الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة منتوري قسنطينة
كلية الحقوق و العلوم السياسية



دروس في مقياس قانون الأسرة الجزائرية

على ضوء التعديلات المدخلة عليه بموجب الأمر التشريعي 02/05 الصادر بتاريخ 2005/02/27

إعداد الأستاذ: مرمول موسى

جامعة منتوري قسنطينة

لمحة تاريخية عن التنظيم القضائي في مجال الأحوال الشخصية كمدخل لدراسة قانون الأسرة

لقد مر التنظيم القضائي في مجال الأحوال الشخصية في الجزائر بمراحل :

أولا : مرحلة ما قبل عام 1830

لقد كان التنظيم القضائي في مجال الأحوال الشخصية في الجزائر قبل الإحتلال الفرنسي عام 1830، مثله مثل التنظيم القضائي في مختلف البلاد العربية والإسلامية يخضع في معظمه إلى قواعد الشريعة الإسلامية في أصوله وفي نظام إجراءاته[1]، أي أن الأسرة الجزائرية قبل الإحتلال الفرنسي لبلادنا كانت خاضعة لأحكام وقواعد الشريعة الإسلامية، وللمعاملات والأعراف المحلية.

ثانيا : مرحلة ما بعد 1830

لما دخلت الجزائر في ظل الإستعمار الفرنسي واستوطنها عدد كبير من المدنيين والعسكريين من أجناس أوربية مختلفة ومتنوعة، أصبحت الجزائر تحتضن خليطا من أجناس مجتمعين متنافرين في معتقداتهم متعادين في سياستهم دون أن يندمج أحدهما في الآخر أو يقبل به، مما أثر ذلك على النظام القضائي بصفة عامة، وفي مجال الأحوال الشخصية بصفة خاصة، مما أدى بالمستعمر إلى محاولة طمس معالم النظام القضائي الإسلامي الذي كان قائما قبل مجيئه، ومحاولة دمج نظريات الفقه الإسلامي في النظام القضائي الفرنسي، خدمة للأغراض الإستعمارية. إلا أن جميع محاولات المستعمر في هذا المجال باءت بالفشل، مما أضطره إلى ترك الجزائريين وشأنهم يطبقون قواعد الشريعة الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية ومعاملاتهم المدنية، أما فيما يتعلق بالمجالات الأخرى، كالقضاء الجزائري والتجاري والإداري وقواعد الإجراءات المدنية فقد كانت القوانين الفرنسية هي

(1) ــ **عبدالعزيز سعد** : الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 1996، ص 9.

المطبقة في جميع البلاد وعلى جميع الناس دون تمييز، ونتيجة لذلك فقد نشأت في الجزائر في هذه الفترة حالة من الإزدواجية والثنائية في التنظيم القضائي في مجال الأحوال الشخصية.

حيث أصبحت الجزائر تضم محاكم فرنسية، تختص بالفصل في جميع الدعاوى القائمة بين غير الجزائريين، أو بينهم وبين غيرهم من الفرنسيين والأجانب الآخرين، يتولى القضاء فيها قضاة فرنسيون، ويطبقون القانون الفرنسي. بالإضافة إلى محاكم إسلامية تختص بالفصل في جميع قضايا المواطنين الجزائريين المتعلقة بأحوالهم الشخصية، يتولى القضاء في هذه المحاكم التي كانت تسمى " **المحاكم الشرعية الإسلامية** "[1] قضاة جزائريون مسلمون، يطبقون أحكام وقواعد الشريعة الإسلامية، مع الميل كثيرا إلى فقه المذهب المالكي، باعتبار أنه لم يكن يوجد لديهم أي قانون مكتوب يستندون إليه في أحكامهم، كما لاتوجد هناك نصوص شرعية تنظم إجراءات التقاضي، وقد كانت الأحكام التي تصدر عن هذه المحاكم تقبل الطعن بالإستئناف أمام غرفة إستئنافية (غرفة الإستئناف الشرعية) وكانت توجد لدى جهة القضاء الفرنسي، وقد كانت القرارات الصادرة عن هذه الغرفة تخضع لرقابة محكمة النقض الفرنسية.

ثالثا : مرحلة ما بعد 1962 – 1984

لما إستردت الجزائر سيادتها واستقلالها وتحررت من الهيمنة الإستعمارية عمل المشرع على التخلص من الإزدواجية والتبعية القضائية للقوانين الفرنسية وإنشاء جهاز قضائي يتلاءم مع تطلعات الشعب الجزائري وأوضاعه الجديدة.

فكان أن أصدرت القانون رقم 63/218 المؤرخ في 1963/05/18 ليلغي بموجبه ولاية محكمة النقض الفرنسية على القرارات الصادرة عن محاكم الإستئناف

(1) ــ **عبدالعزيز سعد** : المرجع السابق، ص 10.

الشرعية، وأنشأ بدلا عنها المجلس القضائي الجزائري الأعلى. كما صدر المرسوم رقم 63/261 المؤرخ في جويلية 1963 ليلغي بموجبه (المحاكم الشرعية أو الإسلامية) ونقل إختصاصاتها إلى المحاكم العادية، وبالتالي أنشأ المشرع الجزائري الهيكل العام للنظام القضائي الجزائري المبني على ثلاثة أنواع من المحاكم هي : المحاكم الإبتدائية، المحاكم الإبتدائية الكبرى (المجالس القضائية) المجلس القضائي الأعلى (المحكمة العليا).

وبالرغم من المجهودات التي بذلها المشرع من أجل إرساء قواعد دولة عصرية يحكمها ويسودها القانون، والتي أثمرت بظهور قوانين متعددة في شتى مجالات الحياة الإجتماعية والإقتصادية والثقافية وحتى السياسية، فقد صعب أمر إصدار قانون الأسرة الجزائري ينظم حياة العائلة، ويضبط العلاقات القانونية بين الزوجين وبينهما وبين الأبناء، باعتبار أن الحجر الأساسي لبناء المجتمع والدولة هو الأسرة، وظل هذا الوضع قائما طيلة مدة عشرين سنة من الإستقلال، وأصبح موضوع العمل على إصدار قانون للأسرة الجزائرية الجديد محل أخذ ورد ونقاش وحوار إستغرق مدة من الزمن لم يستغرقها أي قانون آخر، إلى أن صدر القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984 يتضمن قانون الأسرة .

رابعا : مرحلة ما بعد عام 1984 إلى 2005

بعد صدور قانون الأحوال الشخصية والذي اطلق عليه المشرع تسمية قانون الأسرة بالرغم من أن ما تضمنه هذا القانون أوسع وأشمل من التسمية التي أطلقت عليه، حيث وردت فيه أحكام ليست مقصورة على الأسرة بل شملت حالة الشخص وترشيده، بالإضافة إلى أحكام المفقود والغائب، والحجر والوصاية والكفالة والهبة، والوصية والوقف، وكلها قواعد وأحكام خاصة بالشخص كفرد لا كعضو في الأسرة، أي بأحواله الشخصية. فقد ظل هذا القانون منذ صدوره

محل نقاشات وآراء متضاربة منها من طالبت بإلغائه، ومنها من طالبت بتعديله. وذلك نظرا لما تضمنته بعض قواعده من نقص وما إشتملته بعض أحكامه من غموض.

وبالرغم من المجهودات التي بذلت من طرف المشتغلين بالقانون لإثرائه وتحليل نصوصه فإن إعادة النظر في هذا القانون، أضحت ضرورة فرضتها الظروف الإجتماعية والإقتصادية والسياسية التي مر بها المجتمع الجزائري. الأمر الذي أدى بالحكومة إلى تشكيل لجنة متكونة من 52 عضوا من علماء الدين والإجتماع، الأطباء ورجال القانون، أسندت إليها مهمة إعادة النظر في قانون الأسرة لسنة 1984، وبناء على الإقتراحات والتوصيات التي تقدمت بها هذه اللجنة فقد تم إصدار القانون رقم 09/05 المؤرخ في 04 ماي 2005 يعدل ويتمم القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

فبعد أن كان قانون الأسرة يتألف من 224 مادة موزعة على أحكام عامة وأربعة كتب، فقد تم إتمامه وتعديله بموجب الأمر المشار إليه أعلاه. فأضيفت إليه مواد جديدة عددها ثمانية وهي :

03 مكرر، 07 مكرر، 08 مكرر1، 08 مكرر2، 09 مكرر، 45 مكرر، 53 مكرر، 57 مكرر. وتم إلغاء خمسة مواد هي : المواد 12، 20، 38، 39، 63.

ودراستنا لمقياس قانون الأسرة تنقسم إلى قسمين هما :

- القسم الأول : الزواج وانحلاله
- القسم الثاني : التركات والمواريث

القسم الأول

الـــزواج وانحلالـــــه

الفصل الأول

الخطبـــــــــة

تمهيد

إن الخطبة تمثل في تقاليدنا إجراءا أوليا وتمهيديا من الإجراءات التي يقوم بها الخاطب أو أسرته للإتصال بالمخطوبة او أقاربها من أجل التعرف وتبادل الرضـــا والموافقة بين أسرة الخاطب وأسرة المخطوبة بشأن المـــصاهرة التـــزواج وإقامـــة العلاقات الطيبية بينهما.

وقد تضمنت قوانين الأحوال الشخصية في نعظم البلاد العربية والإســـلامية نصوصا قانونية متعلقة بالخطبة وبطبيعتها وآثار العدول عنها، بما فيهـــا قـــانون الأسرة الجزائري، لذلم فإن دراسة الخطبة في قانون الأســـرة تـــستوجب أولا : تعريفها، والعدول عنها، وآثاره، وما يمكن أن ينتج عن العدول من آثار، وأخيرا علاقة الخطبة بالفاتحة واقترانها .

المبحث الأول

مفهوم الخطبة وطبيعتها القانونية

المطلب الأول

تعريف الخطبة

الفرع الأول : التعريف اللغوي

الخطبة بضم الخاء، تعني الكلام المثور الذي يخاطب به متكلم فصيح جمعا من الناس لإمتناعهم.

أما الخطبة بكسر الخاء، فهي طلب النكاح والزواج .

الفرع الثاني : التعريف الإصطلاحي

لقد عُرفت الخطبة عدة تعريفات تكاد تكون مماثلة منها قولهم : الخطبة هي طلب المرأة للزواج، أو هي طلب التزويج والوعد به[1]. أو هي طلب المرأة للزواج منها بالوسيلة المتعارف عليها بين الناس، كما عرفت بأنها : إلتماس التزويج والمحاولة عليه، وعرفها آخرون بأنها طلب الرجل التزويج بالمرأة وزاد البعض بأن تكون خالية من الموانع.

وقال آخرون أنها هي إظهار الرجل رغبته في التزويج بإمرأة يحل له التزويج بها وعرفها آخرون بأنها ، عقد النية بين طالبي الزواج أو المخطوبين على أن يجتازا معا تجربة شخصية خلال فترة تسبق الزواج فيتخبر كل منهكما الآخر تمهيدا للزواج به والتجهيز خلالها لتأسيس العائلة التي تتطلبها أحكام الزواج.

---

(1) ــ **عبدالعزيز سعد** : المرجع السابق، ص 34.

والناظر إلى كل تعريفات الخطبة يجد أنها جميعا تتكلم عن تقدم الرجل وطلبه يد المرأة قصد الزواج بها، بينما حقيقة ذلك التقدم أو الطلب شرعا قد يكون من الرجل، كما قد يكون من المرأة.

المطلب الثاني

تكييف الخطبة وتحديد طبيعتها القانونية

التكييف هو إعطاء الوصف القانوني للتصرف أو العلاقة من أجل معرفة القانون الواجب التطبيق، ولقد إنقسم فقهاء القانون الوضعي حول تكييف الخطبة كمرحلة تمهيدية للزواج، وتحديد طبيتها القانونية، وقد جاءت آرائهم على النحو التالي :

الفرع الأول : أصحاب النظرية العقدية

لقد ذهب أصحاب هذا الرأي إلى إصباغ الخطبة بالصبغة العقدية، حيث يرى أصحاب هذا الرأي أن الموافقة والرضا بين الخطيبين وما يدور بينهما من إيجاب وقبول يعتبر من قبيل العقد، حيث عرف بعضهم الخطبة بأنها : عقد علني ذو صبغة دينية يتبادل فيه رجل وإمرأة الوعد بالزواج في المستقبل، ويعتمد أصحاب هذا الرأي على أساسين :

1 ـ الأساس التاريخي

إعتمد أصحاب هذا الرأي على أساس أن الخطبة تعبير تقليدي قديم تعود جذوره إلى ما قبل القانون الروماني[1]، ومن نظر إلى هذا العهد بصفة خاصة يجد أن قانونه جعل الزواج على مرحلتين :

(1) ـ **محمد محدة** : الخطبة والزواج ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية، سنة 2000، ص 34.

الأولى : مرحلة الخطبة ويتم فيها تبادل الرضا والإتفاق التام بشأن الزواج وتحديد كل الشروط والأركان ومن ثم فهي نتيجة لتلك الإتفاقات والشروط صارت بمثابة العقد، الذي يلتزم بمقتضاه الطرفان على تنفيذ ما تم الإتفاق عليه ويحق لكل منهما مطالبة الطرف الآخر إتمام الزواج، ومطالبته بالتعويض عما يحدث له من ضرر في حالة العدول.

الثانية : مرحلة الزواج، وكنتيجة لما تم الإتفاق عليه أثناء الخطبة لم يبق لمرحلة الزواج سوى عملية البناء وانتقال الزوجة إلى بيت الزوجية بغية الإستقرار وتحقيق ما تم الإتفاق عليه أثناء الخطبة تحقيقيا فعليا وواقعيا.

2 ـ الأساس القانوني

يستدل أصحاب النظرية العقدية للخطبة بالمفهوم العادي للعقد والأركان العامة التي يقوم على أساسها، وذلك في محاولة منهم لإضفاء صفة العقد على الخطبة فيقولون : أن العقد هو عامة إتفاق يلتزم بموجبه شخصان فأكثر للقيام بعمل أو بعدم القيام بأي عمل، ومن تفحص حقا الوعد بالوزواج والمواعدة به يجدهما يستوفيان كل شروط العقد ومتطلباته.

الفرع الثاني : أصحاب النظرية غير العقدية

ويرى أصحاب هذا الرأي أن الخطبة لاترقى إلى مرتبة العقد وإنما هي مجرد وعد بالزواج ليس لها الصيغة الإلزامية ولا القيمة القانونية حيث لاتزيد عن كونها التزاما أدبيا لا غير، وعليه لو أن أحد الطرفين عدل عن الخطبة فإنه بعدوله هذا لايعد خارقا لإتفاق قانوني قائم بينه وبين المعدول عنه، لكون هذا الوعد لا أثر قانوني له[1]. وأساسهم في ذلك :

ـــ أن القانون لم ينص على الخطبة كعقد عند تسميته وتنظيمه للعقود، وبالتالي فلا أثر لها ، فلو أن المشرع قد قصد من ورائها حصول آثار معينة أكثر مما هي عليه لقام بتنظيمها وبيان أحكامها وآثارها، كما هو الحال في العقود.

ـــ إن إضفاء الصفة الإلزامية على الخطبة كمرحلة تمهيدية على الزواج، يعد خرقا لمبدأ حرية الشخص في إختيار شريك حياته دون أدنى إكراه أو ضغط[1].

المطلب الثالث

طبيعة الخطبة في العقد الإسلامي

الخطبة شرعا ليست عقدا بل وعد بالزواج، هذا لاوعد غير ملزم لأي من الطرفين ، إلا أن الخطبة لاتخرج من كونها وعدا بالزواج ولاوعد ليس عقدا، فلا يكون ملزما كلاعقد، فيصبح لكل من الطرفين أن يعدل عنها.

فالخطبة في الشريعة الإسلامية ليست عقدا وإنما هي مجرد وعد بالزواج، وما دام هذا حالها شرعا فهي لاتبيح للشخص ما يبيحه عقد الزواج، لأن الخطبة في حقيقتها ما هي إلى مقدمة فقط للزواج، وحيث أن كل من الخطبة والعقد (الزواج) يختلفان من حيث وجودهما وحكمهما الشرعي، فكان منطقيا أن يختلفا من ناحية الآثار .

المطلب الرابع

طبيعة الخطبة في قانون الأسرة

تنص المادة الخامسة فقرة واحد (1/5) من قانون الأسرة قبل وبعد التعديل :

ـــ قبل التعديل : " **الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنا** ".

ـــ بعد التعديل : "**الخطبة وعد بالزواج. يجوز للطرفين العدول عن الخطبة**".

---

(1) ـــ **محمد محدة** : المرجع السابق ، ص 24 .

يستنتج من هذا النص أن المشرع الجزائري أقر للخطبة الصفة الشرعية من كونها مجرد وعد بالزواج من الطرفين مع أحقية العدول والتراجع عنها من الطرفين.

المبحث الثاني

العدول عن الخطبة وآثاره

ذكرنا أن الخطبة هي مقدمة من مقدمات الزواج ومرحلة تمهيدية له، وليست عقدا ولاترقى إلى مرتبة العقد، وإن كان هناك من يرى إمكانية ذلك لإشتمالها على الإيجاب والقبول وإظهار الرغبة في الإرتباط والإقتران وهذه الأمور من مكونات العقد، إلا أننا نقول أن الخطبة شرعا وقانونا ليست عقدا بل هي مجرد وعد غير ملزم، وإن كان مستحبا الوفاء بالعهود والوعود، وبالتالي يبقى لكل من الخاطب والمخطوبة حق العدول عن الخطبة وعدم الإستمرار فيها، وهذا ما أكدته المادة الخامسة من قانون الأسرة قبل وبعد التعديل. أي ان حقيقة العدول مقررة لكل من الخاطب والمخطوبة دون رجوع إلى الطرف الثاني وطلب رضاه في ذلك العدول لكونه مباحا شرعا وقانونا.

المطلب الأول

آثار العدول عن الخطبة

إذا كان العدول حقا مقررا لكل من الخاطب والمخطوبة بنص القانون، فإن هذا العدول قد يتم بعد أن يكون الخاطب قد دفع المهر كله أو بعضه للمخطوبة لتمكينها من تحضير لوازم الزواج، أو أن يكون الخطيبين تبادلا الهدايا القيمة المتغير منها والثابت والمستهلك، كما قد يكون هذا العدول قد صاحبته أضرار مادية وأخرى معنوية بالمعدول عنه.

فما مصير هذه الأموال ؟ وما مدى التعويض عن هذه الأضرار ؟.

الفرع الأول : آثار العدول عن الخطبة بالنسبة للصداق

النصوص القانونية :

ـــ تنص المادة 15 من قانون الأسرة قبل التعديل على ما يلي :

" **يجب تحديد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا** ".

ـــ تنص المادة 15 بعد التعديل على ما يلي :

" **يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا** ".

في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل "

ـــ تنص المادة 16 من قانون الأسرة على ما يلي :

" **تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول** ".

يستنتج من هذه النصوص أن الصداق من مستلزمات عقد الزواج، وليس الخطبة وما دام العقد لم يتم فإن على الخطيبة أن ترد ما قبضته من صداق ودون بحث عن العادل .

وقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن المهر من مستلزمات العقد وليس الخطبة مما يستوجب رده إلى الخاطب في حالة العدول عن الخطبة بعينه إن كان لازال قائما وقيمته عند إستهلاكه.

ولكن ما الحكم في حالة التصرف في الصداق من طرف المخطوبة قصد تهيئة لوازم الزوج وبيت الزوجية، ويتم العدول عن الخطبة، فمن يتحمل تبعات التصرف في هذا الصداق في مثل هذه الحالة.

لم يتضمن قانون الأسرة نصا ينظم هذه الحالة وكان الأولى بالمشرع أن يضع حلا لها كما فعله بالنسبة للهدايا. والحل الذي يبدو معقولا هو تحميل تبعات التصرف في الصداق لمن كان عادلا، فإن كان الخاطب هو الذي عدل عن

الخطوبة لزمه تسلم الأشياء التي حول إليها مبلغ الصداق وليس له الحق في المطالبة بصداقه كما دفعه، ونفس الحكم ينطبق على الحالة العكسية التي عندما يكـــون العدول من المخطوبة.

الفرع الثاني : آثار العدول عن الخطبة بالنسبة للهدايا

لقد نظم المشرع الجزائري في المادة الخامسة فقرة الثالثة والرابعـــة (3/5، 4) من قانون الأسرة قبل التعديل الهدايا وكيفية إستردادها وأعطاها عناية وتفصيلا، ذلك أن من النفقات التي تتفق بعد الخطبة وقبل العقد ما يكون هاما، وعادة مـــا تؤدي إلى قيام النزاعات بين الأفراد لإحساسهم بأهمية ما دفعوه دون تحقيق الغاية المرجوة في حالة العدول عن الخطبة وفسخها.

فقد نصت المادة الخامسة في فقرتها الثالثة والرابعة قبل التعديل على ما يلي :

" **لايسترد الخاطب شيئا من هداياه إن كان العدول منه.**

وإن كان العدول من المخطوبة فعليها رد مالم يستهلك ".

يستنتج من هذا النص مايلي :

1 ـ إذا تم العدول عن الخطبة من طرف الخاطب فلا أحقية له فيما أهـــداه إلى مخطوبته حتى ولو لم يستهلك، كما لا أحقية له في الإحتفاظ بما أهدي إليه من مخطوبته.

2 ـ إذا تم العدول عن الخطبة من طرف المخطوبة فإنها لاتكون ملزمة بـــرد من الهدايا ما لم يستهلك فقط وقت العدول، أما ما تم إستهلاكه من هذه الهـــدايا فهي غير ملزمة برده.

3 ـ المشرع ربط إسترجاع الهدايا من عدمه بمجرد العدول عن الخطبـــة لا بسبب العدول، ومن الناحية العملية عادة مالا يتم العدول بدون سبب إلا نادرا،

فالغالب أن يقترن العدول بسبب ما، كأن يكتشف أحد الطرفين من أحوال الطرف الآخر ما يدعوه إلى إنهاء الخطبة، كما قد يكون العدول من أحد الطرفين بسبب من الآخر[1].

وبالتالي لايبدو معقولا الإكتفاء بالنظر إلى ما أعلن فسخ الخطبة أولا وإنهائها، وإنما البحث عن سبب العدول، ففي كثير من الحالات نجد الراغب عن الخطبة هو الذي يملي شروط يضطر بها الطرف الآخر إلى الإنسحاب وعدم الإتمام وغالبا ما تكون هذه الشروط مفتعلة قصد الإستئثار بتلك الهدايا المقدمة إليه، واسترجاع ماقدمه إلى الطرف الآخر بعدوله عن الخطبة.

وعليه فقد كانت المادة الخامسة من المواد المقترح تعديلها، وذلك من خلال ربط الحق في إسترجاع الهدايا من عدمه بسبب العدول لا بالعدول ذاته، مع منح القضاء سلطة تحديد ذلك السبب[2]. بالإضافة إلى ضرورة توحيد أسلوب إسترجاع الهدايا بالنسبة إلى الخاطب والمخطوب، وإزالة التفرقة في آثار العدول من طرف الخاطب والمخطوبة على الهدايا التي نضمتها فقرات المادة الخامسة من قانون الأسرة.

المطلب الثاني

التعويض عن الأضرار الناجمة عن العدول

ـ من المقرر شرعا وقانونا، أن لكل من الخطيبين حق العدول عن الخطبة، وأن العدول ذاته لايرتب على أي منهما تعويض، وإنما التعويض يكون نتيجة ما صاحب العدول من أفعال محدثة لأضرار مادية ومعنوية بالعدول عنه.

---

(1) ــ **محمد محدة** : الخطبة والزواج، المرجع السابق ، ص 36 .

(2) ــ المرجع نفسه، ص 46 .

وقد إنقسم الفقهاء عند بيانهم للتعويض عن الأضرار المادية المترتبة عن العدول تبعا لإنقسامهم حول الطبيعة القانونية للخطبة وذلك على النحو التالي :

الرأي الأول : وهو للذين قالوا بأن الخطبة تعتبر عقدا ملزما وهي إن لم تكن عقد زواج كما نص القانون، إلا أنها عقد من نوع خاص لإحتوائها على مقومات العقد، ومادامت كذلك فإن أي إخلال أو ضرر يحدث عن هذا فإنه يكون محل تعويض أساسه ذلك الإلتزام .

الرأي الثاني : وهو للذين قالوا بأن الخطبة ليست عقدا بل هي مجرد وعد، وأصحاب هذا الرأي إنقسموا إلى ثلاث فرق كل له وجهة نظر في مدى إلزامية هذا الوعد، وكيفية التعويض عن الأضرار التي تحصل أثناء أو بسبب الإخلال بهذا الوعد (العدول).

