الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة قسنطينة 1 الإخوة منتوري

قسنطينة في : 13 فيفري 2025

كلية الحقوق

المرجع : 13/ م.م.ع/2025.

مستخرج من محضر إجتماع المجلس العلمي

بتاريخ : 19 ديسمبر 2024

يشهد السيد رئيس المجلس العلمي لكلية الحقوق بجامعة قسنطينة 1 الإخوة منتوري بأن المجلس العلمي في اجتماعه بتاريخ : 19 ديسمبر 2024، قد صادق على المطبوعة البيداغوجية للدكتور(ة) **بوبترة طارق** ، المعنونة بـ: **محاضرات في قانون الأسرة موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس.**

رئيس المجلس العلمي

أ.د سامي بلعابد

رئيس المجلس العلمي

لكلية الحقوق

وزارة التعليم العالي و البحث العلي

جامعة الاخوة منتوري قسنطينة

كلية الحقوق- قسم القانون الخاص

محاضرات في قانـــــون الأســـــــــرة

موجه الى طلبة السنة الثانية ليسانس

من إعداد الدكتور / طارق بوبترة

أستاذ محاضر أ

السنة الجامعية 2024-2025

محاضرات في قانون الأسرة

مقدمة

مما لاشك فيه أن قانون الأسرة يمثّل أحد أهم الفروع القانونية التي تُعنى بتنظيم حياة الفرد داخل المجتمع، حيث يُنظّم الروابط الأسرية التي تُعد اللبنة الأساسية لبناء أي كيان اجتماعي مستقر، فالأسرة تُعتبر نواة المجتمع ومرتكز توازنه القيمي والحضاري، ولذلك حرصت التشريعات الحديثة على إحاطتها بإطار قانوني يقوم على حماية الحقوق وترسيخ الواجبات وتكريس مبادئ العدالة والإنصاف.

و على هذا الأساس جاء سنّ قانون الأسرة سنة 1984 كخطوة تشريعية نوعية تهدف إلى توحيد قواعد الأحوال الشخصية وتنظيمها ضمن مرجعية دينية واجتماعية واحدة، مستندًا إلى أحكام الشريعة الإسلامية بوصفها المصدر الرئيسي للتشريع.

وتُعد الخطبة المرحلة الأولى نحو تكوين الأسرة، إذ تُبرز نية الطرفين في الارتباط وتُهيّئ لقيام عقد الزواج، غير أنها تبقى مجرد وعد قابل للرجوع ولا تكتسب طبيعة الزواج الشرعية، مما يطرح عدة تساؤلات حول آثار العدول عنها وحقوق الطرفين خلالها.

أما الزواج، فهو محور قانون الأسرة وجوهره، باعتباره عقدًا شرعيًا ذا طبيعة اجتماعية وقانونية يُنشئ بين الزوجين رابطة دائمة قائمة على المودة والرحمة والتعاون. وقد حرص المشرّع الجزائري على بيان أركانه وشروطه وآثاره بتفصيل، مع إيلاء حماية خاصة لفئات الأسرة الضعيفة، كالزوجة والأولاد، انسجامًا مع القيم الإسلامية والاتفاقيات الدولية المصادق عليها من الدولة.

غير أن الحياة الزوجية قد تعرف تعثّرًا وخلافات عميقة تجعل استمرارها مستحيلاً أو مُضرًّا بمصالح أحد الطرفين أو الأولاد، وهنا يبرز الطلاق كآلية قانونية مشروعة لإنهاء الزوجية، لكنه يظل إجراءً استثنائيًا لا يُلجأ إليه إلا بعد استنفاد وسائل الصلح. وقد وضع المشرع عدة صور للطلاق وضوابط دقيقة لترتيب آثاره بما يحفظ الكرامة ويُقلّل من الآثار السلبية على الأسرة والمجتمع.

وإدراكًا لدور قانون الأسرة في تحقيق السلم الاجتماعي، فإن دراسة أحكام الخطبة والزواج والطلاق في التشريع الجزائري تكتسي أهمية علمية وعملية، سواء من حيث تحليل النصوص القانونية وتفسيرها، أو من حيث رصد الاجتهادات القضائية والمقارنة مع الفقه الإسلامي. كما

تُطرح إشكاليات جوهرية حول مدى استجابة هذه النصوص لتطور المجتمع الجزائري واحتياجاته

المتجددة، ومدى توفيقها بين الأصالة الإسلامية ومتطلبات العصر.

تعالج هذه المطبوعة :

الجزئية الأولى: الخطبة

الجزئية الثانية: الزواج

الجزئية الثالثة: الطلاق

الفصل الأول: ماهية الخطبة.

مما لا شك فيه أن قانون الأسرة لم يتطرق في نصوصه إلى ماهية الخطبة غير أنه بيّن الطبيعة القانونية لها و الآثار المترتبة جراء العدول عن الخطبة، كل ذلك من خلال ذلك أدرج حق الطرفين في التعويض عن الضرر نتيجة فسخ الخطوبة، فنظم الأحكام المتعلقة بالهدايا في حالة وجود نزاع مطروح أمام القضاء بشأن استردادها، و من جهة ثانية أحالنا المشرع الجزائري صراحة إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في حالة غياب نص قانوني ينظم مسألة متعلقة بالأحوال الشخصية، عملا بنص المادة 222 من قانون الأسرة.

المبحث الأول: مضمون الخطبة.

من خلال ما تقدم يتضح جليا أن قانون الأسرة نظم الأحكام المتعلقة بالخطبة في المادة الخامسة منه، حيث بقليل من التمعن اعتبرها وعدا بالزواج و بالتالي يجوز للطرفين العدول عنها بإعتبارها فترة تمهيدية تسبق مرحلة الزواج من خلال ذلك فإن المبحث سوف ينظم تعريفها، و أنواعها و شروط صحّتها كما سنحاول بشئ من الايجاز تبيان الخطبة الحرمة.

المطلب الأول: تعريف الخطبة و أنواعها.

تعرّف الخطبة من الناحية اللغوية بكسر الخاء[1] على أنّها مصدر بمعنى الخطب، و الخطب الحاجة، ثم اختصت بإلتماس النكاح لأنها بعض الحاجة[2]، أما اصطلاحا فهي إلتماس الزواج من امرأة معينة تكون خالية من الموانع الشرعية ذلك بالتقدّم إليها أو وليّها للتفاهم في أمر العقد و إذا أجيب طلبه بالقبول تمت الخطبة بينهما، و كما سبق الإشارة اليه سابقا فإن قانون الأسرة فلم يعرّف الخطبة كما أنّه لم يتطرق إلى إجراءات الإعلان عنها و اكتفى بقوله أن الخطبة وعد بالزواج يجوز للخطيبين العدول عنها في المادة الخامسة منه، وبذلك فقد ترك

---

[1] معجم لسان العرب – لابن منظور

[2] بلقاسم شتوان، الخطبة و الزواج في الفقه المالكي، دار الفجر للطباعة والنشر، سنة 2007 ص9.

باقي الأمور إلى الفقه و القضاء التي اعتبرها مقدمة لعقد الزواج و متعلق من متعلقاته بإعتبارها مرحلة سابقة للعقد سواء طالت فترة الخطوبة أم قصر أمدها .

من المتعارف عليه في المجتمع الجزائري خاصة على أنها فترة إظهار الرجل الرغبة في الزواج بإمرأة إما منه شخصيا أو عن وكيله أو وليه دون أن تكون لهذه الرغبة في الزواج صفة العقد أو الالزام ، و من المستقر عليه أن الخطبة اتفاق يسبق قراءة الفاتحة و تقع غالبا بين الخطيبين و أوليائهما بالإتفاق على المصاهرة بين العائلتين ذلك بالتواعد على إبرام عقد الزواج خلال فترة معينة.

من خلال ذلك فالتعريف الفقهي للخطبة يختلف من فقيه إلى آخر حسب وجهة نظر كل واحد للطبيعة القانونية للخطبة، لهذا سنتطرق إلى التعاريف المتداولة فقها كما يلي:

- تعريف الأستاذ أبو العنين:

الخطبة في نظره هي إظهار الرجل الرغبة في التزوج بإمرأة يحلِّ له التزوج بها بنفسه أو من ينوب عنه منها أو من وليها، فإذا وافقت هى أو وليها كان ذلك بمثابة اتفاق مبدئى على الزواج، و لا ترقى إلى مرتبة العقد.[1]

- تعريف الإمام أبو زهرة:

الخطبة هي طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج بها و التقدم إلى ذويها ببيان حالة و مفاوضتهم في أمر العقد.[2]

أنواع الخطبة:

هناك نوعان من الخطبة، و هما:

---

[1] محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة الجزء الأول، الخطبة و الزواج الطبعة الثانية، شهاب سنة 1994، ص6.

[2] الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة ص 28.

1.الخطبة بطريق التصريح:

لعل الخطبة بالتصريح تُعدّ تعبيرًا واضحًا وصريحًا عمّا في النفس من رغبة في الزواج، ويتم ذلك بكل لفظ لا يحتمل سوى إرادة الخطبة دون تأويل آخر. ومن أمثلة هذه العبارات أن يقول الرجل لمن يرغب في الارتباط بها: "إني أريد أن أخطبك"، أو "أريد الزواج بك"، أو "أنا راغب فيك"، كما قد يصرّح وليّ الخاطب بقوله: "أريدك زوجة لابني فلان

- **<u>الخطبة بطريق التعريض:</u>**

ويتحقق ذلك عندما يوجّه الرجل كلامًا إلى المرأة يتضمّن رغبة غير مباشرة في الزواج منها، دون أن يُصرّح بذلك بشكل صريح وواضح. ويكون ذلك من خلال عبارات توحي بالنية في الارتباط، مثل قوله" :أريد أن أتزوج امرأة صالحة وجميلة تشبهك في أخلاقك"، أو "أبحث عن فتاة لأخطبها تكون على شاكلتك"، أو من خلال الإشادة بصفاتها بقوله" :أنتِ فتاة مؤدبة وصاحبة أخلاق"، أو حتى بتلميحات عامة مثل" :لقد فكرتُ جدّيًا في الزواج"، وغيرها من

الأقوال التي تعكس رغبة داخلية في الخطبة دون الإفصاح عنها مباشرة. وتُعد هذه العبارات في مجملها إشارات غير مباشرة تُفهم منها نية الزواج، وإن لم تكن تصريحًا صريحًا به.[1].

المطلب الثاني: شروط صحة الخطبة.

باستقراء نصوص قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري لم يشترط أيّ شرط خاص بالخطبة سواء من الناحية الموضوعية أو الشكلية نلاحظ من خلال ذلك أن السن الّذي اشترطه في الزواج لا يتعلق بالخطبة و إنّما هو من خصوصية عقد الزواج غير أنه لمعرفة شروط الخطبة لا بد من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تشترط أن تكون الخطيبة خالية من الموانع الشرعية التي تمنع من إبرام عقد الزواج و تتمثل شروط الخطبة في شرطين أساسيين هما:

[1] بلحاج العربي, الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري, الجزء 1، الزواج و الطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1999.

الشرط الأول: أن لا تكون المرأة محرمة على الخاطب.

و حرمة المرأة تكون إمّا حرمة مؤبدة أو مؤقتة.

أ. الحرمة المؤبدة:

تُعدّ المرأة محرّمة على الرجل تحريمًا مؤبدًا متى ورد نصٌ شرعي يمنع الزواج بها، وقد نهى الشارع الحكيم عن خطبة وزواج من كانت محرّمة على الرجل حرمة أبدية. وقد كرّس قانون الأسرة الجزائري هذا المبدأ من خلال تحديد موانع الزواج في المواد من 23 إلى 26، والتي تشمل المحرّمات بسبب القرابة، والمصاهرة، والرضاع.

ب. الحرمة المؤقتة:

اتفق جمهور الفقهاء على عدم جواز خطبة المرأة المحرّمة على الرجل حرمة مؤقتة طالما ظلّ سبب التحريم قائمًا، كأخت الزوجة أو عمتها أو خالتها، فهؤلاء محرّمات على سبيل التأقيت، وتصبح الخطبة في حقهنّ جائزة فقط بعد زوال سبب التحريم كوقوع الطلاق وانتهاء

العدة. أمّا الجمع بين المحرّمات المؤقتات مع الزوجة في وقت واحد فهو محرّم شرعًا وقانونًا.

ومن بين هذه المحرّمات مؤقتًا نذكر ما يلي:

- **المرأة المشركة:**

أجمع الفقهاء جواز خطبة وزواج الرجل من امرأة غير مسلمة إذا كانت من أهل الكتاب، كالمسيحية مثلًا، أمّا المرأة المشركة التي لا تدين بدين سماوي فهي محرّمة عليه شرعًا وقانونًا ما لم يزُل سبب التحريم، كأن تعتنق الإسلام أو أحد الأديان السماوية. وفي المقابل، يُحرَّم على المرأة المسلمة خطبة أو زواج غير المسلم، وذلك وفقًا لأحكام الشريعة الإسلامية وما نصّت عليه المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري.

- **المرأة المحصنة:**

ويقصد بذلك الزوجة المرتبطة برابطة زوجية مع رجل آخر، إذ لا يجوز خطبتها أو التعريض لها بطلب الطلاق بقصد الزواج بها، ما دامت في عصمته وتحت ولايته الزوجية. ويُعدّ هذا الفعل اعتداءً على حق الزوج وكرامته، ومخالفة صريحة لما استقر عليه الشرع والقانون.

- **خطبة المعتدة من طلاق رجعي:**

الطلاق الرجعي هو الطلاق الذي يملك فيه الزوج المراجعة إلى عصمته في العدّة بدون عقد و مهر جديدين و بدون رضاها"[1]، و" قد اجمع الفقهاء على أنّه لا تجوز خطبتها بطريق التصريح و التلميح معا لأنّها تأخذ حكم زوجة الغير[2].

- **خطبة المعتدة من طلاق بائن:**

من غير شك أن الطلاق البائن يُقسَّم إلى نوعين: بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى فالطلاق البائن بينونة صغرى هو الذي يقع دون بلوغ عدد الطلقات الثلاث، ويترتب عليه انحلال الرابطة الزوجية، غير أنّه يجوز للزوج إعادة مطلّقته إلى عصمته بعقد ومهر جديدين، وبشرط رضاها، لكون العلاقة الزوجية قد انتهت بانقضاء العدة.

أمّا الطلاق البائن بينونة كبرى، فهو الذي تكتمل فيه ثلاث طلقات، مما يمنع الزوج من إعادة زوجته إلى عصمته إلا بعد أن تنقضي عدتها وتتزوج زواجًا صحيحًا برجل آخر، ثم تنفصم

---

[1] السرطاوي, شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني, القسم الأول, عقد الزواج و آثاره, دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع عمان, سنة 1999 ص 23.

[2] الإمام محمد أبو زهرة, محاضرات في عقد الزواج, دار الفكر العربي, القاهرة, ص 51.

عنه العلاقة الزوجية بطلاق أو وفاة، وتنقضي عدتها من ذلك الزواج، ليجوز له بعد ذلك أن

يعقد عليها من جديد بعقد ومهر جديدين وبرضاها الصريح.

خطبة المعتدة من وفاة:

من المتعارف عليه عند جموع الفقهاء على أنّ المرأة المعتدة بسبب وفاة لا يجوز خطبتها بطريق التصريح أثناء فترة العدّة مراعاة للحزن على وفاة الزوج و حفاظا على مشاعر الود و المودة بينهما، من جهة ثانية في شعور أقارب المتوفى بالأسى عن رحيله, حتى لا يتضرروا لخطبة قريبتهم التي لا تزال في العدّة[1]، أما بطريق التعريض بالنسبة للمتوفى عنها زوجها استثناء لا بد من العمل به في النطاق المحدد له، فيجوز خطبتها لقوله تعالى: « و لا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو اكننتم في أنفوسكم علم الله أنكم ستذكروهن و لكن لا تذكروهن سرا ألا أن تقولوا قولا معروفا»[2].

---

[1] محمد السرطاوي، المرجع السابق، ص 23.

[2] سورة البقرة، الآية 235.

الشرط الثاني: أن لا تكون مخطوبة للغير.

المخطوبة للغير هي المرأة التي تقدم رجل لخطبتها و رضيت به حرمت خطبتها من طرف رجل آخر بإتفاق الفقهاء، لأنه منهي عليه بنص الحديث الشريف لقول الرسول ﷺ لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه[1]، لأن ذلك مبعث للعداوة و البغضاء بين الإخوة المسلمين

المطلب الثالث: آداب الخطبة.

مما لاشك فيه أن للخطبة آداب وأحكام يُستحسن مراعاتها لما لها من أثر في بناء علاقة زوجية قائمة على الثقة والاحترام المتبادل، خصوصًا وأنّ الأصل في الخاطب أنه لا يرى من يرغب في خطبتها إلا بعد إظهار نيته في الزواج. كما أنّ الإقدام على الخطبة غالبًا ما يكون مبنيًّا على صفات جوهرية يحرص كلٌّ من الطرفين على توافرها في الآخر، مثل حسن الخُلُق، والديانة، والجمال، والكفاءة، والوضع الاجتماعي والمالي، لما لهذه العناصر من دور في تحقيق مقومات الزواج الناجح.

[1] فتح الباري، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص 164.

