

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

دور الإرادة

في إبرام عقد الزواج و إنهائه

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق

تحت إشراف:

إعداد الطالب:

أ.د. / زكية تشوار حميدو

عبد الحميد عيدوني

أعضاء لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ-جيلالي تشوار
مشرفا	جامعة تلمسان	أستاذة التعليم العالي	أ-زكية تشوار حميدو
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذ محاضر - أ-	أ-بلقاسم دايم
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذ محاضر - ب-	أ-مراد نعوم

السنة الجامعية : 2014/2013

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

رَبِّ اَوْزَعْنِيْ اَنْ اَشْكُرَ نِعْمَتَكَ
الَّتِيْ اَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ
وَاَنْ اَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَاَدْخِلْنِيْ
بِرَحْمَتِكَ فِيْ عِبَادِكَ الصّٰلِحِيْنَ

سورة النمل، الآية . 19 .

شكر خاص

بعد شكر الله تعالى على تمام فضله وإنعامه، كان لا بد أن أتوجه بالشكر:

- إلى أعلاما عندي والديَّ الكريمين، وإخوتي؛

- إلى الأساتذة الدكتور: تشوار حميد وزكية على تشریفها لي بقبولها الإشراف

عليَّ بالتوجيه والإرشاد؛

- إلى الأساتذة الدكتورة: تشوار الجيلالي ودايم بلقاسم ونعوم مراد على ما

بذلوه لمناقشة هذه المذكرة؛

- إلى كل من الأساتذة: خالد العبدلي ولاتي محمد وبن حمو

حمزة و فيفرة عبد العزيز و بلمقدم بومدين و بن عودة أمين على ما قدموه

من النصيحة والمعونة؛

- وإلى كل من ساندني بقلبه أو بلسانه أو بيده.

إهداء

أهدي عملي هذا:

إلى أرض الجزائر وعامة شهدائها الأبرار، وأخص بالذكر

منهم جدي لأمي الشهيد: بن عريشة يوسف؛

وإلى عامة مشايخي وأساتذتي، وأخص بالذكر

من قضى نجه منهم، كأمثال الدكتور عبد الكريم مامون،

والدكتور عبد الله بن حمو، والدكتور سيدي محمد بوحفص؛

- وإلى عامة طلبة العلم، وأخص بالذكر منهم طلبة علمي

الشريعة والقانون.

قائمة أهم المختصرات

- ج: الجزء.
- ج.ر: الجريدة الرسمية.
- د.س: دون سنة.
- د.ط: دون طبعة.
- د.م.ج: ديوان المطبوعات الجامعية.
- د.و.أ.ت: الديوان الوطني للأشغال التربوية.
- ر.ح: رقم الحديث.
- ر.ف: رقم الفتوى.
- ص: الصفحة.
- ط: الطبعة.
- ع: العدد.
- غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية.
- غ.ش.أ: غرفة شؤون الأسرة.
- ق.أ: قانون الأسرة.
- ق.ش.أ: قسم شؤون الأسرة.
- م: المادة.
- م.أ: المجلس الأعلى.
- م.ع: المحكمة العليا.
- م.ق: المجلة القضائية.
- م.م.ع: مجلة المحكمة العليا.
- ن.ق: النشرة القضائية.

مقدمة

يعرف الزواج¹ في اللغة على أنه مقارنة شيء لشيء، قال ابن فارس: "و من ذلك الزوج زوج المرأة، و المرأة زوج بعلمها و هو الفصيح."²

و الزواج في الاصطلاح الشرعي، عقد يرد على ملك المتعة قصدا³، إلا أن هذا التعريف انتقد من بعض رجال الفقه لتعليقه عقد الزواج بقضاء الشهوة، قال السرخسي: " و ليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة، و إنما المقصود ما بيناه من أسباب المصلحة، و لكن الله تعالى علق به قضاء الشهوة أيضا، ليرغب فيه المطيع و العاصي، المطيع للمعاني الدينية، و العاصي لقضاء الشهوة"⁴، و لذا عرفه أحد الفقهاء أنه: " عقد يفيد حل العشرة بين الرجل و المرأة و تعاونهما، و يحدد ما لكليهما من حقوق و ما عليه من واجبات"⁵.

أما التعريف الاصطلاحي للزواج في القانون فهناك من عرفه على أنه عقد بين رجل و امرأة تحل له شرعا غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة و النسل.⁶

و لقد عرف المشرع الجزائري الزواج في المادة 4 من ق أ- المعدلة بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005- على أن: " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحسان الزوجين و المحافظة على الأنساب " بعدما كان يعرفه على أنه: " عقد يتم بين رجل و امرأة "⁷.

¹- نقل أن أول من شرع الزواج و قننه في العالم: مينا عند المصريين، و فوهي عند الصينيين، و كيكروبس عند اليونان، و سفيتا كيتو عند الهنودس. انظر، إدوارد و بيتر مارك، موسوعة تاريخ الزواج، ترجمة محمد الصمد و هدى رطل، ط.1، المؤسسة الجامعية للدراسات، لبنان، 2001، ص.78.

²-انظر، أبو الحسين بن فارس، مقاييس اللغة، ج.3، ط.1، دار الجيل، بيروت، 1991، ص.35.

³-انظر، زين الدين بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج.7، ط.1، دار التراث العربي، دمشق، 2002، ص.112.

⁴-انظر، شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج.4، ط.1، دار الفكر، بيروت، 2000، ص.178.

⁵-انظر، محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط.3، دار الفكر العربي، مصر، 1957، ص.17.

⁶-انظر، عبد الواحد كرم، معجم المصطلحات القانونية، ط.1، عالم الكتب، بيروت، 1987، ص.251.

⁷- أول قانون مكتوب عرفته الجزائر بشكل منظم يتعلق بالزواج و الطلاق هو الأمر 274/59 المؤرخ في 04/02/1959، ثم بعدها جاء القانون 224/63، الصادر في 1963/06/29، المتضمن تحديد سن الزواج و تسجيله، و أُرْدِف هذا القانون بالأوامر الصادرة في 1966/06/23 و 1969/09/16 و 1971/09/22 و المتعلقة بكيفية الزواج، و على الرغم من ذلك بقي التشريع الجزائري يفتقر إلى تقنين أسري كامل، و استمر القضاء في كثير من أحكامه الأسرية يرجع مباشرة إلى الفقه الإسلامي، إلى أن صدر القانون رقم 11/84 المؤرخ في

و النقد الموجه إلى هذين التعريفين أن كلاهما حدّد تعريف الزواج بتبيان أهدافه، ثم أنه ليس كل عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي يكفي على أنه زواج.

و لذا عرفه الأستاذ تشوار جيلالي على أنه : " عقد يتم بين رجل و امرأة تحل له شرعا وبمقتضاه تنشأ بينهما علاقة أسرية يحدد القانون أركانها و شروطها و انحلالها"⁸.

و مما يدعو إلى الانتباه في المادة 4 من ق أ هو إضافة لفظة " رضائي " إليها، و لا شك أن إضافة هذه اللفظة تبين أن المشرع الجزائري يرى أن هناك أهمية بالغة من اعتبار أن عقد الزواج عقد رضائي.

و من المعلوم في القواعد العامة بالقانون المدني أن العقد الرضائي هو ذلك الذي يكفي لانعقاده مجرد التراضي⁹، و معنى التراضي هو أن تتوافق إرادتين أو أكثر على إنشاء عقد ما¹⁰.

و يشبه مبدأ الرضائية في العقود مبدءا آخر أكثر شمولية منه و هو مبدأ سلطان الإرادة، إلا أن الفرق بينه و بين هذا الأخير أن مبدأ الرضائية في العقود يقتصر دوره في تكوين العقود، أما مبدأ سلطان الإرادة فمبدأ عام يشمل كل الأطوار التي تمر عليها العقود من وقت التمهيد لها إلى وقت تكوينها و ترتيب آثارها، و لا تنتهي مهمته هنا بل و يستمر دوره إلى انحلال العقود¹¹.

1984/06/09، المضمن قانون الأسرة، ج.ر، ع.24، المؤرخة في 12 يونيو 1984. إلا أن هذا القانون اشتمل على ثغرات عديدة كانت محل نقاش حاد بين دعاة العصرية – على ضوء الفقه و التشريع الغربي – و دعاة الأصالة – على ضوء الشريعة الإسلامية – و مما زاد الأمر تعقيدا مصادقة الجزائر على بعض الإتفاقيات الدولية الماسة بأحكام الأسرة، مما دفعها إلى تعديل تفتينها الأسري بالأمر 02/05، المؤرخ في 2005/02/27، المتضمن تعديل و تتميم القانون 11/84، المؤرخ في 1984/06/09، و المشتمل على قانون الأسرة، ج.ر، ع.15، المؤرخة في 2005/02/27.

⁸-انظر، تشوار جيلالي، محاضرات في قانون الأسرة، أقيمت على طلبه السنة الرابعة حقوق خلال السنة الجامعية 2006/2005، غير منشورة.

⁹-يقول الأستاذ السنهوري: " و لا يمنع للعقد من أن يكون رضائيا أن يشترط في إثباته شكل مخصوص، إذ يجب التمييز بين وجود العقد وطريقة إثباته، فما دام يكفي في وجود العقد رضاء المتعاقدين فالعقد رضائي، حتى لو اشترط القانون لإثباته كتابة أو نحوها"، عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج.1، ط.2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص.112.

¹⁰-انظر، محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص.58.

¹¹-الرضائية هي القاعدة العامة في الفقه الإسلامي و القانون الحديث، بخلاف القانون الروماني الذي يرتبط بالشكلية. انظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، ج.1، ط.3، د.م.ج، الجزائر، 2004، ص.45.

و لذا يمكن تعريف مبدأ سلطان الإرادة على أنه ذلك المبدأ الذي يجعل للإرادة وحدها القدرة على إنشاء ما تشاء من العقود و التصرفات القانونية مادامت تلتزم في ذلك حدود النظام العام و الآداب، و أنها قادرة على فعل ذلك دون حاجة إلى معونة خارجية، و أنها كذلك حرة في رسم نطاق العقد و تحديد آثاره، و هي وحدها القادرة على إنهاءه¹².

و الإرادة في اللغة أصلها الواو من "رود" و منها الريد و هو الأمر الذي تريده و تناوله¹³، و هي - أي الإرادة - في الاصطلاح القانوني: "الملكة في أن يشاء الشخص إنشاء العمل القانوني الذي يتضمن عنصرا نفسيا"¹⁴.

و تمر الإرادة بأربعة مراحل أولها الرغبة، وهي الدافع النفسي في الإنسان لفعل شيء ما، وثاني مراحل الإرادة التفكير، و هو تفكر الإنسان في رغبته بموازنة ما ينجم عنها من منافع و أضرار، و ثالث مراحل الإرادة العزم، و هو أن يرحح الإنسان - بعد تفكره في رغبته - فعل الشيء أو عدم فعله، و رابع مراحل الإرادة التعبير، و هو إعلام الشخص الغير عن إرادته، فالرغبة و التفكير والعزم هو الجانب الباطني للإرادة، و التعبير هو الجانب الخارجي للإرادة¹⁵.

و يرجع الأصل التاريخي لمبدأ سلطان الإرادة إلى الرضائية التي اعترف بها القانون الروماني في العقود الأربعة الكبرى، و هي الإيجار و الشركة و الوكالة و البيع¹⁶، ثم جاء القانون الكنيسي - في

¹²-انظر، علي نجيدة، دور الإرادة و التعبير عنها في الفقه الإسلامي و الوضعي، مجلة القانون و الإقتصاد، مطبعة عبيد، 1986، ع.55، ص.03.

¹³-انظر، الخليل الفراهيدي، كتاب العين، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص.168.

¹⁴-جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، ج.1، ط.1، المؤسسة الجامعية للدراسات و التوزيع، بيروت، 1998، ص.113.

¹⁵-انظر، محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج و الطلاق و الوصية، ط.1، دار اليازوري، الأردن، 2010، ص.26 وما بعدها؛

وانظر أيضا، لبنى مختار، وجود الإرادة و تأثير الغلط عليها في القانون المقارن، د.م.ج، الجزائر، 1984، ص.7.

¹⁶-انظر، بلعبيور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص.17.

القرون الوسطى - فجعل القاعدة العامة أن الإرادة هي وحدها التي تنشئ الالتزامات¹⁷، و ذلك كان كنتيجة حتمية لتعاليم الدين التي تقتضي بالوفاء بالوعود كواجب أخلاقي و ديني¹⁸.

و ازدهر مبدأ سلطان الإرادة بعد ذلك في فرنسا على يد أصحاب المدرسة الفردية، التي ساد مذهبها منذ القرن السابع عشر و بلغ أوجه في القرن التاسع عشر¹⁹.

و أساس مبدأ سلطان الإرادة على فلسفتين: أولهما فكرة الحرية الطبيعية للإنسان؛ و ثانيهما فكرة العقد الاجتماعي.

أما فكرة الحرية الطبيعية للإنسان فمضمونها أن للإنسان حرية طبيعية، و بالتالي فالقاعدة أن الإنسان حر و على المجتمع أن يقر له بأكبر قدر من الحرية في كل المجالات و التصرفات²⁰.

و أما الفكرة الثانية التي يتركز عليها مبدأ سلطان الإرادة، فهي فكرة العقد الاجتماعي لروسو، و مدلول هذه الفكرة أن الإنسان هو الذي يقبل و يختار العيش في المجتمع، فهو يتمتع بالحقوق و يلتزم بالواجبات بإرادته²¹.

إلا أن هذا المبدأ تراجع نوعاً ما تحت ضغط أصحاب الفكر الاشتراكي و غيرهم ممن يقولون بنظرية التضامن الاجتماعي، و الذين انتقدوا هذا المبدأ بسبب إفراطه في تقديس سلطان الإرادة.

و أهم انتقاد وجه إلى هذا المبدأ أن الإرادة ليست كافية - وحدها - لإنشاء التصرفات، بل توجد اعتبارات كثيرة تحد من سلطان الإرادة، منها ما يرجع لاعتبارات اجتماعية، و منها ما يرجع إلى

¹⁷-انظر، عدنان السرحان و نوري خاطر، شرح القانون المدني، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص.33.
¹⁸-انظر، وليد رمضان، القوة الملزمة للعقد و الاستثناءات الواردة عليها، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص.73.
¹⁹-انظر، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج.1، دار النهضة العربية، بيروت، 1995، ص.29.
²⁰-انظر، علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد و حدودها، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2008، ص.22.
²¹-انظر، وليد رمضان، المرجع السابق، ص.73.

اعتبارات اقتصادية، و منها ما يرجع إلى ما تفرضه ضرورة استقرار المعاملات، و العقد ما هو إلا نظام من النظم الاجتماعية التي غايتها تحقيق التضامن الاجتماعي²².

و أدى هذا النقاش في آخر الأمر إلى عدم اعتبار مبدأ سلطان الإرادة مبدأ مطلقاً، بل أصبح مقيداً بعدة قيود، كقيد النظام العام، و كالذي يفرضه القانون لحماية الطرف الضعيف في العقد مثلاً²³.

وهذا البحث لن يتطرق إلى مبدأ سلطان الإرادة وتأثيره في كل العقود، بل ينحصر مجاله في تحديد مكانة هذا المبدأ في عقد الزواج دون غيره، وذلك بمطالعة علاقته بكل مرحلة من المراحل التي يمر بها هذا العقد من وقت التمهيد له و تكوينه وترتيب آثاره إلى وقت إنجائه.

و مما يدعو إلى الانتباه و الملاحظة في إطار الكلام عن مبدأ سلطان الإرادة و علاقته بعقد الزواج يقول الأستاذ السنهوري: " إذا انتقلنا إلى دائرة القانون الخاص، فما يتعلق منها بالأسرة لا مجال للإرادة فيه إلا بقدر محدود، فعقد الزواج، و هو الأساس الذي ترتكز عليه الأسرة، مصدر إرادة المتعاقدين، و لكن الآثار التي تترتب على العقد ليست خاضعة للإرادة، بل ينظمها القانون طبقاً لمصلحة الأسرة و المجتمع، و كذلك بقية روابط الأسرة لا شأن للإرادة فيها"²⁴.

هذا الكلام-الذي ذكره الأستاذ السنهوري- كان من بين الأسباب إلى البحث عن مجال سلطان الإرادة في عقد الزواج من وقت التمهيد له و تكوينه إلى وقت ترتيب آثاره هذا من جهة، والنظر إلى نطاق هذا المبدأ عند انحلال عقد الزواج و ترتيب آثار هذا الانحلال، من جهة أخرى.

²²- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ج.1، ص.103 و ما بعدها .

²³- إن اعتبار أن الإرادة هي وحدها من تنشئ التصرفات القانونية و تنتهيها نظرة مثالية ، و الواقع يثبت استحالة ذلك عملياً، فالإرادة محاطة بطروف شخصية و خارجية تقيدها، أنظر ، مصطفى العرجي ، القانون المدني ، ج.1، ط.4 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2007، ص.109.

²⁴- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ج.1، ص.109.

و لا شك أن أهم ما يمكن أن يبحث في عقد الزواج هو معرفة أساس القوة الملزمة لهذا العقد. فهل يمكن أن تعتبر الإرادة أساس القوة الملزمة لعقد الزواج؟، و بعبارة أخرى ما مدى دور الإرادة في إبرام عقد الزواج و إنجائه؟

و سيتم الإجابة على هذه الإشكالية وفق المنهجية التحليلية، وذلك لمعرفة دور الإرادة في عقد الزواج عند المشرع الأسري الجزائري، والأساس الفقهي الذي استند إليه لتحديد موقفه في ما مدى اعتبار الإرادة أساسا للقوة الملزمة لهذا العقد.

و مما لا بد من الإشارة إليه أنه لا يمكن أن تجمع كل شوارد هذا الموضوع في عمل كهذا، بل كان الإكتفاء -هنا- بتبيان أهم النقاط التي تحتاج إلى معرفة دور الإرادة فيها.

وستنصب دراسة هذا البحث وفق خطة تتضمن فصلين:

الفصل الأول: دور الإرادة في إبرام عقد الزواج؛

الفصل الثاني: دور الإرادة في إنهاء عقد الزواج.

الفصل الأول:

دور الإرادة في إبرام

عقد الزواج

إن الغرض الأساسي لعقد الزواج من الناحية القانونية هو ترتيب آثاره، من حل للعشرة بين الزوجين وإلحاق للنسب وإيجاب للنفقة وغيره من الآثار، إلا أن عقد الزواج لا يمكن أن يحقق هذا الغرض إلا إذا مر بعدة أطوار، تبتدئ بطريقة تكوينه وتنتهي بكيفية ترتيب آثاره. ولأجل تبيان مكانة الإرادة في كل ما ذكر سيتضمن هذا الفصل مبحثين: الأول عن مجال الإرادة في تكوين عقد الزواج (المبحث الأول)؛ أما الثاني فيتطرق إلى موقع الإرادة في آثار إبرام عقد الزواج (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مجال الإرادة في تكوين عقد الزواج

يقصد بتكوين عقد الزواج تلك المراحل التي ينبغي أن يمر عليها العقد حتى يصبح نافذاً، وعقد الزواج ليس كباقي العقود الأخرى، لما له من أهمية، ذلك أن محله هو الإنسان-رجلاً كان أو امرأة أو ما ينجم عنهما من أولاد- وبتالي فإن تأثيره لا ينحصر فقط على أطرافه بل ويمتد إلى المجتمع كله.

ولذلك لم يحصر اهتمام فقهي القانون والشريعة على كيفية مجلس عقد الزواج، بل ووضعا له أحكاما تتعلق بالتمهيد له.

و لذا سيندرج في هذا المبحث مطلبان: الأول في أثر الإرادة في التمهيد لعقد الزواج (المطلب الأول)؛ أما الثاني فينصب إلى تبين مركز الإرادة في مجلس عقد الزواج (المطلب الثاني).

المطلب الأول

أثر الإرادة في التمهيد لعقد الأزواج

و التمهيد لعقد الزواج يكون باتخاذ مجموعة من التدابير التحضيرية له، تنطلق هذه التدابير من إنشاء الخطبة إلى إنهاؤها-سواء عن طريق العدول أو إتمام إبرام عقد الزواج-، وما يتخللها كإجراء الفحص الطبي قبل الزواج،

و عليه، سيتم النظر هنا إلى أثر الإرادة في إنشاء الخطبة (فرع أول)؛ ثم نتطرق إلى بيان أثر الإرادة في العدول عنها (فرع ثاني)؛ ثم نتحدث عن الرضا بالفحص الطبي قبل الزواج (فرع ثالث).

الفرع الأول

أثر الإرادة في إنشاء الخطبة

الخطبة بكسر الخاء في اللغة الطلب أن يزوج، أما في الاصطلاح الشرعي فهو طلب الرجل التزوج من امرأة، أما في الاصطلاح القانوني فهي الوعد بالزواج¹.
وسينصب الكلام هنا عن أثر الإرادة في إنشاء الخطبة إلى أمرين: أولهما في الكلام على حدود الإرادة في إنشاء الخطبة(أولاً)؛ وثانيهما في دور الإرادة في تحديد الطبيعة القانونية للخطبة(ثانياً).

1 - انظر، الخليل الفراهيدي، كتاب العين، المرجع السابق، ج.1، ص.419؛ وانظر، بدران أبو العينين، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط.3، دار الفكر العربي، مصر، 1971، ص.26؛ وانظر المادة: 5-1 من ق أ.

أولاً: حدود الإرادة في إنشاء الخطبة:

كل من أراد الخطبة يجب أن ينظر هل يمكن له أن يخطب؟، فإن كان ذلك بالإمكان لا بد له أن يسأل عن من يخطب؟، فإن وجد من يصلح خطبته سأل كيف يخطب؟.

و لذا ستتضمن هذه الجزئية ثلاث نقاط: الأولى نتكلم فيها عن الموانع الشرعية كقيد للإرادة في الخطبة (أ)؛ أما الثانية فنتطرق فيها إلى معايير الاختيار كضابط للإرادة في الخطبة (ب)؛ أما في الثالثة فننظر إلى كيفية التعبير عن الإرادة في الخطبة (ج).

أ- الموانع الشرعية كقيد للإرادة في الخطبة:

نص المشرع الجزائري على الموانع الشرعية في الفصل الثاني من الباب الأول في الكتاب الأول، المعنون بالزواج والحلاله، و أدخلت الموانع كقيد إرادي لأنها تقف دون رغبة الخاطب والمخطوبة في الزواج، ذلك أن الخطبة هي التماس الزواج ممن يجوز الزواج به في الحال¹.

وموانع الخطبة أربعة أنواع: موانع تتعلق بالخطاب(1)؛ وأخرى بالمخطوبة(2)؛ والثالثة موانع متعلقة بهما(3)؛ و الرابعة موانع قد تتعلق بالخطاب أو بالمخطوبة أو بهما(4).

1- الموانع المتعلقة بالخطاب:

و أول الموانع المتعلقة بالخطاب والتي تشكل قيوداً على إرادته في الخطبة الإعسار، ومعنى الإعسار هو عدم المقدرة على المؤونة²، لقوله صلى الله عليه وسلم: " يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج"³، و قد ذهبت طائفة من أهل العلم إلى حرمة خطبة المعسر لحرمة نكاحه⁴، والوسائل لها حكم المقاصد، وقد قال الله تعالى: "وَلَيْسَتَغْفِرِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيَهُمْ

1- انظر، محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ط.2، دار الفكر العربي، مصر، 1971، ص.56.

2- انظر، أبو العباس بن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج.3 ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1987، ص.134.

3- انظر، أبو عبد الله البخاري، صحيح البخاري، ط.1، دار ابن حزم، القاهرة، 2008، ر.ح.5065، ص.630.

4- انظر، أبو الفداء بن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج.5، ط.1، دار الثقافة، الجزائر، 1990، ص.54.

اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ"¹، فلما أمر بالاستعفاف كان ذلك دالاً على حرمة غيره، فالأمر بالشيء نهي عن ضده².

وذهب جماعة من الظاهرية إلى أن من تآقت نفسه إلى الزواج فلا يحرم عليه النكاح ومقدماته، لقوله تعالى: "وَانكحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ"³، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ثلاثة حق على الله أن يعينهم" وذكر منهم "والناكح ليستعف"⁴، وقوله صلى الله عليه وسلم: "التمس ولو خاتماً من حديد"⁵.

والراجع أن يقال أن خطبة المعسر وزواجه مكروهة، والذي صرف دليل الحرمة - الوارد في قوله تعالى: "وَلَيْسَتَغْفِرِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحاً" - إلى الكراهة القرينة الواردة في الأحاديث والآثار على جواز زواج المعسر.

و ثاني الموانع المتعلقة بالخطاب و المقيدة لإرادته في الخطبة زواجه بأربعة، لقوله تعالى: فَانكحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ"⁶، ولأمره صلى الله عليه وسلم لغيلان بن سلمة و قيس بن الحارث⁷ - لما أسلما وكان للأول عشر نسوة وللثاني ثمان - أن يختارا من نساءهن أربعاً، ولانعقاد الإجماع على حرمة خطبة وزواج الخامسة⁸.

و ثالث الموانع المتعلقة بالخطاب و المقيدة لإرادته في الخطبة عدم إسلامه، تنص المادة: 1/30 من ق أ على أنه: "كما يحرم مؤقتاً...زواج المسلمة مع غير المسلم."، أصل المادة قوله

1 - انظر، سورة النور، الآية.33.

2 - انظر، أحمد عساف، الأحكام الفقهية، ج.2، ط.2، دار إحياء علوم الدين، لبنان، 1987، ص.295.

3 - سورة النور، الآية.33.

4 - انظر، محمد الألباني، صحيح الجامع الصغير، ج.1، ط.3، المكتب الإسلامي، بيروت، 1988، ر.ح.3050، ص.585.

5 - أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، ر.ح.5135، ص.639.

6 - سورة النساء، الآية.04.

7 - محمد الألباني، إرواء الغليل، ج.1، ط.1، المكتب الإسلامي، بيروت، 1989، ر.ح.1883 و1885، ص.295.

⁸ - يعتبر وطء خامسة زنا، ولا يدرأ الحد - في الشريعة - شبهة اعتقاد حلية العقد عليها. انظر، محمد الأمين الشنقيطي، أضواء البيان، ج.1، ط.1، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، 2006، ص.361. وانظر كذلك، محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج.6، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1996، ص.304.

تعالى: " فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَّهُنَّ"¹، ويدخل رجال أهل الكتاب في عموم التحريم لأنهم كفار لقوله تعالى: "وَيَقُولُونَ نُوْمِنُ بِبَعْضِ وَنَكْفُرُ بِبَعْضٍ وَيُرِيدُونَ أَنْ يَتَّخِذُوا بَيْنَ ذَلِكَ سَبِيلًا{150} أُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ حَقًّا"².

2- الموانع المتعلقة بالمخطوبة:

وهي العوارض التي إذا حلت بالمخطوبة منع خطبتها وهي ثلاثة:

فأول الموانع المتعلقة بالمخطوبة خطبة الغير لها، و لكن هذا المانع وإن كان يتعلق بالمخطوبة

لكنه ليس قيذا إلا على إرادة الخاطب فحسب، إذ لها الحق في العدول كما سنرى في الفرع الثاني.

ودليل حرمة مخطوبة الغير قوله صلى الله عليه وسلم: "لا يخطب الرجل على خطبة أخيه"³،

وتحريم مخطوبة الغير لا يقتضي بطلان عقد الزواج عليها من الخاطب الثاني على الصحيح⁴.

وذهب جمهرة أهل العلم أن مخطوبة الغير تحرم خطبتها في حالة الركون والموافقة⁵، لا في مرحلة

مرحلة المشاورة لقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس - حين خطبها أبو جهم و معاوية -:

"أما أبو جهم فلا يضع عصاه على عاتقه، وأما معاوية فصعلوك، انكحي أسامة"⁶، فخطب صلى

الله عليه وسلم لأسامة على خطبة أبو جهم ومعاوية.

وذهب ابن حزم إلى تحريم مخطوبة الغير مطلقا إلا إذا كان الخاطب الثاني أفضل لها في الصحبة

والدين⁷.

1 - سورة المتحنة، الآية.11.

2- سورة النساء، الآية. 150 و 151.

3- أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، ر.ح.5144، ص.639.

4- انظر، أحمد العسقلاني، فتح الباري، ج.11، ط.1، دار طيبة، الرياض، 2005، ص.468.

5- انظر، مالك بن أنس، الموطأ، ط.1، دار الإمام مالك، الجزائر، 2002، ص.305؛ وانظر، محمد الشافعي، الأم، ج.6، ط.1، دار الوفاء، المنصورة،

2001، ص.109؛ وانظر، أبو محمد بن قدامة، المغني، ج.9، ط.3، دار عالم الكتب، السعودية، 1997، ص.567؛ انظر، إسماعيل البامري، أحكام الأسرة

بين الحنفية والشافعية، ط.1، دار الحامد، الأردن، 2009، ص.65.

6- مالك بن أنس، المرجع السابق، ر.ح.1219، ص.339.

7- انظر، أبو محمد بن حزم، المحلى بالآثار، ج.10، د.ط، الطباعة المنيرية، مصر، د.س، ص.440.

و ثاني الموانع المتعلقة بالمخطوبة إحصانها، ومعنى إحصان المخطوبة أن تكون متزوجة، ومانع إحصان المخطوبة قيد على إرادة كل من الخاطب والمخطوبة على السواء، وقد نص المشرع الجزائري عليه في المادة: 1/30 من ق أ إذ أوردت أنه: "يحرم من النساء مؤقتا، المحصنة... ذلك أنه لما كانت خطبة مخطوبة الغير محرمة، فمن باب أولى تحريم خطبة زوجة الغير، ولقوله تعالى: "وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ"¹.

و ثالث الموانع المتعلقة بالمخطوبة عدم إيمانها بأحد الأديان السماوية، يحرم خطبة غير المؤمنة بأحد الأديان السماوية لقوله تعالى: "وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ"²، وقوله تعالى فيما أحل من النساء: "وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ"³ فلما نص على حل المؤمنات والكتايبات دل على حرمت سواهن، وأهل الكتاب هم اليهود والنصارى لقوله تعالى: " يَا أَهْلَ الْكِتَابِ لِمَ تُحَاجُّونَ فِي إِبْرَاهِيمَ وَمَا أُنزِلَتِ التَّوْرَةُ وَالْإِنْجِيلُ إِلَّا مِنْ بَعْدِهِ أَفَلَا تَعْقِلُونَ"⁴، فذكر الله تعالى التوراة وهو كتاب اليهود والإنجيل وهو كتاب النصارى ولم يذكر كتابا آخر.

3- موانع الخطبة المتعلقة بالخطاب والمخطوبة معا:

وهي العوارض التي تحل على الخطاب و المخطوبة على السواء فتمنع الخطبة بينهما وهي سبعة.

فأول الموانع المتعلقة بكلا الخطابين والتي تحد من إرادتهما في الخطبة القرابة، و هذا المانع أوردته المادة 1/24 من ق أ بنصها على أن: "موانع النكاح المؤبدة هي: القرابة... فدللت المادة أن

1 - سورة النساء، الآية.24.

2 - سورة البقرة، الآية.221.

3 - سورة المائدة، الآية.5.

4 - سورة آل عمران، الآية.65.

موانع القرابة مؤبدة غير مؤقتة - كالتى ذكرت من قبل -، و موانع القرابة على نوعين: موانع القرابة المباشرة؛ وموانع قرابة الحواشي.

فموانع القرابة المباشرة ذكرتهم المادة 25 من ق أ بنصها: "المحرمات بالقرابة هن: الأمهات، والبنات.."¹.

و أما موانع قرابة الحواشي فقد أوردتهم - كذلك - المادة 25 من ق أ بنصها على أنه: "المحرمات بالقرابة هن:... والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت"².

و ثاني الموانع المتعلقة بكلا الخاطبين و التى تقيد من إرادتهما فى الخطبة الرضاع، وهو مانع مؤبد-أيضا- كما نصت المادة 3/24 من ق أ، والرضاع فى الاصطلاح هو مص الرضيع اللبن من ثدي آدمية فى وقت مخصوص³.

وينصب الكلام هنا على أمرين: الأول فى بيان من يحرم بالرضاع؛ والثانى فى شروط التحريم بالرضاع.

فالمحرمون بالرضاع ذكرتهم المادة 27 من ق أ بنصها أنه: "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب"، وأصل هذه المادة ما ثبت فى الصحيح أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى بنت حمزة: "لا تحل لى يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب هى ابنة أخى من الرضاع"⁴، وبالتالي يحرم على الرضيع

1 - أصل هذه المادة قول الله تعالى: "حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ" - سورة النساء، الآية.23.-، بقوله تعالى: "حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ..." منع الخطبة والزواج بين الأم وإن علت وبين الإبن وإن نزل، وبقوله تعالى "وَبَنَاتُكُمْ..." حرمت البنت وإن نزلت و الأب وإن علا.

2- أصل هذه المادة قوله تعالى: "...وَأَخْوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ" - سورة النساء، الآية.23.- فحرم بقوله تعالى: "وَأَخْوَاتُكُمْ" الأخ والأخت، وحرم بقوله تعالى: "وَعَمَّاتُكُمْ" ابن الأخ وإن نزل والعمة وإن علت، وحرم بقوله تعالى: "وَبَنَاتُ الْأَخِ" العم وإن علا وبنت الأخ وإن نزلت، وحرم بقوله تعالى "وَبَنَاتُ الْأُخْتِ" الخال وإن علا وبنت الأخت وإن نزلت.

3- بلحاج العربى، الوجيز فى شرح قانون الأسرة الجزائرى، ج 1، د.م.ج، الجزائر، 1999، ص.81.

4- أبو عبد الله البخارى، المرجع السابق، ر.ح.2645، ص.315.

وأصوله وفروعه: المرضعة وأخوها وأختها وأصولها وفروعها وزوجها - صاحب اللبن¹ - وأخ وأخت هذا الزوج وأصوله وفروعه.

و يجدر التنبيه هنا أن التحريم يجري في المرضعة وذوي أرحامها على الرضيع، ولا يجري في ذوي أرحام الرضيع على المرضعة وذوي أرحامها²، وهذا ما أورده المادة 28 من ق أ بنصها على أنه: "يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته ولدا للمرضعة وأخا لجميع أولادها، ويسري التحريم عليه وعلى فروعه".

أما شروط التحريم بالرضاع فتتص المادة 29 من ق أ أنه: " لا يحرم إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا"، فأودت المادة حالتين يحرم فيهما الرضاع، الحالة الأولى حالة الرضاع قبل فطام الصبي، أي قبل أن يصبح قادرا على أن يتغذى بالطعام، فإذا استغنى الصبي عن لبن المرضعة فقد فطم³.

أما الحالة الثانية فهي حالة إذا كان الرضاع قد حصل في العامين الأولين من حياة الرضيع، و الظاهر أن المشرع الجزائري أخذ بما ذهب إليه كل من المذهبين المالكي و الحنفي من عدم اشتراط عدد الرضعات لإيقاع الحرمة بالرضاع⁴.

و ذهب الحنابلة و الشافعية إلى اشتراط عدد الرضعات لإيقاع الحرمة بالرضاع، قال الشافعي: "و لا يحرم من الرضاع إلا خمس رضعات متفرقات"⁵.

و ثالث الموانع المتعلقة بكلا الخاطبين المصاهرة، و هو مانع مؤبد كما نصت على ذلك المادة 24-2 من ق أ، وقد حصرت المادة 26 من ق أ المحرمات بالمصاهرة في أربعة أصناف:

1 - انظر، أبو حفص الأنصاري، الإعلام بفوائد عمدة الأحكام، ج.8، ط.1، دار العاصمة، السعودية، 1997، ص.172.
2 - انظر، أبو محمد العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، ج.13، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2001، ص.290.
3 - انظر، خالد الجريسي، فتاوى علماء البلد الحرام، ط.1، مؤسسة الجريسي، الرياض، 1999، ص.506.
4 - انظر، أحمد القرافي، الذخيرة، ج.4، ط.1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994، ص.274؛ و انظر أيضا، عبد الرحمن زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998، ص.551.
5 - محمد الشافعي، المرجع السابق، ج.6، ص.76.

فأول موانع المصاهرة أصول الزوجة بمجرد العقد عليها لقوله تعالى: {وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ} ¹، فمن تزوج امرأة حرم عليه أمها وجدتها و إن علت سواء كانت من جهة الأب أو من جهة الأم من نسب كانت أو من رضاع ، و انعقد الإجماع على تحريم أصول الزوجة ².
ودليل تحريم أصول الزوجة بمجرد العقد عليها أن الله تعالى لم يقيد التحريم بالدخول في قوله: {وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ}.

و أما ثاني موانع المصاهرة ففروع الزوجة إن حصل الدخول بها، ودليل تحريم فروع الزوجة إن حصل الدخول بها قوله تعالى: {وَرَبَائِكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُم بِهِنَّ} ³.

وثالث موانع المصاهرة أرامل أو مطلقات أصول الزوج و إن علوا، لقوله تعالى { وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ } ⁴.

و أما رابع موانع المصاهرة فأرامل أو مطلقات فروع الزوج و إن نزلوا، لقوله تعالى: {وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ} ⁵.

ويدخل في هذه الآية منكوحة الابن من الرضاع ، لقوله صلى اله عليه وسلم " يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب " ⁶.

و ذكر الله الأصلاب في الآية لإسقاط تحريم منكوحة المتبنى، لأنها لا تحرم على من تبناه ⁷.
و رابع الموانع المتعلقة بكلا الخاطبين الجمع بين المحارم، فقد نصت المادة 2/30 من ق أ على أنه: " كما يحرم مؤقتا الجمع بين الأختين أو بين المرأة و عمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة أو

1 - سورة النساء، الآية 23 .
2 - انظر، عبد الرحمن الأهدل، الأنكحة الفاسدة، ط.1، المكتبة الدولية، الرياض، 1983، ص.116.
3 - سورة النساء، الآية 23.
4 - سورة النساء، الآية 22.
5 - سورة النساء، الآية 23.
6 - الحديث سبق تخريجه، ص. 16 .
7 - انظر، أبو عبد الله القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 6، ط.1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2006، ص.192.

لأب أو لأم أو من الرضاع"، فحرم الجمع بين الأختين - شقيقتين كانتا أو لأب أو لأم - لقوله تعالى: {وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ} ¹.

أما تحريم الجمع بين المرأة و عمتها أو خالتها - وإن علنا شقيقة كانت أم لا - فلالإجماع ²، ولقوله صلى الله عليه و سلم " لا يجمع بين المرأة و عمتها و لا بين المرأة و خالتها" ³، أما تحريم من ذكرن من الرضاع فلالإجماع كذلك، و لأن ثبوت الوصف يقتضي ثبوت الحكم، فالحكم على الشيء فرع عن تصوره، فإذا ثبت وصف الأخت أو العممة أو الخالة بما يجوز شرعا كالرضاع ثبت الحكم المتعلق به وهو تحريم الجمع هنا.

و أما خامس الموانع المتعلقة بكلا الخاطبين اللعان، و هو في الاصطلاح شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة باللعن يرمي بها الزوج زوجته بجرمة الزنا و نفي نسب الولد إليه ⁴، فيشهد أمام القاضي القاضي خمس شهادات يحلف بالله في أربعة منها على أنه من الصادقين في دعواه، أما في الخامسة فيحلف فيها باللعن على نفسه إذا كان من الكاذبين، لقوله تعالى: "فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ {6} وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ" ⁵، فإذا صرح بهذه الأيمان على الوجه الشرعي - كما سنرى - بانث زوجته - الملاعنة - منه عند الشافعي و طائفة كثيرة من العلماء و حرمت عليه أبدا ⁶.

و الحرمة واقعة على الأصح - عند أهل العلم - بين الزوجين المتلاعنين دون سواهما، فمحرمة اللعان محرمية خاصة - بهما - غير عامة ⁷.

¹ - سورة النساء، الآية 23.

² - عبد الرحمن الأهل، المرجع السابق، ص 286.

³ - أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، ر.ح. 5109، ص 636.

⁴ - أبو محمد العيني، المرجع السابق، ج 20، ص 412.

⁵ - سورة النور، الآية 6 و 7.

⁶ - أبو الفداء بن كثير، المرجع السابق، ج 5، ص 33.

⁷ - أحمد العسقلاني، المرجع السابق، ج 12، ص 188.

وهذا ما ذهب إليه الاجتهاد القضائي في الجزائر، حيث أتي في القرار الصادر بتاريخ 23 أبريل 1991 على أنه: " من المقرر شرعا و قانونا أنه إذا وقع اللعان يسقط نسب الولد، و يقع التحريم بين الزوجين".¹

و سادس الموانع المتعلقة بكلا الخاطبين الطلاق الثلاث، فقد أورده الله تعالى في قوله: "فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ"²، ومعني هذا أن من طلق امرأته ثلاث تطليقات يمنع عليه خطبتها أو العقد عليها حتى يطأها زوج آخر -غير محلل³- في نكاح صحيح ثم يطلقها⁴، لقول رسول الله صلى الله عليه و سلم -لامرأة أرادت أن ترجع إلى من طلقها ثلاثا و قد تزوجت بالثاني-: "لا حتى يذوق عسيلتك و تذوق عسيلته".⁵، و ذكرت المادة 1/30 من ق أ هذا هذا المانع بنصها على أنه "يحرم مؤقتا... المطلقة ثلاثا".

سابع الموانع المتعلقة بكلا الخاطبين تماثل الجنس، فقد نصت المادة 4 من ق أ على أنه: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة"، فدللت على أن مفهوم الزواج هو ذلك الذي يتم بين رجل و امرأة⁶، بل و اعتبر المشرع الجزائري إتيان الشخص من يماثله في الجنس شذوذا جنسيا معاقبا عليه بموجب المادة: 1/338 من ق ع التي تنص على أنه: "كل من ارتكب فعلا من أفعال الشذوذ الجنسي على شخص من نفس جنسه يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين و بغرامة من 20000 إلى 100000 دينار"⁷.

4- موانع الخطبة التي قد تتعلق بالخطاب أو المخطوبة أو بهما.

وهي العوارض التي قد تحل بالخطاب أو بالمخطوبة أو بهما فتمنع الخطبة بينهما و هي اثنان:

¹ انظر، قرار م.ج، غ.أ.ش، مؤرخ في 1991/04/23، ملف رقم 69798، م.ق، 1994، ع.3، ص.54.
² - سورة البقرة، الآية.230.
³ - انظر، عبد الله بن جبرين، إيهاج المؤمنين على منهج السالكين، ج.2، ط.1، دار الوطن، السعودية، 2001، ص.245.
⁴ - عبد الرحمن الأهل، المرجع السابق، ص.220.
⁵ - أبو عبد البخاري، المرجع السابق، ر.ح.5317، ص.660.
⁶ - تشوار جيلالي، المرجع السابق.
⁷ - انظر، الأمر 66-156، المؤرخ في 08 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج.ر، ع.49، المؤرخة في. 11/06/1966.

فأول الموانع التي قد تتعلق بأحد الخاطبين أو بهما جميعا الخنوثة، و الخنثى هو الشخص الذي له فرج ذكر وفرج أنثى في آن واحد¹، وهو على نوعين : خنثى مشكل؛ و خنثى غير مشكل. أما الخنثى المشكل فهو الذي لا يمكن تغليب الذكورة أو الأنوثة على جنسه، فهذا لا صح زواجه لأنه يخشى أن يكون على مثل جنس من تزوج به²، وهناك من الأحناف من قال أن زواج الخنثى المشكل يقع موقوفا حتى يستبين حاله³.

وأما الخنثى غير الشكل فهو الذي أمكن تغليب أحد الجنسين - الذكورة أو الأنوثة - فيه، وهذا قد أبيض له الزواج عند علماء الشريعة، وقد جاء عن اللجنة الدائمة للإفتاء أنه يجوز للخنثى غير المشكل أن يعالج نفسه طبيًا، بأن يصحح جنسه⁴.

و ثاني الموانع التي قد تتعلق بأحد الخاطبين أو بهما جميعا الإحرام، وهو عارض قد يحل بالخطاب كما قد يحل بالمخطوبة، أو قد يحل بهما، و معناه أن من كان محرما لعمرة أو حج فيمنع أن يخطب، وإن كانت امرأة منع خطبتها لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا ينكح المحرم و لا ينكح و لا يخطب"⁵، ولم يناع على منع خطبة المحرم إلا الأحناف، و الأصح ما عليه الجمهور⁶.

ب- معايير الاختيار كضابط للإرادة في الخطبة:

فائدة معايير الاختيار في الخطبة من الجهة القانونية هو عدم الوقوع في الغلط أو التدليس،

وهي على نوعين: معايير في كيفية الاختيار(1)؛ و معايير في مواصفات الاختيار(2).

¹ - أنظر، أبو الحسن التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج. 2، ط. 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998، ص. 698.
² - أنظر، إبراهيم الشيرازي، المهذب في الفقه الشافعي، ج. 2، ط. 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1995، ص. 438؛ وأنظر كذلك، عبد السلام بن تيمية، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج. 2، ط. 2، مكتبة المعارف، الرياض، 1984، ص. 22؛ وأنظر أيضا، أبو عبد الله القرطبي، المرجع السابق، ج. 6، ص. 112.
³ - أنظر، زين الدين بن نجيم، البحر الرئق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ج. 9، ص. 402.
⁴ - أنظر، اللجنة الدائمة للإفتاء، فتاوى اللجنة الدائمة، ج. 25، الرئاسة العامة للإفتاء، السعودية، دس، ص. 52؛ وراجع كذلك، محمد بن مختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، مكتبة الصحابة، جدة، دس، ص. 185.
⁵ - أنظر، أبو الحسين مسلم، صحيح مسلم، ج. 4، دار الجيل، بيروت، دس، ر.ح. 3512، ص. 136.
⁶ - أنظر، أبو زكريا النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ج. 9، ط. 1، المطبعة المصرية بالأزهر، مصر، 1929، ص. 194.

1- معايير كيفية الاختيار في الخطبة.:

و معيار كيفية الاختيار في الخطبة: النظر و المشورة.

فأول معايير كيفية الإختيار في الخطبة النظر، لما ثبت في الحديث أن المغيرة بن شعبة أراد

خطبة امرأة فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: " انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما"¹،

فدل هذا على استحباب نظر الخاطب إلى المخطوبة²، وله أن يوكل غيره في النظر إلى المخطوبة، لما

ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وَّكَّلَ امرأةً لتُنظرَ إلى امرأةٍ أراد أن يتزوجها³.

و ذهب جمهرة أهل العلم أن النظر يكون إلى الوجه و الكفين دون غيرهما، وزاد الأحناف

القدمين⁴، و لا يصح ما نقل عن داود الظاهري أنه أجاز النظر إلى جميع البدن، وقال أبو إسحاق:

إسحاق: و يجوز للمرأة إذا أرادت أن تتزوج برجل أن تنظر إليه⁵.

أما ثاني معايير كيفية الإختيار في الخطبة المشورة، و يدخل في مفهوم المشاورة التفاوض

كذلك، لقول فاطمة بنت قيس لرسول الله صلى الله عليه وسلم، خطبني أبو جهم ومعاوية فأبيهما

أتزوج الحديث⁶، فدل هذا على استحباب مشاورة أهل الصلاح فيما يتعلق بالخطبة و الزواج.

2- معايير في مواصفات الاختيار:

و معايير مواصفات الاختيار منها ما يتعلق بالمخطوبة؛ ومنها ما يتعلق بالخطاب⁷.

فمن مواصفات الاختيار في المخطوبة ما قد ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال:

" تنكح المرأة: لأربع لمالها و لحسبها و جمالها و لدينها فاطفر بذات الدين تربت يداك."⁸، و قال

¹ - انظر، أبو عيسى الترمذي، الجامع الكبير، ج. 2، ط. 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1996، ر.ح. 1087، ص. 383.

² - انظر، علي المرادوي، الإتيان، ج. 20، ط. 1، دار هجر، مصر، 1993، ص. 26.

³ - انظر، أبو عبد الله الحاكم، المستدرک، ج. 2، ط. 1، دار الحرمين، القاهرة، 1997، ر.ح. 2756، ص. 197.

⁴ - انظر، علي القطان، النظر في أحكام النظر بحاسة البصر، ط. 1، دار الصحابة، طنطا، 1994، ص. 186.

⁵ - انظر، أبو الحسن العمراني، البيان، ج. 09، ط. 1، دار المنهاج، لبنان، 2000، ص. 124.

⁶ - الحديث سبق تخريجه، ارجع، ص. 13.

⁷ - قدمت المخطوبة في الذكر هنا- على الخاطب لأنها المطلوبة غالبا.

⁸ - أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، ر.ح. 5090، ص. 633.

لجابر - حين تزوج ثيبا - : " هلا بكرا تلاعبها " ¹، و قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: "تخيروا لنطفكم فأنكحوا الأكفاء و أنكحوا إليهم" ²، وقال أيضا: "تزوجوا الولود الودود، فإني مكاتر بكم الأمم." ³.

فدلت الأحاديث على جواز نكاح المرأة لماها و لحسبها و جمالها، و استحباب زواج المرأة لدينها و بكارها و كفاءتها، و دلت الأحاديث أيضا على استحباب اختيار المخطوبة التي يرجى مودتها لزوجها و خصوبة منبتها، و يعرف هذين الأخيرين من مطالعة حال قريباتها و عماتها و خالاتها و أخواتها، إذ الغالب سراية طباع الأقارب بعضهم إلى بعض ⁴.

و من مواصفات الاختيار في الخاطب قول رسول الله صلى الله عليه و سلم: "إذا أتاكم من ترضون دينه و خلقه فأنكحوه إن لا تفعلوا تكن فتنة في الأرض و فساد كبير" ⁵، و قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: "أما أبو جهم فلا يضع عصاه على عاتقه و أما معاوية فصعلوك لا مال له" ⁶، و قال أيضا "انكحوا الأكفاء و انكحوا إليهم" ⁶، فدلت هذه الأحاديث على وجوب قبول المخطوبة الخاطب إذا علم صلاح دينه و حسن خلقه، و على استحباب اختيارها ذي الرفق في المعاملة غير الشديد على النساء، و دلت كذلك على استحباب اختيار المخطوبة الموسر و الكفاء، و الكفاءة في الدين و الخلق ⁷.

¹ - انظر، محمد بن ماجه، سنن بن ماجه، ج.3، ط.1، دار الجيل، بيروت، 1998، ر.ح.1860، ص.311.
² - محمد الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، ج.3، ط.2، مكتبة المعارف، الرياض، 1975، ر.ح.1067، ص.56.
³ - أنظر، أبو داود الساجستاني، سنن أبي داود، ج.2، ط.1، دار بن حزم، بيروت، 1997، ر.ح.2050، ص.374.
⁴ - أنظر، محمد آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، ج.6، ط.2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995، ص.34.
⁵ - محمد الألباني، إرواء الغليل، ج.6، المرجع السابق، ر.ح.1868، ص.266.
⁶ - حديث سبق تخريجه، ارجع، ص.13.
⁷ - محمد الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، المرجع السابق، ج.3، ص.57.

ج- كيفية التعبير عن الإرادة في الخطبة:

يجب أن نميز بين الإرادة الكامنة في النفس و المظهر الخارجي للتعبير عنها، فالأولى لا يعلم بها إلا صاحبها، أما الثانية فهي الطريق إلى إخراج هذه الإرادة الكامنة إلى الوجود ليعلم بها الغير عن طريق التعبير عنها¹.

و التعبير عن الإرادة في الخطبة على نوعين: تعبير صريح(1)؛ و تعبير ضمني(2).

1 - التعبير الصريح عن الخطبة:

التعبير الصريح حسب القواعد العامة هو أن يحيط من صدر منه التعبير الغير على حقيقة مراده منه بما لا يدع أي شك في دلالة مقصوده²، كأن يقول الخاطب لامرأة: " إني أريد أن أتزوجك"³.

و التصريح بخطبة المعتدة لا يجوز إجماعاً مع العاقد⁴- المرأة أو وليها - لقوله تعالى: { وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ }⁵، و يجوز التصريح بالخطبة مع غير العاقد⁶. و يجدر التنبيه هنا أن التعبير قد يتم باللفظ أو الكتابة، كما قد يتم بالإشارة المتداولة عرفاً، ولا يمنع أن يكون التعبير كذلك بالوسائل الحديثة كالهاتف النقال أو الإنترنت⁷.

2- التعبير الضمني عن الخطبة:

التعبير الضمني عن الخطبة يطلق عليه في الاصطلاح الشرعي التعريض بالخطبة، و التعريض هو إفهام المعنى بالشئ المحتمل له و لغيره⁸.

¹ - أنظر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص.146.

² - بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ج.1، ص.59.

³ - تشوار الجيلالي، المرجع السابق.

⁴ - أبو عبد الله القرطبي، المرجع السابق، ج.4، ص.145.

⁵ - القرآن الكريم، نفس الطبعة، سورة البقرة، الآية.235.

⁶ - أبو بكر بن العربي، أحكام القرآن، ج.1، ط.2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2002، ص.285.

⁷ - أنظر، كريم زينب، قانون الأسرة في ظل التطورات المعاصرة، أطروحة دكتوراه، جامعة جيلالي اليابس، كلية الحقوق، سيدي بلعباس، 2010، ص.53.

⁸ - أبي عبد الله القرطبي، المرجع السابق، ج.4، ص.144.

و يأخذ التعريض في الخطبة صوراً يمكن إجمالها في أربعة أقسام:

القسم الأول: أن يذكر الخاطب المرأة لوليها، كأين يقول له: "لا تسبقني بها"¹؛

القسم الثاني: أن يعرض الخاطب للمرأة بالكلام، كأن يقول لها إني أريد التزويج، و إني

لأحب امرأة من أمرها و أمرها، أو نحوه من التعارض²؛

القسم الثالث: أن يهدي للمرأة التي يريد خطبتها³؛

القسم الرابع: أن يذكر الخاطب محاسنه أمام المرأة التي يريد خطبتها كما فعل رسول الله صلى

الله عليه وسلم حين أراد خطبة أم سلمة في عدتها⁴.

و اتفق أهل العلم على جواز التعريض بالخطبة للمعتدة من وفاة، كما اتفقوا على عدم جوازه

للمعتدة من طلاق رجعي⁵، و اختلفوا في المعتدة من طلاق بائن فأجازته الشافعية والمالكية ومنعه

الأحناف⁶، و الصحيح عدم جواز خطبة البائن بينونة صغرى تعريضاً، وجوازه بالنسبة للبائن بينونة

كبرى⁷.

ثانياً: دور الإرادة في تحديد الطبيعة القانونية للخطبة:

من المعلوم أن العمل القانوني -على العموم- إما أن يكون واقعة طبيعية كالميلاد و الوفاة؛

أو واقعة قانونية كالفعل الضار أو النافع؛ و إما أن يكون تصرفاً قانونياً؛ ولا يمكن تكيف الخطبة إلا

أنها تصرف قانوني لما للإرادة فيها من أثر كما رأينا، إذ تعتبر من أكثر التصرفات التي لسلطان الإرادة

دور فيها، لكن الإشكال، هل للإرادة دور في تحديد الطبيعة القانونية للخطبة؟.

¹ أبو بكر بن العربي، المرجع السابق، ج.1، ص.285.

² أنظر، جلال الدين السيوطي، الدر المنثور في التفسير المأثور، ج.3، ط.1، مركز هجر، مصر، 2003، ص.21.

³ أبو عبد الله الفرطبي، المرجع السابق، ج.4، ص.146.

⁴ أنظر، أبو جعفر الطبري، المرجع السابق، ج.4، ص.267.

⁵ أبو الفداء بن كثير، المرجع السابق، ج.1، ص.307.

⁶ بدران أبو العيين، مرجع السابق، ص.37.

⁷ أنظر، نايف محمود الرجوب، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، ط.1، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص.155.

انقسم الفقه هنا إلى ثلاثة أقسام، فقسم ذهب إلى أن الخطبة وعد لا إلزام له (أ)؛ وقسم اعتبرها عقداً كاملاً الأركان و الشروط (ب)؛ وقسم جعلها عقداً تمهيدياً (ج).

