جامعة زيان عاشور الجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الجذع المشترك

قانون الأسرة

موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس حقوق

إعداد الدكتور: **بن مصطفى عيسى**

السنة الدراسية: **2023/2022**

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة زيان عاشور بالجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية

المجلـس العلمي
الرقم 86 / م ع /2023

التاريخ : 08 جوان 2023

مستخرج عن محضر اجتماع المجلس العلمي للكلية
رقم 2023/02 بتاريخ : 08/ 2023/06
يتعلق بقبول مطبوعة بيداغوجية

يشهد السيد رئيس المجلس العلمي لكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الجلفة بأنه تم خلال المجلس العلمي المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية رقم 2023/02 بتاريخ: 2023/06/08 الموافقة على المطبوعة البيداغوجية الموسومة بـــ :

"قانون الأسرة"

موجهة لطلبة السنة الثانيـــة ليسانس حقوق، خـلال الموسم الجامعي 2023/2022،من إعـداد الدكتـــور/ **بن مصطفى عيسى.**

بعد تزكيتها وفقا للشروط العلمية والتنظيمية، واستيفائها لكل المعايير العلمية والمنهجية المطلوبة.

رئيس المجلس العلمي
2023 جوان 08
رئيس المجلس العلمي للكلية
الامضاء : بورزق أحمد

جامعة زيان عاشور بالجلفة
المجلس العلمي
كلية الحقوق والعلوم السياسية

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

مقدمـة:

إن دراسة أي مجتمع لا يتم بمعزل عن فحص شامل للأسرة التي تعتبر أهم جزء في المجتمعات البشرية لطابعها المتميز بشريا و ثقافيا و اجتماعيا و سيسيولوجيا ولدورها الأساسي و الحساس في تحريك دفّة المجتمع و تغيير اتجاهاته.

و لذلك فقد كرم الله الانسان على سائر المخلوقات فجعل أُسسه و اساسه من ذكر وأنثى

و شرع له الزواج على أساس المودة والرحمة، ولا يخفى على أحد أن الحديث عن الأسرة هو حديث عن شبكة معقدة من العلاقات و المفاهيم و التجارب تشكل النواة الأساسية للمجتمعات كما تشكل المنظومة القيمية للفرد، و نظرا لهذا الدور الخطير للأسرة فقد أولاها الاسلام عناية خاصة و حرص على ابراز مكانة و متانة النظام الأسري من خلال تحديد العلاقات الأسرية التي تقوم على الزواج باعتباره اللّبنة الأساس في تكوين الأسرة واقامة دعائمها فسمّاه ميثاقا غليظا و ميّزه عن سائر العقود في وقت انشائه الى غاية انتهائه.

كما حاول المشرع الجزائري تنظيم علاقات الافراد داخل الفضاء الأسري مبرزا هو أيضا مكانة عقد الزواج باعتباره ضمانا لشرعية الوجود القانوني للأفراد داخل الدولة والمجتمع

حيث أحاطه بحماية من القواعد القانونية بيّن من خلالها الأركان و الشروط التي من خلالها يحقق الزواج أهدافه السامية و العظيمة معتمدا في ذلك على الاحكام التي جاءت بها الشريعة الاسلامية.

و تأتي هذه المحاضرات الموجهة لطلبة السنة الثانية حقوق في مقياس قانون الاسرة التي تم اعدادها وفق المقرر الدراسي (الخِطبة، الزواج، الطلاق).

وقد اعتمدت في هذه الدراسة على المنهج التحليلي الذي يلائم مثل هذه المواضيع المتعلقة بأحكام الاسرة وذلك بتحليل اقوال و أراء الفقهاء بالإضافة الى شرح و تحليل نصوص ومواد قانون الاسرة الجزائري.

وقد قسمت هذه المحاضرات الى ثلاثة فصول كالآتي:

الفصل الأول: تطور قانون الاسرة الجزائري و انعكاساته على بنية الاسرة الجزائرية.

الفصل الثاني: قيام الرابطة الزوجية في قانون الاسرة الجزائري.

الفصل الثالث: انحلال الرابطة الزوجية في قانون الاسرة الجزائري

الفصـــــــــل الأول

تطور قانون الاسرة الجزائري و انعكاساته

على بنية الاسرة الجزائرية

تمهيد:

تعتبر الاسرة الركيزة الاولى في قيام المجتمعات البشرية حيث تتكون من مجموعة أفراد تربطهم علاقات اجتماعية مختلفة تضمن ديمومة البشرية و تحفظ الابعاد الوجودية للفرد ولذلك سعت كل الشرائع السماوية و القوانين الوضعية الى العمل للحفاظ على هذا الارث الانساني العظيم.

وسنتطرق في هذا الفصل الى المباحث الآتية:

المبحث الأول: الاسرة تطورها و اشكالها

المبحث الثاني: تطور قانون الاسرة الجزائري

المبحث الثالث: انعكاسات قانون الاسرة الجزائري على بنية الاسرة الجزائرية.

المبحث الأول: الاسرة تطورها و اشكالها

المطلب الاول: مفهوم الأسرة

تعني الاسرة عشيرة الرجل رهطه الاقربون فهي تعني بذلك القوة و السند كما تدل على معنى الدرع الحصين ذلك أن مادة "اسر" تشير الى معنى القوة و الشّدة، فالأسر هو شدّ الخَلق و هذا في قوله عزّ و جل ﴿ **نَحْنُ خَلَقْنَاهُمْ وَشَدَدْنَا أَسْرَهُمْ وَإِذَا شِئْنَا بَدَّلْنَا أَمْثَالَهُمْ تَبْدِيلًا** ﴾[1].

و أما لفظ الاسرة في الثقافة الغربية مشتق من الكلمة اللاتينية (FAMILIA) و التي تعني الخدم و حسب (انجلز) فان لفظ (FAMILIA) لم يكن في الاصل يعني المثل الاعلى الموجود لدى الرّجل المتزمت الحديث في ايامنا، هذا المثل الذي هو مزيج من التعاطف و الخلافات المنزلية، بل لم يكن في بادئ الأمر يطلق عند الرومان على الشخصين المتزوجين و أولادهما بل على العبيد وحدهم فلفظ (FAMULUS) يعني العبد الذي يعمل في منزل سيده كما أن لفظ (FAMILIA) يعني مجموع العبيد التابعين لفرد واحد، ففي عهد (قابوس)كانت (الفاميليا) أي الميراث ينقل الى الورثة بوصية منه و لقد استخدم

1 – سورة الانسان، الآية 28.

الرومان هذه العبارة لوصف بنية اجتماعية جديدة تتكون من الزوجة و الأولاد و عدد من العبيد يخضعون لسلطة رب الأسرة و ذلك في ظل سلطة أبوية رومانية لها حق الحكم عليهم بالحياة أو الموت[1].

و من خلال ما تقدم يتضح لنا أن معنى الأسرة يدل على القوة سواء في الثقافة العربية أو الغربية.

الاسرة اصطلاحا: إن تحديد مفهوم الاسرة اصطلاحا يرتبط بمسايرة تطور المجتمعات الانسانية نظرا لاختلاف معناها باختلاف العصور و الحضارات عند المفكرين العرب أو الغرب[2].

فقد ذهب (أوجيرت و نيمكوف) الى أن الأسرة هي عبارة عن منظمة دائمة نسبيا تتكون من زوج و زوجة و أطفالهما أو بدونهما، أو تتكون من رجل وامرأة مع ضرورة وجود أطفال، في حين نجد كل من (برجس و لوك و هارفي) يعتبرون الأسرة جماعة من الأفراد تربطهم روابط ناجمة عن صِلات الزواج و الدم و التبني و تعيش في دار واحدة.

1 - عادل العو، تحديث الأسرة و الزواج، دار الفاضل، 1991، ص (21، 22).

2 - احسان محمد الحسن، العائلة و القرابة والزواج، دار الطليعة للطباعة و النشر، ط2، 1985، ص (10 - 11).

وهناك من ذهب الى تناول مفهوم الأسرة بعيدا عن الر وابط الدموية و الاجتماعية إذ عرفها انطلاقا من وظائفها كالإنجاب و الحفاظ على النسل البشري...

و من خلال ما سبق يتضح أن هناك العديد من التعريفات الخاصة بالأسرة و أن كلمة "أسرة" تقابل (FAMILIA) في اللغة الفرنسية و كلمة (FAMILY) في اللغة الانجليزية وهي تعني العائلة.

و أما عند المفكرين العرب فإن مصطلح الأسرة يختلف عن مصطلح العائلة فالأسرة تعني المعاشرة بين الزوجين في مسكن الزوجية وإنجاب الأطفال الذين يكتمل بوجودهم شكل الأسرة و السهر على تربيتهم الى أن يكبروا ويستطيعون تكوين أسر أخرى.

و أما العائلة فتعني الجماعة التي تقيم في مسكن واحد تتكون من الزوج والزوجة وأولادهما غير المتزوجين ذكورا و اناثا و المتزوجين وابنائهم وغيرهم من الأقارب الذين يقيمون في نفس المسكن تحت اشراف رئيس العائلة، فالعائلة أوسع من الأسرة.

و عرّفت المادة (2) و المادة (3) من قانون الأسرة الجزائري، الأسرة بأنها الخلية الاساسية في المجتمع وتتكون من اشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية و صلة القرابة[1].

المطلب الثاني: طبيعة الأسرة و أهميتها

تقوم الاسرة على دعائم فطرية وهي خاصية من خواص الانسان الفطرية مثلها مثل سائر المؤسسات الاجتماعية الأخرى لكنها أكثر ثباتا و استمرارا وانتشارا، يقول الله عزّ وجل: ﴿ **يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا**﴾[2].

و من خلال هذه الآية و غيرها من الآيات نجد أن الله عز وجل بيّن أن هناك حاجات فطرية في الانسان لا يمكن أن يلبيها الانسان إلا من خلال الاسرة و بطريقة تحفظ النسل من الاختلاط و تجنب المجتمع المهالك و المضار فقد بينت هذه الآيات العلاقة التكاملية بين الرجل و المرأة و أن أساس العلاقة بينهما داخل الأسرة مبني على المودة و الرحمة

[1] - قانون الاسرة الجزائري رقم 84-11 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

2 - سورة النساء، الآية 01.

ومما يدل على أن الاسرة من دواعي الفطرة ما يلي:

1- أن الاسرة مؤسسة اجتماعية عامة أي أنها وجدت في كل المجتمعات بلا استثناء منذ آدم و حواء وهو رأي غالبية علماء الاجتماع و الأنثروبولوجيا و حتى الرافضين للأسرة لم يستطيعوا تقديم الأدلة على عدم وجودها، فلم تسجل الأبحاث التي اجريت على المجتمعات المختلفة غيابها بالرغم من تعرضها لتغيّرات إذ قد تأخذ أشكالا بنائية ووظائف اجتماعية قد تضيق و قد تتسع إلا أنها لا تخلوا من زوج زوجة و أطفال تقوم على رعايتهم.

2- أنها المجال الأمثل للتنشئة الاجتماعية القاعدية و صياغة الشخصية الانسانية في الصغر و التكفل بمن يعجز في الكبر و قد حاولت المجتمعات الغربية ابتكار مؤسسات بديلة عن الأسرة و كانت النتيجة تحلل في المجتمع و تمزق في شبكة العلاقات الاجتماعية.

3- أنها ثابتة رغم المحاولات المنظمة للقضاء عليها و تفتيتها و التخلص منها و كلها باءت بالفشل لأنها تمثل الفطرة العميقة في أصل تكوين بنية الإنسان ومن ثم كان نظام

الأسرة في الاسلام هو النظام الطبيعي و الفطري المنبثق من أصل تكوين الانسانية بل أصل في تكوين الأشياء كلها في الكون[1]

و للأسرة أهمية استراتيجية في المجتمع إذ أن الانسان كائن اجتماعي بفطرته و طبيعته فهو لا يستطيع أن يعيش وحيدا بعيدا عن الناس وطفولته أطول من كل الكائنات فهو يحتاج الى من يرعاه و يكفله الى أن يكبر و يستطيع أن يسهم في الحياة و دورتها، والأسرة هي من تستطيع القيام بهذه الوظيفة فإذا صلحت صلح المجتمع و إذا فسدت فسد الفرد و المجتمع كحال القلب من الجسد ولا تدور عجلة المجتمع إلا بها وفي ظلها حيث يقول ماكفير و بيدج " لا يوجد بين التنظيمات التي يحتويها المجتمع الكبير منها أو الصغير ما يفوق الأسرة في قوة أهميتها الاجتماعية، فهي تؤثر في حياة المجتمع بأساليب متعددة كما أن صدى التغيرات التي تطرأ عليها تتردد في الهيكل الاجتماعي برمته"[2].

و الأسرة باعتبارها البيئة الاولى للإنسان تلعب دورا هاما في نمو شخصيته و قيّمه السلوكية و غيرها من العمليات الاجتماعية ولهذا نجد أن سوء التنظيم الاجتماعي في

[1] - سيد قطب، الاسلام و مشكلات الحضارة، دار الشرق، بيروت، ط6، 1980، ص 235.