الفرع الأول مستحبات الخطبة:

لقد اهتمّ الشارع الحكيم بالأسس التي يقوم عليها الزواج الناجح، فوضع جملة من الصفات والمعايير التي ينبغي توافرها في كلٍّ من الزوج والزوجة الصالحين، كما أرشد المقبلين على الخطبة إلى ضرورة مراعاة هذه المقاييس عند اختيار شريك الحياة. فالزواج في الإسلام ليس مجرد علاقة اجتماعية عابرة، بل هو رابطة ميثاقية مُقدّسة تُبنى على الدين والأخلاق والاستقرار النفسي والمادي، ولذلك حثّ الشرع على اختيار الزوج أو الزوجة بناءً على صفات محمودة تُحقق مقومات الألفة والمودة والرحمة بينهما.

وقد جاءت التوجيهات الشرعية لتؤكد على أهمية حسن الخُلُق، وصلاح الدين، والكفاءة، والاستقامة، كمبادئ أساسية في اختيار الشريك المناسب، لما لهذه الصفات من أثر بالغ على مستقبل الحياة الزوجية واستقرارها. ومن ثمّ، تُعدّ مراعاتها عند الإقدام على الخطبة شرطًا يضمن توافقًا واقعيًا وجوهريًا بين الطرفين، ويقلل من احتمالات النزاع أو الفشل بعد الزواج.

ويمكن تلخيص أهم هذه الصفات التي دعا إليها الإسلام في اختيار الزوج أو الزوجة فيما يلي:

أولا - أن تكون المخطوبة ذات دين:

يستحب في المخطوبة أو الخاطب أن يكونا ذوي دين لقول سيد الخلق في حديث شريف: تنكح المرأة لأربع لمالها، لحسبها، لجمالها و لدينها فأظفر بذات الدين, تربت يداك[1].

ثانيا - أن تكون المخطوبة حسنة الخلق:

في تفضيل حسن الخلق في المرأة يستحسن خطبة المرأة التي تكون مهذبة الطبع و المزاج تحسن معاشرة زوجها بالمعروف و الإبتعاد من المرأة التي تكثر الأنين و الشكوى لزوجها.

ثالثا - أن تكون المخطوبة ذات جمال:

مما لاشك فيه أن الجمال يعتبر من الأمور التي تجذب الرجل إلى المرأة عادةً إذ يراعي الخاطب أن تكون خطيبته على قدر من الجمال لأنه سكنا للنفس و أغض للبصر، و لا شك

---

[1] ابن ماجة، سنن ابن ماجة كتاب النكاح، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى باب تزويج ذات الدين، الرياض، ص323.

أن جمال المرأة مقصد من مقاصد الزواج، فلا يتطلع الرجل إلى غير زوجته، و لكن ينبغي

على الرجل أن لا يبالغ في طلب.[1]

رابعا - **أن تكون ذات نسب:**

أوصى الرسول الكريم على خطبة المرأة التي تكون من أصل طيب و عائلة متدينة، و لمعرفة ذلك نعود إلى نساء عائلتها كأمها، أخواتها، بنات عمها، خالاتها و سائر من ينتسب إليها و هذا مصداقا لما جاء في السنة بقوله تخيروا لنطفكم فانكحوا الأكفاء و أنكحوا إليهم.[2]

---

[1] ابن حجر الهيثمي، الإفصاح تحقيق محمد شكور ج1 ، دار عمار، الأردن، ص 73.

[2] رواه الحاكم: الحاكم هو الإمام الحافظ أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه النيسابوري، المشهور بـ الحاكم النيسابوري، وهو صاحب كتاب: المستدرك على الصحيحين" وهو من كبار علماء الحديث، وُلد سنة 321 هـ وتوفي سنة 405 هـ بمدينة نيسابور وتكمن أهمية كتابه في أنه استدرك فيه الأحاديث التي يرى أنها صحيحة على شرط الإمام البخاري ومسلم ولم يخرجاها في صحيحيهما

.

خامسًا - **أن تكون المخطوبة ولودا:**

مما لاشك فيه أن يستحب في إختيار المخطوبة أن تكون ولودا لتحقيق المقصد الأصلي للزواج و هو تحصيل الأولاد، أما إذا لم تكن ولودا و زوجها له رغبة في الأولاد فتضيق نفسه بها، و هو الأمر الذي أوصانا الرسول بالمرأة الولود بقوله: تزوجوا الودود الولود فإنني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة[1]، و تعرف المرأة البكر ولودا بالنظر إلى أقاربها من النساء اللاتي يعرفن بكثرة الأولاد".

الفرع الثاني: **النظر إلى المخطوبة:**

لقد أباح الشارع الحكيم للخاطب أن ينظر إلى من يريد خطبتها، حتى تتكوّن لديه صورة واضحة عن حالها خَلقًا وخُلقًا، وليكون اختياره مبنيًّا على معرفة تامة بطباعها وعاداتها وما تمتاز به من صفات.،ويهدف هذا الإذن الشرعي إلى تحقيق الطمأنينة والرضا لدى الطرفين، إذ إنّ الزواج علاقة دائمة تقوم على الألفة والمودة، ولا يمكن لها أن تُبنى على الجهالة أو المفاجآت التي قد تُعرّض الحياة الزوجية للاضطراب والانهيار.

---

[1] أبو داود صحيح سنن المصطفي كتاب النكاح دار الكتاب العربي لبنان باب في تزويج الأبكار ص320.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة.

يتضح جليا أن قانون الأسرة اعتبر أن الخطبة وعد بالزواج و اعترف بحق كلا الطرفين في العدول عنها صراحةً في نص المادة الخامسة منه حيث أن الخطبة مقدمة للعقد الزواج تختلف عنه من حيث وجودها الشرعي و القانوني كما ألحق نفس الحكم عند اقتران الخطبة بالفاتحة، و على هذا الأساس الخطبة من الناحية القانونية وعد بالزواج لا تكتسي طابع إلزامي تجبر الخطيبين أو أحدهما على إتمام مراسيم الزواج إذ يحِق لهما العدول عن الخطبة بإستعمال الحق المقرر لهما في المادة 5 من قانون الأسرة.

و على هذا الأساس أدخل المشرع الجزائري تعديل للمادتين الخامسة و السادسة من قانون الأسرة بموجب القانون رقم 09/05 المؤرخ في 4 مايو من سنة 2005 حيث أن الأصل في الخطبة أنّها وعد بالزواج طبقا للمادة الخامسة و رتّب نفس القيمة القانونية لها في حالة اقتران الفاتحة بالخطبة، إلاّ أنّه أدرج استثناء في المادة السادسة المعدلة يجعل إقتران الفاتحة بالخطبة زواجا متى توافر ركن الرضا و شروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون.وهدا ما نبينه بالتفصيل ضمن هذا المبحث.

المطلب الأول: الخطبة وعد بالزواج.

تُعدّ الخطبة في قانون الأسرة الجزائري مجرّد وعد بالزواج وليست عقدًا ملزمًا، حتى وإن تمّت برضا وتوافق الطرفين، إذ يبقى لكلٍّ من الخاطبين الحق في العدول عنها دون أي التزام بإتمام الزواج، تأسيسًا على مبدأ حرية الشخص في اختيار شريك حياته المستقبلية دون ضغط أو إكراه.

وقد حرص المشرّع الجزائري على عدم منح الخطبة الصيغة العقدية أو الإلزامية، لأن ذلك من شأنه أن يقيّد حرية الاختيار، وهي قيمة أساسية من قيم النظام العام، ولأن الزواج رابطة ميثاقية لا تتحقق إلا بتوافُر الرضا الكامل وقت إبرام عقد الزواج، وليس قبل ذلك.

غير أن الخطبة لا تُبيح للخطيبين ما يُباح بين الزوجين، ولا تُرتّب لأيٍّ منهما حقوقًا قبل انعقاد عقد الزواج، ولو قام الخاطب بتقديم خاتم الخطبة أو دفع جزء من الصداق. فالخطبة تبقى مرحلة تمهيدية لا ينعقد بها أي أثر من آثار الزوجية. ويظلّ لكلٍّ من الطرفين حق العدول عنها بإرادته المنفردة، دون اشتراط موافقة الطرف الآخر، باعتبار هذا الحق مستمدًا من مبدأ حرية الاختيار في الزواج.

وقد استقرّ القضاء الجزائري على هذا المبدأ، إذ تُرفض الدعاوى القضائية التي يرفعها أحد الطرفين طالبًا إلزام الآخر بإتمام مراسم الزواج، لأنّ العدول عن الخطبة حق مكفول لكلٍّ من الخاطب والمخطوبة، ولا يُعدّ امتناع أحدهما عن إتمام الزواج سببًا يرتّب إجباره عليه.

لا تُعدّ الخطبة عقد زواج ولا تُرتّب آثاره، وبالتالي فهي لا تُبيح للخطيبين أي علاقة زوجية أو مخالطة جنسية؛ فكلّ ما يقع من علاقات قبل إبرام عقد الزواج يُعتبر عملًا غير مشروع لا يترتّب عليه ثبوت نسب الولد، لأنّ ثبوت النسب منوط شرعًا وقانونًا بقيام رابطة الزواج الصحيحة. ومن ثمّ فإنّ الخطبة تظلّ في إطار الوعد بالزواج، والوعد لا يُعدّ عقدًا ملزمًا، لأن القول بإلزاميته من شأنه أن يُقيّد إرادة الطرفين ويُلحق بهما ضررًا، مما يتنافى مع مبدأ حرية الاختيار الذي يقوم عليه الزواج.

ومن خلال التفسير القانوني لنص المادة 1/5 من قانون الأسرة، يتبيّن أنّ المشرّع اعتبر الخطبة مرحلة تمهيدية لعقد الزواج ومقدمة ضرورية لإتمامه، وذلك انسجامًا مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تقرّر أنّ الخطبة وعد بالزواج وليست زواجًا. غير أنّ الاختلاف يظهر في تكييف ذلك الوعد من الناحية القانونية؛ فبينما عرّف النص الخطبة بأنّها وعد بالزواج، أكّد في

الوقت نفسه عدم إلزاميتها للطرفين، مانحًا كلاً منهما حق العدول عنها دون ترتيب أثر جبري يُلزم بإتمام الزواج، ما دام العقد لم يُبرم بعد.

وهذا التكييف يكرّس المبدأ العام القاضي بأن الزواج لا يقوم إلا على الرضا الكامل عند العقد، وأن الخطبة لا تتجاوز دورها التحضيري الذي يسمح بالتعارف المشروع دون خلق التزامات قانونية تُقيد مستقبل الإرادة الزوجية.

مما لا شك فيه أنّ قانون الأسرة خالف هذه القاعدة، فمع أنّه اعتبر الخطبة *وعدًا بالزواج*، إلا أنّه نفى عنها الصفة الإلزامية، وأجاز لكلٍّ من الطرفين العدول عنها دون أيّ جزاء جبري يُلزم الخاطب أو المخطوبة بإتمام الزواج.

المطلب الثاني: إقتران الخطبة بالفاتحة.

لقد اعتبر المشرّع الجزائري الخطبة مجرّد وعد بالزواج يترتّب عليه حقّ العدول لكلٍّ من الطرفين دون إلزام، غير أنّه ورد في الفقرة الثانية من المادة 6 من قانون الأسرة نصّ مفاده أنّ اقتران الفاتحة بالخطبة لا يُعدّ زواجًا.

نستنتج أنّ هذا النصّ لم يُبيّن المقصود الدقيق بلفظ *الفاتحة*، وما إذا كان المقصود به قراءة سورة الفاتحة فقط ، ممّا يستوجب توضيح مدلول هذا المصطلح من الناحية الفقهية والقانونية، ثمّ بيان حكم اقترانها بالخطبة وآثار ذلك على العلاقة بين الطرفين.

الفرع الأول: مفهوم الفاتحة:

لم يبيِّن قانون الأسرة تعريف الفاتحة و إنّما اكتفى بالنّص على الطبيعة القانونية لها من خلال نص المادة السادسة إذ إستمدها من الناحية الشرعية و من عادات المجتمع الجزائري.

بقليل من التأمل تُعدّ الفاتحة في نظر بعض فقهاء الشريعة عقد زواج مكتمل الأركان، إذا اقترنت بالإيجاب والقبول والإشهاد، ولو لم يتم تحرير العقد رسمياً.

- [illegible]

أولا: حكمها في ظل القانون القديم:

لقد قرّر المشرّع الجزائري من خلال المادة 6 من القانون رقم 11/84 أن الخطبة واقترانها بالفاتحة لا يعدّان سوى وعدٍ بالزواج، سواء تمّت الخطبة أولًا ثم أعقبتها الفاتحة، أو تمّ الاقتران

بهما معًا في مجلس واحد، أو وقعتا في مجالسين مختلفين زمانًا ومكانًا. وبذلك أضفى المشرّع عليهما حكمًا موحّدًا لا يرتّب أي أثر من آثار عقد الزواج، مما يجيز للطرفين العدول عنهما في أي وقت قبل إبرام العقد رسميًا أمام ضابط الحالة المدنية المختص.

وانطلاقًا من هذا التكييف القانوني، فإنّ الدعوى التي يرفعها أحد الخطيبين للمطالبة بإلزام الطرف الآخر على إتمام إجراءات الزواج تُقضى برفضها، لكون الخطبة . ولو اقترنت بالفاتحة . لا تتجاوز كونها وعدًا غير ملزم بالزواج وفقًا للمادة 5 من قانون الأسرة. أما القضاء بإجبار الخاطب على إتمام الزواج، فسيُعدّ مساسًا بركن جوهري من أركان عقد الزواج، وهو الرضا الحرّ، الأمر الذي يجعله مخالفًا لأسس النظام العام الأسري التي يقوم عليها التشريع الجزائري.

[1].

ثانياً - **إقتران الخطبة بالفاتحة في ظل قانون الحالي:**

لقد أدخل المشرّع الجزائري تعديلًا جوهريًا على أحكام الخطبة باستحداثه الأمر رقم 02/05 الصادر في 27 فبراير 2005، حيث أعاد ضبط نص المادتين 5 و6 من قانون الأسرة، وذلك

---

[1] عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون أسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر سنة 1996، ص 85.

بهدف إزالة اللبس الذي كان قائمًا بشأن العلاقة بين الخطبة واقترانها بقراءة الفاتحة. وقد نصّ التعديل صراحة على أنّ اقتران الفاتحة بالخطبة لا يُعدّ زواجًا، وهو ما يقطع الطريق أمام أي تأويل يُرتّب آثار الزواج الشرعية أو القانونية على هذا الإجراء الاجتماعي.

ومن خلال هذا التعديل، كرّس المشرّع مبدأ أن الخطبة تبقى وعدًا بالزواج فقط وفق المادة 5 من القانون، وأن قراءة الفاتحة المصاحبة لها تخضع للحكم ذاته دون أن تُكسب العلاقة صفة الزواج أو آثاره، وبالتالي فإنّ الخطبة والفاتحة على حدّ سواء تظلان مرحلة تمهيدية غير ملزمة، يحق لكل من الطرفين العدول عنها دون ترتيب أحكام الزواج.

الفرع الثاني:

: إقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد.

نصّت المادة 6 من قانون الأسرة، على أن اقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد يُعدّ زواجًا صحيحًا متى توافر ركن الرضا واستكملت شروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة. وبهذا يكون المشرّع قد وضع استثناءً على القاعدة العامة الواردة في الفقرة الأولى من المادة ذاتها، والتي تقضي بأن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يرتّب آثار الزواج.

وعليه، فإنّ المبدأ العام يتمثّل في عدم اعتبار قراءة الفاتحة بمرافقة الخطبة زواجًا، إلّا إذا تمّ ذلك في مجلس عقد فعلي واستوفت العلاقة: الأهلية القانونية للزوجين، حضور الوليّ، تقديم الصداق، شهادة الشهود، وانعدام الموانع الشرعية للزواج. ففي هذه الحالة، تنتقل العلاقة تلقائيًا من نطاق الوعد بالزواج إلى نطاق الزواج الشرعي الكامل بأركانه وشروطه.

أولاً - **الركن المعنوي:**

مجلس العقد من الناحية الزمنية هو الفترة التي ينشغل فيها العاقدان بإبرام العقد، سواء طالت مدتها أو قصرت، شريطة أن تظل مرتبطة بعنصري المكان و الانشغال بالتعاقد دون انقطاع.

ويُقسَم مجلس العقد إلى نوعين:

ثانيا **-مجلس العقد الحقيقي:**

يكون مجلس العقد الحقيقي عندما يجتمع طرفا العقد في مكان واحد، وهو الصورة الأصلية لانعقاد الزواج. ويبدأ هذا المجلس عادةً بصدور الإيجاب من أحد العاقدين—وغالبًا من جانب الزوج—كأن يقول» :*زوّجني ابنتك فلانة* .«ثم يتبعه القبول الصادر من الوليّ أو من الزوجة نفسها إذا كانت أهلًا لذلك، مثل» :*زوَّجتك إياها* .«وتعدّ صيغة الإيجاب والقبول متبادلة

ومتصلة في مجلس واحد، بحيث يُنشأ الزواج وتترتّب آثاره القانونية من اللحظة التي يتحقق فيها

علم الموجب بالقبول دون فاصل يدل على الإعراض أو التراجع.

