



معهد: الحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق

مطبوعة بيداغوجية بعنوان:

محاضرات في مقياس قانون الأسرة

المستوى: السنة الثانية ليسانس

التخصص: حقوق

السداسي:

إعداد الدكتور: تريح مخلوف

الرتبة: أستاذ محاضر (أ)

السنة الجامعية: 2026 / 2025

يدرك الجميع أن حجر الزاوية وعنصر القوة الوحيد الباقي في العالم الإسلامي بل الحبل المتين الذي يشد هذه الأمة إلى دينها ورسالتها إنما هو الأسرة ونظامها، فالأسرة كما بناها الإسلام بقيت تمثل حجر الزاوية في البناء الإسلامي كله وهي التي حافظت على ما بقي من عناصره، وكل ما بقي من روابط وعلاقات بين المسلمين وبهذا تصبح الأسرة الهدف المنشود والمقصود بالتنظيم، وهذا الأخير ما يعبر عنه بقانون الأسرة أو قانون الأحوال الشخصية، ويقصد به مجموعة القواعد المنظمة لحالة الأشخاص وعلاقاتهم المالية وغير المالية مع أسرهم ومجتمعهم وقد ارتكزت الحركة التشريعية في مجال التدوين والتقنين في الوطن العربي والعالم الإسلامي على أساس الفقه المقارن لوضع قانون عام شامل يعتمد على الشريعة الإسلامية ويستقي من المذاهب المختلفة تيسيرا على الناس وتماشيا مع روح التشريع الإسلامي الذي يدعو إلى رفع الحرج ودفع الضرر على الأسرة بعيدا عن التقليد والجمود وعدم التقيد بمذهب معين والاستفادة بالمذاهب الاجتهادية كلها.

وبالرجوع إلى المجتمع الجزائري نجده كان يطبق أحكام وقواعد الشريعة الإسلامية إلى غاية احتلاله سنة 1830 من قبل المستعمر الفرنسي الذي لم يعمد مباشرة إلى إلغاء هذه الأحكام والأعراف المحلية لعلمه بمدى تعلق الشعب الجزائري بها، لكنه لم يبق مكتوف الأيدي اتجاهها بل عمد إلى إلغائها عبر مراحل تمثلت أولها في تعويضها بقضاء مدني أوروبي مع استمرار مجلس القضاء الشرعي بالجامع الكبير بالعاصمة فقط، واستبدال قوانين المحاكم الشرعية بنظام الجماعات الأهلية التي تتبنى أحكام العرف والتقاليد مقصية بذلك أحكام الفقه الإسلامي وبهذا راهنت فرنسا على سياسة الخطوة خطوة، ورتبت أولوياتها حسب نظرية التنصير ثم التغيير من خلال إصدارها لمجموعة من القوانين والمراسيم تتعلق بحالة الأشخاص وأهليتهم. ولكن الشعب الجزائري كعادته انغلق على نفسه ولم يسمح بتطبيق تلك المراسيم والقوانين، وظل يحكم أحكام الشريعة الإسلامية بعيدا عن الإدارة الفرنسية لسبب واضح وهو أن الشعب الجزائري متمسك بدينه وعقيدته.

وقد عرفت الجزائر أول قانون مكتوب بشكل منظم يتعلق بالزواج والطلاق ويهتم بتنظيم الأسرة وهو الأمر رقم 274/56 المؤرخ في 04 فيفري 1959.

وبعد الاستقلال استمر العمل بهذا القانون تطبيقا للقانون رقم 157/62 الصادر في 1962/12/31 الذي نص على ضرورة استمرارية العمل بالقانون الفرنسي فيما عدا مواد الاستعمارية والعنصرية أو المخالفة للحقوق والحريات العامة.

1962/12/31 الذي نص على ضرورة استمرارية العمل بالقانون الفرنسي فيما عدا مواد الاستعمارية والعنصرية أو المخالفة للحقوق والحريات العامة.

وفي 1963/06/29 صدر القانون رقم 63/224 المتعلق بتحديد سن الزواج وتسجيله، ورغم هذا لم ينل الشعب الجزائري جزءا من استقلاله التشريعي وظل طوال مدة 21 سنة بلا قانون للأحوال الشخصية إلى أن صادق البرلمان الجزائري على قانون للأسرة مستمدا من الشريعة الإسلامية وأصبح ساريا في 1984/06/09 وهو القانون رقم 11/84 الذي اشتمل على أربعة كتب، عالج الكتب الأول منها عقد الزواج وانحلاله، والثاني النيابة الشرعية، والثالث الميراث، والرابع التبوعات. ليعدل بموجب الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27 الذي يضم 224 مادة اعتبر قانون الأسرة القانون الوحيد الذي يستمد معظم أحكامه من الشريعة الإسلامية وخير دليل على ذلك ما ورد في النص المادة 222 من قانون الأسرة التي نصت على "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى الأحكام الشرعية الإسلامية" ما يلاحظ أنّ المشرع الجزائري فتح باب الاجتهاد للقاضي، إذ عليه أن يأخذ بفحوى نصوص قانون الأسرة وإن لم يجد يبحث في أحكام الشريعة الإسلامية بدءا بالقرآن الكريم، والسنة النبوية الشريفة كما لم يقيد به بأن يأخذ بمذهب معين¹، بالرغم من أن المشرع في قانون الأسرة أخذ أغلب أحكامه من المذهب المالكي وهذا لا يعني أنه لم يأخذ بالمذاهب الأخرى.

¹ بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، الجزء الأول، العدد الأول، دار الثقافة، الجزائر، 2012، ص 27.

المحور الأول: التطور التاريخي لقانون الأسرة في الجزائر

سنحاول التطرق في هذا المحور الى مختلف النصوص التي كانت تسري على الأحوال الشخصية في الجزائر، ونقسمها الى مرحلتين تخصص الأولى إلى مرحلة ما قبل القانون 11/84 أما المرحلة الثانية فبعد ظهور هذا النص.

المبحث الأول: مرحلة ما قبل القانون 11/84

يمكن القول أن الجزائر قد عاشت ظهور العديد من الدويلات التي كانت في الغالب متصارعة في ما بينها فتظهر دولة وتسيطر لتخلفها أخرى وكان ذلك سببا في التدخل الإسباني على سواحل الجزائر، والذي كان له دور بارز في استنجد السكان بالعثمانيين.

أولا/ في مرحلة الدولة العثمانية:

كانت الدولة العثمانية تطبق أحكام الشريعة الإسلامية في جميع المعاملات في البداية، إلى أن اتسعت مساحتها مع احتكاك أقاليمها ببعض النظم القانونية في المجتمعات الغربية، وهو ما دعا القضاء إلى الفصل بين قضايا الأحوال الشخصية وبين غيرها، فتم إخراج قانون المعاملات المدنية مقتبسا من الفقه الإسلامي مع التقيد بالمذهب الحنفي وظهرت مجلة الأحكام العدلية¹ التي جرى تطبيقها على كامل الأقطار، غير أن الأحوال الشخصية بقيت تخضع إلى الشريعة الإسلامية.

والمراد بالشريعة الإسلامية هنا هو ما شرعه الله سبحانه وتعالى لعباده من أحكام، سواء وردت في القرآن الكريم، أو عن طريق حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير.² وتعتبر الشريعة

¹ أنشأت مجلة الأحكام العدلية بعد توقف حرب القرم الأولى بين المسلمين العثمانيين والروس والتي أدت إلى بقاء جالية إسلامية ضخمة تحت سلطة الروس فطلبت السلطنة العثمانية من الكنيسة الأرثوذكسية في موسكو تقنيننا واضحا لكيفية معاملة الرعايا المسلمين مما دفع الروس للرد بالمثل فأنشأ السلطان عبد المجيد لجنة من الفقهاء الحنفية مع مساهمين من المذاهب الثلاث الأخرى مراقبين لتقنين القضاء والأحكام الفقهية الإسلامية فصدرت مجلة الأحكام العدلية والتي هي مجموعة من التشريعات مكونة من ستة عشر كتاب أولها كتاب البيوع وآخرها كتاب القضاء، صدر آخر أعدادها في فترة الخلافة العثمانية في شعبان سنة 1293 هجرية-1882 ميلادية وإلى جانب التقنين الفقهي الإسلامي جرى تقنين لما يخص القضاء الأحوال المدنية في شؤون جميع الأديان والمذاهب في الدولة العثمانية. انظر مجلة الأحكام العدلية.

² جعفرور محمد سعيد، مدخل إلى العلوم القانونية، ط3، الجزائر، 2006، ص164.

الإسلامية أقدم تشريع مكتوب لم يلحقه التحريف وكان مصدر إلهام لجميع التشريعات الوضعية¹، وبالرجوع إلى هذين المصدرين للتشريع الإسلامي سنجد العديد من النصوص التي تناولت الأسرة على عمومها، ثم المعاملات الأخرى للفرد، وهذا كله في إطار مقاصد الشريعة.

ويعتبر حفظ النسل وهو أحد الكليات الخمس، والتي تشكل محورا أساسيا من مقاصد الشريعة السمحاء. وحفظ النسل هو حفظ للنوع²، فالإسلام جاء من أجل مجموعة من المقاصد التي تشكل نظاما متكاملا، وأساس المجتمع الإسلامي هي الأسرة المسلمة، فسعى الشارع الحكيم لإحاطتها بنوع من القدسية، حفاظا على تماسكها ومنه تماسك المجتمع كله، ويمكن أن نورد بعض النصوص التي جاءت في تأكيد هذا المعنى: ومنها تحريم الفاحشة والزنا لتأثيره على الأسرة والفرد في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزِّنَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ (الإسراء:32)، ثم تشريع الزواج في قوله الله تعالى: ﴿إِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُفْسِدُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَتَّىٰ وَثَلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾ (النساء:3)، و يمكن القول أيضا أن الشارع الحكيم قد أرسى مبادئ العشرة الزوجية من مودة ورحمة في قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ (الروم:21) فمن أهداف الزواج: المحافظة على النوع البشري من خلال التناسل، يضاف إليها تحقيق المحبة والمودة والرحمة بين الزوجين.³

إن الدولة العثمانية كانت متميزة في تطبيق نظام الشريعة الإسلامية على جميع علاقات الأسرة بما في ذلك الميراث، وكان القاضي هو المكلف بهذا الأمر من خلال عقد الزواج وغيره من العلاقات الأخرى في الأسرة،

¹ "...إنه من الإنصاف والعدل أن نعطي الشريعة الإسلامية حقها، لأنه تعتبر حتى الآن وستظل كذلك إلى يوم الدين فهي أقدم تشريع موثق، ومنضبط على ظهر الأرض حيث لا يوجد قانون أو تشريع قد نُقل إلى الناس موثقا محفوظا من التغيير والتبديل مثل الشريعة الإسلامية الغراء، الطاهرة العالية القادرة المقنترة، المنزهة عن الخطأ والتغيير انطلاقا من نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة" /عبد الفتاح تقيه، دراسة قانونية تحليلية في إطار الندوة العلمية "نطاق تطبيق أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية في قانون الأسرة الجزائرية" (بعض النماذج التطبيقية-دراسة تحليلية)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، المجلد51، العدد1، ص221.

² محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، دار الكتاب المصري، القاهرة ودار الكتاب اللبناني، بيروت، 2011، ص139.

³ بن شوخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل-دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص3.

وسرى هذا النظام على جميع الأمصار التي كانت تحت حكم العثمانيين، وبالطبع كان الأمر كذلك في الجزائر، إلى أن دخلت الجزائر مرحلة الاستعمار.

ثانيا/ مرحلة الاستعمار الفرنسي:

يمكن القول أن المستعمر الفرنسي لم يكن يولى أهمية لتطبيق تشريعاته بقدر ما كان يهدف إلى طمس الهوية الجزائرية بنظام ممنهج، وخصوصا بالنسبة للأحوال الشخصية، لكن تعذر عليه توحيدها لعدة عوامل، منها تشبث المجتمع بهويته من جهة، ثم ذلك التنوع غير المتجانس للتجمعات السكانية من جهة أخرى.

فعلى الرغم من إعلان فرنسا في المراحل الأولى للاحتلال احترامها للأحوال الشخصية الإسلامية إلا أن هذا الموقف لم يكن سوى سياسة تهدئة مؤقتة سرعان ما أعقها تدخل تدريجي وعميق في شؤون القضاء الشرعي ومحاولة الحد من تأثيره داخل المجتمع، فقد دأبت الإدارة الاستعمارية على تقليص صلاحيات القضاة الشرعيين، وإخضاعهم للسلطة العسكرية مع نقل عدد من اختصاصاتهم إلى المحاكم الفرنسية، خاصة فيما يتعلق بالموقف والموارث وبعض جوانب الزواج والتوثيق.¹

كما حاولت فرنسا فرض اجراءات شكلية جديدة على عقد الزواج كتسجيله في سجلات فرنسية، وإلزام القضاة بالعمل بالوثائق والمعايير التي تضعها السلطة الاستعمارية في مسعى لدمج الجزائريين تدريجيا في المنظومة القانونية الفرنسية.

ورغم هذه التدخلات ظل قانون الأسرة محافظا في جوهره على مرجعيته المالكية، إذ بقي الزواج والطلاق والحضانة والإرث ينظمون وفق أحكام الشريعة الإسلامية التي تمسك الجزائريون بها باعتبارها رمزا للمقاومة الثقافية والدينية.

¹ مداولة 1748 صدرت في منطقة القبائل تتعلق بحرمان المرأة القبائلية من الميراث، كانت نتاج اجتماع الأعيان ممثلين لكل القرى، من عرش واسيف وأث يني وأث بترون، وكان لها أسباب اجتماعية وسياسية. أنظر/ علي بن الشيخ. أسباب وظروف منع المرأة من الميراث في منطقة القبائل خلال القرن 18م، الحوار المتوسطي، جامعة الجليلي ليايس سيدي بلعباس، المجلد9، العدد3، ديسمبر2018، ص298 وما بعدها.

ومع نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين اشتدت سياسة الفرنسة ومحاولات اخضاع الجزائريين للقانون الفرنسي لا سيما من خلال تنظيم سجلات الحالة المدنية، وفرض قيود على تعدد الزوجات، الوصية، الميراث، والوقف وأمام هذه الوضعية فقد حاول بعض الفقهاء الفرنسيين البحث عن وضع مشروع لتنظيم الأحوال الأسرية وأول من قام بتوحيد هذا القانون هو مارسال موران ، وقد وضع هذا المشروع في 1919 وكان كاملا متكاملًا، حيث نظم جميع مسائل الأسرة من زواج وطلاق وآثارهما في 263 مادة، والهبية والحبوس والوصايا والميراث في 229 مادة، والإثبات 79 مادة، وبالرغم من أن هذا المشروع لم يصدر كقانون كان القضاة الفرنسيين يطبقونه على الجزائريين المسلمين، واستمر الوضع كذلك إلى حين اندلاع حرب التحرير أين قام المستعمر حينها بوضع أول قانون مكتوب بشكل منظم يتناول مادة الأسرة وهو القانون 57-78 الصادر في جويلية 1957 والذي نظم بمقتضاه الزواج والطلاق... الخ وإن أهم ما يلاحظ على ما جاء به المشرع في هذه القوانين هو:

أ- أنه لا يتم إبرام عقد الزواج إلا بموافقة الطرفين وحضور أمام ضابط الحالة المدنية أو القاضي.
ب- لا ينحل عقد الزواج طبقا لهذا الأمر إلا عن طريق حكم قضائي وبطلب من أحد الزوجين، وقد اعتبر الأمر كلا من الزنا والحكم بعقوبة مقيدة للحرية سبب أساسي لفك الرابطة الزوجية، كما أجاز طلب الطلاق عن طريق التراضي وهذا إلى جانب أسباب أخرى غير حاسمة كالسب والشتيم وسوء المعاملة.

ت- لقد حدد هذا الأمر سنا معينة لإبرام عقد الزواج وهي 15 سنة بالنسبة للفتاة و18 سنة بالنسبة للفتى وعليه فقد منع زواج الصغار¹.

ثالثا: مرحلة تطور القانون الأسرة في الجزائر غداة الاستقلال

¹ تشوار جيلالي، قانون الأسرة الجزائري، محاضرات ألقبت على طلبة السنة الثالثة ليسانس قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2014/2015، ص 12.

يعد تطور قانون الأسرة في الجزائر من أبرز مظاهر تكريس السيادة الوطنية بعد الاستقلال، إذ سعت الدولة الجزائرية إلى صياغة منظومة قانونية تعكس خصوصياتها الحضارية وهويتها الإسلامية بعيدا عن الإرث التشريعي الاستعماري فبعد عام 1962 كان من الضروري وضع إطار قانوني ينظم الحياة الأسرية وفق قيم المجتمع الجزائري، مما جعل قانون الأسرة إحدى أهم أدوات بناء الدولة واستعادة الذات.

وقد توج هذا المسار بصدور قانون الأسرة سنة 1984 الذي مثل خطوة أساسية نحو تعزيز المرجعية الوطنية في قضايا الزواج والطلاق والحضانة والإرث مع مراعاة احكام الشريعة الإسلامية.

وقد عبر هذا القانون عن رغبة واضحة في تثبيت المرجعية الإسلامية ضمن إطار قانوني موحد، وفي الوقت نفسه وضع حدا للهيمنة التشريعية الفرنسية التي كانت تطبق في الجزائر لأكثر من قرن، وبذلك أصبح قانون الأسرة رمزا للسيادة الوطنية وأداة لتحقيق الانسجام القانوني داخل المجتمع.

ومع تطور المجتمع الجزائري وتغير أوضاعه الاجتماعية والاقتصادية، ظهرت مطالب متعددة لإعادة النظر في بعض احكام قانون 1984 مما أفضى إلى تعديلين مهمين في سنتي 2005 و2014 وقد شكل تعديل 2005 منعطفًا بارزا حيث سعى إلى التوفيق بين الثوابت الإسلامية وحقوق المرأة والطفل، فوضع ضوابط صارمة لتعدد الزوجات، وأتاح للمرأة مزيدا من حقوق التطليق ونظم الولاية بشكل أكثر وضوحا، كما رسخ اجراءات جديدة لضمان حماية الأطفال، أما تعديل 2014 فركز على جوانب إجرائية تتعلق بإثبات الزواج والكفالة والزواج المختلط بما يتلاءم مع التحولات الاجتماعية.

إن قانون الاسرة في مساره المتدرج يعكس ديناميكية المجتمع الجزائري وقدرته على المواءمة بين الأصالة والتحديث، كما يمثل أداة فعالة لإبراز استقلال الدولة التشريعي وبناء نموذج قانوني يعبر عن الهوية الوطنية، فبتنظيمه لشؤون الأسرة وفق مرجعية جزائرية خالصة، تخلصت الدولة من بقايا التشريع الاستعماري وأكدت استقلالها القانوني والسيادي ويتوقع أن يستمر هذا القانون في التطور مستقبلا بما

يستجيب للتغيرات الاجتماعية ويعزز العدالة داخل الأسرة دون المساس بالثوابت التي يقوم عليها المجتمع الجزائري.

المطلب الثالث: مميزات قانون الأسرة الجزائري

يتميز قانون الأسرة الجزائري عن غيره من القوانين بعدة خصائص تتمثل فيما يلي:

01- هو القانون الوحيد الذي استمد أحكامه من الشريعة الإسلامية، ومن الفقه الإسلامي دون التقييد بمذهب معين، وإن كانت أغلب أحكامه مستمدة من الفقه المالكي كما سبق ذكره، وما يدل على ذلك هو نص المادة 222 منه، فنص المادة يسمح للقاضي العودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية، دون تحديد لمذهب فقهي معين إذا عرضت عليه مسألة لم يرد بشأنها نص قانوني.

02- يتميز بالشمول من حيث المواضيع التي نظمها، فهو أول قانون في الوطن العربي قنن أحكام الأسرة في قانون واحد يشتمل على جميع أحكام الأحوال الشخصية، والمتمثلة في مسائل الزواج وانحلاله، والنيابة الشرعية والميراث والتبرعات (القانون الليبي قصره على أحكام الزواج والطلاق، هناك دول تفرد للوقف قانونا خاصا به، وهناك من ينظم مسائل النيابة الشرعية ضمن القانون المدني).

03- إنه قانون مستقل عن القانون المدني خلافا لما هو موجود في الدول الغربية التي جرى العمل فيها على أن يشتمل القانون المدني على نوعين من الأحكام؛ قواعد الأحوال الشخصية وقواعد الأحوال المدنية.

04- هو قانون يجمع بين الثبات والمرونة، فلم يتم تعديله إلا مرة واحدة سنة 2005م، هذا من جهة الاستقرار فقد حافظ على الثوابت، أما من جهة المرونة فقد تم تعديل واستحداث بعض المواد استجابة لتطلعات ومتطلبات المجتمع الجزائري، من ذلك سكن الحاضنة، التلقيح الاصطناعي، إثبات النسب بالطرق العلمية، تعديل سن الزواج، وغيرها من المواد.

05- مجارته لعرف المجتمع الجزائري، ولم يصطدم بما تعارف عليه أفراد المجتمع من أعراف وأحكام، كاستعماله لكلمة الفاتحة في المادة 6 إذا عرفنا أن المراد من استعمالها هو التعبير عن عقد الزواج الذي يتم

طبقا للشريعة الإسلامية، إذ أُلّف الناس قراءة سورة الفاتحة بعد تمام العقد الشرعي تبركا بها، ثم أصبح يعبر عنه بالفاتحة.

06- من خلال المواد 1، 2، 3 يتضح لنا ارتباط قانون الأسرة بالمفاهيم الاجتماعية والحضارية وبالقيم الأخلاقية و الدينية.

المطلب الرابع: علاقة قانون الأسرة بغيره من القوانين

مع أن قانون الأسرة مستقل عن القوانين الأخرى سواء من حيث الأحكام التي ينظمها أو من حيث التقنين، إلا أن هذا لم يمنع من وجود علاقات وثيقة بينه وبين القوانين الأخرى منها القانون المدني قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قانون الحالة المدنية، القانون الدستوري، قانون العقوبات القانون الجنائي، قانون الإجراءات الجزائية، القانون الدولي العام، القانون التجاري، وأخيرا القانون الدولي الخاص.

1- علاقة قانون الأسرة بالقانون المدني¹

تظهر هذه العلاقة في إحالة القانون المدني في كثير من المسائل على أحكام قانون الأسرة صراحة أو ضمنا، من ذلك المادة 31 من القانون المدني التي تشير إلى المفقود والغائب، والمادة 44 تخص أحكام الولاية، وكذلك المادة 408 تتعلق بتصرف الشخص في التركة وهو في مرض الموت، مع العلم أن قانون الأسرة نص خاص بينما القانون المدني نص عام لأنه الشريعة العامة، وإذا حصل تعارض بينهما يقدم الخاص على العام.

2- علاقة قانون الأسرة بقانون الإجراءات المدنية والإدارية²

هناك علاقة بينهما في كل ما يتعلق بقواعد رفع الدعوى والتنفيذ وطرق الطعن مما يتصل بتطبيق أحكام الأحوال الشخصية، فالمادة 49 من قانون الأسرة توجب على القاضي قبل الحكم بالطلاق القيام بعدة

¹ الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني، (الجريدة الرسمية، العدد78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975م)، المعدل والمتمم.

² القانون رقم 09/08، المؤرخ في 25 فيفري 2008م، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (الجريدة الرسمية، العدد21، المؤرخة في 23 أفريل 2008م).

محاولات صلح بين الزوجين، والمادة 57 تنص على أن أحكام الطلاق والتطليق والخلع لا تقبل الطعن بالاستئناف.

كما أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (09/08) وضع فصلا كاملا معنون بقسم شؤون الأسرة من المادة 423 إلى المادة 499، حيث يبين فيه الإجراءات المطبقة في قسم شؤون الأسرة من صلاحيات واختصاص إقليمي، وإجراءات الطلاق والصلح والولاية بأنواعها، ودعاوى النسب وإجراءات الكفالة والتركات... ويعتبر القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية مكملين لقانون الأسرة شريطة أن لا يتعارض مع المبادئ والأسس التي يقوم عليها هذا الأخير.

3- علاقة قانون الأسرة بقانون الحالة المدنية¹

هناك علاقة وثيقة بينهما خاصة في العناصر المشتركة بينهما كبيانات عقد الزواج، وإثبات وتقييد عقد

الزواج، والموظف المختص بتحرير هذا العقد، وشهود عقد الزواج وغيرها.

هناك بعض الفئات اشترط لها القانون خصوصية معينة في إبرام عقود الزواج فيها تمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق أي حصوله على موافقة مسبقة من الغير أو زواجهم متوقف على شرط أي أن العلاقة هنا هي علاقة تقييد وتخصيص لقانون الأسرة وسببه راجع إلى أهمية هذه الفئة في المجتمع وحساسية مراكزهم في الدولة.

¹ الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فبراير 1970م، المتضمن قانون الحالة المدنية، (الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخة في 27 فيفري 1970م)، المعدل والمتمم.

أ-مسألة الزواج مع الأجانب والأجنبيات: هذه المسألة تتعلق بزواج الأجانب، والأجنبي هو الذي لا يحمل الجنسية الجزائرية، بالبلدية ولا للموثق إبرام عقد زواج مع الأجنبي إلا بعد الحصول على رخصة مكتوبة من الوالي ومن هذا القرار نستنتج ما يلي:

تقديم الطلب مكتوبا وموقعا من الزوجين الأجنبيين للمقيمين في الجزائر إقامة قانونية فعلية يتضمن هوية وعنوان كل واحد منهما ورقم بطاقة الإقامة، ولا يمكن للموظف المختص بالولاية أن يسلمهما هذه الرخصة أو الموافقة إلا بعد تقديم البطاقتين المذكورتين ومراجعتها ومعرفة مدى صلاحية كل واحد منهما.

أما الحالة الثانية هي رغبة الزواج بين أجنبي مقيم إقامة فعلية قانونية والآخر يقيم بها إقامة مؤقتة هنا الرخصة في الجزائر لا يمنحها لهما الوالي إلا بعد رأي إيجابي مسبق من طرف مصالح الأمن الوطني بالولاية حول أسباب وظروف الزوجين وهذا لأمن المواطنين وحماية مصالح البلاد.

أما إذا كان الزواج المراد إبرامه سوف يعقد بين شخص جزائري وآخر أجنبي لا يمكن تسليم الموافقة في هذه الحالة إلا بعد رأي مصادق عليه ومؤيد من المديرية العامة للأمن الوطني تحت إشراف مسؤول الأمن بالولاية وهذا ما نصت عليه المادة 71 من قانون الحالة المدنية، أما إذا تعلق الأمر بالجزائرية المسلمة فإنه لا يجوز لها شرعا أن تعقد زواجها مع أجنبي غير مسلم، وهذا ما أخذ به المشرع في قانون الأسرة وعدم جوازية الوالي منح أي رخصة أو الموثق أو للموظف إبرام هذا العقد، وأي مخالفة لهذه القاعدة فسيتعرض إلى الإجراءات التأديبية والمتابعة المدنية والجزائية وهذا ما تنص عليه المواد 13-16-17 وتفيد هذه القواعد والمبادئ ما هو إلا لتفادي آلام الأمهات والآباء من الزواج المختلط.

ب-زواج الأشخاص الذين لم يبلغوا السن القانوني للزواج:

لقد حدد قانون الأسرة سن أهلية الزواج بـ21 للفتى و18 للفتاة وهي قاعدة من النظام العام لا يمكن الاتفاق على مخالفتها وإلا وقع تحت طائلة للبطلان المطلق قبل الدخول وقابليته للبطلان بعد الدخول وغير قابل للطعن فيه أبدا إذا بلغ الزوجان السن المحددة أو حملت الزوجة التي لم تبلغ السن ويمكن معاقبة كل من حضر هذا الزواج، أما للراغبين في الزواج دون هاته السن القانونية فلا يمكنهم عقد الزواج إلا

بموافقة القاضي القائم برئاسة المحكمة بموجب إعفاء أو إذن كتابي يمنح للشخص المعني أو ممثله القانوني وهذا إلا بعد تفحص عميق للطلب وجود مصلحة ملحة أو ضرورة مستعجلة لحماية القاصر مثلا الخوف من وقوع اليتيمة في الرذيلة أو بعد اختطاف القاصر والاعتداء على شرفها يمنح لها الإعفاء للزواج بالمعتدي عليها.

ج-زواج موظفي وموظفات الأمن الوطني:

لقد جاء في المادة 23 من المرسوم رقم 83-481 والمتعلق بالقواعد المطبق على موظفي الأمن الوطني عقد زواجهم دون ترخيص كتابي مسبق من الجهة التي لها سلطة تعيينهم وإن طلب الرخصة بالزواج جب أن يتم قبل 03 أشهر من موعد الاحتفال بالزواج. وبالنسبة لموظفات الأمن لا يستطعن عقد زواجهن إلا بعد ترسيمهن المادة 24 من نفس المرسوم. ومخالفة هذه القاعدة يعرض خارقها إلى إجراءات تأديبية وهذا لحماية مصالح الأمن وقد يؤدي الإجراء إلى طرد الموظف من وظيفته وهذا أيضا ما يسري على أفراد الجيش الوطني الشعبي أي يجب موافقة مسبقة لعقد الزواج مدنيا.

4- علاقة قانون الأسرة بقانون العقوبات¹

يعتبر قانون العقوبات قانون حماية للأسرة، وهذا واضح من خلال تجريم الأفعال التي تشكل اعتداء على كيانها، من ذلك المادة 331 من قانون العقوبات التي تعاقب على جريمة ترك الأسرة، المادة 331 التي تعاقب على الامتناع عمدا عن أداء النفقة المحكوم بها قضاء لمدة تتجاوز الشهرين، والمادة 363 تعاقب كل من استولى بطريق الغش على كامل الإرث أو جزء منه قبل القسمة، وغيرها.

5- علاقة قانون الأسرة بالقانون الدولي الخاص

يتكامل قانون الأسرة الجزائري مع القانون الدولي الخاص إذ يختص الأول بتنظيم الروابط العائلية بين الأفراد داخل المجتمع مثل الزواج، الطلاق، النسب، الحضانة بينما يعالج الثاني المسائل التي تتضمن

¹ الأمر رقم 6/156، المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966م، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 23/06، المؤرخ 20 ديسمبر سنة 2006م، (الجريدة الرسمية، العدد 84، المؤرخة في 24 ديسمبر 2006م).

