

جامعة محمد لمين دباغين - سطيف 2-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

محاضرات في مقياس

قانون الأسرة

المجموعة: ج.

المستوى: ثانية ليسانس حقوق.

الدكتور: طحور فيصل.

العام الدراسي: 2021/2020م.

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد:

أضع بين أيدي طلبتنا الأعزاء هذه المطبوعة التي تتضمن أهم ما ورد شرحه في المحاضرات الحضورية المقدمة في مقياس قانون الأسرة، وقد جاءت عناصرها منظمة على النحو الآتي:

المبحث الأول: الخطبة.

المطلب الأول: الخطبة: تعريفها، شروطها، طبيعتها الشرعي.

المطلب الثاني: التعريض بالخطبة والخطبة على الخطبة.

المطلب الثالث: آثار العدول عن ال خطبة.

المبحث الثاني: عقد الزواج: أركانه و شروطه.

المطلب الأول: أركان عقد الزواج فقها وقانونا.

المطلب الثاني: شروط الزواج.

المطلب الثالث: آثار عقد الزواج.

المبحث الثالث: الطلاق وآثاره.

المطلب الأول: الطلاق: تعريفه، حكمه و أقسامه.

المطلب الثاني: الطلاق باعتبار الإرادة.

المطلب الثالث: الحكم بالتعويض وإجراءات دعوى الطلاق.

## المبحث الأول: الخطبة

إن أهمية الحديث عن الخطبة وبيان أحكامها شرعا وقانونا تُستمد من أهمية عقد الزواج الذي وصفه المولى عزو جل بالميثاق الغليظ، قال تعالى "وأخذن منكم ميثاقا غليظا" (النساء 21).  
فهي تمهيد بين يدي هذا العقد تسمح بإعطاء حيز زمني كافي للتريث وحرية الاختيار، وتجعل كلا من الخاطب والمخطوبة يُقدم أو يُحجم على إبرام هذا العقد دون أن يكون تحت طائلة مسؤولية مدنية أو جزائية .

### المطلب الأول: الخطبة : تعريفها، شروطها ، طبيعتها الشرعية.

#### الفرع الأول: تعريفها.

تتقارب معاني الخطبة في الوضع اللغوي، وفي المفهومين الشرعي والقانوني.  
فهي في اللغة ترد بمعنى أعم وهو التماس الشيء، كما ترد بمعنى أخص وهو الدعوة إلى التزويج، قال صاحب القاموس " :خطب المرأة خطبا وخطبة...واختطبه دَعُوهُ إلى تزويج صاحبتهم"  
والخطبة بكسر الخاء هي طلب الزواج، أما بضمها -أي الخطبة -فهي الكلام الذي يلقي.  
ومن الناحية الشرعية فقد درج الفقهاء على تعريف الخطبة بأنها "التماس التزويج"، ذلك أنّ خطبة الرجل للمرأة التماس منه لتزويجه إياها، وعرفها وهبة الزحيلي بقوله " هي إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة وإعلام المرأة أو وليها بذلك".  
أما قانونا فقد عرّفت المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائريّ الخطبة بقوله : "الخطبة وعد بالزواج"، وهذا في الحقيقة ليس من قبيل التعريف، ولكنّه بيان للصفة الشرعيّة والقانونيّة للخطبة.  
فهي باعتبار كونها طلبا "التماس التزويج" من المتقدم به، وباعتبار الردّ بالقبول "وعد بالزواج" منهما معا، وإنه من المعلوم أنّ طلب الزّواج والتماسه ينشئ خاطبا ومخطوبة، بينما الوعد به ينشئ اعدا وموعودا، والخطب والمخطوبة كلاهما واعد وموعود.  
فالخطبة تبدأ بمجرد تقدم الخاطب وطلب الالتماس من المخطوبة ، وتكتمل في مرحلة ثانية عندما يحدث القبول و التراكن، وهنا ينشأ الوعد بالزواج .

وإذا ما تمت الخطبة بين رجل وامرأة فإنها لا تعدوا أن تكون تواعدا بينهما على عقد زواجهما في المستقبل، دون أن يكون ذلك التواعد ملزما لأي منهما من الناحية القانونية، فالفترة الفاصلة بين التعبير عن هذا التواعد والإشهاد على الزواج تعتبر فترة خطبة، ولا تلزم الطرفين، ولو أنها تنبني على الإيجاب و القبول مثلها في ذلك مثل عقد الزواج، إلا أنها تختلف مع هذا الأخير في عنصر الإلزام، و تتم في غالب الأحيان شفويا.

## الفرع الثاني : شروط الخطبة.

الشرط الأول : ألا تكون محرمة على الرجل تحريماً مؤبداً سواء بالنسب أو المصاهرة أو الرضاعة فمتى كان زواج الرجل من المرأة حراماً كانت الخطبة التي هي وسيلة إليه حراماً كذلك؛ أما إذا كانت من المحرمات مؤقتاً، فيمكن أن يخطبها عند زوال سبب التحريم كانهاء عدة المطلقة رجعيًا، إلا أن تكون المخطوبة معتدة من وفاة، فلا تجوز خطبة المتوفي عنها زوجها تصريحاً، ولكن يمكن خطبتها تعريضاً. مصداقاً لقوله تعالى : " وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ ۖ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا ۖ وَلَا تَعْرِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابَ أَجَلَهُ ۗ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ ۗ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ عَفُورٌ حَلِيمٌ" (البقرة 235)

الشرط الثاني: ألا تكون من يراد خطبتها مخطوبة من رجل آخر.

فقد نهي رسول الله صل الله عليه وسلم أن يخطب الرجل على خطبة أخيه، فعن أبي هريرة عن رسول الله صل الله عليه وسلم قال " المؤمن أخو المؤمن فلا يجلب أن يتناع على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر " والحكمة من ذلك تلافي الشحناء والبغضاء بين الخاطبين؛ وإذا كانت المرأة قد رفضت خطبتها الأول أو عدل هو نفسه عن تلك الخطبة صح لغيره أن يخطبها لنفسه.

## الفرع الثالث : الطبيعة الشرعية للخطبة.

يتفق فقهاء الشريعة على أن الخطبة ليس لها صبغة عقدية وهذا بناء على أنّ الشارع لم يرتب عليها أي أثر من آثار عقد الزواج، بل فصل بينهما فصل تاماً من حيث الحقيقة الشرعية. من أدلة ذلك :

- أنه لا يثبت بها حق من الحقوق الزوجية ولا يثبت بها نسب لأن ذلك لا يكون إلا بالعقد.
  - أنّ ما أبيض النظر إليه من الخطبة ورد استثناء من أصل تحريم النظر للأجنبية لقوله صلى الله عليه وسلم للمغيرة بن شعبة حينما جاءه فذكر له أنه خطب امرأة " انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما".
- قال أكثر أهل العلم أنه يجوز النظر إلى الوجه والكفين فقط، وهذا يدل على أنّ الخطبة لا ترتقي إلى مرتبة عقد الزواج. إلا أنه وما سبق ذكره يُلاحظ أنّ الشريعة منحت الخطبة خصوصية أخرجتها من العموم. فهي لا ترتقي إلى مرتبة عقد الزواج ولكن ترتفع عن العموم برفعها بعض الحرج قصد تحقيق المقصد الشرعي المترتب على تمام الألفة بالعقد.

## الفرع الرابع: القيود التي وضعها الفقهاء لجواز النظر إلى المخطوبة :

يمكن إيجاز القيود الواردة في مسألة نظر الخاطب إلى خطيبته وفق المذهب المالكي على النحو الآتي:

1- أن يغلب على ظنه أنه يحظى بالموافقة من طرف المنظور إليها، أما إذا غلب على ظنه بأنها ترفضه، فلا يجوز له النظر إليها، كأن يكون غير كفاء لها مثل كونها عاملة وهو جاهل، أو هي متدينة وهو فاسق، ...

2- أمن الشهوة : ألا يقصد التلذذ بالنظر إليها لأنه لا يجوز للمسلم أن يتلذذ بالنظر إلى المرأة الأجنبية عنه باستثناء الزوجة. ولقد خالف الشافعية هذا القيد وذهبوا إلى أنه يندب لمن أراد الزواج بامرأة أن ينظر إلى وجهها وكفيها ظاهرا وباطنا ولو بشهوة أو افتتان، لأن ذلك من بواعث الرغبة في الزواج فالمصلحة المترتبة على نظر الخاطب أعظم من المفسد التي تترتب على النظر، ويرد عليهم بأن درء المفسد مقدم على جلب المصالح. ولقد قال الإمام ابن قدامي (رحمه الله) مؤيدا رأي المالكية "ولا ينظر إليها نظرة تلذذ وشهوة ولا رغبة، قال أحمد في رواية صالح ينظر إلى الوجه ولا يكون عن طريق لذة، وله أن يردد النظر إليها ويتأمل محاسنها، لأن المقصود لا يحصل إلا بذلك.

3- أن يستأذنها ويستأذن وليها في النظر إليها : فالنظر يجب أن يكون وقت الخطبة وأن تكون هي عاملة بذلك، إذ لا يجوز استغفالها والنظر إليها بغير علمها وعلم وليها بذلك ومستند المالكية في ذلك ما يأتي:  
أ. سد الذرائع المفضية إلى الفساد، إذ قد ينظر الفساق لبنات الناس، فإذا ما نوقشوا ادعوا أنهم خطاب.

ب. إذا استغفلها في النظر إليها ربما يرى منها ما لا يجوز له النظر إليه فرمى يرى شيئا من عورتها. قال الإمام القرافي (رحمه الله) : "ولا ينظر إلا إلى وجهها وكفيها ويحتاج إلى إذنها عند ابن القاسم، لأن البغته قد توقع في رؤية العورة".

4- أن لا ينظر إليها في خلوة، فلا يجوز لمن يقصد الخطبة أن ينظر إلى المرأة في خلوة، لأنها وإن تمت الخطبة فإن المخطوبة تبقى أجنبية عنه. ومعلوم أن الخلوة بالمخطوبة، محرمة شرعا، وكذلك اصطحابها في المنتزهات والحفلات، والتجوال في الشوارع والطرق، ولو كان ذلك لغرض التعارف. وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم : "لا يخلون رجل بامرأة، فإن الشيطان ثالثهما".

المطلب الثاني: التعريض بالخطبة والخطبة على الخطبة.

الفرع الأول: التعريض بالخطبة.

حيث لا يجوز التصريح بخطبة المعتدة مطلقا، أما بالنسبة للتعريض فنفرق بين الحالات الآتية:

أ. المعتدة من طلاق رجعي : لا يجوز التعريض بخطبتها إلا من مطلقها، وذلك لتعلق حق هذا الأخير بها إذ يستطيع أن

يعيدها إلى عصمته أثناء فترة العدة.

ب. المعتدة من طلاق بائن : يرى الجمهور على جواز التعريض بخطبة المعتدة عدة طلاق بائن قياسا على المعتدة من الوفاة، ولقول النبي صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس لما طلقها زوجها ثلاثا : "إذا حللت فأذيني" فلما حلت خطبها لأسامة بن زيد.

### ج. المعتدة من وفاة :

يجوز التعريض بخطبتها للأدلة الواردة منها الآتية:

- قوله تعالى : " وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ ۗ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُؤَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَّعْرُوفًا ۗ وَلَا تَعْرِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابَ أَجَلَهُ ۗ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ ۗ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ " (البقرة 235)

- ما روي أن أبا جعفر بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب خطب سكينه بنت حنظلة في عدتها من وفاة زوجها، فقال لها : "قد عرفت قرابتي من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقرابتي من علي بن أبي طالب وموضعي في العرب، فقالت له : "غفر الله لك يا أبا جعفر، إنك رجل يؤخذ عنك، تخطبي في عدتي؟" فقال لها : "إنما أخبرتك بقرابتي من رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنعلي" وهذا الحديث منقطع.

- ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لأُم سلمة : "لقد علمت أني رسول الله صلى الله عليه وسلم وخيرته وموضعي في قومي، كانت تلك خطبته" هذا الحديث ضعيف لانقطاعه. والهدية تعتبر تعريضا.

### الفرع الثاني: الخطبة على الخطبة.

أي أن يخطب رجل امرأة، فيأتي شخص آخر ويخطب نفس تلك المرأة، فهل هذا جائز أم لا ؟

نفرق في ذلك بين حالتين:

### الحالة الأولى: عدم الركون.

أي أن المرأة لم تجب الخاطب الأول لا بالرفض ولا بالقبول، فجاء الثاني وخطب على خطبة أخيه، فهذا جائز. ولقد وردت السنة النبوية الشريفة بجواز ذلك في حديث فاطمة بنت قيس وفي فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه قالت فاطمة بنت قيس (رضي الله عنها) أن معاوية بن أبي سفيان وأبا جهم خطباني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له. أنكحي أسامة بن زيد، فكرهته، ثم قال : أنكحي أسامة، فنكحته، فجعل الله فيه خيرا، واغتبطت".

## الحالة الثانية: في حالة الركون.

إذا تقدم شخص لخطبة امرأة ووافقت على ذلك، فلا يجوز لغيره أن يتقدم لخطبتها وذلك لما يأتي . عن ابن عمر (رضي الله عنهما) قال : "نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب".

## المطلب الثالث: آثار العدول عن الخطبة.

لا تتمتع الخطبة بأية قوة إلزامية بالنسبة للطرفين ، فهي مجرد وعد بالزواج من الطرفين مع أحقية كل طرف في العدول دون حاجة إلى بيان مبرر العدول . بحيث لا يتحمل مجرد عدوله أية تبعه قانونية بناء على القاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان" إلا أنه قد يقترن مع العدول أمور تحتاج إلى معالجة، وفقد وخسارة تحتاجان إلى جبر بناء على المسألة المعنون لها بـ "الوعد الذي أدخل الموعد في التزام".

وتظهر آثار العدول عن الخطبة في أمور ثلاثة هي :

### الفرع الأول :الأضرار المادية والمعنوية .

شرعا : إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر لأحد الخطيبين فإنه يتنازع مسألة إمكانية الحكم بالتعويض وجهان:

الوجه الأول :أن جواز العدول عن الخطبة شرعا ينافي الحكم بالتعويض للقاعدة "الجواز ينافي الضمان".

الوجه الثاني :أن الضرر اللاحق بسبب العدول في حال سوء استعمال الحق فيه داخل في القاعدة الشرعية "لا ضرر و لا ضرار" لأنه تجاوز لحدود الجواز.

وما تجدر الإشارة إليه ابتداءً أن نصوص الفقهاء في غير الهدايا نادر جدا نظرا لاستقامة أحوال الناس في زمن كتابة هذه النصوص وقلة أفضيتهم في هذا الشأن أو انعدامها .

وبناء عليه فإن العدول في ذاته لا يترتب عليه تعويض، واستعمال الحق لا يترتب عليه تعويض مطلقا .

إلا أنه إذا كان العدول قد رافقته ظروف شأها أن تُحدث خطأ سبب ضررا للطرف الآخر فسبب المسؤولية هنا يتمثل في تلك الظروف الطارئة أو الوقائع السابقة أو اللاحقة لزم العدول عن الخطبة نتج عنه ضرر مباشر للطرف الآخر، بحيث يمكن وصفها بأنها تغريب به نشأ عنه ضرر استنادا إلى القاعدة "التغريب يوجب الضمان".

ولقد انقسم الفقه الإسلامي المعاصر إلى ثلاثة آراء:

الرأي الأول :يرى أنه لا تعويض عن العدول لأن الخطبة وعد وليست عقدا، ولا إلزام في الوعد، والعدل إنما يمارس حقا من

الحقوق المشروعة، ولأنه من القواعد المقررة في الفقه الإسلامي أن "الجواز ينافي الضمان" ولأن الحكم بالتعويض لا يكون إلا

بعد بيان الضرر الناتج عن العدول، وقد يكون مما يجب ستره كما أمرت الشريعة، ولأن العدول قد يكون لأسباب نفسية .

**الرأي الثاني :** يرى أنّ العدول عن الخطبة يستوجب التعويض للطرف الآخر عن الأضرار الواقعة عليه سواء أكانت ماديّة أم معنويّة، وأساس هذا الرأي هو حديث النبيّ -صلى الله عليه وسلّم-: "لا ضرر ولا ضرار"، ولأنّ الضرر يُزال، وطريقة إزالته التعويض.

**الرأي الثالث :** يرى أنّ العدول يستوجب تعويضا إذا ترتب عنه ضرر مادي فقط، أما الضرر المعنويّ فلا يُعوض. ويُشترط للتعويض في حالة وجود الضرر بسبب العدول شرطان :

الشرط الأوّل: أن لا يكون لمن عدل مبرر يتبرع عن أفعاله صفة السلوك الخاطيء، والمعتبر أساسا للتعويض.

الشرط الثاني: أن يكون للعدول يد في إحداث الضرر الحاصل للطرف الآخر، كأن يطلب الخاطب من المخطوبة الاستقالة من العمل ليتم العقد ثم يعدل عنها.

**قانونا:** نصّت المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري على أنّه "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض".

إلا أنه يشترط إعمالا لقواعد الشريعة ولقواعد المسؤولية التقصيرية أن يكون للعدول دخل في الضرر الذي لحق الآخر بسبب عدوله.