ثالثاً: **-مجلس العقد الحكمي:**

يعتبر مجلس العقد حكمًا قائماً في حالات إبرام عقد الزواج دون اجتماع الطرفين في مكان

واحد، سواء لغياب أحدهما أو لتعذّر حضورهما معًا. ويُعتبر المجلس منعقدًا من لحظة

وصول الإيجاب إلى علم الطرف الغائب، ويبقى هذا الإيجاب قائمًا ما لم يصدر ما يفيد

الرجوع عنه. وتتحقق الآثار القانونية للعقد من وقت علم الموجِب بالقبول واتصال هذا

القبول به اتصالًا معتبرًا شرعًا وقانونًا، وبذلك يتم الارتباط بين الإرادتين رغم تباعد

مجلسيهما ماديًا

رابعاً: **صيغة التعاقد:**

الأصل في الإيجاب والقبول في عقد الزواج أن يتمَّا بالألفاظ أو الإشارات أو الكتابة التي يُعتد

بها شرعًا لإبرام عقد النكاح. وقد أجمع الفقهاء على أن الصيغ المعتمدة يجب أن تُستمد من

مادّتَي *النكاح والزواج*، لكون النصوص الشرعية الواردة في الباب جاءت بهذين اللفظين.

ويُعتبر عقد الزواج من العقود اللازمة والدائمة التي تُنشئ حقّ الاستمتاع فور انعقاده، لذلك لا ينعقد بالألفاظ الدالّة على الوصية أو الهبة، ولو تضمّنت معنى التملك؛ لأن الوصية تُضاف إلى ما بعد الموت، بينما الزواج يفيد التملك الحالّ وقت العقد. فمثلًا: لو قال الخاطب لوليّ المخطوبة» :*هَبْ لي ابنتك بمهر كذا*«، فقال الولي» :*قبلت*«؛ فإن هذا التعبير لا يكفي لانعقاد الزواج لأنه لا يتضمن صراحةً معنى النكاح والزوجية، بل هو من باب الهبات.

1.طرفي مجلس العقد:

الأصل أن الزوج والزوجة هما طرفا عقد الزواج، ويصدر عنهما التعبير عن الإرادة الذي ينعقد به العقد وتترتّب آثاره. غير أنّه، ووفقًا لأحكام الشريعة الإسلاميّة المعتمدة في قانون الأسرة، لا تباشر المرأة عقد زواجها بنفسها، بل يتولى ذلك وليّها باعتباره صاحب الولاية عليها في الزواج. ويُشترط كذلك حضور شاهدين عدلين في مجلس العقد للإشهاد على واقعة الزواج وإثباتها شرعًا وقانونًا.

2.توافر ركن الرضا:

نصّت المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري على أن عقد الزواج ينعقد بتبادل الرضا بين الزوجين، ويتم ذلك من خلال إيجاب يصدر عن أحدهما وقبول يصدر عن الآخر، بكل لفظ يَدلّ شرعًا على معنى النكاح، سواء صدر بالصيغة اللغوية الصريحة أو بما جرى به العرف. كما أجاز المشرّع انعقاد الزواج بالكتابة أو بالإشارة عند تعذّر النطق. ويُستفاد من هذا الحكم أن المشرّع جعل الرضا الركن الجوهري لعقد الزواج، باعتباره عقدًا رضائيًا في طبيعته، فلا يُتصوّر قيامه صحيحًا إلا بتلاقي إرادتين متطابقتين تهدفان إلى إنشاء رابطة زوجية وتكوين أسرة.

الإيجاب :هو التعبير الأول الصادر من أحد طرفي العقد، والذي يفصح فيه عن إرادته الصريحة في إنشاء علاقة الزواج، كأن يقول أحدهما "قبلت الزواج" أو "زوجتك نفسي". ويسمى الشخص الذي صدر منه الإيجاب موجبًا .ويتصف الإيجاب بعدة خصائص من أهمها:

- أن يكون جديًا لا يشوبه هزل أو إكراه.
- أن يكون صريحًا أو ضمنيًا إذا دل عليه العرف.

- أن يكون محدّدًا، أي موجهًا لشخص بعينه.

القبول :هو التعبير الإرادي الصادر ثانيًا من الطرف الآخر، والذي يدل على موافقته التامة لما أوجبه الطرف الأول دون قيد أو شرط، ويُسمى الشخص هنا قابلاً .ويتم القبول بنفس الطرق التي يقع بها الإيجاب: باللفظ، أو الكتابة، أو الإشارة المفهومة إذا كان العجز مانعًا من النطق.

ويشترط في كل من الإيجاب والقبول أن يتطابق أحدهما مع الآخر من حيث الموضوع والمقصود، وأن يرد القبول على الإيجاب في مجلس العقد نفسه، حتى يتحقق الالتقاء الفعلي للإرادتين. كما يُشترط أن يكون كل منهما خاليًا من عيوب الإرادة كالخطأ والتدليس والإكراه، ضمانًا لسلامة الإرادة الحرة التي يقوم عليها الزواج كرباط شرعي وقانوني دائم.

وبذلك يتضح أن المشرّع الجزائري قد سار على نهج الفقه الإسلامي في اعتبار التراضي جوهر انعقاد الزواج، بحيث لا يعتد بأي شكل خارجي إذا انعدم الرضا، لأن الزواج في جوهره ميثاق يقوم على القبول الحرّ الذي يعبّر عن إرادة الطرفين في تكوين أسرة مستقرة قائمة على المودة والرحمة.

الفرع الثالث: **توافر شروط الزواج المنصوص في المادة 9 مكرر:**

أولا- أهلية الزواج:

تتمثل شروط صحة عقد الزواج عند اقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد في ضرورة توافر الأهلية القانونية لدى كل من الزوجين، والمتمثلة في بلوغ سن 19 سنة كاملة وفقًا لما نصت عليه المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري، التي جعلت هذا السن معيارًا قانونيًا للنضج الجسدي والنفسي والاجتماعي اللازم لتحمل مسؤوليات الحياة الزوجية، وتستند هذه القاعدة إلى مبدأ حماية القُصّر من التسرّع في إبرام زواجٍ قد يترتب عنه آثار شخصية ومالية واجتماعية بالغة الأهمية.

أما ناقص الأهلية الذي لم يبلغ السن القانونية لإبرام العقد، فقد وضع له المشرّع استثناءً يتمثل في إمكانية الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة يبيح له الزواج قبل بلوغ 19 سنة، شرط توافر مبرر شرعي أو ضرورة قصوى تثبت من خلال التحقيق الاجتماعي أو الطبي، كالحمل أو الخشية من الانحراف أو وجود مصلحة معتبرة. ويُشترط في هذا الترخيص أن يصدر بعد

سماع أقوال وليّ ناقص الأهلية للتأكد من عدم وجود استغلال أو إكراه، وذلك تحقيقًا للمصلحة الفضلى للقاصر.

ثانياً **-الصداق:**

يُعدّ الصداق حقًا خالصًا للزوجة وركنًا من أركان عقد الزواج في التشريع الجزائري، وهو ما يُدفع لها نُحلةً وتكريمًا من مال أو منفعة أو أي شيء مباح شرعًا، لا يقصد به المقابل المالي بل هو مظهر من مظاهر الاحترام وإثبات للنية الجادة في الزواج. ويصبح الصداق ملكًا خالصًا للزوجة تتصرف فيه كما تشاء دون تدخل من أحد، عملاً بالمادة 14 من قانون الأسرة.

ويُحدّد الصداق عند إبرام العقد، ويجوز أن يكون مُعجَّلًا أو مُؤجَّلًا كليًا أو جزئيًا، مع ضرورة تحديد أجل استحقاق المؤجّل — إن وُجد — حتى لا يكون هناك نزاع مستقبلي حول المطالبة به. كما يجوز الاتفاق على الصداق بعد إتمام العقد في حال عدم ذكره عند الزواج، ويبقى الزواج صحيحًا لقيام الرضا وتحقق باقي أركانه.

ثالثا-الولي:

يشترط لصحة عقد الزواج عند اقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد، حضور الولي بصفته شرطًا جوهريًا من شروط صحة الزواج وفقًا للمادة 11 من قانون الأسرة الجزائري، حيث يتولى الولي إبرام العقد نيابة عن الزوجة، فيُصدر القبول باعتباره ممثلًا لها شرعًا وقانونًا، خاصة عند عدم حضور المرأة مجلس العقد.

ويُشترط أن يكون الولي مستوفيًا لشروط الولاية المقررة شرعًا وقانونًا، من أهل التكليف والرشاد، ويرتّب القانون ولاية الزواج حسب الترتيب الشرعي للورثة، فإن لم يوجد ولي من العصبة أو تعذّر حضوره، يجوز للزوجة أن تفوض أحد أقاربها أو أي شخص تختاره لعقد زواجها، وفقًا لما أجازه المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة 11 من قانون الأسرة.

رابعًا-الشاهدان:

يُعد حضور الشهود شرطًا وجوبيًا لانعقاد عقد الزواج، باعتبارهم جهات إثبات لصيغة التعاقد وما يتصل بها من شروط وآثار، خصوصًا عند حدوث نزاع بين الطرفين. فالشهادة في عقد الزواج شهادة على حقٍّ لغير الشاهد، ومن ثمّ يجب أن تكون مستندة إلى الحضور الفعلي لـ مجلس العقد الذي اقترنت فيه الفاتحة بالخطبة، حتى تكون شهادتهم مقبولة شرعًا وقانونًا.

كما يُشترط في الشهادة أن تتحقق فيها النصاب الشرعي المعتمد في إثبات الزواج، والمتمل في:

رجلين اثنين أو رجل وامرأتين، مع ضرورة توفر شروط الأهلية والعدالة في الشهود، ضمانًا لصحة الإثبات ولحماية استقرار الأسرة وحقوق الزوجين.[1]

[1] رمضان السيرنباطي، المرجع السابق، ص 112.

خامسا

3-انعدام الموانع الشرعية للزواج:

يشترط لانعقاد الزواج في حالة إقتران الفاتحة بمجلس العقد أن لا يكون عند الطرفين مانع من الموانع الشرعية للزواج المتمثلة في موانع المؤبدة أو المؤقتة المنصوص عليها في المواد 23 إلى 30 من قانون الأسرة.

هناك من يرى أن إنعقاد مجلس العقد يتطلب وجود عقد مسجل بالحالة المدنية ويستدلون بتعليمة وزارة الشؤون الدنية و الأوقاف لمختلف الأئمة بعدم إجراء الفاتحة إلا بعد العقد الرسمي، إلا أن العقد في حقيقته قد تم بمجرد توافر ركن الرضا وشروط صحة الزواج دون الحاجة إلى إمام، إلا أن هدف المشرع من ذلك هو التوفيق بين الزواج الشرعي و الزواج القانوني، كما يقلل من ظاهرة الزواج بالفاتحة الذي تنجر عنه عدة مسائل شرعية تستوجب حل قانوني، و بالتالي منع إثبات الزواج الغير الشرعي و إلحاق نسب أولاد الزنا.

بعد تحقق القاضي من توافر الشروط سالفة الذكر يقضي بإثبات الزواج الشرعي إن تم الدخول مع أمر ضابط الحالة المدنية لمكان إنعقاد الزواج بتسجيله و التأشير على هامش عقدي ميلادهما بذلك، إلا أن الإشكال يثار عندما يكون النزاع قبل الدخول حيث يدعي أحدهما

بوجود خطبة، و الطرف الثاني يؤكد بإبرام عقد شرعي بالفاتحة و يدعي في كثير من الأحيان بأنه قد تم الدخول بالمدعى عليها ويطالب القضاء الحكم له بتسجيل الزواج قبل الدخول مما يطرح على القاضي عدة مسائل شرعية تحتاج إلى حل قانوني مثل مطالبة الزوجة لنصف الصداق في حالة الطلاق قبل الدخول و المدعي عليه ينكر واقعة الزواج العرفي ويتمسك بوجود خطبة لا أكثر.

المبحث الثالث: أسباب إنقضاء الخطبة.

مما لاشك فيه أن القانون لم يلزم على الخطيبين بإتمام عقد الزواج، تجنبًا للإكراه، باعتبار أنّ الزواج رابطة دائمة يجب أن تُبرم بحرية تامة، لأن الضرر المترتب عن زواجٍ مفروضٍ يفوق بكثير الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة. وللخطبة صور متعددة لانقضائها؛ فقد تنتهي بتحقيق الغاية المرجوة منها والمتمثلة في إبرام عقد الزواج، وهو مآلها الطبيعي. كما قد تنحلّ بإرادة أحد الطرفين المنفردة أو باتفاقهما معًا على إنهائها، وقد تزول أيضًا بوفاة أحد الخطيبين أو كليهما. وعليه، سنتناول في هذا المبحث الأسباب التي تؤدي إلى انحلال الخطبة.

المطلب الأول: إنقضاء الخطبة بالزواج.

بعد إعلان الخطبة ومرور الخطيبين بفترة تمهيدية تهدف إلى التعارف والتقارب، باعتبارها وعدًا بالزواج، يتسنى لكل طرف خلال هذه المرحلة الاطلاع على ميول الطرف الآخر ورغباته وأفكاره، ومدى الانسجام القائم بينهما. وتُعدّ هذه الفترة وسيلة لكشف ما قد يظهر من اختلاف في الطباع أو المزاج، فيُسعى إلى تجاوزه مسبقًا حتى لا يُفاجأ الزوجان مستقبلاً بخلافات كان يمكن تداركها في بدايتها. كما يتم التفاهم خلالها حول كيفية تأثيث مسكن الزوجية وترتيبه بما يراعي رغبات الطرفين قدر الإمكان، إضافة إلى مناقشة جهاز الزوجة وفق قدرة الزوج وما جرى عليه العمل في العرف المحلي، مع الاتفاق على مقدار المهر ووقت دفعه إن كان معجّلًا أو مؤجّلًا، أو ترك تحديده إلى ما بعد الدخول في حالة إعسار الزوج.

وعند تحقق التوافق بين الخطيبين، يقوم الخاطب بالاتفاق مع خطيبته على تحديد تاريخ إبرام عقد الزواج، ويُعلن ذلك لأهلهما تمهيدًا للشروع في الإجراءات التحضيرية للاحتفال بالزواج وفق عادات وتقاليد المنطقة. ويتوجه الخاطب رفقة أهل العروسين وأقاربهما إلى مجلس العقد حيث يتم الاتفاق النهائي على الصداق بحضور الشهود وولي الزوجة، ثم تُتبادل صيغة الإيجاب

والقبول، تليها قراءة الفاتحة من طرف إمام المسجد كإجراء تقليدي يضفي الطابع الديني على العقد.

وبمجرد إبرام عقد الزواج الشرعي المستوفي لركن الرضا بين الزوجين وفقًا لأحكام المادة 9 من قانون الأسرة، والخالي من عيوب الإرادة، مع مراعاة الشروط المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من القانون ذاته، يُسجل العقد لدى ضابط الحالة المدنية قبل حصول الدخول، وبذلك ينتقل العاقدان من مرحلة الخطبة إلى رابطة الزواج الشرعية القانونية.

المطلب الثاني: إنقضاء الخطبة بالعدول

يملك كل من الخطيبين حق العدول عنها ورفض الاستمرار في إبرام العقد الموعود به. وهذا ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري في المادة 5، التي خوّلت لكل طرف فسخ الخطبة متى شاء، باعتبار أن العدول حق شخصي مطلق لا يقيّده قيد ولا شرط. إذ إن خلاف ذلك يؤدي إلى إبرام عقد زواج دون رضا أحد الخطيبين، وهو ما يتنافى مع الطبيعة القانونية للزواج الذي يُعدّ فيه الرضا ركنًا جوهريًا، يترتب على تخلفه بطلان العقد وفقًا لأحكام المادة 9 من القانون رقم 09/05 المؤرخ في 4 مايو 2005.

كما اتفق جمهور الفقهاء على أنّ الخطبة لا تعدو أن تكون وعدًا بالزواج، ومن ثم يجوز لأي من الطرفين العدول عنها، انسجامًا مع الحكمة من تشريعها، إذ إن إلزام أحد الخطيبين بإتمام الزواج يُعدّ صورة من صور الإكراه المرفوضة شرعًا وقانونًا، بالنظر إلى أن الزواج رابطة أبدية تستلزم توافر الإرادة الحرة والجدية الكاملة عند إبرامها أكثر مما هو مطلوب في غيرها من العقود[1]

العدول عن الخطبة هو تراجع أحد الخطيبين عن مشروع الزواج بالخطيب الآخر، و التوقف تماما عن السير في متابعة الأعمال و الإجراءات المؤدية إلى تحقيق الزواج كما كان مخططا له في أول الأمر بعد إتمام الخطبة، لذلك إذا تم العدول انقضت الخطبة و لا يجوز للطرف الذي لم يعدل عنها أن يطلب من القضاء الحكم بإلزام الطرف الآخر بالإستمرار في الخطبة و إبرام العقد دون إرادته لأنه عقد يبنى على الإرادة المتبادلة للخطيبين.[2]

و العدول عن الخطبة يكون إما بالإرادة المنفردة أو بالإرادة المشتركة للخطيبين.

---

[1] حسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر 2006، ص 33.

[2] سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر 1996، ص 85.