عنصرًا أجنبيًا، خاصة عندما يكون أحد أطراف العلاقة غير جزائري أو تكون الواقعة قد تمت خارج الإقليم الوطني، ويظهر هذا الترابط خصوصًا في الزواج المختلط حيث يحدد القانون الدولي الخاص القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية والشكلية للزواج، وكذلك في الطلاق والنسب والحضانة عند اختلاف الجنسية أو مكان الإقامة، كما ينظم القانون الدولي الخاص مسألة الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية، ويحدد مدى اعتراف الجزائر بالأحكام الأجنبية المتعلقة بالأسرة مثل الزواج والطلاق والنفقة والحضانة والتي لا تكتسب حجيتها إلا بعد إجراءات خاصة كالأمر بالتنفيذ، ورغم سماحه أحيانًا بتطبيق قانون أجنبي، إلا أن ذلك يتم في حدود النظام العام الجزائري المستمد أساسًا من الشريعة الإسلامية، مما يمكن القاضي من رفض تطبيق حكم أو قانون أجنبي يتعارض مع مبادئ قانون الأسرة الوطني، وهكذا تمثل العلاقة بين القانونين آلية لضمان استقرار الروابط الأسرية ذات الطابع الدولي، مع الحفاظ على خصوصية المنظومة القانونية الجزائرية.

6- علاقته بالقانون الدستوري

يختص القانون الدستوري بتنظيم جانب معين من النشاط في المجتمع (الدولة)، وتعد الأسرة أهم خلية في المجتمع، فمن هنا تبرز العلاقة بين قانون الأسرة والقانون الدستوري، فلما تتكون الأسرة وفق عقد زواج صحيح يراعي فيه قانون الأسرة؛ فإن الدولة (ممثلة في القانون الدستوري) تحمي هذه الأسرة حيث نجد أن الدستور الجزائري نص على حماية الأسرة في مادته 71 التي جاء فيها "تحظى الأسرة بحماية الدولة"¹

7- علاقته بالقانون الدولي العام

¹ المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 المتضمن التعديل الدستوري الجريدة الرسمية رقم 82 المؤرخة في 30 ديسمبر 2020.

في العهد الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية 1966 قامت هيئة الأمم المتحدة بتقرير حماية على عدة حقوق ومنها ما تعلق بقانون الأسرة ومنها حماية الحق في العيش وسط أسرة وحماية الطفل من تعسف الآباء والذي صادقت عليه الجزائر سنة 1989¹

-اتفاقية حقوق الطفل سنة 1989 والتي دخلت حيز النفاذ 1990م فالطفل عنصر أساسي في الأسرة والمجتمع يقع تحت حماية الدولة والاتفاقيات الدولية ومن هنا نبرز العلاقة بين قانون الأسرة والقانون الدولي.

8- علاقته بالقانون الجنائي والإجراءات الجزائية

أ/ علاقته بالقانون الجنائي على غرار القوانين الأخرى فإن قانون العقوبات قد تضمن كافة القواعد التي تكفل حماية الأسرة.

ولهذا فقد قام المشرع بتجريم الكثير من الأفعال المتعلقة بقانون الأسرة والنص عليها وعدم مخالفتها ومنها:

أ/ الامتناع عن دفع النفقة المقررة قضاء:

أن جريمة الامتناع عن تقديم النفقة المقررة قضاء لصالح الزوجة أو لفائدة الأولاد أو لفائدة الأصول تعتبر من الجرائم التي تتعلق بالتخلي عن الالتزامات الزوجية أو السلطة الأبوية أو القرابة وهي الالتزامات التي ورد النص عليها في المادة 36 من قانون الأسرة التي تحدثت عن الحقوق الزوجية، والمواد 74 إلى 77 منه التي تعرضت لموضوع النفقة المقررة قضاء، بحيث يشكل الامتناع عن تسديد مبالغ النفقة المقررة قضاء جريمة هي جريمة الامتناع عن تسديد النفقة المقررة قضاء وفقا لما نصت عليه المادة 331 من قانون العقوبات.

ب-جريمة إهمال الزوجة الحامل.

يمكن القول أن ثاني جريمة من الجرائم المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات الزوجية هي جريمة ترك الزوج لزوجته وإهمالها عمد أثناء مدة حملها وهي الجريمة التي ورد ذكرها في البند (2) من المادة 330 من قانون

¹ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16 ماي 1989م.

العقوبات قرر فيها المشرع أن الزوج الذي يتخلى عن زوجته عمدا لمدة تتجاوز الشهرين يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 25.000 دج إلى 100.000 دج.

ج- جريمة الزنا بين الزوجين:

تعتبر جريمة الزنا المنسوبة إلى الزوجين أو إلى أحدهما من أخطر الجرائم المدمرة للحياة الزوجية والمهدمة لبناء الأسرة

ولقد ورد النص في الفقرة الأولى من 339 عقوبات على أن يقضي بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها لجريمة الزنا وورد النص في الفقرة الثالثة على أن يعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين¹.

د- جريمة طمس هوية المولودة الجديد عمدا:

إن هذه الجريمة من الجرائم التي تشكل اعتداء على حقوق الأبناء الخاصة بحق كل واحد منهم في الأنساب العلي إلى والديه وبحقه في الأمن والرعاية وغيرهما وهي الجريمة التي يمكن تصورها في عدة صور نص عليها قانون العقوبات في المادة من 314 إلى المادة 321.

ب/علاقته بقانون الإجراءات الجزائية

لقد أفرد المشرع في بابه الثالث من قانون الإجراءات الجزائية مواد كثيرة من المادة 442 إلى 499 وخاصة في مجملها بالتحقيق في مسائل الأحداث وكيفية محاكمتهم ومثال ذلك المادة 444 التي تنص على تدابير حماية القصر عند ارتكابهم الجرائم ومن هذه التدابير تسليمه لوالديه أو لوصيه أو الشخص الجدير بالثقة ويمكن ربط هذه المادة بقانون الأسرة. حيث أن قانون الإجراءات الجزائية يحمي الأسرة من التمزق والمشاكل

¹ ينظر: نص المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري

إذا ارتكب صغيرهم الخطيئة أو المشاكل فلهذا يسلم الأسرة لاحتواء الوضع ومعالجته فيما بينهم ويكون الضرر أخف والحفاظ على ترابط الأسرة وكيانها.

قانون الأسرة وعلاقته بالقانون التجاري

إن القانون التجاري له علاقة بقانون الأسرة في مسألتين: مسألة الأهلية وذلك ببلوغ السن المنصوص عليها في المادة 40 ق. م ببلوغ سن 19 سنة وهذا هو النص العام ولكن القانون التجاري أورد نصا خاصا في نص المادة 5 القانون التجاري وأجاز المشرع للشخص أن يحترف العمل عند بلوغ سن 18 سنة ولكن بشرط الإذن من الأم والأب أو من مجلس العائلة ويكون مصادقا عليه من المحكمة وهذا هو شبهه مبدأ الترشيد في قانون الأسرة وهذا لاهتمام القانون التجاري بالأسرة وترابطها.

يحيل في هذا المجال لأحكام الشريعة الإسلامية، فإن هذه الأخيرة واسعة ومتنوعة ويوجد فيها الكثير من المذاهب والآراء والفقهاء واختلاف مواقفهم من مختلف المسائل ذات الصلة بالأسرة، زيادة على كون القاضي ليس مختصا في شؤون الشريعة الإسلامية مما يطرح مرة أخرى اختلاف الأحكام القضائية الصادرة في ذات المسألة.

* تعديل بعض الأحكام في قانون الأسرة مراعاة لأحكام المعاهدات الدولية التي تلتزم بها الجزائر، وخاصة الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 (سيداو)، وهو ما قد يتناقض مع أحكام الشريعة الإسلامية وكذا أعراف وعادات المجتمع الجزائري، مثل إلغاء ركن الولي بالنسبة للمرأة الراشدة.

المبحث الثالث: مصادر قانون الأسرة الجزائري

إن قانون الأسرة الجزائري هو قانون داخلي يستمد قواعده مثل غيره من القوانين الداخلية الأخرى من مصادر رسمية¹ مختلفة حددها القانون، تتمثل في التشريع والشريعة الإسلامية والعرف وقواعد القانون

¹ يقصد بالمصادر الرسمية أو الشكلية المصادر التي تأخذ منها القواعد القانونية قوتها الملزمة وتختلف قوتها وترتيبها حسب النظام القانون الداخلي لكل دولة، أنظر في ذلك/ يعي قاسم علي، المدخل لدراسة العلوم القانونية نظرية القانون نظرية الحق دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، كوميت للتوزيع، القاهرة، مصر، 1997، ص 83، 84.

الطبيعي وقواعد العدالة¹، إلا أنه مع ذلك يتميز بخصوصية مصادره مقارنة مع القوانين الداخلية الأخرى من حيث كون الشريعة الإسلامية تحتل أهمية بالغة في إمداده بالقواعد القانونية، وكذلك بالنسبة لترتيبها بالنسبة للمصادر الأخرى، ومن خلال هذا المبحث سنتناول مختلف مصادر قانون الأسرة الجزائري، مع التركيز على الخصوصية التي يتميز بها في هذا الصدد.

المطلب الأول المصادر الأصلية:

يقصد بالمصدر الأصلي للقانون المصدر الأول الذي يلجأ إليه القاضي أو مطبق القانون عند عرض مسألة معينة عليه لحلها أو لتطبيق القانون عليها، فالأصل أنه يرجع للمصدر الأصلي، والاستثناء أن يرجع للمصادر الأخرى عندما لا يجد حكما في المصدر الأصلي.

وحسب النظام القانوني الجزائري ومعظم الأنظمة القانونية في العالم، يعتبر التشريع هو المصدر الأول والأصلي للقانون الداخلي، ويقصد بالتشريع في القانوني الجزائري القواعد القانونية الصادرة عن سلطات الدولة المختصة، وهو بدوره ينقسم إلى ثلاث أقسام أساسية هي، التشريع الأساسي يسمى بالدستور، وهو الذي يقره الشعب عن طريق ما يسمى بالاستفتاء، التشريع العادي الصادر عن البرلمان بغرفتيه، والتشريع الفرعي الصادر عن السلطة التنفيذية في حدود اختصاصاتها المخولة لها بموجب القانون، فيما يعرف بالمراسيم والقرارات واللوائح وغيرها.

أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري؛ فكلما سبق بيانه يعتبر ذو خصوصية من حيث مصادره، حيث يمكن اعتبار مصدره الأصلي ليس فقط التشريع بل تعتبر الشريعة الإسلامية أيضا مصدرا أصليا له، بل إنها تسبق التشريع في حد ذاته باستثناء تقنين الأسرة².

هذا ما تم تكريسه صراحة بموجب المادة 222 من تقنين الأسرة عندما أقرت أنه في حالة لم يوجد نص في هذا القانون يتم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية (دون تحديد مذهب معين)، وذلك على خلاف باقي

¹ المادة الأولى من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² دشوشة وليد، قادري لمجد، مصادر قانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2019، ص 76.

القوانين الداخلية الأخرى التي إذا لم يوجد نص في التقنين الخاص بها، يتم الرجوع فيها إلى التشريع بمختلف أنواعه أولاً، ثم إلى الشريعة الإسلامية ثانياً، باعتبارها مصدراً احتياطياً لمختلف القوانين الوطنية.

الفرع الأول: التشريع

أول مصدر لقانون الأسرة الجزائري هو تقنين الأسرة، أي قانون الأسرة رقم 11/84 المعدل والمتمم الصادر عن السلطة التشريعية، ولا يقتصر لفظ التشريع هذا على تقنين الأسرة فحسب بل يقصد به كل القواعد القانونية المكتوبة التي تم وضعها بواسطة السلطة المختصة وطبقاً للقواعد الدستورية المعمول بها، سواء كانت السلطة التشريعية أو السلطات الأخرى المختصة بإصدار التشريع¹.

والتشريع بما يتضمنه من قواعد مكتوبة يحقق مزايا عديدة، أولها أنه لا يثور الشك حول إثباته، كما يتميز بصياغة واحدة ومحددة²، وفي معظم الأحوال ينتج عن الأخذ به وتطبيقه وحدة الأحكام القضائية وانسجامها داخل الدولة، كما أن الحكم به يجعل الأشخاص على علم بحقوقهم وواجباتهم مسبقاً وأكثر حرصاً على عدم مخالفته، بالإضافة إلى سهولة سنه وتعديله، وبالرغم من ذلك ينسب للتشريع بعض العيوب منها، عدم قدرته على الإحاطة بكل جوانب شؤون المجتمع، ووجود نقائص في النص التشريعي في حد ذاته، مثل الغموض والتناقض والعمومية.

لقد تضمن تقنين الأسرة الجزائري العديد من القواعد القانونية التي تحكم شؤون الأسرة، فنص على أحكام الزواج وانحلاله، والنيابة الشرعية والموارث، بالإضافة إلى عقود التبرعات، إلا أن صدوره في مواد عددها قليل (224 مادة) قد جعله ينطوي على العديد من النقائص، ولعل مرد ذلك الجدل الكبير الذي ثار قبل سنه وبعده، مما جعل المشرع يكتفي بتحديد الأحكام العامة فقط، ويترك الأمور التفصيلية للشريعة الإسلامية، وباقي القوانين الداخلية الأخرى.

¹ يحيى قاسم علي، مرجع سابق، ص 86.

² أحمد السعيد الرقرد، المدخل للعلوم القانونية، الكتاب الأول، نظرية القانون، دون دار نشر، مصر، 2001، ص 129.

ومن أهم التشريعات الأخرى التي يستقي منها قانون الأسرة الجزائري قواعده نجد الدستور باعتباره أعلى قانون في الدولة، حيث ينص على مبادئ عامة خاصة بحماية الأسرة من قبل الدولة، وحماية الطفل ومبدأ المصلحة العليا له بما في ذلك الأطفال المتخلى عنهم ومجهولي النسب، والمعاقبة على العنف ضد الأطفال والتخلي عنهم واستغلالهم، وإلزام الآباء بتربية أبنائهم، وإلزام هؤلاء بالإحسان لأبائهم ومساعدتهم، وحماية ومساعدة المسنين¹.

كما يعتبر القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، مصدرا أصليا لقانون الأسرة الجزائري، حيث أنه يوضح أولا أي القوانين يطبق في حالة تنازع القوانين في شؤون الأسرة²، كما أنه يوضح القواعد العامة للعقود، وطرق إثبات الحقوق أمام القضاء مثل الكتابة والشهادة والإقرار واليمين، ثم قانون الحالة المدنية الذي ينظم مختلف عقود الحالة المدنية مثل شهادات الميلاد، والزواج والوفاة، والدفتر العائلي وبطاقات الحالة المدنية³.

ثم قانون الجنسية الذي يتناول الجنسية الجزائرية الأصلية التي تنتقل من الأب والأم إلى الأبناء، واكتساب الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج من جزائري أو جزائرية⁴، وكذلك قانون العقوبات الذي يحمي الأسرة من خلال تجريم بعض الأفعال التي تضر بالأسرة ويعاقب عليها⁵، هذا بالإضافة إلى القوانين الإجرائية أي قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي ينظم الكثير من المسائل المتعلقة بالأسرة عندما تعرض أمام القضاء مثل مسائل الطلاق والنفقة والحضانة وغيرها.

ومن التشريعات الفرعية التي تعتبر مصدرا لقانون الأسرة نجد المرسوم التنفيذي رقم 154/06 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من قانون الأسرة، حيث جاءت المادة المذكورة لتتضمن على المقبلين على عقد الزواج تقديم وثيقة طبية تثبت خلوهما من الأمراض التي تشكل خطرا يتعارض مع

¹ المادة 71 من الدستور الجزائري الصادر سنة 1996 وتعديلاته إلى غاية سنة 2020..

² المواد من 11 إلى 16 من القانون الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

³ انظر الأمر رقم 20/70 مؤرخ في 19 فبراير 1970 يتضمن قانون الحالة المدنية الجزائري المعدل والمتمم.

⁴ المادة 06 والمادة 09 مكرر من الأمر رقم 86/70 مؤرخ في 15 ديسمبر 1970 يتضمن قانون الجنسية الجزائري المعدل والمتمم.

⁵ المواد من 304 إلى 349 مكرر من الأمر رقم 156/66 مؤرخ في 08 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

الزواج، فجاء هذا المرسوم في ثماني مواد ليوضح تفاصيل تطبيق هذه المادة، كما قدم نموذجا للشهادة الطبية التي يجب تقديمها من قبل المقبلين على الزواج¹

الفرع الثاني: الشريعة الإسلامية

قبل الحديث عن الشريعة الإسلامية كمصدر أصلي لقواعد قانون الأسرة الجزائري لابد من التعرض إلى معنى الشريعة الإسلامية وعلاقتها بقانون الأسرة، ويمكن القول بأنها ما سنه الله سبحانه وتعالى لعباده على لسان سيد الخلق الرسول محمد صلى الله عليه وسلم، وهي تشمل الأحكام المقررة في الدين الإسلامي كلها، وهي الأحكام العقائدية والأحكام الأخلاقية والأحكام العملية، هذه الأخيرة هي التي يستهدفها علم الفقه الإسلامي، وهي تتعلق بأفعال المكلفين وتصرفاتهم، وتنقسم إلى أحكام العبادات وأحكام المعاملات، ومن بين أحكام المعاملات نجد المعاملات المتعلقة بالأسرة كالزواج والطلاق، ومما لا شك فيه أن هذه الأخيرة هي المقصودة بالمادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص في تقنين الأسرة².

والجدير بالذكر أن مجال الشريعة الإسلامية واسع لا يمكن تحديده حتى وإن كانت بالنسبة لقانون الأسرة تتعلق أساسا بأحكام المعاملات المتعلقة بالأسرة، ذلك أن مصادر الشريعة الإسلامية متنوعة، فالمصادر المتفق عليها والأساسية تتمثل في القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع والقياس³، كما توجد مصادر فرعية تتفرع عن الأولى لكنها غير متفق عليها أهمها: الاستحسان، المصالح المرسلة، العرف، الاستصحاب⁴.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 154/06 مؤرخ في 13 ربيع الثاني سنة 1427 الموافق لـ 11 ماي سنة 2006 يحدد شروط وكيفية تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان سنة 1404 الموافق لـ 09 جوان سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الديمقراطية الشعبية، عدد 31، مؤرخ في 16 ربيع الثاني سنة 1427 الموافق لـ 14 ماي سنة 2006.

² عبد الجليل درارجة، الإحالة على أحكام قانون الأسرة الجزائري ومدى مكانة القاضي في الاجتهاد فيما لا نص فيه، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد 02، المجلد 06، جامعة الشلف، الجزائر، ديسمبر 2020، ص 493.

³ باس شومان، مصادر التشريع الإسلامي، الدار الثقافية للنشر، القاهرة، مصر، 2000، ص 35.

⁴ عبد الله ناصح علوان، محاضرة في الشريعة الإسلامية وفقهها ومصادرها، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، ص 54.

وقد يعتقد البعض أن الشريعة الإسلامية مصدر احتياطي لقانون الأسرة¹، إلا أن ذلك غير صحيح، فبالرجوع إلى المادة الأولى من القانون المدني نجد أنها اعتبرت التشريع المصدر الأصلي لقواعد القانون؛ أي التشريع بمختلف فروع وأنواعه ودرجاته، ولنأخذ مثالا عن ذلك، إذا طرحت مشكلة قانونية تتعلق بالشركات التجارية فإن المصدر الأول للقواعد التي تطبق على هذا النزاع هو التقنين التجاري، وإذا لم يوجد نص يحكم جانبا معين من النزاع يمكن الرجوع إلى مختلف التشريعات الأخرى بدءاً بالقانون المدني وغيره من التشريعات العادية والفرعية، وكل هذه التشريعات تعتبر كمصدر أصلي.

ولنعد الآن إلى قانون الأسرة، ونقدم مثالا يتعلق بشرط الشاهدين في عقد الزواج، حيث نجد أن تقنين الأسرة الجزائري لم يحدد من الذي يمكن أن يكون شاهدا في عقد الزواج، وبالتالي نرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لتحديد ذلك حسب نص المادة 222 من تقنين الأسرة نفسه، هذا يعني أن الشريعة الإسلامية هي مصدر أصلي لقواعد قانون الأسرة، بل إنه يسبق كل التشريعات باستثناء تقنين الأسرة، وهذا ما يؤكد أنها مصدر أصلي وليس احتياطي.

وما يؤكد ذلك أيضا ما ورد في الجريدة الرسمية للمداولات، حيث جاء فيها ما يلي: "أكد المشرع الجزائري أن الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر القانون واعتبرها مصدرا أصليا لمسائل الأحوال الشخصية ومصدرا احتياطيا في المسائل غير المتعلقة بالأحوال الشخصية كالمعاملات المدنية والمالية"².

من ناحية أخرى تعتبر الشريعة الإسلامية بالنسبة لتقنين الأسرة الجزائري مصدرا ماديا له، حيث أن معظم أحكام هذا التقنين مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية خاصة ما يتعلق بالزواج وانحلاله وأحكام الميراث، وهذا راجع لأسباب تاريخية واجتماعية تتمثل في تماسك المجتمع الجزائري بأحكام الشريعة

¹ عبد الجليل دارجة، مرجع سابق، ص 494.

² محمد أمين مسيخ، مرجع سابق، ص 609.

الإسلامية في أحواله الأسرية، وهو ما لم يستطع المحتل الفرنسي تغييره طيلة فترة الاحتلال رغم كل المحاولات التي قام بها، ولكون الدين الإسلامي هو دين الدولة الجزائرية بنص الدستور الجزائري.¹

إضافة إلى ذلك تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا تفسيريا لأحكام قانون الأسرة الجزائري، وهذا أمر بديهي لسببين، الأول أن معظم أحكام تقنين الأسرة مستمد من الشريعة الإسلامية، وبالتالي إذا وجد القاضي غموضا في مسألة منصوص عليها في هذا التقنين فلا بد له من الرجوع إلى مصدرها المادي وهو الشريعة الإسلامية لفهم المقصود بها وإمكانية تطبيقها، والثاني أنه إذا لم يوجد نص في تقنين الأسرة رجع القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية بخصوصه، وبالتالي إذا وجد غموضا في هذه الأخيرة فإنه يرجع إلى مختلف مصادر الشريعة الإسلامية لتفسير هذا الغموض واستجلاء الأحكام المطلوبة.

ونظرا لكثرة الاجتهاد في ميدان الشريعة الإسلامية وبروز العديد من المذاهب الفقهية، فقد يرجح المشرع مذهباً معيناً عند اعتباره الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر قواعد الأحوال الشخصية، إلا أن المشرع الجزائري لم يحذو هذا الحذو، إذ أنه لم يعتمد على مذهب واحد رغم تأثره بالمذهب المالكي الملحوظ، كون المجتمع الجزائري يسوده هذا المذهب، إلا أننا نجد أحيانا بعض الأحكام في تقنين الأسرة مستقاة من مذاهب أخرى، مثل الحنفي والشافعي، وبعض الآراء الاجتهادية الأخرى، كما أنه لم يلزم القاضي بالرجوع إلى مذهب معين بموجب المادة 222 من قانون الأسرة، وترك أمامه المجال مفتوحاً لينهل من مختلف الآراء الفقهية الإسلامية.

المطلب الثاني: المصادر الاحتياطية

يقصد بالمصادر الاحتياطية المصادر التي يتم اللجوء إليها عندما لا يوجد قاعدة قانونية في المصادر الأصلية، فبالنسبة لقانون الأسرة الجزائري يعتبر التشريع والشريعة الإسلامية المصدر الأصلي لقواعده كما سبق بيانه، والأصل أن القاضي يلجأ إليهما في حل النزاعات المعروضة أمامه، غير في أحيان قليلة قد لا يجد نصاً

¹ نفس المرجع السابق، ص 609.

يطبقه على النزاع ولاعتبارات أخرى، فيلجأ حينئذ إلى المصادر الاحتياطية، وهي حسب القانون الجزائري،
العرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

الفرع الأول: العرف

يعد العرف أقدم مصادر القانون في تاريخ المجتمعات البشرية بوصفه قانونا غير مكتوب وينشأ عن تواتر
الناس في إتباع سلوك معين مع شعورهم بالزامه وبوجود جزاء قهري يكفل احترام هذا السلوك، وبعبارة
أخرى "العرف" عادة" تواتر على إتباعها معتقدين في قوتها الملزمة، أي أن العرف كان هو الطريق الطبيعي
التي تخرج منه القواعد القانونية التي يحتاج إليها المجتمع، لكن مع تطور المجتمعات الإنسانية عبر العصور
ثبت عجز العرف عن أداء مهمة تنظيم شؤون المجتمع؛ فظهر التشريع الذي أصبح يحتل الصدارة في هذا
المجال، وانتقل العرف ليلعب دورا ثانويا في معظم الأنظمة القانونية في العالم المعاصر من خلال كونه
مصدرا احتياطيا لقواعد القانون¹.

للعرف أنواع عديدة منها العرف الصحيح والفاقد والقولي والعملي والعام والخاص، ومن أمثلة الأعراف في
مجال شؤون الأسرة، تعجيل جزء من الصداق وتأخير جزء منه كما هو متعارف عليه في مصر، ومن ذلك
تعارف بعض الجهات بعدم توريث المرأة، أو جعل الذهب من نصيب المرأة في الميراث (عرف فاسد)، ومهما
كان نوعه، يشترط في العرف أن يكون صحيحا أي غير مخالف للقانون، ومبادئ الشريعة الإسلامية
باعتبارها مصدرا أصليا لقانون الأسرة، وأن يكون قد استقر وتواتر عليه سلوك جماعة أو منطقة معينة
وشعورهم بالزاميته، وأن يكون موجودا ولم يزل عند النظر في المسألة محل النزاع، وأن لا يتعارض صراحة
مع اتفاق أو شرط أتفق عليه أطراف المسألة المنظورة أمام القضاء.²

بالإضافة إلى كونه مصدرا من مصادر القانون يعد العرف الصحيح أصلا من أصول الفقه يجب الاعتماد
عليه ومراعاته في التشريع، ذلك لأن الأئمة الأربعة ذهبوا إلى القول والاحتجاج به رغم اختلافهم في بعض

¹ يحي قاسم علي، مرجع سابق، ص108.

² محمد بوطرفاس، الأسرة الجزائرية بين القانون والعرف، مجلة العلوم الإنسانية، العدد33، جامعة قسنطينة1، جوان2010، ص
ص258،259.

الجزئيات وسندهم في الأخذ به قول سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم "وما رءاه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن" وقوله تعالى ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾، وعليه فمخالفة العرف الصحيح الذي عهدته الناس ويعد حسنا يعتبر ضيق وحرَج للناس والله عز وجل لا يريد حرَج لعباده وضيق، وهناك الكثير من الأدلة من القرآن والسنة ومن أعمال الصحابة التي تبرز أهمية الأخذ بالأعراف الصالحة التي لا تتناقض مع الكتاب والسنة¹.

ورغم كون العرف مصدرا احتياطيا لقانون الأسرة الجزائري فإن ذلك لا يمنع من أن المشرع قد جعله مقدما على غير من مصادر القانون في بعض المسائل ومثال ذلك ما جاء في المادة 78 من قانون الأسرة حيث أقرت بأنه النفقة الواجبة من الرجل نحو زوجته أو أولاده تشمل الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، فالمشرع هنا أقر بأنه يمكن الرجوع إلى العرف والعادة لتحديد مشتملات النفقة وبالتحديد ما يعتبر ضروريا حسب العرف والعادة.

كذلك جاءت بعض المواد من قانون الأسرة مستمدة من العرف ومتأثرة به، مثل ما يتعلق بمصير الهدايا في حالة العدول عن الخطبة حيث أن نصت المادة الخامسة من قانون الأسرة قد أقرت بأن الطرف الذي يعدل عن الخطبة ليس له الحق في استرجاع الهدايا التي قدمها للطرف الثاني، في حين عليه أن يرد له ما أهدها له، وهو أمر متعارف عليه في المجتمع الجزائري، وإن كان المشرع قد أخذ برأي المذهب المالكي والمذهب الحنفي في هذا الصدد، إلا أن رأي هذه المذاهب كان متطابقا مع العادات والأعراف السائدة في المجتمع الجزائري والمجتمع العربي المسلم ككل².

الفرع الثاني: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

ترتبط مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة بالمبادئ الأبدية والمثالية التي يتوصل إليها الإنسان بتفكيره وعقله وتأمله، وكلا الفكرتان تنطويان على مضمون مثالي، ويشوبها ذات العيب وهو عدم التحديد وعدم

¹ محمد بوطرفاس، مرجع سابق، ص260.

² الطيب شتوح، دور العرف وأثره في قانون الأسرة الجزائري (مرحلة انعقاد الزواج مقدمته وآثاره)، مجلة التراث، العدد الأول، المجلد 09، جامعة الجلفة، الجزائر، مارس 2019، ص97.

الوضوح وبالتالي يمكن اعتبارها أقرب إلى الشعور منها إلى الأفكار الثابتة المحددة، وقد عبر أرسطو بوضوح عن أن القانون الطبيعي هو القانون العقلي، وأن إدراك العمل يكون بواسطة العقل السليم كما لقيت هذه الفكرة بعض التغيير في أوروبا على يد الفلاسفة المسيحيين، فبالرغم من أخذهم بنظرية القانون الطبيعي، إلا أن هذا القانون لم يعد في نظرهم قانوناً عقلياً يدركه الإنسان بما يشع في عقله من نور، ولكنه أصبح قانوناً مقدساً مصدره الوحيد الله ودليل وجوده هو الكتب المقدسة.¹

والإحالة إلى القانون الطبيعي وقواعد العدالة لا توجه القاضي بالضرورة إلى ضابط يقيني وإنما تلزمه بأن يجتهد برأيه انطلاقاً من اعتبارات موضوعية تبتعد كل البعد عن الذاتية، حتى لا يقع في فخ إنكار العدالة، وقد يجد نفسه هنا يلجأ تارة إلى مبادئ قانونية عامة في النظام القانوني لدولته أو أنظمة قانونية أجنبية أو مبادئ قانونية مستقاة من الشريعة الإسلامية الغراء أو الديانات السماوية الأخرى، أو المعاهدات الدولية أو غيرها.²

وقد تأثرت الشريعة الإسلامية بفكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة عن طريق الأخذ بالرأي؛ فانقسم الفقه الإسلامي إلى قسمين، مدرسة أهل الرأي وعلى رأسها الإمام أبو حنيفة، ومدرسة أهل الحديث وعلى رأسها الإمام مالك، وكان للرأي أثر كبير في تكوين الفقه الإسلامي

والقانون الجزائري بدوره تأثر بهذه الفكرة، حيث اعتبر مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة من بين المصادر الرسمية الاحتياطية التي يتم الرجوع إليها في حالة لم يجد القاضي أي قاعدة قانونية من المصادر الأخرى ليطبقها على النزاع³، ولما كان قانون الأسرة الجزائري يتميز بخصوصية مصادره، وأن تقنين الأسرة لم يتضمن كل الأحكام التي تنظم شؤون الأسرة الجزائرية، ثم إحالته إلى الشريعة الإسلامية، فإن المجال فتح على مصراعيه لاجتهاد القاضي في المسائل التي لم يرد فيها نص قانوني، ومن هنا يستطيع قاضي شؤون

¹ يحي قاسم علي، مرجع سابق، ص 117.