الفريق الأول : يرى أصحابه أن الخطبة وعد بالزواج، وهذا الوعد غير ملزم أصلا ، لا من حيث الوفاء به ولا من حيث التعويض، معتمدين في ذلك على ما يلي :

1 ـ العدول عن الخطبة أمر مباح شرعا، فلا سبيل إلى تحميل الخاطب الذي يعدل مسؤولية عمل مشروع، لأن الفعل متى كان مباحا ومشروعا رفع عن صاحبه الضمان (المسؤولية).

2 ـ إن حق العدول أمر ثابت قانونا لكل من الخاطب والمخطوبة، دون قيد أو شرط، فإن إستعمل الإنسان حقه بعدوله، فلا يعقل أن يطلب منه تعويض ذلك لأن التعويض عقوبة، والعقوبة لاتكون إلا عن فعل خاطئ خالف به صاحبه القانون.

3 ـ إن القول بضرورة التعويض عند العدول عن الخطبة فيه نوع من الإكراه على إتمام الزواج، فقد يقدم كلا الطرفين على إتمام عقد الزواج وهو فيه

غير راغب خوفا من التعويض الذي يلزم به لو فسخ الخطبة. وهذا الإكراه يتنافى مع المبادئ التي يقوم عليها الزواج (المادة 04 من قانون الأسرة).

الفريق الثاني : ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن الخطبة وعد غير ملزم من حيث الوفاء به، ولكن إذا صاحب العدول أفعال أخرى مستقلة ألحقت أضرارا بالعدول عنه، وجب التعويض، ويكون التعويض تطبيقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية عن الأفعال الخاطئة (أي أن التعويض يكون على الأعمال المستقلة تماما عن العدول، ويكون أساس التعويض عنها طبقا للمادة 124 من القانون المدني).

الفريق الثالث : يرى أصحاب هذا الرأي ــ الفريق ــ أن الخطبة وعد غير ملزم ويجوز لأي من الطرفين العدول عنها، ولكن إذا صاحب العدول أضرار سواء نتجت عن العدول في حد ذاته أو بسبب خطأ أو تقصير أو إخلال بواجب الحيطة أثناء ممارسة حق العدول، أو بسبب تصرفات أخرى أجنبية فهي واجبة التعويض، لا على مجرد العدول في حد ذاته لأنه حق، وإنما لأن صاحبه تعسف في إستعمال حقه[1]. وهذا هو الرأي الذي أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة الخامسة الفقرة الثانية من قانون الأسرة.

المطلب الثالث

الأضرار المعنوية الناتجة عن العدول عن الخطبة

الضرر المعنوي هو الضرر الذي لايصيب الشخص في ماله، بل يصيبه في شرفه أو عرضه، كالقذف والسب وما إلى ذلك، مما يمس إعتبار الشخص وكرامته.

(1) ــ **محمد محدة** : الخطبة والزواج، المرجع السابق ، ص 68 .

والأضرار الأدبية ــ المعنوية ــ لم يتطرق إليها فقهاء الشريعة الإسلامية، لكونها ناتجة عن إنحراف الناس في سلوكهم أثناء الخطبة عن المسلك السوي الذي رسمته الشريعة الإسلامية، وإتيان سلوك منهي عنه شرعا، ومن غير المعقول أن تنهى الشريعة الإسلامية عن سلوك ثم تقرر التعويض لم يتضرر منه[1].

كما أن أغلب القوانين العربية إن لم نقل كلها لم تنص عن هذه الأضرار أو التعويض عنها.

المطلب الرابع

إقتران الخطبة بالفاتحة

جاء في نص المادة (6) من قانون الأسرة قبل التعديل ما يلي :

" **يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة.**

تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة الخامسة (5) أعلاه ".

فالمشرع الجزائري بهذا النص قد أخضع الفاتحة لنفس أحكام الخطبة المبينة في المادة الخامسة (5) ، غير أن صياغة هذا النص جاءت غامضة، فالمشرع لم يبين المقصود بمصطلح الفاتحة هذه التي أعطاها حكم الخطبة، وفق ما نص عليه في الفقرة الثانية من هذا النص، وإحالتها إلى المادة الخامسة لبيان إمكانية العدول عنها من كلا الطرفين.

فإذا كانت الفاتحة تتم وفق ما يجري في بعض مناطق الوطن، وذلك من حضور الخاطب أو من ينوب عنه ، وولي المرأة إلى المسجد ومعهم جمع من الأهل والأقارب والأصدقاء ويتم في هذا المحضر (المجلس) التخاطب بين ممثل الرجل وولي المرأة بصيغة الزواج، مع تعيين المهر، وبعده يقرأ الحاضرون الفاتحة ويدعون للزوجين وفق ما جاءت به السنة النبوية الشريفة، فإن كان هذا ما يقصده المشرع الجزائري ــ فإننا نقول ــ أن هذا عقد زواج شرعي مرتب لجميع الآثار (حيث

(1) ــ **محمد مصطفى شلبي** : أحكام الأسرة في الإسلام ، دار النهضة العربية، بيروت ، ص 102 .

يصير به الخاطب زوجا والمخطوبة زوجة، وقد يتم به الدخول بينهما، وإذا توفي أحدهما قبل الدخول ورثه الزوج الآخر، وتعتد المرأة عدة وفاة لو توفي عنها زوجها، ويثبت لها المهر[1].

وإن كان ما يقصده المشرع من مصطلح الفاتحة في نص المادة السادسة (6) غير هذا فإننا لاندري حالها، ونطالب المشرع في كلا الحالتين توضيح هذا النص وتعديله.

المبحث الثالث

أحكام الخطبة في نصوص قانون الأسرة الجديد

لقد تضمنت المادتين الخامسة والسادسة من قانون الأسرة الجديد تنظيم أحكام الخطبة كمرحلة تمهيدية عن إنشاء عقد الزواج، وقد ذهب المشرع من خلال هذين النصين الجديدين إلى إعادة ترتيب أحكام الخطبة وآثار العدول عنها، وكذا توضيح العلاقة بين الخطبة والفاتحة في حالة إقترانهما.

حيث نصت المادة الخامسة على ما يلي : " **الخطبة وعد بالزواج ، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة.**

- إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض.

- لايسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه ، وعليه أن يرد للمخطوبة مالم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.

- وإذا كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته ".

فالمشرع من خلال الفقرة الأولى من هذا النص قد أكد على الطبيعة غير العقدية للخطبة، وأنها لاتعدو أن تكون مجرد وعد بالزواج دون أن يترتب عليها أي التزامات تعاقدية، وأن العدول عنها حق مقرر للطرفين.

---

(1) ــ **محمد محدة** : الخطبة والزواج، المرجع السابق ، ص 60 .

كما ذهب المشرع من خلال الفقرات الثلاثة الأخيرة إلى توضيح آثار العدول عن الخطبة وأحكامها، سواء ماتعلق منها بالأضرار الناشئة عن العدول، أو بالهدايا المتبادلة بين الطرفين.

المطلب الأول

أحقية المعدول عنه في التعويض عن الأضرار

قرر المشرع أحقية المعدول عنه في المطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية أو المعنوية الناشئة عن العدول عن الخطبة، وذلك على أساس القواعد العامة في التعويض، مع الإشارة إلى أن اللجنة ــ لجنة التعديل ــ قد أهملت قضية التعويض عن الضرر المعنوي كون ذلك مرتبط بغياب آلياته في منظومة التشريع الجزائري.

المطلب الثاني

العدول وأثاره بالنسبة للهدايا المتبادلة بين الخطيبين

بعد أن كان المشرع من خلال النص القديم يفرق بين الحالة التي يكون فيها العدول من جانب الخاطب، ويقرر أنه لاحق له في طلب إسترداد الهدايا التي قدمها إلى مخطوبته بسبب الخطبة سواء إستهلكت أو لم تستهلك، مع إلزامه برد هدايا مخطوبته أو قميتها متى إستهلكت.

والحالة التي يكون العدول من جانب المخطوبة ويقرر أنه يجب عليها أن ترد ما أخذته من هدايا تكون ما تزال قائمة عينا لم تستهلك، أما ما تكون قد إستهلكته منها فلا يجب عليها رده، ولا يحق للخاطب طلب إسترادده.

جاء التعديل متضمنا نية المشرع جعل أسلوب إسترجاع الهدايا واحد بالنسبة لكل من الخاطب أو المخطوبة، فأيهما عدل عن الخطبة لا أحقية له فيما

أهداه للطرف الآخر ولا يحق له المطالبة به، كما عليه رد الهدايا التي تسلمها من الطرف الآخر أو قيمتها، إلا أن صياغة الفقرة الثالثة من نص المادة الخامسة الجديد جاءت متناقضة لما قصده المشرع و لم تحمل ما أراده من التعديل.

المطلب الثالث

إقتران الخطبة بالفاتحة

أما في العلاقة بين الخطبة والفاتحة واقترانها، فقد نصت المادة السادسة من قانون الأسرة الجديد على ما يلي :

" إن إقتران الفاتحة بالخطبة لايعد زواجا.

- غير أن إقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون".

فبعد الغموض وعدم الدقة اللذين كانا يسجلان على نص المادة السادسة من القانون القديم وذلك عندما أشارت الفقرة الأولى منه إلى أن الخطبة يمكن أن تقترن بالفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة. ونصت الفقرة الثانية منه على أن كلا من الخطبة والفاتحة تخضع لنفس الأحكام المبينة في المادة الخامسة التي نضمت أحكام الخطبة.

هذا الغموض وعدم الدقة في صياغة النص القديم حاول المشرع توضيحه وإزالته من خلال تعديل هذا النص، حيث أوضحت الفقرة الأولى .

— إن إقتران الفاتحة بالخطبة أو الخطبة بالفاتحة لايعد زواجا، بمعنى أن الخطبة إذا إقترنت بقراءة الفاتحة تبركا بما تم الإتفاق عليه وتدليلا على الرضا والتوافق على التواعد بالزواج مستقبلا فإن ذلك لايرتب أي إلتزام قانوني، إذ يجوز لكل من الطرفين العدول عنها والتراجع فيها.

ـــ أما الفقرة الثانية فقد جاء فيها، إن إقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون، وبهذا يكون النص الجديد قد أزال الغموض الذي كان في النص القديم الذي عمل على إدماج الفاتحة بالخطبة، كما عمل المشرع على تكريس الإجتهاد القضائي للمحكمة العليا في هذا المجال، حيث إستقر إجتهاد المحكمة العليا على ما يلي : " **يعتبر كل زواج صحيحا إذا توافرت أركانه ولو كان غير مسجل بالحالة المدنية، وترتب عليه كافة الحقوق والآثار** "[1].

(1) ـــ **عبدالعزيز سعد** : المرجع السابق، ، ص 109.

الفصل الثاني

الـــــــــــــــزواج

تمهيد

قضت سُنَّة الله في خلقه والفطرة التي جبل عليها الإنسان، بضرورة إجتماع الذكر والأنثى للتوالد والتناسل حتى يتحقق بقاء النوع البشري الذي جعلـــه الله خليفة في الأرض لعمارتها واستثمارها إلى الأجل الذي قدره الله لبقائهما.

ولما كان إجتماعهما وتناسلهما على أية صورة من الصور لايليق بكرامـــة الإنسان الذي كرمه الله وفضله على كثير من مخلوقاته، فقد شرع الله نظام الزواج وجعله أساسا لإتصال الرجل بالمرأة جنسيا، وذلك على سنة أنبيائه ورسله، فقال ﷻ : ﴿ وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلاً مِّن قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجاً وَذُرِّيَّةً ﴾.

وإذا كان الزواج في بعض التشريعات مجرد إرتباط شخصي رضـــائي بـــين طرفين يستهدفان إقامة نظام حياة مادية مشتركة بقصد تبادل المساعدة والرعاية، وأنه في بعض التشريعات الأخرى لايعتبر إلا مجرد عقد لتنظيم العلاقات الجنـــسية ضمن مراسيم وأشكال تنظيمية معينة.

فإن عقد الزواج في المجتمعات العربية الإسلامية ومنها الجزائر، لايجوز أبـــدا تصوره على أنه عقد شركة مساهمة بين ذكر وأنثى من أجل إســـتثمار طاقاتهـــا الجنسية أو بقصد إشباع رغباتها أو دوافعهما الغريزية، في إطار تنظيمي وإنما يجب تصوره على أنه ميثاق شرعي غليظ ومعاهدة ذات أبعاد روحية دينية ودنيويـــة يتعهد فيها الزوج بإسعاد زوجته واحترام كرامتها، وتتعهد الزوجـــة بموجبـــها بإسعاد زوجها ومساعدته، وأن يتعهدا معا على التضامن والتعـــاون في تكـــوين أسرة منسجمة متوادة متراحمة، تكون نواة لإقامة مجتمع متماسك ومتحاب[1].

(1) ــ محمد إسماعيل فرحات : أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، مصر 2008، ص 10.

هل حملت التعديلات المدخلة على قانون الأسرة هذه الأبعاد الشرعية والأهداف الشخصية والإجتماعية للزواج ؟.

إن الزواج هو المرحلة التالية للخطبة، الذي من أجله وجدت وبوجوده تنتهي جميع آثاره، وذلك لأن الغاية منها هي الوصول إليه، فإذا إنعقد لزواج رتب آثارا أخرى غير التي كانت بين الخاطب والمخطوبة، وعليه لو تمت الخطبة وقدمت الهدايا وانعقد الزواج فلا سبيل بعد إنعقاد الزواج للكلام عن إسترداد الهدايا أو عدمه، وذلك لأن أثر الزواج تتعدى الهدايا ليصل إلى المهر والصداق ، أي أن آثار الخطبة تنتهي بمجرد إنعقاد الزواج، فيصير الخطيبان زوجان لهما حقوق وعليهما إلتزامات.

المبحث الأول

تعريف واهية الزواج

نظرا لما للزواج من أهمية في حياة الأفراد والمجتمعات، فقد إهتم فقهاء الشريعة الإسلامية بتعريفه وكذا بأهميته، ولهذا سنتناول هاتين النقطتين كما يلي :

المطلب الأول

تعريف الزواج

الفرع الأول : التعريف اللغوي

يعرف الزواج لغة بأنه إقتران أحد الشيئين بالآخر وارتباطها بعد أن كان كل منهما منفصلا عن الآخر[1]، وقد شاع إستعمال مصطلح الزواج في إقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والإستمرار .

(1) ــ **محمد مصطفى شلبي** : أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الثانية، 1977، ص 29.

الفرع الثاني : تعريف الزواج إصطلاحا

تعددت تعاريف الزواج عند الفقهاء المسلمين إلا أنها جميعها متفقة على الغرض المبدئي له، رغم إختلافهم في التعابير، فإنها تدور حول نفس المعنى، فجميع التعريفات تتماثل في الغرض والقصد من الزواج، منها :

ـ هو عقد يفيد جل إستمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه الشرعي[1].

ـ هو عقد وضعه الشارع يفيد إختصاص الرجل بالمرأة، ويتضمن إباحة الإستمتاع بالآخر على الوجه المأذون به شرعا، وقد كان ذلك محرما عليهما قبل الزواج[2].

كما عرفه آخرون بأنه : " عقد بين رجل وامرأة يبيح لكل منهما الإتصال بالآخر إتصالا شرعا، وإنجاب الولد وتكوين أسرة "[3].

وما يلاحظ عن هذه التعاريف أنها جميعها تدور حول إمتلاك المتعة، وأنه من أغراض الزواج جعل المتعة حلال، ومن أهدافه التناسل وتكوين الأسرة.

كما عرف الزواج : " بأنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات[4].

ومن التعريفات التي تشتمل على معنى الزواج نجد ما ذهب إليه الأستاذ عبد العزيز سعد : بأنه عقد معاهدة ذات أبعاد دينية ودنيوية يتعهد فيها الزوج بإسعاد زوجته واحترام كرامتها، وتتعهد الزوجة بموجبها بإسعاد زوجها ومساعدته، وأن يتعاهدا معا على التضامن والتعاون من أجل إقامة شرع الله وإنشاء أسرة منسجمة

---

(1) ـ **الإمام أبو زهرة** : الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، الطبعة الثانية، ص 19.

(2) ـ المرجع نفسه .

(3) ـ **محمد مصطفى شلبي** : المرجع السابق، ص 30.

(4) ـ **الإمام أبو زهرة** : المرجع السابق ، ص 19.

ومتحابة تكون نواة لإقامة مجتمع المودة والرحمة والإستقرار[1]. وفقا للآية الكريمة ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ [2].

وعرفه المشرع الجزائري في المادة الرابعة من قانون الأسرة على أنه : " عقد رضائي يتم بين رجل وإمرأة على الوجه الشرعي، ومن أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب ".

المطلب الثاني

أهمية الزواج

للزواج أهمية كبرى نظرا لما يحققه من مصلحة للبشرية جمعاء، وتتمثل هذه الأهمية في عدة أمور نجد منها :

الفرع الأول : حفظ النوع الإنساني بطريقة شريفة

كل كائن حي لكي يحتفظ ببقاء نوعه لابد أن يتكاثر وهو ينطبق على الإنسان، ونظرا لما يتميز به الإنسان من تكريم في خلقه إقتضى الأمر أن يشرع له طريقة شريفة لكي يتكاثر بها ، ألا وهي الزواج، فلو ترك الإنسان يتكاثر عن طريق الإختلاط ودون أي ضابط لأختلطت الأنساب وكثرت النزاعات وانهارت القيم بذلك، أما إذا تم التكاثر عن طريق الزواج إختص كل شخص بزوجته أو زوجاته في حدود الشرع، وهذه الأهمية تؤكدها الآية الكريم ﴿ نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ وَقَدِّمُوا لِأَنفُسِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّكُم مُّلَاقُوهُ وَبَشِّرِ الْمُؤْمِنِينَ ﴾ [3]. والحرث المقصود به في الآية الكريمة هو الإنبات أي النسل ، ونجد كذلك قول الرسول ﷺ ﴿تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم﴾ .

---

(1) ــ **عبدالعزيز سعد** : الزواج والطلاق في قانون الأسرة ، ص 81.

(2) ــ سورة الروم ، الآية 21 .

(3) ــ سورة البقرة ، الآية 223 .

الفرع الثاني : تحقيق الأنس والراحة والمودة بين الزوجين

إن من بين الغايات التي يهدف إليها الزواج هي إستقرار وسكون كل من الزوجين إلى الآخر، نظرا للكيان الذي يجمع شملهما بعد الزواج، بحيث يصبح كل منهما لباسا للآخر، ونجد في الآية الكريمة ما يثبت ذلك، حيث يقول ﷻ ﴿ **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ** ﴾ (1). وإذا بنيت الأسرة على الأنس والمودة والرحمة بين الزوجين كان ذلك أساسا لصالح المجتمع .

وفي أهمية الزواج يقول الفيلسوف الإنجليزي (بنتام) : " إنه عقد شريف فيه ترابط الهيئة الإجتماعية، وعليه ينبني التمدن والعمران ، فقد أنقذ النساء من الإستعباد وأخرجهن من درك الإنحطاط، وقسم الناس عائلات مستقلة وكانوا أخلاط، ووسع آمال الناس في المستقبل بما أوجده من الرغبة في البنين والحفدة ... ومن تصور حالة الأمم بلا زواج، عرف مزاياه ووقف على منافعه "(2).

الفرع الثالث : تحصين النفس بقضاء الحاجة الجنسية للزوجين

إن من بين الأهداف والغايات التي يرمي إليها الزواج، هي أن يقضي الإنسان حاجته الجنسية عن طريق شريف وسليم، أي أنه لولا نظام الزواج لأتجه كل من المرأة والرجل إلى التعدي على الحرمات وفتحو باب الفساد والفسق، وهذا ما نجد مضمونه في الحديث النبوي الشريف الذي يقول فيه ﷺ ﴿ **يا معشر الشباب من إستطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحسن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء** ﴾ .

---

(1) ــ سورة الروم ، الآية 21 .

(2) ــ **محمد محدة** : الخطبة والزواج، المرجع السابق ، ص 93.

المطلب الثالث

تكييف الزواج وتحديد طبيعته القانونية

إختلف الفقه حول تكييف الزواج، وطبيعته القانونية، فمنهم من إعتبره عقد ومنهم من قال بأنه مجرد إتفاق، كما إختلف القائلين بأن الزواج عقد حول طبيعته القانونية، بينما هناك من يقول بأنه عقد ديني، كما إنقسموا أيضا حول صيغة هذا العقد هل هو عقد رضائي أم شكلي.

قبل التطرق إلى موقف المشرع الجزائري، نعرج قليل إلى ما ذهب إليه بعض الفقهاء إلى إعتبار الزواج مجرد إتفاق ولا يرقى لأن يكون عقد، حيث يرى الأستاذ عبدالرزاق السنهوري، بأنه يجدر أن لاتدعى هذه الإتفاقات عقود، وإن وقعت في نطاق القانون الخاص لأنها تخرج من دائرة المعادلات المالية[1]، في حين يرى أصحاب الإتجاه الذين يعتبرون الزواج بأنه عقد لما له من مواصفات العقد فهو تصرف إرادي ويرتب التزامات.

موقف المشرع الجزائري

تنص المادة الرابعة (04) من قانون الأسرة قبل التعديل على مايلي :

" الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسا المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين، والمحافظة على الأنساب ".

لقد كان يعاب على هذا النص وصفه للزواج على أنه عقد، بعد أن أضفى عليه الصفة الشرعية، وذلك لما تحمله كلمة عقد من أحكام وآثار قد لاتنطبق على العلاقة التي تقوم بين الرجل والمرأة في الزواج.

---

(1) ــ **محمد محدة** : الخطبة والزواج، المرجع السابق ، ص 109.

فقد تضمن التعديل الذي مس هذا النص إضافة كلمة " رضائي " وصفا لهذا العقد تأكيد المشرع على صفة ووصف العقد، للعلاقة التي تنشأ بين الزوجين في الزواج، وهذا العقد من العقود الرضائية التي تقوم أساسا على رضا الطـــرفين ـــ الزوجين ـــ والذي يتحقق باقتران الإيجاب والقبول وفقا للقواعد العامة في نظرية العقد.

وهذا ما تؤكده المادة التاسعة (09) من قانون الأسرة بعد التعديل والتي جاء فيها " **ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين** ".

المبحث الثاني

أركـــان عقـــد الـــزواج

إختلف الفقهاء المسلمين في تحديد أركان عقد الزواج، فمنه مـــن جعلـــها ركنين الإيجاب والقبول كالحنفية، وهناك من جعلها ثلاث هي : الصيغة، المحـــل، والولي، وهناك من جعلها أربعة هي : الصيغة، الولي، الزوج والزوجة، الـــصداق كالمالكية، وهناك من جعلها خمسة كالشافعية.

والإختلاف حول تحديد أركان عقد الزواج لم يقتصر على الفقهاء المسلمين وإنما تعد إلى التشريعات العربية، على إعتبار أن كل تشريع أخذ بمـــذهب مـــا، وهناك تشريعات أدمجت بين عدة مذاهب مثلما هو الحـــال بالنـــسبة للتـــشريع الجزائري.

أركان عقد الزواج في قانون الأسرة

النصوص القانونية

ـــ نصت المادة التاسعة (09) من قانون الأسرة قبل التعديل على ما يلي :

" **يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة، وشاهدين وصداق** ".

ـــ تنص المادة التاسعة (09) بعد التعديل على ما يلي :

" **ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين** ".

بعد أن كان المشرع الجزائري يجعل لعقد الزواج أركان متعددة، من خلال نص المادة (09) قبل التعديل، والمشرع من خلال التعديل الذي لحق بقانون الأسرة، قد أقصر أركان عقد الزواج في ركن واحد أساسي وجوهري هو تراضي الزوجين (المادة 09 بعد التعديل) وألغى بذلك بقية الأركان ومنها ـــ الولي ـــ حيث لم يشترط التعديل تولي الولي لعقد الزواج، كما تنص عليه المادة (11) من قانون الأسرة قبل إلغائها.

" **يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لاولي له** ".

فالمشرع من خلال هذا التعديل قد أعطى للمرأة البالغة لسن الرشد[1] حق تولي زواجها بنفسها تمارسه دون قيد، كما منحها حق تفويض ممارسة هذا الحق ـــ تولي الزواج ـــ لولي قد يكون أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره، أي أن مسألة التفويض متروكة لإختيار المرأة، وهذا ما تؤكده المادة (11) من قانون الأسرة بعد التعديل والتي جاء فيها " **تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره** ".

غير أن المشرع قد أبقى على الولي شرطا ضروريا في تزويج القصر وذلك بعد الحصول على ترخيص من القاضي، وذلك من خلال الفقرة الثانية من المادة (11) بعد التعديل التي جاء فيها : " ... **دون الإخلال بأحكام المادة (07) من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له** ".

فالمشرع بعد رفع سن الزواج وجعله لكل من الرجل والمرأة 19 سنة مساويا بينهما وتطابقا من سن الرشد المدني، حيث نصت المادة (07) من قانون الأسرة

(1) ـــ المادة 1/07 من قانون الأسرة " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة.

