مقدمــة:

تعتبر الأسرة البنية الأساسية التي ينمو عليها المجتمع، فمتى ترعرع الأطفال في أسرة متساوية، نمت الدولة وتطورت في ظل مجتمع يسوده النظام، ولكي يتجسد هذا وجب تقديم الحماية والرعاية للأسرة، وهذا ما حثتنا عليه الشريعة الإسلامية، فقد كانت السباقة من خلال أحكامها لتنظيم أمور الأسرة في المجتمع، فنجدها رفعت من مكانة المرأة وعززتها وقدمت لها الحماية الكفيلة على اعتبار أنها مربية الأجيال.

كما حثتنا الشريعة الاسلامية على رعاية الأطفال ومعاملتهم معاملة خاصة وتوفير لهم الجو من خلال تقديم لهم العطف والحنان والدفء اللازم لنموهم نموا متكامل، هذا على اعتبار أن الأطفال الأساس الذي ينمو ويعطي لنا مجتمعا متكاملا ومتناسقا.

ولما لهذه الأخيرة من أهمية بالغة فقد سارع المشرع الجزائري سن قانون الاسرة الجزائري، ويعتبر قانون الأسرة الجزائري القانون المنضم للأسرة في الوسط المدني، وكان أول صدور لقانون الأسرة بموجب القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ/ الموافق ل 09 يونيو سنة 1984، حاول بموجبه تنظيم الأسرة، إلا أنه وبعد مرور واحد وعشرون سنة من العمل به قام بتعديله بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 هـ/ الموافق ل 27 فبراير سنة 2005.

حيث حاول بموجبه اضفاء تغيرات وتعديلات وادراج مواد جديدة من غاياته السعي لتنظيم الأسرة في المجتمع، وتعرف الأسرة في المادة 02 من قانون الأسرة الجزائري على أنها: " الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع تتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة." كما جاء في المادة 03 منه تنص على : " تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية."

وتكوين الأسرة يكون بالزواج، ولما لعقد الزواج من أهمية فقد سماه الشارع الحكيم في كتابه الكريم بالميثاق الغليظ لقوله تعالى: (وأخذنا منكم ميثاقا غليظا) ، وعرفه الفقه الإسلامي على أنه: " عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يتطلبه الطبع الانساني مدى الحياة، ويجعل لكل منهما حقوقا وواجبات قبل الاخر.) وغاية الزواج تكوين أسرة على أساس السكن والمودة والرحمة والطمأنينة، وانجاب الأطفال هذا لتفادي انقطاع النسل، وهذا لقوله تعالى: (ومن أياته أن جعل لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لايات لقوم يتفكرون.)

فنجد المشرع الجزائري يعرفه على أنه: " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب."

ولكن وبمرور الوقت قد تستحيل الحياة الزوجية مما يستوجب عليهم اللجوء إلى فك الرابطة الزوجية، فقد أحل الشارع الحكيم هذا الأمر لرفع الثقل على الطرف المتضرر على الرغم أنه يعتبر أبغض الحلال إلى الله سبحانه وتعالى.

وعليه سنقوم بدراسة عنصرين اساسيين في قانون الاسرة الجزائري وهما:

الفصل الأول: الزواج واثاره

الفصل الثاني: الطلاق واثاره

الفصل الأول:

الزواج واثاره

نظرا للأهمية البالغة التي أولاها الشارع الحكيم لعقد الزواج، فقد سماه الشارع الحكيم في كتابه الكريم ميثاقا غليظا، وعلى هذا "فقد اهتم الإسلام بالأسرة اهتماما كبيرا وأقامها على أساس المودة والرحمة واعتبرها أساس المجتمع والنواة التي تتكون منها الشعوب والأمم"

" إن لمفهوم العبادة في الاسلام معنى واسع، فالإسلام يعتبر كل عمل يقوم به المرء يبتغي به وجه الله عز وجل، عبادة يثاب عليها، حتى اللقمة يرفعها الرجل إلى فم زوجته، إيناسا واستئناسا له بها أجر، ولهذا فإن الزوجين إذا نويا بنكاحهما عفاف نفسيهما وإحصانها عن الوقوع فيما حرم الله، وايجاد دعاة صالحين، يبلغون دعوة الإسلام، فإن زواجهما يكتب لهما صدقة وعبادة."

وعلى هذا الأساس اهتم المشرع الجزائري بعقد الزواج وافراغه في نمط قانوني وذلك اتباعا لإجراءات لابد من المرور بها لصحة العقد ونفاذه ضف إلى ذلك وللحفاظ على حقوق الزوجة والأطفال ألزم الراغبين بالزواج توثيق عقودهم لدى الموظف المختص، حيث أنه يتمتع التوثيق في المجتمعات الحديثة بالأهمية البالغة ومكانة هامة فقد منح المشرع الجزائري لأعمال الموثق المصداقية والثقة، ومنح للمحررات التي يحررها القوة التنفيذية والرسمية، والتوثيق من جهة أخرى يساهم في تحقيق السلم الاجتماعي واستقرار للمعاملات بين الأفراد بالإضافة إلى التطور الاقتصادي ونشر الثقافة القانونية.وبعد اتمام عقد الزواج تنجر عن هذا الأخير مجموعة من الأثار قد ينفرد كل زوج بها أو تكون مشتركة،والمشرع الجزائري واكب الوقت الراهن وقام بإضفاء تعديلات على قانون الاسرة وعليه ولدراسة هذا العنصر سأتطرق إلى:

المبحثالأول: مقدمات عقد الزواج

المبحث الثاني: الشروط الموضوعية لإبرام عقد الزواج

المبحث الثالث: الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج

المبحثالرابعاثارعقد الزواج

المبحث الأول:

مقدمات عقد الزواج (الخطبة)

" كل عقد له خطر تسبقه مقدمات، وليس أخطر من عقد الزواج ولا أبعد منه أثرا في حياة الإنسان، فهو العقد الذي يلتقي به الرجل بالمرأة على الوجه المشروع ويكونان أسرة، والأصل فيه أنه دائم إلى نهاية الحياة، فكان لابد من مقدمات لهذا العقد، ومقدمات عقد الزوج تيمى شرعا بالخطبة ".

إن الخطبة تمثل في تقاليدنا إجراء أوليا يقوم بها الخاطب أو أقاربه للاتصال بالمخطوبة أو أوليائها قصد التعرف على العروس وعلى أسرتها، ومن أجل تبادل الرضا والقبول بين أسرة الخاطب وأسرة المخطوبة بشأن المصاهرة والتزاوج وإقامة العلاقات الطيبة بينهما. ولقد تضمنت قوانين الأحوال الشخصية في معظم الدول العربية نصوصا قانونية تتعلق بالخطبة وأثارها هذا على غرار المشرع الجزائري، حيث أن هذا الأخير أضفى تعديلات على المواد المتعلقة بالخطبة في قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05

المطلب الأول: مفهوم الخطبة

شرعت الخطبة مقدمة لعقد النكاح نظرا لما لهذا العقد من خطورة من بين سائر العقود وأهميته، حتى تتسنى الفرصة لكلا الطرفين أن يتبين أمر الأخر، وأن يكون على هدى من حاله ومعرف بصفاته، فإذا رأى فيه ما يرضيه ويرضي الدين والخلق الكريم، أقدم على الزواج وإلا ترك بدون حرج أو إساءة،

الفرع الأول: تعريفها ، حكمها وطبيعتها

أولا: تعريفها

1 -التعريف اللغوي للخطبة:

الخطبة بالكسر تعني طلب النكاح، واختطبوا فلانأي دعوة إلى تزويج صاحبهم

2 -التعريف الاصطلاحي للخطبة:

عرف الفقهاء الخطبة على أنهاً طلب الزواج وابداء الرغبة في امرأة معينة وقع عليها اختياره، خالية من الموانع الشرعية، بالتقدمإليها أو إلى وليها، ببيان حاله والتفاوض معهم في أمر العقد.ً

3 -**التعريف القانوني للخطبة:**

لم يورد المشرع الجزائري تعريفا قانونيا للخطبة في قانون الأسرة ، اكتفى باعتبارها وعدا للزواج وأعطى الحق للطرفين في العدول عنها هذا طبقا لما جاء في المادة 1/5 من قانون الأسرة الجزائري: (الخطبة وعد بالزواج. يجوز للطرفي العدول عن الخطبة).

4 -التعريف القضائي للخطبة:

" لم يورد القضاء الجزائري تعريفا للخطبة بل ساير المشرع فيما ذهب إليه واصفا تكييف الخطبة بأنها وعد بالزواج فقط".

جاء في قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا مايلي: " من المقرر شرعا وقانونا أن الخطبة هي وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها، ولصحة الزواج لابد من توافر أركانه من رضا الزوجين وولي وشاهدين وصداق(المادتان 5و9 من قانون الأسرة الجزائري)".

ثانيا: حكمها

تستمد الخطبة مشروعيتها من القرآن والسنة.

1 -**من القرآن:**

قوله تعالى: (ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء) لآية 235 من سور البقرة.

2 -**من السنة:**

حديث ابي هريرة رضي الله عنها قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (اذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد عظيم)، وحديث عن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إذا خطب أحدكم امرأة فان استطاع أن ينظر إلى ما يدعو إلى نكاحها فليفعل)

إلا أن الفقهاء اختلفوا في حكمها، فاعتبرها جمهور الفقهاء (المالكية والحنفية والحنابلة)أنها ليست واجبة أما الشافعية فاعتبروها مندوبة لفعله صلى الله عليه وسلم حيث خطب عائشة بنت أبي بكر، وخطب حفصة بنت عمر رضي الله عنه

ثالثا: طبيعتها

الخطبة من حيث طبيعتها هي وعد لإنشاء عقد الزواج، ومن ثم ليست لها قوة الإلزام ولو اقترنت بمظاهر أخرى كقراءة الفاتحة وتقديم بعض الهدايا ودفع المهر، ويترتب عن ذلك جوازالعدول عنها لأنها غير ملزمة على الإطلاق، فلو قام الخاطب بالعدول عن الخطبة فلا مسؤولية عليه، ما لم يتعسف في استعمال هذا الحق، إلا أنه ينبغي الإشارة إلى أن الخطبة وإن كانت وعد بإبرام عقد الزواج، فلا تطبق عليها أحكام المادة 71 و 76 من القانون المدني فهي وعد ذو طبيعة خاصة من حيث الشروط، ومن حيث الآثار، فهي ليست عقد ملزما، كما أن مجرد العدول عنها لا يكون سببا موجبا للتعويض، ما لم يقترن العدول بأفعال أخرى، فيكون سبب التعويض هو المسؤولية التقصيرية.

إذن فخلافا لأحكام القانون المدني تعد الخطبة وعدا غير ملزم وهذا في نص الماد 02/05 من قانون الاسرة الجزائري، وبعد تمامها، لا تعتبر الخطب عقدا ولا زواجا وهذا بإجماع المذاهب الفقهية وان تمت باتفاق الطرفين لان الاساس في الزواج هو الرضا والاختيار فان الزم الخطيبين على أساس أن الخطبة عقد ملزم، فمعنى ذلك أنهما قد أكرها على الزواج بعقد لا يرضى به أحدهما أو لم يعد يرضى به، وهذا يتنافى مع مبدأ رضائية العقد، ولأن للزواج أركان وشروطا لا يتحقق دونها، فكل ما كان قبل توفر هذه الأركان والشروط لا يعتبر زواجا بل مقدم للزواج**الفرع الثاني: أنواع الخطبة وشروطها**

أولا: أنواعها

الخطبة نوعان خطبة بطريق التصريح (1)، وخطبة بطريق التعريض (2)

1 - **خطبة بطريق التصريح:** " وهي عبارة عن الإفصاح عما في النفس بلفظ يدل صراحة على إرادة الخطبة ولا يحتمل غيرها كقول الرجل لمن يرغب في الزواج بها أريد أن أخطبك أو أتزوجك أو إني أرغب في الزواج منك."

2 - **خطبة بطريق التعريض:** "وهي الخطبة بطريق التلميح وهي أن يذكر الرجل للمرأة كلاما يفهم ضمنيا الرغبة في الخطبة دون أن يصرح بها كأن يقول الرجل للمرأة التي يرغب في الزواج منها إني أريد أن أتزوج امرأة صالحة وجميلة وصفة كذا وكذا مثلك، أو يقول لها أبحث عن فتاة لكي أخطبها في مثل أخلاقك، وما أشبه ذلك من العبارات التي يفهم منها أن الشخص يقصد الخطبة."

ثانيا: شروطها

يشترط لجواز الخطبة شرطان:

1 -**الشرط الأول: أن تكون المرأة خالية من الموانع الشرعية التي تمنع زواجه بها في الحال**

لا يجوز خطبة المرأة المحرمة عليه تحريما مؤبدا كابنته وأخته وعمته وخالته، والمحرمة عليه تحريما مؤقتا كزوجة الغير أو المعتدة من طلاق، أو الجمع بين الأختين، والحكمة في ذلك أن الخطبة وسيلة إلى الزواج الحلال كما هو معلوم، والزواج بالمحرمات حرام، ولوسيلة إلى الحرام حرام أيضا. ولذلك فلا تحل خطبة معتدة غيره من طلاق رجعي لا بطريق التصريح ولا بطريق التعريض، لأنها في حكم زوجة الغير فخطبتها تعتبر تعدي على حق من حقوقه.

أما المرأة المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى، يرى الأحناف انه لا تجوز خطبتها لا تصريحا ولا اعراضا مادامت العدة باقية، هذا راجع لبقاء بعض أثار الزواج، أما المالكية والشافعية والحنابلة يرو بجواز خطبتها تعريضا، لأن الطلاق البائن يقطع سلطة الزوج بزوجته

أما المعتدة من وفاة فإنه تباح خطبتها تعريضا فقط، ولا تباح خطبتها بالتصريح مادامت معتدة من وفاة. **الشرط الثاني: ألا تكون المرأة مخطوبة لشخص أخر**

إذا كانت المرأة مخطوبة للغير فلا يجوز لأي شخص أن يتقدم لخطبتها هذا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: (لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له) وقوله عليه السلام: (المؤمن أخو الم}من فلا يحل لمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر)، لأن في خطبة المرأة المخطوبة للغير إيذاء لهذا الغير واعتداء على حقه، كما أنها تورث العداوة والبغضاء بين الخاطب الأول والثاني وربما تمتد إلى أسرتيهما لهذا نهى الشارع عن خطبة الرجل على خطبة أخيه، ويراد من منع الخطبة على خطبة هي الخطبة التامة التي أبدى فيها كل من الرجل والمرأة قبوله للخطبة، وعليه فإنه يترتب عن هذا القول أنه لا يجوز خطبة المرأة المخطوبة ما دام عالما بهذه الخطبة أما لو تقدم شخص لخطبة فتاة ورفضت خطبته ففي هذه الحالة يجوز لأي شخص أخر أن يتقدم لخطبتها.

إذن فالمرأة إن تقدم شخص لخطبتها اما ان تكون موافقة فهنا لا يجوز لأي شخص خطبتها وإما ترفض فان رفضت صراحة جاز لأي خاطب التقدم لخطبتها لزوال المانع بالرفض.

واذا سكتت ولم يوجد ما يدل على صريح القبول، ولا صريح الرفض فهنا اختلف الفقهاء فذهب الشافعية إلى جواز خطبتها لان السكوت يعتبر رفضا ضمنيا، ويرى المالكية والحنفية إلى أنه لا يجوز للخاطب الثاني أن يتقدم لخطبتها، لأن هذا السكوت لا يدل على الرفض، فربما كانت تتحرى عن الخاطب الأول وتقدم الخاطب الثاني قد يمنع من استمرارها في التحري ويعتبر هذا بمثابة اعتداء وتشويش على حق الخاطب الأول، وإذا حصلت الخطبة على خطبة فذهب الجمهور الى جواز العقد لان المنع هو منع ديني وليس قضائي اي يكون الاثم على صاحبه، ويرى المالكية في احدى الروايات أنه إذا حصل الدخول فان العقد صحيح، واذا لم يحصل الدخول فيفسخ العقد.

المطلب الثاني: العدول عن الخطبة وأثارها

تعتبر الخطبة وعد بالزواج يجوز لكلا الطرفين العدول عنها وهذا ما نظمه المشرع الجزائري في نص المادة 05 من قانون الاسرة الجزائري.

الفرع الاول العدول على الخطبة

لا تعبر الخطبة عقدا بل وعدا فقط، ولهذا أجاز المشرع لكلا طرفين في العدول عنها،

هذا ما جاء في المادة 01/05 (الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة.)

الخطبة ليست عقدا يلتزم بموجبه الطرفين قبل بعضهما بالتزامات لها قوة الالزام، وغاية ما يمكن أن يقال في الخطبة إذا تمت أنها وعد بعقد، ولكل من الطرفين العدول عن هذا الوعد وعدم المضي في ابرام عقد الزواج وهذا محل اتفاق، وينتج عن على القول بخلافه أنه قد ينعقد في أحيان ما بدون رضاء الطرفين أو أحدهما، ليس هذا بشأن عقد الزواج لما له من خطر، والمصلحة توجب إعطاء كل من الطرفين التحلل من الخطبة إذا جد ما يدعو لذلك.

يوجد رأي شاذ في المذهب المالكي وهو رأي ابن شبرمة ومقتضاه أ الواعد يلزم الوفاء بالوعد ويجبر على ذلك بواسطة القضاء، وحسب هذا الرأي لا يجوز للخاطب أو المخطوبة العدول عن الخطبة أن عدل أحدهما فلا تفسخ الخطبة بل وجب اتمام عقد الزواج، أما الجمهور فهو المعتبر لأن المتفق مع الحكمة في الخطبة وهي الاختيار السليم ولأن الزام احدهما بإجراء العقد يتضمن الإكراه وهوما لا يجوز في الزواج.

والملاحظ أن القضاء الجزائري اتفق مع مذهب اليه المشرع فقد صدر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية في قرار بملف رقم 81129 بتاريخ 1992/03/17: " من المقرر شرعا وقانونا أن الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها."

الفرع الثاني: أثار العدول عن الخطبة

اولا حكم المهر في حال العدول:

من الثابت أن المهر أو الصداق مرتبط بعقد الزواج، غير انه قد يحد ويبادر الخاطب بدفعه قبل العقد ففي حال العدول فانه في الفقه الإسلامي للخاطب استرداد ما دفعه من المهر وذلك بأخذ عينه إن كان قائما وان كان هلك أو استهلك استرد مثله إذا كان مثليا أو قيمته إن كان قيميا، لأن دفع الصداق هو من أثار عقد الزواج فان لم يوجد العقد عاد المهر إلى الخاطب ولا تستحق المرأة منه شيئا، أيا كان سبب العدول من جانب الخاطب أو المخطوبة. أما في قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 لم يتضمن ص يتعلق بمسألة المهر المقدم خلال فترة الخطبة وقبل انعقاد العقد وحتى بموجب التعديل الأخير بموجب الأمر 02/05، إلا أنه وبالرجوع إلى نص المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها يجب تحديد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا."، يمكن القول أن الصداق باعتباره من مستلزمات العقد، فعلى المخطوبة رده لأن العقد لم يتم.

ثانيا التعويض عن ضرر العدول:

على اعتبار أن الخطبة وعد بالزواج فإنه فإنه يجوز لكلا الطرفين العدول عنها ولكن في أغلب الأحيان ما ينجر عن هذا العدول(ضرر إما ماديا وإما معنويا).

لم يتعرض الفقهاء القدامى إلى مسألة التعويض وهذا راجع كون هذه الحالات لم تكن متواجدة في ذلك العصر، لهذا حاول الفقه المعاصر ايجاد أساس للتعويض عن العدول عن الخطبة وإرساء بعض التدابير الشرعية للحد من هذا العدول، حيث أنه أغلبية الفقه يرى أن هذا التعويض ناتج عن المسؤولية العقدية، لأن الخطبة مجرد وعد بالزواج وليست عقدا.

فقد انقسم الفقه إلى عدة أراء:

الرأي الأول: يرى أصحاب هذا الرأي أنه لا يترتب عن العدول عن الخطبة أي تعويض

هذا على اعتبار بأن الخطبة ليست عقدا بل هي وعد للتعاقد غير ملزم، ولأن الطرفين يتوقعان العدول في كل مرحلة من مراحلها، ثم إن فتح الباب أمام التعويض في الخطبة يؤدي إلى كشف أسرار الناس وهذا أمر محظور شرعا وممنوع قانونا.