أ- الخطبة وعد بالزواج لا إلزام له:

يذهب أصحاب هذا الرأي أن الخطبة لا تخضع إلا للإرادة وحدها، و على هذا جمهرة فقهاء الشريعة - خلافاً للمالكية في بعض الأقوال - وجل القوانين العربية¹، و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 1/5 من ق أ بنصها على أنه: "الخطبة وعد الزوج، يجوز للطرفين العدول عنها". و دليل أصحاب هذا الطرح أن أساس الزواج الرضائية، و لا يمكن أن نلزم أي شخص على إتمام زواج لا يريد إبرامه، فضرر العدول عن الخطبة أقل من ضرر الزواج عن إكراه².

و النقد الموجه إلى هذا الطرح أن اعتبار الخطبة مجرد التزام أدبي بإبرام عقد الزواج ينزع عنها الصبغة القانونية، ثم و على فرض أن حق العدول عن الخطبة حق مطلق للعادل لا يجعل الخطبة خالية من أي التزام، بل الخاطب و المخطوبة مقيدان بموانع الخطبة التي ذكرت سلفاً، و كذلك فالخاطب ملزم بكيفية التعبير عن الخطبة كما مر بنا من قبل، و حق العدول ليس حقاً مطلقاً كما سيأتي بعد في ذكر حكم الهدايا.

ويجب التنبيه هنا أن المالكية اختلفوا في الوعد، فقسم قال بلزوم الوعد مطلقاً، وقسم قالوا بلزومه إذا علق على سبب، وقسم آخر ذهب إلى لزوم الوعد إذا دخل الموعود في هذا السبب، وقسم قال بعدم لزوم الوعد كقول الجمهور³.

¹ - انظر، أسامة عمر الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج و الطلاق، ط.2، دار النفائس، الأردن، 2005، ص.52.
² - انظر، سعيد خيدر، التكييف القانوني للخطبة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 1993، ص.19.
³ - انظر، علي نجيدة، دور الإرادة والتعبير عنها في الفقه الإسلامي والوضعي، المرجع السابق، ص.153.

و النقد الموجه أيضا لمن قال بعدم لزوم الخطبة أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال:
"ثلاثة جدهن جد و هزلهن جد الطلاق و النكاح و الرجعة"¹، و الخطبة مؤدية إلى النكاح واعتبارها
غير ملزمة فيه استخفاف بالنكاح خاصة مع فساد الذمم.

ثم إن الخطبة و الوعد بالتعاقد أمران متباينان شرعا و قانونا، فأما من حيث الشرع، فإن
الخطبة أورد لها الشارع أحكاما و تنظيما فقهايا خاصا على خلاف الوعد بالعقد²، ثم إن هذا الأخير
لا ينعقد إلا بصيغة جازمة على عكس الخطبة إذ قد تقع بالتعريض³.

و أما من الناحية القانونية، فإن الموجب في الوعد بالعقد يكون ملزما بالمحافظة على إيجابه في
الفترة الزمنية المتفق عليها⁴، ثم إن الوعد بالعقد عقد كما هو مقرر في القواعد العامة⁵.

ب- الخطبة عقد كامل الأركان و الشروط:

يذهب هذا الرأي إلى أن ما يدور بين الخاطب و المخطوبة من إيجاب و قبول حول إتمام
إجراءات الزواج يعتبر بمثابة العقد⁶.

و يترتب على اعتبار الخطبة عقدا أن يجري عليها أحكام العقود بحيث لا يمكن فسخها
بالإرادة المنفردة، و لا يجوز إلغائها إلا لأسباب معينة⁷.

¹- محمد الألباني، إرواء الغليل، المرجع السابق، ج. 6، ر.ح، 1826، ص. 224.
²- أنظر، عبد الرزاق الشيخ نجيب، طبيعة الخطبة في رؤية فقهية جديدة، مجلة الحقوق، الكويت، ص. 25، 2001، ع. 1، ص. 348.
³- كريم زينب، المرجع السابق، ص. 30.
⁴- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج. 1، ص. 2007.
⁵- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ج. 1، ص. 87.
⁶- يسود هذا الرأي عند الطوائف المسيحية، إذا تنص المادة الأولى من قانون 1938 للأقباط الأرثوذكس على أن الخطبة عقد يتفق
بموجبه رجل و امرأة على الزواج ببعضهما في أجل محدد، ولقد اشترطت هذه الطوائف المسيحية لانعقاد الخطبة شروط موضوعية
- متمثلة في التراضي و الأهلية و انتفاء الموانع - و أخرى شكلية، متمثلة في انعقادها على يد كاهن يقوم بإثباتها في وثيقة خاصة،
ولا تكفي هذه الشروط بل لا بد من إعلانها بأن تتم في الكنيسة و بشهادة الشهود، فلا بد عندهم من إشهار الخطبة. انظر في هذا
الصدد، إلياس مسعودة نعيمة، العدول عن الخطبة بين نصوص القانون و اجتهاد القضاء، مجلة العلوم القانونية و الإدارية
والسياسية، تلمسان، 2009، ع. 8، ص. 264؛ و انظر كذلك، توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الدار
الجامعية، بيروت، 1980، ص. 154 و ما بعدها.
⁷- أسامة عمر الأشقر، المرجع السابق، ص. 50.

و النقد الموجه إلى هذا الطرح هو أنه جعل الخطبة أشبه شيء بالزواج، وصيرورة عقد الزواج بدون قيمة كبيرة في الوقت الذي وجدت فيه الخطبة للتمهيد و التحضير له، وفيه إجحاف لحق الخاطبين في أن لا يرما زواجا قد لا ترتضيه إرادتهما¹.

ج- الخطبة عقد تمهيدي:

هذا الرأي أورده الأستاذ: عبد الرزاق الشيخ نجيب فذكر أن العقد التمهيدي هو ذلك الاتفاق الكتابي أو الشفهي الذي يجري بين المترشحين للتعاقد بغية التحضير و الإعداد للوصول إلى تحديد العناصر الجوهرية للعقد النهائي²، و يزيد الأستاذ أن الخطبة و العقد التمهيدي، يلتقيان في العناصر التالية:

- أن كلاهما اتفاق رضائي ينشأ عن تلاقي إرادتين؛

- أن كلاهما اتفاق غير كامل و لا يشترط فيهما تحديد العناصر الأساسية لإبرام العقد

النهائي؛

- أن كلاهما اتفاق مستقل عن العقد النهائي³؛

و على حسب هذا الطرح فإن الخطبة لا تفرض إلزاما على الخاطبين حتى يرما عقد الزواج، وإنما تفرض عليهما أن يسعى كل منهما إلى العمل بحسن نية وجدية و استقامة و أمانة للإعداد والتحضير و التهيئة لإبرام عقد الزواج، و أن الإخلال بهذا الالتزام- على حسب رأي الأستاذ عبد الرزاق الشيخ نجيب- يولد على الطرف المخل مسؤولية عقدية⁴.

و يمكن القول هنا أن هذا الطرح أكثر اعتدالا و ضمانا و منطقية من القولين الآخرين،

و يتماشى مع المبادئ العامة للشريعة الإسلامية.

¹- إلياس مسعودة نعيمة، المرجع السابق، ص. 265.

²- عبد الرزاق الشيخ نجيب، المرجع السابق، ص. 365.

³- عبد الرزاق الشيخ نجيب، نفس المرجع، ص. 367.

⁴- كريم زينب، المرجع السابق، ص. 38.

الفرع الثاني

أثر الإرادة في العدول عن الخطبة

يجري الكلام هنا حول ثلاثة أمور: الأول فيما إذا كان العدول عن الخطبة حق مقرر بالشريعة و القانون(أولاً)؛ و الثاني فيما إذا كان العادل ملزماً بالتعويض في العدول عن الخطبة(ثانياً)؛ والثالث في هل هو ملزم كذلك برد الهدايا و الصداق(ثالثاً)؟.

أولاً: تقرير حق العدول عن الخطبة شرعاً وقانوناً:

مر من قبل أنه لا ينبغي أن تعتبر الخطبة مجرد تصرف خالي من أي التزام، ذلك لما ينجر عنها من أحكام خطيرة أبرزها إبرام عقد عقد الزواج، وسيجري البحث هنا في العدول عن الخطبة هل هو حق مقرر للعادل أم أن إرادته مقيدة في ذلك؟، ولذا سينصب الكلام هنا عن مدى تقرير حق العدول في الشريعة الإسلامية(أ)؛ ثم نتطرق إلى موقف القانون الجزائري من ذلك(ب).

أ- تقرير حق العدول في الشريعة¹ الإسلامية:

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك»، فدل قوله: «أو يترك» على جواز العدول عن الخطبة²، فلما تقرر حق العدول عن الخطبة للخطاب وهو الطالب كان للمخطوبة نفس الحق وهي المطلوبة من باب أولى³.

ب- تقرير حق العدول في القانون الجزائري.

جاء في المادة 5-2 من ق أ: «يجوز للطرفين العدول عن الخطبة»، فدلّت المادة على جواز العدول عن الخطبة، وأنه حق مقرر للخطابين⁴، وهذا عين ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في

1- الشريعة الإسلامية أعم من الفقه الإسلامي، لأن الأولى يدخل تحت طياتها كل شرائع الدين من عقيدة وعبادات ومعاملات وأخلاق، أما الفقه فموضوعه العبادات والمعاملات فقط. انظر، محمد بن عثيمين، شرح نظم الورقات، ط.1، دار ابن حزم، القاهرة، 2009، ص.8 وما بعدها.

2- أحمد العسقلاني، المرجع السابق، ج.11، ص.471.

3- أبو محمد بن حزم، المرجع السابق، ج.10، ص.34.

4- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج.1، ص.52.

17 مارس 1992 بنصها أنه: «من المقرر شرعا وقانونا أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها...»¹.

و يطرح السؤال هنا في هل حق العدول في هذه الحالة حق مطلق أم مقيد يوجب الضمان - على اصطلاح أهل الشريعة - أو التعويض - على اصطلاح أهل القانون - في حالة التعسف ومجاوزة الحد فيه؟.

ثانيا: مدى إلزام العادل عن الخطبة بالتعويض:

بعد بيان أن العدول حق مقرر في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، سينصب البحث هنا عن إلزامية التعويض على العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي² -أ-، ثم يتم التعرّيج بعد ذلك إلى بيان موقف القانون الجزائري من إلزام العادل عن الخطبة بالتعويض -ب-.

أ- إلزام العادل بالتعويض في الفقه الإسلامي:

انقسم أهل الفقه حول هذه المسألة إلى ثلاثة أقوال، فقسم ذهب إلى أن العادل عن الخطبة لا يلزم على التعويض مطلقا(1)؛ وقسم ألزمه بالتعويض مطلقا(2)؛ وقسم ألزمه بالتعويض بشروط(3).

1-العادل عن الخطبة لا يلزم على التعويض مطلقا:

ذهب أصحاب هذا القول أن للإرادة مطلق الحق في العدول عن الخطبة، ذلك أنه حق ثابت مقرر شرعا للخاطبين في أي وقت و بدون أي قيد، وأن الجواز الشرعي ينافي الضمان³.

¹ - انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 1992/03/17، ملف رقم.81129، م.ق، 1994، ع.3، ص.62.
² - راجع، علي فركوس، الفتح المأمول شرح مبادئ الأصول، ط.4، دار الموقع، الجزائر، 2011، ص.40.
³ - أسامة الأشقر، المرجع السابق، ص.58.

ونص من نحي منحى هذا الرأي أن الزواج عقد رضائي فلو أُلزمتنا أحد الخاطبين بالتعويض لعدوله لكان هذا إلزاما غير مباشر للخطاب بالزواج رغما عنه، وأن العدول أمر نفسي كامن في نفس الخطاب لا يمكن محاسبته عليه¹.

بل وزاد البعض أن العدول عن الخطبة يعتبر مبررا ولا يعد تعسفا في استعمال الحق، ذلك أن العدول هنا ليس حقا بل رخصة، ذلك أن الحق سلطة شخص على شخص آخر أو شيء، وليس للخطاب أو المخطوبة أي سلطة على الآخر، وبالتالي لا يمكن أن نتكلم عن التعسف في استعمال الحق².

2-العادل عن الخطبة يلزم بالتعويض مطلقا:

يرى أصحاب هذا الطرح أن الخطبة تتضمن إيجابا وقبولا، فهي اتفاق أراد طرفاه من خلاله إجراء التعاقد النهائي، وعليه فإن رجوع أحد الطرفين عن هذا الاتفاق كان للطرف الآخر المطالبة بالتعويض³.

3-العادل عن الخطبة يلزم على التعويض بشروط:

يرى أصحاب هذا الرأي أن الخطبة وعد غير ملزم يجوز لأي من الخاطبين العدول عنها، بيد أنه إذا صاحب العدول أفعال ناجمة عن الخطبة في حد ذاتها أو أجنبية عنها، وأحدثت ضررا بالطرف الآخر بسبب تقصير أو إهمال أو إخلال بواجب الحيطة من العادل وجب التعويض⁴.

و من خلال ما ذكر يتبين ترجيح القول الثالث، ذلك أنه من المقرر شرعا أن للحقوق حدا أدنى لا يجوز الإقتار عليه، وحدا أقصى لا ينبغي الطغيان فيه، قال الله تعالى: «ولا تجهر بصلاتك

¹-أنظر، بلبولة بخته، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج وانحلاله، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2005، ص.38.

²-جميل جانم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، ط.1، دار الحامد، 2009، ص.92.

³-أنظر إلياس مسعودة نعيمة، المرجع السابق، ص.274.

⁴-أنظر، إلياس مسعودة نعيمة، التعويض في بعض مسائل الزواج والطلاق، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2010، ص.76.

ولا تخافت بها وابتغ بين ذلك سبيلا»¹، فالصلاة وقراءة القرآن حق الله تعالى، ومع ذلك لم يجز سبحانه تجاوز الحد فيها بمبالغة بالجهر أو إجحاف بالسر، فإن كان حق الله كذلك، فكيف تكون حقوق العباد مطلقة لا حد فيها؟.

وقد قال الله تعالى لنبيه صلى الله عليه وسلم: «واصبر على ما يقولون وهاجرهم هجرا جميلا»²، فإن كان أهل الكفر على كفرهم أمر سبحانه نبيه صلى الله عليه وسلم أن يهجرهم هجرا جميلا، فكيف الحال مع المسلم رجلا كان أو امرأة.

لقد أعطت الشريعة حق العدول عن الخطبة لكل من الخاطب و المخطوبة، إلا أنها اشترطت أن يكون ذلك بالمعروف، وأقل المعروف أن يفسر العادل سبب عدوله للطرف الآخر، فلقد فسر أبو بكر -رضي الله عنه- سبب ترك خطبة حفصة بنت عمر بن الخطاب -رضي الله عنهما- لما عرضها عليه، فقال أبو بكر: «إني قد علمت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ذكرها فلم أكن لأفشي سر رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو تركها لقبلتها»³، فلما استحبت تفسير ترك الخطبة استحبت -كذلك- تفسير العدول عنها من باب أولى.

إذا فالعدول المأذون و المجاز شرعا ذلك العدول الذي لا تعسف فيه⁴، والذي تصدق فيه القاعدة الفقهية أن: «الجواز الشرعي يناهض الضمان»، فإذا تعسف في حق العدول وجب الضمان لعدم الجواز الشرعي فيه.

ب- موقف المشرع الجزائري من إلزام العادل بالتعويض:

تنص المادة 3/5 من ق أ: «إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض»، ظاهر نص المادة أن المشرع الجزائري قد أخذ بالرأي الثاني الذي ينص أن مجرد

¹ - سورة الاسراء، الآية 110.

² - سورة المزمل، الآية 10.

³ - أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، ر.ح. 5145، ص. 640.

⁴ - جاء عن اللجنة الدائمة للإفتاء الفتوى التالية: «إذا كان الخاطب مرضيا في دينه وخلقه بأن كان متمسكا بدينه متحليا بأداب الإسلام وأخلاقه فينبغي إتمام الخطوبة، وإن كان غير ذلك فلا يجوز إتمام الخطوبة و يجب فسخها. أنظر، اللجنة الدائمة للإفتاء، فتاوى الخطبة و الزواج، ط. 1، دار المحسن، الجزائر، 2008، ص. 22.

العدول يرتب جواز التعويض، وهذا ما قد يبدو من قرار المحكمة العليا المؤرخ في 25 ديسمبر 1989 الذي يقضي على أنه: «من المقرر قانوناً أن الإقرار القضائي هو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدعى بها عليه أمام القضاء و هو حجة قاطعة على المقر، ومن المقرر أيضاً أنه إذا ترتب على العدول على الخطوبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض...»¹.

فإن ظاهر كلا من المادة 3/5 من ق أ و القرار المذكور رتب جواز التعويض إذا تضرر أحد الطرفين، ولا يتصور عدول بدون ضرر وخاصة المعنوي منه².

إلا أنه و بالنظر إلى المادة 5 من ق أ ككل متكامل نجد أن المادة تنص في فقرتها الثانية أنه: «يجوز للطرفين العدول عن الخطبة.»، فدللت هذه الفقرة أن مجرد العدول لا يرتب عليه التعويض، إذ جعلت العدول أمراً جوازيًا و حقا لكلا الطرفين في الخطبة، ومكتسب الحق لا يلزمه التعويض.

ويظهر ما ذكر هنا واضحا في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 15 نوفمبر 2006 الذي يقضي على أنه: «حيث يتضح من خلال القرار المنتقد بأن مبلغ التعويض المحكوم به على الطاعن والمقدر بمبلغ 100000 دينار هو تعويض للمطعون ضدها جبرا لضرر الذي أصابها من جراء تفويت فرصة الزواج عليها، باعتبار أن الطاعن طلب بفسخ الزواج بعد مدة طويلة من الانتظار التي انتظرها المطعون ضدها أثناء فترة الخطوبة، ولم تحقق هدفها في الزواج بالطاعن، و بالتالي فإن ما قضى به قضاة الموضوع من تعويض يتماشى و القانون»³.

ورغم أن الحكم بالتعويض هنا جاء بعد إبرام عقد الزواج وقبل الدخول، ولا شك أن هناك فرق بين التعويض المقرر في المادة 3/5 و التعويض المقرر في المادة 52 من ق أ الخاصة بالطلاق التعسفي⁴.

¹- أنظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 1989 /12/25، ملف رقم 56097، م.ق، 1991، ع.4، ص.102.
²- جعلت كل من المادة 3-5 من ق أ و القرار المذكور هنا الحكم بالتعويض هنا أمرا جوازيًا. (بليولة بختة، المرجع السابق، ص.47).
³- أنظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 2006/11/15، ملف رقم 372290، م.م.ع، 2007، ع.1، ص.487 وما بعدها.
⁴- أنظر، بلحاج العربي، تفويت فرصة الزواج، مجلة العلوم القانونية و الادارية و السياسية، تلمسان، 2009، ع.8، ص.59.

إلا أن قرار 15 نوفمبر 2006 جاء واضحا في أن سبب التعويض هنا بسبب «تفويت فرصة الزواج، باعتبار أن الطاعن طلب بفسخ الزواج بعد مدة طويلة من الانتظار التي انتظرها المطعون ضدها أثناء فترة الخطوبة»، فالمدة الطويلة للخطبة هو السبب الذي أقرت به المحكمة العليا لجعله موجبا للتعويض، وهو و بدون أي شك خطأ من العادل يوجب التعويض.

ومما يؤكد أن مجرد العدول عن الخطبة لا يوجب التعويض -في القانون و القضاء الجزائري- إلا إذا صاحبه تقصير أو تعسف ما ورد في قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 13 أكتوبر 1984 الذي يقضي بأن: «الشرع و القانون لا يسمح بإقامة النسب الشرعي لولد ناتج عن العلاقات ما قبل الزواج الشرعي، وذلك أنه لا ينسب الولد لأبيه إلا إذا كان هناك عقد للزواج بصفة صحيحة وشرعية، فلا يمكن بأي حال من الأحوال اعتبار العلاقات الجنسية في فترة الخطبة أخطاء موجبة للتعويض.»¹

و بمفهوم المخالفة لهذا القرار لو كان الخطأ موجبا لمشروعية ترتيب التعويض عنه لاعتبر، ويفهم من هذا القرار كذلك أن مجرد العدول لا يوجب التعويض إلا إذا كان هناك خطأ من العادل. وعليه فيمكن القول أن المشرع الجزائري ومن خلال النصوص القانونية و الممارسة العملية الواردة في قرار المحكمة العليا أو المجلس الأعلى سابقا قد أخذ بالرأي الذي يلزم العادل بالتعويض إذا صاحب العدول أخطاء تقصيرية سببت ضررا للطرف الآخر.

ومن خلال نص المادة 3/5 يمكن القول كذلك أن للقاضي السلطة التقديرية في تحديد ما هو الضرر المادي أو المعنوي الموجب للتعويض، يتضح ذلك من نصها على أنه: «... جاز الحكم له بالتعويض.»

¹- أنظر، قرار، م.أ.غ.أ.ش، 1984/10/13، ملف رقم. 1156، م.ق، 1990، ع. 1، ص. 84.

ثالثاً: مدى إلزام العادل عن الخطبة برد الهدايا و الصداق:

بعد تبين تقرير حق العدول في الشرع و القانون، و ما مدى إلزام العادل بالتعويض، سيجري

البحث هنا على حالة إذا ما أهدى أحد الخاطبين للآخر شيئاً، هل يحق له إسترداده في حالة العدول؟(أ)؛ ثم إذا ما أعطى الخاطب للمخطوبة صداقاً معجلاً قبل العقد هل يسترده؟(ب).

أ-مدى إلزام العادل عن الخطبة برد الهدايا:

1- إلزام العادل برد الهدايا في الفقه الإسلامي:

لقد اختلف أهل العلم في مسألة إلزام العادل برد الهدايا التي قد قدمها له المعدول عنه اختلافاً

كبيراً، يمكن حصره في الأقوال التالية:

فالقول الأول يذهب إلى أنه لا يلزم العادل أن يرد شيئاً مما أهدى له من المعدول عنه لقول رسول الله عليه وسلم: "العائد في هبته، كالكلب يعود في قيئه"¹، ومن رجح هذا القول ابن عبد البر من المالكية².

أما القول الثاني فيذهب إلى أن العادل يلزم برد الهدية إذا كانت قائمة، فإن هلكت أو استهلك فلا ترد، وهو قول الأحناف³، ودليلهم في ذلك ما يُروى عن النبي صلى الله عليه وسلم: «من وهب هبة فهو أحق بها ما لم يشب منها»⁴، وأعطوا الهدية حكم الهبة⁵.

أما القول الثالث فيذهب إلى أن حكم الهدية كالهبة، وهي على نوعين: أما أن تكون من باب صلة الرحم أو الصدقة، وإما أن تكون بقصد التزويج أو مقابل عطاء مشروع آخر¹، فالأولى يمنع الرجوع فيها، و الثانية يجوز الرجوع فيها، وهذا القول هو المشهور من مذهب مالك².

1- أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، ر.ح. 2589، ص. 308.

2- أنظر، أبو عمر بن عبد البر، الاستذكار، ج. 22، ط. 1، دار قتيبة، دمشق، 1993، ص. 315.

3- أنظر، ناصر الإسلام الرمفوري، البناية في شرح الهداية، ج. 9، ط. 2، دار الفكر، لبنان، 1990، ص. 229.

4- الحديث ضعيف. أنظر، محمد الألباني، سلسلة الأحاديث الضعيفة و الموضوعة، ج. 1، ط. 5، مكتبة المعارف، الرياض، 1992،

ر.ح. 363، ص. 537.

5- جميل جانم، المرجع السابق، ص. 115.

ودليلهم في ذلك ما ثبت أن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- قال: «من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها، ومن وهب هبة يرى إنما أراد بها الثواب-أي مقابل ما أهدى- فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها.»³.

وذهب مالك أن الهبة إذا كان الغرض منها رجاء جزاء -كتزويج- فيلزم العادل رد عين الهبة إن كانت قائمة، فإن هلكت أو استهلكت وجب رد قيمتها يوم قبضها⁴.

ولعل الراجح في هذه الآراء أن يقال بإلزام العادل عن الخطبة برد ما أهدى له من المعدول عنه، لما صح من الأثر الموقوف عن عمر -رضي الله عنه-، ولأنه يتفق مع صحيح النقل -من القرآن والسنة- وصریح العقل -من المنطق السليم-، إذ لا يعقل أن يجمع على المعدول عنه مرارتين، مرة كسر خاطره بالمعدول عنه، وخسارة ماله بضیاع ما أهداه طمعا في الزواج من العادل، وليس للعادل في القول الراجح أن يسترد شيئا مما أهدى للمعدول عنه⁵.

2-موقف المشرع الجزائري

تنص المادة 4/5 من ق أ: «لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إذا كان العدول منه وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.»، والمشرع بذلك أخذ بما ذهب إليه المالكية من إلزام العادل -سواء كان الخاطب أو المخطوبة- برد الهدايا التي أهديت له من الطرف الآخر⁶، فنص على أنه إذا كان العدول من الخاطب فلا حق له في استرداد الهدايا.

وهذا الذي ذكر عين ما أكده القرار القضائي المؤرخ في 16 مارس 1999 إذ جاء فيه

أنه: "من المقرر قانونا أنه لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إذا كان العدول منه، و متى تبين - في

¹ -و لا تسمى هدية أو هبة تلك التي تعطي لأرباب الولايات و الموظفين لقضاء المصالح منهم، فتلك تسمى رشوة.(أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، ر.ح.2597،ص.309).

² -أنظر، أبو القاسم بن الجلاب، التفريع، ج.2، ط.1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1987،ص.314.

³ -مالك بن أنس، المرجع السابق، ر.ح.1434،ص.440.

⁴ -مالك بن أنس، نفس المرجع، ص.440.

⁵ -نايف الرجوب، المرجع السابق،ص.233.

⁶ -جميل جاتم، المرجع السابق،ص.115.

قضية الحال - أن الطرفين جرت بينهما خطبة زواج ثم وقع العدول عن الخطبة من طرف الخاطب فإن القضاة بقضائهم بتأييد الحكم المستأنف والقاضي برفض إتمام الزواج و إلزام المدعى عليها بردها إلى المدعي ما قدمه لها من هدايا وحلي و نقود و اعتبروها صداقا دون الرد على دفع الطاعة اخطأوا في تطبيق القانون، و عرضوا قرارهم للقصور في التسيب¹.

وفي المقابل فقد ألزمت المادة 4/5 من ق أ على الخاطب العادل رد ما أهدته المخطوبة له من هدايا، لكن المشرع لم يحسن الصياغة فنص أنه: «وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته أو قيمته»، وكان عليه أن ينص: «وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته أو قيمة ما أستهلك». ².

ثم تأتي الفقرة 5 من نفس المادة لتتص على أنه : « وان كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك أو قيمته». لم يحدد المشرع - هنا - الشيء الذي يلزم رده لكن يفهم أنه الهدايا، فهي تحيلنا إلى الفقرة التي سبقتها، ولم تتطرق الفقرة هذه لحكم الهدايا التي أهدتها هي فهل تستردها أو لا ؟.

ب-مدى الإلزام برد الصداق³ في العدول عن الخطبة:

لم يورد المشرع الجزائري حكم الصداق في حالة العدول، ولقد نصت المادة 1/15 على أنه: «يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا»، إذا فيمكن تعجيل الصداق، ويمكن أيضا -على هذا الاعتبار أن يدفعه الخاطب إلى مخطوبته عند خطبته لها.

وبسكوت المشرع -عن حكم الصداق في حالة العدول عن الخطبة -يحيلنا إلى الشريعة

الإسلامية بموجب المادة 222 من ق أ.

1- انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 1999/03/16، ملف رقم 219313، إجتهد قضائي، قسم الوثائق للمحكمة العليا، دو.أ.ت، 2001، ع.خاص، ص.39؛ وانظر أيضا، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 1991/04/23، ملف رقم 73919، م.ق، 1993، ع.2، ص.58.

²-يطرح السؤال هنا هل يلزم برد ما هلك أو أستهلك بقيمتها يوم قبضها أو بقيمتها يوم ردها؟.

³-عرفت المادة 14 من ق أ الصداق بنصها على أن: «الصداق هو ما يدفع نطه للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء».

من المعلوم أن الصداق حق للمرأة بمجرد عقد الزواج، فإن تم الدخول فلها جميعه وإلا لم يكن لها إلا النصف لو طلقت قبل الدخول¹، وبالتالي فإن المهر المدفوع للمخطوبة ليس حقا واجبا لها قبل الزواج، فإن حصل العدول لزمها رده للخاطب ولو كان هو العادل إجماعاً².

وهذا الذي ذكر هو الجاري به العمل في القضاء الجزائري، إذ جاء في القرار القضائي المؤرخ في

13 جويلية 1993 أنه: "من المقرر قانوناً أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام

الزواج، أن ترد ما لم يستهلك من هدايا وغيرها.

ولا تستحق الزوجة نصف الصداق إلا عند الطلاق قبل الدخول.³

وقال أحد أهل العلم أنه: «إذا كان العدول من الخاطب للمخطوبة الخيار بين مثل النقد أو

تسليم الجهاز، وأما إذا كان العدول من المخطوبة فعليها رد مثل الصداق أو قيمته.»⁴

الفرع الثالث:

الرضا بالفحص الطبي قبل الزواج

ننظر هنا إلى ثلاثة أمور: الأمر الأول في تعريف الفحص الطبي قبل الزواج-أولاً-؛ أما الأمر الثاني

فننظر فيه إلى رضا المقبل على الزواج بالفحص الطبي قبل الزواج-ثانياً-؛ وأما الأمر الثالث فننظر فيه

إلى رضاه بما يترتب عن هذا الفحص-ثالثاً-، أي بالرضا القبلي و البعدي على الفحص الطبي.

أولاً: تعريف الفحص الطبي قبل الزواج.

من استقراء المادة: 7 مكرر من ق أ و المواد 2 و3 و4 من المرسوم التنفيذي رقم 06-

154⁵ يمكن القول: أن الفحص الطبي قبل الزواج هو إجراء قانوني وقائي يتمثل في إجراء المقبلين

¹-أنظر، على الماوردي، الحاوي الكبير، ج.9، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994، ص.419.

²-نايف الرجوب، المرجع السابق، ص.227.

³-انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 1993/07/13، ملف رقم.92714، م.ق، 1995، ع.1، ص.128.

⁴-أنظر، بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ط.1، دار الثقافة، الأردن، 2012، ص.130.

⁵-أنظر المرسوم التنفيذي 06-154، مؤرخ في 11 مايو 2006، يحدد شروط و كفاءات تطبيق المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11، ج.ر، ع.31، المؤرخة في 14/05/2006.

على الزواج تشخيصا مخبريا و سريريا عن حالتها الصحية و عن الأمراض التي قد تؤثر سلبا على الحياة الزوجية¹.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يحدد بدقة ماهي الأمراض التي يمكن أن تجرى الفحوصات الطبية للكشف عليها، إلا أن الممارسة العملية² تثبت أن الفحص الطبي قبل الزواج قد ينصب أساسا على بيان فصيلة الدم، وبيان خلو الزوجين من الأمراض التالية:

-مرض فيروس : Ag.H.B.S وهو فيروس الالتهاب الكبدي B-³؛

-مرض فيروس : T.P.H. A/B.W وهو فيروس التيبار كلوز أو مرض السل؛

-مرض فيروس :HIV وهو فيروس السيدا⁴.

ثانيا: الرضا القبلي بإجراء الفحص الطبي قبل الزواج:

ويقصد بالرضا القبلي بإجراء الفحص الطبي قبل الزواج رضا الخاطبين السابق على إجراء الفحص الطبي، إذ يثور هنا إشكال وهو ألا يعتبر الإلزام بالفحص الطبي خرقا لما يتسم به الزواج كله من رضائية؟، وما هو موقف الشريعة(أ) و القانون (ب) من إلزامية الفحص الطبي قبل الزواج؟.

أ- إلزام الخاطبين بالفحص الطبي في الفقه الإسلامي.

اختلف رجال الشريعة بين مجوز ومحرم للإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج على التفصيل التالي:

¹-أنظر، بلحاج العربي، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد،مجلة المحكمة العليا،الجزائر، 2007، ع.1، ص.100.

²-أنظر الملحق، ص.191.

³-الالتهاب الكبدي B-فيروس يصيب الكبد ينتقل عن طريق الجنس و الدم ومن الأم إلى الابن، لا يوجد علاج له، لكن هناك لقاح لمنع العدوى، يجعل الفيروس صاحبه أكثر عرضة لسرطان الكبد و تليفه. أنظر، صالح أبو زيد، الأمراض الحديثة وأثرها على استمرار الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي، ط.1، دار الثقافة،الأردن، 2012، ص.232 وما بعدها.

⁴-ويطلق عليه أيضا تسمية الايدز (AIDS)، وهو مختصر الحروف الأولى من الكلمات الانجليزية : (Acquired Immune Deficiency Syndrome)، ومعناه بالعربية:مرض نقص المناعة المكتسبة، إذ يحدث بهذا المرض قصور في الوسائل الدفاعية في الجسم من الأمراض التي تصيبه، ينتقل هذا الفيروس إما عن طريق الجنس والدم واللعاب. انظر، صفوان عضيبات، الفحص الطبي قبل الزواج،مذكرة ماجستير تخصص فقه، جامعة اليرموك، الأردن، 2004، ص.49 وما يليها.

1- جواز الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج:

ذهب بعض الأساتذة إلى جواز الإلزام بالفحص الطبي لجواز الفحص الطبي قبل الزواج نفسه¹، ذلك أن الله تعالى يقول: «والذين يقولون ربنا هب لنا من أزواجنا وذرياتنا قررة أعين»²، قالوا فكيف يكون الزوج و الذرية قررة للأعين إذا نغص الزواج بالمرض الدائم الذي لا يرجى شفاؤه³، وقد قال الله تعالى: «ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة»⁴.

و قد قال رسول الله عليه وسلم: «تخيروا لنطفكم»⁵، وقال أيضا: «لا توردوا الممرض على المصح»⁶ وقال أيضا: «وفر من المجدوم كما تفر من الأسد»⁷.

و قالوا-أيضا- أن للفحص الطبي قبل الزواج مصلحة للفرد و للمجتمع⁸، فالأول يتوقى من من الأمراض، و المجتمع يسلم بنيانه، إذ الأسرة هي الخلية الأساسية له و اللبنة التي منها ينبنى⁹، وإن كان فيه ضرر لبعض الأفراد فإن هذا الضرر أهون من الضرر الأكبر الذي قد يصيب أفراد الأسرة والمجتمع¹⁰.

و عليه فإن للحاكم أن يلزم بإجراء الفحص الطبي قبل الزواج، وعلى المقبلين على الزواج أن يمثلوا أمره في ذلك، فإن الله تعالى يقول: «يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي

¹- ممن ذهب إلى جواز الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج نذكر منهم: محمد الزحيلي، وناصر الميمان، وعبد الفتاح فايد، وأسامة الأشقر، ونصر فريد وأصل. أنظر، عبد الفتاح أبو كيلى، الفحص الطبي قبل الزواج، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2012، ص275
45- سورة الفرقان، الآية 76.
46- أنظر، عبد الحميد القضاة، الفحص قبل الزواج ضرورة أم ترف؟، ط1، جمعية العفاف الخيرية، عمان، 2003، ص100.
47- سورة البقرة، الآية 195.

⁵- الحديث سبق تخريجه، ارجع، ص 22.

⁶- أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، ر.ح. 5774، ص. 707.

⁷- أبو عبد الله البخاري، نفس المرجع، ر.ح. 5707، ص. 700.

⁸- وهذا ما يعرف بالمصلحة المرسله وهي كل مصلحة لم يرد دليل من الشرع على اعتبارها أو إلغاءها.

⁹- أنظر، فانتن الكيلاني، الفحوصات الطبية للزوجين، ط1، دار النفائس، الأردن، 2011، ص. 96.

¹⁰- عبد الفتاح أبو كيلى، المرجع السابق، ص278

الأمر منكم»¹، و أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال -أيضا- :«اسمعوا وأطيعوا وإن أمر عليكم عليكم عبد حبشي كأن رأسه زبيبة»².

و أنه لما ثبت مشروعية الفحص الطبي قبل الزواج، كان لولي الأمر أن يلزم به من باب السياسة الشرعية³.

2- تحريم إلزام الخاطبين بالفحص الطبي.

و هناك من قال بتحريم إلزامية الفحص الطبي لحرمة الفحص نفسه⁴، فإن الله تعالى يقول: «وانكحوا الأيامى منكم و الصالحين من عبادكم وإمائكم»⁵، و يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير»⁶، ولم يذكر صلى الله عليه وسلم الصحة.

زد إلى ذلك أن الأصل في الإنسان السلامة، ولا يخلو إنسان من مرض وراثي⁷، وأن على المتزوج أن يحسن الظن بالله ويتوكل عليه، وأن الفحص الطبي قبل الزواج يتضمن سلبات كثيرة منها ارتفاع تكاليفه⁸، وما ينتج عنه من كشف لأسرار الطرفين خاصة إذا انفصلا عن بعضهما البعض⁹.

¹-القرآن الكريم، نفس الطبعة، سورة النساء، الآية 59.
²-أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، ر.ج. 7142، ص. 851.
³-صفوان عصبيا، المرجع السابق، ص. 74.
⁴- من قال بتحريم إلزام الخاطبين بالفحص الطبي قبل الزواج نذكر منهم الأستاذة: محمد رأفت عثمان، ومحمد عبد الغفار الشريف، وعارف على عارف. راجع، عبد الفتاح أبو كيلة، المرجع السابق، ص. 276.
⁵-القرآن الكريم، نفس الطبعة، سورة النور، الآية 32.
⁶-الحديث سبق تخريجه، راجع، ص. 22.
⁷-أسامة الأشقر، المرجع السابق، ص. 87.
⁸-أنظر نايف الرجوب، المرجع السابق، ص. 218.
⁹- سئل الشيخ ابن باز -من أحد الشباب- في هذا الشأن هذا السؤال: أرغب في الزواج من بنت عمي، ولكنها نصحتني وكذلك بعض بعض المقربين بعمل كشف طبي قبل الزواج حتى نطمئن على الجينات الوراثية، فهل هذا فيه تدخل في قضاء الله وقدره؟ وما حكم الدين في هذا الكشف وفككم الله؟ فأجاب -رحمه الله-: «لا حاجة لهذا الكشف وعليكم أن تحسنا الظن بالله، والله سبحانه يقول: «أنا عند ظن عبدي بي»، كما روى ذلك عنه نبيه صلى الله عليه وسلم، ولأن الكشف قد يعطي نتائج غير صحيحة، عاقانا الله وإياكم من كل شر». انظر محمد بن رياض الأحمد، موسوعة الأحكام الشرعية، ج. 1، ط. 1، المكتبة العصرية، بيروت، 2005، ص. 304.

3- الرأي الفقهي المختار من إلزامية الفحص الطبي للخاطبين:

من المقرر شرعا أن هناك قاعدة فقهية تنص على أن: «الأصل في الإيضاع التحريم»¹، ويطلق البضع على ثلاثة أمور: الفرج و الوطاء و النكاح.²

ولا يخفى على كل ذي لب ارتباط الفحص الطبي قبل الزواج بهذه الأمور الثلاثة، وبالتالي فالراجح أن يقال أن الأصل في الفحص الطبي قبل الزواج التحريم.

ثم إن ما حل بالمجتمع من الأمراض الفتاكة -كالسيدا و السلطان و الإدمان على المخدرات- ضرر حال مباشر بالمجتمع.

وقد علم أن «الضرورات تبيح المحظورات»³، فأبيح الفحص الطبي قبل الزواج للضرر الحال بالمجتمع، إلا أن «الضرورة تقدر بقدرها».

وعليه فلا يجوز الفحص الطبي قبل الزواج إلا في الأمراض الخطيرة كالسيدا أو السلطان و السل و الإدمان و غيرها.

ولولي الأمر إلزام الخطاب بالفحص الطبي قبل الزواج فيما ذكر من الأمراض لما له من سلطة الأمر الوارد في قوله تعالى: «يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله و أطيعوا الرسول و أولي الأمر منكم».

ب- موقف القانون من إلزام الخاطبين بالفحص الطبي .

يطرح السؤال هنا، ألا يتعارض الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج بمبدأ رضا المريض بالفحص الطبي؟؛ ثم ما هو موقف المشرع الجزائري؟.

وسيتم الإجابة عن هذا السؤال من خلال مسألتين، الأولى في الفحص الطبي و مبدأ رضا المريض(أ)؛ والثانية عن موقف المشرع الجزائري من ذلك(ب).

¹-أنظر، زين الدين بن نجيم، الأشباه و النظائر، دار الكتب العلمية، لبنان، 1980، ص.67.
²-أنظر، سعد الشنترى، شرح المنظومة السعدية في القواعد الفقهية، ط.1، دار المحسن، الجزائر، 2010، ص.106.
³-أنظر، محمد بن العثيمين، القواعد الفقهية، دار البصيرة، د.ب، ص.24.

1-الفحص الطبي قبل الزواج و مبدأ رضا المريض :

معنى مبدأ رضا المريض بالفحص الطبي هو أن للمريض الحق في عدم المساس بجسمه أو إرغامه على العلاج إلا بإذنه، وأيا كانت نتيجة هذا العلاج و درجة خطورة مرضه¹.

و يستثنى من مبدأ رضا المريض بالفحص الطبي حالة لما يكون مرض الشخص يشكل خطورة على الصحة العامة كالأمراض الخطيرة أو المعدية، فهنا يرغب المريض على الفحص والعلاج²، وهنا يطرح السؤال التالي: هل الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج مستثنى من مبدأ رضا المريض؟.

سبق ذكر أن الفحص الطبي قبل الزواج ينصب أساسا على الأمراض الخطيرة التي تهدد بالصحة العامة، لكن هل احتمال ورود مرض ما في شخص ظاهره السلامة يبرر إجباره على الفحص الطبي قبل الزواج؟.

أدخل البعض الفحص الطبي قبل الزواج ضمن التدخلات الإجبارية للطبيب التي تستثنى من مبدأ رضا المريض بالفحص الطبي، ويجد هذا الطرح مبرره في أن الفحص الطبي قبل الزواج يهدف إلى الوقاية و الحد من الأمراض الخطيرة³.

في حين يرى البعض أن الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج يعتبر تعديا على الحرية الشخصية وخرقا لمبدأ الرضا بالفحص الطبي⁴.

وأمام هذا التباين و الاختلاف حول إلزامية الفحص الطبي قبل الزواج نتساءل عن موقف المشرع الجزائري؟.

¹-أنظر، عبد الكريم مامون، إخلال الطبيب بحق المريض في الرضا وجزائه، موسوعة الفكر القانوني، ع.1، د.س، وهران، ص.42.
²-أنظر، عبد الكريم مامون، محاضرات في القانون الطبي موجهة لطلبة ماجستير القانون الخاص المعمق، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2011/ 2012، ص.17.
³-أنظر، بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تيزي وزو، 2011، ص.78.
⁴-صفوان عضيبات، المرجع السابق، ص.69.

2 -موقف المشرع الجزائري من إلزامية الفحص قبل الزواج:

تنص المادة 7-1 من ق أ على أنه: «يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.»، وهذا عين ما أكدته المادة 2 من المرسوم التنفيذي (06-154) و المؤرخ في 11ماي 2006، إذ يزيد هذا الأخير أن نص في المادة 6 منه على أنه: «لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج، إلا بعد أن يقدم طالبا الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم.»

الظاهر من المواد المذكورة أن المشرع الجزائري يأخذ بالرأي الذي ذهب إلى الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج.

بيد أن الإلزام الوارد في المواد المذكورة هو الإلزام بتقديم الشهادة الطبية قبل الزواج لضابط الحالة المدنية أو الموثق، ولا ينصب هذا الإلزام على ضرورة أن يقع على أمراض معينة.

فالمشرع الجزائري لم يحدد هنا ما هي الأمراض المعدية أو الخطرة التي يلزم الطبيب الكشف عنها¹، ذلك أن المادتين 7 مكرر/2 من ق.أ² و 2/4 من المرسوم (06-154) جاءتا عامتين ومطلقتين³.

وبالتالي يمكن القول أن المشرع الجزائري ألزم بتقديم وثيقة طبية قبل الزواج على الخاطبين، لكن لم يلزمهما أن يجريا الفحص على أمراض معينة، وهذا ما يجعل الفحص الطبي قبل الزواج خاليا من مضمونه و إجراء شكلياً ليس إلا.

¹- بلحاج العربي، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الاسرة الجديد، المرجع السابق، ص.119.
²-تنص المادة 7 مكرر -2: «يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج.»
³-تنص المادة 4-2 من المرسوم (06-154): «وزيادة على ذلك، يمكن أن يقترح الطبيب على المعني إجراء فحوصات للكشف عن بعض الأمراض التي يمكن أن تشكل خطر الانتقال إلى الزوج/أو الزرية و ذلك بعد إعلامه بمخاطر العدوى منها.»

ثالثاً: الرضا البعدي على إجراء الفحص الطبي قبل الزواج:

يجري الكلام هنا عن مسألتين: الأولى عن الإلزام بإعلام أحد الخاطبين الآخر بما يكشفه الفحص الطبي قبل الزواج (أ)؛ والثاني عن أثر نتائج الفحص الطبي على إرادة الخاطبين (ب).

أ - الإلزام بالإعلام بالفحص الطبي قبل الزواج:

يطرح هنا تساؤل و هو: ألا يمكن أن يكون الإلزام بالإعلام بالفحص الطبي قبل الزواج خرقاً لحق الخصوصية؟.

عرف البعض حق الخصوصية على أنه ذلك المجال من حياة الشخص الذي لا يجوز للغير أن يدخل إليه بدون إذن.

واستقر الفقه و القضاء أن الحق في الخصوصية يشمل الحق في الحياة العاطفية و الزوجية والعائلية والحالة الصحية¹.

و مما لا شك أن الفحص الطبي قبل الزواج يمس كلا من الحياة العاطفية و الحالة الصحية للشخص الذي أجري الفحص عليه².

فهل يسوغ للطبيب أو ضابط الحالة المدنية أو الموثق إعلام الغير بهذا الفحص جبراً عن إرادة من أجري الفحص عليه؟.

من الجانب الشرعي نجد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من غشنا فليس منا»³، فالحديث عام يلزم كل مسلم أن يظهر من العيوب التي قد توقع غيره في الغلط أو التدليس أو، إذ لو كتّمها عليه لكان غاشاً له⁴.

¹-أنظر، مبروك نصر الدين، الحق في الخصوصية، مجلة موسوعة الفكر القانوني، ع.1، د.ب.ص، ص.62.
²-أنظر، محمد يوسف علوان و محمد خليل موسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان، ج.2، ط.1، دار الثقافة، الأردن، 2007، ص.295.
³-مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، ج.1، ر.ح. 294، ص.69.
⁴-زين الدين بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ج.6، ص.167.

أما من الناحية القانونية نجد أن المشرع الجزائري نص في المادة 7 مكرر/2 من ق أ على أنه:

«يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج...»، وهذا ما أكدته المادة 1/7 من مرسوم (06-154) بنصها أنه: «يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من خلال الاستماع إلى كلا الطرفين في آن واحد من علمهما بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما وبالأمراض أو العوامل التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج.».

من خلال استقراء صياغة المادتين يتأكد أن إعلام أحد الخاطبين بما يكشفه الفحص الطبي للطرف الآخر أمر وجوبي.

ولعل الذي يبرر ذلك اعتبار الإلزام بالإعلام بالفحص الطبي قبل الزواج من قبيل أسباب إباحة إفشاء السر الطبي، فيرجح إفشاء السر هنا عن كتمانها من أجل صيانة المجتمع من الأمراض الخطيرة التي يخشى انتشارها¹.

ب- أثر نتائج الفحص الطبي على ارادة الخاطبين:

نتطرق هنا الى رضا الخاطبين بنتائج الفحص الطبي قبل الزواج(1)؛ وعن العدول عن الخطبة بسبب نتائج الفحص الطبي قبل الزواج(2).

1-الرضا بنتائج الفحص الطبي قبل الزواج:

تنص المادة 2/7 من مرسوم (06-154):«ولا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين»، معنى المادة أنه إذا رضي الطرفين أو أحدهما بمرض

¹-أنظر، عبد الرحيم صباح، التزام الطبيب السر المهني، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة قاصدي مرياح، قسم العلوم القانونية والادارية، ورقلة، 2006، ص. 115 .

الآخر الذي يكشفه الفحص الطبي قبل الزواج لم يكن لضابط الحالة المدنية أو الموثق أن يرفض أو يمتنع عن إبرام عقد الزواج بسبب هذا المرض.

وهذا ما يؤكد أن المادة 7 مكرر من ق أ ما هي إلا إجراء وقائي لا يؤثر على صحة الزواج¹، ولكن كيف يرم عقد الزواج إذا تأكد أن أحد طرفيه أو كلاهما مصاب بمرض خطير، وأن احتمال انتقاله إلى الطرف الآخر أو الذرية احتمال كبير؟.

كيف يمكن أن ترجح إرادة الطرفين على ضرورة المحافظة على الصحة العامة؟.

وهل يسوغ للطرف الذي يرضى بمرض الآخر أن يطالب بالطلاق أو التطلق بسبب هذا المرض؟.

الجواب على هذا كله أن يقال أن الشارع قد وضع لعقد الزواج أركاناً وشروطاً -على اختلاف بين أهل العلم فيما يعتبر من الأركان أو الشروط - فلا يجوز الزيادة فيها أو النقصان ذلك أن القاعدة أن الأصل في الأبدان التحريم².

فإذا أجزى الفحص الطبي قبل الزواج فهو من باب الضرورة - كما ذكر من قبل - وهي وقاية المجتمع من الأمراض الخطيرة. بيد أنه إذا ثبت إمكانية عدم انتقال عدوى المرض إلى الطرف الآخر طبيًا رفعت الضرورة³، أما إذا ثبت يقيناً أن المرض تنتقل عدواه إلى الزوج الآخر فالواجب منع إبرامه إذا علم خطورة المرض وأنه لا يرجى الشفاء منه، ذلك أنه لا ضرر و لا ضرار⁴، وأن الحفاظ على النفس مقدم على الحفاظ على العرض⁵، ودرأً مفسدة المرض الخطير الذي لا يرجى شفاؤه أولى من جلب مصلحة الزواج⁶.

¹-أنظر بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.171.

²-ارجع، ص.41.

³-أنظر، أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقيهية، دار القلم، دمشق، 1989، ص.163.

⁴-محمد الالباني، إرواء الغليل، المرجع السابق، ج.1، ص.896.

⁵-أنظر، يوسف البدوي، مقاصد الشريعة عند ابن تيمية، دار النفائس، الأردن، د.س، ص.445 وما بعدها.

⁶-محمد العثيمين، القواعد الفقهية، المرجع السابق، ص.20.

وليس للطرف الذي علم بما كشفه الفحص الطبي من أمراض في الطرف الآخر أن يطلب إبطال عقد الزواج أو التطليق بسبب هذه الأمراض، لأن شرط العيب الموجب للبطلان أو التطليق أن لا يكون الطرف الآخر على علم به قبل الزواج¹.

2 - العدول عن الخطبة بسبب نتائج الفحص قبل الزواج:

إذا كشف الفحص الطبي قبل الزواج أن هناك مرض يحول دون الزواج فهنا جاز العدول لكونه مبرر شرعي، و العدول في هذه الحالة إما أن يكون من صاحب المرض الذي كشف عنه الفحص الطبي قبل الزواج؛ وإما أن يكون العدول من الطرف الآخر بسبب ما كشفه الفحص الطبي من أمراض في الطرف الثاني.

صرحت المادة 5 من المرسوم (06-154) أن: "يلغ الطيب الشخص الذي خضع للفحص بملاحظاته و نتائج الفحوصات التي تم إجراؤها..."، فبمقتضى هذه المادة يكون الشخص -الذي إجرى له الفحوصات- على بصيرة بما أصابه وما سيصيب قرينه أو ذريته²، و بالتالي فله العدول ولا يلزمه قانوناً تبريره³.

أما في حالة عدول الطرف الآخر بسبب ما كشفه الفحص الطبي من أمراض في الطرف الثاني، فإنه يثار الإشكال هنا لما يفشي الطرف العادل عن الخطبة سر المرض الذي كشفه الفحص الطبي قبل الزواج للطرف الآخر.

¹- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج.1، ص.237.

²- بلحاج العربي، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.117.

³- لم يلزم المرسوم (06-154) الطبيب بإخبار الغير بنتائج الفحوص الطبية التي قام بها المعنى بالأمر قصد الزواج، وبالتالي فلا يجوز للطبيب إنشاء أسرار مريضه التي علم بها، إلا في الأحوال المنصوص عليها في المواد 206 و226 و235 من قانون 85 - 05. أنظر القانون 85-05، المؤرخ في 16 فبراير 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.ع، 8، المؤرخة في 17 فبراير 1985، والمعدل و المتمم بقانون رقم 09/89، المؤرخ في 19/08/1998، ج.ر.ع، 61، المؤرخة في 23/08/1998، وبالأمر رقم، 07/06، المؤرخ في 15/06/2006، ج.ر.ع، 47، المؤرخة في 19 يوليو 2006، و بالقانون رقم 13/08، المؤرخ في 20/06/2008، ج.ر.ع، 44، المؤرخة في 03/08/2008.

تنص المادة 301 من ق ع على أنه: «يعاقب بالحبس من شهر الى ستة أشهر و بغرامة من 20000 دج الى 100000 دج... جميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي بها اليهم وأفشوها...»

من خلال عبارة «وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع» -الواردة في هذه المادة- فإن إفشاء العادل عن الخطبة سر مرض الطرف الآخر يشكل جنحة يعاقب عليها قانون العقوبات¹.

وهو مع ذلك مطالب بالتعويض على أساس المادة 5-3 من ق أ بسبب ما تلبس العدول من إفشاء لسر مرض الطرف الآخر، إذ يعتبر هذا خطأ تقصيريا في حقه².

¹-أنظر، ماد يو نصيرة، إفشاء السر المهني بين التجريم و الإجازة، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، 2010، ص.54.

²-أنظر، بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص.104.

بعد بيان أثر الإرادة في التمهيد لعقد الزواج وتحديد ضوابط الإرادة في هذه المرحلة والقيود الواردة عليها، نردف هذا بالكلام على المرحلة الموالية من مراحل تكوين عقد الزواج، وهي مرحلة مجلس عقد الزواج، فتتطرق - هنا - إلى مركز الإرادة فيه.

المطلب الثاني

مركز الإرادة في مجلس عقد الزواج

تنص المادة 9 من ق أ على أنه: "يتم عقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، بعد أن كانت تنص قديما على أنه: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصادق".

هذا إن دل فإنما يدل أن المشرع الجزائري قصد من هذا أن يجعل من التراضي الركن الوحيد - بعد الركن البيولوجي - لعقد الزواج، حيث جعل وجود عقد الزواج مرتبطا بوجود التراضي.

ومن المعلوم في القواعد العامة أن وجود التراضي مرتبط أساسا بوجود إرادتين متطابقتين، ولا يكفي لوجود التراضي تطابق الإرادتين بل لا بد أن تكون هتين الإرادتين صحيحتين¹.

ولهذا سيتم الحديث - هنا - عن وجود التراضي في الفرع الأول؛ ثم نتطرق إلى صحة التراضي في الفرع الثاني؛ ثم نناقش مكانة التراضي في مجلس عقد الزواج في الفرع الثالث.

الفرع الأول

وجود التراضي في مجلس عقد الزواج

والمقصود بوجود التراضي - هنا - هو وجود تطابق الإرادتين بين طرفي عقد الزواج، ولتطابق الإرادتين لا بد - أولا - من التعبير عن إرادة كل منهما؛ ثم توافق إرادتيهما على إحداث أثر قانوني والذي هو عقد الزواج في هذه الحالة - ثانيا -².

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج 1، ص 142.
² - يطلق على تطابق الإرادتين - أي التعبير وتوافق الإرادتين - في الشريعة مصطلح الصيغة، فالصيغة هي طريقة التعبير عن الإرادة وتوافقها مع إرادة الطرف الآخر. (أنظر، محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 122).

أولاً: كيفية التعبير عن الإرادة:

تنص المادة 10 من ق أ على أنه: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر

بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً.

ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة والإشارة"، من

نص المادة يمكن القول أن القاعدة العامة في التعبير عن الإرادة في عقد الزواج، أن يكون باللفظ (أ) كأصل

عام؛ ويستثنى من هذا الأصل تعبير العاجز عن اللفظ (ب).

أ-التعبير عن الإرادة باللفظ:

تنص المادة 1/10 من ق أ على أنه: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف

الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً"، فدلّت المادة أن كل ما يفيد معنى النكاح شرعاً يصح التعبير به

على انعقاد الزواج.

واختلف علماء الشريعة في الألفاظ التي تدل على معنى النكاح، فقال أصحاب الشافعي وطائفة من

المالكية وغيرهم أنه لا ينعقد النكاح إلا بلفظ التزويج والإنكاح¹.

وقال أبو حنيفة ومالك على المشهور يجوز انعقاد الزواج بلفظ الهبة والبيع والصدقة²، إلا أن الضابط

في جواز انعقاد الزواج بهذه الألفاظ أن تكون مقرونة بذكر الصداق، و ينعقد النكاح بلفظ الهبة عند أبي

حنيفة والأوزاعي دون أن يكون مقروناً بذكر الصداق، بشرط وجوب مهر المثل للمعقود عليها³.

وظاهر نص المادة 1/10 من ق أ تدل أن المشرع الجزائري أخذ بما ذهب إليه الأحناف وجمهور

المالكية⁴.

¹ - أبي عبد الله القرطبي، المرجع السابق، ج.11، ص. 262.

² - أنظر، محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.2، ط.2، دار المعرفة، لبنان، 1982، ص.4.

³ - أحمد العسقلاني، المرجع السابق، ج.11، ص.412.

⁴ - أنظر، منادي مليكة، بريكة، أحكام الأسرة بين الثابت والمتغير في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الجيلالي النابيس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سيدي بلعباس، 2006، ص.202.

ويشترط جمهور الفقهاء أن يكون في اللفظ الوارد في عقد النكاح دلالة واضحة - دون أي لبس أو غموض - أن إرادة الطرفين منصرفة إلى قصد الزواج دون غيره، وأن يكون اللفظ بصيغة الماضي كأنكحتك وزوجتك¹.

واختلف أهل العلم في هل يصح الزواج بغير اللفظ العربي، والراجح أن يقال أنه يصح بشرط أن يفهم الطرفان اللفظ الأجنبي الدال على الزواج².

ب- تعبير العاجز:

تنص المادة 2/10 من ق أ أنه: "ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة والإشارة"، والسؤال المطروح هنا، ماذا يقصد المشرع من لفظ العاجز؟، فهل يقصد به فقط العاجز عجزاً جسدياً كالأخرس، أم يقصد به كل عجز معتبر كعجز الغائب الذي لا يستطيع أن يحضر إلى بلده لدواعي أمنية مثلاً، فهل يعتبر الغائب في حكم العاجز؟، وهل تستوي الكتابة والإشارة في الدلالة على الإرادة في إبرام عقد الزواج؟، ثم ما حكم التعبير بالوسائل الحديثة.

هذا ما سينصب الجواب عليه في بيان حكم الكتابة (1) والإشارة (2) في الدلالة على إرادة العاجز عن الكلام في إبرام عقد الزواج؛ ثم نتطرق بعدها إلى التعبير بوسائل الإتصال الحديثة (3).

1- التعبير بالكتابة: اتفق أهل الفقه أنه لا يصح انعقاد الزواج بالكتابة إذا كان بين حاضرين قادرين على الكلام³، واختلفوا هل يصح الزواج بالكتابة بالنسبة للغائبين إلى قولين.

فذهب القول الأول إلى أن الكتابة لا ينعقد بها الزواج إذا كان بين غائبين، وهو قول

الجمهور⁴، قال أحمد الدردير: "ولا تكفي الإشارة ولا الكتابة إلا لضرورة خرس"⁵.

¹ - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص. 89.

² - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 43.

³ - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ط. 2، دار الفكر العربي مصر، 1971، ص. 80.

⁴ - أنظر، أحمد عبدو، رضا المرأة في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة دراسات قانونية، مركز البصيرة، الجزائر، فيفري 2011، ع. 10، ص. 38.

⁵ - أنظر، أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج. 2، مؤسسة العصر، د. ب.، ص. 96.

أما القول الثاني فهو مذهب الحنفية، فينعقد الزواج عندهم بالكتابة إذا كان بين الغائبين، و لا ينعقد بالكتابة إذا كان بين حاضرين، قال ابن نجيم: "وقيد المصنف - يعني صاحب كنز الدقائق¹ - انعقاده باللفظ؛ لأنه لا ينعقد بالكتابة من الحاضرين فلو كتب تزوجتك فكتبت قبلت لم ينعقد، وأما من الغائب فكالخطاب، وكذا الرسول، فيشترط سماع الشهود قراءة الكتاب وكلام الرسول"².

و إذا رجعنا إلى قانون الأسرة الجزائري فقد ذهب جماعة من رجال القانون أن المقصود بالعاجز في المادة 2/10 هو ذلك العاجز عن التلفظ، فالفقرة الثانية مرتبطة بالأولى، ولما نص المشرع في هذه الأخيرة على أن التعبير يكون بالكلام المتلفظ به، كان المقصود من العاجز العاجز عن الكلام (كالمرضى والأخرس)³.

وما يمكن أن يقال هنا أن المشرع لم يوضح - بدقة - ما المقصود من لفظ العاجز، فنص في المادة 2/10: "ويصح الإيجاب والقبول من العاجز..."، ومعلوم أن الألف واللام تفيد العموم.

والأجدر فيما يظهر أن الأحرى بالمشرع الجزائري أن يأخذ بما ذهب إليه الأحناف من جواز انعقاد الزواج بالكتابة بين الغائبين دون الحاضرين، لأن في ذلك تيسير على الناس ورفع للمشقة، وكما هو معلوم فإن المشقة تجلب التيسير⁴، فلو نص على أنه: "ويصح الإيجاب والقبول من العاجز عن التلفظ وغيره..." كان ذلك أقرب إلى الصواب.

2- التعبير بالإشارة: جرى الإجماع بين علماء الشريعة أن من لم يكن قادرا عن التلفظ بالكلام

أو بالكتابة جاز له أن يعقد الزواج بالإشارة⁵.

¹ - هو أبو البركات عبد الله بن أحمد النسقي.

² - أنظر، زين الدين بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ج 3، ص 232.

³ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص 66؛ وانظر أيضا، عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، 2006، ص 48؛ وانظر كذلك، العوثي بن ملحمة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ط 1، د.م.ج، الجزائر، 2005، ص 42.

⁴ - سعد الشثري، المرجع السابق، ص 81.

⁵ - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، المرجع السابق، ص 80.

واختلفوا في من كان قادرا على الكتابة هل يصح له أن يعقد زواجه بالإشارة؟ فأجاز ذلك الشافعية وقالوا أنه يصح الزواج بالكتابة أو بالإشارة على السواء لمن لم يكن قادرا على الكلام لخرس أو عقلة لسان¹.

أما الأحناف، فعلى الظاهر من رواياتهم أنهم لا يميزون لمن كان قادرا على الكتابة أن يعقد زواجه بالإشارة، لأن الكتابة أقوى في الدلالة على المراد وأبعد عن الاحتمال من الإشارة².

وظاهر نص المادة 2/10 من ق أ أن المشرع أخذ بما ذهب إليه الشافعية من عدم التفريق بين الكتابة والإشارة، وذلك بنصها على أنه: "يصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة أو الإشارة"³.

ويوحي ظاهر لفظ هذه الفقرة - أيضا - أن التعبير بالكتابة أو بالإشارة ورد على سبيل المثال، فهل يدل هذا على أن المشرع الجزائري فتح المجال للتعبير بوسائل أخرى؟.

3- التعبير بوسائل الاتصال الحديثة: يقصد بوسائل الاتصال الحديثة، وسائل الاتصال السمعية والسمعية البصرية، كالهاتف والإنترنت⁴، ولأن هذه الوسائل أمر مستحدث - لم يكن على عهد فقهاء الشريعة الأقدمين - فقد تضاربت الآراء بين فقهاء الشريعة المعاصرين بين مجوز و مانع لإبرام عقد الزواج بهذه الوسائل.

فذهب جماعة من الفقهاء المعاصرين إلى أن التعبير بوسائل الاتصال الحديثة تتحقق فيه كل الشروط، من سماع أحد المتعاقدين والشهود والولي لإيجاب أو قبول الطرف الآخر في العقد، وكذا سماعهم تحديد الصداق، بل ويمكن أن يرى كل من المتعاقدين الآخر ومحادثته في الحال، وبالتالي يتحقق عنصر

¹ - أنظر، أحمد عبود، مدى حرية المرأة في إبرام عقد الزواج، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد العلوم القانونية والإدارية، ابن عكنون، 1998، ص 23.

² - أنظر، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، ط 2، دار الفكر، دمشق، 1985، ص 46.

³ - أحمد عبود، رضا المرأة في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 40.

⁴ - كريم زينب، المرجع السابق، ص 74.

المولات بين الإيجاب والقبول¹، فإذا تدعم كل هذا بحضور الموثق أو ضابط الحالة المدنية لإضفاء الشكلية الرسمية انعقد الزواج شرعا وقانونا².

و عارض هذا الطرح -المذكور سلفا- فقهاء آخرون فقالوا أن عقد الزواج يجب أن يحتاط فيه ما لا يحتاط في غيره حفظا للفروج³، وقد علم من فساد الذمم في الوقت الحاضر ما هو معروف، وأن كثيرا ممن يلجئون مواقع الإنترنت أو يتصلون بالهواتف - وخاصة النقالة منها- تنطوي نياتهم على خيث القصد وفساد السرية، كما أن هذه الوسائل لا تتضمن الضمانات الكافية لحماية الطرف المغرر به⁴.

ولعل الراجح أن يقال أن يحمل التعبير بوسائل الاتصال الحديثة محمل التعبير بالكتابة أو بالإشارة للعاجز عن التلفظ أو الحضور إلى مجلس العقد، على أن يحتاط لذلك غاية الاحتياط، كتأسيس هياكل وآليات الحكومة الإلكترونية⁵، وإنشاء وكالة وطنية لأمن المعلومات تكون ضمانا لحماية أطراف عقد الزواج. بعد أن نظرنا إلى التعبير الإيجابي باللفظ والكتابة والإشارة ووسائل الاتصال الحديثة، نتطرق - بعد ذلك- إلى التعبير السلبي بالسكوت.

فهل يصلح السكوت كوسيلة للتعبير عن الإرادة في عقد الزواج؟.

ج -التعبير بالسكوت:

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الأيّم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها"⁶، وفي رواية: "الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر وإذنها سكوها"⁷، فدل الحديث بلفظيه أن معنى الأيّم - هنا- الثيب، ومعنى صماتها السكوت.

¹ - أنظر، محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، قسم الشريعة، باتنة، 2009، ص.336.

² - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.195.

³ - أسامة عمر الأشقر، المرجع السابق، ص.110.

⁴ - محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص.142.

⁵ - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.195.

⁶ - مالك بن أنس، المرجع السابق، ر.ح. 1092، ص.306.

⁷ - أبو الحسين مسلم، المرجع السابق، ج.4، ر.ح. 3542، ص.141.

وأجمع أهل الفقه أن التعبير عن الإرادة في عقد الزواج إما أن يكون باللفظ أو بالسكوت، أما اللفظ فهو في حق الرجال والثيب من النساء واقع به، وأما السكوت فهو - يعني التعبير - في حق الإبكار واقع به، أما الرفض وعدم الموافقة فلا يكون إلا باللفظ أو ما جرى مجراه إذا عجز عن التعبير به¹.

ونص الشافعي أن البكر التي لا أب لها لا يصح التعبير منها إلا بالنطق²، واستحب المالكية إعلام البكر بأن سكوتها إذن³، وبالغ بعضهم - يعني المالكية - حتى أبطل الزواج إذا ادعت البكر أنها لم تعلم أن سكوتها إذن⁴.

واعتبر السكوت تعبيراً للإرادة في الزواج مراعاة لجبلية النساء عموماً والأبكار على الخصوص، وذلك لما طبعن عليه من الحياء والحشمة⁵، إلا أنه يرجح قول المالكية من استحباب إعلام البكر أنها إذا صمت كان ذلك دالاً على موافقتها وتكرار ذلك عليها حتى يتحقق من صحة إرادتها.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أنه لم يتعرض لاعتبار السكوت كوسيلة للتعبير عن الإرادة، واكتفى بأن يكون التعبير باللفظ أو بالكتابة والإشارة في حالة العجز، هذا ما يدفع إلى القول أن المشرع لم يقر على اعتبار السكوت كوسيلة للتعبير عن الإرادة وخاصة بعد تعديل المادة 11 من ق أ⁶.

ثانياً: توافق الإرادتين:

معنى توافق الإرادتين أن يقترن إيجاب بات بقبول مطابق، سواء كان المتعاقدان حاضرين في مجلس عقد الزواج، أو كانا غير موجودين في مجلس واحد⁷، ولذا سنتعرض لحالة توافق الإرادتين بين حاضرين (أ)؛ ثم نتطرق إلى توافق الإرادتين عن طريق النيابة (ب).

¹ - محمد بن رشد، المرجع السابق، ج 2، ص 4.

² - محمد الشافعي، المرجع السابق، ج 6، ص 47.

³ - أنظر، أحمد طاهري، صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، 1998، ص 144.

⁴ - أنظر، محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، ج 6، دار الجيل، بيروت، د م، ص 472.

⁵ - أبو عمر بن عبد البر، المرجع السابق، ج 16، ص 28.

⁶ - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة، الجديد، المرجع السابق، ص 193.

⁷ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 1، ص 171.

أ - توافق الإرادتين بين حاضرين:

لدينا حالتين في توافق الإرادتين بين حاضرين: حالة الزواج بواحدة(1)؛ وحالة تعدد الزوجات(2).

1- حالة الزواج بواحدة: هنا لدينا إيجاب من أحد الطرفين - الموجب - يعرض فيه عن رغبته في

الزواج، وقبول من الطرف الآخر - القابل - يعلن فيه عن موافقته لما جاء في الإيجاب الذي وجه إليه¹، أي

لدينا طرفين فقط رجل وامرأة، ويشترط في الإيجاب والقبول - في هذه الحالة - حتى تتوافق إرادتي المتعاقدين

الشروط التالية:

- الشرط الأول أن يتحد مجلس الإيجاب والقبول، فإذا اختلف مجلس العقد كان القبول صادرا على

غير إيجاب².

- أما الشرط الثاني فهو أن لا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول الآخر³.

- و الشرط الثالث أن لا يصدر عن العاقد الثاني بعد الإيجاب ما يدل على الإعراض بكلام

أجنبي⁴.

- أما الشرط الثالث فهو أن يكون القبول مطابقا للإيجاب فلو قال تزوجتك بمائة فقالت قبلت

زواجك بمائتين لم ينعقد الزواج بينهما⁵.

2- حالة تعدد الزوجات: في حالة تعدد الزوجات لا يكفي توافق الإرادة بين الرجل والمرأة

اللاحقة، بل لابد من توافق ثلاثة إرادات: إرادة الزوج؛ وإرادة الزوجة السابقة؛ وإرادة الزوجة اللاحقة؛ وأن

يتوج كل هذا بالترخيص القضائي.

أما فيما يخص موافقة الزوجة الأولى والثانية على التعدد، فقد نصت المادة 2/8 من ق أ على أنه:

"يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها..."، وتزيد الفقرة الثالثة أنه: "يمكن

¹ - بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص. 41.

² - علي البامري، المرجع السابق، ص. 89.

³ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 40.

⁴ - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، المرجع السابق، ص. 77.

⁵ - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص. 194.

رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج إذا تأكد من موافقتها"، فدل ظاهر نص المادة 8 بفقرتها الثانية والثالثة أن موافقة الزوجة السابقة واللاحقة على التعدد أمر وجوبي¹، بل وأعطى قانون الأسرة حق الخيار لكليهما لطلب التطليق إذا افتقر الزواج عليها أو من غيرها لهذا الشرط².

و أما فيما يخص الترخيص القضائي بالتعدد، فقد نصت المادة 2/8 من ق أ على أنه: "يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها، وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية"، ولقد أعطت الفقرة الثالثة السلطة التقديرية لمنح الترخيص في التعدد، إذا تأكد رئيس المحكمة من موافقة الزوجة الأولى والثانية، وثبت لديه أن الزوج يملك المبرر الشرعي وأنه قادر على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ تشوار الجليلي: "اشتراط المشرع لإمكانية التعدد أن يكون للمقبل عليه المبرر الشرعي الذي لم تأت النصوص التشريعية الجديدة على تحديده ولا تبيان المعيار الذي ينبغي أن يقتضي به القاضي في هذا المجال تاركة بذلك لرئيس المحكمة الحرية التامة في ممارسة سلطته لتقدير المبرر الشرعي من عدمه"³.

ومن الأمور التي أرشد إليها القانون رئيس المحكمة لمنح رخصة التعدد أن ينظر هل يستطيع الزوج أن يحقق العدل بين الضرائر في كل الجوانب المادية، كالمبيت؛ والسكن و الإنفاق⁴. والحقيقة أن إقامة العدل لا يتم إلا بتوافر الشروط الضرورية للحياة الزوجية⁵.

لكن هذه الشروط تصير عديمة الجدوى إذ قد يلجأ كثير من الراغبين في التعدد إلى الزواج العرفي⁶، بل ويمكن وبكل بساطة تثبيت عقد الزواج العرفي الثاني - في الواقع العملي - دون أن يتأكد القاضي من موافقة الزوجتين السابقة واللاحقة وتوفر باقي الشروط⁷.

¹ - أنظر، جمال عياشي، قيود تعدد الزوجات بين الشريعة والقانون، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، 2005، ص. 140.
² - تنص المادة 53-6 من ق أ: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية: .. مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه".
³ - أنظر، تشوار جليلي، الثغرات التشريعية الأسرية في بعض مسائل الزواج، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2010، ع. 10، ص. 114.
⁴ - بلبولة بختة، المرجع السابق، ص. 57.
⁵ - تشوار الجليلي، الثغرات التشريعية الأسرية في بعض مسائل الزواج، المرجع السابق، ص. 114.
⁶ - أنظر، بدوي علي، عقود الزواج العرفي بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع، مجلة موسوعة الفكر القانوني، ع. 2، د.س، ص. 30.
⁷ - أنظر، حكم، محكمة عين تموشنت، ق.ش.أ، 2012/10/24، رقم الفهرس. 12/01853، غير منشور (راجع الملحق، ص. 192).

ب - توافق الإرادتين عن طريق النيابة:

وتثبت النيابة إما بموجب القانون والشرع وهي الولاية(1)؛ كما قد تثبت بموجب الاتفاق وهي الوكالة(2)؛ وقد تثبت أيضا عن طريق الفضالة(3).

1- الولاية في التعاقد: عرفت الولاية بأنها: "سلطة شرعية، تجعل الشخص مخلولا بتزويج من كان

تحت ولايته أو فاقد الأهلية أو ناقصها"¹.

واتفق أهل العلم على أنه يشترط في الولي أن يكون مسلما كامل الأهلية، واختلفوا في شرط الذكورة

والعدالة فأثبت الأولى الجمهور عدى الحنفية، وأثبت الثانية الشافعية والحنابلة على تفصيل يطول ذكره².

والولاية في الشريعة على نوعين: ولاية إجبار، وولاية اختيار.

أما ولاية الإجبار، فقد سميت كذلك لأن لمن يملك هذه الولاية حق الاستبداد بتزويج من في

ولايته وجبرها على ذلك، ويكون العقد نافذا³، وتثبت ولاية الإجبار عند الأحناف على البنت والذكر في

حال صغرهما ومن كان في حكمها من جنون أو سفه⁴.

وتثبت عند الشافعية⁵ والحنابلة⁶ ولاية الإجبار على البكر البالغة ولا تثبت على الثيب.

أما عند المالكية فتثبت ولاية الإجبار على الابن الصغير والبكر⁷، وتثبت ولاية الإجبار بالاتفاق

للأب والجد دون سواهما⁸.

و أما ولاية الاختيار، فهي حق الولي في تزوج المرأة باختيارها ورضاها، فليس له أن يستبد

بالعقد⁹، وهي ثابتة لمن لم تجب عليها ولاية الإجبار.

¹- أنظر، نضال أسنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، ط.1، دار الثقافة، الأردن، 2011، ص.37.

²- محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص.191 وما بعدها.

³- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص.401.

⁴- زين الدين بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ج.3، ص.340.

⁵- أنظر، محمد الشربيني، مغني المحتاج، ج.3، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1958، ص.378.

⁶- أبو العباس بن تيمية، الفتاوى الكبرى، المرجع السابق، ج.3، ص.82.

⁷- أنظر، مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص.100.

⁸- محمد بن رشد، المرجع السابق، ج.2، ص.05.

⁹- محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص.190.

والصواب من هذا كله أن يقال أنه لا تجبر البكر أو الثيب صغيرة أو كبيرة على الزواج مطلقاً، لما ثبت من أن جارية بكرا أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فذكرت أن أباهما زوجها وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم¹، وهذا هو الراجح من مذهب أبي حنيفة وأحمد في أحد الروايتين، ومال إليه ابن تيمية².

إلا أن الولاية بالرغم من ذلك ثابتة على كل امرأة بكرا كانت أم ثيباً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحلت من فرجها، وإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"³.

وإذا رجعنا إلى قانون الأسرة الجزائري، فالظاهر من نص المادة 11 و13 و2/33 من ق أ أنه يأخذ بالمذهب الحنفي من التفريق بين البالغة والقاصرة، ومن إدخال القاصر الذكر في حكم القاصرة بنصه في المادة 2/11 من ق أ أنه: "... ويتولى زواج القصر..." وهذا يعم كل قاصر ذكر كان أو أنثى، إلا أن المشرع ألغى ولاية الإجماع على كل امرأة بالغة أو قاصرة بكرا كانت أو ثيباً⁴، فلم يأذن للولي أبا كان أو غيره أن يزوجه إلا برضاها وموافقتها⁵.

2- الوكالة في التعاقد: اتفق الفقهاء على أن للرجل البالغ أن يوكل غيره في الزواج، واختلفوا في هل للمرأة توكيل غيرها، فأجازته الأحناف ومنعه الجمهور، فذهب الأحناف أن للمرأة أن توكل غيرها على أن يأذن لها في ذلك الولي⁶.

وإذا رجعنا إلى قانون الأسرة الجزائري نجد المشرع قد ألغى المادة 20 من ق أ التي كانت تقرر بالوكالة، وأمام هذا الإلغاء تضاربت الآراء بين رجال القانون.

1- أبو داود السجستاني، المرجع السابق، ج.2، ر.ح. 2096، ص.398.
2- أبو العباس بن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، ج.3، ص.82.
3- محمد الألباني، إرواء الغليل، المرجع السابق، ج.6، ر.ح. 1840، ص.243.
4- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.318.
5- تنص المادة 13 من ق أ: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها".
6- محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص.197.

فرأي ذهب إلى أن إلغاء المادة 20 من ق أ يعني منع الوكالة¹، وقال أصحاب هذا الرأي أن المشرع وبمقتضى الأمر (02-05) قد أجرى تعديلا جذريا بشأن الوكالة في عقد الزواج حيث نص في المادة 9 على أنه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" وهذا ما أكدته المادة 10 وأكدته المادة 11 المعدلة بنصها أنه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره...". وبإلغاء المادة 20 أوجب المشرع أن يصدر الإيجاب من أحدهما والقبول من الآخر وإلا نكون أمام حالة عدم التلاقي بين الإيجاب والقبول فيكون الزواج باطلا².

و ذهب رأي آخر إلى أن إلغاء المادة 20 من ق أ يعني الإحالة إلى المادة 222 من ق أ³، وقالوا أن الإلغاء في قانون العقوبات يقتضي المنع لأنه لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن إلا بنص، أما في قانون الأسرة فإذا لم نجد نصا فيه نرجع إلى القواعد العامة وأحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 من ق أ التي تنص أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، وبإلغاء المادة 20 من ق أ صار المشرع غير مورد للوكالة نصا في قانون الأسرة، وبالتالي لزم علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

وانعكس هذا النقاش الفقهي على الواقع العملي، فإن الموثقين قد تضاربت ممارساتهم، فمنهم من امتنع عن إبرام عقد الزواج بالوكالة، ومنهم من لم يجد حرجا في إبرامه⁴.

3- الفضالة في التعاقد: والفضولي في الإصطلاح هو من يتصرف لغيره - بغير ولاية ولا وكالة -

أو لنفسه وليس أهلا له⁵.

وأجمع أهل الفقه على عدم صحة عقد زواج من كان فضوليا من الجانبين، أو كان فضوليا من جانب وأصيلا أو وليا أو وكيفا من جانب آخر، كأن يقول زوجت فلانا من فلانة، أو تزوجت فلانة، أو

¹ - منادي مليكة بريكة، المرجع السابق، ص. 210.

² - تشوار الجيلالي، محاضرات في قانون الأسرة، المرجع السابق.

³ - أنظر، بو عبد الله رمضان، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، ط. 2، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص. 51.

⁴ - أنظر، الملحق، ص. 195.

⁵ - زين الدين بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ج. 3، ص. 393.

زوجت ابنتي الصغيرة من فلان، أو وكله رجل فقال: زوجته بفلانة، وهو في كل ذلك ليس بولي ولا وكيل على من عقد الزواج فضالة عليه، إلا أن أبا يوسف من الأحناف قال يتعقد الزواج في كل ما ذكر إلا أنه موقوف على إجازة من كانت الفضالة عليه من الفضولي¹.

ولو قال فضولي: زوجت فلانة من فلان وهما غائبان فقبل فضولي آخر عن الزوج يتعقد بإجماع الأحناف موقوفا على إجازة من كانت الفضالة عليه من الفضولي².

وذهب الشافعية والحنابلة إلى عدم جواز عقد الزواج عن طريق الفضالة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلا بولي"³، والفضولي لا ولاية له⁴.

ونص المالكية أنه إن كان للمسلمة ولي لكنه لم يجبر ولايته بحضوره، يفرق هنا بين الشريفة ذات الحسب والنسب وبين الدنيئة، فالأولى لا يصح عقد من تولى زواجها من عامة المسلمين - الفضولي - إلا إذا دخل الزوج بها وطال الزمن، وأما الدنيئة فيصح زواجها على هذا النحو⁵.

أما إذا رجعنا إلى قانون الأسرة الجزائري فلا يمكن أن نتصور الفضالة بالنسبة للمرأة البالغة لأن المادة 1/11 من ق أ تنص على أنه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"، أما بالنسبة للقاصر، فيمكن أن نأخذ بما ذهب إليه المالكية إذا لم يكن لها ولي من القرابة أو السلطان، على أن لا يفرق بين شريفة ولا دنيئة، فيعامل الكل كالشريفة لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا فضل لعربي على عجمي، ولا لعجمي على عربي، ولا لأحمر على أسود، ولا أسود على أحمر إلا بالتقوى"⁶.

¹ - بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص. 53.

² - أنظر، علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج. 2، ط. 2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986، ص. 233.

³ - محمد الألباني، إرواء الغليل، المرجع السابق، ج. 6، ر. ح. 1839، ص. 235.

⁴ - محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص. 201.

⁵ - أنظر، خليل بن إسحاق، مختصر خليل، ط. 1، دار الحديث، القاهرة، 2005، ص. 97.

⁶ - محمد الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، المرجع السابق، ج. 6، ر. ح. 2700، ص. 449.

الفرع الثاني: صحة التراضي في مجلس عقد الزواج:

سبق الكلام على وجود التراضي في مجلس عقد الزواج، إلا أنه لا يكفي أن يكون التراضي موجودا

حتى يعتبر ركنا يقوم عليه عقد الزواج، بل لا بد أن يكون التراضي صادرا عن إرادة غير مشوبة بعيب (أولا)؛

كاملة الأهلية (ثانيا)؛ منصرفا إلى قصد الزواج دون غيره¹ (ثالثا).

أولا: عيوب الإرادة في التراضي:

عيوب الإرادة في الزواج ثلاثة وهي: الغلط (أ) و الإكراه (ب) و التدليس (ج)، و لا يمكن اعتبار

الاستغلال أو الغش من عيوب الإرادة في عقد الزواج، لأن طبيعة هذا الأخير تختلف عن العقود المالية

الواردة في القانون المدني².

و تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يفرد لعيوب الإرادة قسما خاصا في تقنين الأسرة، و إن أشار

إلى بعض أحكامها في مواد متفرقة فيه، مما يستوجب علينا الرجوع إلى الأحكام العامة في القانون المدني وكذا

أحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 من ق أ.

أ- الغلط:

يعرف الغلط أنه توهم يتصور فيه العاقد غير الواقع واقعا فيحمله ذلك على إبرام عقد لو لا هذا

الوهم لما أقدم عليه³، و هو على نوعين: غلط مانع (1) و غلط مفسد (2).

¹- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج. 1، ص 119.
²- أنظر، حسين مهدي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج و آثاره، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2010، ص 31.
³- أنظر، على نجيد، الغلط و معياره بين القانون و الوضعي و الشريعة الإسلامية، مجلة القانون و الاقتصاد، 1991، ع. 58، القاهرة، ص 8.

1- الغلط المانع: و هو الغلط الذي يعدم الرضا فيمنع من انعقاد العقد، و الغلط المانع هو ذلك

الذي يقع في ماهية العقد أو في طبيعته أو في محله، فالأول كأن تنصرف إرادة أحد الطرفين إلى إبرام عقد الزواج، بينما تنصرف إرادة الطرف الثاني إلى العلاقة الحرة¹.

أما الغلط في طبيعة العقد كأن يعتقد أحد الطرفين أن الزواج مجرد صداقة عاطفية دون إدراك أنه يرتب واجبات جسدية و مادية و معنوية عليه للطرف الآخر².

أما الغلط في محل العقد كأن يتزوج شخص بامرأة أنها ليلي فتبين له بعد ذلك أنها هند³، والغلط المانع يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا.

2- الغلط المفسد للإرادة: وهو الذي يقع في تكوين العقد، وشرطه حتى يعتبر: أن يكون

جوهريا⁴؛ و الغلط الذي يتصور في عقد الزواج أن يكون جوهريا هو ذلك الذي يقع في صفة جوهرية في شخص المتعاقد، و الراجح أن يقال أن كل صفة أمر الشرع أن تكون في المتعاقد كالدين تعتبر صفة جوهرية، فقد ثبت عن نضرة بن أكتهم أنه نكح امرأة بكرا و دخل بها فوجدها حبلية فجعل النبي صلى الله عليه و سلم ولدها عبدا له و فرق بينهما⁵ و في رواية: " فإذا ولدت فاجلدها "⁶.

فدل الحديث انه لما ثبتت جريمة الزنا في المرأة بالحبل دل ذلك على انتفاء صفة الدين ، فلذلك فرق

بينهما، أما عدم البكارة فلا يعتبر عيبا يبطل عقد الزواج عند جمهور الفقهاء⁷، لأنه لا يدل أن المرأة ارتكبت الفاحشة بصفة قطعية فقد تزول البكارة بغير الزنا، أما إذا اشترطه الزوج فيعتبر عند بعض الحنابلة⁸،

1- قشوار جيلالي ، محاضرات في قانون الأسرة ، المرجع السابق .

2- منادي مليكة بريك، المرجع السابق ، ص.213.

3- حسين مهدي، المرجع السابق، ص.32.

4 - عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج.1، ص.241 .

5- أبو عبد الله الحاكم، المرجع السابق، ج.2، ر. ح. 2706، ص.218.

6- أنظر، على الدار قطني، سنن الدار قطني، ج.4، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2004، ر. ح. 3616، ص.368.

7- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديدة ، المرجع السابق ، ص.204.

الحنابلة¹، و هذا ما أخذ به الاجتهاد القضائي في الجزائر إذ جاء في القرار 11 فبراير 2009 أنه: " حيث لا يتبين من وقائع الدعوى و لا من أوراق الملف ما يفيد اشتراط البكارة في عقد الزواج طبقا لما توجهه أحكام المادة 19 من ق أ، و من ثم فإن قضاة الموضوع بمجلس قضاء قلما لما حملوا الطاعة مسؤولية الطلاق وحرمانها من التعويض المترتب عنه يكونون قد خالفوا القانون و جانبو الصواب..."².

و ما يقال عن صفة الدين يقال عن الكفاءة إذ اعتبره الأحناف³ و الصواب أن تعتبر الكفاءة في الدين وحدها، فلو تزوج امرأة على أنها مسلمة فوجدها كتابية حق له فسخ العقد على اصطلاح أهل الشريعة أو اعتبار العقد قابلا للإبطال على اصطلاح أهل القانون.

أما بالنسبة للعجز الجنسي فقد جاء في القرار 19 نوفمبر 1984 أنه: " متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي، و على ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته، يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، و أن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلمها و بعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية"⁴.

ب- الإكراه:

أحسن ما قيل في تعريف الإكراه أن يقال أنه ضغط يتعرض له العاقد فيولد في نفسه رهبة أو خوفا يحمله على التعاقد⁵، و اختلف أهل العلم في نفاذ عقد الزواج بالإكراه، فأجازوه الأحناف و منعه الجمهور.

1- انظر، محمد بن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج. 5، ط. 27، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1994، ص. 107.

2- انظر، قرار، م.ع، غ. أ. ش، 2009/02/11، ملف رقم. 480264، م.م.ع، 2009، ع. 1، ص. 283.

3- محمد أو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و آثاره، المرجع السابق، ص 185.

4- انظر، قرار، م.ع، غ. أ. ش، 1984/11/19، ملف رقم. 34784، م. ق، 1989، ع. 3، ص. 73.

5- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، المرجع السابق، ج. 1، ص. 115.

فقال الأحناف أن نكاح المكره يقع نافذاً، فقد قال الله تعالى: "وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ

وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ"¹، فالله سبحانه أمر الأولياء بإنكاح من في ولايتهم، و لم يشترط أن يكون ذلك برضاهم².

و استدلووا كذلك بقوله صلى الله عليه و سلم: " ثلاثة جدهن جد و هزلهن جد، النكاح والطلاق و الرجعة"³. فيعتبر زواج المكره على زواج الهازل قياساً عليه ، ذلك أن إرادة كل منهما لم تنصرف إلى قصد الزواج⁴، و قد قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: " الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها و إذنها سكوتها"⁵، فلما جعل الثيب أحق بنفسها من وليها دل أن البكر ليست أحق بنفسها بل الولي أحق⁶.

أما الجمهور فإن نكاح المكره عندهم لا يقع نافذاً⁷، و أنه لا بد من رضا المرأة التي يراد تزويجها، وأنه لا بد من صريح الإذن من الثيب، و يكفي السكوت من البكر و يستحب عندهم إعلام البكر أن سكوتها إذن⁸، قال سحنون من المالكية أجمع أصحابنا على إبطال نكاح المكره و المكرهة، و قالوا: لا يجوز يجوز المقام عليه⁹.

و دليلهم في ذلك أن رسول الله صلى الله عليه و سلم رد نكاح بكر و ثيب أنكحهما أبوهما

كارهتان، فرد النبي صلى الله عليه و سلم نكاحهما¹⁰.

1- سورة النور ، الآية 32.

2- انظر ، أسامة مسعود ، الإكراه في عقد الزواج ، ط.1، دار الثقافة ، الأردن ، 2011، ص 160.

3- الحديث سبق تخريجه ، ص.26.

4- علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ج، 6، ص 182.

5- الحديث سبق تخريجه، ارجع، ص.54.

6- أسامة مسعود ، المرجع السابق ، ص 116.

7- حسين مهداوي ، المرجع السابق ، ص 93.

8- انظر ، محمد الشوكاني ، المرجع السابق، ج . 6، ص 254.

9- أبو عبد الله القرطبي ، المرجع السابق ، ج، 12، ص 439.

10- على الدار قطنى ، المرجع السابق ، ج، 4، ر . ج.3563، ص 338.

و الصواب ما عليه الجمهور إذا لا يمكن أن يحمل نكاح المكره على نكاح الهازل للفارق بينهما في القياس، فالهزل أمر ذاتي صادر من ذات الهازل ، أما الإكراه فأمر خارجي صادر من غير المكره، والهازل مستخف بالنكاح فلذا عومل بنقيض قصده أما المكره فلا جريرة عليه إذ وقع الإكراه من غيره عليه. و أما موقف المشرع الجزائري من الإكراه في عقد الزواج، فقد نصت المادة 13 من ق أ على أنه: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها."، فلما نص المشرع على عدم إجبار القاصرة على الزواج دل على أنه يمنع من إكراه غير القاصرة من باب أولى، بل قد جاء في القرار 18 جويلية 2000 على أنه: "و لما أعلنت الطاعنة من البداية عدم رضاها عن الزواج فإن القبول يكون منعوما، و هو ما يجعل ركن الرضا غير تام في العقد مما يجعله قابلا للإبطال، و لما قضى قضاة الاستئناف على المستأنفة بإتمام إجراءات الزواج يكونون قد أجبروها على تنفيذ عقد باطل و خالفوا بقضائهم القانون..."¹، مما يدعو إلى الانتباه أن هذا القرار رتب عن الإكراه قابلية العقد للإبطال أي أنه رتب على الإكراه في الزواج أثر الإكراه الموجود في القانون المدني.

ج- التدليس:

يعرف التدليس أنه اصطناع أحد المتعاقدين وقائع كاذبة أو إخفاء عيوب لو علم بها المتعاقد لما أبرم العقد²، و اختلف أهل العلم في هل يصح التفريق بين الزوجين للعيوب إذا دلس أحدهما على الآخر. وسينصب الكلام هنا إلى بيان حكم التدليس في الفقه الإسلامي (أ)؛ وموقف قانون الأسرة الجزائري

منه (ب).

¹ - انظر، قرار، ع، غ، أ، ش، 2000/07/18، ملف رقم 249128، م، ق، 2003، ع 2، ص 269.
² - منادي مليكة بركية، المرجع السابق، ص 216.

1-التدليس في الفقه الإسلامي: ذهب الأحناف إلى أن التفريق حق للزوجة و ليس للزوج إلا

حق الطلاق¹، و قال الجمهور التفريق حق لكليهما، فإن كان العيب في المرأة فلا صداق لها عند المالكية حصل الدخول أو لم يحصل لأنها دلست عليه، و إن كان الولي عالما به رجع الزوج عليه بالصداق²، أما الشافعية فقالوا لها صداق المثل إن دخل بها و ترد إليه الباقي³.

و العيوب عندهم اثني عشرة عيبا أربعة يشترك فيها الزوجين، و خمسة تخص المرأة و ثلاثة تخص الرجل، فإما ما اشتركا فيه فعيب العذيمة و الجنون و الجذام و البرص، و أما ما خصت به المرأة فعيب بخر الفرج و الإفضاء و العفل و القرن و الرثق، و أما ما خص به الرجل فعيب الجب و الخضاء و العنة⁴، و زاد بعض المالكية الاعتراض⁵.

و من صور التدليس كذلك أن يخطب الرجل امرأة و يزوجه أختها ثم علم بعد ذلك، فيفرق بينهما، و يكون الصداق على وليها لأنه دلس عليه⁶.

2 -موقف قانون الأسرة الجزائري: لم يورد المشرع الجزائري أحكاما خاصة بالتدليس ، إلا أنه

أشار في المادة 8 مكرر من ق أ إلى بعض حالاته، و هي حالة إخفاء الزوج أنه متزوج و إدعائه أنه أعزب، فإذا انعقد الزواج الثاني، فلزوجة الثانية و الأولى طلب التطليق على أساس التدليس⁷، فقد نصت هذه المادة على أنه: " في حالة التدليس ، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق."

¹-انظر، وهبة الزحلي، المرجع السابق، ج. 7، ص. 516.

²-محمد بن رشد، المرجع السابق، ج. 2، ص. 51.

³-انظر، سليمان البجيرمي، البجيرمي على الخطيب، ج. 4، ط. 1، دار الكتب العالمية، بيروت، 1996، ص. 181.

⁴- شرح المفردات : العذيمة هي خروج الغائط عند الجماع ؛ بخر الفرج نتائجه؛ الإفضاء: اختلاط مسلك البول و الذكر ؛ العفل: رغوّه تحدث في الفرج عند الجماع؛ القرن: شئ يبرز في فرج المرأة يشبه قرن الشاة؛ و الرثق : انسداد مسلك الذكر بحيث لا يمكن معه الجماع ؛ الجب: هو قطع الذكر و الخصيتين معا؛ و الخضاء: هو فقد الخصيتين دون الذكر؛ العنة: هو صغر الذكر جدا؛ الاعتراض هو عدم انتشار الذكر.

⁵-انظر، عبد الرحمن البرقوقي، أوضح المسالك شرح أسهل المسالك، ط. 4، دار الفكر، بيروت، د. م، ص. 142.

⁶-انظر، أبو محمد بن قدامة، المرجع السابق، ج. 9، ص. 481.

⁷- انظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط. 4، دار هومه، الجزائر، 2010، ص. 92.

و مما يستفاد من هذه المادة أنه رتب على التدليس في الزواج حق طلب التطليق، و قد ذكر سابقا أن القرار 18 جويلية 2000 رتب عن الإكراه جعل العقد قابلا للإبطال، و هنا يثار الإشكال في أي الجزاءين أكثر صوابا، هل جعل العقد المعيب قابلا للإبطال أو جعله قابلا للتطليق؟.

و لعل الأصح أن يجعل العقد المعيب بأحد عيوب الإرادة قابلا للإبطال لأمرين؛ الأول لموافقته للقواعد العامة¹، و الثاني أن التطليق حق للمرأة دون الرجل، فإذا قيل العقد المعيب قابل للتطليق فتح الباب للمرأة و أغلق على الرجل.

و الجدير بالذكر هنا أن القضاء الجزائري قد أشار إلى حالة إخفاء الزوج عجزه الجنسي عن زوجته وذلك في القرار 09 فبراير 1966 بنصه: " أن الغلط في صفة من الصفات الأساسية للشخص يمكن أن يشوب الإرادة في مجال عقد الزواج كما هو الحال عند إخفاء الزوج أو سكوته عن عجزه الجنسي حين العقد."².

ثانيا: الأهلية في التراضي:

يمكن القول بعد استقراء المواد 7 و 81 و 82 و 83 من ق أ أن كل من بلغ سن التاسعة عشر – رجلا كان أو امرأة – و كان خاليا من عوارض الأهلية و موانعها يكون أهلا لإبرام عقد الزواج³. و الإشكال المطروح هو حول زواج ناقص الأهلية و عديمها فهل يمكن له أن يتزوج؟.

¹ - منادي مليكة ، المرجع السابق ، ص 218.

² - أنظر، قرار ، م.أ ، غ. ق. خ. ، 1966/02/19 ، م.ج. ، 1968 ، ع. 4 ، ص. 1220.

³ - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ، المرجع السابق ، ص 158.

أ- أهلية زواج القاصر:

تنص المادة 07 من ق أ أنه : "...و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج"، إذا فيمكن للقاصر أن يكتسب أهلية إبرام عقد الزواج و ذلك بترخيص قضائي.

و لقد اشترط المشرع لتقديم الترخيص ثلاثة شروط إثنين منهما اختياريين، و شرط واحد ضروري، يفهم ذلك من ورود حرف "أو" للاختيار بين المصلحة والضرورة، فيشترط المصلحة(1) أو الضرورة(2)، ويشترط قدرة الطرفين على الزواج(3).

1-المصلحة: و هي حصول المنفعة، أو ما يفوت الكمال بفقده¹، و مثاله رغبة الطرفين في الزواج¹.

2-الضرورة: و هي ما يلحق الضرر بتركه و لا يقوم غيره مقامه، و الفرق بينها و بين المصلحة أن

المصلحة ما يلحق الضرر بتركه لكنه قد يقوم غيره مقامه²، و مثال الضرورة : ضرورة تزويج القاصرة التي لا عائل لها و لا مال³.

3-قدرة الطرفين على الزواج: قد تتوفر المصلحة أو الضرورة أو يتوفر معا لكن الطرفين أو أحدهما

ليس قادرا على الزواج، و القدرة على الزواج يقصد بها الاستطاعة على تكاليف الزواج المادية و المعنوية⁴.

فإذا لم تتوفر هذه الاستطاعة فيمكن للقاضي أن لا يرخص بالزواج، و شرط القدرة على الزواج شرط

أساسي، فيمكن أن لا توجد الضرورة و يعطي القاضي الترخيص لورود المصلحة، أما شرط القدرة على

الزواج فلا يمكن تخلفه بأي حال من الأحوال.

1- أنظر، تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن و الجزاء، م. ج، 1999، ع.4، ص. 79.

2- سعد الشثري، المرجع السابق، ص.90.

3- أنظر، تشوار جيلالي، الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و النيولوجية، د. م. ج، الجزائر، 2001، ص.53.

4- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.158.

و الجدير بالذكر هنا أنه كان ينبغي على المشرع أن يضع الحد الأدنى لمنح الترخيص بالزواج على غرار بعض الدول العربية¹.

ب- جزاء تخلف أهلية الزواج:

تنص المادة 82 من ق أ: " من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من ق م تعتبر جميع تصرفاته باطله "، و سن التمييز في القانون المدني ثلاثة عشرة سنة، فكل من لم يبلغ هذه السن فتعتبر كل تصرفاته باطلة، فإذا تزوج من لم يبلغ سن الثالثة عشرة سنة كان زواجه باطل، إلا أن الإشكال يثور في حالة الزواج العرفي، فقد تتزوج الفتاة دون السن القانونية -المذكورة-.

و الإشكال يثور كذلك فيمن بلغ الثالثة عشرة سنة و لم يحصل على ترخيص أو حصل على ترخيص مزور و مع ذلك تزوج، فهل الزواج هذا صحيح؟ - خاصة أن المشرع يعترف بالزواج العرفي في المادة 22 من ق أ- لقد تضاربت الآراء الفقهية هنا على النحو التالي:

1-الرأي الأول: إن المشرع في المادة 9 مكرر من ق أ نص أنه " يجب " من أن تتوفر شروط صحة الزواج، و ذكر منها الأهلية، و عندما يصرح المشرع أنه يجب يعني أن القاعدة القانونية هنا أمره تدخل في النظام العام، و هذا ما يتفق مع نص المادة 45 من ق م، و لا نتصور رضا بدون أهلية، و لما كان تخلف الرضا يوجب البطلان، فبتالي يعتبر الزواج باطلا².

و النقد الموجه إلى هذا الرأي أنه جعل جزاء تخلف الركن الذي هو الرضا هو نفسه جزاء تخلف الشرط الذي هو الأهلية، و تخلف الرضا يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا أما نقصان الأهلية - حسب القواعد العامة في المادة 101 من ق أ- يجعل العقد قابلا للإبطال.

¹ - تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية الأسرية في بعض مسائل الزواج، المرجع السابق، ص.106.
² تشوار جيلالي، الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، المرجع السابق، ص.61.

2-الرأي الثاني: يقول أصحاب هذا الرأي أن جزاء تخلف الأهلية نص عليه قانون 29 جوان

1963، إذ تنص المادة 3 منه على أنه: " يبطل كل زواج لم يحصل فيه دخول تم عقده على إخلاف ما

تقضي به المادة الأولى، و يجوز الطعن فيه من قبل الزوجين أنفسهما أو من جانب كل ذي مصلحة أو من

جانب السلطة العامة، فإن كان قد حصل فيه دخول لم يصح الطعن فيه إلا من جانب الزوج فحسب"¹.

يقول عبد العزيز سعد: "... لهذا فإننا نعتقد أنه ما دام قانون الأسرة لم ينص صراحة على إلغاء

القانون رقم 224/63 و لم يتضمن مؤيدات جديدة فإنه يبقى قابلا للتطبيق على كل من يخالف أهلية

الزواج"².

و النقد الموجه إلى هذا الرأي أنه جعل تطبيق نصوص قانونية على نصوص قانونية أخرى تختلف

عنها من حيث الأساس، فالسن القانونية للزواج تختلف في قانون 1963 عن قانون 1984³، و كذا عن

الأمر 02/05⁴.

فكيف تطبق القواعد الموجودة في قانون 1963 على القواعد الموجودة في قانون 11/84 و الأمر

02/05؟، كما أنه وطبقا للقواعد العامة و نص المادة 2/2 من ق م نجد أن قانون رقم 224/63 قد

ألغي ضمينا بالقانون 11/84 إذ أن هذا الأخير قد نظم من جديد الموضوع نفسه الذي تطرق إليه قانون

224/63.

3-الرأي الثالث: قالوا إن المشرع في التعديل الجديد- أي الأمر 02/05 فرق بين الأهلية

والرضا، و لقد ذكر تخلف الرضا و كذا جزاء تخلف الشروط كلها إلا شرط الأهلية، و بتالي لزم علينا الرجوع

1- أنظر، القانون رقم 224/63، الصادر في 29 جوان 1963، المتضمن تحديد سن الزواج وتسجيله، ج.ر، ع، 44، 1963.

2- أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 28.

3- أنظر، القانون 11/84.

4- أنظر، الأمر 02/05.

إلى المادة 222 من ق أ التي تنص على أنه: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية .".

و بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أن جمهور الفقهاء ذهبوا إلى صحة زواج الصغيرة¹، لما ثبت أن أبي بن كعب قال²: يا رسول الله أن ناسا يقولون قد بقي من النساء من لم يذكر فيهن شيء : الصغار وذوات الحمل فنزلت: " وَاللَّائِي يَمْسُئْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ "3.

و عليه فإنه عند مخالفة هذا الشرط القانوني فإن الزواج يرتب جميع آثاره الشرعية قبل الدخول وبعده، و من الناحية القانونية يثبت بحكم قضائي بعد الدخول طبقا للمادة 22 من ق أ⁴.
و لعل الرأي الذي يقترب من الصواب هو الرأي الثالث، ذلك أن المشرع كما هو ظاهر لم يغفل عن جزاء تخلف الترخيص عن سهو منه بل قصد عمدا أن لا يضع لتخلف الترخيص القضائي - هنا - جزاء، ذلك أنه يدرك أنه لو وضع جزاء له سيصطدم مع مشكلة الزواج العربي، بل سيساهم في تفشي هذه المشكلة⁵.

ج- زواج المجنون و المعتوه:

بمطالعة نصوص تقنين الأسرة نجد أن المشرع تطرق لتصرفات فاقد التمييز لصغر سنه - أي الذي هو دون الثالثة عشرة - في المادة 82 و 88 من ق أ، إلا أنه لم يتعرض لتصرفات فاقد التمييز لجنون أوعته، و بالتالي لزم علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 من ق أ.

1- أبو بكر بن العربي، المرجع السابق، ج.4، ص.285.
2- أبو عبد الله الحاكم، المرجع السابق، ج.2، ر.ح. 3878، ص.579..
3- القرآن الكريم، نفس الطبعة، سورة الطلاق، الآية.4.
4- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص.430.
5- بداوي على، المرجع السابق، ص.31.

اتفق جمهور الفقهاء على جواز نكاح المصاب بإعاقة ذهنية إلا أنهم اختلفوا، فالجمهور أجازوا

نكاحه مطلقاً، أما الشافعية فأجازوا نكاح المجنون إذا ظهرت المصلحة في ذلك¹.

و ليس لغير الأب أو الوصي تزويج المعتوه أو المجنون، و نص بعض أهل العلم أن للحاكم تزويجه إذا

ظهرت منه شهوة النساء، بأن يتبعهن و يريدهن، و اتفق أهل العلم أنه ينبغي تجويز تزويج المجنون أو المعتوه

إذا قال أهل الطب أن في تزويجه ذهاب علته².

و أحسن ما قيل في هذه المسألة ما ذكره الأستاذ بلحاج العربي من أنه يزوج المجنون أو المعتوه إذا

أكد أطباء الأمراض العقلية أن في الزواج عوناً له على العلاج، و أن يقبل الطرف الآخر بحاله بعد العلم

بإعاقة الذهنية، و أن يتم الزواج بإذن قضائي بناء على طلب الولي³.

ثالثاً: الصورية في التراضي:

ذكر فيما سبق⁴ أنه لا يكفي وجود التراضي لاعتباره ركناً لعقد الزواج، بل لا بد لهذا التراضي أن

يكون صحيحاً، و لا يكون صحيحاً إلا إذا كان خالياً من عيوب الإرادة صادراً عن أهلية كاملة، و لا يكفي

هذا بل لا بد أن تنصرف إرادة العاقدين إلى الزواج، فإذا لم تنصرف إرادة العاقدين إلى الزواج نسمي هذا

الزواج بالزواج الصوري⁵، فما هي صورته و ما حكمه؟.

هناك صور عديدة للزواج الصوري لكن أهمها في العصر الحالي صورتين، الأولى الزواج من أجل

الحصول على الإقامة، و هو ما صار شائعاً عند بعض شباب المسلمين - و خاصة العرب منهم - من

الزواج بالغرديات من أجل الحصول على شهادة الإقامة في إحدى الدول الغربية بصفة دائمة.

1- انظر، نائل قرقر، أثر الاختلالات العقلية و الاضطرابات النفسية في مسائل الأحوال الشخصية ط. 1، دار النفائس، الأردن، 1999، ص.76.

2- أبو محمد بن قدامة، المرجع السابق، ج. 9، ص 415.

3- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديدة، المرجع السابق، ص. 166.

4- ارجع، ص.62.

5- أنظر، عرفات مرداوي، الصورية في التعاقد، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، 2010، ص.9.

أما الصورة الثانية فهي زواج المحلل و هو الذي يقوم بالزواج من البائن من طلاق ثلاث لتحليلها لزوجها الأول، ولذا سنكتفي في بيان حكم هذين الصورتين .

أ- حكم الزواج من أجل الحصول على الإقامة: تنص المادة 4 من ق أ أن: " الزواج عقد

رضائي بين رجل و امرأة... من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب "، و لا شك أن الزواج من أجل الحصول على الإقامة غايته و أهدافه غير ما ورد في هذه المادة، إلا أن المشرع لم يورد حكم هذا الزواج و بالتالي لزم علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بمقتضى المادة 222 من ق أ.

جاء في فتوى اللجنة الدائمة للإفتاء ما يلي: " عقد النكاح من العقود التي أكد الله عظم شأنها

وسماه ميثاقا غليظا، فلا يجوز إبرام عقد الزواج على غير الحقيقة من أجل الحصول على الإقامة.¹

و هذا عين الصواب في مثل هذه الأنكحة، و لأن النهي الشرعي يقتضي الفساد²، فالحكم الثابت

أن يقال أن الزواج من أجل الحصول على الإقامة زواج فاسد.

ب- حكم زواج المحلل: قال جمهور الفقهاء بتحريم نكاح من تزوج البائن من طلاق ثلاث

لتحليلها لزوجها الأول، لقول رسول الله صلى الله عليه و سلم: "لعن الله المحلل و المحلل له"³، و هذا الذي

ذهب إليه عامة التابعين، و هو مذهب مالك و أحمد بن حنبل⁴، و قال الشافعي: " و نكاح المحلل الذي

يروى أن رسول الله صلى الله عليه و سلم لعنه عندنا - و الله تعالى أعلم - ضرب من نكاح المتعة"⁵.

¹ أنظر، اللجنة الدائمة للإفتاء، فتاوي اللجنة الدائمة، ج. 18، الرسالة العامة للإفتاء، السعودية، د. م. ر. ف. 15722، ص 98.

² سعد الشنري، المرجع السابق، ص 145.

³ محمد الألباني، إرواء الغليل، المرجع السابق، ج. 6، ر. ح. 1897، ص 307.

⁴ -انظر، أبو العباس بن تيمية، بيان الدليل على ابطال التحليل، ط. 1، المكتب الإسلامي، الأردن، 1998، ص. 18.

⁵ -محمد الشافعي، المرجع السابق، ج. 6، ص. 205.

أما الأحناف فالمشهور من مذهبهم أنه إذا اشترط المتزوج من البائن من طلاق ثلاث التحليل في العقد، أو اشترطت عليه ذلك كأن تقول له أتزوجك على أن تحللي للزوج الأول فإن الشرط عندهم باطل و النكاح صحيح و لا يجبر على الطلاق¹.