² أحمد سعيد الزقرد، مرجع سابق، ص 317.

³ المادة الأولى من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، مصدر سبق ذكره.

الأسرة أن يعتمد على فكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة، أي أن يحكم عقله وضميره وعدالته ليصل إلى القضاء بالحكم المناسب للمسألة المعروضة أمامه.

إذا كانت قواعد العدالة وقواعد القانون الطبيعي تعطي حلولاً عملية للمنازعات التي لا يحكمها نص قانوني آخر، فإنه من المنطقي أن يشترط في تطبيقها أن يأخذ القاضي في عين الاعتبار ظروف وملازمات النزاع والدعوى المطروحة أمامه، لأن الأمر نسبي ويختلف من نزاع إلى آخر، فما قد يكون عادلاً وطبيعياً بالنسبة لظروف معينة، قد لا يكون كذلك في ظروف أخرى¹، ومثال ذلك في مجال شؤون الأسرة أن طلب الزوجة التطليق من القضاء بسبب الضعف الجنسي للزوج، يختلف بين الزوجين الذين في العقد الثاني أو الثالث من العمر عن الزوجين الذين في العقد التاسع من العمر، حيث يعتبر السبب وجيهاً في سن الثلاثين، ويعتبر في سن التسعين غير وجيه البتة.

¹ أحمد سعيد الزقرد، مرجع سابق، ص 316.

المحور الثاني: مقدمات الزواج (الخطبة)

تعد الخطبة في التشريع الجزائري مرحلة تمهيدية أساسية لعقد الزواج، إذ تشكل ذلك الرابط المبدئي الذي يسبق قيام الرابطة الزوجية الشرعية، وتسمح للطرفين بالتعرف المتبادل وبناء نواة العلاقة التي ستقام لاحقاً وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ومقتضيات قانون الأسرة، فالخطبة في جوهرها ليست زواجا ولا تحمل آثاره القانونية الكاملة، وإنما هي وعد بالزواج يتيح للأسر ترتيب أوضاعها الاجتماعية والنفسية قبل الانتقال إلى مرحلة العقد الرسمي، وقد استمد المشرع الجزائري مفهوم الخطبة من الفقه الإسلامي لاعتباره المصدر الرئيسي لقانون الأسرة، فحدد نطاقها وأحكامها وآثارها بما ينسجم مع واقع المجتمع الجزائري ويحافظ على خصوصياته الدينية والثقافية.

وتبرز أهمية الخطبة باعتبارها وسيلة لضمان توافق الإرادتين واتساق الرؤية المستقبلية بين الخاطب والمخطوبة، مما يمهد لزواج يقوم على الرضا والاختيار، وهو أحد أهم الشروط لصحة الزواج، وقد أفرد قانون الأسرة الجزائري للخطبة أحكاماً خاصة ضمن المادة الرابعة، مبيناً أنها مجرد وعد بالزواج وأن لكل من الطرفين حق العدول عنها، غير أن هذا العدول قد يترتب مسؤولية مدنية في حالات محددة عندما يتسبب في ضرر مادي أو معنوي للطرف الآخر.

إنَّ أهمية الحديث عن الخطبة وبيان أحكامها شرعاً وقانوناً تُستمد من أهمية عقد الزواج الذي وصفه المولى عز وجل بالميثاق الغليظ، قال تعالى ﴿وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ (النساء: 21).

فهي تمهيد بين يدي هذا العقد تسمح بإعطاء حيز زمني كافٍ للتريث وحرية الاختيار، وتجعل كلا من الخاطب والمخطوبة يُقدم أو يحجم على إبرام هذا العقد دون أن يكون تحت طائلة مسؤولية مدنية أو جزائية.

المبحث الأول: الخطبة: تعريفها، شروطها، طبيعتها الشرعية.

تعد الخطبة في التشريع الجزائري من المقدمات الأساسية لعقد الزواج، إذ تمثل مرحلة توافقية بين الطرفين تظهر نية الزوج في الارتباط مستقبلا، وتهدف إلى إتاحة فرصة التعارف والتوافق قبل إبرام العقد الرسمي، وقد أكد المشرع الجزائري أن الخطبة ليست ملزمة قانونا، إذ يملك كل من الخاطب والمخطوبة الحق في العدول عنها دون أن يعد ذلك طلاقا أو فسخا. غير أنه إذا رتب العدول ثابت جاز للطرف المضرور المطالبة بالتعويض، وبذلك يظهر أن المرع تعامل مع الخطبة بوصفها علاقة اجتماعية لا ترتب التزامات زوجية وإنما تعد تمهيدا اختياريًا لعقد الزواج يظل معلقا على إرادة الطرفين ورغبتهما في إتمامه.

المطلب الأول: تعريفها.

تتقارب معاني الخطبة في الوضع اللغوي، وفي المفهومين الشرعي والقانوني.

فهي في اللغة ترد بمعنى أعم وهو التماس الشيء، كما ترد بمعنى أخص وهو الدعوة إلى التزويج، قال صاحب القاموس: "خطب المرأة خطبا وخطبة... وخطبوه دَعَوْهُ إلى تزويج صاحبتهم" والخطبة بكسر الخاء هي طلب الزواج، أما بضمها أي الخطبة- فهي الكلام الذي يلقي. ومن الناحية الشرعية فقد درج الفقهاء على تعريف الخطبة بأنها "التماس التزويج"، ذلك أن خطبة الرجل للمرأة التماس منه لتزويجه إياها، وعرفها وهبة الزحيلي في قوله "هي إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة وإعلام المرأة أو وليها بذلك".

أما قانونا فقد عرّفت المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري الخطبة بقوله: "الخطبة وعد بالزواج"، وهذا في الحقيقة ليس من قبيل التعريف، ولكنّه بيان للصّفة الشرعيّة والقانونيّة للخطبة.

فهي باعتبار كونها طلبا "التماس التزويج" من المتقدم به، وباعتبار الردّ بالقبول "وعد بالزواج" منهما معا، وإنّه من المعلوم أنّ طلب الزّواج والتماسه ينشئ خاطبا ومخطوبة، بينما الوعد به ينشئ واعدًا وموعودًا، والخاطب والمخطوبة كلاهما واعد وموعود.

فالخطبة تبدأ بمجرد تقدم الخاطب وطلب الالتماس من المخطوبة، وتكتمل في مرحلة ثانية عندما يحدث القبول والتراكن، وهنا ينشأ الوعد بالزواج.

وإذا ما تمت الخطبة بين رجل وامرأة فإنها لا تعدوا أن تكون تواعدا بينهما على عقد زواجهما في المستقبل، دون أن يكون ذلك التواعد ملزم لأي منهما من الناحية القانونية، فالفترة الفاصلة بين التعبير عن هذا التواعد والإشهاد على الزواج تعتبر فترة خطبة، ولا تلزم الطرفين، ولو أنها تنبني على الإلزام، وتتم في غالب الأحيان شفويا.

الفرع الثاني: شروط الخطبة.

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

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

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

الفرع الثالث: الطبيعة الشرعية للخطبة.

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

* أنه لا يثبت بها حق من الحقوق الزوجية ولا يثبت بها نسب لأن ذلك لا يكون إلا بالعقد.

* أن ما أبيض النظر إليه من الخطبة ورد استثناء من أصل تحريم النظر للأجنبية لقوله صلى الله عليه وسلم للمغيرة بن شعبة حينما جاءه فذكر له أنه خطب امرأة "إنظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما".
قال أكثر أهل العلم أنه يجوز النظر إلى الوجه والكفين فقط، وهذا يدل على أن الخطبة لا ترتقي إلى مرتبة عقد الزواج.

إلا أنه ومما سبق ذكره يُلاحظ أن الشريعة منحت الخطبة خصوصية أخرجتها من العموم، فهي لا ترتقي إلى مرتبة عقد الزواج ولكن ترتفع عن العموم برفعها بعض الحرج قصد تحقيق المقصد الشرعي المترتب على تمام الألفة بالعقد.

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

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

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

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

ريبة، قال أحمد في رواية صالح ينظر إلى الوجه ولا يكون عن طريق لذة، وله أن يردد النظر إليها ويتأمل محاسنها، لأن المقصود لا يحصل إلا بذلك.

3- أن يستأذنها ويستأذن وليها في النظر إليها: فالنظر يجب أن يكون وقت الخطبة وأن تكون هي عالمة بذلك، إذ لا يجوز استغفاليها والنظر إليها بغير علمها وعلم وليها بذلك ومستند المالكية في ذلك ما يأتي:

أ/ سد الذرائع المفضية إلى الفساد، إذ قد ينظر الفساق لبنات الناس، فإذا ما نوقشوا ادعوا أنهم خطاب.

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

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

المطلب الثاني: التعريض بالخطبة والخطبة على الخطبة.

الفرع الأول: التعريض بالخطبة.

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

أ/ المعتدة من طلاق رجعي: لا يجوز التعريض بخطبتها إلا من مطلقها، وذلك لتعلق حق هذا الأخير بها إذ يستطيع أن يعيدها إلى عصمته أثناء فترة العدة.

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

ج/ المعتدة من وفاة:

- يجوز التعريض بخطبتها للأدلة الواردة منها الآتية:

-قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْتَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِيمَ اللَّهِ أَنَّكُمْ سَتَذَكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَلَا تَعْرِضُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ﴾ (البقرة 235)

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

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

الفرع الثاني: حكم الخطبة على الخطبة.

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

نفرق في ذلك بين حالتين:

الحالة الأولى: عدم الركون.

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

الحالة الثانية: في حالة الركون.

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

المطلب الثالث: آثار العدول عن الخطبة

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

وتظهر آثار العدول عن الخطبة في أمور ثلاثة وهي:

الفرع الأول: الأضرار المادية والمعنوية.

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

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

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

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

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

إلا أنه إذا كان العدول قد رافقته ظروف شأنها أن تُحدث خطأ سبب ضررا للطرف الآخر فسبب المسؤولية هنا يتمثل في تلك الظروف الطارئة أو الوقائع السابقة أو اللاحقة لزمن العدول عن الخطبة نتج عنه ضرر

مباشر للطرف الآخر، بحيث يمكن وصفها بأنها تغير به نشأ عنه ضرر استنادا إلى القاعدة" التغير يوجب الضمان".

ولقد انقسم الفقه الإسلامي المعاصر إلى ثلاثة آراء:

الرأي الأول: يرى أنه لا تعويض عن العدول لأن الخطبة وعد وليست عقدا، ولا إلزام في الوعد، والعاقل إنما يمارس حقا من الحقوق المشروعة، ولأنه من القواعد المقررة في الفقه الإسلامي أن "الجواز ينافي الضمان" ولأن الحكم بالتعويض لا يكون إلا بعد بيان الضرر الناتج عن العدول، وقد يكون مما يجب ستره كما أمرت الشريعة، ولأن العدول قد يكون لأسباب نفسية.

الرأي الثاني: يرى أن العدول عن الخطبة يستوجب التعويض للطرف الآخر عن الأضرار الواقعة عليه سواء أكانت مادية أم معنوية، وأساس هذا الرأي هو حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"، ولأن الضرر يُزال، وطريقة إزالته التعويض.

الرأي الثالث: يرى أن العدول يستوجب تعويضا إذا ترتب عنه ضرر مادي فقط، أما الضرر المعنوي فلا يُعوض.

ويُشترط للتعويض في حالة وجود الضرر بسبب العدول شرطان:

الشرط الأول: أن لا يكون لمن عدل مبرر ينزع عن أفعاله صفة السلوك الخاطئ، والمعتبر أساسا للتعويض.

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

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

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

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

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

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

الفرع الثاني: حكم الهدايا.

شرعاً: لم يتفق فقهاء الشريعة في حكم استرداد الخاطب لهداياه للمخطوبة في حال العدول. فرأى الشافعية ولحنابلة أنه ليس للخاطب الرجوع في شيء مما أهداه سواء أكانت موجودة أم هالكة، لأنّ للهدية حكم الهبة، ولا يجوز عندهم للواهب أن يرجع في هبته بعد قبضها إلاّ الوالد فيما أعطى ولده. وقال الحنفية: هدايا الخطبة هبة، وللواهب أن يرجع في هبته إلاّ إذا وجد مانع من موانع الرجوع بالهبة كهلاك الشيء أو استهلاكه، فإذا كان ما أهداه الخاطب قائماً فإنّ له أن يستردّه وإن كان قد هلك أو استهلك أو طرأ عليه تغيير فلا يحق للخاطب الاسترداد.

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

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

وهنا يمكن تسجيل الملاحظات الآتية:

سكت المشرع عن هدايا المخطوبة للخاطب وحكم استردادها في حالة كون العدول منها، والأصل أن تُقاس هذه على الأخرى في الحكم القانوني للاشتراك في العلة وهي "أنّ الإهداء كان لغاية وهي الزواج"، فيكون الحكم بأن لا تستردّ شيئا ممّا أهدته له إن كان العدول منها".

وإذا ما تم عقد الزواج فقد انتهى الحديث عن مرحلة الخطبة التي تعتبر مجرد تمهيد له، وبذلك تنتهي جميع آثارها سواء الشرعية أم القانونية، وذلك باعتباره الغاية منها، ويظهر ذلك في أمور أهمها:

- ينتهي الحديث عن مسألة الخطبة على الخطبة وما تعلقّ بها من أحكام، حيث أنّ المرأة المتزوجة من المحرمات المؤقتات على الغير، ووقوع الخطبة على المعقود عليها بزواج يعتبر محرما شرعا، وفيه اعتداء على العلاقة الزوجية.

- ينتهي الحديث عن المال الممنوح في فترة الخطبة كصداق معجل وبالتالي ينتهي الحديث عن مسألة استرداده حال تغيره بتصرف المرأة فيه بالتجهيز، وذلك لأنّ قيام العقد أضفى الشرعية على ما أحدثته المرأة فيه بالتغيير من جهة ومنحتها حقا فيه إمّا نصفه حال الطلاق قبل الدخول أو كلّه حال الطلاق بعد الدخول أو بالوفاة.

- ينتهي الحديث عن الهدايا المقدمة بين الطرفين في مرحلة الخطبة بمجرد إبرام العقد ولو وقع بعده طلاق أو فسخ أو وفاة، وذلك أن قيام العقد يعتبر تحقيقاً لما كان من أجله الخطبة والتهادي، وبالتالي فلا تجوز المطالبة بشيء من الهدايا التي منحت في الخطبة بمجرد قيام العقد. وكذلك الأمر بالنسبة للأضرار المادية والمعنوية التي لحقت أحد الطرفين بسبب تصرف الطرف الآخر.

الفرع الثاني: حكم اقتران الخطبة بالفاتحة

يمكن للخطبة أن تقترن بقراءة الفاتحة، فهذا لا يعد زواجا طبقاً للمادة 1/6 من قانون الأسرة الجزائري، ولكن في الفقرة الثانية منها اعتبرت اقتران الخطبة بالفاتحة في مجلس العقد زواجا متى توافر ركن الرضى، وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من هذا القانون.

وبالتالي نجد المشرع ميز بين نوعين من الفاتحة، الأولى تقرأ في مجلس العقد وتوافر ركن الرضى والشروط المنصوص عليها في المادة 09 مكرر فهذه قرينة على الدخول في الزواج من الناحية الشرعية.

أما الثانية فهي التي تقرأ في مجلس العقد مع تخلف ركن الرضى أو أحد الشروط المنصوص عليها فهنا تقرأ للتبرك فقط.

المحور الثالث: بداية الرابطة الزوجية (الزواج وأحكامه)

تعد الرابطة الزوجية في التشريع الجزائري أساس البنيان الأسري وركيزة المجتمع، إذ تنظم أحكامها وفقا لمزيج من المبادئ الشرعية والقواعد القانونية التي ترمي إلى حماية الأسرة وضمان استقرارها، وقد حرص المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة على تحديد الضوابط الدقيقة التي تنشأ بها هذه الرابطة بدءا من المراحل التمهيدية التي تسبق العقد، وصولا إلى تكوين الزواج في صورته الشرعية والقانونية.

فبداية الرابطة الزوجية ليست مجرد واقعة اجتماعية أو عرفية، بل هي عملية قانونية منسقة تتطلب توافر شروط أساسية متعلقة بالرضا والأهلية والمهر والشهود والصيغة، إضافة إلى التسجيل الرسمي الذي يمنح الزواج حجته القانونية داخل المجتمع.

وتقوم فلسفة المشرع الجزائري في تنظيم هذه البداية على مبدأ أساسي يتمثل في حماية الإرادة الحرة للطرفين، وضمان أن يتم الزواج على أساس من الاختيار الواعي والرضى الكامل تحقيقا لمقاصد الشريعة التي تجعل الزواج ميثاقا غليظا يقوم على السكينة والمودة والرحمة، كما يعكس التنظيم القانوني لهذه الرابطة حرص الدولة على ضمان الحقوق المتبادلة بين الزوجين، ومنع كل ما قد يشوه الرضا أو يمس بسلامة العقد مثل الإكراه أو التدليس أو انعدام الأهلية.

وتبرز أهمية هذا التنظيم خلال المراحل الأولى التي تسبق نشوء الرابطة سواء من خلال الخطبة التي تعد وعدا بالزواج، أو من خلال الضوابط الموضوعية والشكلية التي لا يقوم الزواج صحيحا إلا بتوافرها، ويظهر التشريع الجزائري في هذا الإطار توازنا بين مقتضيات الشرع وضرورات التنظيم المدني، حيث يمنح العقد قيمته الشرعية، وفي الوقت ذاته يفرض اجراءات رسمية تهدف إلى حماية الأسرة وحفظ الحقوق وتوثيق المركز القانوني للزوجين.

وهكذا فإن بداية الرابطة الزوجية في التشريع الجزائري تعبر عن رؤية قانونية متكاملة تجعل من الزواج مؤسسة قائمة على أسس شرعية، وتضع لها إطارا قانونيا واضحا يكفل استقرارها ويحمي أطرافها ويضمن انسجامها مع قيم المجتمع الجزائري.

وسنحاول في هذا المحور التطرق لبداية الرابطة الزوجية من حيث تعريفها، وما تثور عنها من جزئيات تتعلق بالشروط والأركان على النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهية عقد الزواج:

1-تعريف عقد الزواج:

أ/ تعريف الزواج لغة: هو الاقتران والاختلاط، يقول العرب "زوج فلان ابله"، أي قرن بعضها ببعض. والزوج هو كل واحد معه آخر، فيقال الرجل زوج المرأة وهي زوجته، وقد وردت عدة آيات قرآنية كريمة ذكرت مصطلح الزواج، كقوله تعالى ﴿اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ﴾ سورة التكويد الآية 7، وقوله تعالى: ﴿وَزَوْجَانَهُمْ بِحُورٍ عِينٍ﴾ سورة الدخان الآية 54.

وهو الإقتران والإزدواج، وشاع استعماله في إقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والإستمرار، ولقد جاء في القرآن ما يرادف هذا المعنى في قوله تعالى: ﴿وَزَوْجَانَهُمْ بِحُورٍ عِينٍ﴾ أي قرناهم بهن، وقوله: ﴿وَإِذَا النُّفُوسُ زُوِّجَتْ﴾ أي إقترنت بأبدانها وأعمالها.

أما النكاح فيعني الدخول والإختلاط والضم والعقد والوطء¹، ومن استعماله في الوطاء قوله صلى الله عليه وسلم: "ولدت من نكاح." أي من وطاء حلال².

ب/ تعريف الزواج اصطلاحاً: هو عقد الرجل على امرأة تحل له شرعاً، يحفظ النوع الإنساني، ومن خلاله يجد كل واحد من العاقدين في صاحبه الأانس الروحي وسط متاعب الحياة وشدائدها، فهو نعمة من نعم الله تعالى على خلقه، ومن شواهد قدرته وعظمته³، لقوله تعالى ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ سورة الروم الآية 21.

¹ محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة الخطبة والزواج، الجزء الأول، الطبعة الثانية، شهاب، الجزائر، 2000، ص85.

² محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1992، ص26.

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص132.

ويسمى هذا العقد بعقد الزواج ويسمى أيضا بعقد النكاح وهو مصطلح شائع في الشريعة الإسلامية، ولدى الفقه، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾ سورة البقرة الآية 233. وقد عرفت المادة 04 من قانون الأسرة عقد الزواج بأنه: "عقد رضائي يتم بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

ج/تعريف عقد الزواج فقها:

رغم اختلاف التعاريف التي جاء بها الفقهاء لعقد الزواج، فإن التباين في أغلبيته لفظي مع تقارب في المعنى، وكل هذه التعاريف تنتهي إلى أن القصد من عقد الزواج هو: ملك المتعة أو حلها، حيث أنه في الاصطلاح الشرعي.

عقد يرد على استمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع، أو هو عقد وضعه الشارع يرد على حل المتعة على الوجه المشروع وعلى سبيل القصد.¹

ويعرفه صاحب الكتر بأنه: "عقد يرد على ملك المتعة قصدا" والتعريف على هذا النحو يشير إلى حق الرجل في الاستمتاع بزوجه دون غيره، أما المرأة فيحل لها الاستمتاع بزوجه وقد تشاركها زوجة أخرى في ذلك، لأن الشارع أباح للرجل تعدد الزوجات ومنع ذلك على النساء.

وعيب هذا التعريف أنه يكاد يجعل من الاستمتاع أساس الزواج، مع أن مقاصده كثيرة، ومنها ما يكون في الحياة الدنيا، ومنها ما يمتد إلى الآخرة.

وعرفه مصطفى شلبي بأنه: "عقد وضعه الشارع ليفيد بطريق الأصاله اختصاص الرجل في التمتع بامرأة لم يمنع مانع شرعي من العقد عليها، وحل استمتاع المرأة به"، وهو التعريف الذي كان صاحبه يتوقع منه الإمام بخصائص عقد الزواج لكنه يعاب عليه أنه جعل المرأة محلا للعقد، وهذا ما لا يصدق العقل فلو كانت موضوعا للعقد، فلماذا يشترط فيها المشرع شروط طرف العقد كالأهلية والحرية والعقل والإسلام.

¹ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، طبعة 2002، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ص 30.

وقد اتجه بعض المعاصرين إلى تعريف شامل للزواج، فعرفه الشيخ محمد أبو زهرة بأنه: "عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما ويحدد لكليهما ما له من حقوق وما عليه من واجبات"، ذلك أن الغرض الأسى في الشرع وعند أهل الفكر والنظم كما يقول الإمام أبو زهرة هو: التناسل وحفظ النوع الإنساني وأن يجد كل واحد من العاقدين في صاحبه الإنس الروحي وسط متاعب الحياة، لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ سورة الروم الآية 21.

وهو أسلم التعاريف لأنه يحدد الطبيعة القانونية لعقد الزواج، إذ أن جميع العقود تتداخل فيها إرادة الأطراف وتجعل لها أركاناً وشروطاً ماعدا هذا العقد الذي وضعه الله سبحانه وتعالى وهذا ما أشار إليه الإمام أبو زهرة في تعريفه: "... ويحدد لكليهما ما له من حقوق وما عليه من واجبات".

لقد تنازع الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للزواج، فمنهم من اعتبره عقداً يتم بتلاقي إرادة كل من الزوج والزوجة وهذا الاتفاق يرتب الكثير من الآثار القانونية، وأنتقد هذا الرأي على أساس أن هذه الأخيرة تترتب على العقد بمعناه التقليدي، والتي يقوم بتحديدها وترتيبها أطراف العلاقة طبقاً للقاعدة العامة "العقد شريعة المتعاقدين".

أما الآثار المترتبة على الزواج فالقانون هو الذي يحددها بنصوص أمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالف حكمها، ولا يمكن الإنقاص من أهمية هذا النقد بحجة أنه توجد الكثير من العقود التي تتضمن شروطاً أساسية، ذلك أنه في مثل هذه العقود يقوم أحد الأطراف بوضع هذه الشروط، ويتعين على الطرف الآخر قبولها، أما في عقد الزواج فالقانون هو الذي يحدده وشروطه، واعتبر أصحاب هذا النقد الزواج نظاماً قانونياً خاصاً يختلف مفهومه عن المفهوم التقليدي للعقد¹.

¹ أحمد محمود، عقد الزواج العرفي أركانه وشروطه وأحكامه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص36.

ويرى الدكتور محمد كمال الدين إمام أن كلاً من النظرية التعاقدية وفكرة النظام تعتبر غير كافية، إذا أخذت كل منهما على حدى ففكرة النظام القانوني تكمل تلك النظرية التي تعتبر الزواج عقد، فالزواج بحكم كونه نظام يكشف الصفة الآمرة للقواعد القانونية التي تحميه فهو في نفس الوقت عقد رضائي¹. ولأن العرب تستعمل لفظ النكاح بمعنى العقد والوطء جميعاً، لكنهم إذا قالوا: نكح فلان فلانة، أو بنت فلان أو أخته، أرادوا تزوج وعقد عليها، وإذا قالوا: نكح زوجته أو امرأته لم يريدوا إلا المجامعة. ولهذا اختلف الفقهاء في أيهما يكون حقيقة وفي الآخر مجازاً، وانقسموا على ثلاثة آراء: الأول: أنه حقيقة في العقد والوطء معاً، وهو رأي للحنفية ووجه للشافعية وبه قال القاضي من الحنابلة وذلك لأن كلمة "النكاح ورد استعمالها في كل من الوطء والعقد والأصل في الاستعمال الحقيقة فيهما على سبيل الاشتراك اللفظي.

الثاني: أنه حقيقة في الوطء مجاز في العقد وهو مذهب الحنفية ووجه للشافعية وذلك لأن الاستعمال اللغوي ورد بذلك، قال "تناكحوا تكثروا، فإني أباهي بكم الأمم يوم القيامة" ولقوله: "ملعون من نكح يده"². الثالث: أنه حقيقة في العقد مجاز في الوطء، وهو مذهب جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة وغيرهم³، وهو أصحها وأرجحها كما جاء في به القرآن الكريم والأخبار قال تعالى ﴿فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ - سورة النساء آية 25.

والوطء لا يجوز بالإذن، ولا يرد على ذلك قوله تعالى ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ سورة البقرة آية 230 لأن المراد العقد والوطء مستفاد من خبر الصحيحين.

وما ذكره أصحاب الرأي الأول من أنه حقيقة فيهما على سبيل الاشتراك اللفظي مردود، بأن الاشتراك اللفظي خلاف الأصل فلا يصار إليه⁴.

¹ محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 55.

² المبسوط للسرخسي 4/192، بدائع الصنائع 3/1408، 4/1990، 1991.

³ ابن قدامة: المغني 3/7، منتبه الارادات 2/151 بتحقيق عبد الغني عبد الخالق.

⁴ ابن قدامة: المغني 3/7.

واستدلال أصحاب الرأي الثاني بالاستعمال اللغوي.

قال الزمخشري وهو من علماء الحنفية: "لم يرد النكاح في القرآن إلا بمعنى العقد"¹ لأن كونه بمعنى الوطء من باب التصريح ومن أراد به الكناية عنه أتى بلفظ الملامسة والمماسة.

وأورد عليه قوله تعالى: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً﴾ سورة النور آية 3، بأن المراد الوطء وجاء في الكفاية وأعلم أن النكاح جاء بمعنى العقد في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾ سورة النساء آية وبمعنى الوطء في قوله تعالى: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً﴾ وترجح هنا إرادة الوطء بورود السنة.

وهذا مردود من وجهين.

الأول: أن ربطه حديث رفاعه بقوله تعالى ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً﴾ في غير محله، لأن حديث رفاعه فيه توضيح لمعنى الآية التي نزلت في قصته وهي قوله تعالى ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ سورة البقرة آية/230، لا للآية المذكورة، لأنها نزلت في امرأة من الكفار خاصة، وهي بغي كانت بمكة يقال لها عناق².

والوطء مستفاد من الحديث، وأما الآية فلا يستفاد منها ذلك.

الثاني: أنه لو قلنا المراد بالنكاح في الآية المذكورة وطؤه لخرج الكلام عن الفائدة، لأن معناها حينئذ أن الزاني لا يوطئ إلا الزانية، وهو مشكل، لأن نرى أن الزاني قد يوطئ العفيفة حين يتزوجها. ولو قلنا المراد إن الزاني لا يوطئ إلا الزانية، حين يكون وطاء زنا، فهذا الكلام لا فائدة فيه³.

¹ الزمخشري: الكشاف/3/167، واستثنى ابن فارس قوله تعالى (وَإِنْ تَلَّوْا أَلْتَمَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ). قال فإن المراد به الحلم/أ ه معجم مقاييس اللغة/5/475-هو الإمام، أبو القاسم محمود بن عمر بن محمد بن عمر الخوارزمي، الزمخشري صاحب التأليف الباهرة والتصانيف الزاهرة فهو إمام في التفسير، والنحو واللغة والبيان، وكان قد سافر إلى مكة وجاور بها زماناً فصار يقال له ((جار الله)) لذلك. توفي رحمه الله ليلة عرفة سنة 538هـ بجرجانية خوارزم.

² الخطابي معالم السنن/2/541 بتعليق عزت عبيد الدعاس.

³ الفخر الرازي: التفسير الكبير/23/151.

وقال الشافعية: ((يستحيل أن يكون النكاح حقيقة في الجماع ويكنى به عن العقد، لأن الجماع يستقبح من ذكره كما يستقبح من فعله، والعقد لا يستقبح¹ أي فلا يكنى بالأقبح عن غيره، ولأن يصح نفيه عن الوطاء فيقال: هذا سفاح وليس بنكاح))².

ويروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: ((ولدت من نكاح لا من سفاح))³

وهذا يترجح مذهب الجمهور بأن النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطاء، ويكون المقصود به في الشرع حينئذ عند إطلاقه عقد التزويج، فعند إطلاق لفظه ينصرف إليه ما لم يصرفه عنه دليل. ((وفائدة خلاف تظهر فيمن زنى بامرأة، هل تحرم على ابنه وأبيه على أنه حقيقة في الوطاء أم لا تحرم إذا قلنا: إن لفظ النكاح مجاز في الوطاء حقيقة في العقد؟

-يرى الأحناف أن من زنى بامرأة أو لمسها أو قبلها أو نظر إلى فرجها بشهوة فإنه يحرم عليه أصولها وفروعها وتحرم هي على أصوله وفروعه، إذ أن حرمة المصاهرة تثبت عندهم بالزنا، ومثله مقدماته، ويرى جمهور العلماء أن الزنا لا تثبت به حرمة المصاهرة.