2 - ماكفيرد و بيدج، المجتمع، ترجمة السيد محمد الغراوي، مكتبة النهضة، القاهرة، 1970، 460/2.

نطاق الاسرة ينعكس سلبا على الافراد، وهكذا تعتبر الاسرة أقوى نظم المجتمع فعن طريقها يكتسب الانسان انسانيته حيث يمكن تحويل المولود الى مخلوق انساني يعيش مع غيره في انسجام داخل الاسرة و خارجها.

المطلب الثالث: أنماط الأسرة

يعتبر تنوع و تعدد الاشكال التي يمكن للأسرة أن تتخذها وفقا للبيئات الثقافية المختلفة ووفقا للفترات التاريخية احدى أهم مميزاتها، فالأسرة تختلف من مجتمع للآخر، كما أنها تختلف بين المجتمعات الريفية والحضرية و قد تختلف تبعا للطبقات و المستويات الاجتماعية داخل المجتمع الواحد و قد وضع علماء الاجتماع عدة تصنيفات لأنماط الأسرة منها:

1- تصنيف الأسرة على أساس الشكل:

صنف علماء الاجتماع الأسرة على أساس الشكل الى :

أ- **الاسرة الممتدة:** و تتكون من ثلاثة الى أربعة أجيال تضم الأب و الأم و أولادهما غير المتزوجين والمتزوجين مع زوجاتهم كما تضم الأعمام والاخوال والجدّ و الجدّة وهؤلاء

يسكنون في منزل واحد يترأسهم رب الأسرة الأكبر سنا و هذا الشكل هو الاكثر شيوعا في المجتمعات الانسانية القديمة و حاليا توجد في المجتمعات الزراعية الريفية والمجتمعات العشائرية.

ب- الأسرة النواة: و تعتبر الأسرة الصغيرة التي تسود طبيعة المجتمع البشري الحديث و هي تتألف عموما من الزوج الزوجة و أولادهما كما يطلق عليها الاسرة الزوجية أو البسيطة و كان ظهور هذا النوع من الأسر بعد دخول الصناعة و تحول المجتمعات من مجتمعات زراعية الى مجتمعات صناعية..

جـ- الأسرة المركبة: ترتبط بنظام تعدد الزوجات و تتألف من الرجل و زوجاته و أبناؤه.

د- الأسرة المشتركة: تتكون من أسرتين نوويتين أو أكثر ترتبط ببعضها البعض من خلال خط الأب عادة.

2- تصنيف الأسرة على أساس القرابة: و في هذا التصنيف ثلاثة أنماط

أ- **أسرة الانتساب الى الأب:** بمعنى أن أمه و أفراد أسرتها يعتبرون أجانب.

ب- أسرة الانسان الى الأم: بمعنى أن يلتحق الولد بأمه و أسرة أمه و تظل أسرة الأب أجانب عنه.

جـ- **الأسرة المزدوجة:** و في هذا النظام تتكون الجماعة القرابية التي ينتمي إليها الفرد من بعض أهل أبيه و من بعض أهل أمه.

3- تصنيف الأسرة على أساس السلطة: و يندرج تحته أربعة أنماط.

أ- **الاسرة الأبوية:** و يكون مصدر السلطة هو الأب.

ب- الأسرة الأموية: و يكن مصدر السلطة هو الأم

جـ- الأسرة البنوية: و هي الاسرة التي يسيطر عليها أحد الأبناء.

د- أسرة المساواة: و هي التي تقوم فيها العلاقات على أساس المساواة.

4- تصنيف الأسرة على أساس الانتساب: يندرج تحته نوعين.

أ- **أسرة التوجيه:** و هي التي يولد فيها الفرد فتقوم بإكسابه القيم و العادات و التقاليد و تعمل على اعداده لأداء دوره في المجتمع.

ب- أسرة التناسل: و هي التي يكونها الانسان عن طريق الزواج و الانجاب.

المبحــث الثانـــي: تطور قانون الاسرة الجزائري

الاجتماع الانساني ضرورة كما يقول ابن خلدون في المقدمة و ذلك لأن الانسان مدني بطبعه فهو يولد في المجتمع و لا يعيش إلاّ فيه، و الفرد الصالح هو أساس و ثمرة الأسرة و كما يقال أن الاسرة السليمة هي أساس المجتمع السليم و العكس صحيح و لضمان الحقوق داخل الاسرة وخارجها لا بدّ من قانون يحكم العلاقات بين الأفراد ويفك نقاط الاشتباك، و نظرا لأهمية هذه الدراسة ارتأينا أن نتطرق الى الخلفية التاريخية لتطور قانون الأسرة الجزائري لفهم أبعاده و جذوره و خلفيته و ذلك من العهد العثماني الى مرحلة الاستعمار ثم مرحلة الاستقلال و التعديلات الحديثة و ذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: قانون الأحوال الشخصية في عهد الدولة العثمانية

بعد اتساع رقعة الدولة و امتداد سلطات المسلمين الى خارج الجزيرة العربية وجد المسلمون في تلك المجتمعات الجديدة ثقافة جديدة في مختلف المجالات بشكل لم تستوعبه آيات الأحكام الجزئية الواردة في القرآن الكريم لكون أن النصوص متناهية و حاجات الناس غير متناهية فكان لزاما على فقهاء المسلمين البحث عن حلول لهذه المستجدات وهذا ما انعكس ايجابيا على الفقه الاسلامي بما في ذلك ما يتعلق بالأحوال الشخصية

(الأنكحة والمواريث)، و لم يكن هذا التطور في المجال الذي لا حكم فيه فقط في القرآن و السنة و إنما امتد هذا التنوع الفقهي في فهم النصوص المقدسة من القرآن و السنة كمعطى لغوي، إضافة الى ظهور الدراسات في مجال الحديث و تقسيمه الى عدة مصنفات و هذا ما أوجد تنوعا في الفتاوى في الحالة أو القضية الواحدة وتتابع الأمر الى التنوع في أحكام القضاء و خاصة بعد ظهور المدارس الفقهية (مدرسة الرأي و مدرسة الحديث) أعقبها تبلور المذاهب الفقهية المعروفة.

و في ظل هذا التنوع الفقهي من جهة و اتساع رقعة الدولة من جهة وجدت الحاجة إلى تقنين الأحكام الشرعية حتى يتقيد القاضي و الفقيه بأحكام مقننة معينة كي يَعْلَمْ الناس بهذه الأحكام سلفا و يكونوا على بصيرة من صحتها أو فسادها.

و أستمر هذا الأمر الى أن جاء عهد الدولة العثمانية في مرحلة الرجل المريض حيث ضاق مجال تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية وانحسر و لم يبق لها من سلطان إلا في مجال الأحوال الشخصية و في ظل هذا الوضع و مراعاة لمصالح الناس تم تشكيل لجنة حيث تم وضع مجموعة من الأحكام الفقهية و صدر بها قانون مجلة الأحكام العدلية 1286هـ مأخوذة من أحكام المذهب الحنفي فكانت أول تنظيم تشريعي يستمد أحكامه من

الفقه الاسلامي حيث بدأ العمل بأحكام هذه المجلة عام 1293هـ و أخذت المحاكم العمل بأحكامها باعتبارها قانونا مدنيا عاما ينظم المعاملات المدنية غير أن مشاكل الأحوال الشخصية بقيت من اختصاص الشريعة الاسلامية إلا في ما يتعلق بكتابها التاسع في مشاكل الحجر و أهلية الصغار و فاقدي الأهلية.

ثم ظهر أول تقنين رسمي في مواد الاحوال الشخصية عام 1915م بصدور ارادتين سنيتين متصلتين بموضوع الطلاق ثم ظهر بعد ذلك قانون حقوق العائلة العثماني سنة 1336هـ/ 1917م، و جرت بمصر محاولات للتقنين عام 1915م لكنها لم تنجح.

و ظهر مصطلح الأحوال الشخصية في أواخر القرن 19م حيث ورد هذا المصطلح في كتاب محمد قدري باشا المعروف " بالأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية"، و يبدوا أن اختيار هذا المصطلح جاء بخلفية سياسية لتمكين الطوائف غير المسلمة في ظل الدولة العثمانية من الاحتكام لديانتهم فضلا عن بداية حركة التقنين المرتبطة بفلسفة القانون الوضعي و اقتباس بعض المصطلحات منه، و في الوقت الذي بدأ فيه هذا المفهوم في التبلور و الوضوح بادر العثمانيون بإصدار قانون حقوق العائلة مقتبسين هذا المصطلح من الغرب لكن ما يميّز هذا القانون أنه لم يعتمد على المذهب الحنفي فقط بل أخذ من

المذاهب الثلاثة الأخرى، و قد كانت خطوة التقنين ضرورية لمعرفة حقوق المواطن الفرد بعد تثبيت الحدود القومية للدولة المعاصرة و نشوء مفهوم الجنسية و سريان أحكام القانون في ظل البعد المكاني و الزماني.

المطلب الثاني: قانون الأحوال الشخصية في عهد الاستعمار الفرنسي(1962-1830):

كان التنظيم القضائي في الجزائر قبل الاحتلال الفرنسي عام 1830م يستمد أحكامه من الفقه الاسلامي و الأعراف المحلية في جميع ميادين الحياة العامة و منها الأسرة و كانت أحكام الفقه المالكي هي السائدة تقريبا، و بعد الاحتلال عمدت السلطات الاستعمارية الى معادلة دمج نظريات الفقه الاسلامي في النظام القانوني الفرنسي خدمة لأغراضه من جهة و تفكيك وحدة التشريع في المجتمع الجزائري من جهة أخرى.

أولا: صدور مرسوم GREMIEUSE لسنة1870

حيث ينص على اخضاع المستوطنين الفرنسيين و غيرهم من حاملي الجنسية الفرنسية بمقتضى هذا المرسوم و كذلك الجزائريين اليهود و بعض الجزائريين الحاملين للجنسية

الوطنية للقانون الفرنسي فيما يتعلق بالمسائل الجزائية و الادارية و الاجرائية إلا فيما يتعلق بالأحوال الشخصية فيخضعون فيه لأحكام الشريعة الاسلامية.

وحاولت فرنسا توحيد قانون الاسرة في بداية القرن 20م عن طريق مشروع العميد مرسيل مورد حيث يحتوي على 230 مادة متعلقة بالزواج و الطلاق و آثارهما و 226 مادة متعلقة بالهبة و الميراث و الوصايا، و 79 مادة متعلقة بالإثبات، و بالرغم من أن هذا المشروع لم يصبح قانونا إلا أن بعض الفقهاء كانوا يستنبطون منه بعض الأحكام.

ثانيا: صدور أول قانون مكتوب للأحوال الشخصية رقم 778/57 الصادر في 1957/07/11

حيث نظم الاحكام المتعلقة بالولاية و الحجر و الغياب و الفقدان و استمر تطبيق مبادئ الشريعة الاسلامية في مجال الزواج و الطلاق و الوصية و الارث دون الاستناد الى قواعد قانونية و اجرائية للتقاضي إلا في ما يتعلق بالمرسوم الصادر في 29-12-

1922 بشأن تطبيق التقاليد القبائلية وانشاء ما يسمى بالنظام القضائي في منطقة القبائل[1].

ثالثا: صدور الأمر رقم 274/59 المؤرخ في 1959/02/04

و يتكون هذا الأمر من 12 مادة تضمنت المادة 02 منه أركان عقد الزواج.

رابعا: صدور المرسوم رقم 7082/59 المؤرخ في 1952/09/17

حيث تضمن اللائحة التنفيذية للأمر 274/59 و توضيح نصوصه ثم يليه القرار الصادر بتاريخ 1959/11/21 الذي حدّد أنواع الوثائق و المستندات لتي يجب تقديمها أمام ضابط الحالة المدنية أو القاضي (الموثق)بالنسبة لطالبي الزواج من أجل ابرام العقد و تسجيله.

أما فيما يتعلق بقواعد الوصاية و الولاية و الحجر والفقدان فقد تضمنها القانون رقم 778/57 و ظلت سارية المفعول الى ما بعد الاستقلال.

[1] – عبد العزيز سعد، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2007، 08

و من الجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي قد عمد الى التدخل في قانون الاسرة عن طريق سلسلة من القوانين منها على سبيل المثال قانون 02 ماي 1930 المتعلق بالخِطبة و سِن الزواج ومرسوم 19 ماي 1931 المتعلق بالحالة القانونية للمرأة الجزائرية، والأمر الصادر في 23 نوفمبر 1944 المتعلق بالنظام الداخلي الاسلامي في الجزائر.

و على الرغم من كل هذا بقي نظام الاسرة الجزائري بعيدا عن التدخل الاجنبي و يستمد أحكامه و مبادئه من الفقه الاسلامي.