و الراجح أن يقال أن من قصد التحليل كان نكاحه فاسدا موجبا للعنة عليه، فإذا تواطأ مع الزوج الأول أو المرأة البائن أو أحدهما لم يحل لهذه المرأة أن ترجع إلى الزوج الأول، فإن لم يعلم الزوج الأول والمرأة المحللة له إلا بعد زواجهما ثانية قصد المحلل فرق بينهما، ذلك أن اللعن الوارد في الحديث موجب للتحريم، والتحریم يقتضى الفساد كما ذكر قبل.

الفرع الثالث

مكانة التراضي في مجلس عقد الزواج

من المعلوم أن العقد الرضائي هو ما يكفي في انعقاده تراضي المتعاقدين، أي وجود التراضي صحيحا² - على وفق ما مر بنا في الفرعين السابقين - و لا يمنع من اعتبار العقد رضائيا أن يشترط فيه شكل خاص في إثباته ، إذ هناك فرق بين وجود العقد و طريقة إثباته³.

فإذا تقرر هذا، فهل عقد الزواج عقد رضائي أو شكلي؟.

أولا: مدى رضائية عقد الزواج في الشريعة:

ذهب أحد أهل العلم المعاصرين أن عقد الزواج عقد شكلي لما أجمع عليه أهل الفقه من أنه لا يكفي وجود التراضي و صحته لانعقاد الزواج بل لا بد أن يتضمن شروطا إذا لم تتوفر فيه اعتبر العقد

1- أبو البركات النسفي، المرجع السابق، ج.4 ، ص. 89.

2- محفوظ بن صغيرة المرجع السابق ، ص . 292.

3- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج.1، ص 127.

فاسدا¹، و من هذه الشروط الإشهاد فلقد اعتبره الجمهور²، و ذلك بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين عند الأحناف³، واشترط الشافعية العدالة في الشهادة⁴، و قال المالكية يغني عن الشهادة الإعلان والظهور لحفظ الأنساب⁵، لقوله رسول الله صلى الله عليه و سلم: " أعلنوا النكاح "⁶.

و الأصح ما عليه الجمهور لقول رسول الله صلى الله عليه و سلم: " لا نكاح إلا بولي وشاهدين "⁷، و من ذلك أيضا اشتراط الجمهور الولي⁸، عدا الأحناف إذ لا يشترطونه في الحرة البالغة إذا زوجت نفسها بكفء على مهر المثل⁹، و الراجح اشتراطه على كل امرأة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ... "¹⁰.

و الأصح أن يقال أن عقد الزواج عقد رضائي لأن باقي الشروط المذكورة ما هي إلا تأكيد على رضا الطرفين، فالولي لا يعدو أن يكون ناقلا لإرادة المتولى عنها ومؤكدا عليه، ودليل ذلك أنها لو امتنعت عن الزواج لم يكن للولي إجبارها عليه على القول الراجح - كما سلف -، كما لو رغبت في الزواج لم يكن له أن يمنعها على القول الراجح من مذهب مالك¹¹.

1- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ، ص.57.
2- بدران أو العينين، المرجع السابق، ص.63.
3- انظر، محمد البرني، التسهيل الضروري لمسائل القُدوري، ج. 2، ط. 2، مكتبة الشيخ، كراتشي، 1991، ص. 4.
4- محمد الشافعي ، المتراجع السابق ، ج. 6، ص 58
5- أبو عمر بن عبد البر ، الاستذكار ، المرجع السابق، ج. 16، ص 214.
6- أبو عبد الله الحاكم ، المرجع السابق ، ج. 2، ر.ج. 2807 ، ص . 219.
7- محمد الألباني ، إرواء الغليل ، المرجع السابق ، ج. 6، ر. ح. 1858، ص. 258.
8- انظر، هجرس بولنداوي ، الولاية في الزواج بين الشريعة و القانون ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، 2000، ص. 58.
9- محفوظ بن صغير ، المرجع السابق ، ص 193.
10- محمد الألباني ، إرواء الغليل، المرجع السابق ، ج. 6 ، ر. ح. 1840، ص 243.
11- أنظر مالك بن أنس ، المدونه الكبرى ، المرجع السابق، ج. 2، ص. 107.

و اشترطت - الشريعة- الولاية في المرأة دون الرجل ذلك أن المرأة تغلب عليها عاطفتها، فلذلك وصفهن النبي صلى الله عليه وسلم أنهن: "ناقصات عقل"¹، ونقصان عقلهن ليس معناه سفههن، بل معناه معناه فرط عاطفتهن كما هو معلوم، وهذه مزية في المرأة و ليست عيبا.

أما اشتراط الشهادة فهو لإشهار و إعلان ما تراض عليه طرفي عقد الزواج و إثباته².

و ذهب علماء الشريعة المعاصرين على اشتراط الكتابة لإثبات الزواج، قال الشيخ علي فركوس: "الذي يقتضيه الواجب أن يقال بعدم كفاية العقد الشرعي أو العرفي إلا إذا اكتمل بالعقد المدني أو الاكتفاء بالعقد المدني ليكون منتجا لآثار العقد"³، و استفت اللجنة الدائمة للإفتاء عن العقد المدني فأفتت أنه: "إذا تم القبول و الإيجاب مع بقية شروط النكاح و انتفاء موانعه صح، و إذا كان تقييده قانونا يتوقف عليه ما للطرفين من المصالح الشرعية الحاضرة و المستقبلية للنكاح و جب ذلك"⁴.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من رضائية عقد الزواج:

أو وضحت المادة 4 من ق أ موقف المشرع الجزائري صراحة من رضائية عقد الزواج بنصها على أنه: "الزواج عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي..."، بل بالغ في رضائية عقد الزواج حتى نص أن الزواج يصحح بصداق المثل إذا حصل الدخول و افتقر العقد للشهود أو الولي في حالة وجوبه أو الصداق⁵، و نص على أنه إذا كانت المرأة بالغة فيكفي حضور الولي الذي تختاره سواء كان أبا أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر⁶.

1- أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، ج. 304، ص. 45.
2- أنظر، كريم زينب، الزواج العرفي في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجيلالي اليابس، كلية الحقوق، بسدي بلعباس، 2003، ص. 82.
3- أنظر، علي فركوس، العادات الجارية في الأعراس الجزائرية، ط. 6، دار الموقع، الجزائر، 2011، ص. 120.
4- أنظر، أصحاب الفضيلة، المرجع السابق، ص. 24.
5- تنص المادة 33-2 ق أ: " إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حاله وجوبه، يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل."
6- أنظر، المادة 11 / 1 ق أ؛ وانظر كذلك، الملحق، ص. 197.

فاستفرغ - المشرع بذلك - الولاية و باقي الشروط من مضمونها، إذ مضمونها حماية المرأة أكثر من الرجل كما هو معلوم لمن تدبر ذلك، لكن السؤال الوارد هنا لما بالغ المشرع الجزائري في إظهار رضائية الزواج حتى نص في التعديل الجديد أن الرضا هو الركن الوحيد لعقد الزواج¹؟.

يظهر سبب ذلك واضحا إذا علمنا أن الجزائر قد صادقت على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي تنص في مادتها 16: " تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج و العلاقات الأسرية، و بوجه خاص تضمن، على أساس تساوي الرجل و المرأة:...ب- نفس الحق في حرية اختيار الزوج، و في عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل..."².

و المتأمل في صيغته: " إلا برضاها الحر الكامل " يجد أن الإتفاقية اشترطت في الرضا المطلوب في عقد الزواج أن يكون " حرا " و أن يكون " كاملا " و هي بهذين الشرطين تحاول بطريقة مباشرة نفى الولاية و الشهود باشتراك التراضي الكامل، أي أن التراضي وحده يكفي لإبرام عقد الزواج.

و الجزائر و إن كانت قد تحفظت على هذه المادة إلا أنها قد سعت تحت ضغط لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة إلى تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05، و خاصة المواد 4 و 9 و 33 من ق أ إذ يعتبر تعديل هذه المواد تجسيدا للمادة 16 - 2 من الإتفاقية التي تتكلم على الرضا الحر والكامل في الزواج³.

¹ -تنص المادة 9 ق أ : " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين ".
² -أنظر، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ، المؤرخة في 18 ديسمبر 1979، و لقد صادقت الجزائر على هذه الإتفاقية بموجب الأمر الرئاسي 03/96، المؤرخ في 10 يناير 1996، ج.ر، ع.3، المؤرخة في 14/01/1996.
³ - انظر، تشوار جيلالي ، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع و التمسك، مجلة العلوم القانونية والإدارية و السياسية ، تلمسان، 2011، ع. 12، ص.9.

و الاتفاقية باشرطتها " الرضا الحر الكامل " تحاول أن تفرغ الزواج من مضمونه و جعله كالعلاقات الإستراتيجية الموجودة عند الغرب، و الذي هو اتفاق بين شخصين على العيش كزوجين و لكن بدون رباط الزواج¹.

و العجيب في الأمر أن أمريكا و سويسرا لم يوقعا هذه الإتفاقية، فلما تمارس الأمم المتحدة ضغطها على الدول النامية- كالجائر - و تناسى الدول الكبيرة التي لا تخلو مجتمعاتها من إهدار للحقوق².

ثم أين ما تتشدد به الأمم المتحدة من احترام أديان و عادات و معتقدات الآخرين و هي بمثل هذه الاتفاقيات لا تبدي لها بالا بل و تحاول طمسها و إزاحتها.

و الجدير بالتنبيه هنا أن الشكلية الواردة في المادتين 18 و 22 من ق أ هي شكلية اشترطها المشرع لإثبات عقد الزواج لا لتكوينه³، يتضح ذلك من المادة 1-22 من ق أ التي تنص على أنه: " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي "، فلفظي " يثبت الزواج " و " حالة عدم تسجيله " يؤكد أن الشكلية في عقد الزواج عند المشرع الجزائري للإثبات لا للإنعقاد⁴.

و بتالي فيمكن القول أن ظاهر نصوص قانون الأسرة الجزائري تؤكد أن عقد الزواج عقد رضائي، وعلى الرغم من كل ما قيل، فإن القضاء الجزائري لا يعترف - من الناحية العملية - بالزواج الذي يفتقر إلى شروط عقد الزواج و خاصة منها الولي و الشهود⁵، و أنه يكفي بسماع شهادة الأقارب لإثبات عقد الزواج⁶.

1- أنظر، تشوار جيلالي، عولمة القانون و مدى تأثيرها على أحكام الأسرة، م.ج، جامعة الجزائر، د.ع، د.م، ص. 92.
2- أنظر، نهى قرطاجي، قراءة في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (السيداو)، <http://www.saaaid.nat>
3- أنظر بوطيش و هنية، الشكلية في عقد الزواج، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، كلية الحقوق، ص. 55.
4- كريم زينب، الزواج العرفي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 91.
5- أنظر، قرار، م.ع، غ.أش، 2000/09/19، ملف رقم 248683، م.ق، 2003، ع. 2، ص. 276.
6- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص. 354.

بعد تبيان دور الإرادة في تكوين عقد الزواج نعرض بعد ذلك على موقع الإرادة في الآثار التي يربتها

عقد الزواج، فما مجال الإرادة و موقعها في الآثار التي يربتها إبرام عقد الزواج ؟.

هذا ما سيتم التطرق إليه في المبحث الثاني المعنون ب: موقع الإرادة في آثار عقد الزواج.

المبحث الثاني

موقع الإرادة في آثار عقد الزواج

معلوم أنه بمجرد عقد الزواج تترتب لكل واحد من طرفيه حقوق، كما تقع على عاتق كل منهما واجبات، و الحقوق والواجبات المترتبة عن عقد الزواج على نوعين، فمنها ما يقرره أو يفرضه القانون، كواجب النفقة والرعاية؛ ومنها ما تكون للإرادة دخل فيها، و البحث هنا يجري في أهم الحقوق و الواجبات التي للإرادة دخل فيها، و لذا سنتطرق إلى الحقوق الإرادية (المطلب الأول)؛ ثم إلى الشرط الإتفاقي كواجب إرادي في عقد الزواج (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الحقوق الإرادية الناتجة عن الزواج

و المقصود بالحقوق الإرادية - هنا- تلك الحقوق التي تكون الإرادة أصلاً أو سبباً أو شرطاً لها، فمن الحقوق التي أصلها الإرادة الذمة المالية بين الزوجين (الفرع الأول)؛ و من الحقوق التي تكون الإرادة سبباً لها تثبيت النسب أو نفيه (الفرع الثاني)؛ و من الحقوق التي تكون الإرادة شرطاً فيها الحق في الإنجاب الاصطناعي (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الذمة المالية بين الزوجين

يجري البحث -هنا- حول استقلالية كل واحد من الزوجين بدمته المالية دون تدخل من الزوج الآخر -كقاعدة عامة للذمة المالية بين الزوجين- (أولاً)؛ ثم نعرض بالكلام على الذمة المالية المشتركة بين الزوجين -كاستثناء على القاعدة العامة- (ثانياً).

أولاً: الحق في الذمة المالية المستقلة في الزواج:

تنص المادة 37 من ق أ على أنه: " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر"، فأكدت المادة أن الأصل في الذمة المالية للزوجين أن تكون مستقلة، أي أن لكل منهما الحق في التصرف بأمواله بكافة أنواع التصرفات المالية المشروعة¹.

لكن السؤال المطروح هو هل استقلال كل زوج بذمته المالية استقلالية مطلقة أم مقيدة؟.

أ- مدى استقلالية الزوج في ذمته المالية:

تنص المادة 74 من ق أ على أنه: " تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه بيينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون"، و عليه فإن الذمة المالية للزوج غير مستقلة على إطلاقها إذ يلزمه أن ينفق على زوجته، و أصل هذه المادة قوله تعالى: "الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ"²، فإذا أعسر الزوج عن الإنفاق على زوجته كان لها فسخ النكاح عند المالكية و الشافعية³، و هذا قريب مما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 1/53 من ق.أ التي تنص على أنه: " يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب الآتية: 1-عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج".

و ليست نفقة الزوج قاصرة على الزوجة بل و على أولاده - أيضا - ممن لم يبلغ سن الرشد بالنسبة للذكور و ممن لم يدخل بها من الإناث ما لم يستغني الولد عن نفقة أبيه بمال يكفيه عند المشرع الجزائري⁴، و هذا مخالف لقوله تعالى: " وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ

¹- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص. 410.

²- سورة النساء، الآية 34.

³- أبو عبد الله القرطبي، المرجع السابق، ج، 6، ص. 280.

⁴- تنص المادة 75-1 من ق.أ على أنه: " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد و الإناث إلى الدخول".

قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا"¹. فنفقة الزوج على زوجته و أولاده لازمة في الشريعة و لو كانوا أغنياء، ما داموا تحت قوامته أو ولايته.

و عدا ذلك من أموال الزوج فمستقل به لقول رسول الله صلى الله عليه و سلم: " فإذا أطاعوا لذلك فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة في أموالهم تؤخذ من أغنيائهم و ترد على فقراءهم"²، فدل هذا إلى أن للشخص ذمة مالية مستقلة إلا ما كان منها للزكاة، فوجب استصحاب ذلك إلى ما بعد الزواج.

ب -مدى استقلالية الزوجة في ذمتها المالية:

تقرر في الشريعة الإسلامية أن الذمة المالية للزوجة مستقلة عن الزوج³، بل و ليس عليها أن تنفق عليه و لو كان معسرا إلا بطيب نفس منها⁴، قال الله تعالى: "وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا"⁵، فإن كان الصداق و هو ما أعطاه هو لها لا يمكن أن يأخذ منه إلا بطيب نفس منها فمن باب أولى أن لا يمس من مالها الذي كسبته إلا بطيب نفس منها.

و دليل ذلك -أيضا- أن زينب زوجة ابن مسعود أتت النبي صلى الله عليه و سلم فقالت أنها كانت لها حلي فأرادت أن تتصدق به، فزعم زوجها ابن مسعود أنه و ولده أحق من تصدقت به عليهم، فقال لها النبي صلى الله عليه و سلم: " صدق ابن مسعود زوجك و ولدك أحق من تصدقت به عليهم"⁶، فدل الحديث أن الذمة المالية للمرأة مستقلة عن زوجها، إذ لو كان له الحق في أن يأخذ يأخذ من مال زوجته لما كان للحديث معنى⁷.

¹- سورة النساء ، الآية.5.

²- أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، ر.ح.1395، ص. 169.

³- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ، المرجع السابق ، ص 411.

⁴- انظر ، أحمد المراغي ، تفسير المراغي ، ج.5، ط.1 ، مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر، 1946، ص.27.

⁵- سورة النساء، الآية.4.

⁶- أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، ر.ح.1462، ص. 177.

⁷- أحمد العسقلاني، المرجع السابق، ج.4 ، ص.308.

و للمرأة أن تتصرف من مالها دون إذن زوجها كيف شاءت و هو الراجح من قول الجمهور¹.

و تجب نفقة الزوجة على أولادها عند المشرع الجزائري إذا كانت قادرة على ذلك بموجب المادة 76 من ق أ، فقد جاء في القرار القضائي المؤرخ في 07 ماي 2007 على أنه: "لا تنقل إلى الجد نفقة الأم على الأولاد طالما كان لها دخل."²

ثانيا: الحق في الذمة المالية المشتركة في الزواج:

تقرر حتى الآن أنه ليس لأحد الزوجين أن يأخذ من مال الآخر دون رضاه، إذ الأصل في الذمة المالية لكل واحد منهما أن تكون مستقلة عن الآخر، إلا أن الشريعة أذنت للمرأة أن تأخذ من مال زوجها بلا إذنه و علمه إذا ما كان بخيلا، فقد ثبت أن هندا قالت للنبي صلى الله عليه وسلم إن أبا سفيان رجل شحيح، فأحتاج أن آخذ من ماله، فقال صلى الله عليه وسلم: "خذي ما يكفيك و ولدك بالمعروف"³.

و أوردت المادة 2/37 من ق أ حالة أخرى يمكن فيها لأحد الزوجين أن يأخذ من مال الآخر إذا كان داخلا في الذمة المالية المشتركة بينهما، لذا سيتم تعريف كل من الذمة المالية المشتركة بين الزوجين (أ) وعقد الاشتراك المالي بينهما (ب)؛ ثم نعرض على بيان خصائص هذا العقد (ج) ثم نردف ذلك كله ببيان سلطة الزوجين على الأموال المشتركة بينهما (د).

أ-تعريف الذمة المالية المشتركة بين الزوجين: تنص المادة 2/37 من ق أ على أنه: "غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية و تحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما".

¹-أنظر، عمر العزاوي، الذمة المالية للزوجين، منشورات الحلبي الحقوقية، دمشق، ديس، ص.56.

²-أنظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 2007/05/09، ملف رقم.390381، م.ج.ع، 2008، ع.2، ص.295.

³- أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، ر.ج.7180، ص.856.

و عليه فيمكن القول أن المقصود بالذمة المالية المشتركة أنها تلك الأموال التي يكسبها الزوجان بعد الزواج، سواء من عملهما أو من إيراداتهما من ميراث أو وصية أو هبة¹.

ب-تعريف عقد الاشتراك المالي بين الزوجين: يتضح من صيغة "...للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق". " أنه يمكن للزوجين أن ينظما الذمة المالية المشتركة بينهما في إطار عقد، و من خلال صيغة المادة المذكورة يمكن القول أن عقد الاشتراك المالي هو اتفاق اختياري رسمي يحدد فيه كل من الزوجين مقدار ما يورده في الذمة المالية المشتركة بينهما و النسب التي تؤول إليه منها في حالة النزاع و كيفية التصرف فيها.

ج-خصائص عقد الاشتراك المالي: من التعريف الوارد يتبين أن لهذا العقد الخصائص

التالية:

1-عقد الاشتراك المالي عقد اتفاقي اختياري: يتضح ذلك من استخدام المشرع عبارة

"يجوز للزوجين أن يتفقا"، و هو بذلك يعطي الحرية التامة للزوجين أن يتفقا حول الأموال المشتركة التي يكتسبها أثناء الحياة الزوجية².

2-عقد الاشتراك المالي عقد رسمي³: يتضح ذلك من صيغة "أو في عقد رسمي لاحق"⁴،

إلا أنه يمكن أن يستغني عن هذا العقد بأن يتفق الزوجان على الذمة المالية المشتركة في محرر عقد الزواج.

¹- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 420.

²-أنظر تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 02/05 المعدل لقانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية و الإدارية والسياسية، تلمسان، 2011، ع.12، ص.65.

³-تنص المادة 324 من ق م على أنه: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عاملة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقاً للأشكال القانونية و في حدود سلطته و إختصاصه".

⁴-انظر، خليفة الكعبي، نظام الإشتراك المالي بين الزوجين، ط.1، دار النفائس، الأردن، 2010، ص.74.

د- سلطة الزوجين على الأموال المشتركة بينهما: يعطي الاتفاق على الذمة المالية المشتركة بين الزوجين الحق لكليهما في التصرف بالأموال المشتركة - انتفاعا و إدارة - بما يحقق مصلحة الأسرة ويلبي احتياجاتهما كل ذلك في إطار ما اتفق عليه¹.

و الحقيقة التي لا بد من ذكرها أن نظام الاشتراك المالي بين الزوجين أمر موجود في واقع الأسرة الجزائرية، فكثيرا ما يقوم الزوجان بالتعاون في شراء مسكن أو سيارة أو أثاث، لكن الإشكال العويص يثور في حالة الطلاق فكثيرا ما تثار نزاعات حادة فيما يؤول إليهما من أموال كانت مشتركة بين الزوجين.

و حقيقة الإشكال قلة الثقافة القانونية بين الزوجين، و لو أنهما اتفقا على الأموال المشتركة بينهما وفق ما جاء في المادة: 2/37 من ق.أ. لنحلت كثير من النزاعات القائمة في المحاكم.

والإرادة كما قد تكون أصلا في الذمة المالية بين الزوجين، فكذلك يمكن لها أن تكون سببا لبعض الحقوق المترتبة عن عقد الزواج كتثبيت النسب أو نفيه، وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الوالي.

الفرع الثاني

الحق في تثبيت النسب أو نفيه

يثير هذا الموضوع نقاشا فقهيا كبيرا، و سيتم الاقتصار -هنا- على حالة لما تكون للإرادة دور أو مكانة في تثبيت النسب (أولا) أو نفيه (ثانيا).

¹-أنظر، رعد الحمداي، النظام المالي للزوجين، ط.2، دار الثقافة، الأردن، 2010، ص. 66 و ما بعدها.

أولاً: الحق في تثبيت النسب:

من المعلوم أنه إذا قامت الزوجية و لو بعقد فاسد أو بشبهة وطء تثبت نسبة الولد إلى أبيه تلقائياً و لم يحتج إلى إرادة هذا الأخير و لا لإرادة غيره لإثبات هذا النسب¹.
و إنما يتصور ورود الإرادة لإثبات النسب إذا كان الولد مجهول النسب، فهنا يلحق الولد لمن ادعاه بالإقرار(أ) أو بالطرق العلمية الحديثة(ب) أو بالبينة(ج).

أ-تثبيت النسب بالإقرار:

تنص المادة 1/40 من ق أ على أنه: "يثبت النسب بالإقرار"، و الإقرار في الاصطلاح إخبار الشخص عن ثبوت حق للغير على نفسه²، و دليل اعتبار الإقرار وسيلة من وسائل الإثبات في الشريعة قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ"³، وقول رسول الله صلى الله عليه و سلم على من زنت إمرأته " واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها"⁴، و وجه الدلالة أنه لما اعتبر الإقرار دليلاً على الحدود- على خطورتها - اعتبر دليلاً على ما سواها من باب أولى.

و دليل اعتبار الإقرار من وسائل الإثبات في النسب بالخصوص قول رسول الله صلى الله عليه و سلم: " من ادعى إلى غير أبيه و هو يعلم فالجنة عليه حرام"⁵، فلو لم يكن الإقرار معتبراً لما أوجب هذا الجزاء الشديد، ذلك أن إدعاء نسب كاذب فيه خلط للأنسب و إفساد للأعراض واشتباه الحلال بالحرام و تسوية بين النكاح و السفاح.

¹-تنص المادة 40 من ق أ على أنه:" يثبت النسب بالزواج الصحيح...أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً لمواد 32 و 33 و34 من هذا القانون"، و الأجدر أن تصاغ هذه المادة على الشكل التالي:

"يثبت النسب بالزواج الصحيح، و بالزواج الفاسد و بالإقرار و البينة و بالوطء بشبهة"، انظر، تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي و التنقيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2005، ع.3، ص.7.

²-انظر محمد الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ج.1، ط.1، مكتبة دار البيان، دمشق، 1982، ص.233.

³- سورة النساء، الآية.135.

⁴-أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، ر.ح.2315، ص.273.

⁵-أبو عبد الله البخاري، نفس المرجع، ر.ح.4327، ص.519.

و الإقرار عند المشرع الجزائري على نوعين :

1- إقرار على النفس ؛

2- إقرار على الغير .

1-الإقرار على النفس: تنص المادة 44 من ق أ على أنه : " يثبت النسب بالإقرار بالبنوة،

أو الأبوة أو الأمومة مجهول النسب و لو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة " ، يتضح من المادة أن الإقرار على النفس هو ذلك الإقرار الذي يحمل فيه المقر النسب على نفسه ، فإقرار الرجل أنه أب لولد ما أو إقرار هذا الأخير ببنوته لذلك الرجل أو إدعاء امرأة أنها أم لهذا الولد إقرار فيه تحميل النسب على النفس¹ .

و اشترط المشرع لثبوت النسب بالإقرار على النفس الشروط التالية:

-أن يكون الولد مجهول النسب، فإذا كان الولد معلوم النسب كأن يكون له أب فلا يصلح

إقرار الغير هنا، لأن القاعدة أن النسب إذا ثبت لا ينفك بحال² .

-و أن يكون إدعاء الأبوة أو الأمومة أو البنوة يصدق العقل و العادة، كأن يكون الفارق بين

سن الأب أو الأم و بين سن الولد مقبولا، فإذا ادعى شخص له عشرين سنة بنوة من له عشرة سنين إليه لم يقبل لاستحالة ذلك³ .

-وجود عقد نكاح صحيح أو بشبهة، سواء كانت الشبهة في العقد أو في الوطاء⁴ ، لمن ادعى

الأبوة أو البنوة لرجل، فإذا لم يوجد ذلك فلا يمكن أن ينسب ولد لرجل ما على الإطلاق⁵ .

¹- انظر ، صالح بوغرارة ، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر ، بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق ، بن عكنون، 2007 ، ص 37.

²-انظر ، ممدوح عزمي ، دعوي ثبوت الزوجية و النسب و التبني ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ديس ، ص 71.

³- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ، المرجع السابق ، ص 488.

⁴-تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي و التنقيحات المستحدثة ، المرجع السابق ، ص 6.

⁵- انظر ، بن شويخ رشيد ، الطرق الشرعية و القانونية لثبوت النسب أو نفيه ، مجلة العلوم القانونية و الإدارية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، كلية الحقوق، تلمسان، 2005 ، ع 3، ص 37.

و ينقل عن بعض السلف جواز إمكانية ذلك بتأويل "الولد للفراش"¹ أنه في حالة التنازع²،
والصحيح ما عليه إجماع أهل الإسلام على المنع لصراحة الدليل، فالألف و اللام في "الولد"
و "العاهر" تدل على العموم أي أن كل ولد لا ينسب إلا إلى الفراش و هو الوطاء في عقد صحيح
أو متلبس بشبهة - كما ذكر - ، و أن كل عاهر - أي زاني - فله الحجر و هو كناية على خيبة الأمل
و الخسران، و هذا مذهب أهل السنة قاطبة³.

- إذا ادعى الولد بنوته لرجل فلا يصلح هذا الإقرار إلا بتصديق هذا الرجل له، فيكون ذلك
إقراراً من هذا الرجل بينة هذا الولد⁴.

2- الإقرار على الغير: تنص المادة 45 من ق.أ على أنه: "الإقرار بالنسب في غير البنوة
والأبوة، و الأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه"، أشارت المادة إلى أحد نوعي الإقرار، وهو
الإقرار على الغير، و هو تحميل النسب على غير المقر⁵، كإدعاء الأخوة و العمومة إلا أن الشرط
فيه - بالإضافة إلى الشروط المذكورة في النوع الأول من الإقرار - أن يصدقه المقر عليه، الأب عند
الإقرار بالأخوة، و الجد عند الإقرار بالعمومة⁶.

و يثور الإشكال في حالة ما إذا تنازع رجلان على الإدعاء بولد فقال كل واحد منهما هذا
ابني، فهل يمكن اللجوء هنا إلى الطرق العلمية لإثبات النسب في الشرع و القانون؟.

ب - تثبيت النسب بالطرق العلمية:

1- حكم الشرع في إثبات النسب بالطرق العلمية: دلت نصوص كثيرة في الشريعة على

جواز إثبات النسب بالوسائل الحديثة، منها قول رسول الله صلى الله عليه و سلم: " يا عائشة ألم

¹- الحديث بتمامه "الولد للفراش و للعاهر الحجر". (أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، ر.ج. 2053، ص. 244).

²- انظر ، أحمد حمد ، موضوع النسب في الشريعة و القانون، ط. 1، دار القلم، الكويت، 1983 ، ص. 155.

³- أحمد العسقلاني ، المرجع السابق، ج. 15، ص. 472.

⁴- بلحاج العربي ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ، المرجع السابق، ص. 489.

⁵- انظر ، تياب نادية ، حق النسب و الحماية المقررة لمجهولي النسب في القانون الجزائري ، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية ، جامعة

أبو بكر بلقايد ، كلية الحقوق، تلمسان، 2008، ع. 6، ص. 162.

⁶- صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص. 42.

تري أن مجززا المدلجِيّ - و كان قائفا - دخل علي فرأى أسامة بن زيد و زيدا و عليها قطيفة قد غطيا رؤوسهما و بدت أقدامهما فقال إن هذه الأقدام بعضهما من بعض¹، فدل هذا على جواز إثبات النسب بالقيافة.

و قد ثبت عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أن امرأة في عهده مات زوجها فاعتدت أربعة أشهر و عشرة ثم تزوجت فمكثت عند زوجها أربعة أشهر و نصف ثم ولدت فاستعان في إثبات النسب بأهل الخبرة من النساء²، و كذلك فعل لما تنازع رجلان في إدعاء ولد امرأة فاستعان بالقائف أولا ثم بأهل الخبرة من النساء ثانيا³.

فدل قول رسول الله صلى الله عليه و سلم و فعل ثاني الخلفاء الراشدين على جواز إثبات النسب بالقيافة و بالاستعانة بأهل الخبرة بشؤون الولادة و النساء، و عليه لزم القول بجواز الاستعانة بأهل الخبرة من أهل الطب، و كذا بالوسائل العلمية المستحدثة في إثبات النسب، إلا أنه يشترط أن يكون الولد المراد تثبيت نسبه مجهول النسب؛ و دليل ذلك أن سعد بن أبي قاص و عبد بن زمعة اختصما في غلام عند رسول الله صلى الله عليه و سلم، فقال الأول : هذا ابن أخي عتبة بن أبي وقاص عهد إليّ أنه ابنه و انظر إلى شبهه؛ و قال عبد بن زمعة هذا أخي ولد على فراش أبي، فحكم رسول الله صلى الله عليه و سلم للثاني⁴.

فدل الحديث على أمرين الأول أن استخدام القيافة أو الوسائل العلمية الحديثة لا يكون إلا لمجهول النسب، و الثاني أنه إذا نفت الوسائل العلمية نسب ولد و أثبتته الوسائل الشرعية التقليدية، كوجود عقد زواج صحيح، فتقدم الوسائل الشرعية التقليدية و يثبت النسب، و عليه فإن القاعدة في النسب أنه ما ثبت بالشرع لا ينفي إلا بالشرع.

¹- أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، ر.ح. 6771، ص. 808.

²- مالك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، ر.ح. 1414، ص. 432.

³- مالك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، ر.ح. 1415، ص. 432.

⁴- أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، ر.ح. 6765، ص. 708.

2-موقف المشرع الجزائري من إثبات النسب بالطرق العلمية: تنص المادة 2/40 من

ق.أ على أنه: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، فدل هذا على أن المشرع الجزائري أخذ بالقول الراجح الذي يذهب إلى جواز إثبات النسب بالوسائل العلمية الحديثة، لكن المشرع الجزائري لم يقيد استخدام الوسائل العلمية- لإثبات النسب- بأنها متعلقة بمجهول النسب، ويجدر التنبيه أن إثبات النسب الشرعي أي الانتساب إلى أب ما لا يكون إلا إذا وجد عقد نكاح صحيح أو بشبهة - كما سلف -

و الملاحظة التي لا بد من ذكرها هنا أن القضاء الجزائري قد استقر قديماً¹ على استبعاد الوسائل الحديثة لإثبات النسب² حتى صدر القرار 05 مارس 2006. الذي نقض قرار مجلس قضاء مسيلة لاستبعاده طلب الاعتماد على البصمة الوراثية (ADN) كدليل علمي لإلحاق نسب الطفل إلى أبيه³.

ج-تثبيت النسب بالبينة:

تنص المادة 1/40 من ق أ على أنه: "يثبت النسب بالبينة .." و دليل إعتبار البينة وسيلة من وسائل الإثبات في الشريعة قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "البينة على المدعي"⁴، فدل الحديث أن كل من ادعى حقا له على الغير أن يلجأ في إثباته إلى البينة.

و البينة في الشريعة شهادة الشهود⁵، و الفرق بين البينة و الإقرار، أن الإقرار إثبات حق الغير على النفس، أما البينة فإثبات حق النفس على الغير، و يشترط في الشهود العدالة لقول الله تعالى:

¹- انظر:قرار، م.ع، غ.أ.ش، 1999/05/15، ملف رقم.222674، م.ق، ع.1، ص.126.
²-انظر، زبيري بن قويدر، القضاء بين التطور العلمي و التشريعي في مسألة إثبات النسب، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2009، ع.8، ص.68.
³-انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 2006/03/05، رقم الملف 355180، م.م.ع، 2006، ع.1، ص.469 و ما بعدها.
⁴-محمد الألباني، إرواء الغليل، المرجع السابق، ر.ح.2661، ص.279.
⁵-مالك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، ص.484.

"وَأَسْتَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْ رِجَالِكُمْ"¹، فلما احتيج إلى شرط عدالة الشهود في الأموال احتيج إلى شرط عدالة الشهود في الأعراض و الأنساب من باب أولى.

و ذهب الأحناف إلى أن إثبات النسب لا يشترط فيه الذكورة، بل يكفي رجل وامرأتين²، وهذا الذي رجحه الأستاذ بلحاج العربي، فقال في معرض الحديث عن إثبات النسب بالبينة: "والمراد بالبينة هي شهادة رجلين أو رجل و امرأتين."³، إلا أنه بالرجوع إلى القرارات القضائية نجد أن القضاء قد اشترط الذكورة، إذ جاء في القرار المؤرخ في 15 ديسمبر 1986 أن: "شهادة النساء تأتي في المرتبتين الثالثة و الرابعة من أنواع الشهادات الشرعية، ففي الثالثة شهادة امرأتين مع الرجل في المال وما يؤول إلى المال، والنوع الرابع تقبل شهادة امرأتين فيما لا يطلع عليه إلا النساء كما في الخيض."⁴، و هذا الذي ذكره القضاء هو مقتضى مذهب المالكية، إذ النسب عندهم لا يثبت إلا بشاهدين عدلين ذكرين⁵.

ثانيا: الحق في نفي النسب:

بعدما جرى الحديث عن مدى قدرة الإرادة في تثبيت النسب، سيتم التطرق هنا عن دورها في نفي النسب في الشريعة(أ) والقانون الجزائري(ب).

أ-نفي النسب في الشريعة

قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: " إثنان في الناس هما بهم كفر الطعن في النسب والنياحة على الميت"⁶، فدل الحديث على عموم حرمة الطعن في النسب، و هذا عين ما أكدته

¹ - سورة البقرة، الآية 282.

² -انظر، ناصر الإسلام الرمفوري، البناية في شرح الهداية، ج.5، ط.2، دار الفكر، بيروت، 1990، ص.459؛ وانظر كذلك، طفياني خديجة ، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي ، مذكرة ماجستير، جامعة أمحمد بوقرة ، كلية الحقوق و العلوم التجارية ، بومرداس، ص.72.

³ -بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.490.

⁴ -انظر، قرار، م.أ، غ.أ.ش، 1986/12/15، ملف رقم 43889، م.ق، 1993، ع.2، ص.37؛ وانظر أيضا، قرار، م.أ، غ.أ.ش، 1989/03/27، ملف رقم 53272، م.ق، 1990، ع.3، ص.82، انظر كذلك، قرار، م.أ، غ.أ.ش ، 1989/12/25 ، ملف رقم 58224، م.ق، 1991، ع.4، ص.110.

⁵ - انظر، أبو الحسن التسولي، البهجة في شرح التحفة ، ج.1، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997، ص.178.

⁶ -أبو الحسين مسلم ، المرجع السابق ، ج،1 ، ر.ح.236 ، ص.58.

حديث إختصاص عبد بن زمعة مع سعد بن أبي وقاص¹، و قد تقرر عند علماء الأصول أن ما دل القرآن و السنة على عموم تحريمه لا يخص بعض جزئياته منه بحلٍ إلا بالكتاب و السنة، و اختلف هل يجوز أن يخص القياس عموم القرآن و السنة و الراجح -عندهم- عدم جواز ذلك²، و عليه فإن عموم تحريم الطعن بالنسب في القرآن و السنة لا يخص في بعض جزئياته إلاً بدليل من القرآن و السنة

1- تخصيص اللعان³ من عموم تحريم الطعن في النسب: قال تعالى: "وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ" إلى قوله تعالى: "وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ"⁴، و ثبت في الصحيح أن رسول الله صلى الله عليه و سلم لاعن بين رجل و امرأته فانتفى من ولدها ففرق بينهما و ألحق الولد بالمرأة⁵، و قد قضى رسول الله صلى الله عليه و سلم أن لا يدعى ولد الملائنة لأبيه بل لأمه⁶.

فثبت جواز نفي النسب باللعان على الوجه الوارد في القرآن و السنة المطهرة فخص هذا عموم تحريم الطعن في النسب.

2- هل الوسائل الحديثة تخصص من عموم تحريم الطعن في النسب؟: الظاهر من نصوص الكتاب و السنة أنه لم يرد بهما نص يجيز نفي النسب بالطرق العلمية الحديثة، و لا يمكن الأخذ بالمصالح المرسله، لأن هذه الأخيرة تعتبر إذا لم يرد نص في القرآن و السنة على اعتبارها أو نفيها⁷، فكيف و قد نص صراحة بالسنة على تحريم الطعن في النسب⁸.

¹- إرجع، ص. 90.

²- انظر، تاج الدين ابن الفركاح، شرح الورقات، ط. 1، دار ابن حزم، القاهرة، 2009، ص. 248.

³- إرجع، ص. 18.

⁴- سورة النور، الآيات 7.8.9.

⁵- أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، ر.ح. 5315، ص. 478.

⁶- أبو داود السجستاني، المرجع السابق، ج. 2، ر.ح. 2256، ص. 478.

⁷- انظر، محمد تقيه، مصادر التشريع الإسلامي، ط. 1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1993، ص. 150.

⁸- هذا عين ما أخذت به اللجنة الدائمة للإفتاء. (اللجنة الدائمة للإفتاء، المرجع السابق، ج. 20، ص. 331).

و الراجح في المسألة أن يقال أن اللجوء إلى الوسائل الحديثة هنا جائز إذا كان غايته إثبات نسب الولد و درأ مفسدة اللعان - إذا رضي الزوج به- فإن دلت الوسائل الحديثة على عدم ثبوت نسب الولد إلى أبيه لم يكن لأبيه إلا اللعان؛ فإن الوسائل الحديثة لا يصلح الاحتجاج بها - في الشريعة - لنفي النسب.

ب- نفي النسب في القانون الجزائري:

ينفي النسب عند المشرع الجزائري في حالتين:

1- حالة عدم توفر شروط إثبات النسب؛

2- حالة اللعان .

1- حالة عدم توفر شروط إثبات النسب: ينفي النسب في القانون الجزائري إذا ما عدم

وجود عقد زواج صحيح أو بشبهة؛ أو استحال اللقاء بين الزوجين؛ أو كان الإنجاب خارج الآجال القانونية.

فعدم وجود عقد نكاح صحيح أو بشبهة ذكرته المادة 40 من ق أ بنصها أنه: "يثبت

النسب بالزواج الصحيح...أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج ثم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32

و 33 و 34 من هذا القانون"، و عليه فإن أي علاقة جنسية بين رجل و امرأة لا تكون في إطار

عقد نكاح و لو بشبهة و نتج عنها ولد فإن نسبته إلى أبيه تنتفي، و هذا ما استقر عليه الاجتهاد

القضائي في الجزائر¹.

¹-انظر، قرار، م.أ.غ.أ.ش، 1984/10/08، ملف رقم 34137، م.ق.ع.4، 1989، ص.79؛ و انظر، قرار، م.ع.، غ.أ.ش، 1991/05/21، ملف رقم 74712، م.ق.، 1994، ع.2، ص.56.

أما استحالة اللقائ بين الزوجين فأوردته المادة 41 من ق أ بنصها أنه: " ينسب الولد لأبيه... متى أمكن الإتصال..."، فإذا كان الزوج مسجوناً أو في بلد آخر أو مجبوراً أو خصياً فإن النسب ينتفي منه دون الحاجة إلى اللعان¹.

و أما الإنجاب خارج الآجال القانونية لإثبات النسب فقد ذكرته المادة 42 من ق.أ بنصها أنه: " أقل مدة الحمل ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر ."، و المشكلة هنا أن المشرع لم يحدد المدة التي تحسب فيها هذه الآجال، فهل تحسب أدنى مدة الحمل الستة أشهر من وقت العقد أو من وقت الدخول، وهل تحسب أقصى مدة الحمل العشرة أشهر من يوم وقت الطلاق الفعلي أو من وقت الحكم به²؟.

و المهم هنا أن المرأة إذا جاءت بالولد لأقل من الحد الأدنى للحمل أو جاءت به لأكثر من الحد الأقصى، فإن النسب ينتفي إلى أبيه³.

و السؤال هنا في حالة توافر كل شروط ثبوت النسب. كأن يولد الولد في إطار علاقة شرعية و أمكن الاتصال بين الزوجين و أنجب داخل الآجال القانونية المقررة لإثبات النسب، فهل يمكن أن ينفي هذا النسب؟.

2- حالة اللعان: تنص المادة 41 من ق.أ : " ينسب الولد لأبيه متى... لم ينفه بالطرق

المشروعة"، لم يحدد المشرع في تقنين الأسرة المقصود بـ"الطرق المشروعة" التي يمكن للأب أن ينفي بها نسب ولده، و بالتالي لزم علينا اللجوء إلى المادة 222 من ق.أ التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية

¹- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.518.

²- زبييري بن قويدر، المرجع السابق، ص.64.

³- انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 1990 /01/22، ملف رقم. 57756، م.ق، 1992، ع.2، ص.71.

التي لم تقر إلا بطريقة وحيدة لنفي النسب و هي اللعان، و هذا ما يؤكده استقرار الاجتهاد القضائي على أنه لا ينفي النسب إلا باللعان¹.

و لا يمكن الأخذ بالوسائل الحديثة لنفي النسب في التقنين الأسري لأن المادة 02/40 من ق.أ تنص على أنه: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، فقيدت المادة اللجوء إلى الطرق العلمية على حالة إثبات النسب، و هذا رعاية لمصلحة الطفل، ذلك أن المشرع مال إلى ما ذهبت إليه الشريعة من تساهلها في إثبات النسب حتى أثبتته مع الشك في الأنكحة الفاسدة و لو بوطء شبهة²، إلا أنها تشددت غاية التشدد في نفي النسب فلم تفتح إلا بابا واحدا وهو اللعان، كل ذلك لتغليب مصلحة الطفل و المرأة و الأعراض.

الفرع الثالث

الحق في الإنجاب الاصطناعي

سيتم التطرق هنا إلى تعريف التلقيح الاصطناعي (أولا)؛ ثم سيجري الكلام في أساليب التلقيح الاصطناعي (ثانيا)؛ ثم عن حكم الشريعة فيه (ثالثا)؛ ثم ينصب بعد ذلك الحديث عن موقف المشرع الجزائري منه (رابعا).

أولا: تعريف التلقيح الاصطناعي:

أفضل ما قيل من التعاريف فيه أنه عملية طبية معقدة يتم فيها تلقيح بيضة الزوجة بماء زوجها في ظل علاقة زوجية - سواء تم هذا الإلتقاء داخل رحم الزوجة أو تم خارجها ثم أعيدت البيضة الأمشاج للرحم بعد تخصيبها - بغرض إنجاب الولد الذي لم يتيسر لهما إنجابها بالطريق الطبيعي³.

¹- انظر، قرار، م.أ، غ.أش، 1971/02/03، ن.ق، 1972، ع.2، ص.37؛ و انظر، قرار، م.أ، غ.أش، 1984/12/03، ملف رقم.35326، م.ق، 1990، ع.1، ص.83؛ وانظر، قرار، م.ج، غ.أش، 2002/12/25، ملف رقم.296020، م.ق، 2004، ع.1، ص.28.

²- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.521.

³- انظر، زبيدة إفرودة: التلقيح الاصطناعي، ط.1، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص.14.

ثانياً: أساليب التلقيح الاصطناعي:

أساليب التلقيح الاصطناعي على نوعين: أسلوب التلقيح الاصطناعي الداخلي (أ)؛ وأسلوب التلقيح الاصطناعي الخارجي (ب).

أ- أسلوب التلقيح الاصطناعي الداخلي: وهذا الأسلوب له طريقتان:

1- الطريقة الأولى: أن تؤخذ نطفة الزوج و تحقن في الموقع المناسب داخل مهبل زوجته أو رحمها لتلتقي النطفة إلتقاء طبيعياً بالبويضة فيحدث الإخصاب¹؛

2- الطريقة الثانية: وهي كالأولى لكن النطفة لا تكون لزوج بل لرجل آخر يسمى المتبرع².

ب- أسلوب التلقيح الاصطناعي الخارجي: وفيه خمسة طرق:

1- الطريقة الأولى: أن تؤخذ نطفة من زوج و بويضة من زوجته و يتم التلقيح خارجياً في أنابيب اختبار ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة؛

2- الطريقة الثانية: هي كمثل الطريقة السابقة لكن البويضة من امرأة أجنبية؛

3- الطريقة الثالثة: هي كالطريقتين السابقتين إلا أن النطفة و البويضة التي تستخدم ليستا من الزوجين بل من أشخاص أجنبى تبرعوا بها؛

4- الطريقة الرابعة: هي كالأولى لكن البويضة الملقحة تزرع في رحم امرأة أخرى؛

5- الطريقة الخامسة: و هي كالحالة السابقة إلا أن المتطوع بالحمل زوجة ثانية للزوج صاحب النطفة، أي أن ضرة صاحبة البويضة تطوعت لها بالحمل مكانها³.

ثالثاً: حكم الشريعة في التلقيح الاصطناعي:

تضاربت الفتاوى الفقهية لعلماء الشريعة المعاصرين على النحو التالي:

¹-انظر ، عبد الكريم مامون ، الإبطار الشرعي و القانوني للإنجاب الصناعي ، مجلة العلوم القانونية و الإدارية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، كلية الحقوق ، تلمسان ، 2006 ، ع.4 ، ص.73.

²-طفياني مخاطرية ، المرجع السابق ، ص.81.

³-زبيدة إفرودة ، المرجع السابق ، ص.154.

أ-فتوى الشيخ محمد بن صالح العثيمين: قال: " هذه المسألة خطيرة جدا، و من الذي يأمن الطبيب أن يلقي نطفة فلان في رحم زوجة شخص آخر؟!، و لهذا نرى سد الباب و لا نفتي إلا في قضية معينة بحيث نعرف الرجل و المرأة و الطبيب، و أما فتح الباب فيخشى منه الشر. "1.

ب-فتوى الشيخ محمد ناصر الدين الألباني: قال: " لا يجوز بعد التفكير في القضية، إلا إذا كان الزوجان طبيبين أو أحدهما على الأقل، و يتعاط أحدهما التلقيح بيده أما التلقيح بين الزوجين على أيدي رجال أو نساء غرباء عنهما فهذا لا يجوز. "2.

ج-فتوى الشيخ عبد العزيز بن باز: قال: " التلقيح الاصطناعي أجازه بعض أهل العلم المعاصرين، بشروط مهمة و احتياطات حتى لا يقع ما حرم الله عز و جل، و لكن أنا ممن توقف في ذلك و أنصح بعدم فعله، لأنه قد يفتح باب شر لا نهاية له "3.

د-فتوى مجمع الفقه الإسلامي: جاء عن مجمع الفقه الإسلامي أنه يجوز الالتجاء إلى التلقيح الاصطناعي في حالتين:

1-الحالة الأولى: حالة أن تؤخذ نطفة من الزوج و تحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها تلقيحا داخليا.

2-الحالة الثانية: حالة أن تؤخذ نطفة من الزوج و بويضة من زوجته و يتم التلقيح خارجيا ثم زرع اللقيحة في رحم الزوجة.

ثم زاد المجمع أنه: " لا حرج من اللجوء إليهما عند الحاجة مع التأكيد على ضرورة أخذ كل الإحتياطات اللازمة. "4.

و لعل الظاهر أن الراجع فيما ذكر أن يؤخذ بفتوى مجمع الفقه الإسلامي.

1- أصحاب الفضيلة، المرجع السابق، ص. 93.

2- أصحاب الفضيلة، نفس المرجع، ص. 94.

3- انظر، عبد العزيز بن باز، فتاوى ابن باز، ج. 21، الرئاسة العامة للإفتاء، السعودية، ص. 192.

4- انظر، الملحق، ص. 199.

رابعاً: موقف المشرع الجزائري من التلقيح الاصطناعي:

تنص المادة 2/45 مكرر أنه: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي" فدل النص أن المشرع يبيح الالتجاء إلى عملية التلقيح الاصطناعي، إلا أن المشرع لم يجعل هذه الإجازة على إطلاقها بل قيد الالتجاء للتلقيح الاصطناعي بضوابط و شروط¹، و هي على النحو التالي:

أ- شرط ورود التلقيح الإصطناعي في إطار زواج شرعي:

تنص المادة 2/45 مكرر أنه: "يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية: أن يكون الزواج شرعياً"، و قد يوهم هذا الشرط إمكانية لجوء الزوجين الذين يربطهما عقد قران عرقي إلى التلقيح الاصطناعي، و الصحيح أنه لا يمكنهما ذلك إلا بعد تثبيت زواجهما قضائياً من أجل إثبات حالتها أمام المركز المختص بالتلقيح الاصطناعي².

و لا يمكن كذلك أن يتم التلقيح الاصطناعي بعد وفاة أحد الزوجين، لأن عقد الزواج ينتهي حينئذ، و دليل ذلك إجماع أهل الإسلام على جواز خطبة المعتدة من وفاة تعريضاً، و جواز عقد قرانها من الغير بعد انتهاء عدتها، و أنه يمكن لمن ماتت عنه زوجته الرابعة أن يتزوج بأخرى³.

ب- شرط ورود التلقيح الاصطناعي برضا الزوجين:

تنص المادة 2/45 مكرر: "يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية: ... أن يكون التلقيح برضا الزوجين و أثناء حياتهما"، فأكدت المادة أنه لا بد من موافقة كلا الزوجين بالتلقيح الاصطناعي، فلا بد من رضا الزوج على أخذ النطفة منه و كيفية التلقيح بها، و لا بد أيضاً أن يكون رضا الزوجين سليماً خالياً من عيوب الإرادة⁴.

¹- عبد الكريم مامون، الإطار الشرعي و القانوني للإنجاب الصناعي، المرجع السابق، ص. 83.
²- انظر، تشوار حميدو زكية، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، 2006، ع. 4، ص. 91.
³- طالع في هذا الصدد، عبد الكريم مامون، الإطار الشرعي و القانوني للإنجاب الصناعي، المرجع السابق، ص. 85.
⁴- انظر، أحمد لطفي أحمد، التلقيح الإصطناعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص. 86.

و يشترط لرضا الزوجين أن يكونا بالغين 19 سنة كاملة ، و أن يكون الرضا كتابيا وصرحاً
ومستبصرا بعواقب التجربة و أن يثبتا عليه¹.

ج - شرط ورود التلقيح الإصطناعي بمنى الزوج و بويضة الزوجة:

تنص المادة 2/45 من ق.أ على أنه : "يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية :... أن يتم
بمنى الزوج و بويضة رحم الزوجة دون غيرها " ، أي لا بد لجواز التلقيح الاصطناعي أن يتم تلقيح
بويضة الزوجة بمنى الزوجها دون غيره، إلا أن هذا يقتضي - على المشرع - أن يوفر كل الضمانات
الكافية حتى لا يتم تلقيح بويضة الزوجة بمنى غير زوجها أو تلقيح منى الزوج ببويضة غير زوجته²،
وهذا ما أكده مجلس مجمع الفقه الإسلامي في مؤتمره المنعقد بين 11 و 16 أكتوبر 1986³.

د - شرط أن لا يرد التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة:

تنص المادة 3/45 مكرر من ق.أ على أنه : " لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال
الأم البديلة . " ، وهذا عين ما أكده مجلس مجمع الفقه الإسلامي المذكور، و معنى الأم البديلة أن تقوم
امرأة أجنبية بالتطوع أو استئجار رحمها لحمل اللقيحة من منى زوج و بويضة زوجته.
فأكد المجمع الفقهي على حرمة حتى و لو كانت هذه المرأة زوجة ثانية لنفس الزوج⁴.

و- شرط استحالة الإنجاب بالطريق الطبيعي:

هذا الشرط غفل عنه المشرع الجزائري لكنه شرط ضروري كان عليه أن يصرح به، ذلك أن
مشروعية التلقيح الاصطناعي كان من باب الرخصة المباحة بمقتضى الحاجة كما ذكر مجمع الفقه
الإسلامي⁵.

¹-انظر ، تشوار جيلالي ، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي ، مجلة العلوم القانونية و الإدارية ، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق،
تلمسان، 2006، ع.4، ص.65.

²-كريم زينب ، قانون الأسرة في ظل التطورات المعاصرة ، المرجع السابق ، ص.278.

³-ارجع، ص.98.

⁴-بلحاج العربي ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ، المرجع السابق، ص.513.

⁵-هناك فرق بين الضرورة و الحاجة. (ارجع ، أبو بكر بن العربي ، المرجع السابق ، ج.1، ص. 504 ؛ و كذلك، جلال الدين السيوطي، الأشباه
و النظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، د.م، ص.88).

و للتأكد من صحة الحاجة المرخصة للتلقيح الاصطناعي تقول الأستاذة تشوار حميدو زكية:
" حتى يتسنى للزوجين اللجوء إلى هذه الوسيلة يجب انتظار مدة معينة من إبرام العقد ونقترح أن
تكون ثلاث سنوات على الأقل لإجراء التلقيح الصناعي ."¹

المطلب الثاني

الشرط الإتفاقي كواجب إرادي في الزواج

و يتضمن هذا المطلب فرعين: الأول في حكم الشرط الإتفاقي في الشريعة (الفرع الأول)؛ أما
الثاني فنعرج فيه على بيان موقف المشرع الجزائري منه (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

الشرط الإتفاقي في الفقه الإسلامي

و يشتمل هذا الفرع على بيان تعريف الشرط الإتفاقي في الزواج (أولاً)؛ ثم بيان أقسامه
باعتبار حكمه (ثانياً).

أولاً: تعريف الشرط الإتفاقي في الزواج: هو اتفاق في عقد الزواج أو عقد لاحق به يلتزم
بموجبه أحد الزوجين بأمر -مباح- زائد عن أصل ما اقتضاه الشرع في عقد الزواج.²

و لقد اختلف فقهاء الشريعة -سلفاً و خلفاً- في حكم الشروط الاتفاقية اختلافاً كبيراً،
ويمكن تقسيم الشروط الاتفاقية في الزواج باعتبار حكمها على النحو التالي.

ثانياً: أقسام الشرط الإتفاقي في الزواج باعتبار حكمه: الشرط الإتفاقي في النكاح على

ثلاثة أصناف؛ فصنف متفق على صحته (أ)؛ و صنف متفق على بطلانه (ب)؛ و صنف مختلف
فيه (ج).