د/تعريف عقد الزواج قانونا:

منذ بداية القرن الحالي بدأت الدول الإسلامية تفكر في إصدار تشريع للأحوال الشخصية يلم شتاتها ويحل مشكلاتها الفقهية والاجتماعية، ويستمد من مصادر الإسلام وآراء المذاهب على تنوعها ضمانا للتوفيق بين الفقه والواقع، فقد أبرزت الممارسة مدى الحرج الذي يمكن أن تقع فيه الأمة نتيجة الالتزام بمذهب معين لا يجوز لها أن تتعداه.

ولقد كانت الجمهورية السورية أسبق الدول العربية لإصدار تشريع كامل للأحوال الشخصية بحيث جاء تعريف الزواج في مادته الأولى بقولها: "الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا، غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل".

¹ ابن حجر: فتح الباري 103/9، الشريبي الخطيب: مغني المحتاج 123/3.

² ابن حجر: فتح الباري 103/9، الشريبي الخطيب: مغني المحتاج 123/3.

³ البيهقي: السنن الكبرى كما في التلخيص لابن حجر 176/3.

أما التشريع العراقي فقد نقل المادة بألفاظها وإلى قريب من ذلك نص التشريع الكويتي في المادة الأولى منه على أن عقد الزواج هو: "عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا، غايته السكنى والإحصان وقوة الأمة".

بينما نص التشريع اليمني في مادته الأولى: "الزواج هو ارتباط بين الزوجين بميثاق شرعي تحل به المرأة للرجل شرعا وينشآن معا أسرة قوامها حسن المعاشرة".

أما مشروع القانون المصري للأحوال الشخصية للمسلمين والذي أفرد مجمع البحوث الإسلامية فقد فضل عدم تعريف عقد الزواج.

ونصت المادة الأولى من المدونة المغربية الصادرة سنة 1957، على أن الزواج: "ميثاق ترابط وتماسك شرعي بين رجل وامرأة على وجه البقاء، غايته الإحصان والعفاف مع تكثير سواء الأمة بإنشاء أسرة تحت رعاية الزوج على أسس مستقرة تكفل للمتعاقدين تحمل أعبائها في طمأنينة وسلام وود".

وبالنسبة للتشريع الجزائري فقد نصت المادة الرابعة منه: "الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وأحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

ما يلاحظ على هذا التعريف أن المشرع ذكر طرفي عقد الزواج وهما الرجل والمرأة، كما نص على ضرورة احترام الشروط الشرعية، وذكر الغاية من عقد الزواج، وبذلك فإن المشرع لم يتعرض إلى موضوع عقد الزواج وآثاره القانونية لكنه ذكر الغاية منه، ولعل عذر المشرع في هذا الإغفال هو الخشية من الظن بأن عقد الزواج موضوع في الإسلام لمجرد الاستمتاع فعدل عن ذلك إلى ذكر الغاية¹.

أما مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية والذي أعدته لجنة خبراء مجلس وزراء العدل العرب، فقد نص في مادته الخامسة على أن الزواج: "ميثاق شرعي بين رجل وامرأة، غايته إنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوج على أساس التكفل بها وتحمل أعبائها بمودة ورحمة".

¹ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص31.

وميزة هذه القوانين كما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية الكويتي، أنها استبعدت ما شاع بين الفقهاء فيأن الزوجة محل الاستمتاع وأظهرت ما للزواج من مقاصد سامية في بناء المجتمع ولكن يعاب على هذه التعاريف أنها أغفلت عن عنصر جوهري هو موضوع العقد، ولم تتعرض لآثاره الشرعية.

أما القانون الفرنسي حسب كولين وكابيتون فقد نص: "عقد الزواج هو عقد مدني احتفالي، والذي بواسطته يتحدى الرجل والمرأة من أجل العيش معا، ومن أجل التعاون والمساعدة تحت إشراف الزوج رئيس العائلة"¹، كما نص القانون الحديث بأن: "الزواج يخلق جمعية بين الزوجين لذان لهما واجبات متبادلة، وهدفه الأساسي هو خلق عائلة"².

ونظرا لكون عقد الزواج العرفي هو عقد زواج كامل الأركان والشروط المطلوبة في الشريعة الإسلامية غير أنه لم يسجل علينا أن نتطرق إلى أركان وشروط عقد الزواج العرفي.

ج- حكم النكاح:

الأصل في النكاح أنه مندوب، مستحب وهذا لما ورد في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة. فمن القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ﴾ سورة النور الآية 32. وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً﴾ سورة النساء الآية 01.

ومن السنة الشريفة: عن عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، فمن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء".

¹ Dr/GHAOUTI BENMELLHA, elements du droit algérien de le famille, tome premier, le mariage et sa dissolution, office de publications universitaires, publisud, Paris,1985,P42.

² Déjà cite, P42.

وقد روى الطبري والبيهقي قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "إذا تزوج العبد فقد استكمل نصف دينه، فليتنق الله في النصف الثاني".

ثانيا: أركان عقد الزواج وشروطه:

1- تحديد مفهوم الركن والشرط:

أ-الركن لغة¹: يطلق على الجانب القوي في الشيء الذي له حيز فنقول عن زوايا البيت أركانها مناطق التقاء الجدران بعضها ببعض وبدونه لا يوجد البيت إطلاقا، كما أننا حين نطلقه على شخص من الأشخاص في المجتمع فإننا نعني به شريفا من أشرف الأمة.

وإصطلاحا: ما يقوم به الشيء فهو من التقويم إن قوام الشيء بركنه لا من القيام وإلا لزم أن يكون الفاعل ركنا للفعل والجسم ركنا للعرض والموصوف للصفة وقيل ركن الشيء ما يتم به وهو داخل فيه بخلاف شرطه فهو خارج عنه، وقد عرف الحنفية وبعض من الحنابلة الركن بأنه ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون جزءا داخلا في الماهية الحقيقية له بحيث لا يوجد العقد إلا به، فحقيقته اللفظية قائمة به وعليه وذلك كالإيجاب والقبول في العقد وعلى هذا نجدهم ذهبوا إلى تقليص أركان الزواج إلى الإيجاب والقبول فقط، أما جمهور الفقهاء فقد عرفوا الركن بأنه ما لا توجد الماهية الشرعية إلا به أو ما تتوقف عليه حقيقة الشيء سواء كان جزءا منه أو خارجا عنه ولقد اعتمد الجمهور على الماهية الشرعية كمعيار لتمييز الركن عن غيره لا على الماهية الحقيقي التي وضع لها اللفظ لغة فقط².

-فإذا كان هذا هو الركن فما هو الشرط؟

ب-الشرط:

لغة: هو إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه وجمعه شروط من باب ونصر الشرط.

¹ فضيل سعد-المرجع السابق-ص56.

² -محمد محدة-المرجع السابق، ص118-119.

-أما اصطلاحاً: فقد عرف على أنه "ما يلزم من عدمه عدم المشروط ولا يلزم من وجوده وجود المشروط ولم يكن جزءاً منه بل هو في حقيقته خارجاً عنه فالإيجاب والقبول مثلاً هما ركنين بالاتفاق في عقد الزواج الرضى ركن فيه وكذلك الشهادة أمر خارج عن ماهية الزواج وحقيقته ولكن يتوقف عليها نفاذه وترتيب آثاره.

وينقسم الشرط إلى أربعة أقسام من حيث النوع وثلاثة من حيث الأثر ذلك أن غيابها قد يؤدي إلى البطلان والفساد ومنها ما يؤدي إلى وقف التنفيذ ومنها ما يؤدي إلى عدم اللزوم وجواز الفسخ، هذا الترتيب نوعي فيه مقدار ما لكل شرط من أثر وقوة على العقد ومن ثم كان الانعقاد هو الأساس فإن تحقق ووجد ينظر في الصحة فإن توافرت يبحث في النفاذ فإن ثبت هو أيضاً يبحث هل هو لازم أم لا؟

-شروط الانعقاد: وهي تلك الشروط التي يلزم توافرها في أركان العقد أثناء انعقاده وإنشائه وذلك لارتباطها ارتباطاً كلياً بالأركان المكونة للماهية كإعدام الأهلية، موافقة الإيجاب للقبول ومطابقتها إياه أو كون المرأة حلالاً وما إلى ذلك وفقدان أي من هذه الشروط يؤدي إلى بطلان العقد عند كل الفقهاء.

-شروط الصحة: وهي تلك الشروط التي استلزمها الشارع لترتيب الأثر الشرعي على ذلك العقد حيث بدونها لا يعتبر العقد موجوداً وجوداً يحترمه الشارع وهذا كمن لم يدفع المهر أصلاً وفقد هذا النوع من الشروط يؤدي إلى بطلان العقد.

-شروط النفاذ: وهي تلك الشروط التي توقف أثر العقد بعد انعقاده وصحته وعليه فإنه يلزم وجودها لترتيب آثارها.

-شروط اللزوم: وهي تلك الشروط التي الشروط التي يتوقف عليها بقاء العقد مستمراً مرتباً لجميع آثاره وعليه فمتى تخلف أحدها أصبح العقد غير لازم وجاز لمن له حق الخيار فسخه ونقضه من أساسه وأصله سواء كان أحد الزوجين أم غيره.

بذلك، يقصد بالركن ما كان جزءا من حقيقة لشيء أو ما يتوقف عليه الشيء وكان جزءا من ماهيته¹، أما الشرط هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان خارجا عنه وليس مؤثرا فيه.

وعقد الزواج هو كغيره من العقود، له أركان وشروط يقوم عليها ويتحقق بها، وقد حدّد المشرع الجزائري أركان عقد الزواج في المادة 09 من قانون الأسرة، وحدّد شروط صحّة الزواج في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة، وأيضا المادة 07 مكرر المتعلقة بالفحص الطبي والمادة 18 من قانون الأسرة المتعلقة بتسجيل عقد الزواج.

الفرع الثاني: وأركان وشروط عقد الزواج

أولا: أركان عقد الزواج

لقد اكتفى المشرع الجزائري بركن واحد لانعقاد الزواج وهو ركن الرضى، وهو ما نصت عليه المادة 09 ق أ، التي نص "ينعقد الزواج بتبادل رضى الزوجين" هنا أخذ المشرع بالمذهب الحنفي الذي يعتبر أن الزواج يقوم على الرضى المتبادل بالإيجاب والقبول.

أما المذهب المالكي فيرى أن عقد الزواج يقوم على خمسة أركان هي:

1-المحل(الزوجان)/2-الولي/3-الصيغة (إيجاب القبول)/4-الصداق/5-الشهود.

أ-رضا الزوجين:

لما كان عقد الزواج عقدا إراديا يقوم على تراضي المتعاقدين، كان الرضا ركنا من أركانه، وهذا الرضا أو التراضي يوجد بوجود إرادتين متوافقتين ومتطابقتين متجهتين إلى إحداث أثر شرعي معين وهو حلّية استمتاع في الزواج مع تحمل باقي آثار العقد الشرعي، ومظهر ذلك كله هو الإيجاب والقبول.

وقال البخاري: "لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاهما، كما أنه ليس للأب جبر البكر على الزواج بمن أراد إذا امتنعت".

¹ بن داود عبد القادر، مرجع سابق، ص96.

وذهب المالكية إلى القول بأن المرأة لو قالت بعد العقد "ما علمت من أن صمتي إذن" بطل العقد لاعتبارهم ذلك عيبا في الرضا.

وقد جاء في المذكرة التوضيحية لمشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية أن "عقد الزواج عقد لا بد فيه من الرضا".¹

ونصت المادة العاشرة من قانون الأسرة في فقرتها الأولى أن: "الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا".

ثم نصت فقرتها الثانية أن: "يصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة".

وهذا ما يتعين معه التطرق لكل من الإيجاب والقبول وإلى صيغة كل منهما وإلى إيجاب وقبول العاجز عن الكلام.

1.1- الإيجاب والقبول:

فالإيجاب: هو ما صدر من أحد العاقدين أولا دالا على ما يريده من إنشاء العقد، ويسمى الشخص الذي صدر منه الإيجاب موجبا.

والقبول: هو ما صدر ثانيا من الطرف الآخر دليلا على موافقته على ما أوجبه الأول ويسمى الشخص الذي صدر منه القبول قابلا.

فأول الكلام إيجابا سواء صدر من جانب الزوج أو من جانب الزوجة، وسمي إيجابا لأنه أوجه الالتزام، ويسمى الثاني قبولا لأنه رضا بما في الأول من إلتزام.

والأصل في تحقيق الإيجاب والقبول في عقد الزواج أن يكون بالعبارة وقد يوجد أحدهما أو كلاهما بالإشارة أو الكتابة، في بعض صورته ولما كان الأصل فيه هو الألفاظ عني الفقهاء ببيان الألفاظ التي ينعقد بها وهو ما يعرف بصيغة عقد الزواج.

¹ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار البعث، قسنطينة، 1989، ص115.

2.1-الصبيغة:

وقد اتفق الفقهاء على أن العقد ينعقد بكل لفظ مأخوذ من مادتي الزواج والنكاح لأن أكثر النصوص الواردة فيه جاءت بهما، وأنه لا ينعقد بألفاظ الإباحة والإحلال والإيداع والإعارة والراهن لأنها لا تفيد الأبدية، والزواج من العقود الأبدية لأنه يفيد ملك المتعة للزوج.

وكذلك لا ينعقد بلفظ الوصية لأنها وإن أفادت التملك إلا أنه تملك مضاف إلى ما بعد الموت، والزواج يفيد التملك في الحال، وكذلك لفظ الإجارة لأنها وإن أفادت ملك المنفعة في الحال إلا أنها ملكية مؤقتة والزواج شرع على الدوام والتأبيد، فصبيغة الزواج يجب ألا تكون دالة على التأقيت، وألا يقترن بها ما يدل على هذا التأقيت صراحة، لأن مقتضى عقد الزواج حل العشرة ودوامها.

وذهب الإمام أبو زهرة إلى القول: "ولا ينعقد عقد الزواج إلا بالألفاظ الدالة عليه سواء كانت لغوية في دلالتها عليه أم كانت مجازاً مشهوراً وصل إلى درجة الحقيقة اللغوية أم كانت مجازاً وضعت فيه القرينة واستبان المعنى حتى صار الكلام صريحاً في إرادة الزواج"¹ والمادة العاشرة من قانون الأسرة أكدت ذلك بحيث جعلته بكل لفظ يفيد النكاح شرعاً.

وبما أن الزواج مشروط فيه الشهادة فلا بد أن يكون اللفظ الذي يعقد به صريحاً، حتى يعرف الشهود ما شهدوا عليه، فالحنفية صححوا استعمال الألفاظ غير الصريحة مع القرينة الدالة على أن المتكلم أراد بها الزواج كذكر المهر معها وإحضار الشهود وما شابه ذلك، أما المالكية فقد أجازوا التزويج بلفظ الهبة والصدقة والتمليك إذا ذكر معها الصداق ليكون قرينة على إرادة الزواج من هذه الألفاظ كأن يقول طالب الزواج: "هب لي ابنتك بمهر كذا" ويقول الآخر: "قبلت"².

إن هذه الآراء تتعلق بالإيجاب فقط أما القبول فيتحقق بأي لفظ يدل على الموافقة والرضا.

¹ الغوثي بن ملح، محاضرات قانون الأسرة بالمعهد الوطني للقضاء، 2002، ص 65.

² العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 67.

كما أنه ليس شرطاً أن يعبر عن الإيجاب والقبول باللغة العربية سواء كان العاقدان يحسنان اللغة أم لا، لأن المقصود هو التعبير الواضح عن الإرادة، لكن الشافعية ذهبت إلى أنه لا ينعقد الزواج بغير العربية إذا كان العاقدان يفهماها، كما أن الشيعة ذهبت إلى عدم جواز الترجمة مع القدرة على النطق بالعربية وإلى جوازها مع العذر كالأعجم¹.

أما في انعقاد الزواج بغير الكلام، فقد ميز الفقيه بين حالتين، فإذا كان العاقدان حاضرين معا في مجلس العقد وكانا قادرين على النطق، فلا يصح الزواج بينهما بالكتابة لأن اللفظ هو الأصل في التعبير عن الإرادة ولأن الكتابة كناية، والنكاح لا ينعقد بالكناية، أما إذا كان العاقدان غائبين، فقد ذهب جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى المنع من إجراء عقد الزواج بالكتابة بين غائبين وأجاز ذلك الحنفية، حيث يجيزون للرجل الغائب عقد الزواج بالمراسلة والتعبير عن الرضا بواسطة الرسائل المكتوبة عندما تتضمن هوية الزوجة وتتم قراءة الرسالة علانية بحضور الشهود وتعلن المرسل إليها قبولها أمامهم ولو لم تكن الرسالة قد تضمنت مقدار ونوع الصدقة².

أما المشرع الجزائري فقد ذهب من خلال نص المادة العاشرة من قانون الأسرة إلى ما ذهب إليه المانعون من انعقاد الزواج بالكتابة حيث حصر التعبير عن الإرادة في اللفظ ولم يستثنى الغائبين كما فعل بالنسبة للعاجز، في حين نجد أن بعض قوانين الأحوال الشخصية لبعض الدول العربية قد حددت موقفها بوضوح، حيث أن القانون المصري مثلا في مادته السادسة ينص على أنه: "يجوز أن يكون الإيجاب عن الغائب بكتاب أو بواسطة رسول".

أما القانون السوري للأحوال الشخصية فقد نص في مادته السابعة على أنه: "يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة إذا كان أحد العاقدين غائبا عن المجلس"³.

¹ المرجع نفسه، ص 69.

² عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 119.

³ خالد محمود طلال حمادة، عقد الزواج بالكتابة عن طريق الإنترنت، الطبعة الأولى، دار النفاس، الأردن، 2002، ص 89.

ومما تجدر الإشارة إليه أن الزواج لا ينعقد بواسطة الهاتف لأن الشاهدان يسمعان كلام أحد العاقدان فقط وسماعهما الإيجاب وحده أو القبول وحده غير كاف لصحة العقد وكذلك لو شهد إثنان على كلام أحدهما وآخران على كلام الآخر لا يعتد بذلك لأن الشهادة لم تكن على كامل العقد.

وأما عند من لم يشترط الشهادة فيمكن أن يقال أنه ينعقد متى تأكد كل من الطرفين من شخص الآخر ومن وضوح عبارته، والتأكد من ذلك عسير لاشتباه الأصوات وإمكانية تقليدها.¹

وأما العاجز عن الكلام كأخرس فإن كان لا يحسن الكتابة، فيعبر عن إرادته بإشارته المعروفة لأنه لا سبيل له في التعبير عن إرادته بها ولا يزوجه وليه إن كان بالغا، لأن الأخرس كأصم لا يحجر عليه، والأخرس إذا كان يحسن الكتابة فالأرجح أن لا يقبل منه التعبير عن إرادته بالإشارة، لأن الكتابة أقوى بيانات من الإشارة حيث يعرفها كل من يقرأ بخلاف الإشارة التي لا يعرفها إلا القليل، وهذا ما أخذ به القانون المصري حيث ينص في المادة 128 على أن: "إقرار الأخرس بإشارته المعهودة ولا يعتد بإقراره بالإشارة إذا كان يمكنه الإقرار بالكتابة..."².

وقد لاحظنا أن المشرع الجزائري عندما نص في المادة العاشرة من قانون الأسرة على أنه: "...ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة" ولم يعط الأولوية للتعبير بالكتابة عنه بالإشارة، ويفهم من ذلك أنه يمكن للأخرس التعبير عن الإرادة بالإشارة حتى ولو كان يعرف الكتابة المهم أن تكون الإشارة لديها دلالة معروفة خصوصا لدى شهود العقد.

أما عن مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة في عقد الزواج فقد أجاز الفقهاء ذلك بالنسبة للبكر فقد استنادا لقوله صلى الله عليه وسلم: "ليس للولي من الثيب أمر" وقوله: "الأيام أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن وإذنها صمتهما".

¹ محمد مصطفى، المرجع السابق، ص70.

² المرجع نفسه، ص65.

أما عن انعقاد الزواج بالأفعال فقد اتفق الفقهاء على أن الزواج لا ينعقد بالأفعال، كأن تقول امرأة لرجل زوجتك نفسي بمائة دينار مثلا، فيدفعها إليها من غير أن يتكلم حتى ولو كان أمام شهود فليس في هذه الصورة إلا الإيجاب والزواج لا يتحقق بالإيجاب وحده¹.

وعقد الزواج من بين العقود التي يمكن أن يتولاها عاقد واحد يقوم مقام عاقدين وتقوم عباراته مقام عبارتين، وذلك يكون إذا كانت ولاية إنشاء العقد في كلا الجانبين لنفس الشخص، وتكون له الولاية من الجانبين في الحالات التالية:

1- إذا كان وكيلاً عن الرجل والمرأة.

2- إذا كان وكيلاً من جانب وأصيلاً من جانب، كأن توكله المرأة في أن يزوجه من نفسه.

3- أن يكون ولياً من جانبين، كأن يزوج حفيدته من ابن عمها الذي هو حفيدته أيضاً وكلاهما في ولايته.

4- أن يكون ولياً من جانب وكيلاً من جانب آخر كأن يوكله رجل آخر في أن يزوجه من ابنته التي هي في ولايته.

5- أن يكون ولياً من جانب وأصيلاً من جانب آخر كأن التي هي في ولايته.

أما الوكالة في الزواج فقد أجازها الفقهاء وذلك لأن الواقع المعتاد في أكثر عقود الزواج أن لا يباشر الرجل والمرأة العقد بنفسهما لغلبة الحياء.

كما أنه يشترط في عقد الزواج أن يكون منجزاً وذلك بخلوه من التعليق على الشرط يحتمل أن يتحقق أو لا يتحقق وصيغته غير مضافة لأجل في المستقبل، أما إذا إقترن الزواج بشرط يتمشى ومقتضيات العقد ويساير ما تأمر به الشريعة الإسلامية فهذا جائز، كاشتراط تعجيل بعض الصداق وتأجيل بعضه، وهو ما أشارت إليه المادة 19 من قانون الأسرة بقولها: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتنافى مع هذا القانون".

¹ المرجع نفسه، ص 65، العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 74.

أما إذا كان الشرط مخالفا لقانون الأسرة ولأحكام التشريع الإسلامي ولا يتفق مع مقتضيات العقد فالشرط هنا باطل باتفاق العلماء والعقد يبقى صحيحا، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 35 من قانون الأسرة بقوله: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا"، وكما قال الرسول صلى الله عليه وسلم: "المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا".

3.1. شروط الرضا:

أما عن الشروط التي يجب أن تتحقق في ركن الرضا فهي كالاتي:

1- أن لا يكون أحد العاقدين فاقد الأهلية أو ناقص الأهلية: ويعد السفه كامل الأهلية، ولذلك يصح وينعقد عقد زواجه إذ لا حرج عليه في الزواج وآثاره.¹

وعلى العموم فإن تحديد السن لم يأت على إطلاقه ذلك أن المشرع لم يأخذ الناس جميعا مأخذا واحدا سواء كانوا ذكورا أو إناثا وإنما أعطى للقاضي السلطة التقديرية في السماح والإذن بالزواج.²

2- أن يكون الإيجاب حازما: أي ينطوي على إرادة الموجب في إبرام العقد بمجرد اقتران القبول به، وعلى أساس توافر هذه النية أو انتفاءها يفرق الفقهاء بين الإيجاب وبين الدعوة إلى التعاقد مع مراعاة أن القول بذلك من مسائل الواقع التي لا يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا.³

3- أن يكون الإيجاب كاملا: أي أن تتوفر فيه العناصر الرئيسية للعقد المراد إبرامه، بحيث ينعقد العقد بمجرد اقتران القبول به.⁴

4- أن لا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول الآخر: لأنه إذا رجع الموجب في إيجابه قبل القبول ألغى الإيجاب، فإذا جاء القبول بعد ذلك فقد جاء على غير إيجاب ويجوز للموجب الرجوع في الإيجاب ما لم يرتبط بقبوله لأن الالتزام لا يتم قبل الارتباط بين الإيجاب والقبول.

¹ الإمام محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، جمهورية مصر العربية، ص 201.

² المرجع نفسه، ص 132.

³ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، طبعة 1999، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ص 60.

⁴ الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 23.

وعلى العموم يجب أن يصدر القبول قبل سقوط الإيجاب وسقوط الإيجاب يكون:

- إما بالرفض الصادر ممن وجه إليه الإيجاب.

- وإما بانقضاء المهلة التي التزم فيها الموجب بالبقاء على إيجابه.

- إذا كان معلقا على شرط وتخلف الشرط.

كما يسقط الإيجاب غير الملزم في التعاقد بين حاضرين إذا انقضى مجلس العقد ولم يكن الموجب قد عدل عنه، أو إذا لم يقترن بتحديد ميعاد صريح للقبول ولم يستخلص من الظروف ميعاد ضمني لرجوع الموجب في إيجابه قبل قبوله ممن وجه إليه.

وإذا سقط الإيجاب لأي سبب من الأسباب المذكورة سابقا، ثم جاء القبول بعد ذلك فإن هذا القبول يعتبر إيجابا جديدا إذا قبله الطرف الآخر انعقد العقد.

5- يجب أن يكون القبول مطابقا للإيجاب: ومعنى ذلك صدور القبول بالموافقة على كل المسائل التي

تضمنها الإيجاب، ومن ثم إذا اقترن القبول بما يزيد أو يعدل فيه اعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا.

والإمام أبو زهرة له رأي مخالف بالنسبة لضرورة مطابقة الإيجاب للقبول، حيث أنه يقول: "كأن تقول هي تزوجتك على مهر قدره 100 فيقول قبلت بـ200 فإن العقد صحيح وتلزم المئة الثانية، وإذا قال هو تزوجتك على 100 وقالت هي قبلت على 50 صح العقد على 50"¹، وهو ما أيده الأستاذ الغوثي بن ملحمة.

6- أن يكون الرضا سليما من كل العيوب: وهي الإكراه والغلط والتدليس وهناك من يضيف الاستغلال، وقد نصت المادة 13 من قانون الأسرة أنه "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها".

أما إذا ورد الإكراه بمعنى المنع وليس الإكراه، فقد ذهبت المحكمة العليا إلى أنه في هذه الحالة للقاضي أن يأذن بالزواج، حيث قضت غرفة الأحوال الشخصية والمواريث بأنه: "من المقرر قانونا أنه لا يجوز للولي أن

¹ الغوثي بن ملحمة، محاضرات في قانون الأسرة، المعهد الوطني للقضاء، سنة 2002.

يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون.¹

والسؤال يطرح بالنسبة لزواج المخطوفة أو المبعدة، حيث أنه ورد في الفقرة الأولى من المادة 326 من قانون العقوبات على أن: "كل من خطف أو أبعده، أو حاول اختطاف أو إبعاد قاصر لم يكمل الثامنة عشر من عمره بغير عنف أو تهديد أو تحايل يعاقب بالعقوبة بالحبس من سنة إلى خمسة سنوات وبغرامة من 500 إلى 2000 دينار.

وعندما تزوج القاصر المخطوفة أو المبعدة من خاطفها أو مبعدها لا تتخذ إجراءات المتابعة ضده إلا بناء على شكوى من الأشخاص الذين لهم صفة في طلب بطلان عقد الزواج".

فالمشعر بعد أن جرم فعل الاختطاف أو الإبعاد تراجع إلى الوراء بقصد حماية مصلحة الضحية المخطوفة أو المبعدة ذلك أنه في حالة زواج القاصرة من خاطفها فلا يمكن أن تتخذ ضده إجراءات المتابعة الجزائية إلا بناء على شكوى ممن لهم صفة في طلب بطلان عقد الزواج، ثم تراجع خطوة ثانية إلى الوراء وقال لا يجوز الحكم على الخاطف إلا بعد القضاء ببطلان العقد، وكأن إعلان رغبة المخطوفة في الزواج من خاطفها وإبرام عقد الزواج بينهما عمل يزيل الصفة الجرمية.²

فالمتعمن في رضا الطرفين يجده معيبا، فالزوج الخاطف يعلن إجابته بالزواج بمخطوفته تهريا من المتابعة الجزائية وربما قصد إبرام زواج مؤقت، والزوجة المخطوفة تعلن قبولها قصد التستر على نفسها، فكلا الطرفين وقعا في إكراه معنوي وزواجهما معرض للإبطال في كل لحظة.

أما في الغلط قد صدر قرار عن المحكمة العليا جاء فيه: "تعتبر الكفاءة كشرط لصحة الزواج ومعناها المساواة في المركز والأخلاق".

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1993/03/30، المجلة القضائية، العدد الخاص، 2001، ص35.

² عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص66-68.

ولذا اعتبرت الكفاءة في صالح المرأة، وحسب الفقهاء فإن الكفاءة تتصل بالمال والجمال بالنسبة للمرأة، والكفاءة تتصل كذلك بخلو الزوج من العيوب المخلة بمقاصد الزواج، وإذا غابت الكفاءة كان غيابها من أسباب عدم لزوم العقد لعدم وجود الرضا عند الزوجة.

إذن لانعقاد الزواج لابد من إرادة واعية وجديّة، كما أن أساس الزواج هو الرضا والاختيار، وعليه فلا ينعقد الزواج بالإكراه المادي أو المعنوي.

ب/عيوب الرضى في عقد الزواج:

وتتمثل عيوب الرضى في عقد الزواج في الإكراه والغلط، والتدليس والاستغلال، وقد نص المشرع الجزائري على عيوب الرضى ضمن القانون المدني في المواد من 81 إلى 91.

الإكراه: إجبار الولي من في ولايته على الزواج.

الغلط: كأن يتجه الشخص إلى خطبة فاطمة ليتزوجها ويتفاجأ بمرأة أخرى زوجت له.

التدليس: كان يتجه الرجل إلى الزواج بامرأة على أساس عيونها زرقاء ويتفاجأ أنها مجرد عدسات لاصقة.

الاستغلال: كأن تتزوج المرأة رجلا يكبرها سنًا غني من أجل جمع ثروته.

أثر تخلف ركن الرضا في عقد الزواج:

ذهب جمهور الفقهاء إلى اعتبار الزواج عن غير الرضى باطلا ومنعدما لا يرتب أي أثر، سواء قبل الدخول أو بعد الدخول فإذا تم الدخول يستلزم بينهم وإلا أعتبر زنى فلا يثبت المهر والنفقة كما أنه لا يرد الطلاق.

أما إثبات النسب فقد أجمع الفقهاء عليه ما عدا الحنفية أقروا بعدم ثبوت النسب.

