جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في قانون الأحوال الشخصية بعنوان:

المركز القانوني للزوجين في إبرام عقد الزواج و إنهائه

إعداد الطالبة: ابتسام ربيعي

المشرف الرئيسي: الأستاذ الدكتور: منصور رحماني

المشرف المساعد: الأستاذة : كريمة حاجي

لجنة المناقشة

1/ أ.عبادة سيف الإسلام ..... رئيسا

2/ أ.د منصور رحماني..... مشرفا ومقررا

3/أ.كريمة حاجي..... مشرفا.مساعدا

4/أ.مخلوف لكحل..... مناقشا

دورة جوان 2013

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى:

وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ

الذاريات 49.

الإهـــــداء

أهدي ثمرة جهدي إلى من بكت لقرحي وسرت لفرحي التي سهرت بجانبي تحنوا عليا:

أمي العزيزة

إلى الشمعة التي كانت و لا تزال تذوب و تحترق لتنير لي دربي:

أبي العزيز

إلى إخوتي الأعزاء: محمد ، دلال ، أحمد

كما أهدي عملي إلى رفيق دربي: زوجي أنيس

وإلى كافة الأهل و الأقارب وبقية الأصدقاء

شكر و تقدير

أحمد الله عز وجل الذي سدد خطايا وأعطاني القدرة والصبر لانجاز هذا البحث ثم لأستاذي الفاضل " منصور رحماني " الذي شاء القدر أن يشرف علي فيكون نعم المشرف فائق الاحترام وجزيل الشكر على صبره عليا وإرشاده لي طوال السنة ،

كما أتقدم بجزيل الشكر وبالغ التقدير و العرفان إلى الدكتور " علي بودفع " على نصائحه وإرشاده وتوجيهه ، وإلى الأستاذة كريمة حاجي ثم إلى من ساعدني ومد لي يد العون سواء من قريب أو من بعيد وأخص بالذكر وادي صورية.

وفي الأخير لا يسعني قول شيء أمام نعمة الخالق وجميل خلقه ، ولأن حمدي وشكري فوق كل كلام قررت أن أسكت و السلام.

قائمة الرموز و المختصرات

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري

ق.م.ج: قانون مدني جزائري

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية

م.ع: محكمة عليا

ط: طبعة

د.ط: دون طبعة

د.د.ن: دون دار نشر

د.ت: دون تاريخ نشر

ج: جزء

<< >> :آية قرآنية

(( )) :حديث نبوي شريف

" " : مادة قانونية

[ ]: قرار صادر من المحكمة العليا

( ) : اقتباس مباشر من المصادر و المراجع

فصل تمهيـدي

العقود بوجـــه عـام

الفصل الأول

المركز القانوني للزوجين في إنشاء عقد الزواج

الفصل الثاني

المركز القانوني للزوجين في إنهاء عقد الزواج

الخاتمـــــة

مقدمـــــة

قائمة المصادر والمراجع

فهرس
الموضوعات

إن القضايا المتعلقة بحقوق المرأة والرجل و المساواة بينهما لطالما أثارت اهتمام فقهاء القانون و شغلت بال المجتمع الدولي فهي من القضايا التي أثارت و تثير جدلا واسعا في دول العالم أجمع لاسيما الجزائر في الآونة الأخيرة.

ففي مجال الأسرة، و بصدور القانون رقم 84- 11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، أدى ذلك إلى إثارة موجة من الانتقادات، فهناك من اعتبره قانون تمييز يمس بمركز المرأة، لا يعترف لها بالأهلية الكاملة، كما أنه لم يحم رضا المرأة فهو مجرد إجراء شكلي فقط في إبرام عقد الزواج و هو ما يتنافى مع مبدأ المساواة بين المرأة و الرجل في إبرام التصرفات القانونية، لأن النص على ضرورة وجود الولي كركن في عقد الزواج صورة من صور القصور عندها.

و هناك من اعتبره قانون يكرس مبدأ هيمنة الرجل على المرأة فيستنكر إباحة تعدد الزوجات و يرى تقرير قوامة الرجل ووجوب طاعته يتناقض مع هدف إنشاء العلاقة الزوجية القائم على أساس الاحترام المتبادل و التعاون من أجل بناء الأسرة.

و رأي آخر يرى عدم إعطاء المرأة لحقها في طلب الطلاق على قدم المساواة مع الرجل هو مساس و تناقض مع مبدأ المساواة المنصوص عليه دستوريا و غيرها من الأقاويل الكثيرة التي دفعت بالمشرع إلى إعادة مراجعة قانون الأسرة في بعض أحكامه لا سيما تلك المتعلقة بأحكام الزواج و الطلاق و آثارهما لأنها تمثل حقيقة الجدل الدائر في قانون الأسرة الذي يمس الفرد و الأسرة و المجتمع.

و قبل التعرض إلى طرح الإشكالية التي يثيرها الموضوع أشير إلى أن دراسة المذكرة تمت على ضوء أحكام قانون الأسرة الجزائري.

إشكالية البحث:

إن موضوع المساواة بين الزوج و الزوجة في الأحكام المتعلقة بالزواج و الطلاق و آثارهما يكتسي أهمية بالغة على المستويين الدولي و الإقليمي و عليه فالإشكالية الرئيسية التي لا بد من طرحها في هذا الخصوص تكمن في الآتي:

إلى أي مدى سوّى المشرع بين الزوجين في إبرام و إنهاء عقد الزواج و الآثار المترتبة عنهما؟ و هل قانون الأسرة الجزائري المعدل كفيل بتحقيق المساواة بين الزوجين؟ و ما مدى موافقته للقانون الدولي لحقوق الإنسان بخصوص مبدأ المساواة بين الجنسين؟.

من أجل معالجة هذه الإشكالية المطروحة اخترت (المركز القانوني للزوجين في إبرام عقد الزواج و إنهائه) موضوعا لبحثي.

أسباب اختيار الموضوع:

دوافع اختياري للموضوع تتمثل في نقطتين أساسيتين:

الدافع الأول:

- هو الميول الشخصي لمثل هذه المواضيع و كذلك أهمية الموضوع و جديته و تماشيه مع الواقع الجزائري كلها أسباب دفعتني لاختياره.
- كذلك إن هذا الموضوع حاز على تفكيري منذ دراستي الأولى في قسم الماستر، ودراستي لعقد الزواج و خاصة أن معالجته تمت بصفة سطحية دون التعمق في مضمونه و هذا ما دفعني إلى التعمق أكثر فيه، خاصة بعد التعديل الذي طرأ على قانون الأسرة و المناداة بمبدأ المساواة بين الرجل و المرأة.

الدافع الثاني:

- هو الحاجة العلمية لمثل هذه الدراسات الدقيقة و التي تتطلبها مسيرة البحوث الأكاديمية و رغبتي في إثراء المكتبة القانونية بهذا النوع من الدراسات.

أهمية الموضوع:

- هو من الموضوعات التي تثير نقاشات و قضاياها في تجدد مستمر مما يستدعي التدخل في كل مرة بقوانين جديدة تواكب هذه التغيرات إذن فهي تبقى دائما مجالا خصبا للبحث.

- النوعية و الخصوصية التي يتميز بها الموضوع لما له من أهمية خاصة في الأسرة و في كل المجتمعات العربية منها و الغربية و كل شرائح المجتمع، إضافة إلى كون هذا الموضوع يكتسي أهمية بالغة على المستويين الدولي و الإقليمي.
- يحتوي هذا الموضوع على زخم و ثروة كبيرة من الأحكام الفقهية مرجعيتها الشريعة الإسلامية الغراء و التي هي القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية طبقا لنص المادة 222 قانون الأسرة الجزائري.

أهداف البحث:

إن خلاصة الأهداف التي أريد الوصول إليها خلال هذه الدراسة تتمثل أساسا في:

- من أجل المحافظة على كيان الأسرة يقتضي ذلك تشريع تراعى فيه مصالح المجتمع و تتجاوب مع تطوراته و لا تلغي حقوق الإنسان.
- تبيان ما للزوجين من حقوق قد شرعت لهما و ما عليهما من واجبات يتوليانها.
- تبيان الحكمة من إسناد الولاية للزوجة دون الزوج في أمور كالحضانة و الرضاع.
- الوصول إلى مدى تطبيق المشرع للمساواة بين الزوجين في إنشاء و إنهاء عقد الزواج و الآثار المترتبة عنهما.

الدراسات السابقة:

لقد عثرت في حدود إطلاعي على دراستين ذات صلة بالموضوع:

- مؤلف بعنوان المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، من تأليف محمد لمين لوعيل و الأصل فيه أنه عبارة عن مذكرة ماجستير، فرع عقود و مسؤولية، الجزائر، سنة 2001.

و هذه الدراسة ركز فيها على إبراز المركز القانوني للمرأة انطلاقا من كونها طرفا في عقد الزواج لكن هذه الدراسة جاءت في ظل قانون الأسرة القديم قبل تعديله و خلص فيها إلى عدم تكافئ الالتزامات و الحقوق بين الرجل و المرأة في قانون الأسرة.

- مؤلف آخر بعنوان المساواة في الحقوق بين الرجل و المرأة في القانون الدولي و التشريع الجزائري، من تأليف أعمر يحياوي، سنة 2010، و هي دراسة مفصلة للتشريع الجزائري و مدى تطابقه أو تعارضه مع القانون الدولي في موضوع المساواة بين الرجال و النساء نظريا و عمليا.

فتناول في هذه الدراسة موضوع المساواة بشكل شامل واف، إلا أنه بخصوص المساواة بين الرجل و المرأة في إطار العلاقات الأسرية لم يتطرق بالتفصيل إلى المساواة بينهما في الآثار المترتبة عن إنشاء عقد الزواج و إنهائه و اكتفى بالحديث عن بعض الآثار فقط، كما لم يتطرق إلى حل عقد الزواج من طرف الزوجة بإجراء التطليق عند توافر أحد الأسباب المنصوص عليها قانونا.

و تميزت الدراسة الحالية عن الدراستين السابقتين أنها ركزت على المركز القانوني لكل من الزوج و الزوجة و ذلك في إبرام و إنهاء عقد الزواج مع الحديث عن كل الصور المنصوص عليها قانونا لإنهاء هذا العقد، بالإضافة إلى اشتمالها على المساواة بينهما في الآثار المترتبة عن إبرام و إنهاء هذا العقد بالتفصيل وفق قانون الأسرة الجزائري مع الإشارة إلى مدى موافقته – بخصوص مبدأ المساواة بين الزوجين – للقانون الدولي.

و قد اعتمدت في بحثي هذا على مجموعة من الكتب الفقهية و كذا المراجع القانونية المتنوعة كما اطلعت على العديد من الدراسات و البحوث و المقالات التي عنيت ببسط جوانب هذا الموضوع للوصول إلى المعالجة الفعالة التي تخص بعض المسائل الهامة بما يحقق الأهداف المرجوة من هذا البحث.

المنهج المتبع:

لتتبع عناصر هذه الدراسة و لبلوغ الأهداف المرجوة منها، و للإجابة على التساؤلات و كذا الوصول إلى نتائج مقبولة و معقولة ينبغي إتباع منهج من شأنه تحقيق هذا الغرض، لذلك اعتمدت المنهج التحليلي لتحليل مختلف النصوص القانونية المتعلقة بموضوع البحث و تفصيل كل ما يتعلق به، لكن هذا لا يعني أنه المنهج الوحيد المستعمل، فهناك المنهج المقارن الذي يستعمل من حين لآخر في حالة وجود مسائل معينة تتطلب ضرورة إجراء أو

إخضاعها للمقارنة بين القانون و الفقه الإسلامي و كذلك فيما يخص – مبدأ المساواة بين الزوجين – عند مقارنة ما قرره المشرع بهذا الخصوص في مجال الأسرة أي الزواج و الطلاق مع ما جاء به القانون الدولي من اتفاقيات لا سيما الاتفاقية التي تنادي بإلغاء كل أشكال التمييز ضد المرأة، بالإضافة إلى المنهج الاستقرائي لتتبع و تقصي النصوص الفقهية و القانونية و القضائية المتعلقة بموضوع البحث.

و اعتمدت كذلك على التقييم و أخيرا الاقتراح و خلصت إلى النتائج التي تخدم إشكالية البحث.

إلا أنني و قبل التطرق إلى هذا الموضوع ارتأيت أن أخصص فصلا تمهيديا و عليه لحل إشكالية بحثي و بلوغ الأهداف المرجوة اعتمدت على الخطة الآتية:

- مقدمة
- فصل تمهيدي: موقع عقد الزواج من العقود الأخرى

المبحث الأول: مفهوم العقد.

المطلب الأول: تعريف العقد و تقسيمات العقود.

المطلب الثاني: تكوين العقد.

المطلب الثالث: أثر العقد و انحلاله.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية و الشرعية للزواج.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للزواج.

المطلب الثاني: الطبيعة الشرعية للزواج.

المبحث الثالث: تمييز عقد الزواج عن بقية العقود الأخرى.

المطلب الأول: تمييز عقد الزواج عن عقد البيع.

المطلب الثاني: تمييز عقد الزواج عن عقد الإيجار.

- الفصل الأول: المركز القانوني للزوجين في إنشاء عقد الزواج.

المبحث الأول: أركان و شروط عقد الزواج.

المطلب الأول: أركان عقد الزواج.

المطلب الثاني: شروط عقد الزواج.

المطلب الثالث: الشروط المقترنة بعقد الزواج.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن إنشاء عقد الزواج.

المطلب الأول: حقوق الزوجة على زوجها.

المطلب الثاني: حقوق الزوج على زوجته.

المطلب الثالث: الحقوق المشتركة بين الزوجين.

- الفصل الثاني: المركز القانوني للزوجين في إنهاء عقد الزواج.

المبحث الأول: طرق إنهاء عقد الزواج.

المطلب الأول: حل عقد الزواج بالإرادة المنفردة للزوج.

المطلب الثاني: حل عقد الزواج بطلب من الزوجة.

المطلب الثالث: حل عقد الزواج بالإرادة المشتركة للزوجين.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن إنهاء عقد الزواج.

المطلب الأول: العدة و الحقوق المترتبة عنها.

المطلب الثاني: الحضانة و الحقوق الناجمة عنها.

المطلب الثالث: التعويض و النزاع حول متاع البيت.

- الخاتمة.

تعتبر العقود أهم صورة للتصرف القانوني في الحياة الاجتماعية ومن خلال هذا الفصل سأتطرق بإيجاز إلى دراسة للعقود بشكل عام بما فيها عقد الزواج وأبين إذا ما كان عقد الزواج مثل بقية العقود الأخرى أم له خصوصية يتميز بها عن هذه العقود وذلك بتقسيمه إلى ثلاثة مباحث مفهوم العقد مبحث أول، الطبيعة القانونية والشرعية للزواج مبحث ثاني، تمييز عقد الزواج عن بقية العقود الأخرى مبحث ثالث.

المبحث الأول: مفهوم العقد

لدراسة مفهوم العقد ينبغي تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب: تعريف العقد وتقسيمات العقود مطلب أول ، تكوين العقد مطلب ثاني ، أثر العقد وانحلاله مطلب ثالث

المطلب الأول: تعريف العقد وتقسيمات العقود

سأقسم هذا المطلب إلى فرعين: تعريف العقد فرع أول ، تقسيمات العقود ، فرع ثاني .

الفرع الأول: تعريف العقد

العقد هو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله وهو أخص من الاتفاق حيث أن هذا الأخير هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه ومن ذلك يتضح أن كل عقد يكون اتفاقا، أما الاتفاق فلا يكون عقدا إلا إذا كان منشئا لالتزام أو ناقلا له فإذا كان يعدل الالتزام أو ينهيه فهو ليس بعقد[1] .

ولقد عرف القانون المدني الجزائري العقد في المادة 54 المعدلة بقوله:" العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما " [2].

الفرع الثاني: تقسيمات العقود

تتفرع العقود وتختلف فهي ليست من نوع واحد ولها تقسيمات كثيرة أهمها:

أولا: من حيث التكوين

ويقصد بذلك تقسم العقود من حيث كفاية الإرادة لإنشائها أو عدم كفايتها إلى:[3]

1-عقود رضائية

العقد الرضائي هو الذي يكفي لانعقاده تراضي الطرفين أي اقتران الإيجـاب مع القبول مثل : بيع المنقول.

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام،المجلد الأول، ط 3 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2000 ، ص 149 .

[2]- عدلت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 .

[3]- العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ،ج1، د.ط ،ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر،،1999،ص 46 وما يليها .

2- عقود عينية

العقد العيني لا يتم بمجرد التراضي بل يجب لتمام العقد تسليم الشيء محل التعاقد مثل: هبة المنقول طبقا للمادة 206 قانون أسرة التي تنص على :" تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة " .

3- عقود شكلية

العقد الشكلي لا يتم بمجرد التراضي بل لا بد من توافر شكلية نص عليها القانون وتعتبر ركنا في العقد ومثاله عقد الرهن الرسمي المادة 883 ق.م.ج ويقصد بها الكتابة وفي غالب الأحيان الكتابة الرسمية أمام الموثق.

ثانيا : من حيث الموضوع

أي من حيث تنظيم المشرع لعقد معين أو عدم تنظيمه له ومن حيث تكييف العقد تنقسم إلى [1] :

1- عقود مسماة

وهي عقود قامت الإرادة التشريعية بتنظيمها وهي عادة تكون كثيرة التداول في الحياة العملية: كعقد البيع، عقد الإيجار.

2- عقود غير مسماة

لم تضع الإرادة التشريعية أسماء خاصة بها ولم تنص على القواعد التي تحكم انعقادها ولا آثارها ولا يمكن حصر هذا النوع من العقود ومن أمثلتها : العقد الذي تتعهد بموجبه دار النشر بطبع كتاب لمؤلف معين ، وتتولى نشره وبيعه في مقابل نسبة معينة من أرباحه .

3- عقود بسيطة

وهي عقود تشتمل على أحكام عقد واحد من أمثلتها: عقد العمل، عقد التأمين...

4- عقود مركبة

وهي عقود تشتمل على أكثر من عقد واحد ومثالها : عقد الفندقة فهو عقد إيجار بالنسبة للمسكن وعقد وديعة بالنسبة لأمتعة التنزيل وعقد بيع بالنسبة للطعام.

---

[1]- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام – التصرف القانوني،ج1 ، ط2 ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2004 ، ص 51 وما يليها .

ثالثا : من حيث الأثر

أي من حيث الالتزامات التي تنشئها على طرفيها أو على أحدهما فقط فتقسم إلى:

1-عقود ملزمة للجانبين

وهي التي تنشأ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين وهذا طبقا لنص المادة 55 ق.م.ج التي تنص على ما يلي : " يكون العقد ملزم للطرفين متى تبادل المتعاقدان الالتزام لبعضها بعضا " . كعقود المعاوضة .

2- عقود ملزمة لجانب واحد

لا تنشأ التزامات إلا من جانب أحد المتعاقدين طبقا للمادة 56 ق.م كعقود التبرع .

رابعا : من حيث عنصر الزمن

فهي تنقسم إلى [1] :

1- عقود فورية

لا يكون فيها الزمن عنصرا جوهريا فيتم تنفيذ العقد دفعة واحدة كما هو الشأن في عقد البيع عادة.

2- عقود مستمرة

العقد المستمر أو الممتد ينفد فيه الالتزام بآداءات مستمرة كعقد الإيجار أو أداءات دورية كعقد التوريد ومن هنا فالعقد المستمر هو الذي يكون فيه الزمن عنصرا أساسيا.

خامسا : من حيث إمكان تحديد قيمة الالتزامات الناشئة

تنقسم إلى عقود محددة وعقود احتمالية

1-عقود محددة

العقد المحدد هو الذي تنشأ عنه في ذمة طرفيه التزامات محققة الوجود و محددة القدر.

2- عقود احتمالية

العقد الاحتمالي لا يستطيع فيه كل طرف أن يحدد القدر الذي سيعطيه أو الذي سيأخذه لحظة انعقاد العقد لأنه متوقف على أمر مستقبلي غير محقق الوقوع ومثال ذلك: عقود التأمين والمقامرة [2] ..

---

[1]- العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزام،مرجع سابق ، ص 51 .

[2]- العربي بلحاج ، المرجع نفسه، ص50 .

المطلب الثاني : تكوين العقد

بعد أن تبين بأن العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين لذا لكي ينشأ العقد لابد من وجود التراضي بين طرفيه فهو الركيزة الأساسية في تكوين العقد[1] ، وقد تناول المشرع أركان العقد من المادة 59 إلى المادة 98 ق.م.ج من الملاحظ أنه سماها شروط العقد وهي تسمية غير دقيقة لأن للعقد شروط صحة وأركان ويترتب على الأولى قابلية العقد للإبطال وعلى الثانية بطلان العقد بطلانا مطلقا .

فالتراضي هو الركن الأساسي للعقد ولكن جرى القول أن للعقد ثلاثة أركان سيتم التطرق إليها بإيجاز في هذا المطلب من خلال تقسيمه إلى ثلاثة فروع: التراضي فرع أول، المحل فرع ثاني، السبب فرع ثالث.

الفرع الأول: التراضي

طبقا للمادة 59 ق.م.ج " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبيرعن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية " وعليه فالتراضي يوجد بوجود إرادتين متوافقتين لكن هذا لا يكفي لصحته بل يجب حتى يكون العقد صحيحا أن تكون الإرادتان المتوافقتان صحيحتين [2]

أولا : وجود التراضي

إن التعبير عن الإرادة حسب المادة 60 ق.م يأخذ مظهرين : [3]

1- **التعبير الصريح:** فيكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة أو اتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته عن موقف صاحبه.

2- **التعبير الضمني**: إذا كان المظهر الذي اتخذه ليس في ذاته موضوعا للكشف عن الإرادة ومع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة أما السكوت كتعبير عن الإرادة فالأصل أنه لا ينسب للساكت قول غير أن المادة 68 ق.م نصت على حالات يكون فيها السكوت قبولا.

---

[1]- صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 75 .
[2]- السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ص 182-183.
[3]- العربي بلحاج ، النظرية العامة للإلزام ، مرجع سابق ، ص 59 – 60 .

أما تطابق الإرادتين فيتم بتطابق الإيجاب والقبول وظروف اقتران القبول بالإيجاب تختلف بحسب ما إذا كان العاقدان يجمعهما مجلس واحد أم يقيمان في مكانين مختلفين [1] :

- التعاقد بين حاضرين : بمعنى أن يجمع العاقدان مكان واحد فالأصل هنا أن يصدر القبول فورا بعد الإيجاب مادام الموجب لم يحدد أجلا للقبول وإذا لم يصدر فورا فللموجب الحق في الرجوع عن إيجابه ، كما أجاز القانون أن يتراخى القبول مادام المتعاقدان مازالا في مجلس العقد ومادام الموجب مازال على إيجابه طبقا للمادة 64 ق.م .

- التعاقد بين غائبين : هو الذي لا يجمع المتعاقدان فيه مجلس واحد يجعل بينهما اتصالا مباشرا ويقع التعاقد بطريق من طرق المراسلة ، كالبريد أو الرسول والمشرع الجزائري اعتبر العقد تام في اللحظة التي يعلم فيها الموجب بالقبول طبقا للمادة 67 ق.م .

وللتراضي صور خاصة منها: النيابة في التعاقد، الوعد بالتعاقد، التعاقد بطريق المزايدة أو المناقصة، التعاقد بالعربون وغيرها من الصور الأخرى.

ثانيا: صحة التراضي

التراضي لا يكفي أن يكون موجودا فحسب بل يجب أن يكون صحيحا صادرا من ذي أهلية وخالي من عيوب الإرادة وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال[2] .

الفرع الثاني : المحل

محل العقد هو العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقها كالبيع والإيجار أما محل الالتزام فهو ما تعهد به المدين ، ومحل العقد هو محل الالتزام الذي ينشئه لذلك فهو يتعدد بتعدد الالتزامات التي تنتج عنه [3] .

وللمحل شروط متمثلة في [4] :

---

[1]- العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزام ،مرجع سابق ، ص 78 وما يليها .

[2]- الأهلية سيتم التطرق إليها عند دراسة شروط عقد الزواج وعيوب الإرادة عند دراسة موضوع عيوب الإرادة في الزواج ما عدا عيب الاستغلال فلا يمكن تصوره في عقد الزواج.
فهو لا يتصور إلا في عقود المعاوضة غير الاحتمالية ويقصد به عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد ويأخذه. لمزيد من المعلومات، أنظر : السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ص 386 .

[3]- صبري السعدي، مرجع سابق، ص 209.

[4]- العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص 140 ومايليها .

أولا: أن يكون موجودا أو محقق الوجود مستقبلا: واستثنى المشرع بموجب المادة 92 فقرة 02 ق.م من مجال التعامل في الأشياء المستقبلية، التعامل في تركة إنسان على قيد حياته ولو كان التعامل برضاه.

ثانيا : أن يكون معينا أو قابلا للتعيين : إذا كان الشيء معين بالذات مثل قطعة أرض لابد من تحديد موقعها وحدودها وأوصافها ، أما إذا كان الشيء مثليا فيجب أن يعين بجنسه ونوعه ومقداره ، أما إذا كان محل الالتزام نقودا يجب تعيين مقداره .

ثالثا: أن يكون مشروعا: أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

الفرع الثالث: السبب

السبب المقصود في العقد هو السبب بمفهومه الحديث أي الدافع الباعث للتعاقد ويشترط فيه أن يكون مشروعا ويفترض أن السبب مشروع حتى يثبت العكس وما يمكن ملاحظته على نص المادة 98 ق.م أنها جاءت بفرضيتين [1] :

أولا: عدم ذكر السبب في العقد: ففي هذه الحالة يفترض أن للعقد سببا مشروعا إلا أنها قرنية بسيطة يمكن للمدين إثبات عكسها.

ثانيا: ذكر السبب في العقد: يفترض أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك وعلى المدين أن يثبت أن السبب المذكور في العقد سببا صوريا.

المطلب الثالث: أثر العقد وانحلاله

إذا قام العقد صحيحا توفرت له قوته الملزمة فيصبح مضمونه واجب التنفيذ وهذا الوجوب هو ما يعرف بالقوة الملزمة للعقد وفي حالة عدم تنفيذ أحد العاقدين لما رتبه العقد من التزامات جاز للعاقد الآخر أن يطلب حل الرابطة العقدية وهذا ما سأتناوله في هذا المطلب من خلال تقسيمه إلى فرعين : أثر العقد فرع أول ، انحلال العقد فرع ثاني

الفرع الأول: أثر العقد

المتعاقدان دون غيرهما هما اللذان يلتزمان بالعقد، كقاعدة عامة ولا ينصرف أثر العقد إلى الغير إلا في الحالات المنصوص عليها في القانون.

[1]- صبري السعدي، مرجع سابق، ص 238.

أولا : أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين

طبقا للمادة 106 ق.م التي تنص على : " العقد شريعة المتعاقدين " فإن العقد يلزم المتعاقدان كما يلزمهما القانون ، ولذا فلا يمكن لأي أحد منهما الإنفراد بتعديل العقد

أوبإنهائه وكذلك لا يجوز للقاضي أن يقوم بذلك. [1]

ويجب التوسع في فهم كلمة المتعاقدين فليس المقصود بها المتعاقدين فحسب بل المقصود بها هما ومن يمثلانه في التعاقد فالمتعاقدان إذا تعاقدا انصرف أثر العقد إليهما، وانصرف كذلك إلى الخلف العام وقد ينصرف إلى الخلف الخاص. [2]

ثانيا : أثر العقد بالنسبة إلى الغير

هناك استثناءات ترد على قاعدة أن أثر العقد لا ينصرف إلى الغير تقع بحكم القانون لاعتبارات ترجع إلى العدالة أو استقرار التعامل : كالعقود الجماعية الموجودة في تشريع العمل ، كما يعطي القانون أحيانا للغير دعوى مباشرة في شأن عقد لم يكن طرفا فيه فيكون للدائن أن يرفع هذه الدعوى ضد مدين مدينه ، وهناك استثناء يستطيع المتعاقدان أن يحققاه وهو الاشتراط لمصلحة الغير [3]

الفرع الثاني: انحلال العقد

ويشمل الفسخ فقط وليس البطلان لأن هذا الأخير يكون في العقد الخاطئ أما الفسخ فهو الذي يكون في العقد الصحيح وهو عبارة عن نظام قانوني يقوم إلى جوار المسؤولية العقدية يتمثل في الجزاء على عدم تنفيذ أحد العاقدين لما رتبه العقد ،من التزامات في ذمته ويكون بأثر رجعي ولقيام الحق في الفسخ يجب توفر الشروط التالية :

-أن يكون العقد ملزما للجانبين

-أن يكون أحد العاقدين قد أخل بالتزامه

-أن يكون طالب الفسخ قادرا على الوفاء بالتزامه

---

[1]- صبري السعدي، مرجع سابق، ص 46.

[2]- الخلف العام هو من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات أو في جزء منها باعتبارها مجموعا من المال ، كالوارث والموصى له بجزء من التركة في مجموعها ، والخلف الخاص هو من يخلف الشخص في عين معينة بالذات أو في حق عيني عليها . لمزيد من المعلومات ،أنظر : السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ص 596 وما يليها .

[3]- الاشتراط لمصلحة الغير يقصد به اتفاق بين المشترط و المتعهد ينشأ عنه على عاتق هذا الأخير حق للمنتفع.أنظر: العربي بلحاج،النظرية العامة للالتزام،مرجع سابق،ص 215،220 .

-إعذار المدين بالوفاء بالتزامه

والقاعدة العامة في الفسخ أن يكون قضائيا أي بمقتضى حكم من القضاء غير أنه يجوز للمتعاقدين الاتفاق على وقوع الفسخ إذا أخل أحدهما بتنفيذ التزامه وهو ما يعرف بالفسخ الإتفاقي .

أما عن أثر الفسخ سواء كان قضائيا أم اتفاقيا فيترتب عليه إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تقضي بالتعويض ، ولا يقتصر أثره على المتعاقدين فحسب بل يمتد إلى الغير وإذا كان هذا الغير حسن النية فإن حقه يبقى ساري المفعول [1]

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية والشرعية للزواج

لمعرفة الطبيعة القانونية والشرعية للزواج ارتأيت أن أقسم هذا المبحث إلى مطلبين: الطبيعة القانونية للزواج مطلب أول ، الطبيعة الشرعية للزواج مطلب ثاني .

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للزواج

إن الزواج نظام اجتماعي يحدد القانون والشرائع الدينية نصوصه الآمرة والآثار القانونية المترتبة عليه ، فقد اعتبر رجال الفقه في تكييفهم القانوني للزواج أنه نظام اجتماعي قانوني واستدلوا على ذلك بأن موضوع الزواج هو إنشاء أسرة ولا يمكن أن يكون إنشاء الأسرة موضوعا للتعاقد وبأنه في العقود تستقل إرادة طرفيها بتحديد آثارها من حيث الحقوق والالتزامات عملا بالقاعدة القانونية "العقد شريعة المتعاقدين " ولكن في الزواج يتولى القانون تبيان ذلك ويتولاه بنصوص آمرة ، ولا يجوز الاتفاق على عكسها لأنها تعتبر من النظام العام [2] .

وبالرجوع إلى ق.أج نجد أن المشرع اعتبر الزواج عقدا وذلك لما يتمتع به من مواصفات العقد فهو عقد رضائي يقوم على أساس الرضا هذا ما أكده من خلال المادة 4 ق.أ

---

[1]-العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 314- 315 .

[2]- أكرم ياغي ، قوانين الأحوال الشخصية تشريعا وفقها وقضاء ، ط1 ، زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2007 ، ص 175 -176 .

المطلب الثاني: الطبيعة الشرعية للزواج

هو عبارة عن اتفاق بين رجل وامرأة أو بينه وبين ولي المرأة برضاها يبيح الاستمتاع بينهما على الوجه الشرعي ، أحاطه الله عز وجل بأحكام مقدسة لا يجوز تجاوز حدودها فلا وجود لمثل هذا الاتفاق بدون رضا وولي وشاهدين وصداق كما سيأتي تفصيله .

وتضبطه مجموعة من الحقوق والواجبات لأن الرباط الناجم عن عقد الزواج يغاير الرباط الناجم عن غيره من العقود الرضائية إذ أن كل علاقة تعاقدية الأصل فيها أنها مؤقتة لأن إرادة عاقديها تملك إنهاءها كما أنها هي التي تحدد ما ينشأ عنها من حقوق والتزامات أما الزواج فبمجرد انعقاده صحيحا رتب عليه الشارع حقوقا وواجبات بالنسبة للزوجين محددة لا دخل لإرادتيهما فيها ولا يملكان تعديل شيء منها وجعل الإخلال بهذه الحقوق من كل واحد من الزوجين اتجاه بعضهما آثارا سيتحملانها [1] .

المبحث الثالث: تمييز عقد الزواج عن بقية العقود الأخرى

عقد الزواج هو من العقود المسماة التي ذكرها الشارع وبين أركانها وشروطها وحدد الحقوق والواجبات المترتبة عنها فما هي الخصوصية التي يمتاز بها هذا العقد عن بقية العقود الأخرى ؟ هذا ما سأوضحه في هذا المبحث من خلال إجراء دراسة لأهم العقود التي تكون مقابل عوض واستخلاص الخصوصية التي يتميز بها عقد الزواج عن هذه العقود وذلك بتقسيمه إلى مطلبين : تمييز عقد الزواج عن عقد البيع مطلب أول ، تمييز عقد الزواج عن عقد الإيجار مطلب ثاني .

المطلب الأول : تمييز عقد الزواج عن عقد البيع

البيع هو عقد ملزم للجانبين ، إذ هو يلزم البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر ويلتزم المشتري أن يدفع للبائع مقابلا لذلك ثمنا نقديا وعليه فالبيع هو عقد معاوضة. [2]

وتنص المادة 351 ق.م.ج على أن " البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي ".

---

[1]- أكرم ياغي ، مرجع سابق، ص 175 -176 .

[2]- محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، ط5 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، 2006 ، ص 09 .

الفرع الأول:وجه الشبه بين عقد الزواج وعقد البيع

-عقد الزواج يشبه عقد البيع في كونه من العقود الرضائية،التي تنعقد بمجرد تبادل الايجاب والقبول من العاقدان.

-عقد الزواج يشترط لصحته أن يدفع الزوج للزوجة مهرا،وعقد البيع لايكون إلا بمقابل وهو الثمن الذي يدفعه المشتري للبائع و في المقايضة يتم بمبادلة سلعة بسلعة أخرى.

الفرع الثاني:أوجه الاختلاف بين عقد الزواج و عقد البيع

من خلال التعريف السابق لعقد البيع يتبين بأن محله يتضمن الثمن والمبيع و يولد التزامات على كل منهما والالتزامان الرئيسيان في عقد البيع هما التزام البائع بنقل الملكية والتزام المشتري بدفع الثمن ويتوقف العقد على نقل الالتزامات وتنفيذها.

ومن هنا يتبين بأن قياس الزواج على البيع هو قياس غير صحيح إذ أن البيع عقد من عقود المعاوضة المحضة والزواج ليس كذلك لأن فيه تحصين النفس وحفظها من الوقوع في المعصية وفيه حفظ الدين وتحصين النسل وتكثير الأمة وكلها مصالح لا يشتمل عليها عقد البيع [1] .

وعليه فالعلاقة بين الزوجين ليست علاقة مادية وإن عقد الزواج لا يعني شراء المرأة وتملكها وأن المهر المسمى ليس ثمنا لها أو عوضا عنها كما يفهمه البعض [2] .

وعقد البيع يخول للمشتري إعادة بيع الشيء من جديد إلى شخص آخر وهذا مالا يتفق وطبيعة عقد الزواج لأن الزوج عند دفعه المهر للزوجة – لا يخول له حق إعادة بيعها من جديد فليست عرضا أو سلعة [3] .

كما أن في عقد البيع تنتهي التزامات الطرفين لمجرد دفع الثمن وقبض المبيع بينما عقد الزواج وتقديم المهر للزوجة لا ينهي التزامات الزوج بل لا يعد دفع المهر إلا تمهيدا أو بداية لواجبات الزوج المالية تجاه زوجته وحقوق كل منهما على الآخر.

---

[1]- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،ج1، ط 5 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون، الجزائر ، 1988 ، ص 38 -39 .

[2]- يقول مارسال موراند : إن الزواج في القرآن ظل كما كان عليه الوضع عند العرب في الجاهلية فالزوج ملزم بدفع المهر لزوجته فلا وجود للزواج بدون مهر كما لا يوجد عقد بيع بدون دفع ثمن المبيع فكما يحصل المشتري على المبيع عند دفعه الثمن فكذلك يحصل الزوج على المرأة عند دفعه المهر .انظر : غنية قري ، شرح قانون الأسرة المعدل دراسة مقارنة بين الشرع والقانون ، ط1 ، دار طليطلة ، الجزائر ، 2011 ، ص 39 .

[3]- غنية قري ، المرجع نفسه، ص 39 .

وقد أخرج القرآن الكريم عقد الزواج عن أن يكون عقد تمليك طرفاه مبيع وثمن فأفرغ على المال الذي يبذله الرجل للزوجة صيغة – الصدقات – ووصفه بأنه نحلة والنحلة ما يمنح عن طيب نفس دون أن يكون عوضا عن شيء [1] .

وعليه فالغاية من الزواج أسمى من أن تقابل بنقد وأشرف من أن تعرض لامتهان المساومة بمال هالك أو عرض فان .

كما أن محل عقد البيع هو عين مالية كالمبيع بينما في عقد الزواج محل العقد هو الزوجان .

المطلب الثاني: تمييز عقد الزواج عن عقد الإيجار

عقد الإيجار هو عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم [2] .

وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 467 المعدلة ق.م بأنه " عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم ". [3]

ويخلص من هذه التعاريف أن لعقد الإيجار خصائص أهمها : [4]

- أنه عقد ملزم للجانبين فهو من عقود المعاوضة

- العناصر الثلاث التي يقع عليها التراضي في عقد الإيجار هي منفعة الشيء المؤجر، والمدة والأجرة.

-هو عقد مؤقت أي عقد زمني لأن المدة هي عنصر جوهري في عقد الإيجار.

الفرع الأول:وجه الشبه بين عقد الزواج وعقد الايجار

- عقد الزواج يشبه عقد الايجار في كونه من العقود الرضائية لأن عقد الايجار أيضا يعتبر التراضي فيه ركنا أساسيا.

---

[1]- وذلك في قوله تعالى : << وءاتوا النساء صدقاتهن نحلة ..>>. النساء 4 .

[2]- عصام أنور سليم، الوجيز في عقد الإيجار- الأحكام العامة في الإيجار-، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006 ص 18.

[3]- عدلت بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007 .

[4]- السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود الواردة على الانتفاع بالشيء- الإيجار والعارية –المجلد الأول، مرجع سابق،ص 4.

- تعتبر الشكلية في كلا العقدين شرطا للإثبات لترتيب الآثار القانونية وحمايتها، كما أن كلاهما يكون بمقابل فالزواج كما سبق القول لابد فيه من مهر، والإيجار يكون لقاء أجر معلوم للانتفاع بالعين المؤجرة

الفرع الثاني:أوجه الاختلاف بين عقد الزواج و عقد الإيجار

إن خصائص عقد الإيجار السابقة الذكر تجعل عقد الزواج يتميز عنه فمحل هذا الأخير هو الزوجان كما سبق القول بينما هو منفعة المأجور في عقد الإجارة.

وكون المنفعة في الإيجار لقاء أجر معلوم ، يميزه عن الزواج فالصلة بين الزوجين أعلى وأشرف من أن يجعل عوضها دراهم معدودة فليس المهر في نظر الإسلام ثمنا للمرأة وإنما هو آية من آيات المحبة و التقدير ولذلك كان واجبا على الرجل وإن اتفق الزوجان على أن لا مهر للزوجة [1] .

والعقود على منافع كعقد الإيجار لا بد أن يعين لها أمدا معلوما ، أما عقد الزواج فلا يحل أن يعين له أمدا معلوما لذلك يشترط أن تكون صيغة العقد مؤبدة غير مؤقتة بمدة ، فكل عقد زواج يحدد مدته مثلما يعرف بزواج المتعة أو الزواج المؤقت يكون باطلا .

ومما تقدم يظهر جليا أن الشارع اهتم بعقد الزواج اهتماما عظيما لم يحظ به عقد آخر من العقود الشرعية لأنه عقد عظيم الحظر جليل المقصد شريف الغاية فهو ليس عقد تمليك لعين أو منفعة كعقد البيع أو الإيجار بل هو عهد وثيق وميثاق غليظ بين زوجين يرتبطان به ارتباطا وثيقا مدى الحياة غالبا ولذا وصفه الله تعالى بأنه ميثاق غليظ ،[2] كما أن هذا العقد يتعلق بذات الإنسان وكيان المجتمع وبناء الأسرة فهو يرد على أشرف ما يحرص عليه الإنسان بعد دينه وعقيدته وهو عرضه وشرفه ونسبه ولذلك كان لابد من تدخل الشارع فيه مباشرة فبين أحكامه وفصلها من حين التفكير فيه إلى انتهائه بالانفصال أو الوفاة وترك الحرية للأفراد في الإقدام على الزواج أو الإحجام عنه فإذا ما احجموا تجنبوا سريان هذا النظام عليهم ، وإذا أقدموا وقفت إرادتهم عند هذا الحد ، وتولى الشرع أو القانون نفسه بيان أحكام العلاقات الزوجية بمعنى أن تنظيم علاقات الزوجين يتم وفق ما أراده الشرع أو

---

[1]- الزواج والطلاق في الشريعة والقانون ،د.ط ، دار العلوم ، عنابة ، 2001 .، ص 23 .

[2]- فقال سبحانه وتعالى : << وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وءآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا ، وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا >>. النساء 20-21 .

القانون وليس وفق ما يريدانه .. لذلك فإذا ما أثيرت منازعة في الزواج لا يرجع القاضي إلى بنود العقد، وإنما يرجع إلى أحكام الشرع ونصوص القانون [1] .

وعليه فقد راعى الإسلام قداسة الميثاق الغليظ فنظمه بأحكام صارمة لا يمكن للمتعاقدين مخالفتها ، فأهمية الأسرة ومركزها في الإسلام تتطلب تنظيم أحكامها من قبل الخبير العليم الله عز وجل فحتى الدول الغربية لم تترك مجال تنظيم أسس عقد الزواج للمتعاقدين كما هو الحال بالنسبة لباقي العقود الأخرى [2] .

ومن خلال التعريف القانوني لعقد الزواج الوارد ذكره في المادة 4 ق.أ يلاحظ أن المشرع صرح بالطرفين المتعاقدين في عقد الزواج وهما الرجل والمرأة على عكس العقود الأخرى نظرا للخصوصية التي يمتاز بها هذا العقد المقدس عن غيره من العقود.

[1]- أكرم ياغي ، مرجع سابق ، ص 33 .
[2]- غنية قري، مرجع سابق، ص 12.

يعد الزواج الرابطة الأساسية في تكوين الأسرة وتشكيل المجتمع، وعقد الزواج من أهم العقود التي ينشئها الإنسان في حياته وأعظمها أثرا وأعلاها قدرا فإذا ما انعقد صحيحا فإنه يرتب جملة من الآثار الشرعية والقانونية ولمعرفة ما إذا كانت هناك مساواة بين الزوج والزوجة في إنشاء هذا العقد المقدس و الآثار الناجمة عنه قسمت هذا الفصل إلى مبحثين: أركان وشروط عقد الزواج مبحث أول، الآثار المترتبة عن إنشاء عقد الزواج مبحث ثاني.

المبحث الأول : أركان وشروط عقد الزواج

نظرا لأهمية عقد الزواج وخطورته تمت إحاطته بأحكام خاصة لا ينعقد إلا من خلالها وهذه الأحكام متمثلة في أركان تقومه وتحقق ماهيته وشروط لا بد منها من أجل الاعتداد به [1] .

هذا ما سأتناوله في هذا المبحث من خلال تقسيمه إلى ثلاثة مطالب: أركان عقد الزواج مطلب أول ، شروط عقد الزواج مطلب ثاني ، والشروط المقترنة بعقد الزواج مطلب ثالث .

المطلب الأول: أركان عقد الزواج

نص المشرع الجزائري في المادة 9 من قانون الأسرة[2] على أنه " يتم عقد الزواج برضا الطرفين ، وبولي الزوجة وشاهدين وصداق " لكنه في التعديل الجديد بموجب الأمر رقم 05-02 ميز الرضا عن بقية الشروط الأخرى وجعله الركن الوحيد في عقد الزواج الذي هو محل دراستي في هذا المطلب، وعليه سأقسمه إلى فرعين: رضا الزوجين في عقد الزواج فرع أول، عيوب الإرادة في الزواج فرع ثاني.

