبق بيانه تقر أحكام التطليق، وتبين الأسباب التي تمكن المرأة من طلب التطليق، ومن هذه الأسباب الهجر في المضجع لمدة تفوق أربعة أشهر، الذي يعد سببا يمكن للمرأة من خلاله طلب التطليق، غير أن القانون اكتفى بذلك فلم يوضح هل الأمر يتعلق بيمين أو أنه مجرد امتناع، رغم أن مجرد الامتناع عن جماع الزوجة لا يعد في الشريعة إيلاء إلا إذا كان مقترنا بالحلف بالله على عدم قربانها لأكثر من أربعة أشهر.

ثانيا: الظهار

يُعرف الظهار بأنه تشبيه الرجل زوجته أو جزء شائعا منها يعبر به عن الكل، بما لا يحل له النظر إليه من المحرمات عليه من النساء على التأبيد ولو برضاع أو مصاهرة، ومعنى ذلك ان الظهار صيغة مشتملة على تشبيه الزوجة بإمراه محرمة عليه مؤبدا، كأن يقول لها أنت محرمة عليّ كظهر أمي، تشبيها للمرأة بالمركوب على ظهره، فإن قال لها أنت أمي دون تشبيه لم يكن ظهارا ولو نواه، أما التشبيه

[300] عياش عوفي، مرجع سابق، ص ص 96، 99.

الضمني مثل ان يقول أنت علي مثل أمي أو أختي فيكون ظهارا إذا نواه، والظهار لا يكون إلا من الزوجة فلا يصح من أجنبية أو المطلقة طلاقا بائنا[301]، كما لا يعتبر ظهارا التشبيه بمن تحرم عليه حرمة مؤقتة، أو التشبيه بشيء محرم عليه من غير النساء كالخمر ولحم الخنزير، بل يكون طلاقا بائنا إذا نواه، ومجرد لغو إن لم تكن له نية أصلا[302].

أما عن أصل الظهار فهو في قوله تعالى **(قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا ۚ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ (1) الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ ۖ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ ۚ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا ۚ وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ (2) وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ۚ ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ ۚ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ (3) فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ۖ فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ۚ ذَٰلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ ۗ وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ(4))**[303].

فالشارع الحكيم قد جعل الظهار أمرا مستهجنا بل ذنبا بدليل قوله تعالى (مُنكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا)، وأنه ألزم المظاهر الكفارة حتى يكفر عن ذنبه ويستطيع الرجوع إلى معاشرة زوجته، والكفارة هنا كبيرة نظرا لعظم الذنب، وهي ليست على أساس التخيير بل الترتيب، إذ يجب عليه أولا أن يحرر رقبة، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يجد فإطعام ستين مسكينا.

ويجب على الزوجة أن تمنع نفسها عن المظاهر حتى يكفر عن ظهاره وأن تطالبه بالتكفير فإن أبى ترفع أمرها إلى القاضي، ويجب على هذا الأخير أن يجبره على الكفارة، فإن أبى يطلقهما دفعا للضرر عن الزوجة، لكن لو قال الزوج لقد كفرت يتم تصديقه ما لم يكن معروفا بالكذب، أما إن رفض

---

[301] بدران أبو العنين بدران، مرجع سابق، ص 272.

[302] أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 191.

[303] سورة المجادلة، الآيات من 01 إلى 04.

الكفارة فإن الظهار يظل قائما حتى لو طلقها وانقضت عدتها وتزوجت غيره وطلقها، لأن الظهار لا يسقط إلا بالتكفير، ولا يجوز له أن يقربها إلا بعد التكفير، أما لو كان الظهر مقيدا كان يقوم الزوج انت علي كظهر أمي شهرا، فإنه لا يجوز له أن يقربها خلال ذلك الشهر إلا بعد الكفارة، فإن انقضى الشهر زال الظهار ولم يكن على الزوج كفارة[304].

أخيرا يمكن القول أن المشرع الجزائري لم يتناول الظهار في قانون الأسرة، لكن حسب رأينا الخاص يمكن أن يدخل في صورة التطليق، خاصة وأن السبب الأخير من أسباب طلب المرأة للتطليق هو الضرر المعتبر شرعا، فإذا قام الزوج بالظهار من زوجته، ولم يكفر عن ظهاره فإنها تحرم عليه شرعا، ويجب عليها أن تمنع نفسها منه كما سبق بيانه، فإن أبى فإنها تتضرر ضررا كبيرا ولها إذن طلب التطليق من القضاء للضرر المعتبر شرعا.

ثالثا: اللعان

لقد سبق وأن تناولنا أحكام اللعان عند دراسة نفي النسب بالطرق المشروعة، لذا لن نعيد شرحه، لكن يمكننا القول أن اللعان حسب جمهور الفقهاء هو فسخ لعقد الزواج، فلا يتوقف على القضاء، وتثبت به الحرمة المؤبدة بين المتلاعنان، فلا يجوز لهما الرجوع بأي حال من الأحوال لانكسار الثقة بينهما، وفي ذلك قال الرسول صلى الله عليه وسلم (المتلاعنان لا يجتمعان أبدا)[305].

وفيما يتعلق بإجراءاته أمام القضاء، فإنه يتم برفع الزوج وحده دعوى أمام القضاء المختص، وهو موطن المدعى عليه مادام لا يوجد نص خاص باللعان أو نفي النسب، فيتحقق القاضي من شروط قبول الدعوى، والمعمول به في القضاء الجزائري أن دعوى اللعان لنفي النسب لا تقبل إلا وفقا للشروط التي

---

[304] أحمد فراج حسين، الصفحات من 192 إلى 194.

[305] عياش العوفي، مرجع سابق، ص 158.

حددها الفقه المالكي، وخاصة فيما يتعلق بالمدة التي حددها اجتهاد المحكمة العليا بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو الوضع[306].

وحسب اطلاعنا على قرارات المحكمة العليا لم نجد أية دعوى لعان موضوعها التفريق بين الزوجين فقط، خاصة وأن كلا الزوجين لديهما طرق أخرى لفك الرابطة الزوجية، وعلى فرض لجوئهم إلى اللعان لإقامة حد الزنا أو القذف فإن ذلك غير موجود في القانون الجزائري، باستثناء إمكانية متابعة الزوج بجنحة القذف إذا رفع دعوى اللعان ثم رفض الحلف، لذا فإن جل دعاوى اللعان أمام القضاء الجزائري مع قلتها يكمن هدفها في نفي النسب.

وبعد قبول الدعوى يحيل القاضي الزوجين بموجب حكم إلى مسجد البلدة التي يوجد بها مسكن الزوجية، فيجري اللعان أمام إمام المسجد، مع حضور محضر قضائي لمعاينة الواقعة، وتبليغ الزوجين بصيغة اللعان وتحرير محضر بذلك يتم تقديمه للقاضي، وبناء عليه يصدر القاضي حكمه الذي يقرر التفريق بين الزوجين ونفي نسب الولد (لان الدعوى كما سبق هدفها نفي النسب)[307].

وفي هذا الصدد أقرت المحكمة العليا أن التفريق باللعان يأخذ حكم الطلاق البائن ولا يكون فسخا، وهذا ما ذهب إليه المذهب الحنفي، لأن الجمهور كما سبق يرون أن اللعان يحرم المتلاعنان أبدا، أما في حالة امتناع الزوج عن أداء أيمان اللعان بعد رفع الدعوى فإنه يعرضه إلى المتابعة الجزائية بتهمة القذف، وبامتناع الزوجة عن الملاعنة فإنه يثبت في حقها تهمة الزنا[308].

---

[306] عز الدين كيحل، اللعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقه في القضاء الجزائري، مجلة المفكر، العدد الأول، المجلد 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر، فيفري 2008، ص 128.

[307] نفس المرجع السابق، ص 128.

[308] سناء قندوز، اللعان وإشكالاته الفقهية والقانونية والقضائية، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، العدد02، المجلد02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، الجزائر، جويلية 2011، ص ص 127، 128.

المبحث الثاني: آثار فك الرابطة الزوجية

إذا انتهت العلاقة الزوجة عن طريق الوفاة فإن الآثار المترتبة عن ذلك تقتصر على التوارث بين الزوجين وهو ليس محل دراستنا، كما يترتب على الزوجة العدة، أما إذا انحلت الرابطة الزوجية بالطلاق فإن الأثر الأول الذي يترتب عن ذلك هو التفريق بين الزوجين، ورجوعهما أجنبيين عن بعضهما البعض، كما يترتب عن الطلاق أيضا مجموعة من الآثار الأخرى، منها ما لا يقدر بالمال، وهي التي سميناها الآثار غير المالية، ومنا ما يقدر بالمال، اصطلحنا على تسميتها الآثار المالية، وهذه الأخيرة قد يثور حولها الكثير من النزاعات.

المطلب الأول: الآثار المالية

لما كان الزواج يوجب على الزوج النفقة على زوجته وأولاده إن أثمر الزواج عن ميلادهم، فإن الطلاق أيضا لا يعفيه من هذا الواجب، إذ تجب عليه نفقة الأولاد بصورة مطلقة حتى يصلون إلى السن القانونية أو يستغنون عن نفقته بالكسب، وكذا تجب عليه نفقة زوجته التي طلقها طيلة فترة العدة، كما قد يترتب عن الطلاق ضرر لأحد الزوجين، مما يستوجب التعويض إن توفرت شروطه، ومن ناحية أخرى قد يثور النزاع بين الزوجين بعد الطلاق حول من له الأحقية بالمتاع الموجود بمنزل الزوجية، وقد تطرق قانون الأسرة الجزائري لهذه الأحكام وهو ما سنتناوله بالدراسة في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: التعويض والنفقة

إن النفقة هي أثر من آثار الطلاق الذي يترتب على عاتق الزوج المطلق في كل الأحوال سواء أثمرت العلاقة الزوجة عن ميلاد أطفال أو لا، على خلاف التعويض الذي لا يكون كأثر من آثار

الطلاق إلا في حال وجود ضرر، وطالب به من وقع الضرر عليه، وللتوسع في دراسة هذين الأثرين سنتناول كلا منهما على حدا فيما يلي.

