

جامعة أوبكر بلقايد، تلمسان  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم القانون الخاص  
المخبر المتوسطي للدراسات القانونية

# قانون الأسرة المعمق

مجموعة محاضرات أقيمت على طلبية الماستر 1  
تخصص القانون الخاص

من إعداد  
الأستاذ الدكتور تشوار جيلالي

الجزء الأول: الزواج وآثاره 2025/2024  
الجزء الثاني الطلاق وآثاره: 2024/2023

مقدمة

التطور التاريخي لقانون الأسرة:  
أولا- العهد الاستعماري:

قبل أن تستولي فرنسا على زمام الأمور (الحكم) في الجزائر كانت مادة الأحوال الشخصية تخضع لأحكام القرآن الكريم والسنة النبوية، فكان القاضي آنذاك يستنبط الأحكام الخاصة بهذه المادة من هذين المصدرين وإذا لم يجد اجتهد رأيه وكانت له الحرية في الاختيار من آراء و فتاوى الصحابة الأقرب للقرآن الكريم والسنة النبوية وبالإمكان أن يأخذ برأيه معتمدا على تفسيره الخاص.

ولكن تغير الوضع لما تولى أبو يوسف القضاء في بغداد أيام هارون الرشيد وكان أهم ما يميز هذه الفترة التاريخية هو انه كان يتعين على القاضي ان يستنبط الأحكام من المذهب الحنفي وهو مذهب الدولة العباسية، وكذلك الشأن بالنسبة للدولة العثمانية فيما عدا ما كان عليه القضاء في الأندلس فكان على مذهب الإمام مالك، واستمر الأمر على هذه الحالة إلى غاية أن استولت فرنسا على زمام الحكم في الجزائر. وما ينبغي الإشارة إليه هو أن المستعمر الفرنسي صعب عليه الأمر أن يقوم بتوحيد النصوص المنظمة لمادة الأحوال الشخصية، وذلك راجعا إلى أنه كانت الطائفة التركية خاصة في الجزائر العاصمة على مذهب الإمام أبو حنيفة وإلى جانبها كانت غالبية الأشخاص يخضع للمذهب المالكي، بالإضافة إلى الأعراف القبائلية التي كانت تطبق في منطقة القبائل، وكذلك مذهب الإباضي في منطقة الميزاب.

وأما المستعمر الفرنسي، إلى جانب ذلك كله، نص على إخضاع المستوطنين الفرنسيين وغيرهم من حاملي الجنسية الفرنسية بمقتضى مرسوم CREMIEUX في سنة 1870 وكذلك الجزائريين اليهود وبعض الجزائريين المكتسبين للمواطنة للقانون الفرنسي. وبناء على هذا التطور التشريعي، أصبح الجزائريون وغيرهم يخضعون للقانون الفرنسي فيما يتعلق بالمسائل الجزائية والتجارية والإدارية والإجرائية إلا فيما عدا مادة الأحوال الشخصية فتركت فرنسا الجزائريين يخضعون بشأنها لأحكام الشريعة الإسلامية، وكذلك فيما يتعلق بمعاملتهم المدنية الخاصة بهم وخصت لذلك محاكم شرعية تستأنس بأحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالزواج، الطلاق، والميراث، والوصية، والوقف.

وبعد ذلك، حاولت فرنسا أن تقوم بتوحيد قانون الأسرة في بداية القرن 20 وذلك عن طريق مشروع العميد مارسيل مورو، وقد تناول هذا المشروع جميع المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية حيث كان يحتوي على 263 مادة متعلقة بالزواج والطلاق وآثارهما، و226 مادة متعلقة بالهبة والحبوس والميراث والوصايا، و79 مادة متعلقة بالإثبات. إلا أنه على الرغم من أن هذا المشروع لم يصبح قانونا كان بعض القضاة يستنبطون أحكامهم منه، واستمر الوضع على هذه الحالة إلى أن قامت فرنسا بوضع أول قانون مكتوب بشكل منظم وشامل يهتم بجانب من الأحوال الشخصية وهو القانون رقم 57/778 الصادر في 11/07/1957 والذي نظم الأحكام المتعلقة بالولاية والحجر والغياب والفقدان، ثم تم صدور الأمر رقم 274/59 في 04/02/1959 الذي نظمت بمقتضاه الإدارة الفرنسية الزواج والطلاق وأهم ما يلاحظ على الأمر الأخير ما يلي:

- يبطل عقد الزواج إذا لم ينعقد من قبل الزوجين وعلينا بحضور الشاهدين أمام ضابط الحالة المدنية أو القاضي؛
- لا ينحل الزواج فيما عدا الوفاة إلا بحكم قاضي وبطلب من أحد الزوجين وهنا يميز المشرع ما بين نوعين من الأسباب، فهناك أسباب حاسمة (زنا الزوج، الحكم على الزوج بعقوبة مقيدة للحرية)، وأسباب غير حاسمة (سوء معاملة الزوجة...)
- لا يعترف هذا الأمر بزواج الصغار فقد حدد سن الزواج ب 18 سنة للفتى و15 سنة للفتاة.

#### ثانياً.- المشرع الجزائري وقانون الأسرة :

بعد ما نالت الجزائر استقلالها استعص الأمر على المشرع أن يقوم بإعادة النظر في جميع القوانين في شتى المجالات، الاجتماعية، والأسرية، والاقتصادية، بل اكتفى بصور في 1962/12/31 قانون ينص على إبقاء العمل بالقوانين الموروثة عن المستعمر الفرنسي فيما عدا تلك التي تمس السيادة الوطنية أو لها طابع عنصري أو الماسة بالحرية الديمقراطية. ومن هنا نستخلص أنه استقر العمل بالقانون الصادر في 1957/07/11 وكذلك الأمر الصادر في 1959/02/04 بشأن الولاية على الأسرة والحجر والغياب والفقدان والزواج والطلاق وآثارهما. وقد حاول المشرع تقنين الأسرة منذ 1963 وأول ما بدأ به تحديد سن الزواج رغم الآراء المتضاربة بعضها البعض داخل الجمعية الوطنية التأسيسية بين أنصار التحديث والرافضين له، ورغم ذلك، حددت سن الزواج ب 16 سنة للفتاة و18 سنة للفتى بمقتضى قانون الصادر في 29/06/1963.

وبعد ذلك قام المشرع بوضع قانون التنظيم القضائي، وقانون الإجراءات المدنية، وقانون الإجراءات الجزائية، وقانون العقوبات، وقانون الجنسية، وقانون الحالة المدنية، واستمر الوضع على هذه الحال إلى أن قام المشرع بوضع القانون المدني بمقتضى الأمر الصادر في 1975/09/26 ونص في مادته الأولى على أن ÷ في حالة انتفاء النص التشريعي، يرجع القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ثم العرف ثم قانون الطبيعة وقواعد العدالة. وبهذا، أصبح القاضي يستأنس بالتشريع وإلا فبمبادئ الشريعة الإسلامية بشأن الأحوال الشخصية، مع هذه الملاحظة أن والمشرع قد نص بمقتضى الأمر الصادر في 1973/07/05 على إلغاء جميع القوانين الموروثة من المستعمر الفرنسي ابتداء من 1975/07/01، وبالتالي أصبح القانون المدني ساري المفعول طبقاً للمادة 1003 منه ابتداء من 1975/07/05.

لكن بالرغم من صدور القانون المدني إلا أنه غير قادر على تغطية كل المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية رغم التنصيص على الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية حالة غياب النص التشريعي، بحكم أن مبادئ الشريعة الإسلامية تقوم على عدة آراء، تارة مختلفة من مذهب لآخر وتارة متضاربة في المذهب ذاته، مما دفع بالمشرع محاولة تقنين قانون الأسرة حيث وضعت بشأنه عدة مشاريع، منها مشروع 1963 ثم

1966 ثم 1973 ثم 1980 ثم 1982 إلى غاية صدر المشرع قانون الأسرة في 1984/06/09.

غير أن سبب تأخر صدور قانون الأسرة، مقارنة مع القوانين الأخرى، هو التضارب القائم بين أنصار استنباط أحكام قانون الأسرة من آراء الفقه الإسلامي وأنصار تغريب قانون الأسرة واستنباط أحكامه من القوانين الغربية، وفي الحقيقة نحن لا نؤيد لا الرأي الأول ولا الرأي الثاني.

فالرأي الأول لا ينال منكل التأييد بسبب التطبيق الحرفي لآراء الفقه الإسلامي، علما أن البعض منها لا يمكن التمسك بها في العصر الحالي بحكم أنه بناها في العديد من المسائل على أساس الأعراف السائدة آنذاك، غير أن هذه الأعراف تتغير مع كل زمان ومكان، ومن ثم لا يمكن القول بتحديد سن الزواج الذي جاء به الفقه الإسلامي على أساس بلوغ الأمارات الطبيعية لدى المقبلين عليه، وبمعنى أدق لا يمكن لنا أن نسمح للمرأة أن تتزوج بمجرد أن أصبحت من ذوات الحيض أي عند بلوغها مثلا 12 سنة، كما أنه لا يمكن تطبيق عدة المستحاضة الواردة في بعض الأقوال الفقهية والمقدرة بـ 12 سنة، ولا الحكم بصحة زواج المكروه ولا الزواج الجبري ولا نظرية الطفل النائم.

أما الرأي الثاني لا يمكن الأخذ به لسبب واحد وهو أن العادات والتقاليد والأعراف الإسلامية المنتشرة في الجزائر تختلف اختلافا جذريا عن تلك السائدة في الدول الغربية، كيف يمكن الحكم بصحة زواج المثليين ولا زواج المغير لجنسه، وبإباحية الزنا الذي لا يعد في بعض القوانين الغربية سببا حاسما للطلاق، والمساواة في الميراث بين الجنسين، وبالسماح للمسلمة الزواج بغير المسلم، هي كلها أحكام تتنافى مع النصوص الشرعية الثابتة.

والجدير بالملاحظة أن أهم النقاط التي كان يسود حولها الاختلاف تتمثل فيما يلي:

1.- السماح للمرأة البالغة الزواج بدون ولي: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل».

2.- عدم السماح للزوجة المسلمة الزواج بغير المسلم: ومع العلم، حكم التحريم نص عليه القرآن الكريم بنص واضح لا يقبل أكثر من تأويل؛

3.- تعدد الزوجات: الإسلام يسمح بالتعدد الشرعي عكس الواقع المنتشر في الدول الغربية، قال الله تعالى «فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع»، علما أن الزواج بواحدة هو الأصل الشرعي أما التعدد ما هو إلا استثناء وارد على الأصل؛

4.- الطلاق: العصمة بيد الرجل وهو الذي يطلق وقد سمح له الفقه الإسلامي بأن يطلق زوجته حتى بدون سبب، أي أن الطلاق في هذه الحالة يقع ولكنه آثم وعقوبته أخروية، فالمرأة لا يحق لها التطليق إلا إذا كان لها سبب تبني عليه طلبها، وأن مصدر حق الزوج في الطلاق قوله تعالى «يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن»، وهناك عدة آيات أخرى تبين أن الخطاب موجه للرجل لا للمرأة؛

5.- التبني: وهو استلحاق شخص بلقب شخص آخر، ويكون الشخص الأول معلوم أو مجهول النسب مع اليقين أنه ليس منه، وغالبا ما يكون المتبني ابن زنا، والتبني ممنوع شرعا وقانونا طبقا للمادة 46 قانون الأسرة، ويقول الله تعالى "... ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله..."؛

6.- الميراث: وفي هذا يقول سبحانه وتعالى «يوصكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين»، ومن ثم ينبغي استبعاد ما قرره بعض الفقه من حيث تطبيق مبدأ المساواة في الميراث بين الجنسين؛

7.- الصداق: يرى أنصار الرأي الثاني وجوب إتمام عقد الزواج بدون مهر لأن المرأة ليست محل بيع وشراء، علما أن الله سبحانه وتعالى قال "وأتوا النساء صدقاتهن نحلة"، ومن ثم ينبغي استبعاد أي فكرة في هذا المجال تدور حول البيع والشراء لجسم المرأة بحكم أنه يجوز أن يكون المهر ولو خاتم من حديد، بل تعليم آية قرآنية.

أمام هذه الآراء المتضاربة بعضها البعض، ينبغي القول أن المجتمع الجزائري مجتمع إسلامي وأمام النصوص القرآنية والأحكام النبوية سالفة الذكر، يقتضي الأمر تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية واستبعاد كل ما يمس الثوابت الشرعية، والقول بخلاف ذلك سيؤدي لا محال إلى التضارب بين القانون والوسط الاجتماعي، فيصبح الأول في واد والثاني في واد آخر.

### ثالثا.- ملاحظات حول قانون الأسرة والتعديلات المدخلة عليه:

#### أ.- مصدرا قانون الأسرة:

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

ولكن، مما يلاحظ على هذا القانون أنه جعل من أحكام الزواج والطلاق ثلث النصوص الواردة فيه، ولكن قبل اللجوء إلى تفسير أحكامه ينبغي تبيان مصادره وينبغي طرح السؤال التالي: هل أن المشرع قد فتح باب الاجتهاد سامحا بذلك للقاضي أن يجتهد رأيه؟ أم أنه قد غلق ذلك الباب وما على القاضي إلا أن يطبق ما ورد في هذا القانون؟

للإجابة عليه تنص المادة 222 قانون الأسرة على أنه: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية». وتماشيا مع هذا النص،

فإن القاضي عند طرح القضية عليه أن يبحث عن الحكم في النصوص الواردة في قانون الأسرة، وإذا لم يجد يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية. والملفت للانتباه هو أن المشرع الجزائري قد فتح باب الاجتهاد عند انتفاء النص التشريعي بحيث لم يقيد القاضي بمذهب معين بل للقاضي الجزائري أن يبحث عن الحل الأنجح في أي مذهب من المذاهب السنية، بل حتى في المذهب الظاهري كما أخذ به المشرع بشأن التنزيل (المواد 169 إلى 172 من ق.أ).

## ب.- تطبيق قانون الأسرة من حيث الأشخاص:

تجدر الإشارة بداية في التساؤل عما إذا أخذ المشرع الجزائري بنظام الطوائف؟ والمقصود بهذا النظام هو أنه عندما تطرح القضية على المحكمة، فإنه ينبغي على القاضي أن يسأل المتقاضي عن الديانة التي يعتنقها، وذلك حتى يحدد القانون الواجب التطبيق. فإذا كان الشخص ينتمي إلى الديانة المسيحية يطبق عليه الأحكام الواردة في هذه الديانة وهو نظام معمول به في دول الشرق الأوسط كلبانن وكذلك في المغرب بالنسبة للطائفة اليهودية.

وخلافا لذلك، فالمشرع الجزائري لم يأخذ بنظام الطوائف بحيث قد نص في المادة 221 قانون الأسرة على أنه «يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني». وبتحليل هذا النص نستشف ما يلي:

- 1- إذا كان أحد أطراف النزاع يحمل الجنسية الجزائرية وهو متمسك بالدين الإسلامي أم لا فأحكام قانون الأسرة هي التي يخضع لها، ولذلك ينبغي القول أن المشرع أخذ بضابط الجنسية مبعدا في المجال ضابطي الديانة والموطن، إلا في حالات استثنائية.

- 2- أما الاستثناءات الواردة في المادة 221 من قانون الأسرة تتعلق فقط بأحكام القانون المدني الخاصة بمسائل القانون الدولي الخاص (م9 إلى م24 ق.أ.م). ومما يؤكد عدم الأخذ بنظام الطوائف، هو ما جاء به المشع في المادة الأولى من قانون الأسرة التي نصت صراحة على أنه: «تخضع جميع العلاقات بين أفراد الأسرة لأحكام هذا القانون»، ويطبق قانون الأسرة من حيث الأشخاص على كل الحاملين للجنسية الجزائرية مع الاستثناء الوارد على المقيمين الأجانب في الجزائر.

وأن الملاحظة الأخيرة حول قانون الأسرة هو أن المشرع قد جاء بنصوص تارة هي غامضة وتارة أخرى ناقصة وتارة ثالثة متضاربة بعضها البعض، ومما يصعب الأمر على القاضي إيجاد النص الواجب التطبيق، وذلك راجع إلى أن المشرع لم يرافق هذا النص لا بالأعمال التحضيرية ولا بالمذكرة الإيضاحية.

أما التعديلات التي أدخلها المشرع على قانون الأسرة بمقتضى الأمر الصادر في 2005/02/27، مست فقط بعض أحكام الزواج والطلاق وآثارهما والنيابة الشرعية في جانب معين. وأن ما يلاحظ على هذه التعديلات وذلك بصفة عامة كأن الطرف

الوحيد في العلاقات الزوجية هي المرأة دون باقي الأطراف وخير دليل على ذلك النصوص التالية:

1.- المادة 8 من قانون الأسرة وما يليها المتعلقة بتعدد الزوجات حيث أن المشرع قد أدخل في هذه المادة شرط الحصول على الإذن القضائي، كما أكد في المادة 8 مكرر منه على حق الزوجة في رفع دعوى قضائية ضد الزوج من أجل طلب التطلق في حالة التدليس؛

2.- المادة 11 من قانون الأسرة التي أصبحت تنص على أنه «تعتد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره...»؛

3.- المادة 36 وما يليها من ذات القانون نصت على واجبات وحقوق الزوجين، وهي مواد عشوائية من حيث الصياغة، إذ ولم يفرق ما هو واجب بالنسبة للزوجة وكذلك الأمر بالنسبة للزوج وهي الحقوق التي يتمتع بها كل واحد منهما؛

4.- كما أن المشرع الأسري قد ألغى المادة 20 المتعلقة بالزواج عن طريق الوكالة ومن ثم قد أصبح يشترط حضور الزوج يوم إبرام العقد، وهذا يتنافى مع المصالح الشخصية للمقبل على الزواج وكذلك مع أحكام الفقه الإسلامي.

5.- نص المشرع الأسري في المادة 53 قانون على حق الزوجة في التطلق، بل على حقها في الخلع دون موافقة الزوج، وبهذه النصوص يكون قد فتح باب الفرقة على مصراعيها، فبعدما كان ينص على سبع أسباب في المادة المعدلة أصبح ينص على 10 أسباب.

6.- منح المشرع الأسري بموجب المادة 87 4/87 حق الولاية للحاضن سواء أكان ذكراً أو أنثى على أولاده المحضونين، وهنا خروج فاضح عن أحكام الشريعة الإسلامية لأن الحضانة شيء والولاية شيء آخر، وبذلك أصبح يعترف بحق الولاية حتى للأم المسيحية بعد أن طلقها زوجها المسلم مع إسناد الحضانة لها.

## الباب الأول الزواج وحالة الزوجين

**الفصل الأول: تكوين عقد الزواج.**  
**المبحث التمهيدي: تعريف الزواج، وحكمته، وحكمه الشرعي**  
**أولاً.- التعريف اللغوي والاصطلاحي للزواج**

الزواج لغة هو الازدواج والاقتران والارتباط، يقال زوج الشيء بالشيء وزوجه إليه، ويقال تزوج القوم أي تزوج بعضهم بعضاً، ويقول الله تعالى "وزوجناهم بحور عين"، كما يمكن استعمال مصطلح النكاح في معنى الزواج وقد استعمله القرآن

الكريم في عدة آيات منها "انكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع...". كما أن النكاح يطلق في اللغة على الوطأ وعلى العقد وفي هذا المعنى قال صلى الله عليه وسلم "ولدت من نكاح لا من سفاح"، أي على الوطأ الحلال لا الحرام.

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

هذه التعاريف ناقصة، لذلك عرفه جانب من الفقه على أنه: "عقد يفيد حق العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات"، وفي هذا الإطار عرفت المادة 4 من قانون الأسرة الزواج على أنه: "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

غير أن ما يؤخذ على هذا التعريف بأنه ناقص لأن المشرع قد استعان بذكر غايته أي أهدافه لتحديد معناه، كذلك ما يعاب على المشرع أنه جعل عقد الزواج كسائر العقود الأخرى بقوله: "عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي"، لذلك كان على المشرع أن يستغني عن تعريف عقد الزواج لأن دور المشرع يتجلى في تبيان الأحكام أما التعاريف يختص بها الفقه، وبناء على هذا، نعرف عقد الزواج على أنه: "عقد يتم بين رجل وامرأة تحل له شرعا وبمقتضاه تنشأ بينهما علاقة أسرية يحدد القانون أركانها وشروطها وآثارها وانحلالها".

## ثانياً.- حكمة تشريع الزواج

عموماً، إن الحكمة من الزواج تتجلى في العديد من الغايات، منها خاصة أن به، وفي إطار شرعي ومنظم تنظيماً محكماً، يتم عمران الكون وازدهاره؛ وأن الأسرة هي اللبنة الأولى في بناء المجتمع إذا صلحت صلح المجتمع وإذا فسدت فسد المجتمع؛ وأنه المعيار الأساسي لحفظ الأنساب من الاختلاط إذ أن الشرع لا يعترف بأبوية الشخص والانتساب إلى الأب، كأصل عام، إلا عن طريق الزواج صحيحاً كان أم فاسداً، والقول بخلاف ذلك سيؤدي إلى انتشار الفوضى وشيوع الفاحشة واختلاط الأنساب، أي إلى إساءة أحوال الأشخاص المؤدية إلى انهيار المجتمع. لذلك، فإن راحة الرجل والمرأة النفسية وغيرها تتجسد في الميثاق الغليظ، بحيث فيه يجد كل من الزوجين الأُنس صاحبه والاستراحة إليه والاستعانة به، والإحسان مما يبعهما عن الرذيلة.

## ثالثاً.- حكم الزواج:

حثت الشريعة الإسلامية الأشخاص على الزواج إذ يقول تعالى "فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعًا..."، ويقول سبحانه وتعالى "وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ"، ومن ثم كرّهت الرهبانية بحيث يقول صلى الله عليه وسلم: "تزوجوا الودود الولود فإني أباهي بكم الأمم يوم القيامة"، وفي حديث آخر يقول عليه الصلاة والسلام "يا مَعْشَرَ الشَّبَابِ، مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، فَإِنَّهُ أَغْضُ لِلْبَصْرِ، وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ؛ فَإِنَّهُ لَهُ وَجَاءٌ"، وكما يقول "النكاحُ سُنَّتِي، فمن أحبَّ فِطْرَتِي فليستنَّ بِسُنَّتِي". وعلى أساس تلك الآيات القرآنية وهذه الأحاديث يمكن أن يبنى عقد الزواج على النحو التالي:

1. يكون الزواج فرضاً إذا كان الشخص المكلف يتأكد الوقوع في المعصية لو لم يتزوج وكان قادراً على تكاليف الزواج المادية والمعنوية وكان واثقاً على إقامة العدل مع من يتزوجها؛
2. - يكون الزواج واجباً إذا خاف الشخص الوقوع في الفاحشة خوفاً لا يصل إلى درجة اليقين وكان قادراً على تحمل تكاليف الزواج؛
3. - يكون الزواج حراماً إذا كان الشخص غير قادر على تحمل تكاليف الزواج أو كان متيقناً من ظلم المرأة ومهما كانت نوعية هذا الظلم؛
4. يكون الزواج مكروهاً إذا خاف الشخص وهو غير متيقن لا من وقوعه في الفاحشة ولكنه يخشى على نفسه من ظلم المرأة أو على عدم قيامه بحقوقها.

ما العمل إذا كان الشخص متيقناً من وقوعه في الفاحشة إن لم يتزوج ومتيقن كذلك من ظلم المرأة إذا تزوج؟

للإجابة على هذا يرى الفقه أنه لا يمكن للشخص أن يدفع محرماً بارتكاب محرّم آخر ولكننا هنا لا نبيح له ظلم المرأة وإنما نتجاوز عن ظلمه للمرأة لضرورة اجتماعية، ومن ثم نطبق قاعدة الضرورة تبيح المحظورات على أساس المصلحة الاجتماعية، لأنه إذا تزوج وظلم زوجته تنحصر الإساءة في امرأة واحدة وربما بعد الزواج سيغير رأيه، بينما لو حرمانه من الزواج لقام بارتكاب الفاحشة وأن هذه الأخيرة لا تنحصر في امرأة واحدة، وهذا ما ذهب إليه مذهب المالكية.

واستخلاصاً لما سلف، فإن الأسرة تعد اللبنة الأولى للمجتمع، وهذا لا تسوده الراحة النفسية والمادية إلا عن طريق العلاقة الشرعية المتمثلة في الزواج. ولذلك، حثت الشريعة الإسلامية على التعارف بين المقبلين عليه حتى لا يتفاجأ كل واحد منهما بما هو عليه الطرف الآخر من عادات وتقاليد، وأن هذا التعارف لا يتم إلا في إطار الخطبة الشرعية.

## المبحث الأول

## الخطبة، أو مقدمات الزواج

الخطبة بكسر الخاء هي طلب الرجل التزوج بامرأة معينة خالية من الموانع وقد يكون الطلب منه شخصيا أو ممن ينوب عنه، والحكمة من الخطبة، كما تقدم، هو السماح لكلا الطرفين التعرف على الطرف الآخر. وفي هذا الإطار، قد أجازت الشريعة الإسلامية للرجل وكذا المرأة النظر لكل منهما للآخر والاجتماع بينهما ولكن في حدود حكمها الشرعي، وقد أجاز الفقه الإسلامي النظر بالنسبة للرجل إلى الوجه والكفين فقط لمن يرغب في التزوج بها. وفي هذا الإطار، المرأة أولى من الرجل في أن تطلع على أخلاقه وميوله حتى يكون غرض الزواج مبني على أسس متينة، بل أن حقها في فك الرابطة الزوجية مقيد بأسباب معينة خلافا للرجل الذي تكون بيده دائما العصمة.

وفي نفس السياق، فإنه لا يجوز الخلوة بين الرجل والمرأة، فهي محرمة عليه شرعا حيث يقول صلى الله عليه وسلم: "من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يخلون بامرأة ليس معها ذو محرم منها، فإن تالتهما الشيطان". وبناء على ذلك، مادام لم يتم عقد الزواج بينهما، فهي أجنبية عنه حتى ولو تمت الخطبة، إذ يمكن لأي شخص آخر أن يتزوج بها. وتجدر الإشارة إلى أن الخطبة، رغم أن مقدمة للزواج، فإن صحتها متعلقة ببعض الشروط الواجب توافرها في المقبلين عليها.

### المطلب الأول

#### شروط صحة الخطبة:

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

أ. - إحدى محارمه من النسب أو الرضاة أو المصاهرة (موانع مؤبدة)؛

ب. - أن لا يكون بها مانع من الموانع المؤقتة، كالمحصنة (متزوجة) لأن خطبتها فيها اعتداء على حق الغير، ولا المشركة، ولا غير المسلم بالنسبة للمسلمة. الرجل له أن يتزوج متى شاء ولكن ليس مع من يشاء، فليس له أن يتقدم بخطبة مشركة، وللتوضيح، لو تقدم رجل إلى مشركة بخطبتها وقبلت به ولكنها يوم إبرام عقد الزواج كانت مسلمة فزواجه صحيح؛ أما إذا أصبحت متدينة بالديانة الإسلامية بعد إبرام العقد فعقده باطل بطلانا مطلقا.

ت. - المعتدة من طلاق رجعي، لا يجوز خطبتها بطريق التصريح ولا التعريض لأن زوجيتها لا زالت قائمة وحق الزوج في إرجاعها لا زال كذلك قائما. إذ يجوز للرجل إرجاع المرأة المعتدة من طلاق رجعي إذا كانت ما تزال في عدتها

بدون رضاها ولا صداق جديد)، بل ولا عقد جديد. ولكن، هل المشرع الجزائري أخذ بالطلاق الرجعي بحيث لا يجوز خطبة المرأة في هذا النوع من الطلاق؟ للإجابة على هذا السؤال تنص المادة 49 من قانون الأسرة على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم..."، و تنص المادة 50 منه على أنه: "...ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى حكم جديد"، وبتنسيق هاتين المادتين نستنتج أن المشرع الجزائري لم يأخذ بالطلاق الرجعي وإنما أخذ فقط بالطلاق البائن لأن في نظره الطلاق لا يتم إلا بحكم قضائي وعندما يتم لا يجوز للزوج أن يراجعها إلا بعقد جديد.

ث. - المرأة التي تكون معتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى، الصغرى هو جواز الزوج أن يتزوج بنفس المرأة التي طلقها لكن بعقد جديد غير أنه غير مقيد باحترام العدة، أما الكبرى هو الطلاق الثلاث الذي لا يجوز للزوج فيه مراجعة من طلقها حتى تنكح غيره بزواج صحيح ويكون قد دخل بها وطلقها أو توفي عنها، هل يجوز خطبتها؟ لقد اختلفت الآراء الفقهية حيث يرى الحنفية أنه لا يجوز خطبتها لا تصريحاً ولا تعريضاً، بينما يرى جمهور الفقهاء بإجازة خطبتها تعريضاً لانقطاع الزوجية بالطلاق.

ج. - المعتدة من وفاة، وهي المرأة التي توفي عنها زوجها وأصبحت معتدة بعدة الوفاة وهي 04 أشهر و10 أيام فهذه لا يجوز خطبتها تصريحاً أما التعريض فأجازته الفقهاء مع عدم تزوجها في الحال.

ح. - مخطوبة الغير، حسب القاعدة العامة لا يجوز للشخص أن يتقدم بخطبة امرأة مخطوبة لشخص آخر، لقوله صلى الله عليه وسلم: "لَا يَبِيعُ الرَّجُلُ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ، وَلَا يَخْطُبُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ"، وقال صلى الله عليه وسلم: "وَلَا يَخْطُبُ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ، حَتَّى يَنْكِحَ أَوْ يَتْرُكَ"، أمام هذه الأحاديث النبوية، فإن الحالات التي يمكن أن تظهر في الواقع بشأن هذه الخطبة فهي متعددة منها خاصة: 1.- الموافقة الصريحة للمخطوبة: لقد اتفق الفقه فيما إذا وافقت المرأة على خطبتها، فإن خطبتها من غيره حرام؛ 2.- الرفض القطعي على الخطبة الأولى: هذه المرأة يجوز خطبتها وهو جائز شرعاً؛

3.- سكوت المخطوبة على خطبتها: إذا سكنت المخطوبة على خطبتها أي لا تجيب لا بالقبول ولا بالرفض، فقد اختلف الفقه بشأنها حيث يرى الرأي الأول (أبو حنيفة ومالك) بأنه لا يجوز للخاطب الثاني أن يتقدم لأن السكوت وإن لم يدل على الرفض، فإنه كذلك لم يدل على القبول. بينما يرى الرأي الثاني (بعض الشيعة والشافعية) إلى أنه يجوز خطبة الثاني استناداً لقوله صلى الله عليه وسلم بشأن فاطمة بنت قيس التي أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فذكرت أن معاوية وأبا جهامة خطباها فقال صلى الله عليه وسلم: "أَمَّا مُعَاوِيَةُ، فَصُعْلُوكٌ لَا مَالَ لَهُ،

وَأَمَّا أَبُو الْجَهْمِ فَلَا يَضَعُ الْعَصَا عَنْ عَاتِقِهِ يَضَعُ عِصَاهُ عَلَى عَاتِقِهِ، أَنْكِحِي أُسَامَةَ  
بْنَ زَيْدٍ".

وأمام تلك الآراء وهذا الحديث النبوي الشريف، لنا أن نتساءل ما هو حكم زواج  
مخطوبة الغير، هل هو صحيح ويرتب كل آثاره، أم باطل ول أثر له؟  
يقصد بمخطوبة الغير هي المرأة التي وافقت على خطبتها الأولى وتقدم شخص  
ثان لخطبتها وتزوجت منه، ما حكم هذا الزواج؟

للإجابة على هذا التساؤل، لقد تضاربت الآراء الفقهية إلى ثلاث اتجاهات:  
الاتجاه الأول: ذهب إليه جمهور الفقهاء وأكثر الشيعة فقالوا أن خطبة الرجل  
على خطبة أخيه ليست لها أي تأثير على العقد، ففي هذه الحالة الزواج صحيح من  
الناحية القضائية غير أن العقوبة فيه أخروية. أما الاتجاه الثاني: ذهب إليه الظاهرية  
وقالوا أن الزواج باطل ويجب فسخه سواء دخل بها أو لم يدخل بها لأن الحديث الذي  
نهى عن خطبة امرأة الغير هو صحيح فلا يحتاج إلى تأويل آخر. بينما الاتجاه الثالث:  
ذهب إليه المالكية فقالوا أنه يجب في هذه الحالة التفرقة بين الدخول من عدمه، فإن تم  
الدخول فالزواج صحيح ولا يمكن فسخه نظرا لما يترتب عليه من أضرار، أما إذا لم  
يتبعه دخولا فالعقد باطل.

ما هو موقف المشرع الجزائري من هذه العلاقة؟  
تنص المادة 1/05 من قانون الأسرة على أن: "الخطبة وعد بالزواج. يجوز  
للطرفين العدول عن الخطبة". وعليه، فإن المخطوبة التي وافقت على خطبتها من  
شخص ثاني وتزوجت به تكون بمجرد موافقتها على الخطبة الثانية قد عدلت على  
خطبتها الأولى ضمنا، لأن العدول حق من حقوقها وبالتالي، فإن زواجها مع الشخص  
الثاني صحيح دخل بها أو لم يدخل بها.

ويشترط إلى جانب ذلك، أن تتم الخطبة عن تراضي الطرفين أي الإيجاب من  
قبل أحدهما والقبول من الطرف الآخر، كما يشترط في الرضا أن لا يكون معيبا بعيب  
من عيوبه كالغلط والإكراه والتدليس.  
غير أن ما يجعل الخطبة تختلف عن عقد الزواج هو أن المشرع لم يحدد سنا معينة  
للخاطبين بحيث قد اكتفى بالتنصيص في المادة 07 من قانون الأسرة على أن أهلية  
الزواج بالنسبة للطرفين هي 19 سنة، وأما صراحة هذا النص، لنا أن نتساءل عما إذا  
كانت هذه السن هي ذاتها قد اشترطها المشرع بالنسبة للطرفين محل الخطبة؟

للإجابة عن هذا السؤال، فإن المشرع في المادتين 05 و 06 منه المنظمتين  
لأحكام الخطبة لم ينص على تحديد سن معينة للخاطبين، ولكن نظرا للعادات السائدة  
في المجتمع الجزائري غالبا بل في كل الأحيان أن الخطبة تسبق عقد الزواج وأن هذا  
الأخير لا يتم إبرامه إلا بعد مرور مدة معينة من الزمن، ولذلك فإن سن الخاطبين يكون  
أقل من السن التي اشترطها المشرع بالنسبة للطرفين المقبلين على الزواج. وبالتالي،

فإنه من المستحسن أن لا تكون هذه السن أقل من 17 سنة بالنسبة للفتاة و18 سنة بالنسبة للفتى وإلا سيوافق أحدهما عند عدم توافر هذه السن على علاقة غير قادرين على تنبؤ تكاليفها.

و كما أن المشرع لم يشترط شكلا معيناً لإتمام الخطبة وذلك باعتماده على مبدأ الرضائية الصادر من كلا الطرفين أو ممن ينوب عنهما.

### المطلب الثاني

#### الطبيعة القانونية للخطبة

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

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

ولكن الحكمة القائمة من التفرقة بشأن الطبيعة القانونية للخطبة بين الوعد والعقد تكمن في المسؤولية أي أن المسؤولية القائمة في هذه الحالة (حالة العدول) هي مسؤولية تقصيرية، وهذا ما نصت عليه المادة 3/05 من القانون ذاته. ومن ثم يجب على طالب التعويض إثبات الخطبة بأي وسيلة من وسائل الإثبات، ثم بعد ذلك إثبات الضرر أي إثبات العلاقة السببية بين الخطأ الصادر عن الطرف الآخر والضرر الذي أصابه نتيجة ذلك.

وانطلاقاً مما سلف، أن التساؤل الواجب طرحه في هذا المقام يتجلى في البحث عن حكم اقتران الفاتحة بالخطبة، هل تكيف على أنها خطبة أم عقد زواج؟ كانت المادة السادسة قبل تعديلها من قانون الأسرة تنص في مضمونها على أنه إذا اقترنت الخطبة بالفاتحة تطبق بشأنها أحكام المادة الخامسة أعلاه، بمعنى أن المشرع أخضع الفاتحة والخطبة لنفس الحكم المنظم للخطبة. وتأسيساً على ذلك، يكون المشرع قد كيف الفاتحة على أساس أنها خطبة وليس زواج. غير أن الحكم الذي كان يتبناه المشرع في هذا الصدد لا يتماشى مع العادات والتقاليد الجزائرية إذ قد اقتبس من دول الشرق الأوسط ومنها خاصة سوريا، أما ما هو سائد في المجتمع الجزائري، فإن قراءة الفاتحة تكيف على أساس أنها زواج وذلك نظراً لاشتمالها على جميع أركان وشروط عقد الزواج.

وتفاديا لهذا المشكل القانوني جاءت عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا قضت بمقتضاها بأنه: "من المقرر قانونا أنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها لمدة غير محدودة ومن المقرر أيضا أنه يثبت الزواج بتوافر أركانه المقررة شرعا (قرار 1992/04/14). وفي قرار آخر صرحت المحكمة العليا على أن: "اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد تعتبر زواجا متى توافرت أركانه طبقا للمادة 09 قانون الأسرة (قرار 1995/04/04).

ونتيجة لذلك، تراجع المشرع عن موقفه السابق، ونص في المادة السادسة المعدلة سنة 2005 على أنه "...غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في م 09 مكرر من هذا القانون. وبهذا، أصبح المشرع يكيف الفاتحة المقترنة بالخطبة على أنها عقد زواج شريطة أن تتم بتوافر ما يتطلبه العقد من ركن وشروط صحته في مجلس العقد. وبهذا إذا تمت الخطبة واتبعتها زواج، فإنه لا يثار أي إشكال بشأن الخطبة، بينما الإشكالية تثار في حالة العدول عنها، وما ترتبه من آثار؟

### المطلب الثالث

#### آثار العدول عن الخطبة

هذه الآثار تتمثل في ثلاث نقاط أساسية ، وهي حكم المهر (الفرع الأول)، والهدايا (الفرع الثاني)، وأخيرا، التعويض (الفرع الثالث).

#### الفرع الأول

##### حكم المهر

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

- 1- إذا كان العدول من جهة المخطوبة، يجب عليها رد المهر كاملا وإن كانت قد بدأت بإعداد جهازها لأنها تكون راضية بالخسارة

- 2- أما إذا كان العدول من جهة الخاطب، فمن الظلم أن تلزم المخطوبة برد مثل النقود أو قيمة ما قدمه لها من مهر، وهي غالبا تتصرف في المهر بعد الخطبة من حيث شراء الثياب... الخ. لذلك، لها الخيار بين رد المهر نفدا أو جهازا حتى لا تتحمل الخسارة، وفي كل ذلك ينبغي البحث عن المتسبب في العدول ، إذا كانت المرأة المخطوبة، فإنها تخضع لأحكام الحالة الأولى، أما إذا كان الرجل، فإنه يخضع لأحكام الحالة الثانية.

#### الفرع الثاني

## حكم الهدايا في حالة العدول عن الخطبة

من زاوية الفقه الإسلامي، لقد تضاربت الآراء حول حكم الهدايا في حالة العدول عن الخطبة بحيث يرى الحنفية بأنه يجوز الرجوع في الهدايا ما لم يوجد مانع من مواع استردادها كالهلاك والاستهلاك والخروج عن الملك، بينما يرى رأي آخر على أنه لا يجوز للخطيب الرجوع في الهدية سواء كانت قائمة أو مستهلكة، وهو رأي الحنابلة، بينما يرى الشافعية بوجوب الرد مطلقا سواء كانت قائمة أو مستهلكة، وأمام هذه الآراء المتضاربة بعضها البعض يرى المالكية أنه ينبغي التفرقة بين حالتين:

- 1.- حالة العدول من جانب الخاطب: وفيها لا يحق له أن يسترد الهدايا حتى ولو كانت قائمة ما لم يوجد شرط أو عرف يقضي بخلاف ذلك.
- 2.- العدول من قبل المخطوبة: عليها أن ترد الهدايا إذا كانت قائمة أو قيمتها إذا استهلك أو هلك.