الفرع الأول : رضا الزوجين في عقد الزواج

إن رضا الزوج والزوجة يعد ركنا جوهريا في عقد الزواج حيث اتفق أغلب الفقهاء على أن أركان[3] عقد الزواج منحصرة في الإيجاب والقبول، فاللفظ الذي يقع أولا من أحد المتعاقدين تعبيرا عن إرادته في إيجاد الارتباط وإنشاءهيعتبر إيجابا واللفظ الذي يصدر ثانيا من الآخر للدلالة على موافقته ورضاه يعتبر قبولا .[4] ويشترط في هذه الصيغة جملة من الشروط منها أن تكون بألفاظ مخصوصة كالتزويج والإنكاح وهي متفق عليها بين الفقهاء[5].

---

[1]- العربي بلحاج ،الوجيز في شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 59 .

[2]- رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .جريدة رسمية عدد15 ،ص18.

[3] -لغة تعني:أجزاء ماهيته.أنظر:الفيومي، المصباح المنير،ج1،د.ط ،دار الفكر ،د.م ،د.ت ،ص 255

[4]- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم ، ط2، دار القلم ، الكويت ، 1990 ، ص 22.

[5]- عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، ط1 ، دار الخلدونية ، القبة القديمة ، الجزائر ، 2007 ، ص 51 .

وأن تدل على الدوام والتنجيز فلا يجوز أن تكون مؤقتة لأنها ستتحول إلى نكاح المتعة وهو نكاح باطل بإجماع جمهور الصحابة والتابعين والفقهاء[1] وغيرها من الشروط الأخرى .

وقد أخذ بذلك قانون الأسرة الجزائري في التعديل الجديد إذ جاء في المادة التاسعة ما يلي :" ينعقد الزواج يتبادل رضا الزوجين " ، بمعنى أنه لا ينعقد بمجرد إعلان الرغبة فيه من جانب واحد بل لا بد من إرادة المرأة والرجل ولا تمييز بينهما في ذلك وهذه المبادئ الشرعية مستوحاة من أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم[2].

وقد جاءت أحكام الشريعة الإسلامية طالبة الرضا [3] فمنعت كل حالات الزواج المخالفة لشرع الله التي كانت منتشرة في العصر الجاهلي [4] ومن خلال عبارة رضا الزوجين يتضح بأن المشرع سوّى بين المرأة والرجل فجعل رضا كل منهما في مرتبة واحدة قاصدا بذلك تطابق إيجاب وقبول كل منهما [5] ، وهما دليلين ظاهرين على تحقق الرضا لأن هذا الأخير أمر خفي لا يمكن الإطلاع عليه .

وقد عبر المشرع عن ذلك من خلال المادة العاشرة من ق .أ.ج فجاء في فقرتها الأولى ما يلي : " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر ، بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا " .

---

[1]-رشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، ط1 ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2008 ، ص 58_59

[2]- فعن عقبة بن عامر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجل :((أترضى أن أزوجك فلانة ؟قال نعم وقال للمرأة أترضين أن أزوجك فلانا؟ قالت نعم فزوج أحدهما صاحبه)). رواه أبو داود ، باب ما جاء في الزوجين يوكلان واحدا في العقد ، 223 / 2 ، رقم 3486 .وعن أبي هريرة – رضي الله عنه – أن الرسول صلى الله علي وسلم قال : ((لا تنح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن ، قالوا يا رسول الله وكيف إذنها ؟ قال : أن تسكت)). رواه مسلم ، كتاب النكاح ، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت ، ج2 ، ص 1036 ، رقم 1419 .

[3]- محمد محدة ، الأحكام الأساسية للأحوال الشخصية،ج1 ، د. ط ، دار الشهاب ، باتنة ، الجزائر ، د.ت ، ص 59 .

[4]- كنكاح الاستبضاع والسفاح ونكاح البغاء و المخادنة و نكاح المقت والشغار والإرث ، إلا أنها أقرت حالة واحدة فقط متمثلة في نكاح الإحصان وهو ما يعرف بنكاح الناس اليوم كما جاء في حديث السيدة عائشة رضي الله عنها – القائم على أساس الرضا وباقي الشروط الأخرى . لمزيد من المعلومات ،أنظر : خالد مصطفى فهمي ، حقوق المرأة بين الاتفاقيات الدولية والشريعة الإسلامية والتشريع الوضعي ، دراسة مقارنة ، د. ط ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2007 ، ص 72 وما يليها .
كما أن المرأة كانت مخلوقا لا إرادة له فلم يكن يسمح لها بالتعبير عن رأيها في الزواج ، إذ كانت محاصرة بقيود من الخرافات حتى كان أحيانا رضا الإخوة شرط أساسي للزواج . أنظر: أبو القاسم الديباجي ، حقوق المرأة في الإسلام ،ط1 ، د.د.ن ،د.م ، 2003 ،ص 98 ، فروي أن معقل بن يسار كان قد عارض زواج أخته مرة أخرى من زوجها السابق الذي كان قد طلقها و أراد بعد إتمام العدة الزواج منها مرة أخرى بعقد جديد ولكن معقل منع هذا الزواج فنزل قوله تعالى : << وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف >> . البقرة 232 . أنظر : أحمد النسائي ، كتاب السنن الكبرى ،ج6، د.ط، دار الكتب العلمية ، بيروت ، د.ت، ص 302 .

[5]- محمد لمين لوعيل ، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري ، ط2 ، دار هومة ، بوزريعة ، الجزائر ، 2006 ، ص 51 .

بناء على هذه المادة يتبين بأن الإيجاب لا يشترط فيه أن يصدر من جانب معين ودليل ذلك عبارة أحد الطرفين فيستوي أن يصدر من الرجل أو المرأة إذ يمكن لها أن تعرض نفسها عليه وهذا كان معروفا عند العرب منذ القدم [1] .

وذلك لا يؤدي إلى المساس بالمركز القانوني لكل منهما ، فتبقى الزوجة محتفظة بجميع حقوقها ، ولا تسلب منها ، بما فيها حقها في النفقة والمهر إذ تبقى واجبة على زوجها كما يظل هو محتفظا بحقوقه كحقه في الطلاق .

وعليه فالإيجاب من جهة الرجل ليس إلزاميا ومن ثمة فلا يمكن القول أن حق المرأة قد هدر [2] ، فلا حرج في علاقة الزواج أن يبحث كل طرف عما يبتغيه . ولكن من نظرة واقعية جرت العادة في مجتمعات المسلمين أن يكون الإيجاب من جهة الرجل ، فالطبيعة قد جعلت الرجل ممثلا للطالب والمحب والمرأة ممثلة للمطلوب والمحبوب ، كما أن طبيعة الرجل تتحمل الرفض الذي قد يحصل عقب طلب المرأة للزواج ، وعندها يطلب الثانية والثالثة حتى يحصل على المرأة التي تظهر موافقتها على الزواج منه ، أما بالنسبة للمرأة فيصعب عليها أن تطلب رجلا للزواج ويرد طلبها ثم تذهب لطلب آخر[3] .

فهذا يمثل (نوعا من الامتياز الطبيعي الذي منحت إياه المرأة ونوعا من الواجب الطبيعي الملقى على عاتق الرجل) [4] .

وهناك استثناء نص عليه المشرع في الفقرة الثانية من المادة العاشرة السالفة الذكر بالنسبة للعاجز أي إذا كان أحد الزوجين عاجزا فيتم تبادل الإيجاب والقبول منه بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا ومن أمثلة ذلك الكتابة والإشارة.

---

[1]- فخديجة بنت خويلد – رضي الله عنها – أرسلت إلى الرسول – صلى الله عليه وسلم – عندما رغبت في الزواج منه . أنظر : خالد عبد الرحمن العك ، آداب الحياة الزوجية في ضوء القرآن والسنة ، ط 8 ، دار المعرفة ، لبنان ، بيروت ، 2001 ، ص 57 .

وعن محمد بن بشار قال : حدثنا مرحوم قال : حدثنا ثابت عن أنس : ((أن امرأة عرضت نفسها على النبي – صلى الله عليه وسلم – فضحكت ابنة أنس فقالت : ما كان أقل حياءها فقال أنس هي خير منك عرضت نفسها على النبي صلى الله عليه وسلم)). رواه النسائي ، كتاب النكاح ، باب عرض المرأة نفسها على من ترضى ، 5362 /2 ، ص 277 .

فعدم اعتراض النبي – صلى الله عليه وسلم – على تصرف المرأة واستنكار أنس – رضي الله عنه – لموقف ابنته و تأكيده على فضل المرأة في حبها لرسول الله و عرضها لنفسها عليه كله دليل على صحة تصرفها. أنظر : حسن محمد يوسف ، اختيار الزوجين في الإسلام وآداب الخطبة ، ط2 ، داربوسلامة ، تونس ، 1985 ، ص 70 .

[2]- الديباجي ، مرجع سابق ، ص 99 .

[3]- مرتضى المطهري، نظام حقوق المرأة في الإسلام، ط1، دار الكتاب الإسلامي، إيران، 2005 ، ص 37 .

[4]- مرتضى المطهري،المرجع نفسه، ص 40 .

مما سبق يتبين بأن ق.أ.ج على غرار باقي القوانين العربية[1] يعتبر رضا الزوجين هو الركن الأساسي في عقد الزواج وهو كذلك حتى في جميع الكنائس المسيحية. وهذا يتماشى أيضا مع النصوص الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان [2] . إذا فقد وفق ق.أ.ج في هذا وتماشى والمنطق السليم.

أولا: الوكالة في عقد الزواج

ما يؤكد أن الزواج لا يتم إلا برضا الزوجين هو إلغاء المشرع للمادة 20 ق.أ.ج[3] ، حيث أصبح لا يعترف بالوكالة في عقد الزواج وحضور الزوج الزوجة أمام الموظف المؤهل قانونا لإبرام عقد الزواج أصبح شرطا ضروريا ، لذلك أكد المشرع في المادتين الرابعة والتاسعة المعدلتين من ق.أ.ج أن الزواج عقد رضائي لا يتم إلا برضا الزوجين وهذا لا يكون إلا إذا كان الحضور شخصيا.

وهذا على خلاف ما هو موجود في أحكام الفقه الإسلامي وباقي القوانن العربية الأخرى التي تجيز التوكيل في الزواج [4] .

وما يمكن استنتاجه هو أن المشرع سوّى بين الزوجين في مباشرتهما لعقد الزواج ذلك أن المادة 20 من ق.أ.ج الملغاة كانت تمنح حق الوكالة للزوج فقط بينما الزوجة لم يكن لها هذا الحق لأن الذي كان يتولى زوجها هو وليها طبقا للمادة 11 قبل التعديل ولكن بعد

---

[1]- مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الفصل الثالث تنص على ما يلي : "لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين " .
وقانون الأحوال الشخصية السوري في المادة الخامسة ينص على " ينعقد الزواج بإيجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر

[2]- المادة 16 فقرة02 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المؤرخ في 10 ديسمبر 1948 تنص على ما يلي " لا ينعقد الزواج إلا برضى الطرفين المزمع زواجهما رضاء كاملا لا إكراه فيه " ، وهذا نفسه ما جاء في المادة 23 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 ، وكذلك المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام 1979 في الفقرة ب تنص على أن للمرأة والرجل " نفس الحق في حرية اختيار الزوج وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل " . انظر: أهم الاتفاقيات المصادق عليها من طرف الجزائر، د. ط، د.د.ن ، الجزائر ، 2009 ،ص 11 ، 40 ، 129 .

[3]- كانت تنص على ما يلي:" يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة " .

[4]- أجاز الفقهاء التوكيل في عقد الزواج وذلك لأنه في أكثر عقود الزواج لا يباشر الرجل والمرأة العقد بنفسيهما لغلبة الحياء عليهما . أنظر: العربي بلحاج ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر تعديلات ومدعم باجتهادات المحكمة العليا ، ط1 ، دار الثقافة ، الأردن ، 2012 ، ج 1 ، ص 220، مدونة الأسرة المغربية نصت في المادة 17 على : " يتم عقد الزواج بحضور أطرافه غير أنه يمكن التوكيل على إبرامه بإذن من قاضي الأسرة المكلف بالزواج وفق الشروط الآتية:
1- وجود ظروف خاصة لا يتأتى معها للموكل أن يقوم بإبرام عقد الزواج بنفسه .
2- تحرير وكالة عقد الزواج في ورقة رسمية أو عرفية مصادق على توقيع الموكل فيها ". والمشرع التونسي نص في الفصل التاسع على الوكالة واشترط أن تفرغ في محرر رسمي ويتم فيها تعيين الزوجين وإلا عد باطلا وذلك من خلال الفصل العاشر من مجلة الأحوال الشخصية.

إدخاله بعض التعديلات على هذه المادة – والتي سأفصل فيها لاحقا – وإلغاءه للمادة 20 أصبح كل من الزوج والزوجة لهما نفس الحق في مباشرة عقد الزواج بصفة شخصية [1].

وهذا ينسجم كثيرا مع طبيعة عقد الزواج كونه من العقود الخطيرة والرسمية التي تقوم على الاعتبار الشخصي وعلى مبادئ الرضا والحرية والاختيار ، وحضور الزوجين شخصيا أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق يسمح له بالتأكد من وجود رضا الطرفين بكل حرية واختيار [2].

وذلك يتماشى مع نص المادة الأولى من اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج لعام 1962 التي تنص على ما يلي :" لا ينعقد الزواج قانونا إلا برضا الطرفين رضاء كاملا لا إكراه فيه وبإعرابها عنه بشخصيهما بعد تأمين العلانية اللازمة وبحضور السلطة المختصة بعقد الزواج وبحضور شهود وفقا لأحكام القانون " [3]

إلا أن هناك من فقهاء القانون من اعتبر أن الحكم الوارد في المادة 20 ق. أ هو حكم غريب ويعد خروجا عن القواعد القانونية والشرعية والعرفية ، وهذا الأسلوب من شأنه التضييق على الناس إذ يمكن أن يكون أحد الزوجين مسافرا في بلد أجنبي ولا تسعفه الظروف أن ينتقل إلى الجزائر لإبرام عقد الزواج وبالتالي المشرع لم يكن موفقا بإلغائه للوكالة [4].

ورأي آخر يرى أن إلغاء الوكالة من أهم الجوانب الإيجابية التي أدخلها المشرع طبقا للتعديلات الجديدة ، لأنه وبالرغم من وجود فائدة طفيفة للزواج بالتوكيل خاصة في حالة غياب أحد الزوجين عن مجلس العقد لظروف خاصة إلا أن وجودها قد يحد ولو نسبيا من الحرية الكاملة المفترض قانونا توافرها لدى الراغب في الزواج إلى حين إتمام الزواج بالإمضاء على العقد أو العدول عنه [5].

---

[1]- الجيلالي تشوار ، محاضرات في قانون الأسرة الجزائري، science juridique. Ahlamontada.net

[2]- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق ، ص 75 .

[3]- عباسية لعسري ، حقوق المرأة والطفل في القانون الدولي الإنساني ، د.ط ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر 2006 ، ص 51 .

[4]- رشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة المعدل، مرجع سابق ، ص 71 .

[5]- العربي بلحاج ، أحكام الزواج ، مرجع سابق ، ص 220 ، 223 .

الترجيح بين الرأيين :

بما أن عقد الزواج هو عقد رضائي وحضور الزوجين أمام الموظف المؤهل قانونا لإبرام عقد الزواج - كما سبق ذكره – يسمح له بالتأكد من وجود رضا الطرفين فإن المشرع قد وفق في اشتراطه للحضور هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن هذا الوضع قد لاينا سب أحد الزوجين كأن يكون الزوج أو الزوجة في بلد أجنبي ولا تسعفه الظروف أن يحضر لإبرام الزواج وبما أن التوكيل غير جائز فمن المستحيل عليه أن يبرم عقد زواجه وعليه فالمشرع بخصوص هذه المسألة لم يكن موفقا بإلغائه النهائي للوكالة إذ كان بإمكانه الإبقاء عليها وجعلها خاصة بالزوج(ة) الذي وجد في ظروف تحيل دون إبرامه لعقد الزواج بنفسه وبعبارة أخرى الوكالة لا تجوز لمن لا عذر له.

لذلك فمن وجهة نظري أن المشرع المغربي قد وفق أكثر من المشرع الجزائري إذ أبقى على الوكالة لكنه كان حريصا فقيدها بشروط عدة وجعلها حكرا على الذي وجد في ظروف خاصة لا يتأتى معها أن يقوم بإبرام عقد الزواج بنفسه وهذا طبقا لأحكام ومقتضيات المادة 17 من مدونة الأسرة المغربية السابقة الذكر.

ثانيا: انعقاد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة

إن الرضا في عقد الزواج المعبر عنه بالإيجاب والقبول يتم بحضور واجتماع إرادة المتعاقدين في مجلس واحد لكن في حالة غياب أحد الزوجين عن مجلس العقد لظروف خاصة وبما أن الوكالة غير جائزة فهل يجوز له أن يبرم عقد زواجه بواسطة وسائل الاتصال الحديثة ؟. المشرع الجزائري سكت عن هذه المسألة، لذلك تقتضي معالجتها الرجوع إلى الآراء الفقهية المتعلقة بها .

إن عقد الزواج عبر هذه الوسائل الحديثة يتم بطريقتين: إما بالكتابة أو المشافهة [1].

[1]- محمد يحي بن حسن النجمي ، حكم إبرام عقد الزواج عن طريق الوسائل الإلكترونية،fiq.islammessge.com

1- عن طريق الكتابة :

إن إجراء عقد الزواج بالكتابة – الرسالة – ليس جديدا [1] وإنما الجديد هنا هي السرعة المذهلة التي يتم فيها نقل ما في الرسالة ، وهذا في حالة ما إذا كان أحد الزوجين مثلا غائب كأن يكون مسافر ويريد إبرام عقد الزواج مع الزوج الآخر فيرسل له رسالة يعرض فيها الزواج عليه وفي الوقت الحالي يمكن إرسال الرسالة عن طريق الهاتف أو جهاز الكمبيوتر مثلا والإشكالات التي أوردها الفقهاء قديما على إجراء العقد بالمكاتبة حلتها اليوم هذه الطرق الحديثة للاتصال[2] .

2- عن طريق المشافهة :

ويكون عقد الزواج بين الغائبين مشافهة إما عن طريق الهاتف أو الإنترنت وبخصوص هذه المسألة اختلف الفقهاء المحدثون فبعضهم أجازه مثل : مصطفى الزرقا وبدران أبو العينين بدران ووهبة الزحيلي واعتبروا المحادثة الهاتفية مجلس عقد وأوجبوا الإشهاد على العقد وذلك بحضورهم وسماعهم للإيجاب والقبول من العاقد الآخر ، ومنهم من ذهب إلى جواز التعاقد بين الغائبين مشافهة أو مكاتبة عن طريق وسائل الاتصال الحديثة إلا في عقد الزواج فقد منعوه ومن هؤلاء اللجنة الدائمة للإفتاء بالمملكة العربية السعودية وأكثر فقهاء مجمع الفقه الإسلامي بجدة ، فصدرت فتوى عن اللجنة الدائمة للإفتاء بهذا الخصوص مانعة إجراء العقد [3] .

وللتوفيق بين هذه الأقوال أرى أنه لا مانع من استعمال الوسائل الحديثة في عقد الزواج إذا دعت الضرورة ذلك وأمن التزوير والخداع لأن العاقدان غائبان بشخصيهما

---

[1]- عقد الزواج عن طريق الكتابة كان معروفا قديما وتكلم الفقهاء في حكمه بين مجيز ومانع فذهب جمهور الفقهاء إلى منع ذلك إلا في حالة الضرورة وقصورها على الأخرس الذي لا قدرة له على النطق ويحسن الكتابة ، ويعود إبطال عقد النكاح بطريق الكتابة عندهم - المالكية والشافعية والحنابلة - إلى اشتراطهم اجتماع إرادة العاقدين على إجراء العقد في وقت واحد وهذا ما يعبرون عنه بالموالاة بين الإيجاب والقبول وإلى اشتراطهم الإشهاد على عقد النكاح حين انعقاده، بينما الحنفية فذهبوا إلى إجازة عقد الزواج بالكتابة بالرغم من اشتراطهم للموالاة بين الإيجاب والقبول وللشهود في النكاح وذلك لأنهم اعتبروا مجلس العقد هو ساعة وصول الخطاب الذي يحمل الإيجاب إلى الطرف الآخر وعلى ذلك تتم الموالاة بين الإيجاب والقبول ويتم الإشهاد على قبول النكاح بعد إطلاع الشهود على مضمون الرسالة ، واشترطوا شروطا منها ألا يكون العاقد حاضرا بل غائبا وأن يشهد شاهدين على ما في الرسالة عند إرسالها . لمزيد من المعلومات، أنظر: سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ط1، دار النفائس ، الأردن ، 2000 ن ص 104 وما بعدها .

[2]- فأصبح هناك موالاة بين الإيجاب والقبول وبإمكان الشهود الاطلاع على الكتابة على الفور لحظة وصول الرسالة وإعلان المرسل إليه القبول أمامهم. أنظر : سليمان الأشقر، المرجع نفسه، ص 111.

[3]- جاء في نص الفتوى ما يلي : - نظرا إلى ما كثر في هذه الأيام من التغرير والخداع والمهارة في تقليد بعض الناس بعضا في الكلام وإحكام محاكاة غيرهم في الأصوات حتى إن أحدهم يقوى على أن يمثل من الذكور والإناث صغارا وكبارا ويحاكيهم في أصواتهم وفي لغاتهم المختلفة محاكاة تلقي في النفس السامع أن المتكلمين أشخاص ، وما هو إلا شخص واحد ، ونظرا لعناية الشريعة الإسلامية بحفظ الفروج والأعراض والاحتياط لذلك أكثر من الاحتياط لغيره من عقود المعاملات رأت اللجنة أنه ينبغي ألا يعتمد في عقود النكاح في الإيجاب والقبول والتوكيل على المحادثات الهاتفية تحقيقا لمقاصد الشريعة ومزيد عناية في حفظ الفروج والأعراض . أنظر : سليمان الأشقر، المرجع نفسه، ص 109 -110 .

لكنهما يعقدان عقد الحاضرين ويسمع كل واحد منهما الآخر ولتوفر أركان وشروط النكاح من التلفظ بالإيجاب والقبول والاتفاق على المهر والولي والشهود ، وكذلك ظهور بعض الوسائل التي يمكن أن تقلل من التزوير كرؤية أحد الطرفين الآخر عبر شاشة الكمبيوتر المتصل بشبكة الأنترنث .

وعليه فيمكن إدخال نصوص في قانون الأسرة الجزائري تسمح بإجراء عقد الزواج عن طريق وسائل الاتصال الحديثة وتنظيم الإجراءات اللازمة لذلك وتقييده بشروط وضوابط تضمن سلامته من التزوير والخداع .

كما أفتى به الشيخ ابن باز – رحمه الله – عندما قال بأن عقد النكاح يجوز عن طريق الهاتف والأنترنث إذا أمن التلاعب ولتحقق من شخص الزوج والولي وسمع الشاهدان الإيجاب والقبول [1] .

الفرع الثاني : عيوب الارادة في الزواج

يمكن تلخيصها في :

أولا: الغلط : فقد يكون الغلط في ذاتية الشخص المراد التزوج به أي في شخص الزوج أو الزوجة المتعاقد معها أو في صفة من صفاته الأساسية [2] ، فهنا يكون للزوج المضرور طلب إبطال العقد لغلط ارتكبه في حقه الطرف الآخر في صفة جوهرية [3] .

ثانيا : التدليس : يقصد به استعمال طرق احتيالية لإيقاع الطرف الآخر في الغلط الذي يدفعه إلى الموافقة على إبرام عقد الزواج .

والمشرع أشار في المادة 8 مكرر ق.أ.ج إلى أنه في حالة ما إذا كان هناك تدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق وهذا بخصوص مسألة التعدد ، إذا ادعى شخص العزوبة وهو متزوج ، وما يمكن ملاحظته من خلال المادة السابقة أنها لا تتماشى مع المبادئ القانونية بشأن الزوجة الثانية فهي ليست كالزوجة الأولى على أساس أن هذه الأخيرة زواجها صحيح ومن ثم فيجوز لها أن ترفع دعوى تطالب فيها

[1]- حكم إجراء عقد النكاح عن طريق الهاتف والأنترنث : Islamq .info/ar/ref/105531

[2]- كأن يتزوج شخص بامرأة على أنها بكر فيجدها على خلاف ذلك فيجوز له طلب إبطال عقد الزواج إذا اشترط فيه أن تكون الزوجة عذراء ، وبالنسبة للزوجة ففي حالة عقم الزوج أو عند العجز الجنسي فقد خول لها القانون أن تطلب التطليق وفقا للمادة 53 فقرة 02 من ق.أ.ج المعدل ، ما دامت لم تطلع على هذه العيوب وقت التعاقد ، على اعتبار أن القدرة الجنسية هي الصفة أو السبب الرئيسي الدافع للتعاقد في عقد الزواج ، أنظر : العربي بلحاج ، أحكام الزواج ، مرجع سابق ، ص 212 – 213.

[3]- عيسى حداد ، عقد الزواج دراسة مقارنة ، د ط ، منشورات باجي مختار ، عنابة ، 2006 ، ص 77 .

بالتطليق بينما الزوجة الثانية فزواجها لم يكن كذلك لأن إرادتها كانت معيبة بعيب التدليس وبالتالي يكون لها الحق في طلب ابطال العقد [1] .

ثالثا : الإكراه : وهو أن يبدي أحد الطرفين قبوله على أساس الضغط غير المشروع الممارس على إرادته فيولد فيه حالة من الرهبة أو الخوف [2] .

والملاحظ أن المشرع الجزائري رغم تعديله لقانون الأسرة إلا أنه لم يتطرق لهذه العيوب على خلاف المشرع المغربي الذي عالج مشكل عيوب الإرادة في الزواج وذلك من خلال نص المادة 12 من مدونة الأسرة المغربية [3] ، فلا يكفي أن يكون الرضا موجودا فحسب فبالإضافة إلى وجوده يجب أن يكون صحيحا وصحته تقتضي أن تكون إرادة الزوجين خالية مما يعيبها هذا من جهة ومن جهة أخرى يجب أن تكون واعية صادرة عن ذي أهلية [4] - سيأتي الحديث عنها في شروط عقد الزواج.

المطلب الثاني : شروط عقد الزواج

تنقسم الشروط في عقد الزواج إلى شروط موضوعية وأخرى شكلية وهذا ما سيتم التطرق إليه من خلال هذا المطلب وذلك بتقسيمه إلى فرعين:

الشروط الموضوعية فرع أول ،الشروط الشكلية فرع ثاني

الفرع الأول : الشروط الموضوعية

حددها قانون الأسرة الجزائري بموجب المادة 9 مكرر وهي متمثلة في الصداق، الولي، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج، أما الأهلية لكونها تتعلق بالجانب الإجرائي أكثر فسيتم التطرق إليها عند دراسة الشروط الشكلية لعقد الزواج .

---

[1]-الجيلالي تشوار،محاضرات في قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق .

[2]- العربي بلحاج ، أحكام الزواج ، مرجع سابق ، ص 217 .

[3]- المادة 12 من مدونة الأسرة المغربية تنص على " تطبق على عقد الزواج المشوب بإكراه أو تدليس الأحكام المنصوص عليها في المادتين 63 و 66 بعده " والمادة 63 تنص على " يمكن للمكره أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس بها هو الدافع إلى قبول الزواج قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدى شهرين من يوم زوال الإكراه ، ومن تاريخ العلم بالتدليس مع حقه في طلب التعويض " .

[4]- محمد سعيد جعفور ، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي ،د ط ، دار هومة ، بوزريعة ، الجزائر ، 2002 ، ص 05 .

أولا : الصداق

هو ما أوجبه الشارع من المال أو المتقوم بالمال حقا للمرأة على الرجل بعقد صحيح أو دخول صريح وله عدة أسماء منها : الصداق ،المهر ،الأجر ،الصدقة ،النحلة ،الفريضة..[1]

وعرفه قانون الأسرة الجزائري في المادة 14 بأنه : " ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء " .

1- تكييفه القانوني:

اعتبر الصداق في ظل قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 ركنا في عقد الزواج وقد أخذ في ذلك برأي المالكية [2] الذي يعتبر الصداق ركنا من أركان العقد ثم أصبح في التعديل الجديد شرطا من شروط الزواج وهذا من خلال المادة 9 مكرر من الأمر 02/05 .

وبهذا يكون المشرع قد وضع حدا للاضطراب الذي كان عليه القانون السابق لما جعل الصداق ركن ورتب على تخلفه فسخ العقد من خلال المادة 33 من نفس القانون.

2- شروطه :

يجب أن يكون مال متقوم معلوم كما يمكن أن يكون منفعة يمكن تقديرها بمال وعلى ذلك فإن الذهب والفضة والحيوانات والعروض كالثياب ومنافع الأعيان التي يستحق في مقابلها مال يصلح كل منهما أن يكون صداقا [3] .

ويشترط أن يكون من الأمور المباحة والمشروعة فلا يصح أن يكون من الحرام [4] وهذا ما نص عليه المشرع من خلال المادة 14 ق.أ حيث اشترط في الصداق شرطين هما أن يكون مبلغا نقديا أو شيئا متقوما له قيمة مالية ويشترط فيه أن يكون مشروعا كما لا يجوز أن يكون فيه ضرر للغير كأن يكون صداق الزوجة طلاق ضرتها [5] .

3- أنواع الصداق :

يكون الصداق على نوعين أساسيين : **صداق المسمى** : هو الذي يثبت بمجرد اتفاق الزوجين

---

[1]- محمد كمال الدين إمام ، الزواج في الفقه الإسلامي دراسة تشريعية وفقهية ، د . ط ، الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 1998 ، ص 156 ، 157 .

[2]- غنية قري ، مرجع سابق ، ص 32 .

[3]- عثمان التكروري،شرح قانون الأحوال الشخصية ، د. ط ، دار الثقافة ، الأردن 2009 ، ص 110 .

[4]- الرشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة المعدل ، مرجع سابق ، ص 76 .

[5]- عبد القادر بن حرز الله ، مرجع سابق ، ص 137 .

معا أو أولياؤهما مهما بلغت قيمته مادام قد تم بإرادة الطرفين وهو الذي يتم الاتفاق عليه في العقد الصحيح أو الذي يفرض بعده بالتراضي ، **صداق المثل** : وهو صداق من يماثل الزوجة من أسرة أبيها وقت العقد من حيث السن والجمال والثقافة والبكارة أو الثيوبة ويجب مهر المثل [1] وقد نص المشرع على الحالات التي يجب فيها مهر المثل وهي :

- حالة عدم تحديد الصداق كما نصت المادة 15 فقرة 02 من الأمر 05-02 .
- إذا تم الدخول بدون صداق كما نصت بذلك المادة 33 فقرة 2 من الأمر 05-02 .
- في حالة عدم الاتفاق على المبلغ المالي في الخلع كما نصت المادة 54 فقرة 02 من نفس الأمر.

4- الأمور المؤكدة لوجوب المهر:

من خلال المادة 16 ق.أ التي نص فيها المشرع على ما يلي : " تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج ، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول " يتبين بأن المشرع قد فرق بين حالتين هما : حالة الدخول بالزوجة أي الدخول الحقيقي بها ففي هذه الحالة لها كامل الصداق ويتأكد الصداق بتمامه أيضا في الخلوة الصحيحة أي الدخول الحكمي لأنها تقوم مقام الدخول وهذا ما تم تأكيده بقرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 02-10-1989 ، ملف رقم 55116 [2] ، كذلك نفس الحكم في حالة وفاة الزوج ، سواء كانت الوفاة قبل الدخول أو بعده ، أما إذا لم يدخل الزوج بزوجته ولم تحصل خلوة بينهما وحصل طلاق فتستحق الزوجة نصف الصداق المسمى لها في عقد الزواج وهذه في الحالة الثانية .

5- مقدار الصداق :

لم يحدد المشرع حد أدنى ولا أقصى للصداق ، بل ترك ذلك إلى تقدير الناس حسب طاقتهم المالية ، فيجوز أن يكون كثيرا ولو بلغ الملايين ويجوز أن يكون قليلا مع العلم بأن المغالاة في المهر مكروهة [3]

---

[1]- العربي بلحاج،الوجيز في شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 103 .

[2]- حيث جاء فيه : [من المقرر شرعا انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية واختلاء الزوج بها في بيته وغلق بابه عليها وهو الذي ما يعبر عنه شرعا " بإرخاء الستور " أو " خلوة الاهتداء " يعتبر دخولا فعليا يرتب عليه الآثار الشرعية وتنال الزوجة كامل صداقها]. أنظر: الزواج والطلاق،مرجع سابق ، 2001 ، ص 102 .

[3]- حسن أيوب، فقه الأسرة المسلمة، ط 4 ، دار السلام ، القاهرة ، 2008 ، ص 133 .

وقد اتفق الفقهاء على أنه ليس للمهر حد أعلى [1] لكن اختلفوا في حده الأدنى فمنهم من يقول بتحديده ومنهم من ينكر ذلك [2] .

6- مسقطات الصداق

يسقط الصداق عن الزوج في الحالات التالية:

أ- إذا حصلت الفرقة بين الزوجين قبل الدخول حقيقة أو حكما بسب من الزوجة كما لو ارتدت عن الإسلام [3] .

ب- الإبراء من كل صداق قبل الدخول أو بعده إذا كان الصداق دينا على الزوج.

ج- قتل الزوجة نفسها أو زوجها لأنها في الحالتين حرمت زوجها وأسرتها منها ، وضرر الزوج يجب ألا يترتب عليه دفع الصداق هذا ما قال به المالكية والشافعية [4] .

د- إذا كان الزواج فاسدا قبل الدخول طبقا للمادة 33 من الأمر 05-02 .

7- الاختلاف في الصداق

وله حالات مختلفة منها :

أ- الاختلاف في تسمية الصداق:

إذا اختلف الزوج والزوجة في تسمية الصداق أو في المقدار المسمى له فالبينة تكون على من ادعى وفي حالة رفض دعوى التسمية لعدم ثبوتها يحكم القاضي بصداق المثل [5] .

ب- الاختلاف في قبض الصداق:

إذا كان الاختلاف في أصل القبض ، بأن يدعي الزوج أنه قد أوفى زوجته معجل

---

[1]- روي أن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – رأى من بعض الناس مغالاة في المهور ، فأراد أن يجعل للمهور حدا أعلى لا يتجاوزه أحد ، فلما هم بأن يدعو الناس إلى ذلك خطأته امرأة وتلت قوله تعالى : << وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج واتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإنما مبينا وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا >>.النساء 20- 21 ، فسكت الفاروق أمير المؤمنين وقال : أخطأ عمر وأصابت امرأة. أنظر :محمد أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج وآثاره ، ط2 ، دار الفكر العربي ، مصر، د .ت ، ص 205 .

[2]- الاتجاه القائل بالحد الأدنى للمهر : وفقا للمذهب الحنفي فقد حدده بمقدار عشرة دراهم من الفضة ، وذهب المالكية إلى تحديده بربع دينار إن كان من الذهب، ثلاثة دراهم إن كان المهر من الفضة ، أما الاتجاه القائل بعدم تحديد الحد الأدنى فيرى كل من الإمام الشافعي وابن حنبل بأنه لا حد أدنى للمهر وأدلتهم في ذلك كثيرة منها قوله تعالى : << وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين >> . فلفظ أموالكم ورد مطلقا وعليه جاز أن يكون المهر بلا تحديد . انظر: غنية قري ، مرجع سابق ، ص 35 – 36 .

[3]- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 112 .

[4]- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ،ج7، د. ط ، دار الفكر ، الجزائر ، د.ت ، ص 291 .

[5]- ابن جزي ، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنابلة ، د.ط ، د.د.ن .، د.م ، د.ت ، ص 136 .

صداقها ، أو سلمها مقدار منه والزوجة تنكر ذلك أو تدعي أنه سلمها أقل منه [1] ، ففي هذه الحالة لابد من تطبيق قاعدة البينة على من ادعى فإذا ما انعدمت نرجع إلى أحكام المادة 17 ق. أ التي تنص على أنه " في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين " .

ثانيا : الولي

إن مسألة الولاية [2] في الزواج أثارت الكثير من الجدل والنقاش بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 05-02- المؤرخ في 27 يونيو 2005 وما سأتطرق إليه من خلال هذا المطلب هو معرفة موقف المشرع الجزائري من وجود الولي في عقد الزواج ومدى تأثيره في رضا كل من الرجل والمرأة .

بالرجوع إلى قانون الأسرة رقم 11/84 يتضح بأن المشرع وقع في اضطراب بشأن حكم الولي في عقد الزواج فالمادة التاسعة منه جعلته ركنا فنصت على ما يلي : " يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة ، وشاهدين وصداق " .

والمادة 32 اعتبرته شرطا فنصت على ما يلي : " يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج " .

لكن التعديل الجديد حسم الأمر وقضى على هذا التناقض حيث كيف الولي بأنه شرط من شروط صحة عقد الزواج طبقا للمادة 9 مكرر ق. أ وما يؤكد ذلك نص المادة 11 ق.أ.ج التي جاء فيها : " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره" .

دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أوليائهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له " .

---

[1]- أحمد فراج حسين ، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ، د.ط ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1997 ، ص 237 .

[2]- الولاية هي : القدرة على إنشاء العقد نافذا ، وهي قسمان ، ولاية قاصرة متمثلة في : قدرة العاقد على انشاء العقد الخاص بنفسه وتنفيذ أحكامه ، وولاية متعدية متمثلة في قدرته على انشاء العقد الخاص بغيره بإقامة من الشارع وهي بدورها تنقسم إلى ولاية على المال وهي القدرة على انشاء العقود الخاصة بالأموال وتنفيذها وولاية على النفس هي القدرة على انشاء عقد الزواج من غير حاجة إلى إجازة أحد والمحافظة على نفس القاصر – وولاية النكاح هي من الولايات الخاصة التي تتعلق بالنفس – أنظر : أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج ، مرجع سابق ، ص 135 .

من خلال نص هذه المادة يتبين دور الولي في عقد الزواج، فالمشرع قسم الولاية إلى قسمين:

القسم الأول: يخص المرأة الراشدة والثاني يخص القصر الذين لم يبلغوا بعد سن الرشد.

1-الولاية في الزواج على المرأة الراشدة

طبقا لنص المادة السابقة والتاسعة ق.أ.ج نجد أن المشرع خول لها الحق في إبرام عقد زواجها وجعل رضاها الركن الجوهري في هذا العقد ، لكنه أضاف إلى ذلك اشتراط حضور الولي في عقد الزواج [1] .

بمعنى أن المشرع جعل لها أن تتولى وتباشر عقد زواجها بنفسها مادامت راشدة بلغت 19 سنة أما قبل التعديل فكان حضور الولي ضروري لأنه هو الذي يتولى عقد زواجها. وما تجدر الإشارة إليه هو أن المشرع لم يفرق بين كون المرأة ثيبا أو بكرا كما فرق الفقهاء في حكم كل منهما ن فبالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي نجد هناك اختلاف بين الفقهاء في شأن تولي المرأة البالغة لعقد نكاحها فيرى المالكية بأن المرأة البالغة ليس لها أن تزوج نفسها ولا أن تزوج غيرها حيث يقول:(لا تعقد المرأة النكاح على نفسها ولا على غيرها بكرا كانت أو ثيبا شريفة أو دنيئة ، رشيدة أو سفيهة ، حرة أو أمة أذن لها وليها أو لم يأذن فإن وقع فسخ قبل الدخول وبعده وإن طال وولدت ولا حد في الدخول للشبهة وفيه صداق المسمى) [2]

ووافقهم في ذلك الشافعية والحنابلة فاتفقوا على أن البكر البالغة ينفرد الولي بزواجها ويحق له اجبارها وإن كان يستحب له استئذانها [3] .

وعليه فجمهور الفقهاء ذهبوا إلى ضرورة اشتراط الولي في عقد النكاح وكل نكاح يقع بدون الولي أو من ينوب منابه يقع باطلا ، فليس للمرأة البالغة البكر أن تباشر عقد زواجها [4] وسبب منع المرأة من الاستقلال بالنكاح كما يقول ابن قدامة هو(قصور عقلها فلا يؤمن انخداعها ووقوعه منها على وجه المفسدة وهذا مأمون فيما أذن فيه وليها والعلة

---

[1]- عيسى حداد، عقد الزواج ،مرجع سابق ، ص 139 .

[2]- ابن جزي ، مرجع سابق ، ص 332 – 333 .

[3]- عبد القادر بن حرز الله ، مرجع سابق ، ص 58 .

[4]-- عبد الرحمن الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ،ج4، د.ط ، دار الفكر ، د.م ، 1969 ، ص 51 .

صيانتها عن مباشرة ما يشعر بوقاحتها ورعونتها وميلها إلى الرجال وذلك ينافي حال أهل الصيانة والمروءة) [1] .

كما أن الزواج من العقود التي لها أغراض ومصالح لا تتحقق مع كل زوج فهو يحتاج إلى عناية ودقة ودراسة واسعة لأحوال الرجال ومن يصلح منهم ومن لا يصلح وهذه الأمور غير متيسرة بالنسبة للنساء لقلة خبرتهن وسرعة تأثرهن وغلبة الهوى على تصرفاتهن ، فلهذا لا تتحقق مقاصد الزواج إذا ما تولت المرأة بنفسها عقد زواجها [2] . واستدلوا على ذلك بأدلة كثيرة من الكتاب والسنة [3] .

أما أبو حنيـــفة وأبو يوسف في ظاهرة الرواية فذهبوا إلى القول بعدم إجبار المرأة البالغة البكر على النكاح [4]ووافقهم في ذلك بعض الحنابلة منهم شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم [5] .

فقال ابن تيمية – رحمه الله – عندما سئل عن إجبار الأب لابنته البكر البالغ على النكاح بأن البكر البالغة لا يجبرها أحد على النكاح ، لأن مناط الإجبار هو الصغر الذي هو سبب الحجر بالنص والإجماع ، وأما جعل البكارة موجبة للحجر فهذا مخالف لأصول الإسلام فالشارع لم يجعل البكارة سببا للحجر في موضع من المواضع المجمع عليها ، فتعليل الحجر بذلك تعليل بوصف لا تأثير له في الشرع [6] .

ويقول ابن القيم : (إن البكر العاقلة لا يتصرف أبوها في أقل شيء من مالها إلا برضاها ولا يجبرها على إخراج اليسير منه بدون رضاها ، فكيف يجوز أن يرقها ويخرج

---

[1]- موفق الدين ابن قدامة ،المغني ،ج، د.ط ، دار عالم الكتب ، الرياض ، د.ت ، ص 346 .

[2]- بدران أبو العينين بدران ، الفقه بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري و القانون المقارن للأحوال الشخصية،ج1، د.ط، دار النهضة العربية، بيروت، د.ت ، ص 137 .

[3]- من بين هذه الأدلة ما جاء في القرآن الكريم في قوله تعالى : << ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم >>. البقرة 221 ، فهذا خطاب إلى الأولياء جاء على سبيل نهيهم عن تزويج المولى عليها من مشرك إذا فهذا دليل على ضرورة موافقة ولي البكر في تزويجها من مسلم . أنظر : غنية قري ، مرجع سابق ، 25 .

- أما من السنة فاستدلوا بأحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم منها قوله عليه الصلاة والسلام ((لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل)). أخرجه الترميذي ، سنن الترميذي ، باب ما جاء في لا نكاح إلا بولي ، ج3 ، ص 407 ، رقم 1020 .

- وقوله أيضا ((لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها)) . أخرجه ابن ماجة، سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر ، بيروت ، باب لا نكاح إلا بولي ، ج1 ، ص 606 ، رقم 1882 .

[4]- بدران أبو العينين، مرجع سابق ، ص 136 .

[5]- محمد الصالح القيمين ، عبد العزيز بن محمد ، الزواج في الشريعة الإسلامية ، د. ط ، دار السلفية ، الجزائر ، د.ت ، ص 106 .

[6]- ابن تيمية، فتاوى النساء ، د .ط، مكتبة القرآن ، القاهرة ، د. ت ، ص 428 ، 429 .

بضعها منها بغير رضاها إلى من يريد هو وهي من أكره الناس فيه،أبغض شيء إليها،ومع هذا فينكحها إياه قهرا بغير رضاها إلى من يريد ، ويجعلها أسيرة عنده ومعلوم أن إخراج مالها كله بغير رضاها أسهل عليها من تزويجها بمن لا تختاره بغير رضاها) [1].

