



الجمهورية الجزائرية  
الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة -



كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق

## المساواة بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات الحصول على شهادة ماستر تخصص: قانون الأسرة

تحت إشراف الدكتور:  
- منصور رحمانى

إعداد الطالبتين:  
- بوركبة وصال  
- بوراس أحلام

لجنة المناقشة:

الجامعة الأصلية	الصفة	اسم ولقب الأستاذ (ة)
جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة	رئيسا	أ. د/ بودفع علي
جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة	مشرفا	أ. د/ رحمانى منصور
جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة	مناقشا	د/ قاري علي

السنة الجامعية: 2023/2022





## إهداء

إلى من علمني كيف أسلك دروب الحياة وكيف ألقى ربي في الممات والدي  
الكريمين أطل الله في عمرهما وجعلني بارة بهما

إلى جدي الحنون رحمها الله

إلى إخوتي وأخواتي

إلى كل أصدقائي وزملائي

إلى كل أساتذتي الذين سهروا على تعليمنا من الطور الابتدائي وحتى الجامعة

إلى كل الموظفين بالمكتبة وكل من ساهم ولو حتى بالدعاء من أجل التوفيق في  
البحث

أهدي ثمرة مجهودي.

## وصال



## إهداء

أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع إلى أعز الناس على قلبي من جعل الجنة تحت  
أقدامها أمي الغالية

وإلى أبي الفاضل الذي سعى وشقا لأنعم بالراحة

وإلى إخوتي نور حياتي خولة ويوسف

وإلى جدتي أطال الله في عمرهما ورزقهما الصحة والعافية

وإلى كل عائلة بوراس فردا فردا

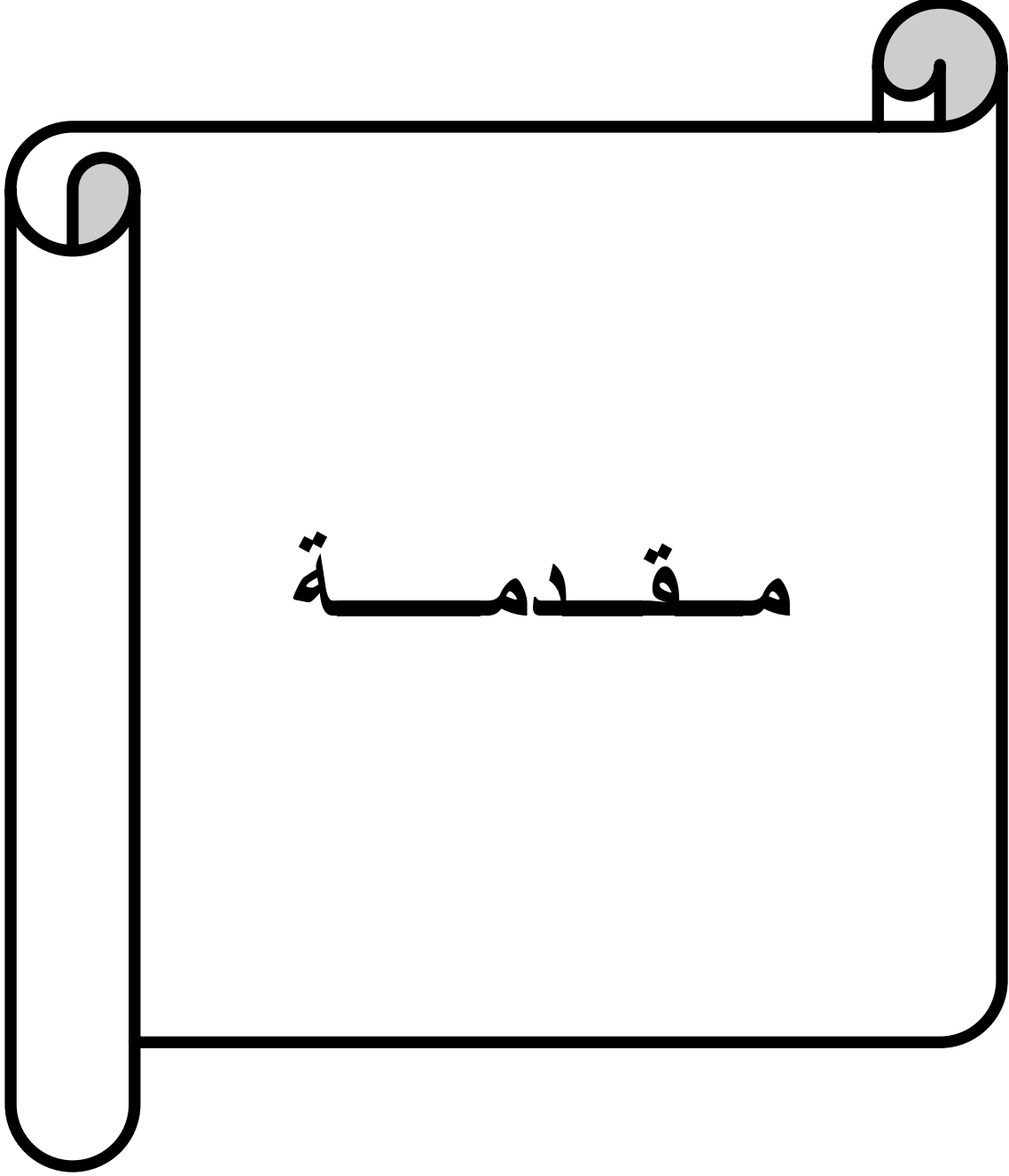
وكل زميلات وزملاء المشوار الدراسي وكل أساتذتي.