الجديد على ما يلي : " **تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج** "، فالمشرع قد رأى أنه من غير الضروري الإبقاء على الولي في زواج المرأة الراشدة، لكونها بهذه السن تصبح مدركة بما ينفعها ويضرها وما يصلح وما لايصلح لها بشأن زواجها وما يصلح لأهلها ومصاهرتهم لعائلة أخرى سوف تكون لها روابط على درجة معينة مع أهلها .

المطلب الأول

ركن الرضا في عقد الزواج وأثر تخلفه

لقد إتفق كل من فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون الوضعي ومختلف التشريعات، وكذا الإتفاقيات الدولية، على أن الرضا هو الركن الأساسي في عقد الزواج، وهو القائم الذي يقوم عليه ويتوقف وجوده عليه، وإن إختلف في تسميته، فهناك من يطلق عليه تسمية الإيجاب والقبول، وهناك من يسميه الصيغة، وهناك من يسميه العنصر النفسي في عقد الزواج، غير أن هذا الإختلاف لفظي فقط، أما المعنى فهو واحد.

فقد نصت المادة (16) من ميثاق حقوق الإنسان على أنه " **لايعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما زواجا كاملا لا إكراه فيه** ".

كما نصت المادة (23) من العهد الدولي لحقوق الإنسان الإقتصادية والإجتماعية والثقافية على " **لاينعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاءا كاملا لا إكراه فيه** "، ونصت المادة (16) من إتفاقية إلغاء التمييز ضد المرأة لسنة 1975 على " **للمرأة الحرية في إختيار الزوج وفي عدم الزواج إلا برضاها الحر والكامل** ".

كما نجد معظم التشريعات العربية قد سارت في هذا النهج، وكمثال على ذلك فإن المشرع العربي الموحد لقانون الأحوال الشخصية نص في مادته (23) على أنه " **ينعقد الزواج بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الآخر صادرين عن رضا تام** ... ".

وقد سار المشرع الجزائري على هذا النهج، عندما نص على أن الرضا هو الركن الجوهري الذي ينعقد به الزواج من خلال نص المادة (09) من قانون الأسرة " **ينعقد الزواج برضا الزوجين** " ونصت المادة (10) على مكونات الرضا وكيفية التعبير عنه بالنسبة للقادر على الكلام وغير القادر عليه لعجز ، وقد قرر المشرع بطلان عقد الزواج في حالة إختلال ركن الرضا، وذلك من خلال الفقرة الأولى من المادة (33) من قانون الأسرة بعد التعديل التي جاء فيها " **يبطل الزواج إذا إختل ركن الرضا** ... ".

الفرع الأول : المقصود بركن الرضا في عقد الزواج

لم يعرف قانون الأسرة ركن الرضا، وإنما إكتفى في الفقرة الأولى من المادة العاشرة (10) بتحديد قسمي الرضا واللفظ بصفة عامة الذي يجوز به التعبير عن الإيجاب والقبول، الأمر الذي يجعلنا نرجع في تعريفه إلى الفقه الإسلامي، ومن بين التعريفات الورادة للرضا في الفقه الإسلامي نجد التعريف الذي أورده السيد سابق[1] والذي جاء فيه : " **بأنه توافق إرادة الطرفين في الإرتباط بواسطة التعبير الدال عن التصميم على إنشاء الإرتباط وإيجاده، وأنه ما صدر من الأول يعتبر إيجابا وما صدر من الثاني يعتبر قبولا**".

كما يعرفه الأستاذ بدران أبو العينين بدران بأنه : " **الإيجاب والقبول الصادرين من المتعاقدين الذين يرتبط أحدهما بالآخر فيفيدان تحقق المراد من صدورهما** "[2].

---

(1) ــ **السيد سابق** : فقه السنة ، الطبعة السابعة ، دار الفكر العربي ، ص 234.

(2) ــ **بدران أبو العينين بدران** : المرجع السابق ، ص 65 – 66 ..

يستنتج من هذه التعاريف، ونص المادة (10) من قانون الأسرة أن ركن الرضا يتحقق من شقين هما الإيجاب والقبول، ولكن ما يلاحظ على نص المادة (10) من قانون الأسرة أنها حددت الإيجاب والقبول من دون أن تعرفهما و لم تحدد شروطهما، وهذا خلاف للفقهاء المسلمين الذين وضعوا للإيجاب والقبول في عقد الزواج شروطا بتوفرها يتحقق الرضا وتخلفها ينعدم الرضا، منها ضرورة إجتماع إرادة المتعاقدين في مجلس العقد واتفاقهما في القصد والهدف، ويجب أن يكون مجلس العقد متحدا أي لايفرق بين الإيجاب والقبول ما يعد شاغلا منها، بالإضافة إلى إشتراط المالكية والشافعية الفورية في قبول الإيجاب[1].

الفرع الثاني : صيغة الإيجاب والقبول

تنص المادة العاشرة (10) من قانون الأسرة على :

" يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا ... ".

ما يستنتج من هذا النص أن المشرع الجزائري لم يحدد الألفاظ التي يتم بها التعبير عن الإيجاب والقبول و لم يحدد اللغة التي يتم بها العقد، وصيغة الفعل عند التعبير عن الإيجاب والقبول وهذا بخلاف الفقهاء المسلمين الذين أفاضوا في الحديث عن هذه المسألة، حيث إتفقوا على ألفاظ معينة ينعقد بها الزواج — كلفظي النكاح والزواج، واختلفوا في بعضها كألفاظ الهبة والتمليك والبيع، وغيرها، كما إختلفوا في لغة التعبير عن الإيجاب والقبول، حيث إشترط الشافعية خلافا لبقيسة المذاهب على ضرورة أن يكون الإيجاب والقبول باللغة العربية.

(1) — **محمد مصطفى شلبي** : المرجع السابق ، ص 71.

الفرع الثالث : إنعقاد الزواج بغير الكلام

تناول المشرع الجزائري إنعقاد الزواج بغير الكلام في المادة العاشرة (10) من قانون الأسرة الفقرة الثانية[1]. واقتصر في هذه الفقرة على النص على حالة الشخص العاجز عن الكلام أو الكتابة، ولم يتطرق إلى الزواج عن طريق الرسالة والرسول. فقد يتعذر على أحد المتعاقدين أن يعبر عن إرادته في الزواج لعائق فيه كالأخرس والأبكم، ولهذا إنفق جمهور الفقهاء المسلمين على أنه إذا كان العاقدين أو أحدهما عاجزا عن التعبير وكان يحسن الكتابة فإنه يعبر عن إرادته بواسطة هذه الأخيرة، لأنها طريقة تعبير أكثر بيانا من الإشارة، في حين نجد المذهب الحنفي إنقسم إلى إتجاهين إتجاه قال بما ذهب إليه جمهور الفقهاء وذلك بعدم جواز إستعمال الإشارة إذا كان العاقد بإمكانه أن يعقد بالكتابة، أما الإتجاه الثاني فإنه يجيز أن يعقد الأخرس بالإشارة حتى لو كان عارفا للكتابة[2].

وما يلاحظ على المشرع الجزائري وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة العاشرة السابقة الذكر، أنه أخذ بالرأي الثاني لدى الحنفية الذي يجيز للشخص أن يعقد بالإشارة رغم مقدرته على التعبير بالكتابة، باعتبار أن الفقرة الثانية لم تأت بالترتيب وإنما أعطت للمتعاقد الإختيار التام، بحيث العبارة جاءت كما يلي : " ... كالكتابة أو الإشارة ..." وهذا الموقف الذي إتخذه المشرع الجزائري منتقد باعتبار أن الكتابة فعلا هي الأكثر تعبيرا وبيانا من الإشارة، وهذا على عكس بعض الذين قالوا بأن المشرع الجزائري يشترط الترتيب .

---

(1) ــ المادة العاشرة الفقرة الثانية : " ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة ".

(2) ــ **الإمام أبو زهرة** : المرجع السابق ، ص 44.

المطلب الثاني

أثر تخلف ركن الرضا في عقد الزواج

نتناول هذه النقطة في فرعين هما :

الفرع الأول : أثر تخلف ركن الرضا في الشريعة الإسلامية

يذهب جمهور الفقهاء المسلمين إلى أن تخلف ركن الرضا في عقد الزواج يجعله باطلا ومنعدما لما أصابه من خلل، ولم يرتبوا عليه آية آثار ولم يحلون به الدخول[1] وإذا تم الدخول فقلد إتفق الفقهاء على وجوب التفريق بين الطرفين ويعتبرونه زنى، لكن إختلف حول وجوب إقامة حد الزنى على كل من الرجل والمرأة، فالمالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف (من الحنفية) يقولون بإقامته ــ حد الزنا ــ في حين يرى الحنفية بأن الزواج الباطل في حد ذاته شبهة بدرأ الحدود، ولكن هذا لايمنع من إنزال عقوبة التعزير عليهما[2] ومن المتفق عليه أيضا أنه لايثبت به المهر ولا النفقة ولا الطاعة، كما أنه لايرد عليه الطلاق

الفرع الثاني : أثر تخلف ركن الرضا في قانون الأسرة

لقد قرر المشرع الجزائري بطلان عقد الزواج، في حالة إختلال ركن الرضا، وذلك من خلال الفقرة الأولى من المادة (33) من قانون الأسرة الجديد التي جاء فيها : " **يبطل الزواج إذا إختل ركن الرضا** ... ".

وقد جعل المشرع لعقد الزواج شروطا يجب توافرها فيه، وهي بالإضافة إلى أهلية الزواج المنصوص عليها في المادة السابعة (7) المذكورة آنفا الصداق والولي في حالة وجوب ــ حالة زواج القصر ــ والشاهدان ، وقد نصت على هذه الشروط المادة (9) مكرر من قانون الأسرة الجديد بقولها : " يجب أن يتوافر في

---

(1) ــ **بدران أبو العينين بدران** : المرجع السابق ، ص 77.

(2) ــ **الإمام أبو زهرة** : المرجع السابق ، ص 151.

عقد الزواج الشروط التاليـــة : **أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، إنعدام الموانـــع الشرعية**".

غير أن هذه الشروط وبالرغم من صيغة الوجوب التي جاءت بها صـــياغة المادة التاسعة مكرر، فإن المشرع لم يعطيها أية قيمة قانونية، بحيث لم يرتب على تخلفها أي أثر على العقد، خاصة إذا تم فيه الدخول، وهذا ما تؤكده الفقرة الثانية من المادة (33) من القانون الجديد التي جاء فيها : " ... **إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي - في حالة وجوب - يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل** ".

وبما أن المشرع الجزائري رتب على تخلف ركن الرضا بطلان العقد ســـواء قبل الدخول أو بعده، فإنه يترتب الآثار التالية : حرمة المصاهرة، وجوب العدة، وثبوت النسب، وذلك وفقا لمبدأ احباء الولد لأن هذا الأخير لاذنب له، وهـــو ضحية وبالتالي فمن غير المعقول تحميله جزاء عمل لم يقـــم بـــه خـــصوصا وأن المشرع يجيز إثبات النسب بالإقرار (المادة 40 من قانون الأسرة).

المبحث الثالث

شروط عقد الزواج في قانون الأسرة

المطلب الأول

الأهليـــــــــــة

الفرع الأول : تعريف الأهلية

1 ـ الأهلية في اللغة : تفيد الصلاحية مطلقا، يقال فلان أهل للقضاء أي صالح لـــه وجدير به[1].

---

(1) ـــ **عدنان خالد التركماني** : ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، دار الشروق ، السعودية، ص 76.

2 – أما اصطلاحا: فالأهلية صفة تقدر في الشخص تجعله صالحا لثبوت الحقوق له. ووجوب الالتزامات عليه وصحة التصرفات منه فالأهلية بهذا المعنى لا تثبت بكل أجزائها للشخص دفعة واحدة . بل تتدرج معه تبعا لتدرجه في درجات الكمال. فعندما يكون الشخص ناقصا تكون أهليته ناقصة وعندما يقل نقصه وتزداد درجة كماله تزداد بالتالي أهليته. ولهذا فإن أول مراحل الأهلية هو ثبوت الحقوق للشخص ثم وجوب الالتزامات عليه. ثم صحة بعض التصرفات منه ثم صحة تصرفاته كاملة[1].

- وصلاحية الشخص للقيام بتصرف ما أي أهليته قانونا للقيام بهذا التصرف وتحمل تبعاته، تنظمها قوانين مختلفة ونصوص متنوعة[2].

- فالأهلية الجزائية التي تضع الشخص موضع المسئول جزائيا عن أفعاله الضارة بغيره. وتحدد لذلك سنا معينة (18 سنة) يتم تنظيمها في قانون العقوبات.

- والأهلية المدنية التي تضع الشخص موضع المسئول عن تصرفاته المدنية في مجال العقود والمعاملات المالية. يتم تحديدها وتنظيمها في القانون المدني.

وأهلية الشخص لممارسة الأعمال التجارية والتي يتم تنظيمها وفقا لأحكام القانون التجاري. وكذلك أهلية الشخص للممارسة حقه الانتخابي المنصوص عليها في قانون الانتخابات. وأخيرا أهلية الشخص للزواج التي تنظمها أحكام المادة 7 من قانون الأسرة.

الفرع الثاني : أهلية الزواج في الفقه الإسلامي

إن تحديد سن معينة لأهلية الزواج لم يكن معروفا لدى الفقهاء المسلمين وذلك لعدم ورود نص شرعي من القرآن أو السنة يحدد سنا معينة للفتى أو الفتاة لأهلية الزواج

---

(1) – **أنور محمود دبور** : النظريات العامة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة العربية، مصر، ص 132.

(2) – **عبدالعزيز سعد** : الزواج والطلق في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، ص 92.

بصفة دقيقة واضحة ومعلومة الحدود. غير أنهم يشترطون في الزواج البلوغ واجتهدوا في وضع علامات ومعايير كثيرة ومتنوعة لإمكانية تحديد سن البلوغ الذي تتم به أهلية كل واحد من الفتى والفتاة.

الفرع الثالث : أهلية الزواج في قانون الأسرة

سنتناول تحت هذا العنوان بعض المسائل المتعلقة بأهلية الزواج في قانون الأسرة قبل وبعد التعديل والتميم. وذلك من خلال التطرق إلى شروط أهلية الزواج وأثار مخالفتها والإعفاء منها.

الفرع الرابع : شروط أهلية الزواج في قانون الأسرة

النصوص القانونية: تنص المادة 7 من قانون الأسرة على ما يلي " **تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة. وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة. متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات** ".

المادة السابعة : **تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة وللمرأة 18 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة** ".

إن شروط أهلية الزواج كما نصت عليها المادة السابقة من قانون الأسرة تكمن في عنصرين اثنين:

الأول : بلوغ كل واحد من الخطيبين السن القانونية.

الثاني : الحصول على إعفاء من هذا السن أو الترخيص بالزواج قبل ذلك من طرف القاضي وهذا يعنى أن أي مواطن جزائري لا يعتبر أهل لأن يتزوج إلا إذا كان قد بلغ السن القانونية المعينة. فلا يسمح للفتى أو الفتاة قبل بلوغ كل منهما سن 19 سنة أن يتزوجا مهما كانت إمكانياتها وقابليتها للزواج.

ولكن استثناءا فإن قانون الأسرة قد أجارة لكل من لم يبلغ السن المحددة لأهلية الزواج أن يتزوج قبل ذلك.إذا أثبت أن هناك ضرورة أو مصلحة في ذلك الزواج المراد إبرامه. واستطاع أن يحصل على إعفاء من السن المطلوب بموجب إذن أو رخصة يطلبها من رئيس المحكمة التي يسكن بدائرة اختصاصها. المعنى نفسه أو وليه.

الفرع الخامس : تحديد سن أهلية الزواج وآثار مخالفته

إن تحديد حد أدنى للزواج كإجراء تنظيمي يجوز السلطة العامة باعتبارها تحافظ بقوانينها على سلامة الفرد والمجتمع وتحميهما. مبررة عملها هذا بما أثبته الأطباء وعلماء الاجتماع من أن زواج الصغار عادة ما يترتب عنه كثير من الأضرار الجسمانية و النفسية والاجتماعية. وكثيرا ما نشأت من جراء ذلك اضطرابات عائلية ومآسي اجتماعية[1]. وذلك بالنظر على تعقد الحياة وصعوبة طرق المعيشة خاصة وأن الزوج مطالب بتأمين تبعات الزواج المالية من نفقة وسكن وغيرها وزوجة تنال من جسمها وصحتها العلاقة الزوجية وتبعات الحياة الزوجية من العناية بالبيت الزوجي وتربت الأبناء.

فالمشرع بتحديده سن 19 سنة كحد أدنى لأهلية الزواج لا يعتبر قد مس بحرية المواطنين في الزواج وإنما يكون قد راعى الجوانب الاقتصادية والاجتماعية والنفسية للأفراد. واعتبار أن الفتيان والفتيات دون هذا السن لا يكونون قادرين على أعباء الحياة الزوجية ولا يكونون قادرين على الوفاء بالالتزامات الأدبية والاجتماعية وما ينتج عن ذلك من علاقات أبوية وعائلية. غير أن المشرع لم يعط لهذا التحديد أية قيمة قانونية عندما لم ينص على أي عقوبة جراء مخالفة هذا التحديد والزواج دون بلوغ السن القانوني المطلوبة وهذا بخلاف ما ذهبت إليه بعض التشريعات العربية ومنها المشرع المصري يمنع سماع الدعاوي الناشئة عن

---

(1) — **محمد محدة** : الخطبة والزواج، الطبعة الثالثة، مطبعة قرفي، باتنة، الجزائر، ص 131.

الزواج إذا كانت سن الزوجة تقل عن 16 سنة وسن الزوج 18 سنة وهي السن المحددة لأهلية الزواج في القانون المصري[1].

بل إن المشرع الجزائري قد أعطى إمكانية مخالفة هذا النص والـــزواج دون السن المحددة بنص المادة 7 المذكور أعلاه عندما أجاز بموجب المادة 22 من قانون الأسرة. إمكانية تسجيل الزواج وإثباته بحكم قضائي وبتالي فمن أراد الزواج دون بلوغ السن القانونية (19سنة) أمكنه ذلك فقط لا يمكنه تسجيل الزواج. وعنـــد بلوغه السن المطلوبة يمكنه رفع دعوى والمطالبة بتسجيل الزواج وبأثر رجعي. ولا يمكن للقاضي رفع الدعوى حتى ولو تأكد أن زواج المعنى قد تم دون بلوغ السن المحددة بالقانون.

أولا : طلب الإعفاء من سن الزواج

لقد منح قانون الأسرة للقاضي لسلطة الإعفاء من السن المحـــددة لأهليـــة الزواج إذا رأى أو تبين له أن الزواج الذي يرد إبرامه بين شخصين أحـــدهما أو كلاهما لم يبلغ السن القانونية (19 سنة).فيه مصلحة لهما مما أو لأحدهما.أو رأى أن هنا ضرورة تتطلب نزوع الفتى أو الفتاة قبل بلوغ تلك السن، حتى تأكـــد من قدرة الطرفين على الزواج، وهو ما نص عليه المشرع في الفقرة الثانيـــة مـــن المادة 07 "..... **وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج**".

ثانيا : الإعفاء من السن لضحايا الجرحزكائم

هناك بعض الحالات التي يقع فيها اعتداء على فتاة لم تبلـــغ ســـن أهليـــة الزواج، ثم يراد تزويجها بالمعتدى أو تريد هي أن تتزوج، أما يقصد ستر فضيحة الفعل الإجرامي، وإما من أجل التخفيف عن المعتدى من العقاب أو إفلاته منه.

---

(1) — **زكريا البري** : الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية، دار المعارف المصرية، مصر العربية ، ص 36.

وذلك عندما تقترف الوقائع المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 326 من قانون العقوبات وتتوفر الشروط المنصوص عليها في الفقرة الثانية من نفس المادة والتي مفادها أن إذا خطف شخص فتاة لم تكتمل الثامنة عشرة من عمرها أو أبعدها ثم تزوجت به فإنه لا تتخذ ضده إجراءات المتابعة الجزائية إلا بناء على شكوى من الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج. إلا أن زواجها من خاطفها في مثل هذه الحالة لا يتم إلا إذا استطاعت أن تحصل على إذن من القاضي المختص بإعفائها من سن أهلية الزواج سواء بطلب منها مباشرة أو بواسطة وليها[1].

الفرع السادس : اكتساب الزوج القاصر أهلية التقاضي بخصوص آثار عقد الزواج

نصت الفقرة الثانية من نص المادة 7 من قانون الأسرة على ما يلي: "**يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات**".

فالمشرع بترشيده للزوج القاصر يكون قد أنهى على الأبد مسألة كانت قائمة في صفوف رجال القانون على مستوى الفقه القانوني والاجتهاد القضائي بخصوص إمكانية مباشرة الزوج القاصر لحقه في التقاضي طالبا أو مطلوبا (مدعي أو مدعي عليه) سيما فيما يتعلق من هذا الحق بالآثار المترتبة عن عقد الزواج وتلك التي تتعلق بالطلاق.

المطلب الثاني

الصداق

لقد نظم المشرع الجزائر الصداق في المواد من 14 إلى 17 من قانون الاسرة، وذلك بعد أن ذكره في المادة 9 منه قبل التعديل في عدد أركان عقد الزواج، مخالفا بذلك غالبية الآراء الفقهية التي ترى في الصداق أثرا من آثار العقد.

([1]) — **عبدالعزيز سعد** : المرجع السابق ، ص 121.

السبب الثاني: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم حث على التيسر في الصداق وعدم المغالاة فيه. في أحاديث كثيرة منها قوله صلى الله عليه وسلم " إلتمسوا ولو خاتم من حديد" وفي حديث ثان قال " خير الصداق أيسره".

وبالتالي لو كان الصداق مقابل فيجب أن يكون معاوضا ومساويا للمتعة ويترتب عليه أنه بعد الطلاق يجب سحب ما بقي و لم يستهلك عن طريق المتعة، وهذا ما نفته الآية القرآنية الكريمة ﴿ **وإن أردتم إستبدال زوج مكان زوج وأتيتم إحداهن قنطار فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا**﴾ .

كما أن الغالبية من الفقهاء المسلمين ذهبوا إلى عدم إعتباره مقابلا للمتعة[1].

ثالثا : تعريف المشرع الجزائري : لقد عرف المشرع الجزائري الصداق في المادة 14 من قانون الأسرة التي جاء فيها: الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء.

يستنتج من هذا التعريف ما يلي:

إن المشرع قد استعمل لفظ للزوجة وبالتالي فإن هذا اللفظ يفيد عدة معاني:

أ ــ قد يفهم من هذا اللفظ معنى الزوجة التي تربطه بها علاقة الزواج فيكون بذلك الصداق أثرا من أثار العقد وليس ركنا أو شرطا فيه.

ب ــ وقد يفهم فيه أن لفظ الزوجة في نص المادة " **المرأة التي يريد الزواج بها والواضح أن هذا ما يقصده الشرع ولم يعبر عنه**".

ج ــ إن المشرع لم يحدد الجهة التي تدفع الصداق للزوجة، واكتفى بالقول أنه يقدم للزوجة. مما قد يفهم أن كل ما يقدم للزوجة من أي شخص هو صداق وهذا ليس صحيحا. فالصداق يجب على الزوج لزوجته ومن دفعه بدلا عنه كأن ذلك دنيا عليه.

([1]) ــ **محمد إسماعيل فرحات** : المرجع السابق، ص 14.

وقد عرفه بعض شراح قانون الأسرة الجزائري:

بأنه ما يلزم الزوج بدفعه لزوجته نحلة عند نشوء عقد زواجهما أو بعد دخول حقيقي بها من كل ما هو مباح شرعا.

الفرع الثاني : التكييف الشرعي للصداق في عقد الزواج

لقد اختلفت آراء الفقهاء حول المحكمة الشرعية، أو المحكمة من شرعية الصداق في عقد الزواج فجاءت آرائهم على النحو التالي:

أولا : ما قال به جمهور الفقهاء (الشافعية الحنفية الحنابلة)

يرى جمهور الفقهاء أن الصداق أثر من آثار عقد الزواج وحكما من أحكامه وليس ركنا من أركانه وشرطا فيه[1]، واستدلوا على رأيهم هذا بقوله عز وجل ﴿ لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاء مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾[2].

فالقرآن الكريم – حسب رأي الجمهور- قد حكم بصحة الطلاق مع عدم تسمية الصداق والطلاق لا يكون إلى في الزواج الصحيح، فدل على أن عدم تسمية الصداق لا يمنع صحى عقد الزواج ويجب للزوجة على زوجها مهر المثل بالعقد.