ومن زاوية القانون، ذهب المشرع الجزائري، على منوال المالكية، إلى التنصيص في المادة 3/05 من قانون الأسرة على أنه "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته".

ولكن، هل الخاطب ملزم برد الهدايا غير المستهلكة أو قيمة هذه الهدايا؟ وهل له حق الاختيار؟  
أمام هذا الغموض الوارد في النص القانوني، نرى أنه كان على المشرع أن يضيف عبارة: "إذا استهلك" أمام قيمته، ومن ثم يصبح الشرط الثاني من النص كالتالي "وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته إذا استهلك أو هلك".  
أما المادة 4/05 من قانون الأسرة تنص على أنه: "وإذا كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته". والملاحظة السابقة الواردة على الفقرة 03 تنطبق على هذه الفقرة.

ولكن أمام هذه النصوص القانونية ما يعاب على المشرع هو أنه أخذ بعين الاعتبار بشأن حكم الهدايا الشخص العادل عن الخطبة بدون الولوج في التفرقة بين المتسبب في العدول عن الخطبة ومن قام بالعدول، فإنه من الأحرى أن يفرق في هذه الحالة بشأن حكم الهدايا في حالة العدول عن الخطبة بين المتسبب في ذلك وغير المتسبب ومن ثم إذا كان العدول من قبل المخطوبة بسبب راجع إلى الخاطب، ففي هذه الحالة نطبق ما ورد في المادة 3/05 أعلاه، أما إذا العدول من قبل الخاطب ولكن بسبب المخطوبة، فنطبق حينئذ ما ورد في م 4/05 قانون الأسرة.

### الفرع الثالث

### حكم التعويض في حالة العدول عن الخطبة

لم يتعرض الفقه الإسلامي القديم إلى هذه المسألة، وذلك راجع للعادات والتقاليد السائدة آنذاك التي أصبحت تختلف عن عاداتنا وتقاليدنا المنحرفة عن الديانة الإسلامية، ومن ثم يمكن أن هذه التصرفات المتمثلة خاصة في العدول عن الخطبة قد تسبب ضررا للطرف الآخر، مما يدفعنا إلى التساؤل عما إذا كان للطرف المضرور الحق في التعويض وعلى أي أساس؟

للإجابة على هذا السؤال، يرى جانب من الفقه الإسلامي المعاصر على أنه لا يجوز الحكم بالتعويض في حالة العدول عن الخطبة، لأن هذه الأخيرة هي وعد بالزواج ولا تحتوي على عنصر الإلزامية وأن العادل يكون قد مارس حق من حقوقه، إذ أن المشرع يسمح له بذلك.

ويرى الرأي الثاني بأنه يجوز التعويض في حالة العدول عن الخطبة ولكن يعاتب على هذا الرأي بأنه لم يفرق بين عما إذا كان الحق للشخص المطالب بالتعويض في حالة الضرر المادي أو المعنوي أو كلاهما معا.

غير أن الرأي الثالث يرى بأنه ينبغي التعويض عن الضرر المادي دون المعنوي، فيأخذ على هذا الرأي الأخير هو أنه رتب حق الشخص في التعويض عن الضرر المادي دون المعنوي ومع العلم أنه في مثل هذه المسائل فالشخص يتضرر أكثر معنويا عما هو ماديا.

إلا أن الرأي الأخير يرى بأنه ينبغي التعويض عن الضررين المادي والمعنوي معا، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الرأي بحيث نص في المادة 2/05 من قانون الأسرة على أنه: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض". ولكن، ما يعاتب على المشرع هو أنه قد اعتبر الخطبة أمر إلزامي بحيث إذا لم تنته إلى الزواج وتم العدول عنها، فيسأل صاحبه من حيث التعويض عن الضرر اللاحق بالطرف الآخر، وهذا ما يجعلها تتناقض مع الفقرة الأولى من المادة 05 من القانون ذاته التي أجازت للطرفين الحق في العدول. ولذلك كان على المشرع أن يأخذ بما أخذت به المدونة المغربية بحيث نصت في المادة السادسة منها على أن: "حق العدول عن الخطبة حق لكلا الطرفين"، وجاءت في المادة السابعة بالتصحيح على أن: "مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض، غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض".

وما يمكن القول في هذا الصدد أن المسؤولية تكون تقصيرية مرتكزة على ثلاثة أركان: الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، وبالتالي ينبغي على المضرور إثبات الخطأ الصادر عن الطرف الآخر، وأن هذا الخطأ قد سبب له ضرر، أي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر. ويمكن التمسك أن التعويض في هذه الحالة بديلا عن الالتزام بالوفاء بالوعد لأن هذا الوعد ينتهي بالعدول وأن التعويض لا يكون إلا إذا صاحب العدول ظروف وملابسات من شأنها إلحاق الضرر بالطرف الآخر. ولذلك، ينبغي أن يكون التعويض على قدر الضرر، فلا يجوز أن يكون تعويضا تقديره جزافيا.

ولكن أمام كل هذه القواعد، يستوجب الأمر التفرقة بين أمرين، أي بين نوعين من الأضرار التي تلحق الطرف الآخر نتيجة لمخالفة الأحكام الشرعية كاختلاط الخاطب بمخطوبته بدون محرم منها، وعندئذ لا يجوز لها طلب التعويض عن الضرر المعنوي حتى ولو كان في ذلك مساس بشرفها. أما إذا كان الضرر ناتج عن أمور أخرى كالتخلي عن الدراسة أو العمل أو مرور مدة من الزمن قد تكون طويلة بعد الخطبة (فوات الفرص)، فإنه يجوز لها المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي أو المعنوي.

## المبحث الثاني ركنا عقد الزواج

يقوم عقد الزواج على ركنين أساسيين وهما الاختلاف في الجنس (المطلب الأول)، وركن الرضا (المطلب الثاني) وفقا لما نصت عليه المادتان الرابعة والتاسعة فقرة أولى من قانون الأسرة.

### المطلب الأول الاختلاف في الجنس

هنا ندرس نقطتين هما: اختلاف في الجنس بمعناه الفعلي (الفرع الأول)، واختلاف في الجنس بالمعنى الوهمي (الفرع الثاني).

### الفرع الأول الاختلاف في الجنس بمعناه الفعلي:

أولاً.- الشخص الطبيعي من حيث التكوين الجسدي: يعتبر الاختلاف في الجنس بين المقبلين على الزواج ركنا أساسيا في هذا العقد بحيث لا يمكن أن يقوم بدونه كما لا يمكن أن يحل محله أي نوع آخر إذ أن المشرع الجزائري وطبقا للمادة الرابعة من قانون الأسرة لا يعترف إلا بالزواج القائم بين شخصين من جنس مختلف، أي بين رجل وامرأة، وأن إثبات جنس الشخص يتم أصلا بواسطة عقد الميلاد الذي يبين فيه إلى جانب يوم الولادة والساعة والمكان والأسماء التي أعطيت للطفل، جنسه، وهو العقد الذي يقدمه المقبلان على الزواج لضابط الحالة المدنية أو الموثق (م 74 قانون الحالة المدنية).

وبناء على ذلك، فإنه لا يجوز الزواج بين المثاليين أي بين المرأتين أو الرجلين، فهذه العلاقة لا تكون منعدمة فحسب بل يعاقب عليها قانون العقوبات، لأن السحاق كاللواط طريق منحرف لتصرف الطاقة الجنسية لما يؤدي لانهايار الأسر والمجتمعات وانتشار الأمراض (المادة 338 من قانون العقوبات). وكذلك من جانب المقارنة، إذا كان القانون الكنسي يحبذ الاختلاط في شأن الزواج

بالقدرة على الاتصال الجنسي أو بتوافر لدى الشخص كل المقومات اللازمة للتناسل، فإن هذا الموقف لا يستقل مع القانون الجزائري إذ أن المشرع لم يشترط في الشخص المقبل على الزواج أن يكون سالما من الناحية الجنسية أو أن يكون أهلا للتناسل.

وكذلك في باب المقارنة، لقد اعتبر المشرع الفرنسي في المادة 2/180 من القانون المدني الغلط في صفة من الصفات الجوهرية للشخص سبب من أسباب إبطال عقد الزواج، وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي ( فيما عدا حالة واحدة هي حالة فقد عذرية الزوجة). غير أن ما هو مستقر عليه القضاء الجزائري هو أنه يعتبر الغلط في صفة من الصفات الجوهرية للشخص سبب من أسباب الطلاق أو التطلق، وفي هذا قضى المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا) في قراره الصادر في 14/05/1984 على أنه: "من المقرر شرعا أنه لا يصوغ الحكم بفك الرابطة الزوجية بين الزوجين بطلب من الزوجة وحدها إلا إذا ثبت الضرر بها، ومن ثم فإن القضاء لما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية ولما كانت الزوجة قد أشارت في مقالاتها المتعددة بعجز زوجها عن ممارسة العلاقات الجنسية معها، فإنه كان من الواجب على قضاة الاستئناف إثبات ذلك بصفة شرعية وقانونية قبل التصريح بحكمهم". وهذا ما أكدته القرار الصادر من المجلس ذاته بتاريخ 19/11/1984 بأنه "من المقرر فقها وقضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج... فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطلق.

وأمام هذا التضارب في القرارات القضائية الصادرة بين المحاكم الفرنسية والجزائرية، فإنه من المستحسن على القضاء الجزائري أن ينهج نفس المنهج الذي ذهب إليه القضاء الفرنسي، بل على المشرع الجزائري أن يأتي بنص صريح يقضي من خلاله بأن الغلط في صفة من الصفات الجوهرية للشخص المتعاقد يعد سببا من أسباب إبطال عقد الزواج وليس سببا من أسباب الطلاق أو التطلق، وذلك راجع إلى أن حالة الموافقة من قبل أحد الزوجين على العقد فكان يعتقد بأن الصفة التي أدت به إلى إبرام العقد هي متوفرة عند الشخص الآخر، بحيث لولاها لما وافق على العقد. وهذا يدفعنا إلى القول بأن العقد ولد مريضا وهذا يقابله البطلان لا الطلاق لأن هذا الأخير لا يكون إلا في العقد الصحيح.

### ثانيا- الخنثى (المختلط الجنس):

إذا كان معظم الأشخاص يكتسبون أعضاء تناسلية عادية بحيث إما أن يكونوا رجلا أو نساء، غير أن هناك طائفة من الأشخاص أفرزت الطبيعة لديهم أعضاء تناسلية غير واضحة، إذ قد يكون للشخص الواحد أعضاء الذكورة وأعضاء الأنوثة في آن واحد، فيسمى هذا الشخص في الفقه الإسلامي بالخنثى، وعليه لنا أن نتساءل عن حالة هذا الشخص نحو الزواج، هل له الحق في ذلك وعلى أي أساس؟ أم ينبغي حرمانه من الزواج؟

قد حثت الشريعة الإسلامية، كما تقدم، الأشخاص على الزواج، فإنه من غير الطبيعي أن يبقى هذا الشخص منعزلاً عن الاجتماع، بل أباحت له هذه الأخيرة الزواج ولكن على أساس تباين الأعضاء التناسلية لديه. فإذا كانت أعضاء الذكورة هي الغالبة، فإنه لا يتسنى له الزواج إلا بامرأة والعكس صحيح.

والأعضاء التناسلية محل التقدير هي الأعضاء الداخلية، لكن أمام التطور العلمي الطبي، فإن تحديد جنس الشخص في هذه الحالة لا يكون إلا على أساس الخبرة الطبية وإن كان بحاجة إلى إجراء عملية جراحية لتوطيد هذه الأعضاء وتحديد جنسه. فإن هذه العملية تعد مشروعة شرعاً وقانوناً، وعليه فإن المشرع طبقاً للمادة الرابعة من قانون الأسرة، وبعد إجراء العملية الجراحية وتحديد جنس الشخص، فإن هذا الأخير إذا ظهر بأنه أنثى، فإنه لا يجوز له الزواج إلا برجل وإلا كان عقداً باطلاً بطلاناً مطلقاً، وأما إذا ظهر بأنه رجل، فلا يجوز له الزواج إلا بامرأة، وليس له حق الخيار أمام الخبرة الطبية.

### الفرع الثاني الاختلاف في الجنس بمعناه البسيكولوجي (حالة التغيير الجنسي)

إلى جانب الطائفتين السابقتين قد ظهرت في عالمنا الحاضر طائفة أخرى التي تطلب بتغيير جنسها على أساس أنها ضحية الطبيعة وهي تختلف عما هو عليه بالنسبة للخنثى، بحكم أن هذه الطائفة من الأشخاص لم تكن ضحية الطبيعة وإنما ضحية ميولهم الشخصي بحيث يكون الشخص فيها مظهرياً رجلاً إلا أنه يعتقد بأنه امرأة والعكس، وهذا ما يدفع به إلى اللجوء إلى إجراء عملية جراحية جد خطيرة من أجل أن يصبح ما كان يعتقد ذهنياً.

وبهذا، فإن هذه الحالة تختلف عن التخنث ولا يمكن أن نجعلها في نفس الدرجة بل هناك من الفقه من يرى بأنه في حالة زواج أحد الأشخاص المنتمين إلى هذه الطائفة سيكون زواجه باطلاً بطلاناً مطلقاً بسبب الاختلاف في الجنس، ولكن أمام هذه المسألة الجادة لنا أن نتساءل عما إذا كان يجوز لهذه الطائفة من الأشخاص القيام بتغيير أعضائه التناسلية؟ وعلى أي أساس؟ وهل يمكن له الزواج؟ وما هي النصوص التي تسمح له بذلك؟

وللإجابة على ذلك، يقتضي الأمر التفرقة بين موقف القانون المقارن (أولاً)، وموقف الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري منها (ثانياً).

أولاً.- موقف القانون المقارن:

لقد اتفقت غالبية التشريعات الغربية على أنه يجوز لهذا الشخص أن يقوم بتغيير جنسه على أساس إجراء العمليات الجراحية، ومنها على سبيل المثال القانون السويدي (21/04/1992) والهولندي (1985/04/24)، والدانمركي (1989/06/07).

وقد طرحت المسألة على القضاء الفرنسي الذي حكم في غياب النص التشريعي الصريح بالرفض القطعي لإجراء هذه العمليات، ومن ثم إذا كان هذا موقف محكمة النقض الفرنسية في عدة قرارات صادرة عنها غير أن المحاكم الأدنى درجة قد تضاربت مواقفها بحيث هناك من قضت بصحة هاته العمليات ومن ثم يحق للشخص في الزواج على أساس جنسه الجديد وهناك من رفضت ذلك. ولكن أمام الموقف الصادر عن محكمة النقض الفرنسية، فإن فرنسا عوقبت بسبب ذلك من قبل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قرارها الصادر في 1992/12/11، وبذلك أصبح القضاء الفرنسي يعترف بالتغيير الجنسي، ومن ثم السماح بتغيير الحالة المدني، علما أن هذا التغيير لا يثير أي إشكال في القانون الفرنسي ابتداء من سنة 2013، حيث أصبح القانون الفرنسي يعترف بزواج المثليين.

كما طرحت هذه المسألة على بعض قضاة الدول الإسلامية، فطرحت على القضاء المصري بسبب قضية سميت بقضية سالي وانتهى إلى الحكم بموافقة تغيير أعضائه التناسلية ولكن عندما طرح المشكل أمام محكمة الاستئناف بالقاهرة رفضت هذه الأخيرة في قرارها الصادر في 1991/07/02 إلغاء القرار المطعون فيه الصادر من كلية الطب بالأزهر الشريف بفصل الطالب لوقوعه على غير محله على أساس أن جميع الشهادات التي قدمها هي شهادات رسمية تثبت تغيير جنسه، غير أن هذه المسألة قد تدخلت فيها وزارة العدل وقامت بفصل الهيئة القضائية بأكملها نظرا للقرار الذي جاءت به متنافيا مع النظام العام المصري.

ذلك إن الفلسفة الغربية التشريعية قد وجدت أرض خصبة في الدولة التركية بحيث أن هذه الأخيرة قد قامت بإدخال تغيير على م 29 من القانون المدني التركي بمقتضى القانون رقم 3444 الصادر في 1998/05/04 والتي سمحت بمقتضاه بتغيير محتويات عقد الحالة المدنية في حالة التغيير الجنسي شريطة أن يتم ذلك عن طريق إثباته بشهادة طبية ووفقا للشروط التالية: أن يكون الشخص بالغاً أكثر من 18 سنة، أعزب، فاقد بصفة نهائية القدرات على الحمل.

أما القضاء التونسي فقضى عن طريق محكمة استئناف تونس بتاريخ 22/12/1992 بما يلي: "إن ما قام به الشخص لا يعتبر حالة من حالات الضرورة التي تخول له تغيير جنسه وكان بإمكانه التداوي لدى طبيب نفساني لكسب توازن في شخصيته بل تسرع لإجراء عملية للحصول على تغيير اصطناعي في جسمه فإنه قد غير الموروث الحضري والأخلاقي للأمة وهو ما يعبر عنه قانونا بالنظام العام والأخلاق الحميدة... فإن تغيير الجنس بصفة إرادية وتلقائية يتنافى وأحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام وما استقر عليه العلم حالياً". غير أن ذات المحكمة قد تراجعت

عن موقفها هذا وسمحت في جويلية 2018 بحق الشخص في تغيير جنسه مع تغيير وثائقه الرسمية.

## ثانيا. - موقف الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري من مسألة تغيير الجنس أ. - موقف الشريعة الإسلامية:

بناء على الأحكام الشرعية في هذا المجال، نجد أن موقف الشريعة الإسلامية هو موقف صارم بحيث تعتبر ذلك التصرف انحرافا عن أحكام الطبيعة وفي هذا يقول الله سبحانه وتعالى: "أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يُبْرَكَ سُدًى \* أَلَمْ يَكُنْ نُطْفَةً مِّنْ مَّنًى يُمْنَى \* ثُمَّ كَانَ عَلَقَةً فَخَلَقَ فَسَوَى \* فَجَعَلَ مِنْهُ الزَّوْجَيْنَ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى"، ويقول أيضا: "فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا ۖ فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا ۚ لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ"، كما جاءت الأحاديث النبوية صريحة بهذا المضمار، حيث يقول عليه الصلاة والسلام: "إِذَا أَتَى الرَّجُلُ الرَّجُلَ فَهُمَا زَانِبَانِ وَإِذَا أَتَتْ الْمَرْأَةَ الْمَرْأَةَ فَهُمَا زَانِيَتَانِ"، وكانت كذلك الأحاديث النبوية جد صارمة حول تشبيه الرجال بالنساء، فما بالك بالتغيير حيث يقول صلى الله عليه وسلم: "لَعَنَ اللَّهُ الْمُتَشْبِهِينَ مِنَ الرِّجَالِ بِالنِّسَاءِ وَالتَّشْبِهَاتِ مِنَ النِّسَاءِ بِالرِّجَالِ".

## ب. - موقف القانون الجزائري:

لم ينص قانون الأسرة صراحة على هذه الحالة وإنما اكتفى بالتنصيص في المادة 4 منه عند تعريفه لعقد الزواج أن هذا العقد لا يتم إلا بين رجل وامرأة، وفي حكم المشرع فالمرأة هي التي ولدت على أساس جنس أنثى والرجل هو الذي ولد على أساس جنس ذكر. وتفسيرا لذلك، فما على المرأة إلا أن تتحمل أنوثتها وما على الرجل إلا أن يتحمل ذكورته وأي تغيير يطرأ بعد ذلك على جنس الشخص إثر إجراء عمليات جراحية فيعتبر جريمة يعاقب عليها القانون. وهذا ما نصت عليه المادة 264 من قانون العقوبات الجزائري التي جاء في مضمونها: أي إجراء أحدث جروحا للغير... وترتب عليه فقد أو بتر أحد الأعضاء أو حرمان من استعماله... يعرض مرتكبه لعقوبة السجن المؤقت من 05 إلى 10 سنوات، وكما أضافت المادة 274 منه بأن: "كل من ارتكب جنابة الخصاء يعاقب بالسجن المؤبد ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة". والجدير بالملاحظة أن التغيير الجنسي يتطلب، حسب الحالة، بتر الخصيتين وعضو الذكورة بالنسبة للرجل وفقد المرأة ثديها الخ.

وبالتالي، أمام هذه التصرفات اللاقانونية، لا يعترف المشرع الجزائري بالتغيير الجنسي ولا يجوز لأي ضابط الحالة المدنية إبرام عقد الزواج لرجل أو امرأة قاما بالتغيير الجنسي.

## المطلب الثاني ركن الرضا

أمام الاختلاف الفقهي حول أركان عقد الزواج، فقد نص المشرع الجزائري صراحة في المادة التاسعة 09 المعدلة من قانون الأسرة على أنه "ينعقد الزواج

بتبادل رضا الزوجين"، وهذا جاء تأكيدا لما نصت عليه المادة 04 منه بقولها: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة...". ونستشف من هذين النصين أن الركن الوحيد الذي كيفه المشرع على هذا الأساس هو ركن الرضا، أي الإيجاب والقبول الصادرين من طرفي العقد. ولذلك، فالزواج الذي ينعدم فيه هذا الركن يعتبر باطلا حسب ما نصت عليه المادة 33 منه بقولها: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا". (إذا انتفى ركن الرضا فالعقد باطل بطلانا مطلقا.

ولتوضيح ذلك، يستوجب البحث عن طرق التعبير عن الإرادة مع تحديد الشروط الواجب توافرها فيها(الفرع الأول)، وعن عيوب الإرادة والزواج الصوري(الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### طرق التعبير عن الإرادة والشروط الواجب توافرها فيها

#### أولا.- طرق التعبير عن الإرادة

لكي ينعقد الزواج انعقادا صحيحا لا بد من وجود إرادتين متطابقتين تتجهان إلى إبرام عقد الزواج ومن ثم لا ينعقد العقد إلا إذا كانت الإرادة واضحة اللفظ الدالة على الزواج ولا يتأتى ذلك إلا عن طريق الإيجاب والقبول من الطرفين لأن الإرادة الباطنة هي غير كافية للتعبير عما يريده صاحبها.

غير أن طرق التعبير عن الإرادة لم يجعلها المشرع في مرتبة واحدة بحيث تنص المادة العاشرة في فقرتها الأولى من قانون الأسرة على أنه "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا"، ومن ثم يكون المشرع قد جعل في المرتبة الأولى من حيث تعبير الشخص عن إرادته أن يكون ذلك عن طريق الكلام. بينما إذا كان عاجزا عن التلفظ، توجز الفقرة الثانية من ذات المادة، أن يعبر الشخص عن إرادته بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة و الإشارة.

ومما ينبغي ملاحظته أن المشرع لم يشترط أن يكون التعبير عن الإرادة باللغة العربية مثل ما ذهب إليه الشافعية، بل قد صرح بأن هذا التعبير قد يكون بكل ما يفيد معنى النكاح من الناحية الشرعية والمهم أن يكون هذا التعبير مفهوم من قبل ضابط الحالة المدنية أو الموثق والشاهدين والولي.

وكذلك ما ينبغي الإشارة إليه هو أن المشرع كان ينص في المادة 20 من قانون الأسرة قبل إلغائها على أنه: "يصح أن ينوب عن الزوج واكله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة"، بينما الزوجة لم يكن لديها هذا الحق لأن الذي كان يتولى زواجها هو وليها طبقا للم 11 قانون الأسرة قبل تعديلها. ولكن بعد إدخاله بعض التعديلات على المادة 11 أعلاه وإلغاء المادة 20 سألفة الذكر بمقتضى الأمر الصادر في 27/02/2005، أصبح المشرع لا يعترف بالوكالة في عقد الزواج، وبمعنى أدق فإنه لا يجوز لا للزوجة ولا للزوج أن ينوب عنه أو عنها شخص بوكالة ولو كانت خاصة من أجل إبرام عقد الزواج، بل يُشترط حضورهما، لذلك أكد المشرع في المادتين 4 و9 من قانون الأسرة المعدلتين على أن الزواج لا يتم إلا برضا الزوجين وأن هذا التبادل لا يتم إلا أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق. وهذا ما أكدته التعليمات الصادرة عن

وزارة العدل التي منعت الأئمة من إبرام عقد الزواج في المساجد قبل إبرامه أمام الهيئات المختصة.

وبهذا التعديل يكون المشرع قد خالف آراء الفقه الإسلامي التي توجز إبرام عقد الزواج عن طريق الوكالة، وحذ لو أخذ بها المشرع خاصة إذا استعصى الأمر على الرجل أو المرأة أن يحضرا مجلس العقد، خاصة بالنسبة للمغتربين، بل حتى بالنسبة للجزائريين المقيمين في الجزائر.

### ثانياً- الشروط المتعلقة بالتعبير عن الإرادة:

يشترط في صحة عقد الزواج أن تكون الصيغة مؤبدة غير مؤقتة بمدة، والمؤقتة تكون على وجهين: اقتران العقد بوقت معين طال أو قصر، كما يمكن أن تكون بلفظ المتعة بأجل محدد، والحقيقة أنه لا فرق بينهما لأن النكاح لأجل هو نكاح متعة. ولقد اختلف الفقهاء حول هذا النوع من الزواج واستقر موقف المذاهب السنية على أن هذا الزواج باطل سواء دخل بها أو لم يدخل بها بحيث قد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن نكاح المتعة زمن خبير إذ يقول: "يا أيها الناس، إني قد كُنتُ أذنتُ لكم في الاستمتاع من النساء، وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة، فمن كان عنده منهن شيء فليخل سبيلهن، ولا تأخذوا مما آتيهن منهن شيئاً".

بينما يرى الشيعة الجعفرية بصحة مثل هذا الزواج على أساس أن تحريمه قد نطق به عمر رضي الله عنه وليس الرسول صلى الله عليه وسلم، بل أكثر من ذلك فقد استندوا على قوله تعالى: "فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً"، ويستشفون من هذه الآية أن الله تعالى قد استعمل كلمة الاستمتاع أي المتعة واستعمل كذلك الأجر وهو مقابل استمتاع الرجل بالمرأة، وأن الرسول صلى الله عليه وسلم قد أباح زواج المتعة في غزوة الفتح ولم يثبت نسخ هذا الحكم.

وعلى هذا الأساس، فإن شروط وأثار عقد الزواج عندهم هي كما يلي: أن يتم بدفع المهر (الأجر)؛ وأن لا يشترط فيه حضور الشاهدين؛ وأن يحدد أجله مع تمديده؛ وأن كل الشروط جائزة في مثل هذا الزواج، فينتهي بانتهاء المدة المتفق عليها، ومن آثاره عدم التوارث بين الزوجين، وعدة المرأة بعد حله حيضتين وإذا مات 4 أشهر و10 أيام، والغالب في الأمر هو عدم حصر حلة هذا الزواج عدد النساء؛ ومن حيث النسب يلحق الطفل بأبيه وأمه، فإذا أنكره أبوه ينسب لأمه.

وأمام تلك الشروط وهذه الآثار، إن الجدير بالقول أن ما ذهبت إليه المذاهب السنية هو الأصح وبالتالي، فإنه لا يجوز لا زواج مؤقت ولا زواج المتعة لأنهما قد حرهما الرسول صلى الله عليه وسلم، بل أن الآية التي استند عليها الشيعة الجعفرية كان تفسيرها خاطئ بحيث أن الاستمتاع المستعمل في الآية لا يقصد به المتعة بل تبيان أحكام الزواج الصحيح الدائم غير المؤقت لأن الله سبحانه وتعالى بعدما عدد في هذه الآية المحرمات من النساء جاء في آخرها وقال: "وَأَجَلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ".

وحتى يكون الزواج قائم على أسس متينة، فإن المشرع قد أجاز للطرفين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي رأينها ضرورية وقد أضاف التعديل لنص المادة 19 من قانون الأسرة من بين الشروط المتفق عليها "لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون". هكذا يتبين أن هذه الشروط المتفق عليها يمكن أن تكون صحيحة كما يمكن أن تكون متنافية مع عقد الزواج، ولذلك إن الشروط التي يجوز للزوجين الاتفاق عليها هي تلك الشروط التي يقتضيها عقد الزواج أي الشروط التي تتلاءم معه وتؤكد مقتضاه وهي على سبيل المثال:

#### أ- الشروط التي يقتضيها عقد الزواج

##### 1- في نطاق حقوق الزوج على النحو التالي:

- اشتراط الزوج قرار زوجته في بيت الزوجية؛
- اشتراط الزوج تربية الأطفال على دينه؛
- اشتراط الزوج الإنفاق على أولادهما في حالة إعساره؛
- اشتراط الزوج على زوجته أن لا يكون لها الحق في تفويض الطلاق لها.

##### 2- الاشتراط في حقوق الزوجة:

- اشتراطها على حقها في المهر المعجل؛
- الاشتراط بالدفع لها التعويض في حالة الطلاق؛
- اشتراط الزوجة على زوجها ملكيتها لأثاث المنزل حال الطلاق؛
- اشتراط الإنفاق عليها وعلى أولادها منه؛
- اشتراط مسكن الزوجية المنفرد بعيد عن عائلة الزوج؛
- شرط عدم التعدد.
- اشتراط الزوجة السفر إلى بلد أجنبي بمبرر شرعي؛
- اشتراط الزوجة على زوجها مواصلة الدراسة؛
- اشتراط الزوجة على زوجها أن يكون لها الحق في تطبيق نفسها.

##### ب- الشروط التي لا يجوز الاتفاق عليها وتكون مخالفة لأحكام عقد الزواج:

- شرط إتمام عقد الزواج بدون مهر؛
  - شرط عدم انتساب الولد لأبيه في حالة الحمل؛
  - شرط أن يكون لأبنائهما الحق في التوارث بدون التفريق من حيث الجنس؛
  - شرط عدم المخالطة الجنسية؛
  - شرط عدم الحمل لأناقة المرأة؛
- ولكن لا يفوتنا أن ننوه بأنه يشترط كذلك أن يكون الرضا غير معيبا بعيب من عيوبه

#### الفرع الثاني

#### عيوب الإرادة والزواج الصوري

أن عيوب الإرادة في عقد الزواج تختلف عما هو عليه في العقود ذات الصبغة المالية البحتة، بحيث تنحصر فقط في الغلط (أولاً) والتدليس (ثانياً) والإكراه (ثالثاً)، ولا محل للاستغلال بنوعيه كعيب من عيوب الإرادة في عقد الزواج.

#### أولاً- الغلط كعيب من عيوب الإرادة

الغلط كعيب من عيوب الإرادة في عقد الزواج يتمثل في نوعين بحسب الجزاء المترتب حالة وجوده، الغلط المانع للإرادة (أ)، والغلط المفسد لها (ب).

#### أ- الغلط المانع للإرادة:

إن هذا النوع من عيوب الإرادة يمكن أن يكون في عقد الزواج في حالتين:

##### 1- الغلط في ماهية العقد:

وهو الغلط الذي يتم في طبيعة العقد، وهذا يتحقق في حالة ما إذا كانت إرادة الطرفين لا تتجه إلى إبرام نفس العقد، كأن يريد الزوج الزواج عن طريق إيجابه بينما كان القبول يتجه نحو العلاقة الحرة. وبهذا، عدم تطابق الإرادتين وهو ما يجعل من العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

##### 2- الغلط في ذاتية الشخص المراد التزوج به:

عقد الزواج يعد من العقود التي تكون فيها ذاتية الشخص محل اعتبار، فإنه لا يتم صحيحاً إلا إذا كان متجهاً إلى الشخص المراد التزوج به، ولا لشخص آخر، بحيث إذا اتجهت إرادة الزواج نحو الزواج بمریم وتم القبول من قبل أختها سعاد، ففي هذه الحالة لا يتم الزواج، بل هو باطلاً بطلاناً مطلقاً لعدم تطابق الإيجاب بالقبول، وهذا يمكن أن يتم إذا كان إبرامه عن طريق الوكالة أو حالة الزواج العرفي.

#### ب- الغلط المفسد للإرادة:

إن هذا النوع من الغلط غالباً ما يحدث في إحدى الصفات الجوهرية للشخص المتعاقد، والواقع من المفروض أن هذا الغلط لا يؤثر على صحة العقد ولكن بالرغم من ذلك فالقانون يدخله في خانة عيوب الإرادة في بعض الحالات دون الأخرى والتي لا يمكن حصرها. يمكن أن يكون هذا الغلط في الصفة الجسمانية أو الصفة الخلقية وكذلك الغلط في الحالة المدنية للشخص.

فبالنسبة للحالة الأولى أي الغلط في الصفة الجسمانية، يمكن أن يدرج فيها كذلك الغلط في الصفة الخلقية ويتجسد في حالة زواج شخص بامرأة على أنها بكر فوجدها على خلاف ذلك. إلا أنه على الرغم من ذلك، فيقتضي الأمر التفرقة في هذه الحالة بين ما إذا كانت إزالة بكاراة الفتاة عن طريق حادث أو عملية جراحية أو نشاطات رياضية وبين التي كانت محل ارتكاب جريمة الزنا، فالثانية هي الوحيدة التي تؤخذ بعين الاعتبار بشأن الغلط كعيب من عيوب الإرادة. أما الأولى لا تسمح لصاحبها طلب إبطال العقد بهذا السبب. غير أن الجاري به العمل على مستوى القضاء الجزائري، على منوال الفقه الإسلامي، بأن هذه الصفة لا تعد جوهرية ومن ثم لا تسبب طلب إبطال العقد إلا إذا اشترطها الزوج في عقد الزواج.

والملاحظ أن هذا الموقف القضائي لا يستقيم مع العادات والتقاليد السارية في

المجتمع الجزائري، ففي هذه الحالة يستوجب الأمر الأخذ بمعياريين لتحديد العيب، المعيار الشخصي، وهذا يتمثل في طلب الشخص إبطال العقد بحيث لو كان على علم بحقيقة صفة الزوجة لما تزوج معها؛ والمعيار الموضوعي الذي ينبثق من الرأي العام بحكم أن الشخص العادي داخل المجتمع الجزائري يتزوج وفي رأيه أن هذه الصفة موجودة عند من تزوج بها.

ونفس الشيء بالنسبة للزوجة المتزوجة مع شخص مصاب بقصور جنسي، فهي لو كانت على عالم بحقيقة هذا الشخص لما تزوجت معه لأن من أهداف الزواج إحصان الزوجين، بينما لو أصيب بهذا المرض بعد عقد الزواج فالعقد يعد صحيحا ويتبعه الطلاق إذا لم تكن راضية بالبقاء مع الزوج المصاب بالقصور جنسي، وهو جائز كذلك للزوج. أما العقم لا يعيب إرادة الزوج اللهم إلا إذا كان الطرف الآخر على علم بذلك، كإزالة رحم المرأة نتيجة لعملية جراحية، ولم يدلي بذلك للشخص الراغب في الزواج معه، الخ.

### ثانياً- الإكراه كعيب من عيوب الإرادة:

يعتبر الإكراه بصنفيه المادي والمعنوي عيب من عيوب الإرادة، وهو أن يبدي أحد الطرفين قبوله على أساس الضغط الممارس عليه، إذن، لا يعتبر الزواج صحيحا إذا تم إبرامه تحت تأثير الإكراه سواء كان ماديا أو معنويا. أما الإكراه المادي لا يمكن تصوره في العقد الرسمي كون أن المشرع قد اشترط حضور الطرفين أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق اللهم إلا إذا كان هذا الأخير هو شريك في ذلك.

ومما لاشك فيه أن الإكراه هو عيب من عيوب الإرادة ولا يعدمها، مما يجعل العقد ليس باطلا بطلانا مطلقا بل قابلا للإبطال، لأن الشخص، محل الإكراه، يكون له حق الاختيار بين أمرين، إما الموافقة أو الجزاء. وتعتبر جسامته الخوف الناتج عن الضغط أو الإكراه من المسائل النسبية أي ينظر فيها إلى السن والجنس وحالة الأشخاص بحكم أن الخوف الناتج عن الإكراه يختلف من حيث جسامته من شخص لآخر (الذكر يختلف عن الأنثى والمتقف وغير المتقف، والبيئة التي يعيش فيها، الخ).

وتجدر الإشارة إلى أن النفوذ الأدبي لا يؤثر على صحة الزواج إذ أن هذا الأخير يعتبر صحيحا في حالة ما إذا وافق الشخص على الزواج احتراما للوالدين، بينما لو صاحب النفوذ الأدبي تصرفات دفعت بالفتاة أو الفتى للقبول وذلك كسوء التصرف نحوها، فهنا يتحول النفوذ الأدبي إلى ضغط ومن ثم إلى إكراه.

ومن جانب القانون، قد نص المشرع على حالة واحدة متعلقة بالإكراه، حيث قضت المادة 13 من قانون الأسرة على أنه "لا يجوز للولي، ابا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج...". وبهذا النص اعتبر المشرع أن الإكراه ينحصر في الفتاة دون الفتى، وهو خطأ إذ يمكن أن يكون القاصر هو الآخر تحت الضغط من قبل والديه من أجل الموافقة على الزواج المرغوب من قبلهم.

### ثالثاً- التدليس أو التغيرير:

يقصد بالتدليس استعمال الطرق الاحتمالية لإيقاع الطرف الآخر في الغلط ويدفعه إلى الموافقة، والتدليس بهذا التعريف يعتبر عيباً من عيوب الإرادة ويجعل العقد قابلاً للإبطال ومن أمثلته: إدعاء الشخص نسبا وهو دون ذلك، وكذلك من ادعى العزوبة وهو متزوج. وبالرجوع إلى قانون الأسرة، نرى أن المشرع نص في المادة 08 مكرر من قانون الأسرة على أنه: "في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق".

والحقيقة، أن ما نص عليه المشرع في هذه المادة لا يتماشى مع المبادئ القانونية بشأن الزوجة الثانية إذ لو كان يجوز للزوجة الأولى طلب التطليق على أساس أن زوجها كان صحيحاً، فالثانية زوجها لم يكن كذلك إذ أن إرادتها كانت معيبة بعيب التدليس الذي يسمح لها بطلب إبطال العقد ولا الطلاق الذي يشترط أن يتم نتيجة زواج صحيح. بينما لو ادعى الشخص أنه غني ووجدته على خلاف ذلك، فهذا لا ينجم عنه عيب الإرادة ولا يجوز لها طلب إبطال الزواج لأن عقد الزواج ليس من العقود المالية البحتة، فالمرأة تتزوج قبل كل شيء الرجل ولا ماله، وإلا انعكس ذلك سلباً على الحياة الزوجية في حالة إفسار الزوج.

### الفرع الثاني

#### الزواج الصوري

يقصد بالزواج الصوري وهو ذلك الزواج الذي يتم بين شخصين لا من أجل تحقيق مقاصده وأهدافه النبيلة من حيث المودة والرحمة وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب، وإنما من أجل تحقيق هدف يرغب فيه أحد المتعاقدين وهو غريب كل الغرابة عن آثار الزواج.

ومن أمثلة ذلك ما يسمى بالزواج الأبيض الذي يتمثل في الشخص الذي يتزوج مع فتاة من جنسية أجنبية من أجل الحصول على الجنسية، وهي وافقت على ذلك مقابل مبلغ مالي مثيري. كذلك الفتاة التي تزوجت، بعد ارتكابها لجريمة الزنا، مع شخص من أجل ستر الفضيحة وانتساب الحمل له مقابل مبلغ مالي.