أولا: التعويض

حسب القواعد العامة التعويض هو الجزاء المترتب على الاخلال بالالتزام العام بعدم الإضرار بالغير، فإذا تم خرق هذا الالتزام ترتب عن ذلك التعويض لمن لحقه الضرر من طرف من خرق الالتزام، وقد أقر القانون المدني أن كل من يسبب ضررا للغير بخطئه يلزم بالتعويض، واعتبر التعسف في استخدام الحق من بين الأخطاء التي توجب التعويض[309]، أما قانون الأسرة فإنه تعرض للتعويض عن الطلاق في ثلاث مواضع، أي في ثلاث صور من صور الطلاق هي:

- **الطلاق التعسفي**[310]: وهو الذي يستخدم فيه الزوج حقه في فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة لكنه يتعسف في استخدامه، حيث يطلق زوجته دون سبب ودون وجود أي عيب فيها، مما يسبب لها ضررا كبيرا نفسيا وماديا، فيحكم القاضي لها بالتعويض حسب جسامة الضرر الذي لحق بها.
- **التطليق**[311]: غالبا ما تلجأ الزوجة للتطليق إذا كانت متضررة لأي سبب من الأسباب المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة، وهنا عليها أن تثبت الضرر بكل الوسائل حتى يحكم لها القاضي بالتعويض.
- **الطلاق بسبب النشوز**[312]: عند نظر القاضي في دعوى النشوز وبعد تأكده من نشوز أحد الزوجين وعدم الصلح بينهما فإن القانون يلزمه بأن يحكم بالطلاق والتعويض للطرف

---

[309] المادتين 124 و125 من القانون المدني الجزائري، مصدر سبق ذكره.

[310] المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[311] المادة 53 مكرر من نفس المصدر السابق.

[312] المادة 55 من نفس المصدر السابق.

المتضرر، ويظهر من ذلك أن التعويض هنا يحكم به القاضي حتى دون أن يطلبه الطرف المتضرر.

هذه هي الحالات الثلاث التي تعرض لها قانون الأسرة صراحة، غير أن التساؤل يثار حول باقي صور الطلاق الأخرى، مثل الطلاق بالتراضي والخلع واللعان والظهار والايلاء، هل يعني ذلك ان هذه الصور لا يمكن فيها تعويض الطرف المتضرر من فك الرابطة الزوجية، والإجابة عن ذلك حسب رأينا أنه بالنسبة للطلاق بالتراضي لا يمكن تصور طرف متضرر لأن كلا الزوجين قد تراضيا على الطلاق واتفقا على تفاصيله، أما الخلع فإنه لا يوجد ما يفيد عدم مطالبة الطرف المتضرر بالتعويض لذا يمكن طلبه وعلى القاضي النظر فيما إذا كانت شروطه متوفرة من خلال وقائع الدعوى ووسائل الإثبات.

أما الصور الأخرى لفك الرابطة الزوجية الذي لم يتطرق إليها قانون الأسرة أصلا (الإيلاء، الظهار، اللعان)، فإنها أيضا إذا عرضت على القضاء من أجل فك الرابطة الزوجية، يمكن للطرف المتضرر –وهي الزوجة في الايلاء والظهار وقد تكون الزوجة أو الزوج في اللعان– أن يطالب بالتعويض فينظر القاضي في الطلب، وله السلطة التقديرية في قبوله أو رفضه وكذا له السلطة التقديرية في تحديد قيمته سواء تعلق الامر بالتعويض عن الضرر المادي مثل خسارة وظيفة أو تعليم بسبب الزواج أو كان الضرر معنويا مثل الحزن الشديد والمساس بالسمعة والكرامة والشرف.

ثانيا: النفقة

يعتبر الزوج رب الأسرة والملزم شرعا وقانونا بالنفقة على أسرته والقيام على شؤونها، وعند انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق، تظل هذه المسؤولية على عاتق الرجل تجاه الزوجة المطلقة بصورة مؤقته، وهو ما يعرف بنفقة العدة، وتجاه أبنائه إن وجدو حتى تسقط عنهم بحكم القانون.

1-نفقة العدة

أقر قانون الأسرة للمعتدة الحق في نفقة عدتها[313]، وهذا الحكم مستمد من الشريعة الإسلامية، وتكمن الحكمة منه أن العلاقة الزوجية مازالت قائمة حكما إذ يمكن للرجل ارجاع زوجته في فترة العدة دون رضاها ودون الحاجة إلى عقد جديد، أما في القانون فإن العدة يبدا احتسابها بعد تاريخ الحكم بالطلاق، والطلاق القضائي هو طلاق بائن لا يستطيع فيه الرجل ارجاع زوجته إلا بعقد جديد، مما يفقد نفقة العدة للحكمة من إقرارها.

وعلى العموم فإن نفقة العدة تشمل مثل غيرها ثمن الغذاء والعلاج والكسوة والسكن وكل ما يعتبر من ضروريات الحياة حسب العرف والعادة[314]، ويقدرها القاضي حسب ظروف الطرفين ويحكم بها عند الحكم بالطلاق مهما كانت الصورة التي وقع بها الطلاق باستثناء الطلاق بالتراضي الذي يكتفي فيه بالمصادقة على اتفاق الطرفين

أما إذا كان الطلاق بائنا مثل ما هو الحال في الخلع والايلاء والظهار، والمطلقة ثلاثا، فقد اختلفت الآراء في ذلك، حيث يرى جمهور الفقهاء أن نفقة العدة وغيرها من الحقوق لا تسقط، بينما يرى المذهب المالكي أنه ليس لها عدة ولا نفقة عدة بل يجب عليها الاستبراء فقط، أما القضاء الجزائري فقد اختلف في ذلك بين من يرى أن المادة 61 التي تنص على نفقة العدة قد جاءت لتشمل كل صور الطلاق مهما كانت وسواء كان الطلاق بائنا أو رجعيا، وهو أيضا رأي الجمهور، بينما هناك من ضيق في تفسير

[313] المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[314] المادة 78 من نفس المصدر السابق.

المادة ورأى أنها تخص الطلاق الرجعي دون البائن وتبنى مذهب الإمام مالك الذي يرى عدم أحقية المختلعة –وغيرها ممن طلقت طلاقا بائنا– في نفقة العدة[315].

2–نفقة الأولاد

لقد سبق وتعرضنا لنفقة الأولاد في آثار عقد الزواج، ولا يوجد اختلاف بينها وبين نفقة الأولاد بعد الطلاق، خاصة إذا أسندت الحضانة للأب، لكن إذا أسندت للأم وهو الغالب، فإن القاضي يحكم بالنفقة وحق الايجار لصالح الأولاد، والذي يقدر عادة بمبلغ شهري يلزم على الأب دفعه للحاضنة حتى تسقط الحضانة عنها، سواء ببلوغ الأولاد السن القانونية أو لأي سبب آخر.

3–نفقة الإهمال

وهي النفقة الواجبة على الزوج تجاه زوجته وأولاده قبل صدور الحكم بالطلاق بمعنى هي نفقة مرتبطة بقيام العلاقة الزوجية، فقد يمتنع الزوج عن النفقة والزوجة مازالت تقيم في بيت الزوجية، وقد تغادر الزوجة والأبناء بين الزوجية ويمتنع الزوج عن النفقة عليهم، فللزوجة أن تطالب بهذا النوع من النفقة الذي اصطلح على تسميته قضاءً بنفقة الإهمال.

هذا ما أشار إلى معناه قانون الأسرة عندما أقر بأن النفقة تستحق من تاريخ رفع الدعوى، ويمكن للقاضي أن يحكم بها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة واحدة من تاريخ رفع الدعوى[316]، ويقصد بالدعوى هنا سواء الدعوى المرفوعة من الزوجة للمطالبة بالنفقة، أو دعوى الطلاق بمختلف صوره.

---

[315] حدة مبدوعة وعيسى معيزة، حقوق المختلعة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة أبحاث، العدد02، المجلد 06، جامعة الجلفة، الجزائر، ديسمبر 2021، ص 334.

[316] المادة 80 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

الفرع الثاني: النزاع حول متاع البيت

تناول قانون الأسرة أحكام النزاع حول متاع البيت في المادة 73 منه، لكنه لم يحدد ما المقصود بمتاع البيت باستثناء إشارته إلى وجود متاع معتاد للنساء ومتاع معتاد للرجال ومتاع مشترك بين الرجال والنساء، وكما أنه لم يعطي أي أمثلة على ذلك، وأمام هذا النقص لابد من البحث عن معنى متاع البيت، فالمقصود بالبيت هنا هو بيت الزوجية أي مكان إقامة الزوجين والأبناء إن وجدوا سواء كان البيت مملوكا لهما أو لأحدهما أو كان مؤجرا، والمعروف أن البيت لا يمكن العيش فيه إلا إذا بوجود مجموعة من الأشياء التي تعين على قضاء الحوائج اليومية، فقد يوجد بالبيت أشياء ضرورية وقد يوجد بها أيضا أشياء كمالية، وذلك حسب قدرة الطرفين المالية، وتسمى هذ الأشياء بمتاع البيت.