واستند أنصار هذا الرأي إلى بعض الحجج والبراهين نذكر منها:

ـ من المقرر في الفقه الإسلامي أن " الجواز الشرعي ينافي الضمان " بمعنى كل شخص يمارس حق مشروع لا يكون مسؤولا عما يترتب إثر ذلك من ضرر، والخاطب في حالة عدوله انما استعمل حقه المشروع.

- يعتبر الحكم بالتعويض إكراه ضمني على الزواج، وذلك أن أحد الطرفين يكون مقدم على إتمام العقد وهو مكره خوفا من التعويض الذي يرهق كاهله، فيتم الزواج بغير رضى.

- قد يتم العدول لسبب نفسي، وذلك بالشعور بالنفور وعدم الإرتياح للطرف الأخر في فترة الخطبة، وعقد الزواج هو عقد نفسي قلبي يقوم على المحبة والألفة، وهذا لقوله تعالى: (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون) **الرأي الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي أن العدول عن الخطبة مهما كان سببه يوجب التعويض لما في مجرد العدول من ضرر يلحق بالضرر الأخر**.وحجتهم في ذلك:

- الضرر ممنوع في الشريعة الإسلامية، على هذا اتجه الفقه إلى منع جميع التصرفات التي تلحق أضرار بالأخرين، قد يصدر (تعسف في استعمال الحق)

من أحد الخطيبين ونظرا لعدم جوازه فإن " الشريعة الإسلامية " لا تحمي حقا إلا بقدر ما يحقق لصاحبه من الغرض الذي شرع له، فالحق مقيد بالغرض الذي شرع من أجله وليس مطلقا وفي هذا يشير أحد الفقهاء إلى أن فسخ الخطبة حق مقيد، وإن إساءة استعماله تستوجب على الطرف المسيء التعويض، ذلك لأن الحق لم يعد سلطة مطلقة يستعمله صاحبه على النحو الذي يراه بل أصبح وظيفة مقيدة بعدم إساءة استعمالها.

الرأي الثالث: لقد فرق أصحاب هذا الرأي بين ما إذا كان " العدول مجرد عن أي فعل يسبب في ذاته ضررا بالمعدول عنه وعندها لا تعويض، وبين كون العدول مصحوبا بفعل يمثل تعديا على شخص المعدول عنه وفيه يلزم التعويض عن الفعل لا عن مجرد العدول.

فأساس التعويض إذن ذاك السلوك الخاطئ المرتكب بسبب الخطبة الذي يترتب عليه ضرر للطرف الأخر، وبالتالي يكون التعويض عن الضرر الفعلي الواقع، لا عن مجرد العدول

أو الفسخ، ولقد بنى الفقه المعاصر أساس التعويض على حديث الرسول صلى الله عليه وسلم

(لا ضرر ولا ضرار) أي على أساس أن الضرر يزال.

والمشرع الجزائري نص في المادة 03/05 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض "، فالمشرع الجزائري أقر بالتعويض صراحة وهذا ما سار عليه القضاء الجزائري وجاء في اجتهاد للمحكمة العليا أنه: " من المقرر أيضا أنه إذا ترتب على العدول على الخطوبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض ".

ثالثامسالةرد الهدايا نتيجة العدول:

من المتعارف عليه في وقتنا الراهن أنه في فترة الخطوبة قد يتبادل الخطيبين الهدايا، ولكن قد ينجر عن هذه الخطوبة عدول أحد الطرفية فهنا اختلف الفقهاء حول حكم الهدايا بعد العدول.

فذهب المالكية في مسألة رد الهدايا إلى ترتيب غلبوا فيه العرف على أي حكم شرعي أو اجتهاد على اعتبار أن المسألة من المصالح المرسلة التي لم يرد فيها نص صريح ينظمها ويبين حكمها، ليأتي دور الاجتهاد كمصر شرعي ثان إذا تخلف العرف الملزم بين الناس على التفصيل الموالي:

- إن وجد في مسألة العدول عن الهدايا عرف ملزم في المنطقة، عمل به وترك الاجتهاد.

- إن كان العدول من جانب الخاطب فلا يسترد شيىء من الهدايا سواء كانت مثلية أو قيمية أوكانت قائمة أو مستهلكة.

- إذا كان العدول عن الخطبة من الخطيبة، هنا للخاطب أن يسترد ما قدمه من هدايا إن كانت قائمة استردها وإن كانت مستهلكة استرد قيمتها، وهذا حتى لا يجتمع على الطرف المعدول ألمان، ألم الفراق وألم الهدايا، أما الحنفية: : " يرى الحنفية أن هدايا الخطبة تأخذ نفس حكم للهبة، فاشترطوا لنفاذها قبضها.

كما أنه يجوز لديهم رجوع الواهب في هبته مالم يكن هناك مانع من موانع الرجوع فيها كهلاكها أو استهلاكها، ولا فرق عندهم إن كان الرجوع من الرجل أو المرأة.

وعليه فإن الهدايا عند الحنفية تسترد متى كانت قائمة، ولا تسترد إن هلكت أو استهلكت.

أما الشافعية فللخاطب أن يسترد جميع الهدايا التي أعطاها للمخطوبة في حال العدول سواء كانت هذه الهدايا قائمة فيرد عينها أو مستهلكة فيرد قيمتها، والحكم عندهم واحد في حال إن كانت المخطوبة هي التي قدمت الهدايا للخطيب.

أما الحنابلة لم يفرقوا بين عدول الخاطب وعدول الخطيبة والحكم عندهم واحد في الحالتين وهو عدم جواز استرداد الهدايا سواء كانت قائمة أو مستهلكة لأن الهدية هبة والهبة لا يجوز الرجوع عنها إلا إذا كانت قبل القبض، وبما أنه تم القبض فلا رجوع فيها.

- أما المشرع الجزائري فالملاحظ أنه تأثر برأي المذهب المالكي في المادة 05 في الفقرتين 4 و 5 حيث أنه نص على أن استرداد الهدايا يكون من طرف الشخص الذي قام بالعدول عن الخطبة.

- وهذا ما استقر عليه القضاء في العديد من قرارات المحكمة العليا، فقد جاء في قرار لها: " من المقرر شرعا وقانونا أنه لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه، ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن الطاعن تراجع عن اتمام اجراءات الزواج والدخول على الرغم من طلبه من طرف الزوجة، فإن قضاة الموضوع برفضهم طلب الطاعن لاسترجاع الهدايا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن."

المبحثالثاني:

الشروط الموضوعية لإبرام عقد الزواج

تتمثل الشروط الموضوعية لإبرام عقد الزواج في أركان عقد الزواج و شروطه، حيث أن الفرق بين الركن و الشرط يتمثل في أن الركن هو "ما يكون به قوام الشيء و وجوده وهو جزء داخل في ماهيته".

أما الشرط فهو "ما يتوقف عليه وجود الشيء، و يكون خارجا عن ماهيته، و لا يكون مؤثرا في وجوده" ، و منه فإن الركن هو جزء الذات أي الحقيقة الداخل فيها، و الشرط هو ما خرج عن ذات الشيء و حقيقته، فالركن كالركوع في الصلاة، و الثاني كالطهارة لها".

و لقد حدد المشرع الجزائري أركان و شروط عقد الزواج في المادتين 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة و حدد الأركان بركن وحيد و هو ركن الرضا في المادة 9 وحدد الشروط و هي خمسة من أهلية و صداق و ولي وشهود و انعدام الموانع الشرعية في المادة 9 مكرر **المطلب الأول:** ركن الرضا بالزواج.

المطلب الثاني: شروط انعقاد الزواج.

المطلب الأول: ركن الرضا بالزواج

إختلف الفقهاء حول تحديد أركان عقد الزواج فذهب فقهاء الحنيفة إلى تحديدها بركن واحد و هو الإيجاب و القبول أي (الصيغة) ، أما عند جمهور الفقهاء فقد اتفقوا على أنها أربعة و هي (الصيغة، الولي، الزوج، و الزوجة).

و قد ورد في بعض كتب الشافعية أن أركان عقد الزواج خمسة و أضافوا الشاهدان.

أما عند المشرع الجزائري فقد وافق الفقه الحنفي و اعتبر أركان عقد الزواج تتمثل في ركن واحد و هو الرضا أي (الإيجاب و القبول) و هذا ما نص عليه من خلال نص المادة 9 المعدلة من قانون الأسرة: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

أما قبل التعديل فقد كانت تنص المادة 9 على أن أركان عقد الزواج أربعة و هي: رضا الزوجين، و ولي الزوجة، و شاهدين، و صداق.

الفرع الأول: مفهوم ركن الرضا

يعتبر الرضا ركن في عقد الزواج و الفقهاء أطلقوا عليه تسمية الصيغة أي (الإيجاب و القبول).

و من المتعارف عليه أن القانون يعتبر ركن الرضا ركن في جميع العقود، و هذا طبقا لنص المادة 59 من القانون المدني التي تنص على: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

حيث أنه لا يمكن لأي عقد البقاء دون توفر ركن الرضا الذي يعتبر الركن الأساسي في جميع العقود سواء منهما المالية او الزواج.

و بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05- 02 أصبح عقد الزواج عقد رضائي يبنى على أساس تبادل الرضا بين الرجل و المرأة

أولا: تعريف ركن الرضا و كيفية التعبير عليه

1- تعريف ركن الرضا:

"هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني و هو عقد الزواج، توافق و تطابق إرادة الخطيبين على إبرام عقد الزواج و تنفيذه وفقا للشرع و القانون".

2- طرق التعبير عن الرضا:

يطلق على الرضا عند الفقهاء تسمية الصيغة و المتمثلة في الإيجاب و القبول، ويعتبر هذان الأخيران طريقا التعبير عن الرضا

- **الإيجاب:** يعرف الإيجاب عند الحنفية هو " ما صدر أولا من أحد العاقدين، بغض النظر عمن صدر منه سواء كان هو الرجل أو المرأةأما جمهور الفقهاء يعرف الإيجاب عندهم على أنه " التعبير الدال على الرضا الصادر من المملّك".

- **القبول:** يعرف القبول عند الحنيفة على انه " هو ما صدر من الطرف الثاني جوابا عن الأول دالا على الموافقة على إيجاب الأول، فإذا قال رجل لآخر زوجتك إبنتي فقال قبلت كان الأول مجيبا و الثاني قابلا"، و يعرف القبول عند المالكية على أنه: " التعبير الدال على الرضا الصادر من المتملّك".

أما الشافعية فيعرف عندهم القبول على أنه ما يصدر من الطرف الثاني سواء كان هذا الطرف زوج أو ولي أو وكيل.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 1/10 من قانون الأسرة " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين و قبول من الطرف الآخر...." و الملاحظ أن المشرع الجزائري أخذ برأي الحنيفة.

ثانيا: شروط الصيغة

تتمثل شروط الصيغة عند الفقهاء في الآتي بيانه"

1. إتحاد مجلس الإيجاب و القبول
2. ينبغي أن يكون الإيجاب و القبول بصيغة مخصوصة
3. أن تكون الصيغة خالية من التأقيت
4. أن تكون هذه الصيغة ملفوظة و مسموعة
5. أن يوافق الإيجاب القبول
6. بقاء الإيجاب صحيحا حتى يقع القبول
7. التنجيز في الحال
8. أن يصدر الإيجاب و القبول من أهلهما
9. أن يكون محل العقد قابلا لحكمه

أما عن شرط الصيغة قانونا فهي تتمثل في الآتي بيانه:

1. تطابق الإيجاب و القبول: و يتحقق التطابق بفهم القابل للإيجاب الموجه إليه و إعلان قبوله دون قيد أو شرط و أن يكون في زمان و مكان واحد.
2. أن يكون الإيجاب و القبول باتين.
3. أن يكون الإيجاب و القبول بأي لفظ يفيد معنى الزواج، و يمكن أن يكون هذا التعبير شفاهة من القادر على الكلام أو بالكتابة أو بالإشارة المفهومة من الطرف الآخر والشاهدين، و هذا طبقا لنص المادة 10 من قانون الأسرة و المادة 1/60 من القانون المدني و المادة 1/11 من المدونة.

ثالثا: أنواع اللفظ المفيد للزواج:

و ينقسم إلى ثلاثة أنواع و هي كالآتي:

1. **الزواج و النكاح:** إتفق الفقهاء على انعقاد النكاح بلفظي التزويج و النكاح و حجتهم في ذلكقوله تعالى: (فلما قضى زيد منها و طرا زوجناكها)

و قال أيضا: (وانكحوا الأيامي منكم و الصالحين من عبادكم و إمائكم).

2- **الإباحة و الإحلال و الإيداع و الإجازة و الرهن و الوصية :** لا ينعقد الزواج بهذه الألفاظ لأنها لا تفيد التحليل و عقد الزواج من عقود التحليل تفيد التمليك في الحال وعلى التأبيد.

3- **الهبة و التمليك و الصدقة و الجعل:** ذهب الشافعية إلى انه لا يجوز النكاح إلا بلفظي التزويج و النكاح، و قد وافقهم الحنابلة و حجتهم على عدم جواز الهبة أن الرسول صلي الله عليه و سلم هو المختص به فقط، و استدلوا بقوله

تعالى في الآية 50 من سورة الأحزاب (.... و امرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين....)

و ذهب الحنيفة إلى جواز انعقاد الزواج بتلك الألفاظ و لكن مع القربة التي تدل على أن نيته الزواج مثل ذكر المهر معه أو إحضار الشهود ، أما المالكية ينعقد الزواج عندهم بالألفاظ المذكورة، و لكن يشترط تسمية المهر، و لقد استدل فقهاء المالكية والحنفية على جواز انعقاده بتلك الألفاظ بنفس ما استدل عليه الشافعية و الحنابلة، أما عن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه المالكية و الحنفية.

و منه فإنه ينعقد النكاح إذا حصل بصيغة دالة على الزواج حتى لو كان صاحبه هازل وهذا لقول الرسول صلى الله عليه و سلم: (ثلاث جدهن جد، و هزلهن جد، النكاح والطلاق و الرجعة).

أما عند المشرع الجزائري فقد نص في المادة 10 من قانون الأسرة على أنه يكون التعبير عن الإيجاب و القبول بكل لفظ يفيد معنى الزواج شرعا.

رابعا: اللغة التي ينعقد بها الزواج:

اختلف الفقهاء حول اللغة التي يتم استعمالها في إنشاء عقد الزواج ذهب الشافعية إلى عدم جواز انعقاد الزواج بغير العربية بخلاف الجمهور الذين أجازوا انعقاد الزواج بغير اللغة العربية قالوا يجوز انعقاد الزواج بكل لفظ يدل على الزواج في تلك اللغة التي إختارها.

أما قانون الأسرة فالظاهر أنه وافق رأي الجمهور حيث أنه لم يحدد اللغة التي ينعقد بها الزواج و هذا طبقا لنص المادة 10.

خامسا: إنعقاد الزواج بغير الكلام:

1-إنعقاد الزواج بالكتابة و الإشارة: ينعقد النكاح بالكتابة و الإشارة كالآتي بيانه

أ-إنعقاد الزواج من القادر على النطق: و نميز حالتين:

- **الناطق في حالة الحضور:** اتفق الفقهاء على أنه إذا كان العاقدان حاضران في مجلس العقد و كانا قادرين على النطق فلا يصح منهما بالكتابة لأن الأصل هو اللفظ ولا يلجأ للكتابة إلا للضرورة.
- **الناطق في حالة الغيبة:** ذهب الحنيفة إلى إنعقاد الزواج في حال كان أحد العاقدين غائب عن المجلس سواء كان بالكتابة أو إرسال رسول بشرط حضور شاهدين عند وصول الكتابة أو الرسول، كأن يكتب لخطيبته زوجيني نفسك و قالت هي في مجلس وصول الكتاب قبلت و بحضور شاهدين صح العقد، أو يرسل الرجل لخطيبته رسالة شفاهة فإن قبلت و بحضور شاهدين في مجلس بلوغ الرسالة صح العقد، و ذهب الجمهور إلى أنه لا ينعقد الزواج في غيبه أو حضور بالكتابة لأنها تعتبر كناية.

أما في القانون الجزائري قبل تعديل قانون الأسرة جاء في المادة 20 التي نصت على أنه " يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة " حيث كان يصح بموجب هذه المادة الزواج بالرسالة أو المكاتبة أو رسول بحضور شاهدين و علمهم بمضمون الكتابة بموجب وكالة خاصة يحررها الموثق

و لكن و بالرجوع إلى نص المادة 222 منه "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون، يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" نلاحظ أن إلغاء المشرع الجزائري للمادة 20 ليس له أثر لأنه بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية الوكالة معمول بها إذن يمكن العمل بالوكالة في الزواج، و لقد نظم المشرع الجزائري أحكام الوكالة في القانون المدني في المواد من 571 إلى 589.

ب- انعقاد الزواج من العاجز عن النطق: و يدخل في ذلك الأخرس و مشلول اللسان، و هنا نميز بين حالتين:

- **إذا كان قادرا على الكتابة:** اتفق الفقهاء على انعقاد زواج الأخرس و متعقل اللسان بالكتابة أو الإشارة في حين ذهب الحنيفة إلى اشتراط انعقاد الزواج بالكتابة في حال القدرة عليها لقوة دلالتها.
- **إذا كان عاجز عن الكتابة:** اتفق الفقهاء على انعقاد الزواج بالإشارة.

أما عند المشرع الجزائري، فيصح الإيجاب و القبول من العاجز بكل لفظ يفيد معنى النكاح و هذا طبقا لنص المادة 1/10 من قانون الأسرة، إذ أنه يجوز للعاجز عن النطق أن يعقد نكاحه بالكتابه إن استطاع أو الإشارة المفهومة و هذا طبقا لنص المادة 60 من القانون المدني الجزائري.

"أما إذا كان الشخص من ذوي العاهتين ككونه أصم أبكم، أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب هاتين العاهتين التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له وصيا قضائيا في التصرفات التي تقتضيها مصلحته م 1/80"

2_ انعقاد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة: أتطرق في هذا العنصر إلى انعقاد الزواج عبر الهاتف ثم إلى انعقاد الزواج عبر الانترنت.

أ_انعقاد الزواج عبر الهاتف : لا ينعقد الزواج عبر الهاتف عند جمهور الفقهاء كونه يشترط حضور الشهود و سماعهم بحيث لا يستطيع سماع الطرفين معا فسماع الإيجاب وحده أو القبول وحده غير كافي لصحة عقد الزواج، أما عند الذين لا يشترطون ذلك صح العقد متى تأكد كل واحد من شخصية الآخر

لم ينص المشرع المغاربي على عقد الزواج عبر الهاتف

ب_ انعقاد الزواج عبر الانترنت: "مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورة مؤتمره السادس المنعقدة بجدة السعودية و كذا اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالرياض في السعودية، قد منعت عقد الزواج عبر الانترنت كتابة و مشافهة لسد أبواب الفتنة و لما يترتب عليه من أضرار و مفاسد".

لم ينص المشرع الأسري المغاربي على عقد الزواج عبر الانترنت.

الفرع الثاني: عيوب الرضا و أثر تخلفه في الزواج

أولا: عيوب الرضا

تكلم المشرع الجزائري عن عيوب الرضا في القانون المدني في المواد من 81 إلى 91 و أدرجها كالآتي الغلط، التدليس ثم الإكراه.

1_ الغلط

أ- تعريف الغلط: سأتطرق إلى تعريف الغلط لغة ثم إصلاحا.

-**الغلط لغة:** غلط في الأمر لم يعرف وجه الصواب فيه

-**الغلط اصطلاحا :** "هو توهم يتصور فيه العاقد غير الواقع واقعا، فيحمله ذلك على إبرام عقد لولا هذا التوهم لما أقدم عليه.

ب- أنواع الغلط و شروطه: سأتحدث عن أنواع الغلط ثم عن شروط الغلط

_ أنواع الغلط: تتمثل أنواع الغلط في غلط مادي و جوهري

* **الغلط المادي:** مثل شخص أراد كتابة رقم 10 فكتب 16 و هذا النوع ليس عيبا من عيوب الرضا وجب تصحيحه، و لقد اتفق على هذا المشرع المغاربي و نص عليه المشرع الجزائري في المادة 84 من القانون المدني.

* **الغلط الجوهري:** يعتبر الغلط جوهري إذا كان شخصية العاقد التي وقع فيها غلط هي محل اعتبار يمكن إبطاله، و هذا طبقا لنص المادة 81 من القانون المدني.