رأي المشرع الجزائري: يرى بأن الزواج يكون باطلا بطلان مطلق لتخلف ركن الرضى وهذا ما نصت عليه

المادة 33 من قانون الأسرة "يبطل الزواج إذا أختل ركن الرضى".

ثانيا: شروط صحة عقد الزواج

لقد رتب المشرع الجزائري شروطا لصحة عقد الزواج في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة "يجب أن تتوفر

في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج"

كما أضاف شروط أخرى تضمنتها المادتين 7 مكرر والمادة 18 من قانون الأسرة.

أولاً: أهلية الزواج:

يعرف عبد العزيز سعد العقد الصحيح بأنه: "العقد الذي يكون قد استوفى كل أركانه وشروط انعقاده، وتوفرت في المتعاقدين أهلية عقد الزواج."¹

وعليه فإن شرط أهلية الزواج يجب توافره لصحة عقد الزواج بحيث انعدامها يرتب بطلان العقد بطلاناً ومطلقاً.

1-تعريف أهلية الزواج وموقف الفقه منها.

تعرف الأهلية بأنها: "صلاحية شخص لتلقي الحقوق والتحمل بالواجبات"، وهذا التعريف القانوني يقترب من التعريف الفقهي إذ يعرفونها بأنها: "صلاحية شخص لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه."² والأهلية نوعان:

أهلية وجوب: "وهي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه"، وبهذا التعريف نعلم أن كل إنسان حر هو شخص تتوافر له أهلية الوجوب، وتثبت له هذه الأهلية من وقت ميلاده بل وقبل ذلك عندما يكون جنيناً في بطن أمه إلى وقت موته، بل وبعد ذلك إلى حين تصفية تركته وسداد ديونه، وهي لا تعيننا في التصرفات القانونية المرادة هنا.

2- أهلية أداء: "وهي صلاحية الإنسان لاستعمال الحق"، ويحصل أن تتوافر للإنسان أهلية الوجوب دون أهلية الأداء، فيكون مستمتعاً بالحق وهذه أهلية الوجوب دون أن يستطيع استعماله بنفسه وهذه هي أهلية الأداء.

¹ -عبد العزيز سعد-المرجع السابق-ص.

² -عبد العزيز سعد--المرجع السابق-ص184.

ومن هنا أمكن فصل أهلية الوجوب عن أهلية الأداء، والأهلية التي تعيننا في هذا المجال هي أهلية الأداء، فمتى توافرت للشخص الأهلية الكاملة "بأن يكون بالغاً، عاقلاً، خالياً من الموانع الشرعية" كان صالحاً لمباشرة كافة العقود ومن بينها عقد الزواج.¹

ولم يحدد الفقهاء بصفة قاطعة سن البلوغ الذي تتم فيه أهلية الفتى والفتاة للزواج، وقالوا بأن مرحلة البلوغ هي تلك الفترة الزمنية التي تأتي بين مرحلتى الطفولة والتميز، وهي تظهر طبيعياً بعلامات توجد في الفتى كالاختلام، وفي الفتاة كالحيض، ورغم هذا قدر جمهور العلماء سن البلوغ بالخامسة عشر للذكور والإناث، في حين ذهب المالكى إلى أن نهايته هي ثمانية عشر عاماً في الفتى والفتاة.²

وعلى هذا فالصغير غير المميز لا ينعقد الزواج بعبارته قولاً واحداً، وأما الصبي المميز فينعقد عند أغلب الفقهاء ولكن يكون موقوفاً على إجازة وليه، على أنه متى ظهرت فيه إحدى علامات البلوغ الطبيعية جاز له أن يعقد الزواج بنفسه، وهذا طبقاً لقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾³

وهنا دلالة على أن بلوغ سن النكاح هو علامة انتهاء الصغر.

-بالنسبة للعقل فإن جمهور الفقهاء لا يشترطونه لصحة عقد الزواج، فيجوز عندهم أن يزوج الولي (أباً أو غيره) المجنون أو المجنونة، وكذا المعتوه أو المعتوهة، ولا فرق في الجنون بين أن يكون أصلياً أو طارئاً عند أبي حنيفة وأصحابه، وقال الإمام زفر: "إذا بلغ عاقلاً ثم طرأ عليه جنون فلا يملك أحد تزوجه"، وقال الجعفري: "بل الولاية حينئذ للقاضي لا للأولياء".

ويترتب على زواج الصغير أو المجنون حق البلوغ بالنسبة للأول فيختار عند بلوغه فسخ زواجه أو إمضاؤه، ومثله خيار الإفاقة لكل من المجنون أو المعتوه.

2-أهلية الزواج في قانون الأسرة:

¹ جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية وعوارضها، عين مليلة: دار الهدى للطباعة والنشر، 1993، ص12.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة (طبعة 1999، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية) الجزء الأول، ص60.

³ سورة النساء: الآية5.

إذا كان الزواج في الفقه الإسلامي لم يكن موقوفاً على سن معينة، ولا معلقاً على شرط بلوغ عدد من السنين مضبوط ومتفق عليه، فإن النصوص القانونية الوضعية تناولت المسألة بالتنظيم، باعتبارها تحافظ بقوانينها على سلامة الفرد والمجتمع وتحميها مبررة عملها بما أثبتته، الأطباء وعلماء الاجتماع من أن زواج الصغار يترتب عليه كثيراً من الأضرار الجسمانية والنفسية والاجتماعية، وكم نشأت من جراء ذلك من مآسي اجتماعية وأضرار خلقية واضطرابات عائلية، وذلك لتعقد الحياة وصعوبة طرق المعيشة، فالزوج مطالب بتأمين النفقة على الأسرة الناشئة والزوجة تنال من جسمها وصحتها العلاقة الجنسية وتبعات الزوجة، وفوق هذا وذلك فإن الزواج أبدي به تنشأ الأسرة وتكون رعاية الأولاد وكل هذه التبعات التي يفرضها عقد الزواج تفترض أن يكون المتعاقد جسمياً قادراً على تحملها ومتمتعاً بقدر كاف من التمييز يستطيع معه إدراك نتائج وعواقب ما هو مقدم عليه، وهذه الأمور كلها لا تكون إلا ببلوغ الشخص سناً معينة.

ولعل أهم نص نظم أهلية الزواج قبل صدور قانون الأسرة هو القانون رقم 63-224 الصادر في 1963/06/29 والمتعلق الجديد سن الزواج حيث تضمن ستة مواد، فنص في المادة الأولى منه على أنه: "لا يجوز للرجل الذي لم يكمل الثامنة عشر سنة ولا للمرأة التي لم تكمل السادسة عشرة أن يعقدا زواجا ويجوز لرئيس المحكمة الابتدائية الكبرى أن يعفيهما من شرط السن إذا رأى لذلك أسباباً خطيرة، وذلك بعد استطلاع رأي وكيل الدولة"، كما نص في بقية المواد على معاقبة الأشخاص الذين يخالفون أحكام المادة الأولى، ولا يحترمون السن القانونية المحددة.¹

وهذا الجزاء قد لا يجد نفعاً لدى البعض خاصة عند علمهم بما تنص عليه المادة 22 من قانون الأسرة من إمكانية تسجيل العقد بحكم أمام القضاء إذا اكتملت أركانها، والأهلية كما نعلم ليست ركن بل شرط، وعلى العكس من هذا القانون ما كان يقضي به القانون رقم 63-224 في المادة الثانية التي تنص: "يعاقب كل من ضابط الأحوال المدنية والقاضي والزوجين وممثليهما والشركاء الذين لم يراعوا شرط السن المنصوص عليها

¹ - محمد محدة-المرجع السابق-ص135.

في المادة الأولى بالحبس من 15 يوما إلى 3 أشهر وبغرامة من 400 إلى 1000 فرنك جديد أو بإحدى هاتين العقوبتين".¹

من بين مواد قانون الأسرة التي مسها التعديل المقترح نجد المادة 7 من قانون الأسرة، المتعلقة بأهلية الزواج، حيث تم تعديل المادة ذاتها بموجب المادة الرابعة من مشروع التعديل وكذا استحداث مادة أخرى تحت رقم 7 مكرر، وهذا بموجب المادة الخامسة منه، وهما ما ستناولهما بالدراسة لمعرفة ما أتيا به من جديد.

فتنص المادة 7 "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

ويكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

حيث من خلال قراءة وتحليل هذه المادة نجدها تتكون من فقرتين عكس ما كانت عليه، أين في الفقرة الأولى تم تحديد سن الزواج للرجل والمرأة هو 19 سنة وكذا تم الإبقاء على صلاحية القاضي منح ترخيص للزواج قبل ذلك متى تأكدت قدرة الطرفين عليه.

أما الفقرة الثانية فتضمنت منح القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج والتزاماته، أي منحه الترشيح بقوة القانون.

وقد ورد في عرض الأسباب أن السن المقترح تم تحديده ليتطابق مع سن الرشد المدني، ويتساوى بهذا الرجل والمرأة.

أما في إطار تقييم هذه المادة نقول أنه بعد أن كان سن الزواج في القانون رقم 224-63 هو 18 سنة للفتى و16 سنة للفتاة، وهو ما يوافق سن التمييز في القانون المدني، لكي يتفادى المشرع الوقوع في حالة تصرف عديم التمييز والذي يترتب عليه البطلان المطلق، أصبح في قانون الأسرة رقم 11/84 محدد بـ18 سنة

¹ -محمد محدة-المرجع السابق-135.

وللفتاة و21 سنة للفتى، وهو ما يوافق بالنسبة للفتاة سن البلوغ عند الإمام مالك، ويتناسب بالنسبة للرجل مع انتهاء واجب الخدمة الوطنية وتفرغه لإنشاء عائلة والتكفل بالتزاماتها.¹

أما التعديل 2005 فقد جعل سن الزواج 19 سنة بالنسبة للرجل والمرأة ليوحد بهذا بين سن الرشد المدني وسن الزواج وهذا ما يؤكد عرض الأسباب المرفق بالمادة، لكن نتساءل ما جدوى هذا التوحيد بين سن الرشد المدني وسن الزواج، بل أكثر من هذا ما جدوى مساواة سن الرجل بالمرأة خاصة إذا علمنا أنه:

-فيما يخص مساواة الرجل بالمرأة في سن الزواج، فإنه لا يخدم مصلحة المرأة، حيث أنه من الثابت علمياً وفقها أن المرأة تبلغ قبل الرجل وتصبح مؤهلة للزواج قبله، إضافة إلى عاداتنا وأعرافنا السائدة عندنا وفي كل الدول العربية والتي تميل كلها إلى زواج الفتاة قبل الفتى وإلى الزواج المبكر بصفة عامة لتفادي الانحرافات الأخلاقية والاجتماعية.

وفيما يخص توحيد سن الرشد المدني مع سن الزواج، فإنه يعتبر مبالغ فيه كونه وبالنظر لأغلب بلدان العالم نجد أن سن الزواج فيها يختلف عن سن الرشد المدني، وهذا لما يتميز به عقد الزواج من خصائص عن بقية العقود حيث أنه يفترض البلوغ والعقل أكثر من الرشد، وقد أكد الفقهاء على صحة زواج المميز. كما أنه ورد في تعديل المادة 7 من قانون الأسرة أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات، وهو ما يجعل إشكالية اختلاف سن الرشد عن سن الزواج غير قائمة، حيث أنه يصبح راشداً بقوة القانون في حدود عقد زواجه وما يرتبه من آثار.

ومنه يكون مشروع التعديل قد حل إشكالية اختلاف سن الزواج عن سن الرشد بمجرد نصه على الترشيد القانوني سابق الذكر، وعليه لم يكن ملزماً أن يساوي بين الرجل والمرأة من حيث سن الزواج، ولم يكن مجبراً أن يساوي بين أهلية الزواج وسن الرشد المدني، فلا يخضع تحديد سن الزواج سوى لدراسة اجتماعية للبيئة الجزائرية، يقوم بها علماء الاجتماع وأطباء وعلماء الشرع ورجال القانون وهذا للوصول إلى

¹ -فضيل سعد-المرجع السابق-ص59.

الأفضل وتفادي الحالات العديدة التي يلجأ فيها إلى الزواج رغم عدم توافر السن القانونية ولما يتبع ذلك من مشاكل بالنسبة لأبناء هؤلاء.

إلا أنه يمكن انتقاد للمادة 7 من قانون الأسرة التي أضاف إشكاليات أخرى، نلخصها فيما يلي:

-يصبح الاستثناء قاعدة والقاعدة استثناء، وهذا ما يجعل رئيس المحكمة وكأنه من يأذن بالزواج من خلال منحه للترخيص بصفة كبيرة.

إضافة إلى إشكالية الضرورة والمصلحة التي تقدر لمنح الترخيص والتي حتما تختلف من قاضي لآخر، فما يعتبر عند واحد ضرورة لا يعتبر كذلك عند الآخر دون الإشارة إلى اختلافها من منطقة إلى أخرى ومن عرف لآخر وبهذا نكون في مواجهة حالة من تفاوت في منح التراخيص لكي لا نقول تناقض، حيث يصدر أمر يبرر منح التراخيص، ويصدر أمر آخر في نفس الحالة في مكان آخر يبرر رفض منحه؟

-وبالنتيجة على ازدياد طلب التراخيص بسبب رفع سن الزواج يزداد رفض منحها لأن الأسباب غالبا ما تتعلق بعرف المنطقة (خاصة الزواج المبكر للفتاة) وتزداد دعاوى تسجيل الزواج في الحالة المدنية، أين لا تشترط المادة 22 من قانون الأسرة سوى ضرورة توافر الأركان، وأهلية الزواج كما نعلم ليست كذلك.

وفيما يخص المادة 7 مكرر تنص على أنه: "يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن الشهرين تثبت خلوهما من أي مرض يتنافى مع الزواج.

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

وقد وردت هذه المادة التي نحن بصدد تحليلها ومناقشتها متكونة من ثلاث فقرات، حيث تضمنت الفقرة الأولى النص على شرط جديد من شروط الزواج، وهو تقديم وثيقة طبية تثبت خلوهما من أي مرض يتنافى مع الزواج، لا تزيد مدة استخراجها عن شهرين، وفي الحقيقة فإن هذا الشرط ليس بجديد فعلا عن عقود

الزواج عندنا، كونه كان متوفر كشرط خاص يخص بعض الفئات الاجتماعية بالنظر إلى طبيعة وظيفتهم وهم أفراد الجيش.

والمتصفح كذلك لقانون الأحوال الشخصية السوري رقم 34 الصادر بتاريخ 1975/12/31 نجده أورد هذا الشرط في الفصل السادس (معاملات الزواج الإدارية) في المادة 40: فأوردت: "...شهادة من طبيب يختاره الطرفان بخلوهما من الأمراض السارية ومن الموانع الصحية للزواج، وللقاضي التثبت من ذلك بمعرفة طبيب يختاره"¹، فهو من بين الشروط التي وضعها القانون السوري وسماها الدكتور عبد الرحمن الصابوني بالشروط القانونية لأن الفقهاء لم يشترطها ولا تؤثر على صحة العقد وانعقاده، ولكنها ضرورية لتوثيق العقد وتسجيله والتأكد من شخصية الزوجين.

أما الفقرة الثانية فإنها تناولت إلقاء التزام على عاتق الموثق وضابط الحالة المدنية للتأكد من قيام الطرفين بالفحوصات، وهذا من خلال الوثيقة المقدمة وباعتبارهم المكلفين بتحرير عقود الزواج.

أما الفقرة الأخيرة فقد أحالت على التنظيم لتطبيق هذا الشرط.

وكتقييم لهذه المادة نقول أنها أتت لتدعم شرط الأهلية الكاملة في الزواج، فأضافت شرط تقديم شهادة طبية تثبت أن الطرفان خاليان من أي مرض يتنافى مع الزواج، لأن إصابة أحد الزوجين بمرض معد ينتقل للزوج الآخر فيه من الضرر ما لا يخفى كما أن فيه تغييراً للسليم منهما إذ ربما لو علم بمرض زوجه لما وافق على الزواج به.

وقد أوكل مهمة تجسيد هذا الشرط إلى الموظف المكلف بتحرير عقود الزواج وهما الموثق وضابط الحالة المدنية اللذان يعتبران أكثر الناس ضماناً لها ولتطبيقها.

وفي الأخير نشير أنه من خلال الاطلاع على مؤلف الصابوني² نجده قدم اقتراح أن يضيف مشرعهم إلى جانب الشهادة الطبية تقريراً يتضمن فحص لدم كل من الزوجين لأن الطب الحديث بما توصل إليه المخبر من

¹ سعدي أبو جيب، أديب إستانبولي: المرشد في قانون الأحوال الشخصية، الطبعة 2، دمشق: المكتبة القانونية، 1990، ص 38.
² عبد الرحمان الصابوني: قانون الأحوال الشخصية السوري (الطبعة الخامسة، دمشق: مديرية الكتب الجامعية، 1979) ص 214-215.

دقة في التحليل على أن فصيلة دم الزوجة إذا لم تكن على وفاق مع فصيلة دم الزوج، فقد يحصل تشويه في الجنين أو إجهاض قبل الأوان أو ينشأ الولد مريضاً إلى غير ذلك من الأمور، ولا بأس من تبني اقتراحه ليضاف إلى مقترحات التعديل.

كما يكون تقدير سن الزواج وقت إبرام العقد وليس وقت الدخول وفي حالة إبرام عقد الزواج قبل اكتمال السن القانوني، فيعتبر باطلاً بطلان مطلق قبل الدخول، ونسبياً بعد الدخول أي قابل للإبطال وهذا حماية للأسرة ما دام أن هذا العقد تحقق فيه ركن الرضى.

المدنية بسعي من النيابة العامة)) نجد أنهما عالجتا نفس المشكل الوارد في المادة الأولى من قانون رقم 63، أما أحكام النصوص الباقية، والتي لم يتعرض لها قانون الأسرة، فإنها تعتبر أحكاماً قابلة للعمل بها، وبالرجوع إلى المادة 223 التي تنص على أنها: ((تلغى جميع الأحكام المخلفة لهذا القانون))، وبالتالي يمكن العمل بالأحكام المنصوص عليها في النصوص 02 و03 و04 من القانون رقم 63، لأنه لا يوجد ما يقابلها من نصوص في قانون الأسرة، أو ما يخالفها، أو يتعارض معها، فهي إذن سارية المفعول وقابلة للتطبيق على رأي عيسى حداد¹ وعبد العزيز سعد².

الفرع الولاية في عقد الزواج:

الولاية هي الشرط الثاني من شروط عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، وقد نصت على ذلك المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري الذي جاء فيها: ((يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي...)).

ونظراً لأهمية هذا الشرط وكثرة الأحكام المترتبة عليه والجدل القائم حوله فلا بد من تعريف الولاية (الولي) وبيان أقسامها وحكمها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وشروطها وذلك بالتركيز على أهم المسائل المختلف فيها بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

¹ حداد عيسى، عقد الزواج، دراسة مقارنة منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، 2006، ص.102-103.

² سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دارهومة، 2007، ص.28.

أولاً: تعريف الولاية (الولي) وبيان أقسامها وشروطها:

أ-تعريف الولاية:

الولاية لغة: الولاية لغة بكسر الواو وهي النصرة والمحبة، ومنه قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَوَلَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا فَإِنَّ حِزْبَ اللَّهِ هُمُ الْغَالِبُونَ﴾¹، والولي هو الناصر والمحب والمعين، كما تأتي بمعنى القائم بأمر الشخص والمتولي لشؤون²، ويسمى متولي العقد الولي، ومنه قوله تعالى: ﴿فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾³. والولي ضده العدو والولي المالك، نقول ولي اليتيم أو القتيل؛ بمعنى المالك أمرهما، وولي المرأة الذي يلي عقده عند الزواج.⁴

الولاية شرعاً: ((سلطة شرعية نُحَوَّلُ لصاحبها إنشاء العقود والتصرفات وجعلها نافذة؛ سواء كان موضوع التصرف يخصه أو كان يخص من في ولايته ممن له عليه سلطة مستمدة من الغير بما في ذلك تصرفات الوكيل في حدود عقد الوكالة)).⁵

وعرّف ابن عرفه الولي بأنه: من له على المرأة ملك أبوة أو تعصيب أو إيضاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام.

الولاية في الاصطلاح القانوني: هي سلطة شرعية تجعل تصرف الإنسان نافذاً شرعاً؛ وهي تشمل سلطة التزويج والتربية والتعليم وغيرها من الحقوق الشخصية.⁶

ب-أقسام الولاية: تنقسم الولاية إلى ثلاثة أقسام: ولاية على النفس وولاية على المال وولاية على النفس والمال معاً.

الولاية على المال: وهي سلطة التصرف في المال، سواء أكانت قاصرة أو معتدية-وهذه ليست موضوع بحثنا-

¹ سورة المائدة، الآية 56.

² ابن منظور، لسان العرب، ج 15، ص 407.

³ البقرة، الآية 282.

⁴ الزمخشري الإمام أبي قاسم محمود بن عمر، أساس البلاغة، قاموس عربي-عربي، عن مليلة الجزائر: دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، ص 743.

⁵ مذكور محمد سلام، أحكام الأسرة في الإسلام، القاهرة: دار النهضة العربية، 1967، ص 170.

⁶ شرف الدين عبد العظيم، تاريخ التشريع الإسلامي، ص 601.

الولاية على النفس: وهي سلطة إنشاء عقد الزواج¹ -وهي موضوع بحثنا- لأن ولاية التزويج جزء من الولاية على النفس؛ والولاية على النفس نوعان:

1/ ولاية قاصرة: وهي سلطة تزويج الإنسان نفسه، دون توقف على رضا أحد وهذه الولاية مرتبطة بأهلية الأداء؛ فمن تثبت له أهلية الأداء الكاملة كانت له ولاية قاصرة على نفسه.

2/ ولاية متعدية: وهي سلطة تزويج الإنسان غيره جبراً عنه، أو هي سلطة الشخص في إنشاء عقد الزواج لغيره، وقد تكون ولاية عامة كالولاية التي تثبت للقاضي على الصغير ومن في حكمه، وقد تكون ولاية خاصة تثبت للأب أو الجد وبمقتضاها يكون لهذا الولي حق تزويج هذا الصغير ومن في حكمه.²

أ/ ولاية إجبار: وهي التي يستبد الولي فيها بتزويج من تحت ولايته بغير إذنه ورضاه، فولاية الإجبار تثبت على الصغير أو من في حكمه، وتثبت على الصغيرة سواء كانت بكرةً أو ثيباً، وأضافوا الثيب البالغة إذا ظهر فسادهما وكذا المجنونة³، وتعتبر ولاية كاملة.⁴

ب/ ولاية اختيار: وهي التي لا يستطيع الولي أن يستبد بتزويج المولى عليه؛ بل لابد من مشاركة الزوجة ولها في اختيار الزوج، ويتولى الولي عقد الزواج.

وتسمى عند المالكية بولاية الشراكة، ويُطلق عليها الأحناف ولاية الاستحباب.⁵

ت-شروط ولاية التزويج:

لم يحدد المشرع شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري⁶، لذا يجب الرجوع إلى ما نص عليه فقهاء الشريعة الإسلامية وفقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

¹ السباعي مصطفى، المرجع السابق، ص.31، والغندور أحمد، المرجع السابق، ص.123.

² إمام محمد كمال الدين، والشافعي جابر عبد الهادي سالم، المرجع السابق، ص.266.

³ الكاساني، المرجع السابق، ج.02، ص.361.

⁴ الغندور أحمد، المرجع السابق، ص.139.

⁵ بلجاج العربي، أحكام الزواج في ظل قانون الأسرة الجديد، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص.309.

⁶ في حين نجد بعض التشريعات العربية حددتها كما هو الشأن بالنسبة للتشريع التونسي: حيث نص في الفصل 08 على أنه ((يجب أن يكون الولي عاقلاً ذكراً رشيداً))، موسوعة التشريعات العربية، مجلة الأحوال الشخصية التونسية،

وجاء في القانون المغربي في الفصل 11 ومشروع القانون العربي في المادة 20: ((يشترط في الولي أن يكون ذكراً بالغاً عاقلاً مسلماً إذا كانت الولاية على مسلم)). ابن معجوز، أحكام الأسرة، ص.350-51، المجلة العربية، الأمانة العامة، ص.20.

وحدد فقهاء الشريعة الإسلامية شروط الولي كالآتي:

1-العقل: فلا ولاية للمجنون أو المعتوه في الزواج لأنه لا ولاية على نفسه في الزواج؛ فأولى أن لا يكون أهلاً للولاية على غيره.¹

2-البلوغ: فلا ولاية للصبي على غيره في الزواج؛ لأنه لا ولاية له على نفسه فلا ولاية له على غيره بالأولى.

3-اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه: فلا ولاية لغير المسلم على المسلم لقوله تعالى: ﴿لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾²، وكذا فلا ولاية للمسلم على غير المسلم لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾³.

غير أن هذا لا يشترط في الولاية العامة؛ فإن الحاكم تثبت ولايته على رعاياه من غير المسلمين أيضاً.⁴ هذا بالنسبة للشروط المتفق عليها⁵ بين الفقهاء أما الشروط المختلف فيها كالعدالة فذهب المالكية⁶ في رواية⁷ والشافعية⁷ في رواية، وروي عن الإمام أحمد اشتراطها أيضاً، ولكن الحنفية⁸ ومن وافقهم لا يشترطون في الولي العدالة؛ لأن أساسها الشفقة والحرس على تحقيق المصلحة.

قال الدكتور مصطفى السباعي: ولأن اشراط ذلك يؤدي إلى حرج كبير والعمل في العصور الإسلامية المختلفة منذ عهد النبي صلى الله عليه وسلم قائم على عدم منع الولي غير العدل من تزويج أولاده وبناته

ثانياً: حكم الولي واشتراطه في عقد الزواج بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

¹ السباعي مصطفى، المرجع السابق، ص.141.

² سورة آل عمران، الآية 28.

³ سورة الأنفال، الآية 73.

⁴ الزحيلي وهبة، المرجع السابق، ج.07، ص.196.

⁵ السباعي مصطفى، المرجع السابق، ص.141.

⁶ ابن رشد، بداية المجتهد، ج.08، ص.12.

⁷ الشرييني، مغني المحتاج، ج.03، ص.209.

⁸ الكاساني، المرجع السابق، ج.06، ص.239.

أ/ الجانب الفقهي: اختلف الفقهاء بشأن ركنية الولي واشتراطه في عقد الزواج.

فذهب الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى اعتبار الولي ركناً من أركان عقد الزواج أي أنه لا نكاح إلا بولي.

وذهب الحنفية إلى القول بعدم ركنية الولي أي أنه يصح النكاح بدون ولي إذا كان الزوج كفاء للزوجة¹، واعتمدوا على أدلة من الكتاب والسنة والمعقول.

1- أدلة الجمهور: ((المالكية والشافعية والحنابلة):

من الكتاب: قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾² تؤكد هذه الآية ضرورة الولي في عقد الزواج، كما أنها تنهى عن عضل الأولياء، فالخطاب موجه للأولياء ولو لم يكن لهم حق في الولاية لما نُهوا من العضل.

ونزلت هذه الآية في "معقل ابن يسار" حين زوّج أخته من رجلٍ فطلّقها لكنه رجع لخطبتها بعد انقضاء العدة فرفض معقل إرجاعها له، فنزلت الآية الكريمة، فعلى الرغم من كون أخت معقل ثيباً إلا أن الخطاب في الآية وُجه لولمها، ولجاز لها تزويج نفسها بدون إذن أخيها (ولمها).

واستدلوا أيضا بقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ﴾³ وقوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾⁴، فالشارع أسند النكاح للأولياء في هذه الآية ولم يسنده للنساء؛ فلم يجز لها عقد زواجها لنفسها ولا لغيرها حتى ولو كان هذا الغير امرأة مثلها، ولو كان للنساء ولاية على أنفسهن كان حكم التكاليف موجهاً إليهن كما في سائر الأعمال والتكاليف الخاصة بهن⁵، كما في قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾⁶ وقوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَكْتُمْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ...﴾⁷ وقوله تعالى: ﴿وَقُلْ

¹ الكاساني، المرجع السابق، ج.02، ص.364 و365. وابن رشد، المرجع السابق، ج.02، ص.07.

² سورة البقرة، الآية 232. فلا تعضلوهن: فلا تمنعهن (الخطاب لولمها).

³ سورة النور، الآية 32. انكحوا: زوجوا (الخطاب للأولياء). الأيماى: الأيم: من لا زوج لها ومن لا زوجة له.

⁴ سورة النساء، الآية 25.

⁵ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج.03، ص.158.

⁶ سورة البقرة، الآية 228. يتربصن بأنفسهن: ينتظرن صابرات على أنفسهن مدة ثلاثة قروء. قروء: أطهار أو حيضات..

⁷..سورة الطلاق، الآية 04.

لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَى جُيُوبِهِنَّ¹؛ فدللت هذه الآيات كلها على ضرورة اشتراط الولي في النكاح.

من السنة: ما رواه عروة عن عائشة أنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((أيم امرأة نكحت بغير ولها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل))².

ومما روي عن أبي بردة عن أبيه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل)) ، فالحديث الأول يؤكد على بطلان الزواج مطلقاً إذا لم يتوفر على ولي من جهة ومن جهة يدل على اعتبار الولي في النكاح سواء كانت المرأة بكاراً أم ثيباً صغيرة أو كبيرة.

أما الحديث الثاني فهو صريح في أن الزواج لا يصح إلا بولي؛ فالحديثان يدلان على أنه ليس للمرأة أن تزوج نفسها ولا غيرها إذ لا بد من وجود الولي.

كما أكد أن الولي يجب أن يكون رجلاً لا امرأة.

أقوال الصحابة: قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: يُجلب الولي الذي زوج المرأة، وكان يُعاقب أشد العقوبة على الزواج بدون ولي، والقائل بالولي عمر بن الخطاب وعلي ابن أبي طالب.³

المعقول: الزواج له مقاصد سامية يُعقد لأغراض لا تتحقق مع كل زوج ويتطلب خبرة بأحوال الرجال، ومعرفة بمن يصلح منهم للحياة الزوجية ومن لا يصلح، والمرأة لا يتيسر لها الوقوف على أحوال الرجال لقلة

¹ سورة النور، الآية 31.