وبالتالي يمكن تعريف متاع البيت بأنه مجموعة الأشياء الموجودة في بيت الزوجية والمخصصة للاستعمال المشترك لكل من الزوجين وباقي أفراد الأسرة سواء الأولاد أو من كان يقيم معهم مثل الجد أو الجدة أو غيرهم، ومثال ذلك الأفرشة بمختلف أنواعها، والأثاث، والأواني، والأجهزة الكهرو منزلية، أما ما يخص أحد الأفراد في حد ذاته مثل ما يخص الزوجة في حد ذاتها كلباسها ومجوهراتها وأدوات التجميل، أو ما يخص الزوج مثل لباسه وكتبه ومقتنياته الشخصية، فإنها لا تدخل ضمن متاع البيت ولو كانت موجودة فيه، ولا يطبق عليها أحكام المادة 73 من قانون الأسرة[317].

لقد أورد المشرع الجزائري أحكام النزاع حول متاع البيت في الفصل المتعلق بآثار الطلاق مما يفترض أن هذا النزاع يقع بعد الطلاق، غير أن المادة 73 تستخدم مصطلح الزوجين، أي أن الزواج مازال قائما وقام النزاع، وهذا أمر غير متوقع إلا إذا كان الأمر يتعلق بالنزاع بين أحد الزوجين وورثة

[317] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2013، ص ص 148، 149.

الزوج الآخر المتوفي، او كان النزاع بين ورثة الزوجين إذا توفيا، أما في حالة الطلاق فكان الأصح ان يستخدم المشرع لفظ المطلقين، وعموما لا يمكن تصور قيام النزاع حول متاع البيت بين الزوجين حال زواجهما.

أما فيما يتعلق بالحلول القانونية لمثل هذا النزاع، فإن المشرع أيضا لم يفصل فيه، وتناول حالتين فقط، هما حالة وجود المتاع ووجود البينة على ملكيته، وحالة وجود المتاع وعدم وجود البينة على ملكيته، ووضع القاعدة التالية:

- حالة وجود المتاع ووجود البينة على ملكيته، هنا لا يثور أي إشكال، فكل طرف من أطراف النزاع يحصل على ما أقام البينة على ملكيته.
- حالة وجود المتاع وعدم وجود البينة على ملكيته، هنا يحكم القاضي للرجل أو ورثته بما ادعاه إذا كان معتادا للرجال مع تكليفه بأداء اليمين على صحة ادعائه، ويحكم للمرأة أو ورثتها بما هو معتاد للنساء مع تكليفها بحلف اليمين على صحة ادعائها، أما الأشياء المشتركة بين الرجال والنساء فإن القاضي يحكم بتقسيمها مناصفة بين الرجل والمرأة أو ورثتهما، مع تكليفهم بأداء اليمين أيضا[318].

وحسب رأينا فإن المشرع يقصد بالمعتاد للرجال ما يقوم عادة الرجال بتوفيره لبيت الزوجية مثل الأدوات الكهرو منزلية وغرفة النوم، إذ عادة ما يلتزم الزوج في المجتمع الجزائري بشرائه، أما المعتاد للنساء فهو الأفرشة، حيث من المتعارف عليه في مجتمعنا أن الزوجة تأتي بالجهاز قبل يوم من زفافها، والذي يتمثل في الأفرشة، اما المشتركات بينهما فإنه يقصد بها على الأرجح ما يمكن أن يوفره الزوج أو الزوجة لمسكن الزوجية مثل الأواني والأثاث.

[318] المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

بالإضافة للحالتين السابق شرحهما، توجد حالة ثالثة لم يتطرق لها المشرع، وهي حالة عدم وجود المتاع في بيت الزوجية أصلا، أي انكار وجوده من قبل أحد الزوجين، أو ادعائه أن الزوج الآخر قد أخذه ففي هذه الحالة هل يطبق حكم المادة 73 من قانون الأسرة أم تطبق الأحكام العامة.

لقد أجابت المحكمة العليا الجزائرية على هذا السؤال في عدة أحكام لها، حيث أقرت تطبيق القواعد العامة التي تقضي بأن البينة على من إدعى واليمين على من أنكر، فمن يدعي وجود الأثاث يجب أن يقيم البينة على ذلك، ومن ينكر ذلك عليه أن يؤدي يمين النفي[319]، ورغم ذلك توجد قرارات أخرى من المحكمة العليا قضت خلافا لذلك بتوجيه اليمين للزوجة المدعية والحكم لها بما ادعته رغم إنكار الزوج وجود المتاع اصلا[320]، مما يعني عدم وجود اجتهاد موحد أمام المحكمة العليا الجزائرية.

المطلب الثاني: الآثار غير المالية

يترتب على فك الرابطة الزوجية أيضا آثارا غير مالية، أي لا تقدر بالمال، منها ما يتعلق بالزوجين فقط، ومنها ما يتعلق بالأطفال إن وجدوا، فبالنسبة للزوجين نجد ان العلاقة الزوجية بعد الطلاق مباشرة عادة ما تبقى سارية حكما بشكل مؤقت لإمكانية التصالح بين الزوجين، وهو ما يسمى بالعدة.

أما بالنسبة للأطفال فإن انفصال الأب والأم يعني أن كلا منهما سيقيم في مكان منفصل عن الآخر، ومن مصلحة الأطفال الاستقرار في بيت واحد وعدم تشتيتهم بين الإثنين، لذا فإنهم في سن معينة يجب أن يقيموا مع أحد الأبوين، أو غيرهم من الأقارب ممن يتكفل بتربيتهم ورعايتهم وحفظهم، وهذا ما يسمى بالحضانة.

---

[319] ساجي علام، مرجع سابق، ص 157.

[320] عبد السلام عبد القادر، النزاع حول متاع البيت بين النص التشريعي والاجتهاد القضائي، مجلة الإحياء، العدد الأول، المجلد الرابع، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة1، جوان 2002، ص 263.

الفرع الأول: العدة

تعرض قانون الأسرة لأحكام العدة في الفصل الثاني (آثار الطلاق) من الكتاب الثاني (انحلال الزواج) في أربعة مواد[321]، حدد فيها أنواع العدة، وعدم خروج المعتدة من البيت الزوجي، غير أنه لم يتعرض لبعض الاحكام الأخرى ذات الأهمية، لذلك سنتناول كل هذه الاحكام تبعا لقانون الأسرة الجزائري واحكام الشريعة الإسلامية.

أولا: تعريف العدة والحكمة من تشريعها

العدة شرعا تربص يلزم المرأة عند الفرقة من نكاح صحيح مؤكد بالدخول، أو ما يقوم مقامه من الخلوة أو الموت، أو بعد وطئ بشبهة أو نكاح فاسد، فإذا وقعت الفرقة لأي سبب من الأسباب فلا يحل للمرأة أن تتزوج إلا بعد أن ينتهي الأجل الذي حدده الشارع لانتظارها، أما الرجل فيحل له الزواج بعد الفرقة دون انتظار، إلا إذا كانت التي طلقها رابع نسائه، فلا يحل له الزواج إلا بعد انتهاء عدتها، لأنه لا يجوز الجمع بين أكثر من أربعة في النكاح أو في العدة، وكذا إذا وجد مانع، فلا يجوز له أن يتزوج من لا يستطيع أن يجمع بينها وبين مطلقته حتى تنتهي عدتها[322]، ويترتب على ذلك عدة نتائج هي:

- أن العدة تكون من جانب المرأة دائما، وتكون من جانب الرجل في حالات استثنائية.
- أن المرأة لا تعتد إلا في الزواج المتأكد بالدخول فلا عدة لغير المدخول بها.
- أن المرأة المتزوجة زواجا صحيحا تعتد بمجرد الخلوة أو الوفاة.
- أن الزواج الفاسد والوطء بشبهة تعتد فيه المرأة إذا كان هناك دخول حقيقي، ولا تعتد بما يقوم مقامه أي الخلوة.

---

[321] المواد من 58 إلى 61 من قانون الاسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[322] أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 209.

- أن الزانية لا عدة لها[323].

والعدة واجبة شرعا في الكتاب والسنة والاجماع، فمن الكتاب تعددت الآيات التي أقر فيها الشارع الحكيم وجوب العدة، ومن ذلك قوله سبحانه وتعالى **(وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ)**[324]، ومن السنة قول الرسول صلى الله عليه وسلم **(لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج فإنها تحد عليه أربعة أشهر وعشر، كما أجمع علماء الأمة على وجوب العدة في الجملة واختلفوا على أنواع منها)**[325].

وقد وجبت العدة لحكم عديدة منها جعل المرأة متربصة بنفسها لمدة من الزمن حتى يتمكن المطلق من التروي والتفكير المطول حول ما وقع منه من طلاق، وذلك لإمكانية ندمه وارجاع زوجته خلال فترة عدتها بعد زوال الغضب والنزاع الذي أدى إلى لجوئه إلى الطلاق، فمتى انتهت فترة العدة وزالت كل دواعي الغضب مع بقائه على قراره فإن ذلك يعني أنه على بينة وبصيرة بما أوقعه فلا يلحقه الندم بعد ذلك لتأكده من رغبته في مفارقة هذه المرأة، ومن ناحية ثانية وجبت العدة على المرأة للتأكد من خلو رحمها من الحمل، وذلك حتى يتم الحفاظ على الأنساب من الاختلاط، كما أن وجود الحمل قد يكون سببا قويا لرجوع الرجل عن قرار الطلاق رغبة منه في الحفاظ على أسرته ولم شملها، ومن ناحية أخرى تعتبر

---

[323] بدران أبو العنين بدران، مرجع سابق، ص 296.