ثانيا : المالكية

يرى المالكية أن الصداق ركن من أركان عقد الزواج. ومعنى كونه ركنا أنه لا يصح ولا يجوز إشتراط إسقاطه، وبالتالي لا يصح النكاح لديهم عند الاتفاق على نفي الصداق أو إسقاطه.

ثالثا : موقف المشرع الجزائري

لقد نص المشرع الجزائري في المادة التاسعة 09 من قانون الأسرة قبل التعديل على الصداق وعدة ركنا من أركان العقد، عندما نصت على: " **يتم عقد**

---

(1) ــ **محمد إسماعيل فرحات** : المرجع السابق، ص 19.

(2) ــ سورة البقرة ، الآية 236 .

الزواج برضا الزوجية وبولي الزوجة وشاهدين وصداق ". إلا أن المشرع لم يرى ضرورة التأكد عن ركنة الصداق والاستمرار فيه، بل راي أن اللجوء إلى ما قال به الجمهور من الفقهاء من عدم ركنية في عقد الزوج أفضل، وذلك عندما لم يرتب البطلان على تخلف الصداق وخاصة بعد الدخول حيث قرر الاستمرار في العقد بعد الدخول مع إعطاء الحق للزوجة في الصداق المثل وذلك من خلال المادة 33 قبل التعديل.

بعد تعديل المادة 09 من قانون الأسرة و إستحداث المادة 09 مكرر. فقد أقصر المشرع الجزائري أركان عقد الزواج في ركن وحيد فقط وهو - الرضا- وجعل من بقية الأركان السابقة الأخرى شروط للعقد ضمتها المادة 09 مكرر. ومنها الصداق.

الفرع الثالث : مما يتكون الصداق

إن الصداق يصح أن يكون كل شيء له قيمة مالية وجاز المسلم إمتلاكه مهما كانت طبيعته وجنسه، ونوعه كما يصبح أن يكون خدمة يقدمها الزوج لمن يريد الزواج بها. وهذا ما حرمت به المادة 14 من قانون الأسرة حين نصت على أن الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من كل ما هو مباح شرعا.

أولا : مقدار الصداق

لقد جاءت نصوص القرآن الكريم عامة وبجردة فبالرغم من نص القرآن على الصداق فإنه لا يحتوي على أي تحديد للمقدار الواجب دفعه. وعلى غرار ذلك جاءت أقوال رسول الله صلى الله عليه وسلم وأعماله. وبذلك فقد خلت السنة مع الكتاب من تحديد لمقدار الصداق.

إلا أن الفقه الإسلامي حاول أن يضع للصداق حدا أدنى يمنع معه التعدي على فرص غليه – على حق المرأة في الضداق والذي فرضه الله تعالى بها عند الزواج بينما لم يوضح للصداق حد أقصى.

غير أن الفقهاء اختلفوا في الحد الأدني للصداق الواجب للمرأة عند الزواج، وقد ظهر الخلاف على وجه الخصوص بين الحنفية والمالكية[1].

حيث ذهب المالكية على القول أن الحد الأدنى للصداق هو ما يعادل ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الفضة، وذلك قياسا على أن هذه القيمة، هي الواجبة كحد أدنى شرعي لطبيعة حد الشرقة. أما الحنفية فيرون أن الحد الأدنى للصداق الواجب هو 15 دراهم على الأقل.

ثانيا : موقف الخلفاء الراشدين

فقد حاول الخلفية عمر بن الخطاب. رضى الله عنه- الحد من المغالاة في الظهور، وذلك بوضعه حد أقصى لا يمكن تجاوزه فقامت له إمرأة وتلت عليه الآية الكريمة التي قال فيها ﷻ : ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴾ [2]. فرد عمر بن الخطاب رضي الله عنه قائلا: أصابت المرأة وأخطأ عمر. وقد ذهب المشرع الجزائري فذهب إلى تحديد الحد الأعلى للصداق إلا أنه أوجب ذكره في العقد.

الفرع الرابع : الصداق وأوضاعه القانونية

إذا كانت آراء الفقهاء المسلمين قد إختلفت حول طبيعة المهر أو الصداق في عقد الزواج، من حيث كونه واجبا أو غير واجب ومن حيث كونه ركنا من أركان عقد الزواج أو شرط صحة فيه أو فقط أثر من آثاره. فإن المشرع الجزائري بالرغم من كونه قد نص عليه من بين شروط عقد الزواج من خلال نص المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجديد إلا أن يعتبر اثر من آثار عقد الزواج فقط[3].

فالمشرع لم يرتب على تخلف المهر أي أثر على عقد الزواج خاصة إذا تم الدخول، بل يصبح عقد الزواج حق ولو لم يسم المهر في العقد أصلا. فجب في هذه الحالة مهر المثل، وهذا ما يستنتج من نص المادتين 15 و 33 من قانون الأسرة

---

(1) ــ **محمد إسماعيل فرحات** : المرجع السابق، ص 21.

(2) ــ سورة النساء ، الآية 20 .

(3) ــ **فضيل سعد** : شرح قانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1984، ص 71.

الجديد، حيث نصت المادة 15 منه على ما يلي : " **يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا . يجب تحديد قيمة الصداق . أو مؤجلا .**

في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل ". (فقرة جديدة)

أما المادة 33 من القانون الجديد، فقد تضمنت الفقرة الثانية منها :

" ... **إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أولي في حالة وجوبه . حالة زواج القصر . يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل** ".

الفرع الخامس : أحوال الصداق وأواضاعه القانونية

أولا : وجوب كامل الصداق

لقد ورد النص في المادة 16 من قانون الأسرة على أن : " **تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج ، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول** ".

يستنتج من هذا النص، أن عقد الزواج متى تم وكان صحيحا فإن الصداق المسمى يجب للزوجة كاملا ويصبح حقا من حقوقها بمجرد إنعقاد هذا العقد وإتمام الدخول بها إلى مترل الزوجية، كما تستحقه بوفاة الزوج قبل الدخول والبناء بها. ومع سكوت، قانون الأسرة على إعتبار الخلوة الصحيحة بين الزوجين كسبب أو كحالة من حالات إستحقاق الزوجة للصداق المسمى، فإن الفقهاء المسلمين متفقون على أن الخلوة التامة والصحيحة تشكل حالة من حالات إستحقاق الزوجة للصداق مثلها مثل الدخول بالزوجة .

ثانيا : وجوب نصف الصداق

من الحالات التي يتفق فيها قانون الأسرة مع قواعد الشريعة الإسلامية في موضوع الصداق، إتفاقهما على وجوب نصف الصداق المسمى للزوجة في حالة واحدة هي حالة قيام عقد الزواج بين الزوجين ووقوع الطلاق بينهما بعد ذلك قبل الدخول والبناء، المادة 16 من قانون الأسرة.

ثالثا : وجوب صداق المثل

لم يحدد المشرع الجزائري حالات وجوب صداق المثل تحديدا مرتبا، إلا أنه يمكن إستخلاص هذه الحالات من خلال نص المادتين 15 و 33 من قانون الأسرة الجديد.

ـــ إذا لم يتم تحديد الصداق في العقد مطلقا، وهذا ما تضمنته الفقرة الثانية من نص المادة 15 التي جاء فيها : ... **في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل** ".

ـــ حالة الدخول في العقد الذي تم بدون إحدى الشروط المنصوص عليها في المادة 9 مكرر، حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 33 : " ... **إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل** " .

الفرع السادس : النزاع حول الصداق

تنص المادة 17 من قانون الأسرة على ما يلي : " **في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحد بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين** " .

لقد نظم المشرع من خلال هذا النص كيفية الفصل في النزاع الذي قد يقوم بين الزوجين أو ورثتهما حول الصداق وفرق المشرع بين حالتين :

ـــ حالة قيام النزاع قبل الدخول.

ـــ حالة قيام النزاع بعد الدخول .

أولا : حالة قيام النزاع قبل الدخول

فإذا قام نزاع بين الزوجين حول الصداق وكان هذا النزاع قبل الدخول، كان تنكر الزوجة تسلمها الصداق، ويدعيالزوج دفعه لها، وليس للزوج بينة على ما يدعيه، ففي هذه الحالة يحكم القاضي للزوجة بالصداق المسمى أو بصداق المثل

وذلك بعد أدائها يمينا بأنها لم تتسلم الصداق لا شخصيا ولا بواسطة، ويكون نفس الحكم في حالة ما إذا كان النزاع قد نشأ في نفس الموضوع بين الزوجة وورثة زوجها عندما يكون هذا الأخير قد مات قبل الدخول.

ثانيا : حالة قيام النزاع بعد الدخول

أما إذا كان النزاع قد نشأ بين الزوجين أو بين أحدهما وورثة الطرف الآخر وكان ذلك بعد الدخول، كأن يكون أحدهما ناكرا والآخر مثبتا وليس له اية بينة قانونية، ففي هذه الحالة يحكم القاضي بمقول الزوج أو ورثته بعد أداء اليمين القانونية على صدق ما يدعيه، وتسمى هذه اليمين المنصوص عليها في المادة 17 من قانون الأسرة، يمينا مرجحة ومكملة باعتبارها يمين يوجهها القانون ولاتخضع لرغبة القاضي ولا لرغبة الخصوم، وبالتالي فإنه لايمكن وصفها بأنها يمين متممة ولا بأنها يمين حاسمة.

ثالثا : النزاع حول جهاز العروس (الشورة) وعلاقته بالنزاع في متاع البيت (المادة 73)

لقد جرت العادة في المجتمع الجزائري، أن تحمل الزوجة أشياء إلى بيت زوجها يوم الزفاف، هذه الأشياء (الشورة) التي تكون في الغالب مخصصة للإستعمال الشخصي كالملبوسات والمفروشات وبعض الحلي الذهبية والمجوهرات، وأدوات الزينة وغيرها، قد تكون الزوجة قد إشترتها بمالها الشخصي، أو بالمال الذي إستلمته كصداق، فإذا وقع نزاع بين الزوج والزوجة بعد إنتقال الزوجة إلى بيت الزوجية وغادرته الزوجة على إثره وأعقبه رفع دعوى أمام المحكمة بقصد الطلاق، فإنه يحق للزوجة أن تطلب الحكم لها بكل هذه الأشياء أو ما بقي في بيت الزوجة يوم مغادرتها له، وعليها إذا أنكر زوجها ما طلبته أن تعمل على إثبات ذلك بكل الوسائل القانونية، شهادة الشهود، فواتير الشراء، وكل أنواع الوصول، كما يمكن أن يوجه إليها القاضي اليمين المتممة[1].

---

(1) ــ **عبدالعزيز سعد** : المرجع السابق، ص 61.

مع الملاحظة أنه يجب التمييز بين النزاع القائم حول جهاز العروس (الشورة) وبين النزاع حول متاع البيت المنصوص عليه في المادة 73 من قانون الأسرة، والتي يكون موضوعه تلك الأشياء والأمتعة والأثاث التي تكون موجودة في بيت الزوجية قبل الدخول أو الذي يتواجد بعد ذلك ويكون معدا لتأثيث البيت الزوجي ويكون مخصصا للإستعمال المشترك، مثل أدوات المطبخ، وغرفة النوم، وأثاث غرفة الجلوس وما شابهها.

فالنزاع الذي يثور حول متاع البيت فإن إثبات ما يدعيه المدعي أمام إنكار الطرف الآخر، يطبق بشأنه قاعدة البينة على من إدعى، فإذا إنعدمت البينة أمكن عندئذ تطبيق المادة 73 من قانون الأسرة.

المطلب الثالث

الشاهدين أو الشهود في عقد الزواج

إن من بين الخصائص التي يتميز بها عقد الزواج في الشريعة الإسلامية حضور الشهود ساعة إبرام العقد وتحريره. وذلك لضمان شرعيته وإثباته.وذلك لما للشهادة من أهمية عند إنكاره أو حجوده. باعتبار أن الشهادة من وسائل الإثبات عند حصول التنازع أو التناكر.

وقد تضمنت المادة 09 من قانون الأسرة قبل التعديل الإشارة إلى الشاهدين. وارتقت به إلى مصاف أركان العقد عندما نصت على الشاهدين من الأمور التي يتم بهذا عقد الزواج .

الفرع الأول : تعريف الشهادة

إن الشهادة مأخوذة من المشاهدة وهي أن يخبر الإنسان بما شاهد ورأى وأدرك بحواسه أي هي معاينة الشخص لمجرى الأمور حال حصولها بحيث يرى ما يجرى أمامه ويسمع ويفهم ما يلفظ من قول.

الفرع الثاني : حكم الشهادة في الزواج في الشريعة الإسلامية

بالرغم من الحديث الشريف المتداول الذي مفاده أن: " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"، فإن الفقهاء المسلمين قد اختلفوا[1] حول ما إذا كان حضور الشهود في عقد الزواج ضروري لإبرام العقد ويترتب على تخلفه بطلان العقد. وحول ما إذا كان حضورهم له صفة توثيقية وإعلامية ولا يؤثر على إبرام العقد إذا تخلفوا وأبرم العقد بدون حضورهم.

اولا : ما قال به المالكية: يرى المالكية أن الشهادة في عقد الزواج لا تعد ركنا من أركان العقد ولا واجبا من واجباته عند إنعقاده. بل هي من مستلزمات الدخول فقط ومتطلباته والقصد منها إفشاء العقد وعدم تستره حتى لا يحتج المريدين للزنا عندما يتبين أمرهم وينكشف حالهم بأنهم أزواج.

ثانيا : ما قال به الجمهور: لقد ذهب جمهور الفقهاء إلى اعتبار الشهادة حكما شرعيا في عقد الزواج. وجعلوها من مكونات العقد وهي واجبة وقت وجود بقية مقومات العقد الأخرى. من إيجاب وقبول وصداق وولي عند القائلين به. وذلك مصداقا لقوله ﷺ ﴿ **لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدله** ﴾.

ثالثا : موقف المشرع الجزائري : الملاحظ على المشرع أنه قد إرتقى بالشهادة من اعتبارها وسيلة إثبات إلى كونها حكما شرعيا لازما لعقد الزواج. وذلك عندما نص في المادة 09 قبل التعديل على الشاهدين من الأركان التي يتم بها عقد الزواج. وهو بهذا قد خالف ما قال به المالكية الذين لا يعتبروها ركنا في العقد بل من مستلزمات الدخول فيه قاصدين بإشتراطها إفشاء الزواج والإعلان عنه.

ولكنه كان يعاب على المشرع عدم الاستمرار و التأكيد على هذا الركن ويترتب الجزاء الواجب على تخلف الركن عند تخلف الشاهدين. فالرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة لأركان العقد لا نجد إلا المادة 09 قبل ذكرت

---

(1) — **جمال الغمراني** : المرجع السابق، ص 116.

الشاهدين لفظا ضمن الأركان مجتمعة. والمادة 33 قبل التعديل عندما نصت على ضرورة فسخ العقد قبل الدخول إذا تم دون شاهدين وثبت العقد بعد الدخول.

فالمشرع من خلال نص المادة 33 قد هدم ما أراد بناءه أولا. إذ بعد نصه في الأول على الشاهدين رتبه من أركان العقد (المادة 09 قبل التعديل) ولكن إذا فقد و لم يتبين أمره إلا بعد الدخول لا أثر له على استمرار العقد. وبالتالي فالمشرع بهذا النص قد خالف رأي الجمهور الذين قالوا بوجوب إثبات إنعقاد العقد من جهة، ومن جهة ثانية قد خالف رأي المالكية الذين قالوا بأن الشهادة واجبة عن الدخول.

وبعد تعديل المادة 09 من قانون الأسرة التي حصرت أركان العقد في الرضا فقط وتدحرج باقي الأركان إلى شروط ومن بينها الشاهدين. وفصلهم عن المادة 09 إلى المادة جديدة 09 مكرر. فالمشرع أبقى على نفسه الأثر الذي كان يرتبه على تخلف الشاهدين بعد التعديل. فالمادة 33 بعد التعديل ترتيب الفسخ قبل الدخول على تخلف الشاهدين ولا تعطى للشاهدين وتخلفهما أي أثر في العقد الذي يتم فيه الدخول.

الفرع الثالث : شروط الشهادة في عقد الزواج

شهادة الشخص لا تكون كاملة ومميزة في نظر القانون إلا إذا كان الشاهد مؤهلا أهلية قانونية ومستوفيا الشروط التي يتطلبها هذا العمل.

والشهادة في رأي الفقهاء ولاية. لذا فقد اشترطوا شروط الولي في الشاهد[1] وهي الأهلية ومناطها في الفقه الإسلامي - البلوغ- الإسلام- المتعدد للذكور.

أما قانونا فقد خلى قانون الأسرة من نصوص خاصة بالشاهدين، غير أن قانون الحالة المدنية الذي يحيل إليه قانون الأسرة فيما يخص إجراءات تسجيل عقد

(1) ــ **زكرياء البري** : المرجع السابق، ص 36.

الزواج. فقد اشترطت المادة 33 منه في الشهود الذين تتعلق شهادتهم بأمر من أمور الحالة المدنية يجب أن يبلغوا سن (21 سنة) سواء كانوا أقارب المعنيين أو أجانب عنهم رجالا كانوا أم نساء وهذا طبقا لنص المادة 33 التي جاء فيها :

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

الفرع الرابع : حضور الشاهدان أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية وقت تسجيل العقد

بالرغم من أن المشرع لم ينص صراحة على حضور الشاهدان أثناء إبرام العقد، إلا أنه هذا يفهم من نص المادة 18 من قانون الأسرة التي تشترط لكي يسجل العقد سواء أمام الموثق أو الموظف المؤهل قانونا أن يتوافر ما تطلبه المادتان 9 /و9 مكرر الجامعتين لأركان وشروط عقد الزواج والتي من بينها الشاهدين.

كما أن الجانب العملي والتطبيقي مؤكدان هذا المعنى، ذلك أن أي عقد زواج إذا أريد تسجيله كان من بين ما يطلبه الموثق أو ضابط الحالة المدنية هو حضور الشاهدين مصحوبين بوثائق الهدية وبحضورهما يتم عقد الزواج.

المطلب الرابع

خلو المرأة من موانع الزواج وأثر مخالفة ذلك

تكون المرأة حلا للزواج بالنسبة للذي يريد أن يعقد عليها إذا كانت غير محرمة عليه مؤبدا أو مؤقتا، وإذا تخلف هذا الشرط نجد فقهاء الشريعة الإسلامية وكذا المشرع الجزائري قد رتبوا على ذلك آثار يمكن تناولها في النقاط التالية :

الفرع الأول خلو المرأة من موانع الزواج المؤبدة

والموانع المؤبدة هي ما كان سبب تجرعها دائما ولايزول، ولقد تناولها المشرع الجزائري بصفة عامة في نص المادتين 23 و 24 من قانون الأسرة بصفة عامة، تم فصلها في المواد 25 إلى 29 وسنتناول هذه المحرمات المؤبدة كما يلي:

أولا : المحرمات بسبب القرابة

ويقصد بالقرابة تلك العلاقة الدموية التي تربط بين الرجل والمرأة، ويقصد بالترسيم لسبب القرابة هو ما كان جزء منها أو كانت هي جزء منه أو كانا معا جزءا[1]. ولقد فصلها المشرع الجزائري في نص المادة 25 من قانون الأسرة وهي كالتالي :

1 ـ الامهات : ويقصد بها من له علاقة ولادة مباشرة، كالأم ، أو غير مباشرة كأم الأم أو أم الأب (الجدة) وإن علون.

2 ـ البنات : ويقصد بهن فروع الشخص وفروع فروعه وإن نزلن .

3 ـ فروع ابوي الشخص وفروع فروعهن : وهم الأخوات وبنات الأخ وبنات الأخت وإن نزلن .

4 ـ فروع أصول الشخص : ويقصد بهن أخوات الأب وأخوات الأم .

العمات والخالات، أما فروعهن فيجوز للشخص الزواج بهن . (بنت العم، وبنت العمة، بينت الخال، بنت الخالة).

ثانيا : المحرمات بسبب المصاهرة

ويقصد بهذا التحريم ما نتج بسبب الزواج، وفصل المشرع الجزائري عليها في نص المادة 26 من قانون الأسرة وهي :

1 ـ أصول الزوجة لمجرد العقد عليها : ولثبوت التحريم في هذه الحالة لايشترط الدخول وإنما بالعقد فقط، فالعقد على البنات يحرم الأمهات.

2 ـ فروع الزوج عند حصول الدخول بها : ففي هذه الحالة لايحرم على الزوج فروع الزوجة إلا إذا تم العقد وحصول الدخول، الدخل بالأمهات يحرم البنات.

(1) ـ **محمد محدة**، المرجع السابق، ص 106.

3 ـ أرامل ومطلقات أصول الزوج وإن علون : ويقصد بهن أرامل ومطلقات أبوي الرجل (زوجات الأب، أو الجد).

4 ـ أرامل ومطلقات فروع الزوج وإن نزلوا : ويقصد بهن من كن زوجات للفروع سواء أبناء أو أبناء الأبناء وإن نزلن .

ثالثا : المحرمات بسبب الرضاع

ولقد نظم المشرع الجزائري المحرمات بسبب الرضاع في المواد 27 ، 28، 29 من قانون الأسرة، ويمكن تعريف الرضاع بأنه مص اللبن من ثدي آدمية في مدة الرضاع[1] (خلال حولين) ومن خلال هذا التعريف يمكن إستنتاج الشروط التي يجب أن تتوافر في الرضاع حتى يحرم الزواج به وهي كما يلي :

1 ـ يجب أن تكون المرضعة آدمية (إمرأة) .

2 ـ يجب أن يكون الرضاع في مدة الحولين أو قبل الفطام، وهذا ما تؤكده المادة 29 من قانون الأسرة التي جاء فيها : " **لايحدث الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا** ".

3 ـ لايؤخذ بعين الإعتبار كمية اللبن سواء كانت قليلة أو كثيرة، فهي وفقا لنص المادة 29 من قانون الأسرة تحرم الزواج، آخذا في ذلك بما قال به المالكية دون تمييز في مقدار اللبن الكثير أو القليل، وهذا بخلاف الشافعية الذين يشترطون خمس رضعات مشبعات[2].

والأصناف المحرمة رضاعا جاءت محددة وفقا لنص المادة 27 من قانون الأسرة التي جاءت مطابقة تماما للحديث النبوي الشريف، حيث قال الرسول ﷺ ﴿ **1 ـ يحرم من الرضاع من يحرم من النسب** ﴾ . ويمكن تحديد الأصناف المحرمة رضاعا كما يلي :

---

(1) ـ **بلحاج العربي**، المرجع السابق، ص 81.

(2) ـ **محمد محدة**، المرجع السابق، ص 107.

1- الأم بالرضاع مهما علت.

2- الفروع رضاعا.

3- الخالة رضاعا.

4- الأخت رضاعا .

5- بنت الأخ رضاعا.

6- العمة رضاعا.

7- ولقد وضع .

ولقد وضع المشرع الجزائري شرطا بأن التحريم لايقع إلا على الطفل الرضيع وحده دون إخوته وإخوانه، واعتبره ولدا للمرضعة وزوجها، وأخا لأولادهمـــا، وهذا ما تؤكده المادة 28 من قانون الأسرة التي جاء فيها : " **يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته ولدا للمرضعة وزوجه، وأخا لجميع أولادها، ويسري التحريم عليه وعلى فروعه** ".

الفرع الثاني : خلو المرأة من موانع الزواج المؤقتة

لقد نص المشرع الجزائري على موانع الزواج المؤقتة في المواد 23، 30، 31، من قانون الأسرة والمحرمات المؤقتة هي كالتالي :

أ ـ المحرمات المؤقتة المنصوص عليها في نص المادة 30 من قانون الأسرة التي جاء فيها : " يحرم من النساء مؤقتا :

أ ـــ المحصنة : ما دامت المرأة زوجة للغير فهي محرمة على الآخرين .

ب ـــ المعتدة : وهي المرأة التي كانت زوجة للغير، ثم طلقها أو توفى عنها ولاتزال في العدة فهي محرمة إلى غاية نهاية عدتها.

ج ـــ المطلقة ثلاثا : الطلاق نوعان : طلاق رجعي، وطلاق بائن، والطلاق البائن قسمان : طلاق بائن ببينونة صغرى، وطلاق بائن ببينونة كبرى[1].

---

(1) ـــ بدران أبو العينين بدران : المرجع السابق، ص 51.

والطلاق البائن بينونة كبرى هو الطلاق الذي يستنفذ فيه الزوج الطلقات الثلاث، فتصبح زوجته محرمة عليه مؤقتا، بحيث لايستطيع إستئناف الحياة الزوجية معها حتى تنكح زوجا غيره ثم يطلقها أو بتوفى عنها.