ويعد الزواج سورياً أيضاً في حالة زواج المحلل أي حالة الشخص الذي طلق زوجته ثلاثاً، فإنها لا تحل له حتى تنكح غيره ويطلقها أو يموت عنها بعد البناء، وتزوجها هذا الأخير بقصد فقط تحليل زوجها السابق. ولكن، خلافاً لعيوب الإرادة التي تجعل الزواج قابلاً للإبطال، فالزواج الصوري يؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً لأنه يمس مصلحة المجتمع، أي النظام العام السائد داخل المجتمع، ولذلك يجوز للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها ولكل ذي مصلحة أن يثره.

### المبحث الثالث

## شروط صحة عقد الزواج

يقصد اصطلاحاً بشرط الصحة هو ما يلزم من عدمه أي ما يتوقف على توفيره صحة العقد، وأن شروط الصحة كما ذكرتها المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة وهي: الأهلية (المطلب الأول)، والصداق (المطلب الثاني)، والولي (المطلب الثالث)، وانعدام الموانع الشرعية للزواج (المطلب الرابع).

### المطلب الأول أهلية الزواج

#### الفرع الأول

#### موقف الفقه الإسلامي من أهلية الزواج

إن القاعدة العامة السائدة في الفقه الإسلامي هي أن أهلية الزواج تحدد على أساس الأزمات الطبيعية للشخص بحيث بوجود واحدة من هذه الأزمات يعتبر الشخص بالغاً ومن ثم يتسنى له الزواج، علماً أن هذه الأزمات اثنتان يشترك فيها كل من الذكر والأنثى وهما: الإنزال و إنبات شعر العانة. وأخرى تنفرد بها الأنثى كالحيض والحمل، والتدبين.

واستثناء على تلك القاعدة، فإنه في حالة ما إذا تأخرت هذه الأزمات في الظهور، فعندئذ حدد الفقه الإسلامي أهلية الزواج بسن معينة بحيث حددها الإمام أبو حنيفة ب: 18 سنة للذكر و 17 سنة للأنثى، بينما حددها الشافعية والحنابلة والأحناف في الرأي المشهور عندهم ب: 15 سنة للذكر والأنثى، وحددها المالكية ب: 18 سنة لكلا الجنسين.

وهذا يجر إلى التساؤل عما إذا يجوز زواج الصغار غير البالغين في الفقه الإسلامي؟

للإجابة على هذا التساؤل تضاربت آراء الفقه الإسلامي إلى اتجاهين، يرى الاتجاه الأول (جمهور الفقهاء) بأن زواج الصغار جائز شرعاً وهم ممن كانوا دون سن البلوغ واستنادهم في ذلك لقوله تعالى: "وَاللَّائِي يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُنَّ"، ويستنتج حسب هذا الرأي من هذه الآية أن العدة لا تكون إلا في الزواج الصحيح بل أن الطلاق الذي تعتبر فيه العدة أثر من أثاره لا يتم إلا إذا كان الزواج صحيحاً، وبناء على هذه الآية إن الفتاة التي لم تحض بعد فعدتها ثلاثة أشهر ومن ثم يكون زواجها صحيحاً.

أما الرأي الثاني يرى بعدم صحة زواج الصغار، بل أن زواجهم باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا أثر له لأن القرآن الكريم جعل النكاح للبالغين لقوله تعالى "وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ، طبقاً لهذه الآية فالشخص لا يكون بالغاً إلا بعد انتهاء الصغر وأن بلوغ سن النكاح هو علامة من علامات انتهاء تلك الفترة.

فأمام هذين الرأيين المتضاربين، يمكن القول بأنه في الوقت المعاصر يستعصى إبرام عقد الزواج بين الشخصين غير بالغين بلوغ الزواج لأن هذا الأخير يحتوي على تكاليف لا نجد لها مثالا في عقد آخر بل هو عقد من العقود التي تكون فيها ذاتية الشخص محل اعتبار، فهو عقد أساسه تكوين أسرة ورعاية أولاد وأن هذه المسائل تشترط أن يكون الشخص بالغاً وقادراً على تحمل تلك التكاليف، بل يكون قادراً على التمييز على ما هو مقبل عليه. وهذا لا يكون إلا إذا كان الشخص بالغاً سناً معيناً بل حتى البلوغ الطبيعي غير كاف لإدراك ذلك.

## الفرع الثاني

### موقف المشرع الجزائري

#### أولاً.- تحديد أهلية الزواج بتوافر سناً معينة

كما تقدم، بعد الاستقلال أول ما قام به المشرع الجزائري في مجال شؤون الأسرة هو تحديد سن الزواج ليس على أساس الأعراس الطبيعية كما ذهب إليه الفقه الإسلامي، بل على أساس سن معينة يفترض فيها أن المقبل على الزواج يكون بالغاً وقادراً على تحمل متاعبه بحيث قد حددها قانون 1963/06/29 بـ : 16 سنة للفتاة و18 سنة للفتى، وحين قام المشرع بوضع قانون الأسرة قام برفع سن الزواج بالنسبة للفتاة بـ 18 سنة والفتى بـ 21 سنة، غير أن ما تبناه التعديل الذي تم في 2005/02/27 هو أنه حدد سن الزواج بـ 19 سنة لكلا الطرفين.

وأن أهم ما يلاحظ على تلك التشريعات المختلفة هو أن قانون 1984 قام المشرع برفع سن الزواج، وذلك راجع لعدة أسباب، منها خاصة: النمو الديمغرافي وإمكانية الزوجة من إدراك ما هي مقبلة عليه وكذلك تأدية الخدمة الوطنية بالنسبة للذكر. وأن توحيد سن الزواج بين الذكر والأنثى جاء نتيجة لمصادقة الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

واستثناء على هذا الأصل، لم يعامل المشرع كل الأشخاص بنفس المعاملة بحيث قد أدرج في المادة السابعة من قانون الأسرة حكماً يسمح بمقتضاه للقاضي أن يمنح الإذن إذا كان المقبل على الزواج قاصراً ذكراً كان أو أنثى، وذلك إذا كانت هناك مصلحة أو ضرورة في تزويجه. وفي هذه الحالة، يجب على القاضي أن يتأكد من قدرة الطرفين على الزواج، فالإذن يجب أن يكون سابقاً للعقد وأن المشرع قد علق الإذن على شرطين، أن تكون هناك مصلحة أو ضرورة؛ وأن يتأكد من قدرة الطرفين على تحمل تكاليف الزواج، أي لهما القدرة الكافية لتحمل ما يرتبه الزواج من آثار نفسية وجسدية.

هذه المصلحة يمكن أن تظهر مثلاً للفتاة اليتيمة فجاء شخص لطلب الزواج وعمرها 18 سنة فالقاضي من المستحسن أن يمنح لها الإذن، كذلك الأمر بالنسبة للفتاة التي إذا لم تتزوج لوقعت في الزنا. بينما تلك المصلحة لا يمكن أن نتصورها، خلافاً لما ذهب القضاء الفرنسي، في حالة الفتاة الحامل عن طريق العلاقة غير الشرعية، وفي هذه الحالة لنا أن نتساءل عما إذا

ينبغي تطبيق المادة 1/326 من قانون العقوبات التي تنص على أنه: "كل من خطف أو أبعث قاصرا لم يكمل 18 سنة وذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل أو شرع في ذلك فيعاقب بالحبس لمدة من 01 إلى 05 سنوات"، وتنص في الفقرة 2 منها على أنه: "وإذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد الأخير إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله".

فالقاضي عندما يمنح الإذن أول ما يحصل عليه هو الخبرة الطبية لمعرفة ما إذا كانت الفتاة حاملا لكي لا يختلط الحلال بالحرام، والنيابة العامة سلطتها في هذه الحالة مقيدة برفع الشكوى التي تكون صادرة غالبا من الولي. وبمعنى أدق، فالقاضي غير ملزم بمنح الإذن في هذه الحالة، بل له أن يقدر ما نص عليه المشرع من أحكام في إطار إبرام عقد الزواج، من حيث الركن والشروط الواجب توافرها في العقد، راعيا في ذلك المصلحة والقدرة للمقبلين عليه.

غير أن ما يعاتب عليه المشرع بتنصيبه على هذا الإذن هو أنه جعل سلطة القاضي مطلقة وغير مقيدة بسن معينة لا يسمح بانتفائها إبرام العقد، ومن ذلك فكان من المستحسن أن يحدد هذه السن بـ 17 سنة بالنسبة للفتاة و 18 سنة بالنسبة للفتى، وهذه السن هي التي تسمح للقاضي عما إذا كانت القدرة من عدمها للطرف المعني بالزواج.

### ثانياً.- حكم الزواج التام بدون توافر الأهلية المحددة قانوناً

ما هو حكم الزواج التام بدون توافر أهلية الزواج في غياب الإذن القضائي؟ للإجابة على هذا السؤال تضاربت آراء الفقه الجزائري، بحيث يرى أنصار الرأي الأول أن المشرع قد جاء في هذه المادة بتحديد سن الزواج ولكن لم يعط لذلك التحديد القيمة القانونية اللازمة له فهو نهي دون جزاء وخاصة إذا علم الشخص ما تنص عليه المادة 22 من قانون الأسرة والتي تسمح بالزواج العرفي.

وخلافا لهذا الرأي، ذهب أصحاب الرأي الثاني إلى القول أن المشرع أعطى لذلك التحديد القيمة اللازمة له وذلك بواسطة قانون 29/06/1963 إذ أن قانون الأسرة في صياغته الأصلية أو التي طرأت عليها التعديلات قد اكتفى فيها المشرع بتحديد سن الزواج وأن بهذا التحديد يكون المشرع قد ألغى بمقتضاه ما ورد في المادة الأولى من قانون 1963، بينما المواد الأخرى التي جاء بها لا زالت سارية المفعول. إذن، ما هو الجزاء في هذه الحالة؟

تنص المادة الثالثة من قانون 1963 على منع زواج الصغار أي الزواج الذي لم تتوفر في أطرافه السن المحددة قانوناً ويترتب عليه البطالان من أصله حتى ولو رضي به الطرفان وحتى لو أذن بها ولي القاصر، ففي هذه الحالة يجوز لكل ذي مصلحة أن يطلب بطلان العقد، منهم الطرفين والولي والورثة والنيابة العامة والقاضي

من تلقاء نفسه. غير أن البطلان المطلق هذا يتحول إلى بطلان نسبي ويجوز للزوجين فقط المطالبة به في حالة ما إذا دخل الزوج بزوجته، ولكن يمكن أن يصحح العقد في حالتين: إذا أصبحت المرأة حاملا، وإذا زال السبب الذي أدى إلى طلب البطلان، أي في حالة بلوغ القاصرين سن الزواج.

في الواقع إننا لا نؤيد لا الرأي الأول ولا الرأي الثاني بحيث أنه لا يمكن أن يأتي المشرع بنص قانوني دون أن يقابله الجزاء إذ أن من خصائص القاعدة القانونية نجد خاصية الإلزام وأن هذه الأخيرة هي مقترنة بالجزاء. كذلك لا يمكن تأييد ما ذهب إليه الرأي الثاني بحيث قد نص المشرع في المادة 2/02 من القانون المدني على أنه: "وقد يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم"، ويستنتج من هذا النص أنه في حالة ما إذا قام المشرع بتنظيم من جديد موضوع قد سبق أن نظمه، ففي هذه الحالة يكون الإلغاء ضمنيا بالنسبة للقانون القديم ومن ثم يعتبر قانون 1963/06/29 ملغيا بمقتضى هذا النص ولا يمكن الارتكاز على قواعده المنظمة للجزاء المترتب على مخالفة سن الزواج، وما يؤكد ذلك هو أن الأساس القانوني الذي اعتمد عليه المشرع عند وضعه لقانون 1963 يختلف عن الأساس القانوني الذي بنيت عليه المادة السابعة من قانون الأسرة وذلك يؤكد كذلك التعديل الذي مس هذه المادة.

من زاوية القانون، فإنه يستنتج من النصوص التشريعية وخاصة منها ما جاء في المواد 4، 7، 9 و 33 من قانون الأسرة أن الزواج لا يتم إلا برضا الزوجين وأن هذا الأخير لا يكون صحيحا إلا إذا كان صاحبه مكتمل الأهلية أي له 19 سنة كاملة وإلا كان العقد غير صحيحا. وبما أن عقد الزواج هو من العقود الدائرة بين النفع والضرر فنطبق عليه ما جاء في المادة 83 من قانون الأسرة ومن ثم إذا كان الشخص بالغا 13 سنة من عمره ولم يبلغ سن الرشد فزواجه من المفروض يعتبر زواجا متوقفا على إرادة الولي وإذا كان الشخص لم يبلغ هذه السن فزواجه باطل بطلانا مطلقا. والحقيقة، فإنه لا يمكن العمل في هذه الحالة بهذا النص بحكم أن المشرع قد نص على الإذن القضائي السابق لإبرام الزواج ولا على إجازة الولي للزواج الموقوف.

إذن، أن أهم ما يميز هذا العقد هو أن المشرع قد نص صراحة على أن العقد لا يعد صحيحا في حالة عدم توافر سن الزواج المقررة في المادة السابعة من قانون الأسرة إلا بعد الحصول على إذن قضائي، ومن ثم، فإن موافقة الولي غير كافية في مثل هذا العقد، بل يجب إذن القاضي وإلا كان العقد فاسدا، ويشترط أن يكون هذا الإذن سابقا للعقد. وأمام هذه الإشكالية القانونية، فإنه من المستحسن على المشرع الجزائري أن يأتي بنصوص صريحة تبين الحكم الواجب تطبيقه في حالة انتفاء السن المقررة في المادة السابعة من قانون الأسرة مثلما نص عليه في المادة 33 فقرة 2 بشأن الشهادة والصداق والولاية.

**ثالثا.- عقود الزواج المتوقفة على الإذن غير القضائي**

توجد طائفة من الأشخاص الذين لا يجوز لهم الزواج إلا بعد حصولهم على الرخصة من قبل الجهات التي ينتمون إليها، وهم:  
أ.- زواج الأجنبي :

بناء على التعليم رقم 02 الصادرة بتاريخ 11/02/1980 عن وزارة الداخلية والمتضمنة وجوب الحصول على رخصة إدارية لإبرام عقد زواج، فإنه لا يمكن للأجنبي إبرام عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية الجزائري أو الموثق إلا بعد حصوله على رخصة كتابية مسلمة من طرف الوالي ويكون الأمر بشأن ذلك في الحالات التالية:

- حالة زواج أجنبي حاصلين على بطاقة الإقامة؛

- حالة زواج الأجنبي المقيم مع أجنبي غير مقيم؛

- حالة زواج جزائري مع أجنبي.

كما أشارت هذه التعليم على أن زواج المسلمة الجزائرية بغير المسلم غير جائز و ممنوع بتاتا، ولا يمكن منح الرخصة في هذه الحالة.

#### ب. رخصة مصالح الأمن:

نص على هذه الرخصة المرسوم رقم 83-81 الصادر في 13/08/1983، حيث تنص المادة 23 منه على أنه: "لا يمكن لموظفي الأمن الوطني إبرام عقد زواجهم دون ترخيص بالزواج من الجهة التي لها سلطة التعيين، وذلك خلال 03 أشهر قبل الاحتفال بالزواج حتى ولو كان الزوج الآخر جزائريا.

#### ج. رخصة مصالح الدفاع الوطني:

وقد نص على هذه الرخصة المنشورين الصادرين عن وزارة العدل، الأول رقم 329 الصادر في 13/06/1967 والثاني رقم 364 الصادر في 25/06/1968، وكذلك النصوص المتعلقة بالنظام العسكري، حيث نصت على أنه: "أي زواج لأي أفراد الجيش الوطني الشعبي لا يمكن إبرامه إلا بعد تقديم رخصة بذلك ممنوحة من مصالح الدفاع الوطني، وأن هذه الرخصة تشتمل كذلك إلى جانب العسكريين رجال الدرك الوطني والمجندين الخاضعين لنظام الخدمة الوطنية.

ولعل من المفيد أن نتساءل عن حكم الزواج الذي تم بدون إحدى هذه الرخص؟ للإجابة على هذا السؤال نرى بأن هذه النصوص القانونية قد أشارت إلى هذه الرخص من أجل إبرام عقد الزواج، غير أن الملفت للانتباه هو أن المشرع الأسري لم يشر إلى تعليق صحة الزواج على تلك الرخص، ومن ثم إعمالا بمبدأ الخاص يفيد العام، فالزواج التام بدون رخصة أيا كانت في الحالات السابقة يعد زواجا صحيحا.

#### رابعا.- الشهادة الطبية لإبرام عقد الزواج:

لقد نص المشرع في المادة السابعة مكرر فقرة 2 من قانون الأسرة على أن ملف عقد الزواج ينبغي أن يحتوي على وثيقة الشهادة الطبية وذلك بالتنصيص 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 ويؤثر بذلك في عقد الزواج"، ويستنتج منه ما يلي:

1.- أن يتأكد الموثق أو ضابط الحالة المدنية قبل إبرام العقد خضوع الطرفين للفحوصات الطبية وأن هذه الأخيرة لا تتعلق كما يضمن البعض بشهادة أن الزوجة بكراء، وإنما تتعلق طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 11/05/2006 الخاص بتحديد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة السابعة مكرر أعلاه، بحيث أن هذه الفحوصات يجب أن تتعلق بفحص عيادي شامل وكذلك بتحليل فصيلة الدم (م3 من المرسوم)، وكذلك يمكن أن ينصب الفحص الطبي على السوابق الوراثية والعائلية قصد الكشف عن بعض العيوب و/أو القابلية للإصابة ببعض الأمراض.

وإلى جانب ذلك، يمكن للطبيب أن يطلب في حالة الضرورة إجراء فحوصات أخرى من أجل الكشف عن بعض الأمراض التي يمكن أن تشكل خطرا للزوج أو الذرية. وينص المرسوم على أن: "طالبي الزواج ينبغي أن يقدموا هذه الشهادة في مدة لا يزيد تاريخها عن 03 أشهر."

2.- أن يتأكد الموثق أو ضابط الحالة المدنية بعلم الطرفين بما قد كشفت عنه الفحوصات الطبية من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا متعارضا مع عقد الزواج وهذا ما أكدته المادة السابعة من ذات المرسوم بقولها: "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 وبالأمرض أو العوامل التي تشكل خطرا متعارضا مع الزواج".

وما ينبغي الإشارة إليه في هذا الصدد هو أنه في 14/12/2003 أصدرت وزارة الشؤون الدينية والأوقاف رخصة بمقتضاها سمحت للأشخاص المصابين بالسيدا الزواج في الجزائر شريطة أن لا تحمل المرأة، وذلك باستعمال موانع الحمل، وأن يكون الطرف الآخر بذرية المرض.

### المطلب الثاني

#### الولاية في الزواج

وهذا ما نصت عليه المادة 09 مكرر من قانون الأسرة، فنتعرض في هذا المجال إلى شروط الولي ثم ترتيب الأولياء (الفرع الأول)، ثم زواج البالغة العاقلة (الفرع الثاني) وننتهي بالولاية التي يخضع لها القصر ومختلي العقل (الفرع الثالث).

## الفرع الأول

### شروط الولي ومكانته في الترتيب

كي تكون الولاية في عقد الزواج صحيحة، فإنه يجب أن تتوافر في الولي عدد من الشروط تغافل عنها المشرع الجزائري، ولكن تبناها الفقه الإسلامي مما يستلزم تطبيقها استنادا للمادة 222 من قانون الأسرة التي تحلينا إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في حالة انتفاء النص التشريعي.

#### أولا.- شروط الولي

##### أ.- الأهلية الكاملة :

والمقصود من ذلك أن يكون الشخص بالغاً سن الرشد ومتمتعاً بكل قواه العقلية، فلا يجوز الولاية لا للصبي ولا للمجنون في حالة جنونه، بحيث إذا كان مجنون جنون متقاطع، فإن ولايته في حالة إفاقة تجعل عقد الزواج صحيحاً. أما إذا كان محجوراً عليه، فعقد الزواج يعتبر باطلاً بطلان مطلقاً حتى ولو كان في حالة إفاقة، شأنه في ذلك شأن المعتوه والسفيه.

##### ب.- اتحاد الدين بين الولي و المولى عليه:

والمقصود بذلك، فإنه لا تثبت ولاية غير المسلم على المسلم إعمالاً بقوله تعالى: "وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا"، ولكن إذا كان مثلاً للمرأة المقبلة على الزواج وهي مسيحية أخ مسلم وآخر مسيحي، فالولاية في هذه الحالة لأخيها المسيحي. أما إذا كانت مسلمة فلأخيها المسلم.

##### ت.- الذكورة :

زيادة على الشروط سالفة الذكر، يشترط في الولي أن يكون ذكراً لأن المرأة لا تستطيع شرعاً أن تتولى زواج نفسها، حيث قد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم على ذلك بقوله "لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها". إلا أن الأحناف قد أثبتوا للأُم ولاية الإجماع على البنت وبنت الابن والأخت وغيرهن من النساء.

ومن ثم لنا أن نتساءل عما إذا كان يجوز في هذا الصدد للأُم الحاضنة أن تكون ولياً على أبنائها في عقد الزواج، خاصة وأن المادة 87 فقرة ثالثة من قانون الأسرة تنص صراحة: "وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد". فهذا النص عام ولا يمكن تطبيقه في الحالات الاستثنائية الخاصة، منها عقد الزواج، وإعمالاً بالمادة 222 من قانون الأسرة، فإنه لا يجوز للمرأة، سواء كانت أما أو غيرها، أن تكون ولياً في عقد زواج على من هو في ولايتها، لأنها هي ذاتها أو شخصياً لا يمكن لها أن تتزوج ولو كانت مطلقة أو أرملة إلا بحضور شخص ذكر (المادة 11 المعدلة من قانون الأسرة)، وكما سبقت الإشارة إليه، فإن المادة 87 أعلاه

جاءت بنص عام، بينما المادة 11 أعلاه تحتوي على نص خاص، ومنه الخاص يقيد العام.

### ثانياً- ترتيب الأولياء

والمقصود بذلك هو أنه لا يجوز مخالفة الترتيب الذي جاء به الفقه الإسلامي وكذلك القانون الوضعي وخاصة قبل التعديل الذي طرأ على المادة 11 قانون الأسرة بالنسبة للمرأة البالغة، وقبل وبعد التعديل بالنسبة للقصر من كلا الجنسين. وعليه، فإنه لا يجوز أن يحل شخص من الأقارب محل الولي الشرعي، فإذا كان مثلاً للمقبل على الزواج أب، فالولاية تؤول إلى الأب ولا يمكن أن يستخلفه الجد ولا العم ولا أي شخص آخر، وإلا كان العقد تم بدون ولي، أي باطلاً في حالة عدم الدخول بالزوجة.

بينما بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005، أصبح ترتيب الأولياء غير إجباري بالنسبة للمرأة البالغة العاقلة حيث بعد ما كانت المادة 11 من قانون الأسرة تنص على أنه: "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها..."، فأصبحت تنص بعد التعديل على أنه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره". وبهذا النص، فإن للمرأة العاقلة الحرية التامة في اختيار من يحضر زواجها كولي.

والجدير بالملاحظة أن الترتيب يكون إجبارياً فقط بالنسبة للقاصر، ويكون على الأساس التالي:

- قرابة الأبوة : وهم الأب فالجد وإن علا؛
  - قرابة البنوة : وهم الابن وابن الابن وإن نزل؛
  - قرابة الأخوة: وهم الأخ الشقيق والأخ لأب؛
  - قرابة العمومة: وهم العم الشقيق والعم لأب؛
- وقد تم هذا الترتيب على أساس حق الشخص في الميراث. وإذا انعدمت هذه القرابات فالولاية للقاضي (المادة 11 من قانون الأسرة).

### الفرع الثالث زواج البالغة العاقلة

#### أولاً- آراء الفقه الإسلامي

لقد تضاربت آراء الفقه الإسلامي حول زواج المرأة البالغة العاقلة وذلك إلى رأيين أساسيين بحيث ذهب جمهور الفقهاء إلى القول أن المرأة البالغة العاقلة تثبت عليها ولاية الاختيار وأن أساس هذه الولاية أن البالغة العاقلة ليس لها أن تنفرد بأمر زواجها بل أن لوليها سلطان معها فهما شريكان في زواجها ويتولى هو الصيغة، لأنهم يرون أن النساء لا يتولين إنشاء العقد وإن كان لا بد من رضاهن. وإذا وكلت أمرها لغير

وليها، فلا يصح هذا الزواج لأنها لا تملك تزويج نفسها بنفسها فلا تستطيع تملك غير ما لا تملكه.

وقد استدل هذا الرأي بالقرآن الكريم في قوله تعالى " وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ"، وقوله تعالى "وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرَكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَنَّ"، ففي هاتين الآيتين الخطاب موجه إلى الأولياء فتدل إلى أن الزواج إليهم؛ ومن السنة العاطرة قوله صلى الله عليه وسلم "أئما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها، فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل"، وقوله صلى الله عليه وسلم " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل". وانطلاقاً من هذين الحديثين لا يمكن للمرأة أن تنفرد بزواجها بل لابد من موافقة الولي. وأما من المعقول، فيرى أصحاب هذا الرأي أن الزواج يعد من الأمور الخطيرة في حياة الشخص من حيث تكاليفه المادية والمعنوية، لذلك ليس من مصلحة المرأة أن تنفرد بعقد زواجها فقد تجهل كثيراً من أمور الرجال لذا لابد أن يكون زواجها بموافقة وليها لكثرة تجاربه ومعرفته لأمر لا تطلع عليها النساء عادة.

في حين يرى الرأي الثاني الذي ذهب إليه الأحناف بجواز زواج البالغة العاقلة بدون ولي، إذ يعتبر العقد في هذه الحالة صحيحاً ويرتب كل آثاره الشرعية. واستدل بداية بالقرآن الكريم في قوله تعالى "فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ"، فالخطاب موجه في هذه الآية إلى المرأة لا للولي ومن ثم لها الحق أن تنشأ عقد زواجها بمفردها ودون إذن وليها؛ ومن السنة الشريفة قوله عليه الصلاة والسلام "قوله صلى الله عليه وسلم " الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تُستأذن، وإذنها صماتها"، هذا الحديث يبين أن المرأة العاقلة البالغة لها الحق في أمر زواجها فهو متروك لها. ومن المعقول عندما تزوج نفسها، فإنها تتصرف في حق خالص لها وهي كاملة الأهلية، فتصرفها هذا يعتبر صحيحاً فلها الحق أن تقوم بإبرام كل العقود الأخرى والأولى أن يكون لها الحق في إبرام عقد الزواج.

هذا عن آراء الفقه الإسلامي بشأن زواج البالغة العاقلة، فما هو موقف المشرع الجزائري منه؟

### ثانياً- موقف قانون الأسرة من زواج البالغة العاقلة:

أمام هذين الرأيين جاء المشرع بـ المادة 11 من قانون الأسرة ونص على أنه يجوز للمرأة البالغة أن تقوم بإبرام عقد زواجها بحضور وليها الذي يمكن أن يكون أي شخص تختاره هي، وبهذا النص يكون المشرع قد خرج عن موقف جمهور الفقهاء وكذلك لم يأخذ بما ذهب إليه المذهب الحنفي، إذ أن هذا الأخير اشترط في الزواج الكفاءة وعند انعدام هذا الشرط وبعد موافقة المرأة البالغة على الزواج يجوز للولي أن يعترض عليه. وهذا ما تبناه كذلك المشرع السوري الذي أجاز للولي في المادة 27 من قانون الأحوال الشخصية حق المعارضة على الزواج، وذلك بالتنصيص على أنه "إذا

زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي فإن كان الزوج كفى لزم العقد وإلا فللولي طلب فسخ النكاح".

وما يؤكد عدم ضرورة الولي في التشريع الجزائري هو ما نصت عليه المادة 2/33 المعدلة من القانون ذاته على أنه "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"، يتضح من هذا النص أن المشرع نص صراحة على الولي في حالة وجوبه. ومع العلم، فالمشرع قبل تعديل قانون الأسرة كان ينص على أن الولي ركن من أركان الزواج بالنسبة للبالغة العاقلة وإذا انتفى هذا الركن كان الزواج باطلاً قبل الدخول ويصح بعده، وإذا انتفى منه الولي والصداق أو الولي والشاهدين فالزواج باطل حتى ولو تم الدخول. وتطبيقاً لكل ما قيل أعلاه، قضى المجلس الأعلى قبل صدور قانون الأسرة في قرارها الصادر في 1966/12/07 على أنه "من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الزواج المنعقد بدون رضا ولي الزوجة هو زواج باطل بطلانا مطلقاً، ومن ثم يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه".

أما بعد التعديل ففرق المشرع بين زواج البالغة العاقلة واعتبر زواجها صحيحاً حتى بدون ولي في حالة ما إذا طبقنا ما نص عليه في المادة 2/33 من قانون الأسرة المعدلة تطبيقاً حرفياً وذلك باستعماله عبارة "الولي في حالة وجوبه"، ولا يكون الولي واجباً عند إبرام العقد إلا ما تضمنته المادة 2/11 من القانون ذاته، أي حالة زواج القاصر ولا البالغة العاقلة. ولكن حتى إذا انتفى في هذه وجوبه، فإن الدخول يصح العقد بعدما كان باطلاً.

غير أن ما يعاتب على المشرع أنه لا يمكن أن تحل تلك العلاقة الجنسية بين الزوجين محل الولي لأن الفقه الإسلامي قضى بوجوب الولي لأعتبارات مختلفة، منها ما هي مستنبطة من النصوص الشرعية ومنها ما هي اجتماعية.

والحقيقة، فإنه، طبقاً للنصوص السابقة لتعديل 2005/02/27، كان لابد من التفرقة بين الأمرين التاليين، أي بين المرأة الثيب والمرأة البكر التي لم يسبق لها الزواج. إذا كان الأمر يتعلق بالثيب ومنعها وليها من الزواج، فعلى القاضي أن يسأل في هذه الحالة وضعية المرأة هل هي ثيب أم بكر؟ فإن كانت ثيباً أمره بتزويجها فإن امتنع زوجها عنه استناداً لقوله صلى الله عليه وسلم "لِثِّيبٍ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ، وَإِذْنُهَا سَكُونُهَا". أما إذا كانت المرأة بكراً، فإن القاضي قبل أن يعقد زواجها بمن هي راغبة فيه، المطلوب منه أن يرجع الطلب إلى أبيها لمعرفة رأيه في هذا الزواج، فإن وافق الولي فالأمر لا يثير أي إشكال، بينما إذا رفض، فعلى القاضي أن يطلب منه سبب رفضه فإن كان معقولاً رفض القاضي القيام بتزويجها، أما إذا كان تافهاً أمره بتزويجها، فإن رفض زوجها القاضي.

وتطبيقا لذلك، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1993/03/30 بأنه: "ومتى تبين في قضية الحال أن الأب امتنع عن تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بني عليها هذا الامتناع، فإن القضاة بقضائهم بإذن المدعية بالزواج طبقوا صحيحا القانون ومن ثم استوجب وجوب رفض الطعن".

#### الفرع الرابع

##### زواج القصر ومختلي العقل

إن النصوص القانونية المتعلقة بالزواج والسارية المفعول في الجزائر لا تتضمن في طياتها، خلافا للفقهاء الإسلامي، ولاية الإجماع لا بالنسبة للبكر ولا للصغار وهي جاءت بذلك مخالفة لمذهب الإمام مالك، إذ فيما يتعلق بعدم التنصيص على ولاية الإجماع بالنسبة للبكر نرى أنه قد حدد سنا معينة لإبرام عقد الزواج، ومنه فكل من بلغ 19 سنة له الحق أن يدلي برأيه فيبين عما إذا كان راضيا بالزواج أم لا.

وهذا يستنتج كذلك من ما نصت عليه المادة 13 من قانون الأسرة المعدلة بقولها: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها". أما بالنسبة لزواج مختلي العقل لجنون أو سفه أو عته، فإنه يجوز للولي أن يتولى زواجه شريطة أن يكون في ذلك الزواج مصلحة له وأن هذه المصلحة من المفروض لا يقدرها إلا القاضي.

ونافذة القول أن الولاية أدرجها المشرع ضمن الشروط التي يتوقف عليها عقد الزواج، شأنها في ذلك شأن الصداق.

#### المطلب الثالث

##### الصداق كشرط صحة في عقد الزواج

بعد تعديله لقانون الأسرة سنة 2005، أصبح المشرع يكيف الصداق على أنه ضمن الشروط التي تتوقف عليها صحة عقد الزواج. وتأسيسا على ذلك، سنتعرض في هذه الدراسة إلى تعريف الصداق مع تحديد نوعيه وطبيعته القانونية (الفرع الأول)، ثم إلى شروطه (الفرع الثاني)، وأخيرا، إلى مؤكدات الصداق (الفرع الثالث).

##### الفرع الأول

##### تعريف الصداق، نوعيه، وطبيعته القانونية

##### أولا.- تعريف الصداق:

يعرف الفقهاء القدامى الصداق بأنه "المال الذي أوجبه الشارع للمرأة على الرجل في مقابل الاستمتاع بها بسبب عقد الزواج"، فيأخذ على هذا التعريف أنه قد ربط الاستمتاع بالمرأة بمقابل متمثل في المهر، ومع العلم فإن الصداق حق لكل امرأة حتى ولو كان زوجها مصاب بقصور جنسي، بحيث لو أخذنا بذلك التعريف لما ألزمتنا الشخص المصاب بهذا المرض إعطاء المهر لزوجته.

وهناك من الفقه من عرفه على أنه: "ما يدفعه الزوج إلى زوجته على سبيل الهدية مستنديين في ذلك بقوله تعالى: " وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً"، أي عطاء وهدية، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري حيث عرفه في المادة 14 من قانون الأسرة على أن: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نفود أو غيرها...". التعريف غير أن تكيف الصداق على أنه هدية لا أساس له من وجهة القانون، لأن أحكام الهدية أو الهبة تختلف عن أحكام المهر، سواء من حيث شرعيتها أم من حيث ضمان العيوب الخفية. فلا يجوز أن يكون محلا للمهر إلا ما هو مباح شرعا، وبالتالي، فإن كل ما ليس له قيمة من الناحية الشرعية لا يمكنه أن يكون مهرا كالخمر مثلا، بينما هذا الأخير يجوز أن يكون محلا للهدية.

أضف إلى ذلك، فالزوج مسؤول في حالة المهر عن العيوب الخفية، كما لا يجوز الرجوع في المهر، أما الهدية لا يكون الواهب مسؤولا عن العيوب الخفية، كما أنه، طبقا للمادة 211 من قانون الأسرة يحق الرجوع فيها إذا كان الأمر يتعلق بالوالدين إلا ما استثني منه بنص قانوني. وبهذا فلا يمكن أن تكيف المهر على أساس أنه هدية، بل هو حق مالي أوجبه الله سبحانه وتعالى للمرأة على الرجل في عقد الزواج الصحيح أو الدخول بشبهة أو بعد الدخول في عقد فاسد، فهو على أساس ذلك عبارة عن الإخلاص والعزم ودليل تعلق الرجل بالمرأة من أجل بناء أسرة متينة.

### ثانيا. - نوعا الصداق:

ينقسم الصداق إلى نوعين: الصداق المسمى وصداق المثل.

أ. - **الصداق المسمى** : هو ذلك المبلغ من المال الذي اتفق عليه الزوجان كصداق وتمت تسميته في العقد وهذا ما أشارت إليه المادة 15 من قانون الأسرة

ب. - **صداق المثل** : وهو مهر امرأة تماثل الزوجة وقت العقد من أسرة أبيها كأختها مثلا أو بنت عمها أو بنت أختها، ولا يعتبر مهر المثل مهر أمها ولا خالتها اللهم إلا إذا كانت أمها ابنة عم أبيها، ويشترط في هذه المرأة تساويها مع الزوجة من حيث السن والجمال والصحة والمال والثقافة والأدب والعقل والبركة. وقد أشار المشرع الجزائري إلى مهر المثل في المادة 15/2 من قانون الأسرة المعدلة بقوله: "في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل"، وكما نصت عليه في المادة 2/33 منه في حالة ما إذا تم الزواج بدون صداق وقد أتبعه دخول، فالمرأة في مثل هذه الحالة تستحق صداق المثل.

### ثالثا. - الطبيعة القانونية للصداق

لقد اختلف الفقه الإسلامي بشأن الطبيعة القانونية للمهر، بحيث كيفه المذهب المالكي على أنه ركن من أركان عقد الزواج، ومعنى ذلك أنه لا يجوز للزوجين الاتفاق على إسقاطه، بينما يرى جمهور الفقهاء (الحنفية، الشافعية، الحنابلة) بأن المهر هو حكم أو أثر من آثار الزواج، ونتيجة لذلك فإنه يصح العقد حتى ولو لم يسم فيه المهر، وبمعنى أدق لا يتوقف العقد ولا صحته على ذكر المهر فيه لأنه ليس ركن من أركان عقد الزواج. وأكثر من ذلك لو تم الزواج على أساس اشتراط عدم المهر أو سمي مهر

ما لا يصلح كمال، فالشرط باطل والعقد صحيح، ويجب للمرأة في كل هذه الصور مهر المثل. وقد استدل هذا الاتجاه بقوله تعالى: " لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً، وَالْمَقْصُودُ بِالْفَرِيضَةِ فِي هَذِهِ الْآيَةِ الْمَهْرُ وَمَنْ تَمَّ قَدْ أَجَازَ اللَّهُ سَبْحَانَهُ وَتَعَالَى الطَّلَاقُ حَتَّى وَلَوْ لَمْ تَتَمَّ تَسْمِيَةُ الْمَهْرِ فِي الْعَقْدِ، وَبِالتَّالِي أَنْ الزَّوْجُ التَّامُّ بِدُونِ مَهْرٍ هُوَ زَوْجٌ صَحِيحٌ لِأَنَّهُ يَتَّبِعُهُ الطَّلَاقُ؛ وَمَنْ السَّنَةُ النَّبَوِيَّةُ مَا قَضَى بِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِبُرُوعِ بِنْتِ وَاشْكَ الْأَشْجَعِيَّةَ بِأَنَّ لَهَا الْحَقَّ فِي الْمَهْرِ بَعْدَ وَفَاةِ زَوْجِهَا حَتَّى وَلَوْ لَمْ تَتَمَّ تَسْمِيَةُ ذَلِكَ الْمَهْرِ أَيَّ بَأَنَّ لَهَا مَهْرَ الْمَثَلِ.

أما المشرع الجزائري، أمام هذين الرأيين المتضاربين، فقد سبق له أن كيف الأمر في قانون 9 جوان 1984 على أنه ركن من أركان عقد الزواج، وذلك في المادة 09 من قانون الأسرة في صياغته الأصلية، بحيث خصص كعنوان لهذه المادة "أركان الزواج" ونص تحته على أنه "يتم عقد الزواج برضا الزوجين و بولي الزوجة وشاهدين وصادق". وكان المشرع ينص في المادة 32 منه قبل التعديل على أنه "يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه..."، إلا أنه على الرغم من ذلك، كانت المادة 33 منه تعتبر الزواج صحيحا بدون مهر إذا اتبعه دخولا وللزوجة الحق في مهر المثل، مع هذا الفارق أنه ينبغي الحكم ببطلان الزواج حتى ولو اتبعه دخولا إذا اختل فيه ركن الصداق والولاية أو الصداق والشاهدين.

في حين جاء المشرع بالتعديل الذي طرأ على أحكام الصداق من حيث أنه قد كيفه على أنه شرط من شروط صحة عقد الزواج في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة، ونص في المادة 2/33 المعدلة منه على أنه: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"، وهذا دون الإشارة إلى حكم الزواج إذا انتفى فيه أكثر من شرط صحة، هل يعد صحيحا إذا اتبعه الدخول أم باطلا، خاصة إذا تعلق الأمر بالولاية والصداق.