[324] سورة البقرة، الآية 228.

[325] هشام ذبيح، أحكام العدة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الأول، المجلد 04، المركز الجامعي بريكة، الجزائر، جانفي 2021، ص 43.

العدة فترة لتربص المرأة وعدم زواجها أو خطبتها من غير زوجها تقديسا للزواج فلا ينقطع حبله بتلك السهولة، وبالمثل في حالة الوفاة تعتد المرأة وفاء لزوجها وحزنا عليه[326].

ثانيا: أنواع العدة

إذا كانت العدة تعني تربص المرأة بنفسها فلا يجوز لها أن تتزوج غير زوجها، كما لا يجوز لها الخروج من بيت الزوجية، إلا أن مدة العدة تختلف من امرأة إلى أخرى حسب الظروف التي توجد فيها، وذلك على النحو التالي بيانه:

1-عدة القروء

يقصد بها عدة المرأة المطلقة التي تحيض، أي التي مازالت تشهد الحيض، وهذه مدة عدتها بنص القرآن ثلاثة قروء، وقد اختلف الفقهاء حول معنى القروء، حيث يرى الحنابلة والحنفية أنها الحيضات (فعدتها ثلاث حيضات)، بينما يرى المالكية والشافعية أنها الطهر (بمعنى تعتد بثلاث أطهار)، أما المشرع الجزائري فقد اكتفى بلفظ القروء دون تحديد معناها في المادة 58 من قانون الأسرة.

2- عدة الشهور

وهي تتعلق بالمطلقة التي لا تحيض نظرا لصغر سنها أو لكبر فيه أي يأسها من المحيض، فتعتد بثلاثة أشهر قمرية، فإن وقع الطلاق وسط الشهر تعتد بتسعين يوما، وقد أشار قانون الأسرة في المادة 58 إلى عدة اليائس من المحيض وحددها بثلاثة أشهر، لكنه لم يشر إلى الفتاة التي لا تحيض لصغر في سنها على اعتبار أن القانون لا يجيز زواج الصغيرات اللاتي لم تبلغن.

---

[326] سعاد سطحي، أحكام العدة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، العدد 08، المجلد 04، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، جوان 2004، ص 159.

3-عدة المرأة الحامل

تعتد المرأة الحامل بوضع حملها، سواء كان الفراق بطلاق أو بعد زواج فاسد أو فسخ أو وفاة، وحتى لو مر على الفراق زمن يسير، غير أن الفقهاء اختلفوا حول شروط عدة الحامل حيث يرى المالكية ان الحامل تعتد بعدة الحمل ولو وضعت علقة، بينما يرى الحنابلة والشافعية أن الحمل الذي تنقضي به العدة هو الذي يتبين فيه شيء من خلق الإنسان كالرأس واليد والرجل، وأن يكون الحمل منسوبا لصاحب العدة ولو احتمالا[327]، أما المشرع الجزائري فإنه أقر أيضا عدة الحامل بوضع حملها، لكنه حدد أقصى مدة للحمل بعشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو وفاة الزوج[328].

4-عدة المتوفى عنها زوجها

تعد المرأة المتوفى عنها زوجها بأربعة أشهر وعشرة أيام ما لم تكن حاملا، سواء تم الدخول بها أو لا، بشرط أن يكون الزواج صحيحا، وسواء كانت من ذوات الحيض أو يائسة منه، وقد قدرت العدة بهذه المدة حتى لا تزيد في الحزن على زوجها أو تفرط في ذلك، وكذا لأن الحمل يظهر لا محالة في مثل هذه المدة، أما إن كان زواجها فاسدا أو وطئا بشبهة فتعتد بالقروء أو الأشهر[329]، ولم يفصل قانون الأسرة الجزائري في ذلك غير أنه حدد مدة العدة بأربعة أشهر وعشرة أيام بالنسبة للمتوفى عنها زوجها وكذا زوجة المفقود، وتحتسب هذه المدة بالنسبة لزوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم القضائي بفقده[330].

5-عدة المستحاضة

---

[327]مليكة هنان، محاضرات في مقياس أحكام الطلاق في التشريع الجزائري، مطبوعة موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر حقوق تخصص قانون الأسرة السداسي الثاني، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي البيض، الجزائر، 2020/2019، الصفحات من 48 إلى 50.

[328] المادة 60 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[329]أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 2017.

[330] المادة 59 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

المستحاضة هي المرأة التي لا يستقيم حيضها، ويستمر نزول الدم عليها لفترة طويلة عن المعتاد، فإن كانت تعلم عدد أيام حيضها فإنها تعتد بالقروء حسب عدد الأيام والوقت الذي جرى عليه حيضها، أما إن كانت لا تعلم ولا تميز بين دم الحيض ودم الاستحاضة بأن تكون عادتها غير منتظمة، فتعتد بثلاث أشهر لأنها مدة ثلاث حيضات في الأغلب[331]، أما المالكية فيرون أن عدتها سنة كاملة[332].

6- عدة المتحيرة والمرتابة

المتحيرة هي المرأة التي كانت تحيض وانقطع حيضها لسبب لا تعلمه، فتتحير هل تعتد بالقروء أو بالأشهر، وفي ذلك يرى المالكية والحنابلة بأنها تعتد بسنة واحدة إذا انقضت ولم ترى الدم خلالها، فإن رأت الدم خلالها تعتد بسنة أخرى حتى يمضي ثلاث قروء، اما المرتابة فهي من بلغت سن اليأس أو أوشكت أن تبلغه، فإنها ترى الدم لا تعرف ما هو، هل دم حيض أو استحاضة، فعدتها ثلاثة أشهر[333].

ثالثا: إشكالية اختلاف العدة في قانون الأسرة الجزائري عن الشرع

الاختلاف في هذا الصدد يتعلق بتاريخ حساب مدة العدة، وهو ناتج بالضرورة عن كون المشرع الجزائري لا يعتد إلا بالطلاق القضائي، فمن جهة نجد أن المشرع أقر هذا الحكم لحرصه على استقرار النظام والعلاقات الأسرية، فلا يأخذ بأي ادعاء ليس له اثبات أو دليل، لكن من جهة ثانية فإن هذا الحكم يترتب عليه مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية بصورة غير مقبولة.

ولنضرب في ذلك مثال بسيط حول العدة، إذا طلق الزوج زوجته شفهيا وقع الطلاق، وعادة ما تخرج المرأة إلى بيت أهلها وتنقضي عدتها ويتحول طلاقها إلى طلاق بائن، لا يمكن للزوج شرعا

---

[331] بدران أبو العنين بدران، مرجع سابق، ص 301.

[332] هشام ذبيح، مرجع سابق، ص 54.

[333] نفس المرجع السابق، ص ص 54، 55.

مراجعتها إلا بعقد جديد، لكنها تبقى في نظر القانون زوجته وبإمكانه رفع دعوى رجوع ضدها فإن رجعت تعتبر علاقتهما زنا، وإن رفضت الرجوع اعتبرت ناشزا في نظر القانون، وإذا رفع الزوج عليها دعوى طلاق للنشوز حكم القاضي لصالحه، والمرأة أصلا مطلقة، هذا ما يعتبر تناقضا واضحا بين الشرع والقانون، وهذا مجرد مثال، والأمثلة لا تنتهي، لذلك يجب على المشرع أن يعيد النظر في هذه الاحكام، وان يجد حلا وسطا بين ضرورة استقرار المعاملات الأسرية وبين ضرورة عدم مخالفة الأحكام الشرعية.

الفرع الثاني: الحضانة

إن الحضانة من أخطر الآثار المترتبة على فك الرابطة الزوجية، لأنها تتعلق بمصير الأطفال الذين أثمرت عنهم العلاقة الزوجية، فبعد أن كانوا يعيشون في ظل حياة أسرية، تفككت هذه الأسرة وصار لزاما أن يتبع الأطفال أحد الأبوين، أو شخصا آخر من الأقارب ليتولى رعايتهم، ونظرا لخطورة مسألة الحضانة فقد اولاها قانون الأسرة أهمية خاصة، حيث أنه تناولها بموجب إحدى عشرة مادة[334].

ورغم ذلك اعترى أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري الكثير من الثغرات والنقص، مما جعل دور القاضي كبيرا في قضايا الحضانة واتسع مجال سلطته التقديرية من جهة، واختلفت الأحكام القضائية حول الحضانة من جهة إلى أخرى، ناهيك عن ضرورة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، هذه الأخيرة يوجد فيها اختلاف فقهي أيضا، فكان أحرى بالمشرع أن يتبنى في كل مسألة رأيا واحدا من آراء فقهاء الشريعة، ويصيغها في شكل نص قانوني واضح لا مجال فيه للاجتهاد وبالتالي الاختلاف.

أولا: تعريف الحضانة وشروطها

[334] المواد من 62 إلى 72 من قانون الاسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

عُرفت الحضانة في قانون الأسرة بأنها رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا[335]، من خلال هذا التعريف تعرض القانون إلى الهدف من الحضانة الذي يتجسد فيما يلي:

- رعاية الطفل لأنه غير قادر على القيام بشؤونه بنفسه، بل إنه لو تركت رعايته لسبب الأذى لنفسه.
- تعليم الطفل، فالتعليم حق للطفل سواء من خلال تعليمه في المدارس وكذلك من خلال تعليمه كل شؤون الحياة داخل البيت.
- تربية الطفل على دين أبيه، أي تربيته تربية إسلامية، لأنه لا يجوز للمسلمة الزواج بغير مسلم، أما إذا كان كلا الأبوين غير مسلمين فمن باب أولى ألا تطبق عليهم أحكام قانون الأسرة المستمد في أغلبه من الشريعة الإسلامية.
- حماية وحفظ صحة الطفل وخلقه، فلابد من القيام بكل ما يلزم بحماية صحة الطفل وحفضها وعدم تعريضها للخطر، وكذلك الحال بالنسبة للأخلاق.