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد أحقق في صياغة المادة الخامسة الفقرة الثانية من قانون الأسرة إذ أنّه أجاز الحكم بالتعويض ولم يوجبه، رغم أنّه من المعلوم أنّ المتسبب في الضرر يُلزم بالتعويض (المادة 124 من القانون المدني الجزائري).

وقد قضت المحكمة العليا بأنه "من المقرر قانونا أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج أن ترد ما لم يستهلك من هدايا وغيرها... ولما ثبت من قضية الحال أن الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج بغير مبرر شرعي أو قانوني فإنه لا يمكن في هذه الحالة تحيل المطعون ضده الخسائر والأضرار المترتبة عن ذلك وقد استقر لدى مختلف الأنظمة القضائية بأن الأفعال التي يمكن أن تقترن بالعدول وتلحق ضررا بأحد الخطيبين هي التي يمكن جعلها أساسا لطلب التعويض أي على أساس المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار.

وتجدر الإشارة إلى أن الدعاوى المتعلقة بالخطبة تكون من نظر قسم شؤون الأسرة وفق ما نصت عليه المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 كما أن الاختصاص الإقليمي في مسائل العدول عن الخطبة يعود لمكان وجود موطن المدعى عليه وفق ما تنص عليه المادة 426 "تكون المحكمة مختصة إقليميا في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه".

**الفرع الثاني: حكم الهدايا.**

**شرعا :** لم يتفق فقهاء الشريعة في حكم استرداد الخاطب لهداياه للمخطوبة في حال العدول.

فرأى الشافعية والحنابلة أنه ليس للخاطب الرجوع في شيء مما أهداه سواء أكانت موجودة أم هالكة، لأنّ للهدية حكم الهبة، ولا يجوز عندهم للواهب أن يرجع في هبته بعد قبضها إلاّ الوالد فيما أعطى ولده.

وقال الحنفية : هدايا الخُطبة هبة، وللواهب أن يرجع في هبته إلاّ إذا وجد مانع من موانع الرجوع بالهبة كهلاك الشيء أو استهلاكه، فإذا كان ما أهداه الخاطب قائماً فإنّ له أن يستردّه وإن كان قد هلك أو استُهلك أو طرأ عليه تغيير فلا يحق للخاطب الاسترداد.

وقال المالكيّة : إذا عدل الخاطب فلا يرجع بشيء ولو كان موجوداً، وإذا عدلت المخطوبة فللخاطب أن يستردّ الهدايا سواء أكانت قائمة بردها أو استهلكك برد قيمتها، وهذا حتى لا يجمع الخاطب بين ألم العدول عنه وألم ضياع أمواله.

**قانوناً** : أخذ المشرع الجزائري بتفصيل الملكية في مسألة العدول ، إلاّ أنّه عدل إلى رأي الأحناف في عدم أحقية الخاطب في استرداد هداياه التي تم استهلاكها وهذا في نصّ المادة 3/05 " لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان لعدول منه وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يُستهلك ممّا أهدته له أو قيمته "، كما نصّت في فقرتها الرابعة على أنّه " :وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن تردّ للخاطب ما لم يُستهلك من هدايا أو قيمته "

وهنا يمكن تسجيل الملاحظات الآتية:

- سكت المشرع عن هدايا المخطوبة للخاطب وحكم استردادها في حالة كون العدول منها، والأصل أن تُقاس هذه على الأخرى في الحكم القانوني للاشتراك في العلة وهي "أنّ الإهداء كان لغاية وهي الزواج"، فيكون الحكم بأن لا تستردّ شيئاً ممّا أهدته له إن كان العدول منها".
- و إذا ما تم عقد الزواج فقد انتهى الحديث عن مرحلة الخطبة التي تعتبر مجرد تمهيد له، وبذلك تنتهي جميع آثارها سواء الشرعية أم القانونية، وذلك باعتباره الغاية منها، ويظهر ذلك في أمور أهمها:
- ينتهي الحديث عن مسألة الخطبة على الخطبة وما تعلق بها من أحكام، حيث أنّ المرأة المتزوجة من المحرمات المؤقتات على الغير، ووقوع الخطبة على المعقود عليها بزواج يعتبر محرماً شرعاً، وفيه اعتداء على العلاقة الزوجية.
- ينتهي الحديث عن المال الممنوح في فترة الخطبة كصداق معجل وبالتالي ينتهي الحديث عن مسألة استرداده حال تغييره بتصرف المرأة فيه بالتجهيز، وذلك لأنّ قيام العقد أضفى الشرعية على ما أحدثته المرأة فيه بالتغيير من جهة ومنحتها حقاً فيه إمّا نصفه حال الطلاق قبل الدخول أو كلّه حال الطلاق بعد الدخول أو بالوفاة.
- ينتهي الحديث عن الهدايا المقدمة بين الطرفين في مرحلة الخطبة بمجرد إبرام العقد ولو وقع بعده طلاق أو فسخ أو وفاة، وذلك أن قيام العقد يعتبر تحقيقاً لما كان من أجله الخطبة والتهادي، وبالتالي فلا تجوز المطالبة بشيء من الهدايا التي منحت في الخطبة بمجرد قيام العقد. وكذلك الأمر بالنسبة للأضرار المادية والمعنوية التي لحقت أحد الطرفين بسبب تصرف الطرف الآخر.

## المبحث الثاني : عقد الزواج : أركانه و شروطه.

المطلب الأول : أركان عقد الزواج فقها وقانونا.

الفرع الأول: أركان عقد الزواج فقها.

اختلف الفقهاء في تحديد أركان عقد الزواج، فصنف جمهور المالكية أركان النكاح إلى أربعة إجمالاً وخمسة تفصيلاً، وهي:

**الولي:** ولا يصح الزواج بدونه،

**الصداق:** فلا يصح نكاح بغير صداق، لكن لا يشترط ذكره عند عقد النكاح لجواز نكاح التفويض فإنه عقد بلا ذكر مهر ، فإن تراضيا على إسقاطه أو اشتراطاً إسقاطه أصلاً، فإن النكاح لا يصح .

**المحل:** أي ما تقوم به الحقيقة، وهي لا تقوم إلا من الزوج والزوجة الخاليين من الموانع الشرعية،

**الصيغة:** وهي ما صدر من الولي ومن الزوج أو من وكيلهما الدالة على الانعقاد.

وقد صنف الشافعية أركان الزواج إلى أربعة أركان، وهي: الصيغة والشهادة والزوج والزوجة، والولي، وقد اختلف في عد الزوجين ركناً واحداً أو ركنين منفصلين.

وصنف الحنابلة أركان الزواج إلى ثلاثة هي:

الزوجان الخاليان من الموانع، والإيجاب، والقبول، وقد أسقط بعضهم الزوجين ؛ لأن ماهية النكاح مركبة من الإيجاب والقبول ومتوقفة عليهما ؛ واعتبر الحنفية ركناً واحداً للزواج هو الإيجاب والقبول.

وإذا كان الرضا ركناً جوهرياً في كل عقد، فمن باب أولى أن يكون ذلك في عقد الزواج وهو رباط بالغ الأهمية، قال تعالى : " وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً "، ومن ثمة جاءت نصوص الشريعة مؤسسة لركن الرضا، ففي الحديث الشريف أنّ النبي -صلى الله عليه وسلّم- قال لرجل : "أترضى أن أزوجك فلانة؟" قال : نعم ، وقال للمرأة : "أترضين أن أزوجك فلانا؟" قالت : نعم . فرّوج أحدهما صاحبه.

## الفرع الثاني: ركن الرضا فقها وقانونا.

**1- الرضا في الفقه الإسلامي:** لم يختلف فقهاء الإسلام في اعتبار رضا الزوج البالغ، إذ هو ولي نفسه، وكذا الشيب البالغ فلا رضا إلا رضاهما، إلا أنهم اختلفوا في اعتبار رضا البكر البالغ، فرأى الحنفية أنّ الرضا المعتبر هو رضاها فقط، واشترط المالكية والشافعية والحنابلة رضا الولي أيضا متمثلا في الأب، أو الأب والجد.

وقد استندوا فيما ذكروه على فهم للأحاديث المتضاربة في بيان المعنى والحكم، منها قوله -صلى الله عليه وسلم-: "الثيب أحقّ بنفسها من وليها"، وقوله: "لا تُنكح الأيم حتى تستأمر ولا البكر حتى تستأذن"

قال الشوكاني: "عبر للثيب بالاستئثار والبكر بالاستئذان فيؤخذ منه فرق بينهما من جهة أنّ الاستئثار يدلّ على تأكيد المشاورة وجعل الأمر إلى المستأمرة، ولهذا يحتاج الولي إلى صريح إذنها فإذا صرحت بمنعه امتنع اتفاقا، والبكر بخلاف ذلك، والإذن دائر بين القول والسكوت بخلاف الأمر فإنّه صريح في القول" وأكثر أهل العلم على أنه لا يصح عقد زواج البكر البالغ إلا بإذنها تمسكا بالحديث الشريف: "البكر يستأمرها أبوها"، وكذا حديث الفتاة الأنصارية التي زوجها أبوها فكرهت ذلك فأنت النبي -صلى الله عليه وسلم- فردّ نكاحها.

كما قرّر فقهاء الإسلام على أنه إذا وقع عضل، وهو منع الولي المرأة العاقلة البالغة من الزواج بكفئتها إذا طلبت ذلك فإن ذلك يكون سببا لسقوط ولاية العاضل.

واستدلوا بما رواه البخاري عن معقل بن يسار قال: زوّجت أختا لي من رجل فطلّقها، حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها، فقلت له: زوّجتك وأفرشتك وأكرمتك، فطلّقته ثمّ جئت تخطبها، لا والله لا تعود إليك أبدا، وكان رجلا لا بأس به، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه، فأنزل الله تعالى هذه الآية: "ولا تعضلوهنّ" فقلت: الآن أفعل يا رسول الله "فزوّجها إياه.

ويرى المالكية أنّ العضل يتحقّق في حالتين:

1- إذا طلبها كفاء ورضيت به.

2- إذا طلبها كفاء ودعت إليه، ودعا وليها إلى كفاء آخر.

و ذهب الشافعية (في الأصحّ) والحنابلة إلى أنّ العضل يتحقّق في الحالة الأولى فقط، وليس للولي عضل بسبب المهر لأنّه محض حقّها، وذهب الحنفية إلى أنّ العضل يتحقّق في حال كون الخاطب كفاء ومهر المثل.

وقال الحنابلة: إذا وقع العضل تنتقل الولاية إلى من يلي العاضل، وقال الجمهور: تنتقل إلى القاضي.

## 2- ركن الرضا في قانون الأسرة الجزائري:

اعتبر المشرع الجزائري رضا الزوجين هو الركن الوحيد في الزواج، حيث نصت المادة الرابعة على أنّ "الزواج هو عقد رضائي"، كما نصت المادة على أنه "ينعقد الزّواج بتبادل رضا الزوجين" وأدرجها تحت عنوان أركان الزواج.

ولقد أضحى قانون الأسرة الجزائري أي دور للولي في مسألة الرضا بغض النظر عن كونه أبا أو جدا أو غيرهما، وقد وضحت المادة 11 منه أنّ المرأة الرّاشدة هي من تتولّى إبرام عقد زواجها، ولها أن تختار من تشاء من الأولياء، فقد نصت هذه المادة على أنّه "تعقد المرأة الرّاشدة زواجها بحضور وليّها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أيّ شخص آخر تختاره".

كما اشترط القانون لزواج القاصر إذنا قضائيًا بنصّ المادة 7 منه ، ومتى حصل القاصر عليه فإنّ قانون الأسرة يمنع الولي من يجبره على الزواج، حيث تشترط المادة 13 موافقتها لإبرام الولي له ف، تنص على أنّه "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها".

### الفرع الثالث: الصيغة في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

الزواج من العقود الثنائية الطرف، فتتم بإيجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر، والأصل أنّ التعبير عن الإرادة تختلف طرقه وتتّوع، والعبارة في العقود في دلالاته على توافق الإرادتين، وذلك أنّ العبارة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني. ولما كان لعقد الزواج من الأهمية والخطورة ما هو معلوم، فقد قصد الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري تضيق دائرة طرق التعبير عن الإرادة في الزواج إمعانا في بيان ما لهذا العقد من خصوصيّة وتمييزا له عن سائر العقود.

#### 1. الصيغة اللفظية في عقد الزواج في الفقه الإسلامي:

اتّفق فقهاء الإسلام على أن لفظي "الزواج" و "النكاح" ينعقد بما يصاغ منهما لفظا الإيجاب والقبول لأحدهما اللفظان الموضوعان شرعا للدلالة على هذا العقد، وهما المستعملان في أكثر نصوص القرآن والسنة. وقد اتّفق جمهور الفقهاء على ذلك ومنعوا انعقاد الزواج بغير ما يصاغ من هذين اللفظين، وزاد المالكيّة كلّ لفظ يدلّ على التملك كألفاظ "المنح" و"الهبة" و"التمليك" بشرط اقتراحها بذكر المهر ليكون قرينة على إرادة الزواج من هذه الألفاظ. ورأى الأحناف أنّ التعبير عن الإرادة في الزواج يكون بكل لفظ يفيد معنى الزواج شرعا. كما اشترط الفقهاء أن تدلّ الصيغة على الدوام و التنجيز، فلا يجوز أن تدلّ على التأقيت، أو أن تكون معلّقة على المستقبل أو على شرط في المستقبل، وأن يتّصل الإيجاب بالقبول و يوافق من كلّ وجه، وأن لا يرجع الموجب عن إيجابه قبل القبول.

#### - شروط متعلقة بصيغة العقد.

ذكر الفقهاء للصيغة شروطا على اختلاف بينهم في تفاصيلها:

**الشرط الأول:** اتحاد المجلس في عقد النكاح: للعلماء في ارتباط الإيجاب بالقبول في عقد النكاح مع اتحاد المجلس ثلاثة أقوال

القول الأول: اشتراط اتحاد المجلس، مع عدم اشتراط الفور، وهو مذهب الحنفية والصحيح عند الحنابلة وعند بعض المالكية، فلو

اختلف المجلس لم ينعقد، هذا ومجلس عقد الزواج بالنسبة للتعاقد بطريق الرسالة أو الكتاب هو مجلس تبليغ الرسالة أو قراءة

الكتاب أمام الشهود.

القول الثاني: اشتراط الفورية بين الإيجاب والقبول في المجلس الواحد، وهو قول المالكية والشافعية، وضبط الفاصل الكثير بأن يكون زمنا لو سكتنا فيه لخرج الجواب عن كونه جوابا، والأولى ضبطه بالعرف.

القول الثالث : صحة العقد مع اختلاف المجلس ، وهو رواية للحنابلة، وعليها لا يبطل النكاح مع التفرق.

**الشرط الثاني:** مطابقة القبول للإيجاب: الزواج من التصرفات التي لا تنتج آثارها إلا بمطابقة القبول للإيجاب فهو عقد، يحتاج إلى طرفين ، وبالتالي إلى إرادتين ويتحقق باتفاق الإرادتين على شيء واحد، فإذا تخالفا مخالفة كلية أو جزئية لا ينعقد الزواج إلا في حالة ما إذا كانت المخالفة إلى خير للموجب فإنه ينعقد، لأن التوافق موجود وان لم يكن صريحا.

**الشرط الثالث:** إنجاز الصيغة ويتحقق ذلك بأن تكون مفيدة لمعناها في الحال غير معلقة على أمر سيحدث في المستقبل، أو مضافة إلى زمن مستقبل، ويمكن حصر الأحوال التي قد ينتفي فيها إنجاز الصيغة فيما يلي:

أولا - تعليق العقد بشرط: والزواج المعلق: هو ما جعل تحقق الإيجاب والقبول أو أحدهما معلقا على تحقق شيء آخر، كأن يقول رجل لآخر: زوجتك ابنتي إن رضي أخي فيقول الآخر قبلت، وحكم الزواج يختلف تبعا لوجود الشيء المعلق عليه وعدمه وقت التعليق، وبيان حكم كما يلي:

- انعدام المعلق عليه وقت التعليق : إذا كان المعلق عليه معدوما وقت التعليق لا ينعقد العقد في أي حالة.

- وجود المعلق عليه وقت التعليق: ومثال ذلك ما لو قالت امرأة لرجل بحضرة شاهدين: تزوجتك على كذا من المال إن أجاز أبي أو رضي، فقال: قبلت، فإنه لا يصح إلا إذا كان الأب حاضرا في المجلس، وأن يقول رضيت أو أجزت.

الشرط الرابع: تأييد الصيغة أي أن لا تحمل الصيغة أي دلالة على التوقيت، كأن يؤقت العقد بمدة محددة، ويبحث الفقهاء عادة هنا مسألة حكم الزواج المؤقت وزواج المتعة، والزواج المؤقت هو الزواج الذي تدل صيغته على التأقيت، كأن يقول الرجل للمرأة أتزوجك مدة شهر أو سنة فتقول قبلت، وهذا الزواج باطل عند جمهور الفقهاء؛ لأن الزواج شرع ليكون مؤبدا، وقد خالفهم في ذلك زفر من أئمة الحنفية، فقرر أنه زواج مستوف أركانه وشروطه، لكنه اقترن بشرط باطل هو التأقيت، فيصح العقد ويبطل الشرط فقط؛ لأن الزواج لا يبطل بالشروط الباطلة.

أما موقف المشرع الجزائري فلم ينص المشرع الجزائري على هذه الشروط بل تركها إلى الفقه الإسلامي، من خلال المادة 222 من قانون الأسرة.