المطلب الثالث: قانون الاحوال الشخصية في مرحلة الاستقلال

أولا: من 1962 الى غاية 1984

بعد استرداد الجزائر استقلالها أصبح من الضروري وضع منظومة قانونية تتماشى وسيادتها و يعد تطبيق القوانين الوطنية مظهرا من مظاهر السيادة الوطنية حيث صدر القانون رقم 157/62 القاضي بمواصلة العمل بالتشريعات الفرنسية إلا فيما يتعارض مع السيادة الوطنية و عليه تم الابقاء على الأمر الملكي الصادر بتاريخ 10 أوت 1834 القاضي بتطبيق أحكام الشريعة في مجال الأحوال الشخصية، ثم سنّ القانون رقم

244/63 المؤرخ في 18-05-1963 و الذي جاء بمبدأ شكلية عقد الزواج بتحديد سن الزواج حيث جعل سن الرجل ببلوغ 18 سنة و عند المرأة ببلوغ سن 16 سنة و بهذا الشرط يكون المشرع الجزائري قد أرسى شرطا جوهريا يتعلق بصحة الزواج وهو أحد الموانع المؤقتة.

ثم صدر الأمر رقم 72/69 حيث عدّل بموجبه القانون رقم 63/224 فيما يتعلق بإثبات عقد الزواج.

ثم صدر القانون المدني الجزائري بموجب الأمر 58/75 المؤرخ في 26-09-1975 حيث نص في المادة الأولى منه في الفقرة الثانية على أن القاضي ملزم بتطبيق أحكام الشريعة في مجال الأحوال الشخصية و هو ما كان سائدا قبل صدور هذا القانون.

ثانيا: من 1984 الى غاية 2005

صدر أول قانون اسرة جزائري بموجب القانون 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 حيث يعتبر أول وثيقة تجسد العمل بأحكام الشريعة في تنظيم شؤون الأسرة حيث يشتمل هذا القانون على 224 مادة مقسمة على أربعة كتب:

1- الزواج و انحلاله (المادة 4 الى غاية المادة 84).

2- النيابة الشرعية (المادة 81 الى غاية المادة 125).

3- الميراث (من المادة 126 الى 183).

4- التبرعات (من المادة 184 الى غاية المادة 244).

واعتمد هذا القانون على أحكام الشريعة الاسلامية مصدرا أساسيا في التشريع الأسري مغلبا أحكام المذهب المالكي التي اعتمدت كمرجعية في الوثيقة التحضيرية لهذا القانون كما أُخذ ببعض الآراء من غير المذهب المالكي إذا دعت الحاجة الى ذلك إضافة الى اعتماد المشرع على بعض القوانين العربية التي سبقته مع بعض التعديل أحيانا أو مخالفتها أحيانا أخرى بما يتوافق و أعراف المجتمع الجزائري، وذلك استنادا الى المادة الثانية من الدساتير الجزائرية التي تنص على أن (الاسلام دين الدولة) و هذا ما أكده المشرع الجزائري في المادة 222 من قانون الأسرة حيث جاءت بمبدأ تعميم تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية دون تحديد المذهب الفقهي المعتمد.

وبعد مرور أزيد من 20 سنة عبر صدور أول قانون أسرة جزائري و أمام التغيرات الحاصلة داخليا أو خارجيا أدخل المشرع الجزائري تعديلات على هذا القانون بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

المبحـث الثالــث: انعكاسات قانون الاسرة الجزائري على بنية الأسرة الجزائرية

1/ ادماج النيابة العامة كطرف أصلي في قضايا الأسرة: نصت المادة الثالثة مكرر على أنه: «تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية الى تطبيق هذا القانون» و أهم دور تقوم به النيابة العامة هي الدفاع عن الحق العام و مباشرة اجراءات الدعوى العمومية باسم المجتمع حسب نص المادة الاولى من قانون الاجراءات الجزائية[1]، و بموجب التعديل الجديد لقانون الاسرة رقم 02/05 أصبحت النيابة العامة طرفا أصليا و بالتالي يمكنها أن ترفع دعاوى كثيرة في المسائل المتعلقة بشؤون الأسرة منها:

1- طلبات بطلان الزواج.

2- تصحيح عقود الزواج

3- تقديم طلبات بتصفية التركة

4- رفع دعوى الحجر

[1] – المادة 01 من قانون الاجراءات الجزائية رقم 155/66 المعدل و المتمم.

5- الدعاوى المتعلقة بعديمي الأهلية و القضايا المتعلقة بالأشخاص المفقودين و إجراءات الطعن بالتزوير[1].

وغيرها من الدعاوى ويختلف دور النيابة العامة من قضية لأخرى بحسب طبيعة الدعوى فيكون دورها مثلا حياديا إذا ما تعلقت القضية بفك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة أو الخلع حيث تكتفي بطلب تطبيق القانون و تسجل الطلاق في سجلات الحالة المدنية وجوبا.

أما في حالة اثبات النسب أو اثبات الزواج فيمكن لها المعارضة في حالة إذا ما رأت تحايلا على القانون.

و النيابة العامة لا تحضر جلسات الصلح ولا تدخل في تقديرات قاضي شؤون الاسرة و عند التبليغ يتم ذلك عن طرق المحضر القضائي.

إن دور النيابة العامة له أهمية بالغة و قد احسن المشرع بإضافة المادة 03 مكرر وبوجود النيابة كطرف أصلي في مسائل شؤون الأسرة، هذا الإجراء من شأنه أن يحول

1 - الجندي أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، 2009، ص11.

الى حد كبير دون وقوع اختلال من طرف على آخر في الحياة الزوجية بل يقوي بنيانها و يحافظ على استقرارها و تماسكها و يلزم كل طرف بواجباته تجاه الآخر.

و بالرغم من كل هذا تبقى هناك بعض الاشكالات منها أن الدعوى العمومية في قضايا الأسرة لا يمكن تحريكها من النيابة العامة إلا بناء على شكوى الطرف المضرور (الزوج، الزوجة) حصرا وصفح الضحية يضع حدّا للمتابعة الجزائية في جميع مراحل سير المحاكمة.

2/ الولي في عقد الزواج: يتميّز عقد الزواج عن غيره من العقود بخصوصية ذاتية فهو عقد شرعي و مدني من حيث الشكل كما يتميّز بخطورة الآثار المترتبة عنه حيث تتعدى الزوجين الى غيرهما.

تنص المادة 09 من القانون المعدل 05-02 على أن الرضا هو الركن الوحيد في عقد الزواج و بالتالي لم يعد الولي ركنا بل شرطا فقط وإن سلمنا جدلا بمعالجة المشرع لبعض التعسف من طرف بعض الأولياء فإن إثمه أكبر من نفعه إن صح التعبير لأن الاعراف الأسرية في بنائها مرتكزة على التشاور في جل أمور الزواج و خصوصا زواج البنت و هذا ما ادى إلى تصدع القاعدة الأسرية و تفكك في الروابط.

وإلغاء ركن الولي قد تمتد آثاره الى الأحفاد الذين يجدون أنفسهم بدون رابطة قوية مع باقي أفراد الأسرة مما يفقدهم الوظيفة النفسية و الاجتماعية و يؤثر سلبا على اندماجهم في المجتمع.

كما أن إلغاء ركن الولي هو بمثابة إلغاء دور الأهل ودور الأب خصوصا في التدخل حال حدوث شقاق أو نزاع.

3/ التطبيق: تُفك الرابطة الزوجية بالوفاة أو الطلاق و قد تكون بإرادة الزوج المنفردة أو بالتراضي أو بطلب من الزوجة عن طريق القاضي للضرر حسب نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

حاول المشرع تغيير النمطية الذكورية داخل المجتمع الجزائري بهذه الاجراءات غير أن ذلك انعكس سلبا في مرحلة الممارسة بتوسيع دائرة الحقوق مما يسهل عملية اللجوء الى التطليق و إضافة أعباء جديدة على عاتق الزوجة و البناء الأسري بصفة عامة.

والاسباب المذكورة في المادة 53 مع غياب تحديد المفهوم و الضوابط تركت ثغرات توسع من مجال فك الرابطة الزوجية بأسباب واهية و مزاجية ترتب عنها آثار وخيمة على الأسرة وبنيتها.

4-الخلع: نصت المادة 54 المعدلة على أنه « يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مادي» و في حالة عدم الاتفاق على المقابل يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم القضائي، و نلاحظ أن المشرع عندما أباح الخلع قد أسس تشريعه على نقطتين:

1- قانون الاسرة مستمد من الشريعة الاسلامية و انطلاقا من قوله عزّ وجل﴿ **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ**﴾[1]، واضاف المشرع في المادة 54 عبارة " دون موافقة الزوج" ليرفع الغموض الذي كان سائدا في المادة 54 قبل التعديل و التي كثيرا ما تعارضت مع أحكام و اجتهادات المحكمة العليا و قد تدارك النقص و الابهام، كما أن الزوجة حسب نص المادة غير مطالبة بتحديد الاسباب في عريضة دعواها ولا يبقى أمام المحكمة سوى محاولة الصلح.

[1] – سورة البقرة، الآية 229.

الناظر الى نص المادة 54 لا يجد اشكالا في افتداء المرأة نفسها من رجل لا تطيق الحياة معه و تعسف في عضلها ولكن الواقع الاجتماعي من خلال الممارسة يفجع بالعدد الهائل لحالات الطلاق بإرادة الزوجة " الخلع" لسهولة الاجراءات التي وسعت فك الرابطة الزوجية أمام المرأة مما انعكس سلبا على الميثاق الغليظ فأصبح أوهن من خيط العنكبوت.

6/ الحضانة: أفرد المشرع الجزائري لهذا الموضوع أهمية بالغة لما له من حساسية و آثار بعد انفكاك الرابطة الزوجية في المواد 62، 64، 67، 72، و هذا لضمان التواصل الاسري بين المحضون ووالديه(الحضانة، الزيارة) و توفير الجو الملائم لممارسة الحضانة، إلا أن كثيرا من العوائق لا تزال تعرقل الوصول الى الهدف المنشود حيث يتحول المحضون الى ساحة معركة و شدّ و جذب من الطرفين و يزيد في عمر الشِّقاق داخل أروقة المحاكم.

الفـصـــــــل الثاني

قيام الرابطة الزوجية في قانون الاسرة

الجزائري

يعتبر الزواج من أهم الاحداث في حياة الرجل والمرأة لما يدخله على حياة كل منهما من تعديل و تغيير حيث يتم إثباته في هوامش وثائق الحالة المدنية.

و عقد الزواج ذو أهمية بالغة في تكوين الخلية الأساسية في المجتمع لذا سماه الله عز وجل الميثاق الغليظ لأن به تتحول حياة الافراد تحولا كبيرا من الناحية الشرعية و القانونية و عليه سنتطرق الى هذا الفصل في المباحث الآتية:

المبحث الاول: مفهوم الخِطبة طبيعتها وآثار العدول عنها.

المبحث الثاني: أحكام عقد الزواج و اثباته.

المبحث الثالث: آثار عقد الزواج

المبحـث الاول: مفهوم الخِطبة طبيعتها وآثار العدول عنها

نظرا لخطورة عقد الزواج بسبب تعلق موضوعه بحياة الانسان و ديمومته فقد كان لمقدماته أهميّة بالغة لما لهذا العقد من شأن عظيم وجعلت لها أحكاما خاصة بها أقرّها الفقه الاسلامي قبل إبرام العقد و سميت بالخِطبة و هي مرحلة تمهيدية تسبق تطابق الايجاب و القبول في مجلس العقد.

المطلب الأول: مفهوم الخِطبة

الخِطبة لغة: بكسر الخاء هي طلب الزواج حيث يقال خطبها الى أهلها طلبها منهم للزواج[1]، فالخِطبة في اللغة ترد بمعنى أعم و هو إلتماس الشيء كما ترد بمعنى أخص وهو الدعوة الى التزويج.

وأما اصطلاحا: فهي إلتماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة[2] وهي طلب رجل يد امرأة معينة للتزوج بها و التقدم إليها و الى ذويها والتفاوض في أمر العقد فإذا أجيب الى طلبه تمت الخطبة بينهما[1].

---

[1] – ابن منظور، لسان العرب، فصل الخاء المعجمة، بيروت، ط3، 1/(360، 361)

2 – الشربيني، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، ط1، 1994، 219/4.

وأما المشرع الجزائري فقد عرفها في المادة 05 من قانون الأسرة على أن " الخِطبة وعد بالزواج" يفهم من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري لم يعرِّف الخِطبة و لكنه اكتفى ببيان طبيعتها القانونية، وأما بلحاج العربي فعرفها بقوله بأنها "وعد بالزواج" وهو كذلك بيان للصفة الشرعية والقانونية لها.

و الخِطبة مشروعة بالكتاب و السنة في قوله عز وجل ﴿ **وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ**﴾[2]، و قول النبي صلى الله عليه و سلم ﴿ لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى يذر﴾، و قد اشترط الفقهاء للخطبة شروطا منها:

1- أن تكون المرأة خالية من الموانع الشرعية: و التي تمنع زواجها في الحال بمعنى أنه لا يجوز خطبة المحرمة تحريما أبديا كالبنت و الأخت و العمة و الخالة أو محرمة تحريما مؤقتا كزوجة الغير أو المعتدة من الطلاق.

1 – بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الحديث، دار الهلال، 2006، ص50.

2 - سورة البقرة، الآية 235.