² هذا الحديث من رواية ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها وهو بهذا اللفظ أخرجه البيهقي 125/7 وفي الصغرى 261/5 برقم 1868 ولفظ قريب منه مع ذكر الشاهدين أخرجه ابن حبان 1247-موارد والدارقطني 225/3-226. وقد أخرج الحديث بإسناده هذا ابن جريج عن سليمان بن موسى كل من: أبي داود 2083 والترمذي 176/2-تحفه وابن ماجه 1879 واحمد 47/6، 166-165 والدارمي 137/2 والحميدي 228 وسعيد بن منصور 528، 529 والشافعي 1543 والحاكم 168/2 والبيهقي 105/7 وغيرهم وقد رواه عن ابن جريج ثلاثة عشر راويًا أو أكثر كلهم بدون ذكر الشاهدين.

لكن قد أخرج هذا الحديث أيضا مع ذكر الشاهدين ابن حبان والدارقطني والبيهقي كما سبق وقد رواه عن ابن جريج ثلاثة رواة: عيسى بن يونس وحفص بن غياث ويحيى بن سعيد الأموي وهم ان كانوا اقل عددا ممن رواه بدون الشاهدين لكنهم ثقات مأمونون في الجملة فلا مناص من قبل زيادتهم

في ذكر الشاهدين خصوصا وان له طرق اخرى عن هشام بن عروه بذكر الشاهدين وطرق اخرى عن الزهري بها فضلا عن شواهد في هذا الباب التي جميعها وتكلم عليها الشيخ الالباني في الارواء 1858 ومن اجل ذلك صحح ذكر الشاهدين الامام الشافعي فيما نقله عنه البيهقي 125/2 وغيره

³ تقيية عبد الفتاح، النصوص التشريعية في قضايا الأحوال الشخصية، قانون الأسرة، القاهرة: دار الكتاب الحديث، 2012، ص. 158.

تجاربها وسرعة تأثرها وانخداعها بزخرف القول لاسيما أنها تخضع لحكم العاطفة، وقد تتعجل بالموافقة على الزواج من رجلٍ لا يصلح للزواج؛ فكان من المصلحة جعل الزواج بيد الرجال لأنهم أخبر بذلك من النساء لكثرة اختلاطهم وممارستهم لشؤون الحياة.¹

2- أدلة الأحناف:

ذهب أبو حنيفة وُزُقِرُ وأبو يوسف في ظاهر الرواية إلى أن للمرأة البالغة العاقلة أن تتولى عقد زواجها بنفسها متى كان الزوج كفىً والمهر مهر المثل ما لم تلد أو ما لم يظهر عليها الحمل ولا اعتراض لأحدٍ عليها، كما أن لها أن تزوج غيرها²، واستدلوا بما يلي:

من الكتاب: قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا...﴾³ أي يتناكحا، أضاف النكاح إليهما بغير ذكر الولي، وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾⁴ أي أنه أضاف النكاح إليهن على جواز النكاح بعبارتهم من غير شرط الولي.

أما الآية الثانية ففيها نهي للأولياء عن منع نكاحهن أنفسهن من أزواجهن إذا تراضا الزوجان.⁵ من السنة قوله صلى الله عليه وسلم: ((الأئيم أحق بنفسها من وليها))، والأئيم كل من لا زوج لها بكرًا كانت أم ثيبًا، لها الحق في تولي أمر نفسها، وهذا يخول لها حق عقد الزواج بدون وليها. وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث نافع بن جبير بن ابن عباس: ((ليس للولي مع الثيب أمر اليتيمة تُستأمر وسمتها إقرارها)).

وهذا قطع ولاية الولي عنها.

المعقول للمرأة أهلية كاملة في ممارسة جميع التصرفات المالية من بيع وإيجار ورهن... فتكون أهلاً لمباشرة زواجها بنفسها؛ لأن التصرف حقٌ خالصٌ لها.¹

¹ الغندور أحمد، المرجع السابق، ص.124.

² الغندور أحمد، المرجع السابق، ص.125. وإمام محمد كمال الدين، والشافعي جابر عبد الله الهادي سالم، المرجع السابق، ص.262.

³ سورة البقرة، الآية:230.

⁴ سورة البقرة، الآية:232.

⁵ الكاساني، المرجع السابق، ج.02، ص.370.

ومن خلال عرضنا لأدلة الفريقين يتبين-على اختلاف حججهم-أنهم متفقون على أنه لا بد من استئذان الولي والمرأة لا بد من موافقتها، فرغم اشتراط الجمهور للولي فهم لم يهملوا موافقة المرأة ولم يقولوا بإكراهها. والحنفية قالوا بعدم اشتراط الولي ولكنهم يقولوا بعدم استئذانه وبالتالي فالولاية-ولاية التزويج- مشتركة بينهما-الولي والمرأة-وليس لأحدهما أن ينفرد بها دون رضا الآخر وإنما يُستحب مباشرة الولي للعقد صيانة لكرامة المرأة وحفظاً لحيائها ومراعاة للعرف والعادة؛ لأن العادة مُحَكِّمة.

ب-الجانب القانوني:

لم يختلف موقف المشرع الجزائري عن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من اشتراط الولي في عقد الزواج؛ وذلك ما نصّ عنه قانون الأسرة الجزائري في المادة 09 مكرر من قانون 02-05 التي نصت صراحة على شروط عقد الزواج، وهي أهلية الزواج، الصداق الولي، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج. وانبثق عن اشتراط الولي في عقد الزواج مجموعة من المسائل نختار منها انفراد المرأة البالغة العاقلة بعقد زواجها، وتزويج الولي الأبعد مع وجود الولي الأقرب لكثرة الجدل القائم حولها. وهذا بناءً على ما جاءت به المادة 11 بفقرتها الأولى و الثانية، حيث نصت في الفقرة الأولى على مباشرة المرأة الرشيدة عقد زواجها بنفسها بحضور وليها، وعلى تزويج الأبعد مع وجود الأقرب.

ونصت الفقرة الثانية على وجوب تولي الولي زواج موليته القاصرة.

وسنحاول التعرض لكل واحدة من هذه المسائل بشيء من التفصيل في دراسة مقارنة بين جميع الأطراف محاولين إخراجها من كونها مجرد جدل قائم إلى رأيٍ نقرب فيه بين جميع الرؤى لإزالة اللبس والإبهام.

ثالثاً: مسائل الولاية:

أ-المسألة الأولى: انفراد المرأة البالغة العاقلة بعقد زواجها:

الجانب الفقهي:

¹ الزحيلي وهبة، المرجع السابق، ج.02، ص.195.

اتفق الفقهاء على أنه إذا باشر الولي الشرعي عقد زواج موليته البالغة العاقلة الرشيدة برضاها وبإذنها كان هذا العقد صحيحاً وناظراً.¹

ووقع الخلاف بين الفقهاء في حكم مباشرة العاقلة الرشيدة عقد زواجها بنفسها على ثلاثة أقوال:

-القول الأول: ذهب المالكية والشافعية والحنابلة² في ظاهر المذهب إلى أن المرأة إذا زوجت نفسها كان زواجها باطلاً سواء كانت بكرًا أم ثيباً، إذن لها الولي في مباشرة العقد أو لم يأذن.

-القول الثاني: ذهب الحنفية إلى أن المرأة الرشيدة إذا زوجت نفسها لكفء وبمهر المثل كان زواجها صحيحاً نافذاً ولزماً، وإذا زوجت نفسها بغير كفء أو بغير في المهر كان زواجها صحيحاً نافذاً إلا أنه غير لازم فيثبت لوليها حق الاعتراض على زواجها وفسخه، ما لم تلد أو تحبل حبلاً ظاهراً.

-القول الثالث: ذهب الحنابلة في قول وأبو فور من الشافعية إلى أن المرأة الرشيدة إذا زوجت نفسها بإذن وليها كان زواجها صحيحاً لازماً، وإن زوجت نفسه بغير إذن وليها كان نكاحها باطلاً.

استدل أصحاب القول الأول بقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ أَرْوَاجَهُنَّ﴾³.

ووجه الدلالة⁴ من هذه الآية اعتبار الولي شرطاً في الزواج وأنه هو الذي يتولى ويباشر عقد زواج موليته دونها، واستدلوا أيضاً بقوله صلى الله عليه وسلم: ((لا نكاح إلا بولي)).⁵

ووجه الاستدلال⁶ يدل على عدم انفراد المرأة بعقد زواجها ومباشرته بنفسها لاشتراط الولي في صحة نكاحهن.

¹ حسين أحمد فراج، المرجع السابق، ص.176. والسباعي مصطفى، المرجع السابق، ص.133.

² أخرجه أبو داود، في النكاح، باب: (في الولي)، حديث2085، 229/2. والترمذي في النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، حديث(1101)، 398/3. وابن ماجة في النكاح، باب: لا نكاح إلا بولي، حديث(1881)، 605/2. وأخرجه أحمد في المسند، 4/ 394، وهو حديث صحيح كما ذكر الألباني في صحيح الجامع الصغير6/202.

³ سورة البقرة، الآية232.

⁴ ورُدَّ عليهم بأن مقصود الآية الحقيقي هو نهي الأولياء عن منع النساء من مباشرة العقد مما يدل على أن المرأة تملك الزواج والانفراد بإجراء عقد زواجها(ابن الهمام، فتح القدير، ج.03، ص.249).

⁵ سبق تخريجه

⁶ وعورض استدلالهم بهذا الحديث من وجهين:

-الأول أن استدلالهم خارج محل النزاع لأن انفراد المرأة ومباشرتها لعقد زواجها ليس زوجاً بغير ولي لسيرورتها ولية لنفسها عند إجراء العقد كما هو الحال في الرجل الذي يلي عقد زواجه.(الخصاص، المرجع السابق، ج.01، ص.402).

واستدلوا أيضاً بقولهم: إن عقد الزواج لا يُراد لذاته بل لمقاصده من السكن والاستقرار لتحصيل النسل وتربيته، وهذه المعاني تتطلب دراسة واسعة وخبرة بأحوال الرجال، والمرأة سريعة الاغترار بالمنظر والمظهر ويُغلب على تصرفها الهوى فتخضع لحكم العاطفة من غير نظر للمستقبل البعيد؛ بينما الرجال أقدر على تفهم ذلك والتعرف على أحوال من يتقدم للزواج من أسرهم.¹

فتحصلاً لمقاصد النكاح على الوجه الأكمل اقتضت محاسن الشريعة قصر عقد الزواج على الرجل.

واستدل أصحاب القول الثاني على صحة عقد المرأة لنفسها:

1-بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾.²

ووجه الدلالة من هذه الآية جواز مباشرة المرأة تزويج نفسها بغير ولي من وجهين:

-الأول: أن الله تعالى أضاف ونسبَ عقد الزواج للمرأة من غير شرط إذن الولي في قوله تعالى: ﴿أَنْ يَنْكِحْنَ﴾ وهذا صريح في أن الزواج صادر منها.

-الثاني: أن الله تعالى نهى الأولياء عن منع المرأة مباشرتها العقد إذا تراضى الزوجان.

2-وبما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ((الأيم أحق بنفسها من وليها)) والأيم هي التي لا زوج لها بكرأ كانت أو ثيباً.

أثبت هذا الحديث الصحيح الحق لها في نفسها بل جعلها أحق من وليها.³

-الثاني: أن هذا الحديث لم يصح عن النبي صلى الله عليه وسلم ولهذا لم يخرج في الصحيحين.

ويمكن الرد عليهم أن عدم تخريج الحديث في الصحيحين لا يوجد نفي الصحة عنه.

¹ حسين محمد فراج، المرجع السابق، ص.176. ومذكور محمد سلام، أحكام الأسرة في الإسلام، ص.175.

² سورة البقرة، الآية:232.

³ نوقش الاستدلال بهذا الحديث يدل على اعتبار الولي فأثبت لكل من المرأة والولي أحقيته في عقد الزواج، فللولي حق الولاية، وللمرأة حق نفسها في أن الولي لا يُعقد عليها إلا بإذنها ورضاها، أما كون حقها أكد من حقه يرجع لتوقف حقه على رضاها؛ لأنها تباشر العقد بنفسها لنفسها(الصنعاني، سبل السلام، ج.03، ص.159).

3-وبأن توّلي المرأة عقد زواجها تصرف منها في خالص حقها -لكمال أهليتها- كالتصرف في المال وهي بالغة عاقلة، وكذلك اختيار الأزواج بالاتفاق، وكل تصرف كهذا شأنه صحيح، أما مطالبة الولي بتولي عقد الزواج فهو من باب صيانة المرأة عن النسبة إلى الوقاحة.¹

وغاية الأمر أنه يستحب للمرأة أن تكل عقد زواجها إلى ولها الشرعي حفظاً لها من مظاهر التبذل.²

واستدل أصحاب القول الثالث:

على أنها إذا زوجت نفسها بإذن ولها جاز، وإلا لم يجز لأن الأنوثة لم تعهد في الشرع مانعةً من مباشرة العقود، فيما عدا عقد النكاح.

والحكمة من منعها مباشرة عقد النكاح هو الحرص على مصلحتها ومصلحة الأسرة لأنها لغلبة عاطفتها قد تنخدع، ومن ثم يقع عقدها لا على وجه المصلحة.

أما إذا أذن لها الولي في مباشرة العقد، أو باشره بنفسه بعد إذنها ورضاها؛ فإنه يؤمن ألا تنخدع، وبالتالي تكون مباشرتها للعقد شأنها شأن سائر العقود.

وبعد تعرضنا لأقوال الفقهاء وأدلتهم حول مسألة انفراد البالغة العاقلة بمباشرة عقد زواجها بنفسها يتبين لنا قوة أدلة الجمهور الذين يرون اشتراط الولي في صحة عقد الزواج ولا يجيزون للمرأة تزويج نفسها بنفسها بغير رضا ولها لما في ذلك من التبذل-تبذل المرأة- ومنافاة لطبيعتها خاصة في مجتمعاتنا الإسلامية التي لم تألف فيها حضور المرأة محافل الرجال.

الجانب القانوني:

بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فكان موقف المشرع واضحاً فأعطى للمرأة الراشدة حق إبرام عقد زواجها بنفسها وذلك وفق ما نصت عليه المادة 11 المعدلة بالأمر 05-09 في فقرتها الأولى حيث جاء فيها: (تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور ولها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره...) فيبدو أن المشرع أخذ

¹ الكاساني المرجع السابق، ج.02، ص.249.

² حسين محمد فراج، المرجع السابق، ص.175.

بمذهب الحنفية¹ لكن على إطلاقه؛ إذ الحنفية يقيدون ذلك-انفراد البالغة العاقلة بمباشرة عقد زواجها بنفسها-برضا ولها وزواجها بكفءٍ وبمهر المثل لأن المسألة خلافية حتى بين الحنفية أنفسهم.

كما أن الإمام أبو حنيفة لم يسقط الولاية بل جعلها هي الأصل وأوقف إجازة هذا الزواج على الكفاءة.

-كما نلاحظ أن المشرع حسب هذه المادة ترك الاختيار للمرأة بممارسة الولاية، أما حضور² ولها أو غياب فسيان، وهذا ما يفهم من قوله: ((تعقد المرأة زواجها...)) وذلك لسببين:

1- لأنه بدأ بقوله: تعقد المرأة فهي الوحيدة التي لها صلاحية عقد الزواج.

2- لو كان لغياب الولي أثر، لرتبه المشرع بعد ذلك وهذا ما يفهم من نص المادة 33 في فقرتها الثانية التي جاء فيها: ((إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو وليّ في حالة وجوبه يُفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل))، أي أن العقد لا يُفسخ عند عدم حضور الولي أو تغييره عن مجلس العقد في حالة عدم وجوبه طبقاً للمادة 11 قبل الدخول أو بعده³.

-والذي نراه أن المشرع أخذ في هذه المسألة برأي بعض الحنفية وبه أخذت بعض التشريعات العربية كالمملكة المغربية ومصر؛ غير أن المشرع في المملكة المغربية يجعل العقد بيد المرأة الراشدة أو تفوضه لأبيها

¹ قضت المحكمة العليا يوم: 2001/01/23، ملف رقم: 253366، بأنه يثبت الزواج بعد الدخول بصداق المثل، إذا اختل ركن واحد طبقاً لأحكام المادة 33 من قانون الأسرة وبما أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى إثبات الزواج العرفي للمرأة الثيب لعدم -حضور الولي فإنهم خالفوا القانون]. المجلة القضائية، 2002، عدد 02، ص. 440.

وظاهر هذا الاجتهاد أن المحكمة العليا بقول الحنفية على صحة انفراد المرأة البالغة العاقلة في اختيار مؤنسها وشريك حياتها، فلها أن تعقد على نفسها بشكل عام، أو توكل من تشاء من الأولياء (وفق المادة 11 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر 02-05)، تعليق بلحاج العربي، أحكام الزواج، ص. 322.

² - (يرى الأستاذ أحمد نصر الجندي أن: حضور الولي-وفق المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري- شرطٌ بلزوم العقد بمعنى إذا زوجت المرأة نفسها بدون حضور ولها مكان ذلك الزواج موقوفاً على إجازة الولي، والدليل على ذلك أن النص عبر بـ: ((تعقد المرأة) بما مؤداه أنه إذا عُقد زواجها انعقد العقد صحيحاً ولكن القانون باشتراكه شرط الولي جعل حضوره لإجازة العقد. والإجازة قد تكون وقت العقد وقد تكون بعده. يُضاف إلى ذلك أن حضور الولي عقد الزواج ليس مقصوداً به انعقاد العقد لأن الحضور هنا متروك تقديره للمرأة الراشدة، فقد تختار أي شخص آخر غير ولها))، الجندي أحمد نصر، المرجع السابق، ص. 52.

التعليق:

-غير أننا لا نرى ذلك لأنه لو كان عقد الزواج موقوف على إجازة الولي لترتب على عدم حضوره أحكام وهذا ما لم يشر إليه المشرع. -ولكان الولي ثابتاً غير متغير فالولي هنا في هذه المادة جاء بصيغة التخيير قد يكون أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره (إذ بإمكان المرأة أن تستغني عن والدها وأقاربها إلى أي شخص آخر). بين الشويخ الرشيد، ص. 66.

³ بن الصغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، الجزائر: جامعة باتنة، 2009، ص. 389.

أو أحد أقاربها، أما المشرع الجزائري فتعدى الوالي حتى ما دون أقاربها، يعني أن أي شخص آخر ولو كان أجنبياً يمكن أن يعقد.

وقيد القانون المصري زواج البالغة الراشدة بزواجها بمهر المثل وكون الزوج كفوًّا.

ولذا نقترح تعديلاً للفقرة الأولى من المادة 11 أن يتوقف المشرع عند قوله (أو أحد أقاربها)، فتكون صياغة المادة 11 كالآتي: ((تعقد المرأة زواجها بنفسها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها)) وتفوض المرأة العاقلة لذلك وليها تفادياً للإجراج ومحافظة على العرف والعادة، فلم نألف على مر العصور مباشرة المرأة عقد زواجها بنفسها، بالإضافة إلى أن المرأة قد تُخدع أثناء العقد ويستغل ضعفها، بخلاف لو كان ذلك بإذن الولي الذي يقف إلى جانبها، فالرجل أعلم بالرجال من النساء، هذا إضافة إلى أن المجتمع الإسلامي تعارف على الولاية في الزواج.

كما أخذ المشرع الجزائري برأي الأحناف فيما يخص الولاية على القاصرة، غير أن الأحناف يرون أن الولاية على القاصرة ولاية إجبار، في حين اعتبرها قانون الأسرة الجزائري ولاية اختيار وذلك من خلال من نصت عليه المادة 13 من (ق. أ. ج) على أنه: ((لا يجوز للولي أباً كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها)).¹

ب-المسألة الثانية: انتقال الولاية من الأقرب إلى الأبعد:

ورد في المادة 11 أن المرأة الراشدة العاقلة تعقد زواجها بحضور وليها وهو أبوها، أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره، فجعل المشرع في ترتيب الأولياء أداة "أو" التي تفيد التخيير؛ أي لا يوجد هناك ضابط للانتقال إلى الولي الأبعد؛ بل جعل المشرع للمرأة الحق في الانتقال إلى أي شخص آخر ترضاه دون قيد أو شرط، وهو بموقفه هذا يخالف ما ذهب إليه جمهور² الفقهاء من المالكية¹ والشافعية-في رواية- والحنابلة

¹ شامي أحمد، المرجع السابق، ص.88.

² وبه أخذت بعض التشريعات العربية مثل القانون الأردني حيث جاء في المادة12:((إذا غاب الولي الأقرب وكان في انتظاره تفويت لمصلحة المخطوبة انتقل حق الولاية إلى من يليه فإذا تعذر أخذ برأي من يليه، فإذا تعذر أخذ برأي من يليه في الحال، وإذا لم يوجد انتقل حق الولاية إلى القاضي)).وكذلك القانون السوري الذي جاء في المادة23منه:((إذا غاب الولي الأقرب ورأى القاضي أن في انتظار رأيه فوات مصلحة في الزواج انتقلت الولاية إلى من يليه)).السباعي مصطفى، المرجع السابق، ص.143..

إلى أن الولاية تنتقل إلى الولي الأبعد إذا كان الولي القرب غائباً وتقدم خاطباً كفاء لموليته وخشي تفويت مصلحة المخطوبة من انتظار الولي الأقرب.

وذهب الشافعية في الراجح وُزُفر (زفر من الحنفية) إلى أن الولاية تنتقل إلى القاضي .

ويرى الحنفية انتقال الولاية إلى الأبعد في حالتين:

- الأولى: غياب الولي الأقرب.

- الثانية: عضل الولي الأقرب

كما نلاحظ أن التعديل الجديد لم يوضح من هم الأقربون في الفقرة الأولى من المادة 11، في حين رتب انتقال الولاية في حالة غياب الأقارب وذلك بقوله: "...دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

رابعاً: أثر تخلف الولي في عقد الزواج

أ/ في الفقه الإسلامي:

بعد تعرضنا لآراء الفقهاء وأدلتهم تبين لنا أن تخلف شرط الولي في عقد الزواج يترتب عنه البطلان عند جمهور الفقهاء مستدلين بأدلة كثيرة، منها قوله صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة نكحت بغير إذن ولمها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل"².

ورأينا أن الأحناف يرون صحة عقد الزواج ولزومه ونفاذه ما دامت المرأة بالغة عاقلة راشدة سواء كانت بكراً أم ثيباً وما دام الزوج كفواً وتوفر مهر المثل، فلا عبرة لرضا الوالي أو عدمه.

ويرى بعضهم-بعض الحنفية- أن الزواج يكون صحيحاً موقوفاً على إجازة الولي

ب/ في القانون الوضعي:

¹ فصلّ الملكية القول في ذلك كالآتي: إذا كان الولي مُجبراً كالأب أو وصيّهِ فللقاضي دون غيره من الأولياء أن يتولى تزويجها إن كانت بالغة، فإن لم تكن بالغة ولم يُخف عليها الفساد فلا يزوجها، وإن خيف فسادها وزوجها وإن كان غير مجبِرٍ- الولي-كالأخ والجد وكانت الغيبة-غيبة الولي-قريبة وأثبتت ما تدعيه من الغيبة والمسافة والكفاءة زوجها الحاكم(ابن رشد، بداية المجتهد، ج.02، ص.14 و15).

بعد تعرضنا للمادة 11 من قانون الأسرة الجزائري تبين لنا أن المشرع الجزائري أخذ برأي الأحناف بشأن مباشرة البالغة زواجها بنفسها، غير أن المشرع جعل حضور الولي شرطاً لتمام العقد والمادة 33 في فقرتها الثانية صريحة في بيان أثر تخلف الولي في عقد الزواج إذ جاء فيها: "...إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل". فعلى حسب هذه المادة فإن أثر تخلف شرط الولي يأخذ حالتان، الأولى: إذا عرف ذلك قبل الدخول يترتب عنه فسخ العقد ولا تستحق الزوجة الصداق،

الثانية: إذا عرف ذلك بعد الدخول فإن العقد يتم صحيحاً ويثبت بصداق المثل.

الفرع الثالث: الصداق

اعتبر جمهور فقهاء المسلمين الصِّدَاق أثر من آثار الزواج فقط، ولم يعتبروه ركن أو شرط ما عدا المالكية الذين اعتبروه شرط صحة، فلا يصح التواطؤ على إسقاطه، فإذا سُي في العقد وجب المسمى، وإن لم يسم في العقد يكون للزوجة صداق المثل.

وذهب المشرع الجزائري إلى إعتباره شرطاً من شروط عقد الزواج؛ وذلك في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، وأكدته المواد: 14 و15 و16 و17، وستتناول الصداق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وفق ما يلي:

أولاً: معنى الصداق ومشروعيته

أ: تعريف الصداق لغة: أصدقت المرأة وأمهرت المرأة مهراً من باب نفع أعطيتها المهر، وأمهرتها بالألف كذلك¹، وأمهرت المرأة: سعى لها مهراً، أو أعطها المهر.¹

¹ الفيومي، المصباح المنير، المكتبة العلمية بيروت، (د. ط، د. ت) ص223.

والصدّاق مأخوذ من الصدق وهو الشديد الصلب، لأنه أشد الأعواض ثبوتاً، فإنه لا يسقط بالتراضي.²

ثانياً: صفة الصدّاق في عقد الزواج

1- صفة الصدّاق في عقد الزّواج في الفقه الإسلاميّ.

يعرّف الصدّاق في الفقه الإسلاميّ بأنّه المال الذي أوجبه الشرع على الزوج وجعله حقاً للزوجة، كما عرف بأنه ما يجعل للمرأة في نظير الزواج منها، وهو واجب على الزوج وحق للزوجة بأدلة كثيرة أهمها قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾، وقوله: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾، وقوله-صلى الله عليه وسلم- "التمس ولو خاتماً من حديد".

وقد اختلف فقهاء الشريعة في صفة المهر، هل هو عوض لحق الاستمتاع الممنوح بالعقد أم على سبيل الهدية؟

ما يسند الاتجاه الأوّل هو قوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ (النساء24) وما يشابهه من النصوص، فقد سمته أجراً، وجعلته مقابل الاستمتاع بالنساء.

ويسند الاتجاه الثاني نصوص كثيرة منها قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ (النساء4)، فقد وصفته الآية بكونه هدية.

كما اختلف فقهاء الشريعة حول صفة الصدّاق في عقد الزواج إلى اتجاهين:

الاتجاه الأوّل: وهو رأي جمهور الفقهاء بما فيهم اتجاه في المذهب المالكي إذ لا يعتبرون المهر ركناً ولا شرطاً في الزواج وإنما هو أثر من آثار العقد، ودليلهم قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾، فقد أباح النص الطلاق قبل فرض المهر، مما يدل على كون المهر ليس ركناً ولا شرطاً، وعلى هذا الأساس فلو اتفق الزوجان على إسقاط المهر، أو لم يتفقا عليه في العقد صح عقد الزواج ووجب للمرأة مهر المثل.

¹ ابن منظور، لسان العرب، ج.05، ص184.

² الحصيني، كفاية الأخبار في حل غاية الإختصار، تحقيق كامل محمد عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001، ج.02، ص38.

الاتجاه الثاني: وهو رأي مشهور المذهب المالكي، إذ يعتبر المهر ركنا من أركان عقد الزواج، مما استدلوا به عموميات النصوص الموجبة له، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي أَتَيْتَ أُجُورَهُنَّ﴾

1-تعريف الصداق: عرفه فقهاء الحنفية فقالوا هو ما تستحقه المرأة بعقد النكاح أ، الوطاء، أما المالكية قالوا هو "ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها".

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

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

للصداق عشرة أسماء: الصداق، الصدقة، المهر، النحلة، الفريضة، الأجر، العلائق، العقر، الطول والحياء.

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

2-حكيمه: هو واجب على الرجل دون المرأة، وتتمثل أدلة وجوبه في:

أ-من القرآن: قال تعالى: (وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً).

وقوله تعالى (فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً).

أ-من السنة: قال صلى الله عليه وسلم لمن يريد الزواج (التمسوا ولو خاتما من حديد)، وثبت عن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يخل زواجا من مهر.

3-حكيمته: تتجلى الحكمة من مشروعية الصداق هو إعزاز المرأة وتكريم مكانتها وتقديم الدليل على بناء الحياة الزوجية وحسن النية.

4-أنواعه: هو نوعان صداق مسمى وصداق المثل

أ-الصداق المسمى: "هو الصداق اتفق عليه في العقد الصحيح أو فرض بعده بالتراضي".

ب-الصداق المثل: "وهو مهر امرأة تماثل الزوجة من أسرة أبيها كأختها أو عمتها ولا يعتبر بمهر أمها ولا خالتها إن لم تكن من قوم أبيها" وإن لم توجد من قوم أبيها جاز أن يعطى لها مهر مثل من تماثلها أخرى تماثل أسرة أبيها، ويقدر مهر المثل في المسلمة بالتدين والمال والجمال والنسب لقوله صلى الله عليه وسلم (تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها وجمالها ودينها فاظفر بذات الدين تربت يداك).

5-شروطه: يشترط في الصداق ما يلي:

أ- أن يكون المهر مما يجوز تملكه وبيعه كالذهب فلا يجوز أن يكون خمرا أو خنزيرا.

ب- أن يكون معلوما فهو لا يجوز بمجهول.

ج- أن يسلم من الغرر

د- أن يكون طاهرا بمعنى غير نجس كالخمر.

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

و- أن يكون مقدورا على تسليمه.

ثانيا: مقداره

لم تقيد الشريعة الإسلامية لا بحد أدنى ولا أقصى وتركته لرضا الطرفين وقدرة الرجل وقال صلى الله عليه وسلم (التمسوا ولو خاتما من حديد).

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

ب- الحد الأعلى للصداق: لا حد أعلى للصداق باتفاق الفقهاء هذا لقوله تعالى: (وَأْتَيْتُمُ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا) الآية 20 من سورة النساء، ولكن يسف تخفيف الصداق لقوله صلى الله عليه وسلم (إن أعظم النكاح بركة أيسره مؤونة)،

والحكمة من تيسير المغالاة في المهور هو تمكين الشباب من الزواج وإبعادهم عن الوقوع في الفاحشة، لم ينص المشرع لا على الحد الأدنى ولا الأعلى للصدّاق.