أحلام



## الشكر

بعد حمد الله وشكره على نعمه وفضله وإحسانه وعلى إعانتته وتوفيقه لنا لإتمام هذا العمل نتقدم في هذا المقام بأصدق عبارات الشكر الجزيل للأستاذ الفاضل الدكتور "منصور رحمانى" لملازمته لنا في هذه الفترة البحثية المكثفة وعلى جميل أخلاقه وحسن إشرافه على هذه المذكرة وعلى التوجيهات التي قدمها لنا من أجل إنجازها. سائلين الله عز وجل أن يبارك فيه ويجزيه خير الجزاء ويديمه ذخرا لطلبته. كما نتقدم بجزيل الشكر لأعضاء لجنة المناقشة الموقرة الذين قبلوا مناقشة هذه المذكرة وتكبد عناء مراجعتها فجزأهم الله عنا خير الجزاء.



مقدمة

### مقدمة:

لقد كان المجتمع البشري ينظر إلى المرأة نظرة دونية وذلك منذ قديم الزمان إلا أنه بعد صدور البيان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1948 تغيرت هذه النظرة و أصبح الجدل قائما في العالم الإسلامي حول مسألة مدى توافق أو اختلاف المبادئ والقيم التي نص عليها البيان مع مبادئ ومقاصد الشريعة الإسلامية حيث تشكل هذه الاتفاقية المحرك الرئيسي لمختلف الفئات المطالبة بالمساواة بين الرجل والمرأة والقضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة أين اتسمت هذه الفترة بعد صدوره بانعقاد المؤتمرات والاجتماعات لهذا الغرض، والجدير بالذكر أن هذه المطالبة بالمساواة بين الجنسين تشمل مختلف المجالات دون أي استثناء وتمس كل القوانين بأنواعها، وقانون الأسرة الجزائري جاء منبثقا عن الشريعة الإسلامية رغم تأخر صدوره عشرين سنة بعد الاستقلال، وقد ظل هذا القانون هو السائد والمعمول به لسنوات عديدة بالرغم من احتوائه على عدة نقائص وتناقضات ومنه طرح الإشكالية التالية:

❖ إلى أي مدى كرس قانون الأسرة الجزائري مبدأ المساواة بين الزوجين في مختلف المراكز القانونية سواء في إنشاء أو إنهاء عقد الزواج؟

أما الإشكاليات الفرعية فهي تنبثق من الإشكالية الرئيسية كالتالي: هل التعديلات التي حملها قانون الأسرة الجزائري جاءت لتكريس المساواة بين الجنسين ودعم مركز المرأة بما يوافق خصوصية قانون الأسرة أم أنها جاءت محاكية للمنظومة القانونية الدولية وما تحمله من قيم غريبة عن الأسرة الجزائرية ومقوماتها مما يؤدي إلى هشاشتها وتفكك المنظومة الأسرية الجزائرية؟

### أهمية الدراسة:

تجد الدراسة أهميتها في أهمية الأسرة نفسها باعتبارها اللبنة الأساسية والعنصر المكون للمجتمع كما أن قضايا الأسرة تعد من أهم القضايا حيوية وارتباطا بالأسس والثوابت الاجتماعية الدينية والأخلاقية وما تحظى به من اهتمام بالغ من طرف التشريعات لاسيما المشرع الجزائري الذي أحاطها بسياج قانوني يحفظ استقرارها وكذا أهمية دراسة مبدأ المساواة بين الجنسين الذي أصبح يأخذ حيزا هاما في الدراسات القانونية والتشريع نفسه وما للقواعد المنظمة للمراكز القانونية للزوجين من أهمية تتجاوز كونها روابط قانونية شخصية إلى كونها نواة للمجتمع وما لها من تأثير على حقوق أفرادها.

معرفة مدى توفيق المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة في تحقيق المساواة بين الجنسين.

وكذا الوصول إلى حلول قانونية للفصل في التعارض بين حق المرأة في المساواة بالرجل في نطاق الأحوال الشخصية والحق في الخصوصية الثقافية الإسلامية عن طريق تطبيق مناهج قانونية توازن بين الحقين.

### أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى تتبع مواد قانون الأسرة الجزائري ومواضعه للوقوف على مدى المساواة القائمة بين الزوجين في نصوص أحكام هذا القانون.

### أسباب اختيار الموضوع:

تعود أسباب اختيار الموضوع إلى:

#### أسباب ذاتية:

- فضول وميول شخصي لدراسة هذا الموضوع من جميع جوانبه.
- الرغبة والأمل في تقديم إضافة ولو رمزية تخص لموضوعات قانون الأسرة الجزائري باعتباره ميدان للتخصص.

#### أسباب موضوعية:

- جهل المجتمع الجزائري بما يقره قانون الأسرة الجزائري في هذا الشأن سواء في إنشاء عقد الزواج أو إنهائه والآثار المترتبة عن ذلك.
- معرفة إلى أي مدى ساوى المشرع الجزائري بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري.

#### الصعوبات:

- من بين الصعوبات التي واجهتنا في إعداد بحثنا نذكر:
- ضيق الوقت للأسف الشديد.
- موضوع واسع جدا يصلح أن يكون رسالة دكتوراه.
- كثرة المعلومات حول الموضوع مما صعب علينا التحكم فيها نوعا ما.
- موضوع شيق للدراسة لكنه شائك ومتشعب يحتاج لوقت أكثر من أجل التوسع أكثر في الموضوع.

#### المنهج المتبع:

أما بالنسبة للمنهج المتبع من أجل إعداد هذه المذكرة فقد اعتمدنا على المنهج التحليلي بالدرجة الأولى وذلك من خلال التعليق على مختلف النصوص ذات الصلة بالموضوع من أجل الوصول إلى أي مدى ساوى المشرع الجزائري بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري.

الإعلان عن الخطبة والتقسيم المعتمد:

مقدمة

الفصل الأول: المركز القانوني للزوجين في إنشاء عقد الزواج.

المبحث الأول: في الخطبة والعقد.

المبحث الثاني: في آثار العقد.

الفصل الثاني: المركز القانوني للزوجين في إنهاء عقد الزواج.

المبحث الأول: إنهاء عقد الزواج

المبحث الثاني: آثار الطلاق.

خاتمة

الفصل الأول: المركز  
القانوني للزوجين في  
إنشاء عقد الزواج

### المبحث الأول: في الخطبة والزواج

#### المطلب الأول: مظاهر المساواة بين (الزوجين) الخطيبين في مسألة العدول عن الخطبة:

تعد الخطبة مرحلة أولية تسبق الانعقاد الفعلي للزواج ويرجع انتشار الخطبة إلى أهمية عقد الزواج وقدسيته التي تمكن هذه الأخيرة كل من المقبلين على الزواج التعرف على الآخر وفهم طباعه وذلك قبل الدخول في الرابطة المقدسة طبعاً ذلك يكون في حدود ما شرعه الله تعالى ووفق ضوابطه لكن قبل أن نتطرق إلى مسألة العدول عن الخطبة وهل سوى المشرع الجزائري بين الخطيبة في مسألة العدول لا بد لنا أولاً التطرق إلى تعريف الخطبة والطبيعة القانونية لها وهذا ما سيتم تناوله خلال هذا المطلب ومن ثم هل ساوى المشرع الجزائري بين أطراف هذا العقد في مسألة العدول أم لا؟

#### الفرع الأول: تعريف الخطبة:

يعرف الفقهاء الخطبة بأنها طلب المرأة للزواج بمعنى إظهار الرجل رغبته في التزوج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية<sup>1</sup>، ومن السنة في صحيح البخاري يوجد باب بعنوان عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح فعن أنس رضي الله عنه قال: "جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تعرض عليه نفسها قالت يا رسول الله ألك بي حاجة؟ فقالت بنت أنس ما أقل حياءها واسوأها قال هي خير منك رغبت في النبي صلى الله عليه وسلم فعرضت عليه نفسها<sup>2</sup>."

<sup>1</sup> - عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر والتوزيع، عمان وسط البلد ساحة الجامع الحسيني، عمار الجحيري، ص 10.

<sup>2</sup> - بوكاريس سمية، المساواة بين الجنسين في قانون الأسر بين الجزائري والتونسي دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان كلية الحقوق والعلوم السياسية، المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، ص 24.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

قال الله جلّى في علاه "وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين"<sup>1</sup>، وبالتالي هنا الخطبة ليست مقصورة فقط على الرجال بل يجوز من الناحية الشرعية أن تبادر المرأة بخطبة الرجل وخير مثال على ذلك القصة المشهورة للنبي صلى الله عليه وسلم مع خديجة بنت خويلد رضي الله عنها التي بادرت بخطبة النبي صلى الله عليه وسلم لما رأت من أمانته وأخلاقه لما قام بالتجارة بأموالها.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد عرف الخطبة على أنها وعد بالزواج المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري كما نص على أنه يمكن أن تقترن الخطبة بالفاتحة أو تسبقها بمدة غير محدودة المادة 1/6 قانون الأسرة وعليه يدخل في حكم الخطبة قراءة الفاتحة من طرف مجلس الرجال وكذا ما جرت به العادة والعرق من تبادل الهدايا 2/6 من قانون الأسرة<sup>2</sup>.