## الفرع الثاني

### شروط الصداق

يشترط لصحة تسمية الصداق الشروط التالية:

أولاً- أن يكون الممهور مالا متقوما شرعا:

وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 14 من قانون الأسرة بقوله: "... من كل ما هو مباح شرعا". ومن ثم، فإنه لا يجوز تسمية الأشياء التي لا تقوم بمال كمهر، منها كبيع قارورات الخمر وكذا المخدرات أو الأموال المتحصل عليها من هذه الأشياء. والجدير بالإشارة فإن المشرع لم يحدد الأشياء التي تمهر بها المرأة بل قد أطلق جنسها ونوعها وقيدها فقط بالشرعية. وبناء على ذلك، فإنه يجوز أن تكون المنافع مهرا كزراعة قطعة أرض لمدة معينة من الزمن.

ولكن إذا سمي للمرأة صداق نصفه مباح شرعا والآخر حرام، فإنها تستحق في هذه الحالة الأكثر من المسمى حلال ولها الحق أن تقاضي زوجها بشأن هذا المبلغ، أما النصف الآخر فيسقط حقها فيه.

### ثانياً- أن يكون مقدورا على تسليمه عند العقد:

فلا تصح تسمية كمهر عين متنازع عليها، منها قطعة أرض بين الورثة وهي محل نزاع، فلا يجوز تسمية القطعة أو جزء منها؛ ولا عين مفقودة أو مغصوبة وإن كان تحصيلها ممكنا كما لو تزوجها بعقار ثم ظهر أنه لغيره، فبشأن هذه الحالة الأخيرة قد فرق الفقه بين حالتين:

الحالة الأولى: يرى المالكية بأنه إذا كانا الزوجان يعلمان بأن هذا المال مغصوب وهما راشدان، فسخ العقد قبل الدخول ويثبت بعده بمهر المثل. أما الشافعية والحنابلة يرون بوجوب مهر المثل وصحة العقد سواء دخل بها أو لم يدخل بها. غير أن الحنفية قالوا بصحة العقد، مع هذا الفارق أنه إذا أجاز مالك المال المغصوب تلك التسمية، فلها الحق في المسمى، أما إذا لم يجيزه، فلها بدل المسمى من المثل أو القيمة.

وأمام هذه الآراء الفقهية، فإن المشرع في القانون المدني يعتبر أن العقد الذي يكون محله مال الغير عقد قابل للإبطال، بمعنى لو أجاز المالك يبقى العقد صحيحا وفقا لما نصت عليه المادة 398 من القانون ذاته.

الحالة الثانية: أما إذا كان أحدهما غير راشد أي لم يبلغ بعد 19 سنة، فالعلم المعتبر هو علم الولي، فإذا لم تكن الزوجة تعلم بغصب المال جاز هذا الأخير حتى ولو رجع المغصوب منه عليها، فيأخذ ماله وترجع على زوجها بقيمته.

### ثالثاً- أن يكون الممهور معلوما:

فلا يجوز أن يكون الممهور مجهولا جهالة فاحشة كمن لو قال لزوجته أن مهرك دار ولكن بدون تحديد لا نوعها ولا مكانها، فهنا يكون المهر كأن لم يكن ويفسخ العقد عند المالكية قبل الدخول ويستمر بعده بمهر المثل. أما إذا كانت الجهالة يسيرة، فلا بأس بأن يكون المهر صحيحا فيؤخذ من الوسط.

### رابعاً- مقدار المهر:

لقد اتفق الفقه الإسلامي على أنه ليس للمهر حد أعلى يقف الناس عنده وهذا لانتفاء النص القرآني والحديث النبوي، أما قوله تعالى: "وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا"، والمقصود به المال اليسير ولا التحديد في هذه الحالة. ولكن بالرغم من ذلك، فهناك بعض الدول وخاصة منها دول الخليج العربي قد حددت في الوقت الراهن الحد الأقصى للمهر فهاهي الإمارات العربية المتحدة قد قامت بتحديد المهر على أساس 20.000 درهم، وذلك حتى لا يكون المهر عائقا بالنسبة للرجال ممن يرغبون الزواج بهن.

بينما قد تضاربت آراء الفقهاء بشأن الحد الأدنى للمهر، فحدده المالكية بـ 1/4 دينار من الذهب الخالص أو 3 دراهم من الفضة الخالصة، ولا يجوز أن يكون أقل من ذلك، أما إذا سمى الزوج أقل من هذين المبلغين واتضح أمره قبل الدخول كان عليه إكماله إلى الحد الأدنى أو فسخ النكاح بالطلاق، فإن اختار الحل الثاني فعليه نصف

المهر مما سماه لها وإن تم الدخول فلها مهر المثل. بينما ذهب الحنفية إلى أن أقل المهر 10 دراهم أو ما يساويه، فلو اتفق الطرفان على أقل من ذلك تلزم العشرة في هذه الحالة.

وخلافا لهذين الرأيين، يرى الشافعية والحنابلة أنه لا حد لأقل المهر، بل يصح كل ما هو مال شرعي قليلا كان أم كثيرا مستندين بذلك في قوله تعالى: "وَأَجَلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ"، فهذه الآية اشترطت أن يكون الزواج بالمال ولكن من غير تحديد، وبالتالي، مهما كانت قيمة المهر فهي جائزة ولو خاتم من حديد كما قال صلى الله عليه وسلم.

وقد سلك المشرع الجزائري مسلك الرأي الأخير، حيث نص في المادة 14 من قانون الأسرة على أن "المهر هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا"، ومن ثم لا مكانة لمات ذهب إليه الفقه المالكي ولا الحنفي في ظل التشريع الجزائري.

#### خامسا- تأجيل الصداق وتعجيله:

لقد أباح المشرع الجزائري على منوال الشريعة الإسلامية أن يكون الصداق معجلا أو مؤجلا، وهذا ما نصت عليه المادة 15 من قانون الأسرة المعدلة بقوله "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا". ولتوضيح ذلك، فإنه يجوز للزوجة أن تقبض صداقها حتى ولو لم يتم الدخول بعد، بل حتى ولو تمت الخطبة دون إبرام العقد، وفي هاتين الحالتين يكون الصداق معجلا. غير أنه من وجهة الفقه الإسلامي يكره عند المالكية أن يكون الصداق كله مؤجلا حتى ولو كان ذلك إلى أجل معلوم. كما أنه يجوز تجزئة الصداق، فيكون جزء منه مؤجلا والباقي معجلا، وإن تأجيل وتعجيل الصداق هو من اختصاص الطرفين أي الزوجين، وفي حالة ما إذا لم يذكر شيء حول التأجيل أو التعجيل في العقد، فيتبع العرف السائد في البلد.

#### الفرع الثالث

#### مؤكدات الصداق

يتأكد الصداق كله أو نصفه حسب الحالات التي انتهى بها الزواج.  
أولاً- مؤكداً الصداق بالعقد الصحيح:

#### أ- الدخول الحقيقي :

وهو الوطأ من الزوج لزوجته غير أنه لا يشترط في هذا الوطأ الموجب لكل المهر أن يحصل في غياب الموانع الشرعية كالحيض أو النفاس أو الصيام، ولكن لا يعني ذلك أنه يجوز للزوج أن يرتبط جنسياً بزوجته وهي حائض أو نفساء أو صائمة ليس صيام التطوع، بل الوطأ في هذه الحالات كلها حرام ولكن إذا تم فيتأكد لها كل المهر. وكما أنه لا يشترط فيه إزالة بكاراة الزوجة وهذا ما أشار إليه الله تعالى في قوله: "فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً".

#### ب- وفاة أحد الزوجين:

فالوفاة تؤكد للزوجة جميع المهر حتى ولو لم يكن قد تبع الزواج دخول سواء أكان حقيقياً أو حكماً، ولكن مع اشتراط عند المالكية أن يكون المهر مهراً مسمى أما إذا لم تتم تسمية المهر، فليس لها الحق فيه، غير أنه عليها العدة ولها الميراث. ومن ثم، فإن تأكيد المهر بالوفاة أساسه العقد الصحيح الذي تم بين الزوجين وبالوفاة لا يفسخ العقد وإنما ينتهي لانتهاء مدته وبما أن المهر أصبح واجباً بالعقد صار ديناً على الزوج والديون لا تسقط بالوفاة. وهذا ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1997/03/09 بقولها: "من المقرر شرعاً أن الزوجة تستحق كامل الصداق إذا توفي الزوج قبل الدخول، وعليه إذا توفي الزوج قبل أن يدخل بزوجته وكان صداقها مؤجلاً ففي هذه الحالة تستحق الصداق من تركة زوجها المدين وكذلك تستحق الميراث كزوجة"، وهو ذات الحكم يطبق إذا توفيت الزوجة.

هذا الحكم ينطبق في حالة إذا كانت الوفاة طبيعية، ولكن ما الحكم لو تمت ناتجة عن تصرف إرادي، فهل يتأكد للمرأة الصداق بأكمله؟

في الحقيقة لقد اتفق الفقه الإسلامي على أنه يتأكد المهر للزوجة إذا كان الموت ناتجاً عن قتل أجنبي أو بفعل الزوج أي يقتل نفسه (انتحار)، أو قتل زوجته، ففي هذه الحالات كلها يتأكد للزوجة المهر كله. بينما تضاربت آراء الفقه الإسلامي في حالة إذا انتحرت الزوجة أو قامت بقتل زوجها عمداً، ففي حالة انتحارها وكان ذلك قبل الدخول بها يرى جمهور الفقهاء أنها تستحق كل المهر لأن حق ورثتها تعلق بالمهر فلا يسقط بعملها (الانتحار)، فيما عدا زفر من الأحناف الذي قال بأنها لا تستحق شيئاً في هذه الحالة وذلك بسبب فوات حق الزوج عليها.

أما إذا قتلت زوجها عمداً، فيرى الشافعية والمالكية أن حقها في المهر يسقط بصفة نهائية فهي تحرم في هذه الحالة من الميراث فأولى أن تحرم من الصداق وبالإضافة إلى ذلك قد أنهت الزواج بمعصية، بينما يرى الحنفية والحنابلة والإمامية بأن لها الحق في الصداق لأن الجريمة التي ارتكبتها لها عقوبة مخصصة في الشريعة الإسلامية ولا يدخل في طياتها إسقاط حق الزوجة في المهر.

ولكن أمام هذين الرأيين المتضاربين، فإنه من المستحسن الأخذ بما ذهب إليه الرأي الأول لأنه لا يمكن أن تكون الجرائم سبباً في النعم بحيث لا يمكن أن تكفأ الزوجة وهي مرتكبة لمعصية تكيف على أنها من الكبائر.

### ت.- الخلوة الصحيحة أو الدخول الحكمي:

المقصود بالخلوة الصحيحة هو غياب الزوجين عن الأنظار في مكان يأمنان فيه عن دخول الغير عليهما وإطلاعه عليهما بدون إذن. وفي هذه الحالة لا يتأكد المهر كله إلا بتوافر الشرطين التاليين، أن يكون الزواج صحيحاً بحيث إذا كان فاسداً تكون الخلوة فاسدة ولا صحيحة ولا يتأكد بها كل المهر؛ وأنه، خلافاً للدخول الحقيقي، يشترط أن تتم الخلوة في غياب الموانع الشرعية (النفاس والحيض والصيام، الخ).

ومن زاوية الفقه الإسلامي، ولقد اختلفت آراؤه حول تأكيد كل الصداق بالخلوة الصحيحة، إذ يرى كل من الحنفية والحنابلة بأن الخلوة الصحيحة تؤكد للمرأة كل الصداق ويعني بذلك أن النصف الأول يتأكد بالعقد والنصف الثاني يتأكد بالخلوة. حين يرى المالكية أن مكوث الزوجة في بيت زوجها مدة سنة يتأكد به كل الصداق دخل بها أو لم يدخل بها. أما الشافعية فيرون بأن الزوجة لا يتأكد لها كل المهر إلا بالدخول الحقيقي أي الوطأ.

وأن سبب اختلاف الفقهاء مرجعه قوله تعالى " وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ۖ أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِنَّمَا مُبِينًا (20)، وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا (21)، إذ ذهب أنصار الرأي الأول إلى أن القول أن كلمة أفضى الواردة في هذه الآية يقصد بها الإفتضاء أي الاختلاء. بينما يرى الشافعية أن المراد من هذه الكلمة هو الدخول الحقيقي. وقد أضاف الرأي الأول ما جاء به الرسول صلى الله عليه وسلم: "من كشف خمار امرأته، ونظر إليها فقد وجب الصداق، دخل بها أو لم يدخل".

وأما من زاوية القانون، فقد نص المشرع في المادة 16 من قانون الأسرة على أن الزوجة تستحق الصداق كاملا بالدخول ولكن بدون التفرقة بين الدخول الحكمي والدخول الحقيقي، وتفسيرا لهذ النص التشريعي، قضى المجلس الأعلى في قرارها الصادر في 1989/10/02 بأنه: "من المقرر شرعا أن انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية واختلاء الزوج بها في بيته وغلق بابه وهو الذي يعبر عنه شرعا بإرخاء الستور أو خلوة الاهتداء يعتبر دخولا فعليا يرتب عليه الآثار الشرعية وتنال الزوجة كامل صداقها"، وهذا ما جاء ليؤكد ما قال به نفس المجلس في 1984/11/19 حيث قضى بأنه: "من المتفق عليه فقها أن الخلوة الصحيحة توجب جميع الصداق المسمى".

ومن جانب آخر، فالدخول الحكمي يتفق مع الدخول الحقيقي في الحالات التالية:

- وجوب نفقة العدة للمطلقة؛
- تأكد المهر بأكمله في كلتا الحالتين؛
- ثبوت نسب الولد سواء كان دخولا حقيقيا أو حكما؛
- يحرم على الزوج الزواج بمحرم للزوجة حتى تنتهي عدتها، أي حالة الجمع بين البنت وعمتها أو خالتها أو أختها؛
- عدم جواز الزواج بالخامسة قبل انتهاء العدة؛
- بينما تختلف الخلوة الصحيحة عن الدخول الحقيقي في الأمور التالية:
- الخلوة لا تحرم فروع الزوجة عن الزوج؛
- إذا اختلى الزوج الثاني بالمطلقة طلاقا ثلاثا فالمانع يبقى قائما.
- الطلاق بعد الدخول يكون بائنا ورجعيا، أما الطلاق بعد الخلوة لا يكون إلا

بائنا.

-بمجرد الدخول بالزوجة يصبح الزوجان في حكم المحصنين، أما في حالة الخلوة فالإحصان غير ثابت، بمعنى من زنا بامرأة بعد الخلوة يعاقب شرعا بمائة جلدة، بينما من زنا بعد الدخول الحقيقي فعقوبته الرجم لأنه محصن.

#### ثانياً.- مؤكدات المهر في العقد الفاسد:

إذا قضي بفساد العقد بحكم قضائي، فالمرأة لا تستحق شيئاً من مهرها إذا لم يكن قد أتبع ذلك دخول. أما بعد الدخول فلها الحق في المهر.

#### ثالثاً.- سقوط نصف المهر وبكامله ونكاح الشغار:

##### أ.- حالات سقوط نصف المهر:

يسقط نصف المهر على النحو التالي بحكم المادة 16 من قانون الأسرة في الحالات التالية:

- أن يكون عقد الزواج عقداً صحيحاً؛

- أن يكون الطلاق هو سبب فك الرابطة الزوجية؛

- أن يتم الطلاق قبل الدخول بنوعيه.

فإذا توافرت هذه الشروط مجتمعة فالمرأة تستحق نصف المهر، وذلك استناداً لقوله تعالى: **وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ**.

- الزواج عن طريق الفاتحة أو العرفي، ففي هذه الحالة إذا لم تؤد هذه العلاقة إلى الزفاف وتم حلها، فالمرأة تستحق نصف المهر ونحن هنا لسنا بما يسمى العدول عن الخطبة بل طلاق.

والجدير بالملاحظة أن بعض المحاكم الجزائرية قد كيفت فك الرابطة الزوجية قبل الدخول على أنه فسخ ولا طلاقاً، بمعنى أنه إذا تم عقد الزواج بتوافر أركانه وشروطه يعتبر صحيحاً ولكنه يفسخ قبل الدخول، وللمرأة إرجاع كامل المهر لزوجها. غير أن هذا الموقف قد انتقد من قبل المحكمة العليا في عدة قرارات قضائية، منها خاصة قرارها الصادر في 16/10/1993 حيث قضت بموجبه بأن: "الحكم على الصياغة بإرجاع الصداق كاملاً خطأً في تطبيق القانون إذا تم الطلاق قبل البناء"، وكذلك قضت في قرارها الصادر في 24/09/1996 بأن: "الطلاق قبل البناء ليس فسخاً ومن ثم يستوجب إرجاع نصف الصداق فقط ولا كاملاً".

##### ب. حالات سقوط الصداق بكامله:

يسقط الصداق بكامله إذا طرأ على الزواج سبب من الأسباب التالية:

- إذا فسخ العقد لسبب من جهة الزوجة وكان هذا السبب غير شرعي كردها عن الإسلام فهنا يسقط المهر بكامله في هذه الحالة شريطة أن لا يكون قد دخل بها؛

- إذا خلعت الزوجة زوجها على الصداق كله سواء دخل بها أو لم يدخل بها (المادة 54 من قانون الأسرة)؛  
- كذلك يسقط المهر بكامله في حالة ما إذا تم الزواج بدون مراعاة شروط صحة عقد الزواج وتم الطلاق بفسخه قبل الدخول.  
- إذا تنازلت الزوجة عن حقها في مهرها لزوجها أي وهبت له المهر، فهنا يسقط الصداق سواء دخل بها أو لم يدخل بها.

### ت.- نكاح الشغار:

- والمقصود به هو أن يتزوج اثنان امرأتين على أن تكون إحداهما في نظير صداق أخرى وقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن هذا الصداق واعتبره الفقه الإسلامي فاسدا بحيث قال عليه الصلاة والسلام: "لا شغار في الإسلام". وللشغار عند المالكية ثلاثة صور:
- شغار صريح: وهو أن يقول الزوج زوجني أختك على أن أزوجك أختي على أن لا يكون لإحداهما مهرا، فحكم هذا الزواج البطلان قبل الدخول أو بعده ولها مهر المثل بعد فسخ الزواج بعد الدخول
  - وجه الشغار: وهو أن يقول له زوجني أختك بـ 5.000 دج على أن أزوجك أختي بنفس المبلغ، فحكمه البطلان قبل الدخول فقط وللمرأة في حالة الدخول الأكثر من مهر المثل أو المهر المسمى.
  - المركب منها: وهو أن يقول له زوجني أختك بـ 100 دج على أن أزوجك أختي، فحكمه يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بأكثر من المهر المسمى ومهر المثل هذا في حالة ما إذا سمى لها مهرا، أما إذا لم يتم تسمية لها مهر فعقد الزواج يفسخ قبل الدخول وبعده، وإذا تم الدخول فلها مهر المثل مع فسخ العقد.

### الفرع الرابع

### النزاع حول الصداق

تنص المادة 17 من قانون الأسرة على أنه: "في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو وراثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو وراثتها مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو وراثته مع اليمين".

نستخلص من هذا النص أن المشرع الجزائري قد غطى جميع الحالات التي يكون فيها الصداق محل نزاع الزوجين أو وراثتهما بقاعدتين أساسها الدخول من عدمه مع تأدية اليمين من قبل الزوج المعني، بحيث إذا تم النزاع من حيث قيمة الصداق أو زمان أو وقت دفعه، إذا كان ذلك قبل الدخول وفي غياب وسائل الإثبات، فالقول يكون للزوجة مع اليمين أو لورثتها مع اليمين في حالة وفاتها، بينما إذا كان بعد الدخول فالقول للزوج مع اليمين وفي حالة وفاته فلورثته مع اليمين.

وبطبيعة الحال إذا كان بحوزة الزوج وسيلة من وسائل الإثبات كالورقة الرسمية أو العرفية أو شهادة الشهود...، إن الزوجة (أو وراثتها) يبغى عليها إثبات

عكس ذلك إذا كانت رغبة في الحصول على صداقها كله أم جزء منه. وفي هذا المقام، يقول عليه الصلاة والسلام " أَيُّمَا رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى مَا قَلَّ مِنَ الْمَهْرِ أَوْ كَثُرَ لَيْسَ فِي نَفْسِهِ أَنْ يُؤَدِّيَ إِلَيْهَا حَقَّهَا خَدَعَهَا فَمَاتَ، وَلَمْ يُؤَدِّ إِلَيْهَا حَقَّهَا لَقِيَ اللَّهَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَهُوَ زَانٍ".

وإذا كان الصداق محل خلاف بين الفقه الإسلامي من حيث طبيعته القانونية، إنهم اتفقوا في الأصل على موانع الزواج.

## المطلب الرابع موانع الزواج

استنادا إلى القرآن الكريم والسنة النبوية، فرق المشرع الجزائري بين نوعين من الموانع، الأولى موانع مؤبدة وفيها لا يجوز للشخص أن يتزوج بشخص فيه واحد من هذه الموانع مهما طالَّت المدة وما دام أنه على قيد الحياة، والثانية موانع مؤقتة فهنا المانع يزول بزوال السبب الذي أدى إلى وجوبها. ولكن سواء تعلق الأمر بالصنف الأول أو الصنف الثاني فإذا تم الزواج في هذه الحالة يعتبر باطلا ولا يمكن تصحيحه سواء دخل بها أو لم يدخل بها. وبناء على ذلك، نصت المادة 23 من قانون الأسرة على أنه "يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة (الفرع الأول) ومؤقتة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول الموانع المؤبدة

الأسباب التي أدت إلى إقامة هذا النوع من الموانع هي متعددة في نظر الفقه ونقتصر بالقول إن الزواج بالأجنبيات غير القريبات يعتبر عامل من عوامل تقوية النسل، لأن الزواج بالقريبات ينجم عنه ضعف النسل وإصابته بالأمراض تكون في بعض الحالات فتقه. فالدم بحاجة إلى الاختلاط وفيه يقول صلى الله عليه وسلم: "اغتربوا لا تضووا"، بمعنى تزوجوا في البعاد الأنساب لا في الأقارب لئلا تضووا أولادكم أي حتى لا تصابوا بعدم تقوية النسل.

زيادة على ذلك، من الناحية الأدبية والخلقية فالحياة الأسرية كثيرا ما تجمع بين الأقارب تحت سقف واحد وقد يؤدي توقع إمكان الزواج إلى الفوضى وانتشار النزاع بين الأقارب وأفراد الأسرة، مما ينجم عنه التفكك العائلي المفضي إلى زعزعة الكيان الاجتماعي، ولذلك أقرت الشريعة الإسلامية، وبعدها المشرع الجزائري، تحديد الأشخاص الذين يجوز الزواج بهم، أي حالات موانع الزواج المؤبدة، سواء أكانت مؤبدة وأن هذه الموانع، منها ما يتعلق بقرباة الدم (أولا)، ومنها ما يتعلق بقرباة المصاهرة (ثانيا)، ومنها ما يتعلق بالقرباة المبنية على الرضاع(ثالثا).

## أولاً- قرابة الدم: (المادة 25 من قانون الأسرة)

القرابة الناشئة عن طريق النسب هي الرابطة التي تجمع بين شخصين ينحدران من أصل واحد في حدود معينة أو يتفرع أحدهما عن الآخر، وقرابة الدم قد تكون مباشرة وهي الصلة بين الأصول والفروع، وقد تنشأ من لقاء الطرفين في أصل مشترك من أصولهما وهي ما تسمى بقرابة الحواشي كالأخ والأخت والعم وبنت العامة.

وبالنسبة لقرابة الدم المباشرة فالمانع قائم مهما كانت الدرجة، وبالتالي فإنه لا يجوز للشخص التزوج بأصوله ولو علوا كالأم والجدّة وإن علت من الجهتين، الأبوية والأمية، أو بفروعه وإن نزلوا كالبنّات وبنّات الابن وبنّات البنت وإن نزلت. وما ينبغي الإشارة إليه في هذا المقام هو أن المانع في هذه الحالة يقع حتى ولو كانت العلاقة بين الطرفين علاقة غير شرعية بمعنى إذا زنا شخص مع فتاة وأنجبت طفلة فهذه الطفلة لا تحل لأبيها الطبيعي وليس الشرعي.

أما قرابة الحواشي أي قرابة الدم غير المباشرة، ففيها يحرم التزوج بالأخت مطلقاً وبناتها وبنات ابنها وبنات الأخ وبنات ابنه وابنته مهما نزلن ومهما كانت نوع الأخوة، وبالعمة مطلقاً سواء كانت شقيقة لأب أو أم ومهما علت، وبالخاله مطلقاً ومهما علت م 25 قانون الأسرة مصداقاً لقوله تعالى: "حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ..."

واستثناء على هذه القاعدة المحددة للمحرمات من النساء بسبب قرابة الحواشي، فإنه يجوز الزواج بين بنات وأبناء الأعمام وبنات وأبناء الأخوال والخالات.

## ثانياً- قرابة المصاهرة (المادة 26 من قانون الأسرة):

تحريم هذا النوع معناه التحريم بسبب الزواج، فالمصاهرة تربط كل من الزوجين بأقارب الدم من الطرف الآخر وهي تعتبر مانعاً من موانع الزواج وتكون الموانع بسبب القرابة على النحو التالي:

أ- أصول الزوجة بمجرد العقد عليهن: وذلك تطبيقاً للقاعدة الفقهية القائلة: "العقد على البنات يحرم الأمهات"، والمقصود بالأمهات هنا هن الأم والجدّة وإن علت ومهما كان نوعها سواء أبوية كانت أو أموية مصداقاً لقوله تعالى: "وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ..."

ب- فرع الزوجة إن دخل بها: ويعني بذلك بأنه يحرم على الشخص التزوج بفروع زوجته بالدخول ولا بمجرد العقد، والمقصود بالفروع هن البنات الصلبية (الريبية) وبنات بنتها وبنات ابنها مهما نزلت، وذلك طبقاً للقاعدة الفقهية القائلة "الدخول بالأمهات يحرم البنات"، ومصداقاً لقوله تعالى: "وَرَبَائِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ..."، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 26 من قانون الأسرة.

وأمام هذه التحريم والمانع المقرر في المصدر الرسمي الأول للشريعة الإسلامية، لنا أن نتساءل عما إذا تثبت حرمة المصاهرة بالزنا؟ وقبل الإجابة على السؤال، ينبغي أن نتساءل عما إذا كان اللمس بشهوة كالدخول الحقيقي ويعطي أحكامه في التحريم المشترط على الدخول كتحريم الربيبة؟

للإجابة على السؤال الثاني، وأمام عدم التدقيق في النص التشريعي تضاربت آراء الفقهاء بحيث يرى داوود والمزيني: "لا يحرم إلا الدخول الحقيقي"، في حين قال أبو حنيفة ومالك: "إن اللمس بشهوة كالدخول"، مع هذه التفرقة إن أبو حنيفة قد اشترط أن يكون ذلك اللمس في المكان المخصص، وذلك أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "من نظر إلى فرج امرأة حرمت عليه أمها وبناتها". والعمل بالرأي الثاني ينال في هذا الإطار منكل التأييد وينبغي العمل به.

بينما للإجابة على السؤال الأول، فقد اختلفت كذلك آراء الفقهاء في ثبوت حرمة المصاهرة بطريق الزنا، فقال الشافعي ومالك في القول المعتمد: "إن الزنا لا يثبت به حرمة المصاهرة، فإن زنا بامرأة فلا يحرم عليه الزواج بأمرها ولا بإحدى بناتها كما لا تحرم هذه المرأة لا على أصول الرجل ولا على فروعها فلا يمكن للحرام أن يحرم الحلال". بينما قال الحنفية وأحمد بن حنبل: "إن الزنا تثبت به حرمة المصاهرة بجميع أنواعها ومن ثم لا يجوز للشخص أن يتزوج بفروع أو أصول من زنا بها".

ولكن أمام هذين الرأيين نرجح ما ذهب إليه الرأي الأول بحيث أن الله عز وجل عندما ذكر في القرآن الكريم المحرمات من النساء بقوله: "حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخْوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ..."، ثم جاء بعد ذلك وقال عز وجل: "وَأَجَلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ"، ويستنتج من ذلك فإنه لم يذكر المرأة التي زنا بها، وبالتالي لا يمكن أن يكون الزنا مانعا من موانع الزواج بسبب المصاهرة. وعليه، فمن زنا بامرأة فيجوز له عندئذ الزواج بابنتها وكذلك بأمرها وإن علت، فلا يمكن أن ترتب أي أثر في هذه الحالة.

ت.- **أرامل ومطلقات الأصول بمجرد العقد عليهن:** أي من كن زوجات للأب أو زوجات للجد مهما علا استنادا لقوله تعالى "وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۚ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا"، وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 26 من قانون الأسرة.

ث.- **أرامل ومطلقات الفروع بمجرد العقد عليهن:** والمقصود بهن من كن حائلت للفروع أي الابن وابن الابن وابن البنت وإن نزلوا، وذلك مصداقا لقوله تعالى: "وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ..."، والحليلة هي الزوجة عكس الخلية، والله عز وجل قد استعمل في هذه الآية عبارة صريحة لا تتحمل أكثر من تفسير واحد، وهي "أصْلَابِكُمْ"، أي الابن الصلب وليس الابن الذي كان محل كفالة، فهو في هذه الحالة يعتبر أجنبي عنها.

والجدير بالذكر أن المرسوم الصادر في 13/01/1992 الذي سمح باستلحاق اللقب بين الكافل والمكفول، ليس له أي أثر في باب الموانع عن طريق المصاهرة، وبمعنى أدق أن الكفالة لا ترتب أي أثر في باب الموانع لأن القرآن الكريم هو صريح ولا اجتهاد مع النص الصريح. وقد ورد هذا المانع في الفقرة الرابعة من المادة 26 من قانون الأسرة.

ويشترط في هذه الموانع القائمة بمجرد العقد أن يكون هذا الأخير عقدا صحيحا وإلا لا يقع المانع، بمعنى من تزوج بامرأة وكان زواجه فاسدا وقضي بذلك، فإنه يجوز لابنه أن يتزوج بهذه المرأة التي سبق لأبيه أن تزوج بها. غير أنه إذا كان العقد فاسدا وتم الدخول فيقع التحريم لا بالعقد وإنما بالدخول.

### ثالثا.- الرضاعة كمانع للزواج (المادة 27 من قانون الأسرة)

لقد أخذ المشرع الجزائري بهذا المانع القائم على الرضاعة، ونص عليه في المواد 24، و27 إلى 29 من قانون الأسرة. غير أنه قد علق صحة هذا المانع على عدد من الشروط (أ.-) ومن الحالات المانعة للزواج (ب.-) وغير المانعة له (ث.-).

#### أ.- شروط الرضاع المانع للزواج:

اشترط المشرع الجزائري، على منوال الشريعة الإسلامية، عدد من الشروط الواجب توافرها في الرضاع كي يقع به التحريم وهي على النحو التالي:

1.- يشترط أن تكون المرضعة امرأة، فلبن الحيوان لا يقع به التحريم، وذلك خلاف للبن الخنثى الذي ينجم عنه التحريم؛

2.- أمام الاختلاف الفقهي حول مدة الرضاعة من حيث متى يقع التحريم، فأخذ المشرع الجزائري بما ذهب إليه الفقه الراجح ولكن مع هذه التفرقة أنه نص في المادة 29 من قانون الأسرة على أنه: "لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين"، ومع العلم كان عليه أن يستبدل عبارة أو بأداة وصل "و"، ومن ثم تصبح المادة كالتالي: "قبل الفطام وفي الحولين" وذلك استنادا لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا رضاع إلا ما كان في الحولين"، بمعنى، وبمفهوم المخالفة، إذا تم الرضاع بعد الحولين لا يقع التحريم.

3.- إزاء التضارب في الآراء الفقهية بشأن مقدار الرضاعة المحرمة، جاء التنصيص في المادة 29 من قانون الأسرة على أن التحريم يقع "... سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا"، بمعنى ولو مصة واحدة يقع بها التحريم، وهو ما تبناه المذهب المالكي.

وللإشارة يشترط أن تكون هذه الشروط مجتمعة حتى يقع التحريم، فإن انتفى شرط منها فلا يقع التحريم.

#### ب.- حالات التحريم القائم على الرضاع:

- هناك حالات قائمة على النسب وهناك حالات قائمة على المصاهرة، بحيث نص  
المشرع في المادة 27 من قانون الأسرة على أنه: "يحرم من الرضاعة ما يحرم من  
النسب"، ولكن عملا بالمادة 222 من القانون ذاته، فإن التحريم يقع بسبب الرضاع  
حتى ولو كان الأمر متعلقا بالمصاهرة، وهذه الحالات هي كالتالي:
- 1.- أصول الشخص من الرضاعة: وهن أمه رضاعا وأمها وإن علت وأم أبيه رضاعا  
وأماها وإن علت.
  - 2.- فروع الشخص من الرضاعة: وهن بنته رضاعا وابنتها وإن نزلت وابنة ابنه  
رضاعا وابنتها وإن نزلت.
  - 3.- الإخوة من الرضاعة: وهن الأخوات رضاعا وبنات إخوته وأخواته رضاعا مهما  
نزلن سواء اتحد زمان الرضاعة أو لم يتحد زمان الرضاعة. وهذا ما نص عليه  
المشرع في المادة 28 من قانون الأسرة بقوله " يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته  
وأخواته ولدا للرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها ويسري التحريم عليه وعلى  
فروعه".
  - 4.- فروع الجد والجدة من الرضاعة : وهن عمته وخالته رضاعا.
  - 5.- أصول الزوجة من الرضاعة بمجرد العقد: وهي أم الزوجة رضاعا وأم أمها وإن  
علت وأم أبيها وإن علت فهذه يقع عليها التحريم بمجرد إتمام العقد على الفتاة التي  
أرضعتها.
  - 6.- بنت الزوجة من الرضاعة بالدخول : وهي الربيبية بشرط الدخول بأماها، ويقصد  
بها الطفلة التي تكون الزوجة قد أرضعتها قبل أن تتزوج الرجل وكذلك بنات بناتها  
وبنات أبنائها وإن بعدت درجاتهن، فإذا دخل بأماها يحرم عليه التزوج بها وبناتها  
ومهما نزلن. أما إذا لم يكن قد دخل بها فلا تحرم عليه إن طلق أمها (مثال: تزوج علي  
من فاطمة التي أرضعت عائشة، بنت جارتها، أثناء زواجها بعلي الذي طلقها بعد ذلك  
أو توفي عنها، ثم فاطمة تزوجت مع محمود، فعائشة بالنسبة لمحمود الربيبية رضاعا،  
إذا دخل بأماها تحرم عليه عائشة في هذه الحالة، أما إذا طلقها قبل الدخول يمكن له أن  
يتزوج بعائشة).
  - 7.- زوجات الأب والجد من الرضاع بمجرد العقد: فلا يجوز للشخص أن يتزوج  
بزوجة أبيه رضاعا أو جده وإن علا، وذلك بمجرد أن يكون الأب أو الجد قد عقد  
عليها، وهنا المرأة التي تزوج بها الأب أو الجد هي ليست المرضعة وإلا كانت أمه  
رضاعا بل هي الزوجة الثانية أو بالأحرى التي لم تقم بالإرضاع (مثال: علي تزوج  
بمريم، مريم قامت بإرضاع زكريا، ثم تزوج عليها بنورة، بمجرد العقد على نورة  
تحرم هذه الأخيرة على زكريا، فهي زوجة أبيه رضاعا).
  - 8.- زوجات أحد فروع الشخص من الرضاعة بمجرد العقد: لا يجوز للشخص الذي  
كان سببا في إدرار لبن المرأة المرضعة أن يتزوج بالمرأة التي تزوج بها ابنه رضاعا  
وذلك بمجرد العقد عليها.

### ث- الاستثناءات الواردة على موانع الرضاعة:

هناك بعض الحالات أين يمكن أن يتم الزواج ودون أثر للرضاع على الرابطة الزوجية، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 28 أعلاه، وهذه الاستثناءات تتمثل فيما يلي:

1.- أم الأخ أو الأخت رضاعا، يجوز لأخ الرضيع من النسب أن يتزوج بالمرأة التي أرضعته وبأمها وإن علت. إذا أرضعت فاطمة محمود، فإنها لا تحرم على أخيه علي من النسب.

2.- أخت الابن أو البنت من الرضاع، أخوة الرضيع من النسب يجوز لهم الزواج بواحدة من أخواته رضاعا، بمعنى إذا أصبح علي أبا لجميلة رضاعا، فإنه لا يحرم على فريد، أخوه نسبا، الزواج بجميلة.

3.- أم الطفل نسبا وإن علت، يجوز للأب رضاعا أن يتزوج بأم الطفل نسبا، بحيث إذا كان علي المتسبب في إدرار اللبن لزوجته التي أرضعت عمار، فإن علي يجوز له الزواج بالمرأة التي أنجبت عمار أي بأم عمار.

## الفرع الثاني الموانع المؤقتة

ويقصد بها أنها على خلاف النوع الأول فهي تزول بزوال السبب الذي أدى إلى إقامتها أي فهي مؤقتة ولكن بالرغم من أنها كذلك، فإنه لا يجوز للشخص أن يتزوج بامرأة و بها مانع من هذه الموانع وإلا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا (المادتان 32 و34 من قانون الأسرة)، وأن حالات هذه الموانع هي على النحو التالي:

### أولاً.- المحصنة :

وهي زوجة الغير، فإن المشرع الجزائري على منوال الشريعة الإسلامية قد حرم تعدد الأزواج ومن ثم فإنه لا يجوز للمرأة أن تتزوج في آن واحد بشخصين، فالزواج بها مع إقامة المانع الأول يعد باطلا.

وتطبيقا لذلك، قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 13/05/1986 على أنه: "من المقرر قانونا أنه يعتبر زنا حالة الزوجة التي لم تنتظر الفصل في القضية المنشورة بينها وبين زوجها والتي تزوجت مع شخص آخر بالفاتحة رغم عدم صدور الحكم بالطلاق"، وفي قرار آخر صادر في 06/06/1989 قضى بأن: "اقتران الزوجة بزواج ثان رغم وجود الروابط الشرعية مع زوجها الأول فإنها قامت باقتراف جريمة الزنا بكل إرادة ولا مجال لتفسير آخر".

### ثانياً.- المعتدة:

وما يقال في هذه الحالة أن العدة أثر من أثار الطلاق، ففي الحقيقة أن أهم سبب لوجود العدة يكمن في عدم الاختلاط للأنساب، وكذلك من بين هذه الأسباب يتجلى ذلك بأنها تعتبر فترة حداد في حالة وفاة زوجها. وأن ما جاء به المشرع الجزائري من حيث تحديد أحكام العدة فقد استنبطها كلها من أحكام الشريعة الإسلامية وأن عدة المرأة

تختلف باختلاف نوعية فك الرابطة الزوجية وكذلك باختلاف حالتها الفيزيولوجية وهي على النحو التالي:

أ.- **المرأة الحامل:** فإن عدتها تنتهي بوضع حملها بعد البطلان أو الطلاق أو وفاة الزوج، وقد حددت المادة 60 من قانون الأسرة (كذلك المادتين 42 و 43 قانون الأسرة) المدة اللازمة للحمل بـ 10 أشهر من تاريخ انقضاء الزوجية بالوفاة أو بالطلاق أو بالبطلان، وذلك كله مصداقا لقوله تعالى: " وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ."

ب.- **عدة المطلقة التي تحيض:** فعدتها ثلاث قروء، وذلك لقوله تعالى: " وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ"، والجدير بالملاحظة هو أن الفقه الإسلامي قد اختلف من حيث المقصود بالقرء، فمنه من ذهب إلى اعتباره الحيض كالحنفية، ومنه من اعتبره الطهر كالمالكية، وأن الاختلاف بين المذتين يحدد مدة انتهاء العدة. فإذا قلنا بأن القرء هو الطهر تنتهي العدة على النحو التالي: فإذا طلقت المرأة في طهر ثم حاضت ثم طهرت ثم حاضت ثم طهرت فإذا حاضت انتهت عدتها وهذا رأي جمهور الفقهاء. بينما الذي أخذ بالقرء على أنه الحيضة، فإنها تنقضي عدتها بالدخول في الإطهار الرابع مع الملاحظة أنها إذا طلقت في حيض لا يعتبر لها حيضة تعتد بها. وقد سلك المشرع الجزائري مسلك جمهور الفقهاء استنادا لما نصت عليه المادة 222 من قانون الأسرة.