- **شروط الغلط:**

* أن يكون الغلط جوهريا.

* أن الغلط بالمتعاقد الآخر لأنه لو علم لما أقدم على إبرام العقد.

ج- الغلط في عقد الزواج: لم يهتم الفقه الإسلامي بالغلط كما إهتم بالإكراه كون الغلط من الصعب إيجاده لأنه شيء نفسي و ذاتي.

نص المشرع الجزائري على الغلط في المادتين 81 و 82 من القانون المدني فيمكن طلب إبطال العقد نتيجة لغلط جوهري غير أن الأحكام القضائية الجزائرية المنشورة لم تتعرض لهذا المشكل لأنه عند حدوثه يلجأ مباشرة إلى القضاء و طلب حل الرابطة الزوجية لأنها طريقة سهلة لا تكلف مشقة في الإثبات.

2- التدليس

أ- تعريف التدليس: سأتكلم عن تعريف التدليس لغة ثم إصطلاحا.

-**التدليس لغة:** كتم عيب ما يبيعه عن المشتري.

-**التدليس اصطلاحا:** "هو استعمال أحد المتعاقدين طرقا احتيالية لتضليل المتعاقد الآخر وإجباره على التعاقد".

ب- شروط التدليس:

_ أن يصدر من المتعاقد أو نائبه أو ممن كان تواطئ معه طبقا لنص المادة 86 من القانون المدني

_ أن يحمل على التعاقد.

_ استعمال طرق احتيالية.

ج_ التدليس في عقد الزواج: طبقا لنص المادة 86 من قانون المدني يجوز إبطال العقد الذي يشوبه التدليس، و لقد ورد في المادة 8 مكرر من قانون الأسرة في حالة التدليس على الزوجة يجوز لها رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطليق.

3 _ الإكراه:

أ_ تعريف الإكراه: سأتطرق إلى تعريف الإكراه لغة ثم إلى تعريفه اصطلاحا.

-**الإكراه لغة:** هو ما أكرهك غيرك عليه

-**الإكراه اصطلاحا:** عرفه الحنيفة بأنه: "اسم لفعل يفعله المرء بغير رضاه، فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكره، أو يسقط عنه الاختيار، "أما المالكية قالوا "هو أن يقع على الشخص قول أو فعل مثل التهديد أو الضرب ليقوم بالفعل مكرها" أمّا الشافعية قالوا هو حمل الغير على فعل ما لا يرضاه و قال الحنابلة في تعريفه هو أن يقع المكره في عذاب القيام بالفعل.

و الملاحظ من تعريفات الفقهاء أنها اتفقت كلها على أن الإكراه هو قيام الشخص بفعل دون رضاه.

نص المشرع الجزائري على الإكراه في المواد من 88 و 89 من القانون المدني و يعرف الإكراه طبقا لنص المادة 88 من القانون المدني هو تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها في نفسه المتعاقد الآخر كأن يهدده بخطر جسيم محدقا به أو بأحد أقاربه، أو في النفس أوالجسم أو الشرف، أو المال، و المشرع الجزائري أخذ برأي المالكية في تعريفه للإكراه

ب- أقسام الإكراه: الإكراه نوعان مادي و معنوي

_ الإكراه المادي: يستعمل فيه وسائل ضاغطة على حرية الإرادة التي تفقد الشخص حرية الاختيار كالضرب أو إمساك اليد للتوقيع...الخ.

_ الإكراه المعنوي: هو عنصر شخصي كالتهديد و يخلق في نفسه الهلع و الخوف حيث على إثره يقوم بالفعل و يكون التهديد بخطر محدق به أو بعائلته أو في الجسم أو النفس أو الشرف أو المال.

ـ تأثير الإكراه على عقد الزواج: روي عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال: "يبطل الزواج بالإكراه"، و منه فالإكراه يبطل عقد الزواج.

أجاز المشرع الجزائري إبطال العقد المشوب بالإكراه و هذا طبقا لنص المادة 1/88 من القانون المدني وورد قرار عن مجلس قضاء قالمة رقم 79، بتاريخ 1980/09/16 حيث أنه قضى ببطلان عقد الزواج حيث أكره الزوج الزوجة على الزواج منه، فيكون قد خالف الشروط الأساسية المنصوص عليها في الشريعة الإسلامية.

ثانيا: أثر تخلف ركن الرضا بالزواج

اتفق الفقهاء على بطلان الزواج عند تخلف ركن الرضا و إذا حصل الدخول وجب التفريق و يثبت عندهم المهر و النفقة و الطاعة و اختلفوا حول النسب فالجمهور قالوا لا يثبت أمّا الحنفية يثبت عندهم.

و يبطل الزواج إن اختل ركن الرضا طبقا للمادة 33 من قانون الأسرة، و قد أشارت المحكمة العليا إلى ذلك حيث جاء في قرار لها أنه يبطل عقد الزواج إذا اختل ركن الرضا، "و إن الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح للقانون".

المطلب الثاني: شروط انعقاد الزواج

شروط عقد الزواج عند الفقهاء أربعة و هي: شروط الانعقاء، الصحة، النفاذ واللزوم.

أما المشرع الجزائري فقد نص على شروط عقد الزواج في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة و تتمثل في أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدين و إنعدام الموانع الشرعية للزواج .

الفرع الأول: الأهلية

أولا: مفهوم الأهلية:

1- تعريف الأهلية: سنعرف الأهلية لغة ثم اصطلاحا

- **لغة:** الصلاحية للأمر.

- **اصطلاحا:** يعرفها الفقهاء على أنها الصلاحية لثبوت الحقوق و استعمالها ووجوب الالتزامات ووفائها.

2 -أقسامها: تنقسم الأهلية إلى قسمين أهلية وجوب و أهلية أداء.

و ما يهمنا هو أهلية الأداء كون الزواج مرتبط بأهلية الأداء

و تنقسم أهلية الأداء إلى قسمين أهلية الأداء القاصرة و أهلية الأداء الكاملة.

ثانيا: سن الزواج

1 تحديد سن الزواج:

لم يتفق الفقهاء على تحديد سن البلوغ الذي تتم به أهلية الذكر و الأنثى للزواج وقالوا أنها تظهر طبيعيا بعلامات كالاحتلام عند الذكر و الحيض عند الأنثى، ورغم هذا قدر الجمهور سن البلوغ بـ 15 سنة للجنسين، أما المالكية فقدره بـ 18 سنة للذكر و 17 سنة للأنثى، أما الحنفية فقدروه بـ 18 سنة للذكر و 17 سنة للأنثى و على هذا فالصبي غير المميز لا ينعقد زواجه بعبارته قولا واحدا عند أغلب الفقهاء و يتوقف على إجازة وليه

أما تحديد سن الزواج في قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05_02 حدد سن الزواج في المادة 07 المعدلة بـ 19 سنة للجنسين و في حالة رغبة الزوجين فيما دون بلوغ هذا السن في الزواج لا بد من الحصول على إذن من القاضي ، و لقد أحسن المشرع الجزائري حينما وحّد سن الزواج للجنسين (الذكر و الأنثى) وهو نفس سن الأهلية المدنية التي حددتها المادة 40 من القانون المدني ببلوغ 19 سنة ، و يختلف مع سن الرشد الجزائي الذي حدد ببلوغ 18 سنة، و يشترط في

الشخص الكامل الأهلية ألا يكون مصابا بعارض من عوارض الأهلية كالجنون و العته وصغر السن و هي منصوص عليها في المادة 8 من قانون الأسرة و المواد 42،43،44 من القانون المدني

أما عن تحديد سن الزواج في قانون الأسرة قبل التعديل فقد حدد سن الزواج في المادة 7 منه ببلوغ الرجل 21 سنة و المرأة 18 سنة و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة.

و بالنسبة عن تحديد سن الزواج في ظل القوانين السابقة فقد مر بعدة مراحل.

2- الإعفاء من سن الزوج:

سواء تعلق الأمر بالنصوص السابقة لصدور قانون الأسرة أو بظهور قانون 84- 11 أو بموجب تعديله بالأمر 05-02، فإنه لابد من الحصول على إذن مسبق للزواج فيما دون السن القانونية، و لقد نص المشرع الجزائري على ذلك بموجب المادة 7 من الأمر 05- 02، حيث يمنح القاضي الإذن بالزواج للراغبين في الزواج دون بلوغ السن القانونية إذا وجدت في ذلك مصلحة أو ضرورة و متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

2 -مخالفة و تجاوز سن الزواج:

بعد صدور القانون 84- 11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري لم يرد نص يتضمن معاقبة الأشخاص الذين يبرمون عقود الزواج دون توفر السن القانونية للزواج و لا يختلف الأمر بموجب تعديله بالأمر 05- 02، و لقد ثبت عن المحكمة العليا أنه: "الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح القانون".

و لكن القانون رقم 63- 224 في المادة 02 نصت على: "معاقبة الأشخاص الذين يعقدون أو يساهمون في عقد الزواج مخالفة لهذا القانون"، فقررت عقوبة صارمة تتمثل في الحبس من15 يوما إلى ثلاثة أشهر و الغرامة المالية من 400 إلى 1000 دينار جزائري أو إحدى العقوبتين.

و جاء في المادة 2/3 الزواج قبل اكتمال الأهلية باطل بطلانا مطلقا، و يمكن الطعن فيه قبل الدخول من طرف أحد الزوجين أو النيابة أو الطرف الذي له مصلحة.

أمّا بعد الدخول جاء في المادة 3/3 يقع الزواج باطل بطلانا نسبيا و يمكن الطعن فيه من قبل الزوجين فقط

ثالثا: زواج المجنونوالمعتوه:

المجنون غير مكلف هذا لحديث النبي صلى الله عليه و سلم: "رفع القلم عن ثلاث: النائم حتى يستيقظ و الصغير حتى يكبر و المجنون حتى يعقل أويفيق"

و المصاب بخلل في العقل: كالمجنون أو المعتوه يعتبر عديم التمييز و فاقد لحرية الاختيار فيتعذر عليه التعبير عن إرادته و كل تصرف يجروه يقع باطل.

لم يتعرض قانون الأسرة لزواج المصاب بالإعاقة الذهنية مما يستوجب علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفقا للمادة 222 من قانون الأسرة، و اتفق الفقهاء على تزويجه في حال ما كان هذا الزواج يساعد في علاجه وفيه مصلحة له و لابد من علم الطرف الثاني بالإعاقة و قبوله بها.

رابعا: الأهلية المتعلقة بالخصومة الزوجية:

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بأثار عقد الزواج من حقوق

و التزامات، هذا في حالة ما تم الإذن بالزواج طبقا لنص المادة 1/7 من قانون الأسرة، و ترشيد القاصر للزواج يجعله أهلا للتقاضي بنفسه دون الحاجة إلى ولي أو وصي فيما يتعلق بآثار الزواج من حقوق و التزامات، و هو غير مؤهل للقيام بالتقاضي خارج هذا النطاق.

الفرع الثاني: الصداق

أولا: مفهوم الصداق:

1_ **تعريف الصداق:** عرفه فقهاء الحنيفة فقالوا هو ما تستحقه المرأة بعقد النكاح أوالوطء، أما المالكية قالوا هو "ما يجعل للزوجة في نظير الإستمتاع بها "

وعرفه الشافعية هو: "ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهرا كرضاع ووجود شهود"، أما الحنابلة قالوا هو: " العوض في النكاح سواء سمي في العقد أو فرض بعده بتراضي الطرفين أو الحاكم"

والملاحظ من تعريف الفقهاء، أن الصداق يقدم للمرأة كعوض عن الزواج.

للصداق عشرة أسماء: الصداق، الصدقة، المهر، النّحلة، الفريضة، الأجر، العلائق، العقر، الطول و الحباء.

أما عند المشرع الجزائري أطلق عليه تسمية (الصداق) و نظمه في المواد من 14 إلى 17 من قانون الأسرة، وعرفه في المادة 14، الصداق هو ما يدفع نحله للزوجة من نقود أوغيرها من كل ما هو مباح شرعا و هو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء.

2_ حكمه: هو واجب على الرجل دون المرأة، و يتمثل أدلة وجوبه في:

أ_ من القرآن: قال تعالى: (وءاتوا النساء صدقاتهن نحلة).

و قوله تعالى: (فما استمتعتم به منهن فأتوهن أجورهن فريضة)

أ_ من السنة: قال صلى الله عليه و سلم لمن يريد الزواج (التمسوا و لو خاتما من حديد)، و ثبت عن الرسول صلى الله عليه و سلم لم يخل زواجا من مهر.

3_ حكمته: تتجلى الحكمة من مشروعية الصداق هو إعزاز المرأة و تكريم مكانتها وتقديم الدليل على بناء الحياة الزوجية و حسن النية.

4_ أنواعه:هو نوعان صداق مسمى و صداق المثل

أ_ الصداق المسمى: "هو صداق اتفق عليه في العقد الصحيح أو فرض بعده بالتراضي".

ب_ صداق المثل: "وهو مهر امرأة تماثل الزوجة من أسرة أبيها كأختها أو عمتها ولا يعتبر بمهر أمها و لا خالتها إن لم تكن من قوم أبيها" و إن لم توجد من قوم أبيها جاز أن يعطى لها مهر مثل من تماثلها أخرى تماثل أسرة أبيها، و يقدر مهر المثل في المسلمة بالتدين والمال و الجمال و النسب لقوله صلى الله عليه و سلم (تنكح المرأة لأربع لمالها و لحسبها وجمالها ودينها فاظفر بذات الدين تربت يداك)

5_ شروطه: يشترط في الصداق ما يلي:

أ_أن يكون المهر مما يجوز تملكه و بيعه كالذهب فلا يجوز أن يكون خمرا أو خنزيرا.

ب_ أن يكون معلوما فهو لا يجوز بمجهول.

ج_أن يسلم من الغرر

د_ أن يكون طاهرا بمعنى غير نجس كالخمر.

هـ_ أن يكون منتفعا به شرعا، كآلة اللهو لا يجوز دفعها كصداق شرعا

و_أن يكون مقدورا على تسليمه.

ثانيا: مقداره

لم تقيده الشريعة الإسلامية لا بحد أدنى و لا أقصى و تركته لرضا الطرفين و قدرة الرجل و قال الرسول صلى الله عليه و سلم(التمسوا و لو خاتما من حديد).

أ ـ الحد الأدنى للصداق: اختلف الفقهاء في تحديده فذهب أبي حنيفة ومالك أنه هو ما يقطع فيه السارق مع اختلافهما في قدر ذلك، قدره أبي حنيفة بعشرة دراهم أما مالك قدره بربع، دينار أو ثلاثة دراهم، و ذهب الشافعي و أحمد إلى أنه لا أحد أقل للمهر، كل ما جاز بيعه جاز أن يكون مهرا.

ب-الحد الأعلى للصداق: لا حد أعلى للصداق باتفاق الفقهاء هذا لقوله تعالى:

(... و أتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا) الآية 20 من سورة النساء، و لكن يسن تخفيف الصداق لقوله صلى الله عليه و سلم (إن أعظم النكاح بركة أيسره مؤونة)،

والحكمة من تيسير المغالاة في المهور هو تمكين الشباب من الزواج وإبعادهم عن الوقوع في الفاحشة.

لم ينص المشرع لا على الحد الأدنى و لا الأعلى للصداق.

ثالثا: تعجيل و تأجيل المهر

اتفق الفقهاء على جواز تعجيل أو تأجيل المهر، و تأجيل المهر مكروه عند المالكية، و في حالة تأجيله يشترطون ألا يكون لأجلا بعيدا، و ذهب المشرع الى جواز تأجيل الصداق ونص في المادة 15 من قانون الأسرة أنه يجوز تعجيل و تأجيل الصداق بشرط أن يحدد في العقد و في حالة عدم تحديده تستحق المرأة مهر المثل، و ثبت عن المحكمة العليا أن عدم تحديد مؤجل الصداق لا يبطل العقد

رابعا: إغفال تسمية و إهمال ذكر شرط الصداق

جاء في المادة 9 من قانون الأسرة أن الزواج شرط لابد من توفره، و جاء في المادة 2/15 منه أن عدم تحديد الصداق تستحق الزوجة صداق المثل، و في المادة 33 منه إذا تم عقد الزواج دون صداق يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه و يثبت بعد الدخول بصداق المثل، و الملاحظ أن هذين النصين غير متجانسين و لكن ما يمكن قوله أن إهمال أو إغفال تسمية المهر في عقد الزواج لا يبطله بل يفسخ كونه يعتبر فاسدا و أما إذا أغفل بعد الدخول فيثبت الزواج بصداق المثل، و جاء في قرار للمحكمة العليا أنه عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج لأنه عند النزاع حوله يحكم بصداق المثل للزوجة

الفرع الثالث: الولي

في الحالات العامة التي يبرم فيها عقد الزواج نجد الولي كشرط من شروط الزواج ولكن قد يرد استثناء وذلك في حال إبرام عقد الزواج عن طريق الوكالة

أولا: الولاية

1_مفهوم الولاية: أ_ تعريف الولاية:

-**لغة:** الخطة و الإمارة و السلطان.

-**اصطلاحا:** "هي القدرة على مباشرة التصرف من غير توقف على إجازة أحد"،

و "الولي هو من يتولى العقد نيابة عن الزوجة لكونه أباها أو وصيا عليها، أو كافلا لها...".

ب_ أقسام الولاية: الولاية ثلاثة أنواع (الولاية على النفس ، الولاية على المال، و الولاية على النفس و المال معا)

و ما يهمنا في عقد الزواج الولاية على النفس و تنقسم الولاية على النفس إلى ولاية قاصرة و أخرى متعدية

_ الولاية القاصرة على النفس: "وهي سلطة تزويج الإنسان نفسه دون توقف على رضا أحد" و اتفق الفقهاء على انها تثبت للرجل العاقل فإن زوج نفسه صح عقده أما المرأة البالغة فقد اختلفوا حولها فذهب الجمهور إلى عدم جواز ذلك و حجتهم في ذلك قوله تعالى في الآية 221 من سورة البقرة: (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) فهذا دليل على سلطة التزويج إليهم و ليس للنساء.

و استدلوا أيضا بما رواه أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه و سلم قال: (لا تزوج المرأة المرأة، و لا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها)، هذا بخلاف أبي حنيفة الذي أثبت حق المرأة البالغة في تزويج نفسها متى كان الزوج كفئا و المهر مهر مثل كما لها تزويج غيرها و استدل بقوله تعالى في الآية 230 من سورة البقرة:(فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره...).

-**الولاية المتعدية على النفس:** "و هي سلطة تزويج الإنسان غيره جبرا عنه

* **أنواعها** و هي نوعان ولاية إجبار و ولاية اختيار.

* **ولاية الإجبار** : "هي سلطة ثابة شرعا، بمقتضاها يستطيع الولي إجبار المولى عليه على الزواج من غير موافقته و رضاه بسبب الصغر أو البكر أو فقدان العقل".

ـ **ولاية الإختبار:** "و هي التي لا يستطيع الولي أن يستبد بتزويج المولى عليه، بل لابد من مشاركة الزوجة وليها في إختيار الزوج، و يتولى الولي عقد الزواج، و هي تثبت على البالغة سواء كانت بكرا أو ثيبا"

ج- دليل شرعيتها :اتفقالفقهاء على أن ولاية الإجبار على المجنون و المعتوه علتها ضعف العقل و الصبي غير المميز سببها الصغر، أما الفتاة البكر وغير البالغة سببها جهلها لأمور الزواج، أما الثيب فلا ولاية عليها و على وليها أن يستشيرها و يأخذ بموافقتها و قد استدلوا على الولاية بقوله تعالى في الآية 281 من سورة البقرة: (فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يملّ هو فليملل وليه بالعدل) و قوله أيضا: (و انكحوا الأيمى منكم) الآية 32 من سورة النور، أما من السنة ما رواه أبو داود في سنته عن أبي موسى، أن النبي صلى الله عليه و سلم قال: (لا نكاح إلا بولي)، و ما روى أبو داود عن السيدة عائشة (رضي الله عنها) قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أيما إمرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل).

د- من تثبت له الولاية: ذهب أغلب الفقهاء إلى أنها تثبت "للأب و الجد وزاد بعضهم جميع الأقارب الأقرب فالأقرب فإذا لم يوجدوا تنتقل إلى ذوي الأرحام و تنتهي إلى السلطان لأن السلطان ولي من لا ولي له".