وما يشترط في زواجها هذا أن لايكون زواج تحليل ، فجمهور الفقهاء متفقين على أن زواج المحلل غير جائز، وكذلك يشترط في زواجها هذا أن يتم فيه الدخول، فإذا عقد عليها ثم لم يدخل بها وطلقها أو توفى عنها فإنها لاتحل لمطلقها ثلاثا.

كما يحرم مؤقتا (الفقرة الثانية من المادة 30 من قانون الأسرة :

1 ــ الجمع بين الأختين ، أو بين المرأة وعمتها أو خالتها سواء كانت شقيقى أو لأب أو لأم أو من رضاع، لقد جارى المشرع الجزائري في منعه الجمع بين هذه الفئة من النساء ما ذهب إليه الفقهاء المسلمين وذلك من أجل المحافظة على الرحم وعدم قطعه.

2 ــ زواج المسلمة من غير المسلم : فالمشرع الجزائري في منعه لزواج المسلمة من غير المسلم مهما كانت ديانته إلى غاية إعتناقه للدين الإسلامي، وذلك وفقا للآية الكريمة ﴿ **لاَ تَنكِحُواْ الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ وَلأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلاَ تُنكِحُواْ الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُواْ وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ** ﴾ (1).

الفرع الثالث : أثر الزواج بإحدى المحرمات

لقد نص المشرع الجزائري على الآثار التي تترتب على الزواج بإحدى المحرمات في المادة 34 من قانون الأسرة وهذه الآثار تتمثل فيما يلي :

ــ فسخ عقد الزواج قبل الدخول وبعده.

(1) ــ سورة البقرة ، الآية 221 .

ـــ **ثبوت النسب** : أي أن الأولاد الذين ينجبون من هذه العلاقة الفاسدة يثبت نسبهم لأبيهم وأمهم.

ـــ **وجوب الإستبراء** : أي يجب على المرأة أن تعتد حتى يستبرأ رحمها، ويتم لاتأكد من عدم حملها.

ـــ المادة 34 من قانون الأسرة جاء فيها : " **كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ العقد قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الإستبراء** ".

المطلب الخامس

الشروط التنظيمية والإدارية لعقد الزواج

بالإضافة إلى الشروط السابقة، فقد وضع المشرع الجزائري شروط تنظيمية وإجراءات إدارية لإبرام عقد الزواج، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي :

الفرع الأول : الشروط التنظيمية الخاصة بزواج الأجانب

تنص المادة 31 من قانون الأسرة على ما يلي :

" **يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية** ". ولقد نظم هذه الإجراءات القرار الصادر بتاريخ 11 فيفري 1980 عن وزارة الداخلية والذي ألزم موظف الحالة المدنية والموثق قبل قيامه بإبرام عقد الزواج للأجانب التأكد من حصولهم على رخصة مكتوبة من الوالي، ولقد نظم هذا القرار الوزاري منح الرخصة كما يلي :

أولا : حالة زواج الأجانب المقيمين في الجزائر

في حالة ما إذا كان عقد الزواج الذي يراد إبرامه بين أجنبيين مقيمان في الجزائر، وفقا لنص المادة 10 من الأمر 211/66 المؤرخ في 1966/07/21[1]

(1) ـــ الأمر رقم 211/66 المؤرخ في 1966/7/21 المتعلق بتحديد وضعية الأجانب في الجزائر .

فإنه يجب عليهما أن يتحصلا على رخصة بالزواج تمنح لهما من طرف الوالي وذلك عن طريق تقديمهما لطلب موقع من طرفهما يتضمن هويتهما وعنوانهما، وكذا جميع المعلومات الواردة في بطاقة إقامتهما، بالإضافة إلى نسخ من بطاقة إقامتهما لمعرفة مدى صلاحيتهما، فإن توفرت تلك الشروط منحت لهما الرخصة.

ثانيا : حالة زواج جزائري بأجنبي أو زواج أجنبي مقيم في الجزائر والآخر غير مقيم

في هذه الحالة إضافة إلى تقديم الطلب، من طرفي عقد الزواج إلى الوالي والوثائق التي تثبت حالتهما، يقوم الوالي بعد أخذه لرأي مصالح الأمن الوطني بمنح الرخصة، وفي حالة ما إذا كان رأي المصالح الأمنية سلبيا رفض الوالي منح الرخصة، وإن تخلفت الرخصة المنصوص عليها في القرار الوزاري المذكور أعلاه، وجب على ضابط الحالة المدنية أو الموثق رفض تحرير عقد الزواج.

الفرع الثاني : الشروط التنظيمية الخاصة ببعض الموظفين في الدولة

وتتمثل هذه الشروط في الإجراءات التنظيمية الخاصة بزواج موظفي وموظفات الأمن الوطني، وكذا أفراد الجيش الوطني الشعبي والدرك الوطني.

أولا : الشروط التنظيمية الخاصة بزواج أسلاك الأمن الوطني

تنص المادتين 23 / و 24 من المرسوم رقم 481/83 المؤرخ في 1983/08/13 والذي يحدد الأحكام المشتركة الخاصة المطبقة على موظفي وموظفات الأمن الوطني والذين إذا ما أرادوا الزواج يجب أن يتحصلوا على ترخيص مكتوب من السلطة الوصية، وللحصول على هذه الرخصة يجب القيام بما يلي :

1 ــ تقديم طلب مكتوب إلى الجهة الإدارية التي لها صلاحية توظيفهم، خلال مدة ثلاثة (03) أشهر قبل حفل الزفاف.

2 ــ إرفاق الطلب بنسخة من شهادة ميلاد الزواج وشهادة الجنسية وإذا إقتضى الأمر ذكر مهنة الزوج.

3 ــ بالنسبة لموظفات الأمن الوطني يجب تقديم ما يثبت ترسيمهن وفقا لنص المادة (23) من هذا المرسوم.

ــ وأن إنعدام الرخصة الخاصة بموظفي وموظفات الأمن الوطني، لايؤثر في صحة عقد الزواج، وإنما نص المادة 23 الفقرة الأخيرة من هذا المرسوم ترتب المسائلة التأديبية من طرف السلطة التي لها صلاحية التأديب.

ثانيا : الشروط التنظيمية الخاصة بزواج موظفي الجيش الوطني والدرك الوطني

وفقا لما جاء في المنشور الصادر عن وزارة الدفاع المؤرخ في 25 جوان 1969 تحت رقم 364، والنصوص المتعلقة بالنظام العسكري، فإن أفراد الجيش والدرك الوطني، يجب عليهم إن أرادوا الزواج أن يتحصلوا على رخصة الزواج من وزارة الدفاع الوطني، وهذا يعني أنه لايستطيع أي فرد من أفراد الجيش الوطني الشعبي أو الدرك الوطني، إبرام عقد الزواج أمام الموظف المختص بتحرير عقود الزواج أو الموثق إلا إذا تحصل على رخصة بذلك، غير أنه ما يلاحظ أن المشرع لم يرتب أي أثر على مخالفة هذا الشرط وبالتالي ينعقد عقد الزواج صحيحا.

المبحث الرابع

تسجيل عقد الزواج وإثباته

عقد الزواج من العقود الرضائية التي أخضعها المشرع إلى مجموعة من القواعد والأحكام الإدارية تضمن توثيقه وتسجيله حفاظا عليه وعناية بالآثار المترتبة عنه.

فقد نصت المادة 18 من قانون الأسرة الجديد على ما يلي : " **يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 09 و09 مكرر من هذا القانون** ".

وقد أحالت المادة 21 من هذا القانون على قانون الحالة المدنية فيما يخص إجراءات تسجيل هذا العقد، حيث جاء فيها : " **تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج** ".

وبالرجوع إلى قانون الحالة المدنية الصادر بموجب الأمر 20/70 بتاريخ 1970/2/19، والمادة 71 منه : نجد أن ضابط الحالة المدنية أو الموثق المختص بتحرير عقد زواج الزوجين هو ذلك الذي يوجد بدائرة إختصاصه موطن الزوجين أو أحدهما .

المطلب الأول

بيان عقد الزواج

إن قانون الأسرة عندما نص على ضرورة تسجيل عقد الزواج، فإنه لم يتضمن أي نص يتعلق بالبيانات والعناصر التي يجب أن تتضمنها وثيقة عقد الزواج عند تسجيله وتدوينه، ما عدا النص على ضرورة ذكر الصداق الذي تضمنته الفقرة الأولى من المادة 15 من قانون الأسرة.

غير أن المادة 2/07 مكرر من القانون الجديد تلزم الموثق أو ضابط الحالة المدنية، وقبل تحرير عقد الزواج التاكد من خضوع الطرفين ـــ الزوج والزوجة ـــ للفحوصات الطبية التي اوجبتها على الزوجين من خلال الفقرة الأولى حيث جاء فيها : " يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية، لايزيد تاريخها على ثلاثة أشهر تثبت خلوها من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض 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 أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤشر بذلك في عقد الزواج ".

المطلب الثاني

إثبات عقد الزواج

تنص المادة 22 من قانون الأسرة الجديد على ما يلي : " **يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.**

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة ".

➢ يتستنتج من هذا النص أن إثبات قيام علاقة زوجية قانونية لايمكن أن يكون إلا بواسطة إبراز نسخة أو مستخرج من سجلات الحالة المدنية .

➢ مع العلم أن المشرع من خلال المادة 18 السالفة الذكر، قد ذكر جهتين مختصتين بتسجيل عقد الزواج، وهما ضابط الحالة المدنية بالبلدية، والموثق كضابط عمومي مستقل في مهنته، إلا أنه حدد وسيلة واحدة للإتيان، ـــ وهي مستخرج من سجلات الحالة المدنية ـــ وهذا يعين أن الزواج الذي تم تسجيله أمام الموثق فإنه يجب على هذا الأخير بعد تحرير العقد في سجله وتسليمه الزوجين نسخة من العقد. أن يرسل إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية التي حرر بها العقد ملخصا عن العقد خلال مهلة ثلاث (3) أيام ليقوم ضابط الحالة المدنية في ظرف خمسة (5) أيام بتدوين العقد في سجل عقود الزواج ويسلم للزوجين دفترا عائليا.

➢ أما إذا كان الزوجين قد أبرما عقد زواجهما بالفاتحة وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية ووفقا لنصوص قانون الأسرة ولاسيما المواد 06، 09، 09 مكرر، منه وأغفلا تسجيله أمام الجهات المختصة، فإنه لاسبيل أمامهما لإتيان عقد زواجهما قانونا إلا باللجوء إلى المحكمة عن طريق رفع دعوى ويطلبا إصدار حكم بتسجيل زواجهما، هذا الحكم الذي يجب تسجيله بالحالة المدنية بسعي من النيابة العامة .

من بين الأحكام الجديدة التي جاء بها الأمر التشريعي 02/05 ما تضمنته المادة (5) من هذا الأمر . والذي جاء بالمادة (7) مكرر في قانون الأسرة.

المطلب الثالث

الفحص الطبي قبل الزواج

الشهادة الطبية ما قبل الزواج

الفرع الأول : حكم الفحص الطبي قبل الزواج

لقد إختلفت آراء العلماء حول حكم الفحص الطبي قبل الزواج، فأوجبه بعضهم وكرهه آخرون وتوسطت طائفة فجعلته مستحبا دون وجوب. وبخصوص إلزام القانون كل من يتقدم للزواج بإجراء الفحص يجعله شرطا لازما لإتمام الزواج، أم هو إختياري فقط . فقد إختلفت التشريعات الحديثة في هذه المسألة، ويمكن إجمال آرائها في قولين :

القول الأول : يجوز للمشرع إصدار قانون يلزم فيه مل المتقدمين للزواج بإجراء الفحص الطبي، بحيث لايتم الزواج إلا بعد إعطاء شهادة طبية تثبت أنه لائق طبيا .

القول الثاني : لايجوز للمشرع إجبار الناس على إجراء الإختبار الوراثي، غير أنه يجوز تشجيع الناس ونشر الوعي بالوسائل المختلفة بأهمية الإختبارات الوراثية قبل الزواج .

ونظرا لإنتشار العديد من الأمراض الفتاكة. فقد قامت في الآونة الأخيرة دعوة قوية لإلزام الناس بالفحص الطبي قبل الزواج، وتقديم الإستشارة الوراثية اللازمة للزوجين. وقد أخذت بعض الدول العربية، مثل سوريا والإمارات العربية والمملكة العربية السعودية والمملكة المغربية وتونس، بهذه الإجراءات ودعت إليها بل إن البعض جعلها أمرا لازما لإتمام الزواج.

الفرع الثاني : فوائد الفحص الطبي قبل الزواج

يمكن إجمال فوائد الفحص الطبي قبل الزواج فيما يلي :

1. إن المقدمين على الزواج يكونون على علم بالأمراض الوراثية المحتملة على الذرية إن وجدت، فتتسح بالتالي الخيارات في عدم الإنجاب أو عدم إتمام الزواج.

2. الفحص الطبي قبل الزواج يؤدي إلى المحافظة على سلامة الزوجين من الأمراض، فقد يكون أحدهما مصابا بمرض يعد معديا، فتنتقل العدوى إلى الزوج السليم، كما أنه عن طريق الفحص الطبي يمكن إكتشاف بعض الأمراض التي توجد وسائل للوقاية من حدوثها قبل الزواج.

3. بالفحص الطبي يتم الحد من إنتشار الأمراض المعدية، والتقليل من ولادة أطفال مشوهين أو معاقين والذين يسببون متاعب لأسرهم ومجتمعاتهم .

4. بالفحص الطبي يتأكد كل من الزوجين من مقدرة الطرف الآخر على الإنجاب، وعدم وجود العقم، كما يتم التأكد من مدى مقدرة الزوج على المعاشرة الزوجية.

5. إن عقد الزواج عقد عظيم، وميثاق غليظ يبنى على أساس الدوام والإستمرار، فإذا تبين بعد الزواج أن أحد الزوجين مصاب بمرض، فإن هذا قد يكون سببا في نهاية العلاقة الزوجية بعدم قبول الطرف الآخر به.

المطلب الرابع

الفحص الطبي أو الشهادة الطبية

ما قبل الزواج في قانون الأسرة الجزائري

تنص المادة (07) مكرر من قانون الأسرة على ما يلي :

— " يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية لايزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر (03) تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج .

- يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير العقد من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج.

- تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم " .

الملاحظ على هذا النص

1. إن شرط خضوع طالبي الزواج للفحص الطبي وتقديم شهادة طبية بذلك منذ تحرير عقد الزواج لم يكن موجودا في قانون الأسرة قبل تعديله وتتميمه. ويكون المشرع الجزائري باشتراطه للشهادة الطبية السابقة للزواج قد إلتحق بموكب التشريعات الأجنبية التي سبقته في هذا المجال، وخاصة العربية منها، بعد أن تأكد من الآثار الإيجابية التي يرتبها هذا الشرط على مستوى الأسرة والمجتمع.

2. إن إشتراط الشهادة الطبية السابقة للزواج في القانون الجزائري يعد مطلبا صحي تدعو إليه ضرورة المصلحة العامة، وذلك بالنظر إلى تركيبة المجتمع الجزائري التي لازالت في غالبيتها عشائرية، وللزواج العائلي أو ما بين الأقارب مكانة مرموقة، ولقد تبنت علميا بأن هذا النوع من الزواج يتسبب في وجود العديد من الأمراض والعاهات الوراثية الخطيرة لدى الأبناء.

الفرع الأول : شروط وكيفيات تطبيق المادة 07 مكرر

لقد ألزمت الفقرة الثانية من المادة 07 مكرر المذكورة أعلاه كل من الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية اللازمة، ومن علمهما بما قد تكشف عنه تلك الفحوصات من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا بتعارض مع الزواج.

ولقد أوقف المشرع شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة بإصدار نصوص تنظيمة .

الفرع الثاني : المرسوم التنفيذي 154/06 الصادر بتاريخ 2006/05/11 المتضمن شروط وكيفيات تطبيق المادة 07 مكرر من قانون الأسرة

ـ بعد مضي مدة تزيد عن سنة من نشر الأمر التشريعي 02/05 بالجريدة الرسمية المعدل والمتمم لقانون الأسرة بالجريدة الرسمية، أصدرت رئاسة الحكومة المرسوم التنفيذي 154/06 المذكور أعلاه، وقد تضمن هذا المرسوم التنفيذي ثمانية مواد، تحدد كيفية تطبيق المادة 07 مكرر المذكورة أعلاه .

ـ لقد أوجب هذا المرسوم التنفيذي بموجب المادة الثانية منه. كل واحد من طالبي الزواج (الرجل والمرأة) تقديم شهادة طبية لايزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر، تثبت خضوعه للفحوصات الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم. تسلم هذه الشهادة من طرف طبيب (حسب نموذج موحد ملحق بهذا المرسوم).

ـ وق حددت المادة الثالثة من هذا لمرسوم نوع الفحوصات الطبية التي يجب أن يخضع لها طالب الزواج، وألزمت الطبيب التأكد من خضوعه لها، لأن الشهادة الطبية يتم تسليمها بناء على نتائجها وهي :

1 ـ فحص عيادي شامل.

2 ـ تحليل فصيلة الدم.

غير أن المادة الرابعة من هذا المرسوم قد أعطت للطبيب الصلاحية في التوسع في الفحص بأن ينصب على العوامل الوراثية والعائلية قصد الكشف عن العيوب المحتملة أو القابلة للإصابة ببعض الأمراض الخبيثة.

كما يجوز للطبيب أن يقترح على المعني بالأمر إجراء فحوصات للكشف عن بعض الأمراض التي يمكن أن تشكل خطر الانتقال للزوج الآخر أو للذرية بعد إخطاره لمخاطر العدوى منها .

وبعد خضوع الشخص للفحوصات المقترحة يتعين على الطبيب إبلاغ المعني بملاحظاته ونتائج تلك الفحوصات، ويتم إعداد شهادة طبية بذلك تسلم إلى المعني (المادة 05) من المرسوم التنفيذي.

وطبقا لنص المادة 01/07 من هذا المرسوم التنفيذي، فإنه لايجوز للموثق أو لضابط الحالة المدنية إبرام عقد الزواج ما لم يقدم كل واحد من طالبي الزواج الشهادة الطبية المذكورة بنص المادة 02 من هذا المرسوم، مع التأكد من علمهما بنتائج الفحوصات الطبية، وذلك من خلال الإستماع إلى كلا منهما، مع ضرورة التأشير بذلك في عقد الزواج.

وقد أشارت الفقرة الثانية من المادة السابعة من هذا النص التنظيمي، أنه لايجوز لكل من الموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين .

والملاحظ من نصوص المرسوم التنفيذي 54/06 التي تحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة السابعة مكرر من قانون الأسرة :

ـ إن المشرع لم يقيد الطبيب ولم يوجهه بخصوص نوع معين من الأمراض أو العوامل التي يجب عليه أن يعطيها عناية خاصة، ماعدا ما تعلق بالسوابق الوراثية. كما أنه لم يعط للطبيب الحق في رفض تسليم الشهادة الطبية ما قبل الزواج، أو على الأقل تأجيل تسليمها لحين زوال خطر العدوى من المرض أو

نظير حالة الشخص الصحية غير مضرة للطرف الآخر وذريته، بل أن نصوص هذا المرسوم التنفيذي تلزمه بتسليم الشهادة الطبية دون قيد أو شرط. ما عدا إبـــلاغ المعني بملاحظاته ونتائج الفحوصات .

والسؤال الذي يطرح في مثل هذه الحالة هو : كيف يكون موقف هذا الطبيب إذا ثبت له يقينا أن أحد طالبي الزواج مصاب بمرض أو بعامل يتعارض والأهـــداف المرجوة من الزواج. كداء فقدان المناعة (sida)؟، مع العلم أن هذا الداء قاتـــل وينتقل إلى الغير الزوج الآخر عن طريق الجماع وإلى الجنين وهو في رحم أمـــه، ويسبب لها نفس النتيجة حتما، ما موقف الطبيب عند إصرار طـــالبي الـــزواج الحصول على الشهادة الطبية ما قبل الزواج، الوثيقة الضرورية لإبرام عقد الزواج، رغم علمهما بالمخاطر التي تهدد كل واحد منهما ؟.

الإجابة على هذا التساؤل واضحة، فطبقا لأحكام النص التنظيمـــي المـــذكورة أعلاه، ليس من حق الطبيب الإعتراض أو الإمتناع عن تسليم الشهادة الطبية ما قبل الزواج، عندئذ كيف يكون موقف الغير ذي مصلحة كالولي ؟ مـــن هـــذا الزواج ؟ وما هو موقف النيابة العامة في هذا الشأن باعتبارها طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام قانون الأسرة ؟ (المادة الثالثة مكرر) وكيـــف يكون موقف السلطات العمومية الصحية في مثل هـــذه الحالـــة، وفي حـــالات الأمراض الوبائية الأخرى .

بالرجوع إلى بعض القوانين العربية في مجال الأحوال الشخصية، نلاحظ أن المشرع التونسي الذي إعتمد الشهادة الطبية السابقة على الـــزواج منـــذ 1964 بموجب القانون رقم 46 المؤرخ في 1964/11/03، بالإضافة إلى أنه وجه الطبيب أثناء الفحص لطبي إلى توجيه العناية الخاصة إلى الإصابات المعدية، والاضطرابات العصبية ونتائج الإدمان على المشروبات الكحولية وغيرها من الأمراض الخطيرة، وخاصة مرض السل، ومرض الزهري، بالنسبة للقرين وللذرية (المادة الثانية من القانون).

فإن المشرع التونسي قد منح الحق إلى هذا الطبيب بموجب المادة الثالثة من القانون المذكور أن يرفض تسليم الشهادة الطبية السابقة عن الـــزواج، إذا ثبت له أن هذا الزواج غير مرغوب فيه، وأن يؤجل تسليم هذه الشهادة إلى أن يزول خطر العدوى من المريض أو تصير حالته الصحية غير مضرة لذريته.

وبالتالي فلماذا لم يحذو المشرع الجزائري حذو ما ذهب إليه المشرع التونسي في هذه المسألة الجوهرية، وبذلك نجد الحل والإجابة علـــى كـــل التـــساؤلات المطروحة سابقا، وتتحقق الغاية التي توخاها المشرع من نص المادة السابقة مكرر من قانون الأسرة.

نموذج

شهادة طبية ما قبل الزواج

(معدة تطبيقا لأحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 11/84

المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة)

أنا الممضي أسفله الدكتور : .....

الإسم و اللقب : .....

دكتور في الطب : .....

الممارس في : .....

العنوان : .....

أشهد أنني فحصت لغرض الزواج : .....

المولود (ة) في : .....

الساكن (ة) : بـ : .....

بطاقة التعريف الوطنية رقم : ..... الصادرة في : ..... بـ : .....

أعددت هذه الشهادة بعد فحص عيادي شامل وبعد الإطلاع على نتائج الفحوص الآتية :

- فصيلة الدم (ABO + rhesus).

أصرح كذلك أنني :

- أعلمت المعني (ة) بنتائج الفحوصات الطبية التي خضع (ت) لها وبكل ما من شأنه أن يقي أو يقلل الخطر الذي قد يلحق به أو بزوجه أو بذريته .

- لفت إنتباه طالبة الزواج إلى مخاطر مرض الحمير اء الذي يمكن أن تتعرض له أثناء فترة الحمل .

- أكدت على عوامل الخطر بالنسبة لبعض الأمراض.

سلمت هذه الشهادة للمعني (ة) شخصيا لاستعمالها و الادلاء بها في حدود ما يسمح به القانون .

حرر بـ ..... في .....

المطلب الخامس

مستجدات القانون 11/48 في ضوء الأمر 02/05

حماية للعلاقة الزوجية

المادة 45 مكرر- التلقيح الإصطناعي

قد يوجد زوجان في حالة صحية جيدة، وبالرغم من ذلك يصعب لاإنجاب ويتأخر إلى أجل غير مسمى، فيصابا بإحباط قد يؤدي إلى أزمات نفسية خطرة، وإلى خلافات عائلية حادة، عادة مايكون مآلها الطلاق بسبب عدم الإنجاب، وتصحيحا لتلك الوضعيات المأساوية يمكن الإستعانة بما توصلت إليه العلوم الحديثة واللجوء إلى التلقيح الإسطناعي، وبهذا الصدد نص المشرع الجزائري على هذا الحل وقيده بقيود شرعية واضحة تتمثل في :

- أن يكون الزواج شرعيا .
- أن يتم التلقيح أثناء حياة الزوجين وبرضائهما .
- أن يتم التلقيح بمني الزوج وبوضعه رحم الزوجة دون غيرهما .

المادة 45 مكرر من قانون الاسرة تنص على ما يلي : " يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي .

يخضع التلقيح الإصطناعي للشروط الآتية :

- أن يكون الزواج شرعيا .
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما ".

المطلب السادس

الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة

تنص المادة 19 من قانون الأسرة الجديد على مايلي : " **للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في قد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، مالم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون** ".