¹-تشوار حميدو زكية، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق، ص.93.
²-انظر، رباعي أحمد ، ضوابط حرية الاثتراط في عقد الزواج بين قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي ، مجلة دراسات قانونية ، جامعة
أبو بكر بلقايد ، كلية الحقوق ، مخبر القانون الخاص الأساسي ، تلمسان، 2010، ع.7، ص.19.

أ- الشروط الاتفاقية في النكاح المتفق على صحتها:

و الشروط الاتفاقية التي اتفق الفقهاء على اعتبارها في النكاح هي التي لا تنافي مقتضى العقد بل تكون من مقتضياته و مقاصده، كاشتراط الزوجة صداقا قيمته كذا نقدا، أو صفته كذا نوعا، و مقداره كذا عينا أو على أن لا يضرها¹.

و من الشروط الاتفاقية المتفق عليها - أيضا - اشتراطها كذلك العشرة بالمعروف و الإنفاق و الكسوة و السكنى و أن لا يقصر في شيء من حقها في القسمة، و كشرط الزوج أن لا تخرج إلا بإذنه و لا تمنعه نفسها و أن لا تتصرف في ملكه إلا برضاه².

ب- الشروط الإتفاقية في النكاح المتفق على بطلانها:

و الشروط الاتفاقية التي أجمع الفقهاء على بطلانها هي تلك التي تنافي و مقتضيات عقد الزواج و مقاصده، كشرط التأقيت في زواج المتعة، لما ثبت من أن رسول الله صلى الله عليه و سلم نهى عن المتعة³.

و من الشروط المتفق على بطلانها اشتراط الرجل على رجل آخر أن لا ينكحه وليته - ابنته أو أخته - حتى ينكح هذا الأخير وليته له بإسقاط الصداق بينهما⁴، و هذا الشرط شرط نكاح الشغار و قد نهى عنه رسول الله صلى الله عليه و سلم⁵.

و من الشروط ما اتفق على بطلانها لما فيها من المساس بحقوق الغير و الإضرار به، كاشتراط المرأة على الرجل أن لا يتزوجها حتى يطلق المرأة التي في عصمته، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا يحل لامرأة أن تسأل طلاق أختها لتستفرغ صحفتها فإنما لها ما قدر لها"⁶.

¹- أبو محمد بن حزم ، المحلى بالآثار ، المرجع السابق ، ج.9.ص.516.

²- أحمد العسقلاني ، المرجع السابق ، ج.11، ص.499.

³- أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، ر.ح. 5115، ص.636.

⁴- انظر ، نشوة العلواني ، عقد الزواج و الشروط الإتفاقيه ، ط.1، دار ابن حزم ، بيروت، 2003، ص.138.

⁵- أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، ر.ح. 5112، ص.636.

⁶- أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، ر.ح. 5152، ص.640.

ج-الشروط الإتفاقية في النكاح المختلف في حكمها:

و هي الشروط التي تردد فيها الفقهاء لمخالفة ظاهرها ما أباحه الشرع أو حرمه، كتعدد الزوجات ، و أن يسكن الزوج امرأته حيث شاء، و عمل المرأة خارج بيت زوجها. فذهب المالكية إلى أن من اشترطت على زوجها أن لا يتزوج عليها أن النكاح جائز والشرط باطل¹، قال مالك في الموطأ: " فالأمر عندنا أنه إذا شرط الرجل للمرأة و إن كان ذلك عند عقدة النكاح أن لا أنكح عليك و لا أتسرر إن ذلك ليس بشيء إلا أن يكون في ذلك يمين بطلاق أو عتاقة فيجب ذلك عليه و يلزمه"²، أي أنه لو حلف أنه إذا تزوج عليها طلقها لزمه الطلاق إذا فعل ذلك، فيكون الطلاق لأجل اليمين لا لأجل الشرط فانتبه³ !.

و هذا الذي ذكر عن المالكية هو نفس ماذهب إليه الشافعية، وقالوا أنه لو شرطت المرأة على زوجها أن لا يخرجها من بلدها أن الشرط باطل والنكاح جائز -أي نافذ-⁴، أما الأحناف فذهبوا إلى أنه من شرطت على زوجها على أن لا يخرجها من بلدها أو أن لا يتزوج عليها فإن الشرط فاسد و النكاح صحيح، إلا أنه لو كانت تلك الشروط مقابل الحط من مهر مثلها، فإن وفي لها بالشرط فلها المسمى أما لو خرق الشرط فلها ما نقص عن مهر مثلها⁵. و ذهب الظاهرية أنه لو شرطت عليه أن لا يخرجها من بلدها أو لا يتزوج عليها، فإذا اشترطت ذلك في نفس العقد فالعقد مفسوخ، و إن اشترطت ذلك بعد العقد فالعقد صحيح والشرط باطل⁶.

¹-مالك بن أنس ، المدونة الكبرى ، المرجع السابق،ج.2، ص.131.

²-مالك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، ص.309 .

³-أبو الوليد الباجي ، المنتقى شرح موطأ مالك ، ج.5، ط.1 ، دار الكتب العلمية ، لبنان، 1999، ص.69.

⁴- قال محمد بن إدريس الشافعي- رحمه الله:- " و لو نكح بكرا أو ثيبا بأمرها على ألف على أن لها أن تخرج متى شاءت من منزله، و على ألا يخرجها من بلدها، و على ألا ينكح عليها، و لا يتسرى عليها، أو أي شرط ما شرطته عليه مما كان له إذا انعقد النكاح أن يفعله ويمنعها منه ، فالنكاح جائز و الشرط باطل." محمد الشافعي ، الأم، المرجع السابق ، ج.6، ص.187.

⁵-انظر ، محمد الرمفوري ، البناية في شرح الهداية ، ج.4، ط.2 ، دار الفكر ، بيروت ، 1990 ، ص.690

⁶-أبو محمد بن حزم ، المحلى بالآثار ، المرجع السابق ، ج.9، ص.517.

و أدلة من لم يصحح شرط عدم التعدد و شرط عدم الإخراج من البلد و شرط الخروج للعمل، أن الله تعالى يقول: " فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعًا"¹، فلا يجوز بذلك اشتراط المرأة على زوجها عدم الزواج عليها، و لا يجوز لها -أيضا- اشتراطها عليه عدم إخراجها من بلدها أو أنه لا يسكنها في بلد معين لقوله تعالى: "أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ"²، كما لا يجوز اشتراطها عليه خروجها للعمل خارج بيت الزوجية لقوله تعالى: " وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ "³، فما أحله الشرع لم يكن لأحد تحريمه، و ما حرمه ما كان لأحد تحليله.

أما الحنابلة فذهبوا إلى أنه من شرط لزوجته أن لا يخرجها من بلدها و أن لا يتزوج عليها، فلها ما شرط و يلزم الوفاء به⁴.

و دليل من صحح شرط عدم التعدد و شرط الخروج للعمل⁵ و شرط عدم إخراجها من بلدها أو شرط عدم إسكانها في بلد معين، أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: " إن أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا بما استحللتم به الفروج "⁶، و قال أيضا: "المسلمون على شروطهم"⁷، وهذه الشروط المذكورة لا تحرم حلالا و لا تحل حراما و إنما تثبت للمرأة خيار الفسخ إذا لم يفي لها به⁸.

و لعل ما ذهب إليه الحنابلة أقرب إلى الصواب، يشهد لهم قول رسول الله صلى الله عليه وسلم - لما أراد علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن يتزوج على فاطمة رضي عنها-: " إن بني هشام

¹-القرآن الكريم ، نفس الطبعة، سورة النساء، الآية 4.

²-القرآن الكريم ، نفس الطبعة ، سورة الطلاق ، الآية 6.

³- القرآن الكريم ، نفس الطبعة ، سورة الأحزاب، الآية 33.

⁴-أبو العباس بن تيمية ، الفتاوى الكبرى ، المرجع السابق ، ج.3، ص.78.

⁵- قال الشيخ عبد العزيز بن باز فيمن شرطت أن لا يمنعها من التدريس: " إذا اشترطت المرأة على خاطبها ألا يمنعها من التدريس أو من الدراسة فقبل ذلك و تزوجها على الشرط المذكور فهو شرط صحيح، و ليس له أن يمنعها من ذلك بعد الدخول لقول النبي صلى الله عليه و سلم: " إن أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج "، فإن منعها فلها الخيار، إن شاءت بقيت معه، و إن شاءت طلبت الفسخ من الحاكم الشرعي ". أصحاب الفضيلة، فتاوى الخطبة و الزواج، المرجع السابق، ص.53.

⁶- أبو عبد الله البخاري ، المرجع السابق، ر.ج. 5151 ، ص.640.

⁷-محمد الألباني ، إرواء الغليل ، المرجع السابق، ج.5 ، ر.ح. 1303 ، ص.142.

⁸-أبو محمد بن قدامة، المرجع السابق، ج.9، ص.485.

بن المغيرة استأذنوا في أن ينكحوا ابنتهم علي بن أبي طالب، فلا آذن، ثم لا آذن، ثم لا آذن، إلا أن يريد ابن أبي طالب أن يطلق ابنتي و ينكح ابنتهم، فإنما هي بضعة مني يربيني ما أراها ويؤذي ما آذاها.¹ فلو أخذ برأي الجمهور للزم القول أن رسول الله صلى الله عليه و سلم حرم ما أحله الله تعالى لعلي من التزوج على فاطمة، إلا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "وإني لست أحرم حلالا و لا أحل حراما، و لكن و الله لا تجتمع بنت رسول الله و بنت عدو الله أبدا."² يعني بنت أبي جهل، و شرط المرأة على زوجها عدم الزواج عليها ليس تحريما له على أن لا يتعدد بل هو إثبات لها حق الخيار كما قال الحنابلة، و كذلك شرط الخروج للعمل و باقي الشروط التي اختلفوا فيها.

الفرع الثاني

موقف المشرع الجزائري من الشرط الإتفاقي في الزواج³

تنص المادة 19 من ق أ على أنه: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية..."، و نص في المادة 32 من نفس القانون على أنه: "يطلق الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد"، و تنص المادة 35 من ق أ على أنه: " إذا إقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا والعقد صحيحا."، من استقراء هذه المواد الثلاثة نجد المشرع يقسم الشروط الإتفاقية إلى ثلاثة أقسام: شروط صحيحة؛ و شروط باطلة؛ و شروط مبطللة لعقد الزواج.

و السؤال المطروح هنا في ما هو المعيار الذي يعرف به الفرق بين الشرط الصحيح و الشرط

الباطل أو المبطل لعقد الزواج؟ (أولا)، ثم ما هو أثر الشرط الإتفاقي غير الصحيح؟ (ثانيا).

¹- أبو عبد الله البخاري ، المرجع السابق، ر.ح. 5230، ص. 649.

²- أبو عبد الله البخاري ، نفس المرجع، ر.ح. 3110، ص. 376.

³- إن من أكثر الشروط الإتفاقية تداولاً في الزوجات الجزائرية المعاصرة اشتراط الزوجة أن يسكنها الزوج في بيت منفرد عن بيت أهله. (أنظر، الملحق، ص. 201.).

أولاً: معيار الشرط الإتفاقي الصحيح:

تنص المادة 19 من ق أ على أنه: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، و لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون.". من نص هذه المادة يتضح أن الأصل في كل الشروط الاتفاقية الجواز عند المشرع الجزائري إلا ما كان منها مخالفا لأحكام قانون الأسرة.

إلا أن عبارة: "أحكام هذا القانون" مصطلح شامل لجميع ما تضمنه قانون الأسرة، و ليس من السهل مراجعة قانون الأسرة من أوله إلى آخره لمعرفة ما هي الأحكام التي ينبغي للشروط الاتفاقية أن لا تخالفها¹.

ثم لو كان المقصود من صيغة "أحكام هذا القانون" الواردة في المادة 19 من ق.أ كل أحكام قانون الأسرة يجعلها تصطدم مثلا مع ظاهر المادة 8 من ق أ التي تجيز التعدد.

فيطرح السؤال التالي: هل شرط عدم تعدد الزوجات هو الشرط الوحيد المجاز مع مخالفته لأحكام المادة 8 من ق أ خاصة إذا علمنا أن هذا الشرط ورد على سبيل المثال لا الحصر يتضح ذلك من صيغة "لا سيما"² الواردة في المادة 19 من ق أ.

و أمام هذا الغموض في مصطلح "أحكام هذا القانون" لزم الرجوع إلى أصل المادة 19 من ق أ ، و هو المذهب الحنبلي ، إذ هو المذهب الوحيد الذي أجاز شرط عدم تعدد الزوجات و شرط عمل المرأة - كما ذكر سابقا - و هذا المذهب يعتبر الشرط الإتفاقي صحيحا إذا لم يتنافى ومقتضيات عقد الزواج - كشرط المتعة و الشغار - أو لم يسقط ما ألزمه الشرع على أحد طرفي عقد الزواج، كإلزام الزوج بوجوب النفقة على زوجته و كلزوم الصداق عليه، فإذا اشترط عليها أن تنفق

¹-انظر ، نواره دري ، الشروط الجعلية في عقود الزواج ، ط.1، دار ابن حزم ، بيروت، 2009، ص. 146.
²-تفيد "لاسيما" التفضيل والتخصيص لا الحصر دليل ذلك قول امرؤ القيس في معلقته: "لاسيما يوم بدارة جلجل". انظر، الحسين الزوزني، شرح المعلقات السبع، ط.1، إحياء التراث العربي، بيروت، 2002، ص. 39.

على نفسها و أن لا ينفق عليها، أو أن لا يدفع لها الصداق أو أن له الحق في الرجوع به عليها، واشترطت عليه أن لا يطأها أو يعزل عنها، فكل هذه الشروط باطلة عند الحنابلة¹، و بالتالي فالأجدر أن تستبدل عبارة: " ما لم تتناقض هذه الشروط مع أحكام هذا القانون . " بعبارة: " ما لم تتناقض هذه الشروط مع مقتضيات عقد الزواج و ما ألزمه هذا القانون على أحد الزوجين. "، فتوافق المادة مقتضى المذهب الحنبلي.

ثانيا: أثر الشرط الإتفاقي غير الصحيح في الزواج:

تنص المادة:32 من ق.أ أنه: " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتناقض ومقتضيات العقد. "، و تنص المادة 35 من ق.أ أنه: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينفيه كان الشرط باطلا والعقد صحيحا. "، فذكرت المادة 32 من ق أ أن العقد المشتمل على شرط ينفيه يبطل الزواج، أما المادة 35 فدللت على أن العقد المقترن بشرط ينفيه يبطل و يصح الزواج.

و لا شك أن عقد الزواج المشتمل على شرط ينفيه –الوارد في المادة 32 من ق أ –هو غير الزواج المقترن بشرط ينفيه – الوارد في المادة 35 من ق أ – و إلاً كان هناك تناقض بين النصين، فما المقصود بعقد الزواج المشتمل على شرط ينفيه و بعقد الزواج المقترن بشرط ينفيه؟.

لمحاولة الجمع بين المادتين 32 و 35 من ق أ هناك احتمالين:

أ- الإحتمال الأول: أن يؤخذ بمذهب الظاهرية فيقال أن عقد الزواج المشتمل على شرط ينفيه هو أن يشتمل عقد الزواج في نفسه على شرط ينفيه، أي أن يكون في محرر عقد الزواج شرط ينفيه.

¹-انظر ، رباحي أحمد ، المرجع السابق ، ص.39.

و أن معنى عقد الزواج المقترن بشرط ينافيه أن يرد شرط سابق أو لاحق على عقد الزواج يكون منافيا له، أي أن يتفق الزوجان على شرط مناف لعقد الزواج قبل إبرامهما أو بعد إبرامهما له، فيكون الشرط هنا مقترنا بعقد الزواج غير مشتمل فيه¹.

و بالتالي فكل شرط يوضع في نفس العقد و محرره و يكون منافيا له يجعل العقد باطلا، وكل شرط إتفق عليه -بين الزوجين- قبل إبرام الزواج أو بعده و يكون منافيا له يعتبر باطلا و الزواج صحيحا.

لكن النقد الموجه- و على الرغم من تقارب هذا الطرح مع ظاهر المادتين - أن المذهب الظاهري لا يميز اشتراط تعدد الزوجات و شرط عمل المرأة، فكيف يؤخذ به و هو مخالف لمقتضى المادة 19 من ق أ.

ب- الإحتمال الثاني: أن يؤخذ بالمذهب الحنبلي بأن يقال أن العقد المشتمل على شرط ينافيه -الوارد في المادة 32 من ق أ- هو ذلك العقد الذي يحتوي على شرط ينافي مقتضى عقد الزواج، كالعقد المشتمل على شرط المتعة و الشغار أو إشتراط الزوجة الثانية طلاق الأولى².

أما العقد المقترن بشرط ينافيه- الوارد في المادة 35 من ق أ - فهو ذلك العقد الذي يتضمن شرطا يسقط ما ألزمه الشرع على أحد الزوجين، كعقد الزواج المتضمن لشرط عدم الإنفاق أو شرط أن تكون القوامة بيد المرأة³.

ج- الترجيح بين الإحتمالين: الراجح هو الأخذ بالاحتمال الثاني لعدة وجوه أولها أن المشرع الجزائري أخذ في المادة 19 من ق أ بالمذهب الحنبلي، و ثانيها أنه لا عبرة بالشرط إذا كان في نفس

¹- أبو محمد بن حزم ، المطلى بالآثار ، المرجع السابق ، ج.9 ، ص.516.

²- أبو محمد بن قدامة ، المرجع السابق ، ج.9 ، ص.486.

³- انظر ، راشدي أبو زيد ، الاشتراط في وثيقة الزواج ، ط.1 ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية، 2011، ص.374.

العقد أو سابقا أو لاحقا عليه، بل العبرة بدرجة مخالفة الشرط لمقتضى العقد، إذ لا يمكن أن يسوى بين شرط مخالف لمقتضى العقد وبين شرط يمس أمر زائدا عن العقد و هو آثاره¹.

و بالتالي الراجع أن يقال أن الشرط الوارد في المادة 32 هو ذلك الشرط الذي يناهض مقتضى العقد، و هو الشرط الذي يبطله، أما الشرط الوارد في المادة 35 هو ذلك الشرط الذي يسقط ما ألزمه الشرع أو القانون على أحد الزوجين، إلا أنه من الأفضل لو يعدل المشرع المادة 35 من ق أ على النحو التالي: " إذا اقترن عقد الزواج بشرط يسقط ما ألزمه هذا القانون على أحد الزوجين، فيكون الشرط باطلا و العقد صحيحا."

و بعد البحث في أهم النقاط التي للإرادة دور فيها من وقت التمهيد لعقد الزواج إلى وقت ترتيب آثاره، يطرح السؤال التالي هل ينتهي دور الإرادة في الزواج إلى هذا الحد، أم يستمر دورها إلى إنهاء عقد الزواج؟، هذا ما سيتم التطرق إليه في الفصل الثاني.

¹-انظر، مسعودي يوسف، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، المركز الجامعي، بشار، 2007، ص.76.

الفصل الثاني:

دور الإرادة في إنهاء

عقد الزواج

تكلمنا فيما مضى أنه يمنع شرعا وقانونا أن يجعل من عقد الزواج عقدا مؤقتا¹، ينتهي بمجرد انتهاء الوقت المحدد له، إذ غرض الشريعة والقانون من بناء عقد الزواج هو تكوين أسرة أساسها دوام العشرة بين الزوجين بالمعروف.

فالنهاية الطبيعية لعقد الزواج إذاً هو الوفاة، إلا أن الشريعة و القانون لم تمنع أطراف عقد الزواج أن ينهوا عقد الزواج بينهم إذا استحالة العشرة وخُشي العنت واستفحال الضرر.

ولذا كان لزاما البحث في إنهاء عقد الزواج بإرادة طرفيه، وكذا معرفة ما مدى امتداد دور مبدأ سلطان الإرادة في الآثار التي يترتبها إنهاء عقد الزواج؟.

وعليه، سيتضمن هذا الفصل بحثين: الأول في نطاق الإرادة في كيفية إنهاء عقد الزواج(المبحث الأول)؛ و الثاني في محل الإرادة في آثار إنهاء عقد الزواج(المبحث الثاني).

المبحث الأول

نطاق الإرادة في كيفية إنهاء عقد الزواج

تنص المادة 47 من ق أ على أنه: " تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة " و أسقطت المادة حالتي البطلان و الفسخ، و الذي يهمننا من هذه الحالات الأربع الطلاق لأنه لا يتصور ورود الإرادة على غيره، فالوفاة واقعة طبيعية، و البطلان و الفسخ عند المشرع الجزائري واقعان بحكم القانون بموجب المواد من 32 إلى 34 من ق.أ، و سينصب البحث هنا عن أثر صحة الإرادة في إنهاء عقد الزواج.

¹-ارجع، ص 102.

و لذا سيندرج في هذا المبحث مطلبان: الأول في إنهاء عقد الزواج بالإرادة الصحيحة(المطلب الأول)؛ أما الثاني ففي إنهاء عقد الزواج بالإرادة المعيبة(المطلب الثاني).

المطلب الأول

إنهاء عقد الزواج بالإرادة الصحيحة

ذكر فيما سبق أن الإرادة إذا ما كانت صحيحة كان لها القدرة في إنشاء عقد الزواج وترتيب آثاره، وسيتم التطرق هنا إلى قوة الإرادة الصحيحة في إنهاء عقد الزواج¹.

و لذا سيشتمل هذا المطلب على فرعين: أولهما في إنهاء عقد الزواج بالإرادة المنفردة(الفرع الأول)؛ و ثانيهما في إنهاء عقد الزواج بالإرادة المشتركة(الفرع الثاني).

الفرع الأول

إنهاء عقد الزواج بالإرادة المنفردة

تنص المادة 48 من ق.أ على أنه: " مع مراعاة المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج...أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون ". فبينت المادة أن إنهاء عقد الزواج بالإرادة المنفردة يكون في حالتين: الحالة الأولى في الطلاق بإرادة الزوج(أولاً)؛ و الحالة الثانية هي الطلاق بطلب من الزوجة(ثانياً).

¹- ارجع، ص.62.

أولاً: الطلاق بإرادة الزوج:

الطلاق في الأصل حق للزوج لقوله تعالى: " يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ"¹، و الطلاق على هذا المعنى إما أن يكون حراماً أو مكروهاً أو مندوباً أو مباحاً، فيكون حراماً إذا ما كان بدعياً كأن يطلقها في حيضتها، و يكون مكروهاً إذا ما طلقها من غير ما بأس، و يكون الطلاق واجباً إذا خشي العنت و دوام الشقاق بين الزوجين، و يكون مندوباً إذا ما كانت الزوجة غير عفيفة، و يكون الطلاق جائزاً إذا لم تطب نفس الزوج إلى زوجته².

و أنكر النووي أن يكون الطلاق جائزاً³، و يصدقه قول رسول الله صلى الله عليه و سلم:

" لا يفرك مؤمن مؤمنة إن كره منها خلقاً رضي منها آخر."⁴، و قد قال الله تعالى أيضاً "فَإِنْ أَطَعْتُمْ بَلَغُوا حَبْلًا مِنْ يَدَيْكُمْ فَصَلُّوا عَلَيْهِمْ ذِكْرًا كَبِيرًا"⁵، قال أبو حامد الغزالي: "أي لا تطلبوا حيلة للفراق."⁶.

و إرادة الزوج في الطلاق مقيدة بلفظ مخصوص و وقت مخصوص و عدد و عدة.

أ- إرادة المطلق مقيدة بلفظ مخصوص:

و الطلاق كالنكاح لا تكفي فيه الإرادة الباطنة، بل لا بد من إظهار هذه الإرادة بالتعبير عنها حتى يعلم بها الغير، إلا أن الفارق بين النكاح و الطلاق أن التعبير في الأول لا بد أن يكون من الجانبين، أما في الثاني فالزوج وحده المخول - شرعاً - للتعبير عن الطلاق إلا إذا تنازل بهذا الحق لزوجته⁷.

¹ - سورة الطلاق، الآية 1.

² - أحمد العسقلاني، المرجع السابق، ج 12، ص 6.

³ - أبو زكرياء النووي، المرجع السابق، ج 10، ص 62.

⁴ - أبو الحسين مسلم، المرجع السابق، ج 4، ر.ح. 3721، ص 178.

⁵ - سورة النساء، الآية 34.

⁶ - انظر، أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، ج 4، دار الشعب، القاهرة، د.س.ص 743.

⁷ - مالك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، ر.ح. 1157، ص 323.

و التعبير عن الطلاق في الشريعة إما صريح و إما كناية، فالصريح ما كان واضحاً في دلالة
على الطلاق و هو واقع به دون البحث عن قصد صاحبه، أما إذا وقع الطلاق كناية فيبحث فيه عن
قصد صاحبه فإن أراد الطلاق وقع¹.

1-الطلاق الصريح: و الطلاق الصريح ما كان بلفظ الطلاق أو ما يشتق منه ، كانت

طالق و طلقتك²، و تشدد المالكية في بعض الألفاظ فألحقوها بالطلاق الثلاث كقوله أنت علي
حرام أو أنت طالق البتة، و كذا أنت برية و خلية و بائة، و كل هذا إذا قاله -عندهم- من لم
يدخل بزوجه اعتبر ذلك طلاقاً واحدة³.

و قال الشافعية أن لفظ الطلاق و التسريح و الفراق يدل على صريح الطلاق لورود النص
القرآني في دلالة هذه الألفاظ على الطلاق⁴، قال الله تعالى: " يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ"⁵،
النِّسَاءَ"⁵، وقال أيضا: " يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ
أُمْتِعْكَنَّ وَأُسرِّحْكَنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا"⁶، و قال الله تعالى: " فَإِذَا بَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ
أَوْ فَارِقُوهُنَّ"⁷، و هذا مذهب الحنابلة كذلك⁸.

2-الطلاق بالكناية: قال الحنفية كل لفظ غير لفظ الطلاق و مشتقاته كناية⁹، و قال

الشافعية قول الرجل لامرأته أنت برية أو بائة أو أنت علي حرام أنه يدين - يعني يحلف - فإن كان
أراد الطلاق حكم به و إلا فلا¹.

¹ - إسماعيل البامري ، المرجع السابق ، ص 253.
² - محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ، ص 295.
³ - مالك بن أنس ، الموطأ ، المرجع السابق ، ص 322.
⁴ - إسماعيل البامري ، المرجع السابق ، ص 255.
⁵ - سورة الطلاق، الآية 1.
⁶ - سورة الأحزاب، الآية 28.
⁷ - سورة الطلاق، الآية 2.
⁸ - أبو محمد بن قدامه، المرجع السابق، ج 10، ص 355.
⁹ - ناصر الإسلام الرمفوري المرجع السابق، ج 5، ص 68.

و دليل إعتبار أن لفظ " أنت طالق البتة " من ألفاظ الكنايات ما ثبت من أن ركانة بن عبد يزيد قال: يا رسول الله إني طلقت امرأتي سهيمة البتة، و والله ما أردت إلا واحدة ، فقال رسول الله لركانة : " و الله ما أردت إلا واحدة؟" ، فقال ركانة: و الله ما أردت إلا واحدة، فردها إليه رسول الله صلى الله عليه و سلم².

و الراجح ما ذهب إليه الأحناف من أن كل لفظ خلا الطلاق من ألفاظ الكنايات إلا في قولهم أن ألفاظ الكنايات لا يراد بها الطلقتين و إن كان يراد بها الطلقة الواحدة و الثلاث، والصحيح أنه لو أراد الواحدة كانت واحدة و إن أراد الثنتين كانت ثنتين ، كما لو أراد الثلاث كانت ثلاثا، وهذا مقتضى دلالة حديث ركانة كما قال الشافعية³.

3-الطلاق بالكتابة و الإشارة: نص أهل العلم على وقوع الطلاق بالكتابة و الإشارة، ولا

تقوم الإشارة مقام اللفظ إلا لغير القادر، و استحسن البعض أن يعين المطلق بالكتابة اسم زوجته كأن يكتب : " يا فلانة أنت طالق ."⁴

4-الطلاق بالوسائل الحديثة: كالرسائل الخلوية القصيرة و بالهاتف و الأنترنت و الراجح

في هذه المسألة أن الطلاق يقع إذا تيقن أنه صدر عن الزوج، و أنه موجه إلى زوجته⁵.

ب- إرادة المطلق مقيدة بوقت منصوص:

ذلك أن الزوج ليس له أن يطلق في أي وقت شاء، بل لا بد له أن يطلق زوجته في طهر لم يمسه فيها⁶، لقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ"¹، و لما ثبت أن عبد

¹-محمد الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج. 6 ، ص. 108.

²-محمد الشافعي ، الأم ، نفس المرجع ، ج. 6، ص. 2350، ص. 305.

³-إسماعيل البامري، المرجع السابق، ص. 258.

⁴-بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص. 222.

⁵-كريم زينب، قانون الأسرة في ظل التطورات المعاصرة، المرجع السابق، ص. 111 و ما بعدها.

⁶-انظر، أحمد شاكر ، نظام الطلاق في الإسلام ، مكتبة السنة ، مصر ، د. م. ، ص. 20.

الله بن عمر طلق امرأته و هي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه و سلم، فسأل عمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال له: " مره فليراجعها ثم يمسك حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء"².

ج-إرادة المطلق مقيدة بعدد:

أي أنه ليس للزوج أن يطلق امرأته كما شاء من المرات، فله أن يطلق إمرأته ثلاث مرات، فإذا استنفذ طلاقته الثلاث بانتهى منه زوجته حتى تنكح غيره لقوله تعالى " الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ"³، و قوله: "فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا"⁴.

و هنا مسألتان: الأولى في هل يعترف المشرع الجزائري بالطلاق الرجعي(1)؟؛ و الثانية فيما أوردته المادة 51 من ق أ فهل التلفظ بالطلاق ثلاث مرات في وقت واحد يعد طليقة واحدة أم ثلاثاً(2)؟.

1- هل يعترف المشرع الجزائري بالطلاق الرجعي: الطلاق الرجعي يكون في حالة إذا ما طلق الزوج امرأته مرة واحدة، فيمكن له أن يراجعها في عدتها إما بالقول اتفاقاً كأن يقول لها "أرجعتك"، ويكون - إرجاعها - بالفعل أيضاً كالوطء⁵.

و على هذا الاعتبار يطرح السؤال التالي هل المشرع الجزائري يعترف بالطلاق الرجعي؟، هذه المسألة أثارت نقاشاً قانونياً¹، ذلك أن المادة 49 من ق أ تنص على أنه: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم

¹ - سورة الطلاق، الآية.1.

² -ملك بن أنس ، الموطأ ، المرجع السابق ،ر.ح.1205، ص. 336.

³ - سورة البقرة، الآية.229.

⁴ - سورة البقرة، الآية.230.

⁵ -الرجعية في الطلاق على نوعين : رجعية من طلاق رجعي - و هو المذكور - و رجعية من طلاق بائن بينونة صغرى، و هذه الأخيرة تحتاج الرجعة فيها إلى عقد جديد سواء في العدة أو بعدها .(وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق ،ج.7،ص.462).

بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي..."، فهل يقتضي نص هذه المادة أن حكم الطلاق حكم منشئ أو أنه حكم كاشف؟.

الراجع- عند بعض رجال القانون- أن يقال أن عبارة: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم " يقتضي أن حكم الطلاق حكم كاشف للطلاق غير منشئ له²، و أن المشرع يعترف بالطلاق الرجعي لدالتين، دلالة النصوص القانونية؛ و شواهد الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا.

فأما دلالة النصوص القانونية على الطلاق الرجعي، فنذكر منها ما ورد في المادة 50 من ق أ بنصها أنه: " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد و من راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، فلو كان حكم الطلاق الوارد في المادة 49 من ق أ حكما منشئا لم يكن لهذه المادة معنى، إذ لو كان الحكم القضائي منشئا للطلاق لم يحتج الزوج إلى مراجعة امرأته لأنها زوجته، ولم تطلق منه بعد.

و لو قيل بأن نص المشرع أنه: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم قضائي " يقتضي أن الحكم بالطلاق منشئ له للزم القول أن تثبيت الزواج في سجل الحالة المدنية أو بحكم قضائي إثبات منشئ للزواج، إذ أن عدم تثبيت الطلاق إلا بحكم قضائي كعدم تثبيت الزواج إلا بتسجيله في الحالة المدنية أو بحكم قضائي³.

و الحقيقة أن نص المادة 50 من ق أ نص صريح على الطلاق الرجعي، إلا أن المشكلة في هذه المادة أنها قيدت حق الإرجاع بفترة الصلح التي قد تدوم ثلاثة أشهر، و معلوم أن مدة العدة في

¹-كريم زينب، قانون الأسرة في ظل التطورات المعاصرة، المرجع السابق، ص.115.
²-انظر، بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، ع.خاص، د.ب.ص. 114 وما بعدها؛ وانظر أيضا، المصري ميروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دار هومة، الجزائر، 2010، ص.141؛ وانظر كذلك، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج.1، ص.317.
³- ويؤكد اعتراف المشرع بالطلاق الرجعي نصه في المادة 48 من ق أ أن الطلاق يتم "بارادة الزوج...أو بطلب من الزوجة...". إذ لو كان حكم الطلاق منشئا له لنص أن الطلاق يتم "بطلب الزوج" لا بإرادته.

الطلاق قد تكون أقل أو أكثر من الثلاثة أشهر كما قد تكون مساوية لها¹، فعدة الحامل ليست كعدة الحائض واليايسة من المحيض كما سيأتي بيانه.

و من المعلوم - كذلك في الشريعة كما سيأتي - أن حق المراجعة لا يكون إلا في مدة العدة - في الطلاق الرجعي-، و بالتالي فيكون المشرع قد تجاوز الحد المنصوص عليه شرعا لمراجعة الزوج زوجته في الطلاق الرجعي.

و السبب فيما يبدو أن المشرع أراد الخروج من الخلاف الوارد في حساب العدد و المقصود من القرء، إلا أن هذا الأمر لا يبرر للمشرع تجاوز الحد الذي حده الشرع لمراجعة الزوج زوجته، قال تعالى: "تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا"².

و عليه فيستحسن أن تعدل المادة 50 من ق أ على النحو التالي: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد على أن لا تتجاوز مدة المراجعة العدة المنصوص عليها في الشرع بتبدئ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق، ومن راجع زوجته بعد ذلك يحتاج إلى عقد جديد".

و المشكلة الأخرى في المادة 50 من ق أ أنها لم تفرق بين الطلاق الرجعي و الطلاق البائن بينونة صغرى³، و هنا لزم الرجوع إلى الشريعة الإسلامية -بمقتضى المادة 222 من ق أ- التي تلزم الزوج إذا طلق زوجته مرتين بعقد جديد في العدة و بعدها.

و يجب التنبيه هنا إلى أن القول بأن الحكم بالطلاق حكم كاشف لا يقتضي أن هذا القول على إطلاقه، بل الصواب أن يقال أن الأصل في الحكم بالطلاق أن يكون كاشفا له في غير التطبيق و الخلع، فالحكم فيهما منشئ للطلاق في قانون الأسرة الجزائري كما سوف نرى.

¹-انظر، ص.124.

²- سورة البقرة، الآية.229 .

³-انظر، هامش، ص.116.

و أما شواهد الاجتهادات القضائية على الطلاق الرجعي فكثيرة، نذكر منها قرارين، قرار صادر قبل تعديل الأمر 02/05 و قرار صادر بعده.

أما القرار الأول فهو المؤرخ في 16 فيفري 1999 الذي قضى أنه: "متى تبين في قضية الحال أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة المسلمين، و أن المجلس أجرى تحقيقا و سمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام جماعة المسلمين، و بالتالي فلا يحق أن يتراجع عن هذا الطلاق، و عليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون.¹"
فدل هذا الاجتهاد أن المحكمة اعترفت بالطلاق الذي وقع أمام جماعة المسلمين فلو كان الحكم بالطلاق - في غير التطلق و الخلع - حكما منشئا لما أمكن للقضاء أن يعترف بالطلاق العرفي المذكور.

و مما يؤكد اعتراف القضاء بالطلاق الرجعي القرار الثاني المؤرخ في 09 ماي 2007، والذي جاء فيه: "حيث أن القرار المطعون فيه جاء معللا و مؤسسا بما فيه الكفاية، و ذلك لأن المطعون ضده - الزوج - تمسك بالرجوع ما دامت العصمة بيده و أن الطلاق الذي صدر منه رجعي ما دام أنه تراجع عن ذلك و سعى إلى إرجاعها في خلال مدة عشرين يوما قبل فوات مدة العدة شرعا"².
و قد صرح هذا القرار بصورة جلية اعترافه بالطلاق الرجعي.

¹-انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 1999/02/16، ملف رقم 216250، الاجتهاد القضائي، قسم الوثائق للمحكمة العليا، د.أ.ب، 2001، ع.خاص، ص.100؛ وانظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 2002/ 09/ 25، ملف رقم 288322، م.ق، 2003، ع.1، ص.375؛ وانظر أيضا، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 2005/02/23، ملف رقم 315403، م.ع، 2005، ع.1، ص.275.
²-انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 2007/05/09، ملف رقم 395557، م.ع، 2008، ع.2، ص.301-302؛ وانظر في هذا الصدد، قرار، م.أ، غ.أ.ش، 1984/12/17، ملف رقم 35322، م.ق، 1989، ع.4، ص.91؛ وانظر كذلك، قرار، م.أ، غ.أ.ش، 1986/02/10، ملف رقم 39463، م.ق، 1989، ع.1، ص.115.

2- هل التلفظ بالطلاق ثلاث مرات دفعة يعد طلاقاً ثلاثاً؟: تنص المادة 51 من ق أ

على أنه: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره و تطلق منه أو يموت عنها بعد البناء"¹.

و التلفظ بالطلاق ثلاث مرات دفعة واحدة محرم عند جمهور الفقهاء²، لما ثبت من أن رسول الله صلى الله عليه و سلم أخبر عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً، فقام غضباناً ثم قال: "أيلعب بكتاب الله و أنا بين أظهركم" حتى قام رجل و قال يا رسول الله ألا أقتله³.

ظاهر المادة 51 من ق أ خاصة منها ما يتعلق بصيغة " ثلاث مرات متتالية " قد توحي أن المشرع ذهب إلى أن التلفظ بالطلاق ثلاث مرات دفعة واحدة يعد طلاقاً واحدة⁴، إلا أنه وبالرجوع إلى القرار المؤرخ في 17 فيفري 1998 نجده يقضي أنه: " من المقرر شرعاً أنه لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره و تطلق منه أو يموت عنها بعد البناء.

الثابت من القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس لما قضوا بالطلاق البائن بناءً على تصريح الزوج أمامهم بطلاقه لزوجته ثلاثاً، فإنهم لم يخرقوا أحكام المادة 57 من ق أ و طبقوا القانون تطبيقاً سليماً مما يتعين التصريح برفض الطعن."⁵، يعيل منطوق هذا القرار إلى الأخذ بما عليه أصحاب المذاهب الأربعة السنية من أن التلفظ بالطلاق ثلاث مرات دفعة واحدة يعد طلاقاً ثلاثاً⁶، وذهب قلة من أهل العلم إلى القول أنها تعد طلاقاً واحدة⁷.

¹- أصل هذه المادة قوله تعالى: " فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَتَّخِجَ زَوْجاً غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ". سورة البقرة، الآية 230.
²- أبو العباس بن تيمية ، الفتاوى الكبرى ، المرجع السابق ، ج.3، ص.224.

³-انظر ، أحمد النسائي، سنن النسائي، ج.6، ط.2 ،مكتب المطبوعات الإسلامية،حلب، 1986، بر.ح.3404، ص.142.

⁴-انظر، عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط.2 ،دار البعث،الجزائر، 1989، ص.317.

⁵- انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 1998/02/17، ملف رقم.176551، م.ق، 2000، ع.1، ص.171.

⁶-أبو عمر بن عبد البر، الإستذكار، المرجع السابق، ج.17، ص.9.

⁷- أحمد شاكر، المرجع السابق، ص.30.

و الراجح -عند الفقهاء- أن يقال بقول الجمهور لأوجه كثيرة نذكر منها، ما قد ذكر سابقا

من أن ركانة طلق إمرأته البتة ، فسأله رسول الله صلى الله عليه و سلم: " و الله ما أردت إلا واحدة؟"¹، فلما كانت طليقة البتة إذا نوى بها الثلاث وقعت ثلاثا أعتبر طلاق الرجل امرأته بالتلفظ بالطلاق ثلاث مرات دفعة طلاقا ثلاثا من باب أولى².

و لا عبرة باستدلال من يستدل بحديث ابن عباس أن ركانة طلق امرأته ثلاثا في مجلس واحد فعدها له رسول الله صلى الله عليه و سلم طليقة واحدة³، و ما روي -كذلك- عن ابن عباس عباس أن الحادثة جرت لعبد يزيد أبو ركانة⁴، لأن كلا الروایتين لا يصحان لضعف سندهما، والرواية المذكورة قبلهما أصح فقد رواها عن ركانة ابن أخيه نافع بن عجير وابنه يزيد بن ركانة⁵.

و لا عبرة -كذلك- بالاستدلال بما ثبت عن ابن عباس أنه قال: " كان الطلاق على عهد الرسول الله صلى الله عليه و سلم و أبي بكر و سنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر إن الناس قد استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم"⁶، فإنه يشبهه قول جابر بن عبد الله في نكاح المتعة: " كنا نستمتع - يعني بالنساء - بالقبضة بالقبضة من التمر و الدقيق الأيام على عهد رسول الله صلى الله عليه و سلم و أبي بكر حتى نهانا عنه عمر"⁷، و قد اتفق الجميع على نسخ نكاح المتعة فلزم القول بنسخ اعتبار التلفظ بالطلاق ثلاث ثلاث مرات دفعة واحدة أنها تعتبر طليقة واحدة.

¹- الحديث سبق تخريجه ، ارجع ، ص. 115.

²- محمد الأمين الشنقيطي ، المرجع السابق ، ج. 1، ص. 202.

³- أنظر ، أحمد بن حنبل ، مسند أحمد ، ج. 4، ط. 2 ، مؤسسة الرسالة ، دمشق ، 1999 ، ر. ح. 2387 ، ص. 215.

⁴- أبو داود السجستاني ، المرجع السابق ، ج. 2، ر. ح. 2196 ، ص. 448.

⁵- أبو داود السجستاني، نفس المرجع، ج. 2، ص. 449 و 456 .

⁶- أبو الحسين مسلم ، المرجع السابق ، ج. 4، ر. ح. 3746 ، ص. 183.

⁷- أبو الحسين مسلم ، نفس المرجع ، ج. 4، ر. ح. 3482 ، ص. 131.

و غاية مدلول الحديثين - أي حديث ابن عباس و جابر - أن بعض الصحابة كانوا يجهلون حكم نكاح المتعة و إيقاع الطلاق الثلاث بالتلفظ بالطلاق ثلاث مرات دفعة واحدة¹.

و الصحيح أن يقال أن نكاح المتعة كان جائزا ثم نسخ، أما ما يتعلق بالطلاق الثلاث فحكم محكم لم ينسخ، إلا أن غاية ما في الأمر جهل بعض الصحابة لحكمه - لندرة وقوعه بينهم - حتى ناهم عمر رضي الله عنه لما فشى في عهده إيقاع الطلاق الثلاث على هذا النحو، و آخر الكلام في هذه المسألة أن هناك عدة وجوه لا تحصى في إثبات وقوع الطلاق الثلاث بالتلفظ بالطلاق ثلاث مرات دفعة واحدة، منع من سردها الخوف من الإطالة ، و هذه المسألة - كما لا يخفى تحتاج إلى بحث مستقل.

د - إرادة المطلق مقيدة بعدة:

أي أن الزوج ملزم إذا طلق زوجته أن يبقى طليقته في بيته، و لا يخرجها كما لا يجوز لها أن تخرج²، لقوله تعالى: " يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ " إلى قوله تعالى: " لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ"، و قال تعالى: " أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ مَوْجِدِكُمْ " ³، أي من بعض سكاكنكم⁴.

و يتضح - من هنا - سبب من أسباب فشو الطلاق في مجتمعنا الجزائري، إذ المرأة - في غالب الأمر - إذا طلقت تخرج من بيت زوجها في حينها، و هذا فيه مخالفة للشرع، فهي ملزمة بالبقاء في بيت زوجها، و هو ملزم بإسكانها في بيته حتى تنقضي العدة.

¹- أبو بكر بن العربي، المرجع السابق، ج.4، ص.276.

²- سورة الطلاق، الآية.1.

³- سورة الطلاق، الآية.6.

⁴- انظر، أحمد السمين، الدر المصون في علوم الكتاب المكنون، ج.10، دار القلم، دمشق، د.ب.ص.356.

و الحكمة في بقاء المرأة المطلقة في بيت زوجها لا تخفي على كل من تدبر، ذلك أن العبرة - هنا - هو إعطاء فرصة للزوج في التفكير و التروي في قرار انفصاليه عن امرأته، فمكوث المطلقة في بيت زوجها أثناء العدة يفسح حظا كبيرا في إرجاع زوجها لها، أما لو خرجت إلى بيت أهلها انقطع الرجاء إلى ذلك.

و كما يجب على الزوج أن يسكن زوجته حيث يسكن عليه الإنفاق عليها حتى تنتهي عدتها أو تضع حملها¹.

أما من طلق امرأته ثلاثا فلا يلزمه إسكانها و الإنفاق عليها على القول الراجح²، و دليل ذلك ما ثبت من أن فاطمة بنت قيس طلقها زوجها ثلاثا فأعطاهم أعطية فكرهتها، فقال لها رسول الله صلى الله عليه و سلم: " ليس لك عليه نفقة " و أمرها أن تعتد في بيت أم شريك ثم نقلها إلى بيت ابن أم مكتوم³.

و لهذا يجبد لو تتم المادة 74 من ق أ على النحو التالي: " و تنقضي نفقة الزوج على زوجته بالوفاة أو بانتهاء مدة عدتها إلا إذا طلقها ثلاثا فلا تجب عليه الإنفاق عليها في عدتها ". كما يستحسن أن تتم المادة 61 من ق أ على أنه: " و لا يلزم الزوج بإبقاء طليقته في مسكنه أثناء عدتها إذا طلقها ثلاثا ".

و عدة المطلقات على ثلاثة أنواع: عدة الحائض(1)؛ و عدة اليائسة من المحيض(2)؛ و عدة الحامل⁴(3).

¹- أبو الفداء بن كثير ، المرجع السابق ، ج.7، ص.24.

²- انظر ، مصطفى بن العدوي ، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية ، ط.1 ، مكتبة ابن تيمية ، القاهرة ، 1988 ، ص.179.

³- الحديث سبق تخريجه ، ارجع ، ص.13.

⁴- أخرجت عدة المتوفى عنها زوجها لأن السبب فيها سبب غير إرادي و هو الوفاة.

1- عدة الحائض: أي المطلقة التي تحيض، فعدتها كما قال تعالى: "وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ

بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ"¹، و القروء جمع قرء و هو في اللغة الوقت فقد يكون للحيض و الطهر².

و لقد اختلف أهل العلم قديما و حديثا في المقصود من القرء في قوله تعالى: "ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ"³ فذهب المالكية³ و الشافعية⁴ و ابن حزم الظاهري⁵ أن القرء المقصود في الآية الكريمة - المذكورة - هو الطهر؛ أما الحنابلة⁶، و الأحناف⁷ فيقولون أن القرء المقصود هو الحيض.

و تفصيل ذلك أن من يقول أن القرء هو الحيض يستدل بقوله تعالى: "وَاللَّائِي يَكْتُمْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ"⁸، فجعل عدم وقوع الحيض سببا للاعتداد بالأشهر، فدل أن العبرة بالاعتداد بالحيض⁹، و أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لفاطمة بنت أبي حبيش - و كانت تستحاض - "دعي الصلاة أيام أقرائك"¹⁰، فدل الحديث أن القرء هو الحيض فوجب تحميل معنى قوله تعالى "ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ" على أنها ثلاث حيض¹¹، وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "طلاق الأمة طلقتان و قرؤها حيضتان"¹²، فيقاس قرء الحرة على قرء الأمة، و قالوا إن الله تعالى يقول: "ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ"¹³ و لا تكتمل الأقرء الثلاثة إلا إذا كان معنى القرء الحيض في الآية¹⁴.

¹- سورة البقرة، الآية. 228.

²- انظر، محمد بن منظور، لسان العرب، ج. 1، ط. 1، دار صادر، بيروت، د.س، ص. 128.

³- أبو بكر بن العربي، المرجع السابق، ج. 1، ص. 250 و ما بعدها.

⁴- محمد الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج. 6، ص. 529 و ما بعدها.

⁵- أبو محمد حزم، المرجع السابق، ج. 10، ص. 257 و ما بعدها.

⁶- أبو محمد بن قدامة، المرجع السابق، ج. 11، ص. 199 و ما بعدها.

⁷- ناصر الإسلام الرمفوي، المرجع السابق، ج. 5، ص. 405 و ما بعدها.

⁸- سورة الطلاق، الآية. 4.

⁹- أبو محمد بن قدامة، المرجع السابق، ج. 11، ص. 201.

¹⁰- علي الدار قطني، المرجع السابق، ج. 1، ر.ح. 822، 394.

¹¹- محمد بن قيم الجوزية، المرجع السابق، ج. 5، ص. 609.

¹²- أبو داود السجستاني، المرجع السابق، ج. 2، ر.ح. 2189، ص. 443.

¹³- سورة البقرة، الآية. 228.

¹⁴- ناصر الإسلام الرمفوي، المرجع السابق، ج. 5، ص. 406.

والنقد الموجه هنا أنه ليس في قوله: "وَاللَّائِي يَسْنَنَ مِنَ الْمَحِيضِ" ما يعين أن القرء هي

الحيضات أو الأطهار، ذلك أن الطهر أصل فكل من لم يأتمها الحيض سواء كانت يائسة أم لا

تسمى طاهرا، فلا يمكن أن يقول: "وَاللَّائِي يَسْنَنَ مِنَ الطَّهْرِ".

أما حديث "دعي الصلاة أيام أقرائك" و على فرض صحته فلا يدل كذلك أن القرء الوارد

في قوله تعالى: "ثَلَاثَةٌ قُرُوءٍ" أنه الحيض ذلك أنه جرى الاتفاق على أن القرء يطلق على الحيض

وعلى الطهر جميعا - كما ذكر- ، فالله يقول مثلا: "فَأَنْفَجَرْتُمْ مِنْهُ اثْنَتَا عَشْرَةَ عَيْنًا"¹، ويقول-

ويقول- أيضا: "فَلَمَّا أَلْقَوْا سَحَرُوا أَعْيُنَ النَّاسِ"²، و لا يمكن أن يقال أن العين الواردة في الآية

الأولى هي نفسها العين الواردة في الآية الثانية، فكذلك لا يتعين أن يقال أن القرء الوارد في قوله

تعالى: "ثَلَاثَةٌ قُرُوءٍ" هو القرء الوارد في قوله صلى الله عليه و سلم: "دعي الصلاة أيام أقرائك"،

فإن كلا من العين و القرء من الألفاظ المشتركة في اللغة.

و أما حديث: "طلاق الأمة طلقتان و قروؤها حيضتان" فلا يصح³، و أما قولهم أنه لا

تكون القروء الثلاثة كاملة إلا إذا حملت على الحيض، فقول لا يصح إذ قد يعبر بالكل على الغالب

كقوله تعالى: "الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَاتٌ" ، و هي عند الجميع شوال و ذو القعدة و بعض ذي

الحجة⁴.

ودليل من يقول أن القرء هو الطهر، قول رسول الله صلى الله عليه و سلم في شأن عبد الله

بن عمر حين طلق إمرأته: "مُرَّةٌ فَلْيُرَاجِعْهَا ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهَرَ ثُمَّ تَطْهَرَ ثُمَّ تَطْهَرَ ثُمَّ إِنَّ شَاءَ

¹ - سورة البقرة، الآية.60.

² - سورة الأعراف الآية 116.

³ - أبو محمد بن حزم ، المرجع السابق، ج.10، ص.261.

⁴ - محمد الأمين الشنقيطي، المرجع السابق، ج.1، ص.184.

أَمْسَكَ وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ فِتْلِكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ أَنْ يُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ " ¹، وهذا عبد الله بن عمر -رضي الله عنهما- وهو صاحب القصة يقول: "إذا طلق الرجل امرأته فدخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه و برئ منها" ²، و تقول عائشة -أم المؤمنين-: "الأقراء الأطهار" ³، و هي امرأة و زوج رسول الله صلى الله عليه و سلم و النساء أعلم بما يخصهن.

و أوجه الدلالة على أن الأقراء الأطهار كثيرة يطول سردها من بينها أنهم اتفقوا أن الطلاق السني ذلك الذي يقع في طهر لم يمسه فيها، فلو كانت العدة التي هي الأقراء الحيض لكان بين التلفظ بالطلاق و بين أول العدة- يعني الحيض-مدة ليست فيها معتدة و هذا باطل ⁴، لقوله تعالى: " فَطَلَّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ " ⁵.

إذا فالقول الراجح أن يقال بقول ابن عمر و عائشة و كثير من الصحابة و عامة علماء المدينة، و الذي عليه مذهب المالكية و الشافعية و الظاهرية من أن الأقراء في قوله تعالى: " ثَلَاثَةٌ قُرُوءٍ " هي الأطهار.

2-عدة اليائسة من المحيض: أتى تبيان عدة اليائسة من المحيض سواء لكبير أو لصغير في قوله تعالى: " وَاللَّائِي يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ " ⁶.

¹-الحديث سبق تخريجه، ارجع، ص. 116.

²-مالك بن أنس، نفس المرجع، ر.ح. 1210، ص. 337.

³- مالك بن أنس، نفس المرجع، ر.ح. 1206، ص. 336.

⁴-أبو محمد بن حزم، المرجع السابق، ج. 10، ص. 361.

⁵- سورة الطلاق، الآية 1.

⁶- سورة الطلاق، الآية 4.

فعدة الآيسة من المحيض بنص الآية ثلاثة أشهر هلالية - يعني هجرية¹ -، و تلحق بالآيسة من

المحيض التي انقطع عنها دم الحيض، فعدتها ثلاثة أشهر بعد أن تتربص تسعة أشهر ليعلم براءة رحمها².

3- عدة الحامل المطلقة: نقل الإجماع أن عدة الحامل إذا طلقت أجلها إلى أن تضع

حملها³، لقوله تعالى: "وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ"⁴.

ثانيا: الطلاق بطلب الزوجة:

تنص المادة 48 من ق أ على أنه: "يجل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بطلب من الزوجة في

حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون."، فحصرت المادة حق المرأة في طلب الطلاق

أن لا يكون إلا في حدود المادتين 53- التي تتكلم عن التطلق(أ) - و 54 - التي تتعرض للخلع

(ب)-.

أ-التطبيق:

أصل التطلق في الشريعة قوله صلى الله عليه و سلم: "لا ضرر و لا ضرار"⁵، ذلك أن

القاعدة أن الضرر يزال⁶، و الأنكحة في الشريعة أشبه بالعبادات منها بالمعاملات لتعلقها بالأعراض،

بالأعراض، التي لا تباح إلا بما نص عليه الشرع - من أركان و شروط - و لا تحرم بعد التحليل إلا

بنص من الشرع.

¹سليمان البجيرمي، المرجع السابق، ج. 4 ص. 396.

²انظر، السيد سابق، فقه السنة، ج. 2، دار مصر للطباعة، القاهرة، د.س، ص. 211.

³مصطفى بن العدوي، المرجع السابق، ص. 151.

⁴ - سورة الطلاق، الآية. 4.

⁵-الحديث سبق تخريجه، ارجع، ص. 46.

⁶-محمد بن عثيمين، القواعد الفقهية، المرجع السابق، 19.

و أجاز التطلاق في بعض صورته من باب سد الذريعة¹، ذلك إذا كان الضرر الذي قد يقع بالزوجة من جراء مواصلة عقد قرانها مع زوجها يؤدي إلى محرم، كفتنتها في دينها أو عرضها أو نفسها أو مالها، فأبيح لها طلب تطليقها من زوجها من الحاكم أو القاضي سدا للذريعة.