ت.- **عدة المطلقة التي لا تحيض:** وذلك لكبر سنها فعدتها ثلاثة أشهر من تاريخ صدور الحكم بفك الرابطة الزوجية (المادة 58 من قانون الأسرة)، وذلك استنادا لقوله عز وجل " وَاللَّائِي يَيْسَسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ...".

ث.- **عدة من غاب عنها زوجها أو فقدته:** تنص المادة 59 من قانون الأسرة على أنه "تعتد زوجة المفقود بمضي 04 أشهر و 10 أيام من تاريخ صدور الحكم بفقده"، وهذا في حالة ما إذا صدر الحكم بوفاة المفقود طبقا للم 113 من قانون الأسرة. أما إذا طلبت التطبيق طبقا للمادة 112 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى المادة 5/53 منه، فإن عدتها تكون عدة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها.  
ج.- **عدة من مات عنها زوجها:** وهي أربعة أشهر وعشرة أيام (المادة 59 من قانون الأسرة)، وهي محددة على النحو التالي: ثلاثة أشهر مقرررة لعدم اختلاط الأنساب وشهر وعشرة أيام، أي أربعين يوم للحداد.

وما ينبغي الإشارة إليه أنه بالرغم من أن المشرع قد حدد هذه الحالات الخاصة بالعدة والتي استنبطها من أحكام الشريعة الإسلامية إلا أنه قد تغافل حالات تداخل العدد والتي يمكن أن تقع في الواقع التطبيقي، وما على القاضي في هذه الحالة إلا تطبيق ما جاء في الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة.

ح.- تداخل العدد

- \*. - مطلقه اعتدت بالحيز فحاضت حيزه أو حيزتين ثم يئست من الحيز، فإنها تنتقل إلى الاعتراد بالأشهر فتعتد 03 أشهر كامله.
- \*. - مطلقه من اليائسات انقضى الشهر الأول والثاني من عدتها وبعد ذلك رأت دم الحيز، فإنها تنتقل من الاعتراد بالأشهر إلى الاعتراد بالقرء أي ثلاثة قرء، أما إذا ظهر لها دم الحيز بعد مضي ثلاثة أشهر فإن عدتها تكون قد انقضت.
- \*. - مطلقه بدأت العده بالأشهر أو الأقرء وأثناء ذلك ظهر لها الحمل، فإنها تنتقل إلى الاعتراد بوضع الحمل.
- \*. - المطلقه طلاقا رجعيما مات مطلقها أثناء عدتها، فإنها تنتقل من عده الطلاق إلى عده الوفاة فتعتد أربعة أشهر وعشرة أيام من يوم وفاة مطلقها.
- \*. - المرأة التي توفي عنها زوجها وهي حامل، فيرى جمهور الفقهاء بأن عدتها تنتهي بوضع حملها في حين يرى البعض الآخر بأن عدتها تنتهي بأبعد الأجلين.

### ثالثا. - المطلقه ثلاثا:

لقد سمح المشرع الجزائري على منوال الشريعة الإسلامية للزوج الذي طلق زوجته مرتين أن يتزوج بها للمرة الثالثة غير أنه إذا طلقها بعد ذلك فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره، والطلاق بهذا المعنى هو مانع من موانع الزواج، وقد نصت عليه المادة 30 من قانون الأسرة بقولها: "يحرم من النساء مؤقتا... المطلقه ثلاثا"، وجاء هذا تنفيذا لنص المادة 51 منه بقولها: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء"، ويستشف من خلال هذا النص أن المرأة في ظل قانون الأسرة لا تعتبر مطلقه ثلاثا إلا إذا طلقها زوجها بثلاث أحكام قضائية متتالية وهذا ما قضى به المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1985/04/08 بأن: "الطلاق إذا كان بلفظ ثلاث فإنه ينصرف إلى طلاقه واحدة بانه". وعليه، لا يرفع المانع إذا تم الزواج الثاني عن طريق التحليل، كما أنه يبقى قائما إذا لم يدخل بها الزوج الثاني دخولا حقيقيا وطلقها أو توفي عنها. وبمعنى أدق، يشترط في الزواج الثاني الراجع للمانع أن يكون صحيحا مستوفيا لأركانه وشروط صحته.

### رابعا. - عدم جواز الزواج بالمشركات وبالملحدرات:

بناء على المادة 222 من قانون الأسرة، فإنه لا يجوز للمسلم أن يتزوج بمن لا تدين بدين سموي كالملحده أو المشركة، وذلك تطبيقا لقوله تعالى: "وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ يُوْمِنَ"، غير أنه يجوز له أن يتزوج بالكتابية سواء أكانت مسيحية أو يهودية وذلك مصداقا لقوله تعالى: "الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ ۗ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلَّلٌ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حَلَّلٌ لَهُمْ ۗ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ".

### خامسا. - زواج المسلمة:

لقد أجمع الفقه الإسلامي، وبعده المشرع الجزائري (المادة 5/29 من قانون الأسرة) على أنه لا يجوز للمسلمة أن تتزوج بغير المسلم سواء كان كتابيا أو غير ذلك،

وثبت هذا التحريم بقوله تعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَاْمْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ".

#### سادسا.- الجمع بين المرأة وأختها أو عمتها أو خالتها:

لقد أباح المشرع الجزائري تعدد الزوجات ولكن في حدود الشريعة الإسلامية ومن ثم لا يجوز للشخص أن يتزوج في آن واحد المرأة وأختها أو المرأة وعمتها أو خالتها، وذلك مصداقا لقوله تعالى: " وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ"، وكما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجمع بين المرأة وخالتها وبين المرأة وعمتها. والجدير بالملاحظة أنه في حالة ما إذا طلقت الأخت فإنه لا يجوز له أن يتزوج بأختها أو عمتها أو خالتها إلا بعد انتهاء عدة المطلقة.

#### سابعا.- الخامسة فوق الرابعة:

##### أ.- موقف المشرع من تعدد الزوجات

لقد استقر الفقه الإسلامي على أنه لا يجوز أن يكون تحت عصمة الرجل أكثر من أربعة نسوة، بحيث إن كان تحت عصمته أربع زوجات فالزواج بالخامسة باطلا بطلانا مطلقا دخل بها أو لم يدخل بها، أي أنه لا يجوز له أن يتزوج بالخامسة إلا بعد وفاة واحدة منهن، أو طلاقها شريطة أن يحترم عدة المطلقة حتى يتسنى له الزواج بالخامسة وإلا كان زواجه باطلا(المادتان 32 و34 من قانون الأسرة). وتماشيا مع الرأي السائد حاليا في الدول الإسلامية، أبح المشرع الأسري الجزائري تعدد الزوجات وعلقه بتوافر عدد من الشروط التي يقدرها القاضي، إذ نصت المادة الثامنة من قانون الأسرة على أنه "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت الشروط ونية العدل، ويجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها ويقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة بمكان مسكن الزوجية". ويستخلص من هذا النص أن التعدد لا يتم إلا بتوفر عدد من الشروط.

##### ب.- الشروط الواجب توافرها في حالة التعدد

يشترط لتطبيق التعدد الشروط التالية:

#### 1.- أن يكون العدد مما حددته الشريعة الإسلامية:

فبالرغم من اختلاف الآراء الفقهية حول العدد المباح لتعدد الزوجات، إلا أن أنصار المذاهب السنية استقروا على أنه لا يجوز للشخص أن يتزوج في آن واحد بأكثر من أربعة نسوة، وهو العدد المباح في ظل التشريع الجزائري، إن لم نقل أن المشرع أصبح يعترف بالزواج بالثانية بدلا من الثالثة والرابعة إذا ما رعينا النصوص التي أوردها في المواد 8 و8 مكرر و8 مكرر 1، إذ اكتفى بالقول من جهة " يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمراد التي يقبل على الزواج بها" بدلا من إخبار الزوجات السابقة، ومن جهة أخرى، نص صراحة "إذا تأكد من موافقتهما" بدلا من موافقتهن.

## 2.- وجود المبرر الشرعي:

في الحقيقة فالمبرر الشرعي الذي أشار إليه المشرع في هذه المادة يتجلى في أمرين وهما:

- إذا أصبحت الزوجة مريضة مرضا مزمنًا أقعدها عن الواجبات الزوجية.
- عقم الزوجة.

ويستنتج من ذلك، حتى ولو كانت الزوجتان راضيتان بالتعدد، فإن القاضي لا يمنح له الرخصة إلا إذا وجد المبرر، وهو حل لا يحمده عليه، إذ أن الأخذ بهذا الحل يمكن أن يعيق صفة الأسرة بل يمكن أن يؤدي بالزوج إلى ارتكاب جريمة الزنا، إذ من المبررات التي يمكن أن تدخل في الاعتبار حالة التيقض الجنسي للزوج والزوجة غير قادرة على ذلك، أو في حالة إذا كان عدد النساء أكثر من عدد الرجال.

## 3.-.توافر الشروط ونية العدل لدى الزوج:

فنية العدل التي أشار إليها المشرع في المادة الثامنة فقرة أولى أعلاه هي النية المطلوبة في المسائل المادية كالمبيت والنفقة وهذا ما أكدته الفقرة الثالثة من ذات المادة بقولها "... وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية". أما العدل الروحي أو القلبي فهو غير مشترط في هذه الحالة وكان الرسول صلى الله عليه وسلم في حديث عائشة رضي الله عنها يقسم بين نسائه فيعدل ويقول "اللَّهُمَّ هَذِهِ قِسْمَتِي فِيمَا أَمْلِكُ، فَلَا تَلْمَنِي فِيمَا تَمْلِكُ وَلَا أَمْلِكُ". وهذا جاء مؤكدا لقوله تعالى "وَلَنْ تَسْتَظِيْعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ۖ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوا مَا كَالْمُعَلَّقَةِ".

## 4.- إخبار الزوجة السابقة واللاحقة بالتعدد:

والمقصود من ذلك هو أنه لا يكتفى بإبلاغ الزوجة السابقة واللاحقة بالتعدد، بل ينبغي الحصول على موافقتهما، أما إذا وقع تدليس في شأن الحالة المدنية للزوج بأنه ادعى العزوبة وهو متزوج، أدرج المشرع هذه الحالة ضمن حالات التظليق في المادة 08 مكرر من قانون الأسرة بقوله "في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتظليق". كان على المشرع، كما تقدم، القيام بالتفرقة بين الزوجتين بحيث إذا كان يجوز للزوجة السابقة أن ترفع دعوى بالتظليق بناء على تعدد غير راضية به، فإنه من المقرر قانونا أن الشخص الذي كانت إرادته معيبة بعبء التدليس يجوز له طلب البطلان بدلا من التظليق لأن العقد في الأصل ولد مريضا.

## 5.- الحصول على الترخيص القضائي:

لقد قيد المشرع تعدد الزوجات بالحصول على الترخيص القضائي لأن مهمة القاضي في هذه الحالة وهو رئيس المحكمة أو قاضي شؤون الأسرة لمكان البيت الزوجية، ويجب عليه أن يتأكد من موافقة الزوجتين وذلك باستدعائهما إلى مكتبه والسماع لهما شخصيا.

وكذلك ينبغي عليه أن يتأكد من وجود المبرر الشرعي وقدرة الزوج على إقامة العدل وذلك بتقدير الشروط الضرورية للحياة الزوجية. أما إذا تم الترخيص بدون مراعاة شرط من هذه الشروط فنصت المادة 08/مكرر 1 من قانون الأسرة على أنه: "يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصاً من القاضي وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه".

كما أنه يمكن للقاضي أن يمنح الترخيص عند وجود المبرر الشرعي وقدرة الزوج على العدل من حيث تحمل تكاليف الزواج حتى ولو لم تكن الزوجة الأولى راضية بذلك، غير أن عدم موافقتها يسجله القاضي في محضره مما يفتح لها حق المطالبة بالتطليق.

ونافذة القول أن بتوافر هذه الشروط مجتمعة يتسنى للزوج التعدد ولكن في حدود ما قرره الشريعة الإسلامية، أي يجب احترام المانع الوارد في هذا الصدد في القرآن الكريم في قوله سبحانه وتعالى "وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ"، ومن ثم فالزواج بالخامسة مع وجود الأربعة تحت عصمة الزوج يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً دخل بها أو لم يدخل بها.

وإلى جانب هذه الشروط، أضف المشرع شروط أخرى ولكن ذات صبغة شكلية عند إبرام عقد الزواج، فما هي هذه الشروط؟

## خامساً: الشكلية.

سنتكلم في الفرع الأول عن الشاهدين ثم عن كيفية إثبات الزواج.

### 1- الشاهدين:

يكتسي ركن الشهادة أو شرط الشهادة بعد التعديل أهمية بالغة عند إبرام عقد الزواج ولذلك قد فرضته غالبية التشريعات المعاصرة. غير أنه يشترط في صاحب الشهادة عدة شروط وهو ما أغفل عنها المشرع الجزائري مما يتطلب منا الرجوع إلى الفقه الإسلامي.

### أ. موقف الفقه الإسلامي:

تتمثل الشكلية بالنسبة للزواج في حضور الشاهدين وذلك لضمان شرعيته وإثباته بحيث أن الفقه الإسلامي لا يشترط الرسمية في عقد الزواج بل يكفي بحضور الشاهدين وعلى ذلك فما القول لو أن هذا الشرط قد تخلف؟

وللإجابة على ذلك تضاربت آراء الفقه الإسلامي إلى اتجاهين:

1.- **مذهب جمهور الفقهاء:** يرى أنصار هذا المذهب بضرورة الشهادة في عقد الزواج بمعنى أن إتمام عقد الزواج بدون حضور الشاهدين هو غير صحيح.

2.- **الشيعة الجعفرية:** يرون أن الزواج ينعقد صحيحا ولو بدون حضور الشاهدين وذلك بدليل أن الشهادة لو كانت لها أهمية بالغة عند إبرام عقد الزواج لما أغفل عنها القرآن الكريم.

وأمام هذين الرأيين المتضاربين نقول بأن الشريعة الإسلامية لا تعتمد على مصدر واحد متمثل في القرآن الكريم بل على مصدر ثاني رسمي المتمثل في السنة النبوية، حيث يقول عليه الصلاة والسلام "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل" ، ويضيف عليه الصلاة والسلام قائلا "البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة" ، ذلك مما يجعل من الشهادة شرط من شروط صحة عقد الزواج عند أهل السنة.

ولكن بالرغم من أن جمهور الفقهاء قد أجمع على حضور الشاهدين، غير أنهم قد اختلفوا في وقت حضور الشاهدين، بحيث ذهب المالكية إلى وجوب حضور الشاهدين يوم الزفاف أي يوم الدخول بحيث أن القصد من الشهادة عندهم هو الإعلان عن الزواج، ومن ثم لو تواميا الشاهدين بالكتمان يبطل العقد.

بينما ذهب الرأي الراجح إلى وجوب حضور الشاهدين في مجلس العقد أي يوم إبرام عقد الزواج ومن ثم فإن كتمان الشاهدين لا يؤدي إلى بطلان العقد وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري بحيث قد اعتبر في المادة التاسعة من قانون الأسرة أن الشهادة شرط من شروط صحة عقد الزواج، ولكن بالرغم من أن المشرع لا زال يعترف بالزواج العرفي، فإنه يكون قد أخذ بالرأيين معا بحيث إذا تم عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق عندئذ يشترط حضور الشاهدين يوم إبرام العقد، أما إذا كان العقد عرفيا فيؤخذ في هذه الحالة بالشهادتين معا أي شهادة الشهود الذين حضروا مجلس العقد أو يوم الدخول.

وتطبيقا لذلك، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1998/03/17 بأنه "من المستقر عليه أنه يجوز سماع شهادة الأقارب في قضايا الزواج والطلاق. ومتى تبين، في قضية الحال، أن المستأنفة أتت بشهود أكدوا واقعة الزواج مبينين في شهادتهم أركان الزواج من ولي وشهود وصادق، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بإثبات الزواج العرفي طبقوا صحيح القانون". وقد سبق لها أن قررت بتاريخ 1989/03/27 بأنه "من المقرر شرعا أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة

الفاتحة وحضروا زفاف الطرفين، أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود وغيرهم أن الطرفين كانا متزوجين". وهو ما أكدته في قرارها بتاريخ 2008/02/13 بقولها صراحة "يجوز إثبات الزواج العرفي بشهادة الشهود واليمين المتممة".

بأنه "من المقرر شرعا أن الشهود الذين حضروا الزفاف"، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها". ولكن يثور السؤال هنا حول معرفة ما حكم الزواج لو تم بدون الشاهدين؟

للإجابة على هذا السؤال تنص المادة 33 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة على أنه "إذا تم الزواج بدون الشاهدين...يفسخ قبل الدخول ولا صدق فيه ويثبت بعد الدخول بصدق المثل". ويستنتج من هذا النص أن المشرع بالرغم من تكييفه للشهادة على أنها شرط صحة لعقد الزواج، فإنه مع ذلك اعتبر الزواج صحيحا بعد الدخول حتى ولو تم بدون حضور الشاهدين. بينما إذا تم الزواج بدون الشاهدين والولي، يعد زواجا فاسدا حتى ولو دخل الزوج بزوجته، وينطبق نفس الحكم إذا تم بدون الصداق والشاهدين. ولكن لنا أن نتساءل: كيف يتسنى للطرفين إثبات الزواج العرفي بدون حضور الشاهدين؟ الحكم الذي جاء به المشرع يؤدي من جهة، إلى تشجيع جريمة الزنا، من جهة، ومن جهة أخرى إلى اختلاط الحرام بالحلال، لأنه: كيف يمكن للطرفين إثبات عقد كهذا بغير الشاهدين؟ فهل الإقرار في هذه الحالة كاف؟

## ب. شروط الشاهدين:

بالرجوع إلى قانون الأسرة، نستخلص أن المشرع قد اكتفى بالتنصيص على الشاهدين في مادتين فقط، كَيْف في الأولى منهما أن الشاهدين شرط صحة، وفي الثانية بين الجزاء المترتب حالة إتمام الزواج بدون الشاهدين، وسكت تماما عن الشروط الواجب توافرها فيهما، مما يتطلب منا الرجوع إلى الفقه الإسلامي استنادا على المادة 222 من قانون الأسرة. وعليه، اشترط الفقه الإسلامي لكي ينعقد الزواج صحيحا عدد من الشروط في الشاهدين. غير أنه لنا أن نتساءل هل يمكن تطبيق هنا، أمام الفراغ التشريعي، المادة 33 من قانون الحالة المدنية التي نصت على أنه "يجب على الشهود المذكورين في شهادة الحالة المدنية أن يكونوا بالغين 19 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم دون ميز فيما يخص الجنس ومختارون من قبل الأشخاص المعنيين"؟

في الواقع وتماشيا مع القاعدة القائلة "الخاص يقيد العام"، فإنه لا يمكن تطبيق هذه المادة على عقد الزواج، بل يمكن أن تتصرف للعقود الأخرى ولا يعني بذلك أن أحكام عقد الزواج الصادرة سنة 1984 قد ألغت أحكام قانون الحالة المدنية الصادر سنة 1970 المعدل والمتمم، بل تقيدها وعلى ذلك فيشترط في الشاهدين الشروط التالية:

1.- **الرشد والأهلية:** أي أن يكون الشخص بالغا 19 سنة ومتمتعا بكل قواه العقلية وغير محجور عليه (المادة 86 أسرة و40 مدني).

2.- **أن يكون مسلما:** وذلك إذا كان الزواج متعلق بمسلم، أما إذا كان الزوج غير مسلما فشهادة غير المسلم جائزة.

3.- **النصاب القانوني:** وقد اختلفت آراء الفقه الإسلامي حول جواز وعدم جواز شهادة النساء في عقد الزواج حيث يرى الحنفية بجواز شهادة الرجل وامرأتين، بينما خالفه في ذلك المالكية والحنابلة والشافعية الذين اشترطوا شهادة الرجلين فقط. وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري بحيث قد نص في المادة 09 مكرر قأ. على أنه "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية...الشاهدين"، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1989/08/02 بقولها "من المقرر أن النساء لا تقبل شهادتهن في الزواج".

وعليه، يشترط في الشاهدين أن تكون كل الشروط المشار إليها مجتمعة، بحيث لو انتفى شرط منها يكون الزواج غير صحيح ما لم يتبعه دخول المادة 2/33 من قانون الأسرة.

**ج.- البيانات التي يحتوي عليها عقد الزواج:** (المادة 73 من قانون الحالة المدنية).

- \* ذكر لقب واسم وتاريخ ومكان ولادة كل من الزوجين؛
- \* ذكر لقب واسم كل واحد من أبوي الزوجين وكل واحد من الشاهدين مع تحديد عمرهما؛
- \* تسمية الصداق المتفق عليه (المادة 15 أسرة)؛
- \* وجوب الإشارة إلى الترخيص بالزواج (زواج القاصر، زواج رجال الأمن، التابعين لوزارة الدفاع الوطني، زواج الأجانب مع الجزائريين)؛
- \* تدوين كل الشروط المتفق عليها من قبل الزوجين؛
- \* نسخة عن شهادة الإقامة (خاصة بالنسبة للأجانب فيما يتعلق بإقامتهم مدتها شهر على الأقل قبل إبرام عقد الزواج) (المادتان 71 و75 من قانون الحالة المدنية)؛

\* نسخة من الحكم الناطق بالطلاق أو شهادة وفاة الزوج، أو ملخصاً عن عقد الزواج أو الولادة يتضمن عبارة الطلاق أو الدفتر العائلي الذي يتضمن هذه العبارة بالنسبة للمرأة التي تريد أن تتزوج مرة ثانية (المادة 75 من قانون الحالة المدنية).

وإلى جانب ذلك، اشترطت المادة 74 من قانون الحالة المدنية على أنه ينبغي على طالبي الزواج أن يثبت حالته المدنية بتقديم إحدى الوثائق التالية:

- مستخرج مؤرخ بأقل من ثلاثة (3) أشهر، إما لشهادة الميلاد وإما لتسجيل الحكم الفردي أو الجماعي المثبت للولادة،
- دفتر عائلي يتعلق بزواج سابق.
- وإذا تعذر تقديم إحدى الوثائق المذكورة أعلاه، فإنه بمكانه تقديم عقد إشهاد يحرر بدون نفقة، وذلك بعد إجراء كل التحقيقات الضرورية من قبل رئيس المحكمة حول تصحيح مؤيد بيمين الطالب وثلاثة شهود أو حول تقديم الوثائق المبينة للحالة المدنية للمعني كالدفتر العسكري أو بطاقة التعريف أو الدفتر العائلي للأبوين، الخ..

غير أن المشرع قد اكتفى في المادة 1/77 من قانون الحالة المدنية بتوقيع الجراء على ضابط الحالة المدنية القائم بتحرير عقد الزواج دون رخصة الأشخاص المؤهلين لحضور عقد الزوجين، وهي العقوبة المنصوص عليها في المادة 441 في شطرها الأول من قانون العقوبات، وهي الحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 8.000 دج إلى 16.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

زيادة على ذلك تنص الفقرة الثانية منها على أنه "دون الإخلال بالمتابعات الجزائية، يتعرض ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي لم يطبق الإجراءات المنصوص عليها فيما يتعلق بإبرام عقد الزواج إلى العقوبات التأديبية المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما (تعديل 2014).

## 2- كيفية إثبات عقد الزواج:

بناء على المادة 72 من قانون الحالة المدنية وعلى المادة 21 من قانون الأسرة التي تحيل إلى قانون الحالة المدنية وكذلك المادة 22 من قانون الأسرة، فإن الزواج يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وعليه فإن الزواج إذا تم رسمياً وكان ذلك أمام ضابط الحالة المدنية، فإن إثباته يتم بمستخرج أو بنسخة من عقد الزواج حسب ما هو مسجل في سجل الحالة المدنية.

وإذا تم أمام الموثق، فما على هذا الأخير إلا أن يبلغ كتابيا ضابط الحالة المدنية بمقتضى ملخصا عن العقد الذي قام بإبرامه في أجل ثلاثة أيام حتى يتسنى لهذا الأخير تسجيله في سجل الحالة المدنية خلال مهلة 5 أيام ابتداء من تاريخ تسليمه إلى الزوجين دفترا عائليا مع كتابة بيان الزواج في السجلات على هامش عقد ميلاد كل واحد من الزوجين (المادة 2/72 من قانون الحالة المدنية).

أما إذا تم الزواج عرفيا (قراءة الفاتحة)، فإن تسجيله طبقا للمادة 22 أعلاه لا يثبت إلا بحكم قضائي، بمعنى أنه ينبغي على أحد الطرفين أو كلاهما معا أن يرفع دعوى قضائية تسمى دعوى إثبات الزواج أمام الجهة التي تم فيها إبرام العقد العرفي، بل أمام المحكمة الموجودة بها موطن المدعى عليه (المادة 2/426 إجراءات). ويجب أن يشير الطرفان إلى الأشخاص الذين حضروا مجلس العقد أو الزفاف في هذه الدعوى. وأن هذا الزواج لا يمكن إثباته إلا بتوفر ما نص عليه المشرع في المادتين 9 و9 مكرر من قانون الأسرة، زيادة على بعض الشروط الواردة في قانون الحالة المدنية.

وتطبيقا لهذا الموقف القانوني، قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2008/02/13 بأنه "يجوز إثبات الزواج العرفي بشهادة الشهود واليمين المتممة"، زيادة على ذلك "أن دعوى إثبات الزواج غير محددة المدة"، حيث تبنت هذا الموقف في قرار لها في قضية تتلخص وقائعها في أن المطعون ضدها رفعت دعواها لإثبات الزواج بعد عشرين سنة من انعقاده وبعد وفاة الزوج (محكمة عليا، 1991/04/23).

## المبحث الرابع

### آثار عقد الزواج.

بالنسبة للآثار فهي تتمثل خاصة في حقوق وواجبات الزوجين وكذلك في الحقوق التي يتمتع بها الأطفال الناجمين عن تلك العلاقة.

#### المطلب الأول: حقوق وواجبات الزوجين.

هذه الحقوق تنقسم إلى نوعين: الحقوق والواجبات الشخصية والحقوق والواجبات المالية.

#### الفرع الأول: الحقوق والواجبات الشخصية:

لقد تعرض المشرع الجزائري إلى الحقوق الزوجية الشخصية في الفصل الرابع من قانون الأسرة وقد خصص بعد تعديله لهذا القانون مادتين لهذه المسألة، بحيث قد قام في المادة 36 من قانون الأسرة المعدلة بتحديد

الواجبات الملقاة على الزوجين في عقد الزواج ومن ثم تعتبر هذه الواجبات واجبات مشتركة وهي:

#### آ- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة:

فهذا الواجب يخص معاملة كل من الزوج نحو الزوج الآخر في إطار الحياة المشتركة (المادة 36 / 1 من قانون الأسرة)، ومن ثم يجب على الزوجين أن يعملوا ما باستطاعتهم ليجعلا الحياة الزوجية سعيدة تسودها المودة والاحترام، وأن هذا الواجب يتعلق أساسا بحسن المعاشرة وذلك لا يكون إلا على أساس التسامح والإخلاص والقول الحسن.

#### ب- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم:

لقد تناول المشرع هذا الواجب في الفقرة الثالثة من ذات المادة، والمراد منها أنه يجب على الزوجين المحافظة على أفراد العائلة والمقصود بهم الأولاد خاصة فيما يتعلق بعلاقاتهم مع الزوجين فينبغي على هذين الأخيرين تحقيق سعادة الأولاد وضمان لهم الاستقرار والطمأنينة، وهذا الاستقرار لا يكون قائما باستقرار الزوجين فيجب على الزوجين رعاية وتربية الأولاد تربية صالحة وهي مسؤولية تقع عليهما معا، وأن هذه المصلحة تتحقق كذلك من حيث نسب الأولاد تطبيقا لقوله صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش وللعاهر الحجر".

#### ج- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات :

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

#### ح- لمحافظة على روابط القرابة بالحسنى والمعروف (المادة 5،6/36 و7 من قانون الأسرة)

ويقصد بذلك من حيث القرابة المعنى الواسع لها بحيث أن هذه الأخيرة تثبت بالدم والمصاهرة والرضاع، فعلى كل من الزوجين احترام وتقدير أقارب الزوج الآخر. ومن ثم، فإنه لا يمكن للزوج أن يحرم زوجته من زيارة واستضافة والديها والأقربين لها الذين لا يجوز الزواج بهم كأبيها وعمها وخالها وأخيها وابن الأخ وابن الأخت.

## الفرع الثاني: الحقوق الشخصية للزوجة وللزوج أ- الحقوق الشخصية للزوجة

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

## ب- الحقوق الشخصية للزوج:

إن هذه الحقوق كان المشرع الجزائري ينص عليها صراحة قبل تعديله لقانون الأسرة وكان على رأسها حق الطاعة المستتبط من أحكام الفقه الإسلامي، ومن آثار هذا الحق فإنه يجوز للزوج منع زوجته من الخروج من مسكن الزوجية إلا بعد حصولها على إذنه. كما يجوز له منعها من العمل خارج بيت الزوجية ما لم يكن اتفاقهما على خلاف ذلك يوم إبرام عقد الزواج، بحيث إذا رضي الزوج أن تعمل زوجته في الخارج يصبح مقيد بهذا الشرط ولا يجوز له مخالفته وإلا كان سببا لحقها في التخليق مع المطالبة بالتعويض.

وكذلك من أثر هذا الحق هو أن عدم امتثال الزوجة لأوامر زوجها يجعلها في حكم الزوجة الناشز وهذه الأخيرة لا تكون في هذه الحالة إلا باستصدار الزوج حكما قضائيا ويتم تبليغه عن طريق المحضر للزوجة وذلك خاصة إذا تعلق الأمر بطلب رجوع الزوجة إلى بيت زوجها، مع إتباع بعض الإجراءات الأخرى.

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

## المطلب الثاني: الحقوق والواجبات المالية: الفرع الأول: الحقوق المالية المشتركة:

## آ.- الميراث

إن قيام علاقة زوجية صحيحة يترتب عليها بعض الحقوق المادية ومن بينها نجد حق الزوجين في الميراث، فهذه العلاقة تعطي لكلا الطرفين الحق في أن يرث الطرف الآخر وهذا ما نصت عليه المادتان 126 و130 من قانون الأسرة. غير أن هذا الحق لا يترتب ولا يتأكد إلا إذا توفرت في العلاقة ذاتها شروط معينة وفقا لما نصت عليه المواد 131 و132 و135 من قانون الأسرة وهي:

- أن تكون العلاقة صحيحة،
- أن تكون قائمة وقت الوفاة،
- أن تكون الزوجة معتدة من طلاق،
- وأن لا يكون هناك مانع من موانع الميراث كقتل الزوجة لزوجها.

وبتوافر هذه الشروط مجتمعة، يرث الزوج النصف من تركة زوجته بشرط عدم وجود الفرع الوارث لها (المادة 1/144 أسرة)، ويرث الربع عند وجود الفرع الوارث لزوجته (المادة 1/145 أسرة). أما الزوجة أو الزوجات يرثنا الربع عند عدم وجود الفرع الوارث للزوج (المادة 2/145 أسرة)، ويرثنا الثمن عند وجود الفرع الوارث للزوج (المادة 146 أسرة) وتتقسمه بالتساوي في حالة التعدد.

ب.- الأموال المكتسبة بعد الزواج في حالة الاتفاق على تقسمها بالتساوي، أي 50 % لكل واحد منهما (المادة 2/37 من قانون الأسرة).

## الفرع الثاني: الحقوق المالية للزوجة:

هذه الحقوق تتمثل في النفقة وحرية التصرف في مالها.

## آ.- النفقة الشرعية:

كانت المادة 37 في فقرتها الأولى قبل إلغائها سنة 2005 تنص صراحة على أنه "يجب على الزوج ناحية زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها". ولكن رغم إلغاء هذه المادة، فإن نفقة الزوجة تجب على الزوج بحكم المادة 74 من قانون الأسرة متى توفرت الشروط التي أوردها المشرع من حيث إتمام الدخول بالزوجة (1.-)، وتقديرها (2.-)، وأسباب سقوطها (3.-)، مع تحديد مصير الزوج في حالة عدم الإنفاق على زوجته (4.-).

### 1. - إتمام الدخول بالزوجة أو بدعوتها إليه ببينة

إن هذه النفقة تتمثل في السكن وكذلك في المأكل والملبس سواء كان الأمر يتعلق بالزوجة أو بالأولاد وكذلك سواء كانت الزوجة غنية أو فقيرة وسواء كانت عاملة أو ماکثة في بيتها لأن النفقة ثابتة على الزوج شرعا وقانونا.

### 2. - تقدير النفقة:

أما بشأن تقدير النفقة الزوجية نصت المادة 79 من قانون الأسرة على أنه "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"، ونستخلص من النص أن للقاضي سلطة تقديرية في تحديد أو تقدير النفقة الزوجية وينبغي عليه أن يراعي في ذلك ظروف الزوجين وكذلك مستوى المعيشة الساري به العمل في البلاد. وهذا ما أكدته المحكمة العليا (المجلس الأعلى آنذاك) في قرارها الصادر في 10/02/1986 على أنه "تقدير النفقة هو أمر موكل إلى قابل الموضوع على أساس إمكانيات الزوج المادية والاجتماعية بعد مراعاة العادة والعرف والأسعار الجارية في البلد"؛ وأن تاريخ سريان النفقة في هذه الحالة يبدأ من يوم رفع الدعوى استنادا على المادة 80 من القانون ذاته. غير أنه يمكن للقاضي أن يحكم بها بناء على بيينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى (نفقة الإهمال).

ومن زاوية القانون، ينبغي بشأن هذه المسألة التفرقة بين أمرين: الأمر الأول إذا كانت الزوجة غير مقتنعة بالنفقة المقدرة من القاضي هنا لها الحق في طلب الاستئناف وهو أمر جائز شريطة أن لا تكون مدة الاستئناف قد انقضت وهي شهر من يوم التبليغ. الأمر الثاني والمتمثل في المطالبة بإعادة النظر في التقدير للنفقة في هذه الحالة لا يمكن رفع الدعوى من أجل ذلك إلا بعد مضي سنة من صدور الحكم.

### 3. - أسباب سقوط النفقة :

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

- الزوجة المرتدة: تسقط النفقة عن الزوجة المرتدة عن دينها.
- المرأة المحبوسة: وذلك لفوات الوقت الموجب للنفقة.

- الزوجة المسافرة بدون إذن زوجها: الزوجة التي خرجت عن طوع زوجها.
- الزوجة الناشز: يسقط حقها في النفقة ولكن بالنشوز لا يكون إلا بحكم قضائي أي يرفع دعوى بأن هذه الزوجة تكون ناشزا، مثلا: الزوج طلب الرجوع إلى بيت الزوجية وحكم له بذلك، فقام بتبليغ الحكم للزوجة عن طريق المحضر ويكون ذلك عن طريق المعاينة.

#### 4.- مصير الامتناع عن إنفاق الزوج على زوجته :

في حالة ما إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته بدون سبب لا قانوني ولا شرع، فإن للزوجة الحق بعد استصدار حكم إلزامية الزوج بالإنفاق عليها وعلى أولادهما. كما لها الحق في تقديم شكوى إلى وكيل الجمهورية من أجل تحريك دعوى عمومية وفقا لما نصت عليه المادة 331 قانون العقوبات على أنه "يعاقب بالحبس من ستة 06 أشهر إلى ثلاث 03 سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا، ولمدة تجاوز شهرين (2) عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجته أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم".

وتطبيقا لذلك، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1991/01/23 على الشروط الخاصة برفع الدعوى الجزائية وهي على النحو التالي:

.ضرورة الحصول على حكم مدني صادر عن قسم شؤون الأسرة لدى المحكمة والقاضي بإلزامية الزوج بدفع النفقة لزوجته؛  
 .أن يبلغ الحكم إلى الزوج ويمتنع رغم ذلك عن تنفيذه على أساس تقرير محضر قضائي.

.أن يصبح هذا الحكم حائز على قوة الشيء المحكوم فيه.  
 .أن لا تكون الزوجة عالمة بإعسار زوجها وقت إبرام عقد الزواج  
**ب.- الذمة المالية المستقلة**

كمبدأ عام أخذ المشرع باستقلال ذمة الزوجة عن ذمة زوجها في الفقرة الأولى من المادة 37 المعدلة من قانون الأسرة، وذلك بالتنصيص صراحة على أن "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر. وبناء على هذا المبدأ، نستخلص أن الزواج ليست له أي انعكاسات على أموال الزوجة المكتسبة أثناء الحياة الزوجية أو قبلها، وأن هذه الأموال تدخل في طبيعتها العقارات والمنقولات، مهما كان عنصر اكتسابها لهذه الأموال، سواء عن طريق عملها أو الميراث أو الهبة، الخ.

وهو ما تؤكدته مثلا المادة 14 من قانون الأسرة بقولها أن الصداق هو ملك للزوجة تتصرف فيه كما تشاء. كما أن لها القيام، على منوال زوجها، بجميع المعاملات التجارية وغيرها التي من شأنها تثري ذمتها المالية في المجالين العقاري والمنقول، كالبيع والشراء، بحيث لها أن تتصرف في هذه الأموال بإرادتها المنفردة ولا دخل لإرادة الزوج ولا لإذنه في ذلك، بل ورغم ذلك، فهو مجبر على الإنفاق عليها وفقا لما نصت عليه المادة 74 من قانون الأسرة.

مما لا شك فيه أن آثار الزواج لا تنحصر في الزوجين، بل تتصرف كذلك إلى الأولاد، منها خاصة النسب.

### المبحث الخامس

#### النسب

بالنسبة للنسب يقتضي الأمر التفرقة بين الزواج الصحيح والزواج الفاسد والوطء بشبهة (المطلب الأول)، وكذلك بالإقرار (المطلب الثاني) وبالبينة (المطلب الثالث)، كما يمكن أن تحمل الزوجة عن طريق التلقيح الاصطناعي وينجم عنه ثبوت النسب (المطلب الرابع).

#### المطلب الأول: ثبوت النسب بالزواج الصحيح وبالزواج الفاسد وبالوطء بشبهة

يثبت النسب بالزواج الصحيح إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المواد من 41 إلى 43 من قانون الأسرة (الفرع الأول)، كما يثبت النسب في حالة الزواج الفاسد بعد الدخول (الفرع الثاني)، وبالوطء بشبهة (الفرع الثالث).

#### الفرع الأول: ثبوت النسب بالزواج الصحيح

حدد المشرع الشروط الواجب توافرها في ثبوت النسب في حالة الزواج الصحيح، وهي كما يلي:

#### آ.- إمكانية الاتصال بين الزوجين:

تنص المادة 41 من قانون الأسرة على أنه "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"، ومن ثم، فإن عدم تلاقي الزوجين لا يثبت به النسب بحيث إذا حملت الزوجة وقت وجود زوجها مثلا في السجن لمدة أكثر من عشرة أشهر، ففي هذه الحالة لا يثبت نسب الولد لزوجها، وذلك راجع لعدم الاتصال بين الطرفين وكذلك الأمر

بالنسبة للزوج المسافر. غير أن ما يعاتب على المشرع وهو أنه قد اشترط اتصال الزوجين أي المخالطة الجنسية بينهما لثبوت النسب، علما أنه قد نص في المادة 45 مكرر من القانون ذاته على أنه "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي"، الذي لا يشترط فيه بل لا يتم فيه اتصال الجنسين خاصة إذا تعلق الأمر بأطفال الأنابيب.