وهو ما سارت عليه المحكمة العليا من أن الخطبة هي وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها وأنه لا يجب الخلط بين الخطبة والزواج (م 5 و 9 مكرر من قانون أ س ج) وأنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة غير أن اقتتان الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد تعتبر زواجا من توافرت أركانه المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من قانون س و م 2/6 المعدلة بالأمر 02/05<sup>3</sup>.

فالخطبة إذن وعد من نوع خاص تخضع لأحكام خاصة من حيث الشروط والآثار المادة 5 و 6 ق ا س ج مما سيتوجب إبعاد الأحكام الواردة في المادتين 71 و 72 من القانون المدني وضرورة تحقيق الانسجام بين المواد 5 و 6 و 9 مكرر و 18 من قانون الأسرة فإن المشرع نص في المادة 1/5 من قانون الأسرة بأن "الخطبة وعد بالزواج" غير أنه استدرك في الفقرة 2 من نفس المادة بأن هذا الوعد غير ملزم للطرفين ومن ثم كان الأولى

<sup>1</sup> - سورة الأحزاب الآية 50.

<sup>2</sup> - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ص 114.

<sup>3</sup> - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ج

1، ط 7، ديوان المطبوعات الجامعية 8، 2017، ص 70 - 71.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

الاكتفاء بأن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج فلا تكون قراءة الفاتحة عند الخطبة زواجا ولا تكون موافقة الفتاة أو وليها على الخطبة مبيحة شيئا من أغراض الزواج<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة:

تعد الخطبة استنادا للمادة 05 فقرة 10 من قانون الأسرة الجزائري وعدا بالزواج وهو ذات التوجه الذي تبناه نظيره المغربي وأورده هذا الأخير في المادة 5 من قانون الأسرة المغربي بوصفه الخطبة على أنها تواعد بين رجل وامرأة ومن ثم فإنه باعتبار الشريعة الإسلامية مصدر للتشريعيين، فالخطبة تعد وعدا بالزواج من المنظور الشرعي وهو ما أقره صراحة بعض فقهاء الشريعة الإسلامية فالخطبة ليست بعقد شرعي كما استظهره الإمام السيوطي في قوله "وإن تحيل كونها عقدا فليس بل لازم بل جائز من الجانبين"<sup>2</sup>، نفهم من هذا الكلام أن الخطبة لا ترتقي منزلة العقد وبالتالي لا تترتب على العدول عنها أثر.

فالخطبة إذن من الناحية القانونية لا تعدو أن تكون مجرد وعد متبادل بين رجل وامرأة على الزواج في المستقبل فهي وسيلة للتعارف الخطيبين ببعضهما البعض وللتفاهم على الشروط الموضوعية والشكلية لإبرام عقد الزواج وهو ما سار عليه اجتهاد المحكمة ع من أن الخطبة لا تعتبر زواجا وإنما وعد به فقط فهي مرحلة سابقة على الزواج تمهيدا له لا غير<sup>3</sup>.

كما نصت المادة 17 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي الصادر سنة 2005 على أنه "الخطبة طلب التزوج والوعد به ولا يعد ذلك نكاحا"<sup>4</sup>. أما قانون الأحوال الشخصية السوري فقد نص في مادته 2 بأن الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة مقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجا<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، مرجع سبق ذكره، ص 70-71.

<sup>2</sup> - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 150.

<sup>3</sup> - بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط 1، 1429-2008، دار الخلدونية للنشر والتوزيع 05/ شارع محمد مسعودي القبة القديمة، الجزائر، ص 32.

<sup>4</sup> - المرجع السابق، ص 32.

<sup>5</sup> - المرجع السابق، ص 32.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

وكذا بالنسبة لمجلة الأحكام العدلية التونسية في الفصل الأول على ما يلي: "كل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به"<sup>1</sup>. الواضح من هذه النصوص بأن الطبيعة القانونية للخطبة هي وعد بالزواج غير ملزم بمعنى يجوز العدول عنه دون قيد أو حتى شرط وللطرفان العدول عنه في أي وقت.