الفرع الأول: العدول بالإرادة المنفردة

ينص قانون الأسرة في المادة الخامسة منه: يتجسد العدول بالإرادة المنفردة بتعبير إنفرادي صادر من الخاطب إلى خطيبته أو عكس ذلك دون رغبة و رضى الطرف الثاني ممارسا بذلك حقه المكرس قانونا سواء بوجود سبب جدي أو بانعدامه، و يتم توجيهه من طرف الخاطب عادة إلى خطيبته، و نادرا ما نجد العدول الصادر من المخطوبة إلى خاطبها و السبب أن المخطوبة هي التي تتحمل الخاطب في أخلاقه و عاداته.

الفرع الثاني: العدول بالإرادة المشتركة للخطيبين

لم ينظمه المشرع الجزائري، و يتحقق بإتفاق الطرفان بمحض إرادتهما على إنهاء الخطبة القائمة بينهما بعد مناقشة الموضوع و اتخاذ قرار فسخ الخطوبة في النهاية، و يتخذ هذا النوع من العدول عند إقتناع الطرفين بأن كل منهما لا يصلح أن يكون زوجا للآخر و نجد أن هذه الطريقة منتشرة في وقتنا الحاضر نتيجة لتطور الثقافة و الوعي لدى الأفراد بخطورة السير في إجراءات إبرام عقد الزواج الفاشل و الذي يصعب التخلص منه بعد انعقاده، و ما يترتب من تعاسة و شقاء فالعدول في هذه الحالة وقاية من مستقبل مظلم و الوقاية خير من العلاج.

و العدول عن الخطبة يتخذ إحدى الصورتين التاليتين:

أولا: العدول الضمني

يلجأ أحد الخطيبين في كثير من الأحيان إلى إنهاء الخطبة بإرادته المنفردة دون إبداء ذلك صراحةً للطرف الآخر، غير أن هذا العدول يُستدل عليه ضمنيًا من خلال السلوكيات والتصرفات التي تصدر عن أحدهما. فقد يُقدم الخاطب مثلًا على خطبة فتاة أخرى، فتفهم مخطوبته بذلك إرادته في إنهاء العلاقة، أو يمتنع عن زيارة المخطوبة في المناسبات والأعياد ويتخلى عن الالتزامات الاجتماعية والعرفية التي تترتب على الخاطب بعد إعلان الخطبة. وتعدّ هذه التصرفات مؤشرات واضحة على العدول الضمني عن الخطبة حتى وإن لم يصرّح بذلك بشكل مباشر.

ثانيا: العدول الصريح

تتجسد هذه مجسدة الطريقة بالإرادة المشتركة للخطيبين حيث يلجأ أحد الخطيبين إلى إبداء رغبته صراحة في إنهاء الخطبة لأسباب معينة يقوم بشرحها للطرف الثاني بعد مناقشتها و إقتناع هذا الأخير بجدية السبب كأن يطلب الخاطب من مخطوبته بتقديم إستقالتها من

وظيفتها بعد إبرام عقد الزواج و رفضها دون إقناع أحدهما للآخر برأيه فيتم الإتفاق بمحض إرادتهما على العدول ليتم الإعلان عن ذلك بحضور ولي المخطوبة و أقارب الخاطب بفسخ الخطوبة.

إن المادة الخامسة من قانون الأسرة نصت على العدول الذي يتم بالإرادة المنفردة لأحد الخطيبين و اعتباره حق يجوز اللجوء إليه دون تبيان أسباب و بواعث هذا العدول نظرا لكونه حق شخصي يخضع لإعتبارات خاصة لكل من طرفي الخطبة، و لا سلطة للقضاء عليه بحيث تركت الحرية الكاملة في الإقدام أو الإحجام عن الزواج إذ أن الشخص هو الأدرى بشؤونه و الأعرف بمصالحه الخاصة في هذا العقد فكان لهوى النفس أن دخل في العدول.[1]

إنّ أسباب العدول عن الخطبة متعددة ومتغيرة بتغير البيئات الاجتماعية والعادات والأعراف السائدة في كل منطقة، باعتبارها في جوهرها أسبابًا داخلية مرتبطة بطبيعة العلاقة بين الطرفين، مما يصعّب على المشرّع حصرها بنصوص قانونية محددة، كما قد يجد القاضي صعوبة في تقديرها أو الإحاطة بها بشكل دقيق. وبالرجوع إلى واقع المجتمع الجزائري، يلاحظ

---

[1] فتحي الدريني، دراسات و بحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، المجلد الثاني، الطبعة الأول، دار تقية للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت سنة 1988.

أن أكثر الأسباب انتشارًا في العدول عن الخطبة تعود في معظمها إلى عدم التوافق بين الخطيبين، سواء من الناحية الفكرية أو النفسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية، وما ينشأ عن ذلك من خلافات تحول دون استمرار العلاقة ووصولها إلى إبرام عقد الزواج. إلى ما يلي:

- إختلاف وجهات النظر إلى الحياة من حيث الأفكار، التربية و العادات مما يؤدي إلى إنعدام الإنسجام بين الخطيبين.

- إنعدام التكافؤ العلمي و الثقافي بينهما.

- حصول الخاطب أو المخطوبة على تأشيرة الخروج إلى بلاد أجنبية و بعد فترة من الإقامة يصرف النظر عن الخطبة و إعلانه العدول عنها.

- مطالبة المخطوبة بإعداد منزل للزوجية مستقل عن أهل الخاطب.

- مطالبة الخاطب خطيبته لتقديم استقالتها من الوظيفة التي تشغلها بمجرد العقد عليها.

- نشوب نزاعات عائلية بين أسرتي الخطيبين تؤدي إلى العدول عن الخطبة.

- الخطبة التي تتم بدون رؤية الخاطب للمخطوبة أو العكس.

لقد جعل المشرع الجزائري العدول عن الخطبة حق للطرفين باعتبار أن الخطبة وعد بالزواج لا أكثر و بالتالي لا يرتب إلزاما بإبرام عقد الزواج، و عند لجوء أحد الخطيبين إلى القضاء بسبب عدول الطرف الثاني و رفضه تقبل فسخ الخطوبة للمطالبة بإتمام مراسيم الزواج فإن القاضي يرفض الطلب لأن الخطبة لا تعدو أن تكون وعد، و هو المعمول به قضائيا إلا أنه نجد في بعض المحاكم من يلزم الخاطب بإتمام مراسيم الزواج برغم من إدعاء الطرف الثاني بأنه تجمعه به خطبة فقط منها.

المطلب الثالث: إنقضاء الخطبة بوفاة أحد الخطيبين.

تنقضي الخطبة استثناءًا عن الأصل الذي شرعت من أجله, بوجود وقائع مادية خارجة عن إرادة الخطيبين تحول دون استمرار الخطبة في المضي نحو الهدف التي شرعت من أجله، ذلك بوفاة أحد الخطيبين، أو كلاهما مما يؤدي إلى عدم إبرام عقد الزواج الموعود به.

تعتبر وفاة أحد الخطيبين من الأسباب غير الطبيعية لنهاية الخطبة، يترتب عليها آثار معينة من الناحية الشرعية، حيث أن قانون الأسرة لم ينظم هذه الحالة و يرجع الأمر في ذلك إلى خصوصية المجتمع الجزائري الذي يتميز بتقاليده المحافظة، و تماسكه عند الشدة، إذ لا

يمكن للخاطب أن يطالب أهل المخطوبة بالمهر المقدم لها خلال فترة الخطوبة أو بهداياه الممنوحة لها بعد وفاتها، خلافا للقانون اللبناني الذي نجده ينص في المادة 2 من قانون العائلة على أنه: بعد تمام الوعد، إذا امتنع أحد الطرفين عن النكاح أو توفي فللخاطب أن يسترد الأشياء التي أعطاها حسابا عن المهر عينا إن كانت قائمة، و بدلا إن تلفت، أما الأشياء التي أعطاها الطرفان لبعضهما البعض هدية فتجري أحكام الهبة بحقها"[1]، حيث يجوز حسب النص القانوني استرداد المهر عند العدول والوفاة أما الهدايا فإنه طبق بشأنها أحكام الهبة لأن عدم الزواج ليس من جهة المتوفى و إنما لوجود العارض فى الخطبة لا يمكن ضبطه، كما نجد نفس الحكم تضمنه القانون الخاص بالطائفة الإنجيلية الذي ينص على أنه إذا مات أحد الخطيبين و كانت الخطبة تمت بصفة رسمية فللخاطب الآخر أن يسترجع ما أعطاه للمتوفى من مهر أو هدية ما عدا ما استهلك بشرط رد ما يكون قد أخذه من المتوفى[2]، إذ أن هذا القانون منح للخاطب الذي تمت خطبته بصفة رسمية حق المطالبة بالمهر و الهدايا المقدمة إذا

---

[1] أبو السعود رمضان، الوجيز في شرح أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، دار المطبوعات الجامعية، سنة 1997، ص 246.

[2] مرجع نفسه، ص 247.

توفي أحد الخطيبين بشرط أن يرد لهذا الأخير ما أخذه منه و يعفى من الإسترداد كل ما هو مستهلك.

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة منتوري

نجد أن القانون المنظم لطائفة المسيحيين بدوره نص على انقضاء الخطبة بالوفاة و أجاز للخاطب الذي هو على قيد الحياة حق استرداد المهر المقدم أو قيمته في حالة التصرف فيه، و ذلك في المادة 14 التي تنص على أنه: إذا توفي الخاطب قبل الزواج فلورثته استرداد المهر أو ما اشتري به من الجهاز إذا توفيت المخطوبة فللخاطب أن يسترد المهر أو ما اشتري به من جهاز أما الهدايا فلا ترد في الحالتين غير أنه إذا لم يحصل إتفاق على المهر و إنما قدمت هدية لتقوم مقام المهر فتكون لها حكم المهر.[1]

من خلال مجموع النصوص القانونية يتضح لنا جليا أن الورثة لهم الحق في إقامة الدعوى أمام القضاء لمطالبة المخطوبة بالمهر أو قيمته عند تصرفها فيه و على القاضي الإجابة لطلبهم لأنه مؤسس من الناحية القانونية بحسب القانون سالف الذكر.

[1] أبو السعود رمضان، نفس المرجع السابق، ص 245.

لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري إلى انقضاء الخطبة بالوفاة مما يثير تساءل حول مصير الدعوى المرفوعة من طرف الخاطب أمام القضاء عند وفاة المخطوبة لمطالبة ورثتها بالمهر المقدم لها أثناء الخطبة، مما يجعل قاضي شؤون الأسرة يقع في إشكال إما تطبيق أحكام الشريعة أو رفضه للدعوى.

و عند عرض النزاع أمام قاضي شؤون الأسرة، فإنه يأمر بإجراء تحقيق في القضية من أجل التأكد من وجود خطبة بين المدعي و المدعى عليه، مع إثبات أن الصداق مقدم لها أثناء فترة الخطبة بما فيها شهادة الشهود الذين حضروا واقعة تسلم المهر قبل عقد الزواج، كما أنه يتلقى تصريحات ورثة الزوجة المتوفية في محاضر تحقيق حول ما إذا كان الخاطب قد سلم لمخطوبته صداقا أم لا.

بعد الإنتهاء من إجراءات التحقيق يصدر القاضي حكمه إما برفض الدعوى لعدم التأسيس عند عجز الخاطب في إثبات دعواه خاصة فيما يتعلق بقبض المخطوبة للصداق أثناء الخطبة لأن الورثة عادة ما ينكرون واقعة تسلم مورثتهم للصداق.

الحالة التي يثبت فيها الخاطب أنه فعلا سلم للمخطوبة صداق في فترة الخطبة فإن القاضي يلزم الورثة بإرجاع الصداق إلى الخاطب لأنه لا يستحق للمرأة إلاَّ بعقد الزواج و هذا ما أجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية و نفس الحكم نجده في المادة 15 من قانون الأسرة التي تنص على أن تحديد المهر في العقد سواء كان معجلا أم مؤجلا، و بالتالي لا يحق للورثة تملك الصداق لأنه ليس حق للمرأة إلا بالعقد عليها.

المبحث الرابع: الآثار المترتبة عن إنقضاء الخطبة.

يترتب على إنقضاء الخطبة عدة أثار شرعية وقانونية تطرق إليها قانون الأسرة في المادة الخامسة، تتمثل في حكم الهدايا و المهر المقدمان في فترة الخطبة و الضرر المترتب عن العدول الذي ينشأ حقا لصاحبه في المطالبة بالتعويض أمام القضاء، و سنبين كل ذلك في هذا المبحث مع بيان موقف القانون في مسألة استرداد المهر المقدم قبل العقد حسب تقاليد المجتمع الجزائري.

المطلب الأول: حكم الهدايا المقدمة في فترة الخطوبة.

مما لا شك فيه أن الهدية هي ما يمنح للمخطوبة أو الخاطب خلال فترة الخطوبة كعربون محبة و صدق نية الطرفان في إبرام عقد الزواج إذ جرى العرف أن يقدم الخاطب للمخطوبة حلي، ملابس و أغراض منزلية و غيرها خاصة في الأعياد و المناسبات، و قد يمتد عادة تبادل الهدايا إلى عائلة الخطيبين توطيدا للعلاقة القائمة بين الأسرتين بمناسبة الخطوبة.

و لقد اختلف الفقهاء في مسألة استرداد الهدايا المقدمة من طرف الخطيبين خلال فترة الخطوبة عند عدول أحد الطرفين عن الخطوبة و ذلك بحسب إختلاف المذاهب الفقهية كما هو واضح فيما يلي:

الفرع الأول: المذهب الشافعي

ذهب جمهور الشافعية أن كل من أهدى شيئا ثم عدل عن خطوبته فله أن يسترد هديته سواء كانت قائمة فيستردها عينا، أما إن كانت هالكة فيسترد قيمتها لأن هذه الهدية قدمت على

أساس عقد الزواج و العقد لم يم بعد مما يوجب استرداد ما قدمه سواء كان العدول منه أو من

المخطوبة أو منهما معا.[1]

الفرع الثاني:المذهب الحنبلي

في حين ذهب المذهب الحنبلي في أنه لا يجوز لأحد الخطيبين إن قدم للآخر هدية ثم عدل عن الخطوبة أن يستردها كون الهدية هبة، و الهبة لا يجوز الرجوع عنها إلا إذا كانت قبل قبضها أما إذا تسلمها و انتقلت إلى المهدي إليه فلا رجوع فيها إلا أنهم لم يفرقوا بين عدول الخاطب أو المخطوبة فالحكم واحد و هو عدم إسترداد الهدايا سواء كانت قائمة أو مستهلكة.[2]

الفرع الثالث: المذهب الحنفي

الهدايا تأخذ حكم الهبة، فيقرون وجوب ردها إلا لمانع من موانع الهبة و هي زيادة الموهوب، موت الواهب أو الموهوب له، خروج الموهوب من ملك الموهوب له، الزوجية القائمة بين الواهب و الموهوب له وقت الهبة أو هلاك العين الموهوبة في يد الموهوب له.

---

[1] الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 59.

[2] عبد الرحمان الصابوني، شرح الأحوال الشخصية السوري الزواج و آثاره الجزء الأول، مطبعة دمشق سنة 1971.

الفرع الرابع: المذهب المالكي

يفرق الإمام مالك بين حالتين و هما:

- **الحالة الأولى:** إن وجد شرط بين الطرفين أو عرف متبع عمل بالشرط أو العرف لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا.[1]

- **الحالة الثانية:** إن لم يكن شيء مما سبق فإن كان العدول من جهة الخاطب فلا يسترد من المخطوبة ما أهداه إليها سواء كانت مثلية أو قيمية، و لا يهم إن كانت الهدية قائمة أو مستهلكة، و قالوا حتى لا يجتمع عليها ألمان ألم الإعراض و ألم الإسترداد، أما إن كان العدول من جهتها فللخاطب أن يسترد كل ما قدمه من هدايا فإن كانت قائمة استردها، و إن كانت مستهلكة استرد قيمتها أو مثلها لأنه لا وجه لها في أخذها بعد أن ألمته بالرجوع عن الخطبة كون أن ما قدمه لها لا يمكن اعتباره هبة مطلقة بل هبة

---

[1] حسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 34.

مقيدة بالخطبة و مواصلة الزواج فإن لم يتحقق الغرض الذي من أجله قدمت الهدايا

فإن العدل يقضي بأن المتسبب في منع الزواج هو الذي يتحمل نتيجة عمله.[1]

في حين أن قانون الأسرة أعطى أهمية للهدايا المقدمة خلال فترة الخطوبة نظرا للنزاعات التي تترتب بشأن طلب استردادها عند إعلان أحد الخطيبين عدوله عن الخطبة و ذلك في المادة الخامسة بقولها: لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه، و إن كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك.

و لقد أدخل المشرع الجزائري تعديل على هذه المادة بموجب القانون رقم 09/05 المؤرخ في 4 مايو 2005 و سنتطرق إلى بيان حكم الهدايا في ظل القانونين القديم ثم الحالي، و نقوم بالتحليل القانوني لنص المادة 5 من قانون الأسرة.

- حكم الهدايا المقدمة في فترة الخطوبة في ظل القانون القديم

لقد وضع المشرع الجزائري حكم واحد في مسألة إسترجاع الهدايا عند العدول، و قرر عدم إسترداد الخاطب لها إن كان العدول عن الخطبة منه، أما إذا كانت المخطوبة هي العادلة فإنها

---

[1] جبر محمود الفضيلات، بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه و القانون، ص 35.