لذا فللبكر البالغة أن تنفرد باختيار الزوج وأن تنشئ العقد بنفسها وبعبارتها من غير إشراك وليها وإن كان من المستحب عندهم أن يتولى العقد الولي ، ولا يحق لأحد الاعتراض عليها شريطة أن تختار الكفء وأن لا تتزوج بأقل من مهر المثل أما إذا زوجت نفسها من غير كفء [2] ولم يكن وليها قد رضي بذلك قبل الزواج ، فله حق الاعتراض أما إذا سكت حتى ولدت فإن حقه يسقط وذلك لأن حق الولد أقوى من حق الولي من أجل المحافظة عليه من الضياع ، وإن لم يكن لها ولي عاصب وزوجت نفسها بغير كفء كان زواجها صحيحا لازما [3] .

ذلك لأن المرأة العاقلة البكر حين تزوج نفسها تكون قد تصرفت في خالص حقها وتصرفها صحيحا لأنها من أهل التصرف ، وخوف لحوق الضرر بالولي المترتب على تزويجها نفسها تم تداركه باشتراط الكفاءة ومهر المثل عند تزويجها لنفسها وبإعطائه حق الاعتراض ، غير أنه يستحب للمرأة أن تشرك وليها في اختيار زوجها وتوكله في مباشرة عقد زواجها حتى لا تنسب إلى الخروج على العادات الحسنة ومجافاة الآداب الإسلامية السليمة واستدلوا على ذلك بأدلة كثيرة من الكتاب والسنة [4] .

وعليه من خلال عرض بعض آراء الفقهاء يتبين بأن هناك اختلاف فيما بينهم في شأن تولي البكر البالغة عقد نكاحها فذهب الجمهور إلى منعها من ذلك وإثبات ولاية الإجبار [5] عليها وعلة الإجبار هي البكارة لكنهم لا يقولون ذلك بصورة مطلقة وإنما يقيدون ذلك

---

[1]- ابن القيم الجوزية ، زاد المعاد في خير هدي العباد ،ج5، ط3 ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ،لبنان، 1998 ، ص 89 .

[2]- التكافؤ : يعني الاستواء ، الكفء : المماثل : أكفاء وكفاء ، في النكاح شرعا تعني مساواة الرجل بالمرأة في الأمور الآتية : الإسلام والنسب والتقوى والحرية والمال والحرفة . أنظر : سعدي أبو حبيب ، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا ، ط2 ، دار الفكر ، دمشق ، 1988 ، ص 320 .

[3]- بدران أبو العينين، مرجع سابق ، ص 136 .

[4]- من القرآن الكريم قوله تعالى : << فلا تعضلوهن أن ينكحن أزوجهن ...>>. البقرة 232 . فهذه الآية أضافت العقد إلى المرأة حيث قالت – ينكحن – من غير شرط إذن ولي.أ نظر : الأكحل بن حواء ، نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية ، د.ط، الشركة الوطنية، الجزائر، 1982، ص 27.
ومن السنة : عن أبي هريرة رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال :((لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن ، قالوا ي يا رسول الله وكيف إذنها ؟ قال : أن تسكت)). سبق تخريجه.

[5]- يمكن تعريفها بأنها سلطة ثابتة شرعا بمقتضاها يستطيع الولي إجبار المولى عليه من غير موافقته ورضاه بسبب الصغر الصغر أو البكارة أو فقدان العقل. أنظر: الأكحل بن حواء ، مرجع سابق ، ص 66 .

بمصلحة المولى عليها ، فليس للولي أن يجبر ابنته البكر على الزواج من ذي عاهة مثلا [1] .

وذهب الحنفية إلى جواز تولي البكر البالغة عقد نكاحها كما يستحب لها أن تشرك وليها في اختيار زوجها وتوكيله في مباشرة عقد زواجها إذن فالولاية عندهم هي ولاية استحباب [2] .

ومن أجل ما سبق ذهب الفقيه أبي ثور من الشافعية إلى رأي وسط يجمع بين الآراء السابقة [3] ومفاد هذا الرأي هو أن الولي يشارك المرأة البالغة العاقلة في اختيار وليها وبعد هذا لها أن تتولى عقد زواجها بنفسها وعليه فإذا وجد رضا الولي فإنه يندر مع وجوده أن تتولى المرأة صيغة عقد الزواج ، إما عرفا وعادة وإما حياء وخجلا ، أما في حالة انعدام رضا الولي فلها أن تتولى عقد زواجها بنفسها [4] .

هذا وينبغي الإشارة إلى موقف بعض المذاهب الأخرى من تولي المرأة البالغة عقد نكاحها:

ففي المذهب الإباضي لا يجوز أن تتولى المرأة عقد النكاح لا بالأصالة ولا بالنيابة .[5] .[5] وأكثر الإمامية اعتبروا البالغة الرشيدة تملك ببلوغها ورشدها جميع التصرفات من العقود العقود وغيرها حتى الزواج بكرا كانت أو ثيبا فيصح أن تعقد لنفسها ولغيرها مباشرة وتوكيلا ايجابا وقبولا وليس لأحد أن يعترض فهي كالرجل تماما دون أي فرق [6] .

أما في المذهب الظاهري فيتضح ذلك من خلال ما جاء في المحلى لابن الحزم : (لا يحل للمرأة النكاح ثيبا كانت أو بكرا إلا بإذن وليها) ثم قال : (وقال سليمان أما البكر فلا يزوجها إلا وليها وأما الثيب فتولي أمرها من شاءت من المسلمين ويزوجها وليس للولي في ذلك اعتراض) [7] .

---

[1]-الأكحل بن حواء،مرجع سابق ،ص 107 .

[2]- هي تلك التي يستحب فيها أن تشرك المرأة وليها في اختيار زوجها وينعقد فيها العقد بعبارتها ويكون منتج لآثاره وللولي حق الاعتراض و يتفق المالكية مع الحنفية في الولاية على البكر البالغة التي رشدها أبوها أو وصيه لما قام بها من حسن التصرف لكن الولاية عليها في رأي المالكية هي ولاية اختيار على خلاف الشافعية والحنابلة فيجعلون الولاية عليها ولاية جبر. لمزيد من المعلومات ،أنظر : وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 211 .

[3]- بدران أبو العينين بدران ، مرجع سابق ، ص 139 .

[4]- الأكحل بن حواء ، مرجع سابق ، ص 40.

[5]- ناصر أحمد ابراهيم النشوى ، موقف الشريعة الإسلامية من تولي المرأة لعقد النكاح دراسة فقهية مقارنة ، د.ط ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2005 ، ص 281 .

[6]- محمد جوار مغنية ، الفقه على المذاهب الخمسة -الجعفري- الحنفي-المالكي-الشافعي-الحنبلي ، ط6 ، دار العلم للملايين ، ، بيروت ،1979 ، ص 322 .

[7]- ابن الحزم ، المحلى ،ج9، د.ط، المكتب التجاري، بيروت، ص 451 – 455.

أما بالنسبة للثيب البالغة – التي سبق لها الزواج – فاتفق جل الفقهاء على أنها لا تنكح إلا بإذنها ، ولا يحق للأب ولا لغيره أن يزوجها إلا برضاها فالولاية عليها ولاية اختيار [1] .

هذا بالنسبة لحكم تولي المرأة البالغة العاقلة عقد نكاحها، فما هو الحكم في شأن تولي الرجل البالغ العاقل عقد نكاحه ؟

اتفق الفقهاء على أن الرجل إذا كان بالغا عاقلا لا تثبت عليه ولاية إجبار .[2]

ولا ولاية اختيار وله أن يزوج نفسه بنفسه،فتثبت له الولاية القاصرة على النفس [3] .

فله أن يتزوج ممن أراد من النساء ممن تحل له شرعا حتى ولو كانت هذه المرأة دونه كفاءة أو بأكثر من مهر مثيلاتها ، فيعتبر زواجه صحيحا وليس لغيره حق الاعتراض[4] .

ويبرر هذا بأن الرجل يملك حق الطلاق والتخلص من هذه الزيجة لدفع الضرر الذي قد يلحقه منها بينما هو طلب يمر عبر القضاء بالنسبة للمرأة هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فالرجل لا يعير إذا تزوج ممن هي دون الكفاءة اللازمة في حين أن معرة سوء اختيار الزوج بالنسبة للمرأة أكبر وأفدح ، لأنها لا تخص الزوجة وحدها بل حتى أسرتها وأولياءها تلحقهم معرة هذا الزواج ونظرا لهذه الخصوصيات في عقد زواج المرأة رأى الإسلام أن يعينها بولي يرشدها ويساعدها في اختيار الزوج المناسب لها [5] أما الرجل فرضاه يكفي للزواج وموافقة أولياءه ليست شرطا بتاتا في زواجه مادام بالغا عاقلا .

من خلال ما سبق، بالرجوع إلى ق.أ.ج يبين بأن المشرع لم يعتبر البكر والبلوغ أسباب كافية لجواز أن تعقد المرأة لنفسها أو يعقد لها أبوها ، لأن العبرة عنده ببلوغ المرأة السن القانونية المحددة طبقا للمادة السابعة المعدلة من أحكام هذا القانون وهي 19 سنة ، وعليه فالمشرع اعتبر رضا المرأة واختيارها في عقد الزو[illegible] راشدة ولا يستطيع وليها أن يزوجها دون رضاها وإلا يكون زواجها غير صحيح وتعتبر

[1]- هي ولاية غير إجبارية تخول للولي حق تزويج المولى عليه مع إشراكه معه في الرأي والاختيار . أنظر : أحمد فراج حسين ، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص 175 .

[2]- سئل شيخ الإسلام ابن تيمية عن إلزام الولد بنكاح من لا يريد فأجاب بأنه (ليس لأحد أن يلزم الولد بنكاح من لا يريد ، وإنه إذا امتنع لا يكون عاقا ، وإذا لم يكن لأحد أن يلزمه بأكل ما ينفر عنه مع قدرته على أكل ما تشهيه نفسه كان النكاح كذلك وأولى فإن أكل المكروه مرارة ساعة وعشرة المكروه من الزوجين على طول يؤذي صاحبه كذلك ، ولا يمكن فراقه) . انظر : ابن تيمية ، أحكام الزواج ، د.ط ، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان، 1996 ، ص 107.

[3]- الرشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 63 .

[4]- محمد اسماعيل ابراهيم ،الزواج، د.ط ، دار الفكر العربي ، د.م ، د.ت ، ص 120 .

[5]- محمد بلتاجي ،مكانة المرأة في القرآن الكريم والستة الصحيحة الحقوق السياسية والاجتماعية والشخصية للمرأة في المجتمع الإسلامي دراسة مؤصلة موثقة مقارنة ، ط1 ، دار الإسلام ، مصر ، القاهرة ، 2000 ، ص 332 .

ولايته ولاية إذن واستحباب وفقا للمذهب الحنفي ومن ثم جواز تولي المرأة عقد زواجها هذا ما يفهم من نص المادة 11 المعدلة والمادة 33 فقرة 02 ق.أ.ج مادام غياب الولي عن مجلس العقد في حالة عدم وجوبه – حالة المرأة الراشدة – لا يعرض العقد للفسخ قبل الدخول وبعده ومن ثمة يستنتج بأن المرأة الراشدة لها الحق في مباشرة عقد زواجها وانعقاده بعبارتها منفردة ، وليس للولي منه إلا الحضور[1] ، فما الفائدة إذا من حضوره مجلس العقد إن لم يكن له أي تأثير في إبرام العقد ؟

هذا وعلى اعتبار أن المشرع قد اعتمد على المذهب الحنفي في عدم اشتراط الولي وجواز انفراد المرأة البالغة بكرا كانت أو ثيبا في مباشرة عقد الزواج فإنه يعترض عليه من أوجه:

الوجه الأول:

الحنفية بقولهم جواز تولي البالغة عقد النكاح وعدم ضرورة اشتراط الولي في ابرام عقد زواجها قد منحوا للولي الحق في الاعتراض وفسخ العقد برفع الأمر إلى القاضي إذا زوجت نفسها من غير كفء [2] .

الوجه الثاني: منحوا كذلك للولي الحق في الاعتراض على الزواج إذا زوجت نفسها باقل من مهـــر مثلها [3] .

الوجه الثالث : مع ذهابهم إلى إثبات الحق في مباشرة الزواج للمرأة البالغة العاقلة إلا أنهم يرون أنه من الأوفق أن يتولى وليها عقد زواجها تحقيقا لحسن اختيار الزوج المناسب وصيانة لها من الإبتدال وحضور مجالس الرجال والخروج عن محاسن التقاليد والعادات [4] .

ومن ثمة فلا يهمل الحنفية دور الولي بالكلية مثلما يتصوره بعض الناس [5] وعليه فالمشرع الجزائري ألغى تماما اعتبار شرط الكفاءة ومهر المثل في زواج المرأة الراشدة ولم يجعل للولي حق الاعتراض إذا زوجت نفسها من غير كفء أو بأقل من مهر المثل وإن كان هناك من يرى إلغاء مهر المثل أمر صائب لأنه في الإسلام رمز لإكرام المرأة والرغبة

---

[1]- عبد القادر داودي ، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، د.ط ، دار البصائر ، الجزائر، 2010 ، ص 112.
[2]- الأكحل بن حواء ، مرجع سابق ، ص 106.
[3]-الأكحل بن حواء، المرجع نفسه ، ص 106 .
[4]- اسماعيل ابراهيم ، مرجع سابق ، ص 122.
[5]- محمد بلتاجي ، مرجع سابق ، ص 333.

في الاقتران بها والتعبير بنقصانه يعد من صنيع البيئات الجاهلة التي تغفل الحكمة من مقاصد الزواج وحكمة المهر فيه وهذا ما ذهب إليه الأئمة المجتهدون غير أبي حنيفة [1] .

أما بالنسبة للكفاءة في الزواج فلم يلتفت إليها المشرع الجزائري على خلاف باقي مشرعي العرب كالمشرع السوري والأردني اللذان اعتبرا الكفاءة شرط في عقد الزواج [2] وبالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي طبقا للمادة 222 ق.أ.ج[3] نجد بأن الكفاءة في الزواج تعني مساواة الرجل للمرأة في أمور مخصوصة يعتبر الإخلال بها مفسدا للحياة الزوجية [4] .

وقد اختلف الفقهاء في اعتبار الكفاءة في الزواج بين الرجل والمرأة وعدم اعتبارها ذهب بعضهم إلى عدم اعتبارها أصلا في الزواج مستندين على أدلة كثيرة [5] .

وذهب جمهور الفقهاء إلى اعتبارها شرط في الزواج لأنه يشتمل على أغراض ومقاصد لا تتحقق عادة إلا بين متكافئين ، لأن وجود فوارق كبيرة بين الزوجين يحول في أغلب الحالات دون التوافق والانسجام بينهما فتكون النتيجة الانفصال بينهما ، لكنهم اختلفوا في الأمور التي تعتبر فيها الكفاءة اختلافا واسعا وذلك لعدم ورود نص في ذلك لا من الكتاب ولا من السنة ، فاعتبر المالكية والإمامية الكفاءة في الدين فقط [6] وكذلك الإمام أحمد بن حنبل ، أما الشافعية فاعتبروها في خمسة أمور : الدين والنسب والحرية والحرفة والخلو من العيوب .

---

[1]- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، ط7، دار الوراق، المملكة العربية السعودية، 1999، ص 56.

[2]- المادة 26 من قانون الأحوال الشخصية السوري تنص على أنه " يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤا للمرأة " والمادة 29 منه تنص على أن " الكفاءة حق خالص للمرأة والولي " .
أما المادة 21 فقرة 02 من قانون الأحوال الشخصية الأردني فتنص على أن " الكفاءة حق خاص بالمرأة والولي وتراعى عند العقد فإذا زالت بعده فلا يؤثر ذلك في الزواج " . بالإضافة إلى المادة 22 و المادة 23 التي نصت على سقوط حق فسخ عقد زواج في حالة حدوث حمل أو سبق الرضا أو مرت ثلاثة أشهر على علم الولي بالزواج .

[3]- التي تنص على ما يلي : " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" .

[4]- اسماعيل إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 123.

[5]- منها قوله تعالى : <<.. إن أكرمكم عند الله أتقاكم >>. الحجرات 13.

[6]- محمد جوار مغنية ، مرجع سابق ، ص 326.

أما الحنفية فانهم اعتبروا الكفاءة في ستة أمور : النسب والإسلام والحرية والمال والديانة والحرفة [1].

والكفاءة تعتبر في جانب الرجل فقط ولا تشترط في جانب المرأة حتى لو كانت دون زوجها ، لأن الرجال قوامون على النساء والقوامة تعني رئاسة الأسرة وقد خصت الشريعة الرجل بها فكان من تكملة هذا الاختصاص التأكد من صلاحيته لهذا بأن يكون كفؤا للزوجة أو على الأقل يكون مماثلا لها حيث لا يتصور أن تستقيم حياة يكون فيها الطرف الأدنى هو القوام والرئيس على من يعلوه ويتفوق عليه [2] .

كما جرى العرف بين الناس على أن الزوج لا يعير إذا كانت زوجته دونه في المنزلة والمكانة الاجتماعية بل يرفع شأنها ويعلي من مقامها ، خلاف المرأة فإنها تتعير هي وأولياؤها بالتزويج ممن دونها في المنزلة [3] ،ولا يتنافى ذلك مع مبدأ المساواة لأن المساواة التي تعد من مبادئ الإسلام هي المساواة في الحقوق والواجبات لا في الاعتبارات الشخصية التي تقوم على عرف الناس وعاداتهم ، والقرآن الكريم ينص على أن الله فضل بعض الناس على بعض في الدرجات وفي الرزق وفي القوة وفي العلم ، وهذا هو مقتضى الفطرة الإلهية التي فطر الناس عليها [4] .

وهناك بعض من الفقهاء المعاصرين من يضيف الكفاءة في المستوى التعليمي والثقافي فحاملة شهادات عليا مثلا لا يكافئها أو يقاربها الجاهل أو النصف متعلم ، ومنهم من يضيف التكافؤ في السن بين الزوجين [5] .

والكفاءة تعتبر وقت إنشاء عقد الزواج وهي حق خالص للمرأة ولأوليائها ويثبت لكل منهما هذا الحق على حدى فلو أسقطت المرأة حقها في الكفاءة لا يسقط حق أوليائها

---

[1]- النسب وهو صلة الإنسان بمن ينتمي إليهم بالولادة ، والإسلام لا يقصد به أن يكون الزوج مسلما لأن إسلامه شرط لانعقاد زواجه بمسلمة ، بل يقصد منه أن يكون آباؤه مسلمين ، فالزوج الذي يكون له أب مسلم فقط لا يكون كفئا لمرأة مسلمة لها أب وجد مسلمان ، أما الحرية : اعتبار الكفاءة فيها أصبح نظريا لا عمليا ، والكفاءة في الحرفة يقصد بها أن الرجل إذا كان صاحب حرفة خسيسة لا يكون كفئا لامرأة أبوها صاحب حرفة شريفة ومرد كونها شريفة أو غير شريفة هو العرف ، والكفاءة في المال تعني أن يكون الزوج قادرا على النفقة الزوجية وعلى دفع المهر ولو كانت الزوجة ذات ثراء وغنى فاحش ،
أما الديانة فالمراد بها الصلاح والاستقامة فلا يكون الرجل الفاسق كفئا للمرأة الصالحة ولو كان أبوها فاسقا. لمزيد من المعلومات ، أنظر : أحمد محمود خليل ، عقد الزواج العرفي أركانه وشروطه وأحكامه ، د.ط ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2006 ، ص 66 وما يليها .

[2]- محمد بلتاجي ، مرجع سابق ، ص 337 .

[3]- محمود خليل ، مرجع سابق ، ص 67 .

[4]- اسماعيل إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 123.

[5]- محمد بلتاجي ، مرجع سابق ، ص 339 .

وبالعكس [1] .لذلك كان على المشرع الجزائري أن يشترط الكفاءة بين الزوجين ، لأن هذا من حيث المبدأ ضروري لضمان سعادتهما وتفاهمهما ويترك تحديدها إلى عرف البلد الذي يجري فيه العقد ، ذلك لأن العرف يتغير بتغير الأزمنة وتغير البلاد لهذا ينبغي أن تترك تحديد خصال الكفاءة لعرف كل قوم في بلدهم وزمانهم [2] .

مع إعطاء الولي حق الاعتراض إذا زوجت المرأة الراشدة نفسها من غير كفء فتكون صياغة المادة 11 ق.أ.ج كالتالي : " تعقد المرأة الراشدة زواجها بنفسها وللأولياء حق الاعتراض بطلب الفسخ عند عدم الكفاءة " .

وبهذا يكون الولي له دور في عقد زواج المرأة الراشدة ولا يكون حضوره شكليا فقط مثلما يستشف من نص المادة 11 فقرة أولى – السابقة الذكر – إذ لم تكتفي بذلك فحسب بل جاءت بما يلغي هذا الحضور الرمزي للولي حينما جعلت كل الأشخاص أولياء للمرأة مهما بعدوا عنها فأهملت بذلك أي دور للولي مادام في نظر واضعي هذا التعديل هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره [3] ، فنجد بأن المشرع ساوى بين حضور الأب أو غيره ممن تختاره المرأة الراشدة لعقد زواجها وذلك بحرف - أو- التي تفيد التخيير في هذا السياق وكذا لفظ - تختاره - كما أنه لم يبين إذا كان ذلك في حالة عدم وجود الأب أو أحد الأقارب أو حتى في حالة وجودهم وسواء امتنعوا عن تزويجها أم لا ؟

بمعنى أن المشرع ترك الحرية للمرأة في اختيار الولي مع احترامها وعدم احترامها إلى هذا الترتيب [4] .

لذلك كان بإمكان المشرع القول مباشرة : أن المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور أي شخص تختاره مادام استعمل في ترتيب الأولياء أداة -أو- والمرأة تستطيع أن تستغني عن أبيها أو قريبها وتختار أي شخص آخر سواء كان ذلك الشخص من الأقارب أو من الأجانب

---

[1]- معنى ذلك أن المرأة الكاملة الأهلية إذا زوجت نفسها بغير كفء بدون رضا وليها كان له حق الاعتراض على هذا العقد وطلب فسخه أمام القضاء ، وإذا زوجها وليها من غير كفء بدون إذنها ولا رضاها فالعقد موقوف على إجازتها لأن إسقاط الولي حقه في الكفاءة لا يسقط حقها ، أما إذا زوجها برضاها ومن دون أن يبحث في كونه كفئا أو غير كفء ثم تبين أنه غير كفء فليس للولي ولا للمرأة حق الفسخ لعدم الكفاءة لسقوط حقهما في ذلك بالتقصير في البحث فكأنهما رضيا بالزوج على كل حال . أنظر : محمود خليل ، مرجع سابق ، ص 67- 68 .

[2]- مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ، 1996 ، عدد 28 ، ص 96 .

[3]- عبد القادر داودي ، مرجع سابق ، ص 112.

[4]- عيسى حداد ، عقد الزواج ، مرجع سابق ، ص 140 .

. إذا فنص هذه المادة لا يخالف الشرع فحسب وإنما يخالف الأعراف التي تحافظ عليها الأسرة الجزائرية [1] .

فالمشرع ابتدع معيارا جديدا للولاية هو معيار الاختيار من قبل المرأة فلم يفرق بين الولي الذي يعد مسؤولية شرعية وقانونية محددة الأسباب والصلاحيات وبين الشاهد الذي يحتاج إليه لتوثيق العقد فقط وأعطاهما نفس الدور المتمثل في الحضور إلى مجلس العقد كما أعطاهما نفس الدرجة فهما يخضعان للاختيار من قبل المرأة والرجل [2] .

حتى القاضي لم يعد له دور في عقد زواج المرأة الراشدة ، كما كان في القانون السابق قبل التعديل الذي كان ينص في المادة 11 على ما يلي : " يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له " . فهذا التوسع في الولاية غير مبرر تنتفي معه الكثير من حكم تشريع الولي في الزواج،إذ لا معنى للوجود الولي أصلا في عقد الزواج حسب المادة 11 المعدلة ، يمكن القول بأن حضوره مجلس العقد أصبح للتبرك فقط .

وعليه فمصطلح الولي في القانون غير محدد على عكس الفقه الإسلامي الذي رتب الأولياء واشترط فيهم شروط معينة وعند انعدام أسباب الولاية شرعا فإنها تنتقل إلى الحاكم أو السلطان – القاضي – حسب ما ذهب إليه جمهور الفقهاء [3] ، ولا تنتقل إلى أي شخص تختاره المرأة ، إذا فالمشرع لم يرتب الأولياء بل وسع من دائرة الأولياء كما أهمل الشروط التي يجب توفرها في الولي الذي يحضر إبرام عقد زواج المرأة الراشدة في حين أن المادة 11 ق.أ. السابقة كانت تحصر الأولياء في عقد الزواج في :

الأب وفي حالة عدم وجوده تنتقل الولاية إلى أحد الأقارب – لكن لم يضع المشرع قاعدة تمكن من معرفة الأولياء الأقربين – ثم تنتقل الولاية إلى القاضي، كما أن المشرع قبل التعديل وضع قيود على الولاية في الزواج وذلك من خلال المادة 12 ق.أ وهذا القيد متمثل في عدم منع الولي المرأة من الزواج بشرط أن يكون هذا الزواج أصلح لها وقد أكدت ذلك المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1993/03/30 الذي جاء فيه : [ومتى تبين في قضية

---

[1]- غنية قري ، مرجع سابق ، ص 30 .

[2]- عبد القادر داودي ، مرجع سابق ، ص 112 ، أنظر : عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل ، ط4 ، دار هومة ـ للجزائر ، 2010 ، ص 42 .

[3]- الأكحل بن حواء،مرجع سابق،ص 43.وما يليها.

الحال أن الأب امتنع عن تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بني عليها هذا الامتناع ، فإن القضاة بقضائهم بإذن المدعية بالزواج طبقوا صحيح القانون][1] .

أما القيد الثاني متمثل في عدم إجبار الولي لمن هي في ولايته على الزواج وذلك طبقا للمادة 13 ق.أ فلا يجوز له أن يزوجها إلا برضاها.

وما ذهب إليه المشرع في المادة 11ق.أ المعدلة من إسناد العقد إلى المرأة وإلغاء سلطة الولي في الإجبار والمنع بالنسبة للمرأة البالغة استلزم إلغاء المادة 12 من القانون 84-11 لعدم جدوى المنع – العضل – من الولي .

2- الولاية في زواج القصر :

سمح المشرع للقصر الذين لم يبلغوا بعد السن القانونية للزواج – 19سنة كاملة – بالزواج وفق أحكام المادة السابعة من ق.أ وهو استثناء عام جاءت به الفقرة الثانية من المادة 11 من هذا القانون يشمل كل من المرأة والرجل لكنه كان مقيدا بشروط واردة في المادة 9 مكرر فقرة ثالثة والمتعلقة بالولي كشرط في عقد الزواج [2] .

وعليه ففي حالة الترخيص بالزواج للقاصر(ة) فإن الذي يتولى هذا الزواج هو الولي الذي حصره المشرع في الأب، وفي حالة غيابه تنتقل الولاية إلى أحد الأقارب الأولين وفي حالة عدم وجودهم تنتقل إلى القاضي فهو ولي من لا ولي له.

وما تجدر الإشارة إليه هو أن المشرع فرق بين زواج المرأة الراشدة فعبر على ذلك بعبارة " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها " وبين زواج القصر فعبر عليه بعبارة " يتولى زواج القصر أولياؤهم " بمعنى أن المشرع لم يبق للولي الشرعي من دور حقيقي إلا في حالة تزويج القصر فأقر له سلطة التزويج على القصر فقط – من ذكور أو إناث – [3] وبالرجوع إلى المادة 13 المعدلة من ق.أ.التي تنص على أنه : " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها " يتضح من خلالها أن المشرع منع الولي مهما كانت درجته من أن يجبر من في ولايته على الزواج وبهذا يكون المشرع قرر حماية للقصر في عقد الزواج فلا تزوج القاصرة إلا برضاها ولا يستطيع الولي إرغامها أو إكراهها على الزواج بمن لا ترضاه

[1]- الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، د.ط ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 2001 ، ص 47 .
[2]- عيسى حداد ، عقد الزواج ، مرجع سابق ، ص 141 .
[3]- عبد القادر داودي ، مرجع سابق ، ص 112.

والأمر نفسه بالنسبة للقاصر ، لذلك كان من المفروض على المشرع عند تناوله مسألة منع الإجبار على القاصرة أن يمنع أيضا الأولياء من إجبار القصر من الذكور أيضا على الزواج من دون رضاهم ويجمع بينهما في الحكم كما جمعهما في الفقرة الثانية من المادة 11 السالفة الذكر لأن الإجبار كما يمارس على القاصرة يمارس أيضا على القاصر [1] .

إذا فالولاية على القاصرة هي ولاية اختيار طبقا للمادة 13 ق.أ.ج .

أما عن مسألة اعتراض الولي على الزواج لم يتعرض لها المشرع في هذا التعديل بل ألغى المادة 12 من قانون الأسرة التي كانت تعالج هذا المنع من طرف الولي بالرغم من أن هذه المادة وضعت لحماية المرأة من تعسف الولي في استعمال سلطة التزويج [2] لا سيما على المرأة القاصرة لأنه هو الذي يتولى زواجها أما بالنسبة للمرأة الراشدة فلا حاجة للكلام عن منع الولي لأنها هي التي تتولى وتعقد زواجها كما سبق ذكره .

هذا وأشير بإيجاز إلى موقف الفقه الإسلامي من الولاية على القصر في الزواج :

اتفق أغلب الفقهاء على أن فاقد الأهلية كالمجنون والمعتوه والصغير والصغيرة الغير مميزة وناقص الأهلية كالصغير المميز والصغيرة المميزة تقع عليهم ولاية الإجبار ، وقد ذهب الفقهاء إلى علة ولاية الإجبار على فاقد الأهلية هي ضعف العقل عن إدراك مصلحته والقيام بشؤونه [3] ، كما ذهبوا إلى أن العلة بالنسبة للصغير هي الصغر وأما بالنسبة للصغيرة فقد اختلف الفقهاء في علة الولاية عليها ، فذهب الشافعي ومالك وأحمد إلى القول بأن علة الإجبار هي البكارة ، لهذا فهي تمتد إلى ما بعد البلوغ مادامت لا تزال بكرا لأنها لا تعرف مصالح النكاح وفهم الرجال بينما يرى الحنفية في أن العلة على الصغيرة هي الصغر كالصغير ، لأن الصغر هو سبب العجز والعجز هو الذي وجدت الولاية لسده [4] .

واختلف القائلون بجواز تزويج الصغار فيمن يزوجهم [5] ، كما أن هناك شروط يجب

---

[1] عبد القادر داودي ،مرجع سابق ، ص 119.

[2] - الرشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 70 .

[3] - سالم بن عبد الغني الرافعي ، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب ، ط1 ، دار ابن الحزم ، بيروت ،لبنان، 2002 ، ص 251.

[4] - أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج ، مرجع سابق ، ص 137 ، 138 .

[5] - فقال المالكية والحنابلة : ليس لغير الأب أو وصيه أو الحاكم تزويج الصغار لتوافر شفقة الأب وصدق رغبته في تحقيق مصلحة ولده ووصيه والحاكم كالأب ، أما الحنفية فقالوا بأنه يجوز للأب والجد ولغيرهما من العصبات تزويج الصغير والصغيرة ، والشافعية ليس لغير الأب والجد تزويج الصغير والصغيرة .لمزيد من المعلومات ،أنظر: وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 180-181 .

مراعاتها عند تزويج الصغيرة متمثلة في [1] :

- أن يزوجها من كفء فلو زوجها من غير كفء كان النكاح باطلا بناء على اشتراط الكفاءة في النكاح لأنه نائب عنها شرعا فلم يصح تصرفه لها شرعا بما لاحظ لها فيه كالوكيل.

- أن يزوجها بمهر مثلها لأنه مأمور بالتصرف بالأحظ لها وتزويجها بأقل من مهر مثلها ليس فيه حظ لها .

- ألا يكون الزوج معسرا بالمهر لأن في ذلك ضرر عليها.

بالإضافة إلى شروط أخرى كأن لا يزوجها بمن تتضرر بمعاشرته كأعمى وشيخ هرم.و الشافعية والمالكية أجازوا للأب أن يزوجها ولو بدون مهر المثل كما أجاز الحنابلة كذلك للأب تزويج ابنه الصغير والمجنون بمهر المثل، واشترط أبو يوسف في تزويج الصغار الكفاءة ومهر المثل [2] .

والصغير أو الصغيرة له أن يختار عند بلوغه فسخ زواجه أو إمضاءه ومثله خيار الإفاقة لكل من المجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة.

ولما كان هذا الحق موضع خلاف بين الفقهاء فلم يكن مجرد الاختيار كافيا لفسخ الزواج، بل لا بد من رفع الأمر إلى القاضي ليتولى الفسخ بنفسه [3] .

أما بالنسبة لولاية التزويج على الصغار في قانون الأسرة فإن المشرع الجزائري أخذ بعدم جواز العقد على الصغار لعدم فائدته وهو ما تؤكده المادة السابعة ق.أ. والتي تشترط أهلية الزواج بتمام 19 سنة لكل من الرجل والمرأة والترخيص من طرف القاضي إذا كانت هناك مصلحة أو ضرورة للزواج في حين أنه سكت عن زواج المجنون والمعتوه مما يفيد أنه يشترط في أهلية الزواج البلوغ والعقل [4] .

وعن أثر تخلف الولي في عقد الزواج ، يرى جمهور الفقهاء عدم صحة العقد وبالتالي يكون باطلا لأن الولي ضروري في عقد النكاح في حين أن الحنفية لا يعتبرون العقد باطلا

---

[1]- ابن تيمية ، القواعد والضوابط الفقهية في فقه الأسرة ،ج2، د.ط ، دار البيان الحديثة ، ، د.م ، د.ت، ص 461 ، 462 .

[2]- وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 182.

[3]- علي حسب الله ، الزواج في الشريعة الإسلامية ، ط1 ، دار الفكر العربي ، د.م ،1971 ، ص 141 .

[4]- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 125.

إذا باشرته المرأة حتى بدون إذن وليها فهو صحيح ونافد ولازم متى تحقق شرط الكفاءة ومهر المثل [1] .

أما قانون الأسرة الجزائري فيعتبر غياب الولي في عقد الزواج يؤدي إلى فسخ العقد قبل الدخول ولا تستحق الزوجة الصداق ، أما بعد الدخول فيثبت الزواج بصداق المثل ويرتب آثار العقد الصحيح وهذا في حالة غيابه في عقد زواج القاصرة أي في حالة وجوبه – أما في حالة عدم وجوبه وذلك في عقد زواج المرأة الراشدة فهو لا يؤثر في العقد ولا يؤدي إلى فسخه لا قبل الدخول ولا بعده طبقا للمادة 33 فقرة 02 ق.أ المعدل .

وخلاصة القول أن الولاية في عقد الزواج بالنسبة للمرأة الراشدة أو القاصرة سواء كانت على نحو الاستقلال بالقرار أم المشاركة فيه مع المرأة إنما تنطلق من مراعاة مصلحة المرأة خاصة إذا كانت بكرا فهي لا تجربة لها في الحياة الزوجية لذلك قد يغلب عليها الاندفاع العاطفي فيخشى عليها ألا يكون قرارها في اختيار الزوج موضوعيا مناسبا [2] وحضور الولي عقد الزواج ضروري لأهمية العقد فهو ممثل المرأة الذي يقف بجانبها والذي يعبر عن إرادتها وشروطها فالقانون اشترط رضا المرأة بالزواج وعدم إجبارها أو إرغامها عليه مما يحيط الولاية بسياج من الحماية والرعاية والحرية بعيدا عن الإجبار أو الإكراه [3] . والإسلام راعى أن لا تظهر المرأة أثناء انعقاد الزواج – وأمام الشهود والناس – بمظهر الثائقة إليه الطالبة له على نحو صريح ولا يجادل أحد بأن المرأة في حقيقتها تطلب النكاح وتسعى إليه إلا أن ظهورها بذلك وإعلانها له على الملأ يغض من قيمتها ويمحو الحياء الفطري عنها ، لذلك كان قيام الولي بذلك بذلا عنها مظهر من مظاهر إكرام الإسلام لها وإعزازها وحمايتها من أي موقف يمس حياءها وعزتها [4].

إذن فلكل من المرأة ووليها حقا في النكاح ، فأما المرأة فحقها هو الاستئذان ورضاها وحقه هو مباشرة العقد وبه يتم الجمع بين حديث ((لا نكاح إلا بولي)) وحديث ((الأيم أحق بنفسها من وليها)) فالمرأة أحق بنفسها في تعيين من تريد أو ترغب في نكاحه إن

---

[1]- عبد الرحمن الجزيري ، مرجع سابق ، ص 51 .
[2]- أيوب الحائري ، ثلاثون سؤالا وشبهة تدور حول المرأة ، د.ط ، دار الولاء ، لبنان ، بيروت ، د.م ، د.ت ، ص 102 .
[3]- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 125.
[4]- محمد بلتاجي ، مرجع سابق ، ص 331 .

كانت بكرا أو ثيبا راشدة أو قاصرة فحقها أن تستأذن في إمضاء العقد أو عدمه أما ولاية العقد فهي إلى وليها [1]

ولأن الزواج لا يربط بين شخصين فقط وإنما بين أسرتين فكما لا يمكن إهمال دور المرأة لا يمكن إهمال دور الولي أيضا ورأيه لأنه هو الأدرى بأحوال الرجال وخباياهم فباشتراك وليها معها في تعيين الزوج وشؤون الزواج من حين بدء النظر فيه وعند إنفاذه أمر له أثره على مستقبل الأسرة المرتقبة ،لأنه يمدها بالنصح الواجب بماله من تجارب سابقة ومعرفة أكثر بطبائع الرجال [2] . بناء على ذلك لا يصح القول بأن في الولاية استبدادا لأن الولي المعتبر شرط صحة في ق.أ .ج لا يقدح في رضا المرأة مادام هذا الأخير ركنا لا ينعقد العقد إلا به ، فرضاها الكامل بالزواج لا تزعزعه الولاية ولا اللجوء إلى القاضي لإبرام العقد ، بل كل من الولي والقاضي ملزمان بتكريس إرادتها والامتثال لها متى وجدت رجلا كفئا لها يقاسمها ويشاركها حياتها . [3]

ولا ضرر على المرأة إطلاقا في أن يتولى وليها مباشرة العقد والنطق بالعبارة التي من ناحيتها بل هو إكرام وإعزاز ونفع ومصلحة مادامت هي راضية بالزوج ووليها راض به [4] .

أما إذا أجبرها على الزواج فهي مسألة تصدى لها المشرع الجزائري وألغى ولاية الإجبار على المرأة بكرا كانت أم ثيبا راشدة أم قاصرة والأمر نفسه بالنسبة للقاصر كما سبق ذكرة ، بقي فقط التعرض للحالة التي تكون فيها المرأة راضية بالزواج ووليها يرفض أن يجلس مع الرجل الذي رضيت به ليزوجه إياها وكان متعسفا في ذلك، هذه الحالة كان المشرع قد عالجها في ظل قانون 84-11 إلا أنه ألغى المادة 12 بعد التعديل التي كانت تعالج هذه المسألة.

أما بالنسبة للرجل البالغ العاقل- كما سبق قوله- فإن الولي ليس ضروريا في إبرام عقد زواجه لأن رضاه كاف ، إلا أنه من الناحية الأخلاقية ولتقوية روابط الأسرة فإن رضا

---

[1]- عربية لعنابي ، ولاية المرأة على النفس والمال في الفقه الإسلامي المقارن ، المشرف: بلقاسم حديد، مذكرة ماجستير ، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، قسنطينة،2011 -2012 ، ص 99 .

[2]- محمد السيد محمد الزعبلاوي ، الأمومة في القرآن الكريم والسنة النبوية ، ط2 ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1985 ، ص 118.

[3]- اعمر يحياوي ، المساواة في الحقوق بين الرجل و المرأة ، في القانون الدولي والتشريع الجزائري د.ط، دار الأمل ، تيزي وزو ، الجزائر ، 2010 ، ص 269 ، 275 .

[4]- محمد بلتاجي ، مرجع سابق ، ص 333.

الولي سواء كان أب أو من الأقارب مهم في نظر الإسلام صحيح عدم الموافقة ليست مانع أو مشكلة في طريق الزواج إلا أن غالبا وقطعا موافقة الأب والأم والأفراد المهمة في العائلة وكبارها سيكون باب خير وفرج وبركة على الزواج وذلك للاستفادة من تجاربهم وخبراتهم التي حتما ستكون مفيدة ونافعة للمستقبل وأحيانا الاختيار العاجل بدون استشارة كبار العائلة يكون خطر على حياة الفرد [1] .

ومن وجهة نظر أخرى فإن هذه المسألة تدخل فيها الأعراف والتقاليد الجارية في البلد في مجال تنظيم الأسرة حيث تلعب دورا فعالا في التمسك بأحكام الفقه الإسلامي بغض النظر عما هو منصوص عليه قانونا فهي تؤكد دور الولي سواء كان أب أو من أحد الأقارب في عقد الزواج ، فهو يلعب دور المستشار أي واسطة بين المرأة والرجل إذن فدوره استشاري فقط، يتفاهم مع الزوج في أمور تخجل المرأة من المناقشة والتفاوض فيها كالمهر مثلا . وحبذا لو توسع الولاية في الزواج لتشمل الأم [2] وإشراك رضاها إلى جانب الأب ، وبهذا تدخل المرأة حياتها الزوجية وهي راضية ، وأبوها راض ، وأمها راضية وأهل زوجها راضون ... فلا تكون بعد ذلك حياة منغصة ومكدرة [3] .

إذا فمبدأ رضا المرأة في الزواج سواء اعتبر الولي ركنا أو شرطا لم يؤثر ذلك على رضاها ولا في مركزها لأني أرى في الواقع حضور الولي دائما لعقد زواج بناته إلا في حالات نادرة جدا تعقد المرأة زواجها بدونه وهذا استثناء ومن ثمة تتحمل ما قد يحدث لها إذا تورطت في حياة زوجية لا تسعد بها ، فلا يمكنها بعد ذلك الخلاص منها بسهولة فستحتاج حينها إلى وقوف أهلها معها وإذا ما كان الزواج خلاف رأيهم فستحرم من دعمهم ومساعدتهم عند اللزوم [4] .

إذن فالولاية عليها ولاية اختيار، أي ولاية توجيه وتسديد وصيانة وليست ولاية استبداد وإجبار واستغلال [5]

---

[1]- الديباجي ، مرجع سابق ، ص 96-97 .
[2]- المشرع التونسي وسع في دائرة الولاية لتشمل الأم وذلك طبقا للفصل السادس من مجلة الأحوال الشخصية.
[3]- يوسف القرضاوي ،فتاوى معاصرة في شؤون المرأة والأسرة ،د.ط ، دار البعث ، قسنطينة ، 1987 ، ص 81.
[4]- أيوب الحائري ، مرجع سابق ، ص 102.
[5]- مسعود بن موسى فلوسي ، الثابت والمتغير من أحكام الأسرة ، مجلة المعيار ، العدد 9 ، 2004 ، ص 142 .

ثالثا:الشاهدان

من المتطلبات التي يتطلبها عقد الزواج هو الإشهاد والمشرع الجزائري بموجب المادة 9 مكرر ق.أ اشترط حضور شاهدين لصحة عقد الزواج وهو بذلك يتفق مع جمهور الفقهاء [1] . واكتف من خلال هذه المادة بذكر شاهدين فقط دون تحديد الشروط التي يجب أن تتوفر فيهما ، وبالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي نجد هناك مجموعة من الشروط يجب تتوفر في الشهود متمثلة في الإسلام في الزواج بين المسلمين وتصح شهادة غير المسلم إذا كانت الزوجة كتابية وكان الشهود يدينون بدين سماوي [2]، والعقل والبلوغ والمشرع الجزائري يشترط سن 21 عاما على الأقل وهذا من خلال نص المادة 33 من قانون الحالة المدنية ، بالإضافة إلى شرط العدل [3] ، وما تجدر الإشارة إليه هو أن المشرع اكتفى في المادة 9 مكرر بذكر حضور شاهدين فقط دون تمييز بين الذكر والأنثى غير أنه من الناحية العملية تنحصر تطبيقات هذا الشرط في شهادة رجلين فقط .

رابعا : انعدام الموانع الشرعية للزواج

من شروط انعقاد الزواج ألا يكون بين الزوجين مانع من موانع الزواج وقد تناول المشرع الجزائري أحكام موانع الزواج في قانون الأسرة من المادة 23 إلى المادة 30 وتنقسم المحرمات من النساء إلى قسمين:

1- **محرمات على التأبيد** : لا تحل أية واحدة منهن لمن حرمت عليه في أي وقت من الأوقات لأن سبب التحريم صفة ملازمة للمرأة غير قابل للزوال [4] وتنحصر كما جاء في المادة 24 ق.أ في ثلاثة أسباب هي :

أ- **القرابة** : طبقا للمادة 25 ق.أ، المحرمات بسبب القرابة هي أربعة أنواع:

- **الأصل من النساء وإن علا** : كالأم والجدة من جهة الأب والأم .