و لقد نظم المشرع الجزائري الولاية في الزواج في مادتين 11 و 13 من قانون الأسرة المعدل و جاء في المادة 11 أنه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هم أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره، دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القصر أوليائهم و هو الأب، فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له"، و الملاحظ من هذه المادة أن المشرع الجزائري فرق بين المرأة الراشدة (التي بلغت 19 سنة) و القاصرة، فبالنسبة للمرأة البالغة: لا يعتبر الولي شرطا في الزواج وحضوره رمزي و يمكن لها أن تختار وليها بكل حرية من بين أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر حتى و لو لم يكن قريب لها.

و لكن قبل التعديل من خلال نص المادة 12 كان يتولى زواج المرأة وليها، و لم يسمح لها كما هو واضح بأن تنفرد بإبرام العقد و قد ألغيت هذه المادة بمقتضى التعديل الجديد"، أما بالنسبة للقاصر: لا تتزوج إلا بواسطة الولي و هو الأب أو أحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له، فالولي يعتبر شرطا بالنسبة للقاصر و لكن لسنا بصدد ولاية إجبار لأنه ليس للولي أن يزوج من هي في ولايته بمن لا تريد الاقتران به وهذا طبقا لنص المادة 13 من قانون الأسرة.

2- شروط الولي: هناك شروط متفق عليها و أخرى مختلف فيها.

أ- الشرط المتفق عليها:

1- كمال الأهلية: أن تكون بالبلوغ و العقل و الحرية.

2- اتفاق دين الولي و المولى عليه: بشرط أن يكون مسلما إذا كانت الولاية على مسلم، أما إذا كانت المرأة كتابية فلا يشترط ذلك.

ب- الشروط المختلف فيها:

1- الذكورة: لا تثبت عند الجمهور بخلاف الحنفية.

2- العدالة: و هي استقامة الدين، و هي شرط عند الشافعية و الحنابلة، و هي ليست شرطا عند الحنفية و المالكية.

3- الرشد: معناه عند الحنابلة معرفة الكفئ، أما الشافعية عدم تبذير المال فهو شرط عند الحنابلة و الشافعية و ليس شرطا عند المالكية و الحنفية.

4- خلو الولي من الإحرام بحج أو عمرة: و هذا شرط عند المالكية.

5- عدم الإكراه: و هو شرط عند المالكية فلا يصح زواج المكره و هو شرط لصحة جميع العقود.

3ـ حدود وظيفة الولي: تتمثل واجبات الولي في أمرين و هما: الكفاءة بالنسبة لجميع النساء إذ له الحق في الاعتراض على زوج أقل منها كفاءة و كذا الاعتراض عن الصداق إذا كان زهيدا أي دون صداق المثل و كانت المرأة دون السن القانوني و لا يجوز له التدخل في عقد الزواج، فإن كان الزوج كفئا و وجد مهر المثل والمرأة راشدة فلا يجوز للولي أن يمتنع و في حالة امتناعه يعتبر عضلا.

4_ غياب الولي: إذا غاب الولي الأقرب تنتقل الولاية إلى الولي الأبعد حتى لا تفوت المصلحة، و إذا عاد الغائب لا يجوز له الاعتراض على مباشرة من يليه لأنه بغيبته اعتبر كالمعدوم، و هذا رأي الجمهور و تنتقل إلى القاضي عند الشافعية

5_أثر تخلف شرط الولي: من خلال نص المادة 11 و 13 من قانون الأسرة يتضح لنا أن الولي حضوره شكلي فقط و أعطاه المشرع ولاية اختيار وليست إجبار ، جاء في المادة 2/33 "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل".

ثانيا: الوكالة:

1_ تعريف الوكالة: سأتطرق إلى تعريف الوكالة لغة ثم اصطلاحا.

أ_ لغة: هي "اسم من التوكيل بمعنى التفويض و الإعتماد"

ب_ اصطلاحا: يرى الفقهاء أن الوكالة نوع من الولاية، "و أصل الوكالة إقامة الشخص غيره مقام نفسه في تصرف يملكه شرعا مما يقبل الإنابة

2_ أنواع الوكالة في الزواج: الوكالة نوعان مطلقة و مقيدة:

أ_ الوكالة المطلقة: هي أن يوكل شخص دون أن يذكر له إمرأة معينة لا باسم و لا وصف و لا يحدد مقدار المهر.

ب_ الوكالة المقيدة: هي التي يقيد فيها الموكل الوكيل بأن يزوجه بامرأة معينة وأوصاف و مهر محددة، ففي هذه الحالة لا يجوز مخالفة الموكل.

3_ حكم الوكالة: يجوز لكل من الولي و الزوج توكيل شخص في الزواج يتولى العقد نيابة عنها و للمرأة الراشدة توكيل من شاءت من أوليائها.

و الأصل في التوكيل في عقد النكاح هو ما رواه أبو داود عن عقبة بن عامر رضي الله عنه: أن النبي صلى الله عليه و سلم قال لرجل(أترضى أن أزوجك فلانة؟ قال: نعم، وقال للمرأة أترضين أن أزوجك فلانا؟ قالت: نعم، فزوج أحدهما صاحبه...).

4ـ الوكالة في قانون الأسرة:

قبل تعديل قانون الأسرة كانت المادة 20: "يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة"، و لكن بموجب الأمر 05- 02 ألغيت هذه المادة، و بالرغم من أن المشرع ألغى الوكالة فإنه خلف فراغا قانونيا مما يحتم

على القاضي في حال النزاع الرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة أي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، أي الرجوع مجددا إلى الوكالة لأن الفقهاء أجازوا التوكيل في الزواج و منه يصبح التعديل الذي ألغى المادة 20 بلا معنى

الفرع الرابع: الشاهدين

أولا: مفهوم الشهادة

1_ تعريف الشهادة:

أ_ لغة: شهد، شهود، أخبر به خبرا قاطعا، و الشاهد هو الذي يخبر بما شهده

ب_ **اصطلاحا:** " المراد من الإشهاد على الزواج هو حضور الشهود إلى مجلس العقد، للإفادة بأنه حدد فيه الصداق، و أنه تم تبادل الإيجاب و القبول"، و اتفق المشرع المغاربي على أن الشاهدين شرط في إبرام عقد الزواج، و لقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 4/9 مكرر من قانون الأسرة، و قد أشارت المحكمة العليا إلى أنه لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل

2ـ حكمها: الإشهاد على النكاح واجب و هو شرط في جواز الدخول و صحته، فلا يجوز الدخول بلا إشهاد و لا تترتب عليه أثاره الشرعية وهذا ماجاء في قوله تعالى في الأية 282 من سورة البقرة ،(و استشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وإمرأتان، ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى)، و قد دعا الرسول صلى الله عليه و سلم إلى الشهادة بقوله: (لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل.

3_ الحكمة من الشهادة: النكاح من العقود التي تترتب عليها أثار كثبوت النسب العدة، الميراث و غيرها و لهذا شرط الشارع الحكيم له شهادة بشاهدين لأنه ينسد باب الفساد ويميز بين الحلال و الحرام، و يمنع مقالات السوء و يدفع الشبهات عن الزوجين.

4_ وقت الإشهاد: اتفق فقهاء الشريعة على أن الإشهاد شرط في صحة الزواج و تخلفه يؤدي إلى فسخه و لكن اختلفوا حول وقت الإشهاد، فذهب الملكية إلى أن الإشهاد وقت العقد على وجه الندب، فان حصل من غير إشهاد وجب الإشهاد قبل البناء و الدخول، أما الجمهور فذهبوا إلى وجوبه وقت العقد و في مجلسه

ثانيا: شروط الشهود

1_ العقل: لا تصح شهادة المجنون في عقد الزواج باتفاق الفقهاء

2_ البلوغ: لا تصح شهادة الصبي حتى و لو كان مميزا باتفاق الفقهاء، و اشترط المشرع الجزائري في المادة 33 من قانون الحالة المدنية "يجب على الشهود المذكورين في شهادة الحالة المدنية أن يكونوا بالغين 21 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أوغيرهم دون ميز فيما يخص الجنس و يختارون من قبل الأشخاص المعنيين"

3_ الحرية: هي شرط عند الجمهور غير الحنابلة.

4_ "سماع كلا من الشاهدين كلام العاقدين: فلا يصح الزواج بحضور أصمين أونائمين"

5_ التعدد: لا ينعقد النكاح بشاهد واحد طبقا لقوله تعالى في الآية 282 من سورة البقرة (و استشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل و إمرأتان، ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى)، و قوله صلى الله عليه وسلم: (لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل).

6_ الإسلام: و هو شرط في زواج المسلمين.

7_ البصر: و هو شرط عقد الشافعية بخلاف الجمهور تصح عندهم شهادة الأعمى.

8_ العدالة: هي شرط عند الحنابلة و الشافعية فلا يصح الزواج بشهادة الفاسق، أما المالكية فهي مندوبة عندهم أما الحنفية فلا يشترطونها.

9_ الذكورة: هي شرط عند الجمهور، بخلاف الحنفية الذين ذهبوا إلى صحة الزواج بشهادة رجل و امرأتين لأن المرأة أهل لتحمل الشهادة و أدائها

و لقد سكت المشرع الجزائري عندما تكلم عن اشتراط الشهود، و لكن أشارت المحكمة العليا إلى اشتراط الذكورة في الشاهدين على الزواج.

و لكن لم يستقر قضاء المحكمة العليا على ذلك لأنه جاء في قرار حديث أنه يثبت عقد الزواج بشهادة رجل و امرأتين

ثالثا: أثر تخلف شرط الإشهاد

طبقا لنص المادة 2/33 فإنه في حال تخلف شرط الشهود فإنه يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه و يثبت بعد الدخول بصداق المثل.

الفرع الخامس: إنعدام الموانع الشرعية للزواج

أولا: المحرمات تحريما مؤبدا

و هي تلك النساء التي تحرم على الرجل تحريما أبديا و نص عليها المشرع الجزائري في المادة 24 و هي ثلاث المحرمات بسبب (القرابة، المصاهرة، الرضاع.

1_ المحرمات بسبب القرابة: و هي لما قال الله تعالى: (حرمت عليكم أمهاتكم و بناتكم و أخواتكم و عماتكم و خالاتكم و بنات الأخ و بنات الأخت)، و لقد اشتقها المشرع الجزائري من الآية الكريمة السالفة الذكر في المادة 25 من قانون الأسرة و سأتطرق لهن طبقا للآتي:

أ_ أصول الإنسان و إن علون: و هن الأم و الجدة (أم الأم أو أم الأب).

ب_ فروع الإنسان و إن نزلت: و هن البنت– بنت البنت– بنت الإبن و إن نزلن.

ج_ فروع الأبوين أو أحدهما و إن بعدت درجتهن : و هن الأخوات الشقيقات (أو لأب أو لأم) و بنات أولاد الإخوة و الأخوات و إن نزلن.

د_ الطبقة الأولى من فروع الأجداد و الجدات: و هن العمات و الخالات سواء كن له نفسه أو (لأب أو لأم).

2_ المحرمات بسبب المصاهرة: وهن أربعة أنواع:

أ_ زوجة أصل الزوج و إن علا :كزوجة الأب و زوجة الجد سواء كان من جهة (الأب أو الأم) و ذلك لقوله تعالى في الآية 22 من سورة النساء(و لا تنكحوا ما نكح ءاباؤكم من النساء إلاّ ما قد سلف إنه كان فاحشة و مقتا و ساء سبيلا)

ب_ زوجة فروع الشخص و إن نزلوا: كزوجة أبنه و ابن ابنه أو زوجة ابن بنته، سواء دخل بها أو لم يدخل لقوله تعالى في الآية 23 من سورة النساء (وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم)، و زوجة الإبن المتبني لا تدخل معهم.

ج_ أصول الزوجة و إن علون: سواء دخل بزوجته أو لم يدخل لقوله تعالى في الآية 23 من سورة النساء (و أمهات نسائكم).

د_ فروع الزوجة و إن نزلن: إن دخل بها و إن لم يدخل بها فلا تحرم عليه و هذا لقوله تعالى في الآية 23 من سورة النساء (وربائبكم التي في حجوركم من نسائكم التي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم).

و يلحق بتحريم فروع الزوجة و أصوله، فروع الموطوءة و أصولها في وطء حرام أو به شبهة

و إلى هذه الأحكام أشار المشرع الجزائري في المادة 26 من قانون الأسرة.

3– المحرمات بسبب الرضاع: هو ثابت بالكتاب و السنة.

– **من الكتاب:** قوله تعالى: (و أمهاتكم التي أرضعناكم و أخواتكم من الرضاعة).

– **من السنة:** قوله عليه الصلاة و السلام (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)

لقد اتفق الفقهاء أن الرضاع هو مص الرضيع اللبن من ثدي امرأة سواء كان كثيرا أم قليلا.
ولقد نص المشرع الجزائري على التحريم بسبب الرضاع في المادة 27 من قانون الأسرة و التي هي نسخة عن الحديث السابق.

ثانيا: المحرمات تحريما مؤقتا

و هي الموانع الشرعية المؤقتة أي التي يمكن أن تزول و يزول معها التحريم، و لقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 30 من قانون الأسرة

1_ المحصنة: يقصد بها المرأة الموجودة في علاقة زوجية مع آخر و هذا لقوله تعالى في الآية 24 من سورة النساء (و المحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم.....)، نص عليها المشرع الجزائري في المادة 1/30 من قانون الأسرة.

2_المعتدة من طلاق أو وفاة: اتفق الفقهاء على تحريم الزواج بالمعتدة و ألحقوا بذلك المستبرأة من نكاح فاسد أو شبهة.
نص المشرع الجزائري على تحريم الزواج بالمعتدة في المادة 2/30 من قانون الأسرة.

3_ المطلقة ثلاثا: يحرم على الرجل المسلم المرأة التي طلقها ثلاثا لأنه استفذ جميع الطلاقات و أصبح الطلاق بائن بينونة كبرى، و تصبح محرمة عليه حتى تتزوج من رجل ثان و يدخل بها ثم يطلقها أو يموت عنها فهنا تصبح حلالا عليه يجوز له أن يتزوجها بمهر و عقد جديدين.
و نص المشرع الجزائري على تحريم الزواج بالمطلقة ثلاثا مؤقتا في المادة 3/30 من قانون الأسرة.

4_ الجمع بين عدد من النساء: و هن الأختين أو بين المرأة و عمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة أو (لأب أو لأم أو من رضاع) فان طلق التي بعصمته جاز له الزواج بالأخرى، و لقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 4/30 من قانون الأسرة.

5_ زواج المسلمة مع غير المسلم: لا يصح زواج المسلمة مع غير المسلم باتفاق الفقهاء و هذا لقوله تعالى في الآية 221 من سورة البقرة (و لا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) ، و نص على ذلك المشرع الجزائري في المادة 5/30 من قانون الأسرة.
و بخلاف المرأة المسلمة يجوز للرجل المسلم الزواج بالكتابية (و هي المؤمنة بكتاب منزل كاليهودية، النصرانية).

6_ الزيادة على القدر المسموح به شرعا : أباحث الشريعة الإسلامية للرجل أن يجمع بين أربعة زوجات و حرمت عليه الخامسة حتى يطلق واحدة من الزوجات الأربعة و هذا لقوله تعالى في الآية 3 من سورة النساء (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث و رباع فإن خفتم ألاّ تعدلوا فواحدة).
نص المشرع الجزائري في المادة 8 من قانون الأسرة على أنه يجوز للرجل الزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية (أي عدم تجاوز أربعة زوجات) متى وجد المبرر الشرعي و توفرت شروط و نية العدل و لابد للزوج أن يخبر الزوجة السابقة و اللاحقة وحصوله على إذن من طرف القاضي يسمح له بالتعدد.

ثالثا: حكم الزواج بإحدى المحرمات

اتفق الفقهاء على أن الزواج بإحدى المحرمات هو زواج فاسد وجب الفسخ دون الطلاق، و اعتبره المشرع الجزائري زواجا باطلا طبقا لنص المادة 32 من قانون الأسرة ويفسخ قبل الدخول و بعده و يترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الإستبراء.

المبحث الثالث

الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج

يقصد بالشروط الشكلية لعقد الزواج تلك الضوابط المفروضة قانونا من أجل إبرام عقد الزواج من الناحية القانونية، و تتمثل في مجموعة من الإجراءات الإدارية التي تسبق العقد بالإضافة إلى شروط أخرى يشترطها القانون من أجل تسجيل و إشهار عقد الزواج.

و ألزم المشرع الأشخاص الراغبين في الزواج مجموعة من المراحل وجب المرور بها تكون سابقة للعقد و تتمثل في جمع مجموعة من الوثائق الإدارية المكونة لعقد الزواج بالإضافة إلى الخضوع إلى الفحص الطبي الشامل و هذا لمعرفة ما مدى خلو الزوجين من الأمراض مهما كانت صفتها سواء خطيرة أو معدية و غيرها ضف إن ذلك و بعد جمع كل الوثائق لابد للزوجين من تسجيل الزواج لدى الضابط المؤهل قانونا لإبرام عقود الزواج

المطلب الأول: الإجراءات المتعبة لتكوين ملف عقد الزواج

المطلب الثاني: الجهات المختصة بإبرام عقد الزواج

المطلب الأول: الإجراءات المتبعة لتكوين ملف عقد الزواج

و تتمثل في مجموعة من الوثائق الإدارية المطلوبة قانونا من أجل إبرام عقد الزواج.

الفرع الأول: الوثائق العامة المكونة لملف الزواج

أولا: الوثائق الإدارية المكونة لملف الزواج

–**شهادة الميلاد:(رسم الولادة):** هي مشترطة في قوانين الدول المغاربية إذ نص عليها المشرع الجزائري في المادة 74 من قانونالحالة المدنية

– **بطاقة التعريف الوطنية، الدفتر العائلي للأبوين، الدفتر العسكري:** في حالة تعذر على أحد الزوجين تقديم شهادة الميلاد يمكن له تقديم بطاقة التعريف الوطنية أو الدفتر العائلي للأبوين، أو الدفتر العسكري.

و تعتبر هذه الوثائق بمثابة استثناء في حالةعدم التمكن من إحضار شهادة الميلاد و لقد نص على ذلك المشرع الجزائري في المادة 3/74 من قانون الحالة المدنية.

– **شهادة الإقامة:** اشترط المشرع الجزائري في المادة 1/75 من قانون الحالة المدنية استخراج شهادة الإقامة و الغرض من ذلك هو إثبات محل الإقامة بالإضافة إلى اختصاص المحكمة أو البلدية.

– **شهادة عدم الزواج و عدم إعادة الزواج:** اشترطها المشرع الجزائري و أوجب صدورها عن وزارة الداخلية و الجماعات المحلية، يصادق عليها رئيس البلدية و تتضمن بيانات مدلى بها من طرف المعني و التي تتعلق بأنه لم يسبق له الزواج أو عدم إعادته

ثانيا: ضرورة الفحص الطبي قبل الزواج

1. **التعريف بالشهادة الطبية قبل الزواج**

هي عبارة عن وثيقة تمنح لطالبي الزواج بعد القيام بفحص طبي للتأكيد من خلوهم من الأمراض أو أي عامل قد يشكل عليهم خطر في الزواج بشرط ألا تتجاوز ثلاثة أشهر وهذا طبقا لنص المادة 1/7

و لم تلزم الشريعة الإسلامية الزوجين بالقيام بالفحوصات الطبية قبل الزواج و لكن أعطت لكل واحد من الخطيبين حق الرد قبل الدخول أو بعده و قد أعطى حق التفريق للعيب للزوجين معا، و ذهب الحنفية إلى أنه يثبت للزوجة الخيار فقط، و العيوب الموجبة للتفريق منها ما هو متعلق بالزوج و منها ما هو متعلق بالزوجة و منها ما هو متعلق بالزوجين معا، أما العيوب المتعلقة بالزوج فهي تتمثل في الأمراض التناسلية التي تحول دون الإتصال الجنسي، و تتمثل هذه العيوب في العنه، الجب، الخصاء، و الخنوثة أما العيوب الموجبة للتفريق و الخاصة بالمرأة فهي تتمثل في: الرتق، العفل، الافضاء،

البخر و غيرها من العيوب الجنسية التي ذكرها الفقهاء في بطون مؤلفاتهم، أما عن العيوب المشتركة بين الزوجين فتتمثل في الجنون، الجذام، البرص و الخنثى، وهي عبارة عن أمراض تمنع الجماع.