ترجع للخاطب الهدايا غير المستهلكة، و على هذا المبدأ المقرر في إسترجاع الهدايا هو الطرف العادل عن الخطبة و لا أحقية له فيما أهداه للطرف الثاني، أما إن كانت المخطوبة هي العادلة فأن إدعت أن الهدايا استهلكت فلا يمكن للقاضي الحكم بإسترداد الخاطب لهداياه.

من جهة أخرى فإن النص القانوني قد أخذ في بداية الفقرة برأي المالكية و جاء منسجما معه، أما في نهاية الفقرة فجاء مخالف في موضوعه[1]، و ذلك بالقول: فعليها رد ما لم يستهلك، بحيث أخذ برأي الحنفية في عدم إسترداد الهدايا المستهلكة بإعتبارها تأخذ حكم الهبة، و الهبة لا تسترجع إن استهلكت لأن هذا يعتبر مانع من موانع الرجوع عن الهبة، و تبعا لهذا فإن إدعاء المخطوبة أمام القضاء عند عدولها عن الخطبة بأن الهدايا المقدمة من طرف الخاطب قد استهلكت أو تصرفت فيها سيجعل القاضي يرفض طلب الخاطب لأن القانون هنا لا يلزم المخطوبة بإرجاع ما استهلك.

إذ أن نص المادة الخامسة يفتح الباب أمام المخطوبة للتحايل لأن لفظ الإستهلاك موجه إلى المخطوبة بقول المشرع: فعليها رد ما لم يستهلك، و هذا ما يثير الغموض بحيث لا يفهم

---

[1] الأستاذ بن شويخ، محاضرات في الأسرة، جامعة بومرداس، سنة 2004، ص 7.

المقصود بالإستهلاك، فهل اتجهت نية المشرع إلى عدم رد الهدايا التي تستهلك بطبيعتها كالطعام، الملابس لقلة قيمتها، أو غير ذلك من الأمثلة لأن لفظ الإستهلاك مصطلح إقتصادي يطلق على الأشياء و المنقولات بعد مرور مدة زمنية من الإستعمال.

لم يبين النص القانوني من المتسبب في العدول لأنه قد يقدم الخاطب هدية ذات قيمة معتبرة و قد تكون بطلب من المخطوبة نفسها و هذا ما يحدث خاصة إذا كان الخاطب من عائلة غنية، ثم تتصرف بشكل لا يرضيه لتتعمد الخصام معه و تدفعه إلى العدول عن الخطبة حتى تتجنب إرجاعها للهدايا بإدعائها أمام القضاء أن الهدايا قد استهلكت بالرغم من أنها هي المتسببة الوحيدة في العدول عن الخطبة.

المطلب الثاني: حكم المهر المقدم في فترة الخطوبة.

المهر هو ما يقدم للزوجة من نقود أو غيرها من كل شيء مباح شرعا و هو ملك للزوجة تتصرف فيه كما تشاء و الحكمة منه تكريم المرأة و إظهار الرغبة في الزواج و يعتبر المهر بإتفاق الفقهاء أنه من مستلزمات عقد الزواج، و اعتبره المشرع الجزائري شرط من شروط الزواج في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة.

و قد جرت العادة في المجتمع الجزائري على أن يدفع الخاطب المهر أو جزء منه أثناء فترة الخطوبة بغرض تجهيز المرأة لإبرام عقد الزواج و الإنتقال إلى بيت الزوجية فقانون الأسرة لم يتطرق لمسألة حكم المهر في حالة تسلم المخطوبة له قبل إبرام العقد و قامت بالتصرف فيه بشراء جهازها من ملابس و حلي و أدوات منزلية.

المطلب الثالث: حكم التعويض المترتب عن العدول من الخطبة.

الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عنها إلاّ أنّه إذا ترتب عن هذا الأخير ضرر لدى أحد الطرفين جاز للقاضي الحكم له بالتعويض و هذا طبقا للفقرة الثانية من المادة الخامسة بقولها: إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض.

إنّ النص القانوني منح للخطيبين حق العدول عن الخطبة و من جهة أخرى منح لهما حق التعويض عن الضرر الناتج منه إلاّ أنه ترك السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تقدير مدى وجود الضرر من عدمه و لمعرفة الأسس التي سيستند عليها قاضي شؤون الأسرة في

تقرير وجود الضرر ثم تقديره لمقدار التعويض يتعيّن علينا الرجوع لآراء الفقه و إجتهادات المحكمة العليا.

الفرع الأول:الآراء الفقهية

لم تثر مسألة التعويض إلا حديثا و بالأخص عندما مارست القوانين الوضعية في تشريعات البلدان الإسلامية و تمكنت العادات المستردة داخل مجتمعاتها.[1]

رأي أغلب الفقهاء على أن التعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة يكون نتيجة لما صاحب العدول من أفعال محدثة أضرار مادية أو معنوية بالطرف المعدول عنه و تكون إما أجنبية عن الخطبة أو ناتجة عنها فابنسبة للأضرار الأجنبية فهي محل اتفاق فقهي على استحقاق المضرور للتعويض[2]، أمّا الأضرار الناتجة من تصرفات غير أجنبية فهي محل خلافٍ فقهي من منكر إلى مؤيد له.

---

[1] محمد مصطفي شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة، دار النهضة العربية طبعة 2، بيروت، سنة 1977، ص 69.

.69

[2] محمد محدة، المرجع السابق، ص 66.

أولا:الأضرار المادية

1-الرأي الأوّل:

يرى أن التعويض المترتب عن مجرد العدول لا يستوجب التعويض لأنّ الخطبة وعد بالزواج غير ملزم من حيث الوفاء لأن الفعل المشروع يرفع عن صاحبه الضمان طبقا لقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان و بالتالي لا يلزم العادل بالتعويض عن الضرر و في ذلك قال ابن حزم الظاهري: لا ضرر أعظم من أن يمنع المرء من التصرف في ماله نفس مراعاة لنفع غيره فهذا هو الضرر حقا.

2-الرأي الثاني

يرى أن التعويض عن الخطبة يتحقق إذا صاحب العدول أفعال مستقلة ألحقت ضرر للمعدول عنه بغض النظر عن العدول المجرد و هذه تستوجب التعويض طبقا لقواعد المسؤولية المدنية عن الأفعال الخاطئة.[1]

[1] د/ محمد محدة، المرجع السابق، ص 74.

و في هذا الصدد يقول الأستاذ السنهوري: إن إنحراف الخطيب و هو بفسخ الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادي في مثل الظروف الخارجية التي أحاطة بالخطيب كان فسخ الخطبة خطأ يوجب المسؤولية التقصيرية.[1]

و ليتحقق التعويض يستوجب توافر شروط هي:

- الخطبة ليست بعقد ملزم.

- مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبب موجبا لتعويض.

و على هذا الأساس أوجب التعويض عن الأفعال المقترنة بالعدول التي تكون للخاطب دخل فيها بقوله: يكون الضرر قسمين ضرر ينشأ و للخاطب دخل فيه غير مجرد العدول و ضرر ينشأ عن مجرد الخطبة و العدول من غير عمل من جانب العادل فالأول يعوض و الثاني لا يعوض إذ الأول فيه تغرير يوجب الضمان كما هو مقرر في قواعد الفقه الحنفي و في قضايا العقل و المنطق.[2]

---

[1] د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط الجزء الأول، المرجع السابق، ص 827.

[2] الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 34.

3-الرأي الثالث

التعويض يكون عند مصاحبة العدول لأضرار ناتجة عن التقصير أو الإخلال بواجب الحيطة أثناء العدول أو نتيجة لتصرفات أجنبية عنه بسبب التعسف في إستعمال الحق لكونه ألحق ضرر بغيره بلا مبرر فعليه التعويض عن هدا الضرر[1]، و قد بينت هدة المحاكم أحكامها أحكامها على أمرين هما سواء إستعمال الحق وترتب.

ثانيا:الأضرار المعنوية

تعرّف الأضرار المعنوية بتلك التي لا تصيب الشخص في ماله بل في سمعته و شرفه أو عرضه كالقذف أو السب أو هتك العرض و غيرها مما يمّس بإعتباره و كرامته، و يرى السنهوري أن فسخ الخطوبة و العدول عنها لا يكون سببا إلاّ في التعويض عن الضرر المادي أما الضرر الأدبي فإنه لا يعوَّض إلاَّ إذا سبقه استغواء مصحوب بخديعة أو غش أو ضغط أدبي.[2]

---

[1] زهدي يكن، الزواج و مقارنته بقوانين العالم، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، ص 114.

[2] عبد الرزق السنهوري، المرجع السابق، ص 865.

الفصل الثاني : أركان عقد الزواج و شروطه

إن المقومات الأساسية والأسباب الحقيقة لوجود الشيء هو أركانه وشروطه، وعقد الزواج كغيره من العقود يتطلب أركان وشروط تتجلى هذه الأخيرة في الأهلية وخلو المرأة من موانع الزواج، والتعدد.

أما أركانه فهو ما نصت عليه المادة 9 من قانون الأسرة وهي : الرضا، الولي، المهر والشاهدين ولعلى أهم النقاط التي أثارت الجدل واستقطبت النقاشات من الشروط هي الأهلية والتعدد .

المبحث الأول : أهلية الزواج

يعرف عبد العزيز سعد العقد الصحيح بأنه : "العقد الذي يكون قد استوفى كل أركانه و شروط انعقاده، و توفرت في المتعاقدين أهلية عقد الزواج". [1]

---

1) عبد العزيز سعد، المرجع السابق ،ص 184

2) فضيل سعد ،المرجع السابق –،ص 58 .

و عليه فإن شرط أهلية الزواج يجب توافره لصحة عقد الزواج بحيث انعدامها يرتب بطلان العقد بطلانا مطلقا.

و للتفصيل أكثر في هذا الشرط سنتعرض إلى تعريف أهلية الزواج موقف الفقه منها كعنصر أول، ثم أهلية الزواج في قانون الأسرة الساري كعنصر ثاني، و كعنصر أخير نتناول أهلية الزواج في التعديلات المقترحة.

المطلب الأول: تعريف أهلية الزواج و موقف الفقه منها.

تعرف الأهلية بأنها : "صلاحية شخص لتلقي الحقوق و التحمل بالواجبات". و هذا التعريف القانوني يقترب من التعريف الفقهي إذ يعرفونها بأنها : " صلاحية شخص لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه".[2]

و الأهلية نوعان :

الفرع الأول: أهلية وجوب

هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له و عليه. و بهذا التعريف نعلم أن كل إنسان حر هو شخص تتوافر له أهلية الوجوب. و تثبت له هذه الأهلية من وقت ميلاده بل و قبل ذلك عندما يكون جنينا في بطن أمه إلى وقت موته.

الفرع الثاني: أهلية أداء

و هي صلاحية الإنسان لاستعمال الحق، و يحصل أن تتوافر للإنسان أهلية الوجوب دون أهلية الأداء، فيكون مستمتعا بالحق و هذه أهلية الوجوب دون أن يستطيع استعماله بنفسه و هذه هي أهلية الأداء..[1]

لم يتفق الفقهاء على تحديد سنٍ قاطعٍ للبلوغ الذي تُستكمل به أهلية كلٍّ من الفتى والفتاة للزواج، إذ اعتبروا البلوغ مرحلة وسطى بين الطفولة والتمييز، تظهر علاماتها طبيعيًا؛

---

1) جمعة سمحان الهلباوي : الأهلية و عوارضها، عين مليلة : دار الهدى للطباعة و النشر، 1993، ص 12

كالاحتلام عند الذكر، والحيض عند الأنثى. ورغم اختلاف مظاهر البلوغ، اتجه جمهور العلماء إلى تقدير سنّه بخمس عشرة سنة للذكور والإناث معًا، بينما يرى فقهاء المذهب المالكي أنّ نهاية سن البلوغ تمتد إلى ثمانية عشر عامًا لكلا الجنسي.. [1]

و على هذا فالصغير غير المميز لا ينعقد الزواج بعبارته قولا واحدا. و أما الصبي المميز فينعقد عند أغلب الفقهاء و لكن يكون موقوفا على اجازة و ليه. على أنه متى ظهرت فيه إحدى علامات البلوغ الطبيعية جاز له أن يعقد الزواج بنفسه، و هذا طبقا لقوله تعالى : "و ابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم".

و هنا دلالة على أن بلوغ سن النكاح هو علامة انتهاء الصغر.

أمّا من ناحية العقل، فإن جمهور الفقهاء لا يشترطون توافره لصحة عقد الزواج، حيث يجيزون للولي – سواء كان الأب أو غيره – إبرام عقد الزواج نيابة عن المجنون أو المجنونة، وكذلك المعتوه أو المعتوهة. ولا يفرّق أصحاب المذهب الحنفي بين أن يكون الجنون أصليًا أم

---

1) بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة ،طبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر الجزء الأول1999،ص 60 .

طارئًا، إذ تبقى للولي سلطة تزويج من زال عقله أو اختلّ إدراكه بعد بلوغه. في المقابل، يرى الإمام زفر أنّه إذا بلغ الشخص عاقلًا ثم أصيب بالجنون لاحقًا، فلا يملك أحد من الأولياء حق تزويجه. كما ذهب فقهاء المذهب الجعفري إلى أنّ الولاية في هذه الحالة تنتقل إلى القاضي دون سواه من الأولياء.[1]

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

الفرع الثالث: أهلية الزواج في قانون الأسرة

تجب الإشارة أن الزواج في الفقه الإسلامي لا يتوقف على بلوغ سن معين ولا يُربط بسن محددة ومتفق عليها بين الفقهاء، باعتبار أنّ العبرة بعلامات البلوغ الطبيعية وما يرافقها من قدرة على تحمل تبعات الحياة الزوجية؛ فإن التشريعات الوضعية قد تدخلت لتنظيم هذه المسألة حمايةً

---

2) بلحاج العربي،المرجع السابق ،ص 61 .

للفرد والمجتمع، مستندة في ذلك إلى ما أثبته الأطباء وعلماء النفس والاجتماع من أنّ زواج القُصّر قد ترتّب عنه – في الواقع العملي – العديد من الأضرار الجسدية والنفسية والاجتماعية.

وقد أدّت هذه الممارسة في كثير من الأحيان إلى مآسٍ عائلية خطيرة، نظراً لتعقّد الحياة العصرية وصعوبة أعبائها، فالزوج يتحمّل مسؤولية الإنفاق على الأسرة وتلبية احتياجاتها، بينما تتعرض الزوجة في سن مبكرة لمخاطر صحية مرتبطة بالعلاقة الزوجية ومسؤوليات الأمومة قبل بلوغها مرحلة النضج الجسدي والعقلي. وفوق ذلك، فإن الزواج يُعدّ مؤسسة دائمة تُنشأ بها الأسرة وتترتب عنها رعاية الأبناء وتربيتهم، وهي تبعات تفترض أن يكون كلا الزوجين قادرًا بدنيًا ومتمتعًا بقدر كافٍ من التمييز والإدراك لنتائج ما يُقدم عليه من التزامات.

وبناءً على هذه الاعتبارات الموضوعية، تدخل المشرّع ليضع سنًا قانونية للزواج تضمن النضج الجسدي والعقلي للشخص، فجعلها ثماني عشرة (18) سنة للمرأة و واحدًا وعشرين (21) سنة للرجل كحد أدنى لتمام أهلية الزواج.

أما قانون الأسرة الحالي فقد نص في المادة السابعة منه على أنه : "تكتمل أهلية الرجل للزواج بتمام الواحد و العشرين سنة، و المرأة بتمام الثامنة عشر سنة و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك للمصلحة أو للضرورة".

دون أن ينص على أية عقوبة يمكن ترتبها على مخالف هذا السن، و دون أن يرتب أي أثر على إبرام عقد الزواج قبل هذه السن و هذا على عكس القانون السالف الذكر.

و من خلال تحليلنا للمادة 7 من قانون الأسرة و مناقشتها، نجد أنها أتت بقاعدة و استثناء.

فالقاعدة تضمنت عدم السماح للفتى قبل 21 سنة و لا للفتاة قبل 18 سنة أن يتزوجا معا أو مع أجنبي أبدا مهما كانت إمكانيات قابليتهما الجسدية لهذا الزواج.

أما الاستثناء فأجاز لكل من لم يبلغ السن المحددة لأهلية الزواج قبل ذلك إذا أثبت أن هناك ضرورة أو مصلحة في ذلك الزواج المراد إبرامه، و استطاع أن يحصل نتيجة لذلك على إعفاء من السن المطلوب و ذلك بموجب إذن أو رخصة يطلبها من رئيس المحكمة التي يسكن بدائرة اختصاصها المعني نفسه أو وليه. جاعلا بهذا القاضي رقيبا غير مباشر لهم و أمينا على

مصالحهم و مقدرا عادلا لظروفهم الخاصة، و لما يجابههم من ضرورات تخصهم هم أنفسهم، و ليست فيها مصلحة لآبائهم و أمهاتهم. و لتحقيق هذه الغاية فإن المشرع أعفى القاضي من تسبيب قبوله أو رفضه لطلب الإعفاء من سن الزواج، و أن ما يقرره في هذا المجال لا يقبل أية طريق من طرق الطعن .

الفرع الرابع: أهلية الزواج في التعديلات المقترحة

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 و كذا استحداث مادة أخرى تحت رقم 7 مكرر.و هذا بموجب المادة الخامسة منه، و هما ما سنتناولهما بالدراسة لمعرفة ما أتيا به من جديد.