## 2- الصيغة اللفظية في قانون الأسرة الجزائري.

اختار المشرع الجزائري رأي الأحناف في مسألة الصيغة اللفظية في عقد الزواج، فنصّ في المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري على

أنه "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا" ويمكن استخلاص أن المشرع حصر طرق التعبير بالنسبة لغير العاجز عن الكلام على اللفظ دون غيره موافقة لمنهج الشريعة في ذلك، وهذا يعني أنه لا يجوز للقادر على الكلام الاكتفاء بطرق التعبير الأخرى من الكتابة أو الإشارة ويفهم من نص المادة أن المشرع لم يشترط التعبير بألفاظ اللغة العربية، فيكون عقد الزواج بكل لغة يمكن الاتفاق به، ولو كان العاقدان قادرين على التحدث باللغة العربية.

كما ألغى المشرع المادة 20 التي كانت تنص على إمكانية إبرام العقد بالوكالة، إذ كانت تنص على أنه "يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج"، والأصل في التعبير عن قصد الزواج في قانون الأسرة الألفاظ، ولا يلجأ لغيرها إلا عند ضرورة فلا يصح بغيره مع القدرة عليه، فإذا حدث عجز كعدم قدرة على النطق ونحوه انعقد الزواج بالكتابة أو الإشارة، وهذا ما قرره المادة 7/19 من قانون الأسرة في نصها على أن: "يصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة لزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة".

هذا و تتمثل شروط الصيغة في عقد الزواج من زاوية تطبيق القواعد العامة الواجبة في صيغة العقد في:

- اتصال الإيجاب بالقبول من حيث الزمن، ولا يضر الفاصل القليل، فان طال خرج القبول عن أن يكون جوابا للإيجاب، ويعرف الطول بالإشعار بكونه إعراضا عن القبول .
- توافق الإيجاب والقبول في الزوجين والمهر إن ذكر.
- بقاء الموجب على الإيجاب، فان رجع بطل الإيجاب ولم يجد القبول شيئا يوافقفه.
- التنجيز في الحال فلا يصح إذا كان مضافا إلى المستقبل أو معلقا على أمر في المستقبل.

#### الفرع الرابع: الاشتراط في عقد الزواج.

الأصل أن "العقد شريعة المتعاقدين" وبالتالي فيجب على المتعاقدين تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه (راجع نص المادة 106-107 ق. م) إلا أنه قد يشترط أحد الطرفين في عقد الزواج مالا يتناسب مع هذا العقد.

#### 1. الاشتراط في عقد الزواج في الفقه الإسلامي.

اتفق الفقهاء على صحة الشروط التي تلائم مقتضى العقد ومقاصده وعلى بطلان الشروط التي تنافي المقصود من الزواج أو تخالف أحكام الشريعة، واختلفوا في الشروط التي لا تكون من مقتضى العقد ولا تخالف حكما من أحكام الزواج وفيها منفعة لأحد العاقدين كاشتراط المرأة ألا يتزوج عليها، أو لا يخرجها من دارها أو بلدها.

فالحنابلة يرون أنها شروط صحيحة يلزم الوفاء بها، ورأى الحنفية أنها شروط ملغاة و العقد صحيح ،

والمالكية يقولون أنها شروط مكروهة لا يلزم الوفاء بها، بل يستحب و الشافعية يرون أنها شروط باطلة و يصح الزواج دونها. أما الشروط الفاسدة المخالفة لمقتضى العقد أو أحكام الشريعة فرأى الحنفية أن الشرط لا يفسد العقد وإنما يلغي الشرط وحده و يصح العقد،

أما الشافعية فالشرط الفاسد عندهم يفسد العقد ورأى المالكية أنه يجب فسخ العقد ما دام الرجل لم يدخل بالمرأة فان دخل بها مضى العقد وألغى الشرط وبطل المسمى ووجب للمرأة مهر المثل.

## 2. الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري.

نصت المادة 19 من قانون الأسرة أنه " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورة ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون " كما نصت المادة 35 منه " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا " و الملاحظ ما يلي:

أن المشرع الجزائري فتح مجال الاشتراط للزوجين ما لم يكن مخالفا للوارد في قانون الأسرة على أساس أن جملة من مواده قد بينت اختياراته فيما يكون من مقتضى العقد، وقد نصت المادة (32) (على أنه " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد " واعتبر أن الشرط الذي أذن به القانون في المادة 19 ملزما للمشترط عليه خلافا لما رآه المالكية من أن الشرط إذا لم يكن مما يقتضيه العقد و لا ينافيه فالشرط مكروه ولا يلزم. كما اعتبر المشرع أيضا أن مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج سببا مجيزا لطلب التخليق من الزوجة، وهو السبب التاسع المنصوص عليه في المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري.

## المطلب الثاني: شروط الزواج.

### الفرع الأول: شرط الأهلية في عقد الزواج.

حتى تكون التصرفات القانونية مرتبة لآثارها يشترط أن تتوفر الأهلية فيمن يباشر هذه التصرفات، وترتبط الأهلية أساسا بعنصري السنّ والعقل، وفيما يلي بيان لأهلية الزواج فقها وقانونا.

#### 1- شرط الأهلية في عقد الزواج في الفقه الإسلامي.

لم يحدّد الفقه الإسلامي سنا معينة تتم بها أهلية الشخص للزواج، وربطها بمرحلة البلوغ، وهي تظهر بعلامات طبيعية كالاختلام بالنسبة للفتى والحيض بالنسبة للفتاة، ولقد تمّ تحديدها إجمالا بالبلوغ لارتباط سائر التكاليف الشرعية به استنادا للحديث النبوي الشريف " رفع القلم عن ثلاث، عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق "

ولقد ربطت الآية الكريمة مسألة رفع الحجر عن الصغير ببلوغه سن الزواج في قوله تعالى : "وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم" (النساء: 6)

ولما كان اشتراط البلوغ إنما وضع كشرط لوجوب التكاليف لأنه يصاحبه غالبا نمو عقلي ونضج يؤهل صاحبه لتحمل المسؤولية فيشترط مع البلوغ العقل، وهو ما أشار إليه النص السابق الذكر في قوله تعالى "فإن آنستم منهم رشدا"

إلا أن أغلب الفقهاء صحّحوا زواج الصغير خاصة في أحوال معينة وقيده بعضهم بشروط، وقد استدّلوا على ذلك بإجازة الشرع لذلك، وهو ما يُفهم من الآية الكريمة "وَاللّٰئِي يَخْسَنُ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللّٰئِي لَمْ يَحْضَنْ" (الطلاق: 4) إنَّ عدم الحيض إما أن يكون ليأس أو يكون لعلّة أو صغر، فاعتبر النصّ إمكانيّة أن تنزوّج وتُطلق الصّغيرة وهي لم تبلغ سنّ الحيض، فدلّ ذلك على جواز تزويجها.

كما استدلل الفقهاء بورود ذلك في السنّة الفعلية كزواج النبي-صلى الله عليه وسلّم -من عائشة -رضي الله عنها -صغيرة، كما استدلوا بأنه قد يكون في ذلك مصلحة وتدعو إليه ضرورة، فلا تفوّت بالمنع.

ورأى المالكية والحنابلة أنه للأب أو وصيه أو الحاكم تزويج الصغار لتوافر شفقة الأب وصدق رغبته في تحقيق مصلحة الولد، وقصرها الشافعية على الأب والجدّ، لأنّ الجدّ عندهم كالأب عند عدمه، وأجاز الحنفية للأب والجدّ وغيرها من العصابات تزويج الصغار.

أما تزويج غير العاقل فقد اتفقوا على جوازه، ورأى المالكية أنه للأب وحده تزويج غير العاقل، وأطلق الحنفية الأمر لكلّ ولي، ورأى الشافعية أنه لا يزوّج إلاّ لضرورة من الأب أو الحاكم.

و الخلاصة أنّ فقهاء الشريعة أجازوا زواج الصغير وغير العاقل لإمكانية توفر المصلحة في تزويجها، ثم اختلفوا في من يكون له تزويجها، وكذا في شروط ذلك. والظاهر أنّها مسألة متروكة لتقديرها للولي بشروط قد تحددها القوانين، وقد يحتاج الأمر إلى إذن قضائي إضافة إلى ما ذكرنا.

## 2- شرط الأهلية في قانون الأسرة الجزائري.

نصّت المادة السابعة من قانون الأسرة الجزائري على أنه "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزّواج بتمام 19 سنة، وللقاضى أن يرخّص بالزّواج قبل ذلك للمصلحة أو للضرورة متى تأكّدت قدرة الطرفين على الزّواج. يكتسب الزّوج القاصر أهلية التّقاضي فيما يتعلّق بآثار عقد الزّواج من حقوق والتزامات"

وفي القانون الصادر في 29-06-1963 نصّ في المادة الأولى منه على أنه "لا يجوز للرجل الذي لم يكمل الثامنة عشر سنة، ولا المرأة التي لم تكمل السادسة عشر سنة أن يعقدا زواجا، ويجوز لرئيس المحكمة الابتدائية الكبرى أن يعفيهما من شرط السنّ إذا رأى لذلك أسبابا خطيرة، وذلك بعد استطلاع رأي وكيل الجمهورية"

وفي قانون الأسرة 1984 قبل التعديل كانت المادة 07 تنص على أنه "تكتمل أهلية الرجل للزواج بتمام الواحد والعشرين سنة، والمرأة بتمام الثامنة عشر سنة، وللقاضي أن يرخّص بالزواج قبل ذلك للمصلحة أو الضرورة".

نصّ المشرّع على اكتساب القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلّق بآثار عقد الزّواج من حقوق والتزامات، وهو ما لم يكن موجودا قبل تعديل، 2005 إذ لا يُعقل أن يُمنح القاصر إذنا بالزّواج ثمّ لا يُمنح أهلية التقاضي فيما يتعلّق بآثار الزّواج.

لم يحدّد قانون الأسرة الجزائري حدّا لسلطة القاضي في الإعفاء -أي سن أدنى لإمكانية منح الترخيص للزواج- مما يحمل على الاعتقاد بأنّ القاضي حسب ظاهر النصّ يمكن أن يمنح الإعفاء في سنّ مبكرة كالعاشرة مثلا، كما أنّه لم يوضّح الطريقة التي يقدّم بها الإعفاء ، إلاّ أنّه يمكن القول أنّ السنّ الأدنى هو 13 سنة على اعتبار أنّه سنّ التّمييز وفق ما نصّت عليه المادّة 42 من القانون المدنيّ، حيث تنصّ على أنّه "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنيّة من كان فاقد التّمييز لصغر في السنّ أو عته أو جنون . يُعتبر غير مميّز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة".

ولأنّ الترشيد يمكن أن يُحصّل عليه في حدود سنّ التّمييز وفق ما بيّنته المادّة 84 من قانون الأسرة الجزائري، حيث تنصّ على أنّه " للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سنّ التّمييز في التّصرف جزئيّا أو كليّا في أمواله بناء على طلب من له مصلحة"، فيُقاس عليه الترشيد المتعلّق بالزّواج.

• لم يتعرّض قانون الأسرة الجزائري لزواج غير العاقل لما رآه من ضرورة التمتع بالقوى العقلية في الزواج، إلاّ أنّ الضرورة قد تدفع إلى تزويج غير العاقل، وقد نصّ المشرع على أنّ من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر سنّ أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدّم طبقا لأحكام قانون الأسرة المادة، 81 وأنّ من بلغ سنّ التّمييز ولم يبلغ سنّ الرشد طبقا لأحكام المادة 34 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي، وفي حالة التراع يرفع الأمر للقضاء (المادة 83 قانون الأسرة)، كما أنه للقاضي الاعتماد على المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيل القاضي على أحكام الشريعة الإسلاميّة أن يأذن بزواج غير العاقل متى تبين له أنّ فيه مصلحة وضرورة لا ينبغي تفويتها.

**الفرع الثاني: شرط الصداق في عقد الزواج.**

**أولا: صفة الصداق في عقد الزواج.**

**1- صفة الصداق في عقد الزّواج في الفقه الإسلاميّ .**

يعرّف الصّداق في الفقه الإسلاميّ بأنّه المال الذي أوجبه الشرع على الزوج وجعله حقا للزوجة، كما عرف بأنه ما يجعل للمرأة في نظير الزواج منها. وهو واجب على الزوج وحق للزوجة بأدلة كثيرة أهمها قوله تعالى " : وآتوا النساء صدقاتهنّ نحلة "، وقوله: "فما استمتعتم به منهنّ فاتوهنّ أجورهنّ فريضة"، وقوله -صلى الله عليه وسلم- ":- التمس ولو خاتما من حديد".

وقد اختلف فقهاء الشريعة في صفة المهر، هل هو عوض لحق الاستمتاع الممنوح بالعقد أم على سبيل الهدية؟ ما يسند الاتجاه الأول هو قوله تعالى: " فما استمتعتم به منهن فاتوهن أجورهن فريضة " (النساء 24) وما يشابهه من النصوص، فقد سمته أجرا، وجعلته مقابل الاستمتاع بالنساء.

ويسند الاتجاه الثاني نصوص كثيرة منها قوله تعالى: " وآتوا النساء صدقاتهن نحلة " (النساء 4)، فقد وصفته الآية بكونه هدية. كما اختلف فقهاء الشريعة حول صفة الصداق في عقد الزواج إلى اتجاهين:

**الاتجاه الأول:** وهو رأي جمهور الفقهاء بما فيهم اتجاه في المذهب المالكي إذ لا يعتبرون المهر ركنا ولا شرطا في الزواج وإنما هو أثر من آثار العقد، ودليلهم قوله تعالى: " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة "، فقد أباح النص الطلاق قبل فرض المهر، مما يدل على كون المهر ليس ركنا ولا شرطا، وعلى هذا الأساس فلو اتفق الزوجان على إسقاط المهر، أو لم يتفقا عليه في العقد صح عقد الزواج ووجب للمرأة مهر المثل.

**الاتجاه الثاني:** وهو رأي مشهور المذهب المالكي، إذ يعتبر المهر ركنا من أركان عقد الزواج، مما استدلوا به عموميات النصوص الموجبة له، وقوله تعالى: " يا أيها النبي إنا أحللنا لك أزواجك اللاتي أتيت أجورهن " (الأحزاب 50)، وعلى هذا الأساس رتبوا قولهم بفساد الزواج في حالة الاتفاق على إسقاط المهر ووجوب فسخه قبل الدخول، أما بعده فيمضى العقد ويجب المهر المثل.

## 2- صفة الصداق في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري.

اختار المشرع الجزائري اعتباره هدية في تعريفه للمهر وعبر عنه بكونه (نحلة)، فقد نصت المادة 14 منه على أن " الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء ". كما اختار المشرع الجزائري اعتبار الصداق شرطا من شروط العقد في المادة 09 مكرّر، وأهم ما يميز منهج المشرع في التعامل مع ركن المهر ما يلي:

1- الحد من أثر تخلف المهر في عقد الزواج في المادة 33: " إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يُفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل ".

وعلى هذا الأساس فإن تم عقد زواج بدون صداق بالاتفاق على إسقاطه مع وجود الشروط الأخرى فإنه يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل أحذا برأي المالكية.

### ثانيا: شروط الصداق.

#### 1- شروط الصداق في الفقه الإسلامي.

للفقهاء في تحديد شروط ما يصح أن يكون مهرا آراء مختلفة، ولهذا فسنحاول التعرض لها بإيجاز كالتالي:

- أن يكون مالا أو متقوم بمال: يرى المالكية أن الصداق منه ما هو حق الله تعالى، ومنه ما هو حق للمرأة، ولهذا لا يجيزون

إسقاط المهر من العقد، وحق الله فيه أن لا يتزل عن الحد الأدنى وهو ربع دينار ذهبي 1.125 (غ ذهب)، فإن نقص الصداق عن الحد الأدنى وجب إكماله إلى أقل المهر ليصح الزواج وإلا وجب فسخه بطلاق ووجب لها نصف المسمى (مراعاة الخلاف)، وإن تم الدخول وجب عليه إتمامه إلى الحد الأدنى ولا يجب لها مهر المثل.

ورأى الحنفية أن حده الأدنى عشرة دراهم (حوالي 4.5 غ ذهب) ورأى الشافعية أن لا حد لأقل المهر، والمهم أن يكون متقوما، وأجاز الحنابلة أن يكون المهر أمرا معنويا. ويجوز المهر منفعة إذا كانت متقومة بمال كسكنى الدار وزراعة الأرض لمدة زمنية معينة - بأن يكون مباحا :وذلك لأنه لا قيمة للمحرم في نظر الشرع ,ولا يجوز تملكه ولا نقل ملكيته.

- أن يكون خاليا من الغرر الشديد :وهو الغرر الذي يترتب عنه عدم المهر كجعل المهر ثمرة لم يظهر نضحها و صلاحها، أو تأجيله إلى أمد بعيد كوفاة أحد الزوجين، أما الغرر اليسير فلا يضر كأن يجعل مهرها سبعين غراما من الذهب دون أن يعين لها الحلبي المقصود، أو أثاث بيت، دون يعين لها النوع والصفة، وفي كل حالة غرر يسير يؤخذ الزوج بالوسط، ولا يضر الغرر اليسير لأن الزواج مبني على المكارمة والتسامح.