وهذا ما سار عليه المشرع الكويتي كذلك المادة 2 حيث نصت على أنه الخطب لا تلزم بالزواج ومثلها الوعد به وقبض المهر وقبول أو تبادل الهدايا<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي سكت حول مسألة الخطبة فقرر بذلك أغلب فقهاء القانون المدني في فرنسا على أن الخطبة مقدمة من مقدمات الزواج أو هي مرحلة سابقة على إبرام العقد ليست لها قوة العقد الملزمة وتخضع بالأساس إلى مبادئ الرضا والاختيار والحرية التامة وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية بقولها: "الخطبة لا تلزم بالزواج ومثلها مثل الوعد به وقبول وتبادل الهدايا أما حكم الأخلاق فلا يبغى للإنسان ان ينقض وعده ويرجع في عزمه إلا إذا كانت ثمة ضرورة ملجئة تبرر نقص وعده"<sup>3</sup>.

### الفرع الثالث: تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين من خلال إقرار حق العدول:

الخطبة في الشريعة الإسلامية هي وعد بالزواج وليست عقدا وإن تمت باتفاق الطرفين وهي لا تتيح لهما أن يختلطا اختلاط الأزواج ولا يترتب على ذلك حق ما لأحدهما نحو الآخر حتى ولو ألبس الخاطب مخطوبته خاتم الخطبة أو قرأ الفاتحة أو قدم جزء من الصداق أو كله أو قدم جزء من الهدايا إلى المخطوبة أو إلى أهلها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 32.

<sup>2</sup> - المرجع السابق، ص 32.

<sup>3</sup> - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، مرجع سبق ذكره، ص 86.

<sup>4</sup> - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية مقدمة الخطبة الزواج الميراث، الوصية ج 1، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية بن عكنون الجزائر، 2007، ص 51.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

كما أن الخطبة هي مجرد طلب الرجل للمرأة للزواج بها والطلب ليس إيجاباً قابله قبول من المرأة ولذلك يجوز لكل منهما أن يعدل عن الخطبة فهي ليست زواجا شرعيا ولا فيها رباط بينهما وإنما وعد متبادل بإجراء الزواج في المستقبل إذا رضى كل من الطرفين بالآخر والارتباط به فإذا كان الرضا أو الارتباط لم يتم جاز العدول من كل طرف<sup>1</sup>.

وبالتالي للخطيب العدول عن خطبتها وللخطوبة أيضا رد الخطيب الموعود بتزويجها منه ولو بعد قبولها أو قبول وليها إن كانت قاصرة وذلك تردها للحكم الشرعي التي اتفقت عليه جميع المذاهب وهو أن العدول عن الخطبة جائز ما دام أن عقد النكاح الشرعي لم ينعقد إلا أن حق العدول هذا وإن كان مقررا فهو ليس بمطلق بل هو مقيد بغرض خاص وأول ما يوصف به أنه مكروه<sup>2</sup>.

ومن هنا نستشق أن الخطبة سواء من الناحية القانونية أو الشرعية ما هي إلا مجرد وعد متبادل بين الزوجين أو يمكن أن نقول خطيبين لأن العقد لم يتم بعد يمكن أم يكون ويمكن لا فهي وسيلة فقط للتعرف بين كل من الرجل والمرأة المقبلين لزواج والتفاهم على كل ما يخص الشروط الموضوعية والشكلية لهذا العقد.

إلا أنه وعلى الرغم من حق كلا الطرفين في العدول فإن الشريعة الإسلامية تنص على ضرورة الوفاء بالوعد لقوله تعالى: "ويا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"<sup>3</sup>، فمن شيم المسلم ألا يخلف وعده قال الله تعالى: "وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا"<sup>4</sup>.

هذا بالنسبة للعدول عرفنا أنه حق متبادل لكل من الخطيبين على حد سواء لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو ما مصير الهدايا المقدمة من قبل الطرفين وهل سوى المشرع الجزائري في هذه المسألة بين الرجل والمرأة أم لا وللإجابة على هذا التساؤل لابد لنا من معرفة موقف

<sup>1</sup> - أحمد ناصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون الكويتي تعليق على النصوص دار الكتب القانونية، مصر، المجلة الكبرى السبع بنات 24 ش عدلى يكن، 2006، ص 29.

<sup>2</sup> - مصطفى راتب علي، أثر العدول عن الخطبة وموقف القضاء منه، كلية البريمي سلطنة عمان، العدد الحادي والثلاثون، الجزء 4، 1885، نزلت في 2023/02/15، على الساعة 15:00، ص 32.

<sup>3</sup> - سورة المائدة الآية الأولى.

<sup>4</sup> - سورة الإسراء الآية 34.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

الفقه الإسلامي أولاً باعتباره المصور الأساسي والرئيسي لقانون الأسرة الجزائري؟ ومن ثم توجه المشرع الجزائري هل أخذ برأي الفقه أم لا؟

بالنسبة للفقه الإسلامي نظر نظرة كراهية واحتقار إلى الطرف العادل عن الخطبة بعد التعارف والتراكن لما قد يتسبب إلحاق الضرر والأذى بالغير وتقويت الفرص عليه والإسلام يدعو إلى الوفاء قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "آية المنافق ثلاث إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا أؤتمن خان"<sup>1</sup>.