أما في الفقه الإسلامي فقد عرفها الحنفية بأنها (تربية الولد لمن له حق الحضانة)، وعرفها المالكية بأنها (حفظ الولد والقيام بمصالحه)، أما الشافعية فقد عرفوها بأنها (القيام بحفظ من لا يميز، ولا يستقل بأمره، وتسمى الحضانة الكبرى، وتربيته بما يصلحه، ووقايته عما يهلكه)، وعرفها الحنابلة بأنها (تربية من لا يستقل بأموره بما يصلحه ويقيه عما يضره ولو كبيرا أو مجنونا كأن يتعهده بغسل جسده وثيابه ودهنه وكحله وربط الصغير في المهد وتحريكه لينام)، وعرفها الإمام أبو زهرة من الفقهاء

[335] المادة 62 فقرة1 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

المعاصرين بأنها (تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعا)[336].

ومن خلال هذه التعريفات يمكن أن نعرفها حسب رؤيتنا بأنها الوسيلة التي يمكن بواسطتها تعويض الأطفال عن الحياة الأسرية بعد فك الرابطة الزوجية، وذلك من خلال أن تسند لأحد الأبوين أو غيرهما من الأقارب المؤهلين مهمة تربية الأولاد ورعايتهم وتعليمهم وحفظهم جسديا وأخلاقيا ودينيا، وضمان عيشهم في ظروف سوية تمكن من نموهم نموا سليما من الناحية العقلية والعاطفية والنفسية والبدنية.

وفيما يتعلق بشروط الحضانة نجد أن قانون الأسرة لم يفصل في ذلك واكتفى بالقول (يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك)[337]، وقد جاءت هذه العبارة بعد تعريفه للحضانة، معنى ذلك أن القانون يشترط في الحاضن أن يكون مؤهلا للقيام بالحضانة وتحقيق الهدف منها، وتبعا لذلك فإن الحاضن يشترط فيه كل الشروط الجسدية والعقلية والنفسية التي تمكنه من القيام بالحضانة، فمن غير المعقول مثلا تكليف المجنون بحضانة الأطفال، ورغم هذا كان على المشرع أن يحدد على وجه التدقيق هذه الشروط، لذا لابد من الرجوع إلى الشريعة الإسلامية لتحديد هذه الشروط، وهو ما يمكن بيانه فيما يلي:

- يشترط في الحاضن رجلا كان أو امرأة أن يكون بالغا عاقلا، وله القدرة الجسدية والنفسية على القيام بشؤون المحضون.

---

[336] مليكة هنان، مرجع سابق، ص ص 57، 58.

[337] المادة 62 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

- أن يكون الحاضن رجلا كان أو امرأة أمينا، بمعنى ألا يكون فاسقا أو مهملا وأن يقيم بالولد في مكان آمن.
- ألا يكون الحاضن مرتدا عن الإسلام، لأن جزاء ردة الرجل القتل وجزاء ردة المرأة الحبس.
- اتحاد الديانة (الإسلامية) بين الحاضن الرجل والمحضون، أما المرأة فلا بأس من كونها تختلف في الديانة عن المحضون ما دام صغيرا لا يفرق بين الأديان، لكن عند تمييزه لهذه الأمور يسحب منها حق الحضانة خوفا على الولد من الفتنة.
- يشترط في الحاضنة (الانثى) ألا تكون متزوجة بغير قريب محرم للمحضون وان تكون من رحم المحضون.
- يشترط في الحاضن (الذكر) أن يكون من محارم المحضونة إذا كانت أنثى[338].

ثانيا: أصحاب الحق في الحضانة ومدتها

الحضانة في الأصل حق للمحضون لأن الهدف منها القيام على كل شؤونه حتى يصبح قادرا على القيام بها بنفسه، ولكن نظرا لكون الحضانة تعني أيضا أن يقوم أحد أرحام المحضون المؤهلين برعايته فإن هؤلاء وخاصة الأم والأب قد يتنازعون على أمر حضانته نظرا لحبهم وتعلقهم وشفقتهم عليه، لذا فإن الشرع والقانون قد جعل ترتيبا لمن هو أولى بحضانة الطفل.

بالنسبة للقانون الجزائري نجد أنه قد حدد أصحاب الحق في الحضانة على أساس الترتيب بمعنى أن الأول هو من تؤول له الحضانة إن كان أهلا لها فإن لم يكن كذلك أو سقط عنه الحق في الحضانة انتقلت إلى صاحب الترتيب الثاني وهكذا، غير أنه يجب مع ذلك مراعاة مصلحة المحضون، فقد يكون صاحب الترتيب الأول مثلا أهلا للحضانة لكن يرى القاضي أن مصلحة المحضون مع صاحب الترتيب

[338]أحمد فراج حسين، مرجع سابق، الصفحات من 286 إلى 291.

الذي يليه فيحكم له بالحضانة، ويكون حكمه صحيحا لأن مصلحة المحضون هي الأساس، أما عن الترتيب الذي حدده المشرع ففقد جعل الأم هي الأولى بحضانة ابنها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة[339].

إن الترتيب الذي جاء به قانون الأسرة جديد، حيث تم استحداثه بعد تعديل سنة 2005، ويلاحظ أنه قد قدم الأب على بقية النساء القريبات للمحضون، ورغم أنه ليس ملزما للقاضي على اعتبار أن مصلحة المحضون أولى منه، إلا أنه لا يتفق مع ما هو ثابت في الفقه الإسلامي الذي يفضل النساء على الرجال، كما أن قرابة الأم أولى من قرابة الأب، لذا فالأم أولى بحضانة ابنها ثم أم الأم، وإن علت، ثم أم الأب وإن علت، ثم الأخوات الشقيقات ثم الاخوات لأم ثم لأب، ثم الخالة الشقيقة، ثم لأم ثم لأب، ثم بنت الأخت، وإذا لم يكن للمحضون ذوات رحم تحضنه تؤول للعصبات ذوي الرحم المحرم، فتكون الحضانة للأب، ثم الجد الصحيح وإن علا، ثم للإخوة الأشقاء ثم لأبناء الأشقاء ثم أبناء الاخوة لأب، ثم الأعمام، أما إذا كان العصاب من غير المحارم مثل أبناء الأعمام فلا تثبت حضانتهم للأنثى وتثبت للذكر[340].

وفي حال لم يكن للطفل الذكر عصبة مطلقا ولم يكن للطفلة الأنثى عصبة ذات رحم محرم فإن الحضانة تنتقل للأقارب ذوي الأرحام المحارم، فتكون للجد لأم، ثم الأخ لأم، ثم أبناء الأخوات الشقيقات، ثم لأب، ثم أبناء الأخ لأم، والأخت لأم، ثم العم لأم، ثم الخال الشقيق، ثم لأب ثم لأم، ولا حق لبنات العم والعمة والخال والخالة في حضانة الذكر لعدم المحرمية، ولا حق لأبناء العم والعمة والخال والخالة في حضانة الانثى لعدم المحرمية، وإذا لم يوجد للصغير من يحتضنه أبدا وضعه القاضي عند امين يثق

[339] المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[340] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، الصفحات من 406 إلى 409.

به سواء كان رجلا أو امرأة[341]، ويمكن القول هنا أن جميع من تم ذكرهم هم الأقربون درجة للمحضون الذين نص عليهم قانون الأسرة في المادة 64 بعد الأم والأب والجدة لأم والجدة لأب والخالة والعمة.

وفيما يتعلق بمدة الحضانة فإنه يقصد بها المدة الضرورية لحضانة الطفل حتى يصبح قادرا على القيام بشؤونه، ويستطيع تمييز ما يؤذيه، وقد فرق قانون الأسرة الجزائري فيها بين الذكور والإناث في مدة الحضانة، حيث تنتهي الحضانة بالنسبة للذكر ببلوغه سنة 10 سنوات، مع إمكانية تمديدها إلى 16 سنة إذا طالبت بذلك الأم حصرا بشرط أن تكون غير متزوجة، اما بالنسبة للأنثى فتنتهي مدة حضانتها ببلوغها سنة الرشد أي 19 سنة، وفي كل الأحوال يجب على القاضي أن يراعي مصلحة المحضون عند حكمه بانتهاء الحضانة[342].

لم يحدد قانون الأسرة أية أحكام تطبق على الأبناء بعد انقضاء مدة الحضانة، ولا يثور إشكال بالنسبة للبنت لأنها تبلغ سن الرشد، فلها كامل الحرية في التصرف في شؤونها، لكن الذكر سواء بلغ سن العاشرة أو السادسة عشر يثار التساؤل حول الوضع القانوني له، لأنه قاصر ومازال بحاجة إلى الرعاية وإن كانت من نوع آخر.

بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أن هناك اختلاف بين الفقهاء، حيث يرى الحنفية أن تطبق أحكام الضم، بمعنى أن يسلم الذكر والأنثى إلى العاصب الأقرب من الرجال، أي الأب ثم الذي يليه من العصبة لأن الذكر يحتاج إلى أن يتربى ويتخلق بأخلاق الرجال، والأنثى تحتاج إلى الصيانة والحفاظ عليها من الفتنة وطمع الرجال، ويشترط كذلك في الذي يضم الطفل شروط الحاضن سالفة الذكر[343]، بينما يرى الشافعية أن المحضون سواء كان ذكرا أو انثى بعد انتهاء مدة حضانته يخير بين البقاء عند

---

[341] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص ص 409، 410.