2. **فوائد الفحص الطبي:** للفحص الطبي قبل الزواج أهداف صحية و إجتماعية وإنسانية و هذا لحماية الصحة العمومية و تتمثل فوائد الفحص الطبي في الآتي بيانه:

- يعتبر الفحص الطبي قبل الزواج من الوسائل الوقائية الفعالة و يتمثل ذلك في الحد من الأمراض الوراثية.
- تمكين الزوجين من معرفة الصحة الخاصة لكل واحد منهما.
- إخضاع النساء اللواتي مازلن في سن الزواج إلى الفحص المتعلق بداء الحميراء الذي قد تتعرض له أثناء فترة الحمل.
- التحقق من وجود أو عدم وجود الأمراض المزمنة (كداء السكري و ضغط الدم وغيرها).
- هـ- التأكد من سلامة الخطيبين من الأمراض الجنسية السارية و المعدية.
- التأكد من قابلية الزوجين للإنجاب.

3 -تنظيم الشهادة الطبية في التشريع الأسري:

ألزم المشرع الجزائري الأشخاص المقبلين على الزواج باجراء فحوصات طبية هذا طبقا لنص المادة 7 مكرر للتأكيد من خلوهما من الأمراض.

و أصدر المشرع الجزائري مرسوم تنفيذي رقم 06- 154 جاء في مادته الأولى: "يهدف هذا المرسوم إلى تحديد شروط و كيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من قانون 84- 11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984 و المذكور أعلاه".

الفرع الثاني: الوثائق الخاصة المكونة لملف الزواج:

أولا: التراخيص الإدارية:

يجب على بعض الأشخاص الحصول على الشهادة الإدارية للسماح بزواجهم و ذلك بسبب وضعهم الخاص و تتمثل في شهادة الكفاءة بالنسبة للأجانب و كذا الترخيص الخاص بزواج أسلاك الأمن.

1. **شهادة الكفاءة بالنسبة للأجانب:**

"أصدر المشرع الجزائري تعليمة بتاريخ 1980/02/11 تقضي بوجوب الإدلاء بالترخيص بالزواج بالنسبة للأجانب، وزعت التعليمة على الولاة و المديرين العامين للأمن الوطني من طرف وزارة الداخلية، و لقد تضمنت هذه التعليمة ثلاث حالات و تتمثل في:

- زواج أجنبيين حاصلين على بطاقة الإقامة
- حالة كون الزوج أجنبي مقيم مع أجنبي غير مقيم
- الزوج المستقبل للجزائري هو أجنبي

و تضمنت كذلك أن زواج الجزائرية المسلمة من غير المسلم ممنوع منعا باتا، و عليه فإن أراد شخص أجنبي مقيم بالجزائر بصفة دائمة أو مؤقتة أن يعقد زواجا لابد له الحصول على ترخيص من طرف والي الولاية التي يقيم بها بعد إجراء تحقيق حول ظروفه و أسباب إقامته في تلك الولاية و حول سيرته و سلوكه

2_ الترخيص الخاص بزواج أسلاك الأمن:

على الأشخاص الراغبين في الزواج التابعين للسلك العسكري و كذا شباب الخدمة الوطنية إذا رغبوا في الزواج أثناء الخدمة الوطنية و كذا رجال الشرطة و الدرك الوطني والسلك السياسي و القنصلي التابعين لوزارة الشؤون الخارجية على

وجوب حصولهم على ترخيص من المصالح التابعين لها و هذا من أجل إبرام عقد الزواج و هذا زيادة على المستندات التي يجب تقديمها في الحالات العادية

و جاء النص على الترخيص لموظفي الأمن الوطني في المادة 23 من المرسوم رقم 83- 481 الصادر في 1983/08/13 و المتعلق بالأحكام و القواعد المطبقة على موظفي الأمن الوطني، أما رخصة مصالح الدفاع الوطني جاء النص على ذلك في المنشورين الصادرين عن وزارة العدل أحدهما بتاريخ 1967/06/13 يحمل رقم 329، و الثاني بتاريخ 1968/06/25 و يحمل رقم 364.

ثانيا: الأذونات القضائية

"يقصد بالأذونات القضائية تلك التراخيص الصادرة عن السلطة القضائية باختلاف مصدريها، هذه الأذونات قررتها قوانين الأسرة المغاربية و أوجبت الحصول عليها لتوثيق عقد زواج بعض الفئات وفق شروط موضوعية و إجراءات خاصة.

1_ الإذن القضائي بزواج التعدد:

لقد ألزم المشرع المغاربي على الأشخاص الراغبين في تعدد الزوجات الحصول على إذن قضائي بذلك، و لقد نص المشرع الجزائري على نظام التعدد في المواد (8، 8 مكرر، و 8 مكرر1) من قانون الأسرة فالقاعدة عند المشرع الجزائري هو إباحة تعدد الزوجات في حدود الشريعة الإسلامية و هذا طبقا لنص المادة 8 من قانون الأسرة، حيث أن التعدد في الشريعة الإسلامية يكون في حدود أربعة نسوة و هذا طبقا لقوله تعالى:

(و إن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث و رباع فإن خفتم ألاّ تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا).

فعلى الزوج الراغب في التعدد أن يحصل على ترخيص صادر من رئيس محكمة مكان مسكن الزوجية، و لا يمنحه هذا الأخير الترخيص إلا إذا توفرت فيه الشروط الآتية:

- الحصول على موافقة الزوجة السابقة و اللاحقة و تكون الموافقة بواسطة إفراغها أمام الموثق في سند رسمي، و يجب إحضار المرأتين أمام رئيس المحكمة و يقوم هذا الأخير باستجوابها و هذا للتأكيد من موافقتها.
- أن يثبت الزوج وجود المبرر الشرعي لإعادة الزواج كمرض الزوجة الأولى أو عدم قدرتها على الإنجاب ...الخ
- أن يثبت قدرته على توفير العدل و الشروط الضرورية للحياة الزوجية، و يقصد بذلك العدل في الإنفاق و القدرة على ذلك

2_ الاذن القضائي بالزواج ما دون سن الأهلية:

لقد أوجبت التشريعات المغاربية على الأفراد بلوغ سن معينة لابرام عقد الزواج واعتبره المشرع الجزائري ببلوغ 19 سنة للجنسين طبقا لنص المادة 7 من قانون الأسرة، أما المشرع المغربي و التونسي فقد اتفقا على تحديد سن الزواج و قدروه ببلوغ 18 سنة للجنسين هذا طبقا لنص المادة 19 من المدونة و الفصل 5 من مجلة الأحوال الشخصية، و في حال رغبة أحد الأشخاص الزواج دون بلوغه السن القانونية للزواج وجب عليه الحصول على إذن من المحكمة و هذا طبقا للمادة 7 من قانون الأسرة.

أما عن الحالاتالتي يمنح فيها القاضي الإذن بالزواج فيما دون السن القانونية فقد حددت المادة 7 من قانون الأسرة سن الزواج بـ 19 سنة و للراغبين بالزواج فيما دون هذا السن لابد لهم من الحصول على ترخيص من القاضي بالزواج و يراعي القاضي في ذلك وجود مصلحة أو ضرورة بعد تأكده من قدرة الطرفين على الزواج.

ب_ إجراءات منح الإذن بالزواج:

حدد المشرع الجزائري سن الزواج للجنسين ببلوغ 19 سنة و أعطى للقاضي السلطة التقديرية في منح الترخيص بالزواج في حالة وجود ضرورة أو مصلحة بعد التأكد من قدرة الطرفين على الزواج و هذا طبقا لنص المادة 7 من قانون الأسرة. و يقدم الطرف الراغب في الزواج طلب باسم ولي الطرف المراد ترشيده و يكون هذا الطلب لدى القاضي المختص و لهذا الأخير السلطة التقديرية في منح الإذن من عدمه، فالمشرع قام بتوسيع دائرة الإختصاص بمنح رخصة للقاضي المختص الذي يمنح بدوره الإذن بالزواج و قام بإلغاء تدخل وكيل الجمهورية على الرغم من دوره الضئيل الذي يقتصر على الاستشارةمرفقا بالوثائق التالية:

- شهادة ميلاد الزوجين 12.
- نسخ من بطاقة التعريف لكلا الزوجين ووليهما.
- شهادة طبية تثبت الأهلية الطبية للقاصر المطلوب ترشيده.

و يمنح القاضي الإذن بالزواج بناءا على أمر على عريضة بعد الإطلاع على الأسباب والإثباتات الطبية و الإطلاع على التماسات النيابة العامة و يصدر هذا الأمر عن رئيس المحكمة و لا يوجد مانع أن يصدر عن قاضي الأحوال الشخصية.

المطلب الثاني: الجهات المختصة بإبرام عقد الزواج

هناك جهات مختصة تقوم بإبرام و تسجيل عقود الزواج و قد تكون هذه الجهات داخل الوطن و قد تكون خارج الوطن

الفرع الأول: الجهات المختصة بإبرام عقد الزواج داخل الوطن

أولا: ضابط الحالة المدنية 1_ تعريف ضابط الحالة المدنية: "هو الموظف المؤهل قانونا لتحرير عقد الزواج وتسجيله، و لقد نص المشرع الجزائري في المادة 1 من قانون الحالة المدنية أنه يتمتع بصفة ضابط الحالة المدنية كل من رئيس المجلس الشعبي البلدي، نوابه و هذا داخل الوطن كما أنه نص في المادة 2 منه أنه يجوز لرئيس المجلس الشعبي البلدي تفويض عون بلدي أو أعوان عددين قائمين بالوظائف الدائمة لممارسة مهنة ضابط الحالة المدنية بشرط بلوغهم سن 21 سنة، و خولت المادة 2/3 منه لضابط الحالة المدنية الحق في تحرير عقود الزواج.

2_ **الاختصاص المكاني:** يكون الاختصاص المكاني لضابط الحالة المدنية طبقا لنص المادة 71 من قانون الحالة المدنية في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج.

3 ــ **كيفية تسجيل ضابط الحالة المدنية لعقود الزواج:** بعد التأكد من صحة تطبيق المادة 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة أي التأكد من توفر ركن الرضا و شروط الزواج المتمثلة في الأهلية، الصداق، الولي، الشاهدين و انعدام الموانع الشرعية للزواج، و يجب أن يتضمن عقد الزواج البيانات التالية:

- الألقاب و الأسماء و التواريخ، و محل ولادة الزوجين، و صدور الإيجاب و القبول منهما و يكون متمتعان بالأهلية و التمييز و الاختيار.
- مهنة الأزواج و موافقتهم و توقيعهم.
- ألقاب و أسماء الشهود و توقيعهم.
- اسم الولي و توقيعه عند الاقتضاء.
- الترخيص بالزواج عند الاقتضاء.
- الإعفاء من السن الممنوحة من طرف رئيس المحكمة إن لزم الأمر.
- تحديد معجل و مؤجل الصداق طبقا للمادتين 9 مكرر و 15 من قانون الأسرة.
- الشهادة الطبية لكلا الزوجين طبقا للمادة 7 مكرر من قانون الأسرة.

- بيان حالة الزوجة إما بكر أو ثيب أي مطلقة أو أرملة.
- ذكر اشتراطات الزوجين إن وجدت، لسيما اشتراط عدم التعدد أو عمل المرأة أومسكن مستقل....الخ.

و بعد ذلك يقوم بتسجيل عقد الزواج في سجلاته و يسلم إلى الزوجين دفترا عائليا مثبت للزواج و هذا طبقا للمادتين 1/72 و 117 من قانون الحالة المدنية

4 ـ **جزاء إخلال ضابط الحالة المدنية بالتزاماته:** إن سلطة ضابط الحالة المدنية بشأن تحرير عقود الزواج تحكمها نصوص قانونية و لقد نصت المادة 46 من قانون الحالة المدنية، " تبطل العقود عندما تكون البيانات الأساسية الواردة فيها مزورة أو في غير محلها و لو أن العقد في حد ذاته كان صحيحا شكلا.

كما يجوز أيضا إبطال العقد عندما يكون محررا بصورة غير قانونية و لو كانت بياناته صحيحة".

و لقد جاء في المادة 77 أنه يعاقب ضابط الحالة المدنية الذي يحرر عقد الزواج دون حصوله على رخصة الأشخاص المؤهلين لحضور عقد أحد الزوجين المنصوص عليها في المادة 1/441 من قانون العقوبات، و يعاقب إذا لم يقم بالإجراءات القانونية، بغرامة لا تتجاوز 200 دج، و تعتبر هذه العقوبة عقوبة رمزية.

و جاء في نفس المادة تعاقب على هذه الأفعال بالحبس من 10 أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر و بغرامة من 100 إلى 1000 دج أو باحدى هاتين العقوبتين.

ثانيا: الموثق:

1ـ **تعريف الموثق:** "هو موظف عمومي يتولى إبرام العقود الرسمية بشكل عام"، و لقد خوله القانون إبرام عقود الزواج و هذا طبقا للمادة 1/71 من قانون الحالة المدنية والمادة 18 من قانون الأسرة.

2ـ **الإختصاص المكاني:** لقد حددته المادة 1/71 من قانون الحالة المدنية و هو نفس الاختصاص المخول لضابط الحالة المدنية و الذي يكون بدائرة اختصاصه موطن الزوجين أو محل إقامة أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج.

3/ـ **كيفية تسجيل الموثق لعقود الزواج:** بعد تأكده من وجود أركان و شروط عقد الزواج طبقا للمادتين 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة فإنه طبقا للمادة 2/72 من قانون الحالة المدنية: "يحرر الموثق عقدا عندما يتم الزواج أمامه و يسلم إلى المعنيين شهادة، كما يرسل ملخصا عن العقد في أجل ثلاثة أيام إلى ضابط الحالة المدنية الذي يقوم بنسخه في سجل الحالة المدنية خلال مهلة 5 أيام ابتداء من تاريخ تسليمه إلى الزوجين دفترا عائليا و يكتب بيان الزواج في السجلات على هامش عقد ميلاد كل واحد من الزوجين".

4ـ **جزاء إخلال الموثق بالتزاماته:** هي نفس العقوبات المقررة لضابط الحالة المدنية والمنصوص عليها في المادة 2/77 من قانون الحالة المدنية و المادة 1/441 من قانون العقوبات.

الفرع الثاني: الجهات المختصة بإبرام عقد الزواج خارج الوطن

أولا: إبرام عقد الزواج أمام السلطة المحلية بالخارج

ويعقد الزواج في هذه الحالة أمام ضابط الحالة المدنية و وفقا لقانون مكان الإبرام فيعد هذا الزواج مقبولا إذا تم تسجيله وفقا للشكل المدني.

أما تسجيله وفقا للشكل الديني فيعتبر باطلا و وفقا لأحكام قانون الحالة المدنية فإن الجزائريون الذين أبرموا عقود زواجهم أمام ضابط الحالة المدنية بالخارج بإمكانهم تسجيله أمام الهيئات القنصلية و هذا طبقا لنص المادة 103 من قانون الحالة المدنية .و يجب ألا يخالف الزواج المبرم أما السلطات المحلية بالخارج الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون

الوطني لمكان عقد الزواج طبقا لنص المادة 97 من قانون الحالة المدنية أي وجوب توفر الشروط الموضوعية المنصوصة في المواد 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة.

ثانيا: إبرام عقد الزواج أمام المصالح القنصلية

و يبرم عقد الزواج طبقا للقانون الجزائري أمام رؤساء البعثات السياسية المشرفون على الدوائر القنصلية و رؤساء المراكز القنصلية بصفتهم ضباط للحالة المدنية للجزائريين المقيمين خارج الوطن، و في كل قنصلية جزائرية يوجد بها ثلاث سجلات من بينها سجل الزواج و الذي يتكون من نسختين أصليتين حيث أنه يتولى رئيس المركز القنصلي بإرسال نسخة في آخر يوم من السنة إلى وزارة الشؤون الخارجية و يحتفظ هو بالنسخة الأخرى، ضمن محفوظات المركز القنصلي، و لكي يصح عقد الزواج لابد أن يبرم طبقا للقوانين الجزائرية و ذلك بمراعاة المواد (96 و 97 و 103 و 104) من قانون الحالة المدنية.

المبحث الرابع:أثار عقد الزواج

يعتبر عقد الزواج كغيره من العقود ينتج آثار قانونية تترتب بمجرد انعقاده " ويقصد بأثار عقد الزواج الأحكام التي يرتبها أو بمعنى أخر الحقوق والواجبات التي يرتبها عقد الزواج بين الزوجين." وغيرهما كالأولاد.

المطلب الأول: الحقوق والواجبات بين الزوجين في المادة 36 من قانون الأسرة.

قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري وبموجب القانون رقم 11/84 كانت المادة 36 تميز بين الحقوق والواجبات التي تقع على عاتق الزوجين، أما المادة 39 من نفس القانون السالف الذكر فكانت تنص على واجب الزوجة طاعة الزوج باعتباره رئيس الأسرة، ليتم إلغاء هذه المادة في تعديل 02/05.

ضف إلى ذلك وفي تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 تم الخروج من دائرة التمييز بين الحقوق والواجبات المخولة للزوجين الى مساواة مطلقة في ذلك حيث تنص المادة 36 منه على: " يجب على الزوجين:

1-المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة

2-المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة

3-التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم

4-التشاور في تسيير شؤون الأسرة وفي تباعد الولادات

5-حسن معاملة كل منهما لأبوي الأخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم

6-المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف.

7-زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف."

الفرع الاول: المساواة في المعاملة والروابط الأسرية بين الزوجين

لقد ذكرها المشرع الجزائري في الفقرات من 1-4 من المادة 36 من قانون الأسرة

أولا: المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة

لم يحدد المشرع في الفقرة الأولى من المادة 36 ما المقصود بها، غير أنه يمكن القول أنها كل ما يتعلق بالحياة الزوجية المشتركة بين الزوجين " العلاقة بين الزوجين علاقة روحية وما يحفظها ويحافظ عليها المعاشرة بالمعروف ولا يتحقق ذلك إلا بمعرفة كل طرف ماله وما عليه ".

أ- حق الاستمتاع:

" من الحقوق المشتركة التي رتبها عقد الزواج الصحيح حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع، وعدم الامتناع عن ذلك إلا لعذر شرعي كمرض أو حيض أو نفاس لأن ذلك من مقاصد عقد الزواج وبه تتحقق العفة لكل من الزوجين ".

ب- المساكنة الشرعية:

" يترتب عن كون المساكنة الشرعية حقا لكل من الزوجين على الأخر أن يساكنه بيت الزوجية مع ما تقتضيه هذه المساكنة المشروعة من أداء واجبات الحيات الزوجية المعتادة ومنع كل

من الزوجين هجره والإخلال بواجب رعاية شؤون الأولاد "

ج- حق الإعفاف:

أ-الإعفاف لغة: " الكف عما لا يحل ولا يجمل، يقال عف عن المحارم والأطماع الدنية

يعف عفة وعفا وعفافا وعفافة فهو عفيف وعف أي كف وتعفف واستعف وأعفه الله "وفي التنزيل قوله تعالى: ﴿ يج يح يخ يم يى ﴾[1]

ب-العفة اصطلاحا:ويقصد بها " الابتعاد عن كل ما يدعو للريبة، ومن حقوق الزوج أن تحافظ المرأة على عفتها وشرفها وتصن عرضها وعرض زوجها وبيتها مما يدنسه ويلحق به العار،

ثانيا- المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة

كلا الزوجين مطالب بإحسان العشرة، وعلى كل منهما أن يسعى إلى ما يرضي الآخر من حسن المخاطبة واحترام الرأي والتسامح، ودفع الأذى والبعد عما يجلب الشقاق والشجار .

ثالثا- التعاون والتشاور في تسيير شؤون الأسرة

يعتبر الزواج في الشريعة الإسلامية من أقدس العقود فقد سماه الشارع الحكيم في كتابه الكريم بالميثاق الغليظ، ونظرا لما له من أهمية عظمى أوجب على الزوجين المحافظة على هذه الرابطة الروحية التي أساسها المودة والرحمة، سعيا لتحقيق الاستقرار والاطمئنان فمن واجب الزوجين التعاون المشترك على تسيير شؤون الأسرة والحفاظ على مصلحتها بالتعاون على رعاية الأولاد والسهر على حسن تربيتهم بزرع الأخلاق الكريمة في نفوسهم، وتقديم لهم كل الحب والدفء العائلي.