يرى الحنفية أن هدايا الخطبة تأخذ حكم الهبة، ومادامت هبة فإن الواهب في مذهبهم يحق له الرجوع في الهبة إلا إذا وجد مانع من موانع الرجوع (ومن هذه الموانع هبة أحد الزوجين الآخر) وقد استند الحنفية إلى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من وهب فهو أحق بها ما لم يثبت عليها" ومع ذلك فإنه لا يعني الرجوع غير القبيح فإن الرجوع عنها ليس من مكارم الأخلاق ولا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للمالكية فكان موقفهم حول هذه المسألة أنه إذا كان العدول من الخاطب فلا يسترد شيئاً مما أهداه إليها ولو كان موجود في يدها حتى لا يجتمع عليها ألماً الإعراض عنها وألم استرداد الهدايا وإذا كان العدول من المخطوبة فللخاطب الحق في استرداد مل قدمه إليها من الهدايا قائماً استرده بعينه وإن كان هالكا أو مستهلكا رجع عليها بمثله أو قيمته ما لم يكن شرط أو عرف فيتبع لأن المعروف عرف كالمشروط شرطاً<sup>3</sup>.

ورأي الحنابلة في هذه المسألة أن الهدية تأخذ حكم الهبة والهبة عندهم لا يجوز الرجوع فيها إلا إذا كانت قبل القبض ولا يخفى أن الخاطب في مسألتنا هذه قد أهدى المخطوبة وقبضت الهدايا فينبغي أن يكون الحكم عندهم أن لا رجوع للخاطب بهديته على مخطوبته

<sup>1</sup> - فؤاد بن شكرة، آثار العدول عن الخطبة في ظل مدونة الأسرة دراسة مقارنة رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، وجدة، 2009-2010، ص 20.

<sup>2</sup> - أحمد علي جردات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد الزواج والطلاق، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان وسط البلد قرب الجامع الحسيني سوق البتراء عمارة الحجيري، ص 29، 30.

<sup>3</sup> - بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 41.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

وهذا ما نسب إليهم أخذ المعاصرين ولكن إذا سرحنا النظر في كتب المذهب نجد أن المسألة عندهم تخرج عن أصلهم المقرر والقاضي بعدم رجوع الواهب بهبته بعد القبض<sup>1</sup>.

وقد ذهب الشافعية بالقول أن العدول من جانب الطرفين كليهما فكل منهما استرداد ما قدمه للآخر من هدايا إن كانت قائمة إلا إذا كان واضحا أو أحدهما هو السبب في فسخ الخطبة فإن للطرف الآخر استرداد هداياه دون الهدايا التي عنده لمصلحته<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري في مسألة الهدايا فقد أخذ برأي المالكية حيث أنه وبالرجوع إلى نص المادة 5 فقرة 2 أنه لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه وعليه وأن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.

وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته<sup>3</sup>، ومن خلال قراءتنا لهذه المادة نستنتج أن المشرع الجزائري ساوى بين كل من الرجل والمرأة في مسألة استرداد الهدايا فإن كان العدول من الخاطب وجب عليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته ونفس الشيء بالنسبة للمخطوبة إن كان العدول منها فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته.

وبالتالي فإن ما لأحدثه المشرع في المادة 5 هو تناوله لحكم الهدايا المقدمة من طرف المخطوبة بينما كان نص المادة سابقا يتناول فقط هدايا الخاطب حيث كانت تنص قبل التعديل على أنه لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك<sup>4</sup>، وحسب رأي أن المشرع حين نظم صراحة مسألة الهدايا من طرف المخطوبة حيث أنه بذلك قام بسد ثغره قانونية عانى منها القانون القديم.

تحدثنا عن مصير الهدايا في حالة العدول عن الخطبة والسؤال الذي يتبادر إلى أذهاننا إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد المقبلين على الزواج في هذه

<sup>1</sup> - فضيلة المفتي حسان أبو عرقوب، أثر العدول عن الخطبة، دار الإفتاء، أضيف بتاريخ 2009/09/02.

<sup>2</sup> - عبد اللطيف محمد عامر، أحكام الأسرة في الإسلام، أحكام الزواج، ج 1، ط 2، 2005، ص 67.

<sup>3</sup> - المادة 5 من قانون رقم 02/05 المعدل والمتمم.