فتنص المادة 7 من التعديل المقترح "تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج. و يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات.

من خلال قراءة و تحليل هذه المادة نجدها تتكون من فقرتين عكس ما كانت عليه . أين في الفقرة الأولى تم تحديد سن الزواج للرجل و المرأة و هو 19 سنة و كذا 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 و التزاماته، أي منحته الترشيد بقوة القانون.

و قد ورد في عرض الأسباب أن السن المقترح تم تحديده ليتطابق مع سن الرشد المدني، و يتساوى بهذا الرجل و المرأة. [1]

المطلب الثاني : تعدد الزوجات

ارتأينا التطرق إلى موضوع تعدد الزوجات بالنظر إلى تنظيمه من قبل قانون الأسرة الجزائري في المادة 8 منه، والتي اشترطت لإبرام عقد الزواج في حالة التعدد ضرورة إعلام كل من الزوجة السابقة واللاحقة، الأمر الذي يجعله – بشكل أو بآخر – من الشروط العامة الواجب

[1]) فضيل سعد ،المرجع السابق ، ص 59.

توفرها في عقد الزواج، شأنه في ذلك شأن شرط أهلية الزواج. وتجدر الإشارة إلى أن أغلب التشريعات العربية لا تفصل هذا الشرط على نحو مستقل، وإنما تتناوله ضمن شرط حلّ المرأة للزواج بالرجل الذي يرغب في الاقتران بها، وهو شرط متفق عليه فقهيًا ضمن شروط صحة عقد الزواج، إلى جانب اشتراط حضور الشاهدين.

وعند تفصيل شرط حلّ المرأة للتزوج بالرجل، يتبين أنه يندرج ضمن المحرّمات المؤقتة للنساء، حيث يُمنع شرعًا وقانونًا زواج الرجل بخامسةٍ ما دامت في عصمته أربع زوجات، ولو حُكمًا، باعتبار أن تجاوز هذا العدد يشكّل مانعًا مؤقتًا من موانع الزواج.[1]

الفرع الأول: تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية و الشرائع الأخرى و القوانين المقارنة:

إن نظام تعدد الزوجات هو شكل من أشكال الزواج، و هو أن يجمع الرجل في عصمته أكثر من زوجة واحدة، و قد أباح الإسلام للرجل أن يتزوج أربع زوجات ليس بينهن قرابة محرمة، و حرم عليه الزواج بالخامسة حتى يطلق إحدى زوجاته و تمضي عدتها سواء أكانت العدة من

[1] محمد أبو زهرة ، المرجع السابق، ص 84.

طلاق رجعي أو بائن [1] و هو ما جعل مسألة تعدد الزوجات ترتبط به و كأنه من أوجدها و كرسها، و إعتبرت المنفذ لمهاجمته خاصة بعد أن ساء تطبيق هذا المبدأ.

أولا: التعدد في الشريعة الإسلامية

من المتعارف عليه أنه يحرم على الرجل أن يجمع في عصمته أكثر من أربع زوجات في وقت واحد، إذ أن في الأربع الكفاية و في الزيادة عليها تفويت الإحسان الذي شرعه الله لصلاح الحياة الزوجية.

و قد ورد ذلك في القرآن الكريم و السنة النبوية و الإجماع. ففي القرآن الكريم قوله تعالى : " فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث و رباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة ".[2]

و الزواج كما شرعه الله فيه سكن للنفس و راحة للضمير و القلب و إستقرار للحياة و الوجدان، قد تعترضه بعض العقبات على نطاق الأفراد و الجماعات، فقد تصاب الزوجة بعقم أو مرض مزمن، أو تبتلى الأمم بكوارث و نكبات تفقد فيها شبابها فيزيد عدد الإناث على الذكور.[1]

---

[1] عبد الرحمن الصابوني ،المرجع السابق ، ص 138.

[2] سورة النساء : الآية 3

أما القرآن الكريم فقد ذكر حلا واضحا حين الحاجة إليه فأباح تعدد الزوجات الذي كان

معروفا لدى العرب دون قيد فجاءت حكمة التشريع الإسلامي بثلاث قيود أو شروط :

1-شروط التعدد

بالرجوع الى القرآن الكريم نجد أنه نظم مسألة تعدد الزوجات عند وجود مبرر معتبر يقتضي ذلك، دون أن يجعله واجبًا أو مستحبًا، لأن الأصل في الزواج – وفق التصور الإسلامي – هو الاكتفاء بزوجة واحدة تحقيقًا للاستقرار الأسري والانسجام الاجتماعي. ولم يترك المشرّع الإسلامي التعدد مجالًا للفوضى أو الممارسة العشوائية، بل أحاطه بجملة من القيود الشرعية التي يجب توافرها لضمان عدالة هذا النظام ومنع الانزلاق إلى الظلم والاستغلال، ومن أهمها:

2- حصر العدد بأربع زوجات فقط : جاء في الآية الكريمة : " مثنى و ثلاث ورباع ". فبموجب الآية الكريمة هذه يجب عدم الزيادة على الأربع، و المرأة الزائدة على الأربع هي من قبل النساء المحرمات. و هو شرط ثابت بالقرآن و السنة كما رأينا.

---

[1]) عبد الرحمن الصابوني ، المرجع السابق،ص ص 138-142.

و في حكم من زاد على أربع قال مالك و الشافعي عليه الحد إن كان عالما، و قال الزهري :

يرجم إذا كان عالما، و إن كان جاهلا أدى الحدين الذي هو الجلد و لها مهرها و يفرق بينهما

و لا يجتمعان أبداً.[1]

- شرط العدل :

من الشروط التي قيد الله سبحانه و تعالى بها إباحة التعدد هو العدالة بين الزوجات، قال تعالى : " فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة ".

- شرط القدرة على الإنفاق :

مما لا شك فيه أنه لا يجوز شرعًا الإقدام على الزواج، سواء بزوجة واحدة أو بأكثر، إلا إذا توافرت لدى الزوج القدرة المالية الكافية لتحمل نفقات الزواج وتكاليفه الأساسية، مع القدرة على الاستمرار في أداء النفقة الواجبة للزوجة، باعتبارها حقًا ثابتًا لها بمقتضى عقد الزواج، وواجبًا

الاستمرار في أداء النفقة الواجبة للزوجة، باعتبارها حقًا ثابتًا لها بمقتضى عقد الزواج، وواجبًا شرعيًا على الرجل لا يسقط إلا بأسبابه. لقوله صلى الله عليه و سلم : " يا معشر الشباب من استطاع منكم، الباءة فليتزوج..." و الباءة مؤنة النكاح.[1]

3- حكمة تعدد الزوجات

إن نظام وحدة الزوجة هو الأفضل و هو الغالب. و أما تعدد الزوجات فهو إستثنائي لا يلجأ إليه إلا عند الحاجة الملحة، و لم تجبه الشريعة على أحد بل و لم ترغب فيه. و إنما أباحته لأسباب عامة و خاصة.

4- حق المرأة في مقابل التعدد

أولًا: الأصل أن الإسلام قد أباح تعدد الزوجات، إلا أنه لم يجعله واجبًا ولا مندوبًا، بل أبقى الأصل في الزواج هو الاكتفاء بزوجة واحدة، باعتبار أن ذلك هو الأنسب لتحقيق مقاصد

---

[1]) وهبة الزحيلي – المرجع السابق – ص 168.

الزواج من السكن والمودة والاستقرار الأسري، ولا يُصار إلى التعدد إلا عند وجود مبرر معتبر

واستيفاء ضوابطه الشرعية.

ثانيًا: مما لا شك فيه أنه بالرغم من مشروعية التعدد، فقد منح الفقه الإسلامي للمرأة . أو لوليّها عند إنشاء العقد . الحق في اشتراط عدم زواج الزوج عليها. فإذا تضمّن العقد شرطًا صريحًا يلزم الزوج بعدم التعدد، عُدّ الشرط صحيحًا وملزمًا شرعًا، ويثبت للزوجة في حال مخالفته حق فسخ الزواج بوصفه إخلالًا بالاتفاق، ولا يسقط هذا الحق إلا إذا تنازلت عنه ورضيت صراحةً بمخالفته.

و كذلك للمرأة التي تفاجأ بأن زوجها متزوج دون أن يخبرها بذلك، فلها أن تطلب التفريق للتغرير لأنها تزوجته على أنه غير متزوج عرفا. و المعروف عرفا كالمشروط شرطا.[1]

5- التعدد في الشرائع الأخرى والقوانين المقارنة

إن نظام تعدد الزوجات كان سائدا قبل ظهور الإسلام في شعوب ومجتمعات كثيرة وهذا دون قيد أو شرط، فالرجل يتزوج كما يشاء من النساء دون رقيب من تشريع أو ضمير. وأن القرآن

---

[1] عبد الرحمن الصابوني - المرجع السابق- ص 143.

عدة شعوب لا تدين بالإسلام. والحقيقة كذلك أنه لا علاقة للدين المسيحي في أصله بتحريم التعدد، و لتأكيد كل هذا نفصل هذا الجزء كما يلي :

أ- التعدد في الأديان السماوية [1] : وهي اليهودية والمسيحية

- **في الشريعة اليهودية** : فقد أباح اليهود تعدد الزوجات عند توافر مسوغ شرعي و لهذا قالوا في المادة 55 من كتاب شمعون : إذا كان الرجل في سعة من العيش ويقدر أن يعدل أو كان له مسوغ شرعي جاز له أن يتزوج بأخرى .

- **في الشريعة المسيحية** : إنه لا علاقة للدين المسيحي في أصله بتحريم التعدد، وذلك أنه لم يرد في الإنجيل نص صريح يدل على هذا التحريم. وإذا كان السابقون الأولون إلى المسيحية من أهل أوربا قد ساروا على نظام وحدة الزوجة فما ذلك إلا لأن معظم الأمم الأوروبية الوثنية التي إنتشرت فيها المسيحية في أول الأمر – وهي شعوب اليونان والرومان – كانت تقاليدها تحرم تعدد الزوجات المعقود عليهن وقد سار أهلها – بعد إعتناقهم المسيحية- على ما وجدوا عليه آباءهم من قبل وبعدها إستقرت على هذا النظم الكنسية المستحدثة.

---

[1] مرجع سابق، ص 209.

- الإشكاليات التي تثيرها المادة 8 قانون الأسرة :

إنه من خلال تحليل المادة 8 من قانون الأسرة نجد أن هذه الأخيرة تتميز بثلاث مبادىء :

- **المبدأ الأول** : هو الإبقاء على نظام تعدد الزوجات كما حددته الشريعة الإسلامية فحافظ على احترام القواعد العامة الثابتة للشريعة الإسلامية ، وهو بهذا يكون قد أقر أن للرجل حق الزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية

- **المبدأ الثاني:** هو وضعه لشروط تضمن حماية نظام التعدد وضمان حسن تطبيقه، حيث إضافة إلى القيود الشرعية وهي : نية العدل والعدد والقدرة على الإنفاق، أورد قيود القانونية وهي المبرر الشرعي وكذا إعلام الزوجة السابقة واللاحقة.

- **المبدأ الثالث** : فتضمن ما يمكن القيام به عند مخالفة أحد الشروط [1] لكن هذه المبادئ الثلاثة عند تحليلها نجد أنها تطرح إشكاليات أكثر مما تشرع أمرا، فالمشرع رغم حفاظه على

---

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق ،ص ص 149-150.

نظام التعدد، فإنه وضع عراقيل في طريق ممارسته. وذلك بوضع شروط غامضة ومبهمة وهو

ما نجده في النقاط التالية :

المطلب الثالث : الولي

مما لا شك فيه أن الولي يُعدّ عنصرًا جوهريًا في إبرام عقد الزواج، وقد شكّل محورًا لجدل فقهي وقانوني واسع حول مدى ضرورة توفره عند إبرام العقد، ومدى تأثير تخلفه على صحة هذا الأخير وآثاره القانونية. وفي ظل التحولات التشريعية التي شهدها تنظيم هذا العنصر، ارتأينا تخصيص هذا المبحث لدراسة مسألة الولاية في الزواج، من خلال إبراز مفهوم الولي وأنواعه وشروطه، مع الوقوف على موقف المشرّع الجزائري وفقًا لقانون الأسرة الساري المفعول، ومقارنة ذلك بالتوجّهات التي حملتها التعديلات المقترحة في المجال ذاته.

الفرع الأول: تعِريف الولاية

أولا: لغة

الولاية بكسر الواو هي المحبة و النصرة و نقول ولى الرجل و الرجل يليه و ولى عليه و ذلك إذا نصره و أعانه أو قام بأمره و تولى شؤونه و الولي الوصف منه فللولي في اللغة معنيان : أحدهما الناصر و المعين و ثانيهما القائم بأمر الشخص و المتولي لشؤونه.[1]

و الولاية في **الشريعة** : فهي سلطة شرعية يباشرها شخص على غيره، تمكّنه من تنفيذ القول والتصرف في شؤونه، سواء رضي ذلك الغير أم لم يرضَ، وذلك بما يعود عليه بالنفع والمصلحة. وتُعرّف أيضًا بأنّها القدرة على إنشاء تصرفٍ نافذ دون توقّف نفاذه على إجازة المولّى عليه. وتستند الولاية إلى أحد سببين أساسيين: إمّا عجز المولّى عليه عن مباشرة شؤونه بنفسه، أو قصور أهليته عن إبرام التصرفات وإدراك آثارها. [2]

---

[1] *لسان العرب* لابن منظور

[2] رمضان علي السيد ، مرجع سابق، ص

ثانيا : أنواع الولاية :

لا يختلف اثنان أن تقسيم الولاية يختلف باختلاف نظرة الفقهاء إليها فهناك من قسمها إلى قسمين مثل الشيخ أبو زهرة حيث قسمها إلى ولاية قاصرة [1] و ولاية متعدية [2] و هناك من قسمها إلى ثلاث أقسام مثل الدكتور العربي بلحاج و رمضان السيد اللذان قسماها إلى ولاية على النفس، و ولاية على المال و ولاية على النفس و المال معا، و هناك من ارتأى أن يجعل تقسيمها وفقا لمنظور المذاهب الأربعة :

- الولاية عند فقهاء الشريعة الإسلامية :

1- فالولاية عند الحنفية : على ثلاثة أقسام تتمثل في: الولاية على النفس و الولاية على المال و الولاية على النفس و المال معا و ما يهمنا هنا هي الولاية على النفس .

- **و الولاية على النفس :** هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية كالتزويج و التطبيب و التعليم و التشغيل و هي تثبت للأب و الجد و سائر الأولياء و هي على نوعين :

---

[1] هي تدبير شؤون القاصر المالية من استثمار و تصرف و حفظ و إنفاق و تثبت للأب الجد و وصيهما القاضي .

[2] تشمل الشؤون الشخصية و المالية معا و لا تكون إلا للأب و الجد فقط .

أ- **ولاية الإجبار :**

تعتبر الولاية الكاملة هي تلك الولاية التي يكون فيها للولي حق الاستبداد بإنشاء العقد و

التزويج من كانت تحت ولايته دون مشاركة له في الاختيار أو العقد، أو هي تنفيذ القول

على الغير بما يشاء.

ب- ولاية الاختيار أو ولاية الاستحباب

وهي الولاية التي ترد على المرأة البالغة العاقلة، سواء كانت بكرًا أو ثيبًا، حيث يُستحب

أن تُفوِّض أمر زواجها إلى وليّها صونًا لها مما قد يوصم بالجرأة أو قلة الاحتشام. وقد ذهب

فقه الحنفية إلى تمكين المرأة الراشدة من مباشرة عقد زواجها بنفسها دون اشتراط موافقة الولي،

غير أنهم قيدوا هذا الإطلاق بضوابط معينة، أهمها الكفاءة بين الزوجين، وضرورة أن يكون

المهر مهرَ المثل، وإلا كان للولي حق الاعتراض حفاظًا على مصلحة المرأة وصيانة لحقوقها

الشرعية.

2- أما المذهب الشافعي :

فقد ذهب إلى تقسيم الولاية في الزواج إلى قسمين : ولاية الإجبار و ولاية إذن و اختيار .

3- و الولاية في المذهب الحنبلي و المالكي : تقسم كغيرها في المذاهب الأخرى إلى ولاية إجبار و ولاية إذن و اختيار و لكن اختلفوا معهم فيمن تكون و لمن تكون.

- موقف المشرع الجزائري :

بالرجوع إلى المواد 9-11-12-13-32-33 من قانون الأسرة يتبين لنا موقف المشرع الجزائري جليا ، فالمادة 9 نصت أنه "يتم عقد الزواج برضى الزوجين و بولي الزوجة ..." أي أن هذه المادة جعلت الزواج لا تقوم له قائمة إلا بوجود الولي و هذا ما يدفعنا للتساؤل عن مكانة الولي في قانون الأسرة الجزائري فهل هو ركن بغيابه لا تقوم له قائمة أم هو شرط في الزواج لا يصح بغيابه العقد ؟ مع العلم أن المشرع الجزائري في تبويبه للولي ضمن قانون الأسرة كان تحت عنوان أركان الزواج .

و للإجابة على هذا التساؤل يجدر بنا أولا تحديد مفهوم الركن و الشرط ثم ثانيا نصدق هذا المفهوم على ما ورد في قانون الأسرة الساري المفعول و مقترح التعديل.