- **الفرع وإن نزل**: كالبنت وبنت البنت وبنت الابن .

---

[1]- ذهب الحنفية والشافعية وأحمد إلى أن الشهادة شرط في صحة عقد الزواج . انظر : محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، ط4 ، الدار الجامعية ، بيروت ، 1983 ، ص 122.
وذهب المالكية إلى أن لزوم الشهادة يأتي عند الدخول ولا يلزم تحققها عند إبرام العقد .أنظر:محمود سمير عبد الفتاح ، التنظيم القانوني والاجتماعي للأسرة في ظل أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، د.ط، دار المعرفة الجامعية ، 2005 ، ص 118 .

[2]- محمود سمير عبد الفتاح، المرجع نفسه ، ص 118 .

[3]- لقوله تعالى :<< .. واشهدوا ذوي عدل منكم...>>. الطلاق 2 ، وقوله عليه الصلاة والسلام : ((لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل)).سبق تخريجه.

[4]- عثمان التكروري ، مرجع سابق ، ص 81 .

- فروع الأبوين وهن الأخوات وبنات الإخوة وبنات الأخوات وإن نزلن .
- العمات والخالات.

وحكمة التحريم تتلخص في درء المفاسد لأن ذلك يؤدي إلى الانحلال الاجتماعي الخلقي [1].

ب- المصاهرة :

طبقا للمادة 26 المحرمات بسبب المصاهرة أربعة أصناف:

- **زوجة الأصل وإن علا**: كزوجة الأب وزوجة الجد سواء دخل الأب أو الجد بالزوجة أو لم يدخل والجد سواء كان من جهة الأب أو من جهة الأم.
- **أصل الزوجة**: وهي أمها وأم أبيها وأم أمها وإن علت، سواء تم الدخول بالزوجة أو لم يتم طبقا للقاعدة الفقهية التي تقول بأن العقد على البنات يحرم الأمهات.
- **فروع الزوجة:** وهن بناتها وبنات بناتها وبنات أبنائها وإن نزلن بشرط الدخول بالزوجة وهو معنى قول الفقهاء - الدخول بالأمهات يحرم البنات-
- **زوجة الفرع:** أي زوجة ابنه أو ابن ابنه أو ابن بنته سواء دخل الفرع بزوجته أو لم يدخل بها.

والحكمة من هذا التحريم هو أن رابطة المصاهرة كرابطة القرابة تجعل الأسرتين وكأنهما أسرة واحدة فيصبح الزوج واحد من أفراد هذه الأسرة [2] .

ج- الرضاع :

طبقا للمادة 27 ق.أ نص المشرع على أن التحريم الذي يسري على النسب يسري على الرضاع حيث يعد الرضيع وحده دون سائر إخوته ولدا للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها والتحريم كما يسري عليه يسري على فروعه أيضا هذا ما جاءت به المادة 28 ق.أ .

2- **المحرمات على التأقيت** :لا تحل أية واحدة منهن لمن حرمت عليه مادام سبب التحريم المؤقت مازال قائما فإذا زال عن المرأة أصبحت حلالا لمن كانت محرمة عليه [3] ، وقد نص عليها المشرع في المادة 30 ق. أ وحصرها في خمس أحوال هي :

أ- المحصنة وهي زوجة الغير

ب- المعتدة من الغير من طلاق أو وفاة

---

[1]- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 78 .
[2]- الرشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 88 .
[3]- عثمان التكروري ، مرجع سابق ، ص 81 .

ج- المطلقة ثلاثا

د- الجمع بين محرمين

هـ- زواج المسلمة من غير المسلم

بالنسبة للحالة الأولى سأتحدث عنها في مسألة تعدد الأزواج بالنسبة للزوجة والحالة الثانية والثالثة سيأتي الحديث عنها في الفصل الثاني.

أما بالنسبة إلى تحريم الجمع بين محرمين فيقصد به أنه يحرم على الرجل أن يجمع بين المرأة وأختها ويستوي أن تكون الأختان شقيقتين أو لأب أو لأم أو من الرضاع كما يحرم عليه الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها لأن ذلك يؤدي إلى قطيعة الرحم لما يكون بين الضرتين من الغيرة الموجبة للحقد والبغض [1] .

ويحرم زواج المسلمة من غير مسلم سواء كان كتابيا أو مشركا ، بينما يجوز للمسلم أن يتزوج من غير مسلمة إن كانت كتابية وهذا لا يعني وجود تمييز بين المرأة والرجل لأن هناك من يرى بأن هذا تناقض مع المبدأ الدستوري الذي ينص على المساواة بين المواطنين مهما كان جنسهم [2] ،

إلا أنه يمكن القول بأن هذه الفكرة مستوحاة من نصوص القرآن الكريم [3] ،

قد جاءت لدرء مفاسدة كثيرة قدتحصل لو كانت هناك مساواة بين المرأة والرجل في هذا الجانب وموانع المساواة كما يقول ابن عاشور هي (تلك العوارض التي إذا تحققت تقضي إلغاء حكم المساواة لظهور مصلحة راجحة في ذلك الإلغاء أو لظهور مفسدة عند إجراء المساواة ... ، والعوارض اعتبارات تلوح في أحوال معروضات المساواة فيصير إجراء المساواة في أحوال تلك المعروضات غير عائد بالصلاح في بابه ويكون الصلاح في ضد ذلك ، أو يكون إجراء المساواة عندها أي عند تلك العوارض فسادا راجحا أو خالصا)[4]

---

[1]- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 87 .

[2]- محمد لمين لوعيل ، مرجع سابق ، ص 57- 58 .

[3]- من خلال قوله تعالى : << ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم أولئك يدعون إلى النار والله يدعو إلى الجنة والمغفرة بإذنه ويبين آياته للناس لعلهم يتذكرون >>. البقرة 220.

[4]- محمد الطاهر ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ، ط1 ، الشركة التونسية ، د.م ، 1978 ، ص 96 .

الفرع الثاني: الشروط الشكلية

يقصد بها تلك الضوابط القانونية التي فرضها القانون لإبرام عقد الزواج من الناحية القانونية [1] وهي على العموم تتلخص في :

- تحديد الجهات الرسمية الموكل لها قانونا إبرام عقد الزواج طبقا للمادة 18 ق.أ .

- الحصول على الترخيص المسبق في حالة تعدد الزوجات طبقا للمادة 8 ق. أ وفي حالة تزويج القصر وزواج موظفي الأمن الوطني [2] بالإضافة إلى تقديم وثيقة طبية قبل الزواج .

وسأكتفي بدراسة الأهلية كشرط شكلي والاستثناء الوارد عليها وشرط تقديم الوثيقة الطبية .

أولا : الأهلية

إن عقد الزواج باعتباره عقد رضائي فهو لا ينعقد إلا بتوفر أهلية الزوجين فعلى أساسها يتحدد وجود الرضا من عدمه، وهي تنقسم على العموم إلى قسمين:

أهلية وجوب وتعني صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، فتثبت له من وقت ميلاده بل منذ كونه جنينا إلى وقت موته وأهلية أداء هي صلاحية الشخص لاستعمال الحق [3] وتدخل تحت هذا الإطار أهلية الزواج.

تحديد سن الزواج :

اعتبر قانون الأسرة الجزائري الزواج من التصرفات التي تقتضي توافر الأهلية الكاملة نظرا لأهميته وما يتطلبه من أعباء ، لذلك حدد سنا محددا للزواج وهو تسع عشرة سنة كاملة للرجل والمرأة من خلال المادة السابعة المعدلة [4] والتي تنص على ما يلي : " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة " وما تجدر ملاحظته بشأن تحديد سن الزواج هو أن المشرع سوّى بين المرأة والرجل في سن أهلية الزواج وذلك دليل على تأثره بدعاة المساواة المطلقة بينهما .

---

[1]- الرشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 118.

[2]- طبقا للمادة 23 من المرسوم رقم 83 -481 الصادر في 1983/8/13 والمتعلق بالأحكام والقواعد المطبقة على موظفي الأمن الوطني التي نصت على ما يلي : " لا يمكن لموظفي الأمن الوطني إبرام عقد زواجهم دون ترخيص كتابي سابق من السلطة التي لها سلطة التعيين ، وأن طلب الترخيص بالزواج يجب أن يقدم ثلاثة أشهر قبل الاحتفال بالزواج "

[3]- عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام-العقد-العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون ، د.ط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، د.ت،ج1 ، ص 266 ، 268 .

[4]- حررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: " تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة والمرأة بتمام 18 سنة " .

أما عن سن الزواج في الفقه الإسلامي فالمتتبع للكتب الفقهية القديمة يجد بأنها لا تأخذ بفكرة السن في الزواج وإنما بالبلوغ الجنسي فعلا [1] ، وهناك من يرى بأن تحديد سن الزواج ليس له مستند من آراء الفقهاء الإسلاميين وهو أخد عن القوانين الغربية وللغربيين ببيئتهم وأوضاعهم الخاصة وهو لا يتفق مع المصلحة الأخلاقية العامة لذلك يجب أن يسمح بالزواج منذ البلوغ الجنسي لأن الفتى والفتاة وأولياؤها أدرى بالمصلحة متى تكون في الزواج وتدخل القانون في هذا الموضوع لا معنى له [2]،إلا أنه يمكن القول بأن تحديد سن الزواج كإجراء تنظيمي أمر جائز للسلطة التشريعية باعتبارها تحافظ بقوانينها على سلامة الفرد والمجتمع ، كما ثبت في الطب وعلم الاجتماع أن زواج الصغار يترتب عليه آثار غير مرغوب فيها وأضرار كثيرة على الجسم والنفس ومن الناحية الاجتماعية صعوبة المعيشة الحالية [3] .

وعليه فالمشرع بتحديده لسن الزواج يكون قد قصد إعطاء الزواج أهمية كبرى بغض النظر عن البلوغ الجنسي الذي أصبح في عصرنا الحالي غير كاف لإبرام عقد الزواج للاعتبارات السابق ذكرها.

من خلال المادة السابعة نجد هناك تطابق لأهلية الزواج مع أهلية الشخص الراشد لمباشرة كامل حقوقه المدنية [4] .

وعليه فما ذهب إليه المشرع فيه كثير من الصواب في تحديد السن الأدنى للزواج.

---

[1]- ويكون بظهور أمارته الطبيعية كالإنزال بالنسبة للذكر والأنثى مع انفرادها زيادة على ذلك بالحيض ومن ثم تكون هناك صعوبة في تحديد سن معينة للزواج تنطبق على جميع الأشخاص لأن وقت ظهور تلك الأمارات يختلف باختلاف الأشخاص ونموهم وهناك حالة استثنائية جعل فيها الفقه الإسلامي اكتمال أهلية الزواج بسن وهي حالة تأخر تلك العلامات الطبيعية في الظهور مع اختلافهم في تحديد هذه السن فحددها الإمام أبو حنيفة بثماني عشرة سنة للفتى وسبع عشرة سنة للفتاة بينما حددها الشافعية والحنابلة بخمس عشرة سنة للفتى والفتاة معا والفقه المالكي حددها بثماني عشرة سنة لكلا الجنسين . انظر : الجيلالي تشوار ، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية ، د. ط، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، 2001 ، ص 48 – 49 ، أما عن زواج الصغار غير البالغين فجمهور الفقهاء ذهبوا إلى القول بصحته ودليلهم في ذلك قوله تعالى : << واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن أرتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن >>.الطلاق 04 ، ففيها دليل على أن عدة المطلقة الصغيرة التي لم تحض ثلاثة أشهر والعدة لا تكون إلا عند طلاق وهولا يكون إلا عند زواج صحيح تم الدخول فيه بصاحبته . انظر: محمد محدة ، مرجع سابق ،ص 61 ،.وهناك رأي آخر ذهب إليه القليل من الفقهاء مثل عبد الرحمن ابن شبرمة وأبو بكر الأصم يمنع زواج الصغار ودليلهم في ذلك قوله تعالى :<< وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم >>. النساء 06 أنظر: الجيلالي تشوار، الزواج والطلاق ، مرجع سابق ، ص 50.

[2] - مصطفى السباعي، مرجع سابق ، ص 50.

[3]- محمد محدة ، مرجع سابق ، ص 61 .

[4]- طبقا للمادة 40 من ق.م.ج التي تنص : " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد 19 سنة كاملة ". الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 26 /1975/9 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 2005/06/20.

2- الاستثناء الوارد على تحديد سن الأهلية :

وضع المشرع في الفقرة الثانية من المادة السابعة السالفة الذكر استثناء فجاء فيها: " وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج " .

والمشرع بمنحه لهذا الإعفاء من السن القانونية للزواج يكون قد راعى ما قد يستدعيه الوضع في بعض الأحيان حسب ما تتطلبه الضرورة والمصلحة من النزول عن ذلك الحد وذلك من خلال الحصول على ترخيص من القاضي ، كما أن المشرع يهدف من وراء هذه القيود القانونية على تزويج الصغار ومن في حكمهم إلى الحفاظ على حقوقهم وعدم ضياعها وذلك من باب السياسة الشرعية المبنية على جلب المصالح ودرء المفاسد [1] .

إلا أن المشرع استعمل كلمتان عامتان فلم يبين حدود هذه المصلحة ولم يقدر الضرورة بقدرها كما أنه لم يحدد المعيار الذي يمكن اعتماده لتحديدها وترك ذلك لسلطة القاضي التقديرية [2] ، ومن وجهة نظري هذا موقف صائب إلى حد بعيد نظرا لتغير كل من المصلحة والضرورة بتغير الزمان والمكان وظروف الأحوال ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 326 ق.ع.ج[3] وهي حالة خطف قاصر والاعتداء عليها فهذه الحالة تدخل ضمن المصلحة والضرورة متى رضيت الفتاة الضحية فيما بعد بالزواج بالجاني ولا يمكن أن تتخذ ضد خاطفها إجراءات المتابعة الجزائية إلا بناء على شكوى ممن لهم صفة في طلب بطلان عقد الزواج وبعد القضاء ببطلانه والمشرع من وراء ذلك يقصد حماية مصلحة الضحية المخطوفة والمبعدة وستر فضيحة الاختطاف وما نجم عنها من اعتداء على شرف القاصرة [4].

---

[1]- عبد القادر داودي ، مرجع سابق ، ص 89 .

[2]- ابتسام مليط ، الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، المشرف: منصور رحماني ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سكيكدة ،2012 ، ص 71 .

[3]- المادة 326 ق.ع.ج تنص على ما يلي : " كل من خطف أو أبعد قاصرا لم يكمل الثامنة عشرة وذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل أو شرع في ذلك فيعاقب بالحبس لمدة من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار .
وإذا تزوجت القاصر المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد هذا الأخير إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله " .

[4]- عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ط 3 ، دار هومة ، الجزائر ، 1996 ، ص 67 .

فيمنح لها القاضي الإعفاء أو الإذن سواء كان ذلك بطلب منها مباشرة أو بواسطة من ينوب عنها للزواج من خاطفها [1] وذلك لأن زواجها لا يمكن أن يتم وهي في سن أقل من 19 سنة من عمرها كما سبق توضيحه.

هذا في حالة رضاها بالزواج لأنها قد تعمد إلى ارتكاب هذه المخالفة حتى ترغم أهلها على الزواج ونفس الشيء بالنسبة للفتى، إلا أن السؤال المطروح هو ماذا لو لم تكن راضية بذلك الزواج ؟ خاصة إذا كان الفعل الذي وقع عليها بالقوة دون رضاها وهل تعطى لها حرية الرفض ؟ هذا ما يوقع القاضي في إشكال لتحديد طبيعة الضرورة [2] لأن مثل هذا الزواج لو تم سوف لن يكون الهدف منه بناء أسرة بقدر ما يكون زواجا صوريا فيه شيء من الإكراه وينقصه الرضا الحقيقي وهذا لا يستقيم مع طبيعة الضرورة التي يمكن بمقتضاها المساهمة في تكوين أسرة مستقرة ودائمة [3].

وبالرجوع إلى المادة 07 ق.أ نجد بأنه إلى جانب معيار المصلحة والضرورة يجب على القاضي أن يتأكد من قدرة الطرفين على الزواج سواء تعلق الأمر بالقدرة الجسمية أو الاقتصادية فعلى القاضي أن ينظر في جميع الجوانب والنواحي لأن الزواج كما هو معلوم كما تنتج عنه حقوق تترتب عليه التزامات كالنفقة والسكن وغيرها [4] .

غير أن المشرع لم يحدد الحد الأدنى الذي لا يجب على القاضي في حالة ما إذا قرر منح الترخيص بالزواج أن ينزل عنه بل ترك له السلطة التقديرية في ذلك، كان ينبغي عليه أن يحدده لأن الزواج بغير البالغة أو بغير البالغ تنتفي فيه الأغراض المتمثلة أساسا في الإنجاب وتكوين أسرة وبالتالي كان من الأجدر أن يجعل حدا أدنى على نحو ما هو في بعض التشريعات العربية مثل التشريع السوري الذي حدد الحد الأدنى لسن الزواج ب: 15 سنة للذكور و13 سنة للأنثى [5] .

---

[1]- يعتبر الخطف من موانع الزواج لدى الطوائف الكاثوليكية ولا يزول إلا بفصل المخطوفة عن خاطفها وإعادتها إلى مكان آمن ولا يمكن أن يكون هناك زواج بين المخطوفة وخاطفها إلا إذا رضيت به . أنظر : فؤاد يوسف نهرا ، خليل أنطون صفير، أحكام الأحوال الشخصية لدى جميع الطوائف اللبنانية ، د.ط، المنشورات الحقوقية، صادر ، بيروت ، د.ت ، ص 139 .

[2]- عيسى حداد ،عقد الزواج ، مرجع سابق ، 109 .

[3]- سليمان ولد خسال ، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ط1 ، دار طليطلة ، الجزائر ، 2010 ، ص 48 .

[4]- ابتسام مليط ، مرجع سابق ، ص 77- 78 .

[5]- محفوظ بن صغير ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، المشرف:عبد الكريم حامدي، رسالة دكتوراه ، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية ،باتنة، 2009 ، ص 427 .

أما عن العنصر الثاني الذي تتضمنه الأهلية وهو العقل فالمشرع لم يتطرق لزواج غير العاقل ونص في المادة 81 ق.أ على أنه من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر في السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 ق.أ نجد أن للقاضي أن يأذن بزواج غير العاقل إذا كانت هناك مصلحة في ذلك وضرورة كتوقع شفائه على أساس أن فقهاء الشريعة لم يشترطوا العقل لصحة عقد الزواج [1] .

كما أن الجديد الذي جاءت به المادة السابعة يتمثل في منح الزوج القاصر أهلية التقاضي فقط فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من نفقة وإثبات النسب...وهناك من يرى بأن المشرع لم يوفق في ذلك لأنه حصر أطراف العلاقة الزوجية إلا فيما يثور بينهما من نزاع وأهمل بعض النزاعات وصورها التي تنشأ مع بقية الأفراد ومن الذي يكون أهلا لهم في ممارسة تلك الإجراءات المتعلقة بنزاعات غير محددة في الاستثناء.[2]

وما يؤاخذ على المشرع أنه لم يتطرق إلى حكم العقد الذي يبرم مخالفة لسن الأهلية ولم ينص على العقوبات التي توقع على مخالفي سن الزواج المحدد وهذا يشجع على انتشار ظاهرة الزواج العرفي.

ثانيا : الوثيقة الطبية :

من خلال المادة 7 مكرر ق.أ اشترط المشرع على طالبي الزواج الخضوع لفحص طبي [3]. وتقديم وثيقة طبية تثبت خلو كل منهما من أي مرض أو عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

---

[1]- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 61 .

[2]- عيسى حداد ، الأهلية في النظام القانوني الجزائري دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة باجي مختار ،عنابة ، 2008 – 2009 ، ص 97 .

[3]- وهو (مجموعة من الإرشادات النفسية والثقافية والاجتماعية والفحوصات الطبية الإكلينيكية – التاريخ المرضي والعائلي والفحص السريري – وفحوص المختبر لكل من المرأة والرجل قبل عقد الزواج) . انظر : عبد الفتاح أحمد أبو كيلة ، الفحص الطبي قبل الزواج والأحكام الفقهية المتعلقة به دراسة مقارنة ، ط1 ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2008 ، ص 66 .

وعليه فالمشرع سوّى بين المرأة والرجل في الخضوع للفحص الطبي وهذا الإجراء لا يتعارض مع جوهر الحق في الزواج على عكس ما هو موجود في القانون الدولي لحقوق الإنسان [1] .

إذ يمكن القول بأن شرط الخضوع لفحص طبي في الواقع مؤسس لدعم الاختيار الحر للزوجين حتى يكون كل واحد منهما على بينة من أمره وحتى لا يتسرعا في إبرام عقد زواج قد ينحل بسرعة بسبب وجود عيب في أحدهما في حين أن الزواج في الشريعة الإسلامية الأصل فيه أن يكون بصفة مؤبدة ودائمة [2] ، كما أنه يتماشى مع الهدف الرئيسي من الزواج وهو الحصول على الاستقرار النفسي والجسدي وحماية النسل وذلك بإنجاب أطفال أسوياء وأصحاء [3] .

وينبغي الإشارة إلى أن مثل هذا الشرط لا يقيد ولا يؤثر في رضا الزوجين فبإجراء الفحص الطبي إذا تبين بأن أحد الزوجين -المنتظرين- يحمل مرضا كالإيدز مثلا أو أي مرض آخر ورضيا كل منهما بذلك لم يعد مسوّغا الاعتراض على إرادتهما وفي هذه الحالة يؤشر ضابط الحالة المدنية أو الموثق في عقد الزواج على أنهما قد علما بهذه الأخطار حسب مقتضيات المادة 7 مكرر فقرة 02 ، ونص هذه المادة جاء على سبيل الإعلام والإخبار عن الحالة الصحية للزوجين المنتظرين فقط فلا يجوز له إذا أن يمنع أو يقيد أي زواج وإلا يكون بذلك قد قيد حرية عامة لم يقيدها المشرع [4] وهذا ما جاءت به المادة السابعة في فقرتها الثانية من المرسوم التنفيذي .

---

[1]- إذ يعتبر مثل هذا الشرط تقييد لحق المرأة والرجل في الزواج (حيث اعتبرت الاستشارة الدولية الأولى حول الإيدز وحقوق الإنسان المنظمة من قبل مركز حقوق الإنسان بجنيف عام 1989 ، كل سياسة تفرض كشفا عن الإصابة بفيروس فقدان المناعة الإنسانية قبل الزواج ، إجراء يتعارض مع جوهر الحق في الزواج كما هو مضمون في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان). أنظر : أعمر يحياوي ،مرجع سابق ، ص240-241.

[2]-أعمر يحياوي، المرجع نفسه، ص 268 - 269 .

[3]- أحمد أبو كلية ، مرجع سابق ، ص 65 .

[4]- طبقا للمادة 7 فقرة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 11 ماي الذي يهدف إلى تحديد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من ق. أ التي نصت على ما يلي : " لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين ".

المطلب الثالث: الشروط المقترنة بعقد الزواج

لقد تعرض ق.أ للشروط المقترنة بعقد الزواج [1] واعتبر هذه الشروط صحيحة ما لم تتناف ومقتضى العقد أو تخالف القانون ، وذلك من خلال المادة 19 منه التي تنص على : " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها مالم تتناف مع هذا القانون " .

وعليه يمكن تقسيم هذه الشروط إلى قسمين :

شروط فاسدة تخالف مقتضى العقد وشروط صحيحة تناسب مقتضى العقد.

الفرع الأول : الشروط الفاسدة التي تخالف مقتضى عقد الزواج

الشرط الفاسد هو كل شرط لا يكون من مقتضى العقد ، ولا مؤكدا لمقتضاه ولم يقم دليل من الشارع على وجوب الوفاء به من نص أو أثر أو عرف مشهور فكل شرط لا يكون كذلك ، ولا يكون مؤقتا للصيغة ، يكون لاغيا يبطل ولا يؤثر في صحة العقد [2].

وعليه فالشروط الباطلة أو الفاسدة هي التي لا يصح اشتراطها وهي المخالفة لمقتضى عقد الزواج ، وللشرع ذاته [3] ، والمعيار الذي جاء به المشرع لتحديد الشروط الصحيحة من الباطلة هو عدم مخالفة هذه الشروط لأحكام قانون الأسرة، غير أن تحديد الأحكام التي تضمنها قانون الأسرة والتي ينبغي على الزوجين مراعاتها عند الاشتراط تكتنفه بعض الصعوبات ، إلا أنه يمكن القول بأن الأحكام التي لها علاقة بموضوع الاشتراط هي الآثار المترتبة عن إبرام عقد الزواج – سيأتي شرحها لاحقا – والمتمثلة في :

- استحقاق النفقة التي هي واجبة على الزوج اتجاه زوجته .
- استحقاق الصداق
- حل الاستمتاع بين الزوجين .

---

[1]- إذا اشترط أحد أطراف العقد شرطا زائدا يريد به تحقيق منفعة لنفسه أو يقلص حدود منافع غيره ، فإذا رضي به الطرف الثاني وقبل عن طيب نفس منه مختارا غير مكره ففي هذ الحالة يسمى العقد بالعقد المقترن بالشرط ، وهناك فرق بينه وبين العقد المعلق على شرط فهذا الأخير يكون بأداة من أدوات الشروط (إن ، إذ) أما الأول فيكون خاليا منها والعقد المعلق على شرط يتوقف وجوده على وجود الشرط المعلق عليه لأن صيغته لا تكون منشئة العقد في الحال بينما العقد المقترن بشرط فهو منجز وينشأ وقت إبرامه بحسب صيغته ولا يتوقف على حصول أو وقوع شيء بعده. أنظر : عبد القادر داودي ، مرجع سابق ، ص 147 - 148 .

[2]- هذا مسلك جمهور الفقهاء في تعريف الشرط الفاسد أما أحمد بن حنبل فيرى بأن الشرط الفاسد هو الذي ورد فيه نهي الشارع أو ناقض مقتضى العقد الذي ورد به نص الشارع .لمزيد من المعلومات. أنظر : محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ط3 ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1957 ، ص 157 .

[3]- محمد باوني ، عقد الزواج وآثاره دراسة مقارنة بين الفقه والقانون، ط1 ، مكتبة اقرأ ، قسنطينة ،الجزائر ، 2009 ، ص 69 .

- والأحكام المتعلقة بالنسب أي ثبوت نسب الولد لأبيه ... ، فكل الشروط التي تتعارض مع هذه الأحكام تكون باطلة ولا يعتد بها.

كما لو اشترط الزوج على زوجته عدم دفع صداقها أو نفقتها، وبالمقابل قد تشترط أن لا يأتيها زوجها إلا نهارا أو ليلا أو أن يطلق زوجته السابقة...

مثل هذه الشروط تكون باطلة ولا يعتد بها ويصح العقد طبقا للمادة 35 ق.أ التي تنص على ما يلي : " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيح " .

أما اشتراط عدم الإنجاب فهو شرط باطل يؤدي إلى بطلان عقد الزواج طبقا للمادة 32 ق.أ التي تنص على : " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد " .

ولا يوجد تناقض بين نصي المادتين لأن هناك فرق بين الاقتران والاشتمال فالأول غير داخل في ماهيته عقد الزواج بل هو خارج عنه لكنه اقترن به فقط، بينما الثاني داخل في ماهيته [1] .

الفرع الثاني: الشروط الصحيحة التي تناسب مقتضى عقد الزواج

الشروط الصحيحة هي التي فيها منفعة لأحد الزوجين ولم يرد نهي عنها وهذه الشروط واجبة الوفاء وإلا حق للطرف الآخر فسخ الزواج [2] .

والشرط الموافق لمقتضى العقد هو في حقيقته يجب بالتعاقد إذ يدخل في العقد دون حاجة إلى تسمية ولهذا فقد أجمع الفقهاء على صحة الشروط التي يقتضيها العقد وتوافق مقصود الشارع كاشتراط الزوج أن تكون له القوامة على زوجته واشتراط الزوجة أن ينفق عليها [3] .

وبالرجوع إلى نص المادة 32 ق.أ وبمفهوم المخالفة فإن الشرط يعتبر صحيحا إذا كان موافقا لمقتضى العقد.

---

[1]- حفيظة فضلة ، الضرر كسبب لفك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة ، المشرف: منصور رحماني ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سكيكدة ، 2012 ، ص 122 .

[2]رشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة المعدل ، مرجع سابق ، ص 131.

[3]- محمد باوني ، مرجع سابق ، ص 68-69 .

وهناك شروط محل خلاف بين الفقهاء بعضهم اعتبرها شروط صحيحة وجعلها لازمة نافدة والبعض الآخر أبطلها وألحقها بالشروط الباطلة [1] .

أما المشرع الجزائري فقد أجازها واعتبرها صحيحة ، ولما كانت هذه الشروط عديدة لا يمكن حصرها ارتأيت أن أشير إلى بعض النماذج عن أهم الشروط التي تحقق منفعة مشتركة لكل من الزوجين.

أولا : شروط خاصة بالزوجة

متمثلة في [2] :

1- عدم الزواج عليها

2- العمل أو مزاولة الدراسة

3- ألا يسافر بها زوجها أو يخرجها من بلدها إلى بلد أجنبي

4- أن يسكنها بعيدا عن ضرتها أو عن أهله

5- أن يكون الطلاق بيدها تمارسه عندما يلحقها الضرر

ثانيا : شروط خاصة بالزوج

متمثلة في:

1-أن يشترط هو الآخر على نفسه عدم الزواج على زوجته ترغيبا لها في الزواج منه [3]

2 -ألا تعمل أو تترك وظيفتها إن كانت تعمل

3-أن تكون بكرا

4-أن تكون ذات حرفة أو ثقافة معينة

5-أن تعطيه جزءا من راتبها على سبيل المساهمة في نفقات الأسرة أو أن تتنازل له عنه.

ومجمل القول أن عقد الزواج ينعقد بمجرد توافر أركانه وشروطه دون حاجة إلى وجود الشرط المقترن بالعقد لأن هذا الأخير يدخل على العقد بعد اكتماله وتوافر أركانه وشروطه السابقة الذكر والأصل أن يلتزم الزوجان بالآثار المترتبة عن عقد الزواج والمتمثلة في

---

[1]- الذين أجازوا اشتراطها هم الحنابلة وبعض المالكية أما الحنفية والظاهرية والشافعية والبعض الآخر من المالكية أبطلوها وصححوا العقد ومن أمثالها: جعل العصمة الزوجية للمرأة، عدم الزواج عليها ، عدم إخراجها من بلدها وغيرها من الشروط المختلف فيها . لمزيد من المعلومات، أنظر :محمد باوني، مرجع سابق، ص 69 -70 .

[2]- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، مرجع سابق ، ص 75 .

[3]- حسن عبد الغني أبو غدة ، حق المرأة في اشتراط عدم الزواج عليها دراسة شرعية اجتماعية ، ط1 ، مكتبة الرشد ، الرياض ، 2005 ، ص 68 .

الحقوق والواجبات ففي حالة ما إذا رأى الطرفان أنها تفي بحاجاتهما التي يرتبها العقد لا يكون في حاجة إلى اشتراط أي شروط إضافية وفي هذه الحالة يكون العقد خال من أي شرط وإن رأى العكس فيجوز لكل واحد من الزوجين اشتراط أي شرط يراه كفيل بالمحافظة على حقوقه .

والمشرع الجزائري كما سبق القول قد نظم هذه المسألة من خلال المادة 19 من قانون 84-11 ، أما بعد التعديل الجديد لهذه المادة [1] فقد أضاف لهذا النص مسألة مهمة وهي مسألة الاشتراط بعد عقد الزواج ذلك أنه قد يغفل الزوجان عن تنظيم الشروط أو تستجد شروط قد تؤثر على مسير الحياة الزوجية ، لم يتعرضا لها ابتداء في العقد ، فيمكن بواسطة هذا الإجراء تدارك مافات من خلال عقد رسمي لاحق – وقد أحسن المشرع صنعا بالنص على ذلك – كما أنه أشار إلى نوعين من الشروط على سبيل المثال وهما : شرط عدم التعدد وشرط العمل نظرا لأهميتهما .

وعليه فالمشرع قد سوّى بين الزوجين في وضع الشروط المقترنة بعقد الزواج وهذا يتضح جليا من خلال نص المادة 19 السالفة الذكر بقولها : " للزوجين أن يشترطا " فلا فرق بين أن تقوم الزوجة باشتراط هذه الشروط أو يقوم الزوج بذلك ، ووضع هذه الشروط يكون بإرادة الزوجين واختيارهما [2] إلا أن مبدأ حرية الاشتراط ليس على إطلاقه بمعنى أن حرية الزوجين في الاشتراط ليست مطلقة ، فقد حدد المشرع لهذه الشروط الحدود التي ينبغي ألا يتجاوزها المتعاقدان وإلا كانت باطلة فلا يجوز أن تتعدى الغرض المقصود منها والمتمثل في حماية حقوق كل طرف في العلاقة الزوجية لذلك كان ترتيب أحكام الشروط من عمل المشرع حتى لا تتحول إلى وسيلة لإضرار أحد الزوجين بالآخر ولا يشكل ذلك نقضا لأصل الرضا والاختيار .

---

[1] بموجب الأمر 05-02 أصبحت تنص على ما يلي : " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ، لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ، مالم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون " .

[2] المشرع قد وسع من دائرة الاشتراط ولم يتبن مسلك المالكية الذي من شأنه أن يقلل من أهمية هذه الشروط وفعاليتها في حياة الناس لأنه يجعل الوفاء بها أمر مستحب والمشرع في هذا التوسع أقرب إلى مذهب الحنابلة القائلين بلزوم مثل هذه الشروط وهذا اختيار صائب لأنه يتماشى مع مصلحة الزوجين ويدرأ التنازع والاختلاف بينهم . أنظر : عبد القادر داودي ، مرجع سابق ، ص 153 – 154 .

المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن إنشاء عقد زواج

إن المشرع الجزائري في قانون الأسرة المعدل نص على أركان وشروط عقد الزواج التي لا بد من توافرها لكي يكون العقد صحيحا ويرتب الآثار الشرعية والقانونية وهي ما تعرف بالحقوق الزوجية، فهل هذه الحقوق الممنوحة للزوجين متكافئة ومتعادلة ؟ هذا ما سأحاول دراسته في هذا المبحث من خلال تقسيمه إلى ثلاثة مطالب : حقوق الزوجة على زوجها مطلب أول ، حقوق الزوج على زوجته مطلب ثاني ، الحقوق المشتركة بين الزوجين مطلب ثالث .

المطلب الأول: حقوق الزوجة على زوجها

قانون الأسرة قبل التعديل تعرض إلى حقوق الزوجة على زوجها وذلك من خلال نص المدتين 37 و38 أما بعد تعديله لم يعد ينص على هذه الحقوق وأدرج البعض منها فقط ضمن المادة 36 التي تناولت الحقوق والواجبات المشتركة ومع هذا فيجب التطرق إلى هذه الحقوق التي يمكن استخلاصها من نصوص قانونية أخرى وفي حالة عدم وجود نص يتم العودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تحيل عليها المادة 222 ق.أ، لذا سأقسم هذا المبحث إلى ثلاثة فروع: الحق في الصداق فرع أول، الحق في النفقة فرع ثاني، الحق في العدل فرع ثالث.

الفرع الأول: الحق في الصداق

الصداق حق من الحقوق المالية التي تثبت للزوجة على زوجها وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء ولا يحل للزوج أن يماطل في دفعه إذا طلبته أو يسترده منها بعد دفعه لها إلا برضاها واختيارها [1] ، قد يثور التساؤل حول إلزام الزوج بدفع الصداق للزوجة وليس العكس وبعبارة أخرى لماذا الصداق واجب على الزوج وليس واجبا على الزوجة ،الإجابة على هذا التساؤل يقتضي معرفة الحكمة من وجوب المهر على الزوج ، فقد فرض المهر عليه دون الزوجة لأن من سنن الحياة أن الرجل هو الذي يكد ويكدح للبحث عن الرزق وكسب المال للإنفاق على زوجته وتقديم المهر لها أما هي فعليها أن تقوم على رعاية شؤون

[1]- اسماعيل إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 128 ، أنظر : آدم عبد الله الألو ري ، الإسلام وتقاليد الجاهلية ، د. ط، مطبعة المدنى، القاهرة، د.ت ،ص 131 .

البيت وخدمة الزوج وتربية الأولاد فهذا هو الوضع الطبيعي لربة كل بيت [1] ، فلو كلفت بدفع المهر لزوجها لاضطرت إلى البحث عن عمل في سبيل الحصول على المال وقد لا تجد عملا شريفا محترما فكيف يكون مصيرها في هذه الحال أتلجأ إلى طرق غير مشروعة لكسب المال أم تظل بلا زواج لعدم قدرتها على تقديم المهر لمن ترغب في الزواج منه ؟ [2] .

كذلك اقتضت سنة الله في الكون أن تكون المرأة سكنا للرجل يأوى إليها فتخفف متاعبه وتعنى ببيته وتربى أولاده وهي تتطلع لقاء ما أعدت له من ذلك إلى أن تجد من يكفيها مؤنة السعي لكسب القوت ويمدها من المال بما يسد حاجتها ويمكنها من التفرغ لأداء وظيفتها ، فكان وجوب المهر لها على الزوج لإشعارها بأنها موضع عطفه ورعايته وأنه الكفيل بحاجتها والمعين لها على أداء وظيفتها فلذلك كان المهر واجبا عليه لا عليها ، وإيجابه عليها قلب للأوضاع الفطرية وصرف للراغبات في الزواج عما خلقن من أجله وزج بهن إلى مهاوى الفساد والسقوط [3] .

إلا أن الزوج منح في مقابل هذا حقوقا مقابلة لهذه التكاليف والواجبات –سأتحدث عنها لاحقا – هذا ويعتبر المهر هدية لازمة للزوجة وعطاء مقرر لشخصها وليس عوضا عن شيء وإنما هو إظهار لشرف عقد الزواج وحماية لكرامة الزوجة وصيانتها وليس ثمنا ولا أجرة لخدمات تؤدى ، كما أن العلاقة بين الزوجين هي أسمى وأشرف من علاقة البائع والمشتري فهي علاقة تهدف إلى تحقيق المودة والمحبة [4] والمهر نوع من إعزاز الزوج لمكانة زوجته وتقديره لها وليس في مقابل ملكه الاستمتاع بها لأنه من الناحية البيولوجية الاستمتاع بين الزوج و زوجته متبادل وليس مقصورا على طرف واحد دون الآخر فالغاية من تشريعه أسمى من ذلك فقد شرع لتكريم الزوجة ومن أجل برهنة الزوج على حبه ورغبته في الارتباط بها بغاية الاستقرار والسكينة [5] .

الفرع الثاني: الحق في النفقة

إن النفقة من الحقوق الزوجية التي تترتب للزوجة على زوجها كأثر من آثار عقد الزواج الصحيح والمشرع في قانون الأسرة لم يقم بتعريفها واكتفى ببيان أحكامها فقط ،

[1]- اسماعيل ابراهيم، مرجع سابق ، ص 129.
[2]- غنية قري ، مرجع سابق ، ص 40-41 .
[3]- علي حسب الله، مرجع سابق ، ص 156 .
[4]- غنية قري ، مرجع سابق ، ص 40 .
[5]- محمد لمين لوعيل ، مرجع سابق ، ص 132 .

وعليه يمكن تعريفها بأنها كل ما تحتاجه الزوجة من شؤون الحياة : مأكل ومشرب وملبس ومسكن وغيرها فهي حق على الزوج على قدر كسبه بلا إسراف ولا تقتير [1] .

وأدلة وجوبها عديدة [2] ، وسبب وجوبها هو احتباس الزوجة لحق زوجها ومنفعته فهي تستحق للزوجة المسلمة والكتابية والغنية والفقيرة على السواء لأن الاحتباس متحقق فيهن جميعا [3] .

أولا : شروط استحقاق النفقة للزوجية

من خلال المادة 74 ق.أ يمكن استخلاص شروط استحقاق الزوجة للنفقة فهي كالآتي:

1- أن يكون عقد الزواج صحيحا شرعا مستوفي لكل أركانه وشروطه طبقا للمادتين 9 و 9 مكرر ق.أ أما إذا كان العقد فاسدا أو باطلا فلا نفقة لها.

2- أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة الزوجية أي صالحة لمقصود الزواج فإذا كانت صغيرة لا تصلح للمعاشرة فلا نفقة لها لأن احتباسها كعدمه [4] ومن هنا يشترط المشرع في الزوجة بلوغ سن 19 سنة في المادة 7 ق. أ .

3- الدخول بالزوجة ،أما المعقود عليها فقط دون الدخول بها فلا نفقة لها على زوجها إلا في حالة واحدة وهي الحالة التي يتم فيها العقد بصفة رسمية صحيحة ويتباطأ الزوج في الدخول بها وتقوم الزوجة بدعوته للدخول بها، بشرط أن تقيم البينة على ذلك وتقدم بيانات وأدلة لتدعيم طلبها لتقضي لها المحكمة بالنفقة [5] .

ثانيا : مشتملات النفقة

نص المشرع في المادة 78 ق.أ على أن النفقة تشمل : الغداء ويقصد به الطعام والشراب ومستلزماته ، الكسوة أو اللباس ، ، ونفقة التطبيب أي العلاج وهي ضرورية أكثر من غيرها، توفير سكن للزوجة أو أجرته إن لم يستطع ذلك وهذا حسب يسار الزوج وأخيرا

---

[1]- عبد اللطيف السيد ، حقوق المرأة وحقوق زوجها كما جاء بها رسول الله صلى الله عليه وسلم، د .ط ، دار الكتب الإسكندرية ، مصر، 2006 ، ص 61 .

[2]- منها قوله تعالى :<<... وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف >>.البقرة 233 .
وقوله أيضا:<< لينفق ذو سعة من سعته، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما أتاها >>. الطلاق 7 .

[3]- أنور العمروسي ،موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين ،ج1، د .ط ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ،2005، ص 237 .

[4]- محمود سمير عبد الفتاح ،مرجع سابق ، ص 185 .

[5]- سليمان ولد خسال ، مرجع سابق ، ص 96 .

نص المشرع على أنه يدخل في النفقة أيضا ما يعتبر من الضروريات في العرف وقد أحسن صنعا عندما نص على ذلك .

ثالثا : مقدار النفقة

إن الزوج هو الذي يتولى الإنفاق على زوجته بإحضار ما يكفيها من غداء وكسوة وغير ذلك من الأمور ، فإذا كان بخيلا لا يكفي احتياجات الزوجة أو تركها بدون نفقة وبدون مبرر شرعي فلها أن تلجأ إلى القضاء وتطلب فرض نفقة لها [1] ومن خلال المادة 79 ق.أ يتبين بأن المشرع لم يحدد مقدار معين للنفقة بل أخضعه للسلطة التقديرية للقاضي المختص في شؤون الأسرة .

لكن يجب عليه عند تقديره للنفقة أن يراعي أمران ، هما حال الطرفين من الناحية المالية وظروف المعيشة، بمعنى أن الزوج إذا كان موسرا وجبت عليه نفقة الموسرين وإن كان معسرا وجبت عليه نفقة المعسرين ، وإن كان متوسط الحال وجبت عليه نفقة متوسطة بينهما [2] .

أما عن دعوى إعادة النظر في النفقة فإنها لا تسمع إلا بعد مضي سنة كاملة على الحكم بها هذا ماجاء في المادة 79 ق.أ ونظرا للتغيرات الاقتصادية والمعيشية وتقلبات أسعار السوق في مجتمعنا فمدة سنة قد تضر بالزوجة لذلك كان من المفروض على المشرع الجزائري أن يضع استثناء على هذه القاعدة يسمح بتقليص المدة المذكورة إذا كانت هناك حالات استثنائية طارئة مثل ما عليه الحال في القانون الكويتي والسوري [3] .

أما بالنسبة لوقت استحقاق النفقة فتكون من تاريخ رفع الزوجة للدعوى التي تطالب فيها بالنفقة وهناك استثناء حيث يجوز للقاضي أن يحكم باستحقاقها لمدة لا تتجاوز السنة قبل رفعها للدعوى إذا أقامت البينة على ذلك هذا ما جاء في المادة 80 ق.أ حتى لا يترك مجالا لإرهاق الزوجة زوجها لأن ذلك قد يوقعه في الحرج والضيق [4] غير أن هناك من يعتبر أن

---

[1]- رشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 146 .