<sup>4</sup> - بن زيد فاطنة، صور المساواة بين الرجل والمرأة في قانون الأسرة الجزائرية دراسة مقارنة مع الشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، تاريخ المناقشة 2009/06/06، ص 37.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

الحالة هل يكون هنالك تعويض للطرف المتضرر أم لا؟ وما موقف المشرع الجزائري حيال ذلك؟

بالنسبة للفقهاء الإسلاميين في مسألة التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة فإن الفقهاء القدامى لم يتعرضوا لهذه المسألة لأنها لم تقع في عصرهم وذلك لعدة أسباب لعل أهمها: قوة الوازع الديني وإتباع الإجراءات التي حددتها الشريعة الإسلامية، والحالات المطروحة اليوم لم تنشأ إلا نتيجة الأعراف والعادات الجديدة التي انحرف فيها الناس عن تعليم الدين الإسلامي حيث طغت المظاهر وسبغت حياة الناس إذ أصبحت المرأة تطالب بجهاز خاص وبمراسيم للخطبة أو خروج الفتاة مع الفتى بدعوى التعارف وفي هذا يقول عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه "تحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من فجور"<sup>1</sup>.

هذا بالنسبة للفقهاء الإسلاميين القدامى أما بالنسبة للفقهاء الإسلاميين الحديث فإنهم حاولوا إيجاد أساس للتعويض عن العدول عن الخطبة وإرساء بعض التدابير الشرعية للحد من هذا العدول<sup>2</sup>.

وبالرجوع إلى نص المادة 5 فقرة 1 التي تحدث فيها هذا الأخير عن الضرر المترتب عن العدول في قوله "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض"<sup>3</sup>، هنا نستنتج من خلال نص هذه المادة إذا ترتب عن العدول ضرر لأحد الطرفين جاز للطرف المتضرر وبقوة القانون طلب التعويض عن الضرر الذي لحق به، ومن أمثلة الأضرار المترتبة عن العدول نجد ترك المخطوبة وظيفتها أو التوقف عن دراستها تلبية لرغبة الخاطب للتفرغ لشؤون الأسرة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - شتوح الطيب، تعويض الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة على ضوء من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية مجلة دولية دورية تصدر عن معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي بأفلو، نزلت يوم 2023/04/25، على الساعة 14:00، ص 340.

<sup>2</sup> - المرجع السابق، ص 340.

<sup>3</sup> - المادة 5 فقرة 1 من قانون رقم 02/05 المعدل والمتمم.

<sup>4</sup> - بن زيد فاطنة، مرجع سابق، ص 42.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

ولو تأملنا قليلا بالرجوع لنص المادة قبل التعديل نجد أن المشرع الجزائري لم يحدث تغييرا جوهريا عليها بل مجرد تعديل لغوي تمثل في زيادة بعض الألفاظ رأى المشرع أنه فيها توضيحا وتأكيد للمعنى أما على مستوى الموضوع والجوهر فلم يحدث أي تعديل بل ظل الحكم ذاته فقد كان مضمون النص سابقا على النحو التالي "إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض"<sup>1</sup>.

وهذا تحت القاعدة المشهورة لا ضرر ولا ضرار وبالتالي فالضرر يزال وطريقة إزالته هو الحكم بالتعويض للطرف المضرور.

ولقد لخص الدكتور عبد الرزاق السنهوري ما استقر عليه الفقه والقضاء في هذا الصدد مؤكدا على أن القضاء في مصر قد استقر على أن الخطبة ليست بعقد ملزم وأن مجرد العدول لا يترتب شيئا وأنه إذا اقترن العدول بأفعال أخرى ألحقت الضرر بالطرف الآخر جاز الحكم بالتعويض مؤسسا ذلك على قواعد المسؤولية التقصيرية<sup>2</sup>.

حيث نجد قرار محكمة النقد المصرية في حكم شهير 14 ديسمبر 1939 ما نصه: "إن الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحد من المتواعدين فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء خصوصا وأنه يجب في هذا العقد أم يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته لما في الزواج من الخطر في شؤون المجتمع وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهددا بالتعويض"<sup>3</sup>.

ويرى الدكتور محمد مصطفى شلبي ينظر للضرر المترتب على العدول إن كان للطرف الآخر فيه سبب حصل منه حكم بالتعويض كما إذا تركت المرأة الموظفة وظيفتها بتحريض من الخاطب لتتفرغ لشؤون البيت بعد الزواج أو قامت بإعداد الجهاز اللازم بإيعار منه ثم عدل عن الخطبة فإنه يلزم بالتعويض<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - بن زيد فاطنة، مرجع سابق، ص 43.

<sup>2</sup> - بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 34-35.

<sup>3</sup> - المرجع السابق، ص 34-35.

<sup>4</sup> - المرجع السابق، ص 34-35.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

أما بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية السوري ولا مدونة الأحوال الشخصية التونسية على موضوع التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة وبالتالي يكون الحكم هو الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني أي إلى قواعد المسؤولية التقصيرية<sup>1</sup>.