- أن يكون معلوما في حالة الصداق المسمى إلا في زواج التفويض.

- أن يكون مقدورا على تسليمه .

## 2-شروط الصداق في قانون الأسرة الجزائري.

صرح المشرع الجزائري بشرطين في المهر أحدهما ذكره في نص المادة 14 وهو كونه مباحا شرعا، كما أوجب أن يكون معلوما وذلك بوجوب تحديده في العقد في نص المادة 15: "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا"، كما أشار ضمنا إلى باقي الشروط الأخرى ككونه مالا أو متقوما بمال في عبارة وهو ملك لها في نص المادة.

### ثالثا :موجبات الصداق.

يختلف الصداق من حيث موجبه وما يلزم منه بحسب نوع العقد، وما يتبع العقد من دخول.

#### 1-موجبات الصداق في الفقه الإسلامي:

- العقد الصحيح :يجب به نصف المهر في حالة الطلاق لقوله تعالى : "وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم "لأن الطلاق لا يكون إلا بعد عقد صحيح فإن لم يسم مهر فلا يجب للمرأة شيء، وإنما تجب المتعة.  
- الدخول بالعقد الصحيح :يتأكد النصف الثاني من الصداق بالدخول سواء أكان مسمى في العقد أو فرض بعده بالتراضي أو بقضاء القاضي.

- وفاة الزوج : و هذا حال كون المهر مسمى باتفاق الفقهاء، وقال المالكية لا شيء لها إذا لم يسم مهرا، وقال الجمهور يجب فيه مهر المثل.

- العقد الفاسد: النكاح الفاسد في نظر الشارع معدوم، والمعدوم شرعا كالمعدوم حسا من حيث الآثار، ومثاله الزواج بإحدى المحرمات فيجب فسخه، ولا مهر لها قبل الدخول ولو كان مسمى، أما بعد الدخول فيجب المسمى.

## 2- موجبات الصداق في قانون الأسرة الجزائري.

قصر المشرع الجزائري الحالات التي تستحق فيها الزوجة المهر كاملا على حالتين هما الدخول ووفاة الزوج بينما أوجب نصف المهر في حالة الطلاق قبل الدخول، وهذا في نص المادة 16: "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج وتستحقه نصفه عند الطلاق قبل الدخول"، كما عالج جميع حالات عدم تحديد الصداق، وهو ما يسمى بزواج التفويض -بيان استحقات المرأة لصداق المثل، وهذا في المادة 2/15 حيث تنص على أنه "في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل" والملاحظ ما يلي:

- أن المشرع سكت عن حال وفاة الزوجة بعد العقد وقبل الدخول مما يدل على عدم استحقات ورثتها للنصف الثاني من المهر.  
- قرر المشرع في المادة 33 في حالة فسخ الزواج قبل الدخول بأنه لا صداق فيه، وبينما أوجب صداق المثل في حال إمضائه بعد الدخول لاحتلال أحد شروطه، ولم يوضح الواجب من الصداق إذا كان مما يحكم بفسخه قبل وبعد الدخول مما ذكره في المادة "34 كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء"، وقياس الأولى يقتضي وجوب مهر المثل في الحالتين بعد الدخول في حال زواج التفويض أو المسمى في حال التسمية .

## رابعا: تأجيل المهر.

### 1- تأجيل المهر في الفقه الإسلامي.

ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز تعجيل المهر كله أو تأجيله بعضه أو كله، وإذا عين ولم يتفق فيه على وقت معين للدفع روعيت أعراف الناس واشترط المالكية لجواز التأجيل شرطين:

الأول - أن يكون الأجل معلوما، وإلا فسد العقد وفسخ قبل الدخول، ووجب بعد الدخول مهر المثل .

الثاني - ألا يكون أجلا بعيدا كخمسين سنة فأكثر لأنه مظنة إسقاط الصداق وهذا مفسد للزواج.

### 2- تأجيل المهر في قانون الأسرة الجزائري .

نص المشرع الجزائري في المادة 15 على جواز التعجيل أو التأجيل في الصداق "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا" وهذا يدل على أنه لم يلتزم بما اشترطه المالكية بل أخذ برأي الجمهور.

## خامسا: التنازع في الصداق.

قد يقع لبس في فهم أحد الزوجين لإرادة الآخر فيما يتعلق بالصداق، فيقع نزاع حوله بعد العقد سواء قبل الدخول أو بعده وليس لأحدهما بينة.

## 1-التنازع في الصداق في الفقه الإسلامي :وفيه حالات أهمها:

**الحالة الأولى :**التنازع في مقدار الصداق إن كان قبل الدخول فإن حلفا كلاهما فسخ العقد ,وإن حلف أحدهما ونكل الآخر فالقول قول الحالف ,وإن كان بعد الدخول فالقول قول الزوج.

**الحالة الثانية :**التنازع في قبض الصداق إن كان قبل الدخول فالقول قول الزوجة ,وإن كان بعده فالقول قول الزوج.

**الحالة الثالثة :**التنازع في وقت القبض ,إن كان قبل الدخول فالقول قول الزوج لأنه الغارم أما بعد الدخول فاختلف الرأي فيه.

## 2-التنازع في الصداق في قانون الأسرة الجزائري .

بيّن المشرع الجزائري مسألة التنازع في الصداق بمختلف حالاته بالتفريق بين حالتين أساسيتين هما قبل الدخول وبعده، فنص في المادة 17: " الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين ,وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين", فالمشرع قد تماشى مع المذهب المالكي في أغلب ما اتجه إليه. والملاحظ أن المشرع الجزائري يفرضه مهر المثل حال عدم تحديد الصداق في المادة 15 من قانون الأسرة قد أكد على أنّ الزواج لا يُفسخ قبل الدخول لمجرد عدم ذكر الصداق على اعتبار أنّه قضى بذلك حال انعدام أحد شروط عقد الزواج وفق ما تنص عليه المادة 33 منه.

وقد فصلت غرفة الأحوال الشخصية في قرارها المؤرخ في 17-11-1998 في ملف رقم 210422 أن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج، لأنه عند التراع يقضى للزوجة بصداق المثل. فيُفهم مما تقدم أن الحال الوحيدة التي يُفسخ فيها العقد بسبب الصداق هي حالة الاتفاق على إسقاطه، ويكون ذلك قبل الدخول، بينما يثبت بعده بصداق المثل.

## الفرع الثالث :الولي في عقد الزواج.

**أولا :**الولاية في عقد الزواج في الفقه الإسلامي.

### 1- طبيعة الولي في عقد الزواج من الناحية الفقهية.

الولاية في اللغة هي النصرة و التأييد، والولاية في عقد الزواج هي القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذا دون توقف على إجازة أحد، ويُعرف الولي بأنه : "من يتولى عن المرأة إبرام عقد الزواج".

وقد اختلفت أقوال الفقهاء في إجبار البكر البالغ من عدم إجبارها إلى الأقوال الآتية:

**القول الأول:** يجوز للأب أن يزوج البكر البالغ بدون استئذنها، ومن قال بذلك ابن أبي ليلى ومالك والليث والشافعي وفي رواية للإمام أحمد .

**القول الثاني:** يشترط استئذان البكر البالغ، ولا يجوز إجبارها على الزواج، ولو كان المجر أباً. فلو عقد عليها بغير استئذان لم يصح، وبذلك قال الحنفية والأوزاعي والثوري .

وفي رواية للحنابلة، وبه قال شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم رحمهما الله تعالى.

**القول الثالث:** ذهب داود الظاهري إلى التفريق بين البكر والثيب، فقال باشتراط الولي في البكر، وعدم اشتراطه في الثيب.

وهنا يطرح سؤال هل يصح النكاح بدون ولي أم لا؟ وهل يجوز للمرأة التي تتمتع بالأهلية (البالغة العاقلة) أن تزوج نفسها؟

اختلف العلماء . رحمهم الله . في حكم الولي في نكاح المرأة إلى الآراء الآتية:

**الرأي الأول:** ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه لا يصح النكاح بدون ولي، فلا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها ولا غيرها، سواء أكانت بكرًا أو ثيبًا.

**الرأي الثاني:** ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن الولي ليس شرطًا في النكاح بل هو مندوب، وبالتالي يصح النكاح بدون ولي،

وهذا الرأي قال به كذلك ابن أبي ليلى وزفر والشعبي والزهري.

فيجوز للمرأة البالغة العاقلة عندهم أن تزوج نفسها بدون ولي ولا يحق له الاعتراض على ذلك إلا إذا لم تحسن الاختيار وزوجت نفسها من غير كفاء لها وبأقل من مهر المثل.

ونسب إلى الإمام مالك . رحمه الله . بأنه يرى الولاية سنة لا فرض، ويقول في ذلك الإمام ابن رشد : "ويتخرج على رواية ابن

القاسم عن مالك في الولاية... أن اشتراطها سنة لا فرض، وذلك أنه روى عنه أنه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولي، وأنه

يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلاً من الناس على إنكاحها، وكان يستحب أن تقدم الثيب وليها ليعقد عليها، فكأنه

عنده من شروط التمام لا من شروط الصحة".

**الرأي الثالث:**

ذهب داود الظاهري إلى التفريق بين البكر والثيب، فقال باشتراط الولي في البكر، وعدم اشتراطه في الثيب.

**2- الحكمة من الولي.**

- المرأة من طبيعتها الحياء، وهذا يمنعها من مباشرة العقد بنفسها، فيبأشره الولي.

- الرجال أقدر من المرأة على البحث عن أحوال الخاطب ومعرفة حقيقته، فإذا ترك الأمر للمرأة، فربما لا تحسن الاختيار.

- المرأة عاطفية، وقد تخدع بالمظاهر الكاذبة.

- زواج المرأة ليس شأنًا خاصًا بها، بل له انعكاسات على أهلها، فهو ارتباط بين أسرتين، وارتباط المرأة بزواج صالح يريح أسرتها. أما إذا كان غير صالح فمشاكلها معه تمس أسرتها وتقلقها. فكيف يكون عليهم الغرم ولا يشاركون في قرار له انعكاساته على حياتهم كلها.

**3- شروط الولي:** يمكن تقسيمها إلى شروط متفق عليها وأخرى متفق عليها

**أ. الشروط المتفق عليها.**

- **الإسلام:** حيث أنه لا تثبت لكافر ولاية على مسلمة.

قال الإمام ابن قدامة . رحمه الله . " :أما الكافر فلا ولاية له على مسلمة بحال بإجماع أهل العلم".

وسبب اشتراط ذلك أن الكثير من الآيات القرآنية أثبتت الولاية بين المؤمنين وفتها مع الكافرين.

أما إذا تزوج مسلم كتائية، فيحوز أن يكون وليها من أهل ملتها، وبذلك قال أبو حنيفة والشافعي، وفي قول للحنابلة، ومن الفقهاء من رأى بأن الحاكم المسلم هو الذي يزوجهها، وقد ورد ذلك في قول ثاب للحنابلة.

- **البلوغ والعقل:** لأن الصبي والمجنون لا ولاية لهما على أنفسهما فمن باب أولى أن لا تكون لهما ولاية على غيرهما.

**ب. الشروط المختلف فيها :**

- **الرشد:** ذهب الإمام أبو حنيفة وأكثر أصحاب الإمام مالك والمشهور في مذهبه أنه لا يشترط الرشد وعليه تجوز ولاية السفية، وذهب الإمام مالك والشافعي إلى اشتراط الرشد.

- **العدالة:** ذهب الأئمة أبو حنيفة ومالك والشافعي في أحد قوليه وفي رواية للحنابلة إلى أن الفاسق يلي عقد النكاح وذلك لما يلي:

. أنه يلي نكاح نفسه فتثبت له الولاية على غيره كالعدل.

. إن سبب الولاية القرابة وشرطها النظر والمصلحة وهذا قريب ناظر فيلي كالعدل، إذ الفسق لا يقدر في القدرة على تحصيل النظر.

وذهب الإمام الشافعي في قول ثان له ورواية عن الإمام أحمد إلى أنها شرط وبالتالي لا تجوز ولاية الفاسق وحجتها قوله صلى الله عليه وسلم : " لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل".

- **الذكورة:** اشترط الجمهور غير الحنفية ذلك، فالمرأة لا ولاية لها على نفسها، فمن باب أولى أن لا تكون لها ولاية على غيرها. بينما ذهب الحنفية إلى أن للمرأة البالغة العاقلة ولاية التزويج عن الغير إما بالولاية أو الوكالة.

- **عدم اختلال السمع والبصر:** اختلف الفقهاء في هذه المسألة، فمنهم من اشترط سلامة الحواس من سمع وبصر، ومنهم من لم يشترط ذلك، مستنديين إلى أن شعيباً. عليه السلام. زوج ابنته وهو أعمى، وإن المقصود في النكاح يعرف بالسمع والاستفاضة فلا يفتقر للنظر.

- **الإحرام:** لا تص نوح ولاية المحرم سواء أكان إحرامه بحج أو بعمرة، حتى ينتهي من أداء نسكه.

4- **ترتيب الأولياء في الفقه الإسلامي:** للمذاهب الفقهية اختلافات طفيفة في ترتيب الأولياء فالمذهب المالكي، يرتب الأولياء على الشكل التالي:

• الأقارب: الابن - الأب - الأخ الشقيق أو الأخ لأب - ابن الأخ شقيقاً أو لأب - الجد (أب الأب) - العم شقيقاً أو لأب - ابن العم شقيقاً أو لأب.

• الكافل لليتيمة (إن استمرت كفالته أربع سنوات).

• القاضي.

• عامة المسلمين (الولاية العامة).

و تكون الولاية العامة في حال انعدام الولاية الخاصة .

وفي كل الحالات فان الترتيب ليس شرطاً بحيث لو تولى زواج المرأة الأبعد (في غير حالة الأب) مع وجود الأقرب لها وليها وكون الزوج كفؤاً لها وكون المهر مهر مثلها). جاز العقد و كان صحيحاً.

و اشترط المالكية لتولي القاضي ولاية الزواج أن تكون المرأة صحيحة بالغة غير مولى عليها أو عضل.

**ثانياً: الولاية في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري.**

عاج قانون الأسرة الجزائري شرط الولي من الجوانب الآتية:

**1- من حيث طبيعة عنصر الولي.**

اعتبر المشرع الجزائري في المادة 9 مكر من الأمر 02-05 الولي شرطاً من شروط عد الزواج وليس ركناً لأنه قصر الأركان على ركن واحد فقط وهو الرضا المادة 9، وهو بذلك يكون قد خالف رأي جمهور الفقهاء الذين يعتبرون الولي ركناً في عقد الزواج لقوله -صلى الله عليه وسلم: " لا نكاح إلا بولي"، كما خالف رأي الأحناف الذين لم يعتبروه لا ركناً ولا شرطاً.

**2- من حيث مباشرة العقد.**

ميز قانون الأسرة الجزائري بين المرأة الراشدة والقاصر، حيث قصر دور الولي على حضور مجلس العقد، بينما تباشر هي العقد بنفسها، وهو ما نصت عليه المادة 1/11 بقولها: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها"، أما بالنسبة للقاصر فإن الولي هو

الذي يباشر العقد، وهو ما نصت عليه المادة 2/11 بقولها "...يتولى زواج القصر أولياؤهم"

### 3- من حيث تحديد الأولياء وترتيبهم.

يميز قانون الأسرة الجزائري بين المرأة الراشدة والقاصر، فبالنسبة للراشدة ليس هناك تحديد ولا ترتيب للأولياء، وهو ما ورد في المادة 1/11 التي تنص على أنه "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"، ومن ثم فلها أن تختار من تشاء ليكون وليا، أما القاصر فقد حدد القانون الأولياء، وهم الأب ثم أحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له، وهم مرتبون وفق ما ورد في المادة 2/11 التي تنص على أنه "...يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"

### 4- من حيث علاقة الولي بركن الرضا:

ليس لولي المرأة الراشدة دخل في مسألة الرضا، لأن الزواج عقد رضائي (المادتان 9)، 4 من القانون 05-02 ولأنها تباشر العقد بنفسها (المادة 1/11) أما بالنسبة للقاصر فإن الولي لا يملك إجبارها على الزواج، حيث تشترط المادة 13 موافقتها لإبرام الولي عقد زواجها، حيث تنص على أنه "لا يجوز للولي أباً كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها". وبما أن القانون قد اشترط ترخيصاً قضائياً لزواج القصر (المادة 7) فلا دخل للولي كذلك في مسألة الرضا متى حصلت على الترخيص.

### 5- من حيث أثر تخلف عنصر الولي على صحة العقد.

ميز القانون بين حالتين، حيث نصت المادة 2/33 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صديق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صديق فيه ويثبت بعد الدخول بصديق المثل".

### الفرع الرابع: شرط الإشهاد في عقد الزواج.

تشريع الإشهاد في عقد الزواج كان لغاية إثباته عند التجاحد وكذا لإعلان الزواج تمييزاً له عن العلاقات غير المشروعة.

أولاً: الإشهاد في الفقه الإسلامي.

#### 1- تعريف الشهادة

لغة:

إن مصطلح الشهادة يدور حول المعاني الآتية: العلم ومنه قوله تعالى: "شهد الله أنه لا إله إلا هو" (آل عمران 37)، والحضور ومنه قوله تعالى: "فمن شهد منكم الشهر فليصمه" (البقرة 374)، والإعلام والخبر القاطع والمعينة والأداء و الحلف. وورد المعنى الأخير في قوله تعالى: "فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله" (النور 6).