أ- تحديد مفهوم الركن و الشرط :

- **الركن_: لغة** : يطلق على الجانب القوي في الشيء الذي له حيز فنقول عن زوايا البيت أركانها مناطق التقاء الجدران بعضها ببعض و بدونه لا يوجد البيت إطلاقا، كما أننا حين نطلقه على شخص من الأشخاص في المجتمع فإننا نعني به شريفا من أشراف الأمة [1] .

و اصطلاحا : ما يقوم به الشيء فهو من التقويم إن قوام الشيء بركنه لا من القيام و إلا لزم أن يكون الفاعل ركنا للفعل و الجسم ركنا للعرض و الموصوف للصفة و قيل ركن الشيء ما يتم به و هو داخل فيه بخلاف شرطه فهو خارج عنه، و قد عرف الحنفية و بعض من الحنابلة الركن بأنه ما يتوقف عليه وجود الشيء و يكون جزئا داخلا في الماهية الحقيقية له بحيث لا يوجد العقد إلا به، فحقيقته اللفظية قائمة به و عليه و ذلك كالإيجاب و القبول في العقد و على هذا نجدهم ذهبوا إلى تقليص أركان الزواج إلى الإيجاب و القبول فقط .أما جمهور الفقهاء فقد

---

[1] فضيل سعد، المرجع السابق، ص 56.

عرفوا الركن بأنه ما لا توجد الماهية الشرعية إلا به أو ما تتوقف عليه حقيقة الشيء سواء كان جزءا منه أو خارجا عنه و لقد اعتمد الجمهور على الماهية الشرعية كمعيار لتمييز الركن عن غيره لا على الماهية الحقيقية التي وضع لها اللفظ لغة فقط [1].

ب- الشرط :

- **لغة :** هو إلزام الشيء و التزامه في البيع و نحوه و جمعه شروط من باب و نصر [2] .

- **اصطلاحا :** فقد عرف على أنه " ما يلزم من عدمه عدم المشروط و لا يلزم من وجوده وجود المشروط و لم يكن جزءا منه بل هو في حقيقته خارجا عنه فالإيجاب و القبول مثلا هما ركنين بالاتفاق في عقد الزواج و لكن الرضى شرط فيه و كذلك الشهادة أمر خارج عن ماهية الزواج و حقيقته و لكن يتوقف عليها نفاذه و ترتيب آثاره.

- **شروط الانعقاد :** و هي تلك الشروط التي يلزم توافرها في أركان العقد أثناء انعقاده و إنشائه و ذلك لارتباطها ارتباطا كليا بالأركان المكونة للماهية كانعدام الأهلية، موافقة

---

[1]-محمد محدة ، المرجع السابق،ص ص 118 – 119

الإيجاب للقبول و مطابقته إياه أو كون المرأة حلالا و ما إلى ذلك و فقدان أي من هذه الشروط يؤدي إلى بطلان العقد عند كل الفقهاء.

- **شروط الصحة :** و هي تلك الشروط التي استلزمها الشارع لترتيب الأثر الشرعي على ذلك العقد حيث بدونها لا يعتبر العقد موجودا وجودا يحترمه الشارع و هذا كمن لم يدفع المهر أصلا و فقد هذا النوع من الشروط يؤدي إلى بطلان العقد.

- **شروط النفاذ :** هي تلك الشروط التي توقف أثر العقد بعد انعقاده و صحته و عليه فإنه يلزم وجودها لترتيب آثارها .

- **شروط اللزوم** : و هي تلك الشروط التي يتوقف عليها بقاء العقد مستمرا مرتبا لجميع آثاره و عليه فمتى تخلف أحدها أصبح العقد غير لازم و جاز لمن له حق الخيار فسخه و نقضه من أساسه و أصله سواء كان أحد الزوجين أم غيره.

بالمقارنة مع هذه الأهداف أن الولي في المادة 9 هو ركن فإنه يترتب على غيابه البطلان أي أنه بمفهوم الركن في حكم العدم، غير أنه إذا رجعنا إلى المادتين 32 و33 من قانون الأسرة نجد أنه نحى نحوا آخر و ذلك بترتيبه الفسخ في حالة اختلال أحد أركان الزواج

قبل الدخول أما بعد الدخول فإنه يثبت ، و البطلان في حالة اختلال أكثر من ركن مما يدفعنا بالقول أن المشرع الجزائري في المادة 9 من قانون الأسرة جعل الولي ركن مثلما ذهب إليه جمهور الفقهاء و جعله شرط في المادتين 32 و33 و ذلك بترتيب الفسخ، و الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل و الغرابة و الموقف الذي تبناه المشرع في المادة 33 من قانون الأسرة فقرة 2 و ما يمكن قوله أن الإشكال لا يكمن في نص المادة 9 أو 11 أو 12 أو 13 و إنما في نص المادتين 32 و 33 و ذلك من خلال خلط المشرع في مفهوم الفسخ و البطلان ذلك أن الفسخ يترتب عليه إنهاء العقد مع إبقاء آثاره السابقة بينما البطلان يترتب عليه أن العقد يكون في حكم العدم نتيجة لتخلف ركن واحد فهو بهذا يكون قد خالف ما ذهب إليه فقه الشريعة الإسلامية و فقه القانون .

فالمشرع الجزائري ذهب إلى ما ذهب إليه المالكية من خلال جعل الولي ركن و ذلك بأنه لم يسمح للمرأة أن تبرم العقد بنفسها، و ذهب إلى ما ذهب إليه الحنفية فيما يخص مجانبة ولاية الإجبار و ذلك بجعل سن رشد الزواج لدى الفتاة 18 سنة و في نفس الوقت سلك مسلكا جديدا و بعيدا عما ذهب إليه أصحاب المذاهب الأربعة و ذلك بجعل الولي يتولى تزويج من

في ولايته و في نفس الوقت منعه من جبرها على الزواج و أعطى لها الحق في اختيار الزوج الملائم و هذا ما نلمسه من خلال نص المادتين 12 فقرة 1 و 13 حيث جاء في الأولى أنه " لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان أصلح لها و إذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون " و نصت المادة 13 " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج و لا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها.

- بالرجوع إلى المادة 12 فقرة 2 من قانون الأسرة التي تنص على أن " غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت " نلاحظ أن المشرع الجزائري في هذه الفقرة وضع استثناء الفقرة الأولى من المادة 12 يتمثل في عدم إمكانية منع الأب من في ولايته من الزواج وتدخله في الوقت المناسب لمنعها من الزواج من شخص ليس فيه مصلحة لها و هو ما ذهب إليه الحنفية غير أن المشرع الجزائري لم يأخذ برأي الأحناف على إطلاقه ذلك أنهم قيدوا تدخل الولي بشرطين هما الكفاءة و ألا يكون المهر أقل من مهر المثل على عكس

المشرع الجزائري الذي ترك الباب مفتوح لتدخل الولي و تقييد حرية البنت في اختيار زوجها

بنصه على أن يكون المنع في مصلحة البنت و لم يحدد الحالات التي تقتضي تدخله.

3- بالنسبة لمشروع التعديل المقترح

إن موقف أصحاب مشروع التعديل يبرز من خلال استقراء المادة 10 التي تعدل المادة

11 من قانون 84 – 11 التي جاء فيها ما يلي " الولاية حق المرأة الراشدة تمارسه بنفسها أو

تفوضه لأبيها أو لأحد أقاربها.

مع مراعاة أحكام الفقرة 2 من المادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القاصر وليه و هو الأب

فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له " .

الفصل الثالث : تعريف الطلاق و مشروعيته

يُعتبر الطلاق نظامًا شرعيًا وقانونيًا يهدف إلى وضع حدّ للرابطة الزوجية القائمة بين الزوجين عند استحالة استمرارها وتحقيق مقاصدها، وقد عرّفه الفقهاء بأنه حلّ عقد الزواج الصحيح وإنهاء ما يترتب عليه من آثار في الحال أو المآل، ويتم ذلك من خلال تصرف لفظي أو حكمي يصدر عن الزوج أو من ينوب عنه في حدود الضوابط التي رسمها الشرع. وقد جاء تشريع الطلاق في الإسلام باعتباره ضرورة اجتماعية تضمن رفع الحرج والضرر عن الزوجين، عند تعذّر تحقيق السكينة والمودة والرحمة التي جعلها الله أساسًا للعلاقة الزوجية، فكان الطلاق وسيلة أخيرة تحفظ للإنسان كرامته وللأسرة استقرارها، دون إجبار أحد الطرفين على حياة لا تُطاق.

المبحث الأول : تعريف الطلاق

يُعدّ الطلاق وسيلة لإنهاء الرابطة الزوجية عند تعذّر استمرار الحياة الزوجية وتحقيق مقاصدها القائمة على المعاشرة بالمعروف وأداء كلٍّ من الزوجين لحقوق الآخر. وقد أقرت به مختلف الشرائع السماوية كحلّ استثنائي عند استحالة دوام العشرة. ومن ثمّ، فإن تناول موضوع الطلاق يقتضي بادئ ذي بدء الوقوف عند تعريفه في الفقه الإسلامي باعتباره المرجع الأصلي لأحكامه، ثم الانتقال إلى تعريفه في قانون الأسرة الجزائري قصد بيان موقف المشرّع وتنزيله للأحكام الشرعية ضمن الإطار القانوني المنظّم للعلاقات الزوجية.

المطلب الأول: التعريف اللغوي

الطلاق لغة : حل القيد و الإطلاق و منه ناقة طالق : أي مرسلة بلا قيد ، و أسير مطلق ، أي حل قيده و خلي عنه [1] .

كذلك الطلاق : مأخوذ من الإطلاق و هو الإرسال و الترك ؛ إذ نقول : أطلقت الأسير إذا حللت قيده و أرسلته[1] .

---

[1] – وهبة الزحيلي :الفقه الإسلامي و أدلته . الجزء السابع ، دار الفكر بيروت . سنة الطبع 1992 ص 356 .

لأحكامه، ثم الانتقال إلى تعريفه في قانون الأسرة الجزائري قصد بيان موقف المشرّع وتنزيله

للأحكام الشرعية ضمن الإطار القانوني المنظّم للعلاقات الزوجية.

المطلب الأول: التعريف اللغوي

الطلاق لغة : حل القيد و الإطلاق و منه ناقة طالق : أي مرسلة بلا قيد ، و أسير مطلق ،

أي حل قيده و خلي عنه [1] .

كذلك الطلاق : مأخوذ من الإطلاق و هو الإرسال و الترك ؛ إذ نقول : أطلقت الأسير إذا

حللت قيده و أرسلته[2] .

المطلب الثاني : التعريف الفقهي

تعددت التعاريف التي تناولها الفقهاء لمفهوم الطلاق من حيث الصياغة والدقة، غير أنها اتفقت

جميعًا فى جوهرها على أنّ الطلاق هو حلّ الرابطة الزوجية وإنهاء العلاقة القائمة بين

الزوجين .وقد عُرِّف الطلاق في المذاهب الفقهية الأربعة بصيغ مختلفة متقاربة المعنى، إذ

---

[1] – وهبة الزحيلي :الفقه الإسلامي و أدلته . الجزء السابع ، دار الفكر بيروت . سنة الطبع 1992 ص 356 .

[2] السيد سابق ،مرجع سابق، ص 215 .

اعتبر الفقه الحنفي أنّ الطلاق هو رفع قيد الزواج بلفظٍ يقع من الزوج، وعرّفه الفقه المالكي بأنه

حل لعقد النكاح بلفظ صريح أو كناية وفق الضوابط الشرعية، بينما يرى الفقه الشافعي أنّ

الطلاق رفع للنكاح القائم أو إزالته بلفظ يدل عليه، كما يعرّفه الفقه الحنبلي بأنه حل لعقد الزواج

بعبارة مخصوصة تصدر ممن يملك إيقاعه.

وبذلك يظهر أنّ جميع المذاهب تتفق على أنّ الطلاق هو تفريقٌ شرعي للرابطة الزوجية عند

تعذّر دوامها وتحقيق مقاصدها، وإن اختلفت في بعض الجزئيات المرتبطة بأحكامه وإجراءاته.

الفرع الأول: المذهب المالكي

تعددت التعاريف التي تناولها الفقهاء لمفهوم الطلاق من حيث الصياغة والدقة، غير أنها اتفقت

جميعًا فى جوهرها على أنّ الطلاق هو حلّ الرابطة الزوجية وإنهاء العلاقة القائمة بين

الزوجين .وقد عُرِّف الطلاق في المذاهب الفقهية الأربعة بصيغ مختلفة متقاربة المعنى، إذ

اعتبر الفقه الحنفي أنّ الطلاق هو رفع قيد الزواج بلفظٍ يقع من الزوج، وعرّفه الفقه المالكي بأنه

حل لعقد النكاح بلفظ صريح أو كناية وفق الضوابط الشرعية، بينما يرى الفقه الشافعي أنّ الطلاق رفع للنكاح القائم أو إزالته بلفظ يدل عليه، كما يعرّفه الفقه الحنبلي بأنه حل لعقد الزواج بعبارة مخصوصة تصدر ممن يملك إيقاعه.

وبذلك يظهر أنّ جميع المذاهب تتفق على أنّ الطلاق هو تفريقٌ شرعي للرابطة الزوجية عند تعذّر دوامها وتحقيق مقاصدها، وإن اختلفت في بعض الجزئيات المرتبطة بأحكامه وإجراءاته[1].

وإجراءاته[1].

الفرع الثاني: المذهب الحنفي

جاء المذهب الحنفي في تعريفه لطلاق بأنه رفع قيد النكاح في الحال و في المآل بلفظ مخصوص . فحل الرابطة الزوجية في الحال يكون في الطلاق البائن و في المآل يكون بعد

[1]محمد بن محمد بن حماد بن عرفة الورغمي، المختصر الفقهي لابن عرفة، تحقيق حافظ عبد الرحمن محمد خير، الطبعة الأولى، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، 1435هـ/2014م، في 10 أجزاء .

العدة ، أي بالطلاق الرجعي و اللفظ المخصوص ، هو الصريح كلفظ الطلاق و الكناية ، كلفظ

البائن و الحرام و الإطلاق و نحوها و يقوم مقام اللفظ ، الكتابة و الإشارة المفهمة[1] .

الفرع الثالث: المذهب الشافعي

عرف الشافعية الطلاق بأنه : "حل عقد النكاح بلفظ الطلاق"[2]

الفرع الرابع: المذهب الحنبلي

اختلفت تعاريف الطلاق لدى الفقهاء من حيث الأسلوب والصياغة، غير أنها اتفقت جميعًا على كونه وسيلة لإنهاء الرابطة الزوجية القائمة بين الزوجين. فقد عرفه عدد من فقهاء الشريعة بأنه حلّ قيد النكاح أو جزء منه، وهو ما يؤكد أن الطلاق يُنهي آثار الزواج كليًا أو يخفّف منها بحسب نوعه. كما ورد عند ابن قدامة أنّ الطلاق هو حلّ قيد النكاح، في تعريف يجمع بين الاختصار والدقة من حيث بيان الهدف النهائي للطلاق.

أما بعض الفقهاء المعاصرين فقد وسّعوا دائرة التعريف من خلال ربطه بوسائل التعبير عنه

---

[1] – موقع :www.zawaj.com/talaq

[2] – محيقني عبد القادر : الطلاق و آثاره ، مذكرة تخرج ، السنة 1998 .

وآثاره، فاعتبروا الطلاق تصرفًا شرعيًا يصدر من الزوج، يُقصد به إنهاء الزواج الصحيح بلفظ صريح أو بما يقوم مقامه من دلالة أو إشارة، وينتج عنه زوال العلاقة الزوجية في الحال أو في المآل.[1].

المطلب الثالث: التعريف القانوني للطلاق

لقد اهتم المشرع الجزائري بالطلاق و أقر بأن الزواج ينحل إما بالطلاق و إما بالوفاة . كما عالج مسألة الطلاق في الفصل الأول من الباب الثاني و عرف الطلاق وفقا للمادة 48 من قانون الأسرة[2] فقال : "الطلاق هو حل عقد الزواج و يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53و 54 من هذا القانون".

وقد استعمل المشرّع الجزائري مصطلح "حلّ" في تعريفه للطلاق، بما يفيد مبدئيًا المساواة بين الزوجين في إمكانية إنهاء الرابطة الزوجية، طالما أن الزواج ينشئ التزامات متبادلة بين الطرفين وفق المادة 36 من قانون الأسرة. ويُفهم من لفظ "حلّ" أن انتهاء العلاقة الزوجية

---

[1] بدران أبو العينين بدران

[2]:قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة ، الديوان الوطني للأشغال التربوية سنة الطبع 1999.

يترتب عليه زوال آثار العقد، الأمر الذي يجعل إنهاء الزواج ممكنًا سواء بالإرادة المنفردة أو بالتراضي أو بحكم القضاء. غير أن هذا الحلّ لا ينتج آثاره القانونية إلا إذا تمّ أمام جهة قضائية مختصة، من خلال دعوى تُرفع عادة من الزوج مرفقة بالأسباب المبرّرة لطلب الطلاق، فلا يُعتدّ به قانونًا خارج رقابة القضاء وإشرافه[1] .

المبحث الثاني : مشروعية الطلاق و الحكمة منه

تظهر مشروعية الطلاق الدينية في الكتب و السنة و الإجماع أما المشروعية في القانون الوضعي فتتجلى من خلال نص المشرع الجزائري عليه و وضع إجراءات خاصة به .