رابعا- الإنجاب

لقد سادت ولفترة طويلة فكرة أن الإنجاب هو حق للزوج أكثر مما هو حق للزوجة، غير أنه وبتطور الزمن والأفكار، أصبح حقا لكل طرف على قدم المساواة، يلتزم بموجبه كل زوج بتمكين الطرف الآخر منه، بكل ما يملك كالوطء في فترات التبويض، وعدم استعمال وسائل منع الحمل الخاصة بالرجل كالعزل أو الغلاف العازل، أو الخاصة بالمرأة كالحبوب أو اللولب وغيرها، وهذا متى توفرت القدرة على ذلك، أما لو كان أحدهما مريضا فيجب عليه العلاج إن أمكن ، فإن تعذر الإنجاب واستدعت الضرورة اللجوء إلى الطرق العلمية الحديثة، فلا يتم ذلك إلا برضاه ورضاها، وهو حر في الموافقة وعدم الموافقة وذلك طالما كانت الطريقة جائزة شرعا وقانونا ، فإن تعذر ذلك جاز للآخر مفارقته.

خامسا- ثبوت النسب

إن أهم ما يترتب عن عقد الزواج من آثار هو إثبات نسب المولود إلى والده، إذ أن نسب الولد لأمه ثابت بسبب الحمل المرئي والولادة المعلومة بغض النظر عن كونه ولدا شرعيا أو ابن زنا"،" إذن يتمتع كل زوج بحق ثبوت نسب أولاده

---

[1] سورة النور الآية 33.

إليه وإلى زوجه متى ولدوا من صلبهما وليس لأي منهما أن يفرض على الآخر نسب غير أولاده، ولا أن يمنعه من نسب أولاده، وله لإثبات ذلك طرق الإثبات المحددة قانونا، غير أنه قد يوجد اختلاف فقط في شروط النسب ، فنسب الأم ثابت لكل مولود لها أما الأب فلا بدّ لثبوت نسبهمن توفر شروط قانونية حددها المشرع في المواد 40 وما بعده من تقنين الأسرة "

الفرع الثاني: المساواة في أحكام المعاملة والروابط الأسرية بين الزوجين وأهاليهم

نص عليها المشرع الجزائري في الفقرات 5-6-و7 من المادة 36 من قانون الأسرة وألزم الزوجين بما يلي: احترام الأبوين والأقارب وحسن معاملتهم و زيارة الأهل واستزارتهم

أولا- احترام الأبوين والأقارب وحسن معاملتهم

يتعين على كل فرد احترام أقاربه وحسن معاملتهم خاصة أبويه، فلا يؤذيهمالقوله تعالى:

ﱡﭐ ئج ئح ئخ ئم ئه بج ﱠ[2]، فالفرد ملزم بمعاملة والديه معاملة حسنة مبنية على الاحترام وهذا الالتزام لا ينتهي بالزواج وإنما هذا السلوك دائم، يستمر مع الإنسان طول فترة حياته ضف إلى ذلك بمجرد الزواج وجب على كلا الزوجين احترام والدي بعضهما بعض.

ثانيا- زيارة الأهل واستزارتهم

نّص عليها المشرع الجزائري في الفقرات من 05 إلى 07.

أ- الزيارة:

ألزم الزوج على قدم المساواة بزيارة أبويه وأقاربه وأبوي زوجته وأقاربها وكذلك تطالب الزوجة بزيارة أهله وأهلها.

ذهب الحنفية في إحدى رواياتهم أنه لا يملك الزوج منع زوجته من زيارة أهلها وذهب الجمهور من مالكية وشافعية وحنفية في رواية ثانية لهم أنه يحق لها زيارة أهلها دون إذن منه وذلك كل سنة مرة، وقيل كل شهر مرة إن كانوا غير والديها فإن كان مريضا تزوره وتخدمه حسب الحاجة واستدلوا في ذلك بأنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق. غير أن المالكية اشترطوا لذلك أن يكون الطريق مأمونا، ولا تخاف على نفسها فإن لم يكن كذلك فلا يجوز لها الخروج حتى ولو مع جماعة آمنة، فيما اشترط فقهاء أخرون لصحة زيارتهم أما في غير ذلك فلا يجوز لها أن تخرج من غير إذن زوجها وفي كل الأحوال لا يجوز لها أن تبيت عند أي من أقاربها إلا بإذن زوجها.

ب- الاستضافة أو الاستزارة:

نّص عليها المشرع الجزائري في المادة 7/36 من قانون الأسرة الجزائري، فجعلها المشرع من واجب كل طرف استضافة أهله بالمعروف.

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يلزم أي زوج باستضافة أهل الزوج الآخر.

ج- حرمة المصاهرة:

إن تحقق المصاهرة بتمام عقد الزواج يرتب حرمة فورية بين كل زوج وبعض أقارب الآخر فيحرم بموجبها على الزوج من أقارب زوجته أمها بمجرد ابرام عقد الزواج عليها وابنتها بالدخول بأمها ولا يكفي العقد، وأختها وعمتها وخالتها طالما كانت الزوجية قائمة. أما الزوجة فيحرم عليها أصول الزوج مهما علو وفروع الزوج مهما نزلوا.

-ولم يتناول المشرع الجزائري هذا الحق ضمن حقوق وواجبات الزوجين ولكنه تناوله ضمنافي موانع عقد الزواج في المادة 26 من قانون الأسرة الجزائري.

---

[2] سورة الإسراء الآية 23.

المطلب الثاني:المعاملات التعاقدية بين الزوجين

عقد الزواج متى انعقد صحيحا تنجر عنه حقوق لكلا الزوجين وفي إطار المساواة بين الزوجين في الحقوق والواجبات نجد حقوق غير مالية وأخرى مالية أما الحقوق غير مالية فقد تم التطرق إليها في المبحث الأول أما الحقوق المالية فنتطرق إليها في هذا المبحث ففي إطار المساواة بين الزوجين في الحقوق والواجبات المالية نجد " حق التوارث " وهو حق شرعي خوله الله سبحانه وتعالى للطرفين وكذا حق المساواة في استقلالية الذمة وحرية التصرف في

الفرع الأول:عقد الاشتراط في الزواج

جاء التشريع الإسلامي بمنهج سليم ميسر، لينظم حياة المجتمع الإسلامي، من حيث المعاملات الجارية بين الناس وجعل من حق المتعاقدين أو أحدهما الاشتراط في العقد أنى كانت، فأعطي للزوجين الحق في الاشتراط أثناء عقد الزواج أو بموجب عقد لاحق، يتم من خلاله إضفاء مجموعة من الاشتراطات التي يتم تقييدها سواء من طرف الزوجة أو من طرف الزوج، أوكلاهما معا، يتم تقييدها وفقا لإجراءات منصوص عليها في القانون

بموجب تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 نجد المشرع الجزائري نص في المادة 19 من قانون الأسرة للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون. " فقد أعطى للزوجين الحق في الاشتراط في عقد الزواج حيث خصص شرطين لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، فللزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يرونها ضرورية ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون."

أما قبل التعديل وبموجب القانون رقم 84-11 فقد تركها عامة " للزوجين أن يشترطا

في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها مالم تتناف مع هذا القانون

أولا: اشتراط عدم تعدد الزوجات

حاول المشرع الجزائري مواكبة الاتفاقيات الدولية خاصة منها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي سعت لتحقيق مبدأ المساواة بين الجنسين وتكريسا لهذا المبدأ وعلى غرار بعض التشريعات العربية والغربية حاول المشرع الجزائري تجسيد المبدأ من خلال التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر 05-02، وذلك بفرضه قيود وتضييقه من دائرة التعدد بوضعه معايير تثقل كاهل الزوج لقيامه بالتعدد، ومن بينها نجد أنه أعطى للمرأة الحق في اشتراط عدم تعدد الزوجات وذلك من خلال نص المادة 19 من قانون الأسرة.

وتعريف التعدد" هو أن يتزوج الرجل أكثر من امرأة جامعا بينهن على ألا يزيد عددهن عن الأربعة." أو أن يتزوج أكثر من امرأة رجلا واحدا مجتمعات عليه على ألا يزيد عددهن على الأربعة، وذلك بمراعاة كلمة زواج وهي: عقد بين رجل وامرأة لإباحة المتعة الزوجية بينهما.

ثانيا: اشتراط عمل المرأة

ما يفهم ضمنيا من هاته المواد أن المشرع عندما أعطى للمرأة الحق في اشتراط عملها

في عقد الزواج فانه قد تأثر بنص المادة 11 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي تنص: " تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل لكي تكفل لها، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة، نفس الحقوق ولا سيما:

الحق في العمل بوصفه حقا ثابتا للجميع، هذا من أجل وحدة وانسجام الأسرة والحفاظ على المجتمع وتماشيا مع كافة القرارات والإعلانات والاتفاقيات والتوصيات الصادرة من الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة والرامية إلى القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة "

الفرع الثاني: عقد الاتفاقات المالية

لقد تعرضت قوانين الأسرة العربية المستمدة من الشريعة الإسلامية إلى جملة من التعديلات تصب في تطبيق مبدأ المساواة من جهة أو حماية حقوق الإنسان من جهة أخرى، وفي إطار تعديل قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 02/05 وتأثرا بالاتفاقيات الدولية تم إدراج المادة 37 المعدلة التي أقرت على أنه يتمتع الزوجين باستقلالية الذمة المالية، غير أنه يمكنهما وضع نظام مالي مشترك للأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية

أولا: استقلالية الذمة المالية للزوجين

" الذمة المالية في الفقه الإسلامي هي وصف شرعي يفترض الشارع وجوده في الإنسان يصير به أهلا للالتزام صالحا لأن يكون له حقوق وتترتب عليه واجبات مالية، وهي بهذا المفهوم وثيقة الصلة بأهلية الوجوب التي تعطي صلاحية الإنسان لأن تكون له حقوق وعليه واجبات، فهي مترتبة على وجود الذمة وكلاهما تلازم الإنسان منذ ميلاده، مع العلم أن الجنين تكون له ذمة مالية قاصرة إلّا أنها تختلف عن الذمة المالية في كونها تتعلق بالالتزامات عامة. "

ومن صميم تنظيمها لأموال الأسرة فقد اهتمت الشريعة الإسلامية بأموال الزوجين وأولتها أهمية بالغة بل أحاطتها بالترتيبات اللازمة منذ مرحلة ما قبل الزواج، ومن المعلوم أنه من المبادئ الأساسية المعمول بها استقلال الذمة المالية للزوجين وذلك بقوله تعالى:﴿آتيتموهن﴾ [3]، فالزواج في الإسلام لا أثر له على أموال الزوجين سواء كانت منقولا أو عقارا اكتسب قبل الزواج أو بعده، فالمهر المفروض للزوجة هو خالص لها يثبت بمجرد إبرام عقد الزواج وليس لأحد في شيء منه سواء الزوج أو غيره لقوله تعالى:﴿آتوا النساء صدقاتهن نحلة فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا﴾ [4] وبهذا فإن المرأة لها ذمة مالية مستقلة مثلها مثل الرجل ولها الحق في جميع المعاملات لأجل إثراء هذه الذمة

ولا يؤثر على هذه الاستقلالية حق التوارث الذي يثبت لكلا الزوجين بمجرد عقد الزواج، حيث ترث الزوجة زوجها كما يرثها هو وفق أنصبة محددة شرعا وقانونا، الوضع النظري والقانوني يحميان الزوجة ويساويانها بالرجل.

ثانيا: إمكانية وضع اتفاق مالي مشترك بين الزوجين

جاء في المادة 2/37: " يجوز للزوجين أن يتفقا بعقد رسمي حين إبرام عقد الزواج أوفي عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينها التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية، وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما"

فهذه الفقرة تجيز للزوجين وضع نظام مالي مشترك بينهما يحددان بموجبه كيفية اقتسام ونسبة كل منهما من الأموال التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية، على أن يكون ذلك في عقد الزواج، أو في عقد رسمي لاحق، وهذا لا يتم إلا باتفاق إرادتيهما معا دون أي إكراه أو إجبار مادي أو معنوي لكليهما، ويعتبر هذا الحكم تحصيل حاصل لحرية التصرف التي يتمتع بها الطرفان. وبهذا فإن المشرع الجزائري وبإقراره لمبدأ التعاقد حول تدبير الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية السبيل الوحيد لإيجاد قانون عادل يحكم حياة الزوجين وينظم علاقتهما المالية، ويكون شاهدا على حقوقهما وواجباتهما وقبولها والالتزام بها.

---

[3] سورة النساء لآية 32.

[4] سورة البقرة الآية 229.

وبهذا فإن قانون الأسرة أقر قاعدة اختيارية تخضع لإرادة الزوجين، وهذا النص جاء نتيجة إدخال مبدأ سلطان الإرادة إلى ميدان العلاقات الأسرية.

المطلب الثالث: بعض الحقوق الملغاة والمضافة بين الزوجين.

قام المشرع الجزائري بإلغاء بعض الحقوق واضافة حقوق أخرى، فنجده قام بإلغاء كل من حق الطاعة والإرضاع بإلغائه للمادتين 38 و39 من قانون الأسرة، وعند الغائه لحق الطاعة فانه يلغى معه حق القوامة ذلك على اعتبار أنه متصل بحق الطاعة اتصالا وثيقا، وخروجا عن قانون الأسرة نجد المشرع الجزائري قد أعطى للمرأة حقا جديدا على اعتبار أنه من آثار عقد الزواج في قانون الجنسية المعدل بالأمر 05-01 وذلك تفعيلا منه لمبدأ المساواة بين الجنسين، فقام بتوسيع نطاق الحقوق المتعلقة بالمرأة الناتجة عن عقد الزواج وذلك بمنحها الحق في إعطاء الجنسية لأبنائها مساواة مع الأب.

الفرع الأول: الحقوق الملغاة بموجب الأمر 05-02

قام المشرع الجزائري بإلغاء كل من المادتين 38 و39 من قانون الأسرة الجزائري، إنّ هذه الحقوق متعلقة بحقوق خاصة بالمرأة، ولعل المشرع الجزائري عند إلغائه لهذه الحقوق قد سعى إلى تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين الذي أقرته وكرسته ولازالت تدافع عنه اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، فنجد المادة 38 منه كانت تنص على حق الزوجة في زيارة أهلها واستضافتهم بالمعروف، ضف إلى ذلك كانت تمنح الحرية للمرأة في التصرف في مالها، غير أنّ تلك الحقوق لم تلغ نهائيا إنما أعيد صياغتها في مواد أخرى حيث نجده أخرج حق زيارة الزوجة لأهلها واستضافتهم وتم ادراجها ضمن الحقوق المشتركة للزوجين المنصوص عليه في المادة 7/36 من قانون الأسرة الجزائري، حيث أعطى لكلا الزوجين الحق في زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف فانتقلت من حق مخول للزوجة إلى حق مشترك للزوجين تكريسا لمبدأ المساواة بين الجنسين المنصوص عليه ضمن اتفاقية سيداو. ضف إلى ذلك نجده قد أدرج حرية المرأة في التصرف في أموالها ضمن المادة 1/37 منه على أساس أنه لكلا الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الزوج الآخر.

كما نجده أخرج حق احترام والدي الزوج وأقاربه المنصوص عليه ضمن المادة 3/39 وأدرجها هي الأخرى ضمن الحقوق المشتركة في المادة 5/36 حيث أنه بموجبها على كلا الزوجين حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم. أما عن حق الطاعة وحق الإرضاع فقد قام المشرع الجزائري بإلغائها نهائيا من قانون الأسرة ولعل هذا راجع إلى أن حق الطاعة والقوامة والارضاع يتنافى مع ما كرسته اتفاقية سيداو

الفرع الثاني: توسيع نطاق حقوق المرأة بمنحها الجنسية لأبنائها

كل شخص لديه جنسية ، باستثناء الحالة الاستثنائية للأشخاص عديمي الجنسية، فالجنسية عنصر هام لتحديد الهوية تستمد منه العديد من الحقوق والالتزامات ، مثل حق الإقامة وحق التصويت أو الوصول إلى بعض المسابقات وبعض المهن.

الجنسية هي رابطة سياسية وقانونية تنشئها الدولة بقرار منها تجعل الفرد تابعا لها أي عضو فيهاحيث ضمنت الاتفاقيات الدولية حق الطفل في اكسابه الجنسية وهذا ما نجده مخول في نص المادة 07 من اتفاقية حقوق الطفل وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري وأثناء قيامه بتعديل قانون الجنسية بموجب الأمر 05-01 فإنه أدخل تعديلات جديدة على بنود قانون الجنسية حيث قام بتوسيع نطاق حصول الطفل على الجنسية وتكريسا لمبدأ المساواة المنصوص عليه في اتفاقية سيداو فإنه أعطى للمرأة على قدم المساواة مع الرجل الحق في منحها الجنسية للأبناء.

الفصل الثاني: الطلاق واثاره

هناك سببين هامين لانحلال الرابطة الزوجية، الأول ليس لأي من الزوجين دخل فيه وهو الوفاة، إذ بالوفاة تنحل الرابطة الزوجية، وأما الثاني فلإرادة الطرفين دخل في انهاء الرابطة الزوجية، ولا يهم إن كان الانهاء بإرادة الزوج وحده، أو باتفاق الطرفين أو بطلب من الزوجة "

حيث نص المشرع الجزائري في المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري على أنه لانحلال الزواج صورتين إما عن طريق الطلاق أو الوفاة.

المبحث الاول: صور الطلاق

يتم الطلاق إما بالتراضي أو بالإرادة المنفردة للزوج أو بطلب من الزوجة

المطلب الاول: **المطلب الأول: الطلاق بالتراضي**

أولا: تعريف الطلاق بالتراضي: يقصد بهذه الصورة أن كلا من الزوجين يريد فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة على أنّ استمراريتها أضحت ضربا من المحال لأي سبب من الأسباب أو ظرف من الظروف تجعل أحدهما أو كليهما غير قادر على الاستمرار في هذه العلاقة، فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق.

يمكن طلب الطلاق بشكل مشترك من قبل الزوجين،وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده قد نص على الطلاق بالتراضي في المادة 48 منه: (مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون)، كما يعرفه قانون الاجراءات المدنية والادارية في المادة 427 على أنه: (الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة.)

عرفته المحكمة العليا في قرار لها: (من المقرر قانونا أن الطلاق بالتراضي هو اشهاد من المحكمة على رغبة الطرفين في الطلاق ولا يوصف بالابتدائية أو النهائية، ولا يحق لأي من الزوجين الطعن فيه إلا عن طريق دعوى التزوير).

ثانيا: الإجراءات المتبعة لرفع دعوى الطلاق بالتراضي

في حالة الطلاق بالتراضي بين الزوجين فإنه يتم تقديم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين، تودع بأمانة الضبط، حيث إنه يجب أن تتضمن العريضة ما يأتي:

- بيان الجهة القضائية المرفوع أمامها الطلب.
- اسم ولقب وجنسية كلا الزوجين وموطن وتاريخ ومكان ميلادهما
- تاريخ ومكان زواجهما، وعند الاقتضاء عدد الأولاد القصر
- عرض موجز يتضمن جميع شروط الاتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق، يجب أن يرفق مع العريضة شهادة عائلية ومستخرج من عقد الزواج.

يقوم أمين الضبط الطرفين في الحال بتاريخ حضورهما أمام القاضي، ويسلم لهما استدعاء لهذا الغرض، ثم يقوم القاضي بالتأكد من التاريخ المحدد للحضور، من قبول العريضة، ويستمع إلى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين، ويتأكد من رضائهما، ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكنا، وينظر بعد ذلك مع الزوجين أو وكلائهما في الاتفاق، وله أن يحذف أو

يعدل عند الاقتضاء في الشروط التي يتبين له أنها تتعارض مع مصلحة الأطفال أو مع النظام العام، يصدر القاضي حكما يكرس فيه إرادة الزوجين، ويصادق على الاتفاق النهائي مع التصريح بالطلاق.

وتجدر بنا الإشارة إلى أنه لا يمكن تقديم أي طلب للطلاق بالتراضي، إذا كان أحد الزوجين قد وضع تحت التقديم، أو إذا ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية من شأنه أن يمنعه من التعبير عن إرادته، حيث أنه يجب إثبات اختلال القدرات الذهنية من طرف طبيب مختص.

أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف، حيث يسري فيها الطعن بالنقض من تاريخ النطق بالحكم، كما أنه لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ الحكم.