[2]-رشيد بن شويخ، المرجع نفسه، ص 146.

[3]- المادة 77 من القانون الكويتي تنص على أنه:

أ-يجوز زيادة النفقة ونقصها بتغير حال الزوج أو إعسار البلد .

ب- ولا تسمع دعوى الزيادة أو النقص قبل مضي سنة على فرض النفقة إلا في حالات استثنائية طارئة .

ج- وتكون الزيادة أو النقص من تاريخ الحكم " وتنص المادة 77 فقرة 02 من القانون السوري على أنه: " لا تقبل دعوى الزيادة أو النقص في النفقة المفروضة قبل مضي ستة أشهر على فرضها إلا في الطوارئ الاستثنائية " .

[4]- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 176 .

هذا تحيز للزوج وتغطية لإهماله في القيام بواجب النفقة و أغلب الانتقادات الموجهة لقانون الأسرة على أنه قانون أجحف في حق الزوجة كانت من قبيل هذا الباب [1] إذ قد يتركها زوجها بدون نفقة لسنوات كثيرة ويمتنع عن القيام بهذا الواجب خاصة إذا كان متعمدا ثم إذا طالبته بعدها بالنفقة فالقاضي لا يحكم لها بها إلا من تاريخ رفعها للدعوى وإذا أقامت بينة ودليل على عدم انفاق زوجها يحكم لها بالنفقة لمدة لا تتجاوز سنة فقط ! ومن الصعب تقديم دليل يثبت عدم الإنفاق .

كما أن المشرع لم ينظم مسألة مهمة وهي في حالة غياب الزوج دون أن يرسل للزوجة نفقة، إلا أنه يمكن الرجوع إلى ما قرره الفقهاء في هذه المسألة. فإن كان له مال كالنقود وغيرها في يد الزوجة، فرض القاضي لها نفقة مناسبة وإن كان هذا المال لدى الغير كأن يكون بنك مثلا فرض لها القاضي ما يكفيها منه [2] .

لكن ماذا لو تركها بدون نفقة ولم يكن لديه مال كأن يكون معسرا ، فالمشرع بالرغم من نصه في المادة 57 مكرر ق.أ على شمل النفقة بالنفاد المعجل والفصل فيها من طرف القاضي على وجه الاستعجال وتجريمه لفعل الامتناع عن دفع النفقة ضمن قانون العقوبات [3] إلا أن هذا لا يكفي لأن معاناة الزوجة من عدم دفع النفقة في هذه الحالة تبقى قائمة لذلك من الأحسن إسناد مهمة الوفاء بدين النفقة المحكوم به على الزوج المعسر إلى إحدى البنوك الجزائرية التي تتكفل بالزوجة وأولادها إن كان لها أولاد وذلك لأن دين النفقة من الديون التي لا تتحمل تأخيرا في استيفائها ثم بعد ذلك يقوم البنك باسترجاع ما دفع للزوجة من ذمة الزوج [4] .

---

[1]-محمد لمين لوعيل ، مرجع سابق ، ص 141 .142 .

[2] - رشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 148 .

[3]- حيث تنص المادة 331 على : " يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته.. وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه " .

[4]- في مصر وبموجب القانون 2000/1 ومن خلال المادة 72 منه قد تم اسناد مهمة الوفاء ببعض الديون المحكوم بها والمتعلقة بالأحوال الشخصية كالنفقة إلى بنك ناصر الاجتماعي وهو عبارة عن التزام مصدره القانون فلا يجوز له أن يتحلل من التزامه هذا بحجة أن المحكوم عليه مثلا معسرا يصعب اقتضاء الحق منه بعد ذلك ، وهذه الديون التي يلتزم بالوفاء بها تقتصر على ديون النفقة والأجور فقط وما في حكمها ولا تشمل الديون الأخرى كالمهر مثلا وتدفع للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الوالدين ، ووضع بعد ذلك هذا القانون إجراءات لكيفية استيفاء بنك ناصر ما قام بوفائه من ديون . لمزيد من المعلومات، أنظر : أحمد خليل ، خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالولاية على النفس وفقا للقانون رقم 1 لسنة 2000 ، د.ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 198 وما يليها.

بعد أن تبين بأن النفقة هي حق شرعي وقانوني للزوجة وواجب ملقى على عاتق الزوج ينبغي الإشارة إلى أن هناك من الدول العربية من تجعل الزوجة ملزمة بالإنفاق هي الأخرى على الأسرة إن كان لها مال مثل ما هو عليه الحال في تونس [1] وهذا ما اعتبره البعض بأنه يقلب الأمور لأنه ليس له سندا شرعيا [2] ، مع موافقتي لهذا الرأي إلا أنني أرى بأنه لا مانع من ذلك لكن في حالة واحدة فقط وهي حالة إعسار الزوج كأن يصبح عاجزا أو بطالا بعد الزواج وكانت هي عاملة أو غنية موسرة وهذه الحالة تطرق إليها المشرع الجزائري في المادة 76 ق.أ بقوله : " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك " غير أنه لم يتطرق إلى إنفاق الزوجة القادرة على زوجها المعسر إلى جانب الأولاد مع أن ذلك لا يمس بمركز الزوج القانوني ويبقى محتفظا بجميع حقوقه ، فمن الأحسن لو أدرج المشرع هذه الحالة ضمن نص المادة 76 السابقة وذلك من باب التعاون و المحافظة على المودة والرحمة بين الزوجين طبقا للمادة 4 ق.أ .

من نظرة واقعية نجد بأن الزوجة في الغالب تشترك مع زوجها في تحمل أعباء الحياة المشتركة وهذا ما يعرف بالإلزام الأدبي أو الحافز الأخلاقي.

وخلاصة القول أن واجبي المهر والنفقة اللذان يقعان على عاتق الزوج هما من المبررات التي يرى بعض الفقهاء أنها جعلت نصيب الذكر في الميراث مثل حظ الأنثيين فالإسلام يرى المهر والنفقة أمورا ضرورية في أحكام أواصر الزواج وتأمين سعادة الأسرة مما يؤدي إلى انخفاض مستوى حاجة المرأة إلى المال ،جراء تحمل الزوج مسؤولية النفقات أراد الإسلام أن يجبر هذا التحميل عن طريق الإرث فجعل سهم الرجل ضعف سهم المرأة لذلك فالمهر والنفقة هما اللذان أديا إلى هبوط سهم إرث المرأة [3] فهذه هي المساواة الهادفة العادلة [4] وليس كما يدعي البعض بأن الإسلام لا يسوي بين الرجل والمرأة في الميراث ، حيث نجد أن نصيب الرجل معرض للنقص بسبب التكاليف الملقاة على عاتقه بينما المرأة تأخذ حصتها خالصة لتدخرها لتأمين حمايتها فهي بالعكس أكثر حظا منه لأن ميراثها يضاف

---

[1]- تنص مدونة الأحوال الشخصية في الفقرة 4 من الفصل 23 على أنه: " على الزوج بصفته رئيس العائلة أن ينفق على الزوجة والأبناء على قدر حاله وحالهم في نطاق مشمولات النفقة وعلى الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال "

[2]- رشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 147 .

[3]- الديباجي ، مرجع سابق ، ص 151.

[4]- عبد الحميد خزار ، الأسرة القدوة ،د.ط ، دار الشهاب ، باتنة ، الجزائر ، د.ت ، ص 171 . أنظر : عصام نور سرية ، دور المرأة في تنمية المجتمع ، د .ط، مؤسسة شباب الجامعة ،د.م ، 2002 ، ص 29 .

إليه ما يوجب لها الإسلام من مهر فيه تعويض واف لها عن نقص نصيبها في الميراث وما يجبه من نفقة تسد حاجاتها جميعا ، وهذه من بين الحكم التي جعلت نصيبه ضعف نصيبها في الميراث [1] .

الفرع الثالث: الحق في العدل

يعتبر من واجبات الزوج اتجاه زوجته في حالة الزواج بامرأتين أو أكثر في حدود الشريعة الإسلامية [2] .

والمشرع الجزائري في قانون الأسرة أباح تعدد الزوجات في المادة 8 لكنه قيده بشروط من بينها نية العدل أي التزام العدل في التعامل مع زوجاته.

فعليه أن يسوي بينهن فيما يستطيعه ويدخل تحت قدرته من المأكول والملبوس والسكن ويقسم بينهن في المبيت بمعنى أن يعدل بين زوجاته في النفقة والمعاملة والمبيت.

أما الشيء الذي لا يقدر عليه فلا يجب عليه التسوية فيه لكونه غير مقدور له [3] لأنه لا تكلف نفس إلا وسعها [4] ، وبمناسبة الحديث عن العدل في حالة تعدد الزوجات قد يثور التساؤل التالي : كيف يباح للزوج أن يعدد زوجاته بينما يحرم على الزوجة أن تعدد أزواجها ؟ أليس في ذلك إخلالا بالمساواة بين حقوق الزوج والزوجة ؟ . هذا ما يراه القانون الدولي لحقوق الانسان [5] . للإجابة على هذا السؤال يمكن القول : بأن حق الزواج مكفول للمرأة والرجل على سواء باعتبار أن كل منهما إنسان ، غير أن نطاقه يتحدد بمدى صلاحية كل منهما للزواج بأكثر من زوج واحد فسنة الله اقتضت أن تفرق بينهما في ذلك فجعلت المرأة لا

---

[1]- معوض ابراهيم ، الاسلام والأسرة ، د.ط ، دار النشر للجامعيين ، د.م ، د.ت، ، ص 134 .

[2]- يوسف دلا ندة ، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة ، د.ط ، دار هومة ،الجزائر ، 2011 ، ص 25 .

[3]- محمد زيد الأبياني ، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية معزز باجتهادات المحاكم الشرعية ،ط1 منشورات الحلبي الحقوقية ، د .م ، 2006 ، ج1 ، ص 232 .

[4]- وإلى هذا المعنى يشير قوله تعالى : << ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حصرتم فلا تميل كل الميل >>. النساء 129 ، أخبر الله تعالى بنفي الاستطاعة في العدل بين النساء وذلك في الميل الطبيعي بالمحبة والحظ من القلب فوصف الله حالة البشر وأنهم بحكم الخلقة لا يملكون ميل قلوبهم إلى بعض دون بعض ولهذا كان عليه الصلاة والسلام يقول : ((اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك)) ثم نهى فقال :<<فلا تميلوا كل الميل >> قال مجاهد : لا تتعمدوا الإساءة بل الزموا التسوية في القسم والنفقة لأن هذا مما يستطاع . انظر : القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن،ج7، ط 1 ، مؤسسة الرسالة ، لبنان، بيروت ، 2006، ص 167 – 168 .

[5]- حيث جاء في التوصية رقم 21 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في دورتها الثالثة عشرة لعام 1994 ما يلي : تكشف أيضا تقارير الدول الأطراف عن أن تعدد الزوجات يمارس في عدد من البلدان ، وتعدد الزوجات يخالف حق المرأة في المساواة بالرجل ، وقد يكون له نتائج عاطفية ومالية خطيرة عليها وعلى من تعولهم إلى حد يستوجب عدم تشجيع هذه الزيجات وحضرها ، وتلاحظ اللجنة بقلق أن بعض الدول الأطراف التي تضمن دساتيرها تساوي الحقوق ، تسمح بتعدد الزوجات وفقا لقانون الأحوال الشخصية أو للقانون العرفي وهذا ينتهك الحقوق الدستورية للمرأة ويخالف أحكام المادة 5 فقرة أ من الاتفاقية . أنظر: وائل أنور بندق، المرأة والطفل وحقوق الإنسان، د.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 96.

يصلح لها نظام تعدد الأزواج بينما يصلح للرجل نظام تعدد الزوجات ، ذلك أمر واضح من وجود رحم للمرأة معد للإنجاب قد يتأثر بما يقدف فيه من ماء الرجل بحسب المجرى العادي للأمور بينما لم يكن

للرجل مثل ذلك الرحم مند بدء الخليقة ولن يكون وبالتالي تعارضت طبيعة المرأة مع نظام التعدد وصلحت طبيعة الرجل لذلك ، بل إن طبيعة المرأة تنفر من تعدد الأزواج حتى إن المرأة التي تتزوج عدة مرات زواجا شرعيا تتعرض أكثر من غيرها للإصابة بسرطان الرحم بينما لا يتعرض الرجل لمثل ذلك إذا عدد زوجاته الشرعيات [1] .

كما أن تعدد الزوجات يفتح فرص الزواج أمام كثير من العانسات والأرامل والمطلقات ولو أبيح للمرأة أن تتزوج بأربع رجال لزاد عدد العانسات زيادة عظمى [2] .

فهو إذن ليس حق للرجل فحسب بل حق للمرأة أيضا ومنعه يفرض عليها إحدى المعضلتين : العنوسة أو الطلاق [3] .

والقانون الدولي عندما نادى بضرورة منع تعدد الزوجات لأنه مخالف لمبدأ المساواة بين الجنسين يكون بذلك متساهلا في مسألة الطلاق لأنه لابد من طلاق الأولى للزواج بالثانية وهذا يتنافى مع الحق في الزواج وتكوين أسرة الذي يقرره القانون الدولي نفسه [4].

كما أن تعدد الزوجات لا يؤدي إلى مشاكل اجتماعية إذا طبق بضوابطه ولا إلى مشاكل حقوقية في حين السماح بتعدد الأزواج للنساء يسبب مشاكل كثيرة منها ضياع النسب[5] النسب[5] إذ لا يعرف في هذه الحالة إلى من ينتسب الولد . فهل نطبق في هذه الحالة الطريقة نفسها التي كانت سائدة في العصر الجاهلي ، عندما تضع الزوجة حملها يجتمع عندها جميع الأزواج فتنسب لمن تشاء ولدها [6] ! ! .

لهذه الأسباب لا يكون السماح للزوجة بتعدد الأزواج أمرا منطقيا في حين أنه بالنسبة للزوج ضمن الشروط المذكورة أمر منطقي.

---

[1]- عبد الناصر توفيق العطار ، تعدد الزوجات من النواحي الدينية والاجتماعية والقانونية ، د.ط، الشركة المصرية،القاهرة ، 1972 ، ص 14 – 15 .

[2]- عبد الناصر توفيق العطار ،المرجع نفسه ، ص 15.

[3]- أعمر يحياوي ، مرجع سابق ، ص 342.

[4]-أعمر يحياوي ، المرجع نفسه ، ص 337.

[5]- ابن عاشور، مرجع سابق ص 98.

[6]- غنية قري، مرجع سابق، ص 53.

المطلب الثاني: حقوق الزوج على زوجته

كانت المادة 39 قبل تعديل قانون الأسرة وإلغائها تنص على حقوق الزوج على زوجته وهي حقه في الطاعة من قبل زوجته وإرضاع أولاده وحقه في احترام والديه وأقاربه وسأقتصر في هذا المطلب على دراسة حق الطاعة وإرضاع الأولاد أما الحق الثالث فسأتطرق إليه عند دراستي للحقوق المشتركة بين الزوجين بالإضافة إلى حقه المتمثل في قرار الزوجة في بيت الزوجية والقيام على شؤون البيت المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، وعليه سأقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع: الحق في الطاعة فرع أول، الحق في الرضاع فرع ثاني، الحق في القرار في البيت الزوجية والقيام على شؤونه فرع ثالث.

الفرع الأول: الحق في الطاعة

ويقصد به التزام الزوجة بالانقياد للزوج في الحقوق المترتبة على عقد الزواج وهذا لا يعني استسلام الزوجة له وإنما الطاعة هي انقياد بالمعروف وفي المعروف وهو ما أمر به الشرع وأباحه ، فالطاعة هنا ليست مطلقة وإنما يحدها نطاق من الأحكام الشرعية لا تتجاوزه ولا تتعداه [1] ، إذ لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق .

وحق زوجها عليها عظيم أعظم من حق والديها ويأتي عظم حقه بعد حق الله سبحانه وتعالى ويدل على عظم هذا الحق [2] قوله تعالى : << الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض >>. النساء 34 ، وسئل ابن تيمية رحمه الله عن أيها أفضل بر الوالدين أو طاعة الزوج ؟ فأجاب بأن المرأة إذا تزوجت كان زوجها أملك بها من أبويها وطاعة زوجها عليها أوجب [3] .

فأفضل العبادة في الإسلام أن تطيع الزوجة زوجها وتخدمه [4] لأنه هو المسؤول عنها والقيم عليها والمشرف على شؤونها ، فعليها أن تحسن معاشرته وتكف الأذى عنه وترضيه وتراعي نفسيته وتكون ودودا ، تبتسم في وجهه وتتلطف في مخاطبته ولا تتطوع

---

[1]- سمير عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 193.

[2]- فالح بن محمد الصغير ،المرأة المسلمة ومسؤولياتها في الواقع المعاصر ، ط4 ، وكالة الوزارة لشؤون المطبوعات والبحث العلمي ، الرياض ، 1430 هـ ، ص 49 .

[3]- ابن تيمية ، أحكام الزواج ، مرجع سابق ، ص 211 .

[4]- حسين مظاهري، أخلاقيات العلاقة الزوجية، ط1، دار التعارف، بيروت ، لبنان، 1994 ، ص 93 .

بصيام وهو حاضر إلا بإذنه ، وأن تحفظ بيته وتصونه وأن تحقق مطالبه في حاجاته الخاصة ولا تمتنع عنه بلا عذر [1].

والأصل في وجوب طاعة الزوجة لزوجها ، لأن له القوامة عليها [2] ، والحكمة في ذلك هي أن الزوج أقوى في العقل والجسم من الزوجة فكان هذا أدعى إلى جعله القائم بشؤون الأسرة والمحتمل للأعباء التي تلحق بها ولما كان القيام بهذه التبعات من شأنه استدعى ذلك أن يكون القرار من شأنه أيضا لأن ذلك أقرب إلى المحافظة عليها وحمايتها ، فكان من لوازم قوامة الزوج على البيت وأهله طاعة أهل البيت له وعدم مخالفة أمره إلا إذا كان معصية الله [3] .

وقوامة الزوج على بيته لا تعني القهر والاستبداد[4] ولا تعني أن الزوجة دونه ماديا وأدبيا وعقليا ، فكما قلت إن إدارة الأسرة تحتاج إلى تفكير وإدراك وتعقل فالزوج بطبيعته وفطرته تتوفر فيه هذه العناصر وتؤهله للإدارة والإشراف .. أما الزوجة فلا يليق بها هذا العمل لأن من طبيعتها الميل للعاطفة ورهافة الحس والحنان وهي بذلك تندفع في تصرفاتها وأعمالها لهذا فهي لا تصلح لإدارة الأسرة وإنما اختصتها الفطرة بالحمل والرضاع والأمومة والبيت وهي أصلح لهذا العمل من الزوج [5] هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن السبب الثاني الذي بنيت عليه القوامة هو وجوب النفقات على الزوج فقد جعله الله سبحانه وتعالى هو المختص بوجوب المهر ونفقات الزوجة والأولاد والأسرة عليه – كما سبق ذكره – ولم يوجب شيئا من ذلك على الزوجة ، فكان من الأولى أن تناط به وظيفة القوامة والرئاسة في النظام العائلي ، فهو تفضيل لا يغض من قدر انسانية الزوجة لأنه تفضيل نشأ من تفرقة عضوية بينها وبين الزوج لا من تفرقة في جوهر الإنسانية المشترك [6] .

ومادام حق الطاعة قد قيد بأنه في المعروف فقد دل هذا على أنه ليس حقا استبداديا مطلقا.

---

[1]- فالح بن محمد، مرجع سابق ، ص 50 وما يليها .

[2]- وذلك من خلال قوله تعالى:<< ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة >>. البقرة 228 .

[3]- سالم بن عبد الغني، مرجع سابق ، ص 436 – 437 .

[4]- محمد الغزالي ، قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة والوافدة ،ط1 ، دار الشروق ، الجزائر ، 1992 ، ص 154 .

[5]- سعد صادق محمد، المرأة بين الجاهلية والإسلام، د.ط ، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، 1998، ص 86.

[6]- البهي الخولي ، الإسلام وقضايا المرأة المعاصرة ، ط4 ، دار القلم ، الكويت ، 1984 .،ص 80 .

رغم ذلك فإن هذا الحق أثار عدة انتقادات لموقف المشرع الجزائري فهناك من اعتبره تسليط للزوج على الزوجة وتم اقتراح ضرورة حدفه[1] وفعلا قام المشرع بإلغائه بموجب التعديل الجديد لقانون الأسرة ، وهذا لا يستقيم مع المبادئ التي أقرتها الشريعة الإسلامية ، فطاعة الزوجة لزوجها يحفظ كيان الأسرة من التصدع والانهيار وتعمق رابطة التآلف والمودة بين أعضاء الأسرة وتبعث إلى محبة الزوج القلبية لزوجته [2] دون أن يؤدي ذلك إلى تضييق دائرة حقوق الزوجة في المساواة في المركز والمسؤولية [3] على عكس ما هو الحال لدى الغرب فالزوجين يتساويان تماما في الحقوق والواجبات وليس في الأسرة رئيس ومرؤوس وقائد ومقود بل كل ما يجب على الزوج يجب على الزوجة وكل ما يحق للزوج يحق للزوجة ولا قوامة لأحد منهما على الآخر [4] .

ومن لوازم القوامة حق التأديب فمن حق الزوج أن يؤدب زوجته الناشز التي خرجت عن طاعته وهذا الحق لم ينص عليه المشرع الجزائري لا قبل التعديل ولا بعده وبالتالي يرجع في ذلك للشريعة الإسلامية فيكون في حدود ما يسمح به الشرع والقانون ووسائل التأديب حددها الشارع الحكيم [5].

وخلاصة القول : أن حق الطاعة هو ليس تسليط للزوج على الزوجة وإنما هو في مقابل حق القيادة والقوام التي كلف الله عز وجل بها الزوج نظرا إلى خصائصه الفطرية التي تؤهله للقيام بها وهي وظيفة تقوم أساسا على الشورى والتفاهم حول أمور البيت والأسرة [6] .

الفرع الثاني : الحق في الرضاع

المشرع أوجب بموجب المادة 2/39 ق.أ على الزوجة إرضاع أبنائها وجعل ذلك حق للزوج على زوجته لكن بعد التعديل تم إلغاء هذا الحق ولذلك ينبغي الرجوع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، وبالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي نجد أن الفقهاء اختلفوا في مدى

---

[1]- محمد لمين لوعيل ، مرجع سابق ، ص 81 .

[2]- محمد المصري أبو عمار، الزواج الإسلامي السعيد، ط1، مكتبة الصفا، القاهرة، 2006، ص 432.

[3]- على عكس ما جاء في التوصية العامة رقم 21 للجنة القضاء على التمييز تجاه النساء، بمناسبة دورتها الثالثة عشرة عام 1994 أن القوانين التي تمنح مركز رئيس الأسرة للزوج تخالف أحكام المادة 1/16/ج من اتفاقية إلغاء كل أشكال التمييز ضد المرأة وتضيق دائرة حقوق النساء في المساواة في المركز والمسؤولية ، والمادة 1/16 / ج من الاتفاقية تقضي بأن الدول الأطراف تضمن المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق والمسؤوليات أثناء قيام الرابطة الزوجية . انظر : أعمر يحياوي ، مرجع سابق ، ص 27 .

[4]- سالم بن عبد الغني ، مرجع سابق ، ص 493 .

[5]- في قوله تعالى : << فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا >>. النساء 34 .

[6]- موسى فلوسي ، مرجع سابق ، ص 445 .

إلزامية الرضاع للزوجة، فالإمام أبو حنيفة والشافعي وأحمد لا يجبر على إرضاع الأم لولدها [1] وعند الإمام مالك فيجوز للقاضي أن يتدخل لإلزام الزوجة الممتنعة عن إرضاع طفلها لكن لا يمكن له إجبارها إلا عند الاستطاعة[2] ويقصد بالاستطاعة، عدم وجود مانع مرضي ، أما الامتناع عن إرضاع الأولاد بحجة جمال الجسد والصحة [3] فهذا لا يتناسب و تعاليم الإسلام في تربية الجيل الصالح القوي .

والرضاع هو واجب على الزوجة ففيه حق للمولود ولوالده ، لأن الله سبحانه وتعالى خلقها في ضوء طبيعة خاصة تختلف عن طبيعة الزوج ومن هنا خصها بأحكام تناسب تلك الطبيعة وهو دور طبيعي تمتاز به عليه فبعد أن تكفلت بوظيفة الإنسال لمدة تسعة أشهر تستمر في التكفل بها أيضا لسنوات بالإرضاع و العناية ، فقد حدد الشارع الحكيم مدة الإرضاع بالحولين [4]،لأنها المدة المناسبة والكافية لنموه بصحة جيدة في حين اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 في المادة 2/24هـ نصت على ضرورة التوعية فقط ".. بمنافع الرضاعة من الثدي...".

كما اعتبرت المادة 2/4 من اتفاقية إلغاء كل أشكال التمييز تجاه النساء أن كل ما يتعلق بالأمومة لا يندرج ضمن الأعمال التمييزية بين الرجل والمرأة ،والأحكام الواردة في التشريع الإسلامي المتعلقة بالرضاع تظل تحكم المجتمع الجزائري [5]، إلا أن المشرع لم يوفق في العدول عن النص على الرضاع لأنه واجب طبيعي ولا يتعارض أبدا مع مبدأ المساواة بين الجنسين .

الفرع الثالث: الحق في القرار في بيت الزوجية والقيام على شؤونه

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده لم ينص على هذا الحق لذلك ينبغي دراسته من الناحية الفقهية.

---

[1]-محمد لمين لرعيل ، مرجع سابق ، ص 245 .

[2]- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 166.

[3]- هناك عدة أسباب للرضاعة تجعلها المصلحة الفضلى لصحة الطفل والأم أيضا :حيث تثير تقلصات الرحم بعد الولادة وتخفف النزيف وترجع الرحم إلى حجمه الطبيعي كما أنها تلعب الدور الأبرز في العلاقة الطبيعية الحميمية بين الأم ومولودها فتتجاوز بأهميتها دور الغذاء المادي و أكدت الدراسات العملية أن أطفال الرضاعة الطبيعية أكثر صحة وأقل حساسية من غيرهم المحرومين منها . انظر : محمد متولي قنديل ، صافي ناز شلبي ، مدخل إلى رعاية الطفل والأسرة ، ط 1 ، دار الفكر ، الأردن، 2006 ، ص 147 ، يولاحريقة ، بسيكو بيديا تربوية ، نفسية ، اجتماعية من الحمل حتى البلوغ ،ج2،ط1 ، سنترنوبيليس ، بيروت ، 2001، ص 91 – 92 .

[4]- وذلك في قوله تعالى:<< والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة >>. البقرة 223.

[5]- أعمر يحياوي ، مرجع سابق ، ص 179 – 180.

أولا : الحق في القرار في بيت الزوجية

من حق الزوج على زوجته أن يمسكها في البيت ويمنعها من الخروج إلا بإذنه [1] لأنها القائمة بشؤونه المحافظة على ما فيه ، لأن الوضع الطبيعي يقتضي أن يكون الزوج مكلفا بالعمل خارج البيت لينفق عليها وعلى أولاده ، بينما عمل الزوجة في البيت ، فلو جاز لها أن تخرج دون إذن الزوج لما استقامت الحياة الزوجية ، وله أن يخرج دون إذنها للعمل [2]

وبيت الزوجية لا يقل أهمية عن عمل الزوج خارج البيت، وإنما هما مكملان لا ينفصلان، فالعمل خارج المنزل هو شريان الحياة داخل البيت [3] .

ثانيا : الحق في القيام على شؤون البيت

اتفق عامة الفقهاء [4] على أن من حقوق الزوج على زوجته أن تقوم بخدمته وخدمة بيته وأولاده إذا كانت قادرة على ذلك كالكنس والتنظيف والطبخ وغيرها من أعمال البيت حسب العرف..

هذا هو الأصل في عمل المرأة وهو مجال إن قامت به حق القيام وصرفت له ما يستحقه من الاهتمام لم يبق معها وقت تصرفه في أي عمل آخر [5] .

فالزوجة أهلها الله سبحانه وتعالى للحمل والوضع والرضاعة وتربية الأطفال والعناية بكل ما يحتاجه أهل المنزل من طعام وشراب ولوازم الحياة وخدمة زوجها وتقديم كل ألوان الراحة والمتعة اللازمة مغموسة بالحنان والحب والكرم ومن هنا كانت رعاية الزوجة لبيتها حقا للزوج [6] .

---

[1]- أما إذا كان خروجها لزيارة أحد أبويها ، فلها أن تزورهما كل أسبوع أو بحسب ما جرى العرف وعن أبي يوسف تقييد خروجها بعدم قدرتهم على المجيء إليها . انظر : زيد الأبياني ، مرجع سابق ، ص 288 .

[2]- جميل فخري محمد جانم ، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون ، ط1 ، دار الحامد ، الأردن ،2009 ، ص 87 .

[3]- عبد اللطيف السيد، مرجع سابق، ص 196.

[4]- وذهب بعض الحنفية والظاهرية إلى أنه لا يجب عليها خدمة زوجها في شيء وإن فعلت كان أفضل لها وحجتهم في ذلك أن الآثار المروية عن الصحابة في خدمة فاطمة وأسماء وغيرهن لأزواجهن كان على سبيل التبرع والتطوع ، لكنهم اختلفوا في حالة إذا كانت الزوجة ممن لا تخدم نفسها – لكونها من ذوي الأقدار أو مريضة فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية إلى أنه لا يجب عليها خدمة زوجها في مصالح البيت ، وأبو ثور من الشافعية كذلك ذهب إلى أنه يجب عليها أن تخدم زوجها في كل شيء ولكل مذهب أدلته من الكتاب والسنة . لمزيد من المعلومات، انظر : محمد ناجم ، آثار عقد الزواج ، مرجع سابق ، ص 89-90.

[5].عبد الرّب نواب الدين،عمل المرأة و موقف الإسلام منه، د.ط، دار الشهاب، باتنة، الجزائر، د.ت ،ص93.

[6]- مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم : ((... والمرأة راعية على بيت زوجها وولده، فكلكم مسئول عن رعيته)). رواه البخاري ، كتاب النكاح ، باب المرأة رعية في بيت زوجها ، ج9 ، ص 210 .رقم 520.

فكل حق يقابله واجب فقد أوجب الله تعالى للزوجة على الزوج حق النفقة والكسوة والسكن فضلا عن المهر كما سبق قوله فمن البديهي أن يلقى عليها لقاء ذلك من الأعمال ما يكافئ هذه الحقوق فالزوج يعمل ويكدح خارج البيت فمن العدل أن تعمل الزوجة داخله [1] .

وفي الواقع نرى بأن الزوجة المسلمة تقوم بخدمة زوجها وبيتها بحكم الفطرة وبمقتضى التقاليد التي توارثها المجتمع الإسلامي جيلا بعد جيل [2].

المطلب الثالث: الحقوق المشتركة بين الزوجين

إلى جانب حقوق الزوجة على زوجها وحقوق الزوج على زوجته فإن هناك حقوق متبادلة بينهما تثبت لكل منهما بمقتضى الزوجية والمشرع الجزائري بموجب تعديل قانون الأسرة بالأمر 05 – 02 ومن خلال المادة 36 نص على حقوق وواجبات مشتركة بين الزوجين، بالإضافة إلى حقوق أخرى مشتركة بينهما نص عليها في مواد متفرقة، هذا ما سأتناوله في هذا المطلب من خلال تقسيمه إلى أربعة فروع: المحافظة على الروابط الزوجية والمعاشرة بالمعروف فرع أول، التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد والتشاور في تسيير شؤونها فرع ثاني، صلة الرحم واحترام القرابة فرع ثالث، الحقوق الأخرى المشتركة فرع رابع.

الفرع الأول: المحافظة على الروابط الزوجية والمعاشرة بالمعروف

من بين الحقوق المشتركة بين الزوجين، المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة والمعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة بينهما.

أولا: المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة

ورد النص على هذا الواجب والذي يمكن إدراجه ضمن الحقوق المشتركة في المادة 36 فقرة 1 من قانون الأسرة ويقصد به أن يساهم كل واحد من الزوجين في تدعيم العلاقة الزوجية وذلك بالقيام بكل ما هو ضروري لاستمرارها من أجل تحقيق السعادة وضمان الراحة والحب والأمان واستعمال كل الوسائل الممكنة للوصول إلى هذا الهدف [3] .

---

[1]- يوسف القرضاوي ، مرجع سابق ، ص 101 .
[2]- يوسف القرضاوي ،المرجع نفسه ، ص 102.
[3]- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 158 .

ثانيا: المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة

طبقا للمادة 36 فقرة 2 فعلى كل طرف أن يحسن عشرة صاحبه ولا يقوم اتجاهه بأفعال أو أقوال ينكرها الشرع أو العرف [1] .

فعلى الزوجة أن تحسن معاملة زوجها وتحترمه وعليه هو الآخر أن يعاملها بالحسنى معاملة طيبة رقيقة فقد أوصى النبي صلى الله عليه وسلم بالنساء خيرا وكان المثل الأعلى في معاملة زوجاته وبذلك يسود الوئام والرحمة وتتحقق المودة والمحبة.

والمعاشرة لها وجهان وجه مادي ومعنوي تدعو إليه الفطرة فعلى كل منهما أن يلبي نداء الآخر ولا يمتنع عنه إلا لعذر شرعي كالحيض أو النفاس أو المرض [2] .

الفرع الثاني: التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد والتشاور في تسيير شؤونها

إن التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم بالإضافة إلى التشاور في تسيير شؤونها وتباعد الولادات تعد أيضا من الحقوق والواجبات في نفس الوقت التي يشترك فيها كل من الزوج والزوجة.

أولا: التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم

نصت عليه المادة 36 فقرة 3 ق. أ فعلى كل واحد من الزوجين أن يساعد الآخر ويتعاون معه في كل ما يهم ويضمن مصلحة الأسرة بجميع أفرادها ، والسهر على تربية الأولاد تربية حسنة و قيامهما بهذه المهمة معا فلا يسيطر أحدهما على هذا الدور ولا يتنازل عنه للآخر لأن ذلك ينعكس سلبا على الأولاد .

بالإضافة إلى رعاية الأبناء رعاية صحية وبدنية وعدم تعريضهم إلى ما يؤدي إلى إصابتهم بمرض من الأمراض وتهيئة الوسائل التي تعين على تنشئة الأولاد تنشئة نفسية سليمة [3] .

ثانيا: التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات

نصت عليه المادة 36 فقرة 4 ق.أ فبعد أن كان الزوج هو رئيس العائلة له الحق في الطاعة من قبل زوجته، قام المشرع بإلغاء هذا الحق وعوضه بحق مشترك وهو التشاور

---

[1]- عبد القادر داودي ، مرجع سابق ، ص 183.

[2]- رشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 165 .

[3]- حسن محمد هند ، مصطفى عبد المحسن الحبش ، النظام القانوني لحقوق الطفل ، د.ط ، دار الكتب القانونية ، المحلة الكبرى ، مصر، 2007 ، ص 16-17 .

في تسيير شؤون الأسرة بين الزوج والزوجة ومن هنا تظهر فلسفة المشرع في محاولة التسوية بين الزوجين في الحقوق والواجبات ، أما عن تباعد الولادات فيقصد به تجنب كل الخلافات التي من شأنها أن تأثر سلبا على أفراد الأسرة وعليه فيجب على الزوجين اختيار الآراء المناسبة للحفاظ على مصلحة الأسرة .

الفرع الثالث: صلة الرحم واحترام القرابة

نصت على هذا الواجب المادة 36في الفقرة الخامسة و السادسة و السابعة وما يلاحظ على هذه الفقرات أنه غلب عليها التكرار لذلك أردت جمعها ومعالجتها وكأنها فقرة واحدة.

فعلى كل واحد من الزوجين من باب المحافظة على الروابط الأسرية أن يزور أبوي الزوج الآخر وأقاربه ويتفقد أحوالهم [1] ، بالإضافة إلى معاملتهم معاملة حسنة مبنية على الاحترام والمودة مما يكفل للزوجين الانسجام وينشر بين الأسرتين المحبة والألفة ويحقق التضامن والاستقرار [2] .

الفرع الرابع: الحقوق المشتركة الأخرى

متمثلة في: الذمة المالية المستقلة لكل من الزوجين وثبوت نسب الأولاد وثبوت التوارث بينهما بالإضافة إلى حرمة المصاهرة.

أولا: الذمة المالية المستقلة لكل منهما

هذا الحق المشترك نص عليه المشرع الجزائري في المادة 37 فقرة 1 من الأمر 05-02 " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر " وهذه المادة حلت محل المادة 38 ق.أقبل التعديل.

وهذا ما يعرف بنظام انفصال الأموال بين الزوجين [3] فإذا توفرت الأهلية القانونية الكاملة في كل من الزوج والزوجة كان كل واحد منهما له الحق في التصرف بأمواله بكافة أنواع التصرفات [4] .

---

[1]- رشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 166.

[2]- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 198.

[3]- نصت المادة 48 من لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكسيين على أن " الارتباط الزوجي لا يوجب اختلاط الحقوق المالية بل تظل أموال كل من الزوجين مملوكة له دون الآخر " .

[4]- رعد مقداد محمود الحمداني ، النظامي المالي للزوجين ، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية ، ط1 ، الدار العلمية الدولية ، الأردن ، 2003 ، ص 201 .

فالزوجة لها حرية التصرف في مالها دون أن تحتاج إلى إذن من زوجها فلها أن تستثمر أموالها دون رخصة الزوج كأن تقوم بمشاريع تجارية مثلا وتتحمل المسؤولية الكاملة في ذلك [1] ولا يجوز للزوج التدخل في أموالها وليس له الحق في الاستيلاء عليها إلا برضاها .

أما الزوج فهو ملزم بالإنفاق على الزوجة ولا يحق له أن يجبرها على الإنفاق معه إلا إذا اشترط عليها في عقد الزواج طبقا للمادة 19 ق.أ، أن تساهم في نفقات الأسرة معه كأن تعطيه جزءا من راتبها ورضيت هي بذلك.

والجدير بالذكر أن هذا الحق مستوحى من أحكام الشريعة الإسلامية [2] إذن فالأصل هو استقلال الذمة المالية لكل من الزوجين [3] غير أن المادة 37 في فقرتها الثانية جاءت باستثناء متمثل في أنه يجوز أن يكون هناك اتفاق بين الزوجين في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق على الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما .

وهو ما يعرف بنظام الاشتراك في الأموال المكتسبة بين الزوجين ويترتب عليه اشتراكهما في ملكية الأموال التي يكتسبانها أثناء الحياة الزوجية بينما الأموال الأخرى التي يمتلكها كل من الزوجين فتبقى أموالا خاصة بكل منهما ، مثل ما هو الحال لدى بعض التشريعات الغربية كالتشريع الفرنسي [4] وهذا هو الأصل عندهم أما الاستثناء فهو نظام انفصال أموال الزوجين .

على الرغم من وجود نصوص قانونية صريحة تنص على استقلالية الذمة المالية وعلى أن النفقة واجبة على الزوج إلا أنها لم تضع حدا لجدل كبير تعيشه أوساط أسرية

---

[1]- نصت المادة الثامنة من القانون التجاري المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل بموجب الأمر رقم 96 -27 المؤرخ في 1996/12/9 على ما يلي:
" تلتزم المرأة التاجرة شخصيا بالأعمال التي تقوم بها لحاجات تجارتها . ويكون للعقود بعوض التي تتصرف بمقتضاها في أموالها الشخصية لحاجات تجارتها كامل الأثر بالنسبة للغير " .

[2]- لقوله عز وجل:<< للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن >>.النساء 7.

[3]- وهو يتطابق مع ما جاءت به المادة 1/16/ح من اتفاقية إلغاء كل أشكال التمييز ضد المرأة والتي نصت على : " نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات والإشراف عليها وإدارتها والتمتع بها والتصرف فيها ، سواء بلا مقابل أو مقابل عوض ذي قيمة " .

[4]- رعد مقداد ، مرجع سابق ، ص 63 .

تتخبط في مشاكل بسبب راتب الزوجة يبدأ بمناوشات وعدم التفاهم ويصل في أغلب الأحيان إلى القضاء [1] .

ثانيا: ثبوت نسب الأولاد

كما هو حق للأولاد هو حق للزوجين أيضا فهو أول ثمرة من ثمرات الزواج وبهذا الثبوت في النسب تثبت حقوق الطفل على والديه وحقوق الوالدين على أولادهما [2] . ونص عليه المشرع في المواد من 40 إلى 45 ق. أ .

ثالثا : ثبوت التوارث بين الزوجين

إذا توفي أحد الزوجين والزوجية قائمة وكان العقد صحيحا ثبت الميراث [3] ، ولو لم يتم الدخول بعد طبقا للمادة 130 ق.أ ما لم يوجد مانع يمنع من الميراث كالقتل العمد والردة، كما نصت المادة 126 على أن من الأسباب الإرث القرابة والزوجية. والزوج والزوجة من الورثة الذين يتمتعون بنصيب مفروض بحكم الشرع ، فإذا ماتت الزوجة أخد الزوج نصف تركتها إن لم يكن لها فرع وارث منه أو من غيره وأخد ربع تركتها إن كان لها فرع وارث أما الزوجة فتأخذ ربع تركته إن لم يكن له فرع وارث منها أو من غيرها وتأخذ الثمن إن كان له فرع وارث .

رابعا: حرمة المصاهرة

نص عليها المشرع في المادة 26 ق.أ- سبق الحديث عنها- فبمجرد العقد الصحيح يحرم على الزوج أن يتزوج بأصول زوجته كما يحرم عليه الزواج بفروعها إن حصل الدخول بها ونفس التحريم يسري على الزوجة إذ يحرم عليها الزواج بأصول وفروع زوجها لأن العشرة الزوجية لما حلت بين الزوجين ربطت كل واحد منهما بالآخر وجعلت بينهما

---

[1]- في قضايا خلع ترفعها الزوجة ضد زوجها بسبب استيلاءه على راتبها ، أو العكس قضايا طلاق يرفعها الزوج ضد زوجته بسبب بخل الزوجة العاملة ، ورأي الشارع الجزائري ينقسم بين مؤيد لأن يحظى الزوج بقسط من راتب الزوجة من باب التعاون على نفقات الأسرة وينبذ كل زوجة عاملة لا تساعد زوجها على متطلبات الحياة الاقتصادية كالإيجار ومصاريف تدريس الأطفال وهناك من يعارض – تطاول—الزوج على راتب زوجته لأن الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي يفرض نفقة الزوجة على زوجها . أنظر: ليلى مصلوب، راتب الزوجة.. فتنة تفجر الأسر الجزائرية، جريدة الشروق، 2012/12/28، العدد 3878، ص 11.

[2]- محمد جانم، آثار عقد الزواج ، مرجع سابق ، ص 60-61 .

[3]- أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج وآثاره ، مرجع سابق ، ص 192 .

لحمة كلحمة النسب وربطت بين أسرتيهما برباط المصاهرة فصارتا كأسرة واحدة ، لهذا ثبتت بينهما حرمة المصاهرة [1] .

من خلال ما سبق يتضح بأن المشرع وبموجب التعديل الجديد لقانون الأسرة قد أورد حقوق وواجبات للزوجين متكافئة ومتعادلة حيث أصبحت مشتركة بينهما يقومان بها على قدم المساواة لا امتياز فيها لأحد وهذه الطريقة في جمع الحقوق والواجبات وجعلها مشتركة بين الزوجين تظهر التساوي بين المركز القانوني للزوج والزوجة داخل مؤسسة الأسرة غير أن هناك بعض الحقوق التي يتفوق فيها أحدهما على الآخر ، كحق القوامة والطاعة الممنوحة للزوج وحق الزوجة في المهر والنفقة، إلا أنه يمكن القول بأن الاختلاف في بعض الحقوق بين الزوج والزوجة لا يدل على أفضلية أحدهما على الآخر فقد جاءت هذه الاختلافات بناء على فطرة كل من الرجل والمرأة فلما كانت النفقة والمهر من واجبات الزوج لا الزوجة كان من الطبيعي أن يمنح له مركز رئيس الأسرة ومن الطبيعي أن من يتحمل وجوب الإنفاق على أي مشروع يكون الأحق بالإشراف عليه دون أن يكون لهذا التفاوت ارتباط بالنقص أو الكمال [2] بل هو تعادل وتناسب ، فمن بواعث العدل أن يعطى كل فرد من أفراد المجتمع ما يتفق مع طبعه وهدف خلقته وفي هذا المقام يقول الأستاذ عباس محمود العقاد : (... فليس من العدل أن تسوي بين اثنين مختلفين في الحقوق والواجبات.. ذلك هو الظلم بعينه ، بل هو شر من الظلم أيا كانت العاقبة التي يؤدي إليها ، لأنه هو وضع الشيء غير موضعه .. والتسوية في الحقوق هو الخطل والاختلال .. والتسوية بين الحقوق والواجبات هي العدل الذي فرضته الفلسفة القرآنية للمرأة وهو وضع المرأة في موضعها الصحيح من الطبيعة ومن المجتمع ومن الحياة الفردية فمن اللجاجة الفرغة أن يقال : إن الرجل والمرأة سواء في جميع الحقوق وجميع الواجبات .. لأن الطبيعة لا تنشئ جنسين مختلفين ، لتكون لهما صفات الجنس الواحد ومؤهلاته وأعماله وغايات حياته) .[3]

---

[1]- بدران أبو العينين، مرجع سابق ، ص 282 .