## 2.- عدم نفي الولد بالطرق المشروعة:

في حالة ما إذا نفى الزوج الحمل الموجود في رحم زوجته بالطرق المشروعة، فإن الولد، في هذه الحالة، لا ينسب إليه، وذلك بسبب اتهام الزوج زوجته بارتكابها لجريمة الزنا وأن الحمل الذي في بطنها جاء نتيجة لعلاقة غير شرعية.

ومن الجانب العملي، ذهب القضاء إلى الحكم بأنه ينبغي على الزوج، في حالة النفي، أن يرفع دعوى اللعان بمجرد العلم بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا، حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1990/10/20 على أنه "من المقرر أيضا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها في الشريعة والاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا...". وهو ما سبق للمحكمة ذاتها أن تقضي به في قرار لها بتاريخ 1997/10/28 بأنه "من المستقر عليه قضاء أنه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في أجل محدد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل".

وقد أضاف تعديل 2005 الفقرة الثانية من المادة 40 التي أصبحت تنص على أنه "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب". وهذه الطرق تتمثل أساسا في البصمة الوراثية. ولكن ما يعاتب على المشرع عند نصه في هذه الفقرة أن استعمال هذه البصمة كوسيلة لإثبات النسب فقط دون نفيه، لأن غالبا ما يثار الإشكال بالنسبة لنفي النسب بدلا من إثباته.

وتطبيقا لذلك التعديل، جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 2006/03/05 بأنه "ينبغي الإشارة إلى أن المادة 40 تضمنت حالتين للنسب، الحالة الأولى تتعلق ب"إثبات النسب" في حالة العلاقة الشرعية المتمثلة في الزواج الشرعي والذي لا يمكن نفيه إلا عن طريق اللعان..."، وهو ما أكدته في قرار لها بتاريخ 2012/03/15 من حيث المبدأ "أن عدم قيام الزوج بنفي نسب بنته المولودة أثناء العلاقة الزوجية، بالطرق المشروعة، يحول دون اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

## 3.- ولادة الولد بين أدنى مدة للحمل وأقصاها:

تنص المادة 42 من قانون الأسرة على أن "أقل مدة للحمل 06 أشهر وأقصاها 10 أشهر"، وأن الحد الأدنى للمدة يبدأ من تاريخ إبرام الزواج وأن الحد الأقصى يبدأ، تنفيذا للمادة 43 منه، من تاريخ الانفصال أي من تاريخ الحكم بالطلاق أو البطلان أو الفساد أو من تاريخ وفاة الزوج، وهو ما أكدته المادة 60 من القانون ذاته.

### الفرع الثاني: ثبوت النسب بالزواج الفاسد.

تنص المادة 40 من قانون الأسرة على أن النسب يثبت "... بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، و33، و34 من هذا القانون"، وتنص المادة 34 على أنه "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الإستبراء". ومن ثم، فإن المشرع الجزائري وحفاظا على مصلحة الطفل، فإنه لم يفرق بين سوء نية الزوج وحسنها عند إبرام عقد الزواج، بل جاء بقاعدة عامة تطبق في جميع الحالات. ومن ثم، فإنه لم يأخذ بما ذهب إليه الفقه الإسلامي من حيث أن زواج المسلمة بغير المسلم لا يثبت فيه النسب إذا كان هذا الأخير عالما بالمنع، بل أكدت النصوص أعلاه أن النسب، طبقا للمبدأ العام، يثبت في الزواج الفاسد بصرف النظر عن نية الزوج.

غير أن المحكمة العليا قد اعتبرت في قرارها الصادر في 19/05/1998 بأنه "من المقرر شرعا أن الزواج في العدة باطل ومن المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر... وأن الزواج وقع على امرأة ما زالت في عدة الحمل، وأن الحمل وضع بعد أربعة أشهر من تاريخ الزواج الثاني،... وأن قضاة الموضوع بقضائهم باعتبار الطاعنة بنت للزوج الثاني...، مع أن الزواج الثاني باطل شرعا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخرقوا أحكام الشريعة الإسلامية...". هل يفهم من هذا القرار أن الزواج الباطل لا يثبت به النسب بحكم أن الحمل جاء نتيجة لارتكاب جريمة الزنا؟

### الفرع الثالث: ثبوت النسب بالوطء بشبهة.

تنص المادة 40 من قانون الأسرة على أنه "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون". ولا مناص من القول أن مصطلح "نكاح الشبهة" الذي تبناه المشرع ليس في محله، إذ كان عليه أن يفرق بين عبارة "النكاح بشبهة" وعبارة "الوطء بشبهة"، لأن استعمال مصطلح النكاح من قبله ينصرف إلى الزواج ومن ثم لا يمكن القول بأن يثبت النسب بالنكاح بشبهة لأن النكاح في هذه الحالة يعتبر فاسدا وقد نص عليه

المشرع في الشطر الثالث من المادة 40 أعلاه عندما نص على أنه "...أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون".  
ويضرب الفقه الإسلامي مثلا في هذا الصدد بالشخص الذي دخل حجرة نومه وقام بوطء المرأة الموجودة في سريره معتقدا بأنها زوجته فإذا بها غير ذلك (شبهة في المحل)، كما يمكن أن تكون الشبهة في العقد كحالة الدخول بالمطلقة ثلاثا معتقدا أنها تحل له؛ أو الشبهة في الفعل وهي الحالة التي تزف فيها للرجل امرأة قيل له أنها المعقود عليها وهي في الواقع غير ذلك. وخلافا لما كان مقرر على مستوى المحكمة العليا، جاءت في قرار لها بتاريخ 2011/05/12 بأن "الاغتصاب الثابت بحكم قضائي، يعد وطأ بالإكراه، وكيف بكونه نكاح شبهة".

وللتذكير أن المخالطة الجنسية في حالة الشبهة تعد واقعة مادية وأن تكييفها يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فهو الذي يقرر وجودها من عدمها مع التسبب الذي يخضع لرقابة المحكمة العليا بدلا من الواقعة في حد ذاتها.

#### **المطلب الثاني: ثبوت النسب بالإقرار.**

لقد حذا المشرع الجزائري حذو الفقه الإسلامي من حيث اعترافه بثبوت النسب عن طريق الإقرار وأن هذا الأخير يختلف اختلافا جذريا عن التبني لأنه لا يتم إلا إذا كانت هناك علاقة زوجية بين الطرفين. أما التبني الذي منعه المادة 46 من قانون الأسرة هو إلحاق الطفل المكفول بلقب الكافل وهو محرم شرعا. وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2006/03/05 على أن "إلحاق النسب الذي لا يكون إلا في العلاقة غير الشرعية كالزنا المحض أو الإكراه على الزنا (هتك العرض) وهو ما يعبر عنه بالاغتصاب".

وتطبيقا لهذا الاتجاه، أقر المرسوم التنفيذي 92-24 الصادر في 1992/01/13 بإمكانية تقديم طلب تغيير اللقب باسم الولد القاصر ولفائده، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي (الكافل)، وذلك مع بعض الشروط من حيث أنه ينبغي أن يكون القاصر مجهول النسب من الأب، وأن تكون الأم، إذا كانت معلومة، قد وافقت على ذلك صراحة وبطريقة رسمية. ونتيجة لذلك، وبناء على المادة 5 من المرسوم ذاته "تصحح في هذه الحالة عقود الحالة المدنية لصاحب اللقب الجديد وأولاده القصر بناء على طلب وكيل الجمهورية لمحل السكن".

وبالرغم من هذا التغيير في اللقب، اشترط على أن تتم كتابة اللقب الأصلي للمكفول في ذيل عقد ميلاده، علما أن هذا -التبني البسيط- لا يرتب الحقوق الأخرى التي يرتبها عقد الزواج من حيث موانع الزواج والميراث. وبالمقابل، تنص المادة 123 من قانون الأسرة على أنه "يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك، بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازته الورثة". وإذا رجعنا إلى الإقرار، نجد أن المشرع قد فرق بين نوعين من الإقرار وهما الإقرار بالبنوة والأبوة والأمومة (الفرع الأول)، والإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: الإقرار بالبنوة والأبوة والأمومة:

وهو الإقرار الذي يقر فيه الشخص بأن الولد أبوه، أو ابنه، أو أقرت الأم بأنه ابنها أو أقر الولد بأنها أمه. وهذا النوع من الإقرار يشترط فيه كي يرتب آثاره الشروط التالية (المادة 44 أسرة):

- 1- أن يكون المقر عاقلا (المادة 222 أسرة)
- 2- أن ينصب الإقرار على شخص مجهول النسب ولو في مرض الموت.
- 3- أن يصدقه العقل أو العادة، وأن الفقه الإسلامي في هذه الحالة وتفسيرا لهذا الشرط قد حدد الفرق من حيث السن بين الطرفين على أن يكون من الأمور التي يصدقها العقل، فهناك من حدد الفرق بين الأب والابن ب 11 سنة وهناك من حدده بأكثر من ذلك.
- 4- ويضف الفقه الإسلامي، من جهة، أن يصدق المقر له، البالغ سن التمييز، المقر بما ادعى به، وأما إذا كان غير مميزا، فلا حاجة لتصدقه ويتقرر نسبه من المقر، ومن جهة أخرى، ألا يصرح المقر بأن الشخص، محل الإقرار، ولد نتيجة لعلاقة غير شرعية بحكم أن ابن الزنا لا ينتسب لأبيه الطبيعي. ومن زاوية التطبيق، قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2015/03/12 بأنه "المطعون ضده سجل باسم مورث الطاعنين بموجب شهادة الميلاد الصادرة عن الحالة المدنية لبلدية خنشلة...، فإن ذلك يعد إقرارا بأبوته وأن ثبوت النسب بالإقرار لا يشترط فيه ثبوت العلاقة الزوجية بين مورث الطاعنين ووالدة المطعون ضده".

وهو ما أكدته في قرارها الصادر في 2016/12/07، حينما اعتبرت بأن "الإقرار بنسب البنت من طرف الزوج ولم ينف نسبها منه بالطريق الشرعي (اللعان) ومن ثم تسجيل البنت باسمه في سجلات الحالة المدنية، يجعل نسب البنت ثابتا بالإقرار، ... وصار بمنأى عن أي نفي أو إبطال... طالما أنها

مجهولة النسب ولم يثبت أن من سجلت باسمه قال أنها من زنا أو أنه تنابها... ومن ثم أن الحكم المؤيد بالقرار القاضي برفض دعوى إبطال النسب وإسقاطه، توفرت له الحجية وفقا لنص المادة 338 من القانون المدني ويمتنع معه إعادة طرح النزاع لا من الأب نفسه ولا من ورثته بعد وفاته ولا يجوز قبول أي دليل يدحض قرينة قوة الشيء المقضي به...".

**الفرع الثاني: الإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة (المادة 45 أسرة):**  
والمقصود بذلك، فإنه يمكن أن يكون الإقرار بالأخوة أو بالعمومة وغيرهما، وزيادة على الشرطين السابقين لقد أضاف الفقه الإسلامي شرطا آخر متمثل في موافقة المحمول عليه بالنسب على هذا الإقرار، بمعنى إذا ادعى شخص بأن فلان أخاه يشترط في هذه الحالة حتى يرتب الإقرار أثره أن يوافق الأب على ذلك ويقره. وإذا كان المقر له راشدا، فله الخيار أن يوافق أو لا يوافق على هذا الإقرار، وفي كل ذلك لا ينبغي ادعاء المقر بأنه مقر عليه ابن زنا.

إن المشرع الجزائري قد نص صراحة في المادة 4/64 من قانون الحالة المدنية على أن الشخص اللقيط المولود من أبوين مجهولين والذي لم ينسب له المصرح أي اسم، يمنح له ضابط الحالة المدنية مجموعة من الأسماء على أن يكون آخرها لقبه. وللإشارة أن ابن الزنا ينسب لأمه من الناحية الشرعية إذا كانت معلومة النسب، فيأخذ لقبها ويرث منها وترثه.

### **المطلب الثالث: ثبوت النسب بالبينة**

إذا نص المشرع على ثبوت النسب بالزواج، وبالوطاء بشبهة وبالإقرار، فإنه يثبت كذلك بالبينة وفقا لما نصت عليه المادة 40 من قانون الأسرة. والمقصود بالبينة هي الشهادة، ويعتد هنا بشهادة الرجلين أو شهادة رجلين وامرأتين، مع هذا الفارق إذا تعلق الأمر بإثبات الولادة، فإن شهادة امرأتين كافية في هذه الحالة، وقرر ذلك كله حماية للأنسب.

كما أن شهادة السماع يعتد بها في ثبوت النسب، بحيث من المقرر شرعا أن الزواج - ومن ثم ما ينجم عنه من آثار من حمل وغيره - يثبت بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم من الشهود وغيرهم أن الطرفين كانا متزوجين (مجلس أعلى 1989/03/27)، بحيث فإن قضاة الموضوع الذين أثبتوا الزواج بناء على شهادة الشهود ولتوفره على جميع أركان عقد الزواج وقرائن تسجيل الولدين باسم أبيهما أثناء حياته دون أن يعترض على ذلك يكونوا قد طبقوا القانون صحيحا (محكمة عليا، 1991/04/23).

وإلى جانب ذلك، يمكن إثبات النسب بكل الوثائق الرسمية من شهادة الميلاد، أو شهادة الحالة العائلية، الخ. كما يمكن إثباته بالطرق العلمية، منها خاصة البصمة الوراثية التي أصبح المشرع يعتمدها وفقاً لما نصت عليه المادة 40 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة.

**المطلب الرابع: ثبوت النسب في حالة الحمل عن طريق التلقيح الاصطناعي**  
أجاز المشرع الجزائري في تعديله لقانون الأسرة سنة 2005 اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي الناتج عنه الحمل ومن ثم النسب الشرعي، وعلق المشرع صحته في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة والمادة 371 من قانون الصحة لسنة 2018 بالشروط التالية:

#### أ.- أن يكون الزواج شرعياً،

بمعنى يشترط في الزواج في حالة التمسك بهذه الوسيلة للحمل أن تكون العلاقة بين الرجل والمرأة علاقة زواج متوفرة على ركن الرضا وشروط الصحة المنصوص عليها في المادتين التاسعة والتاسعة مكرر من قانون الأسرة. ويستخلص من هذا الشرط، أنه لا مكان للعلاقة الحرة بين الطرفين في هذا المجال.

#### ب.- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.

ما دام أن المشرع قد نص في المادة 36 المعدلة من قانون الأسرة على أن التشاور في تسيير شؤون الأسرة، فإنه ينبغي حتماً أن يتم التلقيح إلا برضا الزوجين بحيث لا يمكن أن ينفرد الزوج باللجوء إليه دون رضا الزوجة. زيادة على ذلك، يشترط، على منوال ما ذهب إليه الفقه الإسلامي، أن تتم عملية التلقيح أثناء حياة الزوجين، بمعنى لا يجوز اللجوء إلى التلقيح بعد وفاة الزوج حتى ولو زالت المرأة المطلقة في عدتها.

#### ج.- أن يتم التلقيح بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.

والمقصود بهذا الشرط أن تدخل الغير في عملية التلقيح ممنوعة، سواء تعلق الأمر بمني الغير أو بويضة رحم امرأة أخرى ولو كانت زوجته الثانية في حالة التعدد.

### ح.- يمنع اللجوء إلى الأم البديلة،

بمعنى أن المشرع نص صراحة على أن الحمل بواسطة الغير ممنوع قانونا وذلك حتى ولو في حالة حمل الأم البديلة بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة.

كما أجازت المادتان 370 و371 من قانون الصحة لسنة 2018، على أن اللجوء إلى المساعدة الطبية على الإنجاب يتم إلا في حالة العقم المؤكد طبييا، وعن طريق تنشيط عملية الإباضة والتلقيح بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيب الاصطناعي، وذلك بطلب كتابيا من الزوجين الذين ينبغي تأكده بعد شهر واحد من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية. وزيادة على ذلك، منعت المادة 375 من القانون ذاته كل استنساخ للأجسام الحية المتماثلة جينيا فيما يخص الكائن البشري وكل انتقاء للجنس. وبتوافر هذه الشروط مجتمعة ونتج عنها حمل الزوجة، فإن المولود ينتسب إلى أبيه مع كل الآثار المترتبة عنه.

## الفصل الثاني

### انحلال الزواج بواسطة الطلاق

#### المبحث الأول

### التفرقة بين البطلان والطلاق وأنواع الطلاق

## المطلب الأول: أوجه التفرقة بين الطلاق والبطلان

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 47 من قانون الأسرة على أنه " : تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة"، غير أن الرابطة الزوجية تنحل كذلك بالبطلان الذي يختلف في عدة أمور عن الطلاق، وأن هذا الاختلاف يتمثل في النقاط التالية:

- أ- **الطلاق** لا يقع إلا في الزواج الصحيح، أما **البطلان** لا يكون إلا في عقد الزواج الذي تم مخالفاً لأحكام ونصوص قانون الأسرة.
- ب- حل الرابطة الزوجية عن طريق **الطلاق** ينقص من عدد الطلاقات التي يملكها الزوج، أما **البطلان** فلا يعتد به ومن ثم فلا ينقص من ذلك العدد.
- ج- **بطلان** عقد الزواج يقطع الرابطة الزوجية في الحال ولا يترتب عليه أي أثر إذا لم يدخل بها بعد، أما في **الطلاق** للمرأة بعض الحقوق حتى وإن لم يدخل بها كحقها في نصف المهر قبل الدخول، بل ويتأكد لها المهر كله في حالة الخلوة الصحية التي لا يعتد بها في حالة الزواج الباطل.
- ح- رفع دعوى **البطلان** تختلف باختلاف نوعيته فإذا كان بطلاناً مطلقاً فيجوز رفع الدعوى في هذه الحالة من كل من كانت له مصلحة في ذلك وكذلك من قبل القاضي من تلقاء نفسه بل يجوز للنيابة العامة التدخل في هذه المسألة، أما إذا كان بطلاناً نسبياً فهنا حق رفع الدعوى يبقى محصوراً لمن قرر البطلان لمصلحته. بينما **الطلاق** هو حق مقرر للزوجين فقط، حيث قضى المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 14/02/1983 "بأن حكم قضاة الموضوع بالطلاق بين الزوجين دون أن يطلب منهم ذلك، وبحسبه فإنهم لم يعطوا لقرارهم في جزئية الطلاق أساساً شرعياً".
- خ- في الشريعة الإسلامية لمن **طلق** زوجته طلاقاً رجعياً أن يراجعها من دون عقد مادام عدتها لم تنته بعد، أما في **البطلان** فالعقد ينحل ولا يجوز للزوج أن يتزوج بها إلا بعقد جديد.

## المطلب الثاني : أنواع الطلاق

### الفرع الأول: الطلاق الرجعي والطلاق البائن:

يقصد بالطلاق الرجعي هو أنه يجوز للزوج أن يراجع زوجته التي طلقها شريطة أن لا تكون قد انقضت عدتها وذلك بدون عقد جديد ولا مهر جديد. ويقابل الطلاق الرجعي الطلاق البائن ويكون هذا الأخير في الحالات التالية:

1- الطلاق قبل الدخول.

2- الطلاق على مال أو ما يسمى بالخلع.

3- عندما تكون الطلقة مكتملة للطلقة الثالثة.

ولقد أضاف الفقه الحنفي الحالتين التاليتين بشأن الطلاق البائن:

- إذا وصفه الزوج بأنه طلاق بائن كأن يقول لها أنت مطلقة طلاقا باننا.

- إذا قرن الطلاق بأفعال تدل على البينونة.

أما من زاوية القانون تنص المادة 49 من قانون الأسرة على أنه "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح"...، وتكملة لذلك، تنص المادة 50 منه على أنه "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، بتنسيق هذين النصين، يتضح لنا أن المشرع لم يأخذ بالطلاق الرجعي وإنما أخذ فقط بالطلاق البائن بحيث أن الطلاق لا يقع في نظره إلا بحكم قضائي، ومتى صدر ذلك الحكم، فإنه لا يمكن للزوج إرجاع زوجته إلا بعقد جديد. كما أن المادة 61 تنص على أنه " لا تخرج الزوجة المطلقة... من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها...".

وتعليلا لهذا التفسير، جاء المشرع في المادة 60 أن "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق...". وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 15/06/1999 "ومن المقرر أيضا أنه ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر...، وأن عدة الحامل وضع حملها وأقصاها مدة 10 أشهر من تاريخ الطلاق...". كما تبنت المحكمة ذاته هو الموقف في قرارها الصادر في 20/02/1991 حينما عبرت بأن رجوع الزوجة أثناء محاولة الصلح يختلف عنه بعد صدور الحكم بالطلاق، بحيث قضت بأنه " من المقرر قانونا أن من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

ولكن ما يعاتب على المشرع الجزائري وهو أنه رتب آثار الطلاق الرجعي على الطلاق البائن فيما يتعلق بالميراث، بمعنى لو طلقت المرأة بحكم قضائي، فإن لها الحق في الميراث مادامت عدته الم تنقض بعد وكذا الشأن بالنسبة للزوج (المادة 132 أسرة)

ونتيجة للحكم بالطلاق البائن، فإن يرتب عنه الآثار التالية:

- زوال الاستمتاع بين الزوجين؛

- ينقص به عدد الطلقات التي يملكها الزوج؛

- يمنع في الشريعة الإسلامية، خلافا للتشريع الجزائري، التوارث بين

الزوجين حتى ولو توفي أحدهما وهي لا زالت في عدتها، علما أن المادة 132

سאלفة الذكر تنص صراحة على أنه "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث".

### الفرع الثاني: الطلاق الثلاث:

إذا نطق الزوج بالطلاق مقترنا ذلك بالثلاث قولاً أو فعلاً فهو طلاق بدعي، ولكن هل يقع به الطلاق؟ للإجابة على ذلك، فقد تضاربت آراء الفقهاء إلى ثلاث اتجاهات:

يرى بعض الشيعة الجعفرية أن الطلاق بلفظ الثلاث لا يقع به الطلاق لأنه غير مشروع كونه منهي عنه. بينما يرى جمهور الفقهاء بأن هذا النوع من الطلاق يقع ومن ثم إذا اقترن بلفظ الثلاث يعتبر طلاق ثلاث. أما الرأي الثالث يرى بأن الطلاق المتكرر أو المقترن بعدد لا يقع به إلا طلاقة واحدة. أمام هذا التضارب والتعارض في الآراء الفقهية، نص المشرع في المادة 51 من قانون الأسرة على أنه "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء". يفهم من صراحة هذا النص أنه بالتنسيق بين هذه المادة والمادة 49 سألفة الذكر أن الطلاق في نظر المشرع الجزائي لا يقع ثلاثاً إلا بعد صدور ثلاث أحكام قضائية متتالية، بمعنى أن يطلق الزوج زوجته في المرة الأولى ثم يراجعها ثم يطلقها في مرة ثانية ثم يراجعها ثم يطلقها في المرة الثالثة، ففي هذه الحالة نكون أمام الطلاق الثلاث. أما إذا كان الطلاق بلفظ الثلاث كأن يقول الزوج لزوجته أنت مطلقة ثلاثاً أو عن طريق الإشارة هنا لا يقع الطلاق إلا طلاقة واحدة شريطة أن يكون القاضي قد نطق به.

وهذا يستخلص كذلك من القرار الصادر عن المجلس الأعلى (المحكمة العليا حالياً) بتاريخ 1985/04/08 حيث جاء فيه "الطلاق إذا كان بلفظ الثلاث، فإنه ينصرف إلى طلاقة واحدة بانئة". ولكن، خلافاً لهذا الموقف، قضت المحكمة ذاتها في قرارها الصادر في 1998/02/17 بأنه "من المقرر شرعاً وقانوناً أنه لا يمكن أن يراجع من طلقها مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنه بعد البناء".

الثابت من القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس لما قضوا بالطلاق البائن بناء على تصريح الزوج أمامهم بطلاقه لزوجته ثلاثاً وأنه لهذا السبب تحرم عليه إرجاعها، فإنهم لم يخرقوا أحكام المادة أحكام المادة 57 من قانون الأسرة وطبقوا القانون تطبيقاً سليماً مما يتعين التصريح برفض الطعن".

### الفرع الثالث: الطلاق السني والطلاق البدعي:

الطلاق السني هو الذي يتم وفقا للسنة النبوية، أما الطلاق البدعي هو الذي يتم مخالفا لما قرره الرسول صلى الله عليه وسلم وهو يكون في الحالات التالية:

- أ.- إذا طلق الزوج زوجته طلاقا ثلاثا في لفظ واحد.
  - ب.- إذا طلق الزوج زوجته وهي حائض أو نفساء أو في طهر واقعها فيه.
- إذن، الطلاق السني هو الذي يتم في طهر المرأة قبل أن يتم الوطأ بينهما وبطلقة واحدة.

ما حكم الطلاق البدعي؟

هذا النوع من الطلاق هو حرام ومن يوقعه يكون آثما وهذا ما استقر عليه الفقه الإسلامي، ولكن هل يقع؟ يرى جمهور الفقهاء بأن هذا النوع من الطلاق يقع، بينما يرى جانب من الفقه المتمثل في الجعفرية بعدم وقوعه لأن النهي عندهم يدل على الفساد فلا يترتب عليه أثر، وأمام هذين الرأيين، فإن ما هو مستقر عليه قضاء في الجزائر أن الطلاق البدعي يقع لأن أثناء إجراءات التقاضي فالتقاضي غير مجبر بمعرفة عما إذا رفع الزوج دعوى الطلاق في طهر زوجته ولم تتم فيه المخالطة الجنسية بينهما. وهذا يستخلص من القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1985/03/11 بأنه "...الحيض ليس مانعا من الحمل فالاعتماد على إبطال دعوى المطعون ضدها على أنه وقت طلاقها كانت حائضا ليس دليلا شرعيا على أن رحمها كان غير مشغول بجنين...". وبمفهوم المخالفة، يقتضي الأمر القول بأن الطلاق التام على المرأة الحائض يقع من جهة الاجتهاد القضائي.

## المبحث الثاني

### الطلاق بالإرادة المنفردة والطلاق بالتراضي

أجاز المشرع للزوج وللزوجة أن يطلب الطلاق، وذلك في حالة إنفراد الزوج بطلبه (المطلب الأول)، أو في حالة طلبه من قبل الزوجة معتمدة في ذلك على الخلع (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

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

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

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

ج- أن يكون الزوج راشدا وأهلا لإيقاع الطلاق، وبمعنى أدق أن يكون بالغا 19 سنة كاملة ومتمتعا بكل قواه العقلية وغير محجور عليه، والملفت للانتباه في هذه الحالة هو أن الترخيص بالزواج المشار إليه في الفقرة الثانية من المادة 7 المعدلة لا يرشد الزوج من أجل رفع دعوى الطلاق. وفي هذا السياق، تنص المادة 437 من ق.إ.م.إ على أنه "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية يقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة".

ح- إجراء محاولات الصلح من قبل القاضي بين الطرفين (المادتان 49 أسرة و439 إجراءات).

وللإشارة كان المشرع الجزائري ينص في المادة 49 قبل تعديلها من قانون على أنه "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح". وتطبيقا لهذا النص القانوني، كانت القرارات الصادرة عن المحكمة العليا متضاربة بعضها البعض، بحيث منها من اعتبرت محاولة الصلح ليست بالإجراء الجوهري في حالة الحكم بالطلاق، في حين ذهبت قرارات أخرى إلى عكس ذلك. وهذا يظهر بجلاء من جهة من القرار الصادر عنها بتاريخ 1985/06/03 لما قضى بأن "النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات وعدم كفاية الأسباب تأسيسا على أن محاولة الصلح لم تتم بين الطاعنة وزوجها في غير محله ويستوجب رده". ومن جهة أخرى، قضت، خلافا لذلك، في قرارها الصادر بتاريخ 1991/06/18، "ولما كان من الثابت، في قضية الحال، أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين، يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون"، وهو ما أكدته في قرار لها بتاريخ 1994/01/18.

وأمام هذا التضارب في القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، جاء التنصيص في المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ق.إ.م.إ على أن "محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية". وفي هذه الحالة، فإنه ينبغي على القاضي القيام بتلك المحاولات في مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، وفي الأخير ينبغي عليه كذلك تحرير محضر يبين فيه ما قام به والنتائج المترتبة على محاولات الصلح.

والجدير بالملاحظة، فإن الزوج، طالب الطلاق، مجبر على حضور جلسة الصلح، بحيث قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2009/01/14

بأن "اجتهاد المحكمة العليا قد استقر على وجوب حضور الزوج شخصيا الذي طلب فك الرابطة الزوجية جلسة الصلح وإبداء طلباته وفي حالة غيابه ترفض دعواه...".

وما ينبغي الإشارة إليه هو أن عدد محاولات الصلح تخضع لسلطة القاضي فهو الذي يقدر، بناء على الوقائع المستخلصة من أول جلسة، إذا كان هناك تردد بين الطرفين فيما يتعلق بفك الرابطة الزوجية، إذ قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2014/03/13 بأنه "استقر اجتهاد غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا على خضوع محاولات الصلح للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليه".

وتبعاً للإجراءات المعمول بها في هذا المجال، فإن المحامي لا يحضر جلسة محاولة الصلح، بينما يمكن بناء على طلب أحد الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح (المادة 2/440 إجراءات). وإذا تعذر على أحد الزوجين الحضور، فإنه يمكن للقاضي أن يحدد ميعاد آخر للصلح أو أن يعين قاضياً آخر لسماع الزوج المتغيب (المادة 1/441 إجراءات). وفي حالة غياب أحد الزوجين بدون مانع رغم تبليغه شخصياً يحضر القاضي محضراً بذلك (المادة 2/441 إجراءات)

أما إذا تم الصلح بين الزوجين، يتم تحرير محضر من قبل أمين الضبط تحت إشراف القاضي، ويعتبر نتيجة لذلك محضر الصلح سنداً تنفيذياً (المادة 1/443 و3 إجراءات).

وإذا لم يفلح القاضي في إصلاح البين بين الزوجين، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى (المادة 4/443 إجراءات). غير أن هذا النوع من الطلاق يقيد سلطة القاضي، بحيث يقع حتى ولو لم يسبب الزوج دعواه أو بناها على سبب لا معنى له شرعاً وقانوناً، وهي الحالة التي يكون فيها الطلاق طلاقاً تعسفياً. وهذا يظهر بجلاء من القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/06/15 بقولها "الطلاق بالإرادة المنفردة دون ذكر الأسباب يعد طلاقاً صحيحاً".

إذن، فما على الزوجة أمام هذه الحالة إلا الامتثال لرغبة الزوج والمطالبة بالتعويض حيث تنص المادة 52 من قانون الأسرة على أنه "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، شريطة أن تطلبه الزوجة المطلقة إذ لا يمكن للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه. وأن "تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص قضاة الموضوع بها دون غيرهم" (محكمة عليا، 2006/07/12). وأن للزوجة الحق في التعويض حتى ولم يتبع الزواج دخولا،

وذلك بسبب تفويت فرصة الزواج من الغير عليها (محكمة عليا، 2006/11/15).

وما يجب ملاحظته بأن "التعويض المحكوم به لصالح المطلقة (المطعون ضدها) يدخل ضمن تقديرات قاضي الموضوع وأن الخلط الذي أثاره الطاعن بشأن التعويض المحكوم به لصالح المطعون ضدها بموجب حكم جزائي عن جرم الإهمال العائلي والتعويض المحكوم به لصالحها بعد الحكم بالطلاق لا يمكن اعتباره تعويضيين عن واقعة واحدة ولا يمكن المزج بينهما باعتبار أن الدعوى الجزائية مستقلة عن دعوى الطلاق التي ينجر عنها التعويض للمطلقة..." (محكمة عليا، 2006/07/12).

زيادة على ذلك، فإن الطلاق الذي يوقعه الزوج وينطق به القاضي وكان الزوج في مرض الموت، فإن الطلاق يقع ولكن لا يحرم الزوجة من حقها في الميراث، وذلك استنادا لما قرره المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1998/03/17 حيث جاء في إحدى حيثياتها بأن "المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق، فالطلاق المحكوم به صحيح شرعا وقانونا بخلاف الميراث، فإن حق الطاعنة فيه ثابت شرعا إذا طلقت في مرض الموت، لأنه لا يوجد أي تلازم بين العدة والحق في الميراث حتى ولو وقعت الوفاة بعد مدة طويلة من انقضاء عدتها لاحتمال أن طلاقه لها كان بنية حرمانها من الميراث، عملا بقاعدة المعاملة بنقيض المقصود".

والجدير بالملاحظة أن الحكم بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، على منوال جميع أحكام الطلاق، غير قابل للاستئناف بمقتضى المادة 57 من قانون الأسرة التي تنص بأنه "تكون الأحكام الصادرة في دعوى الطلاق والتطبيق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية، وتكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف".

بينما يجوز، عملا بالمادة 452 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطعن بالنقض بناء على إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة 358 من القانون ذاته، ويرفع الطعن بالنقض في أجل شهرين ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تم شخصيا، ويتم تمديد هذا الأجل إلى ثلاثة أشهر إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار. ولكن، خلافا لما قرره المادة 361 منه، تنص المادة 452 من القانون ذاته على أن الطعن بالنقض لا يوقف تنفيذ الحكم الناطق بالطلاق، علما أن المادة 361 أعلاه تنص صراحة على أن الطعن بالنقض يترتب عنه وقف تنفيذ الحكم في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص أو أهليتهم.

## المطلب الثاني : الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة (الخلع)

سنقوم بطرح الإشكال الخاص بهذا النوع من الطلاق (الفرع الأول)، ثم سنتعرض إلى الشروط الواجب توافرها في الخلع (الفرع الثاني، وأخيراً، مقابل الخلع (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: طرح الإشكال

تنص المادة 54 في صياغتها الجديدة من قانون الأسرة على أنه "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي"، وعلى هذا الأساس، فإن الخلع، خلافاً لما كان عليه في النص الأصلي، لم يصبح عقداً بين الزوجين بمقتضاه تعرض الزوجة على زوجها مبلغاً من المال المعلوم والمتقوم شرعاً مقابل طلاقها، وبقبول الزوج لهذا الطلب يقع الخلع أي الطلاق بينهما.

وللعلم أن المادة 54 في صياغتها الأصلية كان يشوبها بعض الغموض، مما أدى إلى وجود نوع من التناقض بين الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، حيث قضت هذه الأخيرة مثلاً في قرارها الصادر في 1985/12/02 على أنه "من المقرر فقهاً وقضاً أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأنه ليس للقاضي مخالعة الزوجين دون رضا الزوج". في حين، وخلافاً لذلك، قررت في قرار آخر بتاريخ 1992/07/21 على أنه "من المقرر قانوناً بأنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال دون موافقته". وتأكيداً لموقفها هذا، قضت بتاريخ 1996/07/30 بأنه "من المقرر قانوناً وشرعاً أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقداً رضائياً"، وفي قرار آخر بتاريخ 2005/07/13 بالقول أن "إن الخلع ليس بعقد رضائي وموافقة الزوج غير ضرورية فيه وللزوجة وحدها الحق في مخالعة نفسها من زوجها...".

### الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في طلب الخلع

انطلاقاً مما سلف، فإن الخلع يتم بتوافر الشروط التالية :

- 1- لا يتم الخلع إلا في عقد الزواج الصحيح؛
- 2- أن يكون الزوج قد اتبعه دخولا. وتطبيقاً لذلك، قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2006/06/14 بأن "لا يمكن للزوجة أن تطالب بالخلع قبل الدخول بل يمكن لها المطالبة به فقد بعد الدخول وعند بلوغ حياتها الزوجية مع زوجها حالة من الكراهية والنفور يتعذر معه مواصلة العشرة الزوجية،...".

3- أن يتم دون موافقة الزوج، وهو ما قرره المادة 54 من قانون الأسرة المعدلة وأكده القرارات القضائية للمحكمة العليا؛

4- أن لا يكون الزوج، وفقا لما استقرت عليه آراء الفقه الإسلامي، قد أساء إلى زوجته وألحقها أضرار من جراء تصرفاته، ففي هذه الحالة، فإن الزوج هو الذي يرغب في أن يتخلص من زوجته ويريد من وراء ذلك الحصول على مقابل، لذلك فإنه يقع هنا الطلاق ولا يأخذ شيئا كمقابل مهما كان مهرها؛

5- يشترط في هذا النوع من الطلاق الأهلية الكاملة خاصة بالنسبة للزوجة التي يشترط فيها أهلية التصرف، أي أن تكون بالغة 19 سنة كاملة ومتمتعة بكامل قواها العقلية وغير محجور عليها؛

6- عدم مناقشة قيمة مقابل الخلع من قبل الزوج، فإنه لا يشكل مانعا للحكم بالخلع استنادا لقرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2005/07/13 أعلاه؛

7- أن يقوم القاضي بإجراء محاولات الصلح وبحضور الطرفين. وتفسيرا لذلك، قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2009/01/14 بأنه "لما قضى قاضي أول درجة على مستوى محكمة الأغواط بالتطبيق خلعا في قضية الحال دون إجراء محاولة الصلح بين طرفي النزاع، فإن قضاءه جاء مخالفا للقانون لما قرره المادة 49 من قانون الأسرة، ومن ثم يستوجب نقض وإبطال القرار الذي أغفل جلسة الصلح".

وللإشارة أن النيابة في جلسة الصلح غير قانونية، بل يستلزم حضور الطرفين هذه الجلسة. وهذا قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2008/01/16 بقولها "من المقرر قانونا أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد محاولات الصلح، طبقا للمادة 49 من قانون الأسرة، وأن هذا الإجراء أي محاولة الصلح بين الطرفين كاستثناء لا يقوم إلا بين الطرفين المتنازعين، ولا تصح فيه النيابة، ومتى تبين أن هذا الإجراء قام به شخص آخر غير الزوج يشكل مخالفة للمبدأ المذكور، ويعد خطأ في تطبيق القانون، لاسيما المادة 49 من قانون الأسرة"

وتأكيدا لهذا الموقف، قضت المحكمة ذاتها في قرار لها بتاريخ 2014/07/10 بأنه "يعد مخالفة لقاعدة جوهرية في الإجراءات القضاء بالخلع بالرغم من عدم حضور الزوجة جلسة الصلح واكتفائها بإنابة محاميها الوكيل عنها بوكالة رسمية...". إذ أن السر "من حضور جلسات الصلح فضلا من محاولة إصلاح ذات البين هو تأكد المحكمة من إرادة الزوج في طلب حل عقد الزواج وفقا لنص المادة 450 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وخاصة التأكد من أن هذه الإرادة صحيحة خالية من عيوب الإرادة وخاصة الإكراه"؛

8.- أن يعين القاضي ويكيف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع طبقاً لأحكام قانون الأسرة (المادة 5/451 إجراءات). هل يفهم من هذا النص القانوني أنه يمكن للقاضي أن يرفض الخلع إذا تبين له أن الأسباب التي جاءت بها الزوجة تافهة ولا علاقة لها بفعالية الخلع من الناحية الشرعية؟ وإذا توافرت هذه الشروط مجتمعة، على القاضي أن يحكم للزوجة بالخلع بمقابل الخلع.

### الفرع الثالث: مقابل الخلع

المقصود بالمقابل هو العوض الذي تلتزم به الزوجة لزوجها لقاء طلاقها ولا يمكن أن يكون هذا المقابل طبقاً للمادة 54 من قانون الأسرة إلا مبلغاً من المال سواء أكان من النقود أو الأوراق المالية وكذلك ينبغي أن يكون المقابل مالا معلوماً ومتقوماً شرعاً.