يجري القاضي قبل النطق بالحكم عدة محاولات للصلح بين الزوجين لا تقل عن محاولتين دون أن تتجاوز مدة محاولة الصلح ثلاثة أشهر ابتداء من يوم رفع الدعوى، ويحرر القاضي محضرا يبين فيه المساعي التي بذلها ونتائج محاولاته، وإذا باءت محاولاته بالفشل فإنه يذكر

في المحضر أعلاه وينطق بالطلاق أو التطليق أو الخلع حسب الحالات.

ولقد تضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الإجراءات المتبعة في محاولة الصلح والتي تتمثل فيما يلي:

تعتبر محاولة الصلح وتتم في جلسة سرية، في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد، ثم معا، ويمكن بناء على طلب الزوجين، حضور أحد أفراد الأسرة والمشاركة في محاولة الصلح، إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حصل مانع، جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة، أو ندب قاض أخر لسماعه بموجب إنابة قضائية، غير أنه إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا، فإن القاضي يحرر محضرا بذلك.

يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة، كما يجوز له اتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة الضرورية بموجب أمر غير قابل لأي طعن، في جميع الحالات يجب ألا تتجاوز محاولة الصلح ثلاثة أشهر ابتداء من رفع دعوى الطلاق.

يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر، يحرر في الحال من أمين الضبط تحت رقابة القاضي، يوقع المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين ويودع بأمانة الضبط، حيث أنه يعتبر محضر الصلح سندا تنفيذيا، في حالة الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى.

يمكن للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار ما اتفق عليه الزوجان عند الأمر بالتدابير المؤقتة
التي أمر بها، مالم يتم الفصل في الموضوع، ويعتبر هذا الأمر غير قابل لأي طعن، وتسجل أحكام الطلاق في الحالة المدنية وجوبا، وتسعى النيابة العامة في ذلك لكون الأمر يتعلق بالنظام العام
(بالرجوع إلى القرار موضوع الطعن، يتجلى بأنه جاء مخالفا للقانون خصوصا المادة 49 من قانون الأسرة التي أغفل القرار المنتقد تطبيقها بطريقة سليمة وذلك بمصادقته على الحكم القاضي بالطلاق دون قيامه بإجراء محاولة الصلح قبل ذلك، ولم يتعرض له بدوره رغم ما يملكه من صلاحيات

مع الصلح، وأن المادة 49 من قانون الأسرة تنص صراحة أنه: " لا يثبت الطلاق إلاّ بحكم بعد محاولة الصلح "، وإذن فالقيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين قبل الحكم بالطلاق هو إجراء أوجبه القانون ويعد من النظام العام، وإغفال القرار المنتقد لهذا الاجراء القانوني يعتبر خطأ في تطبيقه ومخالفا له، الأمر الذي يستوجب نقضه.)

حيث إنه بالاطلاع على ملف قضية الطعن، يتبين أن القاضي الابتدائي لم يراع أحكام المادة 49 من قانون الأسرة التي تتطلب اتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين قبل إصدار حكم بفك الرابطة الزوجية، الشيء الذي ينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه وإحالته على نفس المحكمة.)

حيث بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، يتبين أن قاضي الموضوع أجرى محاولة الصلح بين الزوجين، وعقد لذلك جلسة بتاريخ 30 نوفمبر 2008، تمسك فيها الزوجان بمطالبهما، وبالتالي فإن الإجراء المقرر في المادة 49 من قانون الأسرة تم استنفاذه ولا يعيب الحكم اكتفاؤه بجلسة صلح واحدة طالما أن القاضي اقتنع بعدم جدوى عقد جلسات صلح أخرى. مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب الرفض.)

المطلب الثاني: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

الفرع الأول: تعريف الطلاق

هو قول مخصوص أو ما في معناه من شخص مخصوص يرتفع به النكاح أو ينثلم"، رفع القيد في الاصطلاح يكون بلفظ خاص يفيد ذلك صراحة أو كتابة أو إشارة، والهدف منه هو رفع أحكام الزواج وإيقاف استمراريته، معنى ذلك أن رفع القيد في الأنكحة الفاسدة لا يسمى عند الفقهاء طلاقا وإنما يسمى فسخا، والاختلاف بين المصطلحين من حيث الآثار، وتعريف الطلاق متلخص أيضا في حل الزواج إنهاء للعلاقة الزوجية.

الفرع الثاني: مشروعية الطلاق، حكمه، وحكمته

1 مشروعية الطلاق

نجد الشريعة الإسلامية قد أباحت الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجين، فهو مشروع في الكتاب والسنة.

- من القرآن الكريم:

ﭧ ﭨ ﭩ ﭪ ﭫ ﭬ ﭭ ﭮ ﭯ ﭰ ﭱ ﭲ ﭳ ﭴ ﭵ ﭶ ﭷ ﭸ ﭹ ﭺ ﭻ ﭼ ﭽ ﭾ ﭿ ﮀ ﮁ ﮂ ﮃ ﮄ ﮅ ﮆ ﮇ ﮈ ﮉ ﮊ ﮋ ﮌ ﮍ ﮎ ﮏ ﮐ ﮑ ﮒ ﮓ ﮔ ﮕ ﮖ ﮗ ﮘ ﮙ ﮚ ﮛ ﮜ ﮝ ﮞ ﮟ ﮠ ﮡ ﮢ ﮣ ﮤ ﮥ ﮦ ﮧ ﮨ ﮩ ﮪ ﮫ ﮬ ﮭ ﮮ ﮯ ﮰ ﮱ ﯓ ﯔ ﯕ ﯖ ﯗ ﯘ ﯙ ﯚ ﯛ ﯜ ﯝ ﯞ ﯟ ﯠ ﯡ ﯢ ﯣ ﯤ ﯥ ﯦ ﯧ ﯨ ﯩ [5]

وقوله أيضا: ﭑ ﭒ ﭓ ﭔ ﭕ ﭖ ﭗ ﭘ ﭙ ﭚ ﭛ ﭜ ﭝ ﭞ ﭟ ﭠ ﭡ ﭢ ﭣ ﭤ ﭥ ﭦ ﭧ ﭨ ﭩ ﭪ ﭫ ﭬ ﭭ ﭮ ﭯ ﭰ ﭱ ﭲ ﭳ ﭴ ﭵ ﭶ ﭷ ﭸ ﭹ ﭺ ﭻ ﭼ ﭽ ﭾ ﭿ ﮀ ﮁ ﮂ ﮃ ﮄ ﮅ ﮆ ﮇ ﮈ ﮉ ﮊ ﮋ ﮌ ﮍ ﮎ ﮏ ﮐ ﮑ ﮒ ﮓ ﮔ ﮕ ﮖ ﮗ ﮘ ﮙ ﮚ ﮛ ﮜ ﮝ ﮞ ﮟ ﮠ ﮡ ﮢ ﮣ ﮤ ﮥ ﮦ ﮧ ﮨ ﮩ ﮪ ﮫ ﮬ ﮭ ﮮ ﮯ ﮰ ﮱ ﯓ ﯔ ﯕ ﯖ ﯗ ﯘ ﯙ ﯚ ﯛ ﯜ ﯝ ﯞ ﯟ ﯠ ﯡ ﯢ ﯣ ﯤ ﯥ ﯦ ﯧ ﯨ ﯩ [6]

وقال تعالى:ﭑ ﭒ ﭓ ﭔ ﭕ ﭖ ﭗ ﭘ ﭙ ﭚ ﭛ ﭜ ﭝ ﭞ ﭟ ﭠ ﭡ ﭢ ﭣ ﭤ ﭥ ﭦ ﭧ ﭨ ﭩ ﭪ ﭫ ﭬ ﭭ ﭮ ﭯ ﭰ ﭱ ﭲ ﭳ ﭴ ﭵ ﭶ ﭷ ﭸ ﭹ ﭺ ﭻ ﭼ ﭽ ﭾ ﭿ ﮀ ﮁ ﮂ ﮃ ﮄ ﮅ ﮆ ﮇ ﮈ ﮉ ﮊ ﮋ ﮌ ﮍ ﮎ ﮏ ﮐ ﮑ ﮒ ﮓ ﮔ ﮕ ﮖ ﮗ ﮘ ﮙ ﮚ ﮛ ﮜ ﮝ ﮞ ﮟ ﮠ ﮡ ﮢ ﮣ ﮤ ﮥ ﮦ ﮧ ﮨ ﮩ ﮪ ﮫ ﮬ ﮭ ﮮ ﮯ ﮰ ﮱ ﯓ ﯔ ﯕ ﯖ ﯗ ﯘ ﯙ ﯚ ﯛ ﯜ ﯝ ﯞ ﯟ ﯠ ﯡ ﯢ ﯣ ﯤ ﯥ ﯦ ﯧ ﯨ ﯩ [7]

- من السنة النبوية:

---

[5] سورة البقرة الآية 236.

[6] سورة الطلاق الآية 01.

[7] سورة البقرة الآية 229.

أما مشروعية الطلاق من السنة فإنه جاء في صحيح مسلم عن عبد الله بن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسأل عمر ابن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك؟ فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: " مره فليراجعها، ثم ليتركها حتى تطهر ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعدها، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله عزّوجل أن يطلق لها النساء."

2-حكم الطلاق:

بعد إجماع المسلمين في زمن النبي صلى الله عليه وسلم على مشروعية الطلاق، اختلف أهل العلم في الحكم التكليفي للطلاق فقد ذهب الجمهور إلى أن الأصل في الطلاق الإباحة، والأولى عدم ارتكابه – لما فيع من قطع الألفة – إلا لعارض، وقد يخرج عن هذا الأصل في أحوال؛ وذهب أخرون إلى أن الأصل فيه الحظر في أحوال، والعمدة عندهم حديث: (أبغض الحلال إلى الله الطلاق) وهو حديث ضعيف. وعلى كل فإن الفقهاء متفقون – في النهاية – على أن الطلاق تعتريه الأحكام التكليفية الخمسة بحسب الظروف والأحوال وهي: (محرما، مكروها، مباحا، مستحبا، وواجبا).[8]

أ-محرم: وهو الطلاق من غير حاجة إليه، وإنما كان حراما، لأنه ضرر بنفس الزوج، وضرر بزوجته، وإعدام للمصلحة الحاصلة لهما من غير حاجةفكانحراما

ب-مكروه: وهو عند عدم الحاجة إليه مع استقامة الزوجين، وربما يكون هذا محرما عند بعضهم.

ت-مباح: ويكون عند الحاجة إليه لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها والتضرر بها من غير حصول الغرض منها.

ث-مستحب: ويكون عند تفريط المرأة في حقوق الله تعالى الواجبة عليها كالصلاة ونحوها،

ولا يمكنه إجبارها عليها، أو تكون امرأته غير عفيفة، لأن في إمساكها نقصا لدينه، ولا يؤمن إفسادها لفراشه، وإلحاقها به ولدا ليس هو منه، ولا بأس بعضلها في هذه الحال والتضييق عليها لتقتدي منه، قال تعالى في الآية- 19 من سورة النساء ﴿ ٱتَّأَ تهثم جحجم حجحم خجخم سجسح سَّخ

قال ابن قدامه: يحتمل أن يكون الطلاق في هذين الموضعين واجب.

د-واجب: كالمولي، إذا أبى الفيئة إلى زوجته بعد التربص (على قول الجمهور)، وكطلاق الحكمين في الشقاق إذا تعذر عليهما التوفيق بين الزوجين ورأيا الطلاق.

3-حكمته:

يتصور الكثير من محدودي النظر، الذين يعيشون بأجسادهم في مستنقعات من الدناءة، وبعقولهم في عوالم من المثال، بأن تشريع الطلاق جريمة من الجرائم وإثم من أكبر الآثار.

وهذه النظرة كالنظرة للتعدد أو الحجاب أو غيرها من أحكام الدين – نظرة لا علاقة لها بالواقع؛ لأن الدراسة المتمعنة للواقع وللفطرة البشرية لابد أن تهدي إلى ضرورة إباحة الطلاق وتشريع القوانين التي تحفظه من التعسف، وتحفظ الآثار من الضياع.

---

[8] أبو مالك كمال بن السيد سالم، " صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة "، الجزء الثالث، الطبعة الرابعة عشر، 2012 م، دار التوفيقية للطباعة- مصر- ص 233 و234.

أما الإسلام فإنه (يشرع لأناس يعيشون على الأرض، لهم خصائصهم، وطباعهم البشرية، لذا شرع لهم كيفية الخلاص من هذا العقد، إذ تعثر العيش، وضاقت السبل، وفشلت الوسائل للإصلاح، وهو في هذا واقع كل الواقعية، ومنصف كل الانصاف لكل من الرجل والمرأة. فكثيرا

ما يحدث بين الزوجين من الأسباب والدواعي، ما يجعل الطلاق ضرورة لازمة، ووسيلة متعينة لتحقيق الخير، والاستقرار العائلي والاجتماعي لكل منهما، فقد يتزوج الرجل والمرأة ثم يتبين أن بينهما تباينا في الأخلاق، وتنافر في الطباع، فيرى كل من الزوجين نفسه عن الآخر، نافرا منه، وقد يطلع أحدهما من صاحبه بعد الزواج على ما لا يحب، ولا يرضى من سلوك شخصي ، أوخفي، وقد يظهر أن المرأة عقيم لا يتحقق معها اسمى مقاصد الزواج، وهو لا يرغب في التعدد أو لا يستطيع، إلى غير ذلك من الأسباب والدواعي، لهذا شرع الطلاق وسيلة للقضاء على تلك الشرور، وليستدل كل منهما بزواجه زواجا آخر، قد يجد معه ما افتقده مع الأول.

ثالثا: شروط الطلاق

هناك شروط متعلقة بالمطلق (1) وشروط المتعلقة بالمطلقة (2)وشروط متعلقة بصيغة الطلاق (3).

1-الشروط المتعلقة بالمطلق:

أ-أن يكون المطلق زوجا راشدا عاقلا:

ب-أن يكون المطلق قاصدا للطلاق:

2-الشروط المتعلقة بالمطلقة:

أ-أن تكون الزوجية قائمة بينها وبين زوجها حقيقة أو حكما:

ب-أن يعين الزوج المطلقة بالإشارة أو بالصفة أو بالنية

3-الشروط المتعلقة بصيغة الطلاق:

أ-**التعبير عن الطلاق باللفظ:** في هذه الحالة يوجد طريقين للتعبير عن الطلاق إما صراحة أوكناية.

-**الطلاق الصريح:** هو كل لفظ لايستعمل في العرف إلا في حل عقد الزواج، عربيا كان أو غير عربي، وقد اتفق الفقهاء على أن ما اشتق من مادة (ط.ل.ق) كطلقتك، وأنت طالق وغيرها، صريح في الطلاق، واقتصر الحنفية والمالكية في صريح الطلاق هذا، وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن صريح الطلاق ثلاثة ألفاظ (الطلاق، والسراح، والفراق)، وجمهور الفقهاء على أن الطلاق يقع بمجرد التلفظ بصريح الطلاق، ولا يحتاج إلى نية، وقد ذهب بعض الفقهاء إلى اشتراط النية حتى في حالة التلفظ باللفظ الصريح ومنهم الإمام أحمد.

-**الطلاق بالكناية:** هي كل لفظ يدل على الطلاق وغيره، ويقسمونها إلى ظاهرة (كالبتة، وحبلك على غاربك، وخلية، وبرية)، وخفية نحو(اذهبي، وانطلقي، وانصرفي) واختلف الفقهاء في إيقاع الطلاق بالكناية، ذهب الحنفية والحنابلة إلى أن الطلاق يقع بالكناية بالنية أو بدلالة القرائن على أن يريد الطلاق بذلك اللفظ الذي تلفظ به، بينما ذهب المالكية والشافعية إلى أنه لا يقع الطلاق بالكناية إلا بالنية.

ب-التعبير عن الطلاق بالكتابة والاشارة:

-**التعبير عن الطلاق بالكتابة:** ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الطلاق يقع بالكتابة المستبينة

التي تكتب على الورق أو ما يشبه، لا على الهواء والماء، ثم اختلفوا في النية هل تشترط أم لا؟ فذهب مالك والشافعي إلى اشتراط النية، وذهب بعض الفقهاء إلى أنه يقع بدون نية كأحمد بن حنبل.

-**الطلاق بالإشارة:** الإشارة المعهودة من الأخرس كالبيان، وعليه فإشارة الأخرس المفهمة التي تدل على الطلاق صريحا، وقد ذهب المالكية إلى أن الطلاق يقع بالإشارة المفهمة، ولو من غير الأخرس، وقد أوجب بعض الحنفية والشافعية حتى تقوم الإشارة مقام اللفظ، أن لا يكون الأخرس يعرف الكتابة، إذا كان كذلك لا يقع طلاقه بالإشارة.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة فإننا نلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على الألفاظ التي يعبر عليها عن الطلاق. وعليه وجب علينا الرجوع نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري والرجوع

إلى أحكام الشريعة الاسلامية، ولكن ما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يحدد لنا أي المذاهب يرجع إليها، فمن المستحسن وكاقتراح وجب اعادة النظر في نص المادة وتحديد أي مذهب يعتمد عليه وهذا لتسهيل مهمة القضاء.

الفرع الثالث: القيود القضائية الواردة على سلطة الزوج في إيقاعه الطلاق

أولا: الإجراءات المتبعة لرفع دعوى الطلاق

هي نفسها إجراءات رفع دعوى الطلاق بالتراضي، ترفع دعوى الطلاق من أحد الزوجين أمام قسم شؤون الأسرة بتقديم عريضة وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى، وعندما يكون الزوج ناقصا للأهلية، يقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه، حسب الحالة. يجب على المدعي

في دعوى الطلاق، أن يبلغ رسميا المدعى عليه والنيابة العامة بنسخة من العريضة المشار إليها في المادة 436 أعلاه، ويجوز له أيضا تبليغ النيابة العامة عن طريق أمانة الضبط.

ثانيا: محاولة الصلح

" لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، يتعين على القاضي تحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه، مع كاتب الضبط والطرفين.

تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة." المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري.

" يجري القاضي قبل النطق بالطلاق عدة محاولات للصلح بين الزوجين لا تقل عن محاولتين دون أن تتجاوز مدة محاولة الصلح ثلاثة أشهر ابتداء من يوم رفع الدعوى.

ويحرر محضرا يبين فيه المساعي التي بذلها ونتائج محاولته، وإذا باءت محاولاته بالفشل فإنه يذكر ذلك في المحضر أعلاه وينطق بالطلاق أو بالتطليق أو الخلع حسب الحالات، وتسجل أحكام الطلاق في الحالة المدنية وجوبا، وتسعى النيابة العامة في ذلك لكون الأمر يتعلق بالنظام العام. ويعتبر حكم القاضي في حالة الطلاق بإرادة الزوج المنفردة كاشفا عن الطلاق ودوره هو إثبات الطلاق، في حين أنه يعتبر منشئا للطلاق في حالة التطليق بطلب من الزوجة أوالخلع.

والطلاق الذي ينطق به القاضي يعتبر بائنا، سواء كان بناء على طلب الزوج أو الزوجة، أوخلعا.
ومحاولات الصلح طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية وجوبية، وتتم في جلسة سرية.

وفي التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم معا، ويمكن بناء على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح، إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع، جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة، أو ندب قاض آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية، غير أنه، إذا تخلف أحد الزوجين

عن حضور الجلسة المحددة للصلح بدون عذر، رغم تبليغه شخصيا، يحرر القاضي محضرا بذلك.

يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة، كما يجوز له اتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل لأي طعن.

وفي جميع الحالات يجب ألا تتجاوز محاولة الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق، يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر يحرر في الحال من أمين الضبط تحت إشراف القاضي، ويوقع المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين ويودع بأمانة الضبط، يعد محضر الصلح سندا تنفيذيا.

في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى، يمكن للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار ما اتفق عليه الزوجان عند الأمر بالتدابير المؤقتة، يجوز للقاضي في حالة ظهور واقعة جديدة وحسب الظروف أن يلغي أو يعدل أو يتمم التدابير المؤقتة التي أمر بها، ما لم يتم الفصل في الموضوع، هذا الأمر غير قابل لأي طعن.