➢ ما يمكن ملاحظته على هذا النص أنه بالرغم من عموميته وشموليته، فإن الجزء الأول منه، قد ورد على صيغة قاعدة عامة. مفادها أنه يجوز ويباح للزوجين أن يضمنا عقد الزواج أو يرفقانه من خلال عقد رسمي آخر كل الشروط التي يرتضيانها والتي تكون فيها مصلحة لأحدهما. وأن الجزء الثاني منه، جاء في صيغة إستثناء يقيد العموم السابق ويجعل من الجزء الثاني شرطا لإستعمال أحكام الجزء الأول.

وتعليقا على هذا النص يمكن القول، أن المشرع قد سمح لكل من الزوج والزوجة وأباح لكل منهما أن يشترط في العقد على الزوج الآخر ما يشاء من الشروط بما يمكن مصلحته الخاصة أوالمشتركة، وإلى جانب هذا السماح والإباحة فإنه قد حصر هذه الشروط فقط في الشروط التي لاتخالف ولا تتعارض ولا تتنافى مع ما ورد في قانون الأسرة من قواعد وأحكام، ولكن السؤال الذي يطرح : ما هي الشروط التي تتنافى مع هذا القانون ؟ أو بالأحرى ما هي الأحكام أوالقواعد التي تضمنها قانون الأسرة وأوجب على الزوجين أن يراعياها عند إبرام عقد الزواج الذي يريدان أن يضمناه أو يرفقانه ببعض الشروط ؟ وما حكم عقد الزواج الذي يبرم بشكل مخالف لبعض أحكام قانون الأسرة ومتعارض معها ؟ ثم ما هو المعيار الذي يمكن أن نستعمله لمعرفة ما إذا كان هذا الشرط أو ذاك هو من الشروط الموافقة أو المخالفة لقانون الأسرة ؟.

إن الإجابة عن هذه التساؤلات ليست بالإجابة السهلة أو البسيطة، لأنه من الصعب معرفة جميع القواعد والأحكام الأساسية التي تضمنها قانون الأسرة، كما أنه من غير الممكن معرفة الشروط التي تم إشتراطها أو التي يمكن أن تشترط في المستقبل، وتدرج في عقد الزواج أو ترافقه في عقد رسمي مستقل.

الفرع الأول : حكم الشروط التي تتنافى مع قانون الأسرة

إن الشروط التي يشترطها أحد الزوجين ويضمنها عقد الزواج أو يرفقها به لكي يمكن معرفة ما إذا كانت شروطا سليمة ومعتبرة قانونا. أو شروطا باطلة ولاغية يتعين علينا أن ننظر إليها من ناحية كونها مخالفة لنصوص قانون الأسرة ومتنافية معها أم ليست كذلك.

فإذا إشترطت الزوجة على زوجها عدم إبرام عقد الزواج ألا يخرجها من وطنها أو بلدها، أو إشترطت أن يسكنها في مسكن منفرد ومستقل عن مسكن أهله، أو إشترطت على الزوج ألا يمنعها من متابعة تعليمها أو الإستمرار في وظيفتها، أو مهنتها، فإن هذه الشروط كلها لاتتنافى مع قانون الأسرة ولا تتعارض مع أي نص من نصوص، وعلى الزوج أن يلتزم بالوفاء بها وإذا خالف ما وعد به منها، فإنه يحق للزوجة أن تطلب بفك الرابطة الزوجية، وهذا ما تؤكده المادة (9/53) التي جاء فيها : **"يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية** : ...

(9 ــ **مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج**) ". (فقرة جديدة)

1 ــ فالمشرع الجزائري من خلال هذه الفقرة، قد أعطى للزوجة حق المطالبة بفك الرابطة الزوجية، عند مخالفة الزوج للشروط التي تضمنها عقد الزواج، أو أي عقد آخر لاحق به. عندما تكون هذه الشروط لا تتنافى مع قانون الأسرة، ولاتتعارض مع أي نص من نصوصه، ولاسيما إذا كانت هذه الشروط من الشروط التي تضمنتها المادة (19) المذكورة أعلاه، كشرط عدم تعدد الزوجات أو شرط الإستمرار في الوظيفة أو المهنة بعد الزواج.

➢ أما إذا إشترطت الزوجة على زوجها أن لايطلقها أبدا، أو إشترطت أن يكون الطلاق بيدها تستعمله متى شاءت، ولايكون إلا برغبتها، فإن مثل هذه الشروط يكون حكمها البطلان لأنها تعتبر مخالفة لأحكام قانون الأسرة ومتنافي مع نص من نصوصه[1]، وهي المادة (48) وبالتالي فإن الزوج غير ملزم بالوفاء بها. ولايجوز مطالبته بذلك أمام القضاء، كما لايجوز للزوجة أن تطالب بالتطليق إعتمادا على عدم الوفاء، بما هو مشروط منها في عقد الزواج أو في أي عقد آخر لاحق عليه.

2 ـ أما إذا إشترطت الزوجة شروطا تتنافى مع أحكام قانون الأسرة، وتتعارض مع نص من نصوصه كاشتراط الزوجة على زوجها .

➢ وبالمقابل فإذا إشترط الزوج على زوجته ألا يدفع لها صداقها المسمى، أو إشترط أن تنفق على نفسها أو على أولادها أو لايزورها أحد من أقرابها، أو إشترط تقييد حريتها في التصرف في مالها الخاص، بأن إشترط أن تضع بين يديه ما تكسبه من وظيفتها أو مهنتها، فإن هذه الشروط تتنافى مع أحكام قانون الأسرة، وتتعارض مع نصوصه، ولاسيما المادة (14) المتعلقة بدفع المهر والمادة (37) من القانون الجديد التي جاء فيها :

" لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر .

غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية، وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما ".

➢ فهذه الشروط لايجب على الزوجة الوفاء بها ولايجوز مطالبتها بالوفاء بها أمام القضاء، وليس للزوج أن يطلب الطلاق إعتمادا على أن الزوجة لم تف بها، فإذا طلقها إعتمادا على إرادته المنفردة بسبب عدم الوفاء بهذه الشروط فلها أن تطالب بتعويض ما قد يلحقها من ضرر بسبب تعسف الزوج في طلاقه.

---

(1) ـ **محمد محدة** : المرجع السابق، ص 96.

الفرع الثاني : إستقلال الذمة المالية للزوجين : المادة 37 المذكورة أعلاه

بعد أن كرس المشرع مبدأ إستقلالية الذمة المالية للزوجين عند وضع قانون الأسرة لعام 1984 فإن المشرع عند مراجعة هذا القانون قد أعطى حرية أكثر للزوجين لتنظيم شؤونهما المالية، بحيث نص على إمكانية إتفاقهما بعقد الزواج أو بعقد رسمي لاحق حول إستقلالية ذمتهما المالية فيما يخص الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية، وتحديد النسبة التي تؤول إلى كل واحد منهما.

وبذلك يكون المشرع قد وضع حدا لإختلاف الزوجين مستقبلا بخصوص الإستثمار العائلي والمساهمة في تجهيز وإعداد بيت الزوجية، وبالتالي تلافي قيام نزاعات بينهما بخصوص ذلك، هذه النزاعات التي عادة ما تكون الزوجة ضحية فيها بسبب إحتيال الزوج وجشعه، بحيث يحاول حرمانها من كل ما تملك وما ساهمت به في تكوين بيت الزوجية وتجهيزه.

فالناظر إلى السجل الرسمي الذي يسجل فيه عقود الزواج بحده يشترط حضورهما وسماعهما لكلام العاقدين ثم بعد هذا يوافقان على محضر الزواج وبهذا يتم توثيق الزواج، وبهذا الكيفية تستطيع الشهادة أن تؤدي غرضها لأن الشاهدين قد سمعا العاقدان عند قيامها بالإيجاب والقبول المكونان للعقد.

المطلب السابع

تعدد الزواج شروطه وإجراءاته في قانون الأسرة الجديد

- النصوص القانونية : المواد 8 و 8 مكرر و 8 مكرر 1

تنص المادة الثامنة من قانون الأسرة الجديد : " **يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية، متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط نية العدل.**

- يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها، وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

- يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتها وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة ".

وتنص المادة الثامنة مكرر على ما يلي : " **في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق** ".

وجاء في المادة الثامنة مكرر1 : " **يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة (8) أعلاه** ".

يستنتج من هذه النصوص أن المشرع الجزائري ـــ بخلاف بعض التشريعات العربية، كالمشرع التونسي بالفصل 18 من مدونة الأحوال الشخصية ـــ يقر بمبدأ تعدد الزوجات حسب الأحكام المقررة له في الشريعة الإسلامية، بعد إضافته لبعض الشروط والإجراءات تهدف إلى تضييق مجال اللجوء إلى تعدد الزوجات إلا بوجود ظروف جدية تبرره ومن هذه الشروط والإجراءات ما يلي :

1 ـــ يجب على الزوج إخبار كل من الزوجة أو الزوجات السابقة والمرأة التي يرغب في الزواج بها.

2 ـــ أن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة الذي يرخص بالزواج بعد التأكد من موافقة الزوجة الأولى والمرأة التي يرغب في الزواج بها، وقدرة الزوج على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة.

➢ وإن عدم إحترام هذه الشروط والإجراءات كعدم إستصدار الزوج الترخيص القاضي.

➢ أو في حالة الغش المرتكب من الزوج ، فإن المشرع قد قرر فسخ الزواج الجديد قبل الدخول وتثبيته بعد الدخول حفاظا على إستقرار الأسرة، مع إعطاء الحق لكل من الزوجتين في رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق.

➢ مع العلم أن هذه الشروط التي تضمنها قانون الأسرة الجديد لتعدد الزوجات ليست جديد فيه، بل هذه الشروط تفرضها معظم التشريعات العربية منها مدونة الأحوال الشخصية المغربية، وقانون الأحوال الشخصية السوري، وقانون الأحوال الشخصية العراقي. فجميع هذه القوانين تفيد حق ممارسة نظام تعدد الزوجات بضرورة الحصول على إذن مسبق من القضاء بعد التحقق من توفر شروط العدل والمصلحة والضرورة المشروعتان والقدرة على الإتفاق.

الفرع الأول : طلب الترخيص بالزواج الجديد وإجراءاته

لقد تفطن المشرع الجزائري إلى ما كان قد أغفل التكفل به بجعل مراقبة قضائية على الراغب بالزواج بأكثر من زوجة واحدة، وفرض على طالب الزواج الحصول على رخصة من رئيس المحكمة التي توجد بدائرة إختصاصها مقر الزوجية.

ويجوز لهذا القاضي أن يرخص بالزواج الجديد بموجب أمر على ذيل عريضة، متى تأكد من موافقة الزوجة السابقة والموعودة بالزواج، ومن توفر المبرم الشرعي وقدرة الزوج على توفير العدل بشقيه المادي والمعنوي والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

- تقديم الطلب والفصل فيه

يجب على رئيس المحكمة عند الفصل في طلب الترخيص بالزواج الجديد طبقا لأحكام المادة 8، أن يتأكد من موافقة الزوجة السابقة، وموافقة المرأة التي عقد الزوج العزم على الزواج منها، وذلك من خلال حضور كل منهما شخصيا أمامه واستفسار كل واحدة منهما بوضوح، وعلى إنفراد وأن يتأكد من الموافقة الصريحة والتلقائية النابعة من إرادة حرة لايشوبها أي عيب من عيوب الإرادة، وتجب عليه أن يحرر بذلك محضر يوقعه مع المعنيين وأمين الضبط الذي يتعين عليه حضور هذا التحقيق .

وفي الحالة التي يتعذر على الزوجة السابقة الحضور أمام القاضي لسبب جدي يجوز للقاضي أن يتنازل عن صلاحيته بهذا الصدد إلى ضابط عمومي (المحضر القضائي) بموجب أمر على ذيب العريضة، ويكتفي عندئذ عند الفصل في طلب الترخيص بالزواج بالمحضر الذي يحرره هذا الضابط، إلا أن الإعفاء من الحضور أمام رئيس المحكمة وندب ضابط عمومي يجب أن يكون إستثنائيا إذا إقتضت إليه الضرورة القصوى، ذلك أن الأصل أن يتأكد رئيس المحكمة من الموافقة بحضور من يعنيه الأمر شخصيا، ذلك أن في الحضور أمام القاضي ضمانات كافية للتعبير الحر عن الإرادة.

الفرع الثاني : آثار الزواج الجديد دون الحصول على ترخيص القاضي

لقد أشارت المادة 8 مكرر1 من قانون الأسرة، أن مآل الزواج الجديد المنعقد دون ترخيص القاضي هو الفسخ قبل الدخول، أما إذا تم الدخول جاز للزوجة السابقة أو الزوجات، أن تطلب التطليق للتدليس وإخفاء الأمر عنها وعدم الحصول على موافقتها كما يجب قانونا. كذا يجوز للزوجة الجديدة المغرر بها التي لم تكن تعلم بوجود ضرة أو ضرات لها أن تطلب هي بدورها التطليق للتدليس.

غير أنه يلاحظ أن هذا الطرح يعد نظري أكثر منه عملي، ذلك أن الزواج في مثل هذه الحالة غالبا ما يتم طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، ويغفل تسجيله قانونا، ولايصل إلى علم الزوجة السابقة إلا بعد فوات الأوان، وبالتالي تكون هذه الأخيرة أمام أمرين أحلاهما مر. إما الإبقاء على العلاقة الزوجية أو طلب التطليق للتدليس، وفي أغلب الأحيان تخضع الزوجة السابقة للأمر الواقع، ذلك أن المشرع الجزائري لم يحذو حذو بعض التشريعات العربية[1] بمعاقبة مل من تزوج خلافا لأحكام المادة 8 من قانون الأسرة وهو في حالة الزوجية.

---

(1) — المشرع التونسي ، مجلة الأحوال الشخصية ، الفصل 18 تنص على ما يلي : " كل من تزوج وهو في حالة الزوجية وقبل فك عصمة الزواج السابق يعاقب بالسجن لمدة عام وبخطية قدرها مائتان وأربعون ألف فرنك أو بإحدى العقوبتين، ولو أن الزواج الجديد لم يبرم طبق أحكام القانون.
ويعاقب بنفس العقوبات كل من كان متزوجا على خلاف الصيغ الواردة بالقانون المتعلق بتنظيم الحالة المدنية ويبرم عقد زواج تام ويستمر على معاشرة زوجته الأولى ".

الفصل الثاني

الأسباب العامة لإنحلال الزواج

تمهيد

لقد قدس الإسلام الزواج وسماه ميثاقا غليظا، ووضع له من لاقواعد ما يضمن به بقاؤه واستمراره، غلا أنه ومع ذلك فقد شرع لاطلاق إستثناءا واعتبره أبغض الحلال إلى الهه عز وجل، علاجا للحياة الزوجية المتفككة، وقيده بجملة من الأحكام والإجراءات ينبغي على الزوج إتباعها حتى يقع طلاقه، ويعتبر سنيا وسصحيحا، والطلاق لغة مأخوذ من الإطلاق وهو الإرسال والترك.

في الشرع هو حل رابطة الزواج وإنهاء العلاقة الزوجية، وقد إختلف الفقهاء فيب حكم الطلاق، والأصح هو رأي الذين ذهبوا إلى حضره إلا لحاجة واستدلوا على ذلك بقول الرسول ﷺ ﴿ **لعن الله كل مذواق مطلاق** ﴾ . كما قال أيضا ﷺ ﴿ **أبغض الحلال عند الله الطلاق** ﴾.

وقبل طرح مختلف الإشكاليات التي سوف نحاول معالجتها في هذا القسم ينبغ الإشارة بنوع من الإيجاز إلى مسألة إثبات الطلاق قبل صدور قانون الأسرة ، بدءا بفترة الإحتلال الفرنسي لبلادنا أين كانت تطبق على المسلمين أحكام الشريعة الإسلامية، وأنشأت لهذا الغرض المحاكم الشرعية، وأهم قانون كان يطبق آنذاك هو الأمر 59/294 الصادر في 04 فيفري 1959، بالإضافة إلى النصوص التطبيقية له[1].

والجدير بالذكر في هذا المجال أنه في هذه المرحلة وإلى غاية صدور الأمر 59/294 كان الطلاق إجراءا بسيطا لايتطلب آية شكلية، إذ يتم إعلان الزوج عنه لدى القاضي الشرعي، ويتعين فيما بعد على الزوجة المطلقة رفع دعواها من أجل

---

(1) ــ **عبدالعزيز سعد** : المرجع لاسابق، ص 10.

المطالبة بحقوقها المالية، إلا أنه بعد 1959 أصبح إنحلال العلاقة الزوجية يخضع بصفة إلزامية إلى القضاء.

تنص المادة 47 من قانون الأسرة على ما يلي : " **تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة** " .

يستنتج من هذا النص أن هناك طريقين أساسيين لإنحلال عقد الزواج هما :

أولا : إنحلال عقد الزواج بالوفاة

إن أول سبب من أسباب إنحلال عقد الزواج هو وفاة احد الزوجين، فإذا توفي الزوج أو توفيت الزوجة فإن عقد الزواج القائم بينهما سينحل تلقائيا بحكم القانون، أي أنه لايحتاج إلى إقامة دعوى أمام القضاء للحكم بانحلاله أو إنقضائه، وهو سبب لادخل لإرادة الطرفين فيه، وتكون آثار إنحلال عقد الزواج بالوفاة هي نفس الآثار التي تترتب على كل زواج صحيح من حيث التوارث وثبوت النسب ووجوب العدة واستحقاق مؤجل الصداق.

المبحث الأول

إنحلال الزواج بالطلاق

إن ثاني طريقة لإنحلال الزواج هي طريقة الطلاق، وهي طريقة تظهر في رغبة الزوج في طلاق زوجته لسبب من الأسباب الشخصية أو الشرعية أو الإجتماعية، وسبب الطلاق بهذا المعنى يعتبر سببا من صنع الزوج ولا دخل لإرادة الزوجة فيه، وقد يكون الطلاق بتراضي الزوجين، أي أن يتحد وتتوافق إرادتهما على إنهاء العلاقة الزوجية، عن طريق إتباع إجراءات الطلاق بالتراضي، كما قد يكون حل العلاقة الزوجية بحكم القاضي بناء على طلب الزوجة، إعتمادا على إحدى الحالات العشر المنصوص عليها في المادة (53) من قانون الأسرة الجديد، أو إعتمادا على رغبتها في إنحلال العلاقة الزوجية بمقابل مالي تطبيقا لأحكام الخلع المنصوص عليها في المادة (54) من قانون الأسرة الجديد.

وهذا ما تؤكده المادة (48) من قانون الأسرة الجديد التي جاء فيهـا: " **مع مراعاة أحكام المادة (49) أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق، الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (53-54) من هذا القانون** " .

المطلب الأول

الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

لقد تضمنت المادة (48) السالفة الذكر، أن يحق للزوج حل عقد الـزواج بإرادته المنفردة، لأي سبب من الأسباب ولا يستوجب من الناحيـة القانونيـة، ضرورة بيان الأسباب والدوافع الشخصية التي أدت بالزوج إلى الطـلاق، إلا أن طلاقه هذا لاتكون له أية قيمة قانونية إلا إذا وقع بين يدي القاضي وتبعا لدعوى برفعها هذا الزوج أمام القضاء، وهذا ما تضمنته المادة (49) من قانون الأسـرة الجديد، " **لايثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر إبتداء من تاريخ رفع الدعوى...** " .

الفرع الأول : إجراءات دعوى الطلاق

لقد تضمن قانون الأسرة كقانون خاصة القواعد الأساسية والأحكام العامة لبناء الأسرة الجزائرية. إلا أنه لم يتضمن القواعد الإجرائية التي تحدد طرق الوصول إلى تطبيق هذه الأحكام والقواعد، ممايستوجب البحث عن هذه القواعد الإجرائية في قانون الإجراءات المدنية.

فيما يتعلق بطرق رفع الدعوى أمام المحكمة فقد تضمنت المادة (12) مـن قانون الإجراءات المدنية على أن ترفع الدعوى إلى المحكمة إما بإيـداع عريـضة مكتوبة ومؤرخة وموقعة من المدعى أو محاميه لدى مكتب الـضبط. وإمـا بحضور المدعى نفسه أمام المحكمة وفي هذه الحالة يتولى كاتب الضبط أو أحـد أعوان كتابة الضبط تلقى أقواله وتحرير محضر بتصريحات المدعى، وعليـه فقـد حددت المادة (12) طريقتين لرفع دعوى الطلاق، أهمها وأكثرها شـيوعا مـن

الناحية العملية، هي طريقة رفع الدعوى بواسطة عريضة تسمى عريضة إفتتاح الدعوى.

فيعد إيداع الزوج لعريضة إفتتاح الدعوى التي يطالب من خلالها بالطلاق، مصحوبة بنسخة من عقد الزواج لإثبات العلاقة الزوجية، وتكون هذه العريضة على ثلاثة نسخ إحداهما أصلية، يتم تسجيل الدعوى لدى كتابة الضبط المحكمة، فيعطى لها رقم وتحدد لها تاريخ الجلسة لتبلغ للزوجة.

الفرع الثاني : إجراءات إستصدار الحكم بإثبات الطلاق

من القواعد العامة أنه قبل إستصدار حكم من القضاء ينبغي مراعاة الشروط الشكلية التي أوجب المشرع توافرها في العريضة الإفتتاحية بالإضافة إلى التأسيس الموضوعي، وعليه فإن دعوى إثبات الطلاق يجب أن ترفع إلى محكمة مختصة بموجب عريضة وفقا لما يقضي به القانون، وبعد توصل القاضي بالعريضة يأتي دوره في إستكمال شكليات وإجراءات الدعوى إلى صدور حكم الطلاق.

إتصال القاضي بدعوى الطلاق

يتم عادة رفع الدعوى من الزوج، ولكي تقبل الدعوى أمام القضاء يجب توافر شروط قبولها من صفة ومصلحة وأهلية، كما ينبغي أن يجسد الطلب في عريضة إفتتاحية وفقا لما يقضي به القانون وأن ترفع أمام الجهة المختصة بهذه القضايا.

الفرع الأول : قواعد الإختصاص

الإختصاص المحلي

بالرجوع إلى المادة الثامنة (8) من قانون الإجراءات المدنية، نجدها تنص صراحة على أن دعاوى الطلاق ترفع أمام الجهة القضائية التي يقع بها مسكن الزوجية، مع العلم أن الإختصاص المحلي ليس من النظام العام، وبالتالي يمكن رفع

دعوى الطلاق أمام أية محكمة أخرى بشرط ألا يدفع الخصم بعدم الإختصاص المحلي.

ومسألة الإختصاص على بساطتها تثير العديد من المشاكل، فكثيرا ما يتقدم أمام القاضي زوجان لم يستقرا منذ زواجهما في مكان معين بل غيرا مكان الإقامة عدة مرات، ففي هذه الحالة ما هو السكن الذي يؤخذ بعين الإعتبار لتحديد الإختصاص المحلي، الرأي الراجح في هذه الحالة هو السكن الأخير.

الفرع الرابع : شروط رفع دعوى الطلاق

أولا : الشروط الواجب توافرها في الزوجين

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية على :

" **لايجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزا لصفة وأهلية التقاضي، وله مصلحة في ذلك** ".

1. الأهليـــــة

تعرف الأهلية بأنها صلاحية الشخص للإلزام والإلتزام ، صلاحية الشخص المكسب الحقوق والتحمل بالإلتزامات، والأهلية في الإصطلاح القانوني على نوعين : أهلية وجوب وأهلية أداء[1].

والمقصود بالأهلية في مجال الخصومات الزوجية هو أهلية التقاضي أمام المحكمة، بمعنى أنه إذا تنازع الزوجان وتخاصما فإنه لكي تنظر المحكمة في الموضوع المتنازع فيه يجب أن يكون كل منهما متمتعا بأهلية التقاضي وبالغا سن الرشد القانوني وهو 19 سنة من العمر كاملة، ومتمتعا أيضا بقواه العقلية وألا يكون محجورا عليه، لأنه لايجوز للمحكمة أن تقبل دعوى أو على شخص فاقد الأهلية أو ناقصها إلا بواسطة ممثله القانوني وهذا تطبيقا للقواعد العامة.

(1) ــ **القوني بن ملحة** : القانون القضائي الجزائري، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر 2000، ص 243.

إلا أن مسألة الطلاق في حد ذاتها لها خصوصياتها إذ أنها حق شخصي للزوج وأن الحجر يقع على ممارسة الحقوق المالية فقط، لذلك فإنه من الناحية الشرعية يجوز للزوج المحجور عليه طلاق زوجته[1]، ومن ثمة وطالما لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري لهذه المسألة فلا مانع من تبني ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا المجال، وتبقى مسألة اللجوء إلى القضاء مسألة إجرائية.