ثالثاً: تعجيل وتأجيل المهر

اتفق الفقهاء على جواز تعجيل أو تأجيل المهر، وتأجيل المهر مكروه عند المالكية، وفي حالة تأجيله يشترطون ألا يكون لأجلاً بعيداً، وذهب المشرع إلى جواز تأجيل الصّدّاق ونص في المادة 15 من قانون الأسرة أنه يجوز تعجيل وتأجيل الصّدّاق بشرط أن يحدد في العقد وفي حالة عدم تحديده تستحق المرأة مهر المثل، وثبت عن المحكمة العليا أن عدم تحديد مؤجل الصّدّاق لا يبطل العقد

رابعاً: إغفال تسمية وإهمال ذكر شرط الصّدّاق

جاء في المادة 9 من قانون الأسرة أن الصّدّاق شرط لا بد من توفره، وجاء في المادة 2/15 منه أن عدم تحديد الصّدّاق تستحق الزوجة صّدّاق المثل، وفي المادة 33 منه إذا تم عقد الزواج دون صّدّاق يفسخ قبل الدخول ولا صّدّاق فيه ويثبت بعد الدخول بصّدّاق المثل، والملاحظ أن هذين النصين غير متجانسين ولكن ما يمكن قوله أن إهمال أو إغفال تسمية المهر في عقد الزواج لا يبطله بل يفسخ كونه يعتبر فاسداً وأما إذا أغفل بعد الدخول فيثبت الزواج بصّدّاق المثل، وجاء في قرار للمحكمة العليا أنه عدم تحديد الصّدّاق لا يبطل الزواج لأنه عند النزاع حوله يحكم بصّدّاق المثل للزوجة.

ثانياً: الوكالة:

1-تعريف الوكالة: سأطرق إلى تعريف الوكالة لغة ثم اصطلاحاً.

أ-لغة: هي "اسم من التوكيل بمعنى التفويض والإعتماد"

ب-اصطلاحاً: يرى الفقهاء أن الوكالة نوع من الولاية، "وأصل الوكالة إقامة الشخص غيره مقام نفسه في

تصرف يملكه شرعاً مما يقبل الإنابة

2-أنواع الوكالة في الزواج: الوكالة نوعان مطلقة ومقيدة:

أ-الوكالة المطلقة: هي أن يوكل شخص دون أن يذكر له امرأة معينة لا باسم ولا وصف ولا يحدد مقدار المهر.

ب-الوكالة المقيدة: هي التي يقيد فيها الموكل الوكيل بأن يزوجه بامرأة معينة وأوصاف ومهر محددة، ففي هذه الحالة لا يجوز مخالفة الموكل.

3-حكم الوكالة: يجوز لكل من الولي والزوج توكيل شخص في الزواج يتولى العقد نيابة عنها وللمرأة الراشدة توكيل من شاءت من أوليائها.

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

4-الوكالة في قانون الأسرة:

قبل تعديل قانون الأسرة كانت المادة 20: "يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة"، ولكن بموجب الأمر 02-05 ألغيت هذه المادة، وبالرغم من أن المشرع ألغى الوكالة فإنه خلف فراغا قانونيا مما يحتم على القاضي في حال النزاع الرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة أي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، أي الرجوع مجددا إلى الوكالة لأن الفقهاء أجازوا التوكيل في الزواج ومنه يصبح التعديل الذي ألغى المادة 20 بلا معنى

الفرع الرابع: الشاهدين

أولا: مفهوم الشهادة

1-تعريف الشهادة:

أ-لغة: شهد، شهود، أخبر به خبرا قاطعا، والشاهد هو الذي يخبر بما شهده

ب-اصطلاحا: "المراد من الإشهاد على الزواج هو حضور الشهود إلى مجلس العقد، للإفادة بأنه حدد فيه الصداق، وأنه تم تبادل الإيجاب والقبول"، واتفق المشرع المغربي على أن الشاهدين شرط في إبرام عقد

الزواج، ولقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 4/9 مكرر من قانون الأسرة، وقد أشارت المحكمة العليا إلى أنه لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل.

2- حكمها: الإشهاد على النكاح واجب وهو شرط في جواز الدخول وصحته، فلا يجوز الدخول بلا إشهاد ولا تترتب عليه آثاره الشرعية وهذا ما جاء في قوله تعالى في الآية 282 من سورة البقرة، (وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى) وقد دعا الرسول صلى الله عليه وسلم إلى الشهادة بقوله: (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل).

3- الحكمة من الشهادة: النكاح من العقود التي تترتب عليها آثار كثبوت النسب العدة، الميراث وغيرها ولهذا شرط الشارع الحكيم له شهادة بشاهدين لأنه ينسد باب الفساد ويميز بين الحلال والحرام، ويمنع مقالات السوء ويدفع الشبهات عن الزوجين.

4- وقت الإشهاد: اتفق فقهاء الشريعة على أن الإشهاد شرط في صحة الزواج وتخلفه يؤدي إلى فسخه ولكن اختلفوا حول وقت الإشهاد، فذهب الملكية إلى أن الإشهاد وقت العقد على وجه الندب، فإن حصل من غير إشهاد وجب الإشهاد قبل البناء والدخول، أما الجمهور فذهبوا إلى وجوبه وقت العقد وفي مجلسه.

ثانيا: شروط الشهود

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

2- البلوغ: لا تصح شهادة الصبي حتى ولو كان مميزا باتفاق الفقهاء، واشترط المشرع الجزائري في المادة 33 من قانون الحالة المدنية "يجب على الشهود المذكورين في شهادة الحالة المدنية أن يكونوا بالغين 21 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم دون ميز فيما يخص الجنس ويختارون من قبل الأشخاص المعنيين"

3- الحرية: هي شرط عند الجمهور غير الحنابلة.

4-"سماع كلا من الشاهدين كلام العاقدین: فلا یصح الزواج بحضور أصمین أو نائمین"

5-التعدد: لا ینعقد النكاح بشاهد واحد طبقا لقوله تعالى فی الآیة 282 من سورة البقرة (وَاسْتَشْهِدُوا

شَهِیدَیْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ یَكُونَا رَجُلَیْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا

فَتُدْكَرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى)، وقوله صلى الله علیه وسلم: (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل).

6-الإسلام: وهو شرط فی زواج المسلمین.

7-البصر: وهو شرط عقد الشافعية بخلاف الجمهور تصح عندهم شهادة الأعمى.

8-العدالة: هي شرط عند الحنابلة والشافعية فلا یصح الزواج بشهادة الفاسق، أما المالكية فهي مندوبة

عندهم أما الحنفية فلا یشرطونها.

9-الذكورة: هي شرط عند الجمهور، بخلاف الحنفية الذین ذهبوا إلى صحة الزواج بشهادة رجل وامرأتین

لأن المرأة أهل لتحمل الشهادة وأدائها

ولقد سكت المشرع الجزائري عندما تتكلم عن اشتراط الشهود، ولكن أشارت المحكمة العليا إلى اشتراط

الذكورة فی الشاهدين على الزواج.

ولكن لم یستقر قضاء المحكمة العليا على ذلك لأنه جاء فی قرار حادیث أنه یتثبت عقد الزواج بشهادة رجل

وامرأتین

ثالثا: أثر تخلف شرط الإشهاد

طبقا لنص المادة 2/33 فإنه فی حال تخلف شرط الشهود فإنه یفسخ قبل الدخول ولا صدق فيه ویتثبت

بعد الدخول بصدق المثل.

الفرع الخامس: إنعدام الموانع الشرعية للزواج

أولا: المحرمات تحریما مؤبدا

وهي تلك النساء التي تحرم على الرجل تحریما أبديا ونص علیها المشرع الجزائري فی المادة 24 وهي ثلاث

المحرمات بسبب (القرباة، المصاهرة، الرضاع).

1-المحرمات بسبب القرابة: وهي لما قال الله تعالى: (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ)، ولقد اشتقها المشرع الجزائري من الآية الكريمة السالفة الذكر في المادة 25 من قانون الأسرة وسأطرق لهن طبقا للآتي:

أ-أصول الإنسان وإن علون: وهن الأم والجدة (أم الأم أو أم الأب).

ب-فروع الإنسان وإن نزلت: وهن البنت-بنت البنت-بنت الإبن وإن نزلن.

ج-فروع الأبوين أو أحدهم وإن بعدت درجاتهم: وهن الأخوات الشقيقات (أو لأب أو لأم) وبنت أولاد الإخوة والأخوات وإن نزلن.

د-الطبقة الأولى من فروع الأجداد والجدات: وهن العمات والخالات سواء كن له نفسه أو (لأب أو لأم).

2-المحرمات بسبب المصاهرة: وهن أربعة أنواع:

أ-زوجة أصل الزوج وإن علا: كزوجة الأب وزوجة الجد سواء كان من جهة (الأب أو الأم) وذلك لقوله

تعالى في الآية 22 من سورة النساء (وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا)

ب-زوجة فروع الشخص وإن نزلوا: كزوجة ابنه وابن ابنه أو زوجة ابن بنته، سواء دخل بها أو لم يدخل لقوله تعالى في الآية 23 من سورة النساء (وَخَالَاتُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ)، وزوجة الإبن المتبني لا تدخل معهم.

ج-أصول الزوجة وإن علون: سواء دخل بزوجه أو لم يدخل لقوله تعالى في الآية 23 من سورة النساء (وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ).

د-فروع الزوجة وإن نزلن: إن دخل بها وإن لم يدخل بها فلا تحرم عليه وهذا لقوله تعالى في الآية 23 من سورة النساء (وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ).

ويلحق بتحريم فروع الزوجة وأصوله، فروع الموطوءة وأصولها في وطء حرام أو به شبهة

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

3- المحرمات بسبب الرضاع: هو ثابت بالكتاب والسنة.

- من الكتاب: قوله تعالى: (وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ).

- من السنة: قوله عليه الصلاة والسلام (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)

لقد اتفق الفقهاء أن الرضاع هو مص الرضيع اللبن من ثدي امرأة سواء كان كثيرا أم قليلا.

ولقد نص المشرع الجزائري على التحريم بسبب الرضاع في المادة 27 من قانون الأسرة والتي هي نسخة عن الحديث السابق.

ثانيا: المحرمات تحريما مؤقتا

وهي الموانع الشرعية المؤقتة أي التي يمكن أن تزول ويزول معها التحريم، ولقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 30 من قانون الأسرة

1- المحصنة: يقصد بها المرأة الموجودة في علاقة زوجية مع آخر وهذا لقوله تعالى في الآية 24 من سورة النساء (وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ)، نص عليها المشرع الجزائري في المادة 1/30 من قانون الأسرة.

2- المعتدة من طلاق أو وفاة: اتفق الفقهاء على تحريم الزواج بالمعتدة وألحقوا بذلك المستبرأة من نكاح فاسد أو شبهة.

نص المشرع الجزائري على تحريم الزواج بالمعتدة في المادة 2/30 من قانون الأسرة

3- المطلقة ثلاثا: يحرم على الرجل المسلم المرأة التي طلقها ثلاثا لأنه استفذ جميع الطلاقات وأصبح الطلاق بائن بينونة كبرى، وتصبح محرمة عليه حتى تتزوج من رجل ثان ويدخل بها ثم يطلقها أو يموت عنها فهنا تصبح حلالا عليه يجوز له أن يتزوجها بمهر وعقد جديدين.

ونص المشرع الجزائري على تحريم الزواج بالمطلقة ثلاثا مؤقتا في المادة 3/30 من قانون الأسرة.

4-الجمع بين عدد من النساء: وهن الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة أو (لأب أو لأم أو من رضاع) فإن طلق التي بعصمته جازله الزواج بالأخرى، ولقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 4/30 من قانون الأسرة.

5-زواج المسلمة مع غير المسلم: لا يصح زواج المسلمة مع غير المسلم باتفاق الفقهاء وهذا لقوله تعالى في الآية 221 من سورة البقرة (وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا)، ونص على ذلك المشرع الجزائري في المادة 5/30 من قانون الأسرة.

وبخلاف المرأة المسلمة يجوز للرجل المسلم الزواج بالكتابية (وهي المؤمنة بكتاب منزل كاليهودية، النصرانية).

6-الزيادة على القدر المسموح به شرعا: أبحاث الشريعة الإسلامية للرجل أن يجمع بين أربعة زوجات وحرمت عليه الخامسة حتى يطلق واحدة من الزوجات الأربعة وهذا لقوله تعالى في الآية 3 من سورة النساء (فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً).

نص المشرع الجزائري في المادة 8 من قانون الأسرة على أنه يجوز للرجل الزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية (أي عدم تجاوز أربعة زوجات) متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل ولا بد للزوج أن يخبر الزوجة السابقة واللاحقة حصوله على إذن من طرف القاضي يسمح له بالتعدد.

ثالثا: حكم الزواج بإحدى المحرمات

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

المبحث الثالث: الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج

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

ولألزم المشرع الأشخاص الراغبين في الزواج مجموعة من المراحل وجب المرور بها تكون سابقة للعقد وتتمثل في جمع مجموعة من الوثائق الإدارية المكونة لعقد الزواج بالإضافة إلى الخضوع إلى الفحص الطبي الشامل وهذا لمعرفة ما مدى خلو الزوجين من الأمراض مهما كانت صفتها سواء خطيرة أو معدية وغيرها ضف إن ذلك وبعد جمع كل الوثائق لابد للزوجين من تسجيل الزواج لدى الضابط المؤهل قانوناً لإبرام عقود الزواج.

✓ **المطلب الأول: الإجراءات المتبعة لتكوين ملف عقد الزواج**

✓ **المطلب الثاني: الجهات المختصة بإبرام عقد الزواج**

المطلب الأول: الإجراءات المتبعة لتكوين ملف عقد الزواج

وتتمثل في مجموعة من الوثائق الإدارية المطلوبة قانوناً من أجل إبرام عقد الزواج.

الفرع الأول: الوثائق العامة المكونة لملف الزواج

أولاً: الوثائق الإدارية المكونة لملف الزواج

-شهادة الميلاد: (رسم الولادة): هي مشترطة في قوانين الدول المغاربية إذ نص عليها المشرع الجزائري في

المادة 74 من قانون الحالة المدنية

-بطاقة التعريف الوطنية، الدفتر العائلي للأبوين، الدفتر العسكري: في حالة تعذر على أحد الزوجين

تقديم شهادة الميلاد يمكن له تقديم بطاقة التعريف الوطنية أو الدفتر العائلي للأبوين، أو الدفتر

العسكري.

وتعتبر هذه الوثائق بمثابة استثناء في حالة عدم التمكن من إحضار شهادة الميلاد ولقد نص على ذلك المشرع الجزائري في المادة 3/74 من قانون الحالة المدنية.

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

-شهادة عدم الزواج وعدم إعادة الزواج: اشترطها المشرع الجزائري وأوجب صدورها عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية، يصادق عليها رئيس البلدية وتتضمن بيانات مدلى بها من طرف المعني والتي تتعلق بأنه لم يسبق له الزواج أو عدم إعادته

ثانيا: ضرورة الفحص الطبي قبل الزواج

1.التعريف بالشهادة الطبية قبل الزواج

هي عبارة عن وثيقة تمنح لطالبي الزواج بعد القيام بفحص طبي للتأكد من خلوهم من الأمراض أو أي

عامل قد يشكل عليهم خطر في الزواج بشرط ألا تتجاوز ثلاثة أشهر وهذا طبقا لنص المادة 1/7

ولم تلزم الشريعة الإسلامية الزوجين بالقيام بالفحوصات الطبية قبل الزواج، ولكن أعطت لكل واحد

من الخطيبين بحق الرد قبل الدخول أو بعده وقد أعطى حق التفريق للعيوب للزوجين معا، وذهب

الحنفية إلى أنه يثبت للزوجة الخيار فقط، والعيوب الموجبة للتفريق منها ما هو متعلق بالزوج ومنها ما هو

متعلق بالزوجة ومنها ما هو متعلق بالزوجين معا، أما العيوب المتعلقة بالزوج فهي تتمثل في الأمراض

التناسلية التي تحول دون الإتصال الجنسي، وتتمثل هذه العيوب في العنه، الجب، الخشاء، والخنوثة أما

العيوب الموجبة للتفريق والخاصة بالمرأة فهي تتمثل في: الرتق، العفل، الافضاء، البخروغيرها من العيوب

الجنسية التي ذكرها الفقهاء في بطون مؤلفاتهم، أما عن العيوب المشتركة بين الزوجين فتتمثل في

الجنون، والجذام، البرص والخنثى، وهي عبارة عن أمراض تمنع الجماع.

2.فوائد الفحص الطبي: للفحص الطبي قبل الزواج أهداف صحية واجتماعية وإنسانية وهذا لحماية

الصحة العمومية وتتمثل فوائد الفحص الطبي في الآتي بيانه:

- يعتبر الفحص الطبي قبل الزواج من الوسائل الوقائية الفعالة ويتمثل ذلك في الحد من الأمراض الوراثية.

- تمكين الزوجين من معرفة الصحة الخاصة لكل واحد منهما.

- إخضاع النساء اللواتي مازلن في سن الزواج إلى الفحص المتعلق بداء الحميراء الذي قد تتعرض له أثناء فترة الحمل.

- التحقق من وجود أو عدم وجود الأمراض المزمنة (كداء السكري وضغط الدم وغيرها).

- التأكد من سلامة الخطيبين من الأمراض الجنسية السارية والمعدية.

- التأكد من قابلية الزوجين للإنجاب.

3-تنظيم الشهادة في التشريع الأسري:

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

وأصدر المشرع الجزائري مرسوم تنفيذي رقم 154-06 جاء في مادته الأولى: "يهدف هذا المرسوم إلى تحديد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من قانون 11-84 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق لـ9 يونيو سنة 1984 والمذكور أعلاه".

الفرع الثاني: الوثائق الخاصة المكونة لملف الزواج:

أولا: التراخيص الإدارية:

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

1.شهادة الكفاءة بالنسبة للأجانب:

"أصدر المشرع الجزائري تعليمة بتاريخ 1980/02/11 تقضي بوجوب الإدلاء بالترخيص بالزواج بالنسبة للأجانب، وزعت التعليمة على الولاية والمديرين العاميين للأمن الوطني من طرف وزارة الداخلية، ولقد تضمنت هذه التعليمة ثلاث حالات وتتمثل في:

- زواج أجنبيين حاصلين على بطاقة الإقامة

- حالة كون الزوج أجنبي مقيم مع أجنبي غير مقيم

- الزوج المستقبل للجزائري هو أجنبي

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

2-الترخيص الخاص بزواج أسلاك الأمن:

على الأشخاص الراغبين في الزواج التابعين للسلك العسكري وكذا شباب الخدمة الوطنية إذا رغبوا في الزواج أثناء الخدمة الوطنية وكذا رجال الشرطة والدرك الوطني والسلك السياسي والقنصلي التابعين لوزارة الشؤون الخارجية على وجوب حصولهم على ترخيص من المصالح التابعين لها وهذا من أجل إبرام عقد الزواج وهذا زيادة على المستندات التي يجب تقديمها في الحالات العادية

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

ثانيا: الأذونات القضائية

"يقصد بالأذونات القضائية تلك التراخيص الصادرة عن السلطة القضائية باختلاف مصدرها، هذه الأذونات قررتها قوانين الأسرة المغربية وأوجبت الحصول عليها لتوثيق عقد زواج بعض الفئات وفق شروط موضوعية وإجراءات خاصة.

1- الإذن القضائي بزواج التعدد:

لقد ألزم المشرع المغربي على الأشخاص الراغبين في تعدد الزوجات الحصول على إذن قضائي بذلك، ولقد نص المشرع الجزائري على نظام التعدد في المواد (8، 8 مكرر، و8 مكرر1) من قانون الأسرة فالقاعدة عند المشرع الجزائري هو إباحة تعدد الزوجات في حدود الشريعة الإسلامية وهذا طبقا لنص المادة 8 من قانون الأسرة، حيث أن التعدد في الشريعة الإسلامية في حدود أربعة نسوة وهذا طبقا لقوله تعالى: (وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا)

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

- الحصول على موافقة الزوجة السابقة واللاحقة وتكون الموافقة بواسطة إفراغها أمام الموثق في سند رسمي، ويجب إحضار المرأتين أمام رئيس المحكمة ويقوم هذا الأخير باستجوابها وهذا الأخير باستجوابها وهذا للتأكيد من موافقتها.

- أن يثبت الزوج وجود المبرر الشرعي لإعادة الزواج كمرض الزوجة الأولى أو عدم قدرتها على الإنجاب... الخ

- أن يثبت قدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية، ويقصد بذلك العدل في الإنفاق والقدرة على ذلك

2- الإذن القضائي بالزواج ما دون سن الأهلية:

لقد أوجبت التشريعات المغربية على الأفراد بلوغ سن معينة لإبرام عقد الزواج واعتبره المشرع الجزائري ببلوغ 19 سنة للجنسين طبقا لنص المادة 7 من قانون الأسرة، أما المشرع المغربي والتونسي فقد اتفقا على تحديد سن الزواج وقدره ببلوغ 18 سنة للجنسين هذا طبقا لنص المادة 19 من المدونة والفصل 5 من مجلة الأحوال الشخصية، وفي حالة رغبة أحد الأشخاص الزواج دون بلوغه السن القانونية للزواج وجب عليه الحصول على إذن من المحكمة وهذا طبقا للمادة 7 من قانون الأسرة.

أما عن الحالات التي يمنح فيها القاضي الإذن بالزواج فيما دون السن القانونية فق حددت المادة 7 من قانون الأسرة سن الزواج بـ19 سنة وللراغبين بالزواج فيما دون هذا السن لابد لهم من الحصول على ترخيص من القاضي بالزواج ويراعي القاضي في ذلك وجود مصلحة أو ضرورة بعد تأكده من قدرة الطرفين على الزواج.

ب- إجراءات منح الإذن بالزواج:

حدد المشرع الجزائري سن الزواج للجنسين ببلوغ 19 سنة وأعطى للقاضي السلطة التقديرية في منح الترخيص بالزواج في حالة وجود ضرورة أو مصلحة بعد التأكد من قدرة الطرفين على الزواج وهذا طبقا لنص المادة 7 من قانون الأسرة.

ويقدم الطرف الراغب في الزواج طلب باسم ولي الطرف المراد ترشيده ويكون هذا الطلب لدى القاضي المختص ولهذا الأخير السلطة التقديرية في منح الإذن من عدمه، فالمشرع قام بتوسيع دائرة الإختصاص بمنح رخصة للقاضي المختص الذي يمنح بدوره الإذن بالزواج وقام بإلغاء تدخل وكيل الجمهورية على الرغم من دوره الضئيل الذي يقتصر على الاستشارة مرفقا بالوثائق التالية:

- شهادة ميلاد الزوجين 12.

- نسخ من بطاقة التعريف لكلا الزوجين وولهما.

- شهادة طبية تثبت الأهلية الطبية للقاصر المطلوب ترشيده.

ويمنح القاضي الإذن بالزواج بناء على أمر على عريضة بعد الإطلاع على الأسباب والإثباتات الطبية والإطلاع على إلتماسات النيابة العامة ويصدر هذا الأمر عن رئيس المحكمة ولا يوجد مانع أن يصدر عن قاضي الأحوال الشخصية.

المطلب الثاني: الجهات المختصة بإبرام عقد الزواج

هناك جهات مختصة تقوم بإبرام وتسجيل عقود الزواج وقد تكون هذه الجهات داخل الوطن وقد تكون خارج الوطن

الفرع الأول: الجهات المختصة بإبرام عقد الزواج داخل الوطن

أولاً: ضابط الحالة المدنية:

1-تعريف ضابط الحالة المدنية: "هو موظف المؤهل قانوناً لتحرير عقود الزواج وتسجيله، ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 1 من قانون الحالة المدنية أنه يتمتع بصفة ضابط الحالة المدنية كل من رئيس المجلس الشعبي البلدي، نوابه وهذا داخل الوطن كما أنه نص في المادة 2 منه أنه يجوز لرئيس المجلس الشعبي البلدي تفويض عون بلدي أو أعوان عديدين قائمين بالوظائف الدائمة لممارسة مهنة ضابط الحالة المدنية بشرط بلوغهم سن 21 سنة، وخولت المادة 2/3 منه لضابط الحالة المدنية الحق في تحرير عقود الزواج.

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

3-كيفية تسجيل ضابط الحالة المدنية لعقود الزواج: بعد التأكد من صحة تطبيق المادة 9 و9 مكرر من قانون الأسرة أي التأكد من توفر ركن الرضا وشروط الزواج المتمثلة في الأهلية، الصداق، الولي، الشاهدين وانعدام الموانع الشرعية للزواج، ويجب أن يتضمن عقد الزواج البيانات التالية:

- الألقاب والأسماء والتواريخ، ومحل ولادة الزوجين، وصدور الإيجاب والقبول منهما ويكون متمتعان بالأهلية والتميز والاختيار.

- مهنة الأزواج وموافقهم وتوقيعهم.

- ألقاب وأسماء الشهود وتوقيعهم.

- اسم الولي وتوقيعه عند الاقتضاء.

- الترخيص بالزواج عند الاقتضاء.

- الإعفاء من السن الممنوحة من طرف رئيس المحكمة إن لزم الأمر.

- تحديد معجل ومؤجل الصداق طبقا للمادتين 9 مكرر و15 من قانون الأسرة.

- الشهادة الطبية لكلا الزوجين طبقا للمادة 7 مكرر من قانون الأسرة.

- بيان ذكر حالة الزوجة إما بكر أو ثيب أي مطلقة أو أرملة.

- ذكر اشتراطات الزوجين إن وجدت، لاسيما اشتراط عدد التعدد أو عمل المرأة أو مسكن مستقل...الخ.

وبعد ذلك يقوم عقد الزواج في سجلاته ويسلم إلى الزوجين دفترًا عائليًا مثبت للزواج وهذا طبقا للمادتين

1/72 و117 من قانون الحالة المدنية

4-جزء إخلال ضابط الحالة المدنية بالتزاماته: إن سلطة ضابط الحالة المدنية بشأن تحرير عقود

الزواج تحكمها نصوص قانونية ولقد نصت المادة 46 من قانون الحالة المدنية، "تبطل العقود عندما

تكون البيانات الأساسية الواردة فيها مزورة أو في غير محلها ولو أن العقد في حد ذاته كان صحيحا شكلا.

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

ولقد جاء في المادة 77 أنه يعاقب ضابط الحالة المدنية الذي يحزر عقد الزواج دون حصوله على رخصة

الأشخاص المؤهلين لحضور عقد أحد الزوجين المنصوص عليها في المادة 1/441 من قانون العقوبات،

ويعاقب إذا لم يتم بالإجراءات القانونية، بغرامة لا تتجاوز 200دج، وتعتبر هذه العقوبة عقوبة رمزية.

وجاء في نفس المادة تعاقب على هذه الأفعال بالحبس من 10 أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 100 إلى 1000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

ثانيا: الموثق:

1-تعريف الموثق: "هو موظف عمومي يتولى إبرام العقود الرسمية بشكل عام"، ولقد خوله القانون إبرام عقود الزواج وهذا طبقا للمادة 1/71 من قانون الحالة المدنية والمادة 18 من قانون الأسرة.

2-الإختصاص المكاني: لقد حددته المادة 1/71 من قانون الحالة المدنية وهو نفس الاختصاص المخول لضابط الحالة المدنية والذي يكون بدائرة اختصاصه موطن زوجين أو محل إقامة أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج.

3/-كيفية تسجيل الموثق لعقود الزواج: بعد تأكده من وجود أركان وشروط عقد الزواج طبقا للمادتين 9 و9مكرر من قانون الأسرة فإنه طبقا للمادة 2/72 من قانون الحالة المدنية: "يحرر الموثق عقدا عندما يتم الزواج أمامه ويسلم إلى المعنيين شهادة، كما يرسل ملخصا عن العقد في أجل ثلاثة أيام إلى ضابط الحالة المدنية الذي يقوم بنسخه في سجل الحالة المدنية خلال مهلة 5 أيام ابتداء من تاريخ تسليمه إلى الزوجين دفترا عائليا ويكتب بيان الزواج في السجلات على هامش عقد ميلاد كل واحد من الزوجين".

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

الفرع الثاني: الجهات المختصة بإبرام عقد الزواج خارج الوطن

عند إبرام عقد الزواج خارج الجزائر، يشترط القانون الجزائري الشروط القانونية للزواج واعتبار الاختصاص القضائي أو الإداري للجهات المختصة لضمان صحة العقد واعتراف الدولة به، وتمثل الجهات المختصة في القنصليات والسفارات الجزائرية المنتشرة في الخارج، إذ تمنح هذه البعثات الدبلوماسية الحق في تسجيل الزواج وإبرامه وفق أحكام قانون الأسرة الجزائري، مع التأكد من توافر الشروط القانونية مثل السن القانوني، الموافقة الحرة بين الزوجين، وعد وجود مانع شرعي أو قانوني

يمنع الزواج، كما تقوم هذه الجهات بتحرير محضر الزواج وتوثيقه وإرساله لاحقا إلى مصلحة الحالة المدنية بالجزائر لإدراجه ضمن سجلاتها، بما يضمن الاعتراف الرسمي بالزواج داخل الوطن، في حالات معينة قد يشترط القانون تقديم وثائق إضافية مثل الشهادات الطبية أو الاثباتات القانونية من بلد الإقامة، لتأكيد أهلية الزوجين للزواج، وبهذه الطريقة تضمن الدولة الجزائرية أن تكون جميع عقود الزواج المبرمة خارج الوطن قانونية وموثقة مع حماية حقوق الزوجين والأبناء ومطابقة الزواج لأحكام الشريعة الإسلامية.

أولاً: إبرام عقد الزواج أمام السلطة المحلية بالخارج

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

أما تسجيله وفقا للشكل الديني فيعتبر باطلا ووفقا لأحكام قانون الحالة المدنية فإن الجزائريون الذين أبرموا عقود زواجهم أمام ضابط الحالة المدنية بالخارج بإمكانهم تسجيله أمام الهيئات القنصلية وهذا طبقا لنص المادة 103 من قانون الحالة المدنية. ويجب ألا يخالف الزواج المبرم أما السلطات المحلية بالخارج الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لمكان عقد الزواج طبقا لنص المادة 97 من قانون الحالة المدنية أي وجوب توفر الشروط الموضوعية المنصوصة في المواد 9 و9مكرر من قانون الأسرة.

ثانياً: إبرام عقد الزواج أمام المصالح القنصلية

ويبرم عقد الزواج طبقا للقانون الجزائري أمام رؤساء البعثات السياسية المشرفون على الدوائر القنصلية ورؤساء المراكز القنصلية بصفتهم ضابط للحالة المدنية للجزائريين المقيمين خارج الوطن، وفي كل قنصلية جزائرية يوجد بها ثلاث سجلات من بينها سجل الزواج والذي يتكون من نسختين أصليتين حيث أنه يتولى رئيس المركز القنصلي بإرسال نسخة في آخر يوم من السنة إلى وزارة الشؤون الخارجية ويحتفظ هو بالنسخة الأخرى، ضمن محفوظات المركز القنصلي، ولكي يصح عقد الزواج لابد أن يبرم طبقا للقوانين الجزائرية وذلك بمراعاة المواد (96 و97 و103 و104) من قانون الحالة المدنية.