[342] المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[343] بدران أبو العنين بدران، مرجع سابق، ص 331.

أمه أو أبيه، فإن اختار ترك عند من اختاره، واختلف معهم الحنابلة بالنسبة للأنثى حيث يرون أنها تسلم إلى أبيها مطلقا بعد بلوغها السابعة لحاجتها إلى الصيانة، في حين يرى المذهب المالكي أن الذكر بعد البلوغ يكون عند الأب بينما تبقى الأنثى عند الأم حتى تتزوج وتدخل إذا كانت في حرز ومأمن وإلا فوليها أحق بها[344].

ويمكننا القول أنه أمام سكوت نص القانون واختلاف رأي فقهاء الشريعة الإسلامية، فإن السلطة التقديرية ترجع للقاضي عند نشوء نزاع حول الطفل بعد انتهاء مدة الحضانة، حيث يمكن للقاضي أن يأخذ بأي رأي فقهي عند رجوعه إلى أحكام الشريعة الإسلامية وليس هناك ما يجبره على اتباع مذهب فقهي معين، حتى وإن كان قانون الأسرة الجزائري يستمد أغلب الأحكام من فقه الإمام مالك، إلا أن المادة 222 من قانون الأسرة لم تلزم اتباع مذهب معين، ومع ذلك يبقى على القاضي أن يراعي مبدأ مهما وهو مصلحة المحضون[345]، إذ يجب عليه أن يحكم ببقاء الطفل الذكر عند الأصلح له من كل النواحي.

ثالثا: سقوط الحق في الحضانة وعودته

يقصد بسقوط الحق في الحضانة أن يفقدها من هو أحق بها طبقا للقانون، وبالتالي تنتقل إلى من هو بعده في المرتبة، وعادة ما تسند الحضانة للأم لأنها الأولى بأبنائها، فتسقط عنها أو عن غيرها من الحاضنين لسبب من الأسباب التي نص عليها قانون الأسرة الجزائري[346] وهي كالتالي:

1-اختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة، وبالرجوع إلى هذه المادة نميز بين نوعين من الشروط، أولها ما نصت عليه الفقرة الأولى التي عرفت الحضانة بأهدافها، فإن أخل

---

[344] مليكة هنان، مرجع سابق، ص 69.

[345] المادة 65 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[346] المواد من 66 إلى 70 من نفس المصدر السابق.

الحاضن بأحد أهداف الحضانة سقط حقه فيها، أما النوع الثاني من الشروط ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 62 وهي أن يكون الحاضن مؤهلا للقيام بالحضانة، وقد سبق وأن تعرضنا لتلك الشروط بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فإن تخلف أحدها سقط حق الحاضن وانتقل إلى غيره ممن نص عليه القانون، وقد اكد المشرع أن عمل المرأة لا يعتبر سببا من أسباب سقوط حقها في الحضانة لكن مع مراعاة مصلحة المحضون في كل الاحوال[347].

2-زواج الحاضنة بغير قريب محرم[348]، ويقصد بالحاضنة هنا أية امرأة لها حق الحضانة سواء كانت أما أو جدة او خالة او عمة او غيرها، فبمجرد زواجها برجل ليس من أقارب المحضون المحرمين فإن الحضانة تسقط عنها وتنتقل إلى غيرها ممن لهم الحق فيها، ومن ناحية أخرى إذا كانت الحاضنة هي الجدة لأم أو الخالة وسكنت بالمحضون مع أمه المتزوجة بغير قريب محرم فإن الحضانة تسقط عنهما[349].

3-التنازل عن الحضانة[350]، فإذا تنازل من له الحق في الحضانة أولا، فإنها تنتقل إلى غيره، ولم يحدد المشرع ما إذا كان يجب أن يكون التنازل رسميا أو شفهيا أو بموجب طلب يقدم إلى القضاء، غير أنه ربط سقوط الحق في الحضانة بالتنازل بعدم الإضرار بالمحضون، فإذا كان التنازل يضره فإنه لا يمكن التنازل عن الحضانة، ومثال ذلك ألا يكون للمحضون شخص غير الحاضن، خاصة وأن الحضانة هي أيضا حق للمحضون وبالتالي يجبر الحاضن عليها في بعض الأحيان، ولا يجوز له التنازل عنها أو التهرب منها.

---

[347] المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[348] المادة 66 من نفس المصدر السابق.

[349] المادة 70 من نفس المصدر السابق.

[350] المادة 66 من نفس المصدر السابق.

4-عدم المطالبة بالحق في الحضانة لمدة تزيد عن سنة[351]، إذ أن من له الحق في الحضانة أولا يجب عليه المطالبة به قضاءً، فإن لم يطالب به يعتبر متنازلا عنه ومتخليا عن حقه وغير راغب به، فمن العدل أن تبقى الحضانة عند من تولى رعاية الولد بعد عدم مطالبة من له الحق في الحضانة به، غير أن المشرع ربط سقوط الحضانة في هذه الحالة بشرطين، أولهما أن تمر سنة كاملة على عدم مطالبة من له الحق في الحضانة بعد اكتسابه هذا الحق، والثاني هو عدم وجود عذر لصاحب الحق في الحضانة لعدم المطالبة بها، فإن وجد العذر وأقنع القاضي فلا يسقط حقه فيها.

5-رغبة الحاضن في الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي، ولم يعتبر المشرع هذا السبب مسقطا للحق في الحضانة على إطلاقه، بل جعل السلطة التقديرية للقاضي في الحكم إما بإثبات الحضانة أو اسقاطها، مع ضرورة مراعاة مصلحة المحضون في ذلك[352]، وتجدر الإشارة ان المقصود بالاستيطان هو الإقامة بشكل نهائي ودائم في البلد الأجنبي، ولكن المشرع لم يبين ما المقصود بالبلد الأجنبي، وحسب رأينا أنه يقصد بلد آخر غير الذي كان منزل الزوجية مقرا له، وهو في الأغلب الدولة الجزائرية.

إن سقوط الحضانة لسبب من الأسباب سالفة الذكر قد لا يكون مطلقا، لان الحق في الحضانة قد يعود من جديد بعد سقوطه، وذلك إذا كان سبب السقوط غير اختياري[353]، هذا ما أقره قانون الأسرة، غير أنه لم يحدد معيارا للتمييز بين السبب الاختياري والسبب الاجباري، وبالتالي ترك الأمر للقاضي ليقرر ذلك بناء على سلطته التقديرية، ومدى قدرة المدعي في اثبات أن السبب كان غير اختياري.

---

[351] المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

[352] المادة 69 من نفس المصدر السابق.

[353] المادة 71 من نفس المصدر السابق.

رابعا: حق الزيارة

لم يتناول قانون الأسرة أحكام الحق في الزيارة إلا من خلال الإشارة إليه مرة واحدة فقط، عندما أقر بأنه يجب على القاضي عند الحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بالحق في الزيارة[354]، مما يطرح الكثير من التساؤلات حول هذا الحق، بداية بمعناه، ومن له الحق في الزيارة، وما هي مدتها ومكانها، وهل يسقط حق الزيارة، والواقع أن القاضي الجزائري له السلطة التقديرية الواسعة في هذا المجال، مع ضرورة التزامه بالمبدأ الأساسي في مسائل الحضانة ألا وهو مصلحة المحضون.

من المنطقي أن الحق في الزيارة هو حق للمحضون بالدرجة الأولى لأنه بحاجة إلى كلا أبويه وباقي الأقارب المقربين حتى يعيش حياة مستقرة نفسيا، كما أنها حق أيضا للطرف الذي لم يحصل على الحضانة وكان قريبا للطفل بدء بأبيه وأمه وأجداده، لذا نرى بان حق الزيارة هو حق المحضون في زيارة أحد أبويه الذي لم يحصل على الحضانة وأقارب هذا الأخير، كما أنها حق الأب أو الأم الذي لم يحصل على الحضانة وحق عائلته كذلك وخاصة من أعطاهم قانون الأسرة حق الحضانة بموجب المادة 64 منه، لذا يستوي أن يكون مكان الزيارة هو مكان الحضانة أو بيت الطرف الذي لم يحصل على الحضانة.

أما فيما يتعلق بزمن الزيارة فيجب أن يكون في ذات الوقت كافيا لتحقيق الهدف من الزيارة، وهو الاطلاع على شؤون المحضون وتعهده بالرعاية، وأيضا يجب ألا يطول لدرجة تشتت المحضون وضياعه بين الحاضن والزائر، خاصة وأن الزيارة تحمل الطابع المؤقت.

[354] المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

الخاتمة

لقد استهل قانون الأسرة الجزائري أحكامه بالتطرق إلى أحكام الزواج والطلاق، حيث بدأ بعقد الزواج، الذي يقوم على جملة من الأركان والشروط كما يترتب عليه العديد من الآثار، ثم الطلاق الذي يتم بأحد الصور المختلفة التي نص عليها القانون، وهذا أيضا ما يترتب عليه مجموعة من الآثار القانونية، ومن خلال دراستنا وشرحنا وتفصيلنا لأحكام الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري توصلنا إلى مجموعة من النتائج يمكن التطرق إلى أهمها فيما يلي:

-لقد تأخر إصدار تقنين الأسرة الجزائري عن بقية القوانين الأخرى داخل الدولة بعد استقلالها، حيث صدر أول قانون للأسرة الجزائرية سنة 1984 وهو القانون رقم 11/84، وذلك راجع بالأساس إلى اختلاف وجهات النظر حول طبيعة هذا القانون بين من رأى ضرورة أن تكون الشريعة الإسلامية هي مرجعيته الأساسية، وبين من رأى ضرورة استجابته للنظرة الغربية، خاصة المساواة بين الرجل والمرأة وحقوق هذه الأخيرة، وانتصر في النهاية التيار الأول، مع اصطباغ قانون الأسرة ببعض ما دعا إليه التيار الثاني.