إلا أنه ينبغي أن لا يتوسع في هذا الأمر، و أن يراعي القاضي الضرر الذي إتخذ ذريعة لتحريم ما أحله عقد الزواج بالتطلاق، فينظر هل الضرر يصلح ذريعة يسد بها.

و بالرجوع إلى المادة 53 من ق أ نحد المشرع الجزائري وضع عشرة أسباب تجيز للمرأة طلب التطلاق على النحو التالي:

1- طلب التطلاق لعدم الإنفاق: تنص المادة 1/53 من ق أ على أنه: " يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب الآتية... عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عاملة بإساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون"، و هذا يشبه ما ذهب إليه المالكية والشافعية من أن للزوجة أن تفسخ عقد زواجها في حالة إعسار الزوج عن الإنفاق عليها².

و عدم إنفاق الزوج على زوجته فتنة لها في نفسها و مالها بل قد يؤدي إلى فتنها في عرضها، و لذا قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: "... و ابدأ بمن تعول " تقول المرأة إما أن تطعمني و إما أن تطلقني³؛ و ذهب الحنابلة كذلك إلى هذا الرأي⁴.

و الظاهر من نص المادة 1/53 من ق أ أن المشرع يشترط لعدم الإنفاق شرطين: الأول أن تستصدر الزوجة حكما بإلزام زوجها على الإنفاق عليها، و أن يعزز ذلك - عمليا - بمحضر إمتناع عن الدفع، يؤكد ذلك ما جاء في القرار القضائي المؤرخ في 02 ماي 1995 بقضائه أنه: " لا يمكن

¹-سعد الشنري، المرجع السابق، ص.74.

²-ارجع، ص.82.

³-أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، ج.ح. 5355، ص.663

⁴-انظر، منصور نورة، التطلاق و الخلع، ط.1، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص.24.

الحكم بالتطليق بسبب الإهمال و عدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم بوجود النفقة على الزوجة، وأن يتمتع الزوج عن تنفيذ ذلك¹؛ و أما الشرط الثاني فهو أن لا تكون الزوجة عالمة بإعسار الزوج وقت الزواج، فإذا ما كانت عالمة بإعساره رفضت دعواها الرامية إلى التطليق لعدم التأسيس القانوني².

إلا أن ما يعاب على المشرع هنا أنه لم يبين المدة التي يجب أن تنتظرها الزوجة بعد صدور حكم ضد الزوج بوجود الانفاق، فهل ترفع دعوى التطليق لعدم الإنفاق حال صدور الحكم وامتناع الزوج أم أنها تنتظر مدة معينة؟، لكن وبرجوع إلى الاجتهاد القضائي نجد أن القرار القضائي المؤرخ في 19 نوفمبر 1984 يقضي بأنه: " متى كان من المقرر فقها و قضاء في أحكام الشريعة أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق عن زوجها."³، وهذا مقتضى مذهب المالكية⁴.

والجدير بالذكر هنا-أيضا- أن المشرع لم يبين هل يمكن للزوجة التطليق لعدم الإنفاق في حالة وجود إتفاق بين الزوجين على أن تشارك الزوجة في تحمل الأعباء المالية للأسرة⁵.

2- التطليق للعيوب: تنص المادة 2/53 من ق أ: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق

لأسباب الآتية... العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج"، يقارب نص هذه المادة ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز طلب المرأة -من القاضي- فسخ النكاح إذا وجد بالزوج عيب.

¹ انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، المؤرخ في 1995/05/02، ملف رقم.118475، ن.ق، 1996، ع.49، ص.241.
² انظر، اليزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالإجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مذكرة ماجستير في القانون، فرع عقود و مسؤولية، جامعة بن عكنون، 2003، ص.54.
³ انظر، قرار، م.ع.أ.ش، المؤرخ في 1984/11/19، ملف رقم.34791، م.ق، 1993، ع.4، ص.78.
⁴ انظر، أبو الحسين التسولي، المرجع السابق، ج.1، ص.931.

⁵ تشوار جيلالي، حق الزوجة في الطلاق بين النفاذ التشريعية والتطور الاجتماعي، مجلة قانون الأسرة و التطورات العلمية، مخبر القانون والتكنولوجيا الحديثة، كلية الحقوق، وهران، 2007، د.ع، ص.77.

لكنهم اختلفوا، فذهب الأحناف أنه لا يفسخ النكاح من المرأة إلا لعيب جب أو عنة أو خصاء¹، أما المالكية و الشافعية و الحنابلة فذهبوا أن لها حق الفسخ إن كان بزوجه جنون أو جذام أو برص أو عذيمة أو جب أو خصاء أو اعتراض².

وإذا رجعنا إلى الإجتهد القضائي نجد أن القضاء لا يمنح للمرأة حق طلب التطلاق للعيوب إلا بعد تربصها مع زوجها مدة سنة يتعالج فيها، فإذا انقضت هذه المدة ولم تتحسن حالته حكم لها بالتطلاق، إذ جاء في القرار المؤرخ في 1984/11/19 أنه: "متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي و على ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة الزوجة يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، و أن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة إلى جانب بعلمها وبعد انتهائها فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطلاق، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية."³

و لم يتعرض المشرع الجزائري هنا لحالة علم الزوجة بعيب زوجها قبل الزواج، إلا أن القضاء أشار إلى حالة علم الزوج بالعيب الذي يصيبه و مع ذلك أخفاه عن زوجته، إذ جاء في القرار القضائي المؤرخ في 09 فيفري 1966 أن: " الغلط في صفة من الصفات الأساسية للشخص يمكن أن يشوب الإرادة في مجال عقد الزواج كما هو الحال عند إخفاء الزوج أو سكوته عن عجزه الجنسي حين العقد."⁴

وفي هذا الشأن كذلك يمكن طلب التطلاق إذا ما كانت العشرة الزوجية طويلة ومع ذلك لم يكلل بإنجاب الأولاد بسبب عقم الزوج، إذ جاء في القرار القضائي المؤرخ في 16 فيفري 1999 أنه:

¹- انظر، عيده الأهدل، الصور التي ينقض فيها الحاكم النكاح بين الزوجين، ج. 57، مجلة البحوث الإسلامية، السعودية، من ربيع الأول إلى جمادى الثانية، 1420، ع. 57، ص. 221.

²- إرجع، ص. 67.

³- القرار سبق الإشارة إليه، انظر، ص. 64.

⁴- انظر، قرار، م. أ، غ. ق. خ، 1966/02/09، م. ج، 1968، ع. 4، ص. 1220.

"متى تبين - في قضية الحال - أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين، وأن الطاعن لم ينجب أطفالاً طيلة هذه المدة الطويلة مما أدى بالزوجة إلى أن تطلب التطلاق لتضررها لعدم الإنجاب، وعليه إن قضاة الموضوع بقضائهم بتطلاق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقاً سليماً"¹.

3- التطلاق للهجر في المضجع: تنص المادة 3/53 من ق أ: "يجوز للزوجة أن تطلب

التطلاق للأسباب الآتية... الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر"، أصل هذه الفقرة قوله تعالى: "لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللّهَ عَفُورٌ رَّحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ"²، و الفرق بين المادة 3/53 من ق أ و الآية المذكورة أن هذه الأخيرة تتعرض للإيلاء، و هو في الشرع حلف الزوج على ترك وطء زوجته³، أما المادة فتتعلق بكل من ترك وطء زوجته سواء آلى منها أو لا، يتضح ذلك من صيغة "الهجر في المضجع" قال الله تعالى: "وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ"⁴، قال بعض أهل التفسير أي لا يجامعها و يليها ظهره⁵.

و الهجران في المضجع حرام قطعاً - إلا للتأديب في النشوز - لقوله تعالى: "وَعَاشِرُوهُنَّ

بِالْمَعْرُوفِ"⁶ و الأمر بالشيء نهي عن غيره، و ذهب الجمهور أن للمرأة أن ترفع أمرها للحاكم أو للقاضي⁷ إذا آلى زوجها منها، على أن ليس لها ذلك إلا بعد مضي أربعة أشهر من الإيلاء⁸، فإذا انقضى هذا الأجل فإما أن يفئ و إما أن يطلق، فإذا امتنع فيطلق القاضي عليه⁹.

¹ - انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 1999/02/16، ملف رقم.213571، إجتهااد قضائي، قسم الوثائق للمحكمة العليا، د.و.أ.ت، 2001، ع.خاص، ص.119.

² - سورة البقرة، الآية. 226 و 227.

³ - أبو محمد بن قدامه، المرجع السابق، ج. 11، ص.5.

⁴ - سورة النساء، الآية.34.

⁵ - أبو الفداء بن كثير، المرجع السابق، ج.2، ص.173.

⁶ - سورة النساء، الآية.19.

⁷ - أبو محمد بن قدامه، المرجع السابق، ج. 11، ص.31.

⁸ - محمد الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج.6، ص.680.

⁹ - محمد بن رشد، المرجع السابق، ج. 2، ص.102.

و قال الأحناف أنه بمجرد مضي أربعة أشهر من الإيلاء - و عدم فيئة الرجل إلى زوجته - تطلق منه دون الحاجة إلى رفع الأمر إلى الحاكم¹، و الظاهر من نص المادة 3/53 أن المشرع أخذ بمذهب الجمهور.

و يشترط في التطلاق للهجر أن يفارق الزوج زوجته في المبيت بالإعراض عنها وعدم قربانها كأن يترك النوم معها في الفراش أو كأن لا يعتبرها زوجة له؛ و يشترط في الهجر الموجب للتطلاق أن يكون متعمداً، أما إذا كان بسبب مرض الزوج أو وجوده في خدمة عسكرية أو غيرها من المبررات فلا يجوز لها طلب التطلاق، كما يشترط توافر نية إضرار الزوج بالزوجة وليس نية الإصلاح والتأديب لأن ذلك حق للزوج بموجب أحكام الشريعة الإسلامية؛ وأن يدوم هذا الهجر أكثر من أربعة أشهر².

4- التطلاق لجريمة مخلة بشرف الأسرة: تنص المادة 4/53 من ق أ: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية...الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية"، و هذا ما يقارب ما ذهب إليه المالكية من جواز التفريق على المحبوس إذا طلبت زوجته ذلك، و ادعت الضرر بعد سنة من حبسه³.

إلا أن الفرق بين المادة 4/53 من ق أ و ما ذهب إليه المالكية، أن المادة- المذكورة- لم تجعل كل حبس موجبا لجواز التفريق، بل اشترطت صدور حكم قضائي يقضي بمعاقبة الزوج، و أن تكون العقوبة مرتبطة بجريمة تمس بشرف الأسرة، و أن تكون الجريمة المرتكبة من الزوج يستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية⁴.

¹ - أبو بكر العربي، المرجع السابق، ج.1، ص.247.
² - انظر، نجية زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة ماجستير في القانون، فرع عقود و مسؤولية، جامعة الجزائر، 2006، ص.106.
³ - انظر، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج.29، ط.1، دار الصفوية، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، الكويت، 1993، ص.66.
⁴ - منصور نورة، المرجع السابق، ص.55 و ما بعدها.

و بمطالعة قانون العقوبات الجزائري نجد الفصل الثاني من الباب الثاني منه - المعنون بالجنايات و الجنح ضد الأسرة و الآداب العامة - أقرب ما يكون إلى مدلول المادة 4/53 من ق.أ.

و من الجرائم التي تدخل في مفهوم كونها ماسة بشرف الأسرة، بحيث يستحيل معها مواصلة العشرة يمكن ذكر: جريمة الشذوذ الجنسي (م 333 و م 338 ق ع)؛ و جريمة زنا المحارم (م 337 مكرر ق ع)؛ و جريمة الزنا (م 339 ق ع)؛ و كل جريمة فيها هتك عرض قاصر أو تحريضه على الفسق (م 334 و م 342 ق ع)؛ و كذا الجرائم المقررة من المادة 343 إلى المادة 349 من ق ع.

وقد اعتبر القضاء بعض الجرائم داخلية ضمن الجرائم الماسة بشرف الأسرة، إذ جاء في القرار المؤرخ في 14 أكتوبر 2010 أنه: " حيث أن إدانة الطاعن بسبب ارتكابه لجرمتي السرقة و انتحال صفة الغير والحكم عليه بالحبس من أجلهما يشكل في حد ذاته، مساسا بشرف الأسرة، ويستحيل معه مواصلة الحياة الزوجية."¹

5-التطليق للغيبة: تنص المادة 5/53 من ق أ: " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق

لأسباب الآتية... الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة."، و تنص المادة 112 من ق أ على أنه: " لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون "، من النصين يمكن القول أن للزوجة أن تطلب التطليق للغيبة في ثلاث حالات.

فالحالة الأولى حالة الغيبة بدون عذر و لا نفقة، وهذه أوردها المادة: 5/53 من ق أ بنصها أن للزوجة طلب التطليق في حالة: " الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة"، ظاهر هذه المادة

¹ - انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 2010/10/14، ملف رقم 581222، م.م.ع، 2011، ع.1، ص.248.

أن المشرع أخذ بمقتضى المذهب المالكي و الحنبلي، فنحى منحى المالكية في الأجل الموجب للتطليق و هو سنة من الغياب¹، و أخذ بالمذهب الحنبلي في إيقاع التطليق إذا كانت الغيبة بدون عذر².

و الإشكال المطروح هنا في كيفية إثبات الغيبة، و الراجح أن للزوجة أن تثبت حالة الغيبة بكافة طرق الإثبات، فإن عجزت فللقاضي السلطة التقديرية في ذلك³.

و الحالة الثانية من حالات الغيبة المفقود، فقد نصت المادة 109 من ق أ على أن "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه و لا يعرف حياته أو موته و لا يعتبر مفقودا إلا بحكم القانون"، و تنص المادة 112 من ق أ: "لزوجة المفقود... أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون"، و الفرق بين هذه الحالة و التي سبقتها أن في الغيبة يكون الزوج معلوم المكان متيقن الحياة، أما في المفقود فإنه لا يعلم مكانه و لا يتيقن حياته من وفاته، و لا يعرف هل لعذر فقد أم لا؟.

و قد جعل المشرع الجزائري للزوجة الحق في التطليق وفق أحكام المادة 5/53 من ق أ، وبالتالي فإذا ثبت الفقدان وفق المادة 114 من ق أ⁴ فلها أن تترصد سنة من يوم صدور الحكم بالفقدان، فإذا انتهى - هذا - الأجل كان للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها المفقود.

و الحالة الثالثة من حالات الغيبة الغائب، فتتص المادة 110 من ق أ على أنه: "الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة

¹-انظر، اليزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ابن عكنون، 2003، ص.129.

²-الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج.29، ص.63.

³-انظر، تشوار حميد و زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق عدالة القانون أم القاضي، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2010، ع.10، ص.127.

⁴-تنص المادة 114 من ق أ: "بصدر الحكم بفقدان...المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة، أو النيابة العامة".

وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود"، و تنص المادة 112 من ق أ: " لزوجة...الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون".

و الفرق بين هذه الحالة و الحالة الأولى أن هذه الأخيرة يشترط فيها أن تكون الغيبة بدون عذر و لا نفقة ، أما حالة الغائب فإنه حتى لو كان له عذر كان لزوجته حق طلب التطلق، يتضح ذلك من نص المادة 110 من ق أ على أن الغائب هو الذي "منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته"، و بالتالي فيمكن القول أنه ليس كل من تلبس بغيبة يصلح أن يقال عنه غائب.

و المشرع في حالة الغائب-هذه- يأخذ بمقتضى المذهب المالكي، الذي لا يفرق بين الغيبة التي تكون بعذر و تلك التي تكون بغير عذر، فالزوجة - عندهم- لها من الحق كمثل ما للزوج من الحق في الفراش¹.

و الفرق بين الغائب و المفقود أن المفقود غير معلوم المكان و الحال، أما الغائب فمعلوم المكان و الحال، إلا أن المشرع طبق على الغائب نفس أحكام المفقود، يتضح ذلك من الصيغة الواردة في المادة 110 من ق أ بلفظ "الغائب...يعتبر كالمفقود" إلا أن المادة 110 اشترطت أن يسبب الغائب بغيته ضرر للزوجة حتى يمكن لها أن تطلب التطلق من القاضي.

6-التطبيق لمخالفة أحكام المادة 8 من ق أ: تنص المادة 6/53 من ق أ: " يجوز

للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب الآتية...مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه " و إذا رجعنا إلى المادة 8 من ق أ نجد أنها تنص على أحكام و ضوابط تعدد الزوجات، و زواج الرجل على امرأته لا يعطي لها في الشريعة الحق في طلب التطلق إلا إذا اشترطت عليه أن لا يتزوج عليها عند الحنابلة².

¹-انظر، نجية زيتوني،دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الاسلامية و القانون ، مذكرة ماجستير،جامعة الجزائر ،كلية الحقوق ،بن عكنون،2006، ص 31.

²-ارجع، ص 104.

و عدم عدل الزوج بين زوجاته في المبيت و السكنى و النفقة محرم في الشرع لقول رسول الله صلى الله عليه و سلم: " من كان له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة، و شقه مائل"¹.
لذا رأى المشرع إعطاء الحق في التطلاق للزوجة إذا خالف زوجها أحكام المادة 8 من ق أ²، و هذا ما أكدته القرار القضائي المؤرخ في 11 فيفري 2009 بقضائه أنه: " حيث أن القاضي الأول أبرز في حيثياته بأن الطاعن تزوج ثانية بدون علم المدعية التي تضررت من زواجه الثاني، إذ يتبين من وقائع الدعوى أن الطاعن لم يعدل بين الزوجتين لكونه هجر المطعون ضدها في المضجع لمدة تفوق السنة، و هو من جملة الأضرار المعترية شرعا طبقا للمادة: 10/53 من قانون الأسرة الأمر الذي يتعين معه تعويض المدعية"³، و قد جاء في القرار القضائي المؤرخ في 12 جويلية 2006 أن: "عدم العدل بين الزوجات يشكل الضرر المعتر شرعا، طبقا للفقرة 6 من المادة 53 من ق أ، ويبرر بالتالي حق الزوجة المتضررة في طلب التطلاق."⁴

وجاء في قرار مؤرخ في 26 سبتمبر 1995: " حيث أن المادة 8 من ق أ تعطي الحق للزوجة في طلب التطلاق عندما لا يخطرها الزوج بالزواج الجديد وفي حالة عدم رضاها يمكنها أن تلجأ إلى القضاء للمطالبة بالتطلاق وأن قضاة الاستئناف بقضائهم بعدم الاستجابة لطلب الطاعنة للتطلاق يكونون قد خرقوا قواعد الشريعة الإسلامية وكذا المادة السالفة الذكر من ق أ مما يستوجب نقض وإبطال القرار فيه."⁵

7- التطلاق لارتكاب فاحشة مبينة: تنص المادة 7/53 من ق أ: "يجوز للزوجة أن تطلب

التطلاق للأسباب الآتية... ارتكاب فاحشة مبينة"، و في هذا الصدد تقول الأستاذة تشوار حميدو

¹-محمد الألباني، إرواء الغليل، المرجع السابق، ج.7، ر.ح. 2017، ص.80.

²-ارجع، ص.56 و57.

³-انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 2009/02/11، ملف رقم. 480240، م.م.ع، 2009، ع.1، ص.279 و ما بعدها .

⁴- انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 2006/07/12، ملف رقم. 356997، م.م.ع، 2006، ع.2، ص.441.

⁵- انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 1995/09/26، ملف رقم. 122443، ن.ق، 1999، ع.55، ص.171.

زكية: " الفاحشة التي قصدها المشرع في هذا النص يمكن أن يحتوي مدلولها على عدة معاني و مفاهيم إذا ما أردنا الأخذ بمعناها الواسع، حيث يدخل في طياتها الزنى، شرب الخمر، المخدرات، السرقة، السحر."¹.

8-التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين: تنص المادة 8/53 من ق أ أنه: " يجوز

للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية... الشقاق المستمر بين الزوجين"²، و هذا ما يقارب ما ذهب إليه المالكية من أن للزوجة الحق في طلب فسخ النكاح إذا طال الشقاق بين الزوجين بسبب الزوج، كإيذائه لها بالقول أو الفعل، و التقيح المخل بالكرامة، و الضرب المبرح³.

وإذا رجنا إلى الإجتهد القضائي في الجزائر نجد عدة قرارات قضائية تشير أحقية المرأة طلب التطليق للشقاق المستمر، من ذلك ما ورد في القرار القضائي المؤرخ في 15 جوان 1999 بقضائه أنه: "ومتى تبين - من قضية الحال - أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصاص مع الزوج وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة مما يجعل الزوجة متضررة و محقة في طلبها التعويض."⁴، وجاء في قرار آخر مؤرخ في 24 سبتمبر 1996 أنه: " ولما كان ثابتا-في قضية الحال - أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصاص مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عن إصابتها بمرض الأعصاب أصبحت الحياة مستحيلة بينهما. فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كافي للتفريق القضائي، طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن."⁵.

¹ -تشار حميدي زكية ، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق ، عدالة القانون أم القاضي ، المرجع السابق ،ص.123.
² - هذا ما كان عليه العمل قضائيا .(انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 1996/09/24، ملف رقم.139353، م.ق، 1997، ع.2، السابق، ص.66).
³ -عبده الأهدل ، الصورة التي ينقض فيها الحاكم النكاح بين الزوجين ، المرجع السابق ،ج.57 ،ص.225.
⁴ - انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 1999/06/15، ملف رقم.224635، إجتهد قضائي، قسم الوثائق للمحكمة العليا، د.أ.ب، 2001، ع.خاص، ص.129.
⁵ - انظر، م.ع، غ.أ.ش، 1996/09/24، ملف رقم.139353، م.ق، 1997، ع.2، ص.96.

9-التطليق لمخالفة الشرط الإتفاقي: تنص المادة 9/53 من ق أ: " يجوز للزوجة أن

تطلب التطليق للأسباب الآتية...مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج"، و هذه الحالة سبق الإشارة إليها¹.

10-التطليق للضرر المعتبر شرعا: تنص المادة 10/53 من ق أ أنه: " يجوز للزوجة أن

تطلب التطليق للأسباب الآتية...كل ضرر معتبر شرعا"، منطوق هذه المادة يعطي الحق للمرأة أن تطلب التطليق لكل ضرر - صغيرا كان أو كبيرا - اعتبره الشرع، و هذا فيه توسيع كبير²، إذ مجرد السب ضرر معتبر شرعا لقول رسول الله صلى الله عليه و سلم: "سباب المسلم فسوق"³، لكن السب غير موجب للتفريق .

و لعل الراجع لو أن المشرع نص على أن للزوجة أن تطلب التطليق: "لكل ضرر يوجب

التطليق شرعا"، و هناك أضرار كثيرة توجب التطليق في الشرع، مثالها وطء الزوجة في دبرها⁴، وكذلك ما يحدثه كثير من الشباب من إطالة الأمد بين عقد الزواج و الدخول، فللزوجة - هنا - إلزام زوجها بإتمام مراسيم الزواج في الموعد المتفق عليه و إلا كان لها الحق في أن تفسخ العقد بأن ترفع أمرها إلى القاضي⁵، و هذا ما ذهب إليه القرار القضائي المؤرخ في 16 مارس 1999 بقضائه أنه: "ومتى تبين - في قضية الحال- أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة ولم يتم بإتمام الزواج بالبناء بها فإن الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا و معنويا مما يثبت تضررها شرعا طبقا لأحكام

¹-ارجع، ص 107 وما بعدها.

²-انظر، باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون الجزائري، ط.1، دار الهدى، 2007، ص.56.

³-أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، ر.ج. 48، ص.15.

⁴-أصحاب الفضيلة، المرجع السابق، ص.88.

⁵-علي فركوس، المرجع السابق، ص.149.

المادة 53 من ق أ، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطبيق الزوجة وإلغاء عقد الزواج و تعويضها على أساس تعسف الزوج وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون.¹

و العيب في المادة 53 من ق أ أنها توسعت كثيرا في وضع أسباب طلب المرأة التطلاق، وهذا ما قد يؤدي إلى مضاعفة و تفشي ظاهرة الطلاق -التي تشتكي منها الجزائر- بشكل أكبر.²

و زيادة على ما ذكر فقد أعطى المشرع الجزائري المرأة حق طلب التعويض في حالة التطلاق، و ذلك بمقتضى المادة 53 مكرر بنصها أنه : " يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطلاق أن يحكم للطالقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها "، إلا أنه ليس كل تطلاق موجب لتعويض، بل يشترط أن تكون لإرادة الزوج دخل في إيقاعه لإلزامه بالتعويض.³

ب-الخلع:

تنص المادة 54-1 من ق أ على أنه : " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي "، أصل هذه المادة قول الله تعالى : " فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَقيِمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا "4، و سيتم الكلام -هنا- عن الخلع في أربع نقاط :

الأولى في حكم طلب المرأة الطلاق من زوجها من غير سبب(1)؛ و الثانية في تعريف الخلع و طبيعته(2)؛ و الثالثة في تحديد شروطه(3)؛ ثم نخرج إلى موقف المشرع منه(4).

1-حكم طلب المرأة الطلاق من غير سبب: طلب المرأة الطلاق من زوجها من غير

سبب كبيرة من الذنوب، قال رسول الله : "أما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام

¹ انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 1999/03/16، ملف رقم 217179، إجتهد قضائي، قسم الوثائق للمحكمة العليا، د.أ.ت، 2001، ع.خاص، ص.122.

² تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 02-05 المعدل لقانون الأسرة، المرجع السابق، ص.75.

³ انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 2011/01/13، ملف رقم 596191، م.م.ع، 2011، ع.2، ص.270.

⁴ - سورة البقرة، الآية 229

عليها رائحة الجنة"¹، و قول رسول الله صلى الله عليه و سلم: " المختلعات و المنتزعات هن المنافقات"²، وإنما قيد الخلع في حالة إن خيف عدم إقامة حدود الله تعالى: " فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَقيَمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ".

2-تعريف الخلع و طبيعته:

يعرف الخلع على أنه عقد معاوضة رضائي و ثنائي الأطراف شرع لمصلحة الزوجة، غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي، بناء على عرض أحد الزوجين و قبول الآخر، تلبية لرغبة الزوجة مقابل مال معلوم و مقوم شرعا تدفعه الزوجة، فيتفقان على نوعه أو مقداره في جلسة الحكم أو يحدده القاضي³.

و أما فيما يخص طبيعة الخلع فقد اختلف أهل العلم في تحديد طبيعته، فذهب الجمهور- المالكية⁴ و الأحناف⁵ و الصحيح من قول الشافعية⁶ - إلى أن الخلع طلاق، و ذهب الحنابلة في إحدى الروايتين عنهم أنه فسخ⁷.

و فائدة الخلاف أنه لو كان الخلع فسحا لم يعد طلقة، فلا يحسب في عدد الطلقات⁸، وليس - على هذا الاعتبار- على المختلعة عدة المطلقة، بل تستبرئ بحیضة⁹.

¹-محمد الألباني، إرواء الغليل، المرجع السابق، ج.7، ر.ح.2035، ص.100.

²-محمد الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، المرجع السابق، ج.2، ر.ح.632، ص.210.

³-انظر، عبد العزيز سعد الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.248.

⁴-محمد الأمين الشنقيطي، المرجع السابق، ج.1، ص.244.

⁵-ناصر الإسلام الرمفوري، المرجع السابق، ج.5، ص.193.

⁶-محمد الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج.6، ص.504.

⁷-أبو محمد بن قدامة، المرجع السابق، ج.10، ص.274.

⁸-أبو بكر العربي، المرجع السابق، ج.1، ص.264.

⁹-أبو الفداء بن كثير، المرجع السابق، ج.1، ص.296.

و الراجح أن يقال أن الخروج من الخلاف مستحب، فيستحسن الأخذ بمذهب الشافعية من إيقاع الخلع بأن يتلفظ الزوج بالطلاق¹، لقول رسول الله صلى الله عليه و سلم لمن خالعت امرأته: "إقبل الخديقة و طلقها تطليقة"².

و لعل الأقرب إلى الصواب أن يقال أن الخلع طلاق ، إلا أنه يعد بمثابة البينونة الصغرى ، فلا يستطيع الزوج أن يراجعها إلا بعقد جديد³.

و الظاهر أن المشرع أخذ بقول جمهور الفقهاء من إعتبار الخلع طلاقاً، بنصه في المادة 48 من ق أ على أنه: "...يجل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين.... و 54 من هذا القانون"، و هذا ما عليه الاجتهاد القضائي، إذ جاء في القرار القضائي المؤرخ في 22 أبريل 1985 على أنه: "من المقرر فقها أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع، باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقاً على مبدأ الطلاق بالخلع، ومن ثم يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق"⁴.

3- شروط الخلع:

يشترط في الخلع قيام الرابطة الزوجية، فلا يمكن للمرأة أن تخالع رجلاً إلا إذا كان يجمعها معه رابطة زوجية- بعقد صحيح- حقيقة، أو حكماً كما هو حال من طلقت طلاقاً رجعياً و لم تنقضي عدتها بعد⁵.

1- محمد الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج.6، ص.504.

2- أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، ج.5273، ص.654.

3- مالك بن أنس، الموطأ ن المرجع السابق، ص.330.

4- انظر، قرار، م.أ، غ.أش، 1985/04/22، ملف رقم 36709، م.ق، 1989، ع.1، ص.92.

5- هبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.7، ص.486.

كما يشترط في الخلع أن لا يكون الزوج قد أضر بها، " فإذا علم أن زوجها أضرها و ضيق عليها ، و علم أنه ظالم لها مضى الطلاق و ردَّ عليها مالها "، كذا قال مالك¹.

ويشترط في الخلع كذلك أن تخاف الزوجة أن لا تقيم حدود الله، لما جاء عن امرأة ثابت بن قيس بن شماس² أنها جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم فقالت: " يا رسول الله إني لا أعتب على ثابت في دين و لا خلق ، و لكني لا أطيقه"، فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم: "فتردين إليه حديقته؟" قالت: " نعم"³.

و يشترط في الخلع أيضا أن يكون الخلع مقابل بدل، ذهب الجمهور إلى جواز أن تعطي الزوجة مقابل تسريح زوجها لها كل مالها له⁴، لعموم قول الله تعالى: " فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ"، ف"مَا" إسم موصول و الموصولات من ألفاظ العموم⁵.

و استحب الحنابلة أن لا يأخذ الزوج أكبر مما أعطاه⁶، و دليلهم في ذلك أن يحمل آخر الآية -الوارد فيها قوله تعالى " فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ" - على أولها - المذكور فيها قوله تعالى: " وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ"⁷ -، وكذا أمر الرسول صلى الله عليه و سلم لمن خالعت امرأته أن يأخذ منها حديقته و لا يزداد⁸.

¹ - مالك بن أنس ، الموطأ ، المرجع السابق ،ص.329.
² - ثابت بن قيس بن شماس ، خطيب الأضرار ، و من نجباء أصحاب محمد صلى الله عليه و سلم ، كان جهوري الصوت ، فلما أنزل الله تعالى قوله " لَا تَرْفَعُوا أَصْوَاتَكُمْ فَوْقَ صَوْتِ النَّبِيِّ" قال أنا من أهل النار و قعد في بيته ، فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم: "بل هو من أهل الجنة". (أبو الحسين مسلم، المرجع السابق، ج.1، ر.ج. 329، ص.77).
³ - أبو عبد الله البخاري ، المرجع السابق، ج. 5275، ص.655.
⁴ - محمد الأمين الشنقيطي، المرجع السابق، ج.1، ص.246.
⁵ - سعد الشثري، المرجع السابق ، ص.160.
⁶ - أبو محمد بن قدامة، المرجع السابق، ج. 10، ص.269.
⁷ - سورة البقرة، الآية 229
⁸ - انظر ، أبو عبد الله بن ماجه ، سنن بن ماجه ، ج.3، ط.1، دار الجيل ، بيروت، 1998 ، ر.ج. 2056، ص.452.

ويشترط في الخلع أيضا أن يرد اللفظ الدال عليه، قال الأحناف ألفاظ الخلع: الخلع، والمبارأة، والطلاق، والمفارقة، والبيع والشراء، وقال المالكية هي أربعة: الخلع والمبارأة والصلح والفدية، وقال الشافعية والحنابلة يصح الخلع بلفظ الطلاق الصريح والكناية مع النية¹.

و الراجح أن يقال أن كل الألفاظ التي أوردها الفقهاء - من أصحاب المذاهب المذكورة - تصلح للتدليل على الخلع، إلا أن الأفضل من ذلك كله أن يرد الخلع بصيغة الطلاق لقول رسول الله صلى الله عليه و سلم لمن خالعت امرأته: " طلقها تطليقة "².

ويطرح السؤال هنا عن ما مدى اعتبار رضا الزوج لإيقاع الخلع؟، ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الزوج لا يجبر على قبول المخالعة إذا لم يرضى بها، و أن قول رسول الله صلى الله عليه و سلم: "أقبل الخديعة " إنما هو على سبيل الإرشاد لا الإيجاب، إلا أنه يستحب له أن يستجيب إليه³.

و نُقل أن مالكا يرى الخلع بدون رضا الزوج⁴، وذلك لما ورد في المدونة أن مالكا قال في الحكمين: "فإن استطاعا الصلح أصلحا بينهما وإلا فرقا بينهما، ثم يجوز فراقهما دون الإمام و إن رأيا أن يأخذ من مالها حتى يكون خلعا فعلا."⁵، و أن ابن رشد قال: " و الفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل "⁶.

¹ - وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ج.7، ص.483.

² - الحديث سبق تخريجه ، ارجع ، ص.141.

³ - انظر، اللجنة الدائمة للأفتاء، حكم النشوز و الخلع، ج.1، البحوث العلمية، السعودية، إصدار. 2004، ص.601.

⁴ - منصورى نورة ، المرجع السابق ، ص.130.

⁵ - مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج.2، ص.287.

⁶ - محمد بن رشد، المرجع السابق، ج.2، ص.68.

والحقيقة أن ما قاله مالك أو ابن رشد لا يدل إطلاقاً على أنهما يريان الخلع بدون رضا الزوج، بل في قول مالك ما يدل دلالة واضحة أن الخلع لا يقع إلا برضا الزوج، إذ لا يرم الحكمان أمراً إلا إذا تراض عليه الزوجان.

و أما ما قاله ابن رشد فلا يزيد على أنه قرر أن الخلع حق للمرأة كما أن الطلاق حق للرجل، لا أنهما توقعه بالكيفية التي يقع بها الزوج الطلاق.

ومما يؤكد أن المالكية لا يرون الخلع إلا برضا الزوج، أنهم لم يوقعوه إلا بتلفظ الزوج بالطلاق¹.

4-موقف المشرع من الخلع: بين المشرع حكم الخلع في المادة 54 من ق أ بنصها: "يجوز

للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

ذكر -فيما سبق - أن المشرع في المادة 49 من ق أ اعتبر الخلع طلاقاً²، و من ظاهر المادة 1/54 من ق أ نجد أن المشرع أخذ بقول من لم يشترط موافقة الزوج على الخلع، كما أنه أخذ بقول جمهور الفقهاء من جواز أن يكون بدل الخلع أكثر مما أعطى الزوج لمن خالعه يؤكد ذلك نص المشرع على: " أن تخالع نفسها بمقابل مالي " ، فأطلق بدل الخلع و لم يقيد بمقدار معين.

¹- انظر، أبو محمد بن أبي زيد القيرواني، متن الرسالة، المكتبة الثقافية، لبنان، دس، ص. 480.

²-ارجع، ص. 141.

و فيما يخص ما يصلح أن يتلفظ به لدلالة على الخلع فقد جاء في القرار المؤرخ في 1985/04/22: " يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق"¹، فدل القرار على أن العمل القضائي يأخذ بالقول الراجح في اعتبار استحباب جعل لفظ الطلاق دالا على الخلع. و من استقراء الفقرة الثانية من المادة 54 من ق أ نجد المشرع يأخذ بما ذهب إليه الشافعية، قال الشافعي: " فإن قالت :طلقتني واحدة أو أكثر على ألف درهم و قال بل على الفين، تحالفا ، وله صداق مثلها كان أقل من ألف أو أكثر من ألفين."².

و صداق المثل الوارد في المادة 2/54 من ق أ يقصد به الصداق الذي يقدم عادة لمثل الزوجة وقت صدور الحكم بالطلاق على أساس الخلع حسب أعراف كل منطقة³. ومما لا بد من الإشارة إليه أنه لا يمكن للزوجة طلب التطليق أو الخلع مقابل ما طلبه الزوج، أي أن التطليق و الخلع لا يكون كطلب مقابل، فقد جاء في القرار المؤرخ في 15 سبتمبر 2011 أنه: "ترفع دعوى التطليق أو الخلع بدعوى مستقلة.

لا يكون التطليق أو الخلع محل طلب مقابل، ما لم يوافق الزوج عليه، من دون قيد أو

شرط."⁴.

¹-القرار سبق الإشارة إليه، ارجع، ص.141.

²-محمد الشافعي ، الأم ، المرجع السابق ، ج.6، ص.522.

³منصوري نورة ، المرجع السابق ، ص.141.

⁴- انظر، م.ع، غ.أ.ش، 2011/09/15، ملف رقم.647108، م.م.ع، 2012، ع.1، ص.309.

الفرع الثاني

إنهاء عقد الزواج بالإرادة المشتركة

الطلاق بالتراضي هو الاتفاق ما بين الزوجين على فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة بأن استمرارهما بالحياة الزوجية أصبح أمرا مستحيلا لأي سبب من الأسباب فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني و هو الطلاق¹.

وتنص المادة 48 من ق أ على أنه: "...يجل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم...برضى الزوجين..."، ولذا سننظر-هنا- إلى الطلاق بالتراضي في الشريعة الإسلامية(أولا)؛ ثم نتطرق إلى الطلاق بالتراضي في القانون الجزائري(ثانيا).

أولا: الطلاق بالتراضي في الشريعة الإسلامية:

جاء في قرار عن مجلس قضاء تلمسان أن أصل الطلاق بالتراضي هو الآيات من 127 و129 من سورة النساء²، و لعل الذي قصده هذا القرار قوله تعالى: " وَمَا تَفَعَّلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِهِ عَلِيمًا"³، و قوله تعالى: " وَإِنْ تُصَلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا، وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلاًّ مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا"⁴.

و ثبت أن رافع بن خديج - الصحابي - لما كبرت امرأته تزوج عليها فتاة شابة، فأثر الشابة عليها، فناشدته الطلاق فطلقها تطليقة، ثم أمهلها ثم راجعها، ثم ناشدته الطلاق فطلقها، ثم ناشدته الطلاق فقال لها: " ما شئت، إنما بقيت واحدة، فإن شئت استقررت على ما ترين من الأثرة؛ و إن

¹ - يوسفات علي هشام، الخلع و الطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، جامعة تلمسان، 2009، ص. 55.

² - انظر، قرار، مجلس قضاء تلمسان، 1967/07/06، م.ج، 1968، ع. 4، ص. 1240.

³ - سورة النساء، الآية 127.

⁴ - سورة النساء، الآية 129-130.

شئت فارتكك"، قالت: " بل أستقر على الأثرة"¹، فأُنزل الله - إقراراً لفعله - قوله تعالى²: " فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ"³، فدل الحديث على جواز إيقاع الطلاق بالتراضي، إذ - بمفهوم المخالفة- لو قالت طلقني لوقع الطلاق بينهما بالتراضي.

والطلاق بالتراضي أفضل أنواع الطلاق، و أكثرهم موافقة للسنة، قال الله تعالى: "وَالصُّلْحُ خَيْرٌ" و الألف و اللام تفيد العموم، أي أن كل صلح فهو خير إلا إذا أدى إلى حرام. و فائدة هذا النوع من الطلاق - أيضاً- أنه يسمح للزوجين أن يفترقا في مدة معقولة بدون مفاخرة و لا فضائح⁴، فيفترقان بالإحسان كما اجتمعا عليه⁵.

ثانيا: الطلاق بالتراضي في القانون الجزائري:

خص المشرع الجزائري الطلاق بالتراضي بإجراءات استثنائية إذ اعتبر الأحكام الناطقة به غير قابلة للاستئناف حتى في جوانبها المادية⁶، يؤكد ذلك نص المادة 1/57 من ق أ على أنه: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية."، بعد ما كانت تنص على أن: "الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية."⁷.

¹-مالك بن أنس ، الموطأ ، المرجع السابق ، ج.1، ص.319.

²- محمد الشافعي ، الأم ، المرجع السابق ، ج.6، ر.ح.2491، ص.481.

³- سورة النساء، الآية . 128.

⁴-بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ج.1، ص.259.

⁵-عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص.274.

⁶-جاديس ديابي ، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، ط.1، دار الهدى،الجزائر، 2012 ، ص.34.

⁷-انظر، المادة57 من ق أ قبل تعديل الأمر 02-05.

و تزيد المادة 433 من ق إ م إ: " أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف"¹ ولم

تستثني أي شيء، و الراجح لو أن هذه المادة استثنت من عموم عدم جواز استئناف الأحكام القاضية بالطلاق بالتراضي ما كان منها محلا بالاتفاق الحاصل بين الطرفين، عملا بما كان عليه الأمر قضائيا من قبل على جواز استئناف الحكم الناطق بالطلاق بالتراضي في جانبه المخل بالاتفاق الحاصل بين طرفيه².

و قد تشدد المشرع الجزائري في الأحكام الناطقة بالطلاق بالتراضي، فنص -بالزيادة على عدم قابليتها إلا للطعن بالنقض - على أنه يسري الطعن بالنقض - في الطلاق بالتراضي - من تاريخ النطق بالحكم لا من يوم التبليغ³.

و لعل ما يفسر تشدد المشرع في أحكام الطلاق بالتراضي هو محاولته تنبيه طالبي الطلاق إلى خطورة ما أقدموا عليه، فيفكران جيدا في عواقب قرارهما و يدققان فيما اتفقا عليه.

و الطلاق بالتراضي يكون بناء على تراضي الزوجين معا ورغبتها المشتركة، وذلك حسب المادة 429 من قانون الاجراءات المدنية والتي تنص على أنه: "في حالة الطلاق بالتراضي يقدم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين تودع بأمانة الضبط".

و عليه فبعد اتفاقهما على كل الأمور و خاصة على آثار فك العصمة الزوجية من نفقة الأبناء وحضانتهم ومكان ممارستها إلى غير ذلك، يتقدم الطرفان أو أحدهما بعريضة مشتركة إلى الجهة القضائية المختصة على أن يراعى الشروط الشكلية المنصوص عليها في قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد، وقد جاء في القرار القضائي المؤرخ في 08 ديسمبر 2011 على أن: "للطلاق

¹-انظر ، القانون رقم. 08-09 ، المؤرخ في. 2008/02/25 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،ج.ر،ع،21، المؤرخة في. 2008/04/23.

²-انظر، قرار، م.ج، غ.أ.ش، 2007/02/14، ملف رقم.381468، م.م.ع، 2008، ع.1، ص.241 وما بعدها.

³-انظر المادة 434 من ق إ م إ.

بالتراضي أحكام خاصة، يجب مراعاتها من طرف القاضي، يجب عليه التأكد من قبول العريضة المشتركة، وبعد ذلك، الاستماع إلى الزوجين على انفراد، ثم مجتمعين، ويتأكد من رضائهما، ويحاول الصلح بينهما، إن كان ذلك ممكنا.¹

وفي حالة فشل المحكمة في محاولة الإصلاح بينهما تحكم بالطلاق بناء على الإرادة المشتركة لهما ووفقا لما اتفق عليه الزوجان ما لم يخالف هذا الاتفاق النظام العام أو يكون ضد مصلحة الأطفال.²

و الأكثر من ذلك فإنه لا يجوز للقاضي مراقبة سبب طلاقهما الحقيقي و الذي يستطيعان الاحتفاظ بسرّيته، فليس للقاضي إلا أن يعلمهما بخطورة و حسامة موقفهما خاصة مع وجود الأطفال، إضافة إلى أنه يمكنه عدم مراعاة ما اتفقا عليه في حال كان ذلك مخالفا للنظام العام والآداب العامة.³

والملاحظ مما ذكر أن المشرع وإن كان تشدد في الأحكام الناطقة بالطلاق إلا أنه تساهل ووسط في الإجراءات المفضية إليها، مما يدل على أن المشرع يفضل هذا النوع من الطلاق لما ذكر من فوائد.⁴

¹ - انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 2011/12/08، ملف رقم 676898، م.م.ع، 2012، ع.1، ص.321.

² - انظر، المادة 431 من ق.م.إ.

³ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ج.1، ص.259 و 260.

⁴ - انظر، نعيمة تبودشت، الطلاق و توابع فك العصمة الزوجية بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة الجزائر، 2000، ص.103.

المطلب الثاني

الطلاق بالإرادة المعيبة

اتفق أهل العلم أن من شرط إيقاع الطلاق أن يصدر عن إرادة صحيحة غير مشوبة بعارض أو مانع من موانع الأهلية¹، و لذا اتجه العمل القضائي إلى عدم جواز الإنابة عن الزوجين في محاولة الصلح، هذا من جهة²، و اشترط أن ترفع دعوى الطلاق أو التطليق من قبل الزوج أو الزوجة أو كليهما و ليس من طرف الولي، من جهة أخرى³، كل ذلك للتأكد من صحة انصراف إرادة الزوجين أو أحدهما إلى إنهاء عقد الزواج.

و السؤال المطروح - هنا - في حالة إذا ما صدر الطلاق عن إرادة معيبة - غير منعدمة كجنون أو صغر - فهل يقع؟

و الإرادة المعيبة في الطلاق، إما أن تكون معيبة بدافع جبري (الفرع الأول)؛ أو بدافع إختياري (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الطلاق بالإرادة المعيبة بدافع جبري

و الطلاق بالإرادة المعيبة بدافع جبري معناه أن يصدر الطلاق بسبب باعث قهري في نفس المطلق دفعه إلى التلفظ بالطلاق، كطلاق ناقص الأهلية (أولاً)؛ و طلاق المضطرب نفسانياً (ثانياً)؛

¹- إسماعيل البامري، المرجع السابق، ص. 231.

²- انظر، قرار، م.ج.ع، غ.أ.ش، 2008/01/16، ملف رقم 417622، م.م.ع، 2008، ع. 1، ص. 263.

³- انظر، قرار، م.ج.ع، غ.أ.ش، 2006/10/11، ملف رقم 369494، م.م.ع، 2007، ع. 2، ص. 449.

وطلاق المخطئ (ثالثا)؛ وطلاق الغضبان (رابعا)؛ وطلاق غير القاصد له (خامسا)؛ وطلاق المكروه (سادسا).

أولا : طلاق ناقص الأهلية:

تنص المادة 43 من ق م : " كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد، و كل من بلغ سن الرشد و كان سفيفا أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون "، و سن التمييز هو ثلاث عشرة (13) سنة - وفق المادة 42 من ق م، و سن الرشد هو تسع عشرة (19) سنة - حسب المادة 2/40 من ق م -.

و بالتالي يدخل في مفهوم ناقص الأهلية المميز - الذي بلغ ثلاث عشرة سنة و هو دون التاسع عشرة سنة - و السفيف¹ و ذا الغفلة².

و قد توهم المادة 2/7 من ق أ أن للقاصر أن يوقع الطلاق و يباشر إجراءاته بنفسه بنصها على أنه : " يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار الزواج من حقوق و التزامات"، خاصة إذا علم أن العمل القضائي لا يجيز الإنابة عن الزوجين في محاولة الصلح و أنه يشترط أن ترفع دعاوى الطلاق من طرف الزوج أو الزوجة وليس من طرف الولي، إذ جاء في القرار المؤرخ في 16 جانفي 2008 أنه: "لا تجوز النيابة عن الزوجين في محاولة الصلح"³، كما قد جاء في القرار القضائي المؤرخ في 11 أكتوبر 2006 على أن: "ترفع دعوى الطلاق أو التطليق قبل البناء، من طرف

¹-السفيف: هو الشخص الذي ينفق ماله على غير مقتضى العقل و الشرع فيعمل على تبذير.

²- ذو الغفلة: هو شخص كامل العقل، و لكنه طيب القلب إلى حد الغفلة.

³-انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 2008/01/16، ملف رقم 417622، م.م.ع، 2008، ع.1، ص.263.

الزوجة و ليس من طرف الولي"¹، فلما كان ولي الزوجة لا يمكنه أن يطلب الطلاق باسم من يتولى أمرها فمن باب أولى لا يمكن لولي الزوج أن يوقع الطلاق باسم من يتولى أمره.

إلا أن هذا الكلام لا يستقيم، إذ أن المادة 2/7 من ق ترشد القاصر المميز فيما يخص آثار الزواج من حقوق و التزامات، و ليس إيقاع الطلاق و مباشرة إجراءاته من آثار الزواج هذا من جهة²، و العمل القضائي و إن كان يصلح للاستشهاد به فإنه لا يحسن للاستدلال، لأن العمل القضائي يدل على ما هو كائن لا على ما ينبغي أن يكون، من جهة أخرى.

و الراجع في المسألة أن يعمل بما ورد في المادة 437 من ق إ م إ بنصها: "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية ، يقدم الطلب باسمه ، من قبل وليه أو مقدمه ، حسب الحالة "، و صيغة "ناقص الأهلية" - الواردة في هذه المادة- مفرد مضاف، و المفرد المضاف يفيد العموم، فيدخل فيه كل من يندرج تحت مسماه، و بالتالي فإنه إذا كان أحد الزوجين ناقص الأهلية -سواء كان مميزا أو سفيها أو ذا غفلة - فإن طلب الطلاق يرفع باسمه على أن يتولى ذلك وليه أو المقدم³ الذي عينته المحكمة⁴. و هذا -الذي ذكر- هو عين الإنصاف، و الأكثر حماية للقاصر من نفسه، حتى لا يهدم صرح بناء الأسرة بعمل قد يشوبه طيش أو هوى، و قد علم أن التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر موقوفة على إجازة الولي أو الوصي⁵، فكيف بالطلاق الذي لا يخفي على أحد خطورته.

¹ - انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 2006/10/11، ملف رقم.369494، م.م، ع، 2007، ع.2، ص.449.

² -انظر المادتين: 36 و 37 من ق أ.

³ -راجع في هذا الخصوص المواد: 87 إلى 100 من ق أ.

⁴ - انظر ،سائح سنقوفة ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،ج.1، ط.1، دار الهدى ،الجزائر، 2011، ص.599.

⁵ -انظر إلى المادة: 83 من ق أ .

و مما لا بد من الإشارة إليه-هنا-أن المادة 437 جاءت مختصرة جدا ، و كان ينبغي على
المشرع أن يكون أكثر وضوحا ، فبين هل يمكن لرافع الدعوى باسم ناقص الأهلية أن يباشر جميع
إجراءات الطلاق؟، و هل له أن يؤكد الطلاق من عدمه؟.

و لا بد من التنبيه أيضا أن السفية و ذا الغفلة لا يمنع من مباشرة دعوى طلاقه إلا إذا حجر
عليه بموجب حكم قضائي، أو كان سبب الحجر - السفه أو الغفلة - ظاهر و متفشي وقت صدور
تصرفات المحجور عليه المفضية إلى الطلاق¹.

ثانيا : طلاق المضطرب نفسانيا :

تعرف الاضطرابات النفسية على أنها عبارة عن مجموعة من الانحرافات التي لا تنجم عن علة
عضوية أو تلف في تركيب المخ، كالخوف، الاكتئاب، الوسواس، الأفعال القهرية، سهولة الاستثارة،
الحساسية الزائدة، اضطرابات النوم، الشكوى من الأمراض الجسمية، و غيرها².

إذا رجعنا إلى التشريع الجزائري، نجد المشرع لم يأتي بأحكام خاصة بطلاق المضطرب نفسيا،
إلا أنه و بالرجوع إلى المادة 450 من ق إ م إنجدها تنص على أنه: " يتأكد القاضي من إرادة
الزوج في طلب الطلاق، و يأمر باتخاذ كل التدابير التي يراها لازمة في ذلك "، و بالتالي يمكن
للقاضي - بما حول القانون له من سلطة تقديرية هنا - أن يتدب طبيا نفسيا³، للتأكد من
المرض النفسي الذي دفع أحد الزوجين إلى طلب الطلاق، و مدى تأثير هذا المرض في إرادة طالب
الطلاق.

¹-انظر المادة 107 من ق.أ.

²-انظر ، شهر الدين قاله ، أحكام طلاق المضطرب نفسيا ، مجلة الفكر ، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، بسكرة
د.م،ص.352.

³-سائح سنقوقة ، المرجع السابق ،ج. 1،ص.621.

ثالثا: طلاق المخطئ:

طلاق المخطئ هو الطلاق الذي يقع عن غير قصد من صاحبة ، مثاله كمن قال لامرأته عن غير قصد أنت طالقة بدلا من أن يقول لها أنت طاهرة، و قد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " عفا لي عن أمتي الخطأ.."¹، قال أهل العلم أن الأفعال التي تصدر عن خطأ من العبد إذا كان فيها مساس بحق الله متجاوز عنها، كالأكل في نهار رمضان، أما إذا كان الخطأ فيه مساس بحق المخلوقين فإن العبد مؤاخذ به فيما بينه وبينهم²، ولا يلحقه الإثم، لقوله تعالى: " رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا"³ قال الله سبحانه: " قد فعلت."⁴.

لذا اتفق الجمهور – بما فيهم الأحناف – أن طلاق المخطئ يقع قضاء و لا يقع ديانة⁵.

رابعا: طلاق الغضبان:

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا طلاق و لا عتاق في إغلاق "⁶، و ذهب أهل العلم أن طلاق الغضبان على ثلاثة أقسام، طلاق الغضبان غضبا طبيعيا، فهذا طلاقه يقع لأن الإنسان لا يطلق زوجته إلا و هو في حالة الغضب⁷؛ و القسم الثاني و هو طلاق الغضبان غضبا شديدا بحيث لا يدرك المرء ما يقول أو يفعل و هذا لا يقع طلاقه⁸؛ و القسم الثالث و هو طلاق الغضبان غضبا متوسطا فحكمه يرجع للقاضي في تقدير صلاحيته لمنع الطلاق به⁹.

¹-محمد الألباني ، إرواء الغليل ، المرجع السابق ،ج.1،ر.ج.82،ص.123.

²-انظر ، علي فركوس ، الفتح المأمول شرح مبادئ الأصول ،ط.4، دار الموقع ، الجزائر ، 2011 ، ص.81.

³- سورة البقرة، الآية. 286.

⁴-أبو الحسين مسلم ، المرجع السابق،ج.1،ر.ج.345،ص.81.

⁵- إسماعيل البامري، المرجع السابق ،ص.243.

⁶-محمد الألباني ، إرواء الغليل ، المرجع السابق ،ج.7،ر.ج.2047 ،ص.113.

⁷-علي العسقلاني ، فتح الباري ، المرجع السابق ،ج.12 ،ص.75.

⁸-انظر ، محمد بن قيم الجوزية ، إغائة اللهفان في حكم طلاق الغضبان،ط.1،دار عالم الفوائد ، الرياض، د.ب.ص.62 و ما بعدها.

⁹-إسماعيل البامري ، المرجع السابق ،ج.07،ص.243.

خامسا: طلاق غير القاصد له:

هو التلفظ بلفظ الطلاق من غير قصد لإيقاعه، كتلفظ الفقيه بالطلاق للتعليم، وكتلقين الأجنبي لفظ الطلاق و هو لا يعلم معناه، فكل طلاق على هذا النحو لا يقع عند أهل العلم¹.

والفرق بين طلاق غير القاصد له وبين طلاق المخطئ، أن الأول تعمد التلفظ بالطلاق لكن لغير قصد إيقاع الطلاق بل لقصد آخر - كتعلم أو تعليم - أو لجهل بمدلول لفظ الطلاق، فالقصد هنا معلوم لقربة الحال.

أما طلاق المخطئ فإنه لم يتعمد التلفظ بالطلاق إلا أنه وجهه إلى زوجته فحكم بإيقاعه سدا للذريعة و احتياطا للأعراض و غلقا للباب أمام من يدعي الخطأ بقصد التحايل على الشرع والقانون.