[2]- يمكن اعطاء مثال على ذلك بالطبيب والمهندس فالكل يعلم أن كل واحد منهما يتمتع بصفة ومكانة اجتماعية معينة ومستوى من الدخل المادي المعين ومع ذلك لا يمكن أن نسوي بينهما ، لأن الطبيب لا يمكن أن يصنع مخططا لغرفتين والمهندس يعجز عن إجراء عملية للوزتين ، فهل ينقص ذلك من القيمة أو المكانة الاجتماعية لأحدهما ؟ بالطبع لا- هكذا الحال بالنسبة للزوج والزوجة فإن تكاليف كل منهما تختلف عن الآخر دون أن يؤدي ذلك إلى الإنقاص من قيمة كل منهما - . أنظر:عبد الحميد خزار، مرجع سابق،ص 171-172.

[3]- عباس محمود العقاد، الفلسفة القرآنية، د.ط ، دار الهلال ، د.م ، د.ت، ص 43 .

خلاصة

و كخلاصة لهذا الفصل و بعد دراسة المركز القانوني للزوجين في إنشاء عقد الزواج تبين لي بأن هناك مساواة بينهما في إنشاء هذا العقد و الآثار المترتبة عنه و يتجلى ذلك فيمايلي:

- رضا الزوجين بالزواج: إذ جعل المشرع رضا كل منهما في مرتبة واحدة و لا تمييز بينهما في ذلك، و من نظرة واقعية فالرضا بالزواج يقصد به رضا المرأة لأن الرجل في الغالب هو الذي يكون طالبا و هي مطلوبة للزواج و بما أن العلاقة الزوجية مبنية على أهم عنصر و هو رضاها فمركزها القانوني في هذا المضمار "الرضا بالزواج" أقوى من المركز القانوني للزوج.

- المشرع عندما ألغى الصلاحيات التقليدية للولي طبقا للمادة 11 ق.أ و أقر حق المرأة في إبرام عقد زواجها يعني أنه أخذ بمبدأ المساواة بين الجنسين، فقد سوّى بين الزوجين في مباشرتهما لعقد الزواج بمعنى أن المرأة الراشدة العاقلة لها الحق في إبرام عقد زواجها على قدم المساواة مع الرجل الراشد العاقل.

أما إذا كانت الزوجة قاصرة فالذي يتولى زواجها هو وليها و الأمر نفسه بالنسبة للزوج القاصر و الولي لا أثر له في رضا الزوجين بل دوره استشاري فقط، و المرأة سواء كانت راشدة أو قاصرة لها الحق في اختيار الزوج الذي ترضاه وفقا للمادتين 11 و 13 ق.أ.

- رضا الزوجين وحده ليس كافيا فلا بد من حضور الشاهدين لصحة العقد لإخراج الزواج من حدود السرية و إعلانه و إشهاره، و المشرع قد سوّى بين الزوجين بخصوص هذه المسألة فلابد من حضور شاهدين يسمعان الإيجاب و القبول الصادر من كل واحد من الزوجين.

- حتى يستطيع الزوجان إنشاء عقد الزواج لا بد ألا يكون بينهما مانع من موانع الزواج، و عدم السماح بزواج المسلمة بغير مسلم، و إن كان كتابيا و السماح للمسلم بالزواج من كتابية، لا يعني وجود تمييز بين الزوجين، بل هي فكرة مستقاة من أحكام الشريعة الإسلامية بهدف الحفاظ على الشعب المسلم و الدين.

- ساوى المشرع بين الزوجين كذلك في تحديد السن القانونية للزواج من خلال المادة 07 ق.أ و هذا يتماشى و مقاصد الزواج في هذا العصر و رخص من جهة أخرى بالزواج لمن لم يبلغ السن القانونية بحسب ما تتطلبه المصلحة و تقتضيه الضرورة و يرجع ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي، كما أكسب الزوج القاصر أهلية التقاضي و مصطلح "الزوج" يقصد به الزوج القاصر أو الزوجة القاصرة لا فرق بينهما في اكتساب أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج.

- سوّى كذلك بينهما في الخضوع للفحص الطبي و تقديم الوثيقة الطبية التي تثبت خلو كل واحد منهما من أي مرض حفاظا على صحة الزوجين و الأولاد.

- منح المشرع للزوجين على قدم المساواة اشتراط الشروط التي يريانها ضرورية في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، فلا فرق بين أن تقوم الزوجة باشتراط هذه الشروط أو يقوم الزوج بذلك، و أعطى لهما الحرية التامة في إنشاء هذه الشروط الاتفاقية في عقد الزواج ما لم تتنافى و أحكام قانون الأسرة و في هذا الإطلاق لإرادة الزوجين ما يسمح لهما بتحقيق أغراضهما و مصالحهما المتجددة على مر العصور و يرفع عنهما الحرج و الضيق.

- أما عن الحقوق و الواجبات المترتبة على إنشاء عقد الزواج فهي حسب المادة 36 ق.أ قائمة على أساس تبادلي بين الزوجين، فقد سعى المشرع لتحقيق التوازن في الأدوار الأسرية بإيجاد توازن بين الزوجين في مجال الحقوق و الالتزامات.

جعل الله رابطة الزواج من أقوى الروابط الاجتماعية و جعل قوامها سكون كل من الزوجين للآخر ومودته ورحمته به ولكنه لم يجعل الزواج غلا في الأعناق لا يستطيع التخلص منه،فقد تتنافر الطباع و تتباين الأخلاق و تنعدم المودة بين الزوجين ويلحق بهما جراء ذلك ضرر كبير ينعكس على الأسرة والمجتمع وحتى لا يتحول الزواج إلى شقاء ونكد أبدي أباح الإسلام إنهاء رابطة الزواج.

وإنهاء عقد الزواج يكون إما بالإرادة المنفردة للزوج والزوجة أو بإرادتهما المشتركة ويترتب على هذا الإنهاء جملة من الآثار الشرعية و القانونية و لمعرفة ما إذا كانت هناك مساواة بين الزوج و الزوجة في إنهاء عقد الزواج و الآثار المترتبة عنه، قسمت هذا الفصل إلى مبحثين:طرق إنهاء عقد الزواج مبحث أول،الآثار المترتبة عن إنهاء عقد الزواج مبحث ثاني.

المبحث الأول :طرق إنهاء عقد الزواج

إن إنهاء الرابطة الزوجية قد يكون بإرادة الزوج أو بطلب من الزوجة أو باتفاق الطرفين هذا ما نصت عليه المادة 48 المعدلة من ق.أومن ثمة فهل للزوجين مطلق الحرية في حل عقد الزواج ؟ هذا ما سأوضحه في هذا المبحث من خلال تقسيمه إلى ثلاثة مطالب: حل عقد الزواج بالإرادة المنفردة للزوج مطلب أول، حل عقد الزواج بطلب من الزوجة مطلب ثاني، حل عقد الزواج بالإرادة المشتركة للزوجين مطلب ثالث.

المطلب الأول: حل عقد الزواج بالإرادة المنفردة للزوج

مادام الزوج هو الذي يملك العصمة الزوجية فإن له الحق في إنشاء الطلاق الذي يراد منه إنهاء الرابطة الزوجية بعد قيامها بصورة صحيحة، وقد يحدث وأن يتعسف الزوج في حل هذه الرابطة، هذا ما سأتطرق إليه في هذا المطلب من خلال تقسيمه إلى فرعين:

الطلاق بإرادة الزوج فرع أول، الطلاق التعسفي فرع ثاني.

الفرع الأول : الطلاق بإرادة الزوج

الطلاق في اصطلاح الفقهاء هو رفع قيد النكاح في الحال أو في المآل بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو في معناها [1] .وعرف المشرع الجزائري الطلاق في المادة 48 ق.أ بقوله :" يحل عقد الزواج بالطلاق ... "

أولا : حكمه وأدلته :

الأصل في الطلاق أنه مباح مع الكراهة وقد تعتريه الأحكام الشرعية الخمسة : [2]

- فقد يكون حراما عند إيقاعه من غير حاجة إليه .

[1]- أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 279.

[2]- نصر سلمان وسعاد سطحي ، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع قانون الأسرة ، د.ط ، دار الهدى ، عين مليلة ، 2003 ، ص 9 .

- وقد يكون مكروها في حق مستقيمة الحال لأن فيه كفرانا لنعمة الزواج.

- وقد يكون مستحبا إذا قصر الزوج في حق زوجته.

- وقد يكون مباحا كالشخص الذي لا يشعر بميل لزوجته .

- كما قد يكون واجبا كطلاق الحكمين في حالة الشقاق.

أما عن أدلته الشرعية فهي كثيرة من الكتاب والسنة .[1]

ثانيا : حكمة مشروعية الطلاق

إن الشريعة الإسلامية مع حثها على الزواج وحرصها على بقاء الرابطة الزوجية إلا أنها لم تغفل عن واقع النفوس وطبيعتها وما قد يعتريها من تغيير [2] ، يؤثر سلبا على الحياة الزوجية فتصبح جحيما لا يطاق بعد أن كانت سكنا وراحة وشرا بعد أن كانت خيرا ونعمة [3] ، فشرعت الطلاق للتخلص من الزوجية التي لا خير في بقائها.

والمقصد الشرعي من انحلال آصرة النكاح بالطلاق هو ارتكاب أخف الضرر عند تعسر استقامة المعاشرة وخوف ارتباك حالة الزوجين وتسرب ذلك إلى ارتباك حالة العائلة [4]

[1]- منها قوله تعالى :<< الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان >>. البقرة 229 ، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم ((أبغض الحلال إلى الله الطلاق)) .رواه أبو داوود ،سنن أبي داود،باب الكراهية الطلاق، 2178،دار الحديث ،القاهرة، 1999،ج2،ص 934.

[2]- نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا ، د.ط ، دار الهدى ، عين مليلة، الجزائر ، 2006 ، ص 114 .

[3]- أحمد فراج حسين ، أحكام الأسرة في الإسلام ، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب ، د.ط، الدار الجامعية ، بيروت ، 1991 ، ص 24 .

[4]- ابن عاشور ، مرجع سابق ، ص 165 .

ثالثا : أساس الطلاق بالإرادة المنفردة

الزوج هو الذي أعطي له حق إنشاء الطلاق بمجرد التلفظ به والمتتبع للنصوص الشرعية الواردة قرآنا وسنة نبوية شريفة [1] يجدها تؤكد أن الطلاق بيد الزوج وهو حق أصيل له ، ولم يخرج قانون الأسرة الجزائري عن القاعدة التي تشكل إجماعا بالنسبة لغالبية الدول العربية والإسلامية الجاعلة من الطلاق حقا إراديا أصيل للزوج فالمادة 48 من ق.أكدت على الصورة الأولى التي يحل بها الزواج وهي إرادة الزوج [2] والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام لماذا أعطت الشريعة حق الطلاق للزوج وجعلته طلبا يمر عبر القضاء بالنسبة للزوجة ؟.

قد اختصت الشريعة الإسلامية الزوج بجعل الطلاق أصلا في يده وذلك معلل بالسببين اللذين بنيت القوامة عليهما وهما [3] :

1- بما فضل الله به الرجال بمقتضى الفطرة من التفكير العميق ، وبعد النظر وتقدير عواقب الأمور فالرجل إجمالا أقدر من المرأة على ضبط أعصابه والتحكم في عاطفته [4] فجعل الطلاق بيده أضمن لبقاء الزوجية وأحفظ لكيان المعيشة [5] .

---

[1]- من بين هذه النصوص الشرعية قوله تعالى :<< ... لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن >>. البقرة 236 .
وعن ابن عباس قال : أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل فقال يا رسول الله إن سيدي زوجني أمة وهو يريد أن يفرق بيني وبينها قال : فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فقال : ((يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده أمة ثم يريد أن يفرق بينهما إنما الطلاق لمن أخذ بالساق "))
أخرجه ابن ماجة ، كتاب الطلاق ، باب طلاق العبد .

[2]- باديس ذيابي ، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر ، د.ط ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2007 ، ص 13

[3]- محمد بلتاجي ، مرجع سابق ، ص 115.

[4]- جميل فخري محمد جانم ، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون ، ط1 ، دار الحامد ، الأردن ، 2009 ، ص 54 .

[5]- عمر رضا كحالة ، الطلاق ، ط3 ، د.د.ن ، د.م ، 1982 ، ص 142 .

بينما المرأة صاحبة عاطفة وتتأثر بمواقف آنية أقول هذا انطلاقا من كوني امرأة ، والمرأة أقدر على معرفة نفسية المرأة من الرجل فلو منح لها هذا الحق لتوسعت كثيرا في توقيع الطلاق وهذا لا يليق باستقرار الأسر .

2- بما فرض عليه من صداق ونفقة فهو واجب يقابله حق إنشاء الطلاق وهذا هو العدل فليس من العدل أبدا أن تأخذ الزوجة الصداق والنفقة وتمنح زيادة عليهما حق إيقاع الطلاق فذلك من شأنه أن يشجعها على الطلاق مادامت قد ربحت ولم تخسر شيئا [1] .

فجعل الطلاق بيد الزوج هو الطبيعي المنسجم مع واجباته المالية نحو الزوجة و الأسرة [2] وذلك يجعله لا يقدم على الطلاق إلا عند الحاجة الماسة إليه لأنه سيكلفه أيضا أعباء مادية وتبعات أخرى.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة فإن الطلاق الذي يتلفظ به الزوج يقع لكن لا بد أن يمر عن طريق القضاء لأن الطلاق لا يتم إلا بحكم هذا ما أكدته المادة 49 ق.أبقولها : " لا يثبت الطلاق إلا بحكم ..."

أما بالنسبة للزوجة فطلبها أكيد يحتاج إلى حكم قضائي – كما سيأتي تبيانه – لأنها لا تستطيع إيقاع الطلاق، إلا في حالة التفويض وهي الحالة التي يُملك فيها الزوج زوجته طلاق نفسها منه لأن التفويض قد يشترط بناء على المادة 19 ق.أ،والطلاق الذي بيد الزوج ليس مطلقا ، إنما هو مباح في أحوال خاصة وبشروط محددة وقيود عادلة هي في واقعها معوّقات يحتاج إيجادها وتحقيقها إلى جهد قد يحولان بالتالي دون تحققه وهذه الموانع متمثلة في:

[1]- منصور رحماني ، عبقرية التشريع في مسألتي الطلاق و تعدد الزوجات ، مجلة المعيار ، مرجع سابق ، ص 368- 369 .
[2]- مصطفى السباعي، مرجع سابق ، ص 104 .

1- عدم وقوع الطلاق في الطهر الأول الذي حصل فيه اتصال جنسي بينهما بل يؤجل إلى الطهر الثاني وهذا زمان يضمن فيه الزوج التفكير العميق الذي يؤول إلى الإقلاع عن فكرة الطلاق في كثير من الأحيان [1] .

2- عدم وقوع الطلاق في الحيض أو النفاس [2] وهذا في حد ذاته زمن كاف لمراجعة الزوجين الأمر فيه .

3- جعل الطلاق رجعيا لمدة معينة كثيرا ما يكون فرصة للصلح بينهما.

4- منع الزوج من مراجعة زوجته التي طلقها طلقة ثالثة إلا بعد شرط في تصوره ما قد يمنع الزوج عن إيقاع هذه الطلقة [3] وهو المشار إليه في المادة 51 ق.أ .

5- إرساء الطلاق القضائي * أي أن الطلاق لا يتم إلا بحكم * يعطي للزوج فرصة للتروي و التأني قبل عرض الطلاق أمام القاضي ولعله يقبل رأي الحكمين ونصح القاضي فيمتنع عن الطلاق [4] .

رابعا :مبررات الطلاق بالنسبة للزوج

يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة والقاضي ليس له الحق في رفض هذه

[1]- أيوب الحائري ، مرجع سابق ، ص 117.
[2]- لأن كثير من النساء تصاب بحالة من الكآبة والضيق أثناء الحيض وتكون عادة المرأة متقلبة المزاج ، قليلة الاحتمال لهذا نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن تطليقها أثناء الحيض . انظر : محمد علي البار خلق الإنسان بين الطب والقرآن ، ط4 ، الدار السعودية ، د.م ، 1983 ، ص 103 .
[3]- محمود شلتوت ، الإسلام عقيدة وشريعة ، ط8 ، دار الشروق ، د.م ، 1975، ص 174.
[4]- جميل فخري محمد جانم ،التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون ، ط1 ، دار الحامد ، الأردن ، 2009 ، ص 391.

الرغبة وهذه الإرادة على اعتبار أنها غير مبررة [1] ، لكن حتى لا يعتبر الزوج متعسفا في طلاقه ما هي المبررات التي يمكن له تقديمها ؟

بالرجوع إلى قانون الأسرة نجده لم يحدد الأسباب المعقولة والمبررات للطلاق المباح شرعا بل ترك تقدير ذلك للقاضي بعد دراسة ملابسات الطلاق وظروف وأحوال الزوجين وما أدى إلى الانفصال بينهما [2] .

ويمكن إعطاء أمثلة على بعض المبررات المتداولة لإيقاع الطلاق :

1- عدم الكفاءة الجنسية :

أصبحت تطرح نفسها بقوة في المحاكم والطرف المتضرر أصبح لا يجد مانعا في تبيان هذا المبرر منعا من أن يتحمل عبء ومسؤولية الطلاق ، والمسألة أكيد فيها ضرر لأن العلاقة الجنسية بين الزوجين من أهم المقاصد السامية التي جاء بها الزواج واختلالها من جانب أي طرف يشكل ضرارا معتبرا شرعا للطرف الآخر .

2- نشوز الزوجة :

كل الواجبات المطلوبة من الزوجة اتجاه زوجها تعطيه المبررات والأسباب لإيقاع الطلاق دون تعسف كعزوفها عن القيام بواجباتها أو عدم طاعة زوجها أو خروجها من بيته بغير إذنه

[1]- هذا مأكده قرار المحكمة العليا ، رقم 223019 الصادر بتاريخ 1999/6/15 الذي جاء فيه [من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة .
ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب ليس في محله ...]. أنظر : الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص 104.

[2]- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 239 .

يعد من الناحية الشرعية نشوزا [1] .

والنشوز لا قيمة له إلا بعد الحكم برجوع الزوجة وامتناعها عن الامتثال[2] وتحرير محضر بذلك ومن ثمة يكون الزوج قد برر وجهته نحو الطلاق.

وكل ضرر معتبر شرعا للزوج يكون مبررا لإيقاع الطلاق كأن تكون الزوجة عاقرا لا يتحقق معها معاني وأهداف العلاقة الزوجية .

الفرع الثاني : الطلاق التعسفي

إن الطلاق تعسفي بهذا المصطلح أمر مستجد لم يذكره الفقهاء قديما في كتبهم فكانت نشأته مع نشأة نظرية التعسف في استعمال الحق [3] .

وسمي طلاقا تعسفيا لأن الزوج صاحب الصلاحية في إيقاع الطلاق قد استخدم صلاحيته على خلاف مقصد الشارع من إيقاع الطلاق [4] .

ويبدو أن المشرع لم ينص على معايير هذا الطلاق التعسفي ومع ذلك يمكن عدّه في الأسباب التالية :[5]

1-أن يقع بلا سبب ويؤدي بالمطلقة إلى الضرر كالفقر والاحتياج

---

[1]- يجد مصدره في القرآن الكريم بقوله:<< واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا >>. النساء 34 ، أعطت الآية الكثير من الحلول أمام نشوز الزوجة فعلى الزوج أن يبدأ بالنصح والإرشاد أولا ثم الهجر في المضجع وفي حالة عدم جدوى العلاج الأول والثاني يلجأ إلى العلاج الثالث وهو الضرب غير المبرح .لمزيد من المعلومات، انظر : علي محمد علي قاسم ، نشوز الزوجة أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي ، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 114 وما يليها.

[2]- هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1986/04/21 ،رقم 40428 الذي جاء فيه:[من المقرر قانونا أن الطلاق المتلفظ به من قبل الزوجة غير جائز ولو تعددت ألفاظه وأن النشوز لا يثبت إلا إذا حكم على الزوجة بالرجوع فامتنعت...]. انظر : يوسف دلا ندة ، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية والمواريث ،د.ط ، دار هومة ، بوزريعة ، الجزائر ، 2004 ، ، ص 43

[3]- محمد جانم ، التدابير الشرعية ، مرجع سابق ، ص 261.

[4]- الطلاق أمر أباحه الشارع وكرهه، أباحه ليكون علاجا يستعمل عند اللزوم والضرورة فهو كالدواء المر فمتى استحالت الحياة الزوجية إلى جحيم كان الطلاق هو العلاج. انظر : عبد الله النوري ، سألوني عن المرأة ، د.ط ، ذات السلاسل ، الكويت ، 1986 ، ص 133.

[5]- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 236 – 237 .

2- أن يكون بلا سبب معقول أو بدون مبرر شرعي أو قانوني مقبول

3- أن لا يكون بناء على طلب الزوجة أو برضاها.

ومن صور التعسف في الطلاق :

أ- طلاق المريض مريض الموت : إن الزوج إذا تعسف في طلاق زوجته فطلقها في مرض موته [1] اعتبر هذا فرارا من ميراثها فيرد عليه قصده بتوريثها منه وهذا استنادا إلى آراء كثير من الفقهاء [2] ، وقد أخذ المشرع الجزائري بذلك من خلال المادة 408 ق.م ولقد قضت المحكمة العليا بجواز الطلاق في مرض الموت ما عدا حالة الحرمان من الميراث [3] .

ب-طلاق المرتد : إذا ارتد الزوج فإن الزوجة لا ترث منه لاختلاف الدين إلا أن الفقهاء ألحقوا المرتد بحكم المريض مرض الموت فإذا مات أو قُتل على ردته والزوجة لا تزال في العدة فإنها ترث منه [4] .

وخلاصة القول أن التعسف في استعمال هذا الحق اتجاه الزوجة قد رتب عليه المشرع جزاء يتمثل في التعويض، وذلك من خلال المادة 52 ق.أ التي سأفصل فيها لاحقا.

المطلب الثاني: حل عقد الزواج بطلب من الزوجة

إن الشريعة الإسلامية قد أعطت للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية إذا كان في دوام هذه الرابطة مضرة لها وهو نفس الاتجاه الذي تبناه قانون الأسرة الجزائري إذ أعطى

[1]- وهو:(المرض الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إن كان من الذكور ويعجز عن رؤية المصالح الداخلية في داره إن كان من الإناث ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان صاحب فراش أم لم يكن) .انظر : عبد الرحمان الصابوني ، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية ، ط2 ، دار الفكر ، د.م ، 1968 ، ص 111.

[2]- ذهب الأحناف إلى أن المريض مرض الموت إذا طلق زوجته طلاقا بائنا ومات قبل أن تنتهي عدتها ورثته وإن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها وقال أحمد لها الميراث بعد انقضاء عدتها مالم تتزوج بغيره ، وقال مالك لها الميراث سواء أكانت في العدة أم لم تكن وسواء تزوجت أم لم تتزوج انظر : عبد العال الطهطاوي ، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار ، ط1 ،دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2002 ، ص 93 .

[3]- في قرارها الصادر بتاريخ 1998/03/17 رقم 179696 .

[4]- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 245.

للزوجة إمكانية حل عقد الزواج وهذا باتباع إجراء التطليق أو المخالعة وهما إجراءان وردا في المادتين 53و 54 من هذا القانون وعليه سأتطرق في هذا المطلب إلى كل إجراء على حدى من خلال تقسيمه إلى فرعين: حق الزوجة في حل عقد الزواج بإجراء التطليق فرع أول، حق الزوجة في حل عقد الزواج عن طريق الخلع فرع ثاني.

الفرع الأول : حق الزوجة في حل عقد الزواج بإجراء التطليق

الزوجة لها الحق في طلب التطليق إذا ما ألحق بها الزوج ضررا مهما كان نوعه ماديا أو معنويا وقد عددت المادة 53 المعدلة من ق.أ جملة من الأسباب تستطيع الزوجة بواسطتها أن تطلب التطليق من القاضي ويتم التطليق بحكم قضائي رغم معارضة الزوج [1] والضرر المخول للزوجة حق التطليق يمكن تقسيمه إلى ضرر مادي ومعنوي .

أولا : الضرر المادي المخول للزوجة حق التطليق

قد تتضرر الزوجة ماديا من الحياة الزوجية فتضطر لطلب التطليق بهدف رفع الضرر الواقع عليها وحالات الضرر المادي المجيزة للزوجة طلب التطليق يمكن إجمالها فيما يلي:

1- عدم الإنفاق

نصت الفقرة الأولى من المادة 53 المعدلة من ق. أ على أنه يجو للزوجة أن تطلب التطليق لعدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ، ما لم تكن عالمة بإعسار زوجها وقت

[1]-العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة مرجع سابق ، ص 273 .

الزواج مع مراعاة المواد 78و79و80 من هذا القانون ولقد أخذ قانون الأسرة الجزائري بما ذهب إليه الأئمة الثلاث : مالك والشافعي وأحمد من جواز التطليق أو التفريق لعدم الإنفاق .[1]

من خلال نص المادة السابقة يمكن استخلاص الشروط الواجب توافرها لكي تطلب الزوجة التطليق لعدم الإنفاق:

الشرط الأول: امتناع الزوج عن النفقة الزوجية عمدا أو قصدا، وأن تكون الزوجة قد رفعت دعواها من قبل للمطالبة بالنفقة وصدور حكم من المحكمة يلزمه بذلك ولكنه امتنع عن تنفيذه وأصر على عدم الإنفاق.

الشرط الثاني : ألا يكون امتناع الزوج عن النفقة بسبب عسره ، لأن الزوج لا يخلوا من أن يكون موسرا أو معسرا فلا ظلم لها ولا اعتداء منه فلا يطلق القاضي عليه للعسر أما إذا كان موسرا وادعى العجز فالأمر يختلف ويجب على المحكمة النظر فيه [2] .

الشرط الثالث : ألا تكون عالمة بإعسار زوجها وقت الزوج ، فإن كانت عالمة بإعساره فلا يجوز لها طلب التطليق لأنها رضيت به زوجا وهو معسر، هذا يعني أن المشرع قد استثنى من مبدأ التطليق لعدم الإنفاق علم الزوجة بإعسار الزوج قبل أو أثناء الزواج [3] .

2- الغيبة

نص المشرع في الفقرة 05 من المادة 53 ق.أ على أن الغيبة من شأنها أن تكون سببا من أسباب التطليق والمراد بغيبة الزوج هنا غيبته عن زوجته مع الإقامة في بلد آخر غير

[1]- ويحكم القاضي بالتفريق إذا ثبت لديه عدم الإنفاق على اختلاف فيما بينهم في التفصيل أما المذهب الحنفي فلا يجيز التفريق سواء كان السبب مجرد الامتناع أم كان السبب الإعسار والعجز . انظر : أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص 348.
[2]- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 276 .
[3]- رشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 189 .

الذي تقيم فيه الزوجة [1].

ومن خلال هذه المادة يمكن استخلاص الشروط الواجب توافرها للتطليق :

الشرط الأول: أن تمضي سنة فأكثر على الغياب

ابتداء من يوم غياب الزوج إلى يوم رفع الدعوى عليه وهو مستمد من الفقه المالكي الذي جعل الغياب من سنة إلى ثلاث سنوات .[2]

الشرط الثاني : أن يكون الغياب لغير عذر مقبول ودون سبب شرعي

فإذا كان غياب الزوج بعذر مقبول كالعمل خارج الوطن مثلا أو لطلب العلم فإن ذلك لا يعد سببا للتطليق [3] ، أما الغياب غير المبرر يعني أنه قد تعمد الإضرار بها ولقد نص الفقه المالكي على ضرورة إعلام الزوج وإنذاره بتطليق زوجته [4] .

الشرط الثالث: ألا يترك لها نفقة أثناء غيابه

إذا غاب ولم يترك لها مالا تستطيع الإنفاق منه على نفسها وعلى أبنائها على خلاف المشرع المصري الذي لم يشترط عدم الإنفاق كشرط من الشروط التي تجيز التفريق بسبب الغيبة [5] .

وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع لم يميز بين الغائب والمفقود وجعل حكمهما واحد حيث نص في المادة 112 ق. أ على: " لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون " .

---

[1]- أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق ، ص 366.
[2]- سليمان ولد خسال ، مرجع سابق ، ص 133.
[3]- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 298 .
[4]- نصر سلمان و سعاد سطحي ، مرجع سابق ، ص 142.
[5]- حيث تنص المادة 12منه على :" إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه " .

ثانيا : الضرر المعنوي المخول للزوجة حق التطليق

الضرر المعنوي هو الذي يصيب الإنسان في عرضه وعاطفته أو شعوره وحالات الضرر المعنوي المجيزة للزوجة طلب التطليق يمكن إجمالها فيما يلي:

1- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج :

وهذه قد تكون في الزوج كما قد تكون في الزوجة من هنا تظهر مساواة الطرفين في طلب التفريق بسبب هذه العيوب وتنقسم العيوب بين الزوجين إلى أقسام ثلاثة :[1]

أ- ما يختص بالرجل من داء الفرج : وهو الجب والعنة والخصاء والاعتراض .

ب- ما يختص بالمرأة من داء الفرج : كالرتق والقرن والعفل والإفضاء .

ج- ما يشترك فيه الرجال والنساء : ومثاله الجنون والجدام والبرص .

والمشرع من خلال الفقرة 02 من المادة 53 أخذ بجواز التفريق بالعيوب موافقا بذلك ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ومخالفا بذلك ما ذهب إليه الظاهرية في منع التفريق بالعيوب [2] . وهذه العيوب وردت شاملة وواسعة شملت كل العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

2- الهجر في المضجع :

ويقصد به أن يدير الزوج ظهره لزوجته في الفراش أو مغادرة فراش الزوجية إلى فراش آخر ، والأصل أن الهجر من وسائل التأديب وحتى تستطيع الزوجة المطالبة بالتطليق يجب أن تتوفر فيه الشروط التالية :

---

[1]- الجب : قطع الذكر – العنة : ضمور العضو الذكري – الخصاء : استئصال أو قطع الخصيتين –الاعتراض : عدم القدرة على الوطء .
الرتق : كون الفرج مسدودا بلحم من أصل خلقة لا مسلك للذكر فيه – القرن : عظم يمنع ولوج الذكر – العفل: رغوة تمنع لذة الوطء – الإفضاء : اختلاط القبل بمجرى البول أو الغائط –الجدام : علة يحمر منها العضو ثم يسود ثم يتقطع – البرص : هو بياض شديد يبقع الجلد ويذهب دمويته– .انظر : بلقاسم شتوان ، الطلاق في الفقه المالكي دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية و قانون الأسرة الجزائري،د.ط، دار الفجر ، قسنطينة ، الجزائر ، د.ت ، ص 241 وما يليها .

[2]- نصر سلمان و سعاد سطحي ، مرجع سابق ، ص 125.

أ- أن يكون الهجر بغير مبرر .

ب- توفر نية الإضرار بالزوجة وليس نية الإصلاح والتأديب

ج- أن يتجاوز 4 أشهر متتالية .

ولم يتناول المشرع أحوالا يكون من آثارها الهجر كالإيلاء والظهار وإن كان يمكن لها أن تطالب بالتطليق إذا تجاوزت مدة الإيلاء 4 أشهر .

كما يمكن للزوج هو الآخر إذا تضرر من نشوز زوجته وبعد استنفاد كل وسائل العلاج المقررة شرعا لهذا النشوز – كالموعظة الحسنة والهجر والضرب بشروطه – أن يلجأ إلى آخر علاج وهو الطلاق .

والزوجة أيضا إذا ما أحست أن هناك فتور في العلاقة الزوجية يمكن لها أن تستخدم وسائل وأساليب شرعية تحفظ هذه العلاقة قبل أن تلجأ إلى طلب التطليق ولا بأس أن تتقبل كل ما يكلفها ذلك من ألم نفساني أو جهد مالي أو نحوه بسماحة نفس وطيبة خاطر فهي إنما تسعى لأسمى واجب تعتز به بعد عبادة الله عز وجل [1].

3- الحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة:

نص المشرع على هذا السبب في المادة 53 فقرة 4 وهو أن الزوجة يجوز لها طلب التطليق إذا ما حكم على الزوج لجريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية .

وهذا السبب يتطلب جملة من الشروط هي :

[1]- محمد مهدي الإستانبولي ، تحفة العروس أو الزواج الإسلامي السعيد ، ط6 ، دار الفكر ، د.م ، 1985 ، ص 413.

الشرط الأول: صدور حكم قضائي ضد الزوج

لكي يحكم للزوجة بطلب التطليق يجب أن يصدر ضد الزوج حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به ولم يعد يقبل طرق الطعن القانونية العادية وغير العادية في الجريمة التي ارتكبها [1] .

الشرط الثاني : أن تكون الجريمة المقترفة فيها مساسا بشرف الأسرة

ومصطلح شرف الأسرة واسع المدلول يشمل كل الجرائم الماسة بكرامة الأسرة وسمعتها كالجرائم الأخلاقية الماسة بالشرف وجرائم السرقة والاختلاس والرشوة ونحوها [2] .

الشرط الثالث : أن تستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية

والمقصود بذلك أن تؤدي الجريمة إلى خلافات وخصومات بين الزوجين فتتحول المودة والرحمة التي كانت بينهما إلى كراهية وبغضاء [3] .

وما تجدر الإشارة إليه أن الفقرة الرابعة من المادة 53 ق.أ قبل تعديلها كانت تنص على أنه لا يجوز للزوجة أن تطلب التطليق إلا إذا كانت العقوبة المقيدة للحرية أكثر من سنة لكن المشرع بعد تعديل هذه الفقرة ترك العقوبة مطلقة دون تحديد.

4- مخالفة أحكام المادة 08 من ق.أ.ج :

وهو ما نصت عليه الفقرة 6 من المادة 53 والمقصود بالأحكام الواردة في المادة 8 ق.أ هي المتعلقة بتعدد الزوجات والشروط التي تجيز ذلك كإعلام الزوجتين السابقة واللاحقة وتوفير العدل فإذا غاب أحد الشرطين فلزوجة أن تطالب بالتطليق.

---

[1]- سليمان ولد خسال ، مرجع سابق ، ص 131 .
[2]- الرشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 199.
[3]- العربي بلحاج ،الوجيز في شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 295 .

5- ارتكاب الفاحشة المبينة :

والفاحشة المبينة شرعا تكون في كل المعاصي والكبائر وعلى رأسها الزنا والخمر [1] وكل سلوك يتنافى ومقتضيات العقل السليم وعليه يمكن للزوجة أن تطلب التطليق وإن لم يحكم القاضي على الزوج بعقوبة وهذا الحق لا تنفرد به الزوجة بل للزوج أيضا الحق في الطلاق لارتكاب الزوجة الفاحشة

6- الشقاق المستمر بين الزوجين :

وهذا ما جاء في الفقرة 8 من المادة 53 ق.أ والمقصود بالشقاق هو النزاع الشديد بسبب الطعن في الكرامة [2] والذي يؤدي إلى حدوث أضرار .

وقد أوجب القانون حسب ما هو واضح من نص المادة 56 ق.أ على الحكمين أن يرفعا تقريرهما للقاضي ليطلع عليه ويحكم على ضوء هذا التقرير [3] .

7- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج:

نصت عليه الفقرة 9 من المادة 53 ق.أ سواء كانت هذه الشروط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حسب المادة 19 من نفس القانون شريطة أن تكون هذه الشروط من الشروط المقبولة غير المنافية لمقتضى عقد الزواج والتي سبق توضيحها.

وعليه إذا تضمن عقد الزواج شرط أو شروط كانت الزوجة قد اشترطتها يتوجب على الزوج أن يفي بها ويسعى لتنفيذها فإذا لم يمتثل وخالفها جاز للزوجة المطالبة بالتطليق .

[1]- سليمان ولد خسال ، مرجع سابق ، ص 135 .
[2]- عبد القادر بن حرز الله ، مرجع سابق ، ص 281 .
[3]- غنية قري، مرجع سابق ، ص 119 .

والمشرع لم يوضح المركز القانوني للزوج عند مخالفة الزوجة لإحدى الشروط المتفق عليها، إلا أنه يمكن القول أن الزوج بيده العصمة فله أن يطلقها إن أخلت بالشرط أو الشروط المتفق عليها.

ثالثا : كل ضرر معتبر شرعا

نصت الفقرة 10 والأخيرة من المادة 53 ق.أ على أن الزوجة يجوز لها طلب التطليق بناء على كل ضرر معتبر شرعا وهذه العبارة جاءت واسعة تشمل كل الحالات السابقة.ولا يقتصر أثرها على الزوجين بل يتعدى حتى إلى الأبناء وجميع أفراد الأسرة [1] وهذا الضرر قد يكون من الزوج كما قد يكون من الزوجة وعليه فإذا ساءت العشرة يمكن للزوجة أن ترفع دعوى تطالب فيها بالتطليق كما يمكن للزوج أيضا بالمقابل أن يلجأ إلى الطلاق إذا كان هو الحل الوحيد أمامه رفعا للضرر .

وهذا يدل على المساواة بين الطرفين في طلب التفريق إذا تضرر أحدهما جراء تصرف الطرف الثاني.

وعند عدم ثبوت الضرر تعين على القاضي وجوبا طبقا للمادة 56 من ق.أ تعيين حكمين * من أهل الزوج و الزوجة * لأنهما أشد حرصا من غيرهما على مصلحة الأسرة وأكثرهما ائتمانا على أسرار الزوجين [2] ... ، بغية الإصلاح بينهما .

والقاضي لا يلجأ إلى نذب الحكمين إلا إذا توفر شرطان وهما :[3]

أ- اشتداد الخصام بين الزوجين

[1]- حفيظة فضلة ، مرجع سابق ، ص 102.
[2]- النذير مصمودي ، مشكلات الزواج وحياة الأسرة في ضوء الحل الإسلامي ، ط1، دار البعث ، قسنطينة ، الجزائر ، 1985 ، ص 23 .
[3]- نصر سلمان و سعاد سطحي ، مرجع سابق ، ص 133.

ب- عدم القدرة على إثبات الضرر

كما أن المشرع لم يحدد نوع الضرر الذي يطلب بسببه التطليق وعليه فالزوج إذا ضيق على زوجته وتسبب في إيذائها بالقول أو بالفعل أو إهمالها من الجانب المادي والمعنوي يمكن لها أن تطلب التطليق للضرر [1] .

ومن صور الضرر المعتبر شرعا : عدم توفير السكن اللائق الشرعي أو إساءة المعاشرة الزوجية عن طريق إهانات خطيرة أو جسيمة أو قساوة المعاملة أو التهرب من الواجبات الزوجية بدون سبب شرعي ... [2] .

والحقيقة أن هذا الحق لا تنفرد الزوجة به بل يمكن للزوج أيضا بالمقابل أن يلجأ إلى الطلاق لكل ضرر معتبر شرعا .

ويلاحظ من خلال المادة 53 ق.أ أنه لم تعد إرادة الزوج وحدها تحدث أثر انحلال الزواج بالطلاق فأصبح بإمكان الزوجة أن تفك الرابطة الزوجية عن طريق القاضي إذا ما أثبتت سببا مشروعا يجعل الحياة الزوجية مستحيلة وذلك تيسيرا على الناس وتجنبا للحرج وتماشيا وروح الإسلام السّمحة [3] .

ومقارنة بما جاء في المادة نفسها قبل التعديل فإن المشرع قد وسع من دائرة الأسباب التي تخول للزوجة طلب التطليق لا سيما فيما يتعلق بفقرة * الضرر المعتبر شرعا * .

فقبل التعديل أقرن المشرع الضرر المعتبر شرعا بمخالفة أحكام المادة 8 ق. أ وكذا المادة 37 من نفس القانون ، غير أن التعديل أكد أن مخالفة المادة 8 المعدلة هي الأخرى تعد

[1]- رشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 207.
[2]- سليمان ولد خسال ، مرجع سابق ، ص 139 .
[3]- باديس ذيابي ، صور فك الرابطة الزوجية ، مرجع سابق ، ص 30.

سببا مستقلا ويخرج عن دائرة عموم اللفظ للضرر المعتبر شرعا ، كما أن هناك حالات أخرى أعطاها استقلالية تامة عن حالة الضرر المعتبر شرعا، لا سيما تلك المتعلقة بالشقاق المستمر ومخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج [1] ، وخروج هذه الأسباب عن دائرة الضرر المعتبر شرعا يعني ذلك توسيع لمفهوم الضرر الشرعي وفي ذلك اتساع لحظوظ الزوجة في التطليق تأسيسا على كل ضرر يلحق بها .

وخلاصة القول أن الاعتراف للزوجة بالحق في طلب التطليق غير مركزها فلم تعد تحت رحمة الرجل بل أصبحت مزودة بوسائل تمكنها من الحصول على حقوقها [2] إذ أعطاها المشرع فرصا تجعل من رخصتها الجوازية ترتقي شيئا فشيئا لمرتبة الحق الأصيل الذي يقابل إرادة الزوج المنفردة في إيقاع الطلاق [3] .

الفرع الثاني : حق الزوجة في حل عقد الزواج عن طريق الخلع

قد تبين أن الطلاق هو سبيل الخلاص بالنسبة للزوج إذا أبغض زوجته ورأى أنه لا فائدة من الاستمرار معها وأن خلاص الزوجة يكون من خلال القضاء إذا أثبتت أي سبب من الأسباب الواردة في م 53 ق.أ، إلا أن الزوجة قد تبغض زوجها وتكره العيش معه لغير أذية منه ولا إساءة وهذه مدعوة إلى الصبر والتحمل كما يدعى الزوج إلى الصبر والتحمل عند بغضه لزوجته [4] ، فإن قل صبرها وحملها بغضها لزوجها على الإساءة له والتفريط في أداء حقه

[1]- باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق ، ص 56 .
[2]- محمد لمين لوعيل ، مرجع سابق ، ص 101 .
[3]- باديس ذيابي ، صور فك الرابطة الزوجية ، مرجع سابق ، ص 57 .
[4]- لقوله تعالى:<<فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا >>. النساء 19 .

جاز لها أن تخلع نفسها بعوض تؤذيه إليه [1] .

والخلع هو إنهاء الحياة الزوجية بالتراضي بين الزوجين أو بحكم القاضي على أن تدفع الزوجة لزوجها مبلغا من المال لا يتجاوز ما دفعه إليها من مهر ولقد أعطى المشرع الجزائري للزوجة إمكانية خلع نفسها من الزوج الذي لا ترغب فيه وهذا من خلال المادة 54 المعدلة من ق. أ التـي تنص على ما يلي :

" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي .

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم " .

المشرع من خلال هذه المادة ذكر ثلاثة أركان للخلع وهي:

-الزوج ،الزوجة وعوض الخلع.

غير أنه لم يتطرق للمسألة من جميع جوانبها لا سيما فيما يتعلق بشروط الخلع [2] .

كما أن المشرع اعتبر الخلع حق شخصي للزوجة فأجاز لها أن تخالع نفسها دون موافقة زوجها وهو بذلك حسم المسألة وقضى على الخلاف والتناقض الذي كان سائد في

[1]- الأصل فيه قوله تعالى:<< فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به >>. البقرة 229.
وحديث عكرمة عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام ، فقال صلى الله عليه وسلم : ((أتردين عليه حديقته ؟)) قالت : نعم قال صلى الله عليه وسلم : ((اقبل الحديقة وطلقها تطليقة)).رواه البخاري ، كتاب الطلاق ، باب الخلع وكيف الطلاق فيه .

[2]- اتفق الفقهاء على أن شروط المخالع هي نفسها شروط المطلق ، أما الزوجة فيشترط فيها الرشد فلا يصح من سفيهة أو صغيرة ويكون موقوفا على إجازة الولي ولا خلاف بين الفقهاء في صحة خلع المريضة مرض الموت ، والعوض يشترط فيه أن يكون بسبب الكراهية من الزوجة وأن يكون بعدم المضارة من الزوج ، أما صفة العوض فإن الشافعي وأبا حنفية يشترطان فيه أن يكون معلوم الصفة ومعلوم الوجود ومالك يجيز فيه المجهول الوجود والغرور والمعلوم . لمزيد من المعلومات، أنظر : عبد الرحمان الصابوني ، مرجع سابق ، ص 546 وما يليها ،ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، د.ط ، دار الكتب الحديثة ، د.م ، د.ت ، ج2، ص 71 .