المطلب الأول : المشروعية الدينية

[1] سعد عبد العزيز : مرجع سابق، ص،243 .

استمد الفقهاء الدليل على مشروعية الطلاق من الكتاب و السنة و الإجماع .فمن الكتاب قوله تعالى : "الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"[1] و كذلك قوله "يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن"[2] . و قوله أيضا :"فلا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن"[3].

كما يستمد الطلاق مشروعيته الدينية من السنة النبوية الشريفة عن طريق الأحاديث النبوية الشريفة الواردة في مسألة الطلاق كقوله صلى الله عليه و سلم :"إنما الطلاق لمن أخذ بالساق"[4]و قوله أيضا:"أبغض الحلال إلى الله الطلاق"[5] .

المطلب الثاني : المشروعية القانونية

---

[1] – سورة البقرة الآية:229 .

[2] – سورة الطلاق الآية :01

[3] –سورة البقرة الآية :236.

[4] – رواه ابن ماجة و الدار قطني عن ابن عباس .

[5] – رواه أبو داوود و ابن ماجة بإسناد صحيح عن ابن عمر .

غير خفي أن الطلاق هو طريقة من طرق انحلال الرابطة الزوجية و هي طريقة تظهر في رغبة الزوج في طلاق زوجته لسبب من الأسباب الشخصية أو الشرعية أو الاجتماعية[1] .حيث نجد أن المشرع الجزائري عرفه في المادة 48 من قانون الأسرة كما أنه عمل على وضع نصوص خاصة لتنظيم الطلاق. و من هنا يتضح لنا أن للطلاق مشروعية قانونية. إذ نجد أن هناك أسبا عامة و قانونية للطلاق[2] .فمن أسباب الطلاق العامة نذكر انحلال عقد الزواج بوفاة بوفاة أحد الزوجين أو بالطلاق أو بالتطليق أو بالخلع.

أما الأسباب القانونية فإنه يمكن حصرها في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج (المادة 48 من قانون الأسرة) و الطلاق بالتراضي و الطلاق بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من قانون الأسرة .و كذلك المخالعة و الطلاق بالتراضي بين الزوجين على مال تدفعه الزوجة لقاء خسارته بالطلاق (المادة 54).

المطلب الثالث: الحكمة من مشروعية الطلاق

---

[1] العربي بلحاج ، مرجع سابق ص207.

[2] عبد العزيز سعد ،مرجع سابق ص 243.

خاتمة:

ختامًا، يُعدّ قانون الأسرة في الجزائر الإطار التشريعي الذي ينظم الروابط الأسرية وفق أحكام الشريعة الإسلامية ومقتضيات الواقع الاجتماعي. فالخطبة، وإن كانت مرحلة تمهيدية لا ترتب آثار الزواج، إلا أنها تُعد بوابة أساسية للتعارف المشروع بين العائلتين وتوطيد النية نحو تكوين أسرة. أمّا الزواج فهو عقد شرعي تقوم عليه الأسرة باعتبارها الخلية الأولى للمجتمع، وله من القدسية ما يجعله يقوم على الرضا والمودة والمسؤولية المتبادلة بين الزوجين، تحت رقابة القانون حمايةً للحقوق وصونًا للمصالح.

وفي المقابل، شرّع المشرّع الطلاق باعتباره حلًا استثنائيًا لإنهاء الرابطة الزوجية عند استحالة استمرارها، مع الحرص على تقليل آثاره السلبية على الزوجين والأطفال، فقيّد إجراءاته وألزم بضمانات تحقق التوازن بين حقوق الطرفين وتضمن الحفاظ على الروابط الأسرية قدر الإمكان.

وبذلك، يتضح أن قانون الأسرة يسعى إلى تحقيق معادلة دقيقة بين الحفاظ على استقرار الأسرة واحترام إرادة الأفراد وحقوقهم، في ظل تطور المجتمع وتغير حاجاته. وتبقى الحاجة قائمة إلى

مواصلة تطوير النصوص القانونية والاجتهاد القضائي بما يكفل حماية الأسرة باعتبارها نواة

المجتمع وركيزته الأساسية.

قائمة المراجع و المصادر

- القرأن الكريم

معجم لسان العرب – لابن منظور –

- بلقاسم شتوان، الخطبة و الزواج في الفقه المالكي، دار الفجر للطباعة والنشر، سنة 2007.

- محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة الجزء الأول، الخطبة و الزواج الطبعة الثانية، شهاب سنة 1994.

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

- حسين ناصر، حقوق المرأة في التشريع الإسلامي و الدولي المقارن، دار الثقافة و النشر، الإسكندرية.

-بلحاج العربي, الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري, الجزء 1، الزواج و الطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1999.

- الدكتور السرطاوي, شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني, القسم الأول, عقد الزواج و آثاره, دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع عمان, سنة 1999 .

-الإمام محمد أبو زهرة, محاضرات في عقد الزواج, دار الفكر العربي, القاهرة,

- د/ رمضان السيرنباظي و د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي و القانون و القضاء دراسة مقارنة لأحوال الشخصية في مصر و لبنان، منشورات دار الحلبي الحقوقية،

- ابن ماجة، سنن ابن ماجة كتاب النكاح، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى باب تزويج ذات الدين، الرياض.

- النسائي، سنن النسائي، كتاب نكاح المرأة الصالحة، مكتبة المعارف للنشر و التوزيع، الرياض.

- ابن حجر الهيثمي، الإفصاح تحقيق محمد شكور ج1 ، دار عمار، الأردن.

- أبو داود صحيح سنن المصطفي كتاب النكاح دار الكتاب العربي لبنان باب في تزويج الأبكار .

-محمد الصالح العياري, مذاكرات و بحوث قانونية, مؤسسات عبد الكريم بن عبد الله، تونس, الطبعة الأولى.

- التاودي, شرح وجيز على رجز الإمام محمد بن عاصم مخطوط.

- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون أسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر سنة 1996.

- حسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر 2006.

- سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر 1996.

- فتحي الدريني، دراسات و بحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، المجلد الثاني، الطبعة الأول، دار تقية للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت سنة 1988.

- أبو السعود رمضان، الوجيز في شرح أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، دار المطبوعات الجامعية، سنة 1997.

-عبد الرحمان الصابوني، شرح الأحوال الشخصية السوري الزواج و آثاره الجزء الأول، مطبعة دمشق سنة 1971.

- جبر محمود الفضيلات، بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه و القانون.

- الأستاذ بن شويخ، محاضرات في الأسرة، جامعة بومرداس، سنة 2004.

- محمد مصطفي شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة، دار النهضة العربية طبعة 2، بيروت، سنة 1977،

- زهدي يكن، الزواج و مقارنته بقوانين العالم، منشورات المكتبة العصرية، بيروت،

_ جمعة سمحان الهلباوي : الأهلية و عوارضها (عين مليلة : دار الهدى للطباعة و النشر 1993)،

_ بلحاج العربي : الوجيز في شرح قانون الأسرة (طبعة 1999 ،الجزائر :ديوان المطبوعات الجامعية) الجزء الأول،ص 60 .

_قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة ، الديوان الوطني للأشغال التربوية سنة الطبع 1999.

- العربي بلحاج :الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري . الجزء الأول ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر .طبعة1999 ص208 .

-الإمام محمد أبو زهرة : الأحوال الشخصية . دار الفكر العربي ، القاهرة . الطبعة الثالثة 1957، ص280.

-عن أبي هريرة: المرجع : الإمام مسلم النيسابوري : الجامع الصحيح ، الجزءالسابع منشورات دار الآفاق الجديدة -بيروت 1334 هجرية .ص178.

الفـــهرس

مقدمة	1
الفصل الأول : ماهية الخطبة	4
المبحث الأول: مضمون الخطبة	5
المطلب الأول: تعريف الخطبة و أنواعها	5
أنواع الخطبة	7
الخطبة بطريق التصريح	8
الخطبة بطريق التعريض	8
المطلب الثاني: شروط صحة الخطبة	9
الشرط الأول: أن لا تكون المرأة محرمة على الخاطب	10
الحرمة المؤبدة	10
الحرمة المؤقتة	10
الشرط الثاني: أن لا تكون مخطوبة للغير	14
المطلب الثالث: آداب الخطبة	14
الفرع الأول: مستحبات الخطبة	15
أولا: أن تكون المخطوبة ذات دين	16
ثانيا: أن تكون المخطوبة حسن الخلق	16
ثالثا: أن تكون المخطوبة ذات جمال	16

رابعا: أن تكون ذات نسب 17

خامسا: أن تكون المخطوبة و لودا 18

الفرع الثاني: النظر الى المخطوبة 18

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة 19

المطلب الأول: الخطبة وعد بالزواج 20

المطلب الثاني : اقتران الخطبة بالفاتحة 22

الفرع الأول: مفهوم الفاتحة 23

أولا: حكمها في ضل القانون القديم 23

ثانيا: اقتران الخطبة بالفاتحة في ضل القانون الحالي 24

الفرع الثاني: اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد 25

أولا: الركن المعنوي 26

ثانيا: مجلس العقد الحقيقي 26

ثالثا: مجلس العقد الحكمي 27

رابعا: صيغة التعاقد 27

طرفي مجلس العقد 28

توافر ركن الرضا 29

الفرع الثالث: توافر شروط الزواج المنصوص في الماد 9 مكرر 31

أولا: أهلية الزواج 31

ثانيا: الصداق 32

ثالثا: الولي 33

رابعا: الشاهدان 34

خامسا: انعدام الموانع الشرعية للزواج 35

المبحث الثالث: أسباب إنقضاء الخطبة 36

المطلب الأول: إنقضاء الخطبة بالزواج 37

المطلب الثاني: إنقضاء الخطبة بالعدول 38

الفرع الأول :العدول بالإرادة المنفردة 40

الفرع الثاني: العدول بالإرادة المشتركة للخطيبين 40

أولا: العدول الضمني 41

ثاني: العدول الصريح 41

المطلب الثالث: إنقضاء الخطبة بوفاة أحد الخطيبين 44

المبحث الرابع: الآثار المترتبة عن إنقضاء الخطبة 48

المطلب الأول: حكم الهدايا المقدمة في فترة الخطوبة 49

الفرع الأول:المذهب الشافعي 49

الفرع الثاني: المذهب الحنبلي 50

الفرع الثالث: المذهب الحنفي 50

الفرع الرابع:المذهب المالكي 51

المطلب الثاني: حكم المهر المقدم في فترة الخطوبة 54
المطلب الثالث: حكم التعويض المترتب عن العدول من الخطبة 55
الفرع الأول:الآراء الفقهية 56
أولا : الأضرار المادية 57
ثانيا: الأضرار المعنوية 59
الفصل الثاني : أركان عقد الزواج و شروطه 60
المبحث الأول : أهلية الزواج 60
المطلب الأول: تعريف أهلية الزواج و موقف الفقه منها 61
الفرع الأول: أهلية وجوب 62
الفرع الثاني :أهلية أداء 62
الفرع الثالث: أهلية الزواج في قانون الأسرة 64
الفرع الرابع أهلية الزواج في التعديلات المقترحة 67
المطلب الثاني : تعدد الزوجات 68
الفرع الأول: تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية و الشرائع الأخرى و القوانين المقارنة 69
أولا: التعدد في الشريعة الإسلامية 70
شروط التعدد 71
حصر العدد بأربع زوجات فقط 71
حكمة تعدد الزوجات 73

حق المرأة في مقابل التعدد 73

التعدد في الشرائع الأخرى و القوانين المقارنة 74

المطلب الثالث : الولي 77

الفرع الأول : تعِريف الولاية 78

أولا: لغة 79

ثانيا: أنواع الولاية 80

الفصل الثالث : تعريف الطلاق و مشروعيته 88

المبحث الأول : تعريف الطلاق 89

المطلب الأول: التعريف اللغوي 89

المطلب الثاني : التعريف الفقهي 90

الفرع الأول:المذهب المالكي 91

الفرع الثاني: المذهب الحنفي 92

الفرع الثالث المذهب الشافعي 92

الفرع الرابع المذهب الحنبلي 92

المطلب الثالث: التعريف القانوني للطلاق 93

المبحث الثاني : مشروعية الطلاق و الحكمة منه 94

المطلب الأول : المشروعية الدينية 95

المطلب الثاني : المشروعية القانونية 96

المطلب الثالث: الحكمة من مشروعية الطلاق 97

خاتمة 98

قائمة المراجع و المصادر 100

الفـــهرس

مقدمة	1
الفصل الأول : ماهية الخطبة	4
المبحث الأول: مضمون الخطبة	5
المطلب الأول: تعريف الخطبة و أنواعها	5
أنواع الخطبة	7
الخطبة بطريق التصريح	8
الخطبة بطريق التعريض	8
المطلب الثاني: شروط صحة الخطبة	9
الشرط الأول: أن لا تكون المرأة محرمة على الخاطب	10
الحرمة المؤبدة	10
الحرمة المؤقتة	10
الشرط الثاني: أن لا تكون مخطوبة للغير	14
المطلب الثالث: آداب الخطبة	14
الفرع الأول: مستحبات الخطبة	15
أولا: أن تكون المخطوبة ذات دين	16
ثانيا: أن تكون المخطوبة حسن الخلق	16
ثالثا: أن تكون المخطوبة ذات جمال	16

رابعا: أن تكون ذات نسب 17

خامسا: أن تكون المخطوبة و لودا 18

الفرع الثاني: النظر الى المخطوبة 18

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة 19

المطلب الأول: الخطبة وعد بالزواج 20

المطلب الثاني : اقتران الخطبة بالفاتحة 22

الفرع الأول: مفهوم الفاتحة 23

أولا: حكمها في ضل القانون القديم 23

ثانيا: اقتران الخطبة بالفاتحة في ضل القانون الحالي 24

الفرع الثاني: اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد 25

أولا: الركن المعنوي 26

ثانيا: مجلس العقد الحقيقي 26

ثالثا: مجلس العقد الحكمي 27

رابعا: صيغة التعاقد 27

طرفي مجلس العقد 28

توافر ركن الرضا 29

الفرع الثالث: توافر شروط الزواج المنصوص في الماد 9 مكرر 31

أولا: أهلية الزواج 31

ثانيا: الصداق 32

ثالثا: الولي 33

رابعا: الشاهدان 34

خامسا: انعدام الموانع الشرعية للزواج 35

المبحث الثالث: أسباب إنقضاء الخطبة 36

المطلب الأول: إنقضاء الخطبة بالزواج 37

المطلب الثاني: إنقضاء الخطبة بالعدول 38

الفرع الأول :العدول بالإرادة المنفردة 40

الفرع الثاني: العدول بالإرادة المشتركة للخطيبين 40

أولا: العدول الضمني 41

ثاني: العدول الصريح 41

المطلب الثالث: إنقضاء الخطبة بوفاة أحد الخطيبين 44

المبحث الرابع: الآثار المترتبة عن إنقضاء الخطبة 48

المطلب الأول: حكم الهدايا المقدمة في فترة الخطوبة 49

الفرع الأول:المذهب الشافعي 49

الفرع الثاني: المذهب الحنبلي 50

الفرع الثالث: المذهب الحنفي 50

الفرع الرابع:المذهب المالكي 51

المطلب الثاني: حكم المهر المقدم في فترة الخطوبة 54

المطلب الثالث: حكم التعويض المترتب عن العدول من الخطبة 55

الفرع الأول:الآراء الفقهية 56

أولا : الأضرار المادية 57

ثانيا: الأضرار المعنوية 59

الفصل الثاني : أركان عقد الزواج و شروطه 60

المبحث الأول : أهلية الزواج 60

المطلب الأول: تعريف أهلية الزواج و موقف الفقه منها 61

الفرع الأول: أهلية وجوب 62

الفرع الثاني :أهلية أداء 62

الفرع الثالث: أهلية الزواج في قانون الأسرة 64

الفرع الرابع أهلية الزواج في التعديلات المقترحة 67

المطلب الثاني : تعدد الزوجات 68

الفرع الأول: تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية و الشرائع الأخرى و القوانين المقارنة 69

أولا: التعدد في الشريعة الإسلامية 70

شروط التعدد 71

حصر العدد بأربع زوجات فقط 71

حكمة تعدد الزوجات 73

حق المرأة في مقابل التعدد 73

التعدد في الشرائع الأخرى و القوانين المقارنة 74

المطلب الثالث : الولي 77

الفرع الأول : تعِريف الولاية 78

أولا: لغة 79

ثانيا: أنواع الولاية 80

الفصل الثالث : تعريف الطلاق و مشروعيته 88

المبحث الأول : تعريف الطلاق 89

المطلب الأول: التعريف اللغوي 89

المطلب الثاني : التعريف الفقهي 90

الفرع الأول:المذهب المالكي 91

الفرع الثاني: المذهب الحنفي 92

الفرع الثالث المذهب الشافعي 92

الفرع الرابع المذهب الحنبلي 92

المطلب الثالث: التعريف القانوني للطلاق 93

المبحث الثاني : مشروعية الطلاق و الحكمة منه 94

المطلب الأول : المشروعية الدينية 95

المطلب الثاني : المشروعية القانونية 96

المطلب الثالث: الحكمة من مشروعية الطلاق 97

خاتمة 98

قائمة المراجع و المصادر 100