المبحث الرابع: آثار عقد الزواج

يعد عقد الزواج من أهم العقود التي تنظم الحياة الاجتماعية لما يترتب عنه من آثار قانونية وشرعية تمس الأفراد والأسرة والمجتمع على حد سواء، فبمجرد انعقاده صحيحا ومستوفيا لشروطه وأركانه، تنشأ بين الزوجين رابطة شرعية تترتب عليها حقوق وواجبات متبادلة تهدف إلى تحقيق الاستقرار الأسري والتكافل والتعاون ولا تقتصر آثار عقد الزواج على العلاقة بين الزوجين فقط، بل تمتد لتشمل الأطفال من حيث النسب والنفقة والرعاية. إضافة إلى ما ينتج عنه من أحكام تتعلق بالميراث والولاية والحضانة وتختلف هذه الآثار باختلاف النظم القانونية والاجتماعية، إلا أنها تشترك جميعا في كونها الأساس

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

قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري وبموجب القانون رقم 11/84 كانت المادة 36 تميز بين الحقوق والواجبات التي تقع على عاتق الزوجين، أما المادة 39 من نفس القانون السالف الذكر فكانت تنص على واجب الزوجة طاعة الزوج باعتباره رئيس الأسرة، ليتم إلغاء هذه المادة في تعديل 02/05. ضف إلى ذلك وفي تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02-05 تم الخروج من دائرة التمييز بين الحقوق والواجبات المخولة للزوجين إلى مساواة مطلقة في ذلك حيث تنص المادة 36 منه على: "يجب على الزوجين:

- 1- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة
- 2- المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة
- 3- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم
- 4- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وفي تباعد الولادات
- 5- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم
- 6- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف.
- 7- زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف".

الفرع الأول: المساواة في المعاملة والروابط الأسرية بين الزوجين

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

أولاً: المحافظة على الروابط الزوجية و واجبات الحياة المشتركة

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

ثانياً: الآثار الشخصية والمالية للحقوق والالتزامات بين الزوجين

ينشئ عقد الزواج في التشريع الجزائري رابطة قانونية تقوم على جملة من الآثار الشخصية والمالية التي تهدف إلى تنظيم الحياة الزوجية وتحقيق الاستقرار الأسري، فعلى الصعيد الشخصي يلتزم الزوجان بالمعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة، والعمل على بناء حياة مشتركة يسودها التعاون والتكافل، كما يلتزم الزوج بتوفير المسكن والإنفاق على زوجته وأولاده، وتلتزم الزوجة بالمحافظة على الأسرة ورعايتها واحترام زوجها في إطار من التوازن والكرامة، ويعد ثبوت النسب من آثار الزواج الصحيحة لما له من تأثير مباشر على الروابط العائلية والحقوق الشرعية والقانونية للأبناء، أما من الناحية المالية فتظهر آثار الزواج في التزام الزوج بالنفقة التي تشمل الغذاء والكسوة والعلاج والمسكن، إضافة إلى وجوب دفع المهر باعتباره حقا ماليا خالصا للزوجة، وحقها في التملك والتصرف في أموالها دون قيود من الزوج، وإمكانية اتفاق الزوجين على نظام مالي خاص لتسيير الممتلكات المكتسبة أثناء الزواج بما يضمن العدالة والوضوح في إدارة الموارد المشتركة وهكذا يجمع قانون الأسرة الجزائري بين بعدها الانساني والاجتماعي من خلا تكريس الحقوق والواجبات المتبادلة وبين بعدها المالي الذي يحمي الزوجة والأسرة ويحقق التوازن داخل الحياة الزوجية.

المحور الرابع: فك الرابطة الزوجية

الأصل في عقد الزواج التأييد والاستمرار فتكون العلاقة الزوجية ممتدة بين الزوجين إلى غاية الوفاة، غير أن حياة الإنسان تعتبرها التقلبات النفسية والمعنوية وقد يحدث بين الزوجين من المشكلات ما لا يمكن استمرار الحياة الزوجية معها، ومن هنا لم يكن أصل التأييد في عقد الزواج مانعا دون انتهاء هذه العلاقة إذا ظهرت موانع تحول دون بقائه على الوجه الذي يحقق مقاصد الزواج وبالتالي فإن الطلاق هو إجراء وقائي وضرورة وليس أصل، وقد حصر المشرع الجزائري في المادة 47 من قانون الأسرة أسباب انحلال

الرابطة الزوجية في الطلاق والوفاة فقط.

وعليه سنتناول في هذا الفصل المباحث:

- المبحث الأول: مفهوم الطلاق.
- المبحث الثاني: طرق ايقاع الطلاق.
- المبحث الثالث: آثار الطلاق.

المبحث الأول: الطلاق

يعد الطلاق من أهم النظم القانونية التي شرعها المشرع الجزائري لتنظيم نهاية العلاقة الزوجية عندما تستحيل المعاشرة بالمعروف وتفشل كل محاولات الإصلاح، فهو آلية استثنائية تحفظ كرامة الزوجين وتقمهما من استمرار علاقة قائمة على الضرر والنفور، والطلاق في جوهره حل لعقد الزواج حلا مشروعاً يضع حداً للحقوق والالتزامات الزوجية، ويتم وفق ضوابط دقيقة تضمن عدم التعسف وتحمي حقوق الزوجة والأبناء، وقد استمد القانون الجزائري أحكامه في هذا المجال من مبادئ الشريعة الإسلامية، مع مراعاة احتياجات الواقع الاجتماعي والأسري، فنظم حالات الطلاق وإجراءاته وآثاره وجعل القضاء طرفاً أساسياً في مراقبة صحته وشرعيته، وبهذا يعد الطلاق مؤسسة قانونية تهدف إلى تحقيق المصلحة ودفع الضرر، لا إلى تفكيك الأسرة إذ لا يلجأ إليه إلا عند تعذر استمرار الرابطة الزوجية بشكل يحقق السكنية والاستقرار، وسنحاول التطرق إلى تعريفه وأنواعه وتكييفه الشرعي والقانوني على النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريف الطلاق

الطلاق في اللغة: بفتح الطاء التخلية وإزالة القيد وإزالة عقد النكاح.¹

وأما اصطلاحاً: فهو حل الرابطة الزوجية الصحيحة في الحال والمآل بالصيغة الدالة على ذلك.²

وأما المشرع الجزائري فنجد أنه في المادة 47 من قانون الأسرة يذكر أنه ((تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق والوفاء))، وأما المادة 48 فتتضمن على أن ((الطلاق حل عقد الزواج ويتم بالإرادة المنفردة أو بالتراضي...))، وقد ورد ذلك في الفصل الأول من الباب الثاني حيث تطرق للطلاق وصوره والآثار المترتبة عليه فقط دون أن يعطي تعريفاً واضحاً للطلاق واستبدال لفظ الطلاق بلفظ "حل" لكي يستوعب جميع طرق انحلال عقد الزواج فتكون الفُرقة بالوفاء أو الفسخ أو الطلاق، ويختلف الطلاق عن الفسخ في أن الفسخ حكم ببطان العقد، والطلاق إنهاء العقد بعد أن وقع صحيحاً لازماً.

¹ الفيومي، مرجع سابق، 376/2.

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

والطلاق لا يعتدُّ به ولا يكون ثابتاً إلا إذا صدر بشأنه حكم قضائي وهذا حسب نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري ((لا يثبت الطلاق إلا بحكم...)).

وعليه فهل حكم القاضي منثى أو 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 إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق فيحتاج إلى عقد جديد))، فنلاحظ أن المشرع استعمل لفظ "راجع" وهذا دليل على أنه أقرّ 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 إلى نص المادة شرطا فتكون كالاتي ((من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح...بشروط عدم انتهاء العدة))، والقول قول الزوجة في انتهاء العدة من عدمها.

المطلب الثاني: أقسام الطلاق

ينقسم الطلاق في الفقه الإسلامي إلى أربعة أقسام هي¹:

1- باعتبار الزمن: وينقسم إلى ثلاثة أنواع:

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

ب- الطلاق المضاف: ما أضيف حدوثه إلى وقت المستقبل.

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

¹ مراد كاحلي، مرجع سابق، ص(54-56).

2- باعتبار اللفظ: وينقسم هذا الطلاق إلى نوعين

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

ب- الطلاق بلفظ الكناية: وهو الذي يكون بلفظ غير دال صراحة على إرادة الطلاق كقوله "الحقي بأهلك"

فلا بد من تبين إرادة المتكلم.

3- باعتبار موافقته للسنة من عدمها: وينقسم إلى نوعين

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

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

4- باعتباره أثره: وينقسم هذا الطلاق إلى نوعين

أ- طلاق رجعي: وهو الطلاق الذي يملك فيه الزوج مراجعة زوجته مادامت في العدة دون حاجة إلى عقد

جديد ولا إذن من الزوجة أو وليها وذلك في الطلقة الأولى والثانية.

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 إلى أقسام الطلاق باعتبار أثره فقط وهذا الذي يعنيه عمليا وذلك في

المادتين (50، 51) فتطرق المادة 50 إلى البينونة الصغرى بعد صدور الحكم القضائي حيث لا يمكن

للزوج أن يراجع زوجته إلا بمهر وعقد جديدين ورضاها.

وأما 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.

المبحث الثاني: طرق ايقاع الطلاق

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

المطلب الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

يتقدم الزوج الى المحكمة بطلب إنهاء الرابطة الزوجية والحكم بالطلاق استنادا الى أسباب معينة وذلك في عريضة يودعها لدى كتابة الضبط بالمحكمة المختصة وبعد المرور على الجلسة السرية للصلح وتعيين حكّمين 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 إرادة الزوج في إيقاع الطلاق وهو ما نصت عليه المادة 45 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹.

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

المطلب الثاني: الطلاق بالتراضي

وهو الطلاق الذي يتم بناء على رغبة الزوجين في إنهاء العلاقة الزوجية وهو ما نصت عليه المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري، كما نص على ذلك في المادة 427 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ((الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة)) وعلى القاضي سماع كل طرف على حدا ثم يسمعهما مجتمعين للتأكد من رضاهما ورغبتها بالطلاق وما تضمنه هذا الاتفاق من بنود؛ وللقاضي 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 الإجراءات المدنية والإدارية.

كما أن هذا الطلاق لا بد 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 المشرع والقانون قد منحا للزوجة حق طلب التطليق من زوجها عن طريق القضاء إذا تضررت منه فلها الحق في التطليق لسبب من الأسباب المبيحة لذلك

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

وهو إجراء قانوني يتيح للزوج إنهاء عقد الزواج بصفة أحادية وفق الضوابط الشرعية والقانونية، ويختلف عن الطلاق الرجعي أو الخلع من حيث المبادرة والإجراءات.

ويعد التطليق وسيلة لحل الخلافات الزوجية عندما يستحيل استمرار الحياة المشتركة أو تعذر الإصلاح بين الزوجين، مع مراعاة حقوق الزوجة والأبناء.

ويترتب على التطليق آثار شخصية ومالية مهمة، منها التزام الزوجة بالعدة وتنظيم الحضانة وحق الزيارة للأبناء، إلى جانب حقوقها المالية مثل المتعة، أو النفقة المؤقتة، فيما تنتهي بعض الالتزامات المالية المشتركة، كما يضع القانون إطاراً قضائياً لمراقبة صحة التطليق وضمان عدم التعسف، بما يحقق التوازن بين مصلحة الزوج في إنهاء الزواج وحق الزوجة في الحماية والعدل ويعد بذلك التطليق أداة قانونية مهمة في التشريع الجزائري لتنظيم إنهاء العلاقة الزوجية بطريقة تحفظ الحقوق وتحقق المصلحة العامة للأسرة .

وسأحاول التطرق للتطليق من حيث تحديد مفهومه وأسبابه وتكييفه القانوني في التشريع الجزائري على النحو الآتي:

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 الإجراءات المدنية والإدارية وهذه الأسباب 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 عليه في المادة 53 الفقرة الأولى.

2- التطليق للعيوب: أقر فقهاء الشريعة وكذا القانون لكلا الزوجين الحق في طلب الطلاق إذا تبين 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 إثبات 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 أن تكون الجريمة ماسة بشرف الأسرة وهو يقصد الجرائم الأخلاقية وهنا يقع عبء الإثبات على الزوجة وعليه فالقاضي لا يطلق بمجرد حبس الزوج لأن المشرع لم يحدد المدة إلا إذا تمسكت الزوجة بالتطليق مع إثبات أن الجريمة ماسة بكيان الأسرة وسمعتها.

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 والحنابلة. والزوج الغائب الذي قصده المشرع هو المذكور في المادة 11 من قانون الأسرة بقولها ((الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود)).

6- التطليق لمخالفة الشروط القانونية لتعدد الزوجات

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

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

9- التطلاق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج: أجاز المشرع الجزائري بمقتضى المادة 19 من قانون الأسرة 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 إلى القضاء لطلب التطلاق لمخالفة الزوج للشرط حسب المادة 53 الفقرة التاسعة من قانون الأسرة.

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

المطلب الثاني: الخلع

الخلع في التشريع الجزائري هو حق للزوجة يتيح لها طلب فسخ عقد الزواج مقابل تعويض مالي للزوج، ويعتبر بديلا عن الطلاق التقليدي عندما تتعذر الحياة الزوجية ويصعب استمرار المعاشرة بالمعروف ويهدف المشرع من إقرار هذه الآلية إلى حماية حقوق الزوجة ومنحها وسيلة لإنهاء الزواج دون انتظار موافقة الزوج على الطلاق مع الحفاظ على التوازن بين الطرفين من خلال التعويض المالي، ويخضع الخلع لإجراءات قضائية تضمن التثبيت من إرادة الزوجة وصدق أسباب طلبها، فضلا عن حماية مصالح الأبناء مما يجعل الخلع وسيلة مرنة لإنهاء الزواج بشكل يحفظ كرامة الزوجة ويوازن بين مصالح

الطرفين مع ضمان ألا يتضرر الأطفال أو يتعرضوا لحرمان الرعاية وسنتطرق إلى تعريف الخلع وتكييفه القانوني في التشريع الجزائري على النحو الآتي:

تعريف الخلع:

الخلع لغة يعني النزعة والإزالة من فعل خَلَعَ ويستعمل لفظ الخَلَع بالفتح في إزالة غير الزوجية من الأمور الحسية فيقال خَلَعَ الرجل ثوبه وأما الخُلْع بالضم فيستعمل في إزالة الزوجية.

وأما اصطلاحاً: وهو طلاق بعوض تبذله المرأة أو غيرها برضاها فيلزم¹.

وعليه فالخلع بهذا المعنى هو الصورة المقابلة لطلاق الرجل بالإرادة المنفردة وهو جائز وأما المشرع الجزائري في قانون الأسرة فلم يتطرق إلى تعريف الخلع وإنما أقره وجعله طريقاً 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)).

وهنا اعتبر المشرع من خلال هذا النص الخلع حق إرادي 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 وبالتالي يستلزم رضا الزوج؟ أم هو حق إرادي 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 للقاضي².

¹ الصاوي، الحاشية، دارالمعارف، 217/2.

² مراد كاحلي، مرجع سابق، ص(66،65).

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

وأما إذا كان البديل أكثر مما قدم إليها من مهر فاختلفوا بين مانع ومجيز.

وأما المشرع الجزائري فقد أشار في المادة 54 الفقرة الثانية من قانون الأسرة 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 الأعراف، غير أنه لا يجوز أن تكون حضانة الأولاد في هذه الحالة يكون الخلع صحيحا وملزما والتنازل يكون باطلا لأن الحضانة حق مشترك بين الطفل والحاضن.

المبحث الثالث: آثار الطلاق

يترتب عن الطلاق في التشريع الجزائري مجموعة من الآثار القانونية التي تهدف إلى تنظيم العلاقة بين الزوجين بعد انقضاء الزواج وضمان حماية حقوق الطرفين والأبناء، وهي آثار تشمل الجانبين الشخصي والمالي، من الآثار الشخصية للطلاق استمرار ارتباط الزوجين ببعض الالتزامات المؤقتة مثل العدة للمرأة المطلقة والتي تهدف إلى حماية النسب ومنح الزوجة فرصة للتفكير وضمان عدم اختلاط الأنساب، بالإضافة إلى تنظيم الحضانة والزيارة للأبناء بما يحقق مصالحهم الفضلى ويضمن استقرار حياتهم النفسية والاجتماعية، أما الآثار المالية فتشمل حق المطلقة في النفقة المؤقتة أو المتبقية في حال الطلاق التعسفي وحقها في المتعة أو المهر المؤجل وكذلك تنظيم النفقة على الأبناء بما يحفظ استقرارهم كما يترتب على الطلاق انتهاء الحقوق المشتركة أو الالتزامات المتعلقة بالمشاركة في الأموال المكتسبة خلال الزواج.

وبذلك يظهر الطلاق في التشريع الجزائري كألية قانونية متكاملة تحافظ على توازن العلاقة بين الزوجين بعد الانفصال وتحمي مصالح الأبناء، مع مراعاة التوازن بين الحقوق والواجبات لضمان استقرار الأسرة حتى بعد انتهاء العلاقة الزوجية.

المطلب الأول: العدة.

تعد العدة من أهم الآثار المترتبة عن الطلاق في التشريع الجزائري، إذ شرعها القانون حفاظا على النسب وضمانا لحقوق الزوجة وتنظيما لانتقالها من رابطة زوجية إلى وضع جديد.

فالعدة مدة زمنية تلزم فيها المطلقة بالبقاء دون زواج حتى تنقضي، وهي واجبة سواء كان الطلاق رجعيا او بائنا، وتختلف مدتها حسب الحالة التي تكون عليها الزوجة، فهي ثلاثة قروء للمطلقة غير الحامل، وتمتد إلى غاية الوضع بالنسبة للحامل، وتكون ثلاثة أشهر لغير المدخول بها أو لمن بلغت سن اليأس، وتترتب خلال هذه المدة آثار قانونية مهمة أبرزها استمرار حق الزوجة في النفقة والسكنى في الطلاق الرجعي، مع بقاء بعض الروابط الزوجية قائمة، بينما تعد مفصولة تماما عن زوجها في الطلاق البائن مع

احتفاظها بحقوقها المالية، وتأتي العدة في جوهرها كضمانة شرعية وقانونية توازن بين حماية الأسرة وصيانة حقوق المرأة وتمنع اختلاط الأنساب وتمنح للزوجين فرصة للتفكير الهادئ مما يجعلها جزءاً أساسياً من منظومة آثار الطلاق في القانون الجزائري وسنحاول في هذا المطلب التعرض لكل الجزئيات التي تتعلق بالعدة وتكييفها الشرعي والقانوني على النحو الآتي:

العدة لغة من عد الشيء وأحصاه وسميت العدة وتحصي الأيام التي تنقطع عن الأزواج¹.

وأما اصطلاحاً فهي ما أوجبه الشرع على الزوجة التي طلقت بواسطة زوجها أو القاضي أو بالوفاة إذ يتوجب عليها مراعاة ذلك.

وتختلف العدة بحسب الوضع الذي عليه المرأة إلى ما يلي:

1- العدة بالإقراء: لقوله عز وجل (وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَّمْنَ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلِيمٌ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ)².

والقرء هنا لفظ مشترك بين الحيض والطمهر غير أن المشرع لم يبيّن المقصود بالقرء في المادة 58 وهو الأمر الذي قد ينعكس سلباً على حساب مدة العدة متى تبدأ ومتى تنتهي.

2- العدة بالأشهر: لقوله عز وجل (وَاللَّائِي يَبْسُنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا)³، والنص يشمل المرأة التي لا تحيض لكبرها أو لصغر سنها.

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

¹ الفيروز آبادي القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 8، 2005، 279/1.

² سورة البقرة، الآية 228.

³ سورة الطلاق، الآية 04.

4- عدّة المتوفى عنها زوجها: وهي أربعة أشهر وعشرة أيام لقوله عزّ وجلّ (وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرْتَبِصْنَ 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 إلى 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

تعد الحضانة من أهم الآثار المباشرة لعقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، إذ يترتب عن الزواج الصحيح نشوء رابطة أبوة وأمومة تجعل تربية الأبناء ورعايتهم مسؤولية مشتركة بين الزوجين، فالحضانة في أصلها هي رعاية الطفل في شخصه وتوفير ما يلزمه من عناية صحية وتربوية ونفسية لضمان نموه السليم داخل إطار أسري آمن.

واعتبر المشرع الجزائري الحضانة حقا للطفل قبل أن تكون حقا للوالدين، مما يجعله يقدم مصلحة المحضون على أي اعتبار آخر، وتبقى الحضانة قائمة طوال قيام الزواج بشكل تلقائي بين الزوجين، إذ يمارس كل منهما دوره الطبيعي في التنشئة والرعاية، كما تزداد أهمية الحضانة في حال وقوع الطلاق أو الانفصال، حيث تتدخل المحكمة لضمان استمرار العناية بالطفل ومنع أي ضرر قد يلحق به مع تنظيم حقوق الزيارة والإيواء والنفقة وهكذا تعد الحضانة أثرا أساسيا من آثار عقد الزواج في القانون الجزائري باعتبارها آلية لحماية الطفل وصون استقراره داخل الأسرة سواء استمرت العلاقة الزوجية أو انتهت.

وسنحاول في هذا الموضوع تعريف الحضانة والاشكالات التي تثار بشأنها من الناحية القانونية كالآتي:

أولا تعريف الحضانة:

¹ سورة البقرة، الآية 234.

في اللغة: تعني حضن الصغير أي وضعه تحت الجناح ما دون الإبط.

وأما اصطلاحاً: فهي القيام على تربية الطفل ورعاية شؤونه خلال مدة معينة من عمره وقد عرّف المشرع الحضانة بمقتضى المادة 62 بأنها ((رعاية الولد وتعليمه، والقيم بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً))، غير أن المشرع الجزائري لم يفرد فصلاً محدداً لشرط الحضانة، وإنما أشار إليها فقط في الفقرة الثانية من المادة 62 بنصها ((ويشترط في الخاص أن يكون أهلاً للقيام بذلك)) القدرة المادية والقانونية.

وفيما يتعلق بمراتب الحاضنين فهم أشخاص لهم مراتب ودرجات محددة في الشريعة الإسلامية والقانون تقدم جهة النساء على الرجال في الحضانة، حيث نرى أن المشرع الجزائري قد أعطى الأولوية "الأم" وذلك بمقتضى المادة 64 بنصها ((الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة الأب ثم الخالة ثم العمّة 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 الحضانة حق للحاضن وليس واجبا عليه فأثر تحقيق مبدأ المساواة بين الأم والأب في الحضانة مع اعتبار مصلحة المحضون في كل الأحوال.

وإلى جانب حق الحضانة هناك حق الزيارة المرتبط بالأمومة والأبوة إلا أن المشرع قد قصره على الأب والأم دون غيرهم من الأشخاص من جهة الأب أو الأم أو حتى من لهم حق الحضانة كما هو منصوص عليه وهذا الذي يؤدي إلى قطيعة الأرحام بين المحضون وأهله من أبيه وأمه حسب نص المادة 64، وقد ألزم المشرع الأب بتوفير سكن لممارسة الحضانة أو دفع بدل الإيجار كما هو منصوص عليه في المادة 72.

وقد حدّد المشرع الجزائري مدّة الحضانة بنص المادة 65 ببلوغ الذكر سن العاشرة من عمره والأنثى ببلوغها سن الزواج 19 سنة كاملة، وأجاز القانون تمديد حضانة الذكر إلى 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 المادة 65.

ثانيا: الاشكالات القانونية والعملية التي تثيرها الحضانة في التشريع الجزائري

تثير الحضانة في التشريع الجزائري مجموعة من الاشكالات العملية والقانونية والاجتماعية، على الرغم من وضوح نصوص قانون الأسرة، وذلك نظرا لتداخل عدة عوامل شخصية وعائلية وقضائية، أولى الإشكالات تتعلق بتحديد الحاضن المناسب ، حيث قد تنشأ نزاعات بين الأم والأب أو بين الأقارب حول من يستحق الحضانة، خاصة عند وجود موانع قانونية أو اختلاف في قدرة الطرفين على تقديم الرعاية اللازمة ، ثانيا يتعلق بتطبيق شروط الحضانة، إذ يواجه القضاة صعوبة تقييم مدى أهلية الحاضن من حيث الصحة البدنية والنفسية والقدرة على تأمين بيئة مستقرة للطفل، ما يؤدي أحيانا إلى تأخير الفصل في القضايا، ثالثا حق الزيارة والإيواء يمثل أحد الإشكالات الشائعة، حيث يسعى الطرف غير الحاضن إلى ممارسة حقه في زيارة الطفل، وقد تعطل هذه الحقوق بسبب الخلافات بين الأبوين، كما يبرز إشكال التزامات النفقة والسكن أثناء الحضانة، إذ قد يمتنع أحد الأبوين عن توفير النفقة أو السكن الملائم ما يهدد استقرار المحضون، إضافة إلى ذلك تواجه الحضانة تحديات عند تعدد الزوجات أو الزواج بأجنبي عن المحضون ما قد يؤثر على انتظام رعاية الطفل.

وأخيرا تمثل العوامل الاجتماعية والثقافية أحيانا عقبة أمام تطبيق القانون، إذ قد تتدخل الأعراف والعادات المحلية في تحديد ممارسات الحضانة بما قد يخالف نصوص القانون ما يستدعي تدخل القضاء لضمان المصلحة الفضلى للطفل، وهكذا تبقى الحضانة رغم أهميتها ووضوح أهدافها من أكثر المجالات القانونية حساسية وتعقيدا في تطبيق قانون الأسرة الجزائري.

الخاتمة:

ختاما يظهر قانون الأسرة الجزائري مدى حرص المشرع على التوفيق بين أحكام الشريعة الإسلامية بوصفها المصدر الأساسي في مسائل الأحوال الشخصية، وبين متطلبات الواقع الاجتماعي المتغير وقد عكس هذا

القانون منذ صدوره 1984 وتعديله سنة 2005 ثم 2013 تطورا ملحوظا في معالجة قضايا الزواج والطلاق والحضانة والنفقة والميراث من خلال تبني مقاربة قانونية تراعي مبدأ حماية الأسرة بوصفها الخلية الأساسية للمجتمع وتوازن في الوقت ذاته بين حقوق الزوجين وواجباتهم والحماية الخاصة الممنوحة للطفل باعتباره أولوية تشريعية/ كما أظهر العمل القضائي لا سيما اجتهادات المحكمة العليا دورا جوهريا في تفسير النصوص وتكييفها مع النزاعات المعروضة مما ساهم في إثراء المنظومة القانونية للأسرة وتطوير تطبيقاتها.

وبالرغم من الجهود المبذولة ماتزال المنظومة الأسرية تواجه تحديات مرتبطة بالتغيرات الاجتماعية والاقتصادية، الأمر الذي يفرض استمرار المراجعة والتحديث بما يضمن مزيدا من الوضوح والانسجام بين النصوص التشريعية والقواعد العامة للقانون ومن هنا تبقى دراسة قانون الأسرة في الجزائر ضرورة علمية وقانونية لفهم طبيعة العلاقات الأسرية وضبط توازنها

قائمة المراجع:

- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، الجزء الأول، العدد الأول، دار الثقافة، الجزائر، 2012.
- جعفرور محمد سعيد، مدخل إلى العلوم القانونية، ط13، الجزائر، 2006.
- عبد الفتاح تقية، دراسة قانونية تحليلية في إطار الندوة العلمية "نطاق تطبيق أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية في قانون الأسرة الجزائرية" (بعض النماذج التطبيقية-دراسة تحليلية)، المجلة

- الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، المجلد 51، العدد 1.
- محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، دار الكتاب المصري، القاهرة ودار الكتاب اللبناني، بيروت، 2011.
- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل-دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- علي بن الشيخ. أسباب وظروف منع المرأة من الميراث في منطقة القبائل خلال القرن 18م، الحوار المتوسطي، جامعة الجليلي ليايس سيدي بلعباس، المجلد 9، العدد 3، ديسمبر 2018.
- تشوار جيلالي، قانون الأسرة الجزائري، محاضرات أقيمت على طلبه السنة الثالثة ليسانس قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2015/2014.
- يحي قاسم علي، المدخل لدراسة العلوم القانونية نظرية القانون نظرية الحق دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، كوميت للتوزيع، القاهرة، مصر.
- ¹ أحمد السعيد الرقرد، المدخل للعلوم القانونية، الكتاب الأول، نظرية القانون، دون دار نشر، مصر، 2001.
- ¹ عبد الجليل درارجة، الإحالة على أحكام قانون الأسرة الجزائري ومدى مكانة القاضي في الاجتهاد فيما لا نص فيه، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد 02، المجلد 06، جامعة الشلف، الجزائر، ديسمبر 2020.
- عبد الله ناصح علوان، محاضرة في الشريعة الإسلامية وفقهها ومصادرها، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة.
- محمد بوطرفاس، الأسرة الجزائرية بين القانون والعرف، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 33، جامعة قسنطينة 1، جوان 2010.
- الطيب شتوح، دور العرف وأثره في قانون الأسرة الجزائري (مرحلة انعقاد الزواج مقدمته وأثاره)، مجلة التراث، العدد الأول، المجلد 09، جامعة الجلفة، الجزائر، مارس 2019.
- محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة الخطبة والزواج، الجزء الأول، الطبعة الثانية، شهاب، الجزائر، 2000.
- محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت.
- أحمد محمود، عقد الزواج العرفي أركانه وشروطه وأحكامه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.

- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار البعث، قسنطينة، 1989.
- الغوثي بن ملح، محاضرات قانون الأسرة بالمعهد الوطني للقضاء، 2002.
- خالد محمود طلال حمادة، عقد الزواج بالكتابة عن طريق الإنترنت، الطبعة الأولى، دار النفاس، الأردن، 2002.
- الإمام محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، جمهورية مصر العربية.
- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، طبعة 1999، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون.
- جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية وعوارضها، عين مليلة: دار الهدى للطباعة والنشر 1993.
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، طبعة 1999، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الأول.
- سعدي أبو جيب، أديب إستانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، الطبعة 2، دمشق: المكتبة القانونية، 1990.
- عبد الرحمان الصابوني: قانون الأحوال الشخصية السوري (الطبعة الخامسة، دمشق: مديرية الكتب الجامعية، 1979.
- حداد عيسى، عقد الزواج، دراسة مقارنة منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، 2006.
- سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، 2007.
- الزمخشري الإمام أبي قاسم محمود بن عمر، أساس البلاغة، قاموس عربي-عربي، عن مليلة الجزائر: دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع.
- باس شومان، مصادر التشريع الإسلامي، الدار الثقافية للنشر، القاهرة، مصر، 2000.
- مذكور محمد سلام، أحكام الأسرة في الإسلام، القاهرة: دار النهضة العربية، 1967.