2- ألا تكون مخطوبة للغير: لأن في خطبتها اعتداء على حق الخاطب الاول و لم يتكلم قانون الاسرة الجزائري عن النظر الى المخطوبة و كيفيته بل ترك ذلك الى احكام الشريعة الاسلامية و الاعراف .

المطلب الثاني: الطبيعة الشرعية و القانونية للخطبة

أولا: الطبيعة الشرعية للخطبة

لا تكتسي الخطبة شرعا الصبغة العقدية وهذا لأن الشرع لم يرتب عليها أي أثرمن آثار عقد الزواج حيث أنه لا يثبت بها أي من حقوق الزوجية ولا يثبت بها نسب و أن ما ابيح من النظر إليه في الخطبة هو استثناء من أصل تحريم النظر للأجنبية ومما سبق ذكره نجد أن الشريعة منحت الخطبة خصوصية أخرجتها من العموم من فهي لا ترتقي الى مرتبة عقد الزواج ولا تترتب عليها آثاره ولكنها مقدمة من مقدماته فقط.

ثانيا: الطبيعة الفقهية للخطبة

اختلف فقهاء القانون حول الطبيعة القانونية للخطبة الى اتجاهين:

1- يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الخِطبة هي عقد وليس وعدا بالزواج وهذا بناء على سببين[1]:

أ- حق الخاطبين في المطالبة بالزواج و التعويض في حال العدول عن الخِطبة.

ب- تتضمن الخِطبة التعبير عن إرادتين متطابقتين حيث تتم بإيجاب من المتقدم أو الملتمس للزواج و قبول من المتقدم إليه أو الملتمس منه الزواج فإذا تم الايجاب والقبول تكون الخِطبة تامة.

2- يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الخِطبة لا ترتقي لمرتبة العقد بناء على سببين[2]:

أ- للخاطبين الحريّة الشخصية في الاختيار و الرضا.

ب- الخِطبة فترة اختيار لكل من الخاطبين مجردة من كل تعهد نهائي.

1 - بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي و تطبيقاته في قانون الاسرة الجزائري، دكتوراه، جامعة باتنة، 2009/2008، ص 303.

2 - كاهلي مراد، الوجيز في قانون الأسرة، جامعو أم البواقي، كلية الحقوق، 2010/2009.

ثالثا: الطبيعة القانونية للخطبة

الخِطبة من الناحية القانونية هي وعد بالزواج لا يتمتع بأي قوة إلزامية للطرفين ولو طال أمدها أو صبت في قالب رسمي أو شكلي و لا يترتب عليها ما ترتب على العقد من آثار و مراكز قانونية وهذا وفقا للمادة 05 من قانون الأسرة الجزائري وهذه الخطبة قد تقترن كما ذكر القانون بقراءة الفاتحة في المادة 06 من قانون الأسرة ومع ذلك فطبيعتها القانونية لا تتغير.

ولكن الناظر الى الخلاف الفقهي في طبيعة الخِطبة يجد أن الممارسة الاجتماعية للخطبة ليست ما يقصده المشرع من مفهوم الخِطبة و طبيعتها حيث أنه في الغالب تكون الخِطبة عبارة عن مجلس عقد يتم فيه الايجاب و القبول و لو سمي خطبة عرفا، أما من ناحية المضمون فالأمر مختلف حيث يتم تحديد المهر ويتحقق ركن الرضا وعليه فإن الخطبة بهذا الشكل هي عقد زواج تترتب عليه آثاره وأحكامه.

و انطلاقا من هذا على المشرع إعادة النظر في أن الخطبة وعد بالزواج فقط و خصوصا في حالة العدول عن الخِطبة.

المطلب الثالث: آثار العدول عن الخطبة

لا خلاف بين الفقه الاسلامي و القوانين الوضعية في جواز العدول عن الخطبة لكونها مجرد وعد يمكن العدول عنه من الطرفين و قد أفاض الفقهاء في مسألة العدول عن الخطبة و آثاره الناجمة عن تقديم المهر و الهدايا و أحقية الاستبراء بعد العدول غير أنه من المستجدات التي يمكن الوقوف عندها في مسألة التعويض عن الضرر المادي و المعنوي الذي يلحق المعدول عنه و خصوصا في حالة المدة الطويلة للخطبة و عدم وجود الاسباب الداعية لذلك.

بعد تحديد الطبيعة القانونية للخِطبة بأنها وعد بالزواج من جهة و من جهة أخرى أن هذا الوعد غير ملزم أي يجوز لكلا الطرفين العدول عنها، نجد أنه من حيث الصياغة القانونية للمصطلح الوعد دلالة قانونية في النظرية العامة للعقد في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة حيث تنص المادة 72 من القانون المدني الجزائري « إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل و قضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، و كانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم مقام العقد»[1].

[1] - الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 16 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم.

يتضح من خلال هذا النص أن الوعد في نطاق القانون المدني ملزم، وأما في قانون الاسرة فيبدوا أن المشرع خالف هذه القاعدة فمن جهة أعتبر الخِطبة وعد بالزواج و من جهة أخرى اعتبره غير ملزم.

و تطبيق النصوص القانونية بهذا الشكل يؤدي الى تضارب الأحكام بين القانونين و لأن توحيد مفهوم المصطلح القانوني مسألة مهمة من الناحية القضائية التفسيرية لذى يرى البعض إعادة صياغة المصطلح في قانون الأسرة لتحقيق الغرض المقصود[1].

الفرع الأول: الأضرار المادية و المعنوية

لا شك أن كلا الطرفين يتضرر من العدول عن الخِطبة، و الناظر في كتب المتقدمين من الفقهاء لا يجد ذكرا لهذا الموضوع حيث أن الخِطبة لم تكن معروفة لديهم بالشكل الحالي بالإضافة الى بساطة الحياة الاجتماعية في زمانهم.

[1] – رشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، ط1، 2008، ص31.

و أما الفقهاء المعاصرين فقد اختلفوا في المسألة الى أربعة أقوال[1]:

1- الرأي الأول: و هو ما ذهب إليه محمد بخيت الى أنه لا تعويض في حالة العدول عن الخِطبة لأن الخِطبة ليست بعقد بل وعد فقط و من عدل عن هذا الوعد فهو يمارس حقا من حقوقه الشرعية.

2- الرأي الثاني: وقال به محمود شلتوت أن العدول عن الخطبة يستوجب التعويض للطرف الآخر.

3- الرأي الثالث: وذهب إليه أبو زهرة وهو أن العدول إذا ترتب عليه ضرر مادي استوجب التعويض، أما إذا لم يترتب عن العدول ضرر مادي أو ترتب ضرر معنوي فلا تعويض.

4- الرأي الرابع: و هو ما ذهب إليه أغلب الفقهاء المعاصرون و هو أن التعويض يترتب عن العدول إذا انشأ عن ذلك ضرر مادي أو معنوي.

و الملاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بمبدأ التعويض عند العدول عن الخطبة إذا نشأ عن ذلك ضرر مادي أو معنوي و هذا ما يتعارض مع الطبيعة القانونية للخطبة لكون

1 – محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2010، ص 38.

العدول أمر مباح و جائز قانونا و ثم فإن التراجع من أحد الطرفين أمر عادي، كما أنه يتنافى مع القواعد الفقهية التي تنص على « الجواز ينافي الضمان»، كما أنه يتعارض كذلك مع المادة 124 من القانون المدني الجزائري[1] التي تلزم المتسبب في الضرر بالتعويض و هذا الذي ربما دفع المشرع الى القول بالجواز و ليس الوجوب.

الفرع الثاني: حكم الهدية بعد العدول

لم يتفق فقهاء الشريعة في حكم استرداد الخاطب لهداياه من المخطوبة في حال العدول فذهب الشافعية[2] و الحنابلة[3] الى عدم جواز رجوع الخاطب في شيء مما أهداه سواء كانت هالكة أو موجودة.

و أما الأحناف[4]، فهدية الخطبة عندهم هبة و للواهب أن يرجع فيما وهب إلا إذ أوجد مانع من موانع الرجوع.

[1] – أنظر المادة 124 من القانون المدني المعدل بالقانون 10/05، المؤرخ في 2005/06/20.

2 – الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، 1990، 64/4.

3 – ابن تيمية، الفتاوى، جمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، السعودية، 1995، 10/32.

4 – ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، ط2، 1992، 153/3.

و أما المالكية[1]، فعندهم إذا كان العدول من الخاطب فلا يرجع بشيء و لو كان موجودا وأما إذا كان العدول منها فللخاطب أن يسترد الهدايا على أي صفة كانت، و قد أخذ المشرع الجزائري بتفصيل المالكية في المسألة غير أنه أخذ بمذهب الأحناف في عدم أحقية الخاطب في استرداد هداياه التي تم استهلاكها و هذا في نص المادة 05 الفقرة الثالثة من قانون الاسرة الجزائري.

« و إذا كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب مالم يستهلك من هدايا أو قيمته».

وأما فيما يتعلق بالمهر فالمعلوم أنه لا حق للمخطوبة فيه إلا عند إبرام العقد ويتأكد ذلك بالدخول، فإذا حدث و أن دفع الخاطب المهر كله أو بعضه أثناء الخِطبة وحدث عدول من الطرفين أو من أحدهما، فللخاطب استرداد المهر إذا كان موجودا بعينه أو قيمته إن كان قيميا أو مثله إن كان مثليا دون النظر لمن فسخ الخطبة من جهته و لا الى ما طرأ على المهر من تبديل (فراش، حلي، لباس...الخ)، حيث تعطيه المهر على الوضع الذي آل إليه.

1 – الصاوي، حاشية الصاوي، دار المعارف، 348/2.

و أما المشرع الجزائري فلم يتعرض لهذه المسألة في قانون الأسرة لا ضمنا و لا صراحة.

المبحــث الثانــي: أحكام عقد الزواج و اثباته

سنتطرق في هذا المبحث الى مفهوم عقد الزواج ثم الى أحكامه و كيفية اثباته و أخيرا الى الآثار المترتبة عليه من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: مفهوم عقد الزواج

يستخدم لفظ النكاح في اللغة بمعنى الضم والجمع، وأما الزواج فيعني مطلق الاقتران والارتباط[1].

وأما اصطلاحا: فهو عقد يفيد حل العشرة بين الرجل و المرأة بما يحقق ما يقتضه الطبع الانساني وتعاونهما مدى الحياة و يحدد ما لكليهما من حقوق و ما عليه من واجبات.

وأما قانونا فنجد أن المشرع قد عرفه في نص المادة 04 من قانون الأسرة « الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة والتعاون وإحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب».

[1] – قاسم القونوي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، دار الكتب العلمية، 2004، ص 50.

ومن هذه نجد أن عقد الزواج هو عقد رضائي مبني على إرادة الطرفين و هذه العبارة لم تكن موجودة قبل التعديل

المطلب الثاني: تكوين عقد الزواج

سنتطرق في هذا المطلب الى تكوين عقد الزواج ذلك بذكر أركانه وشروطه.

الفرع الأول: أركان عقد الزواج

يعتبر الرضا ركنا جوهريا في جميع عقود المعاوضات و من باب أولى يكون ذلك في عقد الزواج لأهميته البالغة و قد جاءت الكثير من نصوص الشريعة مؤسسة لركن[1] الرضا.

ونص قانون الاسرة الجزائري في المادة الرابعة منه على أن « الزواج هو عقد رضائي»، كما نصت المادة 09 منه على أنه « ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين» فإذا اختل ركن الرضا لم ينعقد الزواج أصلا و يكون باطلا بطلانا مطلقا و هذا من الناحية القانونية من خلال نص المادة 33 الفقرة 01 من قانون الأسرة « يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا»، هذا بالإضافة الى أن ركن الرضا هو الركن الوحيد المتفق عليه بين الفقهاء و أما الأركان الاخرى فهي موضع اختلاف بينهم.

[1] – الركن هو ما كان جزء من حقيقة الشيء و لا يوجد ذلك الشيء إلا بوجوده، أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 43.

ولما كان موضوع التراضي يتطلب وجود صيغة (الايجاب و القبول) فإننا نبدأ بالحديث عن الايجاب والقبول و شروط كل منهما مع العلم أننا نأخذ بقول الأحناف في ذلك[1].

1/ الايجاب: هو ما يصدر أولا من أحد المتعاقدين للدلالة على إرادته في إنشاء عقد الزواج و يشترط فيه مايلي:

- أن يكون باتّا ونهائيا أو صريحا
- أن يصل الى علم الطرف الآخر

2/ القبول: هو ما يصدر ثانيا من العاقد الآخر و يشترط فيه ما يلي:

- أن يكون باتّا و صريحا
- أن يكون متطابقا مع الايجاب

و أما طرق التعبير عن الارادة في الايجاب و القبول فلا تخرج عن القواعد العامة و الأعراف و هي التعبير بالعبارة أو الكتابة أو الاشارة أو بأي طريقة تفيد معنى النكاح شرعا و هذا باتفاق جميع الفقهاء مع اختلافهم في الترتيب[2].

[1] – و به أخذ المشرع الجزائري في المادة 10 من قانون الاسرة.

2 – بن شويخ، مرجع سابق، ص 339.

و قد نصت المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري « يكون الرضا بالإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا و يصح الايجاب و القبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة و الإشارة ».

والملاحظ على هذا النص أنه لا يجوز للقادر على الكلام التعبير بالطرق الأخرى، كما أنه لم يشترط التعبير باللغة العربية فينعقد الزواج بكل لغة يتفق عليها الطرفان و يحسنان التعبير بها، هذا بالإضافة الى أنه لم يفرق بين الكتابة و الاشارة بل جعلهما مرتبة واحدة و للعاجز عن النطق الاختيار بينهما ، و من هذه المادة يتضح أن المشرع أخذ برأي الجمهور في جواز انعقاد الزواج بالكتابة أو الاشارة للعاجز عن النطق.

الفرع الثاني: شروط عقد الزواج

لكي يتم عقد الزواج من الناحية القانونية لابّد من توفر الشروط[1]التي نصت عليها المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري كما يلي« يجب أن تتوافر في عقد الزواج الشروط التالية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية».

[1] – الشرط هو أمر خارج عن ماهية الشيء و حقيقته و يتوقف عليه وجود ذلك الشيء شرعا بن صغير محفوظ، مرجع سابق، ص 399.

أولا: الأهلية

تحتاج مباشرة التصرفات القانونية الى أهلية معينة حتى تترتب عليها آثارها و ترتبط هذه الأهلية بعنصري السن و العقل و لها علاقة مباشرة بركن الرضا فلا حديث عنه إلا بوجود إرادة خالية من أي عيب يؤثر في صحتها، و معنى أن تكون الارادة معتبرة لابّد أن تصدر عن شخص ذي أهلية.

لم يحدد الفقه الاسلامي سنّا معينا للزواج بل ربطها بالبلوغ و هو عبارة عن علامات و تغيرات فيزيولوجية تظهر في جسم الذكر و الانثى على خلاف بين الفقهاء في زواج الصغير أو القاصر كما يسمى قانونا ولكن بشروط معينة و أحوال خاصة بناء على المصلحة.

و أما من الناحية القانونية فيقصد بالأهلية صلاحية الشخص لإبرام عقد الزواج وهذا ما بينته المادة 07 من قانون الاسرة الجزائري أن سن الزواج لكل من المرأة الرجل محدد بـ19 سنة و هو نفسه سن الرشد المحدد في القانون المدني[1] وقد كانت سابقا قبل التعديل أهلية الزواج محدد بين 21 للرجل و سن 18 للمرأة وبالتالي أنهى المشرع التناقض في

[1] – المادة 40 من القانون المدني الجزائري.

النصوص بين القانون المدني و قانون الأسرة حيث كان يجيز للمرأة الزواج في سن 18 دون سن الرشد القانوني و يمنع الرجل رغم تجاوزه سن الرشد القانوني.

غير أن هناك إشكال قانوني يمكن أن يقع في حال الترخيص دون السن المحدد قانونا وذلك لأن النص في المادة 07 لم يحدد السّن الذي يمكن للقاضي النزول إليه لمنح الترخيص مع مراعاة الضوابط الأخرى المنصوص عليها في القانون.

ثانيا: الصداق

الصداق هو ما يعطيه الزوج للزوجة في عقد النكاح و يسمى بالصداق ليبين صدق رغبة الزوج و هو عطية أو هدية لازمة بين الرجل و المرأة تكريما لها.

و قد نصت المادة 14 من قانون الأسرة على أن« الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما يباح شرعا...».

و قد اختلف الفقهاء في صفة الصداق في عقد الزواج فهناك من لا يعتبره ركنا ولا شرطا في العقد بل هو أثر من آثاره فيصح الزواج عندهم سواء سمّى المهر أو لم يسم،

و هناك من أعتبر المهر ركنا و به قال المالكية ورتبوا على ذلك فساد العقد في حال الاتفاق على اسقاطه و أوجبوا فسخ العقد قبل الدخول و أما بعده فيجب مهر المثل[1].

وأما المشرع فقد اعتبره شرطا من شروط العقد و عليه إذا تم العقد بدون مهر مع وجود الشروط فإنه يفسخ قبل الدخول و يثبت بعده بمهر المثل.

و قد اتفق الفقهاء على أن الزوجة تستحق المهر كله أو نصفه في حالة العقد الصحيح و في حالة الدخول بالعقد الصحيح و يتأكد بالدخول الحقيقي أو بالخلوة الصحيحة معها وفي حالة الطلاق قبل الدخول يجب لها نصف المهر، وكذلك في حالة وفاة الزوج ويتأكد في الزواج الصحيح بموت الزوج ولو قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة و يصبح غير قابل للسقوط.

وأما المشرع الجزائري فقد قصر الحالات التي تستحق فيها الزوجة المهر على ثلاث حالتين تستحق فيها الزوجة الهر كاملا و هما الدخول ووفاة الزوج بنص المادة 16 من قانون الأسرة بقولها « تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج...».

[1] – كاملي مراد، مرجع سابق، ص 27.

وحالة تستحق الزوجة نصف المهر وهي عند الطلاق قبل الدخول انص المادة 16 « ...و تستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول».

والملاحظ على هذه المادة أن المشرع استعمل لفظ الطلاق بصيغة العموم فلم يحدد بدقة من تسبب في الطلاق كما لم يحدد الشخص الذي طلق هل الزوج أم أن الطلاق تم بالتراضي و كان من المفروض تحديد من وقع منه الطلاق فإذا كان الزوج هو المتسبب فمن غير المعقول أن يسترد المهر كله، وأما إذا كانت الزوجة هي السبب بالتطليق فليس من المعقول أن تأخذ نصف المهر بل عليها إرجاعه كاملا ولكن المشرع أغفل هذه النقطة و هي كثيرة الحدوث فيحكم بنصف المهر دون السؤال عن الأسباب أو المتسبب في الطلاق

وقد حصر الفقهاء التنازع في الصداق في حالات أهمها:

1- التنازع في مقدار الصداق إن كان قبل الدخول فّإن حلف كلاهما فسخ العقد، وإن حلفا أحدهما و نكل الآخر فالقول قول الحالف، وإن كان بعد الدخول فالقول قول الزوج.

2- التنازع في قبض الصداق إن كان قبل الدخول فالقول للزوجة، و إن كان بعده فالقول للزوج.

3- التنازع في وقت القبض إن كان قبل الدخول فالقول قول الزوج أما بعد الدخول ففيه اختلاف.

و أما المشرع الجزائري في مسألة التنازع فقد فرق بين حالتين هما قبل الدخول

و بعده، فقد نصت المادة 17 على ما يلي« في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما و ليس لأحدهما بيّنة و كان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، و إذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين».

فإذا حدث نزاع أمام القضاء في مسألة الصداق فعلى القاضي أن يميّز مبدئيا ما إذا كان النزاع حاصلا قبل الدخول أو بعده و أن يتأكد قبل الفصل في موضع النزاع من أن المدعي هو الزوجين أو ورثتهما و ليس هناك حجة أو دليل، فإذا كان قبل الدخول فالقول للزوجة مع اليمين و إذا كان بعد الدخول فالقول للزوج مع اليمين.

كما أن المشرع الجزائري قد نص في المادة (15) على جواز التعجيل و التأجيل في الصداق.

ثالثا: الوِلاية

الولاية بكسر الواو و فتحها هي النصرة و التأييد و القدرة[1].

و أما اصطلاحا: فهي سلطة شرعية تمكن صاحبها من مباشرة العقود و ترتب آثارها عليها دون توقف على إجازة أحد، و هي أنواع وِلاية على المال ووِلاية على النفس وقد اتفق الفقهاء على أن الوِلاية القاصرة على النفس تثبت للرجل البالغ العاقل، فإذا زوج نفسه ممن يريد الزواج منها كان زواجه هذا صحيحا و ليس لغيره حق الاعتراض على هذا التصرف الذي صدر منه.

و أما المرأة فيرى المالكية[2]والشافعية[3]والحنابلة[4]أنه ليس للمرأة أن تزوج نفسها و لا تزوج غيرها و إنما يزوجها وليها.

و أما الأحناف فعندهم المرأة البالغة العاقلة أن تتولى عقد زواجها بنفسها متى كان الزوج كفئا و لا اعتراض لأحد عليها.

---

[1] – الفيومي، المصباح المنير، المكتبة العلمية، بيروت، 672/2.

2 – ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، مرجع سابق، 36/3.

3 – الشافعي، الأم، مرجع سابق، 13/5.

4 – ابن قدامة، الكافي، دار الكتب العلمية، ط1، 1994، 09/3

و أما قانون الأسرة الجزائري فقد نص قبل التعديل الجديد في المادة 11 على أنه« يتولى زواج المرأة وليها» و لم يسمح لها كما هو موضح في النص أن تنفرد بإبرام العقد، وأما بعد التعديل فتنص المادة على ما يلي« تعقد المرأة الرشيدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره».

وواضح من خلال النص أن القانون قد كرّس حق المرأة في مباشرة عقد الزواج بنفسها بمقتضى التعديل الجديد واشترط فقد حضور الولي، في هذا العقد سواء كان أبا أو أحد الأقارب أو أي شخص آخر تختاره و هو ما يفتح الباب واسعا فكان الاجدر تقييد التخيير بأن يكون في أولياء المرأة فقط حتى لا يتم استغناء المرأة عن الولي أو الأخ أو العم الى شخص آخر غريب وهو أمر ترفضه الأعراف و القيم الدينية و المجتمعية.

و أما في حالة المرأة القاصرة فقد نصت المادة 13 المعدلة على أنه « لا يجوز للولي أيا كان أو غيره أن يجبر القاصر التي في وِلايته على الزواج و لا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها».

غير أن المشرع أغفل مسألة مهمة و هي في حالة مخالفة أحكام النص القانوني وذلك حين يجبر الولي ابنته القاصرة أو الراشدة على الزواج فما مصير هذا العقد؟

رابعا: الاشهاد

مما يتطلبه عقد الزواج شهادة الشهود بمعنى أن يتم العقد بحضور شاهدين على الأقل تتوفر فيهما شروط الشهادة، و قد اتفق الفقهاء على وجود الشهادة في عقد الزواج ولكنهم اختلفوا في حكمها بالنسبة للعقد.

فذهب الأحناف و الشافعية و الحنابلة الى أن الشهادة شرط صحة في عقد الزواج فتلزم حين إجراءات العقد[1]وإن تم بدون الشهود يعتبر فاسدا، وأما المالكية فعندهم شرط صحة في عقد الزواج سواء كان عند ابرام العقد أم بعده ولكن قبل الدخول حفظا للأعراض من التهمة و حماية للحقوق و إلا فسخ العقد بطلقة كما يفسخ زواج السِر بطلقة بائنة إن تم الدخول.

و أما المشرع الجزائري فقد اعتبر الشهادة شرطا من شروط الزواج من خلال المادة 09 مكرر إذ أوجب توافر الشهود في عقد الزواج، ولكنه اكتفى بذكر شاهدين دون تحديد الجنس من الذكور أو الإناث أو يصح من كليهما بالرغم من أن جمهور الفقهاء اشترطوا الذكورة في الشهادة على الزواج.

[1] – أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص46.

وفي حالة تخلف شهادة الشهود في العقد فإنه يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل حسب نص المادة 33 الفقرة02 من قانون الأسرة الجزائري وهو بهذا خالف رأي الجمهور ورأي المالكية كما رأينا سابقا.

خامسا: انعدام الموانع الشرعية

يقصد بالمانع الحائل وهو ما يمنع تحقق إرادة شخصين من الزواج والاقتران، وقد استحدث المشرع هذه التسمية التي لم تجر كثيرا على ألسنة الفقهاء ولم ترد في كتبهم بما يسمى المحرمات من النساء وهو ما قد يوحي بأن التحريم مرتبط بالمرأة دون الرجل بل هي مشتركة كما قد تكون متعلقة بالرجل كمن يكون تحته أربعة نسوة وأراد الزواج بأخرى.

و المحرمات من النساء نوعان حسب نص المادة 23 من قانون الأسرة الجزائري هما:

1) الموانع المؤيدة: ويقصد بالمانع المؤبد هو المرتبط بمانع دائم لا يزول وهي ثلاثة المحرمات بسبب القرابة، والمحرمات بسبب المصاهرة، والمحرمات بسبب الرضاعة و قد نصت على ذلك المواد 25؛ 26، 27، 29 من قانون الأسرة الجزائري.

2) الموانع المؤقتة: وهو المرتبط بمانع غير دائم وقد نصت على ذلك المادتين 30، 31 من قانون الأسرة الجزائري.

وقد سكت المشرع الجزائري عن حالة المشركة غير الكتابية كالملحدة.

فإذا وقع الزواج خلافا لهذه الموانع فقد نصت المادة 34 من قانون الاسرة على البطلان لكل زواج بهذه المحرمات سواء قبل الدخول أو بعده مع ثبوت النسب ووجوب الاستبراء.

المطلب الثالث: إثبات عقد الزواج وتسجيله

الكتابة و التوثيق مما اقتضته الضرورة في وقتنا المعاصر وذلك لأن الشريعة لم تطلب في العقد سوى توفر الأركان و الشروط و انتفاء الموانع وبالتالي أصبح عقد الزواج من العقود الشكلية أو الرسمية التي لا بدّ فيها من التوثيق و الشهود لحماية العقد وترتب آثاره[1]، وهذا السند التوثيقي يقوم بتحريره حسب نص المادة 18 من قانون الاسرة ضابط الحالة المدنية المختص بتحرير عقود الزواج، وواضح من خلال النص أن المشرع حدد جهتين فقط يتم من خلالهما إبرام عقود الزواج وهما الموثق بالإضافة الى ضابط الحالة المدنية وكما جرت العادة و العرف فقد يبرم العقد أمام إمام المسجد وهو ما يعرف بالزواج

[1] – مراد كاحلي، مرجع سابق، ص 41.

الشرعي وقد يتأخر التسجيل بعد الانعقاد وهذا ما يخلق مشاكل عديدة بين الطرفين وهي مشكلة كان على المشرع معالجتها بعد التعديل بأن يضاعف غرامة تسجيل عقد الزواج إذا تأخرت اجراءات التسجيل كما هو منصوص عليه.

ومن خلال نص المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع قد حدّد طريقتين لإثبات عقد الزواج.

1- التسجيل قبل الدخول: نصت المادة 21 من قانون الأسرة على أن إجراءات تسجيل الزواج خاضعة لأحكام قانون الحالة المدنية[1]في المواد من 71 الى 77.

2- التسجيل بعد الدخول: وهذه الحالة متعلقة بالزواج غير الموثق وهو الزواج العرفي أو الذي يتم في الغالب أمام الإمام أو شخص من ذوي الثقة و التدين فهذا الزواج لا يثبت إلا بحكم قضائي بعد استدعاء الأطراف و سماع الشهود و بعد أن يصدر القاضي حكما بثبوت الزواج تتولى بعد ذلك النيابة العامة متابعة إجراءات تسجيله في سجلات الحالة المدنية.

[1] – قانون الحالة المدنية رقم 20/70، المؤرخ في 19-02-1970 المعدل والمتمم.

المبحـث الثالــث: آثار عقد الزواج

بما أن عقد الزواج رابط و ميثاق غليظ بين المرأة و الرجل فإنه بعد وقوعه صحيحا ترتب عليه كل آثاره الشرعية والقانونية وهذه الخاصية في كل العقود فبعد أن تنشأ بشكل صحيح ترتب كل آثارها على المتعاقدين.

وبخصوص آثار عقد الزواج فإننا نجدها في المواد 36 الى 46 من قانون الأسرة الجزائري و يمكن تقسيمها الى قسمين:

1- ما يتعلق بالحقوق الزوجية وتنص عليها المواد 36 و 37 من قانون الأسرة تحت عنوان " حقوق و واجبات الزوجين".

2- ما يتعلق بالنسب باعتباره ثمرة من ثمرات عقد الزواج ومنظم بالمواد 40 الى 46 تحت عنوان النسب.

المطلب الاول: حقوق وواجبات الزوجين

قبل التعديل كانت المواد 36 من قانون الاسرة الجزائري تميز بين حقوق وواجبات الزوج و بين حقوق وواجبات الزوجة ولكن المشرع في التعديل الأخير جمع حقوق وواجبات كِلا

الزوجين معا في المادة 36 و أخضع العلاقات المالية بينهما الى ما تضمنته المادة 37 في فقرتها الأولى و الثانية مع إلغاء المادتين 38،39 من قانون الأسرة الجزائري

و لهذا فإننا سنكتفي بالحقوق والواجبات المشتركة المنصوص عليها في المادة 36 كما يلي:

1- المحافظة على الروابط الزوجية واجبات الحياة المشتركة.

2- المعاشرة بالمعروف و تبادل الاحترام والمودة والرحمة.

3- التعاون على مصلحة الأسرة و رعاية الأولاد و حسن رعايتهم.

4- التشاور في تسيير الأسرة وفي تباعد الولادات.

5- حسن المعاملة لكل منهما للآخر و أقاربه واحترامهم و زيارتهم.

6- المحافظة على روابط القرابة و التعامل مع الوالدين و الأقربين بالحسنى.

7- زيارة منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف.

و أما المادة 37 من قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 فقد تضمنت في الفقرة الأولى منها أحكاما جديدة لم تكن موجودة قبل التعديل وهي أحكام تتعلق بالذِّمة المالية المستقلة

للزوجة عن الذِّمة المالية للزوج، ثم جاءت الفقرة الثانية من نفس المادة بأنه يمكن للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما ويتم تحديد النِّسب التي تؤول لكل منهما وهذه المادة تكاد تكون متطابقة مع ما يتضمنه التشريع الفرنسي فيما يتعلق بالأموال المشتركة بين الزوجين أثناء العلاقة الزوجية[1].

المطلب الثاني: النفقة

يقصد بها في اللغة النفوق و الهلاك وكأن المنفق يهلك ماله على المنفق عليه[2].

وأما اصطلاحا فهي اسم لما يصرفه الانسان على زوجته وأولاده وأقاربه من طعام وكسوة و مسكن و بمعنى آخر هي كل ما تتطلبه الحياة الزوجية عرفا.

وأما سبب استحقاق الزوجة للنفقة فهو الزواج الصحيح فقط دون الزواج الفاسد و الباطل فكلاهما لا تستحق الزوجة بهما النفقة، ولا تجب على الأم إلا بحكم القانون حسب المادة 76 ولا خلاف بين الفقهاء في أن النفقة للزوجة واجبة لها على زوجها بالعقد عليها وهو ما نصت عليه المادة 74 من قانون الأسرة بقولها « تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول

[1] - عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 99-100.

[2] - ابن منظور، مرجع سابق، مادة نفق، 357/10.

بها أو دعوتها إليه ببينة» ، فإذا لم يقع الدخول أو رفضت هي الدخول رغم دعوتها فإن حقها في النفقة يسقط من خلال قراءة المادتين(78، 79) من قانون الأسرة الجزائري، نجد أن الأولى تنص على مشتملات النفقة كالغذاء و العلاج و المسكن أو أجرته، و كل ما هو ضروري عرفا و عادة و أما المادة الثانية فتنص على أن يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعيشة ولا يراجع تقديره إلا بعد مضي سنة من الحكم.

كما أن للزوجة حق المطالبة بها حسب نص المادة 80 من قانون الأسرة غير أنه لا تستحق النفقة إلا من تاريخ رفع الدعوى للمطالبة بها، كما يمكن إسقاطها عنها في حال النشوز حسب المادة 37 قبل إلغائها بعد التعديل، ورغم هذا الفراغ التشريعي فإنه بالرجوع الى نص المادة 222 من قانون الأسرة طبقا لأحكام الشريعة نجد هذا الحكم.

وفي حال امتناع الزوج عن تسديد النفقة المحكوم بها فإنه يتابع قضائيا بناء على نص المادة 331 من قانون العقوبات[1].

[1] - قانون العقوبات الجزائري (156-66) المعدل و المتمم

المطلب الثالث: النسب

حفظ النسب مقصد من مقاصد الشريعة لضمان قوام الأسرة على وحدة الدم الذي يعتبر أقوى الروابط بين الأفراد داخلها و عليه تبنى كل الأواصر و الصلات و هو مفرد نسب و يعني القرابة و هي صلة الدم و يكون في الآباء خاصة[1].

و أما اصطلاحا فيطلق النسب على القرابة من جهة الآباء باعتبار أن الانسان ينسب الى أبيه لقوله عز و جل ﴿ **ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا**﴾[2] و لذلك منع الاسلام التبني لأنه انتماء فرد الى أسرة و هو ليس من أصلابها.

وأما المشرع الجزائري فلم يعرف النسب بل تحدث عن طريق ثبوته فقط في المادة 40 من قانون الأسرة وما يليها كما منع التبني في المادة 46.

و يثبت النسب عند المشرع حسب نص المادة 40 بطرق هي:

---

[1] – ابن منظور، مرجع سابق، فصل النون، 75/1.

2 – سورة الأحزاب، الآية 05.

1- الزواج الصحيح: يثبت النسب بالزواج الصحيح مكتمل الأركان دون طلب بيّنة أو إقرار ممن يثبت نسب الولد منه إذا كان مجيء الولد من هذه العلاقة الزوجية ممكنا و لكي يكون الفراش صالحا لثبوت النسب اشترط المشرع حسب نص المادتين 41 و 42 من قانون الأسرة شروط هي:

- أن يكون الاتصال ممكنا فعلا و عادة.
- أن لا يتم نفيه بالطرق المشروعة كاللعان.
- أن يكون لمدة يتصور مجيء الولد منها و قد أخذ المشرع بأقل مدة و هي 10 أشهر.

2- الإقرار: وهو حجة قاصرة لا يسري إلا على المُقِر إذا تعلق الأمر بالبنوة والأبوة والامومة ولا يسري الإقرار على الغير إلا بتصديقه حسب المواد (44، 45).

3- البينة: و هي الشهادة عند جمهور الفقهاء ورأي بعضهم أنها كل ما تقوم به الحجة ويكون دليلا من طرق الاثبات.

4- نكاح الشبهة: وهو دخول شخص بامرأة لا تحل له أصلا عن غير علم معتقدا أنها تحل له ثم تبيّن له عكس ذلك فإذا ولدت المرأة ثبت النسب له.

5- النكاح الباطل: وهو الذي حكم القانون بفسخه بعد الدخول لحدوث مانع أو اختلال لركن الرضا فيثبت به النسب متى توافرت شروط الزواج الصحيح.

كما أجاز المشرع الجزائري اللجوء الى التلقيح الاصطناعي وجعله طريقا من طرق اثبات النسب بالشروط المذكورة في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

ولم يقتصر المشرع الجزائري على هذه الطرق بل أباح إثبات النسب بالطرق العلمية كما هو موضخ في المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري نذكر منها:

6- البصمة الوراثية: وهو ما يعرف بتحليل الجينات أو الأثر والعلامة الذي ينتقل من الأصول الى الفروع[1].

ولكي يتم الأخذ بنتائج تحليل البصمة الوراثية لابد من توافر الشروط الآتية حسب المادتين 40 و41.

[1]- سعد الدين الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، مكتبة الكويت، ط1، 2001، ص 25.

- أن يكون تحليل البصمة الوراثية بأمر من القضاء.
- لا يمكن استخدامها في نفي النسب واللّعان هو الطريق الشرعي و القانوني الوحيد لنفي النسب.
- لا يجوز استخدامها للتأكد من الأنساب الثابتة بالفراش الصحيح.
- موافقة من يخضع لهذه الخبرة الطبية.

ويترتب على النسب آثار منها الميراث ومانع الزواج وحقوق وواجبات الأبوة والبنوة.

الفصـــــــل الثالـــــــث

انحـــــــلال الرابطـــــــة

الزوجيـــــــة

تمهيد:

الأصل في عقد الزواج التأبيد و الاستمرار فتكون العلاقة الزوجية ممتدة بين الزوجين الى غاية الوفاة، غير أن حياة الانسان تعتريها التقلبات النفسية و المعنوية وقد يحدث بين الزوجين من المشكلات ما لا يمكن استمرار الحياة الزوجية معها، ومن هنا لم يكن أصل التأبيد في عقد الزواج مانعا دون انتهاء هذه العلاقة إذا ظهرت موانع تحول دون بقائه على الوجه الذي يحقق مقاصد الزواج و بالتالي فإن الطلاق هو إجراء وقائي وضرورة و ليس أصل، و قد حصر المشرع الجزائري في المادة 47 من قانون الأسرة أسباب انحلال الرابطة الزوجية في الطلاق والوفاة فقط.

وعليه نتناول في هذا الفصل المباحث الآتية:

المبحث الأول: مفهوم الطلاق.

المبحث الثاني: طرق ايقاع الطلاق.

المبحث الثالث: آثار الطلاق.

المبحث الأول: مفهوم الطلاق

وسنتناوله في المطالب الاتية :

المطلب الأول: تعريف الطلاق

الطلاق في اللغة: بفتح الطاء التخلية و إزالة القيد و إزالة عقد النكاح[1].

وأما اصطلاحا: فهو حل الرابطة الزوجية الصحيحة في الحال و المآل بالصيغة الدالة على ذلك[2].

وأما المشرع الجزائري فنجد أنه في المادة 47 من قانون الأسرة يذكر أنه« تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق و الوفاة»، و أما المادة 48 فتنص على أن « الطلاق حل عقد الزواج ويتم بالإرادة المنفردة أو بالتراضي...»، وقد ورد ذلك في الفصل الأول من الباب الثاني حيث تطرق للطلاق و صوره و الآثار المترتبة عليه فقط دون أن يعطي تعريفا واضحا للطلاق واستبدل لفظ الطلاق بلفظ "حل" لكي يستوعب جميع طرق انحلال عقد الزواج

[1] – الفيومي، مرجع سابق، 376/2.

2 – الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، المكتبة العلمية، بيروت، 37/3.

فتكون الفُرقة بالوفاة أو الفسخ أو الطلاق، و يختلف الطلاق عن الفسخ في أن الفسخ حكم ببطلان العقد، والطلاق إنهاء العقد بعد أن وقع صحيحا لازما.

و الطلاق لا يعتدُّ به ولا يكون ثابتا إلا إذا صدر بشأنه حكم قضائي وهذا حسب نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري « لا يثبت الطلاق إلا بحكم....».

وعليه فهل حكم القاضي منشئ أم كاشف.؟ وما مصير الطلاق خارج أسوار المحكمة؟.

والاجابة على هذا السؤال منصوص عليه في مضمون المادة 50 من قانون الأسرة « من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج الى عقد جديد، و من راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق فيحتاج الى عقد جديد»، فنلاحظ أن المشرع استعمل لفظ "راجع" وهذا دليل على أنه اقرّ ضمنا وقوع الطلاق خارج المحكمة.

- استعمل كلمة الصلح التي قد تكون بدون فائدة إذا انتهت العدة أو كان الطلاق بائنا.

- قد تكون دعوى الطلاق أصلا بعد انتهاء العدة وهذا يتطلب عقدا جديدا.

- كما أن القانون لا يعتد بحساب العدة المترتبة عن طلاق الزوج خارج المحكمة حيث يصير طلاق القاضي (حكم قضائي) بائنا في حين قد تكون العدة مازالت سارية، فلو

أضاف الى نص المادة شرطا فتكون كالآتي « من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح .....بشرط عدم انتهاء العدة»، والقول قول الزوجة في انتهاء العدة من عدمها.

المطلب الثاني: أقسام الطلاق

ينقسم الطلاق في الفقه الاسلامي الى أربعة أقسام هي[1]:

1- باعتبار الزمن: و ينقسم الى ثلاثة أنواع:

أ- **الطلاق المنجز:** وهو ما يقصد به ايقاع الطلاق في الحال.

ب- **الطلاق المضاف:** ما أضيف حدوثه الى وقت المستقبل.

ج- **الطلاق المعلق:** وه ما ترتب حدوثه على حصول أمر في المستقبل محتمل الوقوع أو عدمه

2- باعتبار اللفظ: و ينقسم هذا الطلاق الى نوعين

أ- **الطلاق باللفظ الصريح:** وهو الذي يقع بلفظ صريح دال على حل الرابطة الزوجية كلفظ " أنت طالق".

[1] – مراد كاحلي، مرجع سابق، ص (56-54).

ب- الطلاق بلفظ الكناية: وهو الذي يكون بلفظ غير دال صراحة على إرادة الطلاق كقوله " الحقي بأهلك" فلا بد من تبين ارادة المتكلم.

3- باعتبار موافقته للسنة من عدمها: و ينقسم الى نوعين

أ- **طلاق سني:** وهو الطلاق الموافق للسنة (طلقة واحدة، في طهر،....)

ب- طلاق بدعي: وهو الطلاق المخالف للسنة باختلال أحد شروط الطلاق السّني.

4- باعتبار أثره: و ينقسم هذا الطلاق الى نوعين

أ- **طلاق رجعي:** وهو الطلاق الذي يملك فيه الزوج مراجعة زوجته مادامت في العدة دون حاجة الى عقد جديد ولا إذن من الزوجة أو وليها وذلك في الطلقة الأولى و الثانية.

ب- طلاق بائن: وهو الذي لا يملك فيه الزوج حق مراجعة الزوجة إلا بعقد جديد ورضاها كما هو الحال في البينونة الصغرى أو بنكاح زوج غيره ثم تطلق يراجعها بعقد جديد برضاها.

وأما المشرع الجزائري فقد تطرق الى أقسام الطلاق باعتبار أثره فقط وهذا الذي يعنيه عمليا وذلك في المادتين (50،51) فتطرقت المادة 50 الى البينونة الصغرى بعد صدور الحكم القضائي حيث لا يمكن للزوج أن يراجع زوجته إلا بمهر وعقد جديدين ورضاها.

و أما المادة 51 فقد نصت على الطلاق البائن بينونة كبرى.

ومما يجب ملاحظته هنا أن الطلاق الذي يحكم به القاضي بالإرادة المنفردة للزوج هو طلاق رجعي في الحقيقة لأن القاضي نزل على رغبة الزوج فقط، وأما إن كان الطلاق بطلب الزوجة كما هو منصوص عليه في المادة (53) فيعتبر بائن بينونة صغرى.

المبحـث الثانــي: طرق إيقاع الطلاق

لقد نص المشرع الجزائري في المادة (48) من قانون الأسرة على طرق إيقاع الطلاق و المتمثلة في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج و الطلاق بالتراضي بين الزوجين و الطلاق بطلب من الزوجة.

المطلب الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

يتقدم الزوج الى المحكمة بطلب إنهاء الرابطة الزوجية و الحكم بالطلاق استنادا الى أسباب معينة وذلك في عريضة يودعها لدى كتابة الضبط بالمحكمة المختصة وبعد المرور على الجلسة السرية للصلح و تعيين حكمين لمحاولة الصلح في أجل لا يتجاوز شهرين طبقا للمادة 65 من قانون الأسرة، فإن فشلت محاولة الصلح أصدر القاضي الحكم بالطلاق في جلسة مستقبلية وهنا دور القاضي يقتصر على التأكد من ارادة الزوج في ايقاع الطلاق وهو ما نصت عليه المادة 45 من قانون الاجراءات المدنية والادارية[1].

كما يتضمن أنه ليس هناك تعسف من الزوج في ايقاع الطلاق وإلا حكم بالتعويض للزوجة.

[1] – القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/23.

المطلب الثاني: الطلاق بالتراضي

وهو الطلاق الذي يتم بناء على رغبة الزوجين في إنهاء العلاقة الزوجية وهو ما نصت عليه المادة 48 من قانون الاسرة الجزائري، كما نص على ذلك في المادة 427 من قانون الاجراءات المدنية والادارية « الطلاق بالتراضي هو اجراء يرمي الى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة» وعلى القاضي سماع كل طرف على حدا ثم يسمعهما مجتمعين للتأكد من رضاهما ورغبتهما بالطلاق وما تضمنه هذا الاتفاق من بنود ؛ و للقاضي سلطة التعديل إذا ما رأى ما يخالف النظام العام أو ما يتعارض مع مصلحة الأطفال في هذا الاتفاق وهو ما نصت عليه المادة 431 الفقرة الثانية من قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

كما أن هذا الطلاق لا بّد كذلك أن يمر على محاولات الصلح ولا يخل بها حسب المادة 49.

المطلب الثالث: الطلاق بطلب من الزوجة (التطليق).

الأصل أن فك الرابطة الزوجية هو بيد الزوج إلا أن الشرع و القانون قد منحا للزوجة حق طلب التطليق من زوجها عن طريق القضاء إذا تضررت منه فلها الحق في التطليق لسبب من الاسباب المبيحة لذلك أو عن طريق افتداء نفسها منه و المطالبة بالخلع وهو ما سنراه في هذا المبحث.

الفرع الأول: التطليق

وهو حكم قضائي بإنهاء الرابطة الزوجية بناء على طلب من الزوجة لأسباب معينة منصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة، ويظهر دور القاضي في تكييف الوقائع التي تستند عليها الزوجة في طلب الطلاق حسب نص المادة 451 من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية وهذه الاسباب المجيزة للتطليق هي:

1- التطليق بالإعسار بالنفقة: وقد أقره جمهور الفقهاء ماعدا الأحناف وأما المشرع الجزائري فأجاز للزوجة أن تطلب التطليق بسبب عدم الانفاق متى توفرت الشروط المنصوص عليها في المادة 53 الفقرة الاولى.

2- التطليق للعيوب: أقر فقهاء الشريعة وكذا القانون لكلا الزوجين الحق في طلب الطلاق إذا تبيّن وجود عيب سابق أو لاحق من أحد الزوجين من شأنه أن يؤثر في العلاقة الزوجية سواء كانت عيوب جنسية أو عيوب مرضية وحسنا فعل المشرع لأنه لم يحدد هذه العيوب على سبيل الحصر وإنما ذكر فقط تأثيرها على تحقيق أهداف الزواج مع تقدير القاضي.

لكن المشرع لم يحدد بدقة كون هذا الطلاق بائنا أو رجعيا وخصوصا أن هذا الأمر هو محل خلاف بين فقهاء الشريعة.

3- التطليق للهجر: ويعني هجر فراش الزوجة أي عدم المبيت مع الزوجة في الفراش لمدة تزيد عن أربعة أشهر وهذا ما نصت عليه المادة 53 الفقرة الثالثة وعلى القاضي التأكد من صحة وجود الهجر بغير سبب مقبول وفي هذه الحالة يصعب اثبات ذلك إلا إذا كانت الزوجة مازالت بكرا أو أقر الزوج بذلك.

4- التطليق للحكم على الزوج في جريمة تمس بشرف الأسرة تستحيل معها الحياة الزوجية لا يرى فقهاء الشريعة الحبس سببا من أسباب التطليق لأنه غيبة مبررة إلا إذا ترتب على ذلك ضرر مادي أو معنوي، وأما المشرع الجزائري فقد أجاز للزوجة طلب التطليق إذا تم

الحكم على الزوج في جريمة مع شرط أن تكون الجريمة ماسة بشرف الأسرة وهو يقصد الجرائم الأخلاقية وهنا يقع عبء الاثبات على الزوجة وعليه فالقاضي لا يطلق بمجرد حبس الزوج لأن المشرع لم يحدد المدة إلا إذا تمسكت الزوجة بالتطليق مع اثبات أن الجريمة ماسة بكيان الاسرة و سمعتها.

5- التطليق للغيبة: لقد أجاز المشرع الجزائري بناء على نص المادة 53 الفقرة الخامسة لزوجة الغائب طلب التطليق بشروط منها تجاوز المدة سنة كاملة وبدون عذر أو نفقة وبه قال فقهاء المالكية و الحنابلة.

و الزوج الغائب الذي قصده المشرع هو المذكور في المادة 11 من قانون الأسرة بقولها« الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع الى محل اقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود».

6- التطليق لمخالفة الشروط القانونية لتعدد الزوجات

اجاز المشرع الجزائري للزوجة أن تطلب الطلاق من زوجها عند مخالفته للأحكام الواردة في المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري والتي تتعلق بالتعدد حسب الضوابط الشرعية.

7- التطليق لارتكاب فاحشته مبنية: أجاز المشرع استنادا للمادة 53 الفقرة السابعة للزوجة إن تطلب التطليق إذا ارتكب زوجها فاحشة مبينة ولكن يصعب تحديد الفاحشة بدقة وذلك يرجع الى تقدير القاضي بعد تقديم الدليل.

8- التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين: وهو ما لم تعد الحياة الزوجية معه ممكنة ولذلك أجاز المشرع للزوجة طلب التطليق حيث يتعين على القاضي وجوب تعيين حكمين من أهل الزوجين و يقدمان تقريرهما في أجل شهرين من تعيينهما فإذا لم يفلح الحكمين في رأب الصدع حكم القاضي بالطلاق وهو ما نصت عليه المادة 56 من قانون الاسرة.

9- التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

اجاز المشرع الجزائري بمقتضى المادة 19 من قانون الاسرة للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج شروط لا تتنافى ومقتضيات العقد ومقاصد الزواج، فإذا تضمن العقد شرطا من هذه الشروط كان لصالح الزوجة فلها أن تلجأ الى القضاء لطلب التطليق لمخالفة الزوج للشرط حسب المادة 53 الفقرة التاسعة من قانون الاسرة.

10- التطليق لكل ضرر معتبر شرعا: والضرر الذي وصفه المشرع بمقتضى المادة 53 الفقرة العاشرة يدخل فيه الضرر المعنوي و الضرر المادي ويجب إثباته أمام القضاء بكافة الطرق وقد أحسن المشرع حين وسع في مفهوم الضرر ولم يحصره لتغيره مع الزمان و المكان والأحوال والأشخاص مع اعتباره شرعا و عرفا.

المطلب الثاني: الخُلـع

الخُلع لغة يعني النزع والازالة من فعل خَلَعَ ويستعمل لفظ الخَلَع بالفتح في إزالة غير الزوجية من الامور الحسية فيقال خَلَعَ الرجل ثوبه وأما الخُلْع بالضم فيستعمل في إزالة الزوجية.

وأما اصطلاحا: وهو طلاق بعوض تبذله المرأة أو غيرها برضاها فيلزم[1].

وعليه فالخلع بهذا المعنى هو الصورة المقابلة لطلاق الرجل بالإرادة المنفردة وهو جائز وأما المشرع الجزائري في قانون الاسرة فلم يتطرق الى تعريف الخلع وإنما أقرّه وجعله طريقا من طرق فك الرابطة الزوجية عند كراهية العشرة مع زوجها وذلك من خلال المادة 54 حيث تنص على أنه « يجوز للزوجة دون موافقة زوجها أن تخالع نفسها بمبلغ مالي ».

[1] - الصاوي، الحاشية، دار لمعارف، 217/2.

وهنا اعتبر المشرع من خلال هذا النص الخلع حق ارادي للزوجة في فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة دون اشتراط رضا الزوج بمقابل تدفعه له.

واختلف الفقهاء حول اشتراط رضا الزوج لإمكانية حدوث الخلع بمعنى هل الخلع يأخذ صفة العقد و بالتالي يستلزم رضا الزوج؟ أم هو حق ارادي للزوجة في فك الرابطة الزوجية؟ أم هو حل يخضع للسلطة التقديرية للقاضي؟.

اعتبره البعض عقد ومنهم الدكتور محمد أبو زهرة وبالتالي فإن دور القاضي هنا ينحصر في تثبيت ما اتفق عليه الزوجان وهو بهذه الصورة طلاق بالتراضي، فيما اعتبره آخرون حل ورخصة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي[1].

وهناك من اعتبره حق ارادي للزوجة في فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة و هو ما سار عليه المشرع الجزائري كما رأينا في المادة 54.

وأما في ما يتعلق ببدل الخلع فاتفق الفقهاء في أنه يجب أن يكون مساويا لما دفع للزوجة كمهر أو أقل.

وأما إذا كان البدل أكثر مما قدم اليها من مهر فاختلفوا بين مانع و مجيز.

[1] – مراد كاحلي، مرجع سابق، ص (65، 66).

وأما المشرع الجزائري فقد أشار في المادة 54 الفقرة الثانية من قانون الاسرة أنه« إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم»، ويفهم من منطوق المادة أنه يجوز للزوجة أن تخالع زوجها على مبلغ مالي حسب الاتفاق ويمكن أن يزيد أو ينقص على المهر، وأما إذا تفقا على الطلاق عن طريق الخلع ولم يحصل اتفاق على المقدار المالي المقابل للخلع فإنه القاضي ملزم بأن يحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم بالطلاق حسب الاعراف، غير أنه لا يجوز أن تكون حضانة الأولاد في هذه الحالة يكون الخلع صحيحا وملزما والتنازل يكون باطلا لأن الحضانة حق مشترك بين الطفل و الحاضن.

المبحـــث الثالـــث: آثار الطلاق

يترتب على الطلاق آثار منها العدة والحضانة و عليه سنفصل في أحكامهما كالآتي:

المطلب الأول: العّدة.

العّدة لغة من عّد الشيء وأحصاه وسميت العدّة وتحصي الايام التي تنقطع فيها عن الازواج[1].

و أما اصطلاحا فهي ما أوجبه الشرع على الزوجة التي طلقت بواسطة زوجها أو القاضي أو بالوفاة إذ يتوجب عليها مراعاة ذلك.

وتختلف العّدة بحسب الوضع الذي عليه المرأة الى ما يلي:

1- العّدة بالإقراء: لقوله عز وجل﴿ **وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ**

[1] – الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط8، 2005، 279/1.

بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾[1].

و القرء هنا لفظ مشترك بين الحيض و الطهر غير أن المشرع لم يبيّن المقصود بالقرء في المادة 58 وهو الأمر الذي قد ينعكس سلبا على حساب مدّة العّدة متى تبدأ و متى تنتهي.

2- العّدو بالأشهر: لقوله عزّ وجلّ ﴿ وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا ﴾[2]، و النص يشمل المرأة التي لا تحيض لكبرها أو لصغر سنها.

3- عدّة اليائسة من المحيض: هي ثلاثة أشهر عند المشرع الجزائري غير أنه لم يبين القصود بالأشهر القمرية أو الشمسية.

1 – سورة البقرة، الآية 228.

2 – سورة الطلاق، الآية، 04.

4- عدّة المتوفى عنها زوجها: وهي أربعة أشهر وعشرة أيام لقوله عزّ وجلّ﴿ **وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ**﴾[1].

5- عدّة الحامل: وهي تمتد من يوم الطلاق الى لحظة وضع الحمل كما نص على ذلك المشرع في المادة 60 « عدّة الحامل وضع حملها».

ويترتب على العدّة حكام كالميراث المادة 132، وثبوت النسب الولد المادة 43، والنفقة المادة 61 بشرط عدم خروجها من المنزل إلا لضرورة حسب نص المادة 67 من قانون الأسرة.

المطلب الثاني: الحضانة.

تعتبر الحضانة من أهم المسائل التي أولتها الشريعة عناية خاصة لما تتركه من آثار في حياة الفرد والسرة والمجتمع.

وهي في اللغة تعني حضن الصغير أي وضعه تحت الجناح ما دون الابط.

1 – سورة البقرة، الآية 234.

وأما اصطلاحا: فهي القيام على تربية الطفل ورعاية شؤونه خلال مدة معينة من عمره وقد عرّف المشرع الحضانة بمقتضى المادة 62 بأنها « رعاية الولد و تعليمه و القيم بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة و خلقا»، غير أن المشرع الجزائري لم يفرد فصلا محددا لشرط الحضانة، وإنما أشار إليها فقط في الفقرة الثانية من المادة 62 بنصها « ويشترط في الخاص أن يكون أهلا للقيا بذلك » القدرة المادية و القانونية .

وفيما يتعلق بمراتب الحاضنين فهم أشخاص لهم مراتب ودرجات محددة في الشريعة الاسلامية والقانون تقدم جهة النساء على الرجال في الحضانة، حيث نرى أن المشرع الجزائري قد أعطى الأولوية " الأم" وذلك بمقتضى الادة 64 بنصها « الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة الأب ثم الخالة ثم العمة الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون... ».

ومن خلال هذه المادة رتب المشرع الحاضنون درجة، درجة، ثم ترك البعض الآخر دون ذكر صفاتهم، فالأم لا يسقط حقها في الحضانة إلا لأحد الأسباب القانونية المادة 66 ثم يليها الأب في الترتيب وهنا قد خالف المشرع الجزائري ترتيب الحاضنين في كل

المذاهب وربما رأى أن الحضانة حق للحاضن وليس واجبا عليه فآثر تحقيق مبدأ المساواة بين الأم والاب في الحضانة مع اعتبار مصلحة المحضون في كل الأحوال.

والى جانب حق الحضانة هناك حق الزيارة المرتبط بالأمومة والأبوة إلا أن المشرع قد قصره على الأب و الأم دون غيرهم من الاشخاص من جهة الأب أو الأم أو حتى من لهم حق الحضانة كما هو نصوص عليه و هذا الذي يؤدي الى قطيعة الأرحام بين المحضون وأهله من أبيه و أمه حسب نص المادة 64، وقد ألزم المشرع الأب بتوفير سكن لممارسة الحضانة أو دفع بدل الايجار كما هو منصوص عليه في المادة 72.

وقد حدّد المشرع الجزائري مدّة الحضانة بنص المادة 65 ببلوغ الذكر سن العاشرة من عمره والأنثى ببلوعها سن الزواج 19 سنة كاملة، واجاز القانون تمديد حضانة الذكر الى 16 سنة بشرط أن تكون الحاضنة هي " الأم" ولم تتزوج ثانية وقدمت طلبا بذلك وحكم القاضي بانتهاء مدة الحضانة مقيد بمصلحة المحضون حسب الفقرة الثانية من المادة65.

الخاتمــة

نلاحظ أن المشرع الجزائري في قانون الاسرة وخصوصا بعد التعديل قد حاول الموازنة بين الالتزامات الدولية و المرجعية الدينية و الوطنية من خلال توجهه الى تحقيق المساواة بين الرجل و المرأة وتعزيز دور المرأة كشريك في العلاقة الزوجية وذلك من خلال المظاهر الآتية:

- إعطاء المرأة حق مباشرة عقد الزواج بنفسها بعد تعديل قانون الاسرة في المادة 11 واعتبار الولي شرط حيث

يحضر العقد ولا يباشره سواء كان الولي أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره هي.

- وسّعت المادة 53 من دائرة الأسباب التي تعطي للمرأة حق طلب التطليق.

- منح المرأة حق طلب الخُلع في مقابل مادي يدفع الى الزوج دون موافقته حيث ارتقى حقها في الخلع من رخصة الى حق أصيل.

- ان عمل المرأة لا يشكل سببا من أسباب سقوط حق الحضانة عنها وذلك في المادة 67.

– خالف المشرع الجزائري مقاصد الشريعة في توسيع دائرة حل الرابطة الزوجية (طلاق، تطليق، خلع...) والأصل فيها التضييق لأن الطلاق ضرورة وليس أصل.

– نص المشرع في المادة 222 من قانون الأسرة على ضرورة الرجوع الى أحكام الشريعة في مالم يرد فيه نص إلا أنه لم يقيد القاضي بمذهب محدّد.

قائمة المصادر و المراجع

1- عادل العو، تحديث الأسرة و الزواج، دار الفاضل، 1991.

2- احسان محمد الحسن، العائلة و القرابة والزواج، دار الطليعة للطباعة و النشر، ط2، 1985.

3- قانون الاسرة الجزائري رقم 84-11 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

4- سيد قطب، الاسلام و مشكلات الحضارة، دار الشرق، بيروت، ط6، 1980.

5- ماكفيرد و بيدج، المجتمع، ترجمة السيد محمد الغراوي، مكتبة النهضة، القاهرة، 1970.

6- عبد العزيز سعد، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2007.

7- الجندي أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، 2009.

8- ابن منظور، لسان العرب، فصل الخاء المعجمة، بيروت، ط3.

9- الشربيني، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، ط1، 1994.

10- بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الحديث، دار الهلال، 2006.

11- بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي و تطبيقاته في قانون الاسرة الجزائري، دكتوراه، جامعة باتنة، 2009/2008.

12- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 16 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم.

13- رشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربيةّ، دار الخلدونية، ط1، 2008.

14- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2010.

15- الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، 1990.

16- ابن تيمية، الفتاوى، جمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، السعودية، 1995.

17- ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، ط2، 1992.

18- الصاوي، حاشية الصاوي، دار المعارف.

19- قاسم القونوي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، دار الكتب العلمية، 2004.

20- الفيومي، المصباح المنير، المكتبة العلمية، بيروت.

21- ابن قدامة، الكافي، دار الكتب العلمية، ط1، 1994.

22- قانون الحالة المدنية رقم 20/70، المعدل و المتمم.

23- قانون العقوبات الجزائري، المعدل و المتمم.

24- سعد الدين الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، مكتبة الكويت، ط1، 2001.

25- الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، المكتبة العلمية، بيروت.

26- الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط8، 2005

فهرس الموضوعات:

الموضـــــــوع	الصفحة
مقدمـــــــة	
الفصـــل الأول: تطور قانون الاسرة الجزائري و انعكاساته على بنية الاسرة الجزائرية	
المبحث الأول: الاسرة تطورها و اشكالها	
المطلب الاول: مفهوم الأسرة	
المطلب الثاني: طبيعة الأسرة و أهميتها	
المطلب الثالث: أنماط الأسرة	
المبحث الثاني: تطور قانون الاسرة الجزائري	
المطلب الأول: قانون الأحوال الشخصية في عهد الدولة العثمانية	
المطلب الثاني: قانون الأحوال الشخصية في عهد الاستعمار الفرنسي(1962/830/1)	
المطلب الثالث: قانون الاحوال الشخصية في مرحلة الاستقلال	
المبحث الثالث: انعكاسات قانون الاسرة الجزائري على بنية الأسرة الجزائرية	
الفصـــل الثانـــي: قيام الرابطة الزوجية في قانون الاسرة الجزائري	
المبحث الأول: مفهوم الخِطبة طبيعتها وآثار العدول عنها	
المطلب الأول: مفهوم الخِطبة	
المطلب الثاني: الطبيعة الشرعية و القانونية للخطبة	
المطلب الثالث: آثار العدول عن الخطبة	

الفـــرع الاول: الأضرار المادية و المعنوية	
الفـــرع الثاني: حكم الهدية بعد العدول	
المبحث الثاني: أحكام عقد الزواج و اثباته	
المطلب الأول: مفهوم عقد الزواج	
الفـــرع الاول: تكوين عقد الزواج	
الفـــرع الثاني: شروط عقد الزواج	
الفـــرع الثالث: إثبات عقد الزواج وتسجيله	
المبحث الثالث: آثار عقد الزواج	
المطلب الاول: حقوق وواجبات الزوجين	
المطلب الثاني: النفقة	
المطلب الثالث: النسب	
الفصـــــل الثالـــــث: انحـلال الرابطـــة الزوجيـــة	
المبحث الأول: مفهوم الطلاق	
المطلب الأول: تعريف الطلاق	
المطلب الثاني:أقسام الطلاق	
المبحث الثاني: طرق إيقاع الطلاق	
المطلب الاول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج	
المطلب الثاني: الطلاق بالتراضي	
المطلب الثالث: الطلاق بطلب من الزوجة (التطليق).	
الفـــرع الاول: التطليق	

الفـــرع الثاني: الخُلع	
المبحث الثالث: آثار الطلاق	
المطلب الاول: العّدة	
المطلب الثاني: الحضانة	
الخاتمـــــــــة	
المصادر و المراجع	