إذا لم يثبت أي ضرر في الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة، يقوم القاضي باطلاع الحكمين بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة، إذا تم الصلح من طرف الحكمين، يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن، يجوز للقاضي انهاء مهام الحكمين تلقائيا إذا تبينت له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة.[9]

مما يعني أن محاولات الصلح هو اجراء وجوبي وجوهري أقره المشرع من أجل جعل الطلاق بإرادة الزوج تحت رقابة القاضي

المطلب الثالث: الطلاق بالارادة المنفردة للزوجة

ويكون اما بالتطليق أو الخلع

الفرع الاول: التطليق

هو منح الزوجة حق طلب التطليق من زوجها بناء على إرادتها المنفردة واستناد إلى القانون.

[9] المواد من 439 إلى 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يقصد بالتطليق إنهاء العلاقة الزوجية بحكم من القضاء وذلك بناء على طلب الزوجة لأمر نص عليه القانون، فهو طلاق بناء على إرادة الزوجة ويتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج له، طالما أنها متضررة ويفرق القاضي بينهما عملا بقواعد العدالة والإنصاف.

فالأصل أن الطلاق يكون للزوج وحده، وقد يقوم به غيره بإنابته كما في الوكالة والتفويض، أوبدون إنابة كالقاضي في بعض الأحيان كحالة التطليق.

1 -: لم يعرف المشرع الجزائري التطليق في قانون الأسرة الجزائري وإنما اكتفى بذكر الأسباب التي بموجبها يحق للزوجة رفع دعوى التطليق حيث جاء في المادة منه53 المعدلة بموجب الأمر 05-02: " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الأتية:

1 -عدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون،

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 وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية،

5 -الغيبة بعد مرور سنة من دون عذر ولا نفقة،

6 - مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه،

7 -ارتكاب فاحشة مبينة،

8 -الشقاق المستمر بين الزوجين،

9 -مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج،

10-كل ضرر معتبر شرعا."

الفرع الثاني: الخلع

يعتبر الطلاق أسلوبا اجتماعيا لإنهاء العلاقة الزوجية، ووقف التفاهم بين الزوجين في الزواج الفاشل، وهو إن كان نهاية مؤلمة، فإنه أسلوب في إنهاء الزواج الذي خلى من المودة والرحمة، واشتد فيه الصراع والخصام والتعاضد بين طرفيه، واشتد فيه الصراع والشقاق وسادته العداوة والبغضاء، حيث يغدوا انفصال الزوجين وحل عقد زواجهما أفضل من الحياة الزوجية التعيسة.

بعد أن أعطى المشرع للزوج الحق في انهاء الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة مقابل هذا أعطى للزوجة الحق في حل الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة عن طريق التطليق كما قمنا بدراسته سابقا تم توسيع نطاق انهاء الزوجة للرابطة الزوجية بوضع صورة أخرى وهي الخلع.

فنجد اتفاقية سيداو قد ركزت على جعل المرأة في نفس مرتبة الرجل في خصوص إنهاء الرابطة الزوجية ويعتبر الخلع أكبر مظهر من مظاهر المساواة بين المرأة والرجل.

أولا: تعريفه

هو إزالة ملك النكاح الصحيح بلفظ الخلع أو بما في معناه كالمبارأة مع العوض.

عرفته الحنفية على أنه: " إزالة ملك النكاح المتوقفة مع قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه."

أما المالكية فقالوا: " اسم الخلع والفدية والصلح والمبارأة كلها تؤول إلى معنى واحد وهو بذل المرأة العوض على طلاقها."

وعرفه الحنابلة بأنه: " فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه من امرأته، أو غيرها بألفاظ مخصوصة."

" الخلع يجيئ على ألسنة فقهاء الشريعة، فيراد به أحيانا معنى عام وهو الطلاق على مال تفتدي به الزوجة نفسها، وتقدمه لزوجها سواء كان بلفظ الخلع أو المبارأة أو كان بلفظ الطلاق، وهذا هو الشائع عند الكثيرين الآن وأحيانا يطلق ويراد به معنى خاص، وهو الطلاق على مال بلفظ الخلع، أو ما في معناه كالمبارأة، وهذا كان شائعا على ألسنة المتقدمين من الفقهاء."

ومن هذه التعريفات يمكن إعطاء التعريف الآتي للخلع هو حل العقدة الزوجية بالتراضي بين الزوجين سواء كان المقابل الممنوح من الزوجة أقل من المهر أو أكثر.

ويمكن تعريفه أيضا: هو اتفاق الزوجين على الطلاق نظير عوض تدفعه الزوجة لزوجها إذا كرهت العشرة والعيش مع زوجها، ولهذا أجاز لها الشرع الإسلامي أن تفدي نفسها رفعا للحرج الذي أصابها.

لم يورد قانون الأسرة تعريفا صريحا للخلع حيث جاء في نص المادة 54 المعدلة من قانون الأسرة: (يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها مقابل تعويض.
وإذا لم يتفق الزوجان على مبلغ التعويض يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل عند صدور الحكم.)
ويفهم من نص المادة أنه يجوز للزوجة مخالعة زوجها بمقابل مالي، وفي حال عدم التفاهم حول هذا المقابل المالي فإن القاضي يحكم بما لا يتجاوز صداق المثل عند صدور الحكم.

ثانيا: شروط الخلع

1- قيام الرابطة الزوجية يشترط في الخلع قيام رابطة الزوجية، فلا يجوز للمرأة أن تخالع رجلا أجنبيا عنها وتربطها به رابطة غير الزوجية، بل لا بد من توفر عقد زواج صحيح، فإذا كانت رابطة الزوجية فاسدة،

2- الأهلية إنه لكل عقد شروط ومن بين شروط الخلع الأهلية زوجا وزوجة، إذ لا بد لصحة إيقاعه وجوازه قانونا أن يكون من يصدر عنه بالغا عاقلا، لأنه بالعقل والبلوغ تكتمل أهلية الأداء التي تتوقف عليها صحة التصرفات وهناك قاعدة اتفق عليها الفقهاء وهي " كل من صح طلاقه صح خلعه "

3-صيغة الخلع

لا بد للخلع نمن صيغة فلا يصح بالمعاطاة، كأن تعطيه مالا وتخرج من داره بدون أن يقول لها، " اختلعي على كذا "، فيقول لها " خلعتك على ذلك "، فالإيجاب والقبول بالقول لا بد منه، أما الفعل المذكور فلا يقع به الخلع، وإن نوى به الطلاق، أو كان به الطلاق متعارفا.

4- بــدل الخلــع

هو ما تلتزم به الزوجة اتجاه زوجها في مقابل طلاقها وخلاص نفسها منه. ويمكننا القول أنه كل ما يصح أن يكون مهرا يصح أن يكون بدلا للخلع من مال أو ما في حكمه وفي هذا اتفاق بين الفقهاء.

المبحث الثاني: أثار الطلاق

المطلب الاول: العدةوالنفقة

العدة نظمها المشرع الجزائري في المواد 58،59،60.

المادة 58: تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق.
المادة 59: تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده.
المادة 60: عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة.

اما النفقة قذ نظمها في المواد من 74 الى 80

حيث انه جب نفقة الزوجة على زوجها وفي حال الطلاق تجب عليه نفقة العدة، اما الأبناء فتجب على الزوج النفقة على الأبناء الابن الى بلوغه سن الرشد والاناث الى الدخول بها، وسمر ي الة ما اذا كان الولد عاجزا لافة عقلية او لمزاولة الدراسة وتسقط بالاسغناء عنها بالكسب.

المطلب الثاني الحضانة

الفرع الأول تعرفها:
عرفها الفقهاء: بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير، أو الصغيرة، أو المعتوه الذي لا يميز، ولا يستقل بأمره، وتعهده بما يصلحه، ووقايته مما يؤذيه ويضره، وتربيته جسميا ونفسيا وعقليا، كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والاضطلاع بمسؤولياتها.

والحضانة بالنسبة للصغير أو الصغيرة واجبة، لأن الإهمال فيها يعرض الطفل للهلاك والضياع وتعرف الحضانة أيضا على أنها: " حفظ من لا يستقل بأمره وتربيته ووقايته عما يهلكه أو يضره " ولا يرد تطبيق أحكام الحضانة – غالبا –

إلا في حال الفرقة بين الزوجين ووجود أولاد دون السن التي يستغني فيها الصغير عن النساء، وذلك أن الولد يحتاج إلى نوع من الرعاية والحماية والتربية والقيام بما يصلحه، وهذا ما يعرف بالولاية

نظم المشرع الجزائري الحضانة في قانون الأسرة الجزائري في المواد من 62 إلى غاية المادة 72، وعرف الحضانة في المادة 62 منه على أنها: " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بها."

نجد قضاء المحكمة العليا قد ساير التعريف القانوني للحضانة، حيث جاء في قرار لها:

(من المقرر فقها وقانونا أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون. ولما كان ثابتا – في قضية الحال – أن المجلس عندما أسند حضانة البنات الثلاثة للأم على اعتبار عاطفي بالرغم من ثبوت سوء خلقها يكون قد خرق القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.)

الفرع الثاني: ترتيب المستحقين للحضانة.

إذا كانت الحضانة للأم ابتداء، فقد لاحظ الفقهاء أن قرابة الأم تقدم على قرابة الأب، ولنا تفصيل في هذا بالتطرق إلى رأي المذاهب الأربعة (الحنفية، المالكية، الشافعية، والحنابلة.)

يرى الحنفية أنه تقدم الأم، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الأخوات، ثم الخالات، ثم بنات الأخت، ثم بنات الأخ، ثم العمات ثم العصبات، بترتيب الإرث.

أما المالكية: عن مالك أن الحضانة للأم ثم الجدة للأم، ثم الخالة ثم الجدة للأب، ثم أخت الصبي، ثم عمة الصبي، ثم ابنة اخ الصبي، ثم الأب، ثم للوصي ثم للأفضل من العصبة.

أما عند الشافعية: الأم، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الأخوات، ثم الخالات، ثم بنات الأخ وبنات الأخت، ثم العمات، ثم لكل ذي محرم وارث من العصبات على ترتيب الإرث، فهم قد وافقوا الحنفية.

أما الحنابلة فيرتب عنده المستحقين للحضانة وفقا للأتي: الأم، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الجد ثم أمهاته، ثم الأخت لأبوين، ثم الأخت لأم، ثم لأب، ثم خالة لأبوين، ثم لأم ثم لأب، ثم عمه، ثم خالة أم، ثم خالة أب، ثم عمته، ثم بنت أخ، ثم بنت عم أب، ثم باقي العصبة الأقرب فالأقرب.

ولعل سبب وجود هذا الاختلاف في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة راجع لعدم وجود نص قطعي في المسألة، لكننا نلاحظ تقديم أكثرهم أقارب الأم على أقارب الأب عند التساوي في القرب ولعلهم استندوا في هذا إلى تقديم الأم على الأب فأخذوا منه تقديم جنس نساء الأم على نساء الأب.

ترتيب الحاضنين في قانون الأسرة الجزائري، تنص المادة 64 المعدلة بموجب الأمر 05-02 على ترتيب الحاضنين وجاء فيها: " الأم أولى بحضانة ولدها،

ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي، عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة."

إذن الملاحظ من قراءتنا لنص المادة 64 نجد المشرع الجزائري قد رتب أصحاب الحق

في الحضانة كالاتي: الأم، ثم الأب، ثم الجدة لأم أي (أم الأم)، ثم الجدة لأب أي (أم الأب)، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون.

أما قبل التعديل فقد كانت تصت المادة 64 على مايلي: " الأم أولى بحضانة ولدها،

ثم أمها، ثم الخالة، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة."

فالملاحظ أن المشرع الجزائري قام بتغيير مراتب الحاضنين حيث قام بتغيير مرتبة الأب بعد أن كان قبل التعديل في المرتبة الرابعة، أصبح بعد التعديل في المرتبة الثانية بعد الأم مباشرة.

كما قام بتغيير مرتبة الخالة لتنتقل من المرتبة الثالثة قبل التعديل إلى المرتبة الخامسة بموجب التعديل الجديد، كذلك الجدة لأب بعدما كانت في المرتبة الخامسة أصبحت تحتل المرتبة الرابعة، مع ادخال العمة في المرتبة السادسة بموجب التعديل الأخير.

سار المشرع الجزائري بشأن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة وفق ما أجمع عليه المذاهب الأربعة (المالكي، الحنفي، الشافعي، والحنبلي) وذلك وفقا للمادة 64 قبل التعديل، غير أنه أحدث انقلابا في نص المادة 64 بموجب التعديل الوارد في الأمر رقم 05-02، فالتعديل جاء مخالف لما ورد في السابق، وجاء معاكسا لما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية.

إن ظاهر النص يوحي بأن المشرع قد جانب الصواب بإسناد حضانة الطفل إلى الأب الذي سيدفع به حتما إلى زوجته للقيام بشؤونه، متقدما بذلك على أم الأم والخالة، وهن بدون أدنى شك أحن على الصغير من زوجة أبيه، إلا أن هذه المخاوف يمكن للقاضي أن يحد منها بل يقضي بها متى رأى أن مصلحة المحضون لا تتحقق مع أبيه، لأن القاضي ملزم بإسناد الحضانة لمن يراه أجدر بالقيام بأعبائها حماية لمصلحة المحضون.

إن المشرع الجزائري لم يجعل ترتيب مستحقي الحضانة وجوبيا على القاضي يتقيد ولا يملك الحياد عنه، بل جعله موجها له فحسب، فمتى رأى أن مصلحة المحضون تقتضي تجاوز الأب إلى أم الأم أو الخالة قضى بذلك استجابة لنص المادة 64 نفسه الذي يلزمة بمراعاة مصلحة المحضون دائما. وهو ما ذهب إليه قضاء المحكمة العليا في أحد قراراتها وهو قرار بملف رقم، 75171 بتاريخ 1991/06/18، غير منشور: (من المقرر قانونا وشرعا بأن الحضانة يراعي في اسنادها توفر مصلحة المحضون وهذه يقدرها قضاة الموضوع).

إن تقدير مصلحة المحضون يخضع للسلطة التقديرية للقاضي ، فجعل الأب في الدرجة الثانية بعد الأم وتفضيله على غيره لا يمثل خروجا عن أحكام الشريعة الإسلامية ، بما للأب

من دور في تربية المحضون، فقد جاء في قرار للمحكمة العليا ما يؤكد ذلك فنجد فيه: (من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة

المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية، التي تؤد ذلك، فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا صحيح القانون).

وما يمكننا قوله أن رغم التغيير الذي قام به المشرع الجزائري في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، لا يعد ترتيبا مطلقا مادام النص ترك السلطة التقديرية للقاضي في منح الحضانة مراعاة لمصلحة المحضون، إذ أنه متى تبين للقاضي وجود مصلحة للمحضون جاز له أن يحكم باسنادها لأي شخص يرى أن مصلحة المحضون معه، فله السلطة التقديرية في هذا الموضوع.

الفرع الثالث: شروط استحقاق الحضانة.

اشترط الفقهاء في الحضانة شروطا لا بد من توفرها، وإلا سقط حقها في الحضانة، وتتمثل هذه الشروط في:

العقل والبلوغ،-اتفاق الحاضنة والمحضون في الدين،القدرة على التربية، الأمانة والخلق (العدالة)،الحرية ، أن لا تكون الأم متزوجة: لقول النبي صلى الله عليه وسلم: (انت أحق به مالم تنكحي).

الفرع الرابع: مسقطات الحضانة

نظمها المشرع الجزائري في المواد من 66 إلى غاية 70 من قانون الأسرة الجزائري وسنتطرق لها وفقا للآتي:

1 -**الزواج بقريب غير محرم،التنازل عليها، اختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه**

في حال السفر، ارتكاب فاحشة أو جريمة الزنا:

الفرع الخامس: مسكن الحضانة.

ويمكن القول أن مسكن الحضانة هو " مقر اقامة المحضون حيث يقيم أبواه، أو حيث يقيم أحدهما بعد الفرقة أو الانفصال، وما يترتب على الانتقال منه، وتغييره من نتائج وأثار ومدى تأثيرها على المحضونين أو على كلا الأبوين أو أحدهما."

فقد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى تحديد مجموعة من المواصفات وجب توفرها في مسكن الحضانة وتتمثل في:

- **أن يكون مسكن الحاضنة مناسبا:** يشترط في المسكن الذي يوفره الزوج المطلق للحضانة، أن يكون مناسبا للمحضون والحاضنة سواء، هذا لتتمكن الحاضنة من تأدية واجباتها نحو محضونيها على أكمل وجه، ووجب أن يكون مشتملا على كل مايلزم من أثاث وفراش وأواني، وغيرها مما تحتاجه الأسرة.

- أن يكون مسكن الحاضنة مستقلا: يقصد بالمسكن المستقل المسكن الذي لا يشارك فيه أخرون مع المحضونين والحاضنة، ويعتبر شرعا مسكن قائما بذاته، ولو كانت مرافقه الأخرى مشتركة، وضرورة استقلالية مسكن الحضانة يراعى من خلالها مصلحة المحضون بحفظه صحة وخلقا، مما ينبغي عليه اسكانه في مكان امن وبين جيران صالحين خاصة إذا كان المحضون أنثى.

وعليه يمكن القول أن حق المحضون في السكن باعتباره مقررا له قانونا يستفيد منه بموجب حكم قضائي بقرار إسناده إياه يعتبر حقا شخصيا، وليس حقا عينيا نظرا لأن هذا الأخير هو سلطة مقررة لشخص على الشيء محل الحق دون وساطة أحد، فالأب إن كان مالكا للمسكن المخصص لممارسة الحضانة له الحق في بيعه دون اعتراض من القائم بالحضانة، وعلى

هذا الأخير أن يرفع دعوى للمطالبة بسكن آخر لممارسة الحضانة أو بدل الايجار شريطة أن لا يكون البيع الهدف منه حرمان المحضون حقه، وبالرجوع إلى الفقه الاسلامي فإن الحنفية والمالكية اتفقا على وجوب أجرة المسكن للحاضنة والمحضون إذا لم يكن لهما مسكن.

أما الشافعية والحنابلة فقد اعتبروا السكنى من النفقة فمن تجب عليه نفقة الحاضنة والمحضون يجب عليه اسكانها، وبذلك فإن الراجح عند الفقهاء هو لزوم المسكن للحاضنة التي لا تملك مسكنا، وأما التي لها مسكن فلا يلزم المطلق بإسكانها.

المطلب الثالث: حق المطلقة في التعويض عن الطلاق

من بين الآثار المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية نجد حق المرأة في المطالبة بالتعويض، نتيجة الضرر الذي لحق بها من حل الرابطة الزوجية.

ففي غالب الأحيان يتعس الزوج في استعمال حقه في ايقاع الطلاق برادته المنفردة، وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده لم يعرف التعسف في استعمال الحق، وترك ذلك قطعا إلى الفقه الذي خلص في مجمله أن التعسف هو انحراف عن سبيل استخدام الحق الاستخدام الشرعي القانوني.

وبالرجوع إلى القانون المدني نجده المشرع الجزائري قد عدد لنا من خلال نص المادة 41 مظاهر التعسف، وجاء فيها: " يعتبر استعمال حق تعسفيا في الأحوال التالية:

1-إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

2-إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

3-إذا كان الغرض منه الحصول عل فائدة غير مشروعة."

والواضح من المادة المذكورة التي يمكن اسقاطها على موضوعنا أن التعسف يعني الانحراف في استخدام الحق بالشكل الذي يوقع الضرر بالغير عن قصد وتعمد أو الحصول على منافع ضئيلة قياسا بحجم الضرر الذي ينشأ للغير أو قصد الحصول على فائدة غير شرعية ولا قانونية، فالزوج عند استعماله لحق ايقاع الطلاق، ينبغي عليه أن يبرر ذلك التبرير الشرعي وإثباته قانونا وأن لجوؤه إلى الطلاق دون أن يقدم عذرا شرعيا عد متعسفا في استعمال حقه بالشكل الذي يلحق الضرر بالزوجة عن قصد وتعمد، وبالتالي تستحق التعويض في هذه الحالة.

فنجد المشرع الجزائري قد نص في المادة 52 على أنه في حال ما تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق فانه يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، إضافة إلى نصه في المادة 53 مكرر في حال الحكم بالتطليق ووقع ضرر للمطلقة فانه يجوز للقاضي الحكم بالتعويض للمطلقة، كما أنه نص في المادة 55 من قانون الأسرة أنه في حال نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر.

المطلب الرابع: النزاع في متاع البيت

المادة 73: إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال.

والمشتركات بينهما يتقاسمانها مع اليمين.