كما أن الطلاق هو من حقوق الزوج، فإنه يجوز له توكيل غيره في إيقاعه، وينصرف هذا الأمر إلى الزوج، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها إذ جاء فيه من المقرر قانونا أن الوكالة والإنابة هي عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شئ لحساب الموكل وباسمه، وأن الوكالة الخاصة الرسمية تصح للمرافعة أمام القضاء[2].

وفي حالة نقصان الأهلية فالمعمول به قبل تعديل قانون الأسرة هو رفع دعوى من ولي الزوج ناقص الأهلية أو ضده، وبعد تعديل قانون الأسرة فقد نصت الفقرة الثانية من المادة السابعة (02/7) على ما يلي : " **يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات** ".

وفي الأخير هناك من يعتبر أن الأهلية شرط من شروط صحة المطالبة القضائية وليس قبول الدعوى، ذلك أن تخلفها يترتب عليه دفع شكلي، في حين تخلف شروط قبول الدعوى يترتب عليه دفع بعدم القبول[3].

2. الصفة

والمقصود بالصفة كشرط في الدعوى أن يكون صاحب الحق محل الإعتداء هو الذي يباشر الحق في الدعوى التي ترفع من أجل تقرير هذا الحق أو حمايته[4].

---

(1) ــ **الإمام أبو زهرة** : الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ص 292.

(2) ــ قرار المحكمة العليا رقم 110096 لاصادر بتاريخ 1994/11/15، المجلة القضائية لسنة 1994، العدد 03، ص 79.

(3) ــ **زودة عمر** : محاضرات في قانون الإجراءات المدنية ، ملقاة على الطلبة القضاة ، الدفة 12، (غير مطبوعة).

(4) ــ **الغوثي بن ملحة** : المرجع السابق، ص 236.

والصفة في دعوى الطلاق معناها أن يكون أحد الزوجين الذي يرفع دعواه شد الزوج الآخر له صفة في إقامة هذه الدعوى وتقديمها إلى المحكمة، بمعنى أنه يجب لتحقيق هذا الشرط أن يكون المدعي هو الزوج أو الزوجة نفسها أو أحد ممثليهما قانونا، ووتثبت الصفة في الدعوى بتقديم الزوج طالب الطلاق نسخة من عقد الزواج.

3. المصلحة

أما بالنسبة للمصلحة فإنه بالنسبة للزوج أو الزوجة أو الورثة، فإنه من مصلحتهم إثبات دفوع الطلاق، وتظهر هذه المصلحة بصفة خاصة في دعاوى إثبات الطلاق في حالة إعادة الزوجة الزواج أو تزوج الزوج بأخت الزوجة أو بمراجعة، أما بالنسبة للورثة فإن مصلحتهم تتمثل في ثبوت الميراث من عدمه.

الفرع الخامس : تعامل القاضي مع دعوى إثبات الطلاق

بعد رفع الدعوى وفقا للطرق المنصوص عليها بالمادة 12 من قانون الإجراءات المدنية، يقوم الكاتب ــ كاتب الضبط ــ بتسجيل القضية في السجل المخصص لذلك ويمنح لها رقما خاصا، ويسلم وصلا يثبت دفع حقوق التسجيل المقرر قانونا يحمل رقم القضية وتاريخ تسجيل الدعوى وتاريخ الجلسة، الذي يجب أن يحضر فيه مرفقا بالتكاليف بالحضور، والذي يعد قرينة على علم المدعى عليه بالدعوى المرفوعة.

ونظرا لخصوصية دعوى الطلاق فإن القاضي يعقد جلسة الصلح أولا ويتم فيها سماع كلا من الزوجين وفقا لنص المادة (49) من قانون الأسرة، التي جاء فيها : " **لايثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة أشهر (03) إبتداء من تاريخ رفع الدعوى** ".

أولا : إجراءات الصلح

ما يلاحظ على الفقرة الأولى من المادة (49) المذكورة آنفا أنها أكدت على عدم إمكانية الفصل في دعاوى الطلاق إلا بعد إجراء محاولة الصلح من طرف القاضي وذلك في مدة أقصاها ثلاثة (03) أشهر من تاريخ رفع الدعوى، ويعد هذا الإجراء من النظام العام، لايجوز الإتفاق على ما يخالفه، فإذا لم يحترم هذا الإجراء كان الحكم الصادر بالطلاق عرضة للنقض من المحكمة العليا، وذلك على أساس الخطأ في تطبيق القانون، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1989/12/25 ملف رقم 57812، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الثالث.

ثانيا : عرض المنف على النيابة العامة

تنص المادة الثالثة (03) مكرر من قانون الأسرة على مايلي : " **تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تنطبيق أحكام هذا القانون** ".

وتنص المادة (141) من قانون الإجراءات المدنية على أنه يجب إطلاع النائب العام على القضايا الآتية :

ـ القضايا الخاصة بحالة الأشخاص ...

وترسل هذه القصايا الموضحة آنفا إلى النائب العام قبل 15 يوما على الأقل من يوم الجلسة بواسطة كتابة الضبط.

وقد ورد النص على هذه المادة (141) في القسم الثالث المتعلق بالأحكام ، من الباب الأول والمتضمن الإجراءات المتبعة أمام المجالس القضائية، وعليه وطبقا لنص المادة الثالثة (03) من قانون الأسرة والمادة (141) من قانون الإجراءات المدنية يجب عرض ملفات قضايا الطلاق على السيد وكيل الجمهورية، ذلك أن دعاوى الطلاق يعود الإختصاص بالفصل فيها كما سبق وأن أشرنا إلى المحاكم كدرجة أولى وأخيرة.

ثالثا : الحكم بالطلاق

المفروض أن حكم الطلاق بمجرد صدوره يتم إشباع الحاجة من الحماية القضائية وبالتالي يكون نافذا بذاته دون الحاجة إلى أي إجراء آخر، وعلى هذا الأساس المفروض أن يتم التأشير به على هامش وثائق الحالة المدنية مباشرة، وبما أن المحكمة العليا تقبل الطعن بالنقض فيه، وطالما كان الأمر كذلك فإن تكريس الطلاق من عدمه متوقف على فوات آجال الطعن بالنقض أو صدور قرار المحكمة العليا في حالة الطعن بالنقض، وعليه فإن المعمول به أن الحكم بإثبات الطلاق لايكون قابلا للتنفيذ إلا بعد مرور أجل الطعن بالنقض مع عدم تقديمه.

المطلب الثاني

الخلع حق مطلق بيد الزوجة لايشترط فيه رضاء الزوج

المادة 54 من قانون الأسرة

تنص المادة 54 بعد التعديل على ما يلي : " **يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لايتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم** ".

يتضح من هذا النص أن الخلع حق مطلق بيد الزوجة، بحيث أن موافقة الزوج لم تصبح ضرورية خلافا إلى ما كان عليه العمل قبل تعديل المادة 54 من قانون الأسرة، النص القديم : " **يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الإتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شئ يحكم القاضي بما لايتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم** ".

وبالتالي فعلى القاضي الإستجابة بعد عدة محاولات صلح إلى طلب الزوجة بمخالعة نفسها من زوجها مقابل مبلغ مالي يتم للإتفاق عليه الزوجان، وعند إختلافهما يحدد بدل الخلع بما يعادل صداق المثل وقت صدور الحكم ".

وبهذا يكون المشرع قد وضع حدا للدجدل القانوني الذي كان سائدا حول مسألة الخلع على مستوى الجهات القضائية المختلفة، وإن إرغام الزوجة وإكراهها على معاشرة زوجا أصبحت تنفره بسبب تمسك قاض باعتقاده أن الخلع عقد رضائي[1] يتوقف الحكم به على موافقة الزوج وقبوله به، قد زال بدوره وبدون رجعة.

ولكن السؤال الذي يطرح : هل في إباحة الخلع للزوجة مصلحة للأسرة الجزائرية، خاصة ما يلاحظ منذ صدور الأمر 02/05 المعدل والمتمم لقانون الأسرة لعام 1984 من تهافت الزوجات على المحاكم طالبين فك الرابطة الزوجية بتلك الوسيلة ؟ الأصل لا إجتهاد مع صراحة النص، ولكن لابد أن يكون لقاضي الأحوال الشخصية دور إيجابي في معالجة كل حالة من حالات الخلع بحكمة وتروي وتبصر، خاصة وأن المشرع قد أعطى له تلك الإمكانية عن طريق محاولات الصلح التي تسبق فك الرابطة الزوجية .

المطلب الثالث

إنحلال عقد الزواج بالتطليق

إن التطليق هو طريق من طرق إنحلال عقد الزواج ويكمن في إظهار رغبة الزوج في حل الرابطة الزوجية القائمة بينهما وبين زوجها لسبب من الأسباب المشار إليها في عناصر المادة 53 من قانون الأسرة.

وانحلال عقد الزواج بطريقة طلب الزوجة للتطليق يعتبر من صنع الزوجة وحدها وتنفيذا لرغبتها، وهو لايمكن أن يكون إلا أمام القضاء وبموجب دعوى ضد الزوج. وذلك لأسباب قانونية منصوص عليها على سبيل الحصر في نص المادة 53 من قانون الأسرة.

---

(1) — قرار المحكمة العليا رقم : 51728 بتاريخ 1988/11/21 ، المجلة القضائية 05/ سنة 1996، ص 72.
نص هذا القرار على : " الحكم بالتطليق على أساس الخلع بدون موافقة الزوج مخالفة لقاعدة فقهية ... ".

وقد تم تعديل المادة 53 بإضافة أسباب أخرى جديدة والتي يجوز للزوجة أن تطلب التطليق بسببها. فبالإضافة إلى الأسباب التي تضمنها نص المادة قبل التعديل وهي كما يلي :

" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية :

عدم الإتفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون .

1. العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج .
2. الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر .
3. الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية .
4. الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولانفقة .
5. كل ضرر معتبر شرعا ولا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادة الثامنة (8) أعلاه .
6. إرتكاب فاحشة .

بالإضافة إلى الشروط الستة السابقة أضيف إليها ما يلي :

1. الشقاق المستمر بين الزوجين وهذا شئ إيجابي لأنه في هذه الحالة تكون إستمرار الحياة الزوجية مستحيلة والتطليق هو الحل.
2. مخالفة الشروط المتفق عليه في العقد، والقاعدة الناس عند شروطهم وهذا أمر إيجابي .
3. مخالفة الأحكام الواردة في المادة (8) أعلاه، وهي تعدد الزوجات وكل ضرر معتبر شرعا.

الحكم بالتعويض للمطلقة في حالة التطليق

تنص المادة 63 من قانون الأسرة على ما يلي : " **يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها** ".

لقد كان القضاء قبل صدور قانون الأسرة لعام 1984 وفي ظل هذا القانون وقبل تعديله يحرمون المطلقة من التعويض عند الإستجابة إلى طلب الزوج في فك الرابطة الزوجية بطريقة التطليق، حيث يعتبرونه في حد ذاته جبرا للأضرار التي كانت المطلقة تعانيها قبل الطلاق.

إلا أن المشرع الجزائري ومنعا لحالة التعسف التي كانت تعانيها المطلقة قد أجاز للقاضي بموجب نص المادة 53 مكرر الجديد أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها والذي دفعها إلى طلب التطليق . وبذلك يكون المشرع قد رفع الغبن الذي كان مسلط عليها، وهو رأي يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية ومقبول شرعا.

المبحث الثاني

آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الاسرة

المطلب الأول

الحضانة

الفرع الأول : مفهوم الحضانة شروطها وضوابطها وفقا للمادة 62 من قانون الأسرة

تنص المادة 62 من قانون الأسرة على ما يلي : " **الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا .**

ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك ".

الفرع الثاني : ترتيب أصحاب الحق في الحضانة وفقا للمادة 64 بعد التعديل

لقد تم تعديل ترتيب مستحقي حضانة الأولاد، إذ جاء الأب مباشرة بعد الأم، ثم جاءت درجة الجدة للأب قبل الخالة، واستحداث حضانة للعمة، مع العلم أنه لايوجد من الفقهاء من قال بحضانة الأب بعد الأم مباشرة، على إعتبار أن الإناث أليق للحضانة لأنهن أشفق وأقدر على تربية الأطفال من الرجال.

وعليه فإنه من الضروري التفرقة بين حالتين في إسناد الحضانة للأب، بحيث لايمكن إستناد حضانة الولد الصغير للأب وإنما يمكن أن تسند له فقط حضانة الأبناء عندما يصل سنهم إلى سن معين.

الفرع الثالث : بقاء الحاضنة في بيت الزوجية إلى حين تنفيذ الأب الحكم المتعلق بالسكن المادة 72

ـــ حماية للأم الحاضنة والأولاد الذين غالبا ما يكون ضحية الطلاق من التشرد والتطفل على الأهل والأقارب، فقد قرر المشرع بقائهم بمحل الزوجية إلى حين توفير الأب لهم مسكنا ملائما تنفيذا للحكم القضائي[1]، وهذا ما قضت به المادة (72 من قانون الأسرة بعد التعديل) التي جاء فيها : " **في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر للممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن** ".

ـــ إلا أنه من الناحية العملية عند عرض النزاع على القضاء عادة ما تكون الزوجة خارج بيت الزوجية، وقد لجأت إلى بيت أهلها أو أحد أقاربها، وبالتالي عند صدور الحكم بالطلاق عادة ما تعتد في بيت أهلها خلافا لأحكام الشريعة الإسلامية في هذا المجال.

ولذلك كان على المطلقة حماية لها ولأولادها، أن تبقى في بيت الزوجية إلى حين إنتهاء عدتها وتتمكن عندئذ من تنفيذ الحكم المتعلق بالسكن.

---

(1) ـــ **عبدالعزيز سعد** : المرجع السابق، ص 160.

وعليه فالمشرع الجزائري قد أفرد مادة خاصة بالسكن، حيث أوجب على الزوج في حالة الطلاق توفير السكن لممارسة الحضانة دون تحديد عدد الأبناء المحضونين، وإن تعذر عليه ذلك وجب عليه دفع بدل الإيجار، بعدما قرر أنه في حالة الطلاق تبقى الحاضنة في بيت الزوجية إلى حين تنفيذ الزوج للحكم القضائي المتعلق بالسكن.

القسم الثاني

الأحكام والقواعد الإجرائية

التي تضمنها قانون الأسرة بعد التعديل

أولا : المادة الثالثة مكرر

وتنص على ما يلي : " تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية على تطبيق هذا القانون ".

I. النيابة العامة طرفا أصليا في قضايا الأسرة

إن إعتبار النيابة العامة ـــ الدولة ـــ طرفا أصليا في النزاعات العائلية كونها ممثلة للحق العام، هو إعتبار قضايا الأسرة من النظام العام، وأنه لابد من حمايتها والسهر على ضمان إستقرارها، حيث يكون للنيابة العامة مهمة السهر على التطبيق السليم للقانون، وذلك من خلال إبداء رأيها ووجهة نظرها في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق قانون الأسرة.

II. دور النيابة العامة في قضايا الأسرة

تفعيل دور النيابة العامة في القضايا المدنية ومنها قضايا الأسرة وذلك بتوسيع مجال المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية، ومدها إلى محاكم الدرجة الأولى، بدل إقتصارها على النواب العامين على مستوى المجالس القضائية.

فالمادة 141 من قانون الإجراءات المدنية تجبر الجهات القضائية المدنية على إبلاغ بعض القضايا إلى النيابة العامة لإعطاء رأيها. وذلك عندما يتعلق الأمر بحماية بعض المصالح العامة أو الخاصة، حيث يكون للنيابة العامة إبداء رأيها ووجهة نظرها في تطبيق القانون. بالإضافة على مهمة حماية الذين لايستطيعون حماية أنفسهم نتيجة لحالتهم العقلية أو بسبب سنهم.

الإنتقادات الموجهة لهذا النص

يعاب على هذا النص والتعديلات التي تضمنها، أنها لم تتضمن الآليات القانونية التي يتم من خلالها تدخل الدولة ـــ النيابة العامة ـــ في ممارسة حقها باعتبارها الحامية لقضايا الأسرة والضامنة لإستقرارها.

إن هذه التعديلات المدخلة على قانون الأسرة لم تتضمن الإجراءات العملية لكيفية تفعيل دور النيابة العامة كطرف أصلي في النزاعات الرامية إلى تطبيق قانون الأسرة. أمام الجهات القضائية المختلفة. فهذه التعديلات لم تتضمن كيفية تبليغ النيابة العامة كطرف أصلي في دعوى الأحوال الشخصية، وهل هذ التبليغ إجباري أم إختياري ؟ وكيف يكون الحكم في حالة القضاء في غيابها ؟ وكيف تمارس النيابة العامة دورها كطرف كامل الصفة في القضايا الرامية إلى تطبيق قانون الأسرة ؟ هل تبدي رأيها كتابة أو شفاهة ؟ وكيف يتم التعامل معه من طرف جهة الحكم ؟ وهل يحق لها أن ترفع بصفتها هذه مختلف الطعون في الأحكام الصادرة تطبيقا لهذا القانون ؟. تبقى هذه التساؤلات مطروحة تبحث عن الإجابة.

المجالات المقترحة لتدخل النيابة العامة

مع الإشارة إلى أن اللجنة التي أسندت إليها مهمة إعادة النظر في قانون الأسرة لعام 1984 قد إقترحت تدخل الدولة ـــ النيابة العامة ـــ في مجالات عديدة منها :

1 ـــ تدخل النيابة العامة كطرف في إلزام الزوجين بتنفيذ القضايا الأخلاقية المتضمنة في عقد الزواج، كالمعاشرة بالمعروف، والمساهمة المالية والمادية والتشاور في تسيير الأسرة وتنظيم النسل معاملة كل منهما لأبوي الآخر واحترامهم

وزيارتهم، زيارة كل منها لأبوية واستضافتهم وذلك بهدف الحد من ظاهرة طرد وتشريد الآباء والتخفيف من بيوت المسنين وديار الرحمة.

2 ـــ إقترحت اللجنة إنشاء صندوق وطني خاص بالنفقة، يقوم بدفع النفقة ثم يعود على الأزواج، وتكون النيابة العامة الضامنة لإسترداد مدفوعاته، ينشأ قانونه الأساسي ونظامه الداخلي بموجب المادة 48 من قانون المالية، وهذا أسوة بما هو مطبق في كل من تونس وفي مصر بموجب بنك تاجر للنفقات وعملا بنظام بيت مال المسلمين المقرر في الشريعة الإسلامية، وذلك من خلال نص المادتين 80 و 80 مكرر في المشروع التمهيدي المقترح.

المادة 80 في المشروع التمهيدي المقترح لقانون الأسرة الجديد

" ينشأ طبقا للشروط والكيفيات المحددة في التشريع المعمول به، صندوق عمومي لدفع النفقة الغذائية بما فيها أجرة السكن التي يبقى تحصيلها بطرق التنفيذ القانونية دون جدوى ".

المادة 80 مكرر نصت على مايلي :

" دون الإخلال بالتشريع المعمول به يمكن دفع كل نفقة غذائية بما فيها أجرة السكن المحدد بموجب حكم قضائي نهائي تعذر تحصيلها الكلي أو الجزئي بالطرق القانونية، من قبل الصندوق المنشأ بموجب المادة 80 من هذا القانون .

ـــ تحل الخزينة العمومية بقوة القانون محل الدائن الذي إستفاد من إجراء الدفع المنصوص عليه في هذه المادة.

ـ فضلا عن طرق التنفيذ الأخرى يمكن لوكيل الخزينة الإقتطاع من حساب الدائن.

ـ تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم ".

إلا ان المشرع عند تعديله للمواد من 36 إلى 39 من قانون الاسرة والمنظمة لحقوق وواجبات الزوجين، قد أخذ بأفكار اللجنة فيما يخص إعادة تكييف وتنظيم هذه الحقوق والإلتزامات المتبادلة، إلا أنه أهل الإشارة إلى تدخل النيابة العامة كطرف ملزم لتفعيل هذه الحقوق وتنفيذ هذه الإلتزامات.

أما فيما يخص الإقتراح الخاص إنشاء صندوق النفقة فبالرغم مما قد يؤدي هذا الصندوق في مساعدة المطلقات الحاضنات خاصة في الحالات التي يكون فيها الزوج المطلق عاطل عن العمل أو عاجزا عن أداء المبالغ المحكوم بها كنفقة للأطفال، غير أن التعديلات المدخلة على قانون الأسرة (2005) قد أهملت النص عليه.

3 ـ لقد إقترحت اللجنة ضرورة إشراف النيابة العامة على إجراءات تسجيل الأحكام الصادرة في قضايا تثبيت الزواج والطلاق، هذا الإقتراح الذي تم تجسيده من طرف المشرع من خلال الفقرة الثانية من المادة 22 والفقرة الثالثة من المادة 49 من قانون الأسرة الجديد، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 22 على ما يلي : " **... يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة** ".

أما المادة 49 الفقرة الثالثة فجاء فيها : " **... تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة** ".

ثانيا : جلسات الصلح واجراءاتها وفقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة

" **لايثبت الطلاق إلا بحكم بعده عدة محاولات صلح يجريها القاضي، دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر إبتداء من رفع الدعوى.**

يتعين على القاضي تحرير محضرين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين.

تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

بعد أن كان يعاب على النص القديم تضمنه لقاعدة إجرائيـــة وردت في قانون الإجراءات المدنية. وهي إلزامية إجراء الصلح في دعوى الطلاق.

بعد أن إستقر رأي المشرع في قانون الإجراءات المدنية من خـــلال نص المادة 17 أن الصلح إختياري يجريه القاضي بين الأطراف أثناء نظر الدعوى في أية مادة كانت بما فيها دعاوى الأحوال الشخصية.

وقد كان النص القديم (49) محل تساؤلات عديدة منها:

1 ـ هل المادة 49 من قانون الأسرة تعتبر قد خصصت أو عدلت أو ألغـت المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية ؟.

2 ـ ماهي الإجراءات التي ينبغي أو يجب علـى القاضـي إتباعهـا حـتى يستطيـع تطبيق المادة 49 تطبيقا سليما ؟.

3 ـ إذا قام القاضي بمحاولة الصلح وتوصل مع الزوجين إلى نتائج إيجابيـة، فأين وكيف يتم إثبات ما توصل إليه من إلتزامات من الجانبين ؟.

إجابة عن هذه التساؤلات، فإن المشرع من خلال النص الجديـد وقـصد إعطاء الزوجين فرصة للتراجع عن مواقفهما الداعية لفك الرابطة الزوجية وتجاوزا للخلافات القائمة بينهما، فإن قد أوجب على القاضي أن يجري عدة محـاولات للصلح خلال مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر إبتداء من تاريخ رفع الدعوى.

- في حين النص القديم ينص على الصلح بصيغة المفرد ـ وأن الهدف المتوخى من وراء هذا التعديل هو تكرار محاولة الصلح للحفاظ علـى روابـط الأسرة.
- وقد ألزمت الفقرة الثانية من هذا النص الجديد القاضي بتحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين.

• وبالرغم من أن النص لم يشر إلى إكتساب المحضر للقوة التنفيذية. إلا أن هذا المحضر تكون له قوة إثباتية بإعتباره وثيقة هامة من وثائق ملف الدعوى إلى جانب عرائض ومذكرات الطرفين، حيث يستند إليه القاضي في تكوين قناعته عند مناقشة الدعوى وإصدار الحكم.

ثالثا: التحكيم واجراءاته في قضايا الأسرة وفقا لنص المادة 56 من قانون الأسرة

" إذا إشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما.

يعين القاضي حكمين، حكما من أهل الزوج. وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتها في أجل شهرين".

لقد تضمن هذا النص قبل التعديل وبعد التعديل قاعدة إجرائية. تتمثل في وجوب تعين القاضي حكمين بين الزوجين حكما من أهل الزوج وحكم من أهل الزوجة. وذلك في حالة ما إذ إشتد الخصام بينها و لم يثبت الضرر. والأصل في هذه القاعدة الإجرائية قوله ﷻ: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاَحاً يُوَفِّقِ اللّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً ﴾.

إلا أنه يعاب على المشرع عدم توضيح كيفية تفعيل هذه القاعدة في الواقع العملي. حيث لم تتضمن التعديلات المدخلة على القانون الأسرة. الحالة التي يجب فيها تعيين الحكمين ووقت هذا التعيين. وشروط الحكمين من الأهل أم لا وكيفية إختيارهما. وكيفية ممارسة مهمتها في الإتصال بالزوجين للتوفيق بينهما. وهذا خلافا للقانون المصري الذي ينضم الوقت الذي يجب فيه تعيين الحكمين. والطريقة التي تتم بها عملية التعيين والدور الذي يجب أن يؤديه هذين الحكمين[1].