سادسا: طلاق المكره:

طلاق المكره اختلف فيه أهل العلم فمنعه الجمهور²، و أجازته الأحناف بحجة أن الله تعالى قال: " فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ " ³، فدل منطوق هذه الآية على عموم وقوع الطلاق إذا تلفظ به الزوج - مكرها كان أو راضيا -، و أنه لما اعتبر طلاق الهازل اعتبر طلاق المكره قياسا عليه⁴.

و قال الجمهور بمنع وقوع طلاق المكره لقوله تعالى: " مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيْمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيْمَانِ " ⁵، فلما كان الإكراه رافعا لوقوع الكفر، و هو أشد الذنوب كان

¹-وهية الزحيلي، المرجع السابق، ج.7، ص.368.

²-أسامة مسعود، المرجع السابق، ص. 171.

³- سورة البقرة، الآية.230.

⁴-انظر، أحمد الجصاص، أحكام القرآن، ج.2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1985، ص.99.

⁵- سورة النحل، الآية.106.

رافعا لوقوع ما دونه¹، و الطلاق دون الكفر، و تقدم سابقا بطلان قياس الإكراه على الهزل².
و الشرط في الإكراه حتى يعتبر -عند الجمهور- أن يكون حالا³ واقعا بغير حق⁴ لا يمكن
دفعه⁵.

الفرع الثاني

الطلاق بالإرادة المعيبة بدافع اختياري

و الإرادة المعيبة في الطلاق بدافع اختياري إما أن تكون لسكر (أولا)؛ أو قصد الحرمان من
الميراث في مرض الموت (ثانيا).

أولا: طلاق السكران :

و السكران من زال وعيه⁶ بعارض مباح (أ) كالدواء مثلا ؛ أو بمحظور (ب) كالخمر⁷.

أ- طلاق السكران بعارض مباح: نقل الإجماع أن من سكر بمباح كدواء لا يقع طلاقه إذا طلق في
حالة السكر، و أحقوا بهذه الحالة من سكر بإغماء أو بما لا يعلم أنه مسكر أو بنوم⁸.

ب- طلاق السكران بعارض محظور: هذه المسألة اختلف فيها العلماء، فقال عثمان بن عفان -
رضي الله عنه -: "ليس لمجنون و لا لسكران طلاق"⁹، و قال عبد الله بن عباس - رضي الله عنهما

¹- أبو عمر بن عبد البر، الاستذكار، المرجع السابق، ج. 18، ص. 52.

²- ارجع، ص. 66.

³- أبو محمد بن قدامة، المرجع السابق، ج. 10، ص. 351.

⁴- فإن وقع الإكراه من القاضي بسبب من أسباب التطلق المعتبرة شرعا كان الطلاق نافذا. (أبو عبد الله القرطبي، المرجع السابق، ج. 12، ص. 438).

⁵- أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، ص. 828.

⁶- انظر، إسماعيل الجوهري، الصحاح، ج. 2، ط. 4، دار العلوم للملايين، بيروت، 1987، ص. 687.

⁷- إسماعيل البامري، المرجع السابق، ص. 232.

⁸- أبو محمد بن قدامة، المرجع السابق، ج. 10، ص. 345.

⁹- محمد الألباني، إرواء الغليل، المرجع السابق، ج. 7، ص. 2045، ص. 111.

-: "طلاق السكران و المستكره ليس بجائر"¹، و ذهب إلى هذا الرأي من التابعين عكرمة و عطاء و طاوس و عمر بن عبد العزيز وغيرهم².

و يروى عن عمر بن الخطاب³ و علي بن أبي طالب - رضي الله عنهما - أنه جائز⁴، وذهب إلى هذا الرأي من التابعين سليمان بن يسار و سعيد بن المسيب⁵ و مجاهد⁶ وغيرهم، وهو مذهب مالك و أبو حنيفة⁷ و أكثر الشافعية⁸ و هو أحد قولي الحنابلة⁹، فقالوا - جميعا - بجواز بطلاق السكران.

ثانيا: طلاق المريض مرض الموت:

تنص المادة: 132 من ق أ على أنه: " إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث "¹⁰، فدلّت المادة أن المشرع الجزائري أخذ بما انعقد عليه الإجماع من نفاذ طلاق المريض مرض الموت¹¹، يتضح ذلك من صيغة " قبل صدور الحكم بالطلاق " و صيغة " أو كانت الوفاة في عدة الطلاق "¹²، وهذا ما يؤكده القرار القضائي المؤرخ في 17 مارس 1998 إذ جاء فيه: " لكن وحيث أن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق عليه فالطلاق المحكوم به صحيح شرعا و قانونا بخلاف الميراث "¹³.

¹- محمد الألباني ، نفس المرجع، ج.7، ر.ح. 2046، ص.112.

²- أبو بكر بن أبي شيبة ، المرجع السابق، ج.6، ر.ح. 18158 و 18159، ص.402 و 403.

³- انظر، أبو بكر بن أبي شيبة ، المصنف، ج.6، ط.1، مكتبة الرشد ناشرون ، الرياض، 2004، ر.ح. 18153، ص.402.

⁴- أبو عمر بن عبد البر ، المرجع السابق، ج.18، ص.163.

⁵- مالك بن أنس ، الموطأ ، المرجع السابق، ر.ح. 1235، ص.344.

⁶- أبو بكر بن أبي شيبة ، المرجع السابق، ج.6، ر.ح. 18141، ص.400.

⁷- أبو عمر عبد البر ، المرجع السابق، ج.18، ص.161.

⁸- أبو الحسين العمراني ، المرجع السابق، ج.10، ص.70.

⁹- أبو محمد بن قدامة، المرجع السابق، ج.10، ص.346.

¹⁰- تؤكد هذه المادة ما قد ورد من اعتراف المشرع الجزائري بالطلاق الرجعي .

¹¹- وهبة الزحيلي ، المرجع السابق، ج.7، ص.531.

¹²- عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق، ص.277.

¹³- انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 1998/03/17، ملف رقم. 179696، اجتهاد قضائي، قسم الوثائق للمحكمة العليا، د.أ.ت، 2001، ع.خاص، ص.98.

إلا أن المشرع أخذ بمقتضى مذهب المالكية من توريث من طلقت في مرض موت طليقتها حتى بعد انقضاء عدتها¹، يتضح ذلك من صيغة "قبل صدور الحكم بالطلاق"، إذ قد تنتهي عدة المطلقة قبل صدور الحكم بالطلاق.

كما أنه أخذ بمقتضى مذهب الأحناف من أن ميراث المطلقة في مرض الموت يتبع العدة²، وذلك بنصها: "أو كانت الوفاة في عدة الطلاق" إذ قد يصدر الحكم بالطلاق قبل أن تنتهي عدة المطلقة.

فأقرت المادة قاعدة، و هي أن العبرة بالتوريث - في طلاق المريض مرض الموت - بأبعد الأجلين، فإذا انتهت العدة قبل صدور الحكم بالطلاق، فإن العبرة بالحكم القاضي بالطلاق، وإذا صدر الحكم بالطلاق قبل انتهاء العدة فإن العبرة بالعدة، و تفرعاً على هذا هل تعتد المطلقة - هنا - عدة الطلاق أو عدة الوفاة؟.

الجواب أن المشرع وضع قاعدة و هي أن العبرة - في طلاق مرض الموت - بأبعد الأجلين³، الأجلين³، و هذا عين ما أكده القرار القضائي المؤرخ في 1993/12/21 الذي جاء فيه: "و يعتبر يعتبر الفقهاء الزوجة التي طلقها زوجها و مات و هي في عدتها أن تعتد بأبعد الأجلين، و تستحق منابتها في الميراث، و تعتبر و كأنها ما زالت زوجة حتى لو كان الطلاق صحيحاً أما إذا طلقها و هو مريض مرض الموت و لو كان الطلاق بائناً و مات أثناء عدتها، و ثبت أنه قصد حرمانها من الميراث فإنها تعتد بأطول الأجلين، الطلاق أو الوفاة".⁴

¹-مالك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، ص.334.

²-انظر، شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج.6، ص.127.

³- هذا مقتضى مذهب الأحناف. (انظر، أبو عمر بن عبد البر، المرجع السابق، ج.17، ص.270)

⁴-انظر، قرار، م.ع.غ.أ.ش، 1993/12/21، ملف رقم 101444، م.ق، 1996، ع.2، ص.73.

و بعد الخوض في نطاق الإرادة في كيفية إنهاء عقد الزواج، كان لزاما إرداف ذلك بالحديث عن محل الإرادة في آثار إنهاء عقد الزواج.

المبحث الثاني

محل الإرادة في آثار إنهاء عقد الزواج

ينجر عن انفكك الرابطة الزوجية عدة آثار منها ما يتعلق بالأولاد من حضانة و نفقة، ومنها ما يتعلق بالزوجين كنفقة عدة أو تعويض، وسينصب الكلام هنا عن تلك الآثار التي للإرادة دخل فيها.

لذا، سيشتمل هذا المبحث على مطلبين: أولهما في الرضا بقبول الحضانة و التنازل عليها (المطلب الأول)؛ و ثانيهما في أثر تعسف الإرادة في إنهاء عقد الزواج (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الرضا بقبول الحضانة و التنازل عنها

قُدِّمَت الحضانة هنا عن أثر الطلاق التعسفي، لتعلق الأولى بالأولاد، ومصالحتهم مقدمة على مصلحة الوالدين كما سنرى.

و عليه سيجري الكلام -هنا- عن الرضا بقبول الحضانة (فرع أول)؛ ثم نخرج على الرضا بالتنازل عنها (فرع ثاني).

الفرع الأول:

الرضا بقبول الحضانة¹

السؤال المطروح هنا: هل الحضانة حق أم واجب؟، إذ لو كانت الحضانة حقا كان لصاحبها عدم قبولها؛ أما لو كانت واجبا لألزم من كلف بها على القبول، لهذا سيتم التطرق إلى الرضا بقبول الحضانة في الشرع (أولا) ثم في القانون (ثانيا).

أولا: الرضا بقبول الحضانة شرعا:

اختلف أهل العلم في الحضانة إلى ثلاث أقوال: فقال قوم أنها حق لله تعالى؛ و قال آخرون أنها حق للأم؛ و ذهب جماعة أنها حق للولد².

و الصحيح من ذلك أن يقال أن الحضانة تجتذبا ثلاثة حقوق: حق لله و حق للأم و حق للولد، أمّا حق الله في الحضانة فدليله قول رسول الله صلى الله عليه و سلم: " كلكم راع و كلكم مسؤول عن رعيته"³، و حق الله في الحضانة يقتضي تربية الطفل على الدين و الأخلاق و حسن الآداب، قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: " ما من مولود إلا يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه"⁴، فأناط مسؤولية إنشاء الولد على الدين بوالديه و ليس بأحدهما فقط.

¹-الحضانة في الشرع هي تربية الطفل و رعايته و القيام بجميع أموره في سن معينة ممن له الحق في الحضانة؛ بن داود عبد القادر، المرجع السابق، ص. 167؛ أما في القانون فقد نصت المادة 62-1 من ق أ على أنها: "رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا".

²-أبو بكر بن العربي، المرجع السابق، ج. 1، ص. 355.

³- أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، ر.ح. 893، ص. 109.

⁴-أبو عبد الله البخاري، نفس المرجع، ر.ح. 6599، ص. 790.

أما حق الأم في الحضانة فدلّيه قول رسول الله صلى الله عليه و سلم: " المرأة أحق بولدها ما لم تزوّج"¹، و أما حق الولد في الحضانة فدلّيه أن النبي صلى الله عليه و سلم خيّر غلامًا بين أبيه وأمه².

و على القاضي في كل هذا أن يعطي لكل ذي حق حقه فيقدم حق الله أولاً، فينظر أيُّ الوالدين أنفع للولد في دينه و أخلاقه، ثم يقدم حق الأم ما لم يقدّم بها ما يمنع تقديمها، ثم يأتي بعدها حق الولد إذا صار محلاً للتمييز فيختار لنفسه من يجب أن يكون تحت حضنته من والديه³.

و من ثم فليست الحضانة حقاً خالصاً و لا مطلقاً للمرأة تتصرف فيه كما تشاء، فقد تجبر على الحضانة إذا لم يكن للصغير ذو رحم محرم غيرها⁴، كما قد يمنع عنها حق الحضانة إذا شاب دينها ما يندسه⁵، أو لحقها وصف يمنع عنها حق الحضانة كالزواج.

و الحضانة تدخل في الولاية على النفس، و تبقى للأب الولاية على المال و النكاح⁶، وهناك من يخرج الحضانة عن الولايتين فيقول أن الحضانة تقوم بذاتها، فهي ليست و لاية على النفس و لا ولاية على المال⁷.

إن الحضانة حق و واجب، فإذا يتمتع الحاضن بالحضانة ولده فهو ملزم – من جانب آخر – على رعايته.

¹ - محمد الألباني، صحيحه الألباني، المرجع السابق، ج.1، ر.ح. 368، ص. 709.
² - محمد الألباني إرواء الغليل، المرجع السابق، ج.7، ر.ح. 2192، ص. 249.
³ - محمد بن قيم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ج.5، ص. 435.
⁴ - أنظر، ممدوح عزمي، أحكام الحضانة، دار الفكر الجامعي، د.س، ص. 18.
⁵ - أنظر، محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة و القانون، ط.1، دار الثقافة، الأردن، 2010، ص. 37.
⁶ - محمد بن قيم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ج.5، ص. 437.
⁷ - أنظر، تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في القرنين المغاربيين للأسرة دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2005، ص. 95.

ثانياً: الرضا بقبول الحضانة قانوناً:

تنص المادة 62 من ق.أ على أنه: "الحضانة هي رعاية الولد..."، و تنص المادة 64 من ق أ على أنه: "الأم أولى بحضانة ولدها..."، من خلال استقراء المادتين يتضح أن المشرع يعتبر الحضانة حقاً و واجباً¹.

يؤكد ذلك ما جاء في القرار القضائي المؤرخ في 10 مارس 2011 على أنه: "يراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة و ليس الترتيب الوارد في المادة 64 من ق أ، و أنه يخضع تقدير مصلحة المحضون - هنا - للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع"².

و حق الحاضن ليس حقاً مطلقاً على محضونه، جاء في القرار القضائي المؤرخ في 26 جانفي 1987 على أنه: " و لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن أساس دعوى الطاعة يتعلق بعقد التخلي لها نهائياً عن البنت دون أن توجد أي قرابة سواء منها النسبية أو المصاهرة تربطها بأبوي البنت، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بإرجاع البنت إلى ولدها طبقوا صحيح القانون"، و برر هذا القرار موقفه هذا أن " العقود موضوعها الأموال و ليس الأشخاص"³.

و قد يجبر من له حق الحضانة عليها، هذا ما أشار إليه القرار القضائي المؤرخ في 21 أبريل 1998 بقضائه أنه: " من المقرر قانوناً أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون، و من ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلهما عنها مراعاة لمصلحة المحضونين، فإنهم طبقوا صحيح القانون."⁴.

¹ - وهذا ما صرح به الإجتهد القضائي المؤرخ في 1968/12/25 بقضائه أنه: "الحضانة حق و واجب"، (انظر، قرار، م.أ، غ.أ.ش، 1968/12/25، ن.ق، 1969، ع.4، ص.123).

² - انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 2011/03/10، ملف رقم.613469، م.م.ع، 2012، ع.1، ص.285.

³ - انظر، قرار، م.أ، غ.أ.ش، 1987/01/26، ملف رقم.44571، م.ق، 1992، ع.4، ص.49.

⁴ - انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 1998/04/21، ملف رقم.189234، الإجتهد القضائي، قسم الوثائق للمحكمة العليا، د.أ.ت، 2001، ع.خاص، ع.خاص، ص.175.

كما قد يمنع من له حق الحضانة منها، يوضح ذلك ما جاء في القرار القضائي المؤرخ في 30 سبتمبر 1997 الذي قضى أنه: " من المقرر شرعا و قانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون، و متى تبين - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون و خاصة أحكام المادة 62 من ق.أ.¹.

إلا أن المحكمة العليا في قرار آخر أعطت للأم المدانة بجريمة الزنا حق إسناد الحضانة إليها متى تحققت أن مصلحة المحضون في ذلك، و قد برر هذا القرار ما ذهب إليه بأن: " مصلحة البنت المحضونة (س) تقتضي بقاؤها عند والدتها التي هي أحق بها، ذلك أنها طفلة صغيرة لم تستغني عن خدمة النساء"².

الفرع الثاني

الرضا بالتنازل عن الحضانة

و هذه المسألة فرع عمن سبقتها، ذلك أن اعتبار الحضانة حقا يخول لصاحبها التنازل عنها، والتنازل عن الحضانة إما أن يكون صريحا (أولا) أو ضمنيا (ثانيا)؛ و يطرح السؤال -هنا- هل يمكن الرجوع عن التنازل عن الحضانة (ثالثا)؟.

¹ - انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 1997/09/30، ملف رقم 171684، اجتهاد القضائي، قسم الوثائق للمحكمة العليا، د.و.أ.ت، 2001، ع.خاص، ص.169.

² - انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 2010/07/15، ملف رقم 564787، م.م.ع، 2010، ع.2، ص.262.

أولاً: التنازل الصريح عن الحضانة:

معنى التنازل الصريح عن الحضانة هو أن يتقدم من أسندت إليه الحضانة إلى المحكمة مصرحاً لها بتنازله عن الحضانة¹، و يشترط في التنازل عن الحضانة -هنا- الشروط التالية:

أ- استصدار حكم قضائي بالتنازل عن الحضانة: إن الحضانة على العموم لا تنتهي إلا بموجب حكم قضائي²، باستثناء البنت إذا بلغت سن الزواج فإن حضانتها تنتهي بقوة القانون دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها³.

ب- أن يكون التنازل عن الحضانة من مستحقها: وهذا شرط بديهي فلا يملك استعمال الحق إلا مستحقه، و لما كانت الحضانة غير قابلة للتجزئة إلا بموجب مبرر شرعي⁴ كان النزول عنها غير قابل للتجزئة، ناهيك أن يباشر ذلك غير مستحق الحضانة.

ج- أن لا يكون التنازل عن الحضانة مضراً بالمحضون: فإذا كان التنازل مضراً به لم يقبل، جاء في القرار المؤرخ في 14 أكتوبر 2010 أنه: " تقتضي مصلحة المحضون إسناد حضانتهم للأم بالرغم من تنازلها في دعوى التطليق بسبب الحكم على الزوج، لارتكابه جريمة مخلة بشرف الأسرة"⁵.

د- لا يمكن التنازل عن الحضانة إلا إذا وجد حاضن آخر: أتى في القرار القضائي المؤرخ في 19 ديسمبر 1988 أنه: " من المقرر شرعاً و قانوناً أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها و له القدرة على حضانتهم، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون

¹-انظر، تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2008، ص.519.

²-انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 2011/02/10، ملف رقم.599850، م.م.ع، 2012، ع.1، ص.281.

³- انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 2006/01/04، ملف رقم.347914، م.م.ع، 2006، ع.1، ص.449.

⁴- انظر، قرار، م.أ، غ.أ.ش، 1984/04/02، ملف رقم.32594، م.ق، 1989، ع.1، ص.77.

⁵- انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 2010/10/14، ملف رقم.381222، م.م.ع، 2011، ع.1، ص.248.

مقبولا و تعامل معاملة نقيض قصدها، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة"¹.

و يجب التنبيه -هنا- إلى ما ذكرته الأستاذة تشوار حميدو زكية - في سياق حديثها عن هذا القرار - بقولها أنه: " لا يمكن أن تجبر الحاضنة على الحضانة لأنه يحتمل عجزها المعنوي، لأن شفقتها كاملة على المحضون، و هي لا تصبر عنها في الأغلب، إلا عن عجزها..."².

و كما قد يكون التنازل عن الحضانة صريحا يكون كذلك ضمنيا.

ثانيا: التنازل الضمني عن الحضانة:

و يقصد بالتنازل الضمني عن الحضانة -هنا- اتخاذ الحاضن موقفا إراديا يمنع من بقاء الحضانة مسندة إليه، و الأسباب الإرادية الموجبة لسقوط الحضانة عن الحاضن قد تكون بزواج الحاضن بأجنبي عن المحضون(أ)؛ أو بعدم المطالبة بالحضانة مدة سنة(ب)؛ كما يطرح التساؤل في هل يسقط عمل الحاضنة عنها حق الحضانة(ج)؛ و هل انتقال الحاضن إلى بلد أجنبي يسقط الحضانة(د)؛ و هل لمساكنة المحضون مع من سقطت حضانتها أثر مسقط للحضانة(و).

أ-زواج الحاضن بأجنبي عن المحضون: تنص المادة 66 من ق أ على أنه: " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم... "، و ليس هذا حكما خاصا بالحاضنة بل قد يعم كل حاضن، فقد يكون تزوج الأب الذي أسندت له الحضانة بأجنبية عن المحضون سببا في إسقاط حقه في الحضانة إذا كان ذلك مضرا بمصلحة المحضون³.

¹- انظر، قرار، م.أ، غ.أ.ش، 1988/12/19، ملف رقم.51894، م.ق، 1990، ع.4، ص.70.

²-- انظر، تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية، المرجع السابق، ص.527.

³--انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 1999/04/20، ملف رقم.220470، إجتها قضائي، قسم الوثائق للمحكمة العليا، د.و.أ.ت، 2001، ع.خاص، ص.181.

و جاء في القرار القضائي المؤرخ في 19 أبريل 1994 أن: " الإدعاء بزواج الأم الحاضنة لا يجب إثباته إلاً بعقد زواج محرر طبقاً للمادة 66 من ق.أ. "1.

إلا أن زواج الحاضن بأجنبي عن المحضون لا يؤدي حتماً إلى سقوط الحاضنة، إذ قد تبقى مسندة إليه إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك².

ب- عدم المطالبة بالحضانة لمدة سنة: تنص المادة 68 من ق أ على أنه: " إذا لم يطالب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها "، أثارت هذه المادة تساؤلين، أحدهما يتعلق بالوقت الذي تحسب منه مدة السنة، هل من وقت الحضانة الفعلية أو من وقت صدور الحكم المسند للحضانة لغير من له أولوية الحضانة؟(1).

و السؤال المطروح - أيضاً هنا - هل إسقاط الحضانة بعد مضي مدة سنة بدون المطالبة بها يكون بموجب القانون أم لا بد من استصدار حكم بذلك؟(2).

1-الوقت الذي تبدأ منه السنة المسقطه للحضانة: لم تبين المادة 66 من ق أ الوقت الذي تحسب فيه السنة الموجبة لسقوط الحضانة، إلا أنه و بالرجوع إلى القرار القضائي المؤرخ في 19 جويلية 1984 نجده يقضي بأنه: " من المقرر شرعاً - و على ما استقر عليه الاجتهاد القضائي - أن الحضانة تسقط عن مستحقتها إذا لم يمارس ذلك الحق خلال سنة، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية.

و لما كان الحكم الذي قضى بإسناد الحضانة للأب صدر في 1975/05/20، و أن الجدة للأم لم تحرك ساكناً إلا في شهر ديسمبر 1980، حيث طلبت ممارسة الحضانة، فإن قضاة

¹-انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 1994/04/19، ملف رقم.102886، ن.ق، 1997، ع.51، ص.92.
²-انظر، قرار، م.أ، غ.أ.ش، 1989/07/03، ملف رقم.54353، م.ق، 1992، ع.1، ص.45.

الاستئناف بقضائهم بإسقاط حضانة الأبناء عن الأب، و بإسنادها للجدة للأم، أخطئوا في قرارهم هذا و خالفوا بذلك قواعد الفقه الإسلامي¹.

و مما يؤكد من أن السنة تحسب من استصدار الحكم ما جاء في القرار المؤرخ في 25 جوان 1984 بقضائهم أنه: " إذا كان الثابت - في قضية الحال - أن الجدة للأم طالبت بإسناد الحضانة لها بعد مضي سنة كاملة من سبق إسنادها للأب مما يترتب عنه سقوط حقها...²".

و زيادة على ذلك فقد قضى القرار القضائي المؤرخ في 18 سبتمبر 1999، أن إدعاء الأب أنه يمارس الحضانة الفعلية و أن الأم لم تطالب بتنفيذ الحكم المسند إليها الحضانة - مدة سنة من صدوره - لا يوجب إسقاط الحضانة عنها و إسنادها إليه³.

2- هل إسقاط الحضانة بعد السنة يكون بموجب القانون أو القضاء؟: هذه المسألة

اختلف فيها، فقال الأستاذ عبد العزيز سعد: "... إذا كان مستحق الحضانة بالأسببية تخلى عنها ضمينا و لم يطلبها في الوقت المناسب حتى مضي على ذلك مدة من الزمن تفوق السنة كاملة فإن حقه فيها سيسقط بقوة القانون...⁴".

في حين يرى جانب من الفقه أنه لا بد - في هذه الحالة - من استصدار حكم قضائي بإسقاط الحضانة إذا لم يطالب بها صاحب الأولوية فيها مدة سنة.

و الرأي الأخير هو المعتمد قضاء إذ جاء في القرار المؤرخ في 10 فيفري 2011 أنه:

¹- انظر، قرار، م.أ، غ.أش، 1984/07/09، ملف رقم 32829، م.ق، 1990، ع.1، ص.60.
²- انظر، قرار، م.أ، غ.أش، 1984/06/25، ملف رقم 33636، م.ق، 1989، ع.3، ص.45.
³- انظر، قرار، م.ع، غ.أش، 1999/05/18، إجتهد قضائي، قسم الوثائق للمحكمة العليا، د.و.أ.ت، 2001، ع.خاص، ص.985.
⁴- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.301.

" لا تنتهي الحضانة إلا بموجب حكم قضائي"¹، و هذا الرأي هو الأكثر حماية للمحضون، ذلك أن مصلحته لا تراعي إلا أمام القضاء²، و مما يؤكد ترجيح هذا الرأي اشتراط المادة 68 من ق.أ أن يكون عدم المطالبة -هنا- بدون عذر، و هذا الأمر لا يقدره إلا القاضي.

ج- هل عمل الحاضنة يسقط عنها الحضانة؟: حالة سقوط حضانة الحاضنة بسبب عملها لم يكن منصوصا عليه في قانون الأسرة قبل تعديل الأمر 02/05، و بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي نجد في أول الأمر متشددا بالنسبة لعمل الحاضنة إذ جاء في القرار المؤرخ في 29 ماي 1969: " إن الشريعة التي منحت الأم الرتبة الأولى في ترتيب الحضانة لم تحصر اهتمامها في ضرورة الحنان على الأولاد، بل أنها أرادت أيضا أن توفر لهم الاعتناء في كل وقت و الرعاية التي يستحقونها.

فإن القرار المطعون فيه متى شاهد أن الوظيفة التي تشغلها الأم تجعلها بعيدة عن أولادها الشطر الأعظم من النهار، فقد تمكن للمجلس من دون انتهاك الشرع أن يصرح، لا بسقوط حق الأم في الحضانة فحسب بل عدم قدرتها على الاهتمام بأولادها فقضى بتسليمهم لأبيهم الذي أثبت وجود شخص في بيته، و هي في هذه الحالة أمه، التي هي جديرة بتوفيرها لهم كل العناية المطلوبة"³.

إلا أنه سرعان ما غير الاجتهاد القضائي موقفه من عمل المرأة فجاء في القرار القضائي المؤرخ في 18 جويلية 2000 أنه: " من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة، و من ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف و القضاء من جديد بإسقاط حضانة

¹-سبققت الإشارة إلى هذا القرار، ارجع، ص.164.

²- انظر، تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية، المرجع السابق، ص.559.

³-انظر، قرار، م.أ.غ.أ.ش، 1969/05/29، ن.ق، أكتوبر/ديسمبر، 1970، ص.50.

الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة أخطئوا في تطبيق القانون و عرضوا قرارهم للقصور في التسيب وانعدام الأساس القانوني، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه.¹

و لعل الذي يفسر عدول الاجتهاد القضائي عن فكرة سقوط الحضانة بسبب عمل الحاضنة، هو أن هذه الفكرة تتعارض مع المادة 29 من الدستور بنصها أنه: "كل المواطنين سواسية أمام القانون. و لا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي"²، و تزيد المادة 55 منه أن: " لكل المواطنين الحق في العمل."، فصيغة "كل المواطنين"-الواردة في المادتين - يفهم منها" أن الأمر يتعلق في هذا المجال بالجنسين معا، الذكر و الأنثى، و من ثم لم يترك التشريع الأساسي الباب مفتوحا للاجتهاد التشريعي.³

و زيادة على ذلك فقد جاء في المادة 1/11 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة أنه: " تتخذ الدول الأطراف جميع ما يقتضي الحال اتخاذه من تدابير للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل لكي تكفل لها، على أساس تساوي الرجل و المرأة، نفس الحقوق ولاسيما: الحق في العمل بوصفه حقا غير قابل للتصرف لكل البشر..."⁴.

هذا كله ما دفع بالمشروع الجزائري إلى تعديل المادة 67 من ق أ بزيادة فقرة فيها بموجب الأمر 02/05 تنص على أنه: " و لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة"، إلا أن المادة اشترطت أن يكون ذلك مع مراعاة مصلحة المحضون في فقرتها الأخيرة.

¹-انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 2000/07/18، ملف رقم.245156، إجتهد قضائي، قسم الوثائق للمحكمة العليا، د.أ.ت، 2001، ع.خاص، ص.188؛ و انظر أيضا، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 2002/07/03، ملف رقم.274207، م.ق، 2004، ع.1، ص.263.

²- المرسوم الرئاسي رقم. 438/96، مؤرخ في 1996/12/7، المتضمن نص تعديل الدستور، ج.ر، ع.76، المؤرخة في 1996/12/8.

³- انظر، تشوار حميدو زكية، عمل المطلقة الحاضنة كسبب مسقط للحضانة بين الفراغ التشريعي و الواقع الاجتماعي، مجلة الأسرة والتطورات العلمية، مخبر القانون و التكنولوجيات الحديثة، جامعة وهران، كلية الحقوق، 2007، د.ع، ص.111.

⁴-اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، المرجع السابق.

د- انتقال الحاضن إلى بلد أجنبي: تنص المادة 69 من ق أ على أنه: "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون."، الظاهر من المادة أن الحاضن الراغب في الاستيطان في بلد أجنبي أن يتوجه إلى القضاء ليسمح له باستصحاب المحضون معه بعد إثبات الحضانة له، و أن للقاضي السلطة التقديرية في ذلك، فله أن يثبت الحضانة للحاضن-هنا- كما له أن يسقطها عنه¹.

إلا أنه و بالرجوع للاجتهاد القضائي نجد ميل إلى إسقاط حضانة الحاضن الذي يريد أن يستوطن في بلد أجنبي²، فقد جاء في القرار المؤرخ في 02 جانفي 1989 أنه: " من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه و في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة و تحاصما على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد بها يكون أحق و لو كانت الأم غير مسلمة"³.

و جاء في قرار آخر مؤرخ في 09 مارس 1987: " حيث أن السيدة الحاضنة تقيم بفرنسا، وخوفا على العقيدة الإسلامية للبنات فإن الحضانة تعطي للأب المقيم بالجزائر، و حيث أن حكم الحضانة غير نهائي فمتى رجعت الأم إلى الوطن يمكنها المطالبة بحضانة بناتها الثلاث."⁴.

إلا أنه إذا كان والدي المحضون قاطنين معا في بلد أجنبي واحد كان لأحدهما حق الحضانة وفقا لأحكامها، هذا ما قرره القرار القضائي المؤرخ في 25 ديسمبر 1989 بقضائهم أنه: " متى كان من المقرر شرعا و قانونا أن الحضانة تستند لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان أما أم أبا، فإن سكن الوالدين معا في بلد أجنبي يستلزم تطبيق القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة"⁵.

¹- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج.1، المرجع السابق، ص. 389.

²- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص. 142.

³- انظر، قرار، م.أ، غ.أ.ش، 1989/01/02، ملف رقم. 52207، م.ق، 1990، ع. 4، ص. 74.

⁴- انظر، قرار، م.أ، غ.أ.ش، 1987/03/09، ملف رقم. 45186، مقتبس من بلحاج العربي، قانون الأسرة و مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ط.د، م.ج، الجزائر، 1994، ص. 131.

⁵- انظر، قرار، م.أ، غ.أ.ش، 1989/12/25، ملف رقم. 56797، م.ق، 1991، ع. 3، ص. 61.

و-مساكنة الحاضن المحضون مع من سقطت حضانتها: تنص المادة 70 من ق أ على أنه: " تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم"، يؤخذ المشرع -هنا- أنه قيد حكم إسقاط الحضانة -في مساكنة المحضون مع من سقطت حضانتها - بحالة مساكنة الجدة-أم الأم - و الخالة-الحاضنتين-مع الأم المتزوجة بأجنبي عن المحضون.

و قد ذكر فيما سبق أن القضاء يعتبر زواج الأب بأجنبية عن المحضون سببا قد يسقط عنه حق الحضانة¹، و بالتالي فإن العلة -في هذه الحالة - واحدة و هي عدم مساكنة المحضون في بيت المبعضين له².

و بالتالي فيستلزم أن يطبق حكم مساكنة الجدة - لأم- و الخالة مع أم المحضون المتزوجة بأجنبي على مساكنة الجدة - لأب - و العمة - الحاضنتين - مع أب المحضون المتزوج بأجنبية. وعلى هذا التقدير فقد ثبت قضاء أن الجدة إذا تزوجت هي الأخرى بأجنبي عن المحضون سقطت حقها، إذ جاء في القرار القضائي المؤرخ في 20 جوان 1988 أنه: " من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة (أم الأم) أن تكون غير متزوجة و ألا تسكنه مع إبنتها المتزوجة بأجنبي"³، و بالتالي فيقتضي الأمر أن يطبق مدلول المادة 70 من ق أ على حالة مساكنة البنت - الخالة أو العمة - الحاضنة مع أمها التي سقطت عنها الحضانة لتزوجها بأجنبي، فيعمم حكم المادة 70 من ق أ على كل حاضن ساكن محضونه مع من سبق سقوط حقه في الحضانة لتزوجه بأجنبي.

ويطرح التساؤل هل يمكن لمن تنازل عن الحضانة - صراحة أو ضمنا- أن يتراجع عن تنازله

بالمطالبة بها.

¹-ارجع، ص.165.

²- تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي و القوانين الرضعية، المرجع السابق، ص.596.

³- انظر، قرار، م.أ، غ.أ.ش، 1988/06/20، ملف رقم.50011، م.ق، 1991، ع.2، ص.57.

ثالثا: الرجوع عن التنازل عن الحضانة:

تنص المادة 71 من ق أ أنه: " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري"،

مدلول المادة أن كل حاضن سقطت حضانتها بغير سبب إرادي يمكن له أن يسترجع حقه في الحضانة إذا زال هذا السبب.

و بالتالي فمن تنازل عن الحضانة بإرادته الحرة أو بسبب إرادي - كالتى ذكرت في التنازل

الضميني عن الحضانة - لم يكن له أن يطالب بإرجاع حق الحضانة له، و هذا مقتضى المذهب

المالكي الذي يفرق بين العذر الاختياري و العذر الاضطراري المسقط للحضانة، فذهب إلى أنه إذا

كان العذر المسقط للحضانة إختياريا - كالزواج بأجنبي عن المحضون - لم يكن لمن سقطت حضانتها بسببه أن تعود إليه الحضانة¹.

و بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي نجده في أول الأمر مسائرا لظاهر المادة 71 من ق أ، إذ

جاء في القرار المؤرخ في 27 مارس 1989 أنه: " لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الطاعنة

تنازلت عن حضانتها باختيارها دون أن ترغم على ذلك، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء

الحكم المستأنف لديهم و من جديد القضاء برجوع المطعون ضدها أم الأولاد عند تنازلها عن حقها

في الحضانة و بإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الفقه

والقانون²، كما قد ورد في القرار المؤرخ في 05 فيفري 1990 أنه: " لما كان من الثابت - في قضية

الحال - أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي، فإن المجلس لما قضى بإسناد الحضانة إليها

بالرغم من أن زواجها بالأجنبي يعد تصرفا رضائيا و اختياريا يكون قد خالف القانون³.

¹- انظر ، عبد المطلب حمدان ، الحضانة و أثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2008، ص.86.

²- انظر، قرار، م.أ، غ.أ.ش، 1989/03/27، ملف رقم.53340، م.ق، 1990، ع.3، ص.83.

³- انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 1990/02/05، ملف رقم.58812، م.ق، 1992، ع.4، ص.58.

إلا أن الاجتهاد القضائي في قرارات أخرى ذهب إلى تغليب مصلحة المحضون إذ جاء في القرار المؤرخ في 22 فيفري 2000: " إن تنازل الأم عن الحضانة لا يعتبر نهائي لأن حضانة الأولاد من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص التي يمكن الرجوع فيها اعتبارا لمصلحة المحضون وفقا لأحكام المادة 66 من ق أ¹، كما أتى في القرار المؤرخ في 20 أبريل 1999 أنه: " من المستقر أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع فيها لأنها تخص حالة الأشخاص و مصلحته، و متى تبين - في قضية الحال - أن تنازل الأم عن الحضانة لا يجرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة إليها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك طبقا لأحكام المادتين 66 و 67 من ق أ.²

بعد التكلم عن الحضانة باعتبارها أثرا من آثار إنهاء عقد الزواج التي يحق للإرادة فيها قبولها أو التنازل عنها، سيجري الكلام في المطلب الموالي عن تعسف الإرادة في إنهاء عقد الزواج.

المطلب الثاني

أثر تعسف الإرادة في إنهاء عقد الزواج

سيتم التطرق هنا إلى أثر تعسف الإرادة في إنهاء عقد الزواج في فرعين: أولهما في مجال تعسف الإرادة في إنهاء عقد الزواج (فرع أول)؛ و ثانيهما في تعويض تعسف الإرادة في إنهاء عقد الزواج (فرع ثاني).

¹ انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 2000/02/22، ملف رقم 235456، م.ق، 2001، ع.1، ص.280.
² انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 1999/04/20، ملف رقم 220470، إجتهد قضائي، قسم الوثائق للمحكمة العليا، د.و.أ.ت، 2001، ع.خاص، ص.181.

الفرع الأول

مجال تعسف الإرادة في إنهاء عقد الزواج

يجري البحث هنا - عن تعسف إرادة الزوج (أولاً)؛ ثم عن تعسف إرادة الزوجة في إنهاء عقد الزواج (ثانياً).

أولاً: تعسف إرادة الزوج في إنهاء عقد الزواج:

ذكر فيما سبق أن كلا من الشرع و القانون يعتبر الطلاق حقاً أولوياً للزوج ، إذ جاء في القرار المؤرخ في 15 جوان 1999 أنه : " من المقرر قانوناً أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة"¹، و هذا هو مقتضى الشرع إذ يقول رسول الله صلى الله عليه و سلم : " إنما الطلاق لمن أمسك بالساق "².

و بالتالي فالطلاق حق الزوج، إلا أن الشرع كما راع ضمان الحقوق لأصحابها، فقد منع من تجاوز الحد أو التماذي فيها، فوضع للحقوق حدوداً تنتهي إليها، و مجالاً مضبوطاً تسير فيها. و التماذي في الحق هو ما إصطلح عليه بالتعسف في استعمال الحق، و قد عرفه علماء الشريعة أنه استعمال الحق - من صاحبه - على نحو يضر بالغير إضراراً جسيماً³، و أصل تحريم الشريعة للتعسف في استعمال الحق في الطلاق قول الله تعالى: " وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ "⁴، وقول رسول الله صلى الله عليه و سلم "لا ضرر و لا ضرار "⁵.

¹ انظر، قرار ، م.ع، غ.أش، 15/06/1999 ، ملف رقم 223019 ، إجتهد قضائي ، قسم الوثائق للمحكمة العليا ، د.و.أ.ت، 2001، ع.خاص، ص.104.

² -محمد الألباني، إرواء الغليل ، المرجع السابق ، ج.6، ر.ح. 2041، ص.107.

³ -انظر ، بلحاج العربي ، النظرية العامة للإلتزامات ، ج.2، ط.4، د.م.ج، 2007، ص.113.

⁴ - سورة البقرة، الآية.237.

⁵ -الحديث سبق تخريجه، ارجع، ص.46.

و بالرجوع إلى التقنين الأسري نجد المشرع تطرق إلى الطلاق التعسفي في المادة 52 من ق أ بنصها: " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، يلاحظ على هذه المادة أنها جاءت مقتضبة، فلم تبين متى يكون الطلاق تعسفياً، تاركة تقدير ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي¹.

وبالرجوع إلى الاجتهادات القضائية الجزائرية يمكن القول أنه لا يعتبر الطلاق تعسفياً حتى يكون الزوج هو الطالب للطلاق(أ)؛ وأن لا تكون الزوجة ناشزاً(ب)؛ و أن لا يكون الطلاق بسبب عيب يوجب التفريق شرعاً(ج)؛ و أن يسبب الطلاق ضرراً للزوجة(د).

أ- أن يكون الزوج هو الطالب للطلاق: إذ جاء في القرار المؤرخ في 23 فيفري 1993 أنه: "وحيث أنه إذا كان يحق للزوجة طلب التطلاق فلا يجوز لقضاة الموضوع القضاء بتظلم الزوج والحكم لطالبة التطلاق بالتعويض عن الطلاق التعسفي كما جاء في القرار المطعون فيه، إذ لا يتصور تعسف الزوج مع طلب الزوجة التطلاق."²، و يستنتج القاضي انصراف إرادة الزوج إلى الطلاق عندما تتنازل الزوجة عن مطالبها و تلتمس العودة إلى مسكن الزوجية، ورغم ذلك يبقى الزوج مصرّاً على مطلبه في الطلاق³.

ب- أن لا تكون الزوجة ناشزاً: إذ يمكن للزوج أن يتنصل من تبعة الطلاق التعسفي إذا أثبت أن طلاقه كان بسبب نشوز الزوجة، و لا يثبت نشوز الزوجة إلاً بحكم قضائي يقضي بالرجوع مدعماً بمحضر امتناع عن الرجوع.

¹-انظر ، العربي مجيدي ، التعسف في استعمال الحق و أثرها في أحكام الأسرة ، مذكر ماجستير في الشريعة و القانون ، جامعة الجزائر ، كلية أصول الدين ، الخروية ، 2002 ، ص.148.

² - انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 1993/02/23، ملف رقم.92674، ن.ق، 1995، ع.48، ص.171.

³-إلياس مسعودة نعيمة ، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق ، المرجع السابق ، ص.173.

قضى القرار القضائي المؤرخ في 03 ديسمبر 1984: " إذا فرض أن الشهود شهدوا للزوج

على أنه حاول إرجاع زوجته و أنها أهانته و شتمته فإن ذلك لا يقيم دليلا على امتناعها عن الرجوع، فالدليل المقبول شرعا هو الحكم عليها بالرجوع و تقابل ذلك برفض يسجل عليها شرعا"¹.

هذا و ليس كل نشوز معتبر شرعا بل يشترط فيه أن لا يكون بسبب عدم توفير الزوج ما حكم للزوجة من طلبات، جاء في القرار القضائي المؤرخ في 09 مارس 1984 أنه: "من المقرر شرعا أنه ليست كل زوجة رغبت عن الرجوع لزوجها تعتبر ناشزا نشوزا تحرم من أجله من حقوقها الواجبة لها شرعا من جراء طلاقه لها، و من المقرر أيضا أن النشوز لا يعمل به شرعا إلا إذا وفر الزوج لزوجته كل مطالبها المحكوم لها بها."².

و هذا ما يؤكد القرار القضائي المؤرخ في 22 سبتمبر 2004 بقضائه أنه: "من المقرر أن

نشوز الزوجة لا يثبت بمجرد الامتناع عن الرجوع بموجب حكم قضائي إذا كان معلقا على شرط توفير سكن مستقل لم يتحقق"³.

لكن وعلى الرغم مما ذكر ألا يمكن اعتبار سوء معاملة المرأة لزوجها بتأكيد معيشتها سببا يبرر

طلبه للطلاق بحيث لا يعتبر متعسفا؟

ج- أن لا يكون سبب الطلاق عيب يوجب التفريق شرعا: أتى في القرار القضائي المؤرخ

في 08 فيفري 1982 أن: " عيوب الفرج ليست كلها موجبة للطلاق بمجرد الإدعاء بها بل لا بد

من معرفة مصيرها و مدى قابلية العيوب للعلاج، و في هذه الحالة لا بد من ضرب أجل للمصاب

¹ - انظر، قرار، م.أ، غ.أ.ش، 1984/12/03، ملف رقم.34397، م.ق، 1989، ع.4، ص.140.

² - انظر، قرار، م.أ، غ.أ.ش، 1987/03/09، ملف رقم.45311، م.ق، 1990، ع.3، ص.61.

³ - انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 2004/09/22، ملف رقم.315314، ن.ق، 2010، ع.65، ص.311.

بها لمعالجتها ، فإن وقع الحكم عليه قبل معرفة ذلك و ضرب أجل له للعلاج، ففي ذلك مخالفة
لنصوص الشريعة الإسلامية.¹

و يزيد القرار المؤرخ في 15 نوفمبر 2006 أن: " عقم الزوجة من المسائل الخارجة عن إرادتها،
و لا يعد سببا من الأسباب الشرعية و القانونية المخولة للزوج حق الطلاق، بتظلم الزوجة "².
و قد سلف ذكر أن عدم عذرية الزوجة لا يوجب التفريق إلا إذا اشترطه الزوج حسب ما
قضت به المحكمة العليا.³

د- أن يسبب الطلاق ضررا للزوجة: أشار إلى هذا المعيار أحد رجال الفقه، تقول الأستاذة
عبير القدومي: " إن الزوج إذا طلق زوجته بعد فترة من حياتها معا و اعتمادها في النفقة عليه، ثم
يحدث الطلاق و قد بلغت من العمر أرذله أو قاربت، فإن في الطلاق قذفا لها في الهاوية و إضرارها
ضررا فاحشا تتعطل فيها حياتها و لا مستقبل لها و قد باتت في هذا السن "⁴، وهذا الذي ذكرته
الأستاذة القدومي نجده مجسدا في القرار المؤرخ في 12 جويلية 2006 بقضائه أن: " طلاق امرأة بعد
زواج دام أربعين سنة دون مبرر لا يعوض بأي مبلغ من المال "⁵.

و الحقيقة أن معيار الضرر في الطلاق التعسفي معيار غير لازم، لأنه ما من طلاق - صادر
وفق المعايير الثلاثة المذكورة - إلا و يسبب ضررا للزوجة.

¹ - انظر، قرار، م.أ، غ.أش، 1982/02/08، ملف رقم 26697، ن.ق، 1982، ع.خاص، ص.254.
² - انظر، قرار، م.ع، غ.أش، 2006/11/15، ملف رقم 373707، م.م.ع، 2007، ع.1، ص.499.
³ - انظر، قرار، م.ع، غ.أش، 2009/02/11، ملف رقم 480264، م.م.ع، 2009، ع.1، ص.283؛ و انظر، قرار، م.ع، غ.أش،
2000/05/23، ملف رقم 243417، إجتهد قضائي، قسم الوثائق للمحكمة العليا، د.و.أ.ت، 2001، ع.خاص، ص.109؛ و انظر أيضا، قرار،
م.أ، غ.أش، 1989/10/02، ملف رقم 55116، م.ق، 1991، ع.1، ص.33.
⁴ - انظر، عبير القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ط.1، دار الفكر، عمان، 2007، ص.207.
⁵ - انظر، قرار، م.ع، غ.أش، 2006/07/12، ملف رقم 368660، م.م.ع، 2006، ع.2، ص.483.

ويمكن أن يفهم مما ذكر أن الضرر يتفاوت، فقد يصبح الضرر جسيماً، وعليه لزم تقدير التعويض بقدر الضرر الحاصل من جراء الطلاق التعسفي.

بيد أنه يطرح التساؤل ألا يمكن أن الزوجة في طلبها للطلاق؟، هذا ما سيتم التطرق إليه فيما يلي.

ثانياً: تعسف إرادة الزوجة في إنهاء عقد الزواج:

غالباً ما يتبادر إلى الذهن عند سماع مصطلح الطلاق التعسفي أنه ذلك الطلاق الذي يستبد الزوج بإيقاعه، و هذا نتاج الفكرة السائدة من أن الطلاق حق للزوج الذي بيده العصمة. وكثيراً ما يخفى أنه كما قد يتعسف الزوج في إيقاع الطلاق، فكذلك قد تتعسف الزوجة في طلب الطلاق، هذا ما يفسر قصر المادة 52 من ق أ الطلاق التعسفي على ذلك الذي يوقعه الزوج بنصها أنه: " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها ".

إلا أنه و بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي نجد كثيراً من القرارات القضائية تشير إلى حالة تعسف الزوجة في طلب الطلاق، من ذلك ما جاء في القرار المؤرخ في 27 أبريل 1993 بقضائه أنه: " متى كان من المقرر قانوناً أن يحكم القاضي بالطلاق و بالتعويض للطرف المتضرر، عند نشوز أحد الزوجين فإن القضاء بغير ذلك يعد خرقاً للقانون.

و من ثم فإن عدم وجود أي سبب واضح يجعل من الزوجة - في قضية الحال - تلجأ إلى طلب التطلق بعد نشوزها فإن ذلك يعد سبباً كافياً لاعتبار الزوج متضرراً من هذا الطلاق"¹.

¹ - انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 1993/04/27، ملف رقم.90947، م.ق، 1994، ع.2، ص.71.

و كما أن عقم الزوجة لا يعتبر سببا موجبا لتحميلها مسؤولية الطلاق، فكذاك عقم الزوج لا يعتبر سببا موجبا لتحميله مسؤولية التطلاق، هذا ما جاء مصرحا به في القرار القضائي المؤرخ في 13 جانفي 2011 بقضائه أنه: " لا يتحمل الزوج المصاب بمرض العقم مسؤولية تعويض الزوجة، طالبة التطلاق عن الضرر الحاصل لها بفعل عدم قدرته على الإنجاب".¹

بعد الخوض في متى تعتبر الإرادة متعسفة في إنهاء عقد الزواج؟، وجب البحث في التعويض عن التعسف في إنهاء عقد الزواج.

الفرع الثاني

تعويض تعسف الإرادة في إنهاء عقد الزواج

سيجري الكلام في هذا الفرع عن مسألتين: الأولى عن أساس التعويض في التعسف بإنهاء عقد الزواج (أولا)؛ و الثانية في تقدير التعويض في التعسف بإنهاء عقد الزواج (ثانيا).

أولا: أساس التعويض في التعسف بإنهاء عقد الزواج:

اختلف رجال الفقه و القانون في أساس التعويض في التعسف في إنهاء عقد الزواج، فقال قوم أن أساسه نفقة المتعة (أ)؛ و قال آخرون بل نظرية التعسف في استعمال الحق (ب):

أ- أساس التعويض عن الطلاق التعسفي نفقة المتعة: ذهب طائفة من رجال القانون أن

أساس التعويض عن الطلاق التعسفي هو نفقة المتعة الواردة في الشريعة الإسلامية²، و لمعرفة مدى

¹ - انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 2011/01/13، ملف رقم.596191، م.م.ع، 2011، ع.2، ص.270؛ و انظر كذلك، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 1992/12/22، ملف رقم.87301، م.ق، 1995، ع.2، ص.92.

² - انظر، بلحاج العربي، أبحاث و مذكرات في القانون و الفقه الاسلامي، ج1، د.م.ج، الجزائر، 1996، ص.193.

صحة هذا القول لا بد من تعريف نفقة المتعة و بيان أحكامها(1)؛ ليتضح وجه الشبه أو الاختلاف بين المتعة و التعويض عن الطلاق التعسفي(2).

1-تعريف المتعة و بيان أحكامها: تعرف المتعة أنها الكسوة أو المال الذي يعطيه الزوج

للمطلقة زيادة على الصداق أو بدلا عنه¹.

و يتوجب التنبيه في هذا المقام إلى ما ذكره أحد الباحثين من أن: " فكرة الضرر الواجب تعويضه في الشريعة الإسلامية فكرة محدودة ضيقة، فلم تعرف الشريعة الإسلامية فكرة التعويض عن الضرر المعنوي."²، و هذا كلام منتقد، و لا أدل على بطلانه من مسألة فرض المتعة للمطلقة، قال ابن كثير في مسألة متعة المطلقة: " و لهذا أمر تعالى بإمتاعها و تعويضا عما فاتها بشيء تعطاه من زوجها بحسب حاله"³، و كل من طالع الفقه الإسلامي و خاصة ما يتعلق منه بفقهاء الأسرة⁴، يجزم أن الشريعة هي أكثر من نظرٍ للتعويض عن الضرر المعنوي.

و اختلف الفقهاء فيمن تجب لها نفقة المتعة، فقال المالكية المتعة مستحبة لكل مطلقة إلا التي كانت المنسوبة بالطلاق فلا متعة لها⁵؛ و قال الشافعية أن نفقة المتعة واجبة على كل مطلقة⁶، و قال الأحناف هي واجبة على كل من طلقت قبل الدخول و تسمية الصداق أو فرض لها بعد العقد و لم يدخل بها⁷.

¹-وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ،ج.7 ،ص.316.
²-انظر، مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص.63.
³-أبو الفداء بن كثير، المرجع السابق، ج.1،ص.308.
⁴- طالع في هذا الشأن ، بن زيطة عبد الهادي ، المرجع السابق، ص.9 و ما بعدها .
⁵-أبو عمر بن عبد البر، المرجع السابق، ج.17 ،ص.218 و ما بعدها.
⁶-أبو الفداء بن كثير، المرجع السابق، ج.1، ص.309.
⁷- وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ،ج.7 ،ص.317.

و لعل الراجح من ذلك - كله - أن يقال أن نفقة المتعة واجبة لكل مطلقة¹، إلا لمن تسببت في الطلاق.

أما الدليل على وجوب نفقة المتعة لكل مطلقة فقوله تعالى: "وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ"²، فعم كل مطلقة، و قال تعالى: "يا أَيُّها النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعَنَّ وَأُسْرِحَنَّ سَرًا حَسْبًا جَمِيلًا"³، و قد كن - رضي الله عليهن - مفروضا لهن مدخولا بهن⁴، و قد تقرر في الأصول أن الخطاب الخاص به صلى الله عليه و سلم يعم حكمه جميع الامة إلاً بدليل على الخصوص⁵.

و دليل أن من تسببت في الطلاق لا متعة لها، قول رسول الله صلى الله عليه و سلم لمن خالعه امرأته: "أقبل الحديقة وطلقها تطليقة"⁶، فلو وجب لها المتعة لأمره بتأديته لها.

2- التفریق بین المتعة و التعویض عن الطلاق التعسفي: من خلال ما ذكر يتبين أن المتعة

المقررة شرعا تختلف اختلافا بينا عن التعويض المقرر في الطلاق التعسفي، ذلك أن المتعة تتعلق بكل مطلقة انفرد زوجها بتطليقها، أما التعويض في الطلاق التعسفي فتخص المرأة التي تعسف الزوج بتطليقها بغير وجه حق.

و إذا راجعنا التشريع الجزائري نجد أن المادة 52 من ق أ - التي تتعلق بالطلاق التعسفي - لم تتعرض لبيان أساس التعويض الوارد بها، إلا أنه و بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي نجده في أول الأمر يعتبر أن التعويض عن الطلاق التعسفي هو نفسه نفقة المتعة الواردة في الشريعة، إذ جاء في

¹- محمد الأمين الشنقيطي ، المرجع السابق ، ج.1، ص.258.

²- سورة البقرة، الآية.241.

³- سورة الأحزاب، الآية.28.

⁴- أبو الفداء بن كثير، المرجع السابق، ج.1، ص.309.

⁵- محمد الأمين الشنقيطي ، المرجع السابق ، ج.1، ص.257.

⁶- الحديث سبق تخريجه، ارجع، ص.141.

القرار المؤرخ في 08 أبريل 1985 أنه: " إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، و هي في حد ذاتها تعتبر تعويضا فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد حرقا لأحكام الشريعة الإسلامية"¹.

إلا أنه سرعان ما غير الاجتهاد القضائي رأيه فاعتبر أن للمطلقة التي تعسف زوجها بتطليقها حقا في التعويض عن الطلاق التعسفي زيادة على نفقة المتعة، إذ جاء في القرار القضائي المؤرخ في 07 أبريل 1986 بأنه: " من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، و ينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة و في أي إطار تدخل."².