اصطلاحاً :

. عرفه الإمام ابن عرفة رحمه الله " :قول هو بحيث يوجب على الحاكم سماعه الحكم بمقتضاه إن عدل قائله مع تعدده، أو حلف طالبه".

. تعريف ابن عاشور رحمه الله: " تطلق الشهادة على الخبر الذي يخبر به صاحبه عن أمر حصل لقصد الاحتجاج به لمن زعمه، والاحتجاج به على من ينكره".

## 2- حكم الإشهاد في النكاح.

اتفق الفقهاء . رحمهم الله . على أن الشهادة من شرط النكاح، ولكن اختلفوا هل هي شرط تمام يؤمر به عند الدخول أو شرط صحة يؤمر به عند العقد؟

. القول الأول : ذهب المالكية إلى أن الشهادة ليست شرطاً لصحة العقد، بل يكفي الإعلان، وإنما هي شرط لحل الدخول، فهي ليست شرطاً للانعقاد، بل هي شرط لترتيب الآثار. وشرط إنشاء العقد هو الإعلان.

وقال الإمام ابن جزيء : في الشهادة على النكاح " ولا تجب في العقد وتجب في الدخول، وهي شرط كمال في العقد وشرط جواز في الدخول".

القول الثاني : ذهب الحنفية و الشافعية والحنابلة في الرواية المشهورة عن الإمام أحمد إلى أن الإشهاد شرط صحة في العقد، ولا يعتبر النكاح صحيحاً بغير إشهاد.

## 3- شروط الشهود في الفقه الإسلامي.

- العقل والبلوغ.

- التعدد.

- الذكورة: وهو شرط عند الجمهور غير الحنفية لأنهم لا يجيزون شهادتها في الحدود والزواج والطلاق.

- العدالة: شرط عند الجمهور لحديث النبي -صلى الله عليه وسلم: " لا نكاح إلا بوليّ وشاهدي عدل"، وقال الحنفية يصحّ العقد بشهادة غير العدول.

- الإسلام : شرط متفق عليه إن كان الزوجان مسلمين، وأجاز الحنفية شهادة الذميين إن تزوج المسلم من ذمّية، وكذا شهادة الذميين بعضهم على بعض.

- البصر : شرط عند الشافعية في الأصحّ، وقال الجمهور إن ميّز الأعمى صوت المتعاقدين صحّت شهادته.

## ثانيا: الإشهاد في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري.

اعتبر المشرع الجزائري الشهادة شرطا من شروط العقد في المادة 09 مكرر تغليبا لرأي الجمهور، وهذا الاختيار أفضل من حيث إثبات العقد وما تم فيه من اتفاق على الصداق والشروط عند الاختلاف أو وفاة أحدهما حفظا للحقوق التي لا تتعلق بدخول، ومن الناحية العملية فإنّ الموثق أو ضابط الحالة المدنية لا يسجل العقد إلاّ بحضور شاهدين لنصّ المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري " يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادة 9 مكرر من هذا القانون. إلاّ أنّ المشرع عاد فحدّد من أثر تخلف الإشهاد في المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري 05-02، فقد نصّت المادة 2/33 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".

وهو بهذا خالف رأي الجمهور الذين اعتمد قولهم في اشتراطه في العقد لأنهم يطلونه دونه، وخالف رأي المالكية الذين يحكمون بالفرقة بطلقة بائنة إذا تمّ الدخول دون إشهاد.

### 1- شروط الشهود في قانون الأسرة الجزائري:

لم يتعرّض المشرع الجزائري في قانون الأسرة في مسألة الإشهاد إلى أكثر ممّا ذكره في المادتين 09 مكرر و33 ويمكن إجمالها كما يلي:

- الأهلية: وذلك باجتماع عنصري السنّ والعقل، وقد بيّن الأمر 70-20 المتضمّن قانون الحالة المدنية في المادة 33 منه أنّ سنّ الشاهد يجب أن لا يقلّ عن 21 سنة، حيث تنصّ على أنه " يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين 21 سنة على الأقل سواء أكانوا من الأقارب أو غيرهم".

- التعدّد: وهو ما ذكرته المادة (9) (مكرر بلفظ "شاهدان").

- الذكورة: وهو شرط قرّره غرفة الأحوال الشخصية في قرارها المؤرّخ في 15-12-1986 في ملف رقم 43889 إلاّ أنّ ذلك لا يستقيم مع نصّ المادة (33) (من قانون الحالة المدنية التي تنصّ على أنه " يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين 21 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم دون ميز فيما يخصّ الجنس ويختارون من قبل الأشخاص المعنيين".

ولم يتعرّض المشرع الجزائري لباقي الشروط المذكورة في الفقه الإسلاميّ، فقد أغفل الحديث عن شرط العدالة في الشهود ولعلّ ذلك بسبب اشتراطه التسجيل في المادة 22 أما شرط الإسلام فهو واجب بمقتضى نصّ المادة 22 التي تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم تنصّ عليه نصوص قانون الأسرة الجزائري على اعتبار أنّه شرط متفق عليه.

الفرع الخامس: شرط انعدام الموانع الشرعية في عقد الزواج في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

يستمد قانون الأسرة الجزائري عناصر هذا الشرط بشكل تام من الفقه الإسلامي. وقد اختار المشرع لفظ الموانع وهو أصوب من التعبير التقليدي "المحرّمات" لأنه يوحي بأنّ التّحرّم مرتبط بالمرأة فقط، بينما يمكن أن يكون وصفاً مشتركاً في الزوجين كاللّحرّم بالقربة، وقد يكون متعلّقاً بالرجل وحده ككونه متزوّجاً من أربعة نسوة، وإتّما جرى هذا التّعبير "المحرّمات" لأنّ العادة أن يكون الرجل طالبا فيزاعي هو من تحرم عليه ومن لا تحرم.

وتنقسم المحرمات إلى نوعين:

أ- محرّمات مؤبّدات.

ب- محرّمات مؤقّتات.

و يقصد باللّحرّم المؤبّد هو المرتبط بمانع دائم لا يزول (كالقربة)، بينما يقصد باللّحرّم المؤقّت هو المرتبط بمانع ممكن التّوال (كالإحصان: كون المرأة في عصمة الغير).

**أولاً: الموانع المؤبّدة.**

وهي ثلاثة: القربة، الرّضاع، المصاهرة وهو ما نصّت عليه المادّة 24 من القانون 02-05.

أ- **مانع القربة:** وقد ورد في آية المحرّمات من سورة النساء: "حرّمتم عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعمّاتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت ( الآية 23) وأعادتم ذكرهنّ المادّة 25 من قانون الأسرة الجزائري.

والحكمة من التّحرّم هو المحافظة على كيان الأسرة وقطع الأطماع باللّحرّم، ومنع قطع الرّحم بسبب ما يحدث عادة بين الزوجين من التّزاع.

ب- **مانع المصاهرة:** ويجرم به أربع نساء، ورد ذكرهنّ في المادّة 26 من القانون 02-05 وهن:

- أصول الزوجة: أم الزوجة (للاية السابقة "وأمهات نساءكم"، وتحرم بمجرد العقد على الزوجة.

- فروع الزوجة: (بنت الزوجة) للاية السابقة "وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهنّ فإن لم تكونوا دخلتم بهنّ فلا جناح عليكم"، فتحرم بنت الزوجة فقط عند الدّخول بالأم، أمّا لو طلّقت قبل الدّخول أو توفّيت فيحوز لمن كان زوجها لها بالعقد أن يصير زوجها لبنتها.

والقاعدة: العقد على البنات يحرم الأمهات، والدّخول بالأمهات يحرم البنات.

- أرامل أو مطلّقات أصول التّزوج وإن علوا (زوجة الأب)، لقوله تعالى : "ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنّه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا".

و سبب التّحريم تكريم الأصول واحترامهم، والمحافظة على الأسرة بمنع التّطلّع إلى زوجة الأصل في حالة الاختلاط التي تحدث عادة بين الأب وابنه.

-أرامل ومطلّقات فروع التّزوج وإن نزلوا ( زوجة الابن )، لقوله تعالى في آية التّحريم " ...: وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم "أي زوجات أبنائكم.

### ج-مانع الرّضاع.

دليله قوله تعالى ... : "وأمهاتكم اللّاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرّضاعة"، وقوله -صلى الله عليه وسلم - : "يحرم ومن الرّضاع ما يحرم من النّسب".

قال جمهور الفقهاء: لما كان التّحريم بالمصاهرة منشأ القرابة، فيحرم بالرّضاع ما يحرم بالمصاهرة أيضا.

وقد جاء نصّ المادّة 27 من قانون الأسرة الجزائري بلفظ الحديث تماما دون ذكر للمحرّمات بالرّضاع، ممّا يدلّ على أنّ المشرّع الجزائريّ اكتفى بالتّحريم بالرّضاع ما حرّم بالنّسب أخذا برأيّ باتجاه في الفقه المالكيّ والحنبليّ.

فتكون المحرّمات بالرّضاع هنّ:

- الأمّ: وهي الأمّ المرضعة.

- البنت: وهي رضيعة الزّوجة.

- الأخت: وهي بنت المرضعة.

- العمّة: أخت زوج المرضعة.

- الخالة: أخت المرضعة.

- بنت الأخ: وهي بنت ابن المرضعة.

- بنت الأخت: وهي بنت بنت المرضعة.

أمّا المحرّمات في قول الجمهور فهنّ:

- الأمّ من الرّضاع.

- البنت من الرّضاع (رضيعة الزّوجة) وهذا حال الدّخول بالمرضع.

- الأخت من الرّضاع (بنت المرضع).

- العمّة من الرّضاع (أخت زوج المرضع).

- الخالة من الرضاع (أخت المرضع).
  - بنت الأخ من الرضاع (بنت ابن المرضع).
  - بنت الأخت من الرضاع (بنت بنت المرضع).
  - زوجة الأب من الرضاع (زوجة زوج المرضعة على الرضيع).
  - زوجة الابن من الرضاع (زوجة الرضيع على زوج المرضع).
  - أم الزوجة من الرضاع (مرضعة الزوجة على الزوج) بمجرد العقد على البنت.
- ويعتبر التحريم بالرضاع قاصرا على من رضع، لأنه حاصل بسببه فلا يتعدى إلى غير الرضيع، وهو مقتضى ما نصت عليه المادة 28 من قانون الأسرة الجزائري، وبالتالي فلا يسري التحريم إلى إخوة وأخوات الرضيع بخلاف فروعه فيسري عليهم.
- ويُشترط في الرضاع حتى يكون محرّما المذهب حسب المذهب المالكيّ شروطا هي :
- أن يكون الرضاع في الحولين وقبل الفطام، لقوله -صلى الله عليه وسلم -: "لا رضاع إلا ما كان في الحولين" وألحق به المالكية الشهر والشهرين والثلاثة بعد الحولين بشرط ألا يكون قد فطم لقوله -صلى الله عليه وسلم -: "لا يحرم من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء وكان قبل الفطام".
  - أن يصل اللبن إلى الجوف أو الحلق بالرضاع أو الوجور (الصبّ في الفم) أو السعوط (من الأنف) ولو كان قطرة واحدة.
  - أن لا يختلط اللبن بغيره، فإن اختلط وكان هو الغالب أو مساو لما خلّك به فهو محرّم، وإلا فالأرجح أنه لا يحرم.
  - أن يثبت الرضاع بإقرار وبيّنة.
- وقد نصّت المادة 29 على اشتراط كون الرضاع في الحولين أو قبل الفطام سواء أكان اللبن قليلا أو كثيرا، وقد سكت النصّ عن اشتراط كون الفطام في الحولين لأنه معلوم شرعا.

### ثانيا :الموانع المؤقتة

نصّت المادة 30 من قانون الأسرة الجزائريّ على الموانع المؤقتة للزواج هي:

- ✓ مانع الإحصان.
- ✓ مانع العدة.
- ✓ مانع الطلاق ثلاثا.
- ✓ مانع الجمع.
- ✓ مانع الكفر

كما نصت المادة 8 على مانع آخر وهو مانع العدد، إذ أجازت التعدد في حدود الشريعة الإسلامية، وحدّ العدد المشار إليه في الآية الكريمة "فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع".

- 1- المحصنة: وهي زوجة الغير ولو كان غير مسلم لقوله تعالى " : والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمنكم".
- 2- المعتدة: في حال عدتها سواء من طلاق أو وفاة، وسواء أكان رجعيًا أم بائنًا، لقوله تعالى " : ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله".
- 3- المطلقة ثلاثا: وهذا لأن الشريعة قيدت حق الزوج في ثلاث تطليقات لقوله تعالى " : الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان" ثم قال " : فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره" (أي للمرة الثالثة)، واشترطت الشريعة أن يكون الزواج ليس للتحليل لقوله -صلى الله عليه وسلم- " : - لعن الله المحلل والمحلل له"، فإن وقع بنية التحليل لم يعتد به في إعادة المطلقة ثلاثا إلى طليقتها الأول عند المالكية والحنابلة.
- 4- الخامسة: فلا يجوز للرجل الزواج بخامسة، لاقتصار آية إباحة التعدد على أربع لقوله تعالى: " فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاثا ورباع"، ولقوله -صلى الله عليه وسلم- لمن أسلم وله ثمان زوجات: "اختر منهنّ أربعاً".
- 5- أخت الزوجة وعمتها وخالتها: وقد دلّ على الأول قوله تعالى...: "وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف"، ودلّ على الأخيرتين ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي -صلى الله عليه وسلم- " - نهى أن تنكح المرأة على عمّتها أو العمّة على ابنة أخيها، أو المرأة على خالتها، أو الخالة على ابنة أختها".
- 6- المسلمة على غير المسلم: لقوله تعالى: " ولا تُنكحوا المشركين حتى يؤمنوا"، وقد سكت المشرع الجزائري عن حالة المشركة غير ذات دين سماويّ رغم صريح النصوص كقوله تعالى: " ولا تُنكحوا المشركات حتى يؤمنن" ورغم أنّها محلّ اتفاق.

### المطلب الثالث: آثار عقد الزواج

نصّ المشرع الجزائري في نصي المادتين 36 و 37 على الحقوق الزوجية، كما تضمّنت نصوص أخرى حقّين مهمّين أحدهما للزوجة وهو حقّ النفقة والآخر للزوج وهو حقّ التعدد، وقد تمّ تنظيم هذين الحقّين بشكل دقيق، كما اهتم بمسألة إثبات النسب وأفرد لبيان الطرق التي يثبت بها نصوصا خاصة.

الفرع الأول: حقّ الزوجة في النفقة الزوجية.

أولا: تعريف النفقة وحكمها.

تعرفّ النفقة في اللغة بأنّها الإخراج ولا تستعمل إلا في خير، وتُعرف اصطلاحا بأنّها كفاية الزوج لزوجته في ضرورات الحياة،

وتشمل ضروريات الحياة المأكل، الملبس، المسكن والعلاج، وهو ما نصّت عليه المادة 78 من القانون 02-05 وهي واجبة شرعا وحقّ قانوني للمرأة بنصّ المادة 74 التي تنصّ على أنّه "تجب نفقة الزّوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها بينة".

ومن أدلّتها الشّرعيّة قوله تعالى : " اسكنوهنّ من حيث سكنتم من وجدكم " أي : اتّخذوا لهنّ مساكن بحسب قدرتكم . وقوله تعالى : "وعلى المولود له رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف " . وقوله صلّى الله عليه وسلّم لهند زوج أبي سفيان : " خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف " لما قالت : " يا رسول الله إنّ أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلّا ما أخذت منه وهو لا يعلم " .

ويشترط للمطالبة بالتّفقة أن لا يمرّ على وجوبها سنة لنصّ المادة 80 على أنّه "تستحقّ التّفقة من تاريخ رفع الدّعى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بيّنة لمُدّة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدّعى " .

#### ثانيا : تقدير التّفقة .

المتّبع لنصوص الشّريعة يدرك أنّها راعت أمرين أساسيين :

1- حال اليسر والعسر : وهو المعنى المفهوم من قوله تعالى : " لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق ممّا أتاه الله لا يكلف الله نفسا إلّا وسعها " ، وقوله " اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم " . أي : اتّخذوا لهنّ مساكن ممّا تستطيعون .

2- حدّ الكفاية من الضّروريات : وهو المعنى المفهوم من الحديث المتّفق عليه : " خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف " .

وهو ما دفع المشرّع الجزائريّ إلى النصّ على اعتبار حال الزّوجين في تقدير التّفقة في نصّ المادة 79 "يراعي القاضي في تقدير التّفقة حال الطّرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضيّ سنة من الحكم " .

كما نصّت على الضّروريات التي يتعلّق بها تقدير التّفقة وهي الغذاء، الكسوة، نفقات العلاج، السّكن أو أجرته، وما يعتبره العرف أو العادة من ضروريات الحياة لنصّ المادة 78 على أنّه "تشمل التّفقة الغذاء، الكسوة، العلاج والسّكن أو أجرته وما يعتبر من الضّروريات في العرف والعادة " .

و تستحقّ الزّوجة حقّ الإنفاق عليها بالدخول بها أو بدعوتها للزوج لذلك كما نصت عليه المادة 74 من قانون الأسرة "تجب نفقة الزّوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه بينة" .