الاجتهاد القضائي [1] لأن المادة 54 – قبل تعديلها – جاءت بصيغة عامة لا يفهم منها اشتراط موافقة الزوج على الخلع أو عدم موافقته وبعد تعديلها أصبح الخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية حق للزوجة تستعمله وقت ما شاءت وليس مجرد رخصة حبيسة التزكية والموافقة من الزوج [2] .

وعليه فالمادة السابقة منحت الحرية الكاملة للزوجة بأن تخالع زوجها دون موافقته لأن الأصل في الخلع كما سبق القول أنه حق شخصي لها وقد يتحول هذا الحق استثناء إلى عقد رضائي إذا وافق الزوج على مبدأ الخلع .

ولا بد في الخلع من عوض وهو المقابل المالي الذي يحصل به الاتفاق بين الزوجين وفي حالة عدم الاتفاق يتدخل القاضي بفرض قيمة صداق مثلها من النساء وقت صدور الحكم بالخلع.

وهذا لا يعد إجحافا في حق الزوجة لأن المخالعة جاءت من طرفها بالتالي تتحمل نتائجا وفي المقابل فإن الطلاق الذي يأتي من الزوج للكراهية أيضا يتحمل نتائجه [3] .

ومن هنا يتضح جليا أن الخلع أصبح حقا أصيلا للزوجة مقابل حق الزوج في الطلاق بعد أن كان رخصة تتوقف على إجازة الزوج أو القضاء في ظل قانون 84-11 فالطلاق للزوج هو الوسيلة لإنهاء المعاناة الزوجية ، كما أن الخلع للزوجة هو الحل لإنهاء هذه

---

[1]- قرارم.ع رقم 51728 ، الصادر بتاريخ : 1988/11/21 جاء فيه: [من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي ، وأن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه ...].انظر : باديس ذيابي ، صور فك الرابطة الزوجية ، مرجع سابق ، ص 73 ، وقرار آخر لها رقم 103793 ، الصادر بتاريخ : 1994/4/19 جاء فيه: [من المقرر قانونا وشرعا أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا .
ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعا وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من ق.أ] . انظر : أحمد لعور و نبيل صقر ، الدليل القانوني للأسرة ، د. ط ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2007 ، ص 69 .

[2]- باديس ذيابي ، صور فك الرابطة الزوجية ، مرجع سابق ، ص 75 .

[3]- رشيد بن شويخ ، أحكام الخلع في الشرع والقانون والقضاء ، مجلة المعيار ، مرجع سابق ، ص 246 .

المعاناة التي تنعدم فيها المحبة والتوافق وهو حق مشروع لها عند كرهها وبغضها وعدم قدرتها على معاشرة زوجها بسبب هذا الكره [1] .

والزوج له أن يفارق زوجته مع إعطائها كامل حقوقها المقررة شرعا من المهر المؤجل إن وجد والحق في النفقة وغيرها من الحقوق...

والزوجة شرع لها الخلع لتفتدي نفسها من زوجها يبدل ما قدمه لها من صداق أو زيادة عليه أو نقصان منه حسب الاتفاق[2] ،وتكفي قصة زوجة ثابت بن قيس للدلالة على حق الزوجة في طلب الطلاق على قدم المساواة مع الزوج [3] .

المطلب الثالث : حل عقد الزواج بالإرادة المشتركة للزوجين

الطلاق بالتراضي أو بالإرادة المشتركة للزوجين هو الأصل فكما دخلا العلاقة الزوجية بالمعروف كان ينبغي أن يخرجا منها بالمعروف أيضا فالشريعة أقامت الزواج على الرضا والاختيار، أرادت أن يبقى الأمر كذلـك عن رضا واختيار وإلا فيحسن أن تنتهي العلاقة أيضا عن رضا واختيار ومودة وإحسان [4] .

وقانون الأسرة الجزائري يخول للزوجين أن يتفقا على انهاء الرابطة الزوجية بينهما بإرادتهما المشتركة [5] وهو ما ورد النص عليه في المادة 48 ق.أ التي نصت على " يحل عقد الزواج بالطلاق .. أو بتراضي الزوجين... " وهذا معناه أنه يمكن للزوجين بناء على رغبتهما المشتركة أو بناء على طلب أحدهما وموافقة الآخر أن يتطلّقا بتراضيهما بالإحسان

[1]- منال محمود المشني ، الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه وآثاره دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون ،ط 1 ، دار الثقافة ، عمان ، 2008 ، ص 224 .

[2]- عامر سعيد الزيباري ، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ،ط1 ، دار ابن حرم ،بيروت ، 1997 ، ص 63 .

[3]- زهدي يكن، الطلاق في الإسلام، ط2، المكتبة العصرية، بيروت، د.ت ، ص 58 .

[4]- لقوله تعالى:<< ولا تنسوا الفضل بينكم إن الله بما تعملون بصير >>. البقرة 237 .

[5]- وهذا يتطابق مع ما هو مقرر في القانون الدولي لحقوق الإنسان فنصت المادة 01/16/ج من اتفاقية القضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة على : " الحقوق والمسؤوليات نفسها أثناء الزواج وعند حله " . بمعنى أنه يتساوى الرجل والمرأة في مسألة ايقاع الطلاق .

دون خصام ونزاع وعبر بعض الفقهاء الفرنسيين على هذا النوع من الطلاق بالطلاق اللطيف أو الظريف –le divorce gracieux– ولا يسع القاضي في هذه الحالة سوى قبول طلبهما بعد إجراء محاولة الصلح [1]

ومتى أصدر حكمه على هذا الأساس تنتج عنه آثار الطلاق المتمثلة في * العدة والحضانة * ولا يجوز استئنافه قصد طلب الرجوع سواء من قبل الزوج أو الزوجة وهذا لا يعني أن الباب موصد أمام الزوجين لاستئناف الحياة الزوجية بينهما إذا عقدا عقدًا جديدا [2] كما أكدت على ذلك المحكمة العليا بمقتضى قرارها الصادر في 1988/7/18 إذ قالت : [من المقرر قانونا أن الطلاق يمكن أن يتم بتراضي الزوجين ولا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ومن راجع زوجته بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد][3] .

وما تجدر الإشارة إليه أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية هذا ما جاء في نص المادة 57 ق.أ قبل تعديلها وبعد تعديلها بموجب الأمر 05-02 عددت على سبيل الحصر الصور التي تكون غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية وهي الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ، والتطليق والخلع فجاء نصها كما يلي:"تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية..."

[1]- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 258 وما يليها .
[2]- أعمر يحياوي، مرجع سابق ، ص 183 .
[3]- يوسف دلا ندة ، قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 34 .

ولم تذكر الصورة الرابعة المتمثلة في الطلاق بالتراضي وفي ذلك تأكيد على أن هذه الصورة لا يسر عليها ما يسري على باقي الصور الأخرى باعتبارها مجرد اشهاد فقط وهي بذلك ليست قابلة للاستئناف لا من حيث الطلاق ولا حتى من حيث الجوانب المادية [1] .

المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن إنهاء عقد الزواج

رتب المشرع آثارا تنجم عن إنهاء الرابطة الزوجية بالشكل الذي يحفظ الحقوق وينشئ الالتزامات فما هي هذه الآثار وهل سّوى المشرع فيها بين الزوجين؟ هذا ما سأتطرق إليه في هذا المبحث من خلال تقسيمه إلى ثلاثة مطالب : العدة والحقوق المترتبة عنها مطلب أول ، الحضانة و الحقوق الناجمة عنها مطلب ثان ، التعويض والنزاع حول متاع البيت مطلب ثالث .

المطلب الأول: العدة والحقوق المترتبة عنها

تطرق المشرع إلى مسألة العدة في الفصل الثاني من الباب الثاني المعنون ب –انحلال الزواج- وجعلها أول أثر من آثار إنهاء الرابطة الزوجية كما نظم أيضا الحقوق المترتبة للمطلقة خلال هذه الفترة وهذا ما سأتطرق إليه في هذا المطلب من خلال تقسيمه إلى فرعين: العدة والأحكام المتعلقة بها فرع أول، الحقوق المترتبة عن العدة فرع ثاني.

الفرع الأول: العدة والأحكام المتعلقة بها

العدة لغة الاحصاء [2] ، أما شرعا فهي تربص يلزم المرأة إذا حصلت الفرقة بأي سبب من الأسباب ، فلا يحل لها أن تتزوج إلا بعد أن ينتهي الأجل الذي حدده الشارع لانتظارها .[3]

[1]- باديس ذيابي ،صور فك الرابطة الزوجية ، مرجع سابق ، ص 29 .
[2]- ابن منظور، لسان العرب، ط1، دار صادر، بيروت ، 1990 ، ج4 ، ص 2834 .
[3]- فراج حسين ، أحكام الأسرة في الإسلام ، مرجع سابق ، ص 209 .

وهي واجبة شرعا ثبت ذلك بالكتاب والسنة [1] ، سواء كانت الفرقة منها أو من زوجها .

وللعدة حكم كثيرة شرعت لأجلها من بينها:

- تحقيق أغراض نبيلة ومقاصد سامية متمثلة في براءة الرحم من الحمل على وجه يحفظ الأسباب ويمنع اختلاطها[2].

- إعطاء الفرصة للزوجين لمراجعة نفسيهما عسى أن يعودا إلى استئناف الحياة الزوجية معا[3]

ولقد حددت المواد المتضمنة العدة في قانون الأسرة الجزائري أنواع العدة ومدتها فبينت المادة 58 عدة المطلقة المدخول بها التي تحيض وحددتها بثلاثة قروء [4] وثلاثة أشهر لليائسة من المحيض وما يؤخذ على نص المادة 58 أنها أشارت إلى لفظ القرء ، إلا أنها لم توضح المقصود به هل هو الطهر أم الحيض ، ويلاحظ أن العدة واجبة على الزوجة المدخول بها فقط [5] .

أما عن الوقت الذي يبدأ فيه حساب العدة حسب المادة السابقة فهو من تاريخ التصريح بالطلاق ومعنى التصريح به هو النطق بالحكم من طرف القاضي وهذا ما لا يوافق

---

[1]- أما من الكتاب فمن قوله تعالى : << والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء >>.البقرة 228 ، وقوله أيضا << والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا >>. البقرة 234.
وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم : ((لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت وفق ثلاث ، إلا على زوج أربعة أشهر وعشر)) . رواه البخاري ، كتاب الطلاق ، باب تحد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا .

[2]- فراج حسين ، أحكام الأسرة في الإسلام ، مرجع سابق ، ص 209.

[3]- معوض عبد التواب ، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية ، ط9 ، مطبعة الانتصار ، الإسكندرية ، 2000 ، ج1 ، ص 125.

[4]- اختلف الفقهاء في معنى القرء فذهب الشافعية والمالكية والجعفرية إلى أن المقصود به هو الطهر ، وذهب الحنفية والحنابلة إلى أن المقصود به هو الحيض ، انظر : باديس ذيابي ، آثار فك الرابطة الزوجية ، د.ط ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2008 ، ص 37 .

[5]- هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 137571 الصادر بتاريخ 1996/06/18 والذي جاء فيه :[من المقرر شرعا أنه تستوجب العدة للمرأة المطلقة والمتوفى عنها زوجها ولا تستوجب للمرأة المطلقة غير المدخول بها .
ولما كان ثابتا – في قضية الحال – أن المطعون ضدها طلقت من زوجها الأول قبل الدخول وأعادت الزواج ثانية في الأسبوع الأول من طلاقها ، فإن القضاة برفضهم لطلب الطاعن بفسخ الزواج لعدم اتمام العدة من الزواج الأول والحكم بصحة الزواج ورجوع الزوجة إلى البيت الزوجي ، طبقوا صحيح القانون].انظر : يوسف دلا ندة ، قانون الأسرة ، ، مرجع سابق ، ص 61-62 .

الرأي الشرعي فإذا أوقع الزوج الطلاق شرعا فحساب العدة يكون من تاريخ التلفظ به وهذا باتفاق الفقهاء [1] .

كما أن المادة 50 ق.أ التي تنص على أن : " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد " تثير إشكال أيضا لأن فترة محاولة الصلح قد تطول وفي أثنائها تنتهي عدة الزوجة فتصير بائنا وبهذا فلا يصح ارتجاعها لأنها أجنبية عنه [2] ، إلا أن القانون لا يعتد بالطلاق الذي يقع خارج دائرة المحكمة فالطلاق لا يثبت إلا بحكم.

وهناك أحكام خاصة بالمطلقة في هذه الفترة فلا تجوز خطبتها إذا كانت معتدة من طلاق رجعي باتفاق الفقهاء لا بطريق التصريح ولا بطريق التعريض [3] ، لأن زوجيتها قائمة ، وحقوق الزوج عليها ثابتة فله مراجعتها في أي وقت شاء فخطبتها كخطبة الزوجة تماما فتكون حراما من كل الوجوه [4] . ولا يحل لأحد التزوج بها غير زوجها الأول حتى تنقضي عدتها [5] .

---

[1]- رشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 225 .

[2]- بلقاسم شتوان ، مرجع سابق ، ص 310

[3]- الفرق بين التصريح والتعريض بالخطبة يتمثل في كون الأول يذكر لفظا يدل على إدارة الخطبة من غير احتمال لسواها والثاني يكون بلفظ يحتمل الخطبة ويحتمل غيرها ، ويكون ظاهره سواها والتعريض بالخطبة جائز للمعتدة من وفاة . انظر : أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص 29 .

[4]-أبو زهرة ، المرجع نفسه ، ص 29 .

[5]- جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1983/01/03 ما يلي : [من المقرر شرعا عدم صحة العقد على المرأة وقت عدتها ، ذلك أنه من الموانع المؤقتة المانعة لزواج المرأة وهو وجودها في عصمة رجل آخر أو في عدة من طلاق أو في عدة من وفاة ومن ثمة فالزواج بها ولو توافرت أركانه فهو غير صحيح لوجودها في عدة طلاق]. انظر : العربي بلحاج ، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا ، د. ط ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر د.ت، ص 33 .

مما سبق ذكره يمكن القول بأن العدة كأثر لفك الرابطة الزوجية هي خاصة بالزوجة دون الزوج وما تجدر الإشارة إليه هو أن هناك تعريف للعدة ورد عن الأحناف يقول : * أنها تربص يلزم المرأة أو الرجل عند وجود سببه * [1] فهل هذا يعني أن للرجل عدة ؟.

طبعا لا ، لأن الرجل إذا فارق زوجته بطلاق يحل له الزواج من غيرها بدون انتظار إلا في حالات معينة ، فإذا طلق زوجته ويريد الزواج بأختها أو خالتها أو عمتها فلا يجوز له الزواج بواحدة منهن إلا بعد انقضاء عدة زوجته [2] ، كذلك إذا كان التي طلقها رابعة زوجاته فليس له أن يتزوج حتى تنتهي عدتها لأن الجمع بين أكثر من أربع نسوة هو أمر غير جائز شرعا [3] .

فالتربص الذي يسمى عدة خاص بالمرأة فقط أما الرجل فهو طبقا لهذا التعريف يتربص مقدار الأجل المضروب لمطلقته – في الحالات السابقة – وتربصه هذا لا يسمى عدة وإنما إحصاء أجل العدة [4] وهذا هو المقصود من التعريف السابق، إلا أنني أفضل أن يبقى تعريف العدة مقصور على المرأة فقط لأن التربص مسألة شخصية خاصة بها ، فهناك دراسة علمية تثبت أن اجتماع ماءين في رحمها يؤدي إلى إصابتها بسرطان الرحم- سبق الحديث عن ذلك في مسألة تعدد الأزواج – ففترة العدة كافية لكي لا تبق آثار وبصمات الزوج السابق في رحم الزوجة (هكذا تتطابق الحقيقة العلمية والحقيقة القرآنية ولا غرابة ..

[1]- أحمد نصر الجندي ، الأحوال الشخصية في القانون الكويتي ،د.ط، دار الكتب القانونية،مصر،المحلة الكبرى، 2006،ص313.
[2]- باديس ذيابي ،آثار فك الرابطة الزوجية ، مرجع سابق ، ص 28 .
[3]- فراج حسين ،أحكام الأسرة في الإسلام ، مرجع سابق ، ص 209 .
[4]- أحمد نصر الجندي ، مرجع سابق ، ص 313.

فإن منشأ الحقيقة العلمية هو الله سبحانه وتعالى وهو خالقها فإذا تحدث عنها الرّب سبحانه فهو أعلم بها .. ألا يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير ؟) [1] .

الفرع الثاني: الحقوق المترتبة عن العدة

نظم قانون الأسرة الحقوق المترتبة للمطلقة خلال مرحلة العدة من خلال المادة 61 ق.أ التي نصت على:" لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها، أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة، ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق " .

هذه المادة قد نصت على أهم الحقوق المترتبة للمطلقة وهي متمثلة في الحق في السكن والنفقة.

أولا: الحق في السكن

أعطى القانون للمعتدة من طلاق أو وفاة حق الإقامة في منزل الزوجية ، لكنه لم يلزم المطلق بمغادرة السكن لأن الطلاق في قانون الأسرة طلاق بائن والمطلقة تصبح أجنبية عن مطلقها بمجرد النطق بحكم الطلاق [2] لذلك يجب أن تعتد في مسكن الزوجية دون أن يشاركها في السكن وليس لأحد أن يخرجها من البيت إلا في حالة ارتكاب الفاحشة الكبرى كالزنا ، لكن في الواقع غالبا ما تنتقل المطلقة إلى بيت أهلها وتترك بيت الزوجية .

ثانيا: الحق في النفقة

أما عن حقها في النفقة فهو مقرر أثناء فترة العدة فقط ، فبعد انقضاء عدتها تعود كما كانت عليه قبل زواجها ، فإن كانت موسرة فنفقتها من مالها وإن كانت معسرة فنفقتها على والدها

[1]-محمد علي البار، مرجع سابق، ص 121 .
[2]- باديس ذبابي ، آثار فك الرابطة الزوجية ، مرجع سابق ، ص 89 .

أو من يليه من الأولياء وإلا وجبت نفقتها على خزينة الدولة التي تتحمل مسؤولية إعانة المحتاجين وتلبية حاجاتهم الضرورية وعلى رأسها السكن [1] .

وما يؤخذ على المشرع أنه أهمل مصير المطلقة بعد انقضاء عدتها.

ثالثا: الحق في الميراث

من بين الحقوق التي ثبتت لها أيضا الحق في الميراث إذا توفي طليقها في فترة العدة وهذا حق مشترك بينهما فهو أيضا يرثها إذا توفيت خلال هذه الفترة طبقا للمادة 132 ق.أ

رابعا: الحق في ثبوت النسب

لها الحق في أن ينسب ولدها لأبيه إذا أتت به خلال الفترة المقررة قانونا، حسب المادة 43 ق.أ ومن هنا كانت العدة حقا للولد فمن حقه أن ينسب لأبيه وحقا للزوج الذي طلقها إذ هو حريص على ألا يسقي ماءه زرع غيره فضلا عن عدم انتساب من ليس منه إليه [2] .

المطلب الثاني: الحضانة والحقوق الناجمة عنها

تنشأ عن فك الرابطة الزوجية مراكز قانونية جديدة يثور بشأنها خلاف وهذه المراكز

هي الحضانة وما يترتب عنها من حقوق [3] .

هذا ما سأتعرض له في هذا المطلب وذلك من خلال تقسيمه إلى فرعين: الحضانة والأحكام المتعلقة بها، فرع أول، الحقوق المترتبة عن ممارسة الحضانة فرع ثاني.

[1]- مليكة قبزيلي ، حقوق المطلقة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، المشرف:ناصر قارة، مذكرة ماجستير ، قسنطينة ، 2003 ، ص 261 .
[2]-أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 312.
[3]-محمد لمين لوعيل، مرجع سابق ، ص 109 .

الفرع الأول: الحضانة والأحكام المتعلقة بها

الحضانة لغة: بفتح الحاء وكسرها مأخوذة من الحضن وهو الجنب وضم الولد إلى الصدر[1]وشرعا: تعني في اصطلاح الفقهاء تربية الصغيـــر والقيــام بشؤونه في مدة معينة ممن له الحق في تربيته [2] .

أما المشرع الجزائري فقد عرفها من خلال المادة 62 فقرة 1 بقوله: " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا."

من خلال هذا التعريف يتبين مدى حرص المشرع على إبراز مهمة الحاضن حيث توسع في تعداد واجباته نحو المحضون كما اشترط أن يكون أهلا لتحمل هذه المسؤولية وذلك من خلال الفقرة الثانية من نفس المادة بقوله " ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك" .

أولا: شروط صلاحية الحضانة

هناك شروط عامة وشروط خاصة :

1- الشروط العامة للحضانة :

تخص الرجل والمرأة على حد سواء، أجمع عليها الفقهاء وتبناها المشرع من خلال المادة 222 ق.أ وهي متمثلة في العقل والبلوغ والقدرة على التربية بالإضافة إلى الأمانة والاستقامة والإسلام [3] .

[1]- ابن منظور، مرجع سابق،ج2، 910 – 911.
[2]- محمدكمال إمام ، الطلاق عند المسلمين دراسة فقهية وقانونية ،د.ط دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية ،1997 ، ص 171.
[3]- باديس ديابي ، آثار فك الرابطة الزوجية ، مرجع سابق ، ص 54 وما يليها .

2- الشروط الخاصة بالحضانة :

أ- المتعلقة بالمرأة :

وهي أن تكون غير متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم له هذا ما نص عليه المشرع صراحة في المادة 66 ق.أ بقوله: " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم..." [1]

وأن تكون من محارم المحضون نسبا لأن أهلية الحضانة لا تثبت إلا بتوفر المحرمية وقرابـــة عمود النسب [2] .

وهناك شرط آخر وهو: ألا تقيم الحاضنة بالمحضون في بيت من يبغضه، أشار إليه المشرع بطريقة غير مباشرة في المادة 70 ق.أ التي نصت على سقوط الحضانة عن الجدة أو الخالة في حالة السكن بالمحضون مع أمه المتزوجة بغير قريب محرم وكذلك في المادة 72 التي نصت على توفير الأب مسكنا ملائما للحاضنة لتمارس فيه الحضانة فهذا يدل على حرص المشرع على إبعاد المحضون عن كل ما من شأنه التأثير سلبا على نشأته [3] .

ب- المتعلقة بالرجل :

يشترط لاستحقاقه الحضانة أن يكون عصبة للصغير على ترتيب الإرث بشرط أن يكون محرما فلا حضانة لابن العم بالنسبة للأنثى وله الحضانة بالنسبة للذكر [4] . وقانون الأسرة لم ينص على الشروط الخاصة الواجب توفرها في الرجل .

---

[1]- صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1989/07/03 ، ملف رقم 54353 جاء فيه ما يلي : [من المقرر قانونا أنه يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم والتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون]. انظر : فضيل العيش ، قانون الأسرة ، مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا ، ط2 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، 2007 ، ص 65 .

[2]- كمال إمام، الطلاق عند المسلمين ، مرجع سابق ، ص 175 .

[3]- باديس ذبابي ،آثار فك الرابطة الزوجية ، مرجع سابق ، ص 67 .

[4]- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 384 .

ثانيا: مدة الحضانة وترتيب المستحقين لها

1- مدة الحضانة :

ميز المشرع بين الذكر والأنثى في انتهاء مدة الحضانة فنص في المادة 65 ق.أ على أن حضانة الذكر تنقضي ببلوغه 10 سنوات ، والأنثى ببلوغ سن الزواج أي 19 سنة وأعطى للقاضي سلطة تمديد هذه المدة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا اقتضت مصلحته ذلك وقيده بشرطين هما أن تكون الحاضنة طالبة التمديد هي أمه وأن لا تكون قد تزوجت من غير محرم لابنها [1] وهو حكم مستمد من الاجتهاد المالكي [2] .

2- ترتيب المستحقين للحضانة:

رتب المشرع الجزائري أصحاب الحق في الحضانة في المادة 64 المعدلة على الشكل التالي:

1-الأم ،2- الأب، 3- الجدة لأم ، 4- الجدة لأب ، 5- الخالة ، 6- العمة ، الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك .

ويلاحظ على هذا النص ما يلي :

- الإبقاء على أولوية الحضانة للأم .

- تقديم الأب على كل من جهة الجدة لأم والخالة بعد أن كانتا مقدمتين عليه قبل تعديل المادة 64 ق.أ– حسنا فعل المشرع –

- محاولة المساواة بين جهة الأم وجهة الأب وإن كانت الأولوية لجهة الأم إلا أن المشرع أخذ بمبدأ التداول بينهما.

[1]- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق ، مرجع سابق ، ص 298 – 299 .
[2]- نصر سلمان و سعاد سطحي، مرجع سابق ، ص 123.

- في حالة تعدد مستحقو الحضانة من درجة واحدة كان أولاهم بها أصلحهم للحضانة قدرة وخلقا مع مراعاة القاضي مصلحة المحضون في كل الأحوال [1].

والسؤال الذي يطـرح نفسه في هذا المقام لماذا أعطيت أولوية الحضانة للأم ثم الأب وليس العكس؟

إن المحضون في أيامه الأولى يحتاج إلى إتمام رضاعته الشرعية فيكون بأمس الحاجة إلى حضانة أمه لأن غداءه وتنظيم أموره لا يتحقق إلا بتوليتها أمره حيث اتفق جميع الاختصاصيين والعلماء الباحثين في العلاقة بين الأم والطفل على أن السنوات الثلاث الأولى تشكل المرحلة الحيوية والحساسة والحاسمة التي تقرر بناء شخصية الطفل ونموه النفسي السليم لذلك تشكل هذه الحقبة المرحلة الزمنية الأخطر والأكثر تسببا في الحرمان العاطفي الناتج عن انفصال الطفل عن الأم وأهمية الأم تشمل الرعاية المفعمة بالعطف والمحبة والحنان والشفقة .[2]

وقانون الأسرة لم يهمل حق الأب في الحضانة إذ جعله في المرتبة الثانية بعد الأم مباشرة وهو أمر طبيعي لأنها أقدر من والده على العناية به ولو خولت هذه المسؤولية للأب أصلا سيوكل أمر ولده لامرأة أخرى تكون أقل رعاية لشؤونه [3] .

وهذا المعنى ليس فيه أدنى ظلم أو جور ذلك لأن الشارع الحكيم يراعي الحقوق كنظام عام وشامل ويعطي كل ذي حق حقه وهذا الحق من الحقوق الطبيعية للأم [4] ولا يعتبر

---

[1]- عبد القادر بن حرز الله ، مرجع سابق ، ص 358 .

[2]- يقول سيغموند فرويد :* إن الأم هي المقعد الذي تجلس عليه نفسية الطفل * فجعل من الأم ركنا للهدوء والراحة ومنطلقا لسعادة النفس.انظر : بولا حريقة ، مرجع سابق ، ص 87 وما يليها .

[3]- وفي ذلك صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1998/12/19 ملف رقم 51894 جاء فيه : [... فإن قضاة المجلس الذين قضوا بإسقاط حضانة الأولاد عن أمهم بناء على طلبها وإلزام الأب بأخذهم وهو ليس حاضنا مباشرا بل يحضن بغيره من النساء – زوجة ثانية – ليست أكثر حنانا من أمهم فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا أحكام الحضانة] . انظر : يوسف دلا ندة، قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 72 .

[4]- فعن عبد الله بن عمر وبن العاص قال جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم : فقالت : يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وثديي له سقاء وحجري له حواء وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال ((أنت أحق به ما لم تنكحي)) . رواه أبو داوود ، كتاب الطلاق ، باب من أحق بالولد ، ص 397 ، رقم 2276.

هذا من قبيل التمييز ضد الأب وهذا يتماشى مع نص المادة 4 فقرة 02 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة [1] .

وحق الحضانة في الحقيقة ليس راجعا إلى الأم أو الأب بل هو حق محض للمحضون فليس المنطلق في جعل الحضانة حق للأم أو الأب رعاية حال وعاطفة أحدهما أو كليهما وإن كان هذا مما يهتم به الإسلام إلى حد ما وإنما المنطلق في اسنادها مصلحة المحضون لذا أعطيت الأم الأولوية في الحضانة لأنها الأقدر والأجدر على الوفاء بحقه والأكمل في بناءه وتقديم ما يحتاجه [2].

ولا تنتزع الحضانة منها إلا لأسباب جوهرية ومنصوص عليها [3] فإذا ثبت مثلا بأنها لم تقم بواجبها يسقط حقها في الحضانة لمخالفة نص المادة 62 ق.أ .

كما أن الترتيب المذكور في المادة 64 ق. أ غير ملزم للقاضي لأنه ليس من النظام العام [4] .

الفرع الثاني: الحقوق المترتبة عن ممارسة الحضانة

رتب المشرع الجزائري آثارا لممارسة الحضانة لما تتطلبه من مجهود كبير في تربية المحضون فهي تتطلب نفقة وسكن إضافة إلى حق زيارة المحضون لمن لم تسند له الحضانة

[1]- التي نصت على : " لا يعتبر اعتماد الدول الأطراف تدابير خاصة تستهدف حماية الأمومة بما في ذلك تلك التدابير الواردة في هذه الاتفاقية إجراء تمييزيا "

[2]- أيوب الحائري، مرجع سابق ، ص 122.

[3]- بموجب المواد، 66-69 ق.أ وتسقط كذلك بقوة القانون طبقا للمادة 65 ق.أ وعملها لا يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة حسب المادة 67 فقرة 2 ق. أ .

[4]- هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1990/03/19 ملف رقم 59156 الذي جاء فيه : [من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون ، ولما كان ثابت في قضية الحال أن الحضانة أسندت للأب مراعا لمصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية قد طبقوا القانون مما يستوجب رفض الطعن]. انظر: نبيل صقر، مرجع سابق ، ص 253 .

هذا ما سأحاول توضيحه في الفرع.

أولا: نفقة المحضون

إن الأصل هو أن نفقة الولد تكون من ماله إن كان له مالا هذا ما نص عليه المشرع في المادة 75 ق. أ فإن لم يكن له مال كانت نفقته من مال أبيه ، يرسله إلى الحاضنة لتقوم بأدائه إليه كالطعام والكسوة وغيره ولا يجوز لوالد المحضون أن يطالبها بإرسال الولد إليه كل يوم ليأكل عنده مثلا ثم يعود إليها لما فيه من المشقة والإضرار بالمحضون[1] .

وينتقل واجب النفقة من الأب إلى الأم في حالة عجز الأب أي عدم قدرته على الإنفاق لكونه فقيرا أو معسرا، والأم قادرة على النفقة حسب المادة 76 ق. أ التي جاء فيها: " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك " .

والسؤال الذي يطرح هنا بالنسبة للحاضنة هل لها مقابل ما تبذله من رعاية وتربية للمحضون ؟.

هذا ما يعرف بأجرة الحاضنة فقانون الأسرة لم يقل بها وفقهاء الشريعة الإسلامية ليسوا على قول واحد في هذه المسألة [2] .

ثانيا : الحق في الحصول على مسكن

يلتزم الأب وفقا لنص المادة 72 المعدلة من ق.أ بتوفير مسكن ملائم للحاضنة وإن

[1]- عبد القادر داودي ، مرجع سابق ، ص 206 – 207 .

[2]- فالمالكية قالوا بأنه ليس للحاضنة أجرة على حضانتها سواء كانت موسرة أو معسرة أما فقهاء الحنفية فقالوا بوجوبها إن لم تكن الزوجية قائمة ولم تكن معتدة من طلاق رجعي ولا تستحقها إذا كانت معتدة من طلاق بائن لأن الأجرة ليست عوضا خالصا بل هي كأجرة الرضاع للأم مؤونة ونفقة وبما أن النفقة ثابتة لها بمناسبة الزوجية أو لوجودها في العدة فإنها لا تأخذ نفقيتين من شخص واحد وما عدا هؤلاء فإن باقي الحاضنات يأخذون أجرة الحضانة . انظر : باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية ، مرجع سابق ، ص 86 – 87 .

تعذر ذلك فعليه دفع قيمة الإيجار [1] .

وذلك لتسهيل عملية الرعاية والتربية في ظروف ملائمة تصون كرامة الحاضنة والمحضون .

أما الجديد الذي جاءت به هذه المادة فهو مكوث الحاضنة في بيت الزوجية حتى ينفد الأب الحكم المتعلق بالسكن إلا أن المشرع لم يكن موفقا في هذه الفقرة لأنه من جهة قزم الحاضنة في الأم المطلقة فقط والحاضنة قد تكون جدة أو خالة ... ومن جهة أخرى لم يوضح الأساس الشرعي والقانوني لبقاء المطلقة الحاضنة في بيت الزوجية [2] ، فهذا لا يجوز شرعا لأنها أصبحت أجنبية عن مطلقها فكان عليه أن يلزم المطلق بمغادرة مسكن الزوجية والذهاب للبحث عن سكن آخر ، ولا يعتبر هذا تحيز لصالح المطلقة ولا إجحافا في حق المطلق لأن مصلحة المحضون فوق كل اعتبار .

ثالثا : حق الزيارة

نص المشرع على هذا الحق في المادة 64 ق.أ التي جاء فيها... " وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة " .

وعليه فالمشرع خول حق زيارة المحضون لمن لم تسند له الحضانة وأسلوب هذه المادة جاء على سبيل الوجوب ، كما أنه لم يحصر حق الزيارة على الأبوين فقط ، بل ترك الأمر إلى كل من يهمه بقاء المحضون على صلة به مراعاة لمصلحة هذا الأخير.

[1] - جاء ذلك في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1998/04/21 ، ملف رقم 189260 [من المقرر قانونا أن أجرة السكن حيث تمارس الحضانة تكون على الوالد . ومن ثم فإن قضاة المجلس لما قضوا بالحكم ببدل الإيجار للمطعون ضدها رغم أنها عاملة لكون أن أجرة سكن ممارسة الحضانة تكون على الوالد طبقا لأحكام المادة 72 من قانون الأسرة،طبقوا صحيح القانون] . انظر: الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، مرجع سابق ، ص 213.

[2]- باديس ذيابي ، آثار فك الرابطة الزوجية ، مرجع سابق ، ص 89 .

هذا ما أكده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/04/21 رقم 189181 الذي جاء فيه : [من المقرر شرعا ، أنه كما تجب النفقة على الجد لابن الابن، يكون له حق الزيارة أيضا][1] .

أما بالنسبة لمكان ومدة الزيارة فلم ينص المشرع صراحة لا على المكان الذي يجب أن تمارس فيه الحضانة ، ولا على المدة التي يستغرقها المستفيد من حق زيارة المحضون [2]

وعليه فالمشرع سوّى بين الأبوين في حق زيارة المحضون، وذلك للوقوف على أحواله ومتابعة شؤونه تحقيقا لمصلحته [3] .

وإذا قام الطرف المحكوم له بحق الحضانة بالامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة فإنه يكون قد تصرف بشكل يؤدي إلى اقتراف جريمة تمس بنظام الأسرة [4] .

المطلب الثالث: التعويض والنزاع حول متاع البيت

من آثار انحلال الرابطة الزوجية الجوانب المادية كالتعويض ومسألة المتاع، هذا ما سأحاول توضيحه في هذا المطلب، من خلال تقسيمه إلى فرعين: التعويض عن حل عقد الزواج فرع أول، النزاع حول متاع البيت فرع ثاني.

[1]-باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية،مرجع سابق، ص 91 .

[2]- بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي فإنه يشترط في مكان الزيارة أن يشعر فيه المحضون بالراحة وذلك من خلال القرار الصادر من المحكمة العليا بتاريخ 1998/12/15 رقم 214290 ، أما بالنسبة لمدة الزيارة فقد استقر القضاء في الجزائر على أن المحضون من حقه أن يزوره أبواه مرة كل أسبوع خلال العطل الأسبوعية كما يسمح له بزيارته في العطل الموسمية والأعياد والمناسبات الدينية والوطنية هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1990/04/16 رقم 59784 . لمزيد من المعلومات، أنظر: باديس ذيابي، المرجع نفسه ، ص 91 – 92 .

[3]- جدع آمال ، الحقوق المعنوية للأبناء في قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية مذكرة ماجستير،المشرف:علي بودفع، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،سكيكدة ، 2012 ، ص 155 .

[4]- معاقب عليها بموجب المادة 328 من قانون العقوبات الجزائري التي تنص على: " يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له حق المطالبة به وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف ".

الفرع الأول: التعويض عن حل عقد الزواج

الطلاق هو حكم منشئ لمراكز قانونية جديدة هي مركز المطلق ومركز المطلقة ولقد سبق وأن بينت أن الطلاق قد يكون بإرادة الزوج وحده أو بطلب من الزوجة أو بإرادتهما المشتركة وعليه فإن درجة الضرر الحاصلة لإحدى الزوجين من الطلاق تختلف بحسب الظروف التي أدّت إلى طلبه وبحسب الأسباب التي دفعت إلى ذلك لهذا سأدرس حالة بحالة.

أولا : التعويض في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

سبق وأن بينت بأن الزوج له الحق في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة وأن يستعمله دونما النظر إلى إرادة الزوجة في وقوعه فهل مجرد إيقاعه يجعل الطلاق تعسفيا ويترتب عليه إلزامه بدفع التعويض للمطلقة ؟.

إن العصمة بيد الزوج فإذا أصر على الطلاق رغم محاولة الصلح فإن القاضي لا يملك سوى الاستجابة لطلبه حتى ولو كان الأساس الذي اعتمد عليه الزوج غير جدي أو منعدم تماما ولكن انطلاقا من قاعدة لا ضرر ولا ضرار [1] ، وحتى لا تحس المطلقة بأن هناك إجحاف في حقها فإن المشرع قد منح لها الحق في طلب التعويض إذا ما أصابها ضررا من هذا الطلاق ، وذلك طبقا للمادة 52 ق. أ التي جاء فيها : " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها " .

وما يمكن استخلاصه من هذه المادة :

- أن التعويض مرتبط فقط بالتعسف في الطلاق.

[1]- الضرر يقصد به : إلحاق مفسدة بالغير مطلقا والضرار هو لحاق مفسدة للغير على وجه المقابلة وقاعدة لا ضرر ولا ضرار تعني أنه لا يجوز شرعا لأحد أن يلحق بالآخر ضررا ولا ضرارا . انظر : أسامة عبد العليم الشيخ ، قاعدة لا ضرر ولا ضرار في نطاق المعاملات المالية والأعمال الطبية المعاصرة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 78 - 79.

- لم يذكر المشرع المعايير التي يمكن للقاضي الاستئناس بها لتحديد ما إذا كان الطلاق قد استعمل بتعسف من الزوج أم لا، لأن صوره كثيرة لا حصر لها.

- عدم تحديد مقدار معين للتعويض .

- يفهم من خلال هذه المادة أن المسألة متروكة إلى السلطة التقديرية للقاضي ليقدر برأيه فيما إذا كان سبب الطلاق معقول أو غير معقول [1] ، لكن قد يؤدي هذا إلى إحداث اضطراب في الأحكام القضائية ، ذلك أن ما يعد سببا مقبولا في نظر بعض القضاة قد لا يعتبر كذلك في رأي البعض الآخر ، زيادة على ذلك قد تكون هناك أسباب خفية دفعت بالزوج إلى الطلاق ولا يريد التصريح بها لاعتبارات معينة ومن ثمة يعتبره القاضي متعسفا مع أنه ليس كذلك ، ولكي تحصل الزوجة على التعويض يجب أن يكون الطلاق قد وقع بقصد الإضرار بها والمشرع من خلال المادة السابقة لم يوضح المقصود بالضرر هل هو الضرر المادي أو المعنوي .

فالتعويض على الضرر المادي هو محل اتفاق جميع الفقهاء بينما هناك اختلاف بينهم في التعويض على الضرر المعنوي [2] .

والذي يظهر لي من خلال هذه المادة أن المشرع يقصد الضرر بمعناه العام الشامل للضرر المادي والمعنوي.

ومن أمثلة الضرر المعنوي هو ذلك الضرر الذي يصيب المرأة المطلقة قبل الدخول فيسبب لها ألما نفسيا كبيرا إذا جاءت الفرقة بسبب من قبل الزوج حيث ينطوى هذا المسلك

[1]- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 238 – 239 .
[2]- محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، ط1 ، دار المكتبي ، سوريا ، دمشق ، 1998 ، ص 50 .

على إهانة لها وجرح مشاعرها نظرا لما يبعثه الطلاق قبل الدخول من شكوك حول المرأة وأخلاقياتها [1] .

ولا تكلف المطلقة بإثبات الضرر الناتج عن الطلاق لأنه مفترض متى كان الأساس الذي اعتمد عليه الزوج لطلب الطلاق غير جدي أو غير كاف أو منعدم تماما وعليه فإن ق.أ قد أخذ بمبدأ التعسف في استعمال الحق ورتب جزاء على الزوج إذا تعسف في استعمال هذا الحق فأوجب عليه أن يعوض المطلقة عن الضرر الذي لحق بها.

لكن لو فوض الزوج لزوجته طلاق نفسها أو اشترطت عليه في عقد الزواج أن تكون العصمة بيدها ووافق على ذلك هل له الحق في طلب التعويض إذا تعسفت في تطليق نفسها بموجب التفويض ، كما لها الحق في المطالبة به إذا كان زوجها متعسفا ؟

وتكون الزوجة متعسفة في تطليق نفسها بموجب التفويض إذا أو قعته من غير سبب شرعي ودون حاجة داعية إليه وبمحض إرادتها وألحقت الضرر بالزوج فبذلك تكون قد أساءت استعمال هذا الحق في تطليق نفسها [2] .

بالرجوع إلى ق.أ لا نجد أي مادة قانونية تفرض له تعويضا عن هذا الطلاق على الرغم مما يلحق الزوج من خسائر مادية جمة وتفريق لا سبب له فيه .

وأنا أرى هذا لا يعد مبررا معقولا لعدم فرض التعويض فعندما وافق أن تكون العصمة بيدها وفوض لها أمرها لم يكن يتوقع أن تنتهي الحياة الزوجية بينهما دون سبب معقول فليس عدلا أن يفرض على الزوج تعويض عن الطلاق التعسفي بالإضافة إلى دفع

[1]- أسامة السيد عبد السميع، التعويض عن الضرر الأدبي دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي والقانون، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2007 ، ص 344 .

[2]- محمد جانم ، التدابير الشرعية ، مرجع سابق ، ص 263.

جميع ما يستحق عليه من حقوق المطلقة إذا وقع الطلاق من جانبه ودفع جميع مالها من حقوق مالية وعدم تعويضه بشيء إذا وقع الطلاق تعسفيا من جانبها .

ثانيا : التعويض في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة

سأتحدث عن التعويض إذا كانت الزوجة هي التي طلبت التطليق وإذا كان الطلاق من طرفها بواسطة الخلع

1- في حالة طلب الزوجة التطليق :

قبل تعديل قانون الأسرة كان هناك قضاة يحرمون المطلقة من التعويض لأنها هي التي طلبت التطليق [1] ، في حين أن هناك قضاة آخرون يمنحون لها التعويض مع الطلاق [2] إذا طلبته ولعل الاختلاف في الرأي يعود إلى غموض قانون الأسرة السابق ، لكن الآن وبعد تعديله فقد مدد حالات التعويض لتشمل الصورة الثانية ، المتمثلة في التطليق [3] . وذلك عندما نص في المادة 53 مكرر على ما يلي :

" يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها " .

وبهذا يكون المشرع قد وضع حدا للاضطراب الذي كان سائدا وعليه فالمطلقة تستحق التعويض لأن كل تلك الحالات في الحقيقة تحدث ضررا لها فلو لم تكن مضطرة لما لجأت

[1]- هذا ما أكده قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1989/03/27 ، ملف رقم 53017-8 الذي جاء فيه : [متى كان مقررا قانونا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفا زوجته ونتج عن ذلك ضررا لمطلقته ، فإن كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وحكم لها به ، فالحكم لها بالتعويض غير شرعي ومن ثم القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهما خاطئا للقانون]. انظر : باديس ذيابي ، آثار فك الرابطة الزوجية ، مرجع سابق ، ص 13 .

[2]- فجاء في قرار للمحكمة العليا رقم 245159 الصادر بتاريخ 2000/06/20 ما يلي :[من المستقر عليه قضاء أنه يمكن تعويض الزوجة الطالبة للطلاق في حالة ثبوت تضررها فعلا ...]. انظر: الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 259.