غير أنه لا يجوز أن يكون مقابل الخلع حضانة الأولاد لأنه، من جهة علق المشرع على أن يكون مقابل الخلع مقابل مالي، ومن جهة أخرى، فإنه لا يجوز التصرف في حق الغير بينما يجوز أن يكون مؤجل المهر أو نفقة العدة. إذا كان الطلاق بالتراضي يسري ميعاد الطعن بالنقض من يوم النطق بالحكم م 434 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. أما إذا لم يتفق الطرفان على المقابل المالي، تنص المادة 2/54 من قانون الأسرة على أنه "...يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي، فإنه ينبغي على القاضي عندما يحكم بالخلع أن يحدد في نفس الحكم قيمة المقابل المالي، ولا يجوز له الحكم بالخلع مع حفظ حق الطاعن في طلب مقابل الخلع، وهو ما قرره المحكمة العليا بتاريخ 2001/10/17 إذ اعتبرت أنه "بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن قاضي الموضوع عندما قضى بالطلاق عن طريق الخلع وقضى بحفظ حق الطاعن في طلب مقابل الخلع، فإنه يكون قد جانب الصواب، لأن تحديد المبلغ مقابل الخلع هو عنصر أساسي من عناصر الطلاق بواسطة الخلع إذ يتعين في مثل هذه الحالة تدخل قاضي الموضوع في تحديد مبلغ الخلع إن لم يتفق الطرفان عليه...".

وفي قرار آخر أكدت المحكمة ذاتها بتاريخ 2006/10/11 في قضية تتلخص وقائعها في أن الزوجة طلبت الخلع بناء على طلب احتياطي دون أن تعرض على زوجها بدل الخلع، واستجابت المحكمة لطلبها، على أن "القاضي ملزم بالقضاء به (مقابل الخلع) يوم النطق بالطلاق خلعا سواء اتفق الطرفان عليه أم لم يتفقا طبقاً لأحكام المادة 54 من قانون الأسرة...".

وفي غياب النص التشريعي، يرى الفقه الإسلامي إذا خالعت المريضة مرض الموت زوجها على مال وقبلت، صح الخلع ولزمها المال. فإذا توفيت بعد انقضاء عدتها، استحق الزوج الأقل من "بديل الخلع و $\frac{1}{3}$  التركة"، أما إذا توفيت قبل انقضاء عدتها استحق الزوج الأقل من "بديل الخلع و $\frac{1}{3}$  التركة وميراثه منها".

ومن الجدير بالملاحظة أن الزوجة، طالبة الخلع، ليس لها الحق في التعويض ولا في نفقة الإهمال، بل أن المحكمة العليا قضت بإسقاط حقها كذلك في المهر المؤجل، حيث جاء في إحدى حيثيات قرارها الصادر في 2017/01/04 بأنه "يتبين أن قضاة الموضوع مكنوا المطعون ضدها من مؤخر صداقها الذي أقر به الطاعن رغم أن المخالعة نفسها لا حق لها إلا في نفقة العدة مهما كان سبب الفرقة بينها وبين زوجها مما يجعل الوجه سديد ويتعين الاعتماد عليه نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يخص مؤخر الصداق...".

### المطلب الثالث: الطلاق بالتراضي:

أخذ المشرع الجزائري بهذا النوع من الطلاق ونص عليه في المادة 48 من قانون الأسرة، إذ أنه، طبقاً لتسميته، يتم بموافقة الزوجين وبرضاهما الكلي. وأهم ما يميز هذا النوع من الطلاق أنه يتم بدون خصام وبدون نزاع، تلاقياً بالإحسان وسيفترقان بالإحسان. إذن، فهو طلاق ودي بحكم أن الزوجين ظهر لهما أن مواصلة الحياة الزوجية بينهما أصبحت عسيرة لا تطاق، وبالتالي من المستحسن أن يتفقا على الفرقة بدون مشاكل وبدون مشاحنات. وأن الاعتراف به قانوناً أكدته المادة 427 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالتنصيص على أن "الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة".

وقد سبق للقضاء الجزائري الأخذ به قبل صدور حتى قانون الأسرة، بحيث قضى مجلس قضاء تلمسان في قراره الصادر في 06 جويلية 1967 بأنه "لا يمكن معارضة اتفاق الزوجين لوضع حد للرابطة الزوجية القائمة بينهما أن يفترقا بتراضييهما، وفقاً لإرادتهما المشتركة، وأن الطلاق بالتراضي غير محرم شرعاً، بل يجد جوهره وأصله في الآيات 127 و129 من سورة النساء" (م.ج.ع.ق.إ.س.، 1968، عدد 4، ص. 1238-1242).

والجديرة بالملاحظة أن الطلاق بالتراضي قد يرجع سببه، في بعض الحالات، إلى عيب وجد في أحد الزوجين يجعل مواصلة العشرة والحياة الزوجية أمر لا يطاق وأنها لا يردا الإعلان عنه للعامة، بل باتفاقهما على

فك الرابطة الزوجية بهذه الطريقة قد يصون أخلاقهما حماية لحياتهما الخاصة وعدم نقشي أسرار علاقتهما الزوجية.

ومن المحاسن النسبية لهذا النوع من الطلاق، فإنه لا يؤثر، خلافا للطلاق بالإرادة المنفردة، على تربية الأولاد فيما يتعلق بعلاقتهم مع والديهما، عنصر الانتقام فيه سلبي، إذ لا يمكن أن نتصور فيه من حيث المنطق تحريض الأولاد من قبل أحد الأبوين على الآخر.

وهذا النوع من الطلاق لا يقع إلا إذا توافرت فيه، زيادة على صحة عقد الزواج، الشروط التالية:

أ.- أن يتم بناء على طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين تودع بأمانة الضبط (المادة 428 إجراءات)، مع تضمين العريضة ما نصت عليه المادة 429 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ب.- أن تتوفر في الزوجين الأهلية الكاملة، وعليه لا يجوز طلب الطلاق بالتراضي إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم أو إذا ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية تمنعه من التعبير عن إرادته، وأن هذا الاختلال لا يمكن إثباته إلا بواسطة شهادة طبية صادرة عن طبيب مختص (المادة 432 إجراءات). والمقصود بذلك إذا كان أحد الزوجين فاقد الأهلية أو ناقصها ووضع تحت التقديم، فإنه لا يمكن للمقدم أن يقدم باسمه طلب الطلاق بالتراضي. ولكن هل يمكن، بمفهوم المخالفة، للولي أو الوصي أن يقدم الطلب باسمه؟

ج.- أن لا تكون إرادتهما معيبة بعيب من عيوبها كالإكراه مثلا، لذلك ينبغي على القاضي أن يتأكد من رضائهما.

ح.- لا يشترط في هذا النوع من الطلاق أن يتم فيه تسبيب الدعوى، بحيث يمكن، كما تقدم أعلاه، أن يكون أساس الطلاق وجود عيب في أحد الزوجين وهو عيب خفي، فإنه من مصلحة الزوج المريض عدم الإدلاء بذلك العيب للإطلاع عليه الخاص والعام.

خ.- أن يقوم القاضي بإجراء محاولة الصلح، إذ تنص المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "يتأكد القاضي في التاريخ المحدد للحضور من قبول العريضة ويستمع للزوجين على انفراد ثم مجتمعين، ويتأكد من رضائهما ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكنا".

د.- أن تحتوي عريضة طلب الطلاق على الاتفاق التام بين الزوجين حول توابع الطلاق (المادة 4/429 إجراءات).

وبتوافر هذه الشروط مجتمعة، ما على القاضي إلا الاستجابة لطلب الزوجين والحكم عندئذ بالطلاق (المادة 3/431 إجراءات). غير أن سلطة

القاضي فيما يتعلق بالآثار المتفق عليها من قبل الزوجين غير مقيدة، بل له أن يلغي أو يعدل في الشروط المتفق عليه إذا كانت تتنافى ومصحة الأولاد فيما يتعلق خاصة بالحضانة أو كانت مخالفة للنظام العام كاتفاق الطرفين على أن تتم تربية الأولاد على دين أهم المسيحية (المادة 2/431 إجراءات).

والجدير بالذكر فإنه لا يمكن للقاضي أن يحكم بالتعويض في حالة الطلاق بالتراضي إذ ليس هناك أي تعسف أمام موافقة الزوجين على فك الرابطة الزوجية، ولا على نفقة الإهمال، بل يبقى حق المطلقة في نفقة العدة ما لم تتنازل عنه ضمن الشروط المتفق عليه.

وفي الأخير، ونشر إلى أن الأحكام الصادرة عن المحكمة والمتعلقة بالطلاق بالتراضي هي غير قابلة للاستئناف وفقا لما نصت عليه المادة 57 من قانون الأسرة وأكدته المادة 433 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ولكن يجوز فيما يتعلق به الطعن بالنقض الذي يسري أجله من تاريخ النطق بالحكم (المادة 434 إجراءات)، وأن هذا الطعن لا يوقف تنفيذ الحكم (المادة 435 إجراءات). وما قلناه بالنسبة للطلاق بالإرادة المنفردة ينصب هنا كذلك فيما يتعلق بالتناقض القائم بين النصوص الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من حيث وقف تنفيذ الأحكام من عدمه

### المبحث الثالث

#### التطبيق

نص المشرع على أنه يجوز للزوجة طلب فك الرابطة الزوجية بمقتضى الطلاق (التطبيق) غير أنه قد علق طلبها هذا على سبب من الأسباب الواردة في المادة 53 من قانون الأسرة، كما أنه يجوز لها طلب التطبيق في حالة نشوز الزوج وفقا لما قرره المادة 55 من قانون الأسرة. وأما أسباب التطبيق التي جاء بها المشرع فهي متنوعة بحيث قد أخذ بالنظرية الواسعة التي جاء بها المذهب المالكي بشأن حق الزوجة في التطبيق.

وأن هذه الأسباب أصبحت في تعديل 2005 عشر أسباب بعدما كانت في النص الأصلي للمادة 53 سبع حالات، حيث أضاف المشرع بموجبه مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة، والشقاق المستمر بين الزوجين، ومخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

وبناء على النص المعدل سنة 2005، فإنه يجوز للزوجة طلب التطبيق في الحالات التالية: عدم الإنفاق والغيبة (المطلب الأول)، وللعيب والهجر في المضجع (المطلب الثاني)، وللحكم بعقوبة عن جريمة ماسة بشرف الأسرة وللفاحشة (المطلب الثالث)، وبسبب مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من

قانون الأسرة والشروط المتفق عليها (المطلب الرابع)، وأخيراً، بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين وللضرر (المطلب الخامس).

### المطلب الأول: التطبيق لعدم الإنفاق وللغيبية

سندرس على التوالي التطبيق لعدم الإنفاق (الفرع الأول)، ثم التطبيق للغيبية (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: التطبيق لعدم الإنفاق

تنص الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة على أنه "يجوز للزوجة طلب التطبيق بسبب "عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون". يستخلص من هذا النص على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطبيق بسبب عدم إنفاق الزوج عليها أو على أبنائهما إذا توافرت الشروط التالية:

#### أ.- أن يكون الزوج قد امتنع عمداً عن الإنفاق على زوجته:

علماً إن المشرع لم يفصح لنا عما إذا كان الزوج له أموال وتعهد عدم الإنفاق أو كان معسراً. ورغم ذلك، فهل التطبيق الحرفي للنص يوحي بأن الزوج ملزم بالإنفاق على زوجته مهما كانت حالته المالية. غير أنه، لنا أن نتساءل ما المقصود، من زاوية القانون، من مصطلح "عمداً"، هل يعتبر الزوج متعمداً بعدم الإنفاق حتى ولو أصبح بطالاً، أي تم تسريحه من العمل من المؤسسة لأسباب خاصة اقتصادية.

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

ينبغي على الزوجة قبل رفع دعوى التطبيق بسبب عدم الإنفاق، استصدار حكم قضائي من قبل قاضي قسم شؤون الأسرة يلزم الزوج بموجبه بالإنفاق عليها، وفي غياب هذا الحكم، فلا يجوز طلب التطبيق بهذا السبب.

ولكن، فما هي المدة التي ينبغي على الزوجة انتظارها لرفع دعوى التطبيق بعد استصدار الحكم بالزامية بالإنفاق. وللإجابة على هذا التساؤل، قضت المحكمة العليا (المجلس الأعلى أنداك) في قرار لها بتاريخ 1984/11/19 على أنه "متى كان مقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق لمدة تفوق شهرين متتابعين، يكون مبرراً لطلب التطبيق عن زوجها، وفق ما ذكره الفقيه ابن عاصم "الزوج إذا عجز عن الإنفاق لأكثر من شهرين..."، ولما كانت ثابت المطعون ضده أدن جزائياً من

محكمة الجرح بتهمة الإهمال العائلي، وحكم عليه غيابيا بسنة حبسا نافذة، فإن قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطاعة في التطلاق قد خرخوا نص المبدأ الشرعي..."، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإنها، قياسا على ما نصت عليه المادة 331 من قانون العقوبات، مجبرة على انتظار مدة شهرين من يوم استصدار الحكم، بل من يوم تبليغه لرفع دعوى التطلاق.

وللتذكير أنه لا يشترط، وفقا لما قررته المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 2008/05/18، استصدار حكم يقضي بإدانة الزوج من أجل ذلك، بل يكفي في هذه الحالة اعتبار الزوج ممتعا عن الإنفاق على زوجته وأولاده بعد صدور الحكم بوجوبها وليس بسماع شاهدين (محكمة عليا، 2014/09/11)، ويجوز هنا إثبات الامتناع بكل وسائل الإثبات. ولكن إذا كان صفح الضحية، في جريمة ترك الأسرة، يضع حدا للمتابعة الجزائية، هل يوقف إجراءات التقاضي المتعلقة بطلب التطلاق لعدم الإنفاق؟

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

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

### ح.- أن يكون الحكم القاضي بإلزام الزوج بالإنفاق على زوجته

مراعيًا لما نص عليه المشرع في المواد من 78 إلى 80 من قانون الأسرة ويعني بذلك أنه ينبغي على القاضي أن يراعي أثناء حكمه بإلزام الزوج على الإنفاق على زوجته على تحديد مشتملات النفقة المنصوص عليها في المادة 78 من قانون الأسرة، كما أنه يراعي ظروف وحالة الزوجين عند تقدير النفقة (المادة 79 أسرة)، وتستحق الزوجة النفقة من تاريخ رفع الدعوى، بل يمكن أن يحكم لها بذلك لمدة لا تتجاوز السنة قبل رفع دعوى النفقة (المادة 80 أسرة).

وقد قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 27/11/1989 على أنه "من المقرر قانونًا أن دعوى الطلاق من اختصاص محكمة مقر مسكن الزوجية وتطلاق الزوجة لعدم الإنفاق والحكم لها به دون يمين يعد مخالفا

للأحكام الشرعية الإسلامية، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذين المبدئين يعد خرقاً للقانون".

### الفرع الثاني: التطلاق بسبب غياب الزوج

تنص الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة على أنه "الغيبه بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة"، ونستشف من هذا النص أنه يجوز للزوجة طلب التطلاق إذا غاب زوجها مدة طويلة دون عذر ولم يترك لها مال تنفق منه. كما أن المدة 112 من القانون أعلاه تنص على أنه "الزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون".

وعليه يشترط بشأن هذا السبب لإيقاع التطلاق الشروط التالية:

#### 1.- أن تكون الغيبه تفوق السنة ولو بيوم واحد

ابتداء من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى، أما إذا كانت المدة أقل من سنة، فإنه لا يجوز للزوجة طلب التطلاق بسبب الغيبه ويجري حسابها بالسنة الميلادية وهذا هو المعمول به قضاء. أما إذا كان الأمر يتعلق بزوجة المفقود، فإن مدة السنة تبدأ من تاريخ فقدان الوارد في الحكم الناطق بفقده (المادة 109 أسرة)، والفرق بينهما هو أن زوجة الغائب ليس لها أن تطلب من القاضي استصدار حكم بوفاة زوجها، ومن ثم فك الرابطة الزوجية. أما زوجة المفقود فلها الحق في ذلك وفقاً للمادة 113 من قانون الأسرة التي منحت لها الخيار بين فك الرابطة الزوجية عن الطريق التطلاق (المادة 5/53 أسرة)، أو عن طريق الحكم بوفاة زوجها بتوافر من نص عليه المشرع من شروط في المواد 113 و114 و59 من قانون الأسرة.

#### 2.- أن يتم الغياب دون عذر مقبول

يكون مثلاً الغياب بدون عذر حالة سافر الزوج لمجرد السياحة ولم يعد، أما إذا كان غيابه لعذر مقبول شرعاً أو قانوناً كتأديته للخدمة العسكرية أو سافر للخارج من أجل العلاج من أجل الدراسة لأن في هذه الحالة الأخيرة المنفعة تعود على الأسرة بأكملها. وللإشارة أن غياب الزوج بسبب حبسه لا يعد عذراً بمفهوم القانون، حيث قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2002/07/03، بأن "الاستجابة لطلب الزوجة المتمثل في التطلاق للضرر لكون الزوج مسجون يعتبر حكم سليم ولا يخضع هذا الأمر لقبول الزوج أو حضوره".

3- أن لا يترك لزوجته مالا تنفقه على نفسها وعلى أولادها  
أما إذا غاب لمدة تفوق السنة ولكن ترك لها مالا تنفقه، ففي هذه الحالة  
لا يمكن لها أن تطلب التطلاق بناء على المادة 5/53 من قانون الأسرة.  
وبناء على ما تقدم، إن الزوجة لا يمكنها طلب التطلاق بسبب غيبة  
زوجها إلا بتوافر الشروط المذكورة أعلاه مجتمعة. كما لها أن تطلب التطلاق  
للعيب وللهجر في المضجع.

**المطلب الثاني: التطلاق للعيب وللهجر في المضجع**  
سنعرض على التوالي إلى التطلاق للعيب، ثم إلى التطلاق للهجر في  
المضجع.

### **الفرع الأول: التطلاق للعيب**

لقد سمح المشرع للزوجة أن تطلب التطلاق بسبب العلل والأمراض  
التي يصاب بها الزوج ومن صور هذه العلل: عدم قدرة الزوج على المخالطة  
الجنسية، الأمراض السائدة التي تنتقل من أحدهما للآخر بمجرد الاقتران  
كمرض السيدا، كذلك المرض الذي من شأنه دفع الزوجة إلى النفور من  
زوجها كالبرص والجذام والعمق، ولها أيضا الحق في طلب التطلاق إذا أصبح  
الزوج في حالة جنون.

ومن ثم فقد نص المشرع في المادة 2/53 من قانون الأسرة على أنه  
للزوجة الحق في طلب التطلاق "للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من  
الزواج"، وأن هذه الأهداف نصت عليها المادة الرابعة من القانون ذاته  
والمتمثلة في المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على  
الأنساب.

وطلب التطلاق بسبب هذا العيب يشترط فيه توافر الشروط التالية:

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

والمقصود بذلك أن يكون العيب الموجود في الزوج عائقا لتحقيق  
أهداف الزواج التي سطرها المشرع في المادة الرابعة من قانون الأسرة وهي  
"تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين  
والمحافظة على الأنساب".

## 2.- أن تكون العيوب غير قابلة للزوال،

أي غير قابلة للعلاج أو الشفاء، أما إذا كان العيب قابل للشفاء فينبغي على القاضي في هذه الحالة أن يضرب للزوج أجل وأن تبقى الزوجة بجانب زوجها، ولذلك قد قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1984/11/19 على أنه "متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك الفترة بجانب بعلمها فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق".

كما أن القضاء الجزائري، خلافا لما ذهب إليه الرأي الراجح في الفقه الإسلامي، قد قضى بحق الزوجة في طلب التطليق بسبب عقم زوجها، وهو ما تبناه قرار المحكمة العليا الصادر في 1992/12/22، حيث جاء فيه "ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتطليق على عدم إمكانية إنجاب الأولاد، استنادا لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقد الزوج، فإنهم وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية، ما عدا ما يتعلق بالزام الزوج بالتعويض، مما يتوجب نقضه جزئيا في هذا الجانب لانعدام حالة التعسف".

وأكدته في قرار لها صادر بتاريخ 1999/02/16 في إحدى حيثياته "لكن حيث بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه تبين من الوقائع أن هذا الزواج تم الدخول فيه بالمطعون ضدها منذ سنة 1991 وتمت معاشرتها للطاعن الذي لم ينجب أطفال طيلة هذه المدة الطويلة مما يجعل الحكم المنتقد قد طبق القانون تطبيقا سليما ولم يخالف القواعد الشرعية وأن مدة السنة المتمسك بها الطاعن قد مضت بهذه المعاشرة الزوجية الأمر الذي يجعل الأول الوحيد المثار غير وجيه ويتعين معه رفضه، ومن ثم رفض الطعن".

ولكن خلافا لكل هذه القرارات، قضت، بغير حق، محكمة ندرومة في حكمها الصادر في 2002/03/17 برفض طلب التطليق لعدم التأسيس على أساس أن الحجة التي تقدمت بها المدعية تبريرا لطلبها المتعلق بالتطليق لا تندرج ضمن الحالات المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة وأن هذه الحجة تتمثل في أن المدعى عليه مصاب باختلالات عقلية تؤثر على حالته الطبيعية وتؤثر على صفوة الحياة الزوجية.

## 3.- أن تثبت الزوجة ما تدعيه بكل الوسائل القانونية:

خاصة منها الشهادات الطبية ويجوز للقاضي أن يتأكد من ذلك عن طريق طلب الخبرة الطبية.

ولكن أمام كل هذه الشروط التي جاء بها المشرع في المادة 53 فقرة 2 من قانون الأسرة، فإنه يلاحظ أن النص القانوني لم يفرق بين المرض الذي أصيب به الزوج قبل إبرام عقد الزواج والمرض اللاحق لإبرام عقد الزواج، حيث إذا كان الزوج مصاب بالمرض قبل إبرام عقد الزواج ورغم ذلك لم يبلغ الطرف الآخر بمرضه يكون قد دلس عليه وفي هذه الحالة من المفروض أن يكون للزوج المتضرر الحق في طلب إبطال العقد، أما إذا كان المرض لاحقاً هنا يجوز.

### الفرع الثاني: التطلاق للهجر في المضجع

وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 53 من قانون الأسرة، إذ يحق بموجبها للزوجة طلب التطلاق بسبب "الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر"، وأن طلب التطلاق بسبب الهجر في المضجع معلق على توافر الشروط التالية:

#### 1- أن يهجر الزوج زوجته ويترك فراش الزوجية.

بحيث أصبح لا يعاملها معاملة الأزواج، أي لا يختلط بها جنسياً.

#### 2- أن يدوم الهجر مدة تتجاوز أربعة أشهر متتالية،

ومعنى ذلك أنه لا يقع أثناء هذه الأشهر أي اتصال بين الزوجين. أما إذا وقع الهجر في مرات متعددة، فإنه لا يجوز لها طلب التطلاق حتى ولو كانت مدته تفوق السنة. وبمعنى أدق، إذا اتصل الزوج بزوجته ثم هجرها مدة 3 أشهر ثم اتصل بها ثم هجرها شهرين، فإنه لا يمكنها طلب التطلاق بسبب الهجر في المضجع، لأن المدة وإن كانت تفوق الأربعة الأشهر إلا أنها لم تكون متتالية.

وتطبيقاً لذلك، قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2009/02/11، بأنه "... تبين من وقائع الدعوى أن الطاعن لم يعدل بين الزوجتين لكون هجر المطعون ضدها في المضجع لمدة تفوق السنة وهو من جملة الأضرار المعتبرة شرعاً..."، ومن ثم يكون ما ينعيه الطاعن بهذا الوجه، إلى جانب الأوجه الأخرى، غير قائم على أساس يتعين رفضه وتبعاً لذلك رفض الطعن.

#### 3- أن يكون الهجر عمدياً،

والمقصود بهذا الشرط أن يكون الزوج قد تعمد في الهجر إضراراً لزوجته. أما إذا كان لأمر خارج عن إرادته كسبب وجود هذا الأخير في البيت الزوجية من أجل العلاج الذي يمنعه من أية علاقة حميمة مع زوجته، أو مصاب بمرض مزمن ينتقل عن طريق المخالطة الجنسية وغيرها، ففي هاتين الحالتين لا يجوز لها طلب التطلق بحجة الهجر في المضجع، لأن هذا الأخير كان لعذر مقبول شرعاً وقانوناً.

وإذا اجتمعت هذه الشروط الثلاثة يجوز للزوجة رفع دعوى التطلق للهجر في المضجع.

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

### **المطلب الثالث: التطلق للحكم بعقوبة عن جريمة ماسة بشرف الأسرة وللفاحشة**

نعالج ضمن هذا المطلب التطلق للحكم بعقوبة عن جريمة ماسة بشرف الأسرة (الفرع الأول)، ثم التطلق للفاحشة المبينة (الفرع الثاني).

**الفرع الأول: التطلق للحكم بعقوبة عن جريمة ماسة بشرف الأسرة**  
أجاز المشرع في الفقرة الرابعة من المادة 53 من قانون الأسرة للزوجة أن تطلب التطلق بسبب "الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"، وللعلم أن النص الأصلي لهذه الفقرة كان ينص، قبل تعديله سنة 2005، على "الحكم بعقوبة

شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية". ومقارنة بين النصين، نستخلص أن المشرع أصبح يكتفي بالجرم الماس بشرف الأسرة دون أن يعلق عقوبته بمدة ما.

ومن تفحص النص المعدل نستخلص أنه لا يمكن للزوجة أن تطلب التطلاق على أساس هذا السبب إلا بتوافر الشروط التالية:

**1.- أن يصدر حكم قضائي ضد الزوج حائزا قوة الشيء المقضي به :**  
كان المشرع ينص في النص القديم على أنه يكون محل الحكم عقوبة مقيدة لحرية الزوج أي أدانته المحكمة بالحبس، بينما في النص الجديد أصبح المشرع لا ينص على هذا الشرط واكتفى بالقول بالحكم على الزوج بعقوبة عن جريمة...، ومن ثم إذا حكمت المحكمة على الزوج بالحبس مع وقف التنفيذ يعتبر الشرط متوفرا خلافا لما كان عليه في السابق. زيادة على ذلك، ينبغي أن يكون الحكم، محل سبب طلب التطلاق، حائزا على قوة الشيء المقضي به، وهو الحكم الذي استنفذت بشأنه جميع طرق الطعن العادية وغير العادية.

**2.- أن تكون الجريمة المعاقب عليها من الجرائم الماسة بشرف الأسرة**  
والمقصود بذلك أن يكون الفعل الذي ارتكبه الزوج وصمة عار في جبين الأسرة، وهي الجرائم التي تمس كرامة الأسرة وزعزعت مكانتها إزاء الأقارب وغيرهم. ومن قبل هذه الجرائم ضرب وشتم الفروع للأصول، جريمة هتك العرض، خطف الأطفال، جريمة الاختلاس، الجرائم الماسة بالشعائر الدينية، الخ. غير أن هذه الجرائم لا يمكن حصرها، بحيث أن الحالة النفسية للزوجة المتضررة من الجريمة المرتكبة والشعور بالتصرف الدنيء للزوج يختلف من زوجة لأخرى.

**3.- أن تجعل الجريمة مواصلة العشرة بين الزوجين أمرا مستحيلا**  
حيث يتحول الحب بين الزوجين إلى بغض وكراهية وتصبح الحياة الزوجية جحيما لا يطاق، وأن هذه الواقعة المادية للزوجة إثباتها بجميع وسائل الإثبات، وأن القاضي بناء على أقوال الزوجة وما تدعيه يمكن أن يستخلص من خلال سلطته التقديرية لهذه الواقعة أن الشرط أضحى متوفرا ولا رقابة للحكمة العليا على ذلك. وأن حق الزوجة في طلب التطلاق بسبب

هذه الجريمة قد اعترفت به المحكمة العليا حتى قبل أن يدخل بزوجته، حيث قضت في قرارها بتاريخ 2014/07/10 بأنه "يحق للزوجة طلب التطليق قبل الدخول بسبب الحكم على الزوج من أجل جريمة ماسة بشرف الأسرة واستحالة تحقيق الهدف من الزواج، بل... أن المطعون ضدها بتراجعها عن الزواج بالطاعن وإصرارها على الطلاق قبل الدخول للأسباب التي بررت بها طلب الطلاق فإن أهداف الزواج صارت منتفية وبخاصة المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة وفقا لنص المادة 36 ف 2 من قانون الأسرة".

وبتوافر هذه الشروط الثلاثة مجتمعة يمكن للزوجة طلب التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة ماسة بشرف الأسرة وأن للقاضي في ذلك سلطة تقديرية فهو الذي يقدر، كما تقدم، الوقائع المطروحة أمامه وعندئذ يقضي للزوجة بالتطليق.

### الفرع الثاني: التطليق للفاحشة المبينة

تنص الفقرة السابعة من المادة 53 من قانون الأسرة على أنه يجوز للزوجة طلب التطليق بسبب ارتكاب زوجها فاحشة مبينة. والواقع أن المصطلح المستعمل من قبل المشرع يسوده الإبهام والغموض إذ أن الفاحشة في حكم الفقه الإسلامي بمعناه الواسع يندرج تحت طياتها كل فعل من الكبائر كالشرك بالله وعصيان الوالدين وارتكاب الزنا... الخ. ولتعليل ذلك، يقول الله سبحانه وتعالى "وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۗ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا (سورة النساء، الآية 22)، وقوله تعالى "قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ (سورة الأعراف، الآية 33)، وقوله سبحانه وتعالى "إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ" (سورة النور، الآية 19)، وقوله تعالى "وَالَّذِينَ إِذَا فَعَلُوا فَاحِشَةً أَوْ ظَلَمُوا أَنْفُسَهُمْ ذَكَرُوا اللَّهَ فَاسْتَغْفَرُوا" (سورة آل عمران، الآية 135).

ولكن نعتقد أن المشرع لم يأخذ بهذا المعنى الواسع لكلمة الفاحشة، وإنما بحكم النصوص القانونية الواردة في مجمل محتوى المادة 53 من قانون الأسرة، فالمقصود من وراء ذلك المصطلح هو جريمة الزنا، أي أن الفاحشة الواردة في هذه المادة يعني بها ارتكاب الزوج العلاقة الجنسية مع امرأة غير زوجته: حالة الخيانة الزوجية. وفي هذا المجال، قد ورد هذا المصطلح بهذا المعنى في القرآن الكريم في قوله تعالى "وَلَا تَقْرَبُوا الزَّانَا ۗ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً

وَسَاءَ سَبِيلًا" (سورة الإسراء، الآية 32)، وقوله تعالى "لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ" (سورة الطلاق، الآية 1).

هذه الخيانة تعد سببا من أسباب طلق فك الرابطة الزوجية من طرف الزوجة، بحيث إذا أثبتت للقاضي بالوسائل المعترف بها شرعا كشهادة أربعة شهود حضروا ارتكاب الجريمة أو عن طريق محضر الجهات المخولة لها ذلك الاختصاص (الشرطة، الدرك)، فعندئذ ما على القاضي إلا أن يحكم لها بالتطليق وليس له أمام هذا الإثبات أية سلطة تقديرية، بل ينبغي عليه الحكم بفك الرابطة الزوجية ولا يدخل، خلافا للقاضي الفرنسي، في فحص الاعتبارات التي دفعت بالزوج إلى ارتكاب الجريمة.

والجدير بالملاحظة أن وسائل الإثبات المعتمدة في هذا الإطار، كما تقدم، جد محدودة ومحددة قانونا في آن واحد، وعليه رفضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2009/06/24 شريط الفيديو كوسيلة إثبات لارتكاب الفاحشة، حيث جاء في إحدى حيثياتها ووفقا للمبدأ الذي اعتمده بأنه "لا يشكل شريط الفيديو دليلا من الأدلة المحددة على سبيل الحصر لإثبات جريمة الزنا. حيث بالرجوع إلى القرار المطعون فيه، يتضح أن قضاة الموضوع لإدانة الطاعنة بتهمة المشاركة في الزنا طبقا للمادتين 339 و42 من قانون العقوبات اعتبروا شريط الفيديو كأنه وسيلة إثبات كاملة، بينما شريط الفيديو ليس من الدلائل المنصوص عليها على سبيل الحصر في المادة 341 من قانون العقوبات التي تشترط أن يكون الدليل الذي يقبل عن ارتكاب هذه الجريمة المعاقب عليها بالمادة 339 من نفس قانون إما محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي وإما بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم وإما بإقرار قضائي".

ولكن رغم هذا الموقف، فالمحكمة ذاتها اعتبرت في قرار لها بتاريخ 1984/03/20 بأنه "لا يشترط الوطء والجماع وإنما يكفي للعقاب مشاهدة الزاني والشريك في ظروف لا تترك مجالاً للشك في أنهما قد باشرا معا العلاقة الجنسية".

هذا من الجانب الجزائي، أما من حيث إثبات جريمة الزنا من الناحية الشرعية ومن ثم المطالبة على أساسه التطليق، فإنه يجوز إثباتها بشهادة الشهود إذ أجمع الفقه الإسلامي على أن الزنا يثبت بالشهادة مصدقا لقوله تعالى "وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ" (سورة النور، الآية 4). وجاء في حديث لرسول الله صل الله عليه وسلم أن سعد بن عبادة لعليه

الصلاة والسلام " قال أرأيت لو أن وجدت مع امرأتي رجلا ، أمهله لآتي بأربعة شهداء؟ فقال رسول الله "نعم".

وأمام هذا السبب، فإنه ينبغي التفرقة بين ارتكاب الجريمة قبل إبرام عقد الزواج وبعده، فإذا ارتكبت قبل إبرام عقد الزواج، فإنه لا يجوز للزوجة طلب التطليق حسب المادة 7/53 أسرة، فلها الحق في ذلك إلا إذا ارتكبت بعد الزواج. والجدير بالملاحظة، أن السلطة التقديرية للقاضي بشأن هذه المسألة تتجلى أمام توافر الركن المادي من عدمه في البحث عن القصد الجنائي، أي عن الأهلية لمرتكب الجريمة، فإذا كان مصاب بجنون وارتكب عندئذ جريمة الزنا، فلا يمكن للزوجة طلب التطليق بناء على المادة أعلاه.

### **المطلب الرابع: مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من قانون الأسرة والشروط المتفق عليها**

سنعرض على التوالي دراسة حق الزوجة في طلب التطليق بسبب مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من قانون الأسرة (الفرع الأول)، وبسبب مخالفة الشروط المتفق عليها (الفرع الثاني).

### **الفرع الأول: مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من قانون الأسرة**

لقد أحال المشرع القاضي، بمقتضى الفقرة السادسة من المادة 53 من قانون الأسرة، إلى المادة 8 من قانون الأسرة وذلك بأنه يجوز للزوجة طلب التطليق إذا لم تحترم الشروط المتعلقة بتعدد الزوجات وذلك يتجلى في حالة التدليس من طرف الزوج على زوجته بأنه غير متزوج فإذا به ظهر خلافا لذلك، وكذلك الحالة التي تم فيها استصدار الرخصة القضائية دون احترام الشروط المتعلقة بالتعدد والواردة في المادة 8 من قانون الأسرة من حيث العذر أو نية العدل أو ليست له القدرة الكافية لتحمل تكاليف الزواج. ففي كل هذه الحالات إضافة إلى الحالة التي ترفض فيها الزوجة التعدد مع توافر الشروط فإنه يجوز لها طلب التطليق حتى ولو وافقت على التعدد غير أن الزوج لم يكن عادلا ماديا نحو زوجاته.

وتطبيقا لهذا النص، قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2005/01/19 بأنه "لا يكفي لرفض دعوى التطلاق من أجل الضرر، علم الزوجة بزواج زوجها من امرأة أخرى، بل يجب إثبات رضاها بهذا الزواج". كما أن "عدم العدل بين الزوجات يشكل الضرر المعترف شرعا طبقا للفقرة 6 من المادة 53 من قانون الأسرة، ويبرر بالتالي حق الزوجة المتضررة في طلب التطلاق" (محكمة عليا 2006/07/12).

## الفرع الثاني: مخالف الشروط المتفق عليها

تنص المادة 19 من قانون الأسرة صراحة على أنه يجوز لكلا الطرفين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط الضرورية شريطة أن لا تخالف هذه الأخيرة أحكام قانون الأسرة، وبهذا يجوز للطرفين الاتفاق على عدم التعدد، كما يجوز للمرأة أن تشترط مواصلة الدراسة أو العمل بعد الدراسة، أو استمرارية عملها، بل لها كذلك أن تشترط عليه أي شرط تراه ضروري شريطة أن لا يتنافى مع ما جاء به المشرع في قانون الأسرة. كما للزوجة أن تشترط على زوجها بإسكانها منفردة ومستقلة عن أهله حتى ولو لم تكن قد احتفظت بهذا الحق حين إبرام عقد الزواج... " (مجلس أعلى 1986/01/13).

وإذا انصب اتفاق الطرفين على شرط من هذه الشروط ورفض الزوج أن يمثل لما وافق عليه سابقا كرفضه لعمل الزوجة، ففي هذه الحالة إذا أصرت على الاستمرار في عملها ورفضه الزوج، فلها المطالبة بفك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق. بسبب مخالفة الشرط المتفق عليه من قبل الزوج. وأن هذا الموقف قد تبناه المجلس الأعلى قبل صدور قانون الأسرة بقوله "حيث أنه من المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها مصلحة بشرط أن لا تحلل حراما أو تحرم حلالا وبشرط أن لا تتناقض روح العقد. وحيث أن قضاة الموضوع... استنتجوا من الوقائع ومن الوثائق بما لهم من سلطة تقديرية أن الزوج بإصراره على إخراج زوجته من بلدها يعتبر مخلا بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج التي التزم بها، مما يترتب عليه فك الرابطة الزوجية، وعليه فإنهم لم يخالفوا أحكام الفقه الإسلامي..." (مجلس أعلى، 1971/03/03).

إذن، من الشروط الجائزة، نجد ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2006/04/12 بأن المبدأ تقيم الزوجة حيث يقيم زوجها، غير أنه يحق لها اشتراط تحديد مكان الإقامة الزوجية عند أو بعد إبرام عقد الزواج. غير أنه في غياب هذا الشرط، فإنه "من المقرر شرعا أن الشريعة الإسلامية تفرض على الزوجة الالتحاق بمنزل زوجها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لقاعدة مقررة شرعا" (مجلس أعلى، 1984/04/02)؛ إذ أن "المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو أنه من الواجب على الزوجة متابعة زوجها والالتحاق به أين طاب عيشه..." (مجلس أعلى، 1986/01/13).

كما أن المشرع الجزائري سمح للزوجين، بناء على المادة 37 فقرة ثانية من قانون الأسرة، أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما والمكتسبة خلال الحياة الزوجية وذلك مع

تحديد النسب، فإنه لا يمكن للزوج أن يقوم بتغيير أو تعديل هذا الشرط بإرادته المنفردة وإذا لم توافقه الزوجة في ذلك، بحيث مثلا أراد أن تصبح نسبة حق الزوجة بشأن تلك الأموال مقدرة بـ 20 % بدلا من نسبة 40 % المتفق عليها سابقا، ففي هذه الحالة يجوز لها طلب التطلق مع حقها في الأموال المشتركة وفقا للنسبة الأصلية المتفق عليها وهي 40 %.

**المطلب الخامس: التطلق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين وللضرر**  
سنعرض في هذا المطلب إلى التطلق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين (الفرع الأول)، ثم التطلق للضرر المعتبر شرعا (الفرع الثاني).

**الفرع الأول: التطلق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين**  
إذا رجعنا إلى أحكام الفقه الإسلامي، فإن الزوجة ليس لها الحق في طلب التطلق إذا شب بينها وبين زوجها شقاق بصفة مستمرة لأن ذلك ليس في نظره سبب من أسباب طلب فك الرابطة الزوجية من طرف الزوجة، وهذا ما دفع المشرع الجزائري في النص الأصلي لقانون الأسرة إلى عدم ذكره. ومع العلم أن المجلس الأعلى ومن بعده المحكمة العليا قد أقرت في العديد من قراراتها بأنه من حق الزوجة طلب التطلق بسبب طول أمد النزاع، وذلك مما جاء في حيثيات إحدى قراراتها " من المقرر شرعا أنه إذا طال أمد النزاع بين الزوجين ولحق بالزوجة بذلك ضررا واقتنع القضاة بضرورة التفريق بينهما، فإنه لا سبيل إلا بفك الرابطة الزوجية، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور أو التناقض في الأسباب ومخالفة أحكام الشريعة الإسلامية في غير محله يستوجب رفضه" (مجلس أعلى، 1985/05/20؛ قرارها بتاريخ 1987/01/26).