#### الفرع الثّاني : حقّ التّعّد .

أقرّ المشرّع الجزائريّ مبدأ التّعّد في نصّ المادة 8 من إذ تنصّ على أنّه "يسمح بالزّواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشّريعة الإسلاميّة متى وجد المبرّر الشّرعيّ وتوفّرت شروط وثبّة العدل " .

- وقد أقرت الشريعة الإسلامية نظام التعدد في قوله تعالى: "فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع". ويشترط للتعدد في الشريعة الإسلامية أن لا يزيد على أربع، وأن لا يخاف الزوج عدم العدل وأن يستطيع التفقة على زوجته بعدهن، وهو ما يفهم من نص الآية السابقة والتصوص المحددة للواجبات الزوجية.
- وقد قيد المشرع الجزائري استعمال حق التعدد بشروط نص عليها في المادة 08 هي:
- 1- أن يكون التعدد في حدود الشريعة الإسلامية (عدم تجاوز عدد أربع زوجات، عدم الجمع بين المرأة وأختها أو عمّتها أو خالتها من النسب أو الرضاع).
  - 2- أن يوجد مبرر شرعي للتعدد، وهو محل تقدير من القاضي.
  - 3- أن تتوفر شروط ونية العدل، فأما شروطه فهو المقدر على التعدد سواء أكانت مالية أم غيرها، أما نية العدل فهي أمر باطني ليس للقاضي أن يطّلع عليه، ولكن له أن يقدر مدى استعداد الزوج للعدل بين الزوجات حال منح الرخصة له.
  - 4- أن يخبر الزوج الزوجة السابقة والزوجة اللاحقة برغبته في التعدد.
  - 5- أن توافق الزوجة السابقة واللاحقة على التعدد.
  - 6- أن يحصل الزوج أخيرا على ترخيص من رئيس المحكمة بعد استيفاء الشروط المذكورة سابقا.
- وقد منح المشرع للزوجتين السابقتين واللاحقة حق طلب التّطليق حال التدليس نص المادة 08 مكرر كما حكم بفسخ الزواج الجديد إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8 المذكورة أعلاه.

### الفرع الثالث: ثبوت النسب.

من أهم مقاصد الشريعة في الزواج المحافظة على الأنساب ومنع اختلاطها محافظة على كيان الأسرة كخليفة أساسية لتكوين المجتمع، قال تعالى: "وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا" (الفرقان 45).

من أجل ذلك منع الزواج في العدة، قال تعالى: "ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله" (البقرة 235)، ولأجله أمرت المعتدة بالإقرار بما في رحمها في قوله تعالى: "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحلّ لهنّ أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهنّ إن كنّ يؤمنن بالله واليوم الآخر" (البقرة 228).

ومن أجل ذلك حرّم على المسلم أن ينفي نسب ابنه إليه أو أن يدّعي نسب من ليس ابنا له، أو أن ينسب نفسه إلى من هو ليس أبا له أو أما.

لأجل ذلك اهتم المشرع الجزائري بتحريم التّبنيّ وبيان طرق ثبوت النسب وشروطه.

وقد نصّت المادة 40 على أنه "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار أو البيّنة أو بنكاح الشبهة أو بكلّ زواج تمّ فسخه

بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 . ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

ويمكن بيان هذه الطرق على النحو التالي:

أ - الزواج الصحيح: يثبت به النسب دون اشتراط دليل أو اعتراف وهو ما تضمنته المادتان 41-42 المتوافقتان مع قوله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش" متفق عليه، ويشترط في ذلك ما يلي:

- أن يكون الاتصال ممكنا: أي إمكانية التقاء الزوجين فعلا وعادة فإذا كان الاتصال غير ممكن (كان أحد الزوجين غائبا في بلد بعيد امتدت إلى أكثر من مدة الحمل أو كان سجيناً كذلك فينتفي النسب دون لعان في رأي الجمهور) (وكذلك في قطع الطّب المختصّ بعدم إمكان الولد منه)، وقد قضت المحكمة العليا بأنّ الغيبة لا تضرّ بالنسب ولا يمكن التمسك بها .
- عدم نفيه باللّعان: اللّعان هو إنكار الزوج نسب ابن زوجته التي في عصمته متى علم به، فإن أنكره فُرق بينهما ونسب الإبن إلى أمّه، وقد استقرّ الاجتهاد القضائيّ على أنّ مدّة نفي الحمل لا تتجاوز ثمانية أيّام من العلم به.
- أن يكون لمدّة يتصوّر مجيء الولد منها: وذلك أنّ للحمل حدّاً أدنى وأمدا أقصى، وأقلّ مدّة الحمل باتفاق الفقهاء والعلم هو ستة أشهر من وقت الدخول وإمكان الوطء في رأي الجمهور.

ودليل إجماع العلماء العمل بمجموع آيتين هما، قوله تعالى: "وحمله وفصاله ثلاثون شهرا" وقوله: "وفصاله في عامين". فالآية الأولى حدّدت الحمل والفصال معا بثلاثين شهرا وحدّدت الثانية مدّة الفصال بعامين فبقى للحمل وحده ستة أشهر، وقد نصّت المادة 42 على أنّ أقلّ مدّة الحمل 06 أشهر.

وأما أكثر الحمل للفقهاء فيه آراء مختلفة ومتنوعة، استقرّ الفقه المعاصر على اعتماد اثني عشر شهرا أو عشرة أشهر مطابقة للعلم، وقد جزم المشرّع الجزائريّ في المادة 42 بأنّ أقصى مدّة الحمل هي عشرة أشهر، وقد قرّر المشرّع الجزائريّ ثبوت نسب الإبن من أبيه إذا ولد خلال عشرة أشهر من الانفصال أو الوفاة في نصّ المادة 43 ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة.

ب - الإقرار: وهو نوعان:

- الإقرار بالنسب على النفس (الاستلحاق): ادّعاء المدّعي أنّه أب لغيره (تعريف المالكيّة وأجاز الحنفيّة أن تستلحق المرأة إذا لم يكن للمستلحق أمّ معروفة وكانت المدّعية خالية من الأزواج وعدّتهم، أمّا بالنسبة للمتروّجة والمعتدّة فإنّه لا بدّ إذا ادّعت أنّ ولدها منها من تصديق الزوج لأنّه سيلحق به. وقد نصّت المادة 44 على أنّه " : يثبت النسب بالإقرار البنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدّقه العقل أو العادة".

وبناء عليه فإنّ الإقرار على النفس يثبت بإقرار الأب أو الأمّ وحتى الابن المستلحق وهذا لقصد المشرّع حفظ الأنساب إلاّ أنّه اشترط لذلك:

- أن يكون المنسوب مجهول النسب، لأنّ ثابت النسب يعتبر ادّعاء الأبوة عليه قدفا يستحقّ صاحبه عقوبة القذف.  
- أن لا يكذّبه العقل أو العادة، كفارق السنّ القليل الذي لا يسمح بالأبوة مدّعيتها أو العقم الذي لا يسمح بالأمومة مدّعيتها.  
وزاد الجمهور غير المالكيّة شرط تصديق المقرّ له على إقرار المدّعي إن كان أهلاً لذلك ولم يشترط المالكيّة ذلك بناء على أنّ النسب حقّ للولد على الأب فثبت بإقراره دون توقّف على تصديق منه - أي الإبن - إذا لم يكن هناك دليل على كذب المقرّ. والاستلحاق بهذا المعنى خلاف التّبنيّ لأنّ الاستلحاق نسب حقيقيّ أظهره الإقرار بخلاف التّبنيّ فهو علاقة صوريّة مبنية لأبوة وبنوة غير حقيقيين، ولهذا أجاز المشرّع الاستلحاق ولو في مرض الموت حرصاً على المحافظة على الأنساب رغم ما فيه من شبهة إدخال وارث بينما منع التّبنيّ بقوله: "يمنع التّبنيّ شرعاً وقانوناً" (نصّ المادّة 46)

- الإقرار بالنسب إلى الغير: هو حمل نسب على الغير، كأن يقول أحد: هذا أخي. فقد حمل النسب إلى أبيه. ويشترط له تصديق الغير المحمول عليه النسب هذا الادّعاء لنصّ المادّة 45 على أنّ "الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقرّ إلاّ بتصديقه".

وبناء عليه فإنّ الإقرار بالنسب على الغير لا يملكه المقرّ ولا يلزم غيره إلاّ بالتصديق له كما أنّ آثار هذا التصديق منصرفة إلى المقرّ دون غيره من الأقارب، فإذا أقرّ شخص بأخوة مجهول النسب، وأنكر إخوته فلا يسري هذا الإقرار عليهم وبالتالي فلا يرث منهم ويرث من المقرّ.

ملاحظة: الإقرار بالأبوة يسري على الأبناء وعلى غيرهم وكذا الإقرار بالبنوة أو الأمومة.

ج- البيّنة: البيّنة عند جمهور الفقهاء هي الشّهادة ورأى بعضهم أنّها كلّ ما تقوم به الحجّة من طرق الإثبات، وقد قصد المشرّع الجزائيّ المعنى الأوّل، والبيّنة أقوى من الإقرار في إثبات النسب، لأنّها متى تثبت دلّ ذلك على كذب المقرّ فصحّ وثبت النسب بالبيّنة.

د- نكاح الشبهة: وهو النكاح الناشئ عن خطأ في القرين، فيثبت به النسب إذا أتت بولد لستة أشهر فأكثر وأدنى من عشرة لتأكّد الحمل منه، وذلك لوجوب الاستبراء في مثل هذه الحالة بمدة العدة حسب حال المرأة.

هـ- النكاح الباطل: وهو الذي حكم القانون بفسخه بعد الدخول لكون المرأة من المحرّمات، أو اختلّ ركن الرضا، فيثبت به النسب إذا توافرت الشّروط الواجب توفّرها في الزواج الصّحيح.

وقد أجاز قانون الأسرة الجزائري في نص المادة 40 اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب باعتباره عاملا مساعدا، إلا أنّ ذلك لا يعني استغناء المشرع عن شرعية العلاقة الزوجية حيث:

- نصت المادة 41 كقاعدة عامة بأنه "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا".
- منع التبني في نص المادة 46 "يمنع التبني شرعا وقانونا".
- إن دور الطرق العلمية قاصر على إثبات النسب البيولوجي.

## المبحث الثالث: الطّلاق وآثاره.

المطلب الأول: الطّلاق: تعريفه، حكمه و أقسامه.

الفرع الأول: تعريف الطلاق وتمييزه عن الفسخ.

أولاً: تعريف الطلاق: الطّلاق في اللغة هو حل القيد والرّابطة حسيّة كانت أو معنويّة، أمّا شرعاً فقد عُرف تعريفات كثيرة منها:

1. إنهاء الرّابطة الرّوجيّة. يؤخذ على هذا التّعريف أنّه لا يشمل حال الطّلاق الرّجعي، إذ تستمر الرّابطة الرّوجيّة حكماً حتى نهاية العدة.

2. نقصان حلّ الطّلاق بلفظ مخصوص: وهذا على اعتبار أن ايقاع الطلاق ينقص من حق الرّوج في عدد التطبيقات الممنوحة له، ويؤخذ على هذا التعريف الدّور (تعريف الشّيء بنفسه)، وكذا أنّه لا يشمل حال وقوع الطلاق ثلاثاً، إذ فيه إنهاء لحلّ الطّلاق لا مجرد إنقاص.

3. رفع رابطة الرّواج في الحال أو في المال. ويؤخذ على هذا التّعريف أنّه قد لا يرتفع قيد النكاح مطلقاً، وهذا في حال الطّلاق الرّجعي بالمراجعة في العدة.

أمّا تعريف الطّلاق قانوناً فما يُفهم من المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري أن الطلاق هو حل عقد الزواج، ومما يجب الإشارة إليه أن الطلاق شامل لأنواع حل الزوجية بغير وفاة أو فسخ، ولهذا فقد وضحت المادة المذكورة بأنّه "يجل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة"، ويشمل الطلاق بإرادة الزوج المنفردة أو بتراضي الزوجين (المادة 48) كما يشمل التطلق، وذلك بحكم قضائي بناء على طلب الزوجة (المادة 5).

ثانياً: تمييز الطلاق عن الفسخ.

الفرقة الزوجية إما أن تكون بوفاة أو بفسخ أو بطلاق وقد نصت المادة 47 على أنه: "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة"، ويختلف الطلاق عن الفسخ في أوجه خمسة:

1. الفسخ حكم ببطان العقد وإزالة للحلّ المترتب عنه، خلافاً للطلاق الذي هو إنهاء للعقد، وبالتالي إقرار بالحلّ الذي نشأ عن العقد قبل وقوع الطّلاق.

2. الطلاق لا يكون إلا بعد عقد صحيح لازم، بينما الفسخ يكون تقريراً لبطان العقد من الأصل، وهو ما يقره نص المادة

32 "بيطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد" وهو نفس المعنى الذي تضمنته نصوص المواد 33 و

3. الفسخ لا ينقص عدد الطلقات التي يملكها الرجل بعقد الزواج، أما الطلاق فينقص به.
4. الفسخ قبل الدخول لا يوجب للمرأة شيئاً، بخلاف الطلاق يوجب نصف المهر المادة 16 و33.
5. الفسخ فرقة بائنة لا رجعة فيها، خلافاً للطلاق الذي قد يكون رجعيًا بالنسبة للشريعة الإسلامية.

**الفرع الثاني: حكم الطلاق وأدلة مشروعيته والحكمة منه.**

**أولاً: حكم الطلاق وأدلة مشروعيته.**

أدلة مشروعية الطلاق كثيرة منها قوله تعالى : " يا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ (الطلاق1) وقوله : " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان " (البقرة 229) .

وقوله صلى الله عليه وسلم : "أبغض الحلال إلى الله الطلاق "، وقال عمر -رضي الله عنه-: " طلق النبي صلى الله عليه وسلم حفصة ثم راجعها".

قال جمهور العلماء الطلاق خلاف الأولى، وتعتبره الأحكام الخمسة بحسب الدافع إليه وما يترتب عنه من طلب نفع أو دفع ضرر، فيكون واجبا في حال كون الزوجية مجلبة للضرر الغالب المستديم لقوله تعالى : " ولا تمسكوهن ضرار لتعتدوا"، ويكون محرما في حال انتفاء الدافع وكونه -أي الطلاق- مجلبة للضرر للزوجين أو أحدهما.

**ثانيا: الحكمة من مشروعية الطلاق.**

من أهم الحكم المترتبة عن تشريع الطلاق المراعي لحدود وأحكام الشريعة:

1- إنهاء التراع الدائم بين الزوجين.

2- منع الضرر الغالب المستديم كحالة عسر الزوج وعجزه عن النفقة.

3- إعطاء فرصة حياة جديدة للمفارقة وهو ما أشارت إليه الآية السابقة الذكر " : وإن يترقا يغن الله كلا من سعته".

**الفرع الثالث: أقسام الطلاق.**

**أولاً: أقسام الطلاق في الشريعة الإسلامية.**

**أ - أقسام الطلاق باعتبار زمنه:**

**الطلاق المنجز:** هو ما قصد وقوعه في الحال، وتترتب آثاره بمجرد صدوره كقول المطلق: أنت طالق.

**الطلاق المضاف:** هو ما أضيف حدوثه إلى وقت في المستقبل، ويقع عند مجيء أول جزء من أجزاء الزمن الذي أضيف إليه

كقول المطلق: أنت طالق غدا . فتصير طالقا منه بطلوع الفجر.

**الطلاق المعلق:** وهو ما رتب حدوثه على حصول أمر في المستقبل كقول المطلق: إن خرجت من دون إذن فأنت طالق. فمتى

تحقق الشرط تحقق المشروط على قول جمهور العلماء.

#### ب - أقسام الطلاق باعتبار اللفظ:

**الطلاق باللفظ الصريح:** هو الطلاق الذي يكون باللفظ الذي غلب استعماله في الطلاق عرفاً، كالألفاظ المشتقة من كلمة الطلاق.

**الطلاق بلفظ الكناية الظاهرة:** هو الطلاق باللفظ ذي جرت العادة أن يقصد بها الطلاق شرعاً أو عرفاً كالفرقة والتسريح.

**الطلاق بلفظ الكناية الخفية:** هو الطلاق بكل لفظ يحتمل الطلاق وغيره، ولم يتعارفه الناس في إرادة الطلاق كقول المطلق: ألحقي بأهلك، حبلك على غاربك. ويفهم المقصود منه بدلالة الحال، كحال الغضب وذكر أمر الطلاق. ولا يلزم الطلاق منه إلا بنبي، ة، ويُقبل الزوج على ما يذكره بيمينه.

#### ج - أقسام الطلاق باعتبار سنيته (الفقه المالكي):

**الطلاق السني:** هو الطلاق الموافق للسنة وهو ما توافر فيه شروط أربعة:

- الشرط الأول: أن يكون طليقة واحدة.

- الشرط الثاني: أن يكون في حال طهر المرأة في غير حيض ولا نفاس.

- الشرط الثالث: أن يكون في حال طهر المرأة الذي لم يجامعها فيه.

- الشرط الرابع: أن لا يتبع الزوج طلاقاً ثانياً وهي في عدتها من طلاق سابق.

**الطلاق البدعي:** هو الطلاق المخالف للسنة، وهو الذي اختل فيه أحد شروط الطلاق السني أو أكثر، ويختلف من حيث

الحكم، فيحرم طلاق الحائض والنفساء، ويكره في باقي الحالات.

ويترتب على طلاق المرأة في غير طهر وجوب إرجاعها شرعاً ما لم يستوف المطلق ثلاث تطبيقات، وأصل هذا الحكم والأحكام

السابقة المتعلقة بالشروط حديث ابن عمر الذي طلق زوجته وهي حائض، فذكر عمر -رضي الله عنه- ذلك للنبي -صلى الله

عليه وسلم- فقال: "مره فليرجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد ذلك وإن شاء طلق قبل أن

يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء".

و يذهب جمهور العلماء أن طليقة البدعة وتقع تحسب، والدليل من الحديث لفظ "فليرجعها"، إذ لا مراجعة إلا بطلاق.

#### د - أقسام الطلاق باعتبار أثره:

**الطلاق الرجعي:** هو الطلاق الذي يملك فيه الزوج مراجعة زوجته ما دامت في العدة دون حاجة إلى عقد جديد ولا إذن

الزوجة، ويكون في حال الطلاق الأول أو الثاني لقوله تعالى: "وبعولتهن أحقّ بردهنّ في ذلك إن أرادوا إصلاحاً".

## الطلاق البائن : وهو نوعان.

-الطلاق البائن بينونة صغرى :هو الطلاق الذي يستطيع فيه المطلق إرجاع المطلقة إلى الزوجية بعقد جديد وإذنها.  
-الطلاق البائن بينونة كبرى :هو الطلاق الذي لا يملك فيه المطلق مراجعة مطلقاته إلا بعد أن تتزوج من غيره وتطلق منه على نحو طبيعي أو يتوفى عنه، وهو الذي وضحته الآية الكريمة في قوله تعالى "... :فإن طلقها فلا تحلّ له من بعد حتى تنكح زوجا غيره".

## ثانيا :أقسام الطلاق في القانون الجزائري.

له تقسيمان باعتبار أثره فقط على النحو التالي:

**الطلاق البائن بينونة صغرى :** هو الطلاق الذي يستطيع فيه المطلق إرجاع المطلقة إلى الزوجية بعقد جديد وإذنها، وهو ما نصّت عليه المادة 50من قانون الأسرة الجزائري "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

**الطلاق البائن بينونة كبرى :** هو الطلاق الذي لا يملك فيه المطلق مراجعة مطلقاته إلا بعد أن تتزوج من غيره وتطلق منه على نحو طبيعي أو يتوفى عنه .وهو ما ذكره نص المادة 51 من قانون الأسرة الجزائري "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء"

ومما يجب ملاحظته هنا أنّ الطلاق الذي يحكم به القاضي بطلب من الزوجة في إحدى الحالات المذكورة في نصّ المادة 53 يعتبر بائنا بينونة صغرى، بينما ما يكون تقريرا للإدارة المنفردة للزوج فهو لا يغير من رجعيته لأن القاضي إنما نزل عند رغبة الزوج نظرا لأن قانون الأسرة الجزائري لا يثبت الطلاق إلا بحكم قضائي على ما نصت عليه المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، بينما يعتبر الطلاق بالتراضي بناء على عوض تدفعه المرأة لزوجها بائنا بينونة صغرى، وكذا طلاق المرأة غير المدخول بها، لأنّ الرجعية مرتبطة بالعدة وهي لا عدة عليها لقوله تعالى : "يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها".

وقد قضت المحكمة العليا بتاريخ 10 فيفري 1986 ملف رقم 39463 بنقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقا بائنا وهو ما يرفع الإشكال الذي يطرحه ظاهر نص المادة 49، و50 حيث تقضي الأولى بأنّ الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي، وتقضي الثانية بأنّه يجب توفر العقد الجديد للمراجعة بعد الحكم القضائي .مما يوهم بإلغاء المادتين لحق المراجعة الثابت بنصوص الشريعة.

المطلب الثاني: الطلاق باعتبار الإرادة .

الفرع: الأول الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

الأصل أن العصمة الزوجية بيد الزوج وهو من يملك إنهاءها متى شاء ، وبالتالي فهذا النوع يصح عليه لفظ الطلاق "دون تقييد ونصوص الشريعة إنما نسبت الطلاق إلى الزوج وحده من باب التغليب لحال الإرادة المنفردة في إيقاعه وذلك بناء على أن الطلاق بناء على تراضي الزوجين مؤسس ابتداء على رضا الزوج كما أن التطليق ( التفریق) القضائي لا يملك القاضي إيقاعه إلا في أحوال محددة على سبيل الحصر المادة 53 بعد استنفاد طرق الصلح التي وجهت إليها المادة 46 .

أولاً : كفيّة إيقاع الطّلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

يتم هذا الطلاق بأن يتقدم الزوج إلى المحكمة ويطلب من القضاء حل الرابطة الزوجية والحكم بالطلاق استناداً إلى أسباب معينة يضمنها رفقة الطلب في عريضة يضعها في كتابة الضبط بالمحكمة المختصة، وبعد المرور بالجلسة السرية للمصالحة وتعيين حكمين لمحاولة الوفاق بينهما أجل لا يتجاوز شهرين طبقاً للمادة 56 فإن فشل الصلح أدرج دعواهما في جلسة مستقبلية لإصدار الحكم وقد بين قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن دور القاضي في هذه الحالة هو التأكيد إرادة الزوج في إيقاع هذا الطلاق، فقد نصت المادة 450 منه على أنه "يتأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق".

ثانياً: شروط الطّلاق.

يُشترط لوقوع الطّلاق أن تتوافر شروط هي كالتّالي:

أ - شروط المطلق:

الشرط الأول: أن يكون زوجاً فلا يصح طلاق غيره ولا يقع منه لأنه حق شخصي للزوج ثبت له بالعقد الذي عقده بإرادته فلا ينتهي من جهته إلا بإرادته ويصح توكيله للغير أو تفويضه للزوجة.

الشرط الثاني: أن يكون ذا أهلية، فلا يملك الصبي والمجنون حق إيقاع الطلاق عند جمهور العلماء ولا يصح منه ولو بإجازة وليه لأنه من التصرفات الضارة التي لا تمضي ولو بإجازة، وأجازة المالكية في حال الضرورة.

الشرط الثالث: أن يكون مختاراً أي يقصد الطلاق باختيار دون إكراه (وجمهور العلماء على أن الطلاق لا يقع حال الإكراه).

وتجدر الإشارة هنا إلى أن طلاق المدهوش الذي وصلت به الدهشة إلى حالة من الانفعال لا يدري فيها ما يقول أو يفعل، وكذا طلاق الغضبان المطبق - نفس الحالة - لا يقع كلاهما لقوله -صلى الله عليه وسلم -: "لا طلاق في إغلاق"، وذهب جمهور

الفقهاء إلى أن طلاق السكران بمحرم كشارب خمر مع العلم والاختيار يقع على الراجح عقوبة له، وقال بعض العلماء : "لا يقع لعدم توافر القصد".

وجمهور الفقهاء على وقوع طلاق الهازل سدا لذريعة الاحتيال والتهرب من تبعات الطلاق بمبرر الهزل والحديث "ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد، الطلاق والإعتاق والإبراء".

و الملاحظ أن المشرع الجزائري سكت عن كل ما يتعلق بشروط المطلق مما يدع مجال الاختيار والاجتهاد واسعا أمام القاضي طبقا لنص المادة 222 على أن يعمل قواعد القانون الخاص، إذ أن قانون الأسرة الجزائري فرع من فروع، كما أن المشرع الجزائري حين جعل الطلاق خاضعا لإشراف القضاء وتحت مراقبة القاضي حول له أن يتأكد من توافر الشروط الواجبة في المطلق.

**ب - شروط المطلقة:** يشترط في المطلقة أن تكون محلا للطلاق بأن تكون زوجة حقيقية أو حكمية والحكمية هي المطلقة طلاقا رجوعيا حال العدة، وبالتالي فلا يقع طلاق على المطلقة غير المدخول بها لأنه لا عدة عليها وكذا على المطلقة طلاقا بائنا والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يتعرض لشروط المطلقة.

**ج - شروط الصيغة:** اتفق الفقهاء على أن الطلاق يقع باللفظ العربي وغيره كما يقع بالكتابة أو الإشارة، وقد سبق أن تعرضنا في الحديث عن أقسام الطلاق باعتبار لفظه أن الطلاق يقع باللفظ الصريح كما يقع بلفظ الكناية الظاهرة كما يقع بلفظ الكناية الخفية إن قصد الزوج إيقاع الطلاق بها، كما اتفقوا على وقوع الطلاق بالكتابة والرسول ما دام المطلق عازما عليه ويقع بالإشارة المفهومة عند العجز عن النطق اتفقا، وقال الحنفية إن كان يحسن الكتابة لم تصح إشارته ولا يصح الطلاق بالإشارة للقادر على الكلام.

### ثالثا: التوكيل والتفويض في الطلاق.

للزوج أن يستعمل حقه في إيقاع الطلاق بنفسه أو أن يوكل غيره للقيام به، لأن الأصل في الحقوق أن من يملك حقا يملك توكيل غيره فيه، كما أنه يمكن أن يفوض للغير أمر إيقاعه إن رأى هذا الغير صواب التصرف، ويختلف التفويض عن التوكيل في أن التفويض لا يسقط بانعدام أهلية المفوض خلاف الوكيل، كما أن التفويض يسقط بانفضاض المجلس الذي تم فيه ما لم يكن مضافا لزمن معين بخلاف التوكيل فهو دائم ما لم يتم عزل الوكيل.

### الفرع الثاني: التطلق وأسبابه.

**أولا: مفهوم التطلق:** هو الحكم القضائي بالفرقة بين الزوجين بناء على طلب من الزوجة لأسباب معينة وهو حق منح للزوجة في التخلص من الرابطة الزوجية في نظير حق الزوج في إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة له، إلا أن التطلق يختلف عنه بكونه يحتاج إلى أحد الأسباب التي تستحق بها المرأة الحكم القضائي.

ثانيا أسباب التطلق : نصت عليها المادة 53 وهي:

1. عدم الإنفاق.
  2. العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
  3. الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
  4. الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة.
  5. الغياب.
  6. مخالفة الأحكام المتعلقة بالتعدد.
  7. ارتكاب فاحشة مبيّنة.
  8. الشقاق المستمر بين الزوجين.
  9. مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
  10. الضرر المعتبر شرعا.
- ويظهر دور القاضي في معاينة الوقائع التي تستند عليها الزوجة في طلب الطلاق وتكييفها، وهو ما نصت عليه المادة 451 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " يعاين القاضي ويكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق طبقا لأحكام قانون الأسرة ويفصل في مدى تأسيس الطلب آخذا بعين الاعتبار الظروف التي قدم فيها".

### 1- التطليق لعدم النفقة.

يُشترط لاعتبار قيام هذا السبب وفق ما نصّت عليه المادة 53 من قانون الأسرة الجزائريّ عدم الإنفاق فعلا وصدور حكم بالنفقة مع امتناعه عن تنفيذه وأن لا تكون عاملة بإعساره وقت إبرام الزواج، 95 وأن يكون امتناعه من النفقة الضروية بمشتملاتها المراعية لظروفه.

والذي اختاره المشرع الجزائري هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من استحقاق المرأة الطلاق لعدم النفقة خلافا لأبي حنيفة الذي يرى عدم استحقاقها له في حال عدم النفقة، فإن كان معسرا فلا تستحق نفقة، وإن كان موسرا يبيع عليه ماله لأجل نفقتها.

وقد سكت المشرع الجزائري عن المدة التي يمكن التمسك بها لإثبات وضعيته عدم الإنفاق وقد قضى قانون العقوبات بأن "كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجته أو أصوله أو فروعها رغم صدور حكم ضده بإلزامه يدفع نفقة إليهم يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة مالية من 500 إلى 5000 دج " (المادة 331)

أما فيما يخصّ نوع الطّلاق الواقع بسبب عدم التّفقة فيرى المالكية انه طلاق رجعي وللزوج رجعة المرأة إن أيسر، في عدتها وقال الشافعية والحنابلة لا رجعة فيها، وقد تمسكّ المشرع برأي الشافعية والحنابلة بناء على نص المادة 50 التي تشترط العقد الجديد للمراجعة بعد صدور الحكم بالطلاق.

## 2- التّطبيق للعيوب.

وهذه العيوب نوعان: عيوب جنسية تمنع أو تفسد العلاقة الجنسية بين الزوجين وأمراض كالجنون والسلس والزهري.. ويرى أغلب فقهاء الإسلام جواز طلب الزوجة للطلاق بسبب العيوب، وقال الظاهرية: لا يجوز، وقد اختار المشرع الجزائري رأي جمهور العلماء في المسألة من حيث المبدأ حيث نص على أن العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج تكون سببا لاستحقاق المرأة التّطبيق.

ويشترط للتفريق بالعيوب ألا يكون طالب التفريق عالما بالعيوب وقت العقد، وألا يكون قد رضي به بعد العقد، والظاهر أن المشرع الجزائري بسكوته عن التفصيل في المسألة قد اعتبر هذين الشرطين ما دام غالب الفقهاء اشترطوها. وأما أثر التفريق بالعيوب على المهر فقد قال الحنفية: يجب لها نصف المهر قبل الدخول وكل المهر بعده ولو بمجرد الخلوة، وقال المالكية: لا شيء للمرأة إن كان الطلاق قبل الدخول وإن كان بعد الدخول فلها كل المهر، وقال الشافعية: قبل الدخول يسقط المهر، وبعده فلها مهر المثل إن كان العيب مقارنا للعقد أو حادثا بين العقد والوطء وجهله الواطئ، ولها مسمى المهر إن حدث العيب بعد العقد والوطء، وقال الحنابلة: لا يجب لها شيء قبل الدخول ولها مهر المسمى بعده. وقد سبق أن المشرع الجزائري في المادة 16 منح المرأة كامل الصداق بالدخول ونصفه بالطلاق قبل الدخول وبالتالي فقد أخذ برأي الأحناف، كما يلاحظ أنّ المشرع قد تطلّب تقديم شهادة طبيّة عند تسجيل العقد لإثبات خلوّ الزوجين من كل مرض يمكن أن يسبب خطرا يتعارض مع الزواج.

## 3- التّطبيق للهجر.

المقصود به هو الحكم بالطلاق بطلب من الزوجة لقيام زوجها بتترك الاتصال بها لمدة أربعة أشهر فأكثر دون مبرر سائغ، ويفهم من نص المادة 3/53 أن الهجر المقصود هو ما توفر في ثلاثة شروط:

- أن يهجرها فعلا في فراش الزوجية (يتمنع عن الاتصال بها).
  - أن يدوم هذا الهجر مدة تفوق أربعة أشهر متتالية.
  - أن يكون هذا التّرك عمديا يقصد به النكايّة بالزوجة دون مبرر كمرض أو غيره.
- ويختلف الهجر هنا عن الهجر المذكور كوسيلة من وسائل التأديب في قوله تعالى: "واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن

واهجروهن في المضاجع" (النساء34)، ويقترّب المجر الذي عناه المشرع الجزائري بمفهوم الإيلاء، وهو لغة الحلف، ومعناه شرعا : "يمين بترك الاتصال بالمرأة"، وهو حرام عند الجمهور للإيذاء ولأنه يمين على ترك واجب نحو الزوجة، ودليله قوله تعالى : "الذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم". (البقرة226).

وحكمه أنّه إذا عاد الزوج عن يمينه بأن اتصل بزوجه قبل مضي المدة أو بعدها في رأي الجمهور زال الإيلاء ولزم الحانث كفارة اليمين، وإذا لم يعد عن هجره في أربعة أشهر حق للزوجة التطليق برفع الأمر إلى القاضي وقال الحنفية يقع الطلاق بمجرد مضي المدة ويرى الجمهور أن الطلاق الذي يوقعه القاضي يقع رجعا وقال الحنفية يقع بائنا.

4- الحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية، ويفهم من ذلك أنه إذا لم تكن الجريمة تمس بشرف الأسرة أو لا تستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية فإنه لا يكون للمرأة حق التطليق.

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة، وهذا السبب مقيد أيضا بثلاثة شروط هي المدة (سنة)، وأن يكون الغياب بغير عذر، وأن لا تتوافر لها نفقة.

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8. وهو ما نصت عليه المادة 8 مكرر، والمقصود هنا الغش في الزواج بأخرى الناشئ عن عدم استصدار ترخيص قضائي بالزواج بأخرى.

7- ارتكاب فاحشة مبينة.

8- الشقاق المستمر بين الزوجين.

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

10- كل ضرر معتبر شرعا.

**الفرع الثالث: الطلاق بالتراضي.**

وهو الطلاق الذي يتم بناء على اتفاق بين الزوجين على إنهاء العلاقة الزوجية وقد أشارت المادة 48 على انحلال عقد

الزواج بناء على تراضي الزوجين ويحدد الزوجان الراغبان في هذا الطلاق سائر بنود الاتفاق التي تكون محل مراقبة من القضاء دون إحلال بمحاولة الصلح التي يجريها القاضي بناء على نص المادة 49.