[3]- باديس ذيابي ، آثار فك الرابطة الزوجية ، مرجع سابق ، ص 14 .

إلى القضاء للمطالبة بالتطليق ، وتبقى السلطة التقديرية للقاضي في تعويضها أو رفض تعويضها لأن أسلوب المادة لم يأت على سبيل الوجوب .

وحسنا فعل المشرع عندما منح للمطلقة الحق في التعويض لأن الزوجة عندما تتضرر من المعاشرة الزوجية وتطلب التطليق هذا يعني أن هناك تعسف من جهة الزوج.

2- في حالة طلب الزوجة الخلع :

طبقا للمادة 54 ق.أ فإنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها بمقابل مالي سواء وافق الزوج على ذلك أم لم يوافق .

وقد خلصت فيما سبق إلى أن الخلع حق للزوجة مرجعه لإرادتها المنفردة يقابل حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة أيضا.

وطالما أن الخلع حق لها يخضع لمشيئتها ومرده دائما في كل مرحلة لإرادتها [1] ،فلا حق لها في التعويض وعلى العكس من ذلك، فهي الملزمة بدفع تعويض للزوج أو ما يسمى ببدل الخلع.

لكن أليس من المتصور أن تتعسف الزوجة في استعمال هذا الحق؟ [2] كما لو كان الزوج قائما بواجباته الزوجية والأسرية على الوجه الأكمل ثم تعمد إلى استعمال حقها في الخلع فتوقعه رغم تمسكه بها [3] ففي هذه الحالة ألا يكون للزوج الحق في طلب التعويض عما أصابه من ضرر مادي وأدبي زيادة على بدل الخلع الذي حصل عليه ؟ وذلك قياسا

[1]- أحمد حسام النجار ، الخلع ومشكلاته العملية والمنازعات المتعلقة به و إجراءاته العملية وأحكامه ، د .ط ، دار الكتب القانونية ، المحلة الكبرى ، 2004 ، ص 58 .

[2]- أكد مختصون في قضايا الأحوال الشخصية أن ظاهرة الخلع تفاقمت في الجزائر بعد تعديل قانون الأسرة فأصبحت هناك مبالغة في استعمال حق خلع الزوجة في مشاكل اعتبروها تافهة. لمزيد من المعلومات أنظر : مريم ب ، أغلب قضايا الخلع أسبابها تافهة ، جريدة النصر، 26 -03- 2012 العدد 13730 ، ص 23 .

[3]- حسام النجار، مرجع سابق ، ص 61 .

على حق الزوجة في طلب التعويض إذا طلقها بغير رضاها أو إذا طلبت هي التطليق لأسباب ترجع للزوج .

هناك من يرى بأن للزوج الحق في مطالبة المختلعة بالتعويض عن إساءة استعمال حق الخلع حسب القاعدة القانونية : أنه طالما ثبت الإخلال وجبت المسؤولية [1] . وهناك رأي آخر يقول بعدم جواز التعويض عن الخلع لأن الشريعة الإسلامية ألزمت المختلعة بالفداء وهو تعويض للزوج المخلوع عما يصيبه من جراء ذلك الخلع [2]

وأنا أوافق الرأي الثاني وهو ما أقره الشرع ذلك لأن بدل الخلع هو في حد ذاته تعويض للزوج والقول بغير هذا يعني تقييد لهذا الحق الممنوح للزوجة ووضع العراقيل في سبيل حصولها على الطلاق من زوجها خلعا ، خاصة وأن المفترض فيمن تسلك هذا السبيل أنها لا تجد طريقا سواه للتخلص من زوج لا ترغبه ويستحيل استمرار العشرة بينهما مع تعسفه في استعمال حقه في إيقاع الطلاق ورفضه [3] .

وعليه منح الزوج الحق في مطالبة الزوجة المختلعة بالتعويض يترتب عنه عدول الزوجة عن استعمال حقها في الخلع وهذا يؤدي إلى إجبارها على البقاء مع زوج لا ترغبه وإكراه لها دون مقتضى ومن ثم تعطيل لحكم شرعي دون مبرر ، وعليه فإن مجرد الخلع ولجوء الزوجة له لا يكون سببا موجبا للتعويض ، لكن إذا اقترن بأفعال أخرى ألحقت ضررا بالزوج جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية [4] .

---

[1]-حسام النجار، مرجع سابق ، ص 64 .
[2]- سامح سيد محمد ، الخلع بين المذاهب الأربعة ، ط2 ، دار أبو المجد ، مصر، 2005 ، ص 348 .
[3]-سامح سيد محمد، المرجع نفسه، ص 349 .
[4]-سامح سيد محمد، المرجع النفسه، ص 349 – 356.

وفي المقابل إذا كان الزوج هو الذي اضطرها إلى الطلاق خلعا لاسترجاع مهره فإن القاضي يحرمه من بدل الخلع وقد يحكم للزوجة بالتعويض .[1]

ثالثا : التعويض في حالة الطلاق بالتراضي

إذا كان الطلاق بالإرادة المشتركة للزوجين فإن القاضي لا يملك سوى الإشهاد لهما على الاتفاق الحاصل بينهما ، ولا يمكن للقاضي أن يحكم بالتعويض في هذا النوع من الطلاق لانعدام التعسف .

وهناك حالة تحرم فيها المطلقة من التعويض وعلاوة على ذلك تلزم بدفع التعويض لزوجها الذي طلقها وهي حالة النشوز فإذا ثبت نشوزها كان من حقه المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسب نشوزها [2] هذا ما أكدته المادة 55 ق. أ بقولها " عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر " والأمر نفسه بالنسبة للزوج فإذا ثبت نشوزه حكم للزوجة بالتعويض [3].

وقبل أن أختم كلامي عن التعويض ارتأيت أن أشير إلى أن حق المطلقة في التعويض في الفقه الإسلامي يسمى - المتعة -[4] شرعت لحكم كثيرة منها جبر خاطر المطلقة المنكسر بالطلاق وتطييب نفسها وتعويضا لها عن ألم الفراق لكن يستثنى من الحكم بالمتعة حالة كون

---

[1]- منصور رحماني، مرجع سابق، ص 368.

[2]- حيث جاء في قرار للمحكمة العليا رقم 90947 الصادر بتاريخ 1993/04/27 ما يلي :
[... ومن ثم عدم وجود أي سبب واضح يجعل من الزوجة تلجأ إلى طلب التطليق بعد نشوزها فإن ذلك يعد سببا كافيا لاعتبار الزوج متضررا من هذا الطلاق ، وعليه فإن قضاة الموضوع قد أخطأوا حين قرروا أن الضرر والتعويض عنه . يكون للزوجة وحدها مما يستوجب نقض قرارهم جزئيا وبدون إحالة]. انظر : فضيل العيش ، مرجع سابق ، ص 57 .

[3]- جاء في قرار للمحكمة العليا رقم 189226 الصادر بتاريخ 1998/04/21 :[... ومتى تبين في - قضية الحال – أن الطاعن ثبت نشوزه بامتناعه عن توفير السكن المنفرد المحكوم به للزوجة وتعويضها، طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن] . انظر :فضيل العيش ، المرجع نفسه، ص 55 .

[4]- متعة الطلاق عند المالكية تعني : ما يعطيه الزوج لزوجته المطلقة زيادة على الصداق لجبر خاطرها ، وعند الشافعية هي مال يجب على الزوج دفعه لامرأته لمفارقته إياها أما عند الإباضية فهي ما يعطى للمرأة بعد طلاقها . انظر : سعدي أبو جيب ، مرجع سابق ، ص 335 .

الطلاق قد تم بناء على طلبها ، وبالرجوع إلى ق. أ نجد أن المشرع لم ينص عليها واستبدالها بالتعويض [1] .

الفرع الثاني: النزاع حول متاع البيت

إن النزاع حول محتويات بيت الزوجية كأثر من آثار الطلاق يعد من أعقد المسائل المثارة في المحاكم ، فقد جرت عادات الناس منذ القديم على أن الزوجة تزف إلى زوجها بجهاز والزوج يعد مسكنا مستكملا لكافة مقوماته من أثاث وأدوات ضرورية وغيرها ، فإذا حدث انفصال بين الزوجين يقع الخلاف بينهما أو بين أحدهما وورثة الآخر أو بين ورثتهما حول ملكية متاع المنزل [2] .

فكيف عالج المشرع هذا الأمر وهل سوّى بين المطلقين عند الفصل في هذا النزاع ؟ إن ق.أ اكتفى بمادة وحيدة فقط للفصل في هذه المسألة وهي المادة 73 التي جاء فيها ما يلي : " إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين " .

من خلال نص هذه المادة يتضح بأن المشرع قد سوّى بين المطلقين في حالة حدوث نزاع بينهما حول ملكية متاع البيت غير أن المشرع لم يختر المصطلح الصائب لطرفي النزاع فبتغيير مراكز الزوجين إلى مركز المطلقين يسقط عن المطلقة مصطلح – الزوجة – كما يسقط عن المطلق مصطلح – الزوج –.

[1]- هناك فرق بين التعويض والمتعة فهي ليست مرتبطة بالتعسف وتثبت للمطلقة بغض النظر عن كون الزوج متعسفا في طلاقه أم لا في حين أن التعويض مرتبط بتعسف الزوج ، كذلك التعويض لا فرق فيه بين المطلقة قبل الدخول وبعده ولا بين المطلقة قبل تسمية المهر والمطلقة بعد التسمية في حين الفقه فرق بين المطلقات في حكم المتعة . لمزيد من المعلومات، انظر : محمد ناجم ، التدابير الشرعية ، مرجع سابق ، ص 235- 236 .

[2]- أنور العمروسي ، مرجع سابق ، ص 393 .

اشترطت المادة السابقة في حالة مطالبة أحد المطلقين بتمكينه من أثاثه إقامة البينة أولا على دعواه حيث نصت على أنه " إذا وقع النزاع.. وليس لأحدهما بينة " ففي حالة انكار المدعى عليه لهذا الأثاث نكون أمام قاعدة * البينة على من ادعى واليمين على من أنكر * [1] فلو أقام أحدهما بينة على صدق دعواه وقبلت دعواه حكم له بها مطلقا [2] .

وإن عجز عن إثبات ما يدعيه توجه يمين النفي للمدعى عليه ينكر من خلالها وجود المتاع المدعى به [3] .

لكن إذا نكل عن أداء يمين النفي خسر دعواه هذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قرارتها الصادرة [4] .

وإذا لم تكن لأحدهما بينة هنا نكون بصدد تطبيق المادة 73 ق.أ التي نصت على أنه في حالة انعدام البينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال.

معنى ذلك أنه يجب على القاضي أن يميز بين ما هو للرجال عادة وعرفا وما هو للنساء عادة وعرفا ، فإذا ادعى المطلق ملكيته للمتاع ولم تكن له بينة قانونية مقنعة لإثبات ما يدعي توجه له اليمين للحكم له به والأمر نفسه إذا ادعت المطلقة ملكيتها للمتاع [5] .

وجاءت الفقرة الأخيرة من المادة السابقة تنص على أن المشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين والمتاع المشترك هو الذي يصلح عادة للرجال والنساء معا لأن الرجل كما قال

---

[1]- باديس ذيابي ، آثار فك الرابطة الزوجية ، مرجع سابق ، ص 97 .

[2]- محمد جانم ، آثار عقد الزواج ، مرجع سابق ، ص 218 ، انظر : قيس عبد الوهاب الحيالي ، ملكية أثاث بيت الزوجية ، ط1 ، الحامد ، د.م ، 2008 ،ص 101 .

[3]- باديس ذيابي ، آثار فك الرابطة الزوجية ، مرجع سابق ، ص 97.

[4]-بتاريخ 1992/04/14 رقم 81850 الذي جاء فيه : [من المقرر قانونا أن الناكل عن اليمين خاسر دعواه . ومتى تبين – في قضية الحال –أن المطعون ضدها قد وجه لها القاضي الأول تأدية اليمين طبقا لأحكام المادة 73 من ق. أ على تركها أثاثها ومصوغتها في بيت الزوجية غير أنها امتنعت عن تأديتها وعليه فإن القرار المنتقد لما سمح للمطعون ضدها بتأدية اليمين التي وجهت لها سابقا و نكلت عنها أخطأ في تطبيق القانون ...]. انظر : فضيل العيش، مرجع سابق ، ص 70 .

[5]- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 153.

الشافعي [1]: (قد يملك متاع النساء بالشراء والميراث وغير ذلك والمرأة قد تملك متاع الرجال بالشراء والميراث وغير ذلك) ففي هذه الحالة توجه اليمين لهما ويقسمانها سوية أو يقسمان ثمنها [2] .

أما عن مكان حلف اليمين وكيفية أدائها فالمشرع لم ينص على ذلك مع هذا فعلى القاضي أن يحرص على أداء اليمين في حضوره وحضور الخصوم داخل قاعة الجلسة وأن يسهر على أدائها وفقا للصيغة المحددة[3]في القانون طبقا للمادتين 191، 193 ق. إ. م . إ [4].

[1]-الشافعي،الأم،ج5، د.ط، د. د. ن،د.م،د.ت،ص 135.
[2]- حيث جاء في قرار م.ع رقم 189245 المؤرخ في 1998/04/21 ما يلي :
[من المقرر قانونا أن المشتركات بين الزوجين في الأمتعة يتقاسمانها مع اليمين...].أنظر:فضيل العيش،مرجع سابق، ص 71 .
[3]- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 153.
[4]- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة2008.

خلاصة:

و كخلاصة لهذا الفصل و بعد دراسة المركز القانوني للزوجين في إنهاء عقد الزواج تبين لي بأن هناك مساواة بينهما في إنهاء هذا العقد و الآثار المترتبة عنه و يتجلى ذلك فيمايلي:

- الطلاق حق و حل معقول بعد فساد العلاقة بين الزوجين فهو حق خالص للزوج يملك إيقاعه بنفسه حتى و لو لم يتضرر و القانون لا يجبره على توضيح أسباب إقدامه على ذلك، و المتفحص بأمور الطلاق يجد أن الله جعله مغنما للرجل و ربطه بالمهر و النفقة اللذين جعلهما مغرما عليه و في المقابل فقد جعل الله من المهر و النفقة مغنما للزوجة و ربطهما بالطلاق الذي جعله مغرما عليها، فالزوجة غرمت الطلاق و لكنها غنمت بالمقابل المهر و إن الزوج غرم المهر و لكنه غنم بالمقابل حق الطلاق[1].

و لا ينحصر على الزوج ليمارسه بإرادته المنفردة فحسب، خول للزوجة أيضا بإرادتها المنفردة في إطار الخلع دون إحتياج إلى موافقة الزوج حيث إرتقى حقها في الخلع من الرخصة إلى الحق الأصيل و في ذلك مساواة بين الزوجين من ناحية المبادرة بالطلاق.

- كما منح المشرع للزوجة طلب التطليق بتوافر جملة من الأسباب المنصوص عليها بموجب المادة 53 ق. أ و بذلك يكون قد راع جانب الزوجة لرفع الحرج و الضرر عنها حين لا تملك ما لا تفتدي به نفسها ففتح لها بابا للخلاص و إن لم يرض الزوج، و في هذا تكريس لمطلق العدالة،كما يمكن للزوج إذا أراد أن يبرر طلاقه حتى لا يعتبر متعسفا فيه أن يستند إلى بعض الأسباب المذكورة في المادة السالفة التي تؤسس الزوجة عليها طلبها للتطليق كتلك المتعلقة بالعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، الفاحشة المبنية و الشقاق المستمر و مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج و كل ضرر معتبر شرعا.

- كما يمكن للزوجة أن تحتفظ بحق تطليق نفسها وقت ما تشاء دون توقف على إرادة الزوج عن طريق إشتراط ذلك في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق و تسمى في هذه الحالة بالمفوضة.

[1]- منال محمود المشني، مرجع سابق، ص 191.

- منح المشرع للزوجين الحق في إنهاء عقد الزواج بإرادتيهما المشتركة و هو ما يعرف بـ: " الطلاق بالتراضي" الذي جاء من المركز المتكافئ للزوجين في إنهاء هذا العقد، و هو الأفضل لأن من بين آثاره الإتفاق مثلا على التربية المشتركة للأولاد لضمان حقوقهم و مستقبلهم و هو النوع الوحيد الذي يتم بدون مخاصمة و لا نزاع و لا يعرض الحياة الخاصة و أسرارها للتفشي[1].

و عليه فصور فك الرابطة الزوجية أضحت تتطور شيئا فشيئا لتصل في الأخير إلى مرتبة التوازن و التساوي بين الزوج و الزوجة في إحداث أثر فك الرابطة الزوجية[2] .

- أما عن الآثار المترتبة عن إنهاء عقد الزواج، فقد تبين بأن العدة أو التربص مسألة شخصية خاصة بالمطلقة فقط، أما عن حق حضانة الأبناء فإعطاء الأولوية للأم فيها سببه هو تلك العاطفة الزائدة للأبناء الخاصة بها و هذا منطقي لأنها فطرة فطرها الله عليها و لا يعتبر هذا من قبيل التمييز ضد الأب لأنه حق من الحقوق الطبيعية لها، لكن كلاهما متساهمان في ممارسة نفس الحق ألا و هو حق تربية الأولاد.

و قانون الأسرة لم يهمل حق الأب في الحضانة فأصبح من حقه حضانة الأبناء مباشرة بعد الأم و تبقى دائما مصلحة المحضون فوق مصلحة الحاضن كما منح المشرع لمن لم تسند إليه الحضانة الحق في زيارة المحضون.

- كما سوى المشرع بين الزوجين من ناحية المبادرة بالطلاق سوى بينهما كذلك من جانب أثره "التعويض".

- أما عن النزاع حول متاع البيت كأثر من آثار حل عقد الزواج فالمشرع قد سوى بين المطلقين في حالة نشوب نزاع بينهما حول ملكية متاع البيت الذي ينتهي لصالح من له بينة و هذا على أساس الشيء محل النزاع.

[1]- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 261.

[2]- باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 82.

في نهاية هذا البحث يمكن تسجيل أهم النتائج و الملاحظات التي توصلت إليها في النقاط الآتية:

- هناك مساواة بين المركز القانوني للزوج و الزوجة في إبرام عقد الزواج و الآثار المترتبة عنه.
- هناك مساواة بين المركز القانوني للزوج و الزوجة في إنهاء عقد الزواج و الآثار المترتبة عنه.
- قانون الأسرة الجزائري المعدل أزال الغموض على عدة نقاط كانت محل نقاش و مثال على ذلك التنصيص صراحة على إلغاء سلطة الولي في منع و إجبار المرأة البالغة على الزواج و المساواة بين الزوجين في السن القانونية للزواج و منح الزوجة الحق في الخلع دون اشتراط موافقة الزوج و الحق في الحصول على تعويض عن الضرر اللاحق في حالة الحكم بالتطليق كما ألغى حق الطاعة، إلا أنه لم يكن موفقا في إلغاءه لأنه حق فسر من منظور خاطئ بعيد عن مبادئ الشريعة الإسلامية فالطاعة المقصودة هي طاعة الزوجة زوجها بالمعروف و في المعروف فليس المقصود بها الطاعة الاستبدادية، كما أن القوامة أعطيت بصورة تتماشى مع التكوين الفطري و الجسدي لكل من الزوج و الزوجة و ليس الهدف منها التمييز بين الزوجين.

كما أن أغلب مواد قانون الأسرة الجزائري المنظمة للعلاقة بين الزوجين مستمدة من أحكام شريعتنا الإسلامية الغراء التي لا تفرق بين الزوج و الزوجة في الحقوق إلا حيث تدعو إلى هذه التفرقة مراعاة طبيعة كل من الجنسين و أعبائه في الحياة و ما يصلح له.

و عليه فهذا القانون كفيل بحماية حقوق كل من الزوجين و تحقيق المساواة بينهما.

- قانون الأسرة المعدل يتفق في كثير من الأحيان مع القانون الدولي في المساواة بين مركز الزوجين في إبرام و إنهاء عقد الزواج رغم كون الدين الذي يستمد منه قانون الأسرة أحكامه يعتبر حجر عثرة في نظر القانون الدولي للتطبيق الكامل لحقوق الإنسان في المجتمع الجزائري، فجاءت التعديلات التي أدخلها المشرع على قانون الأسرة متأثرة بواقع التحولات العالمية المختلفة التي تسعى إلى الارتقاء بالمرأة و اكتساب حقوقها بالمساواة مع

الرجل انطلاقا مما تفرضه القوانين العالمية لحقوق الإنسان إلا أنه يختلف معه في بعض الأمور لا سيما تلك المتعلقة بتعدد الزوجات، الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج و هو أمر منطقي فليس من الضروري أن يتفق قانون الأسرة مع القانون الدولي في المسائل التي يشوبها نقص، فينبغي الاستفادة من أحكامه عندما يعزز مركز الزوجين و في هذا الإطار أبدت الجزائر تحفظاتها على بعض المواد من اتفاقية القضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة.

- كما لا يفوتني في هذا المقام أن أقدم توصيات أراها ضرورية لتعزيز المركز القانوني للزوجين في إبرام و إنهاء عقد الزواج و هي كالآتي:

- ينبغي إعادة صياغة المادة 20 من قانون الأسرة كما يلي:

" يتم عقد الزواج بحضور أطرافه و التوكيل جائز وفق الشروط الآتية:

1-وجود ظروف خاصة لا يتأتى معها للموكل أن يقوم بإبرام عقد الزواج بنفسه.

2-يشترط أن تفرغ الوكالة في محرر رسمي و يتم فيها تعيين الزوجين ".

- إدخال نصوص في قانون الأسرة تسمح للزوجين بإجراء عقد الزواج عن طريق وسائل الاتصال الحديثة و تنظيم الإجراءات اللازمة لذلك و تقييده بضوابط و شروط منها أن يقتصر في اللجوء إلى تلك الوسائل على الأفراد الذين لا تسمح لهم الظروف باللقاء في مجلس واحد منعا للحرج و دفعا للمشقة.

- أقترح حذف عبارة "أو أي شخص آخر تختاره" من نص المادة 11 ق.أ و إعادة صياغتها كالتالي: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها أو أحد الأقارب والقاضي ولي من لا ولي له".

و ذلك لأن شرط الولي يستهدف تحقيق مصلحة الزوجة فهو حق لها ينبغي التمسك به.

- على المشرع أن يمنع الأولياء من إجبار الزوج القاصر على الزواج من دون رضاه لأن الإجبار كما يمارس على القاصرة يمارس أيضا على القاصر.

- على المشرع أن يفرض تعويض على الزوجة تدفعه لزوجها إذا تعسفت في تطليق نفسها بموجب التفويض.

و على الرغم ما بذلته من جهد في هذا الموضوع إلا أنني في الوقت نفسه لا أدعي استيفاء الموضوع حقه فالكمال لله – عز و جل- و يكفيني أني ساهمت بقلمي في ميدان العلم الواسع و الفضل أولا و أخيرا لله على توفيقه و عنايته و رعايته و الشكر لله دائما و أبدا.

❖ القرآن الكريم.

أولا: كتب عامة

1- أبو داود، سنن أبي داود،ج2، دارالحديث ، القاهرة ،1992.

2- أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير،ج2، د. ط، دار الفكر، د.د.م، د. ت.

3- أحمد حسام النجار، الخلع و مشكلاته العملية و المنازعات المتعلقة به، د. ط، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، 2004.

4- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، د. ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.

5- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق و حقوق الأولاد و نفقات الأقارب، الدار الجامعية، بيروت، 1991.

6- أحمد لعور و نبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، د. ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007.

7- أحمد محمود خليل، عقد الزواج العرفي، أركانه و شروطه و أحكامه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.

8- أحمد نصر الجندي،الأحوال الشخصية في القانون الكويتي،د.ط،دار الكتب القانونية،مصر المحلة الكبرى،2006.

9- أسامة السيد عبد السميع، التعويض عن الضرر الأدبي، دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي و القانون، د. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

10- أسامة عبد العليم الشيخ، قاعدة لا ضرر و لا ضرار في نطاق المعاملات المالية و الأعمال الطبية المعاصرة في الفقه الإسلامي و القانون الوصفي، د. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

11- الأكحل بن حواء نظرية الولاية في الفقه الإسلامي و القوانين العربية، الشركة الوطنية، الجزائر، 1982.

12- أكرم ياغي، قوانين الأحوال الشخصية، تشريعا و فقها و قضاء، ط1، زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.

13- أنور العروسي، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين،ج2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2005.

14- ابن جزي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية و التنبيه على مذهب الحنفية و الشافعية، د. د. ن، د. م، د. ت.

15- ابن حزم، المحلى،ج9، د. ط، المكتب التجاري، بيروت.

16- ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، دار الكتب الحديثة، د. م، د.ت.

17- ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في خير هدي العباد،ج5، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1998.

18- ابن ماجة، سنن ابن ماجة، دار الفكر، بيروت، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي.

19- ابن منظور، لسان العرب المحيط،ج2،ج4، ط1، دار صادر بيروت، 1990.

20- آدام عبد الله الأولو ري، الإسلام و تقاليد الجاهلية، مطبعة المدن، القاهرة، د. ت.

21- باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007.

22- باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية ، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.

23- البخاري، صحيح البخاري، تحقيق مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، بيروت.

24- بدران أبو العينين بدران، الفقه بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون المقارن للأحوال الشخصية،ج2، د. ط، دار النهضة العربية، بيروت، د. ت.

25- بلقاسم شتوان، الطلاق في الفقه المالكي دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية و قانون الأسرة الجزائري، دار الفجر، قسنطينة، الجزائر، د. ت.

26- البهي الخولي، الإسلام و قضايا المرأة المعاصرة، ط4، دار القلم، الكويت، 1984.

27- الترميذي، سنن الترميذي، ج3.

28- تقي الدين ابن تيمية، القواعد و الضوابط الفقهية في فقه الأسرة،ج2، د. ط، دار البيان الحديثة، د. م. د. ت.

29- تقي الدين ابن تيمية، أحكام الزواج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1996.

30- تقي الدين ابن تيمية، فتاوى النساء، مكتبة القرآن، القاهرة، د. ت.

31- جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه المقارن و القانون، ط$_1$، دار الحامد، الأردن، 2009.

32- جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه و القانون، ط $_1$، دار الحامد، الأردن، 2009.

33- جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه و القانون، ط $_1$، دار الحامد، الأردن، 2009.

34- الجيلالي تشورا، الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية البيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2001.

35- حسن أيوب، فقه الأسرة المسلمة، ط$_4$، دار السلام، القاهرة، 2008.

36- حسن عبد الغني أبو غدة، حق المرأة في اشتراط عدم الزواج عليها دراسة شرعية اجتماعية، ط$_1$، مكتبة الرشد، الرياض، 2005.

37- حسن محمد هند و مصطفى عبد المحسن الحبشي، النظام القانوني لحقوق الطفل، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2007.

38- حسن محمد يوسف، اختيار الزوجين في الإسلام و آداب الخطبة، ط$_2$، دار بوسلامة، تونس، 1985.

39- حسين مظاهري، أخلاقيات العلاقة الزوجية، ط$_1$، دار التعارف، بيروت، لبنان، 1994.

40- خليل أنطوان صفير و فؤاد يوسف نهرا، أحكام الأحوال الشخصية لدى جميع الطوائف اللبنانية، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، د. ت.

41- رشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط$_1$، دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، 2008.

42- رعد مقداد محمود الحمداني، النظام المالي للزوجين دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و التشريعات العربية و التشريعات الفرنسية، ط1، الدار العلمية الدولية، الأردن، 2003.

43- زهدي يكن، الطلاق في الإسلام، ط2، المكتبة العصرية، بيروت،د.ت.

44- سالم عبد الغني الرافعي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، ط1، دار ابن الحزم، لبنان، بيروت، 2002.

45- سامح السيد محمد، الخلع بين المذاهب الأربعة، ط2، دار أبو المجد، مصر، 2005.

46- سعاد سطحي و نصر سلمان، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، د. ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2003.

47- سعد صادق، المرأة بين الجاهلية و الإسلام، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، 1998.

48- سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي لغة و اصطلاحا، ط2، دار الفكر، دمشق، 1988.

49- سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج و الطلاق، ط1، دار النفائس، الأردن، 2000.

50- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار طليطلة، الجزائر، 2010.

51- الشافعي، الأم، د.د.ت، د. م، د. ت.

52- صافي ناز شلبي و محمد متولي قنديل، مدخل إلى رعاية الطفل و الأسرة، ط1، دار الفكر، الأردن، 2006.

53- طه طلال عبد العليم، فقه المرأة الميسر على المذاهب الأربعة.

54- عامر سعيد الزيجاني، أحكام الخلع، في الشريعة الإسلامية، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 1997.

55- عباس محمود العقاد، الفلسفة القرآنية، دار الهلال، د. م، د. ت.

56- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، د. ط، دار الثقافة، الأردن، 2009.

57- عبد الحميد خزار، الأسرة القدوة، دار الشهاب، باتنة، الجزائر،د.ت.

58- عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية و القوانين الأجنبية و قوانين الأحوال الشخصية العربية، ط2، دار الفكر، د. م، 1968.

59- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة،ج4، دار الفكر، د. م، 1969.

60- عبد الرحمن العك، آداب الحياة الزوجية، في ضوء القرآن و السنة، ط8، دار المعرفة، بيروت، 2001.

61- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام-،المجلد الأول، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.

62- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار و العارية، المجلد الأول.

63- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،ج1، د. ط، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ت.

64- عبد العال الطهطاوي، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع و الطلاق و الظهار، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002.

65- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر، 1996.

66- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، ط4، دار الهومة، الجزائر، 2010.

67- عبد الفتاح أحمد أبو كلية، الفحص الطبي قبل الزواج و الأحكام الفقهية المتعلقة به دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

68- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، ط1، دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، 2007.

69- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، 2010.

70- عبد اللطيف السيد، حقوق المرأة و حقوق زوجها كما جاء بها الرسول صلى الله عليه و سلم، دار الكتب، الإسكندرية، مصر، 2006.

71- عبد الله النوري، سألوني عن المرأة، ذات السلاسل، الكويت، 1986، عمر رضا كحالة، الطلاق، ط3، د. د. ن، 1982.

72- عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات من النواحي الدينية و الاجتماعية و القانونية، الشركة المصرية، القاهرة، 1972.

73- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وقف مذهب أبي حنيفة و ما عليه العمل بالمحاكم، ط2، دار القلم، الكويت، 1990.

74- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري،ج1، د. ط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1999.

75- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،ج1، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر،1988.

76- العربي بلحاج، أحكام الزواج، في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر تعديلات و مدعم باجتهادات المحكمة العليا،ج1، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2012.

77- العربي بلحاج، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، د. ت.

78- عصام أنور سليم، الوجيز في عقد الإيجار- الأحكام العامة في الإيجار-، د. ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.

79- عصام أنور سليم، أصول الأحوال الشخصية لغير المسلمين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.

80- عصام نور سرية، دور المرأة في تنمية المجتمع، مؤسسة شباب الجامعة، د. م، 2002.

81- علي حسب الله، الزواج في الشريعة الإسلامية، ط1، دار الفكر العربي، د. م، 1971.

82- علي محمد علي قاسم، نشوز الزوجة، أسبابه و علاجه في الفقه الإسلامي، د. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.

83- عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، د. ط، منشورات باجي مختار، عنابة، 2006.

84- غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل دراسة مقارنة بين الشرع و القانون، ط1، دار طليطلة، الجزائر، 2011.

85- فالح بن محمد الصغير، المرأة المسلمة و مسؤولياتها في الواقع المعاصر، ط4، الرياض، 1430 هـ.

86- فضيل العيش، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2007.

87- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن الكريم،ج7، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان،2006.

88- قيس عبد الوهاب الحيالي، ملكية أثاث بيت الزوجية، ط1، الحامد، د. م، 2008.

89- لعسيري عباسية، حقوق المرأة و الطفل، في القانون الدولي الإنساني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006.

90- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و آثاره، ط2، دار الفكر العربي، مصر، د. ت.

91- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957.

92- محمد إسماعيل، إبراهيم، الزواج، دار الفكر، د. م، د. ت.

93- محمد باوني، عقد الزواج و آثاره دراسة مقارنة بين الفقه و القانون، ط1، مكتبة اقرأ، قسنطينة، الجزائر، 2009.

94- محمد جوار مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، الجعفري، الحنفي، المالكي، الشافعي، الحنبلي، ط6، دار العلم للملايين، بيروت، 1979.

95- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2006.

96- محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، ط1، دار المكتب، دمشق، سوريا، 1998.

97- محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2002.

98- محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية محرز باجتهادات المحاكم الشرعية،ج1، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، د. م، 2006.

99- محمد السيد الزعبلاوي، الأمومة في القرآن الكريم و السنة النبوية، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1985.

100- محمد صبري سعد، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام-التصرف القانوني-،ج1، ط2، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004.

101- محمد صالح القيمين و عبد العزيز بن محمد، الزواج في الشريعة الإسلامية، د. ط، دار السلفية، الجزائر، د. ت.

102- محمد الطاهر ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ط1، الشركة التونسية،د.م.ن، 1978.

103- محمد علي البار،خلق الانسان بين الطب و القرآن ،ط4،دار السعودية،د.م،1983.

104- محمد الغزالي، قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة و الوافدة، ط1، دار الشروق، الجزائر، 1992.

105- محمد محدة، الأحكام الأساسية للأحوال الشخصية،ج1، دار الشهاب، باتنة، الجزائر، د.ت.

106- محمد المصري أبو عمار، الزواج الإسلامي السعيد، ط1، مكتبة الصفا، القاهرة، 2006.

107- محمد مصطفى شلبي، أحكام أسرة في الإسلام، ط4، الدار الجامعية، بيروت، 1983.

108- محمد مهدي الإسطنبولي، تحفة العروس أو الزواج الإسلامي السعيد، ط8، دار الفكر، د. م، 1985.

109- محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي دراسة تشريعية و فقهية، د. ط، الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1998.

110- محمد كمال الدين إمام، الطلاق عند المسلمين دراسة فقهية و قانونية، د. ط، الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1997.

111- محمود سمير عبد الفتاح، التنظيم القانوني و الاجتماعي للأسرة، دار المعرفة الجامعية، الأزا ريطة، 2005.

112- محمود شلتوت، الإسلام عقيدة و شريعة، ط8، دار الشروق، د. م، 1975.

113- مسلم: صحيح مسلم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

114- مصطفى السباعي المرأة بين الفقه و القانون،ط7،دار الوراق المملكة العربية السعودية،1999.

115- معوض عبد التواب، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية،ج1، ط8، مطبعة الانتصار، الإسكندرية،2000.

116- منال محود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية و آثاره، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، ط1، دار الثقافة، عمان، 2008.

117- موفق الدين ابن قدامة، المغني،ج9، دار عالم الكتب، الرياض، د. ت.

118- نبيل صقر،قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا،دار الهدى،عين مليلة،الجزائر،2006

119- ناصرأحمد ابراهيم النشوى،موقف الشريعة من تولي المرأة لعقد النكاح،دراسة فقهية مقارنة،دار الجامعة الجديدة،القاهرة،2005

120- النديرمصمودي، مشكلات الزواج والحل الإسلامي، ط1، دار البعث، قسنطينة، الجزائر،1985.

121- االنسائي: سنن النسائي،ج6، دار الكتب العلمية، بيروت، د. ت.

122- وائل أنور بندق، المرأة و الطفل و حقوق الإنسان، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.

123- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته،ج7، دار الفكر، الجزائر، د. ت.

124- يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2011.

125- يوسف دلاندة، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ و اجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية و المواريث، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2004.

126- يوسف القرضاوي، فتاوى معاصرة في شؤون المرأة و الأسرة، دار البعث، قسنطينة، 1987.

127- يولا حريقة، موسوعة الأسرة الحديثة، بسيكوبيديا تربوية نفسية، اجتماعية من الحمل حتى البلوغ،ج2، ط$_1$، سنترنوبيليس، بيروت، 2001.

128- أهم الاتفاقيات المصادق عليها من طرف الجزائر، د. د. ت، الجزائر، 2009.

129- الزواج و الطلاق في الشريعة و القانون، د. ط، دار العلوم، عنابة، 2001.

ثانيا: كتب متخصصة

1-أبو القاسم الديباجي، حقوق المرأة في الإسلام، ط$_1$، د. د. ت، د. م، 2003.

2- أعمر يحياوي، المساواة في الحقوق بين الرجل و المرأة في القانون الدولي و التشريع الجزائري، دار الأمل، تيزي وزو، الجزائر، 2010.

3- أيوب الحائري، ثلاثون سؤالا و شبهة تدور حول المرأة، دار الولاء، بيروت، لبنان، د. م، د. ت.

4- خالد مصطفى فهمي، حقوق المرأة بين الاتفاقيات الدولية و الشريعة الإسلامية و التشريع الوصفي دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

5- محمد بلتاجي، مكانة المرأة في القرآن الكريم و السنة الصحيحة الحقوق السياسية و الاجتماعية و الشخصية للمرأة في المجتمع الإسلامي دراسة مؤصلة موثقة مقارنة، ط1، دار السلام، القاهرة، مصر، 2000.

6- محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2006.

7- مرتضى المطهري، نظام حقوق المرأة في الإسلام، ط1، دار الكتاب الإسلامي، إيران، 2005، ص 37.

ثالثا: الرسائل الجامعية

1- عيسى حداد،الأهلية في النظام القانوني الجزائري،دراسة مقارنة،رسالة دكتوراه،جامعة باجي مختار،عنابة،2008-2009.

2- محفوظ بن صغير،الإجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري،رسالة دكتوراه،كلية العلوم الإجتماعية والإسلامية،باتنة،2009.

3- مليكة قبزيلي،حقوق المطلقة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، مذكرة ماجيستير، قسنطينة، 2003.

4- عربية لعنابي،ولاية المرأة على النفس و المال في الفقه الإسلامي المقارن ،مذكرة ماجستير،جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية،2011-2012.

5- ابتسام مليط، الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الإسلامية و القانون الوصفي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، سكيكدة،2012.

6- آمال جدع، الحقوق المعنوية للأبناء في قانون الأسرة الجزائري، و الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، سكيكدة، 2012.

7- حفيظة فضلة، الضرر كسبب لفك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، سكيكدة،2012.

رابعا: الدوريات العلمية

- مجلة الشريعة و الدراسات الإسلامية، العدد 28، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر،1996.

- مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001.

- مسعود بن موسى،الثابت والمتغير من أحكام الأسرة، مجلة المعيار، العدد09، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر،2004.

- رشيد بن شويخ،أحكام الخلع في الشرع والقانون والقضاء، مجلة المعيار، العدد09، 2004

- منصور رحماني،عبقرية التشريع في مسألتي الطلاق وتعدد الزوجات،مجلة المعيار، العدد09، 2004 .

خامسا: القوانين و الأوامر و المراسيم

- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم.

- الأمر رقم 70- 20 مؤرخ في 19 فبراير سنة 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية الجزائري.

- الأمر رقم 75- 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل بموجب الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 1996/12/09.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم.
- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
- الأمر رقم 08- 09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
- المرسوم التنفيذي 06- 154 المؤرخ في 11 ماي 2006 المتعلق بشروط كيفية تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من قانون الأسرة المتضمن الشهادة الطبية ما قبل الزواج.

سادسا: الجرائد

- مريم ب،أغلب قضايا الخلع أسبابها تافهة،جريدة النصر،العدد 13730، سنة 2012.
- ليلى مصلوب، راتب الزوجة فتنة تفجر الأسر الجزائرية، جريدة الشروق، العدد 3878، سنة 2012.

سابعا: المواقع الإلكترونية

- Science juridique.ahlamontada.net.
- Fiqh.islammessage.com.
- Islamq.info/ar/ref/105531.

الموضـــــــــــوع	الصفحة
مقدمة	أ - و
فصل تمهيدي: موقع عقد الزواج من العقود الأخرى	21-08
المبحث الأول: مفهوم العقد	16-09
المطلب الأول: تعريف العقد و تقسيمات العقود	11-09
الفرع الأول: تعريف العقد	09
الفرع الثاني: تقسيمات العقود	11-09
المطلب الثاني: تكوين العقد	14-12
الفرع الأول: التراضي	13-12
الفرع الثاني: المحل	14-13
الفرع الثالث: السبب	14
المطلب الثالث: أثر العقد و انحلاله	16-14
الفرع الأول: أثر العقد	15-14
الفرع الثاني: انحلال العقد	16-15
المبحث الثاني: الطبيعة القانونية و الشرعية للزواج	17-16
المطلب الأول: الطبيعة القانونية للزواج	17-16
المطلب الثاني: الطبيعة الشرعية للزواج	17
المبحث الثالث: تمييز عقد الزواج عن بقية العقود الأخرى	21-17
المطلب الأول: تمييز عقد الزواج عن عقد البيع	19-17
الفرع الأول: وجه الشبه بين عقد الزواج وعقد البيع	18
الفرع الثاني: أوجه الإختلاف بين عقد الزواج وعقد البيع	19-18
المطلب الثاني: تمييز عقد الزواج عن عقد الإيجار	21-19
الفرع الأول: وجه الشبه بين عقد الزواج وعقد الإيجار	20

الفرع الثاني: أوجه الإختلاف بين عقد الزواج وعقد الإيجار	21-20
الفصل الأول: المركز القانوني للزوجين في إنشاء عقد الزواج	86-23
المبحث الأول: أركان و شروط عقد الزواج	65-24
المطلب الأول: أركان عقد الزواج	32-24
الفرع الأول: رضا الزوجين في عقد الزواج	31-24
الفرع الثاني: عيوب الإرادة في الزواج	32-31
المطلب الثاني: شروط عقد الزواج	61-32
الفرع الأول: الشروط الموضوعية	55-32
الفرع الثاني: الشروط الشكلية	61-55
المطلب الثالث: الشروط المقترنة بعقد الزواج	65-62
الفرع الأول: الشروط الفاسدة التي تخالف مقتضى عقد الزواج	63-62
الفرع الثاني: الشروط الصحيحة التي تناسب مقتضى عقد الزواج.	65-63
المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن إنشاء عقد الزواج.	84-66
المطلب الأول: حقوق الزوجة على زوجها	73-66
الفرع الأول: الحق في الصداق	67-66
الفرع الثاني: الحق في النفقة.	72-67
الفرع الثالث: الحق في العدل.	73-72
المطلب الثاني: حقوق الزوج على زوجته.	79-74
الفرع الأول: الحق في الطاعة.	76-74
الفرع الثاني: الحق في الرضاع.	77-76
الفرع الثالث: الحق في القرار في بيت الزوجية و القيام على شؤونه.	79-77
المطلب الثالث: الحقوق المشتركة بين الزوجين.	84-79
الفرع الأول: المحافظة على الروابط الزوجية و المعاشرة بالمعروف.	80-79

الفرع الثاني: التعاون على مصلحة الأسرة و رعاية الأولاد و التشاور في تسيير شؤونها.	81-80
الفرع الثالث: صلة الرحم و احترام القرابة.	81
الفرع الرابع: الحقوق المشتركة الأخرى.	84-81
خلاصة الفصل الأول	86-85
الفصل الثاني: المركز القانوني للزوجين في إنهاء عقد الزواج.	136-88
المبحث الأول: طرق إنهاء عقد الزواج.	111-89
المطلب الأول: حل عقد الزواج بالإرادة المنفردة للزوج.	96-89
الفرع الأول: الطلاق بإرادة الزوج.	95-89
الفرع الثاني: الطلاق التعسفي.	96-95
المطلب الثاني: حل عقد الزواج بطلب من الزوجة.	109-96
الفرع الأول: حق الزوجة في حل عقد الزواج بإجراء التطليق.	106-97
الفرع الثاني: حق الزوجة في حل عقد الزواج عن طريق الخلع.	109-106
المطلب الثالث: حل عقد الزواج بالإرادة المشتركة للزوجين.	111-109
المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن إنهاء عقد الزواج.	134-111
المطلب الأول: العدة و الحقوق المترتبة عنها.	116-111
الفرع الأول: العدة و الأحكام المتعلقة بها.	115-111
الفرع الثاني: الحقوق المترتبة عن العدة.	116-115
المطلب الثاني: الحضانة و الحقوق الناجمة عنها.	124-116
الفرع الأول: الحضانة و الأحكام المتعلقة بها.	121-117
الفرع الثاني: الحقوق المترتبة عن ممارسة الحضانة.	124-121
المطلب الثالث: التعويض و النزاع حول متاع البيت.	134-124
الفرع الأول: التعويض عن حل عقد الزواج	132-125

الفرع الثاني: النزاع حول متاع البيت.	134-132
خلاصة الفصل الثاني	136-135
الخاتمة.	140-138
فهرس المصادر و المراجع.	154-142