-بعد سن قانون الأسرة الجزائري تعرض لانتقادات شديدة من قبل المشتغلين بشؤون الأسرة وبالتحديد التيار المتشبع بالثقافة الغربية، كما أن الممارسة العملية قد أثبتت وجود الكثير من الغموض والنقائص والثغرات التي جعلت القضاء يلعب دورا بارزا في سد تلك الثغرات من خلال الاجتهاد، وهو ما أدى في كثير من الأحيان إلى اختلاف الأحكام القضائية، ما دفع أيضا إلى ارتفاع الأصوات المطالبة بتعديله، وهو ما لم يتحقق إلا سنة 2005 التي شهدت أول وآخر تعديل لقانون الأسرة، وبالرغم من ذلك مازال هذا القانون يعاني من الكثير من النقائص، ومازال المختصون يطالبون بضرورة تعديله.

-بالرغم من كون المشرع الجزائري قد ترك الكثير من الثغرات في قانون الأسرة، إلا أنه حاول وضح حل لتلك النقائص من خلال نص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية في

كل ما لم يرد فيه نص، وهذا ما يعتبر حلا للكثير من النزاعات التي لم يتطرق قانون الأسرة إلى حلها، لكن يبقى هذا الحل غير كاف، خاصة وأن أحكام الشريعة الإسلامية معظمها يوجد فيه خلاف بين الفقهاء، مما يؤدي أيضا إلى اختلاف الأحكام القضائية عند الرجوع إلى الشريعة الإسلامية.

-لقد وقع المشرع في قانون الأسرة وبالتحديد في أحكام الطلاق والزواج في ذات المشكلة سابقة الذكر إذا أن الكثير من الأحكام يشوبها الغموض أو النقص أو التناقض، وفي مسائل غاية في الأهمية مثل: أهلية الزواج، الإشهاد على الزواج، النسب، الحضانة، حق الزيارة، التطليق، بطلان الزواج، فسخ الزواج..الخ.

-حاول المشرع من خلال تعديل قانون الأسرة سنة 2005 الاستجابة لمطالب المختصين، وقد أزال الغموض والتناقض عن بعض المواد مثل ما هو الحال في مسألة الخلع الذي أجازه للمرأة دون موافقة الرجل، ومثل مشكلة اقتران الخطبة بالفاتحة الذي أصبح يعتبر زواجا شرعيا إذا توفرت فيه شروط وأركان الزواج، كما أنه استجاب لبعض مطالب التيار ذو الثقافة الغربية، مثل عدم اعتبار الولي شرطا في زواج المرأة الراشدة، ورغم ذلك مازال قانون الأسرة يحتاج إلى تعديل للكثير من أحكامه خاصة فيما يتعلق بالزواج والطلاق.

انطلاقا من ذلك نقترح تعديل قانون الأسرة، وأخص بالذكر أحكام الزواج والطلاق، من خلال أحد الطريقتين، الأولى هي تعديل المادة 222 التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يوجد فيه نص، حيث لابد من تحديد مذهب معين يتم الاحتكام إليه عند الرجوع إلى الشريعة الإسلامية، ولنقل المذهب المالكي على اعتبار أن المجتمع الجزائري يتبع هذا المذهب، وذلك حتى يكون هناك استقرار في المعاملات الأسرية وعدم اختلاف الأحكام القضائية في هذا الشأن.

أما الطريقة الثانية فتكون بتعديل عدد كبير من المواد من خلال تفصيل أحكامها وإزالة الغموض التي يعتريها، وكذا إزالة التناقض الحاصل فيها، وزيادة مواد أخرى تتعرض للأحكام الناقصة التي لم يتعرض لها قانون الأسرة أصلا.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

- **القرآن الكريم**

1- الدستور الجزائري الصادر سنة 1996 وتعديلاته إلى غاية سنة 2020.

2-القوانين والأوامر

- قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية، عدد 24، صادرة في 12 جوان 1984.
- قانون رقم 09/05 المؤرخ في 04 ماي 2005 يتضمن الموافقة على الأمر 02/05 الذي يعدل ويتمم القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 43، صادرة في 22 جوان 2005.
- قانون رقم 09/08 مؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.
- أمر رقم 66/ 156 مؤرخ في 08 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.
- أمر رقم 20/70 مؤرخ في 19 فبراير 1970 يتضمن قانون الحالة المدنية الجزائري المعدل والمتمم.
- أمر رقم 86/70 مؤرخ في 15 ديسمبر 1970 يتضمن قانون الجنسية الجزائري المعدل والمتمم.
- أمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.
- أمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة رقم 11/84، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 15، صادرة في 27 فيفري 2005، الصفحات من 18 إلى 22.

3-المراسيم

- مرسوم تنفيذي رقم 154/06 المؤرخ في 13 ربيع الثاني سنة 1427 الموافق لـ 11 ماي سنة 2006 يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان سنة 1404 الموافق لـ 09 جوان سنة1984 والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية، عدد 31، مؤرخ في 16 ربيع الثاني سنة 1427 الموافق لـ 14 ماي سنة 2006.

4-القرارات القضائية

- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ2011/05/12، ملف رقم 617374، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، السنة 2012، المحكمة العليا، الجزائر، 2012.

- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2012/03/15، ملف رقم 704222، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، السنة 2013، المحكمة العليا، الجزائر، 2013.

- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2012/12/13، ملف رقم 828820، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، السنة 2014، المحكمة العليا، الجزائر، 2012.

- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2016/12/07، ملف رقم 1027105، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، السنة 2016، المحكمة العليا، الجزائر، 2016.

ثانيا: المراجع

1-الكتب

- أحمد السعيد الزقرد، المدخل للعلوم القانونية، الكتاب الأول: نظرية القانون، دون دار نشر، مصر، 2001.

- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام: الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1998.

- بدران أبو العنين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام بحث تحليلي ودراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مطبعة دار التأليف، مصر، 1961.

- ساجي علام، المختصر في الزواج والطلاق بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، المركز الديمقراطي العربي، برلين، ألمانيا، 2021.

- عباس شومان، مصادر التشريع الإسلامي، الدار الثقافية للنشر، القاهرة، مصر، 2000.

-عبد الرحمان الصابوني، أحكام الزواج في الفقه الإسلامي وما عليه العمل في دولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الثانية، دار القلم للنشر والتوزيع، دبي، الإمارات العربية المتحدة، 2000.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، علم أصول القانون، مطبعة فتح الله الياس وأولاده، مصر، 1936.

- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2013.

- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، الطبعة الثانية، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990.

- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1997.

- علي أحمد عبد العال الطهطاوي، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.

- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1957.

- محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، مصر، 1977.

- هيثم بن محمود خميس، الأربعون النووية في السعادة الزوجية، دار الإداوة للنشر، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2015.

- يحي قاسم علي، المدخل لدراسة العلوم القانونية نظرية القانون نظرية الحق دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، كوميت للتوزيع، القاهرة، مصر، 1997.

2-الدوريات العلمية

- أحمد هيشور، التأطير القانوني لمسائل الأحوال الشخصية في الجزائر إبان العهد الاستعماري، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، العدد 02، المجلد 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف2، الجزائر، سبتمبر 2021.

- أم الخير بوقرة، مبدأ صحة التراضي في إطار إبرام عقد الزواج، مجلة البحوث الأسرية، العدد 02، المجلد الأول، مخبر قانون الأسرة، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، الجزائر، أكتوبر 2021.

- تهاني معيض عويد، أحكام النسب وآثاره في الشريعة الإسلامية وما عليه العمل في القانون الكويتي "دراسة مقارنة"، مجلة كلية دار العلوم، العدد 129، المجلد 37، جامعة القاهرة، مصر، مارس 2020.

- حدة مبدوعة وعيسى معيزة، حقوق المختلعة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة أبحاث، العدد02، المجلد 06، جامعة الجلفة، الجزائر، ديسمبر 2021.

- حفيظة نهايلي، تعديلات قانون الأسرة بين الدافع والضرورة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد الأول، المجلد 03، جامعة الجلفة، الجزائر، جانفي 2010.

- خلود بدر الزمانان، شروط عقد النكاح في الفقه الإسلامي واختيارات قانون الأحوال الشخصية الكويتي مع بعض القوانين الأخرى، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد 04، المجلد 32، جامعة الأزهر، ديسمبر 2017.

- رشيد بن شويخ، قانون الأسرة بين التعديل والتبديل، مجلة الصراط، العدد الثاني، المجلد السادس، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر1، الجزائر، جويلية 2004.

- سعاد سطحي، أحكام العدة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، العدد 08، المجلد 04، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، جوان 2004.

- سلمان نصر، أحكام الصداق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، العدد 09، المجلد 05، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، الجزائر، جويلية 2004.

- سلمان نصر، أحكام النشوز الزوجي في ضوء الكتاب والسنة وقانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، العدد 27، المجلد 14، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإنسانية، قسنطينة، الجزائر، ديسمبر 2011.

- سناء قندوز، اللعان وإشكالاته الفقهية والقانونية والقضائية، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، العدد02، المجلد02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، الجزائر، جويلية 2011.

- سهيلة عاشور وسعيد خنوش، الخلع بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 02، المجلد 12، أفريل 2020.