غير أن التعديل الذي طرأ على المادة 53 من قانون الأسرة أدخله واعتبره سببا من أسباب التطلق، بل جاء مؤكدا لما استقرت عليه المحكمة العليا في قراراتها ومن بينها ما قضت به بتاريخ 1996/09/24 بقولها "ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عن إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطبيق الزوجة لهذا السبب كافي للتفريق القضائي، طبقوا صحيح القانون...".

وأكدته في قرار لها بتاريخ 1999/06/15 بأنه "من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطلق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا، ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر... وعليه

فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بتطليق الزوجة لطول الخصام وبتنظيم الزوج وبتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون".  
غير أن الشقاق المستمر ينبغي أن يتحقق أثناء الحياة الزوجية إذ لا يمكن الاكتفاء بوجوده يوم إجراء جلسة الصلح، "حيث... أن للمحكمة أسست حكم التطلاق على أنه ثبت لديها من خلال الحضور الشخصي وتصريحات الطرفين أنهما في حالة شقاق مستمر... وحيث إن هذا التسبب قاصر ولا يفيد احترام نص المادة 53-8 من قانون الأسرة التي تنص على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للشقاق المستمر بينها وبين زوجها، وكان على المحكمة أن تبين كيف توصلت إلى حالة الشقاق المستمر، ولا يكفي ما يدور في جلسة الصلح من نقاش وخلاف بين الطاعن وبين المطعون ضدها، للحكم على ذلك بأنه شقاق مستمر لأن الشقاق المستمر يجب أن يظهر من خلال الحياة الزوجية بين الطرفين والخصومات القضائية بينهما، ولا يظهر من الحكم المطعون فيه أن المحكمة أشارت إلى ذلك..." (محكمة عليا، 2011/07/14).

### الفرع الثاني: التطلاق للضرر المعتبر شرعا

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

والواقع، فإنه كان بإمكان المشرع أن يستغني عن جميع الأسباب الواردة في المادة 53 من قانون الأسرة ويبقي على هذا السبب لأنه يشتملها جميعا، ومن ثم متى تضررت الزوجة من تصرفات الزوج فلها أن ترفع أمرها للقاضي ولها أن تثبت له بجميع وسائل الإثبات أن الزوج لا يحسن معاملتها وعندئذ فما على القاضي في حالة اقتناعه بذلك إلا أن يستجيب لطلبها وذلك لرفع الظلم عنها.

وإذا عجزت عن إثبات الضرر اللاحق بها، فإنه ينبغي على القاضي أن يقوم بتعيين حكيمين للتوفيق بينهما، حكما من أهله وحكما من أهلها وعلى

هذين الحكمين أن يقدم تقريراً له عن مهمتهما في أجل شهرين وفقاً لما نصت عليه المادة 56 من القانون ذاته. وإذا تبين من تقرير الحكمين أن هناك فعلاً ضرراً من الزوج على زوجته وفشلاً في التوفيق بينهما، فما على القاضي عندئذ إلا الحكم بالتطليق وإلزامه بالتعويض إذا طلبته الزوجة. بينما إذا تمكن الحكمين من إقامة الصلح بين الزوجين، فإنه يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن (المادة 448 إجراءات).

وبمقارنة المادة 56 من قانون الأسرة والمادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نستنتج أن المشرع قد وقع في تناقض فاضح، بحيث الأولى تجبر القاضي على تعيين الحكمين في حالة عجز إثبات الضرر أثناء الخصومة، في حين أن المادة 446 إجراءات تجيز له القيام بذلك التعيين. وأن المجلس الأعلى قد تبني موقف قانون الأسرة في قرارها الصادر بتاريخ 1989/12/25 لما قضى بأنه "...إذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون".

وما يلاحظ على النص الجديد، مقارنة مع النص الأصلي للفقرة السادسة من المادة 53، أن المشرع قد حذف من النص الجديد العبارات التالية "ولاسيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 والمادة 37 أعلاه". وأن هذين السببين السانحين لطلب التطليق قد أدرجهما المشرع على التوالي في تعديله لسنة 2005 ضمن الفقرتين السادسة والتاسعة مع التأكيد على طلب التطليق لعدم الإنفاق في الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة. ومهما كان الضرر الذي بنت عليه الزوجة طلب التطليق، فإنه ينبغي أن تتوفر فيه الشروط التالية:

- 1- أن يكون صاحب الضرر الزوج وليس الغير ما لم يكن قد حرض الغير على
- 2- أن ينتج عن الخطأ الصادر عن الزوج ضرر لاحق بالزوجة أو أحد فروعها أو أصولها (المادة 5/3/36 أسرة).
- 3- أن يكون مرتكب الضرر راشداً ومتمتعاً بقوة العقلية أثناء ارتكابه للخطأ. والجدير بالملاحظة، فإنه لا يمكن الاستجابة لطلب الزوجة بالتطليق بسبب الضرر الذي لحق بها نتيجة لممارسة الزوج حقه الشرعي كرفضه مثلاً أن تكون تربية الأولاد على ديانة أهم المسيحية. وتتوافر هذه الشروط مجتمعة يجوز للمرأة حينئذ طلب التطليق للضرر المعترف شرعاً. ومن الحالات المسببة للتطليق للضرر المعترف شرعاً، نجد

تأخر الزوج عن الدخول بزوجته (محكمة عليا، 1996/04/23)؛ ضرب الزوج زوجته وطردها (محكمة عليا، 1998/07/21)؛ التعدي على الزوجة وإهانتها ومس كرامتها (مجلس أعلى، 1986/01/13)؛ تماطل الزوج في إرجاع زوجته (مجلس أعلى 1989/09/26).

كما أن هناك سبب آخر نص عليه المشرع للطلاق المبني على نشوز الزوج استنادا للمادة 55 من قانون الأسرة. ولكن لم نفهم لماذا المشرع انفرد بهذه الحالة وخصص لها مادة بكاملها، علما أن النشوز يعدد منبعا لضرر الزوجة، ومن كان بإمكان المشرع أن يستغني عنه إذ الفقرة العاشرة من المادة 53 كافية في هذا المجال. غير أن الجديد فيها هو طلب الزوج التعويض في حالة نشوز الزوجة أما الزوجة فلها في جميع الحالات التعويض حالة نشوز الزوج.

وأخيرا، للإشارة أن المادة 57 من قانون الأسرة تنص، كما تقدم، على أنه "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية. تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف"، ويستنتج من هذه المادة أن الأحكام الصادرة عن المحاكم والمتعلقة بفك الرابطة الزوجية هي غير قابلة للاستئناف بحكم أنها نهائية، ولكن مع قابليتها للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، وذلك للنظر فيما إذا طبقت المحكمة الأدنى درجة النصوص القانونية تطبيقا سليما (المادة 349 إجراءات)، كحالة الحكم بفك الرابطة الزوجية دون إجراء محاولة الصلح، أو عدم الاختصاص، أو مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، تناقض التسبب مع المنطوق أو قصوره أو انعدامه، الخ (المادة 358 إجراءات).

وفي حالة تقديم الطعن بالنقض، فإنه ينبغي احترام ميعاد الطعن وفقا لما نصت عليه المادة 354 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه "يرفع الطعن بالنقض في أجل شهرين يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تم شخصيا. ويمدد أجل الطعن بالنقض إلى ثلاثة أشهر إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار". يمكن الطعن بالنقض في حالة ما إذا كان القاضي لم يرقم بإجراءات الصلح.

بينما إذا لم يستجيب القاضي لطلب الزوجة المتعلق بالتطليق فلنا أن نتساءل عما إذا كان لها الحق في الاستئناف؟ فهل الحكم الراض للتطليق يكون قابلا للاستئناف أم لا؟

للإجابة على هذا التساؤل، نرى بأنه إذا رفضت المحكمة الحكم بالطلاق، فإنه يجوز الاستئناف فيه الذي يهدف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة. وأن قبول الطعن بالاستئناف معلق على الأجل المحدد

قانونا في المادة 336 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذ تنص على أنه "يحدد أجل الطعن بالاستئناف بشهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم إلى الشخص ذاته. ويمدد أجل الاستئناف إلى شهرين إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار. لا يسري أجل الاستئناف في الأحكام الغيابية إلا بعد انقضاء أجل المعارضة".

وتطبيقا لذلك التساؤل، قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1993/04/27، في قضية تتلخص وقائعها في أن الزوجة استأنفت في الحكم الرفض لها التطلق رغم ما تعرضت له من قبل المستأنف عليه بالضرب الثابت بالشهادة الطبية، ف قضى المجلس ببطلان الحكم مع الحكم بالتطبيق بناء على الفقرة السادسة من المادة 53 من قانون الأسرة، بما يلي: "فالقضاء بالتطبيق من طرف المجلس يندرج ضمن اختصاصه شرعا وقانونا، لأن المادة 57 من قانون الأسرة إذا كانت لا تجيز استئناف أحكام الطلاق إلا فيما يتعلق منها بالجوانب المادية، فلا تنطبق في قضية الحال لكون الحكم المستأنف لم يقض بالطلاق،... وبالتالي رفض الطعن".

غير أنه ما يعاتب على المشرع هو حكمه المتعلق بعدم جواز الاستئناف في الأحكام المتعلقة بالتطبيق لأن هذه الأحكام لا يصدرها القاضي إلا بعد أن يكون مقتنعا بالسبب أي أن القانون قد منح له السلطة التقديرية بالحكم في التطلق وهو في هذه الحالة باعتباره بشر يمكنه أن يصيب كما يمكن أن يخطئ. كما أن تفحص الوقائع لا يتم أمام المحكمة العليا وإنما أمام المجالس القضائية، بينما حسن ما فعل بالتنصيص على أن الأحكام المتعلقة بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوجين أو بالتراضي غير قابلة للطعن بالاستئناف لأن القاضي ليست له في هذه الحالات كلها سلطة تقديرية مطلقة.

وفي كل الحالات، فإنه "يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن".

## المبحث الرابع

### آثار الطلاق

فالآثار التي يترتبها الحكم بالطلاق تتمثل عموما في العدة والنفقة (الفرع الأول)، والنزاع حول الصداق وحول متاع البيت (الفرع الثاني)، والتعويض (الفرع الثالث) وأخيرا في الحضانة (الفرع الثالث).

## الفرع الأول: العدة والنفقة

### أولاً- العدة

العدة اصطلاحاً المدة أو الأجل الذي حدده الشرع الإسلامي، ومن بعده المشرع الجزائي، بعد الطلاق أو الوفاة والذي تلتزم به المطلقة أو المتوفى عنها زوجها، بحيث لا يجوز لها خلال تلك المدة أن ترتبط بعقد زواج من جديد وإلا كان زواجها باطلاً قبل وبعد الدخول. إذن، فهي تربص المرأة حالة زوال النكاح بمختلف أنواعه: الطلاق، البطلان، الشبهة، الوفاة. وإذا كان السر منها يتجلى عموماً في عدم اختلاط الأنساب من حيث التعرف من براءة رحم المرأة وخلوه من الحمل، فإنه، في حالة الوفاة، فهي زيادة على ذلك، الحداد الذي تلتزم به المتوفى عنها زوجها مع تركها بكل ما يتعلق بالزينة. كما أنها في حالة الطلاق الرجعي الذي اعتمده الشريعة الإسلامية فرصة للزوج من إرجاع زوجته التي طلقها نتيجة لتأثير لم يتحكم فيه، وذلك دون أن يقع على كهلته إعادة إبرام عقد زواج من جديد بتوافر كل أركانه وشروط صحته. أما إذا انقضت عدتها فلا تحل له إلا بعقد جديد ما لم يكن طلاقاً باتاً.

وعليه، فلا يجوز لها الزواج وهي معتدة استناداً للمادة 30 من قانون الأسرة، إذ "من الموانع المؤقتة لزواج المرأة هو وجودها... في عدة من طلاق أو وفاة، ومن ثم فالزواج بها ولو توافرت أركانه فهو غير صحيح لوجودها في العدة" (مجلس أعلى 1983/01/03)، وهو ما أكدته المادة 34 من قانون الأسرة.

وقد نص المشرع على أحكام العدة في المواد من 58 إلى 61 من قانون الأسرة، وحدد من خلالها المدة التي تتربص فيها المرأة المعتدة بحسب نوعية انحلال الرابطة الزوجية، وهي على النحو التالي:

- المطلقة غير المدخول بها لا عدة عليها، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1996/06/18 بقولها "من المقرر شرعاً أنه تستوجب العدة للمرأة المطلقة أ المتوفى عنها زوجها ولا تستوجب للمرأة المطلقة غير المدخول بها".
- المطلقة المدخول بها غير الحامل إذا كانت من ذوات الحيض فعدتها ثلاثة قروء، أما إذا كانت من اليائسات فعدتها ثلاثة أشهر من تاريخ الحكم بالطلاق (المادة 58 أسرة)؛
- عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام ابتداء من تاريخ الوفاة، سواء تم الدخول بها أو لم يتم بعد (المادة 59 أسرة)؛

- عدة زوجة المفقود غير المطلقة التي انحل زواجها بالحكم بوفاته أربعة أشهر وعشرة أيام ابتداء من تاريخ صدور الحكم بفقده (المادة 59 أسرة)؛

- عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة أو البطلان ((المادة 60 أسرة)؛

ومن الجدير بالذكر أن المشرع قد ألزم المطلقة والمتوفى عنها زوجها بالبقاء في البيت الزوجية ما دامت عدتها لم تنتقض بعد ما لم تأت بفاحشة مبينة، إذ، بمفهوم المخالفة، إذا تم فك الرابطة الزوجية بسبب ارتكاب المطلقة جريمة الزنا مع نفي النسب، فإنها غير مجبرة في البقاء في السكن العائلي وفقا لما نصت عليه المادة 61 من قانون الأسرة.

### ثانياً- النفقة

بعد الحكم بالطلاق بأنواعه المختلفة يتحتم على القاضي أن يحكم للمطلقة بنفقة العدة وأن مدتها محددة بمدة العدة أي إذا كانت من اليائسات يحكم لها بنفقة 03 أشهر، أما إذا كانت من ذوات الحيض يحكم لها بنفقة 03 قروء، ولكن الجاري به العمل أمام المحاكم هو الحكم بنفقة 03 أشهر في كلتا الحالتين، وتكون مدة نفقة المطلقة الحامل مقدرة بمدة الحمل، وأن تقدير قيمة النفقة من اختصاص قاضي الموضوع مع أخذه بعين الاعتبار المعيار الذي حددته المادتين 78 و79 من قانون الأسرة.

وهو قررته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 18/06/1991 حيث قضت بأنه "من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبلغ..نفقة العدة يرجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل".

وكذلك يجوز للقاضي أن يحكم للمطلقة بنفقة الإهمال وهذه الأخيرة يبدأ سريانها أصلا من يوم رفع الدعوى إلى غاية الحكم بالطلاق، غير أن المشرع قد أورد استثناء على هذه القاعدة في المادة 80 من قانون الأسرة، حيث أجاز للقاضي أن يحكم باستحقاق نفقة الإهمال بناء على بيينة لمدة لا تتجاوز السنة قبل رفع الدعوى.

وللتذكير، نفقة العدة تبدأ من يوم صدور الحكم بالطلاق، أما نفقة الإهمال تبدأ من يوم رفع الدعوى: مثالا، إذا صدر الحكم بالطلاق في أفريل 2005، ورفعت دعوى الطلاق في جانفي 2005 يجوز للقاضي أن يحكم بنفقة الإهمال ابتداء من جانفي 2004.

أما المرأة المتوفى عنها زوجها ليس لها الحق في المطالبة بنفقة العدة وكذا المرأة المطلقة غير المدخول بها، فالأولى لها الحق في الميراث من تركة زوجها وإذا كانت حاملا يتحقق ذلك الحق حتى للجنين شريطة أن يولد حيا (المادة 134 أسرة)، أما الثانية فلا عدة عليها مما ينفي حقها في نفقة العدة. كما أن المشرع الجزائري، كما تقدم، اعترف للمرأة المطلقة بحقها في الميراث من تركة زوجها إذا توفي قبل انقضاء عدتها (المادة 132 أسرة)

### الفرع الثاني : النزاع حول الصداق وحول متاع البيت أولاً.- النزاع حول الصداق

خصص المشرع مادة واحدة لفض كل حالات النزاع المتعلقة بالصداق، حيث نص في المادة 17 من قانون الأسرة على أنه "في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين".

نستنتج من هذا النص أن النزاع حول الصداق قد يثار في حالة الطلاق قبل الدخول أو بعده، بحيث أن المطلقة قبل الدخول لها نصف الصداق المتفق عليه، أما بعد الدخول يتأكد لها كل الصداق سواء كان الدخول حكما أم حقيقيا عن طريق الوطاء بين الزوجين، كما يتأكد الصداق كله للمرأة المتوفى عنها زوجها حتى قبل الدخول بها (المادة 16 أسرة). وعليه، "إن طلب الصداق في حالة الحكم بالطلاق أمام المجلس القضائي يعتبر من متمات الطلاق ولا يعتبر طلبا جديدا" (محكمة عليا، 1986/02/10).

وتفسيرا لما تم التنصيص عليه أعلاه، فإنه "من المقرر شرعا أن عقد الزواج الصحيح والرابطة الزوجية تنحل بالطلاق سواء قبل البناء أو بعده، فإذا فارق الرجل امرأته قبل الدخول بها وجب عليه نصف المهر. إذا أثبت المدعي دعواه بالبينة قضي له، وأن عجز عن الإثبات بالبينة يعرض اليمين على المدعي عليها، والحكم بخلاف ذلك، يستوجب نقض القرار الذي رغم عجز الزوج عن الإثبات بالبينة لدفعه كامل الصداق ولم يعرض اليمين على الزوجة..." (مجلس أعلى، 1986/01/27).

### ثانياً.- النزاع حول متاع البيت

تنص المادة 73 من قانون الأسرة على أنه "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في

المعتاد للرجال. والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين". ومن ثم، فإنه ينبغي على القاضي أن يحدد، ولو تطلب الأمر اللجوء إلى الخبرة، ما هو المتاع المعتاد للرجال وما هو المعتاد للنساء. وعندئذ سيصدر حكمه بناء على قناعته الشخصية مما له من سلطة تقديرية في هذا المجال.

وإذا تم تحديد بعض المتاع من حق المطلقة مثلا، فإنه ينبغي على هذه الأخيرة تأكيد ما تدعيه بأدائها اليمين. وهذا كله مع مراعاة ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 37 من قانون الأسرة التي أباحت للزوجين أن يتفقا بشأن الأموال المشتركة بينهما والمكتسبة خلال الحياة الزوجية وذلك مع تحديد النسب الخاصة بكل واحد منهما.

ومن زاوية الاجتهاد القضائي، قضى المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 1987/12/07 بأنه "من المقرر شرعا وقانونا أن أثاث البيت مبدئيا هو ملك للزوج، وللزوجة أن تثبت عكس ذلك، والحكم برفض طلب الزوج دون أن تعرف وضعيته ودون أن تتخذ في شأنه ما هو منصوص عليه فيها، ففي القضية فيه تقصير في طلب الدليل وحكم بدون سند شرعي...وعليه وبدون حاجة إلى مناقشة السبب الباقي وتوجيه اليمين بالجلسة بنقض القرار".

### الفرع الثالث: التعويض:

لقد أشار المشرع الجزائري في النصوص الواردة في قانون الأسرة إلى حق أحد الزوجين في التعويض بعد الحكم بالطلاق وأنه في هذه الحالة يجوز للقاضي بطلب من المطلقة أن يحكم لها بالتعويض في حالة ما إذا تبين له تعسف الزوج في استعمال حقه بالطلاق، ويكون تعسف الزوج إذا بنا طلب الطلاق بناء على سبب تافه أو منعدم، ففي هذه الحالة يقدر القاضي التعويض على أساس الضرر اللاحق بالمطلقة استنادا للمادة 52 من قانون الأسرة. كما يجوز للزوجة طلب التعويض عن الضرر اللاحق بها في حالة فك الرابطة الزوجية عن طريق التطلق للأسباب التي تكون فيها إرادة الزوج محل اعتبار، كالتطلق لعدم الإنفاق، ولعدم احترام الشروط المتفق عليها، وللضرر المعترف شرعا.

إذن، في حالة التطلق يستوجب الأمر أن نفرق بين الأسباب التي علقنا عليها الزوجة طلب التطلق بحيث يجب الأخذ بعين الاعتبار كل سبب على حدة، فمثلا إذا كان طلب التطلق على أساس العيوب هنا نفرق بين العيب الطارئ بعد إبرام الزواج الذي لا يمنحها الحق في طلب التعويض، وبين العيب الموجود قبل إبرام عقد الزواج ولم يخبر به زوجته، فيتحقق لها طلب التعويض. كما لها الحق في التعويض بسبب التطلق المبني على الحكم

على الزوج عن جريمة ماسة بشرف الأسرة، أو الغيبة بدون عذر ولا مال. كذلك يجوز للزوج طلب التعويض في حالة ما إذا طلب الطلاق بسبب نشوز الزوجة بناء على المادة 55 من قانون الأسرة.

غير أن المشرع لم يسمح للقاضي أن يحكم في الوقت ذاته بالتعويض والمتعة، لأن هذه الأخيرة فهي في حد ذاتها تعويض لما لحق المرأة من أضرار، والواقع أن الفقه الإسلامي قد أقر للمطلقة بحق المتعة بالنسبة للمرأة التي طلب زوجها الطلاق قبل أن يدخل بها وذلك حتى لا تهدر حقوقها لأن في هذه الحالة لها الحق فقط في نصف المهر فقط.

وخلافا لهذا الموقف التشريعي، قضت المحكمة العليا في بعض قراراتها بحق المطلقة في التعويض والمتعة في آن واحد، منها قرارها الصادر بتاريخ 1986/04/07 بأنه "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال ونفقة متعة وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي...". ويظهر بجلاء أن هذا القرار جاء مخالفا لما كانت تنص عليه المادة 52 من قانون الأسرة في صياغتها الأصلية، حيث أقرت للمرأة المطلقة طلاقا تعسفيا الحق في التعويض فقط دون المتعة، وهذا ما ذهبت إليه عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا وهو ما أكده المشرع في تعديله للمادة 52 سنة 2005.

ومن ثم، فإنه لا يجوز للقاضي أن يحكم للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا في آن واحد بالتعويض والمتعة لأن التعويض في حد ذاته يحكم به القاضي عن الضرر اللاحق بالزوجة، وأن للقاضي الحكم كذلك بالتعويض حتى ولو لم يتم الدخول بالزوجة بعد، بينما لا يمكن الحكم بالتعويض في حالتي الطلاق بالتراضي والطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة، أي حالة فك الرابطة الزوجية خلعا.

#### الفرع الرابع: الحضانة:

عرفت المادة 62 من قانون الأسرة الحضانة على أنها "...رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، ويستشف من هذا التعريف أن المشرع قد استنبط من خلال أحكامه ما جاء به الفقه الإسلامي بحيث ينبغي على المترشح لطلب الحضانة أن يقوم بكل ما هو منصوص عليه في هذه المادة والمواد الأخرى الواردة في قانون الأسرة، خاصة من حيث الشروط الواجب توافرها في الحاضن (أولا)، وأصحاب الحق في الحضانة ومدتها (ثانيا)، ومسقطات الحضانة مع عودة الحق فيها (ثالثا)، وأخيرا، نفقة المحضون (رابعا).

## أولاً.- الشروط الواجب توافرها في الحاضن:

يشترط في الحاضن الشروط التالية:

- أن يكون أهلاً لممارسة الحضانة (المادة 62 أسرة)؛
- أن يكون بالغاً عاقلاً أي يكون بالغ سن الرشد 19 سنة ومتمتعاً بكل قواه العقلية، غير أن هذا الشرط يمكن أن نستغني عنه إذا كانت المترشحة للحضانة الأم وقد كانت قد سبق لها أن تزوجت بناء على إذن قضائي، أي قبل بلوغها السن المحددة في المادة السابعة من قانون الأسرة؛
- أن لا يكون مصاباً بأحد الأمراض العقلية كظهور عليه اختلال في قدراته الذهنية تمنعه من ممارسة الحضانة، كالجنون أو العته؛
- أن يكون قادراً على تحمل التكاليف الجسدية المتعلقة بالحضانة، أي أن تكون له القدرة المادية والجسمانية من أجل ضمان الطفل صحة وخلقاً. ولهذا، فإنه لا يجوز إسناد الحضانة لشخص فاقد البصر، ولا للشخص عاجز عن المشي إما لكبر السن أو لغيره. وعموماً، فهذا الشرط يعود للسلطة التقديرية للقاضي حيث هو الذي يقدر عما إذا كان المترشح لها غير عاجز على ممارستها. واقعياً، فالمرأة البالغة 60 سنة فأكثر تكون في بعض الأحيان قادرة على ممارسة الحضانة بأحسن خلافاً للمرأة البالغة 40 سنة.
- أن يكون أميناً، أي أمين في تصرفاته نحو المحضون، فلا حضانة للمرأة الفاسدة، وللرجل الفاسق. أما بالنسبة للمرأة العاملة وخاصة إن كانت الأم، فلا تسند لها الحضانة إذا كانت غائبة طيلة اليوم عن البيت، فهي في هذه الحالة لا تمارس الحضانة بنفسها. أما إذا كان عملها لا يتعارض ومصصلحة المحضون فهي الأولى بالحضانة. يرجع التقدير في كل هذه الحالات إلى سلطة القاضي والمعيار الأول والأخير الذي يستند عليه في حكمه هو تحقيق مصلحة المحضون من عدمها.

## ثانياً.- أصحاب الحق في الحضانة ومدتها:

- سنتعرض على التوالي في نقطة أولى أصحاب الحق في الحضانة (أ)، وفي نقطة ثانية مدة الحضانة (ب).

### أ.- أصحاب الحق في الحضانة

كان المشرع في النص الأصلي للمادة 64 من قانون الأسرة ينص على أنه "الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي

عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة". غير أنه بمقتضى التعديل الذي أدخله المشرع سنة 2005 على هذه المادة، مراعيًا في ذلك تطور المجتمع الجزائري، أصبح الترتيب على النحو التالي: الأم، الأب، الجدة لأم، الجدة لأب، الخالة، العمّة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك.

وما نص عليه المشرع في هذه المادة هو أنه ينبغي على القاضي أن يحكم بحق الزيارة عند حكمه بإسناد الحضانة ويكون المشرع في هذا النص قد خرج عن المبادئ المستقرة قانونًا، بحيث قد ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة حتى ولو لم يطلبه بذلك أحد المتقاضين. وغالبًا ما يحدد الاجتهاد القضائي هذا الحق لمن لا تسند له الحضانة، على أن يكون حق الزيارة يوم الخميس من الساعة 09 إلى الساعة 17، وكذلك الأعياد الوطنية والدينية حتى في العطل الدراسية.

#### ب.- مدة الحضانة:

حددت المادة 65 من قانون الأسرة مدة الحضانة بناء على جنس المحضون، بحيث "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية"، ولكن مع مراعاة حالة الحكم بإنهائها مصلحة المحضون.

وأمام هذه الرعاية التي أولها المشرع لمصلحة المحضون، لنا أن نتساءل عما إذا يمكن للقاضي أن يمدد مدة الحضانة بالنسبة للذكر بعد بلوغه 16 سنة إذا اقتضت مصلحته ذلك؟

#### ثالثًا.- مسقطات الحضانة وعودة الحق فيها

سيتم الكلام في هذه الجزئية عن مسقطات الحضانة (أ)، ثم عن عودة الحق في الحضانة (ب) وفقا لما قرره المشرع في قانون الأسرة.

#### أ.- مسقطات الحضانة

تسقط الحاضنة للأسباب التالية:

- الزواج بغير قريب محرم، والمقصود بذلك هو إن تزوجت الأم مرة ثانية مع شخص لا تكون بينه وبين المحضون موانع الزواج (المادة 66 أسرة)؛

- تنازل الحاضنة عن حقها في الحضانة ما لم يضر بمصلحة المحضون، أي يمكن للقاضي أن يلزمها بالحضانة حتى ولو تنازلت عنها إذا كان هذا الأخير يمس مصلحة المحضون (المادة 66 أسرة)؛
- اختلال أحد الشروط الواردة في المادتين 62 و67 من قانون الأسرة؛
- عدم مطالبة الحضانة من قبل صاحبها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر، أي عدم مطالبة الأم بالحضانة لمدة سنة من يوم تبليغ الحكم بدون عذر تسقط عنها (المادة 68 أسرة)؛
- تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم (المادة 70 أسرة)؛
- يسقط حق المرأة في الحضانة إذا كان عملها يتعارض مع مصلحة المحضون (المادة 2/70 و3 أسرة)؛

#### ب.- عودة الحق في الحضانة:

تنص المادة 71 من قانون الأسرة على أنه "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري"، أي إذا كان سبب سقوط الحضانة لأمر خارجة عن إرادة الأم أو عن باقي المترشحين للحضانة، كإصابتها بمرض وشفيت منه، هنا يعود لها الحق في الحضانة، كذلك إذا طلقت بعد زواجها الثاني بحكم أن الزواج حثت عليه الشريعة الإسلامية لما له من أهداف شخصية واجتماعية.

واعتبرت المحكمة العليا الزواج بالأجنبي المسقط لحق الأم في الحضانة هو تصرف اختياري، ولذلك قضت في قرار لها بتاريخ 1990/02/05 بأنه "...فإن القاضي لما قضى بإسناد الحضانة إليها (الأم) بالرغم من أن زواجها من الأجنبي يعد تصرفاً رضائياً واختيارياً يكون قد خالف القانون".

أما إذا أراد الشخص الذي أسندت له الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي، فمن صلاحية القاضي أن يسقط عنه الحضانة نتيجة لتعارضها ومصلحة المحضون أو في إثباتها له بحكم أن الاستيطان في بلد أجنبي لا يتعارض ومصلحة الطفل، بينما إذا قضى بإسناد "حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب...يعد قضاء مخالفاً للشريعة والقانون" (محكمة عليا، 1990/02/19).

#### رابعاً.- نفقة المحضون:

طبقاً للمبادئ العامة المنصوص عليها في قانون الأسرة أن نفقة المحضون تكون أولاً وقبل كل شيء من ماله المتحصل عليه عن طريق

الميراث أو الهبة أو الوصية. وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 75 من قانون الأسرة بقوله "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكر إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لأفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".

كما تنص المادة 76 من القانون ذاته على أنه "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك"، زيادة على ذلك، فإنه يجب على الأب في حالة الطلاق أن "...يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار. وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

ويتضح من هذه المادة أنه على الأب أن يوفر سكنا ملائما ليس للحاضنة وإنما للمحضون، إذ "لا يشمل تنازل الأم عن جميع حقوقها المنجزة عن حكم الطلاق، حقوق المحضونين في تهيئة مسكن لممارسة الحضانة أو الحصول على بدل الإيجار" (محكمة عليا، 2007/04/11). وكذلك الذي جاء به المشرع ولا نجد في الفقه الإسلامي هو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 87 من قانون الأسرة بقولها "وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد"، حتى ولو كانت الأم من ديانة مسيحية أو يهودية.

والجدير بالذكر، أن الاجتهاد القضائي قضى بأنه لا يجوز تجزئة الحضانة، فيجب أن تتم تربية الأطفال كلهم مع بعض، إذ "لا تجزأ الحضانة بين الأم والأب ويراعى فيها بالدرجة الأولى مصلحة المحضون" (محكمة عليا، 2002/07/31).

بينما يجوز الطعن بالاستئناف في الأحكام المتعلقة بتوابع الطلاق من نفقة عدة أو إهمال أو تعويض ويجوز الاستئناف في الأحكام الصادرة بشأن الحضانة من حيث إسنادها أو سقوطها.

## الفهرس

1	مقدمة
1	التطور التاريخي لقانون الأسرة
1	أولا- العهد الاستعماري
3	ثانيا- المشرع الجزائري وقانون الأسرة
6	ثالثا- ملاحظات حول قانون الأسرة والتعديلات المدخلة عليه
6	أ- مصدرا قانون الأسرة
6	ب- تطبيق قانون الأسرة من حيث الأشخاص
	<b>الباب الأول: الزواج وحالة الزوجين</b>
	<b>8</b>
8	<b>الفصل الأول: تكوين عقد الزواج.</b>
	<b>المبحث التمهيدي: تعريف الزواج، وحكمته، وحكمه الشرعي</b>
	<b>8</b>
	<b>أولا- التعريف اللغوي والاصطلاحي للزواج</b>
	<b>8</b>
9	<b>ثانيا- حكمة تشريع الزواج</b>
10	<b>ثالثا- حكم الزواج</b>

- المبحث الأول: الخطبة، أو مقدمات الزواج  
11  
المطلب الأول: شروط صحة الخطبة  
11  
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة  
14  
المطلب الثالث: آثار العدول عن الخطبة  
15  
15 الفرع الأول: حكم المهر  
الفرع الثاني: حكم الهدايا في حالة العدول عن الخطبة  
16  
الفرع الثالث: حكم التعويض في حالة العدول عن الخطبة  
17  
المبحث الثاني: ركن عقد الزواج  
18  
19 المطلب الأول: الاختلاف في الجنس  
الفرع الأول: الاختلاف في الجنس بمعناه الفعلي  
19  
أولاً.- الشخص الطبيعي من حيث التكوين الجسدي  
19  
20 ثانياً.- الخنثى (المختلط الجنس)  
الفرع الثاني: الاختلاف في الجنس بمعناه البسيكولوجي (حالة التغيير الجنسي)  
21  
أولاً.- موقف القانون المقارن  
21  
ثانياً.- موقف الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري من مسألة تغيير الجنس  
23  
أ.- موقف الشريعة الإسلامية  
23  
ب.- موقف القانون الجزائري  
23  
24 المطلب الثاني: ركن الرضا  
الفرع الأول: طرق التعبير عن الإرادة والشروط الواجب توافرها فيها  
24  
أولاً.- طرق التعبير عن الإرادة  
24

	ثانياً- الشروط المتعلقة بالتعبير عن الإرادة	
	25	
	أ- الشروط التي يقتضيها عقد الزواج	
	26	
	1.- في نطاق حقوق الزوج على النحو التالي	
	26	
26	2.- الاشتراط في حقوق الزوجة	
	ب.- الشروط التي لا يجوز الاتفاق عليها وتكون مخالفة لأحكام عقد الزواج	
	27	
	الفرع الثاني: عيوب الإرادة والزواج الصوري	
	27	
	أولاً- الغلط كعيب من عيوب الإرادة	
	27	
27	أ- الغلط المانع للإرادة	
28	ب- الغلط المفسد للإرادة	
	ثانياً- الإكراه كعيب من عيوب الإرادة	
	29	
30	ثالثاً- التدليس أو التغيرير	
	الفرع الثاني: الزواج الصوري	
	30	
31	المبحث الثالث: شروط صحة عقد الزواج	
	المطلب الأول: أهلية الزواج	
	31	
	الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من أهلية الزواج	
	31	
	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري	
	32	
	أولاً- تحديد أهلية الزواج بتوافر سنا معينة	
	32	
	ثانياً- حكم الزواج التام بدون توافر الأهلية المحددة قانوناً	
	34	
	ثالثاً- عقود الزواج المتوقفة على الإذن غير القضائي	
	35	
35	أ- زواج الأجنبي	
	ب. رخصة مصالح الأمن	
	36	
	ج. رخصة مصالح الدفاع الوطني	
	36	

	رابعاً- الشهادة الطبية لإبرام عقد الزواج	
	36	
	المطلب الثاني: الولاية في الزواج	
	37	
	الفرع الأول: شروط الولي ومكانته في الترتيب	
	38	
38	أولاً- شروط الولي	
38	أ- الأهلية الكاملة	
38	ب- اتحاد الدين بين الولي و المولى عليه	
38	ت- الذكورة	
	ثانياً- ترتيب الأولياء	
	39	
	الفرع الثالث: زواج البالغة العاقلة	
	40	
40	أولاً- آراء الفقه الإسلامي	
	ثانياً- موقف قانون الأسرة من زواج البالغة العاقلة	
	41	
	الفرع الرابع: زواج القصر ومختلي العقل	
	42	
	المطلب الثالث: الصداق كشرط صحة في عقد الزواج	
	43	
	الفرع الأول: تعريف الصداق، نوعيه، وطبيعته القانونية	
	43	
	أولاً- تعريف الصداق	
	43	
44	ثانياً- نوعا الصداق	
	ثالثاً- الطبيعة القانونية للصداق	
	44	
	الفرع الثاني: شروط الصداق	
	45	
	أولاً- أن يكون الممهور مالا متقوما شرعا	
	45	
	ثانياً- أن يكون مقدورا على تسليمه عند العقد	
	45	
	ثالثاً- أن يكون الممهور معلوما	
	46	
46	رابعاً- مقدار المهر	

47	خامسا.- تأجيل الصداق وتعجيله الفرع الثالث: مؤكدات الصداق 47
47	أولاً.- مؤكدات الصداق بالعقد الصحيح
47	أ.- الدخول الحقيقي
48	ب.- وفاة أحد الزوجين
49	ت.- الخلوة الصحيحة أو الدخول الحكمي ثانياً.- مؤكدات المهر في العقد الفاسد 50
50	ثالثاً.- سقوط نصف المهر وبكامله ونكاح الشغار أ.- حالات سقوط نصف المهر 50
	ت.- حالات سقوط الصداق بكامله 51
51	ت.- نكاح الشغار
52	الفرع الرابع: النزاع حول الصداق المطلب الرابع: موانع الزواج 53
	الفرع الأول: الموانع المؤبدة 53
	أولاً.- قرابة الدم 54
	ثانياً.- قرابة المصاهرة 54
	ثالثاً.- الرضاة كمانع للزواج 56
	أ.- شروط الرضاة المانع للزواج 56
	ب.- حالات التحريم القائم على الرضاة 57
	ث.- الاستثناءات الواردة على موانع الرضاة 58
	الفرع الثاني: الموانع المؤقتة 58
	أولاً.- المحصنة 59
59	ثانياً.- المعتدة
61	ثالثاً.- المطلقة ثلاثاً

	رابعاً.-. عدم جواز الزواج بالمشركات وبالمحددات
	61
61	خامساً.-. زواج المسلمة
	سادساً.-. الجمع بين المرأة وأختها أو عماتها أو خالتها
	62
	سابعاً.-. الخامسة فوق الرابعة
	62
	أ.-. موقف المشرع من تعدد الزوجات
	62
	ب.-. الشروط الواجب توافرها في حالة التعدد
	62
62	1.-. أن يكون العدد مما حددته الشريعة الإسلامية
63	2.-. وجود المبرر الشرعي
63	3.-. توافر الشروط ونية العدل لدى الزوج
	4.-. إخبار الزوجة السابقة واللاحقة بالتعدد
	63
	5.-. الحصول على الترخيص القضائي
	64
	الشكلية في عقد الزواج
	64
70	المبحث الرابع آثار الزواج
	حقوق الزوجين وواجباتهم
76	النسب
	الفصل الثاني إنحلال الزواج
	85
85	المبحث الأول الفرقة بين الطلاق والبطان
	المبحث الثاني الطلاق بالإرادة المنفردة
	89
	المبحث الثالث التطليق
	99
118	المبحث الرابع آثار الطلاق
129	الفهرس: