

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة عباس لغرور

خنشلة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

محاضرات قانون الأسرة الجزائري

السنة الثانية حقوق

المجموعة ب

للأستاذة فائق إسمهان

السنة الدراسية

2024/2023

مدخل إلى قانون الأسرة الجزائري

أولاً: مفهوم قانون الأحوال الشخصية: Le Statut Personnel

فصل المشرع الجزائري قانون الأحوال الشخصية عن القانون المدني و أفراد له منظومة خاصة به، و أطلق عليه مصطلح " قانون الأسرة" نظرًا لطبيعة أحكامه و مواضعه و اعتماده بشكل كبير على أحكام الشريعة الإسلامية.

و يقصد بالأحوال الشخصية مجموعة العلاقات و الأوضاع التي تكون بين الشخص و أفراد أسرته، و كل ما يترتب عن هذه الحالات من آثار قانونية و شرعية.

و يرجع مصطلح الأحوال الشخصية إلى الفقه الإيطالي في القرن الثاني و الثالث ميلادي، فلم يكن هذا المصطلح معروفًا في القوانين القديمة، و في الفقه الإسلامي. ففي الفقه الإسلامي تنظم الأحكام إلى عبادات و معاملات و تدرج الأحوال الشخصية ضمن أحكام المعاملات كما هو وارد في كتب الفقه.

ثانياً: التطور التاريخي لأحوال الشخصية في الجزائر:

لقد مر قانون الأحوال الشخصية في الجزائر بعدة مراحل هي:

أ- **مرحلة ما قبل سنة 1830:** أي قبل الاحتلال الفرنسي للجزائر كان موضوع الأحوال الشخصية مثله مثل باقي الدول العربية و الإسلامية يخضع لقواعد الشريعة السمحاء في موضوعه و أحواله و إجراءاته، كما كانت خاضعة لقواعد الأعراف و التقاليد المحلية.

ب- **مرحلة ما بعد سنة 1830:** حاول المستعمر الفرنسي أثناء هذه الفترة بكل قوة طمس ملامح و معالم الهوية الإسلامية و الجزائرية التي كانت قائمة قبل مجيئه محاولاً دمج الفقه الإسلامي بالفقه الفرنسي، خدمة للأغراض الاستعمارية إلا أن جميع محاولاته قد باءت بالفشل، مما دفعه إلى ترك الجزائريين و شأنهم يطبقون قواعد الشريعة الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية و في مجال معاملاتهم المدنية أما باقي المجالات الأخرى كالقانون الإداري و التجاري و الإجراءات المدنية فقد كانت القواعد الفرنسية هي المطبقة مطلقاً على كامل الجزائريين و الفرنسيين دون تمييز.

فأصبح هناك نوعان من المحاكم واحدة مختصة بالفصل في النزاعات أو في جميع الدعاوي القائمة بين الجزائريين أو بينهم و بين الفرنسيين و الأجانب من الجنسيات الأخرى ، و الثانية محاكم إسلامية و شرعية تفصل في القضايا القائمة بين الجزائريين و المتعلقة بأحوالهم الشخصية، و يتولى هذا النوع من المحاكم قضاة جزائريين مسلمين ، و كانت الأحكام الصادرة عن هذه المحاكم تقبل الطعن بالاستئناف أمام غرفة الاستئناف الشرعية، التي تتواجد على مستوى القضاء الفرنسي، و تخضع هي بالتالي لرقابة محكمة النقض الفرنسية.

ت- مرحلة ما بعد 1962 إلى غاية 1984: بعد استقلال الجزائر من الاستعمار الفرنسي، و استردادها لسيادتها و هيمنتها على إقليمها، عملت إلى إلغاء جميع القوانين الفرنسية آنذاك و عملت على إنشاء جهاز قضائي يتلاءم و متطلعات الشعب الجزائري و أوضاعه الجديدة كما أبقّت بموجب القانون الصادر في 1962/02/31 قانون يسمح بسرّيان القوانين الفرنسية إذا لم تكن ماسة بالسيادة الوطنية أو لها جانب عنصري أو تمس بالحركات الديمقراطية فأبقّت أو أبقى المشرع الجزائري بذلك على:

1- القانون الصادر في 1957/07/11 و القانون الصادر في 1959/02/04 المتعلق بالولاية على الأسرة و الحجز والغياب و فقدان و الزواج و الطلاق و آثارهما.

و أصدر قوانين جديدة تنظم الأسرة منها:

- القانون الصادر في 1963/02/29 المتعلق بتحديد سن الزواج للفتاة ب 16 سنة و للفتى ب 18 سنة .
- القانون رقم 63/218 المؤرخ في 1963/05/18 و المتعلق بإلغاء ولاية محكمة النقص الفرنسية على القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف الشرعية، و أنشأ مكانها المجلس القضائي الجزائري الأعلى.
- المرسوم رقم 63/261 المؤرخ في جويلية 1963 ليُلغى المحاكم الشرعية أو الإسلامية، و نقل بذلك اختصاصها إلى المحاكم العادية. فكان المشرع- ج - قد نظم

الجهاز القضائي الجزائري وفق محاكم ابتدائية و محاكم ابتدائية كبرى (المجالس القضائية) و المجلس القضائي الأعلى (المحكمة العليا).

و بقي قانون الأحوال الشخصية تابع للقانون المدني آنذاك إلى غاية صدور قانون الأسرة الحالي رقم 84/11 بتاريخ 1984/06/09 و الذي عدل آخر مرة بموجب الأمر 02/05 بتاريخ 2005/02/27 . مع ملاحظة أن تسمية قانون الأسرة هي أبعد من تسمية الأحوال الشخصية ، فقانون الأسرة الجزائري، ضم أحكام تتعلق بالفرد و علاقاته مع أسرته و ما يترتب عن ذلك من آثار ، و ضم أيضا بعض التصرفات المالية التي يبرمها الشخص منها ما هو مضاف إلى ما بعد الموت كالوصية و الوقف و هذا أقرب في التسمية إلى الأحوال الشخصية منها إلى الأسرة.

ثالثا : مميزات قانون الأسرة الجزائري:

1- شموله لصنفين من الأحكام:

أ- صنف يتعلق بالأسرة و ما يرتبط بها من أحكام الزواج و الطلاق و الأهلية و الحجر و النيابة الشرعية و الوصاية على الصغير.

ب- أحكام متعلقة بمسائل مالية تقوم على فكرة التصرف المندوب إليه شرعا و جاءت مقسمة كما يلي:

- الكتاب الأول: الزواج و انحلاله

- الكتاب الثاني: النيابة الشرعية.

- الكتاب الثالث: الميراث.

- الكتاب الرابع: التبرعات- الوصية- الوقف والهبة.

2- اعتماده على الشريعة الإسلامية في مواده، و الإحالة إليها فيما لم ينص عليه حسب نص المادة (222 ق.أس.ج).

- 3- عدم تقيده بمذهب فقهي معين، فلم يقتصر على المذهب المالكي السائد في بلدان المغرب العربي، بل فتح فيه المجال أمام باقي المذاهب الفقهية الأخرى بما يتلاءم مع الوضع المحال إلى القضاء، و هذا ما يخدم أكثر مصالح المجتمع الجزائري.
- 4- نص قانون الأسرة-ج- على أنه يسري الجميع المواطنين و غيرهم من المقيمين الأجانب مع مراعاته لما نص عليه القانون المدني في مواد الإحالة و تنازع القوانين من حيث المكان المواد من 09 إلى 24 ق.م.ج
- 5- تعد النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون حسب نص المادة 03 مكرر منه.

رابعاً: مصادر قانون الأسرة الجزائري:

لم يقتصر المشروع الجزائري في سنة لمواد قانون الأسرة على مصدر واحد، و إنما اعتمد فيه على عدة مصادر أولها كان الشريعة الإسلامية، بمختلف مذاهبها الشهيرة منها و غير الشهيرة بما يخدم مصلحة المجتمع الجزائري و النزاع المعروف أمام القاضي.

الخطبة

أولاً : تعريف الخطبة :

أ- **لغة:** معناها الخطب والشأن أو الأمر لقوله تعالى: "قَالَ فَمَا حَتْبُكُمْ أَيُّهَا الْمُرْسَلُونَ" و خطب المرأة يخطبها خطبا و خطبته إي طلبها للزواج و هناك فرق بين الخطبة بكسر الخاء و هي طلب الزواج و الخطبة بضمها و تعني الخطاب لأنها نوع مخاطبة تجري من جانب الرجل و جانب المرأة.

ب- **اصطلاحاً:** هي إلتماس التزويج، و المحاولة إليه صريحا أو هي طلب الرجل التزوج بامرأة معينة، خالية من الموانع الشرعية، أو هي طلب الزواج و الوعد به حسب ما جاءت به المادة 05 من ق أس ج : " الخطبة وعد بالزواج...".

و يعرفها الفقيه وهبة الزحيلي: " هي إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة و إعلام المرأة أو وليها بذلك".

و الخطبة باعتبارها طلبا " التماس التزويج" من المتقدم به و باعتبار الرد بالقبول "وعد الزواج" منهما معاً، و أنه من المعلوم أن طلب الزواج و التماسه ينشئ خاطباً و مخطوبة، بينما الوعد به ينشئ واعداً و موعوداً و الخاطب و المخطوبة كلاهما واعد و موعود.

و الخطبة تمر بمرحلتين الأولى تقتصر على مجرد الطلب و الإلتماس، و المرحلة الثانية يحدث فيها القبول و التراكن و هي ما يمكن تسميته بالوعد.

لكن ما يجب التفريق فيه هو أن الخطبة مجرد وعد بالزواج و ليست بزواج. و لكل من الطرفين حق العدول عنها (م 05 ق أس ج).

ثانياً: دليل مشروعية الخطبة شرعا و قانوناً:

ثبتت مشروعية الخطبة في القرآن و السنة ، فجاء قوله تعالى : « وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ » ، و قوله صلى الله عليه و سلم " لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه".

- و قد اتفق فقهاء الشريعة على أن الخطبة تختلف عن الزواج، و ليس لها صبغة عقدية، وعلى هذا الأساس لا يترتب عليها أي أثر من آثار الزواج و من أدلة ذلك مايلي:

1- لا يثبت بها حق من الحقوق الزوجية و لا يثبت بها نسب، لأن ذلك لا يكون إلا في العقد.

2- أن ما أبيع النظر إليه من الخطبة ورد استثناء من أصل تحريم النظر للأجنبية. و يقول أكثر أهل العلم أنه يجوز النظر إلى الوجه و الكفين فقط، و هذا ما يدل على أن الخطبة لا ترتقي إلى مرتبة العقد. أما قانونا فقد نص قانون أس.ج. على أحكام الخطبة في المواد 05 و 06 من الأمر 02-05 المؤرخ في 27-02-2005.

ثالثا: الطبيعة الفقهية للخطبة في الفقه القانوني:

اختلف فقهاء القانون حول الطبيعة القانونية للخطبة، فمنهم من أصغى عليها الصبغة العقدية، و منهم من رأي أنها لا ترتقي إلى مرتبة العقد.

1- **الاتجاه الأول: الخطبة ترتقي إلى العقد:** و يحتجون في ذلك إلى سببين:

- حق الخاطبين في المطالبة بالزواج و التعويض في حال العدول.
- تتضمن الخطبة التعبير عن إرادتين متطابقتين إيجاب و قبول.

2- **الاتجاه الثاني: الخطبة لا ترتقي إلى العقد:** و يحتجون في ذلك لسببين أيضا:

- كفالة الحرية الشخصية للخطابين في الإختيار و الرضا.
- كون الخطبة مجرد فترة إختبار مجردة من كل تعهد نهائي.

رابعا : الطبيعة القانونية للخطبة في قانون الأسرة الجزائري:

تنص المادة 05 ق.أس.ج : " الخطبة وعد بالزواج و للطرفين العدول عن الخطبة". و على هذا الأساس فالخطبة في القانون الجزائري ليس لها أي صفة إلزامية بالنسبة للطرفين مهما طالت مدتها أو قصرت فهي تبقى مجرد وعد بالزواج مع الحق في العدول و التراجع و رفض إبرام عقد الزواج.

وهذا ما تؤكدده (المادة 06 ق.أس.ج) بنصها : " إن إقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا"، فالفاتحة هنا تقرأ للتبرك فقط لا غير، لكن إذا توافر ركن الرضا (م 09

ق أس ج) و شروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر ق.أس.ج فإنه يعتبر عقد زواج لا مجرد خطبة. فتنص المادة 2/06 ما يلي: " غير أن إقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا و شروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من هذا القانون" .

و بمعنى أدق فالوفاء بالوعد بالزواج معناه أن يمضي عقد الزواج على شخص غير راض به في حال إلزام أحد الطرفين أن يتم الزواج بالطرف الآخر، و هذا ما يتنافى مع النظام العام و مع حرية الأشخاص في التزوج ، و من ثمة فالقاضي لا يجوز له أن يلزم أحد الطرفين على الزواج بعقد هو غير راض به . و الحكمة في التفرقة بين الوعد و العقد في الخطبة تكمن في المسؤولية التقصيرية" ؛ أي أن عبء الإثبات يقع على المضرور أي على الشخص الذي رتب له العدول ضررًا (م 3/05 ق أس ج) . و من ثمة يتوجب على الطرف المتضرر إثبات الخطبة بأية وسيلة ثم يثبت بعد ذلك الضرر المترتب عن العدول عنها، أي إثبات العلاقة السببية بين الخطأ الصادر عن الطرف العادل والضرر الذي لحق بالمعدول عنه نتيجة لذلك.

خامسا : آثار العدول عن الخطبة:

لا تتمتع الخطبة بأية قوة إلزامية، فكل من الطرفين حق العدول عنها دون حاجة إلى تبيان سبب العدول . فالعدول ذاته لا يرتب على أي منهما أي تعويض، و إنما التعويض يكون نتيجة ما صاحب العدول من أفعال أحدثت أضرار مادية أو معنوية بعدول واحد من الطرفين عن الآخر تبعًا للقاعدة " الجواز ينافي الضمان". إلا أنه قد يقترن مع العدول حالات تحتاج إلى معالجة، و خسارة قد تحتاج إلى جبر بناءً على القاعدة " الوعد الذي أدخل الموعود في التزام". و من خلال ذلك تظهر آثار العدول عن الخطبة في أمور ثلاثة هي:

1- الأضرار المعنوية: من الناحية الشرعية هناك وجهان للعدول عن الخطبة:

أ- أن جواز العدول عن الخطبة شرعًا ينافي الحكم بالتعويض تبعًا لقاعدة " الجواز ينافي الضمان".

ب- أن الضرر اللاحق بسبب العدول في حال سوء استعمال الحق فيه، داخل في القاعدة الشرعية "لا ضرر و لا ضرار" لأنه تجاوز لحدود الجواز.
و معنى ذلك أن العدول في حد ذاته لا يترتب أي تعويض من الناحية الشرعية أما إذا رافق العدول ظروف مستقلة أحدثت خطأ سبب ضرراً للطرف الآخر، و كان سبب المسؤولية هو تلك الظروف اللاحقة أو السابقة لزمان العدول، يمكن هنا وصفها بأنها تغيير نشأ عنه ضرر إستناداً لقاعدة " التغيير يوجب الضمان".

أما من الناحية القانونية، فقد نصت (المادة 05 ق أس ج) على أنه إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض . إلا أنه يشترط وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية أن يكون للعادل دخل في الضرر الذي لحق بالآخر بسبب عدوله.

و الملاحظ أن المشرع الجزائري في المادة 3/05 قد أجاز الحكم بالتعويض و لم يوجبه بالرغم من أن المادة 124 ق م ج تلزم المتسبب في الضرر بالتعويض.

2- **الهدايا:** من الناحية الشرعية لم يتفق فقهاء الشريعة في حكم استرداد الخاطب لهداياه للمخطوبة في حال العدول، فرأى الحنابلة و الشافعية أنه ليس للخاطب الرجوع في شيء مما أهداه سواء كانت موجودة أم هالكة، لأن للهدية حكم الهبة، و لا يجوز عندهم للواهب أن يرجع في هبته بعد قبضها إلا الوالد فيما أعطى ولده.

وقال الحنفية: أن هدايا الخطبة هبة، وللواهب أن يرجع في هبته إلا إذا وجد مانع من موانع الرجوع في الهبة كهلاك الشيء أو استهلاكه، فإذا كان ما أهداه الخاطب قائماً فإن له أن يسترده و إن كان قد هلك أو استهلك أو طراً عليه تغيير فلا يحق للخاطب الاسترداد.

و قال المالكية: إذا عدل الخاطب فلا يرجع بشيء ولو كان موجوداً و إذا عدلت المخطوبة فللخاطب أن يسترد الهدايا سواء كانت قائمة بردها و إذا استهلكت برد قيمتها، و هذا حتى لا يجمع الخاطب بين ألم العدول عنه و ألم ضياع أمواله.

أما قانوننا: أخذ المشرع الجزائري بتفصيل المالكية في مسألة العدول، إلا أنه عدل إلى رأي الأحناف في عدم أحقية الخاطب في استرداد هداياه التي تم استهلاكها و في هذا نصت المادة

3/05 على أنه لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه و عليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته أو قيمته".

و يمكن تسجيل بعض الملاحظات حول منهج المشرع -ج- في التعامل مع هدايا الخطبة:

1- سكوت المشروع عن هدايا المخطوبة للخاطب و حكم استردادها في حال كان العدول

منها، فيكون الحكم أيضا بأن لا تسترد شيئاً مما أهدته له إن كان العدول من طرفها.

2- لم يتطرق المشرع -ج- لحكم الهدايا التي يتقدم بها أهل الخاطب للمخطوبة و لا ما

يتقدم به أهل المخطوبة للخاطب، و الصحيح أن تطبق بشأنها أحكام الهبة.

3- الملاحظ أن المشرع الجزائري في موضوع العدول لم ينظر في من كان سببا في

العدول و إنما نظر إلى من قام بالعدول فقط، وهذا غير منطقي ولا معقول، و غير

خاضع لقواعد المسؤولية التقصيرية التي نص عليها القانون المدني (م124) " كل

فعل ارتكبه شخص بخطئه، و سبب ضرراً للغير يلزم من كان سببا في حدوثه

بالتعويض" لأجل ذلك نقترح إعادة تعديل المادة 05 على النحو التالي " لا يسترد

الخاطب شيئاً مما أهداه إن كان سبب العدول منه و إن كان سبب العدول من

المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك".

4- ما يلاحظ أيضا من نص المادة 05 ق.أس.ج أن العبرة في رد الهدية من عدمها في

حال العدول هو إستهلاكها، دون النظر إلى طبيعة الهدية أقبالة للإستهلاك أم لا، ففي

حال ما إذا كانت هذه الهدية غير قابلة للإستهلاك كالحلي مثلا يمكنها التهرب من

ردها بادعاء أنها باعتها و استهلكت ثمنها و الأمر سيان بالنسبة للخاطب في الهدايا

المتلقاة من الخطيب، فالأصح أن تكون المادة 04/05 على النحو التالي: " لا يسترد

الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه و عليه أن يرد لها ما

أهدته له أو قيمته إذا أستهلك أو هلك".

3- **المهر أو الصداق :** للخاطب الحق في استرداد المهر بإتفاق الفقهاء، لأنه دفعه على

أساس أن يتم العقد، و بما أنه حدث عدول فمن حقه أن يسترده، فإن هلك وجبت

قيمه، و لا فرق بين أن يكون العدول من المخطوبة أو من الخاطب، و لا فرق بين أن

تفسخ الخطبة بإرادتهما أو بأمر خارج عن رغبة الطرفين لأنه إذا طلقت قبل الدخول

و بعد العقد، فليس لها الحق إلا في نصف المهر، فكان أولى أن ترد المهر كاملا ما دام أن العقد لم يتم أصلاً . فالمهر يوجب بالعقد و هو حكم من أحكامه و أثر من آثاره. لكن قد تكون المخطوبة قد تصرفت في بعض المهر أو كله بأن إشترت به بعض الأغراض لكي تأخذها معها إلى بيت الزوجية فما حكم هذه المسألة قانونا؟
المشرع الجزائري لم يتطرق أصلا لمسألة المهر أثناء الخطبة لا صراحة و لا ضمناً، و هذا ما يحيننا إلى قواعد الشريعة الإسلامية إذ يذهب بعض المشتغلين بعلوم الشريعة إلى أنه يجوز للمخطوبة أن تعطيه المهر في هذه الحال على الوضع الذي آل إليه أو أن تعطيه بدل المهر في ما اشتريت باحتساب قيمة يوم الشراء.

سادسا : شروط الخطبة:

1- الشروط المستحسنة في المخطوبة:

- أ- أن تكون من النساء المتحلية بالخلق ، فالزوجة سكون الزوج و حرث له و هي شريكة حياته و ربة بيته و أم أولاده و موضع سره فمن أجل ذلك عنت الشريعة الإسلامية باختيار الزوجة الصالحة لا على أساس المال أو الجمال بل على أساس الأخلاق بحيث يقول رسول الله صلى الله عليه و سلم " من تزوج امرأة لمالها لم يزد الله إلا فقرا و من تزوج امرأة لحسبها لم يزد الله إلا دناءة و من تزوج امرأة ليغض بصره و يحصن فرجه أو يصل رحمه بارك الله له فيها و بارك لها فيه".
- ب- أن تكون من البعيدات عن الخاطب، إذ أثبتت البحوث العلمية المعاصرة أن الزواج بين الأقارب يؤدي إلى ضعف النسل و توارث بعض الأمراض الخطيرة، و فيه قال عمر بن الخطاب لبني سائد: " قد ضويتم فنكحوا الغرائب" و يقول صلى الله عليه و سلم " اغتربوا لا تزوجوا".
- ت- أن تكون بكرًا ولودًا، و فيه يقول رسول الله صلى الله عليه و سلم: " تزوجوا الولود الودود فإنني مباه بكم الأمم يوم القيامة".
- ث- توافر التقارب الاجتماعي و الثقافي و الاقتصادي بين الطرفين، بحيث أثبتت الحياة الاجتماعية بأنه كثيرا ما تنتهي الرابطة الزوجية بسبب وجود الفوارق الاجتماعية و الاقتصادية فهي تلعب دورا هاما بين الأشخاص.

2- شروط صحة الخطبة:

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

أ- ألا تكون من احدى محارمه من النسب أو الرضاعة أو المصاهرة.(موانع مؤبدة).

ب-أن لا يكون بها مانع من الموانع المؤقتة، كالمحصنة (زوجة الغير) لأن خطبتها فيها اعتداء على حق الغير . و لا المشتركة (من لا دين لها) بالنسبة للمسلم ، ولا غير المسلم بالنسبة للمسلمة.(الرجل له أن يتزوج متى شاء و لكن ليس مع من يشاء)، لو تقدم رجل إلى مشركة بخطبتها و قبلت به و لكنها يوم إبرام عقد الزواج كانت مسلمة فزواجه صحيح أما إذا أصبحت متدينة بالديانة الإسلامية بعد إبرام العقد فعقده باطل بطلانا مطلقا.

ت-المعتدة من طلاق رجعي، لا يجوز خطبتها لا تصريحاً و لا تعريضاً ؛ لأن زوجيتها لا زالت قائمة و حق الزواج في إرجاعها لا زال كذلك قائماً.

د- المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى . لقد اختلف الفقهاء حيث يرى الحنفية أنه لا يجوز خطبتها لا تصريحاً ولا تعريضاً، بينما يرى جمهور الفقهاء بإجازة خطبتها تعريضاً لانقطاع الزوجية المطلقة.

هـ- المعتدة من الوفاة، وهي المرأة التي توفي عنها زوجها و أصبحت معتدة بعدة الوفاة و هي 04 أشهر و 10 أيام فهذه لا يجوز خطبتها تصريحاً أما التعريض فأجازته الفقهاء مع عدم تزوجها في الحال.

و- مخطوبة الغير، حسب القاعدة العامة لا يجوز للشخص أن يتقدم بخطبة امرأة مخطوبة لشخص آخر لقوله صلى الله عليه و سلم " لا يبيع الرجل على بيع أخيه و لا يخطب على خطبته". و قال صلى الله عليه و سلم " لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك" و يشترط في ذلك :

- الموافقة الصريحة للمخطوبة: لقد اتفق فيما إذا وافقت المرأة على خطبتها فإن خطبتها من غيره حرام.

- الرفض القطعي للخطبة الأولى يجيز خطبتها شرعاً .

- سكوت المخطوبة على خطبتها: إذا سكنت المخطوبة على خطبتها أي لا تجيب لا بالقبول و لا بالرفض فقد اختلف الفقه بشأنها حيث يرى الرأي الأول (أبو حنيفة و مالك) بأنه لا يجوز للخاطب الثاني أن يتقدم لأن السكوت و إن لم يدل على الرفض فإنه كذلك لم يدل على القبول، بينما يرى الرأي الثاني (بعض الشيعة و الشافعية) إلى أنه يجوز خطبة الثاني استنادا لقوله صلى الله عليه و سلم بشأن فاطمة بنت قيس التي أتت النبي صلى الله عليه و سلم فذكرت أن معاوية و أبا جهامة خطباها فقال صلى الله عليه و سلم " أما معاوية فصعلوك لا مال له و أما جهامة فلا يضع عصاه على عاتقه انكحي أسامة بن زيد".

• حكم زواج المخطوبة:

وهي المرأة التي وافقت على خطبتها الأولى و تقدم شخص ثان لخطبتها و تزوجت منه.

ما حكم هذا الزواج؟ لقد تضاربت الآراء الفقهية إلى ثلاث اتجاهات:

الاتجاه الأول: ذهب إليه جمهور الفقهاء و أكثر الشيعة فقالوا أن خطبة الرجل على خطبة أخيه ليست لها أي تأثير على العقد ففي هذه الحالة الزواج صحيح من الناحية القضائية غير أن العقوبة فيه أخروية.

الاتجاه الثاني: ذهب إليه الظاهرية و قالوا أن الزواج باطل و يجب فسخه سواء دخل بها أو لم يدخل بها لأن الحديث الذي نهى عن خطبة امرأة الغير هو صحيح فلا يحتاج إلى تأويل آخر.

الاتجاه الثالث: ذهب إليه المالكية فقالوا أنه يجب التفرقة بين الدخول و عدمه فإن تم الدخول فالزواج صحيح و لا يكن فسخه نظراً لما يترتب عليه من أضرار أما إذا تبعه دخول فالعقد باطل.

وتنص م 05 ق.أس ج على أن : "الخطبة و عقد الزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة...". و عليه فإن المخطوبة التي وافقت على خطبتها من شخص ثان و تزوجت به تكون بمجرد موافقتها على الخطبة الثانية قد عدلت على خطبتها الأولى لأن

العدول حق من حقوقها و من ثم فإن زواجها مع الشخص الثاني صحيح دخل بها أو لم يدخل بها. (هنا المشرع الجزائري أخذ بجمهور الفقهاء).

عقد الزواج

أولاً: تعريف الزواج:

أ- تعريف الزواج لغة: هو اقتران الشيين بالآخر، و مخالطته به. لقوله تعالى: «وَإِذَا النَّفُوسُ زُوِّجَتْ¹» أي قرنت بأعمالها لأنه ليس في الآخرة تزويج. ثم شاع استعمال الكلمة و اشتهرت في اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام و الاستمرار². و لفظ الزواج يطلق على كلا الزوجين فيقال الرجل زوج المرأة و المرأة زوج الرجل³.

ب- تعريف الزواج اصطلاحاً: هو عقد يفيد حل العشرة بين الرجل و المرأة على الوجه المشروع شرعاً، و يطلق على هذا العقد لفظ النكاح أو لفظ الزواج و الأول هو الشائع لدى الفقهاء. و ذلك بما يحقق الطبع الإنساني و الفطرة التي فطر الناس عليها، و يرتب حقوق و واجبات في ذمة كلا الزوجين اتجاه بعضهما.

ج- تعريف الزواج في قانون الأسرة الجزائري: عرفته المادة 04: " الزواج عقد رضائي بين الرجل و المرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب".

- عقد رضائي: الأصل في العقود الرضائية المنصوص عليها في القانون المدني م 59 : " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية". المشرع جعله عقداً مثل باقي العقود المدنية الأخرى، إلا أنه يختلف في بعض الأمور منها أنه ليس من العقود المالية، لكنه يرتب آثار و حقوقاً في ذمة كل واحد من الطرفين.

ثانياً : حكمة مشروعية الزواج:

- 1- إكمال نصف الدين.
- 2- المحافظة على النسل، و الإبقاء على النوع الإنساني.
- 3- المحافظة على الأنساب.

1 - سورة الدخان، الآية 54.

- محمد الجوهري، تعريف عقد النكاح (بحث في فقه الأسرة، كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، شاه علم، ماليزيا، (مقال).²
- الشحات ابراهيم محمد منصور، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، د ط د ت . د م ن ، (ص)02.³

4- إستقرار و اطمئنان النفس لقوله تعالى : « وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ».

ثالثا: دليل مشروعية الزواج:

أ- من الكتاب: قوله تعالى: « فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ » و قوله تعالى: « وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ».

ب- من السنة: قوله صلى الله عليه و سلم: " يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج و من لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاءٌ ". و من قوله صلى الله عليه و سلم : " ... أنا أصوم و أفطر و أتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني".

رابعا: حكم الزواج:

1- **الوجوب**: لم قدر عليه ماديا و جسمانيا و كانت نفسه تواقفة إلى النكاح، و يخشى الوقوع فيما حرم الله.

2- **الندب**: يتوق إلى النكاح و يأمن على نفسه الوقوع في ما حرم الله و له القدرة عليه ماليا و جسمانيا.

3- **الكراهة**: من يظن على نفسه الجور و عدم الإحسان و عدم قدرته على القيام بالحقوق الزوجية، مما يؤدي بالإضرار بالزوجة و الضرر ممنوع.

4- **الحرمة**: في حال عدم القدرة على تكاليف الزواج و تحقق الوقوع في الجور.

خامسا : أركان عقد الزواج:

أ - **الركن في اللغة**: هو الجانب القوي من الشيء أي جانبه القوي، و قوله على لسان شعيب عليه السلام " لو أن لي بكم قوة أو أوي إلى ركن شديد"

ب- **الركن اصطلاحا**: ما كان جزءا من الشيء ولا يوجد ذلك الشيء إلا به كالركوع و السجود بالنسبة للصلاة.

و أركان الزواج هي ما يتحقق بها وجوده ، و فقًا لما هو منصوص عليه في قانون الأسرة الجزائري الذي ربط الركن الوحيد للزوج في الرضا و هو ما وافق فيه فقهاء الحنفية الذين يحصرون ركن الزواج في الإيجاب و القبول.

أولا - أركان عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري :

تنص المادة 09 ق.أس.ج على : " **ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين**".

يعتبر الرضا ركنا جوهريا في جميع العقود باختلاف أنواعها و هو يخضع لمبدأ سلطان الإرادة المقرر في القانون المدني ، فكان من الأحق أن يكون ذلك في عقد الزواج لما له من الأهمية و القدسية . يقول تعالى : " **و أخذنا منكم ميثاقا غليظا** " . فلا ينعقد الزواج صحيحا إذا اختل فيه ركن الرضا المعبر به عن إرادة الطرفين ورضاها في انعقاد هذا العقد.

أ- **تعريف الرضا:** المشرع الجزائري لم يعرف الرضا، و إنما اكتفى بذكر قسمي الرضا في المادة 10 ق.أس.ج و هما الإيجاب و القبول لكن في كتب الفقه نجد له تعاريف عديدة منها:

- يعرفه **سيد سابق** : " هو توافق إرادة الطرفين في الارتباط بواسطة التعبير الدال عن التصميم على إنشاء الارتباط و إيجاده و ان ما صدر من الأول يعتبر إيجابا و ما صدر من الثاني يعتبر قبولا".

- و يعرفه **بدران أبو العينين** بأنه : " الإيجاب و القبول الصادرين من المتعاقدين الذين يرتبط أحدهما بالآخر فيفيدان تحقق المراد من صدورهما".

- أما القانون المدني الجزائري فقد عرف الرضا في المادة 59 منه بقوله " **يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين**".

- و قد كانت (المادة 09 ق.أس.ج) قبل تعديل 2005 تنص على أن أركان الزواج هي: رضا الزوجين، الولي، شاهدين، صداق، و انعدام الموانع الشرعية".

أما بعد تعديل 2005 أصبح الركن الوحيد للزواج هو الرضا بين الزوجين و ذلك بموجب المادة 04 ق.أس و المادة 09 أيضا و المشرع في هذا الخصوص قد أخذ بمذهب الحنفية في جعلهم الإيجاب و القبول هما الركنان الوحيدان للزواج، و المشرع بإلغاء باقي الأركان الأخرى التي كانت قبل التعديل وجعلها شروطا للزواج وفق لنص المادة 09 مكرر من ق.أس.ج قد ألغى بذلك الولاية في زواج المرأة الراشدة و هو ما تؤكدته المادة 11

ق.أس المعدلة، إذ كانت في القديم تنص على أن يتولى زواج المرأة وليها و هو أبوها أو احد أقاربها الأولين و القاضي ولي من لا ولي له، و أصبحت المادة 1/11 تنص على أن المرأة الراشدة تعقد زواجها بنفسها بحضور وليها، و بقي شرط الولي لازماً فقط في زواج الفتاة القاصرة حسب نص المادة 2/11 و المادة 13 ق.أس.ج لكن زواج القاصر يستلزم فيه استصدار ترخيص من القضاء حسب المادة 07 ق.أس.

كما نصت المادة 16 من ميثاق حقوق الإنسان بأنه: " لا ينعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما زواجاً كاملاً لا إكراه فيه".

و المادة 23 من العهد الدولي لحقوق الإنسان الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية على: " لا ينعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاً كاملاً لا إكراه فيه".

و المادة 16 من إتفاقية التمييز ضد المرأة لسنة 1975 على : " للمرأة الحرية في اختيار الزوج و في عدم الزواج إلا برضاها الحر و الكامل".

و المادة 23 من المشروع العربي الموحد لقانون الأحوال الشخصية : " ينعقد الزواج بإيجاب من أحد الطرفين و قبول من الطرف الآخر صادرين عن رضا تام".

وعل هذا النهج سار المشرع الجزائري في تعديل سنة 2005.

ثانيا : أركان الزواج في الفقه الإسلامي:

أما في الفقه الإسلامي فقد، إختلف الفقهاء حول أركان عقد الزواج فمنهم من جعلها 05 أركان كالشافعية و هي الزوجان و الولي و الشاهدين و الصيغة . و منهم من جعلها أربعة كالمالكية و هي المحل و الصيغة والولي والصداق . و منهم من جعلها ثلاث أركان كالحنابلة و هي الزوجان و الإيجاب و القبول. و أما الحنفية فقد جعلوه ركنا واحدا هو الرضا أو ما يعرف بالإيجاب و القبول (الصيغة) و هو ما اعتمده المشرع-ج- بعد تعديل 2005.

أ- **الرضا المعتبر في الفقه الإسلامي:** لقد اجمع الفقهاء حول رضا الزوج البالغ، فهو ولي نفسه، و هناك إجماع أيضا حول رضا الثيب البالغ فلا رضا إلا رضاها، و الاختلاف فيما بين الفقهاء حول رضا البكر البالغ :

1- **الحنفية:** الرضا المعتبر في البكر البالغ هو رضاها فقط.

2- **المالكية و الحنابلة و الشافعية:** الرضا المعتبر هو رضاها مع رضا الأب و منهم من قال رضاها مع رضا الأب و الجد و استدلوا في ذلك لقوله صلى الله عليه و سلم : **" الثيب أحق بنفسها من وليها "** و قوله أيضا : **" لا تنكح الأيم حتى تستأمر و لا البكر حتى تستأذن، قالوا و ما إذنها يا رسول الله قال: أن تسكت "** . و الاستئمار هو تأكيد المشاورة و جعل الأمر إلى المستأمرة لذلك و جب أن يعود الولي إلى صريح رضاها و إذنها إتفاقا بين الفقهاء . و أما البكر فبخلاف ذلك تستأذن و الإذن دائر بين القول و السكوت، بخلاف الاستئمار فإنه صريح القول.

3- **أكثر أهل العلم:** قالوا بأن لا يصح عقد زواج البكر إلا برضاها إلا البكر الصغيرة (غير البالغ) ففي أمرها تفصيل و استدلوا في ذلك بقصة الفتاة الأنصارية التي زوجها أبوها فكرهت فأنت رسول الله (ص) فرد نكاحها.

ثالثا: الإيجاب و القبول:

أ- **الإيجاب:** هو الكلام الصادر من الطرف الأول للدلالة على انصراف الإرادة إلى إنشاء العقد.

ب- **القبول:** هو الكلام الصادر من الطرف الثاني للدلالة على انصراف إرادته إلى قبول ما أوجبه الطرف الأول. و جاءت به المادة 10 ق.أس ج بنصها : **" يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين و قبول من الآخر..."** و قد يصدر الإيجاب و القبول من الزوجين أو من ولييهما أو وكيليهما غير أن المادة 20 ق.أس ج الخاصة بالوكالة في عقد الزواج قد ألغيت بموجب الأمر 02/05 المعدل لقانون الأسرة سنة 2005 .

رابعاً: شروط الإيجاب و القبول:

- 1- عدم رجوع الموجب عن ايجابه قبل القبول.
- 2- تطابق الايجاب مع القبول و توافقهما من كل الوجوه.
- 3- أن تكون الصيغة دالة على الدوام و التجيز لا على التأقيت أو التعليق على المستقبل أو على شرط في المستقبل.
- 4- يجب أن يكون الايجاب و القبول على صيغة الماضي، ويجوز أن يكون الإيجاب على صورة المضارع شرط أن يكون القبول بصورة الماضي أو أن يكون الايجاب على صيغة الأمر و القبول على صيغة الماضي.
- 5- أن تكون مادة الإيجاب صريحة، كما يصح أن يكون بالفصحى و يصح أن يكون بالعامية بما جرى عليه العرف.
- 6- أن يعبر عن الإيجاب و القبول بالعبارة، فإن تعذرت قامت مقامها الكتابة ثم الإشارة لمن لا يحسن الكتابة.

خامساً: ألفاظ الايجاب و القبول:

- لقد اتفق فقهاء الشريعة على أن الألفاظ التي ينعقد بها الإيجاب و القبول هما لفظي النكاح أو الزواج لأنهما الموضوعان شرعاً للدلالة على هذا العقد، و هما الأكثر استعمالاً في القرآن و السنة، و منعوا أي لفظ آخر.
- لكن المالكية أضافوا كل لفظ يدل على التمليك أو المنح أو الهبة بشرط إقترانها بذكر المهر أو الصداق، ليكون هذا الأخير قرينة على الزواج.
- أما الأحناف فيرون أن التعبير عن الإرادة في الزواج بكل لفظ يفيد معنى الزواج شرعاً. و هو ما ذهب إليه المشرع الجزائري.

سادسا: الإيجاب و القبول في قانون الأسرة الجزائري:

إختار المشرع -ج- رأي الأحناف على أن عقد الزواج ينعقد برضا الزوجين و ذلك بإيجاب من أحد الطرفين و قبول من الآخر ، بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا(م 10 ق.أس ج) و الملاحظ على المشرع الجزائري ما يلي:

أ- أنه لا يجوز للقادر على الكلام التعبير بطريقة أخرى كالكتابة و الإشارة لأنهما للعاجز.

ب- لم يشترط المشرع -ج- أن يكون الرضا أو الإيجاب و القبول باللغة العربية فقط و سكوته في هذا الشأن يدل على إجازة التعبير بأي لغة أخرى منها العامية.
ت- ألغى المشرع موضوع الوكالة في عقد الزواج (م 20 ملغاة).

سابعا : إنعقاد الزواج بالإشارة و الكتابة:

الأصل ← الكلام.

الإستثناء ← الكتابة أو الإشارة.

أ- **في الفقه الإسلامي:** الإشارة و الكتابة لا تكونان إلا في حالات الضرورة . و الإجماع على أن إنعقاد الزواج لغير العاجز بالكتابة و الإشارة لا يجوز مطلقا.

لكن أجاز الحنفية إنعقاد الزواج بالكتابة أو بالرسول للغائب عن مجلس العقد إذا حضر شاهدان وقت وصول الكاتب أو الرسول و قالوا: " الكتابة من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر".

أما الأخرس فبالكتابة إذا قدر عليها و إلا فبالإشارة المفهومة عند سائر الفقهاء.

ب- **في قانون الأسرة الجزائري:** في المادة 2/10 إختار المشرع رأي الجمهور من الفقهاء بقوله : " و يصح الإيجاب و القبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة و الإشارة". و يلاحظ في هذا الشأن ما يلي :

- 1- لم يفرق المشرع الجزائري بين الكتابة و الإشارة في المرتبة بل جعلهما في مرتبة واحدة، و للعاجز عن النطق حق الخيار بينهما.
- 2- لم يتحدث المشرع عن الزواج بالكتابة ، و الرسول من الغائب، و الظاهر أنه اختار رأي الجمهور و هو عدم الجواز .

ثامنا: عيوب الرضا: يشترط في الرضا أن يكون خاليا من العيوب التي تشيبه و تغير من طبيعته في التعبير الحر عن الإرادة. و تتمثل عيوب الرضا في عقد الزواج فيمايلي:

أ- **الغلط:** و هونوعان :

- 1- غلط مانع للإرادة.
- 2- غلط مفسد للإرادة.

1- الغلط المانع للإرادة: و يكون:

- أ- **في ماهية العقد:** و هو عدم التطابق في المقصود من هذا العقد كان يقصد الأول الزواج و الثاني يقصد العلاقة الحرة.
- ب- **الغلط في ذاتية الشخص المراد التزوج به:** الموجب يقصد أمينة و القابل يقصد هند.

2- الغلط المفسد للإرادة: يكون في احدى الصفات الجوهرية كأن يتزوج شخص من امرأة على أنها بكر فينتبين له بعد الدخول أنها حامل.

ب- التدليس: وهو استعمال الطرق الإحتيالية لإيقاع الطرف الآخر في الغلط و دفعه إلى الموافقة . و هو عيب من عيوب الإرادة التي تجعل العقد باطلا ؛ كادعاء الزوج أنه من نسب معين أو عائلة معينة و يثبت عكس ذلك، أو يدعى العزوبة و يثبت أنه متزوج (م 08 ق أس ج - التعدد و شروطه) . لكن للزوجة الأولى هنا الحق في طلب التطلاق على أساس أن زواجها كان صحيحا، بينما الزوجة الثانية فزواجها كان باطلا لأنه وقع تحت

عيب التدليس مما يجعل لها حق إبطال الزواج و ليس حق طلب التطليق و هذا من العيوب و الإنتقادات الموجهة للمادة 08 ق أس ج .

ج - الإكراه: هو ضغط غير مشروع يمارس على المتعاقد بوسائل مختلفة فيولد في نفسه خوفا و رهبة يدفعانه إلى إبرام عقد لا يرغب فيه . وهذا ما يمس الحرية و الإختيار في عقد الزواج ، و هو عيب من عيوب الإرادة لكنه لا يعدها . إذ تبقى الإرادة قائمة و متجهة إلى إنشاء التصرف لكنها لا تتبع من الأعماق و إنما نتيجة لإكراه أو ضغط مما يجعل عقد الزواج قابلا للإبطال و ليس باطلا . فالضغط الأدبي مثلا كطاعة الوالدين لا يؤثر على صحة الزواج وهو يعتبر صحيحا أما إذا رافق هذا الضغط الأدبي إكراها ماديا كالضرب و التهديد... تحول إلى ضغط و من ثمة إلى إكراه.

تاسعا: أثر تخلف ركن الرضا في عقد الزواج:

نبدأ هنا بالفقه الإسلامي ثم ننتقل إلى المشرع الجزائري.

أ- في الفقه الإسلامي: ذهب جمهور الفقهاء إلى أن تختلف ركن الرضا في عقد الزواج يجعله عقداً باطلاً ولا أثر عليه ، لما أصابه من خلل في أحد أركانه . و لم يحلوا به الدخول، و إذا تم الدخول و جب التفريق بينهما و إذا حدث حمل منه اعتبر ابن زنا و لا ينسب لأبيه و لا يرثه. و اختلفوا فيما إذا يوجب عليهما حد الزنا أم التعزيز فقط.

ب- في قانون الأسرة الجزائري: عندما جعل المشرع الجزائري ركننا واحدا في عقد الزواج، فهو بذلك قد جعل لتخلق هذا الركن البطلان، حسب نص المادة 1/33 ق أس ج و التي تنص على: " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا... " و البطلان هنا يكون قبل الدخول أو بعده و يترتب عليه ثبوت النسب (م 40 ق أس ج) .

شروط عقد الزواج

جعل المشرع الجزائري بعد تعديل سنة 2005 لعقد الزواج ركنا واحدا و خمسة شروط ، حسب نص المواد 09 و 09 مكرر من ق.أس.ج . و يتمثل الركن في الرضا المعبر عنه بالإيجاب و القبول .و هو تطابق إرادة الطرفين في التعبير عن إرادتهما حسب ما عرفته المادة 59 من القانون المدني الجزائري . أما الشروط فتتمثل في أهلية الزواج ، الصداق ، الولي ، الشاهدان و انعدام الموانع الشرعية .

أولا: الأهلية: La Capacité

الأهلية في القانون نوعان ، أهلية وجوب و أهلية أداء :

فأما أهلية الوجوب فهي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له و عليه، و تثبت له أهلية الوجوب من وقت ميلاده بل وقبل ذلك منذ كونه جنينا، إلى غاية موته، و تصفية تركته و سداد ديونه. فهي في الواقع ليست إلا القابلية لإكتساب الحقوق و التحمل بالواجبات، فإذا إنعدمت أهلية الوجوب إنعدمت معها الشخصية . كالجنين الذي يولد ميتا أو الميت بعد سداد ديونه.

أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لإستعمال الحق .أي أن يستطيع إستعماله بنفسه فالشخص قد تكون له أهلية وجوب دون أهلية الأداء فيكون مستمتعا بالحق دون أن يستطيع إستعماله بنفسه، أي أن أهلية الأداء مناطها التمييز فمن كان ناقص التمييز كان ناقص أهلية الأداء، و من كان عديم التمييز كان عديما . فهي تتأثر بالسن دائما، و قد تتأثر بعوامل أخرى كالجنون و العتة و الغفلة و السفة.

و يعتبر الشخص مميزا من وقت بلوغه سن التمييز و هو حسب نص المادة (2/42 ق.م.ج) 13 سنة ميلادية . و ابتداء من هذه السن إلى غاية بلوغ سن الرشد المحددة في المادة (2/40 ق.م.ج) ب 19 سنة يعتبر مميزا و عند اتمامه لسن 19 سنة يصبح راشدا و دون 13 سنة يعتبر عديم التمييز و بالتالي عديم الأهلية أو عديم أهلية الأداء حسب ما أقره القانون.

• الأهلية في الزواج :

و المشرع الجزائري قد حدد سن الزواج في قانون الاسرة الجزائري حسب نص المادة 07 المعدلة بالأمر 02/05 حدده بـ 19 سنة توافقا مع سن الرشد المدني، و حسب هذه المادة فإن كل من لم يبلغ سن 19 سنة يعتبر ناقص الأهلية للزواج.

للحديث عن أول هذه الشروط ألا و هو الأهلية في الزواج نطرح السؤال التالي: ما هو المقصود بأهلية الزواج التي أقرها المشرع الجزائري في نص المادة 09 مكررا؟ و ما هي شروطها؟

- استعمل المشرع هنا مصطلح " أهلية الزواج"، لكنه لم يبين المقصود منها و لم يحدد ماهيتها، ذلك أنه لم يقل يشترط في عقد الزواج الأهلية فقط و سكت فيكون المقصود هنا هو الأهلية المدنية اللازمة لكافة العقود المدنية في القانون الجزائري ؛ وهي العقل و بلوغ سن الرشد، و إنما استعمل مصطلح أهلية الزواج.

- بالرجوع لنص المادة 82 من ق.أس ج فإنها تنص على: " من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42ق.م تعتبر جميع تصرفاته باطلة". أي أن الشخص الذي لم يبلغ سن 13 سنة حسب نص المادة 42ق.م، تعتبر جميع تصرفاته باطلة لأنه عديم التمييز و بالتالي عديم الأهلية في الأداء.

- و بالرجوع لنص المادة 81ق.أس ج فإنها تنص: " من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانوناً ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون". أي أن كل شخص بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد يكون ناقص الأهلية . و كل من بلغ سن التمييز و كان به جنون أو عته أو سفه كان عديما للأهلية أو فاقد الأهلية . و هؤلاء جميعا حسب نص المادة 81 ؛ أي الصبي المميز و المجنون و المعتوه و السفه ينوب عنهم ولي أو وصي أو مقدم.

- كما المادة 83 من ق أس ج فتتص على أن كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، و باطلة إذا كانت ضارة به و تتوقف

على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت دائرة بين النفع و الضرر، و في حالة النزاع يرفع الأمر إلى القضاء .

- و بالرجوع إلى نص (المادة 1/07 ق.أس ج) التي تنص على: " تكتمل أهمية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة، و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة او ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج" .

و من كل ما سبق يفهم ما يلي :

أن أهلية الزواج تبدأ ببلوغ سن التمييز و تكتمل ببلوغ 19 سنة ، طالما أن المادة تجيز الزواج قبل 19 سنة بترخيص من القضاء .أي يجوز لمن لم يكمل سن 19 سنة الزواج لكن دون النزول عن سن التمييز الذي حدده القانون المدني بـ13 سنة .

إذن الشرط الأول في أهلية الزواج هو التمييز، أما عن شرط العقل فالمشرع الجزائري لم يتحدث صراحة عن زواج المجنون لا بالمنع و لا بالجواز، لكن بالرجوع لنص (المادة 81 ق.أس) فإن من كان مجنونا أو معتوها أو سفيها ينوب عنه ولي أو وصي أو مقدم، وعلى هذا الأساس فإن تصرف الولي في تزويج المجنون و من كان في حكمه يعتبر صحيحا إذا أجازة القاضي (م 83 ق.أس) خصوصا و أن الزواج من العقود التي تدور بين النفع و الضرر . و عليه فإن أهلية الزواج المقصودة في نص المادة 09 مكرر ق.أس ج ، تبدأ ببلوغ سن التمييز ، و تكتمل ببلوغ سن الرشد و يشترط فيها العقل .

- أما في الفقه الإسلامي، فإن الأهلية في الزواج تتمثل في البلوغ الذي يظهر بعلامات عند الرجل و علامات عند المرأة و إختلفوا في ذلك حول نوع هذه العلامات، كما اختلفوا حول السن التي تترافق عادة مع البلوغ، إلا أنهم على العموم قد أجازوا زواج الصغير و الصغيرة و أجازوا زواج المجنون و من في حكمه إذا كان الزواج في مصلحته.

• **زواج القاصر في قانون الأسرة الجزائري:** القاصر هو من لم يبلغ سن 19 سنة و المشرع في نص المادة 1/07 أجاز زواج القاصر لكن بشروط هي:

1- المصلحة و الضرورة.

2- التأكد من قدرة الطرفين على الزواج.

لم يبين المشرع الجزائري في نصوص قانون الأسرة ولا في نص المادة 07 المقصود بالمصلحة و الضرورة، ما يفتح الباب واسعا أمام إجتهد القضاء، لكن حالات الضرورة عموما تتمثل في بعض حالات اليتامى و أطفال الشوارع أو مجهولي النسب أو حالة هروب المخطوفة مع خاطفها حسب ما هو متعارف عليه في المجتمع الجزائري.

لكن و بالرغم من ذلك فإن قاضي شؤون الأسرة لا يمكنه الحد من حرية الأفراد في الزواج إلا من خلال طلب وثيقة طبية تثبت قدرة الفتاة أو الفتى القاصر على الوطاء، و كذا التأكد من الحالة المادية للزوج و فيما إذا رضيت الفتاة القاصر على الزواج به و لم تجبر.

*جزاء مخالفة عدم استصدار تصريح من القضاء في الزواج دون سن 19 سنة:

حدد المشرع الجزائري سن 19 سنة للزواج و أجاز لمن هو دون ذلك التزوج للمصلحة و الضرورة بشرط إستصدار تصريح من القضاء، مع توفر القدرة على الزواج لكن ما تجدر ملاحظته في هذا الخصوص هو أن المشرع لم يحدد السن الأدنى للترخيص بالزواج ، ما يترك الإجتهد واسعا أمام قاضي الأسرة . إذا يمكنه حتى الترخيص لمن هو في سن العاشرة بالزواج مثلا على اعتبار أن المادة 222 ق.أس ج تحيل مباشرة إلى ما جاءت به الشريعة السمحاء و ما جاء به فقهاؤها من إجتهدات . ففي الشريعة الإسلامية يجوز تزويج الفتى و الفتاة القاصر دون سن البلوغ لما ورد عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه تزوج السيدة عائشة و هي بنت ست سنين و بنى بها و هي بنت تسع سنين.

- و بالرجوع إلى ما جاء به القانون المدني الذي يعتبر جميع تصرفات الصبي غير المميز باطلة على إعتبار أنه عديم التمييز، القضاة في مجال الأسرة أيضا لا ينزلون في منح التراخيص بالزواج لمن هو دون 13 سنة، لا بل هناك منهم من لا ينزل عن سن 16 سنة سن التمييز في القانون المدني القديم.

- والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو حول مصير الزواج الذي تم قبل بلوغ سن 19 سنة و دون استصدار تصريح من القضاء ؟.
- إن المشروع في قانون الأسرة الحالي لم ينص على جزاء مخالفة السن في الزواج و لم يحدد السن الأدنى للترخيص بالزواج. ما يجعل قانون الأسرة الجزائري في هذا الخصوص مشوباً بعييب و بفراغ قانوني كبير، يستوجب إستدراكه و النص صراحة على السن الأدنى في منح الترخيص، و كذا الجزاء المترتب على مخالفة هكذا أمر. كقانون 1963/06/29 الذي نص على السن الأدنى في منح الترخيص بالزواج، و كذا الجزاء المترتب في مخالفة ذلك، خصوصاً مع أن المادة 33 من قانون الأسرة الحالي تحدثت عن تخلف ركن الرضا و شرط الولي و الصداق و الشاهدان، ولم تتحدث عن موضوع الأهلية في الزواج و لا على مصير الزواج دون سن الأهلية.
- لكن ما يمدح المشرع عليه في هذا الخصوص هو منحه في المادة 2/07 ق أس ج للقاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات، و هو ما لم يكن موجوداً قبل تعديل 2005 إذا من غير المعقول أن يمنح للقاصر إذناً بالزواج ثم لا يمنح أهلية للتقاضي فيما يتعلق بآثار هذا الزواج.

ثانياً/ شرط الصداق:

- 1- **تعريف الصداق:** يقول الله عز و جل: " و آتوا النساء صدقاتهن نحلة " أي عن طيب نفس بالفريضة التي فرضها الله تعالى، و قيل النحلة هي الهبة، و جعل الصداق للمرأة فكأنه عطية بغير عوض، و قيل نحله من الله تعالى للنساء، و روي عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه قال : " التمس و لو خاتماً من حديد".
- وقد عرفته المادة 14ق.أس.ج بنصها: الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء"، إذن الصداق هو حق مالي في أغلب حالاته أو جبه المشرع للمرأة في ذمة الرجل مقابل الإستمتاع في عقد الزواج الصحيح، ولا يجوز الإتفاق على إسقاطه .

وقد نصت المادة 09 مكرر ق.أس.ج على إعتبره شرطا أساسيا في عقد الزواج و نصت المادة 33ق.أس.ج على أن الزواج بدون صداق يفسخ قبل الدخول، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل.

بينما يرى جمهور الفقهاء أن الصداق لا يعتبر شرط صحة و لا ركنا و خلو العقد منه لا يؤثر في صحته كما لو اتفق الزوجان على اسقاطه فإن العقد يكون صحيحا ملزما و يجب فيه مهر المثل.

و المهر ليس ثمنا يقدمه الزوج مقابل الحصول على الزوجة و إنما هو رمز على علو شأنها و اكراما لها و عربونا على إظهار رغبته و صدق سريرته في التزوج بها، لأن الصداق بالرجوع إلي سنة الرسول صلى الله عليه و سلم نجد أنه قد جعله تكريما و لا يمكن أن يقدر بالمال لقوله صلى الله عليه و سلم " أنكحتكها بما معك من القرآن " و يسمى الصداق بعدة تسميات منها : النحلة، الفرضة، الأجر، العلائق، العقر، الحياء، و الطّول.

2- **موجبات الصداق:** قصر المشرع الجزائري الحالات التي يوجب فيها الصداق كاملا للمرأة في حالتين هما:

أ- **الدخول الحقيقي أو بشبهة:** تنص المادة 16ق.أس.ج على: " تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول... " و الدخول في قانون الأسرة حسب نص 40 من ق.أس.ج يكون:

1- **بالعقد صحيح.**

2- **بنكاح الشبهة.**

3- كل دخول تم فسخه طبقا للمواد 32-33-34 (الزواج بإحدى المحرمات أو اقتران العقد بشرط ينافيه أو يشتمل العقد على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد).

ب- **موت الزوج:** تنص المادة 16: " تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج".

فالوفاة سواء كانت قبل الدخول أو بعده، تستحق فيها الزوجة الصداق كاملا طالما كان العقد مستوفيا لجميع شروطه، و الجدير بالذكر هنا أن المشرع الجزائري لم يتحدث

عن حالة وفاة الزوجة بعد العقد و قبل الدخول هل يستحق وراثتها الصداق كاملا أم عليهم إرجاعه إلى الزوج؟.

الجواب: أن السكوت يعني الاستحقاق أي أن وراثتها يستحقون الصداق كاملا سواء المدفوع كاملا أو المعجل منه فقط وليس عليهم إرجاعه أو ارجاع نصفه كما في حالة الطلاق و هذا هو المستقر عليه فقها حسب قاعدة" لا يجمع على المرء ضررين". ضرر الوفاة و الضرر المادي، و هو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في العديد من اجتهاداتها.

أما عن الصداق في حالة الطلاق قبل الدخول فإن الزوجة فيه تستحق فه نصف الصداق سواء كان الطلاق منها أو من الزوج (م16 ق.أس.ج).

3-مقدار الصداق: لم يحدد المشرع الجزائري لا الحد الأعلى و لا الحد الأدنى آخذا في ذلك بما ذهب إليه الشافعية و الحنابلة و هو موقف جد منطقي لتماشيه مع جميع طبقات المجتمع غنيها و فقيرها.

و الصداق سواء كان معجلا أو مؤخرا فلا يؤثر ذلك في حقيقته. و في حالة ما إذا لم يتفق الطرفان على مقداره تستحق الزوجة فيه صداق المثل، وهو ما تستحقه مثيلاتها من قبيباتها أو عائلتها و من حيث النسب أو العلم أو المال... حسب نص المادة 15ق.أس.ج.

4-النزاع في الصداق: حسب نص المادة 17ق.أس ج فإن حدث و حصل نزاع بين الزوجين أو وراثتهما و ليس لأحدهما بينة و كان قبل الدخول فالقول قول الزوجة أو وراثتها، أما بعد الدخول فالقول قول الزوج أو وراثته.

ثالثا: شرط الولي: إن المشرع الجزائري لم يضع لموضوع الولاية أية تفاصيل كما جاء في الفقه الإسلامي، كتعريف الولي في الزواج، و شروط الولي و أقسام الولاية، ما يحيلنا إلى نص المادة 222 ق.أس.ج التي تحلينا بدورها إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

وما حدده المشرع الجزائري حول موضوع الولاية في الزواج هو ذكره لأسباب الولاية فقط

حسب نص المادة 11 و 13 ق.أس.ج و هي :

1- **القرابة:** و تتمثل في الأبوة، العمومة، الأخ الشقيق، الأخ لأب، و لا دخل لكل من يدل إلى الزوجة بأنثى كالأم، الأخ لأم، العم لأم، أبناء الأخوات أو البنات و العمات و نحوهم.

2- **القاضي:** وهو ولي لمن لا ولي له، وهذا ما جاء به المذهب المالكي، مع إضافته لسبب آخر و هو الوصي، إلا أن المشرع الجزائري لم يعترف به في مسألة الزواج.

شروط الولي: لم ينص المشرع الجزائري على شروط الولي، لا صراحة و لا ضمنا لكنه تطرق لشروط الوصي في المادة 93 من ق أس ج ، الأمر الذي نستطيع من خلاله استخلاص الصفات التي يجب أن تتوفر في الولي و الوصي معًا وهي :

- الإسلام .
- العقل.
- البلوغ .
- القدرة و الأمانة .

مع ملاحظة أن المشرع لم يشترط الذكورة في الوصي ما يطرح التساؤل حول ولاية المرأة في الزواج في قانون الأسرة الجزائري .

• أقسام الولاية في الزواج:

جعل تعديل سنة 2005 الولي شرطًا في عقد الزواج و ليس ركنا كما كان قبل هذا التعديل أي أن المشرع إختار التنازل عن الولاية في زواج المرأة بدءًا بهذا النص و جاءت المادة 11 ق.أس. ج على نفس السياق بنصها على أن تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها، على عكس ما جاءت به المحكمة العليا في قرار لها من تمسكها بشرط الولي في الزواج جاء فيه : " حيث أنه فيما يخص الولي فلأخ أن يكون وليا على أخته في عقد الزواج كما هو الشأن في الدعوى الحالية نيابة عن أبيه إن كان هذا الأخير غير موجود لسبب أو لآخر و عليه فإن الإجراء الذي قام به أخ المدعية في الطعن كولي عنها في عقد الزواج

العرفي موضوع النزاع إجراء صحيح وفقا لأحكام قانون الأسرة خاصة و قد ثبت عدم حضور الأب بمجلس العقد".

(قرار صادر بتاريخ 1993/09/28 ملف رقم 96238)

مع الإشارة هنا أن عبارة أي شخص آخر تختاره قد تشمل الذكر و الأنثى و قد يساء تطبيقها لعمومها و عليه ينبغي التقيد بنص المادة 222 ق.أس.ج التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

أما عن الفقرة الثانية من المادة 11 فنصت : " يتولي زواج القصر أولياؤهم و هو الأب أو أحد الأقارب الأولين، و القاضي ولي من لا ولي له" . لكن المشرع قد قيد الولي بنص المادة 13 بمنعه إجبار من في ولايته على الزواج ، بالإضافة إلى إلغاءه لنص المادة 12. فلم يعد للولي أي ولاية إجبار لا على الراشدة و لا على القاصر، و أصبح شرطاً في عقد الزواج يفسخ الزواج عند تخلفه قبل الدخول و يثبت بعده بصدق المثل. مع أن الولاية في زواج القاصر ليست مقتصرة على الأب أو من يحل محله شرعا و قانونا و إنما هي مقيدة بترخيص القضاء (المادة 07 ق.أ.ج) .

و عليه لم يبق إلا ولاية الإختيار في قانون الأسرة الجزائري فالزواج هو حق للراشدة و القاصر ، و لا يوجد أي نوع من الإجبار في كلتا الحالتين، لكن يبقى الولي طرفاً أصليا في زواج القاصر لا ينعقد العقد دونه حتى و إن كانت الفتاة راغبة في الزواج بمن لا يرضاه وليها.

رابعا: الشاهدان: لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري مطلقا لموضوع الشاهدان في الزواج باستثناء ما ورد عنهم في المادة 33 قانون الحالة المدنية بقولها:

" يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين 21 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم دون ميز فيما يخص الجنس و يختارون من قبل الأشخاص المعنيين".

كذلك المواد من 150 إلى 163 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تحدثت عن موضوع الشهود، و جاءت المادة 153 على أنه يجوز سماع شهادة الأقارب و الأصهار و الإخوة و الأخوات و أبناء العمومة في القضايا الخاصة بالأشخاص و الطلاق.

أما الحديث عن شروط الشاهدان كشرط العدالة و الإسلام و الذكورة و سلامة الحواس كالبصر و السمع كما جاء بها فقهاء الشريعة فلم يتطرق إليها الأمر الذي يحيلنا لنص المادة 222 ق.أس ج .

لكن المشرع إعتبر الشاهدان شرط أساسي في عقد الزواج حسب نص المادة 09 مكرر ق.أس ج و حسب نص المادة 33 كذلك فإنه في حال عدم توافر شرط الشاهدان في عقد الزواج فإنه يفسخ الزواج قبل الدخول .

خامسا: إنعدام الموانع الشرعية:

- أ- **الموانع المؤبدة:** المحرمات بسبب القرابة و الرضاة و المصاهرة.
 - ب- **الموانع المؤقتة:** هي المحصنة، المعتدة، المطلقة ثلاثا، الجمع بين المرأة و أختها أو عمتها أو خالتها، زواج المسلمة بغير المسلم.
- و أغفل المشرع هنا المحرمة مؤقتا فوق الأربع نسوة بالرغم من كونها من الأنكحة المحرمة شرعاً.

أثر الزواج بإحدى المحرمات :

حسب نص المادة 34 من ق.أس ج فإنه :

- يفسخ الزواج قبل الدخول و بعده.
- يثبت النسب.
- وجوب الإستبراء، أي تعنت حتى تستبرأ رحمها من أي حمل آخر ، ثم تتزوج.

الإشتراط في عقد الزواج:

تنص المادة 106 ق.م.ج على أن العقد هو شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون . و تنص المادة 107 ق.م.ج على أنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية . و لما جاءت المادة 04 من ق.أس.ج المعدلة بموجب الأمر 02/05، و نصت على أن عقد الزواج هو عقد رضائي و الرضائية تجعل منه عقداً مدنيا كباقي العقود المدنية الأخرى، فتحكمه بالتالي المواد 106 و 107 ق.م.ج خصوصا و أن المواد 19 و 32 و 35 قد نصت على الإشتراط في عقد الزواج.

أولا / الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري:

تنص المادة 19 ق.أس على: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية و لا يسما شرط عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

و مفاد هذه المادة أن للزوجان أن شترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق به كل ما يريانه من شروط تكون في مصطلحتها لكن بشرط أن لا تتناف مع قانون الأسرة و ما جاء به من أحكام و قواعد.

و من الشروط التي لا مانع فيها أن تشتترط الزوجة مثلا أن تبقى في عملها، أو أن يكون لها بيتا مستقلا عن أهل زوجها أو أن لا يخرجها من وطنها... أو أن يشترط الزوج أن تمكث الزوجة في البيت، أو أن يعمل هو خارج الوطن... الخ.

أما الشروط التي تتعارض مع عقد الزواج فهي الشروط التي تكون ضررا لا يطاق تحمله ؛ كأن يشترط الزوج على زوجته أن لا ينفق عليها، أو أن لا يكون بينهما أطفال مثلا، هذا النوع من الشروط إذا إقترن بالعقد كان الشرط باطلا و العقد صحيحا بموجب المادة 35 ق.أس.ج و التي تنص على: " إذا إقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا و العقد صحيحا ". و هو ما جاء به جمهور الفقهاء على صحة هذا العقد . على عكس الشافعية الذين

يروا بأن الشرط الفاسد يفسد العقد . أما المالكية فقد قالو بأنه قبل الدخول يجب فسخ العقد المتعلق بالشرط الفاسد أما بعد الدخول فيمضي العقد صحيحا و الشرط باطلا.

أما العقد المشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات الزواج، فهو شرط يبطل عقد الزواج حسب نص المادة 32 ق.أس. ج و التي تنص : " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد" . كالعقد مثلا الذي يشتمل على شرط المتعة أو الشغار يكون باطلا لأنه من الأنكحة المحرمة . أما الشروط التي لا تتناف مع العقد و إنما قد تضر بأحد الطرفين مثلا ؛ يكون العقد فيها صحيحا و الشرط باطلا (م 35 ق.أس . ج).

وهذا النوع من الشروط لا يجوز مطالبة المتضرر منه الوفاء به أمام القضاء . و ليس للزوج مثلا أن يطلب الطلاق على أساس أن الزوجة لم تف به ، و إن طلقها من جراء ذلك كان طلاقه تعسفيا و يجب فيه التعويض.

و من الشروط المباحة شرعاً و قانوناً حسب المادة 19 ما يجعل عدم الإلتزام بها سبباً مجيزا للزوجة طلب التطليق من زوجها، شرط عدم التعدد و عمل المرأة ، و هذا ما أكدته أيضا المادة 9/53 ق.أس : " ... مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج " .

و المشرع الجزائري في المادة 19 ق. أس حينما ذكر بعض الشروط على سبيل المثال كشرط عدم تعدد الزوجات، و شرط عدم عمل المرأة قد جاء بما جاء به الحنابلة في الشروط الواجبة الوفاء عكس ما جاء به جمهور الفقهاء من تحريم هكذا نوع من الشروط . أما الحنابلة فقد جعلوا من إشتراط الزوجة على زوجها في عقد الزواج بأن لا يتزوج عليها بأخرى، شرط رغم تعارضه مع ما أحل الله من إياحة التعدد للرجال مثنى و ثلاث و رباع، إلا أنه يلزم الزوج الوفاء به، استدلالاً بقوله صلى الله عليه و سلم: " أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحلتم به الفروج" . و قوله أيضا: " المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالاً أو حل حراما" . وهذه الشروط كعدم التعدد أو شرط عمل المرأة هي شروط لا تحرم ما أحل الله و لا تحلل ما حرم الله، و إنما هي تثبت للزوجة الحق في طلب الفسخ أو الطلاق إذا لم يف بها الزوج.

كما جاء عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه عندما أراد علي بن أبي طالب التزوج على السيدة فاطمة رضي الله عنها و استأذنوا رسول الله صلى الله عليه و سلم في ذلك قال : " إن بني هشام بن المغيرة استأذنوا في أن ينكحوا ابنتهم علي بن أبي طالب، فلا آذن، ثم لا آذن، ثم لا آذن إلا أن يريد علي بن أبي طالب أن يطلق ابنتي و ينكح ابنتهم، فإنما هي بضعة مني يربيني ما أرابها و يأذيني ما آذاها". فلو أخذ برأي الجمهور في هذا الصدد لكان رسول الله صلى الله عليه و سلم آنذاك قد حرم علي بن أبي طالب ما حلل له الله عز وجل، فقد قال رسول الله : " والله إني لست أحرم حلالاً أو أحل حراماً، ولكن والله لا تجتمع بنت رسول الله و بنت عدو الله أبداً " يعني بنت أبي جهل.

و شرط عدم تعدد الزوجات الذي تشترطه الزوجة في عقد الزواج، أو شرط خروجها إلى العمل و باقي الشروط المماثلة هي شروط جائزة شرعا و تعطي في مقابل مخالفتها للزوجة الحق في الخيار بين البقاء في عصمة زوجها أو الطلاق منه، وهو ما جاء به قانون الأسرة الجزائري في مادته 09/53.

و المشرع الجزائري حينما نص في المادة 19 على بعض أنواع الشروط كشرط عدم تعدد الزوجات أو عمل المرأة، أضاف عبارة ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون . فما هو المقصود بمصطلح أحكام هذا القانون؟ فأمام هذا الغموض في هذا المصطلح يلزمنا الرجوع إلى أصل المادة 19 من أين استمدت فحواها ؛ من المذهب الحنبلي ، فهو المذهب الوحيد المجيز لشرط عدم تعدد الزوجات و شرط عمل المرأة- كما ذكرنا سابقا - و هذا المذهب يعتبر الشرط الإتفاقي صحيحا ما لم يتناف مع مقتضات العقد كشرط المتعة أو الشغار أو شرطا لم يسقط ما ألزمه الشرع على أحد طرفي العقد، كالإزام الزوج بوجود النفقة على زوجته و كلزوم الصداق عليها، فإذا اشترط عليها أن تنفق على نفسها أو ألا ينفق عليها، أو ألا يدفع لها الصداق و إشتربت هي عليه أن لا يطأها أو لا تنجب منه، فكل هذه الشروط باطلة عند الحنابلة، و بالتالي كان الأجدر بالمشرع الجزائري أن يصوغ المادة 19 على النحو التالي: " ... ما لم تتناف هذه الشروط

مع مقتضيات عقد الزواج و ما ألزمه هذا القانون على أحد الزوجين"، بدلاً من مصطلح " مع أحكام هذا القانون" و هكذا تتوافق المادة كلياً مع المذهب الحنبلي .

و خلاصة التعارض بين المادة 32 و المادة 35 ق.أس هو أن المادة 32 تقصد الشروط التي تنافي مقتضى العقد، و هي الشروط التي تبطل الزواج . أما الشروط الواردة في المادة 35 فهي تلك التي تسقط ما ألزمه الشرع أو القانون على أحد الزوجين و هو ما يجعل العقد صحيحاً و الشرط باطلاً. و الأفضل أن يتم تعديل المادة 35 على النحو التالي: " إذا إقترن عقد الزواج بشرط يسقط ما ألزمه هذا القانون على أحد الزوجين كان الشرط باطلاً و العقد صحيحاً".

ثانياً / تعدد الزواج في قانون الأسرة الجزائري:

المواد 08 و 08 مكرر و 08 مكرر 1

أقر المشرع الجزائري مبدأ تعدد الزوجات في المادة 08 ق.أس إذا تنص على :
" يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي و توفرت شروط و نية العدل".

ولقد أقرت الشريعة السمحاء هذا المبدأ تبعاً لقوله تعالى : " و انكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث و رباع، وإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة". و المشرع الجزائري بخلاف بعض التشريعات العربية كالمشرع التونسي مثلاً ، أقر بمبدأ تعدد الزوجات حسب ما جاءت به الشريعة الإسلامية ، مع صياغته لبعض الشروط و الإجراءات التي تضيق من دائرة اللجوء إليه، و من بين هذه الشروط ما يلي:

- 1- وجود المبرر الشرعي و توفر شروط و نية العدل ؛ و هو ما جاءت به المادة 08 ق.أس تبعاً لما نصت عليه الآية الكريمة: "... و إن خفتم ألا تعدلوا فواحدة...".
- 2- إخبار كل من الزوجة السابقة و الزوجة اللاحقة حسب نص المادة 2/08 ق.أس.
- 3- أن يتقدم بطلب الترخيص بالزواج لأكثر من زوجة واحدة ، إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية ، الذي يرخص بالزواج بعد التأكد من كل من الزوجة أو من الزوجات السابقات و الزوجة التي سيتزوج بها، و التأكد من قدرته على توفير العدل و الشروط الضرورية للحياة الزوجية (م 2/08 و 3).

جزاء مخالفة أحكام المادة 08 ق. أس ج :

تنص المادة 08 مكرر المعدلة بموجب الأمر 02.05 على أنه " في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق" وهو حق أقرته أيضا المادة 6/53 ق.أس. المعدلة بالأمر 02/05.

أي أنه في حالة عدم إخبار الزوج للزوجة السابقة بأنه سوف يتزوج بأخرى، يحق لها رفة دعوى تطليق منه . والأمر هنا يقصد به الإخبار والعلم وليس الموافقة كما هو المفهوم عند البعض، فالمادة تنص على وجوب إخبار الزوجة وليس وجوب موافقتها، ولها الخيار حينئذ بين البقاء على ذمته والموافقة على زواجه الثاني أم طلب الإنصال عنه . وكذلك الشأن بالنسبة للزوجة الجديدة يجب عليه اخبارها بأنه متزوج بأخرى، ولها الخيار هي أيضا بين أن تمضي في إتمام العقد أو أن ترفض ذلك. والقاضي حينما يمنح الترخيص، فهو يتأكد من علم كل منهما فقط وليس من موافقتها. وكل من وافقت أمام رئيس المحكمة على هذا الزواج، تفقد الحق لاحقا في المطالبة بالتطليق طبقا لأحكام المادة 06/53.

أما في حالة التدليس أي سكوت الزوج عن زواجه الجديد بالنسبة للزوجة الأولى، واخفاء زواجه الأول عن الزوجة الثانية ، وقد تم العقد، هنا القانون يعطي الحق لكل منهما طلب التطليق للتدليس . (م08مكرر والمادة 53 /06ق.أس).

أما عن مخالفة شرط إستصدار ترخيص من رئيس محكمة مسكن الزوجية ،فالمادة 08 مكرر1 قد نصت على أنه : " يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 08 أعلاه " .وعليه فإن حكم الزواج بزوجة ثانية أو ثالثة أو رابعة بدون ترخيص من القضاء حكمه الفسخ قبل الدخول فقط ، أما إذا حصل دخول فلا يترتب عن ذلك أي أثر ويبقى الأمر بيد كل من الزوجة السابقة و الزوجة اللاحقة في رفع دعوى ضد الزوج للمطالبة بالتطليق . والمشرع عندما جعل الفسخ قبل الدخول فقط ، أراد بذلك أن يحافظ على إستقرار الأسرة و المجتمع على حد سواء علما أن الطلاق أو التفريق بين الزوجين آثاره سيئة و سلبية على المجتمع أكثر من مجرد الحفاظ على شرط معين .

لكن السؤال يبقى مطروحًا حول سكوت المشرع عن جزاء مخالفة الزوج لشرط التعدد المنصوص عليه في المادة 08 ؛ فالمشرع لم يرتب أي جزاء سواء كان بدنيًا أو ماديًا على من لم يستصدر ترخيصًا من القضاء للزواج بثانية وهذا من بين العيوب التي توجه للمشرع الجزائري في تشريع الأسرة.

إثبات عقد الزواج وتسجيله.

المواد 18 و21 و 22 ق الأسرة.

إن توثيق عقد الزواج في عصرنا الحالي أصبح من الضروريات التي تتوقف مصالح الناس والأسرة عليها بل المجتمع ككل ، وذلك لحماية الحقوق والآثار المترتبة عن عقد الزواج كالنسب ، والنفقة ، و الطلاق والعدة... فأصبح عقد الزواج اليوم من العقود المدنية أو الرسمية التي لا بد فيها من التسجيل أو التوثيق التي تستلزم بالضرورة الإشهاد و الإعلان لحماية عقد الزواج و الآثار المترتبة عنه.

تنص المادة 18 ق.أس: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانوناً مع مراعاة ما ورد في المادتين 09 و09 مكرر من هذا القانون ". ذكرت المادة جهتين إثنين مختصتين بتسجيل عقد الزواج ؛ وهما الموثق و ضابط الحالة المدنية بالبلدية . مع مراعاتهما أثناء إبرام هذا العقد لأركان و شروط الزواج المنصوص عليهما في المواد 09 و09 مكرر من قانون الأسرة.

ويجب على الموثق و ضابط الحالة المدنية أثناء تحريرهما لعقد الزواج أن يمنحا بعد ذلك نسخة للزوجين من العقد و أن يرسل الموثق تقريراً أو ملخصاً عن العقد إلى ضابط الحالة المدنية في خلال 03 أيام من تاريخ العقد . و على هذا الأخير أن يسجله في سجلات الحالة المدنية في غضون 05 أيام، ويمنح للزوجين دفترًا عائليًا.

1- تسجيل عقد الزواج:

تنص المادة 21 ق .أس: "تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج " و يُنظم الأمر 20/70 الصادر في 1970/20/19 المتعلق بالحالة المدنية في مواد 74-75-76 الوثائق التي على الزوجان تقديمها لإجراء عقد الزواج بصفة رسمية أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية وهي :

1- شهادة ميلاد الزوج و الزوجة . وإن تعذر عليهما قدما بطاقة التعريف الوطنية أو الدفتر العائلي للأبوين أو الدفتر العسكري . (م74ق.ح.م).

2- شهادة الإقامة للزوج الذي ينتمي إلى دائرة إختصاص الموثق أو ضابط الحالة المدنية .

- 3- رخصة الإعفاء من السن بالنسبة للقصر حسب نص المادة 07 ق.أس.
 - 4- رخصة الزواج التي يشترطها القانون في زواج العسكر أو أفراد الجيش أو الأمن الوطني
 - 5- رخصة الزواج الخاصة بالزواج المتعدد ، تمنح من رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية (م 08 ق.أس).
 - 6- نسخة من شهادة وفاة الزوج السابق أو حكم الطلاق الذي صار نهائيا للمرأة التي سبق لها الزواج . (م75ق.ح.م)
 - 7- شهادة طبية تثبت خلو كل من الزوجين من أي عامل أو مرض قد يتعارض مع الزواج. (م 07 مكرر ق.أس).
- ويتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه هذه الفحوصات من أمراض. ويؤشر بذلك في عقد الزواج. (م 06 من المرسوم 154-06 المحدد لكيفيات وشروط تطبيق أحكام المادة 07 مكرر). ولا يجوز له أن يمتنع عن تحرير عقد الزواج لأسباب طبية أو مرضية وردت في الشهادة الطبية خلافا لإرادة الطرفين (م2/07 من المرسوم 154-06).
- أما عن الزواج الذي يُعقد في الخارج فيحرره الموظفون الدبلوماسيون أو القنصليون أو السلطة المحلية التي لها حق تحرير العقود الرسمية. أما عن البيانات الواجب ذكرها في عقد الزواج فهي :

- 1- لقب و إسم و تاريخ و مكان ميلاد الزوجين.
- 2- لقب و إسم أبوي الزوجين.
- 3- ألقاب و أسماء و أعمار الشهود.
- 4- الإشارة إلى الترخيص أو الإعفاء من السن في الحالات المنصوص عليها قانوناً.

2-إثبات عقد الزواج:

يجب علينا هنا أن نميز بين حالتين ؛ حالة إثبات الزواج قبل الدخول وحالة إثبات الزواج بعد الدخول . حسب نص المادة 21 ق.أس.ج.

أقبل الدخول : قلنا أن على طالبي الزواج أن يبرما زواجهما قبل الدخول أمام الموظف المؤهل قانوناً، تفادياً لأي مشاكل قانونية قد تحدث إذا تأخرا في تسجيل زواجهما .وهي كما سبق و أن بينا اعلاه . أي أن إثبات الزواج قبل الدخول و بعد تسجيله يكون بمستخرج من الحالة المدنية .

ب- بعد الدخول: تنص المادة 21 من ق أس .على أن اثبات الزواج الغير مسجل في سجلات الحالة المدنية يكون بحكم قضائي. وذلك كالتالي:

يتقدم الزوج بطلب إلى وكيل الجمهورية المختص أي الذي قد تم الزواج العرفي ضمن دائرة اختصاصه إقليمياً ، يذكر في هذا الطلب هوية الزوج و الزوجة و مكان وتاريخ ولادتهما ومحل إقامتهما ، مع إرفاق هذا الطلب بالأدلة التي تثبت إبرام هذا العقد وفقا لما نصت عليه المواد 06 و09 و09 مكرر من قانون الأسرة .

وعند تحقق وكيل الجمهورية من حقيقة هذا الزواج يحرر عريضة إلى رئيس المحكمة ليقرر قبوله تسجيل هذا العقد. فيسجل بعد ذلك الزواج بأثر رجعي حسب تاريخ انعقاده .
ويجب على النيابة العامة تسجيل حكم إثبات الزواج العرفي في الحالة المدنية.

أثار عقد الزواج

أولاً النفقة الزوجية

1- تعريف النفقة الزوجية:

1- **التعريف اللغوي للنفقة:** وهي من النفوق من مصدر نَفَقَ و هي الزاد، بمعنى كل ما يحتاج إليه الإنسان ليعيش عيشة لائقة والنفقة الزوجية هي مما يفرض على الزوج لزوجته من مال وسكن وحضانة وكل ما ينفقه الإنسان على عياله لقوله تعالى: "لينفق ذو سعة من سعته".

2- **التعريف الإصطلاحي للنفقة:** هي الكفاية من مؤونة الطعام والكسوة و السكن و عرفا هي الطعام، ويشمل الخبز و الإدام و الشرب و الكسوة هي السترة والغطاء ، والسكنى و هي البيت ومتاعه و مرافقه من ثمن الماء ودهن المصباح و آلة التنظيف و الخدمة و نحوها بحسب العرف.

2- أدلة وجوب النفقة الزوجية:

أ- من القرآن : قوله تعالى : "وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف" و قوله تعالى: " اسكنوهم من حيث سكنتم من وجدكم ،ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن ، وإن كن أولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن " .وقوله تعالى : " لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه ،فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها".

ب- من السنة الشريفة : عن معاوية القشيري قال : " آتيت رسول الله صلى الله عليه و سلم .قال : فقلت ما تقول في نساننا ؟قال : أطعموهن مما تأكلون ، واكسوهن مما تكتسون ولا تضربوهن ولا تقبحوهن".

وروي عن البخاري ومسلم عن عائشة رض أن هنداً قالت : "يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم. قال خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف".

-ج/أدلة وجوبها من قانون الأسرة الجزائري: فرض المشرع الجزائري على الزوج النفقة الشرعية على زوجته وفقا للمواد 74-78-79-80 ق.أس.ج .

3- الحكم القانوني للنفقة: حكمها القانوني الوجوب على الزوج نحو زوجته مادامت في طاعته وهذا نظير احتباسه لها ، و قصر نفسها عليه بحكم العقد الصحيح ،مادامت مطيقة للوطء،لأن القاصر الصغيرة الغير مطيقة للوطء منع القانون زواجها بنص المادة 07 ق.أس.ج إلا بترخيص القاضي متى تأكد من قدرة الطرفين على الزواج ، كما يطلب القضاة أيضا حين منع الترخيص بالسن شهادة طبية تثبت قدرة الفتاة على الوطء تحمل عبارة قدرة على الزواج (الوطء) . AU MARIAGE APTÉ .

4- موجبات النفقة الزوجية: تنص المادة 74ق.أس.ج: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه بيينة ...".

إذن يفهم من النص أن النفقة الزوجية تجب كما يلي:

1-الدخول بالزوجة: ويكون في العقد الصحيح التام الأركان و الشروط ، فالعقد الفاسد لا تعتبر الزوجية فيه صحيحة ولا تصح بذلك معها النفقة .

2-الدعوة إلى الدخول: أن تدعو الزوجة زوجها إلى الدخول بها و إتمام العرس ،سواء من طرفها أو من طرف وليها ، ويتأخر الزوج في إتمام هذا الدخول ، هنا تجب نفقتها عليه شرعاً و قانوناً.

فالزوج الذي يتباطأ في إدخال زوجته إلى منزله لسبب غير مشروع أو غير معروف ، وتطلبه الزوجة بشكل واضح وثابت مباشرة أو عن طريق وسطاء ، أو عن طريق الولي الشرعي على أن يكون الدخول بها و زفافها لبيت الزوجية في تاريخ محدد أو فصل معلوم من فصول السنة ، ثم ينقضي هذا الأجل و تمضي الشهور ولا يتم هذا الزفاف ،فإن نفقتها تكون واجبة على الزوج حتما و للمحكمة أن تقضي بها إذا طلبتها.

و قد يكون الإمتناع من طرف الزوجة للإنتقال إلى بيت الزوجية ، لأجل إستيفاء حقها في المهر مثلا ، هنا رفضها لا يكون سبباً في عدم استحقاقها لنفقتها الزوجية ،أما اذا كان الإمتناع بغير حق فيسقط هنا حقها في النفقة لاعتبارها ناشراً.

5- **مشمتملات النفقة الزوجية:** تنص المادة 78 ق.أس. ج "تشمل النفقة الغذاء و الكسوة والعلاج و السكن و أجرته ، وما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة "

من هذا النص يتبين لنا أن النفقة الزوجية تشمل الأنواع التالية:

1- الغذاء: وهو الطعام والشراب.

2- الكسوة: وهي اللباس الذي يلزم حسب كل فصل.

3- العلاج: وهو التداوي والدواء.

4- السكن: وهو السكن الصالح واللائق شرعا أو بدل أجرته.

5- وكل ما يدخل في الضروريات في العرف و العادة ، وهي تختلف من مجتمع لآخر ومن مدينة لأخرى .وتدخل هنا حتى الكماليات التي صارت بالعرف و العادة مألوفة ولا يمكن الإستغناء عنها وهذا يختلف بحسب الأشخاص و الأزمنة ، و حسب قدرة الزوج المادية بلا إسراف ولا تقتير.

و لقد نصت المحكمة العليا في قرار لها بخصوص نفقة الزوجة المريضة (ملف رقم 39394-غير منشور-بتاريخ 10-02-1982) على أن نفقات الزوجة المريضة تقع على عاتق زوجها شريطة بقائها في منزل الزوجية .

6- **تقدير النفقة الزوجية:** ذهب المشرع الجزائري في نص المادة 79 من ق.أس. ج: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ،ولا يراجع تقديره قبل مُضي سنة من الحكم ".وعلى هذا الأساس نستنتج ما يلي :

1- يخضع تقدير النفقة إلى السلطة التقديرية للقاضي المختص، على حساب حال الطرفين اعتبارًا من يوم الطلب ومع مراعاة تغير الأسعار في الأسواق و ظروف المعيشة إذ نجد أحيانا الخصوم يطالبون بمبالغ مالية باهظة و أحيانا أخرى خيالية ،فعلى القاضي تحكيم ضميره . ومهمته تقوم وفق ميزان عادل قد يكون سهلا أحياناً و صعباً أحيانا أخرى،لكن عليه التقيد بالضمير و المنطق . وقد جاءت المادة 79 مسهلة لعمل القضاة في هذا الشأن.

2- يراعي القاضي في تقديره حال الطرفين ، فإذا كانت الزوجة في مستوى ثقافي أو اجتماعي معين يجب على القاضي حين تقديره للنفقة مراعاة ذلك إبقاء للحياة الزوجية ،فالنفقة تختلف من امرأة إلى أخرى فما يلزم الغنية يختلف عن ما يلزم الفقيرة . لكن ما تجب مراعاته هنا أن

الزوجة العاملة بإعسار الزوج وقت الزواج تفقد حقها في المطالبة بالتطبيق منه للعسر حسب نص المادة 1/53 ق.أس.ج.

لكن يجب بالرغم من ذلك مراعاة حالة الزوج المادية، فمن غير المعقول أن تطالب الزوجة بنفقة شهرية قد تفوق راتب زوجها الشهري أو تقل عنه بقليل. وقد أصدرت محكمة سيدي أمحمد بتاريخ 1984/11/11 حكماً جاء فيه على الخصوص ما يلي:
(إن نفقة المنفق لهم واجبة شرعاً مع مراعاة الظروف المادية، و الاجتماعية للمنفق وحاجة المنفق لهم والحال أن المدعي المذكور موسر وقد كانت الآية صريحة في تحديد حالة الزوج و أخذه بعين الاعتبار في قوله تعالى: " لينفق ذو سعة من سعته").

7-تاريخ استحقاق النفقة: تنص المادة 80 ق.أس.ج: " تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى و للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناءً على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى ". المشرع الجزائري هنا قد سد باب النزاعات التي تكون أو التي تدعيها الزوجات مطالبة أزواجهن بمبالغ باهظة لسنوات طويلة ماضية تكُن فيها مفارقات لبيت الزوجية، وعندما يطلب منها الأزواج رجوعهن إلى بيت الزوجية بحكم الطاعة ترفع هي مقابل ذلك دعوى النفقة الغير مدفوعة طيلة تلك السنين. وعليه تكون النفقة في حال النزاع مستحقة من يوم رفع دعوى المطالبة بالنفقة أو دعوى الطلاق ويجوز الحكم بها لمدة لا تتجاوز سنة بناءً على بينة.

8- مسقطات النفقة الزوجية: لا تسقط النفقة المحكوم بها قضاءً الا بالأداء أو الإبراء.وتجوز فيها المقاصة إذا كان للزوج دين اتجاه زوجته، يمكن له في هذه الحالة أن يطلب منها إسقاط حقها في النفقة مقابل إبرائها من ذلك الدين. وتتمثل مسقطات النفقة الزوجية فيما يلي:

- 1- الزوجة المعقود عليها بعقد باطل أو فاسد .
- 2- الزوجة الناشز، طيلة مدة نشوزها، وهي الزوجة التي يصدر في حقها حكم قضائي برجوعها إلى بيت الزوجية و إمتنعت، وبلغت بهذا الحكم، و ثبت امتناعها بموجب معاينة من طرف المحضر القضائي. هذه الزوجة الناشز تفقد حقها في النفقة ولا يجوز لها المطالبة بها في حينها ولا مستقبلاً.
- 3- الزوجة المرتدة لأن الردة تفسخ الزواج وبالتالي تسقط النفقة.
- 4- الزوجة المريضة، المدخول بها و التي لم تقر في بيت الزوجية .

5- الزوجة المسافرة بدون إذن زوجها.

9- جزاء مخالفة الحكم القاضي بالنفقة الزوجية: في حال امتناع الزوج عن الإنفاق على

زوجته بعد صدور حكم من المحكمة يلزمه بذلك ،جاز للزوجة أمران :

- 1- رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطبيق حسب نص المادة 1/53ق.أس.ج
- 2- رفع شكوى إلى وكيل الجمهورية من أجل تحريك دعوى عمومية ضد الزوج .حسب نص المادة 331 ق.ع.ج. و التي تنص أنه : "يعاقب بالحبس من 06 أشهر إلى 03 سنوات وبغرامة من 500دج إلى 5000دج كل من إمتنع عمدًا و لمدة تجاوز شهرين عن تقديم النفقة المقررة قضاءً ...". وفي هذا الخصوص قد قضت المحكمة العليا في قرار لها في 1991/01/23 على الشروط الخاصة برفع الدعوى الجنائية في هذه الحالة وهي:

- 1- الحصول على حكم مدني صادر عن محكمة الأسرة يقضي بدفع النفقة .
- 2- تبليغ هذا الحكم إلى الزوج .
- 3- امتناع الزوج عن تنفيذ هذا الحكم على أساس تقرير محضر قضائي .
- 4- أن يستنفذ هذا الحكم كافة طرق الطعن ، و يصبح نهائيًا حائزًا لقوة الشيء المقضي فيه.

● **الذمة المالية بين الزوجين:** تنص المادة 37 ق أس.ج.على : "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية و تحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما". و على الأساس فالذمة المالية لكل واحد من الزوجين منفصلة عن الآخر و لا يجوز الخلط بينهما . لكن يجوز لهما الإتفاق بموجب عقد رسمي سابق أو لاحق لعقد الزواج حول الأموال المستقلة أو المشتركة بينهما مع تحديد النسب التي تعود لكل واحد منهما في حال الإشتراك .

ثانيا/ النسب

1- تعريف النسب

أ/النسب لغة:النسب معناه القرابة ويختص بجهة الآباء. فيقال انتسب إلى أبيه وأجداده، ويقال أيضا استنسب لنا أي أذكر لنا آباءك وأجدادك. ويقولون رجل نسيب أي ذو حسب ونسب إلى آباء كرام.

ب/النسب اصطلاحا: هو لا يختلف عن التعريف اللغوي في معناه وهي صلة الشخص بغيره على أساس القرابة القائمة على صلة الدم ؛ أي صلة الإنسان بمن ينتمي إليهم من الآباء والأجداد.

2- أسباب إثبات النسب : سار المشرع الجزائري في موضوع النسب و إثباته على منهج الشريعة السمحاء مع إتباعه للتطور العلمي في هذا الخصوص .

وقد نصت المواد من 40 إلى 46 على النسب وجاءت بما يمكن إثباته شرعا وعلمًا. ويثبت النسب في قانون الأسرة الجزائري كما يلي:

أ-الزواج الصحيح: وهو الزواج الشرعي التام الشروط والأركان. والقصد من الزواج في الشرع الإسلامي إحصان النفس والمحافظة على الأنساب والبقاء على النوع الإنساني، إلى جانب مقصد آخر ألا وهو السكنينة و المودة التي يحتاجها كل واحد من الزوجين في الآخر. لقوله تعالى: "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجًا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون".

و العلة من ثبوت النسب بالزواج الشرعي الصحيح هو الفراش لأن المرأة هي فراش الرجل و المقصود بالفراش لغة هو المرأة التي يستمتع بها الرجل، ومن الفقهاء من أطلق لفظ الفراش على الرجل لقوله "ص:" "الولد للفراش، و العاهر للحجر". فلما كان الرجل هو صاحب الحق في التمتع بالمرأة التي تفتش سمي الرجل فراشا، و لذلك قيل " الولد للفراش " بمعنى الولد الشرعي الذي امتلك الفراش بصفة شرعية صحيحة ،فيكون بذلك صاحب الفراش هو الرجل ،و الفراش هي المرأة التي تُبَت للزوج حق إفتراشها للإستمتاع و للإستيلاد .

أما عن معنى الفراش اصطلاحاً فهو الزوجية القائمة بين الرجل و المرأة ، وهذا لا يكون إلا بالزواج الصحيح ، فإذا ولدت الزوجة بعد زواجها كان نسب هذا المولود لأبيه . أو كان لهذا الزوج دون حاجة إلى إقرار منه بذلك أو بيينة تقيمه الزوجة على ذلك لقوله "ص": "الولد للفراش وللعاهر الحجر". و المراد به هو أن الولد لصاحب الفراش وهو من بينه وبين المرأة عقد زواج ودخول صحيح يثبت به النسب. وقد أجمع الفقهاء على أن الفراش الصحيح يثبت به النسب.

وقد جاءت المادة 40 من ق.أس.ج على : "يثبت النسب بالزواج الصحيح...." و الزواج الصحيح في قانون الأسرة الجزائري هو الزواج الذي جاء موافقا لأحكام المادة 09 التي جعلت الرضا هو الركن الوحيد في عقد الزواج وكذلك المادة 09 مكرر التي نصت على شروط الزواج وحددتها بالأهلية في الزواج و الصداق و الولي و الشاهدان و إنعدام الموانع الشرعية. إذن متى ما كان الزواج متوفراً على أركانه و شروطه كان زواجاً صحيحاً غير باطل ولا فاسد.

ويشترط في ثبوت النسب بالزواج الصحيح حالات نصت عليها المواد 41 و42 ق.أس.ج.وهي:

1-إمكانية الإتصال بين الزوجين: تنص المادة 41 ق.أس.ج على "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً و أمكن الإتصال و لم يُنفه بالطرق المشروعة". أي أن النسب يثبت في حال تمكن الزوجان من الإتصال جنسيا ببعضهما البعض و كان هذا الإتصال ممكناً، فمن غاب عن زوجته ولم يطأها أو كان سجيناً مثلاً إنتفى نسب الولد له من دون لعان . أو كان مريضاً لا قدرة له على الإنجاب مثلاً أو كان صغيراً لا قدرة له على الوطء، فلا يتصور أن ينسب له الولد طالما أن الشرع و القانون و العقل ينفيان ذلك .

2-عدم نفي النسب باللعان: و اللعان هو إنكار الزوج لنسب ابن زوجته التي في عصمته متى عَلمَ به ، فإن أنكره فُرق بينهما و نسب الإبن إلى أمه . وقد إستقر الإجتهد القضائي الجزائري على أن من نفي نسب ولد إليه باللعان فعليه أن يُنفه خلال مدة 08 أيام من يوم العلم به وإلا سقط حقه في ذلك أي يرفع دعوى قضائية لنفي النسب خلال 08 أيام (قرار للمحكمة العليا ملف رقم 99000 مؤرخ في 1993/11/23).

3-ولادة الولد بين أقل مدة للحمل وأقصاها: تنص المادة 42 ق.أس على أن أقل مدة حمل 06 أشهر و أقصاها 10 أشهر من وقت الدخول و إمكان الوطاء في رأي جمهور الفقهاء أما عند الحنفية فمن يوم العقد عليها .

و دليل أعمال إجماع العلماء بهاتين المدتين 06 أشهر و 09 أشهر هو مصداقا لقوله تعالى: "وحملة وفصاله ثلاثون شهرا" ، و قوله أيضا "و فصاله في عامين " . فالآية الأولى حددت الحمل والفصال معًا بثلاثون شهرًا و الآية الثانية حددت مدة الفصال بعامين فبقي للحمل وحده 06 أشهر . و قد نصت المادة 42 على أن أدنى مدة حمل توضع فيها المرأة هي 06 أشهر و أقصاها 10 أشهر من يوم الانفصال أو الوفاة ، حسب نص المادة 43 ق أس.ج .

ب- ثبوت النسب بالزواج الفاسد أو الباطل: تنص المادة 40: " يثبت النسب بالزواج الصحيح ... أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون. " و الزواج الفاسد هو الزواج الذي تنص عليه المادة 34 وهو الزواج بإحدى المحرمات ،الذي يترتب عليه فسخه قبل الدخول و بعد الدخول مع ثبوت النسب ووجوب الإستبراء . أما الزواج الباطل فهو الزواج الذي إشتهل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد أو إختل فيه ركن الرضا وهو حسب نص المادة 40 يثبت به النسب ، وحرمة المصاهرة و وجوب الإستبراء كما في زواج المحرمات ، و هذا ما اختلف فيه المشرع الجزائري مع الشريعة السمحاء من حيث أنها جعلت الزواج المختل الأركان باطلا لا يثبت به النسب و يوجب فيه حد الزنا .

ج- ثبوت النسب بالإقرار: الإقرار نوعان:

1-الإقرار بالنسب على النفس (الإستلحاق): وهو إدعاء أحد أنه أب لغيره و هو ما عرفه المالكية ، ويجوز كذلك للمرأة أن تستلحق إذا لم يكن للملحق أم معروفة و كانت هي خالية من الأزواج و خارجة من العدة . و قد نصت المادة 44 من ق.أس.ج على أنه "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الابوة أو الأمومة لمجهول النسب،ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة " .

وعلى هذا الأساس فإن الإقرار على النفس يكون:

- 1- الإقرار بالبنوة وهو أن يقر المدعي أنه ابن فلان .
- 2- الإقرار بالابوة وهو أن يقر المدعي أنه أب لفلان .

3- إقرار بالأمومة وهو إدعاء المدعية و إقرارها بأنها أم لفلان . ويشترط في الإقرار ما يلي:

1- أن يكون المُقر عاقلًا بالغًا ؛ فلا عبرة في إقرار الصبي و المجنون لعدم الأهلية و الرضا

2- أن يكون المُقر له مجهول النسب؛ أي أن لا يكون منتسبًا لأب معين غير المُقر لأن الشرع قد قضى بنسبه من ذلك الأب ، فلا يصح نقل نسبه إلى أب آخر.

3- أن يكون هذا الإقرار يصدقه العقل أو العادة ؛ بأن يكون المُقر به ممن يولد لهذا المُقر بأن

لا يكون التقارب في السن بينهما كأن يكون 10 سنوات فقط بينهما فهنا لا يصح الإقرار

لأن الحسن و الواقع أو العقل يكذبانه أو العقم مثلا لأم تدعي أو تقر بنسب ابن لها .

- ولا يهم في ذلك إن كان المقر مريضا مرض الموت حفاظا لروح الأنساب و للمصلحة القائمة للمُقر و للمقر له.

و الإستلحاق بهذا المعنى مخالف للتبني لأي الإستلحاق نسب حقيقي أظهره الإقرار بخلاف التبني فهو علاقة صورية مبنية على أبوة و بنوة زائفتين ، و لقد منع القانون الجزائري التبني في المادة 46 من ق.أس.ج بقوله : **"يمنع التبني شرعًا و قانونًا"**.

2- **الإقرار بالنسب إلى الغير:** وهو حمل نسب شخص ما إلى الغير كأن يقول أحد مثلا هذا

أخي ، فيكون بذلك قد ألحق نسب المُقر إلى أبيه ، و يشترط في ذلك أن يصدق الشخص

المحمول عليه النسب لهذا الادعاء ، لنص المادة 45 ق.أس.ج: **"إن الإقرار بالنسب في غير**

البنوة و الأبوة و الأمومة لا يسري على غير المُقر الا بتصديقه". كما أن آثار هذا الإقرار

على الغير تنصرف إلى المُقر فقط دون غيره من الأقارب فمن أقر بأخوة مجهول النسب و

أنكر أخوته فلا يسري هذا الإقرار عليهم فلا يرث منهم ويرث من المُقر. أما الإقرار بالأبوة

و البنوة و الأمومة فيسري على الأبناء و على غيرهم .

3- **ثبوت النسب بالبينة :** و يقصد بها عند جمهور الفقهاء ، الشهادة وهذا قصد المشرع

الجزائري أيضا ، و البينة أقوى من الإقرار في إثبات النسب لأنها متى ثبتت ثبت بها النسب.

4-نكاح الشبهة: و الأصح هو الوطء بشبهة ،وليس النكاح بشبهة كما إصطلح عليه المشرع الجزائري ، و يقصد الخطأ الناشئ عن خطأ في القرين ، وهو ما يثبت النسب به إذا جاء الحمل لأقل مدة حمل 06 أشهر وأكثر إلى 10 أشهر لتأكد الحمل منه .

5-ثبوت النسب بالطرق العلمية :

انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق

تنحل الرابطة الزوجية شرعاً و قانوناً بالطلاق أو الوفاة. وقد نظم المشرع الجزائري أحكام الطلاق في الباب الثاني من كتاب الأسرة في المواد من 47 إلى 57 من ق أس .

أولاً/تعريف الطلاق:

أ-لغة:معناه حل القيد و الإطلاق .ومنه ناقة طالق أي مرسله بلا قيد ،و أسير مطلق أي حُل قيده و خُلِي سبيله .اذن الطلاق لغة هو التخلية و الإرسال .

ب-إصطلاحاً: هو رفع قيد النكاح في الحال أو هو فك للرباط الذي يربط المرأة بالرجل في عقد الزواج الصحيح . بالفاظ مخصوصة. كلفظ الطلاق و البائن و الحرام و نحوها.

ثانياً /دليل مشروعية الطلاق:

أ-من الكتاب: قوله تعالى: "الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان " .وقوله تعالى: "يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن" .

ب-من السنة الشريفة: روي عن الرسول 'ص' أنه قال : "إن أبغض الحلال عند الله الطلاق." وما ورد عن فعله أنه 'ص' قد طلق السيدة حفصة ثم راجعها .

ثالثاً/ حكمة تشريع الطلاق:هي الحاجة إلى الخلاص من اشتداد الخلاف و النشوز بين الزوجين ومن البغضاء التي تؤدي إلى الابتعاد عن حدود الله تعالى. فكان رحمة من الله عز وجل فهو علاج حاسم وحل نهائي أخير إذا استعصت العشرة بين الزوجين .كتباين الأخلاق و تنافر الطباع مما يعقد سير الحياة المشتركة بين الزوجين إلى غير ذلك من الأمور التي تكون فوق طاقة تحمل أي منها كالأمرض و العقم و غيرها ...

وقد جعل الله الطلاق و عصمة النكاح في يد الزوج لا بيد الزوجة حفاظاً على الزواج، لأن الرجل عادة هو أكثر تقديراً لعواقب الأمور، فهو من دفع المهر و سيدفع النفقة طوال الحياة الزوجية. الأمر الذي يجعله يقدر عواقب ذلك أحسن تقدير. كما أن الرجل أكثر هدوءاً من المرأة في حال الغضب لسعة صدره وقدرته على تحمل الصعاب. لذلك كان الطلاق بيده حفاظاً على قدسية هذا العقد.

إلا أنه للزوجة الحق في إنهاء الزواج بإرادتها شرعًا و قانونًا و هو حق مكفول لها
ببذلها مبلغ من المال مقابل تطليقها منه أو رفعها الأمر إلى القضاء لطلب التطليق إذا أصابها
ضرر معتبر من هذا الزواج.

رابعاً / أقسام الطلاق :

1-الطلاق الرجعي : هو الطلاق الذي يمكن للزوج فيه مراجعة زوجته مادامت في فترة العدة
دون الحاجة إلى عقد جديد و بدون موافقة الزوجة لقوله تعالى : " **وبعولتهن أحق بردهن
في ذلك إن أرادوا إصلاحًا**".

-وتصح المراجعة بالقول مثل أن يقول راجعتك أو بالفعل مثلا كالجماع ودواعيه مثل التقبيل.

2-الطلاق البائن :

أ-الطلاق البائن ببينونة صغرى: هو الطلاق الذي يستطيع فيه الزوج مراجعة زوجته بعقد
جديد بعد موافقتها ، وقد نصت عليه المادة 50 ق.أس. ج بقولها : " **من راجع زوجته أثناء
محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى
عقد جديد**".

ب-الطلاق البائن ببينونة كبرى: هو الطلاق الذي لا يمكن للزوج فيه مراجعة زوجته أو
المطلق أن يراجع مطلقة إلا بعد أن تتزوج رجلا غيره و يطلقها أو يموت عنها . و هو ما
نصت عليه المادة 51 ق.أس.ج بقولها: " **لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات
متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره و تطلق منه أو يموت عنها بعد البناء**".

خامسا /أنواع الطلاق في قانون الأسرة. ج :

تنص المادة 48 ق .أس.ج: " **ينحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو
بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53و54 من هذا
القانون**"

1-الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج : إن الأصل في عقد الزواج أن عصمة النكاح في يد
الزوج وهو من يملك حق إنهائها متى شاء . و هو وضع أساسًا للزوج وحده ،ليأتي فيما بعد

دور القاضي في إثبات هذا الطلاق وليس لإيقاعه كما في التطليق بطلب الزوجة أو في الخلع وتنص المادة 49: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم...".

و يكون هذا الطلاق بناءً على طلب يقدمه الزوج إلى كتابة ضبط المحكمة المختصة إقليمياً و يكون ذلك في شكل عريضة إفتتاح دعوى الطلاق ، وبعد جدولة القضية ، و سماع القاضي للزوجين و مرور الدعوى بالجلسة السرية للمصالحة و تعيين حكمين لمحاولة الوفاق بينهما في أجل لا يتجاوز شهرين طبقاً لنص المادة 56 ق.أس.ج . و يكون الحكمين من أهل الزوج ومن أهل الزوجة ، و فشلت مساعي الحكمين ؛ حكم القاضي بالطلاق .لكن هذا الطلاق هو تأكيد لإرادة الزوج في إيقاع الطلاق وهذا ما تؤكده المادة 450 ق إجراءات م .إ.ب.نصها : "يتأكد القاضي من إرادة الزوج في الطلاق".

2- الطلاق بالتراضي بين الطرفين وهو نوع من الطلاق يتم بالتراضي بين الزوجين في حل الرابطة الزوجية .و قد نصت المادة 48 ق .أس عليه. و يتفق الطرفان على وضع شروطه و بنوده لكن دون الإخلال في ذلك بإجراء الصلح المنصوص عليه شرعاً و قانوناً لقوله تعالى : "و إن خفتن شقاق بينهما ،فابعثوا حكماً من أهله و حكماً من أهلها إن يُريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان علينا خبيراً" .و يقصد به الحكمين في الطلاق وهو ما تؤكده المادة 56 ق.أس.ج أيضا .

و بنود هذا الطلاق بالتراضي ، تخضع لرقابة القضاء ، فيحق للقاضي تعديل كل ما يمس بالنظام العام أو يتعارض مع مصلحة الأولاد . و هذا ما تقرره المادة 2/431 ق ا ج م إ : "يتأكد القاضي ...يُنظر مع الزوجين أو كلاهما في الاتفاق و له أن يلغي أو يعدل في شروطه إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد و خالفت النظام العام."

3- الطلاق بطلب من الزوجة : وهو نوعان في قانون الأسرة الجزائري :

أ- **التطليق بطلب الزوجة** : و هو ما نصت المادة 53 ق.أس.ج، و قد كان يتضمن موضوع التطليق 08 حالات في القانون القديم لكن بعد تعديل سنة 2005 أصبح له 10 حالات . و الحالات التي تجيز للزوجة طلب التطليق من زوجها محصورة في مجملها في الأضرار التي قد تصيب الزوجة والتي لا تطبق تحملها،ففتح لها القانون هذا الحق بالرغم من أن عصمة الزواج و الطلاق في يد الزوج .وتتمثل هذه الحالات فيما يلي :

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج. أي أن للزوجة المتضررة من عدم نفقة زوجها عليها و قد صدر في حقه حكماً قضائياً يلزمه بالنفقة الزوجية ، و لم يمثل لهذا الحكم جاز للزوجة ها هنا طلب التطلق منه ، لكن بشرط أن لا تكون عالمة بإعساره وقت الزواج ، فالزوجة التي كانت تعلم بعسر زوجها عندما تزوجت به لا يجوز لها الدفع بعدم الإنفاق عليها و طلب التطلق منه. لكن المادة 53 في الفقرة الأولى راعت ما جاءت به مواد قانون الأسرة بخصوص النفقة الزوجية و هي المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون .

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج .و يقصد بالعيوب هنا الأمراض .وهي تلك التي تحول دون تحقيق ما يهدف الزواج لأجله ، كالعقم مثلا أو العجز الجنسي أو غيره ، يجوز فيها للزوجة طلب التطلق من زوجها .لكن الحكم بالتطلق للعيوب لا يكون إلا بعد ضرب أجل سنة كاملة للعلاج ، و إذا لم يتمثل الزوج للشفاء حكم للزوجة بالتطلق حينئذ .

3- الهجر في المضجع فوق 04 أشهر، و هو ترك الزوج الاتصال بزوجه لمدة أربعة أشهر وأزيد دون مبرر شرعي. هنا بحق للزوجة طلب التطلق منه خوفا من الوقوع فيما حرم الله عز و جل . و قد قال الحنفية في هذا الشأن بأن الطلاق يقع بمجرد مضي المدة .لكن يشترط هنا أن لا يكون الهجر عمديا بغية الإضرار بالزوجة و أن تزيد مدته على أربعة أشهر . و الأمر هنا يختلف عن قوله تعالى : **"اللاتي تخافون نشوزهن فعضوهن و اهجو رهن في المضاجع"** .لكنه يقترب في معناه إلى الإيلاء و هو الحلف باليمين أن الزوجة محرمة عليه و هو "يمين بترك الإتصال بالزوجة" و هو حرام عند الجمهور، لقوله تعالى : **"الذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فالله غفور رحيم وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم"** . و حكم ذلك أن الزوج إذا عاد إلى زوجته أي فاء إليها و إتصل بزوجه قبل مضي 04 أشهر أو بعدها في رأي الجمهور من الفقهاء زال الإيلاء و لزم الزوج كفارة اليمين ، و إذا لم يعد عن هجره جاز للزوجة رفع أمرها للقضاء .

4- الحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية .ويفهم من هذه الفقرة أن الأمر يخص فقط الجرائم الماسة بشرف الأسرة مع إستحالة العشرة و مواصلة الحياة المشتركة دون غيرها من الجرائم الأخرى .

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة . فالزوج الذي غاب عن زوجته أكثر من سنة تاركًا لها بلا دون نفقة و لا مال تعيش منه و بدون عذر شرعي جاز لزوجته طلب التفريق منه.

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه . و يقصد هنا بالتعدد المنصوص عليه في المادتين 08 و 08 مكرر و هو الزواج الثاني مع التدليس و الغش للزوجتين السابقتين و اللاحقة .

7- إرتكاب فاحشة مبينة ، وهي الفاحشة التي حرمها الله عز و جل .

8- الشقاق المستمر بين الزوجين ؛ و هو الخلافات الدائمة والمستمرة بين الزوجين و التي تلحق ضررًا بهما معا و بالأولاد ، يكون الحل الأمثل طلب التطلاق كحل نهائي لها.

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج ، وهي الشروط المقترن بالعقد و لا تنافي عقد الزواج فإن كانت تنافيه كان هذا الشرط باطلا (م 35 ق.أس)

10- كل ضرر معتبر شرعًا و معناه ؛ كل ما هو ضرر في عين الشرع و القانون . و السلطة التقديرية هنا تعود على القاضي مع وقوع عبء الإثبات على الزوجة مع العلم أن الضرر في الحياة الزوجية من الأمور الصعبة الإثبات .

4- الخلع :

و هو الطريق الثاني للطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة . قد نصت عليه المادة 54 ق أس.ج بقولها : "يجوز للزوجة دون موافقة زوجها ان تخالع نفسها بمقابل مالي " . و قد عدلت هذه المادة بموجب الأمر 02/05 لسنة 2005 وأصبحت لا تشترط موافقة الزوج في الخلع بينما كانت تشترطها قبل التعديل.

و الخلع هو دعوى قضائية ترفعها الزوجة ضد الزوج للمطالبة بالتفريق عنه أو للمطالبة بتطبيقها منه بمقابل مالي على عكس التطلاق الذي يجب أن يتوافر فيه شرط من الشروط أو الحالات المنصوص عليها في المادة 53 ق أس .ج كما سبق و أن بينا .

1-تعريف الخلع: الخلع هو إفتداء المرأة من زوجها الكارهة له بمال تدفعه إليه ليتخلى عنها.

2- دليل مشروعيته: أن رسول الله 'ص' قال لمرأة ثابت بن قيس و قد جاءتة تقول عن زوجها: يا رسول الله ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر بعد الإسلام فقال لها: " أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم. فقال 'ص' لزوجها إقبل الحديقة وطلقها تطليقة".

3-حكمه : الجواز إن توفرت فيه شروطه و هي:

- أن تكون الزوجة هي الكارهة لزوجها و ليس الزوج فالزوج له حق الطلاق .
- أن لا يعتمد الزوج الإضرار بها قصد أن تخالع نفسها منه ، وإن فعل لم يجز أن يأخذ منها شيئاً.

4-أحكامه : للخلع أحكام منها :

- يستحب أن لا يأخذ منها زوجها أكثر مما مهرها به .
- إذا كان الخلع بلفظ الخلع اعتدت الزوجة بحيضة واحدة كالمستبرئة لأن رسول الله 'ص' أمر امرأة ثابت أن تعتد بحيضة واحدة . أما إذا كان بلفظ الطلاق فعدتها 03 حيضات أو أقراء ، و لا يجوز للزوج أن يراجعها خلال فترة العدة لأن الخلع يُبينها منه وان أراد المراجعة فبعقد جديد.

- كل ما يصلح لأن يكون مهرا يصلح أن يكون بدل خلع.

- لا تشترط فيه موافقة الزوج.

*** الصلح بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري:**

تنص المادة 439 ق إ ج م إ : "ان محاولات الصلح وجوبية ، و تتم في جلسة سرية". ما يجعل إجراء الصلح في دعاوي الطلاق وجوبيا بصريح المادة و على القاضي قبل الفصل في دعوى الطلاق المعروضة أمامه أن يتقدم بهذا الإجراء الجوهري الوجوبي وهو ما تؤكدُه أيضا المادة 49 ق أس.ج : "لايثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداءً من تاريخ رفع الدعوى".

و تكون جلسات الصلح سرية يستمع فيها القاضي لكل واحد من الزوجين منفرداً ثم مجتمعين ، و ذلك في التاريخ المحدد لجلسة الصلح .كما يمكن بناءً على طلب أحد الزوجين

أن يحضر الجلسة أحد أفراد العائلة و المشاركة في محاولة الصلح و هو مانصت عليه) المادة 440 ق أ ج م إ). و نظرًا للأهمية القصوى لهذا الإجراء للمحافظة على روابط العلاقة الزوجية ، فإن القانون جعل له مدة ثلاثة أشهر تحسب من تاريخ رفع الدعوى.

وفي حالة إستحالة الحضور على أحد الطرفين في التاريخ المحدد للجلسة ، تُدب قاض آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية ، لكن إذا كان التغيب بلا عذر بالرغم من التبليغ الشخصي للمعني فإنه يتعين على القاضي تحرير محضر بذلك . (م 441 ق إ ج م إ).

و فترة الصلح هاته يمنح فيها للزوجين مهلة للتفكير عسى أن يتراجع كل واحد منهما عن الطلاق و تكون هاته المهلة ما بين جلسة الصلح الأولى و جلسة الصلح الثانية شرط أن لا تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر. (م 442 ق إ ج م إ).

أما نتائج هذا الصلح فهي تحرر من طرف أمين الضبط تحت إشراف القاضي ، و يوقع هذا المحضر سواءً كان إيجابيا او سلبيا من طرف القاضي و أمين الضبط و الزوجين و يودع بأمانة الضبط . و يعتبر سندًا تنفيذيًا وفي حالة إذا لم يتمكن القاضي من الصلح بين الزوجين يشرع القاضي في مناقشة موضوع الدعوى (م 443 ق إ ج م إ).

***التحكيم بين الزوجين (الحكمين) في قانون الأسرة الجزائري:** يقول الله عز وجل في كتابه العزيز: "وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرًا" . و هو ماجات به المادة 56 ق أس ج بنصها : " إذا اشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر و جب تعيين حكمين للتوفيق بينهما يعين القاضي الحكمين ، حكما من اهل الزوج و حكما من اهل الزوجة و على هذا الحكمين أن يقدموا تقريرًا بمهتهما في أجل شهرين " .

إذن المتضح من نص المادة أن الخصام إذا اشتد بين الزوجين ولم يثبت أي ضرر ولم يستطع القاضي الإصلاح بينهما عين حكمين من أهلها للتوفيق بينهما . و على هذين الحكمين القيام بكل ما من شأنه الإصلاح بين الزوجين . وإن أردا هذين الحكمين الإصلاح حقًا وفق الله بينهما بصريح الآية الكريمة .

و على هذين الحكمين أن يطلعا القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة المنوطة بهما (م 447 ق إ ج م إ) ، و إذا تمكنا من الصلح بين الزوجين ، حرر ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن. و يجوز للقاضي إنهاء مهمة الحكمين تلقائيا إذا تبينت له صعوبة تنفيذ هذه المهمة وفي هاته الحالة عليه إعادة القضية إلى الجلسة الخاصة بالصلح و تستمر الخصومة إلى حين إنتهاء مدة الصلح المحددة بثلاثة أشهر(م 449 ق إ ج م إ).

***الطعن في أحكام الطلاق و التطلق و الخلع :** إن الأحكام الصادرة في مادة الطلاق و التطلق و الخلع غير قابلة للإستئناف إلا في جوانبها المادية أي ما يخص فيها الجانب المادي للدعوى من التعويض عن الطلاق و نفقة العدة و المتعة... الخ. أما تعلق فيها بموضوع فك الرابطة الزوجية فلا تكون قابلة فيه للإستئناف . أما الطعن بالنقض فيجوز لكنه لا يوقف تنفيذ حكم الطلاق و التطلق و الخلع و ، يسري من تاريخ النطق بالحكم (م 434 ، 450،451،452 ق إ ج م إ) . فكل ما يتعلق بآثار هذا الطلاق فهو قابل للطعن فيه من جانبه المادي فقط . أما الأحكام المتعلقة بالحضانة فهي قابلة للاستئناف (م 57 / 2 ق أس.ج).