- الطيب شتوح، دور العرف وأثره في قانون الأسرة الجزائري (مرحلة انعقاد الزواج مقدمته وآثاره)، مجلة التراث، العدد الأول، المجلد 09، جامعة الجلفة، الجزائر، مارس 2019.

- عبد الجليل درارجة، الإحالة على أحكام قانون الأسرة الجزائري ومدى مكانة القاضي في الاجتهاد فيما لا نص فيه، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد 02، المجلد 06، جامعة الشلف، الجزائر، ديسمبر 2020.

- عبد السلام عبد القادر، النزاع حول متاع البيت بين النص التشريعي والاجتهاد القضائي، مجلة الإحياء، العدد الأول، المجلد الرابع، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة1، جوان 2002.

- عبد الله بحماوي وشريف بحماوي، إجراءات إيقاع الطلاق بين الزوجين "دراسة نقدية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد02، المجلد04، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي النعامة، الجزائر، جوان 2018.

- عز الدين كيحل، اللعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقه في القضاء الجزائري، مجلة المفكر، العدد الأول، المجلد 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر، فيفري 2008.

- كريمة جيدل، الذمة المالية للزوجين قراءة في نص المادة 37 من قانون الأسرة، مجلة المعيار، العدد 02، المجلد 06، جامعة تسمسيلت، الجزائر، ديسمبر 2015.

- ليندة جعفور، صداق المثل، مجلة التراث، العدد الأول، المجلد 09، جامعة الجلفة، الجزائر، مارس 2019.

- محمد بوطرفاس، الأسرة الجزائرية بين القانون والعرف، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 33، جامعة قسنطينة1، جوان 2010.

- محمد لمين مسيخ، منهج المشرع الجزائري في سن قانون الأسرة وأثره في تحديد معالم النظام العام فيه، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 09، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مسيلة، الجزائر، مارس 2018.

- نور الدين زمام وسعاد بن قفة، قانون الأسرة الجزائري بين المشاركة السياسية وسياسة المشاركة، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد 07، المجلد 04، جامعة ورقلة، الجزائر، جانفي 2012.
- نوري حدادي، اثبات النسب ونفيه بين الشريعة الإسلامية والمستجدات الطبية، مجلة المنتقى للبحوث والدراسات، العدد 03، المجلد 02، جامعة باتنة1، الجزائر، جوان 2021.
- هشام ذبيح، أحكام العدة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الأول، المجلد 04، المركز الجامعي بريكة، الجزائر، جانفي 2021.
- يوسف عبد الله الشريفين وأحمد صالح بني سلامة، المضامين التربوية في الخطبة وأحكامها، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، العدد الأول، المجلد 33، جامعة الأزهر، مصر، ديسمبر 2017.

3-الدروس والمحاضرات الجامعية

- إبراهيم عماري، أمالي في قانون الأسرة المقارن، موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشلف، 2017/2016.
- سميرة عبدو، قانون الأسرة المقارن، محاضرات ملقاة على طلبة السنة الأولى ماستر تخصص الفقه المقارن وأصوله، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة باتنة 1، الجزائر، السنة الجامعية 2021/2020.
- مليكة هنان، محاضرات في مقياس أحكام الطلاق في التشريع الجزائري، مطبوعة موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر حقوق تخصص قانون الأسرة السداسي الثاني، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي البيض، الجزائر، 2020/2019.

4-الرسائل الجامعية

أ-رسائل الدكتوراه

- رأفت علي نظمي الصعيدي، أثر الفساد والبطلان في عقد النكاح في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الأردن 2007.

- لعلى سعادي، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015/2014.

- محمد بربير، مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري أحكام الزواج والطلاق نموذجا، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، ديسمبر 2020.

ب-رسائل الماجستير

- أحمد شامي، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري "دراسة فقهية ونقدية ومقارنة"، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2009/2008.

- خالدية بلعربي، آثار عيوب الرضا على عقد الزواج، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2015/2014.

- دليلة حمريش، تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري دراسة سوسيو قانونية لقانون الأسرة المعدل والمتمم 2005، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في علم الاجتماع القانوني، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، الجزائر، 2014/2013.

- زبيدة حسام داوود جبور، زواج أصحاب الأمراض العقلية في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المحاكم الشرعية الفلسطينية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 2019.

- عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة، جامعة غزة الإسلامية، فلسطين، 2004.

- عياش عوفي، أسباب انحلال الزواج في قانون الأسرة الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر، 1989.

- اليزيد عيسات بلمامي، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2003/2002.

5-الملتقيات العلمية

- سعاد بن قفة وكلثوم مسعودي، الأسرة الجزائرية كما يصورها قانون الأسرة الجزائري لسنة 2005، الملتقى الوطني الثاني حول الاتصال وجودة الحياة في الأسرة أيام 10/09 أفريل 2013، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة ورقلة، الجزائر.

6-المواقع الالكترونية

- رائد عبد الله بدير، مصطلح "الأحوال الشخصية" مصطلح غربي وجد مكانه في الفقه الإسلامي، مقال منشور على الموقع الالكتروني التالي:https://scharee.com/?p=6067 ، تاريخ زيارة الموقع: 15 أفريل 2023.

- عبد الله ناصح علوان، محاضرة في الشريعة الإسلامية وفقهها ومصادرها، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، متوفر على الموقع الالكتروني التالي:

http://www.abdullahelwan.net/bohoth/16.pdf ، تاريخ زيارة الموقع: 05 أفريل 2023.

قائمة المحتويات

مقدمة.....01

فصل تمهيدي: مدخل إلى قانون الأسرة الجزائري.....04

المبحث الأول: تطور قانون الأسرة الجزائري.....04

المطلب الأول: تطوره قبل تقنين قانون الأسرة سنة 1984.....05

الفرع الأول: قانون الأسرة الجزائري قبل الاحتلال الفرنسي.....05

الفرع الثاني: قانون الأسرة الجزائري خلال فترة الاحتلال الفرنسي.....06

الفرع الثالث: قانون الأسرة الجزائري بعد الاستقلال.....09

المطلب الثاني: تقنين قانون الأسرة سنة 1984 وتعديله..... 10

الفرع الأول: جهود إصدار قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984.....10

الفرع الثاني: تعديل قانون الأسرة الجزائري.....11

المبحث الثاني: مفهوم قانون الأسرة الجزائري.....14

المطلب الأول: تعريف قانون الأسرة..... 14

الفرع الأول: تعريف قانون الأسرة بمفهومه الواسع.....15

الفرع الثاني تعريف قانون الأسرة بمفهومه الضيق.....18

المطلب الثاني: خصائص قانون الأسرة.....19

الفرع الأول: الخصائص الإيجابية.....20

الفرع الثاني: الخصائص السلبية.....21

المبحث الثالث: مصادر قانون الأسرة الجزائري.....23

المطلب الأول: المصادر الأصلية.....24

الفرع الأول: التشريع.....25

الفرع الثاني: الشريعة الإسلامية.....27

المطلب الثاني: المصادر الاحتياطية.....30

الفرع الأول: العرف.....30

الفرع الثاني: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.....32

الفصل الأول: أحكام الزواج.....35

المبحث الأول: مقدمات الزواج.....35

المطلب الأول: الخطبة والعدول عنها.....35

الفرع الأول: مفهوم الخطبة.....36

الفرع الثاني: العدول عن الخطبة.....42

المطلب الثاني: اقتران الخطبة بالفاتحة.....46

الفرع الأول: اقتران الخطبة بالفاتحة بنية التبرك.....47

الفرع الثاني: اقتران الخطبة بالفاتحة في مجلس العقد وتوفر شروط عقد الزواج.....47

المبحث الثاني: عقد الزواج، أركانه وشروطه.....48

المطلب الأول: الزواج وأركانه.....49

الفرع الأول: مفهوم الزواج.....49

الفرع الثاني: أركان عقد الزواج.....55

المطلب الثاني: شروط عقد الزواج.....69

الفرع الأول: أهلية الزواج.....70

الفرع الثاني: الصداق.....78

الفرع الثالث: الولي.....83

الفرع الرابع: الشاهدين.....89

الفرع الخامس: انعدام الموانع الشرعية للزواج.....91

المبحث الثالث: آثار الزواج.....97

المطلب الأول: الآثار المالية.....97

الفرع الأول: الذمة المالية للزوجين.....97

الفرع الثاني: النفقة.....98

المطلب الثاني: الآثار غير المالية.....99

الفرع الأول: الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين.....100

الفرع الثاني: النسب.....101

الفصل الثاني: أحكام الطلاق.....111

المبحث الأول: صور فك الرابطة الزوجية.....111

المطلب الأول: فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوج وبالتراضي.....112

الفرع الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.....112

الفرع الثاني: الطلاق بالتراضي.....118

المطلب الثاني: فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة.....123

الفرع الأول: التطليق.....123

الفرع الثاني: الخلع.....128

المطلب الثالث: صور أخرى لفك الرابطة الزوجية.....133

الفرع الأول: في قانون الأسرة.....133

الفرع الثاني: في الشريعة الإسلامية.....137

المبحث الثاني: آثار فك الرابطة الزوجية.....142

المطلب الأول: الآثار المالية.....142

الفرع الأول: التعويض والنفقة.....142

الفرع الثاني: النزاع حول متاع البيت.....147

المطلب الثاني: الآثار غير المالية.....148

الفرع الأول: العدة.....150

الفرع الثاني: الحضانة.....155

الخاتمة.....165

قائمة المصادر والمراجع.....167

قائمة المحتويات.....176