لكن و بالرجوع إلى الكثير من الأحكام القضائية و القرارات الصادرة عن المجالس نجد أنها في حالة الطلاق التعسفي تحكم بالتعويض دون أن تحكم أيضا بنفقة المتعة، فنجد مثلا في الحكم المؤرخ في 11 جويلية 2010 الصادر عن محكمة سيدي بلعباس أن المحكمة قضت ب: "إلزام المدعي بأن يدفع للمدعى عليها المبالغ التالية: 30000 دج تعويض عن الطلاق التعسفي و 20000 دج نفقة عدة، و 2000 دج نفقة إهمال تسري شهريا من تاريخ رفع الدعوى إلى غاية النطق بالحكم"³، و هذا نفس ما قضت به محكمة عين تموشنت في حكمها الصادر في 22 نوفمبر 2012⁴.

من خلال ما ذكر يتبين أن العمل القضائي يعتبر المتعة تعويضا عن الطلاق التعسفي، إذ لا يحكم بهما معا، و لعل هذا ما دفع الكثير من رجال القانون إلى القول أن التعويض عن الطلاق التعسفي أساسه نفقة المتعة.

¹- انظر، قرار، م.أ، غ.أ.ش، 1985/04/08، ملف رقم 35912، م.ق، 1989، ع.1، ص.89.

²- انظر، قرار، م.أ، غ.أ.ش، 1986/04/07، ملف رقم 41560، م.ق، 1989، ع.2، ص.69.

³-انظر، حكم، محكمة سيدي بلعباس، ق.ش.أ، 2010/07/11، رقم الفهرس 3324/10، غير منشور. (انظر، الملحق، ص.203).

⁴-انظر، حكم، محكمة عين تموشنت، ق.ش.أ، 2012/11/22، رقم الفهرس 02165/12، غير منشور. (انظر، الملحق، ص.206)؛ وانظر كذلك، قرار، مجلس قضاء وهران، غ.ش.أ، 2010/05/31، رقم الفهرس 01798/10، غير منشور. (انظر، الملحق، ص.211).

ب_أساس التعويض عن الطلاق التعسفي نظرية التعسف في استعمال الحق: قال

الأستاذ بن داود عبد القادر: " الصحيح أن المتعة تختلف عن التعويض ذلك بأن المتعة تستحق للزوجة شرعا دائما حسب وسع الزوج و أساس استحقاقها الشرع من الكتاب و السنة و إجماع الأمة مع اختلاف بين القول بوجودها و النذب إليها، أما التعويض فمصدره القانون لا الشرع على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق".¹

و يذهب هذا الطرح أن علة التعويض حسب المادة 52 من ق أ هي وجود التعسف في الطلاق و الضرر اللاحق بالزوجة، يتضح ذلك من خلال صيغة " تعسف الزوج " و صيغة " الضرر اللاحق بها "، الواردتين بالمادة².

إلا أن النقد الموجه إلى هذا الطرح هو ما ورد في القرار المؤرخ في 22 فيفري 2000 الذي جاء فيه: " إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق"³، و معلوم أن التعسف في استعمال الحق هو صورة من صور فكرة الخطأ في المسؤولية التقصيرية⁴.

و لعله يمكن القول أن أساس التعويض عن الطلاق التعسفي هو من باب التعزير في الشريعة الإسلامية ، ذلك أنه تقرر فيها أن للحاكم أو القاضي بمقتضى السياسة الشرعية أن يعاقب كل من ارتكب فعلا - دون الحد و القصاص - و يكون مضرا بالمجتمع⁵، و لا مانع من أن يكون ذلك بتغريمه، و تعسف الزوج في تطليق امرأته فيه جناية عليها و على المجتمع.

¹ -بن داود عبد القادر ، المرجع السابق ، ص.125 و ما بعدها.

² - بن زيطة عبد الهادي ، المرجع السابق ، ص.173 و ما بعدها.

³ - انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 2000/02/22، ملف رقم.235367، م.ق، 2001، ع.1، ص.275.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ج.1، ص.695.

⁵ - محمد أبو زهرة ، العقوبة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، د.ب، ص.70.

وبعد الخوض في الأساس القانوني للتعويض في التعسف في إنهاء عقد الزواج سيجري الكلام كيفية تقدير هذا التعويض.

ثانياً: تقدير تعويض تعسف الإرادة في إنهاء عقد الزواج

تنص المادة 52 من ق أ على أنه: " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها."، الظاهر من نص هذه المادة أن المشرع أعطى السلطة التقديرية للقاضي لتحديد قيمة التعويض الممنوح في الطلاق التعسفي.

و بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي نجد هذا الأخير يراعي في تقدير التعويض في الطلاق التعسفي - بل و في تقدير كل الحقوق المفروضة للزوجة - حالة الزوجين من غنى أو فقر، إذ أتى في القرار المؤرخ في 02 أبريل 1984 أنه: " من المقرر شرعاً أن تقدير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسببه و بيان حالة الزوجين بيانا مفصلاً من غنى و فقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة"¹.

كما أن حال الزوجة من يسر أو عسر من أهم ما يراعى في تحديد التعويض في الطلاق التعسفي، جاء في القرار المؤرخ في 11 أبريل 2007 أنه: " حيث أنه خلافا لمزاعم الطاعن فإن المبالغ المحكوم بها ليست مبالغ فيها، و أن قضاة الموضوع راعوا حال الطرفين يسراً و عسراً. و أن مراعاة حال الطرفين يقتضي كذلك مراعاة حال الزوجة يسراً أو عسراً"².

و ذهب أحد الباحثين أنه ينبغي: " تحديد مدة معينة كافية للزوجة لتحمل الزوج المسؤولية اتجاهها بسبب تعسفه في الطلاق، و يقضي لها بتعويض يغطي نفقة سنتين على الأقل، و لو تدفع

¹ - انظر، قرار، م.أ، غ.أ.ش، 1984/04/02، ملف رقم 32779، م.ق، 1989، ع.2، ص.61.
² - انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 2007/04/11، ملف رقم 391655، م.م.ع، 2008، ع.1، ص.249.

بالتقسيم حسب حال الزوج، كما أن هذه المدة تمنح فرصة للزوجة للخروج من وضعيتها"¹،
ويستقيم هذا الكلام مع تلك المرأة التي لا دخل لها، وخاصة إذا لم يكن لها أهل يقبلون عودتها
إليهم.

¹-انظر، بن شيخ الرشيد، وضعية حقوق المرأة المطلقة في الجزائر، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2011، ع.12، ص.109.

خاتمة

يستنتج مما ذكر أن للإرادة دور واسع في عقد الزواج، ذلك أنها قد تكون مصدرا للإلتزام بمجرد الوعد بالزواج، كالخطبة على قول من يقول أن الخطبة وعد بالزواج.

و ذلك لأن الوعد بالزواج يترتب عنه التعويض على الطرف العادل الذي صاحب عدوله سوء نية و استخفاف منه بالزواج.

و من الأدلة، كذلك، على أن الخطبة تتضمن إلزاما وجوب رد الهدايا على العادل عن الخطبة إذ الأصل أن الهدايا في الشريعة لا ترد.

و من أكثر ما يبرز من اتساع دور الإرادة في عقد الزواج أن العبرة فيه المقاصد و المعاني لا الألفاظ و المباني، و دليل ذلك تأثير عيوب الإرادة من غلط و إكراه و تدليس في صحة عقد الزواج، و كذلك عدم الاعتداد بعقد الزواج الصوري لانتفاء قصد الزواج عند طرفيه أو أحدهما.

و مما يدل كذلك على اتساع دور الإرادة في عقد الزواج، إمكان أن يتم بين غائبين في الشريعة و عند طائفة من رجال القانون، بل و ذهبت طائفة من أهل العلم-وهم الأحناف- إلى جواز أن يتم عقد الزواج عن طريق الفضالة.

و بجانب هذا كله فإن للإرادة موقع هام في آثار عقد الزواج، فقد تكون أصلا أو سببا أو شرطا للحقوق المترتبة عن عقد الزواج، فمن الحقوق التي أصلها الإرادة الذمة المالية بين الزوجين، و من الحقوق التي تكون سببا لها تثبيت النسب أو نفيه، و من الحقوق التي تكون الإرادة شرطا فيها الإنجاب الاصطناعي.

و من خلال ما ذكر من قبل يمكن القول كذلك أن التشريع و الشريعة يقران بمبدأ سلطان الإرادة في آثار عقد الزواج من خلال الشروط الاتفاقية فيه، بشرط أن لا تكون منافية لمقتضى عقد الزواج أو مسقطه لما ألزم به القانون على أحد طرفيه.

و يظهر واضحاً في إنهاء عقد الزواج ما لمبدأ سلطان الإرادة من مكانة، إذ يمكن للإرادة المنفردة للزوج أن تنهي عقد الزواج بشرط عدم تعسفه في ذلك، و ليس هذا مقتصرًا على الزوج فكذلك إرادة المرأة يمكن لها أن تنهي عقد الزواج بالخلع.

و مبدأ سلطان الإرادة في عقد الزواج لا ينتهي دوره عند إنهاء هذا العقد، بل و يستمر إلى وقت ترتيب آثار هذا الإنهاء، فيمكن للإرادة أن توجب بعض آثار إنهاء عقد الزواج كقبول الحضانة، كما لها أن تسقط الالتزام المترتب عن إنهاء عقد الزواج كالتنازل عن الحضانة.

و يجب التنبيه -هنا- أنه و كما أن العبرة في إنشاء عقد الزواج المقاصد و المعاني، فكذلك الأمر بالنسبة لإنهاء عقد الزواج، فلا يعتبر طلاق المضطرب نفسياً، و لا طلاق المنغلق ذهنه بغضب شديد أو إكراه، و لا طلاق السكران عند جماعة من أهل العلم.

أما قيود و حدود الإرادة في إبرام عقد الزواج و إنهاءه فكثيرة، استدعى ذلك ما لعقد الزواج من أهمية باعتباره أساس المجتمع و اللبنة الأولى له، و هذه القيود منها ما يرجع لما يتطلبه النظام العام؛ و منها ما يرجع لما يتطلبه القانون لحماية الطرف الضعيف أو المتضرر في عقد الزواج.

فمن الحدود المقيدة للإرادة - في عقد الزواج - و التي ترجع إلى النظام العام ما يتعلق منها بأخلاقيات المجتمع كالموانع الشرعية، أو ما يتعلق بالصحة العامة كالفحص الطبي قبل الزواج.

و أما الحدود المقيدة للإرادة - في عقد الزواج - و التي ترجع لما يتطلبه القانون لحماية الطرف الضعيف أو المتضرر في الزواج فكثيرة من بينها وجوب التعويض في حالة التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة أو حق الطلاق، و كاشتراط الولي كحماية للمرأة كطرف ضعيف في العقد، و كلزوم إثبات الزواج بتسجيله في سجلات الحالة المدنية، و كعدم قبول التنازل عن الحضانة إذا كان مضراً بمصلحة المحضون.

و كنتيجة لما سبق فيمكن القول أن أساس القوة الملزمة لعقد الزواج هو مبدأ سلطان الإرادة، إلا ما كان منه مخالفاً للنظام العام أو ما يتطلبه القانون لحماية الطرف الضعيف أو المتضرر في عقد الزواج.

الملاحق

تشتمل هذه الملاحق على :

1. شهادة طبية قبل الزواج توضح الأمراض التي تجرى عليها؛
2. حكم قضائي يثبت زواجا بامرأة ثانية دون توفر الشروط الواردة في المادة:8من ق أ.
3. محرر عقد زواج بوكالة مبرم في 8نوفمبر 2008.
4. محرر عقد زواج بولي مختار مبرم في 19ديسمبر 2012.
5. فتوى مجلس مجمع الفقه الإسلامي في مؤتمره الثالث بعمان 11-16 أكتوبر 1986.
6. محرر عقد زواج يشتمل شرطا إتفاقيا مبرما في 18نوغمبر 2010.
7. أحكام و قرارات قضائية واردة في المذكرة.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العامة

ثانياً: المراجع الخاصة و الرسائل و المذكرات

ثالثاً: المقالات

رابعاً: النصوص القانونية

أولاً: المراجع العامة:

1. القرآن الكريم، برواية حفص عن عاصم، ط.2، منار للنشر و التوزيع، دمشق، 2005.
2. إبراهيم الشيرازي، المهذب في الفقه الشافعي، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1995.
3. أبو الحسن العمراني، البيان، ط.1، دار المنهاج، لبنان، 2000.
4. أبو الحسين التسولي، البهجة في شرح التحفة، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998.
5. أبو الحسين بن فارس، مقاييس اللغة، ط.1، دار الجيل، بيروت، 1991.
6. أبو الحسين مسلم، صحيح مسلم، دار الجيل، بيروت، د.س.
7. أبو العباس بن تيمية، الفتاوى الكبرى، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1987.
8. أبو الفداء بن كثير، تفسير القرآن العظيم، ط.1، دار الثقافة، الجزائر، 1990.
9. أبو القاسم بن الجلاب، التفریح، ط.1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1987.
10. أبو الوليد الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1999.
11. أبو بكر بن العربي، أحكام القرآن، ط.2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2002.
12. أبو جعفر بن شيبه، المصنف، ط.1، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، 2004.
13. أبو جعفر الطبري، تفسير الطبري، ط.1، دار هجر، القاهرة، 2001.
14. أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، دار الشعب، القاهرة، د.س.
15. أبو حفص الأنصاري، الإعلام بفوائد عمدة الأحكام، ط.1، دار العاصمة، السعودية، 1997.
16. أبو داوود الساجستاني، سنن أبي داوود، ط.1، دار بن حزم، بيروت، 1997.
17. أبو زكرياء النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ط.1، المطبعة المصرية، مصر، 1929.
18. أبو عبد الله البخاري، صحيح البخاري، ط.1، دار بن حزم، القاهرة، 2008.
19. أبو عبد الله الحاكم، المستدرک، ط.1، دار الحرمين، القاهرة، 1997.

20. أبو عبد الله القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ط.1، مؤسسة الرسالة ، لبنان ، 2006.
21. أبو عمر بن عبد البر ، الإستذكار ، ط.1 ، دار قتيبة، دمشق، 1993.
22. أبو محمد القيرواني، الرسالة، النكتة الثقافية، لبنان، د.س.
23. أبو عيسى الترميذي ، الجامع الكبير ، ط.1، دار الغرب الإسلامي ، بيروت، 1996 .
24. أبو محمد العيني، عمدة القاري شرح البخاري، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2001.
25. أبو محمد بن حزم ، المحلى بالآثار ، الطباعة المنيرية ، مصر، د.س.
26. أبو محمد بن قدامة ، المغنى ، ط.3 ، دار عالم الكتب ، السعودية، 1997.
27. أحمد الجصاص ، أحكام القرآن ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت، 1985.
28. أحمد الدردير ، الشرح الصغير ، مؤسسة العصر، د.س .
29. أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، دار القلم ، دمشق، 1989
30. أحمد السمين ، الدر المصون في علوم الكتاب المكنون ، دار القلم ، دمشق، د.س.
31. أحمد العسقلاني ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، ط.1، دار طيبة ، الرياض ، 2005.
32. أحمد القرافي، الذخيرة ، ط.1، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، 1994 .
33. أحمد المراغي ، تفسير المراغي، ط.1 ، مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر،
1946 .
34. أحمد النسائي ، سنن النسائي ، ط.2، مكتب المطبوعات الإسلامية ، حلب ، 1986.
35. أحمد بن حنبل، مسند أحمد ، ط.2، مؤسسة الرسالة ، دمشق ، 1999 .
36. أحمد عساف ، الأحكام الفقهية ، ط.2، دار إحياء علوم الدين ، لبنان، 1987.
37. إدوارد ويستر مارك ، موسوعة تاريخ الزواج ، ترجمة .محمد الصمد و هدى رطل ، ط.1 ،
المؤسسة الجامعية للدراسات ، لبنان ، 2001 .
38. إسماعيل البامري ، أحكام الأسرة بين الحنفية و الشافعية، ط.1 ، دار الحامد، الأردن،
2009.

39. إسماعيل الجوهري ، الصحاح ، ط.4، دار العلوم للملايين ، بيروت ، 1987.
40. أصحاب الفضيلة، فتاوى الخطبة و الزواج ، ط.1، دار المحسن ، الجزائر ، 2008.
41. الحسين الزوزني، شرح المعلقات السبع، ط.1، إحياء التراث العربي، بيروت، 2002.
42. الخليل الفراهيدي، كتاب العين، ط.1، دار الكتب العلمية ، لبنان، 2003.
43. السيد سابق، فقه السنة، دار مصر للطباعة، القاهرة، د.س.
44. الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ط.1، د.م.ج، الجزائر، 2005.
45. الموسوعة الفقهية الكويتية، ط.1، دار الصفوية ، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية ، الكويت، 1993 .
46. اللجنة الدائمة للإفتاء، فتاوى اللجنة الدائمة، الرئاسة العامة للإفتاء، السعودية، د.س.
47. بدران أبو العينين، أحكام الزواج و الطلاق في الإسلام، ط.3، دار الفكري العربي ، مصر ، 1971 .
48. بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، د.م.ج ، الجزائر ، 1999.
49. بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزامات ، ط.3، د.م.ج ، الجزائر ، 2004 .
50. بلحاج العربي ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ، ط.1 ، دار الثقافة ، الأردن ، 2012 .
51. بلحاج العربي ، أبحاث و مذكرات في القانون و الفقه الإسلامي ، د.م.ج ، الجزائر ، 1996.
52. بلحاج العربي ، قانون الأسرة و مبادئ الإجتهد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا ، د.م.ج، 1994.
53. بن داود عبد القادر ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد ، موسوعة الفكر القانوني ، دار الهلال للخدمات الإعلامية ، ع.خاص ، د.س.
54. تاج الدين بن الفركاح ، شرح الورقات ، ط.1، دار بن حزم ، القاهرة ، 2009 .

55. تشوار جيلالي، محاضرات في قانون الأسرة ، أقيمت على طلبة السنة الرابعة حقوق ، خلال السنة الجامعية 2006/2005 ، غير منشورة.
56. جلال الدين السيوطي، الدر المنثور في التفسير المأثور، ط.1، مركز هجر، مصر، 2003.
57. جلال الدين السيوطي ، الأشباه و النظائر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، د.س.
58. جبرار كورنو ، معجم المصطلحات القانونية ، ترجمة ، منصور القاضي ، ط.1، المؤسسة الجامعية للدراسات و التوزيع ، بيروت ، 1998
59. خالد الجريسي، فتاوى علماء البلد الحرام، ط.1، مؤسسة الجريسي، الرياض، 1999 .
60. خليل بن إسحاق ، مختصر خليل ، ط.1، دار الحديث، القاهرة، 2005.
61. زين الدين بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ط.1، دار التراث العربي ، دمشق ، 2002 .
62. زين الدين بن نجيم، الأشباه و النظائر، دار الكتب العلمية، لبنان، 1980.
63. سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدينة و الإدارية، ط.1، دار الهدى، الجزائر، 2011.
64. سعد الشثري، شرح المنظومة السعدية في القواعد الفقهية، ط.1، دار المحسن، الجزائر، 2010.
65. سليمان البجيرمي، البجيرمي علي الخطيب ، ط.1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1996.
66. شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ط.1، دار الفكر ، بيروت، 2000.
67. عبد الرحمن البرقوقي ، أوضح المسالك شرح أسهل المسالك ، ط.4 ، دار لافكر ، بيروت ، د.س.
68. عبد الرحمن زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998.
69. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، ط.2 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 1998.

70. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2003 .
71. عبد العزيز بن باز ، فتاوى بن باز ، الرئاسة للإفتاء ، السعودية ، د.س .
72. عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، ط.4 ن دار هومة ، الجزائر، 2010 .
73. عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ط.2 ، دار البعث ، الجزائر، 1989 .
74. عبد الله بن جبرين، إلهام المؤمنين على منهج السالكين، ط.1، دار الوطن، السعودية، 2001 .
75. عبد الواحد كرم ، معجم المصطلحات القانونية ، ط.1 ، عالم الكتب ، بيروت ، 1987 .
76. عدنان السرحان و نوري خاطر ، شرح القانون المدني ، دار الثقافة ، الأردن، 2008
77. علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط.2، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1986 ،
78. علي الدارقطني ، سنن الدارقطني ، ط.1، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 2004 .
79. علي المرادوي ، الإنصاف ، ط.1، دار هجر ، مصر ، 1993 .
80. علي الماوردي ، الحاوي الكبير ، ط.1، دار الكتب العلمية ، لبنان، 1994 .
81. علي فركوس، العادات الجارية في الأعراس الجزائرية ، ط.6 ، دار الموقع ، الجزائر، 2011 .
82. علي فركوس، الفتح المأمول شرح مبادئ الأصول ، ط.4، دار الموقع ، الجزائر ، 2011 .
83. عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، 2006 .
84. مالك بن أنس ، الموطأ ، ط.1، دار الإمام مالك ، الجزائر ، 2002 .
85. مالك بن أنس ، المدونة الكبرى ، ط.1، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1994 .

86. محمد آبادي ، عون المعبود شرح سنن أبي داوود ، ط.2 ، دار الكتب العلمية، بيروت ، 1995 .
87. محمد أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج و آثاره ، ط.2 ، دار الفكر العربي ، مصر ، 1971، .
88. محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ط.3، دار الفكر العربي ، مصر، 1957 .
89. محمد أبو زهرة ، العقوبة، دار الفكر العربي ، القاهرة ، د.س .
90. محمد الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، ط.2، مكتب المعارف، الرياض، 1975.
91. محمد الألباني، صحيح الجامع الصغير، ط.3، المكتب الإسلامي، بيروت، 1988.
92. محمد الألباني ،إرواء الغليل، ط.1 ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، 1989 .
93. محمد الألباني، سلسلة الأحاديث الضعيفة و الموضوعة، ط.5، مكتبة المعارف، الرياض، 1992 .
94. محمد البرني ، التسهيل الضروري لمسائل القدوري ، ط.2 ، مكتبة الشيخ ، كراتشي ، 1991 .
95. محمد الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ط.1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1996 .
96. محمد الرمفوي، البناية في شرح الهداية، ط.2، دار الفكر، بيروت، 1990.
97. محمد الشربيني ،معنى المحتاج ، مكتبة و مطبعة البابي الحلبي و أولاده ، مصر ، 1958 .
98. محمد الشافعي، الأم، ط.1، دار الوفاء، المنصورة، 2001
99. محمد الأمين الشنقيطي، أضواء البيان ، ط.1، دار عالم الفوائد ، مكة المكرمة، 2006 .
100. محمد الشوكاني ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ، دار الجيل ، بيروت ، د.س .
101. محمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، ط.2، دار المعرفة ، لبنان، 1982 .

102. محمد بن رياض الأحمد ، موسوعة الأحكام الشرعية ، ط.1، المكتبة العصرية ، بيروت ، 2005 .
103. محمد بن عثيمين ، القواعد الفقهية ، دار البصيرة ، د.س. .104
105. محمد بن عثيمين ، شرح العقيدة السفارينية ، ط.1 ، دار بن الجوزي ، مصر ، 2005 .
106. محمد بن قيم الحوزية ، زاد المعاد في هدي خير العباد ، ط.27 ، مؤسسة الرسالة ، بيروت، 1994 .
107. محمد بن ماجة ، سنن بن ماجة ، ط.1 ، دار الجيل ، بيروت ، 1998 .
108. محمد بن منظور ، لسان العرب ، ط.1، دار صادر ، بيروت ، د.س. .
109. محمد بن تقية ، مصادر التشريع الإسلامي ، ط.1، د.و.أ.ت، الجزائر ، 1993 .
110. محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2006 .
111. مصطفى العوجي ، القانون المدني ، ط.4، من شورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2007 .
112. ناصر الإسلام الرمفوي ، البناية في شرح الهداية ، ط.2، دار الفكر ، لبنان ، 1990 .
113. نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للإلتزام ، دار النهضة العربية ، بيروت، 1995 .
114. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، ط.2، دار الفكر ، دمشق ، 1985 .
115. يوسف البدوي ، مقاصد الشريعة عند ابن تيمية ، دار النفائس ، الأردن ، د.س. .

ثانيا : المراجع الخاصة و الرسائل و المذكرات :

1-المراجع الخاصة :

1. أبو العباس بن تيمية، بيان الدليل على بطلان التحليل، ط.1، المكتب الإسلامي، الأردن، 1998.
2. أحمد لطفي أحمد، التلقيح الاصطناعي، ط.1، دار الهدى، الجزائر، 2010.
3. أحمد حمد، موضوع النسب في الشريعة و القانون، ط.1، دار القلم، الكويت، 1983.
4. أحمد شاكر ، نظام الطلاق في الإسلام ، مكتبة السنة ، مصر ، د.س .
5. أسامة عمر الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج و الطلاق ، ط.2، دار النفائس، الأردن، 2005.
6. المصري مبروك، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائرية، دار هومة، الجزائر، 2010.
7. أسامة مسعود ، الإكراه في عقد الزواج ، ط.1، دار الثقافة ، الأردن ، 2011.
8. اللجنة الدائمة للإفتاء ، البحوث العلمية ، الرئاسة العامة للإفتاء ، السعودية، 2004.
9. باديس ديابي ، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون الجزائري ، ط.1، دار الهدى، 2007 .
10. باديس ديابي ، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، ط.1، دار الهدى ، الجزائر ، 2012 .
11. بلعور عبد الكريم ، نظرية فسخ العقد في القانون الجزائري المقارن ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1986.
12. بن زيطة عبد الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري ، ط.1، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2007.
13. بو عبد الله رمضان ، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري ، ط.2 ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2008.

14. تشوار جيلالي ، الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الطبية و البيولوجية، د.م.ج، الجزائر، 2001.
15. تشوار حميدو زكية ، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية، دار الكتب العلمية، بيروت، 2008.
16. توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
17. جميل جانم ، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه و القانون ، ط.1 ، دار الحامد ، 2009.
18. خليفة الكعبي ، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين ، ط.1، دار النفائس ، الاردن ، 2010 .
19. راشدي أبو زيد ، الاشتراط في وثيقة الزواج ، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، 2011.
20. رعد الحمداني ، النظام المالي للزوجين ، ط.2 ، دار الثقافة ، الأردن، 2010.
21. زبيدة إقروفة ، التلقيح الإصطناعي ، ط.1 ، دار الهدى ، الجزائر ، 2010 .
22. صالح أبو زيد ، الأمراض الحديثة و أثرها على إستمرار الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي ، ط.1، دار الثقافة ، الأردن ، 2012 .
23. عبد الحميد القضاة ، الفحص الطبي قبل الزواج ضرورة أم ترف ؟، ط.1 ، جمعية العفاف الخيرية ، عمان ، 2003.
24. عبد الرحمن الأهدل، الأنكحة الفاسدة ، ط.1، المكتبة الدولية ، الرياض، 1983.
25. عبد الفتاح أبو كيلة ، الفحص الطبي قبل الزواج ، ط.1 ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، 2012 .

26. عبد المطلب حمدان ، الحضانة و أثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي ، دار الجامعة الجديدة ، مصر، 2008 .
27. عبد الكريم مامون ، محاضرات في القانون الطبي موجهة لطلبة ماجستير القانون الخاص المعمق ، جامعة أبي بكر بلقايد ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، تلمسان ، 2012/2011 .
28. عيبر القدومي ، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية ، ط.1 ، دار الفكر ، عمان ، 2007 .
29. عصام أنور سليم، أصول الأحوال الشخصية لغير المسلمين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005 .
30. علي القطان، النظر في أحكام النظر بحاسة البصر، ط.1، دار الصحابة، طنطا، 1994 .
31. عمر العزاوي ، الذمة المالية للزوجين ، منشورات الحلبي الحقوقية ، دمشق، د.س .
32. فاتن الكيلاني ، الفحوصات الطبية للزوجين ، ط.1 ، دار النفائس ، الأردن ، 2011 .
33. لبنى مختار، وجود الإرادة و تأثير الغلط عليها في القانون المقارن، د.م.ج، الجزائر، 1984 .
34. محمد الزحيلي ، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ، ط.1، مكتبة دار البيان، دمشق، 1982 .
35. محمد بن قيم الجوزية ، إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان ، ط.1 ، دار عالم الفوائد ، الرياض ، د.س .
36. محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج و الطلاق و الوصية، ط.1 ، دار اليازوري ، الأردن ، 2010 .

37. محمد عليوي ناصر ، الحضانة بين الشريعة و القانون ، ط.1 ، دار الثقافة ، الأردن ، 2010.
38. محمد يوسف علوان و محمد خليل موسى ، القانون الدولي لحقوق الإنسان ، ط.1 ، دار الثقافة ، الأردن ، 2007 .
39. مصطفى بن العدوي ، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية ، ط.1 ، مكتبة بن تيمية ، القاهرة ، 1988 .
40. مقدم سعيد ، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1992 .
41. ممدوح عزمي، أحكام الحضانة، دار الفكر الجامعي، د.س.
42. منصور نور ، التطلق و الخلع ، ط.، دار الهدى ، الجزائر ، 2012 .
43. نائل قزقر، أثر الإختلالات العقلية و الاضطرابات النفسية في مسائل الأحوال الشخصية، ط.1، دار النفائس، الأردن، 1999.
44. نايف محمد الرجوب، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، ط.1، دار الثقافة، الأردن، 2008.
45. نشوة العلواني ، عقد الزواج و الشروط الإتفاقية ، ط.1 ، دار بن حزم ، بيروت ، 2003 .
46. نضال أسنينة ، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية ، ط.1 ، دار الثقافة ، الأردن، 2011.
47. نورة دري ، الشروط الجعلية في عقود الزواج ، ط.1، دار بن حزم ، بيروت ، 2009 .
48. وليد رمضان ، القوة الملزمة للعقد و الاستثناءات الواردة عليها ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2009.

II- الرسائل و المذكرات :

1. أحمد طاهري، صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، 1998.
2. أحمد عبدو، مدى حرية المرأة في إبرام عقد الزواج، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد العلوم القانونية والإدارية، بن عكنون، 1998.
3. العربي مجيدي، التعسف في إستعمال الحق و أثرها في أحكام الأسرة، مذكرة ماجستير في الشريعة و القانون، جامعة الجزائر، كلية أصول الدين، الخروبة، 2002.
4. إلياس مسعودة نعيمة، التعويض في بعض مسائل الزواج و الطلاق، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2010.
5. اليزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2006.
6. بلولة بختة، أثر فكرة التعسف في إستعمال الحق على الزواج و إنحلاله، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2005.
7. بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تيزي وزو، 2011.
8. بوطيش وهيبية، الشكلية في عقد الزواج، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، يوسف خدة، كلية الحقوق، د.س.
9. تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2005.

10. جمال عياشي، قيود تعدد الزوجات بين الشريعة و القانون، مذكرة ماجستير في القانون فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، 2005.
11. حسين مهداوي ، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج و آثاره ، مذكرة ماجستير ، جامعة أبو بكر بلقايد ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، تلمسان ، 2010 .
12. سعيد خيدر ، التكييف القانوني للخطبة ،مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، بن عكنون، 1993.
13. صالح بوغرارة ، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة ، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر ، بن يوسف بن خدة ، كلية الحقوق ، بن عكنون، 2007 .
14. صفوان عضيبات ، الفحص الطبي قبل الزواج ، مذكرة ماجستير تخصص فقه ، جامعة اليرموك ، الأردن، 2004.
15. طفياني خديجة ، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير ،جامعة أحمد بوقرة ، كلية الحقوق و العلوم التجارية، بومرداس ، د.س
16. عبد الرحيم صباح ، إلتزام الطبيب السر المهني ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة قاصدي مرباح ، قسم العلوم القانونية و الإدارية ، ورقلة، 2006.
17. عرفات مرداوي ، الصورية في التعاقد ، مذكرة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، كلية الدراسات العليا ، نابلس ، فلسطين ، 2010.
18. علاق عبد القادر ، أساس القوة الملزمة للعقد و حدودها ، رسالة ماجستير في القانون الخاص ، جامعة أبو بكر بلقايد ، كلية الحقوق ، تلمسان ، 2008

19. كريم زينب ، قانون الأسرة في ظل التطورات المعاصرة ، أطروحة دكتوراه ، جامعة جيلالي اليابس ، كلية الحقوق ، سيدي بلعباس ، 2010.
20. كريم زينب ، الزواج العربي في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص ، جامعة جيلالي اليابس ، كلية الحقوق ، سيدي بلعباس ، 2003.
21. ماديو نصيرة ، إفشاء السر المهني بين التجريم و الإجازة ، مذكرة ماجستير ، جامعة مولود معمري ، كلية الحقوق ، تيزي وزو ، 2010.
22. محفوظ بن صغير ، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة ، أطروحة دكتوراه ، جامعة الحاج لخضر ، قسم الشريعة ، باتنة ، 2009 .
23. مسعودي يوسف ، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماجستير ، المركز الجامعي ، بشار ، 2007 .
24. منادي مليكة بريك ، أحكام الأسرة بين الثابت و المتغير في القانون الجزائري ، أطروحة دكتوراه ، جامعة جيلالي اليابس ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، سيدي بلعباس ، 2006.
25. نجية زيتوني ، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، بن عكنون ، 2006.
26. نعيمة تبودشت ، الطلاق و توابع فك العصمة الزوجية بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، مذكرة ماجستير في القانون ، جامعة الجزائر ، 2000.
27. هجرس بوليداوي ، الولاية في الزواج بين الشريعة والقانون ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، 2000.
28. يوسفات علي هشام ، الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص ، فرع قانون الأسرة ، جامعة تلمسان ، 2009.

ثالثا: المقالات:

1. أحمد عبدو ، رضا المرأة في عقد الزواج في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ، مجلة دراسات قانونية ، مركز البصيرة ، الجزائر ، فيفري 2011، ع.10.
2. إلياس مسعودة نعيمة، العدول عن الخطبة بين نصوص القانون و اجتهاد القضاء، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية، تلمسان، 2009، ع.8.
3. بدوي علي ، عقود الزواج العربي بين قصور أحكام القانون و متطلبات المجتمع، مجلة موسوعة الفكر القانوني، د.س، ع.2.
4. بلحاج العربي ، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد، مجلة المحكمة العليا ، الجزائر ، 2007، ع.1 .
5. بلحاج العربي ، تفويت فرصة الزواج ، مجلة العلوم القانونية و الإدارية والسياسية ، تلمسان ، 2009، ع.8.
6. بن شويخ رشيد ، الطرق الشرعية و القانونية لثبوت النسب أو نفيه ، مجلة العلوم القانونية و الإدارية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، كلية الحقوق ، تلمسان، 2005، ع.3.
7. بن شيخ الرشيد، وضعية حقوق المرأة في الجزائر، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2011، ع.12.
8. تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية و الأسرية في بعض مسائل الزواج، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2010، ع.10.

9. تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن و الجزاء، م.ج، جامعة الجزائر، 1999،
ع.4.
10. تشوار جيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة
بمقوق المرأة الأسرية بين التراجع و التمسك، مجلة العلوم القانونية و الإدارية
والسياسية، تلمسان، 2011، ع.12.
11. تشوار جيلالي، عومة القانون و مدى تأثيرها على أحكام الأسرة، م.ج،
جامعة الجزائر، د.س، د.ع.
12. تشوار جيلالي، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، مجلة العلوم القانونية
و الإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2006، ع.4.
13. تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي
و التنقيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، جامعة أبو بكر
بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2005، ع.3.
14. تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 02/05
المعدل لقانون الأسرة ، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية ، تلمسان،
2012، ع.12.
15. تشوار حميدو زكية، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة
في قانون الأسرة الجزائري، 2006، ع.4.
16. تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق عدالة القانون أم
القاضي ؟ مجلة الحقوق و العلوم السياسية ، تلمسان ، 2010، ع.10.
17. تشوار حميدو زكية، عمل المطلقة الحاضنة كسبب مسقط للحضانة بين الفراغ
التشريعي و الواقع الإجتماعي ، مجلة الأسرة و التطورات العلمية ، مخبر القانون
و التكنولوجيات الحديثة ، جامعة وهران ، كلية الحقوق ، 2007، د.ع.

18. تياب نادية ، حق النسب و الحماية المقررة لمجهولي النسب في القانون الجزائري ، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، كلية الحقوق ، تلمسان ، 2008 ، ع.6.
19. رباحي أحمد، ضوابط حرية الإشتراط في عقد الزواج بين قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي ، مجلة دراسات قانونية ، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، مخبر القانون الخاص الأساس ، تلمسان ، 2010 ، ع.7.
20. زيري بن قويدر ، القضاء بين التطور العلمي و التشريعي في مسألة إثبات النسب، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق ، تلمسان ، 2009 ، ع.8.
21. شهر الدين قالة ، أحكام طلاق المضطرب نفسيا ، مجلة الفكر، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، بسكرة ، د.س، د.ع.
22. عبد الرزاق الشيخ مجيب ، طبيعة الخطبة في رؤية فقهية جديدة ، مجلة الحقوق، الكويت ، س.25، 2001 ، ع.1.
23. عبد الكريم مامون، إخلال الطبيب بحق المريض في الرضا و جزاءه، موسوعة الفكر القانوني ، وهران، د.س، ع.1.
24. عبد الكريم مامون ، الإبطار الشرعي و القانوني للإلجاب الصناعي ، مجلة العلوم القانونية و الإدارية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، كلية الحقوق ، تلمسان، 2006 ، ع.4.
25. عبده الأهدل ، الصور التي ينقض فيها الحاكم النكاح بين الزوجين، مجلة البحوث الإسلامية، السعودية، من ربيع الأول إلى جمادي الثانية، 1420 ، ع.57.

26. علي نجيده ، دور الإرادة و التعبير عنها في الفقه الإسلامي و الوضعي ، مجلة القانون و الإقتصاد ، مطبعة عبير ، القاهرة ، 1986 ، ع.55.
27. علي نجيده الغلط و معياره بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية ، مجلة القانون و الإقتصاد ، القاهرة ، 1991 ، ع.58.
28. مروك نصر الدين ، الحق في الخصوصية ، مجلة موسوعة الفكر القانوني، د.س، ع.1.
29. نهي قرطاجي ، قراءة في إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (السيداو)، مقال منشور على الموقع، <http://www.saaaid.net>

رابعاً : النصوص القانونية:

1. المرسوم الرئاسي رقم 438/96، مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، المتضمن نص تعديل الدستور، ج.ر، ع.76، المؤرخة في 8 ديسمبر 1996.
2. إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ، المؤرخة في 18/12/1979، والمصادق عليها بموجب الأمر، 03/96، مؤرخ في 10/01/1996، ج.ر، ع.3، والمؤرخة في 14/01/1996.
3. القانون .224/63، الصادر في 29/06/1963 ، المتضمن تحديد سن الزواج و تسجيله ، ج.ر ، ع.44، 1963.
4. الأمر .156/66 ، المؤرخ في 08/06/1966 ، يتضمن قانون العقوبات ، ج.ر.ع. 49 ، المؤرخة في 11/06/1966.
5. القانون .11/84 ، مؤرخة في 09/06/1984 ، المتضمن قانون الأسرة ، ج.ر، ع.24 ، المؤرخة في 12/06/1984، المعدل والمتمم بالأمر

02/05، المؤرخ في .2005/02/27 ، ج.ر،ع.15 ، المؤرخة في
.2005/02/27

6. القانون .05/85 ، المؤرخ في 1985/02/16 ، يتعلق بحماية الصحة
العامة و ترفيتها ، ج.ر،ع.8 ، المؤرخة في 1985/02/17.
7. القانون .09/08 ، المؤرخ في .2008/02/25 ، يتضمن قانون
الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج.ر،ع.21 ، المؤرخة في.
.2008/04/24

8. المرسوم التنفيذي .154/06 ، مؤرخ في 2006/05/11، يحدد
شروط و كيفية تطبيق المادة 7 مكرر من قانون الأسرة ، ج.ر،ع.31،
المؤرخة في 2006/05/14 .

الفهرس

01مقدمة
08الفصل الأول: دور الإرادة في إبرام عقد الزواج
09المبحث الأول: مجال الإرادة في تكوين عقد الزواج
10المطلب الأول: أثر الإرادة في التمهيد لعقد الزواج
10الفرع الأول: أثر الإرادة في إنشاء الخطبة
11أولاً: حدود الإرادة في إنشاء الخطبة
11أ. - الموانع الشرعية كفيد للإرادة في الخطبة
111. - الموانع المتعلقة بالخطاب
132. - الموانع المتعلقة بالمخطوبة
143. - الموانع المتعلقة بالخطاب و المخطوبة معا
204. - الموانع التي قد تتعلق بالخطاب أو بالمخطوبة أو بهما
21ب. - معايير الإختيار كضابط للإرادة في الخطبة
211. - معايير كيفية الإختيار في الخطبة
212. - معايير في مواصفات الإختيار
23ج. - كيفية التعبير عن الإرادة في الخطبة
231. - التعبير الصريح عن الخطبة
232. - التعبير الضمني عن الخطبة
24ثانياً: دور الإرادة في تحديد الطبيعة القانونية للخطبة
25أ. - الخطبة وعد بالزواج لا إزام له
26ب. - الخطبة عقد كامل الأركان و الشروط
27ج. - الخطبة عقد تمهيدي
28الفرع الثاني: أثر الإرادة في العدول عن الخطبة
28أولاً: تقرير حق العدول عن الخطبة شرعا و قانونا
28أ. - تقرير حق العدول في الشريعة

28	ب. - تقرير حق العدول في القانون الجزائري.....
29	ثانيا: مدى إلزام العادل عن الخطبة بالتعويض.....
29	أ. - إلزام العادل بالتعويض في الفقه الإسلامي.....
29	1. - العادل عن الخطبة لا يلزم عن التعويض مطلقا.....
30	2. - العادل عن الخطبة يلزم عن التعويض مطلقا.....
30	3. - العادل عن الخطبة يلزم على التعويض بشروط.....
31	ب. - موقف المشرع الجزائري من إلزام العادل بالتعويض.....
34	ثالثا: مدى إلزام العادل عن الخطبة برد الهدايا و الصداق.....
34	أ. - مدى إلزام العادل عن الخطبة برد الهدايا.....
34	1. - إلزام العادل برد الهدايا في الفقه الإسلامي.....
35	2. - موقف المشرع الجزائري.....
36	ب. - مدى الإلتزام برد الصداق في العدول عن الخطبة.....
37	الفرع الثالث: الرضا بالفحص الطبي قبل الزواج.....
37	أولا: تعريف الفحص الطبي قبل الزواج.....
38	ثانيا: الرضا القبلي بالفحص الطبي قبل الزواج.....
38	أ. - إلزام الخاطبين بالفحص الطبي في الفقه الإسلامي.....
39	1. - جواز الإلتزام بالفحص الطبي قبل الزواج.....
40	2. - تحريم إلزام الخاطبين بالفحص الطبي.....
41	3. - الرأي الفقهي المختار في الزامية الفحص الطبي.....
41	ب. موقف القانون من إلزام الخاطبين بالفحص الطبي.....
42	1. - الفحص الطبي قبل الزواج و مبدأ رضا المريض.....
43	2. - موقف المشرع الجزائري.....
44	ثالثا: الرضا البعدي بالفحص الطبي قبل الزواج.....
44	أ. - الإلتزام بالإعلام بالفحص الطبي قبل الزواج.....
45	ب. - أثر نتائج الفحص الطبي على إرادة الخاطبين.....
45	1. - الرضا بنتائج الفحص الطبي قبل الزواج.....

472- العدول عن الخطبة بسبب نتائج الفحص قبل الزواج.....
49المطلب الثاني:مركز الإرادة في مجلس عقد الزواج.....
49الفرع الأول:وجود التراضي في مجلس عقد الزواج.....
50أولاً: كيفية التعبير عن الإرادة.....
50أ. - التعبير عن الإرادة باللفظ.....
51ب. - تعبير العاجز.....
511. - التعبير بالكتابة.....
522. - التعبير بالإشارة.....
533. - التعبير بوسائل الإتصال الحديثة.....
54ج. - التعبير بالسكوت.....
55ثانياً:توافق الإرادتين.....
56أ. - توافق الإرادتين بين حاضرين.....
561. - حالة الزواج بواحدة.....
562. - حالة تعدد الزوجات.....
58ب. - توفيق الإرادتين عن طريق النيابة.....
581. - الولاية في التعاقد.....
592. - الوكالة في التعاقد.....
603. - الفضالة في التعاقد.....
62الفرع الثاني:صحة التراضي في مجلس عقد الزواج.....
62أولاً: عيوب الإرادة في التراضي.....
62أ. - الغلط.....
631. - الغلط المانع للإرادة.....
632. - الغلط المفسد للإرادة.....
64ب. - الإكراه.....
66ج. - التدليس.....
68ثانياً:الأهلية في التراضي.....

69 أ. - أهلية زواج القاصر
69 1. - المصلحة
69 2. - الضرورة
69 3. - قدرة الطرفين على الزواج
70 ب. - جزاء تخلف أهلية الزواج
70 1. - الرأي الأول
71 2. - الرأي الثاني
71 3. - الرأي الثالث
72 ج. - زواج المجنون و المعتوه
73 ثالثا: الصورية في التراضي
74 أ. حكم الزواج من أجل الحصول على إقامة
74 ب. حكم زواج المحلل
75 الفرع الثالث: مكانة التراضي في مجلس عقد الزواج
75 أولا: مدى رضائية عقد الزواج في الشريعة
77 ثانيا: موقف المشرع الجزائري من رضائية عقد الزواج
81 المبحث الثاني: موقع الإرادة في آثار عقد الزواج
81 المطلب الأول: الحقوق الإرادية الناتجة عن الزواج
81 الفرع الأول: الذمة المالية بين الزوجين
82 أولا: الحق في الذمة المالية المستقلة في الزواج
82 أ. مدى إستقلالية الزوج في ذمته المالية
83 ب. مدى إستقلالية الزوجة في ذمتها المالية
84 ثانيا: الحق في الذمة المالية المشتركة بين الزوجين
84 أ. تعريف الذمة المالية المشتركة بين الزوجين
85 ب. تعريف عقد الاشتراك المالي بين الزوجين
85 ج. خصائص عقد الاشتراك المالي
85 1. عقد الاشتراك المالي عقد إتفاقي إختياري

85 2. عقد الاشتراك المالي عقد رسمي
86 د. سلطة الزوجين على الأموال المشتركة بينهما.
86 الفرع الثاني: الحق في تثبيت النسب أو نفيه.
87 أولاً: الحق في تثبيت النسب.
87 أ. تثبيت النسب بالإقرار.
88 1. الإقرار على النفس.
89 2. الإقرار على الغير.
89 ب. تثبيت النسب بالطرق العلمية.
89 1. حكم الشرع في إثبات النسب بالطرق العلمية.
91 2. موقف المشرع الجزائري من إثبات النسب بالطرق العلمية.
91 ج. تثبيت النسب بالبينة.
92 ثانياً: الحق في نفي النسب.
92 أ. نفي النسب في الشريعة.
93 1. تخصيص اللعان من تحريم الطعن في النسب.
93 2. هل الوسائل الحديثة تخصص من تحريم الطعن في النسب؟
94 ب. نفي النسب في القانون الجزائري.
94 1. حالة عدم توفر شروط إثبات النسب.
95 2. حالة اللعان.
96 الفرع الثالث: الحق في الإنجاب الاصطناعي.
96 أولاً: تعريف التلقيح الاصطناعي.
97 ثانياً: أساليب التلقيح الاصطناعي.
97 أ. أسلوب التلقيح الاصطناعي الداخلي.
97 ب. أسلوب التلقيح الاصطناعي الخارجي.
97 ثالثاً: حكم الشريعة في التلقيح الاصطناعي.
98 أ. فتوى الشيخ ابن عثيمين.
98 ب. فتوى الشيخ الألباني.

98 ج. فتوى الشيخ ابن باز
98 د. فتوى مجمع الفقه الإسلامي
99 رابعا: موقف المشرع الجزائري من التلقيح الاصطناعي
99 أ. شرط ورود التلقيح الاصطناعي في إطار زواج شرعي
99 ب. شرط ورود التلقيح الاصطناعي برضا الزوجين
100 ج. شرط ورود التلقيح الاصطناعي بمشي الزوج و بويضة الزوجة
100 د. شرط أن لا يرد التلقيح باستعمال الأم البديلة
100 و. شرط استحالة الإنجاب بالطريق الطبيعي
101 المطلب الثاني: الشرط الإتفاقي كواجب إرادي في الزواج
101 الفرع الأول: حكم الشريعة في الشرط الإتفاقي
101 أولا: تعريف للشرط الإتفاقي في الزواج
101 ثانيا: أقسام الشرط الإتفاقي في الزواج بإعتبار حكمه
102 أ. الشروط الإتفاقية المتفق على صحتها
102 ب. الشروط الإتفاقية المتفق على بطلانها
103 ج. الشروط الإتفاقية المختلف في حكمها
105 الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من الشرط الإتفاقي في الزواج
106 أولا: معيار الشرط الاتفاقي الصحيح
107 ثانيا: أثر الشرط الإتفاقي غير الصحيح

110الفصل الثاني: دور الإرادة في إنهاء عقد الزواج
111المبحث الأول: نطاق الإرادة في كيفية إنهاء عقد الزواج
112المطلب الأول: إنهاء عقد الزواج بالإرادة الصحيحة
112الفرع الأول: إنهاء عقد الزواج بالإرادة المنفردة
113أولاً: الطلاق بإرادة الزوج
113أ. إرادة المطلق مقيدة بلفظ مخصوص
1141. الطلاق الصريح
1142. الطلاق بالكناية
1153. الطلاق بالكتابة والإشارة
1154. الطلاق بالوسائل الحديثة
115ب. إرادة المطلق مقيدة بوقت مخصوص
116ج. إرادة المطلق مقيدة بعدد
1161. هل يعترف المشرع الجزائري بالطلاق الرجعي؟
1202. هل التلفظ بالطلاق ثلاثاً دفعة يعد طلاقاً ثلاثاً؟
122د. إرادة المطلق مقيدة بعدة
1241. عدة الحائض
1262. عدة اليائسة من الحيض
1273. عدة الحامل المطلقة
127ثانياً: الطلاق بطلب الزوجة
127أ. التطليق
1281. التطليق لعدم الإنفاق
1292. التطليق للعيوب
1313. التطليق للهجر في المضجع
1324. التطليق لجرمة مخلة بشرف الأسرة
1335. التطليق للغيبية

135	6.التطليق لمخالفة أحكام المادة8 من ق.أ
136	7.التطليق لإرتكاب فاحشة مبينة
137	8.التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين
138	9.التطليق لمخالفة الشرط الاتفاقي
138	10.التطليق للضرر المعترف شرعا
139	ب.الخلع
139	1.حكم طلب المرأة الطلاق من غير سبب
140	2.تعريف الخلع و طبيعته
141	3.شروط الخلع
144	4.موقف المشرع من الخلع
146	الفرع الثاني:إنهاء عقد الزواج بالإرادة المشتركة
146	أولا: الطلاق بالتراضي في الشريعة الإسلامية
147	ثانيا: الطلاق بالتراضي في القانون الجزائري
150	المطلب الثاني:الطلاق بالإرادة المعيبة
150	الفرع الأول:الطلاق بالإرادة المعيبة بدافع جبري
151	أولا: طلاق ناقص الأهلية
153	ثانيا: طلاق المضطرب نفسيا
154	ثالثا: طلاق المخطئ
154	رابعا: طلاق الغضبان
155	خامسا: طلاق غير القاصد له
155	سادسا: طلاق المكره
156	الفرع الثاني:الطلاق بالإرادة المعيبة بدافع اختياري
156	أولا: طلاق السكران
156	أ.طلاق السكران بعارض مباح
156	ب. طلاق السكران بعارض محظور
157	ثانيا:طلاق المريض مرض الموت

159المبحث الثاني:محل الإرادة في آثار إنهاء عقد الزواج
159المطلب الأول:الرضا بقبول الحضانة و التنازل عنها.
160الفرع الأول:الرضا بقبول الحضانة.....
160أولا: الرضا بقبول الحضانة شرعا.....
162ثانيا: الرضا بقبول الحضانة قانونا.....
163الفرع الثاني:الرضا بالتنازل عن الحضانة.....
164أولا: التنازل الصريح عن الحضانة.....
164أ.استصدار حكم قضائي بالتنازل عن الحضانة
164ب. أن يكون التنازل عن الحضانة من مستحقها.....
164ج. أن لا يكون التنازل عن الحضانة مضرا بالمحضون
164د. أن يوجد حاضن آخر
165ثانيا: التنازل الضمني عن الحضانة.....
165أ.زواج الحاضن بأجنبي عن المحضون
166ب.عدم المطالبة بالحضانة مدة سنة
1661.الوقت الذي تبدأ منه السنة المسقطه للحضانة.....
1672.هل إسقاط الحضانة بعد السنة بموجب القانون أو القضاء؟
168ج.هل عمل الحاضنة يسقط عنها الحضانة؟.....
170د. إنتقال الحاضن إلى بلد أجنبي.....
171و.مساكنة المحضون مع من سقطت حضانته.....
172ثالثا: الرجوع عن التنازل عن الحضانة.....
173المطلب الثاني:أثر تعسف الإرادة في إنهاء عقد الزواج.....
174الفرع الأول:مجال تعسف الإرادة في إنهاء عقد الزواج.....
174أولا:تعسف إرادة الزوج في إنهاء عقد الزواج
175أ.أن يكون الزوج هو الطالب للطلاق
175ب. أن لا تكون الزوجة ناشزا.....
176ج.أن لا يكون سبب الطلاق عيبا يوجب التفريق شرعا

177 د. أن يسبب الطلاق ضررا بالزوجة ...
178 ثانيا: تعسف إرادة الزوجة في إنهاء عقد الزواج.
179 الفرع الثاني: تعويض تعسف الإرادة في إنهاء عقد الزواج.
179 أولا: أساس التعويض في التعسف بإنهاء عقد الزواج.
179 أ. أساس التعويض نفقة المتعة.
180 1. تعريف المتعة و بيان أحكامها.
181 2. التفريق بين المتعة و التعويض عن الطلاق التعسفي.
183 ب. أساس التعويض نظرية التعسف في إستعمال الحق
184 ثانيا: تقدير تعويض تعسف الإرادة في إنهاء عقد الزواج.
186 خاتمة
190 الملاحق
217 المراجع
237 الفهرس

الملخص:

وصف المشرع الجزائري عقد الزواج أنه عقد رضائي، والعقد الرضائي هو ذلك العقد الذي تحدد فيه إرادة الطرفين قانون إبرامه وإنهائه.

ومما لا شك فيه أن أهم ما يمكن أن يبحث في عقد الزواج هو معرفة أساس القوة الملزمة له. ولهذا انصب هذا العمل في البحث عن ما مدى اعتبار الإرادة أساسا للقوة الملزمة لعقد الزواج، وذلك بالنظر إلى دور الإرادة في كل من إبرام وإنهاء عقد الزواج وما ينجده عنهما من آثار.

الكلمات المفتاحية:

عقد - زواج - إرادة - تراضي - طلاق - تطليق - خلع .

Résumé :

Le législateur algérien décrit l'acte de mariage comme étant un acte de consentement qui traduit la volonté de contracter mariage ou de le dissoudre.

Sans doute, ce que l'on doit chercher dans l'acte de mariage c'est de connaître la base de force obligatoire .

A cet effet, ce travail de recherche sur la considération de la volonté est la base de la force obligante du contrat de mariage en raison du rôle de la volonté dans l'action de contracter ou de dissoudre l'acte de mariage et ce qui en résulte comme effets.

Mots-clés : acte – mariage – volonté – consentement – divorce – divorce à la demande de l'épouse – divorce moyennant le paiement d'une somme à titre de khol'a.

Abstract :

Algerian legislator described the marriage as an act of consent which reflects the desire to marry or dissolve.

Probably what we should seek in marriage is to know the basis of its obligatory force.

I realize this research on the consideration of the will as the basis of the obligatory force of the marriage contract taking in count the role of the will in the action of contract or dissolve the marriage and what follows as effects.

Keywords: act - marriage - will - consent - divorce - divorce at the request of the wife - divorce upon payment of a sum as khol'a.