([1]) ــ **أحمد محمود خليل** : عقد الزواج العرفي، منشأة المعارف بالإسكندرية، جمهورية مصر العربية، 2006، ص 62.

رابعا : عدم قابلية أحكام فك الرابطة الزوجية للإستئناف في قانون الأسرة

تنص المادة 57 من قانون الأسرة الجديد : " **تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للإستئناف فيها عدا جوانبها المادية.**

تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للإستئناف ".

لقد واجه هذا النص عدة إنتقادات أهمها :

1 ـ إن واضعي هذا النص في قانون الأسرة لم يراعوا أهمية التنسيق والإنسجام بين كافة النصوص القانونية الواجبة التطبيق وذات العامل المشترك. ويتجلى ذلك بشأن هذا النص (57) ونص المادتين (3) و (231) من قانون الإجراءات المدنية. حيث تنص المادة (3) من قانون الإجراءات المدنية : " **تقضي المحاكم في جميع الدعاوى بأحكام قابلة للإستئناف** ".

وكذلك ما نصت عليه المادة (231) من قانون الإجراءات المدنية من كون المحكمة العليا تختص بنظر الطعون بالنقض في الأحكام النهائية الصادرة عن المجالس القضائية ومن المحاكم بجميع أنواعها. إلا ما أستثني بنص خاص، ولكن قانون الأسرة عندما نص على أن أحكام الطلاق لاتقبل الطعن بالإستئناف، لم ينص على أنها لاتقبل مع ذلك الطعن بالنقض.

2 ـ إذا كان حكم الطلاق عندما يكون صادرا بناءا على رغبة وطلب الزوج وعلى رغبته لوحده، لايحمل الخطأ ما دام معيار الصواب هو رغبة وإرادة الزوج في الطلاق وقد طلبه وأصر عليه، فإن هذا الحكم يكون من القانوني القول أنه لايقبل الطعن فيه بالإستئناف ولا بالنقض.

فإن حكم التطليق الذي يكون صادرا بناء على طلب الزوجة تطبيقا لحالة من الحالات المنصوص عليها في المادة (53) من قانون الأسرة، ونظرا لإحتمال

الخطأ في تطبيق هذه الحالات، ومع إمكانية الغلط في فهم وتفسير عناصرها ما دام حكم التطليق يتطلب أدلة ووسائل إثبات يمكن أن يختلف الناس في تقييمها وفي مدى سلامة تطبيق القانون بشأنها، فكان من القانوني أن تكون الأحكام المبنية على الحالات المنصوص عليها في المادة (53) قابلة للطعن بالإستئناف والطعن بالنقض أيضا[1].

وقد كانت اللجنة التي أسندت غليها مهمة إعادة النظر في هذا القانون، قد إفترضت جعل التقاضي في قضايا التطليق على درجتين، لأن دور القاضي فيها منشئ للفرقة، وبالتالي عدم حرمان الزوج المضرور من درجة ثانية للتقاضي، وعدم حرمان المجلس القضائي من مراقبة تقدير الدرجة الأولى لأسباب التطليق وثبوتها من عدمه.

غير أن المشرع رأى أن أحكام التطليق والخلع شأنها شأن أحكام الطلاق تكون غير قابلة للإستئناف إلا في جوانبها المادية، وذلك لوضع حد للضرر الواقع على الزوجة، وأن طول مدة إجراءات التقاضي بسبب الإستئناف يؤدي إلى الإستمرار في هذا الضرر.

كما أن التفسير الضيق لنص المادة 57 من قانون الأسرة قبل التعديل والتي تنص على " **الأحكام بالطلاق غير قابلة للإستئناف ما عدا في جوانبها المادية** " وإلى ذلك ذهب قضاء المحكمة العليا في قراره رقم 89635 الصادر في 1994/04/19 بحيث نص على الخصوص " ... **يجوز لقضاة الإستئناف الحكم بقبول إستئناف الحكم بالتطليق لعدم شمول هذه الحالة بنص المادة 57 من قانون الأسرة** "[2] وبالتالي جعل المرأة في حالة الحكم بالفرقة بالتطليق أو الخلع معلقة، بحيث لاتستطيع تسجيل الطلاق بالحالة المدنية، وبالتالي

---

(1) ــ **عبدالعزيز سعد** : المرجع السابق، ص 18.

(2) ــ قرار المحكمة العليا رقم 89635 بتاريخ 1943/04/27، المجلة القضائية 1994/01، ص 53.

لايمكنها الزواج من جديد إلى أن يصبح الحكم نهائيا باستنفاذ جميع طرق الطعن (الإستئناف والطعن النقض)، وقد يحدث أن تتزوج المطلقة عرفيا بعد إنتهاء عدتها وبعد مدة طويلة من الزمن يفاجئها زوجها السابق بطلبه رجوعها إلى بيت الزوجية بسبب أن قضاة الإستئناف أو قضاة المحكمة العليا أبطلوا إنحلال الزواج، بناء على طلبها عن طريق التطليق أو الخلع، ويحدث أن تكون قد أنجبت مع زوجها الجديد أولادا، ويصعب عندئذ وجود الحل المناسب. ذلك فإن كل الحقوقيين يؤيدون ما ذهب إليه المشرع عندما إعتبر الأحكام بالتطليق أو الخلع غير قابلة للإستئناف ما عدا في جوانبها المادية.

مدى قابلية أحكام التطليق أو الخلع للطعن بالنقض

من الناحية القانونية فإن الأحكام بالتطليق أو الخلع قابلة للطعن بالنقض، ومن هنا نلاحظ أن الجهات القضائية تشترط عند تسجيل الأحكام بالتطليق أو الخلع بالحالة المدنية تقديم شهادة عدم الطعن بالنقض، وتعرقل بذلك المطلقات من تحرير أنفسهن نهائيا بتسجيل تلك الأحكام بالسجلات النظامية وفتح المجال أمامهن لإعادة حياتهن بالزواج من جديد رسميا.

وبالتالي فإن إشتراط تقديم شهادة عدم الطعن بالنقض ـــ حسب إعتقادنا ـــ أو إنتظار فصل المحكمة العليا في الطعن ومآل الحكم بالتطليق أو الخلع بعد إحالة تلك الهيئة القضائية للفصل فيها وفقا للقانون إجحافا في حق المطلقة واستهتارا بكرامتها، ذلك أن حكم القاضي بائن بينونة صغرى وأنه لايجوز للزوج مراجعة زوجته بعد صدور الحكم بالفرقة إلا بعقد جديد يكون فيه رضا الزوجين جوهريا. بحيث يبطل هذا العقد إذا إنعدم هذا الركن (المادة 09، 10، 33 من قانون الأسرة) والأمر كذلك بانتهاء عدة المطلقة التي تصير أجنبية عن مطلقها إذ

لايجوز لهذا الأخير مراجعتها إلا بعقد جديد، إذن ما هي آثار الطعن بالنقض على إمكانية تسجيل الحكم بالطلاق بوجه عام بمجرد صدوره بسجلات الحالة المدنية.

خامسا : التدابير الإستعجالية المتعلقة بالحضانة والنفقة

تنص المادة 57 مكرر من قانون الأسرة على مايلي : " **يجوز للقاضي الفصل على درجة الإستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق فيها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن** ".

لقد تضمن هذا النص في قانون الأسرة الجديد قاعدة إجرائية مفادها أنه يجوز لرئيس المحكمة الفصل على وجه السرعة بموجب أمر على عريضة في جميع الإجراءات والتدابير الإستعجالية المؤقتة المتعلقة بقضايا الأحوال الشخصية التي تقتضي الفصل فيها على وجه السرعة ولاسيما تلك المتعلقة بحضانة الأطفال والنفقة وغيرها. بعد أن كانت هذه الإجراءات تخضع في تنظيمها لما هو منصوص في قانون الإجراءات المدنية، ولاسيما المواد 172 و 183 منه.

الفصل بموجب أمر على عريضة دون حاجة إلى رفع دعوى إستعجالية

قد يقوم خصام بين الزوجين ويستمر لمدة طويلة وتفشل معه كل محاولات الأهل والأقارب في إصلاح وإعادة الحياة الزوجية بينهما على مسارها العادي، وترفع بسبب هذا الخصام دعوى أمام المحكمة للمطالبة بفك الرابطة الزوجية، ولحماية الأطفال من الإهمال والضياع والتعرض إلى الجوع والإحتياج فقد كان للزوجة بموجب المادة 183 من قانون الإجراءات المدنية أن ترفع دعوى مستعجلة لتطلب من رئيس المحكمة بصفته قاضي الأمور المستعجلة أن يأمر بإسناد حضانة الأطفال إليها بصفة مؤقتة، وأن يخصص لكل واحد منهم نفقة مؤقتة، ريثما تفصل المحكمة (قسم الأحوال الشخصية) في موضوع الطلاق، وتقرر إسناد

الحضانة لمن ترى توفر مصلحة الأطفال لديه بصفة نهائية، كما تصدر حكما فيما يجب نفقتهم.

هذه الإجراءات أو هذه الطلبات المؤقتة أصبحت وفقا لنص المادة 57 مكرر من قانون الأسرة يأمر بها رئيس المحكمة على وجه السرعة بموجب أمر على عريضة دون حاجة إلى رفع دعوى إستعجالية .

أهم الإشكالات القانونية التي تطرحها المادة 57 مكرر من قانون الأسرة

إن المادة 57 مكرر تطرح عدة إشكالات قانونية أجرائية وموضوعية تجعلها مادة ولدت ميتة ولا سبيل لتطبيقها ووضع أحكامها موضع التنفيذ أهمها :

إن هذه المادة قد منحت للقاضي ـــ حسب المذكرة الإيضاحية هو رئيس المحكمة ـــ الفصل على وجه الإستعجال بموجب أمر على عريضة، إذا تعلق الأمر بمسائل النفقة، الحضانة، الزيارة والسكن، والأمر بهذا الشكل ـــ حسب رأينا ـــ غير صائب للأسباب الآتية :

أ ـــ إن الأمر على عريضة هو من الأوامر الولائية، غير قابل للطعن فيه لا بالمعارضة ولا بالإستئناف.

ب ـــ عن القاضي ـــ رئيس المحكمة ـــ عند الفصل في المسائل المحددة بالمادة 57 مكرر يجد نفسه يفصل في مسائل تمس بموضوع النزاع يخرج عن إختصاصه كقاضي للإستعجال من جهة، ويكون أمره ولائي غير فاصل في منازعة قضائية، وهو ما يمس بحقوق الدفاع المكفولة دستوريا من جهة ثانية.

فلماذا يسمح لقاضي الإستعجال الفصل في هاته المسائل بأمر ولائي والحال أنه جائز له ذلك طبقا لنص المادة 183 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية، أم أن المادة 183 ق.إ.م لاتف بالغرض الذي إستحدثت من أجله المادة 57 مكرر من قانون الأسرة ؟.

ج ـ إن الأوامر الولائية طالما أنها ليست فاصلة في منازعة قضائية فلا يمكن أن تمهر بالصيغة التنفيذية إستنادا إلى نص المادة 320 ق إ م، ذلك أن كل حكم أو قرار أو سند لايكون قابلا للتنفيذ إلا إذا كان ممهورا بالصيغة التنفيذية، الأمر الذي يجعلنا نتساءل، هل الأمر على ذيل العريضة واجب التنفيذ؟. من الناحية العملية إن كتاب الضبط في المحكمة يمتنعون عن إمهار الأمر على العرية بالصيغة التنفيذية، ذلك لأن المادة 321 ق إ م صريحة في هذا الشأن وهي تقر بأن لكل من صدر لمصلحته حكم ـ بمفهومه الواسع الذي يشمل القرارات والأوامر الإستعجالية ـ أو كان بيده سند، وأراد ان ينفذ بموجبه، له الحق في الحصول على نسخة ممهورة بالصيغة التنفيذية،دون الإشارة إلى الأوامر على العرائض.

د ـ إن المحضر القضائي بصفته القائم بالتنفيذ عندما يوضع أمامه أمر على عريضة طبقا لنص المادة 57 مكرر محل المناقشة، لا يجد الوسيلة القانونية لوضعه موضع التنفيذ نظرا لكونه غير ممهور بالصيغة التنفيذية، ولأن الإلزام لايكون إلا طبقا للمادة 320 ق إ م ، وبالتالي فإن المحضر القضائي يكتفي بتبليغ الأمر لمن صدر ضده دون أن تكون له قوة إلزامية، ويترك أمر الإستجابة له من عدمه لقناعة المأمور الذي صدر ضده. طالما أنه لايمكنه أن يجري الحجز على أمواله، الشئ الذي يجعله في حكم من يترجى شخص للوفاء بما أمر به السيد رئيس المحكمة، وفي هذا مساس بمصداقية العدالة وقوة ما تقضي وتأمر به، وبالتالي يثور التساءل عن جدوى صدور أوامر غير قابلة للتنفيذ الجبري على من صدرت ضده ؟.

وفي الأخير فإن المشرع إذا كان يهدف إلى وضع ميكانيزمات تعالج أوضاع ضرورية فإن عليه أن يكون ذلك في إطار لايناقض ولا يخالف أحكام ومبادئ قانونية مستقرة، وبالنتيجة لكل ما ذكر من إشكالات فإنه ـ لاضرورة ـ

لإستحداث المادة 57 مكرر في قانون الأسرة، ذلك أنه إذا كان الأمر يهدف إلى ضرورة الفصل في مسائل النفقة والحضانة والزيارة والسكن على وجه السرعة، فإن المادة 183 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية، والخاصة بالقضاء المستعجل كفيلة بهذا الجانب ولا داعي للإكثار من المادة القانونية إذا كانت لا تجد سبيلا للتطبيق أو التنفيذ.

المراجـــــع

1. قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له.
2. الأمر التشريعي رقم : 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.
3. المرسوم التنفيذي رقم 154/06 المؤرخ في 11 ماي 2006 المحدد لشروط ، كيفيات تطبيق المادة 7 مكرر بخصوص الشهادة الطبية (الفحص الطبي) ما قبل الزواج .
4. **أحمد محمود خليل** : عقد الزواج العرفي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر العربية، سنة 2006.
5. **جمال الغمراني** : الولاية والشهادة في النكاح وحكم الزواج العـــرفي، دار النهـــضة العربية، مصر العربية ، 2007.
6. **زكرياء البري** : الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر العربية، 1985.
7. **عبدالعزيز سعد** : الزواج والطلاق يفي قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثـــة، دار هومة ، الجزائر، 1996.
8. **فوضيل سعد** : شرح قانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائـــر، 1984.
9. **محمود محمد عوض سلامة** : حسم الخلافات الزوجية عن طريق الخلع، دار النهـــضة العربية، مصر العربية، 2007.
10. **محمد إسماعيل فرحات** : أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي ، مصر العربية، 2008.

فهرس المحتويات

الموضوعـــــــــــات	الصفحة
لمحة تاريخية عن التنظيم القضائي في مجال الأحوال الشخصية كمدخل لدراسة قانون الأسرة	01
أولا : مرحلة ما قبل عام 1830	01
ثانيا : مرحلة ما بعد 1830	01
ثالثا : مرحلة ما بعد 1962 – 1984	02
رابعا : مرحلة ما بعد عام 1984 إلى 2005	03
القسم الأول	
الـــــــزواج وانحلاللـــــــــــه	05
الفصل الأول	
الخطبـــــــــــــــــــة	05
المبحث الأول : مفهوم الخطبة وطبيعتها القانونية	06
المطلب الأول : تعريف الخطبة	06
الفرع الأول : التعريف اللغوي	06
الفرع الثاني : التعريف الإصطلاحي	06
المطلب الثاني : تكييف الخطبة وتحديد طبيعتها القانونية	07
الفرع الأول : أصحاب النظرية العقدية	07
1 ــ الأساس التاريخي	07
2 ــ الأساس القانوني	08
الفرع الثاني : أصحاب النظرية غير العقدية	08
المطلب الثالث : طبيعة الخطبة في العقد الإسلامي	09
المطلب الرابع : طبيعة الخطبة في قانون الأسرة	09
المبحث الثاني : العدول عن الخطبة وآثاره	10
المطلب الأول : آثار العدول عن الخطبة	10
الفرع الأول : آثار العدول عن الخطبة بالنسبة للصداق	11
ــ النصوص القانونية	11
الفرع الثاني : آثار العدول عن الخطبة بالنسبة للهدايا	12
المطلب الثاني : التعويض عن الأضرار الناجمة عن العدول	13

الموضوعـــــــــــات	الصفحة
المطلب الثالث : الأضرار المعنوية الناتجة عن العدول عن الخطبة	15
المطلب الرابع : إقتران الخطبة بالفاتحة	16
المبحث الثالث : أحكام الخطبة في نصوص قانون الأسرة الجديد	17
المطلب الأول : أحقية المعدول عنه في التعويض عن الأضرار	18
المطلب الثاني : العدول وآثاره بالنسبة للهدايا المتبادلة بين الخطيبين	18
المطلب الثالث : أحقية العدول عنه في التعويض عن الأضرار في نص المادة الخامسة بعد التعديل	19
الفصل الثاني	
الـــــــــــــــزواج	21
المبحث الأول : تعريف واهية الزواج	22
المطلب الأول : تعريف الزواج	22
الفرع الأول : التعريف اللغوي	22
الفرع الثاني : تعريف الزواج إصطلاحا	23
المطلب الثاني : أهمية الزواج	24
الفرع الأول : حفظ النوع الإنساني بطريقة شريفة	24
الفرع الثاني : تحقيق الأنس والراحة والمودة بين الزوجين	25
الفرع الثالث: تحصين النفس بقضاء الحاجة الجنسية للزوجين	25
المطلب الثالث : تكييف الزواج وتحديد طبيعته القانونية	26
ـ موقف المشرع الجزائري	26
المبحث الثاني : أركان عقد الـــزواج	27
ـ أركان عقد الزواج في قانون الأسرة	27
ـ النصوص القانونية	27
المطلب الأول : ركن الرضا في عقد الزواج وأثر تخلفه	29
الفرع الأول : لمقصود بركن الرضا في عقد الزواج	30
الفرع الثاني : صيغة الإيجاب والقبول	31
الفرع الثالث : إنعقاد الزواج بغير الكلام	32
المطلب الثاني : أثر تخلف ركن الرضا في عقد الزواج	33
الفرع الأول : أثر تخلف ركن الرضا في الشريعة الإسلامية	33
الفرع الثاني : أثر تخلف ركن الرضا في قانون الأسرة	33

الموضوعـــــــــــات	الصفحة
المبحث الثالث : شروط عقد الزواج في قانون الأسرة	34
المطلب الأول : الأهليـــــة	34
الفرع الأول : تعريف الأهلية	34
الفرع الثاني : أهلية الزواج في الفقه الإسلامي	35
الفرع الثالث : أهلية الزواج في قانون الأسرة	36
الفرع الرابع : شروط أهلية الزواج في قانون الأسرة	36
الفرع الخامس : تحديد سن أهلية الزواج وآثار مخالفته	37
أولا : طلب الإعفاء من سن الزواج	38
ثانيا : الإعفاء من السن لضحايا الجرحزكائم	38
الفرع السادس : اكتساب الزوج القاصر أهلية التقاضي بخصوص آثار عقد الزواج	39
المطلب الثاني : الصـــداق	39
الفرع **الأول** : تعريف الصداق	40
الفرع الثاني : التكييف الشرعي للصداق في عقد الزواج	42
أولا : ما قال به جمهور الفقهاء (الشافعية الحنفية الحنابلة)	42
ثانيا : المالكية	42
ثالثا : موقف المشرع الجزائري	42
الفرع الثالث : مما يتكون الصداق	43
أولا : مقدار الصداق	43
ثانيا : موقف الخلفاء الراشدين	44
الفرع الرابع : الصداق وأوضاعه القانونية	44
الفرع الخامس : أحوال الصداق وأواضاعه القانونية	45
أولا : وجوب كامل الصداق	45
ثانيا : وجوب نصف الصداق	45
ثالثا : وجوب صداق المثل	46
الفرع السادس : النزاع حول الصداق	46
أولا : حالة قيام النزاع قبل الدخول	46
ثانيا : حالة قيام النزاع بعد الدخول	47
ثالثا : النزاع حول جهاز العروس (الـشورة) وعلاقتـه بالنزاع في متاع البيت (المادة 73)	47
المطلب الثالث : الشاهدين أو الشهود في عقد الزواج	48
الفرع الأول : تعريف الشهادة	48
الفرع الثاني : حكم الشهادة في الزواج في الشريعة الإسلامية	49
الفرع الثالث : شروط الشهادة في عقد الزواج	50
الفرع الرابع : حضور الشاهدان أمام الموثق أو ضابط الحالة لمدنية وقت تسجيل العقد	51

الموضوعـــــــــــات	الصفحة

المطلب الرابع : خلو المرأة من موانع الزواج وأثر مخالفة ذلك	51
الفرع الأول : خلو المرأة من موانع الزواج المؤبدة	51
أولا : المحرمات بسبب القرابة	52
ثانيا : المحرمات بسب المصاهرة	52
ثالثا : المحرمات بسبب الرضاع	53
الفرع الثاني : خلو المرأة من موانع الزواج المؤقتة	54
الفرع الثالث : أثر الزواج بإحدى المحرمات	55
المطلب الخامس : الشروط التنظيمية والإدارية لعقد الزواج	56
الفرع الأول : الشروط التنظيمية الخاصة بزواج الأجانب	56
أولا : حالة زواج الأجانب المقيمين في الجزائر	56
ثانيا : حالة زواج جزائري بأجنبي أو زواج أجنبي مقيم في الجزائر والآخر غير مقيم	57
الفرع الثاني : الشروط التنظيمية الخاصة ببعض الموظفين في الدولة	57
أولا : الشروط التنظيمية الخاصة بـزواج أسـلاك الأمـن الوطني	57
ثانيا : الشروط التنظيمية الخاصة بزواج مـوظفي الجـيش الوطني والدرك الوطني	58
المبحث الرابع : تسجيل عقد الزواج وإثباته	58
المطلب الأول : بيان عقد الزواج	59
المطلب الثاني : إثبات عقد الزواج	60
المطلب الثالث : الفحص الطبي قبل الزواج ــ الشهادة الطبية ما قبل الزواج	61
الفرع الأول : حكم الفحص الطبي قبل الزواج	61
الفرع الثاني : فوائد الفحص الطبي قبل الزواج	62
المطلب الرابع : الفحص الطبي أو الشهادة الطبية ما قبل الزواج في قانون الأسرة الجزائري	63
الفرع الأول : شروط وكيفيات تطبيق المادة 07 مكرر	64
الفرع الثاني : المرسـوم التنفيـذي 154/06 الـصادر بتـاريخ 2006/05/11 المتضمن شروط وكيفيات تطبيق المادة 07 مكرر من قانون الأسرة	64
المطلب الخامس : مستجدات القانون11/48 في ضوء الأمر 02/05 حماية للعلاقة الزوجية، المادة 45 مكرر ــ التلقيح الإصطناعي	69
المطلب السادس : الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة	70

الموضوعـــــــــــــات	الصفحة
الفرع الأول : حكم الشروط التي تتنافى مع قانون الأسرة	71
الفرع الثاني : إستقلال الذمة المالية للزوجين : المادة 37 المذكورة أعلاه	73
المطلب السابع : تعدد الزواج شروطه وإجراءاته في قانون الأسرة الجديد	73
ــ النصوص القانونية : المواد 8 و 8 مكرر و 8 مكرر 1	73
الفرع الأول : طلب الترخيص بالزواج الجديد وإجراءاته	75
ــ تقديم الطلب والفصل فيه	75
الفرع الثاني : آثار الزواج الجديد دون الحصول على ترخيص القاضي	76
الفصل الثاني	
الأسباب العامة لإنحلال الزواج	77
أولا : إنحلال عقد الزواج بالوفاة	78
المبحث الأول : إنحلال الزواج بالطلاق	78
المطلب الأول : الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج	79
الفرع الأول : إجراءات دعوى الطلاق	79
الفرع الثاني : إجراءات إستصدار الحكم بإثبات الطلاق	80
ــ إتصال القاضي بدعوى الطلاق	80
الفرع الأول : قواعد الإختصاص	80
ــ الإختصاص المحلي	80
الفرع الرابع : شروط رفع دعوى الطلاق	81
أولا : الشروط الواجب توافرها في الزوجين	81
1 ــ الأهليـــــــــة	81
2 ــ الصفـــــــــة	82
3 ــ المصلحـــــــــة	83
أولا : إجراءات الصلح	84
ثانيا : عرض الملف على النيابة العامة	84
ثالثا : الحكم بالطلاق	85
المطلب الثاني : الخلع حق مطلق بيد الزوجة لايشترط فيه رضاء الزوج المادة 54 من قانون الأسرة	85
المطلب الثالث : إنحلال عقد الزواج بالتطليق	86
ــ الحكم بالتعويض للمطلقة في حالة التطليق	88