وقد عرف المشرع الجزائري الطلاق بالتراضي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية المقرر بموجب رقم 08-09 حيث ذكر في

المادة 427 منه بأنّ "الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة"

وقد بيّن أنّ القاضي في حالة الطلاق بالتراضي يسمع كل طرف منفردا، ثمّ يسمعهما مجتمعين، حيث تنصّ المادة 1/431 على

أنه " يتأكد القاضي في التاريخ المحدد للحضور من قبول العريضة، ويستمع للزوجين على انفراد ثم مجتمعين، يتأكد من رضائهما ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكناً". وهو يبيّن في ذلك الحكمة من هذا الإجراء وهو التأكيد من رضائهما بهذا الطلاق بما تضمنه هذا الاتفاق من بنود احتياطاً لما يمكن أن يكون قد وقع فيه أحد الطرفين (خاصة الزوجة) من حرج وإكراه أدبي من الطرف الآخر أو من الأهل.

وحتى في حالة التأكيد من رضا الطرفين بنود الاتفاق فإنّ هذا لا يمنع من سلطة القاضي في تعديل بنود الاتفاق إذا رأى أنّ ما تمّ الاتفاق عليه يخالف النظام العامّ، أو يتعارض مع مصلحة الأولاد، وهو ما تنصّ عليه المادة 2/431 " ينظر مع الزوجين أو وكلاهما في الاتفاق وله أن يلغي أو يعدّل في شروطه إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت النظام العامّ.

### الفرع الرابع: أحكام الخلع.

وتتلخص أهمها فيما يلي:

#### 1. اشتراط رضا الزوج: اختلف الفقهاء حول اشتراط رضا الزوج لإمكانية المخالعة، بمعنى هل يكون للخلع صفة

العقد يستلزم قبول الزوج، أم هو مكنة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي؟ أم هو حق إرادي تمارس من خلاله

الزوجة حقها في فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة؟

فاعتبره البعض عقداً ومن ذلك تعريف الدكتور محمد أبو زهرة بقوله " :عقد ينعقد بالإيجاب والقبول"، وبالتالي

فإن دور القاضي ينحصر في تثبيت ما اتفق عليه الزوجان، وهو بهذا صورة للطلاق بالتراضي، بينما اعتبره البعض

الآخر مكنة للزوجة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

ولئن لم يكن المشرع الجزائري واضحاً في ظل قانون 1984 حول اشتراط رضا الزوج أو عدمه، حيث كانت تنصّ

على أنه "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإذا لم يتفقا على شيء يحكم

القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم" دون توضيح إن كان الاتفاق حول مبدأ الخلع في حد ذاته

أو على بدله مما أدى إلى الاختلاف في تطبيقها عملياً، وفي الاجتهاد بشأنها ، فإن تعديل 2005 قطع الشك

باليقين بالنصّ صراحة على أنه لا يُشترط رضا الزوج إذ نصت المادة 54 على أنه "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج

أن تخالع نفسها بمقابل مالي".

#### 2. قيمة بدل الخلع:

اتفق الفقهاء أنه إذا كان البدل مساوياً لما دفع للزوجة من مهر أو أقل حل للزوج أخذه في الخلع، أما إذا كان

البديل أكثر مما قدم إليها من مهر فقد اختلفوا، فقال بعضهم أخذ الزيادة جائز لا شيء فيه، لإطلاق الآية السابقة : "فلا جناح عليهما فيما افتدت به"، ولأن الخلع معاوضة والبديل فيها يرجع إلى تراضي الطرفين. وقال البعض الآخر: إن أخذ الزيادة مكروه للآية السابقة : "فلا جناح عليهما فيما افتدت به"، لأن آخر الآية مردود إلى أولها والتي تنهى الأزواج أن يأخذوا من زوجاتهم مما آتوهن من مهر، واستثنى منها الأخذ في حالة ترك إقامة حدود الله. ويؤيد ذلك ما جاء في حديث امرأة قيس بن ثابت أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم - قال: "أتردين عليه حديثه؟" فقالت: "نعم وزيادة"، فقال: "أما الزيادة فلا" وبذلك نهي الرسول -صلى الله عليه وسلم - عن الزيادة مع كون النشوز من قبلها.

أما المشرع الجزائري فقد نصت المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم" وبالتالي فيجوز للزوجة أن تخلع نفسها من زوجها على مال حسب الاتفاق، ويمكن أن يزيد على المهر مهما بلغ، أما إذا اتفقا على الطلاق بالخلع ولم يحصل اتفاق على المقدار المالي المقابل للخلع فإنه يلزم القاضي أن يحكم بما لا يتجاوز قيمته قيمة الصداق الذي يقدم عادة لمثل الزوجة وقت صدور الحكم بالطلاق على أساس الخلع حسب أعراف كل منطقة. وقد قضت المحكمة العليا في قرار بتاريخ 22-04-1985 تحت رقم 36709 بأنه "من المتفق عليه فقهاً في أحكام الشريعة الإسلامية أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع و الاختلاف على مقداره فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع، باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقاً على مبدأ الطلاق بخلع و من ثمة يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق، وتأكيداً لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي قضى برجوع الزوجة لحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها واشترط الزوج مبلغاً قدره خمسين ألف دج (50 000 دج) رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع و طلبهما له معا.

**المطلب الثالث: الحكم بالتعويض وإجراءات دعوى الطلاق.**

**الفرع الأول: الحكم بالتعويض عند الطلاق.**

من حق من تضرر أن يُعوض بقدر الضرر الذي لحق به، وقد بينّ قانون الأسرة ذلك فيما يتعلّق بحالات الطلاق المختلفة. نصّ قانون الأسرة الجزائري على أنّ القاضي إذا قدر كون الطلاق الذي يطلبه الزوج ويتمسك به لا يبرّره بأسباب معقولة ومنطقيّة فإنّه يكتّفه بأنّه طلاق تعسفيّ، وبالتالي يحكم بتعويض للمطلقة بالنظر إلى الضرر الذي يلحقها من هذا الطلاق، وهو

ما نصّت عليه المادة 52 "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". كما أنّ الحكم بالتطليق قد يقترن به الحكم بالتعويض حال ترتب أضرار على الزوجة، وهو ما نصّت عليه المادة 53 مكرّر بقولها "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

ولعلّ الملاحظة التي تُسجّل على المشرّع من حيث صياغة نصّ المادة هو أنّه أجاز الحكم بالتعويض في المادة 53 ولم يوجبه، وهذا غير صحيح من حيث القواعد التي يقرّها القانون فيما يتعلّق بالمسؤولية التقصيرية (المادة 124 من القانون المدني) إذ يُلزم المتسبّب في الضرر بالتعويض، وهو ما دلّت عليه أيضا المادة 52 المذكورة أعلاه.

كما نصّت المادة 55 من قانون الأسرة على أنّه حالة نشوز أحد الزوجين وهذا بإخلاله بحقوق الطرف الآخر بشكل واضح فإن القاضي عند الحكم بالطلاق يحكم بالتعويض للطرف المتضرر، إذ تنصّ على أنّه "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر".

### الفرع الثاني: إجراءات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري.

تخضع دعوى الطلاق في إجراءاتها العامة إلى القواعد العامة في إجراءات الدعوى المدنية، والمقصود هنا هو تسجيل بعض الملاحظات ذات الأهمية فيما يتعلق بهذه الإجراءات خاصة وأنّ المشرع الجزائري قد خصّ إجراءات قسم شؤون الأسرة بفصل خاص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية إضافة إلى ما نصّ عليه في قانون الأسرة.

وقد تقرّرت هذه الإجراءات في قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويمكن بيانها كما يلي:

1. يشترط قانون الأسرة الجزائري أن يسبق الحكم بالطلاق عدة محاولات صلح يقوم بها القاضي في مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى، ويكون القاضي ملزما بتحرير محضر يبين فيه المساعي التي بُدلت في تحقيق الصلح والنتائج التي خلصت إليها، وهو ما نصّت عليه المادة 1/49 من القانون "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، يتعين على القاضي تحرير محضر يبيّن مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين".

وهو ما أكّده قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث تنصّ المادة 439 منه على أن "محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية". كما تنصّ المادة 2/442 على أنّه "في جميع الحالات يجب ألاّ تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق".

2. بيّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنّ الصلح بين الزوجين يثبت بمحضر واعتمده سندا تنفيذيا، فقد نصّت المادة 443 منه على أنّه "يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر يحرر في الحال من أمين الضبط تحت إشراف القاضي. يوقع المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين ويودع بأمانة الضبط. يعدّ محضر الصلح سندا تنفيذيا".

3. يشترط قانون الأسرة الجزائري حال اشتداد النزاع بين الزوجين والتشوز دون إمكانية تحديد المتسبب والضرر الواقع أن يعين القاضي حكّمين أحدهما من أهل الزوج والآخر من أهل الزوجة لمحاولة الصلح على أن لا تتعدى مهمتهما مدّة شهرين، وهو ما نصّت عليه المادّة 57 منه "إذا اشتدّ الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي الحكّمين، حكّما من أهل الزوج وحكّما من أهل الزوجة وعلى هذين الحكّمين أن يقدّما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين"، كما أكدته المادّة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نصت: "إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعين حكّمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة".

4. لا يسمح قانون الأسرة الجزائري بالطعن في الحكم بالطلاق فيما يتعلّق بقرار إنهاء العلاقة الزوجية، وهذا منعا من الاضطراب الذي قد يلحق الأسرة بسبب إلغاء الأحكام المنهية للزوجة، ولأنّ الإلغاء يكون بأثر رجعيّ، وهو ما يعني أنّ المرأة قد وُجدت في مرحلة لا تعرف فيها إن كانت زوجة أم لا لأنّها لا تعرف مصير الطعن المقدم منها أو من زوجها في الحكم القاضي بالطلاق، وهو ما لا يستقيم مع نظام الأسرة وقواعد الشريعة في الحلّ والحرمة. لأجل ذلك فقد نصّت المادّة 57 منه بأنّه "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادّية، تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف"، وحرصا من المشرع على تفادي الظن بإمكانية الطعن في الحكم بالطلاق الناشئ عن الطلاق بالتراضي فقد خصه في المادّة 433 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالذكر إذ جاء فيها "أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف"

5. نصّ قانون الأسرة الجزائري على الطّبيعة الاستعجاليّة لجملة من المسائل التي ترتبط بالطلاق عادة وهي النفقة والحضانة والزيارة والمسكن، ولهذا فقد فتح المجال أمام الفصل فيها بأوامر إلى غاية الفصل في أصل الموضوع المعروض أمام القضاء، وقد نصّت المادّة 57 مكرر بأنه "يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن".

6. بيّن القانون أنّ القاضي في حالة الطلاق بالتراضي يسمع كلّ طرف منفردا، ثمّ يسمعهما مجتمعين، حيث تنصّ المادّة 1/431 من قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة على أنّه "يتأكّد القاضي في التاريخ المحدّد للحضور من قبول العريضة، ويستمع للزوجين على انفراد ثمّ مجتمعين، يتأكّد من رضائهما ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكنا". وهو يبيّن في ذلك الحكمة من هذا الإجراء وهو التأكّد من رضائهما بهذا الطلاق بما تضمّنه هذا الاتفاق من بنود احتياطا لما يمكن أن يكون قد وقع فيه أحد الطرفين (خاصّة الزوجة) من حرج وإكراه أدبيّ من الطرف الآخر أو من الأهل، وحتىّ في حالة التأكّد من رضا الطرفين ببنود الاتفاق فإنّ هذا لا يمنع من سلطة القاضي في تعديل بنود الاتفاق إذا رأى أنّ ما تمّ الاتفاق عليه يخالف النظام العامّ، أو يتعارض مع مصلحة الأولاد، وهو ما تنصّ عليه المادّة 2/431 "ينظر مع الزوجين أو وكلائهما في الاتفاق وله أن يلغي أو

يعدّل في شروطه إذا كانت

تعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت النظام العام".

7. يوضّح قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنّ تاريخ الطّعن بالنّقض يبدأ من تاريخ الحكم، حيث تنصّ المادة 434 على أنّه "يسري أجل الطّعن بالنّقض من تاريخ النّطق بالحكم"، والحكمة من ذلك هو منع إطالة عمر النّزاع لأنّه لو علّق سريان أجل الطّعن بالنّقض على تاريخ التبليغ للحكم لأدّى ذلك إلى طول وقت النّزاع من جهة، وتحكّم الخصوم فيه من جهة أخرى.
8. قرّر قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنّه في حالة كون أحد الزوجين ناقص الأهلية فإنّ طلب الطّلاق يُقدّم من طرف وليّه أو المقدم حسب الحالة، وهو ما تبينه المادة 437 إذ تنصّ على أنّه "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية، يُقدّم الطلب باسمه من قبل وليّه أو مقدمه حسب الحالة". ومعنى هذا أنّه لا يمكن لناقص الأهلية -أي ما بين 13 و 19 سنة- أن يطلب الطّلاق رغم كونه طرفا في العلاقة الزوجية، والحقيقة أنّ ما فعله المشرّع الجزائري يُعدّ انتكاسا عمّا قرّره في الأمر 05-02 المتضمّن تعديل قانون الأسرة، إذ تنصّ المادة 2/7 على أنّه "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلّق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات". ممّا يعني أن يكون له الحقّ -أي الزوج ناقص الأهلية- في مباشرة أيّ دعوى ترمي إلى تطبيق آثار عقد الزواج من حقوق والتزامات بما فيها حقّ طلب الطّلاق، إذ يُعتبر حقّا ناشئا عن عقد الزواج ولو كان يهدف إلى إنهاء العقد ذاته. فيتبيّن من مجموع النصين أنّ المشرّع رغم منحه الترشيد القضائي لناقص الأهلية لمباشرة الدعاوى الرامية إلى تطبيق آثار الزواج بكلّ ما تتضمّنه من حقوق والتزامات في نصّ المادة 2/7 من قانون الأسرة الجزائري عاد فحدّد من هذا الترشيد الممنوح له بإخراج حقّ طلب الطّلاق منه، بمعنى أنّ للزوجة ناقصة الأهلية أن تباشر بنفسها دعوى النّفقة باعتبارها حقّا ناشئا عن الزوجية ولكن ليس لها أن تطلب الطّلاق إذا امتنع الزوج عن الإنفاق.
- و رغم أنّه يمكن أن يعتذر للمشرّع بأعذار أهمّها أنّ ناقص الأهلية إنّما اكتسب بنصّ المادة 2/7 من قانون الأسرة أهلية التقاضي فيما يتعلّق بآثار عقد الزواج فقط، وليس الطّلاق أثرا لعقد الزواج. وأنّ القاصر جعل قانون الأسرة للوليّ مباشرة إبرام عقد زواجه بنصّ المادة 2/11 ولم يجعله له رغم اشتراطه حصوله على التّرخيص وموافقته. فإنّ هذه الأعذار لا تكفي لمنع من طلب الطّلاق واشتراط قيام وليّه أو مقدمه بذلك ما دام قد منحه قانون الأسرة أهلية التقاضي فيما يتعلّق بآثار الزواج من حقوق والتزامات، خاصّة وأنّ الطّلاق قد يرتبط بإضاعة هذه الحقوق خصوصا، كامتناع الزوج عن النّفقة على زوجته.
- ضف إلى ذلك أنّ مثل هذا يفتح احتمال أن يمتنع الوليّ أو المقدم عن تقديم طلب الطّلاق رغم حاجة الزوج القاصر إليه ووجود ما يبرّره كحالات التّطبيق المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة.
9. يؤكّد قانون الإجراءات المدنية والإدارية بما يتوافق مع قانون الأسرة الجزائري على مهمّة الصّحّ التي يجريها القاضي، فهو ينصّ في المادة 439 على أنّه "محاولات الصّحّ وجوبية"، كما يحرص على تحقيق ذلك، وتقرير الوسائل الممكنة من الوصول إليه، من

ذلك النصّ على الاستماع للزوجين على انفراد قبل الاستماع إليهما مجتمعين، إذ تنصّ المادة 1/440 على أنه "في التاريخ المحدّد لإجراء محاولة الصّحّ يستمع القاضي إلى كلّ زوج على انفراد ثمّ معا".

ومن ذلك أيضا إمكانية حضور أحد الأقارب بناء على طلب أحد الزوجين، فقد نصّت المادة 2/440 على أنه "يمكن بناء على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصّحّ"، وكلّ ذلك إضافة إلى مهمّة الحكمين المقرّرة في قانون الأسرة الجزائريّ التي زادها هذا القانون توضيحا في الموادّ 448،447،446،449.

10. يؤكّد قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة على معاينة القاضي للوقائع المعتمدة في الطّلاق بطلب الزوج وتكييفها، إضافة إلى الفصل في مدى تأسيس طلبه مع ما يمكن من اللّجوء إلى الأمر بالتحقيق أو بإجراء خبرة طبيّة أو انتقال للمعاينة، وهو ما نصّت عليه المادة 451 في الفقرات 3،2،1 منها.

والهدف من ذلك بطبيعة الحال هو التّأكد من وقوع الطّلاق تعسفيا أم لا. ولا يقتصر الأمر عند ذلك، بل يتعدّى إلى طلب الخلع من الزّوجة، إذ يعاين القاضي ويكيّف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع، وهذا حتّى يتحقّق من عدم وجود سبب من أسباب التطليق المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائريّ.

#### أهم المصادر المراجع:

- الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ج ر 15.
- بلحاج العربي: أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد.
- بن الشويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائريّ.
- كاملي مراد: الوجيز في قانون الأسرة.
- سطحي سعاد: فقه الأسرة.