والمدونة المغربية الجديدة فقد تضمنت حكماً جديداً في هذا المجال حيث نصت المادة 7 على ما يلي: "مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عليه تعويض غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرراً يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض"<sup>2</sup>.

ومن خلال كل ما سبق تداوله يتبين لنا أن معظم الدول العربية اتفقت أنه في حالة العدول عن الخطبة وترتب عن هذا العدول ضرر جاز للطرف المتضرر طلب التعويض ومن ثم يحكم له بالتعويض إن كان على حق، هذا بالنسبة للتعويض أما بالنسبة للتعويض في مسألة الصداق فسوف نتطرق إليها بإيجاز وبالتالي هنا نطرح التساؤل كالتالي إذا قدم الخاطب المهر لمخطوبته سلفاً قبل عقد النكاح ثم عدل أحد الطرفين بمعنى الخطيبين عن الخطبة أو توفى فما هو الحكم الشرعي يا ترى في هذا المهر المقبوض سلفاً؟

وللإجابة عن هذا التساؤل سوف نتعرض لآراء الفقهاء حول هذه المسألة: يرى المالكية المهر الذي قدمه الخاطب للمخطوبة لا يوجب التشطير إذا حصل عدول عن الخطبة بخلاف إذا كان فسخ العقد فإنه يوجب التشطير<sup>3</sup>.

هذا بالنسبة للمالكية أما بالنسبة للحنفية فقد ذهب الحنفية للقول أن ما دفع من المهر يسترد عينه إذا كان قائماً وقيمه إذا كان هالكا، لأن المهر معاوضة ولم تتم فيجوز الاسترداد<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - بين شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 34-35.

<sup>2</sup> - المرجع السابق، ص 34-35.

<sup>3</sup> - أحمد علي جردات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الجديد الزواج والطلاق، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان وسط البلد قرب الجامع الحسيني سوق البتراء عمارة الحجيري، ص 28.

<sup>4</sup> - المرجع السابق، ص 28.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

ولقد اتفق الفقهاء على أنه إذا عدل الطرفان أو أحدهما عن الخطبة فعل المخطوبة أن ترد ما أخذته من الصداق سواء كان العدول عن الخطبة من كليهما أو من أحدهما فترد إليه عينه إن كان قائما فإن لم يكن قائما ردت إليه مثله إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميا، لأن المهر لا يجب إلا بالعقد وما دام العقد لم يتم بحدوث العدول فإن المهر يبقى ملكا له، وبالتالي يحق له استرداده دون النظر من كان فسخ الخطبة من جهته، وذلك لأن المهر من متطلبات الزواج الذي لا يتم إلا بالعقد وليس من متطلبات الخطبة<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يتطرق إلى موضوع استرداد الصداق في حالة تقديمه من قبل الخاطب للمخطوبة قبل الزواج فهو تحدث عن الهدايا المقدمة فقط وذلك في نص المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري أما الصداق الذي تحدث عنه المشرع هو الصداق الذي يكون قبل وبعد الدخول وهذا ما سنتطرق إليه في المطلب الثاني.

ولقد ارتأينا إلى جمع بعض من قرارات المحكمة العليا حول مسألة الخطبة وآثار العدول عنها:

قرار المحكمة العليا 1992/04/14 من المقرر قانونا أنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محدودة ومن المقرر أيضا أنه يثبت الزواج بتوافر أركانه المقرر شرعا ومتى تبين في قضية الحال أن أركان الزواج قد توفرت وتمت بمجلس العقد وأنه تم اقتران الخطبة بالفاتحة وبعد ذلك عدل الطاعن عن الزواج بامتناع عن الدخول لأنه اعتبر الفاتحة كالخطبة تسمح لكل من الطرفين بالعدول عنها وأن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء حكم المحكمة القاضي برفض الدعوى والقضاء من جديد بصحة الزواج الواقع بين الطرفين لتوافر أركانه والسماع إلى الشهود والأمر بتسجيله فإنهم كما قضاوا قد طبقوا صحيح القانون<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - حاج أحمد عبد الله، العدول عن الخطبة وأثره في استرداد المهر والهدايا، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 4، يناير 2012، نزلت يوم 2023/04/26، على الساعة 10:00، ص 179.

<sup>2</sup> - قرار المحكمة العليا، 1992/04/14، ملف 81877، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، ص 33.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

قرار المحكمة العليا 1995/04/04 إن اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد تعتبر زواجا متى توافرت أركانه طبقا للمادة 9 من قانون الأسرة، ومتى تبين في قضية الحال أن الخطبة لم تسبق الفاتحة حتى تعتبر وعد بالزواج طبقا للمادة 5 من قانون الأسرة وإنما اقترنت الخطبة بالفاتحة أثناء مجلس العقد بحضور الشهود والولي وتحديد الصداق وبالتالي فإن اقتران الخطبة بالفاتحة في هذه الحالة يعتبر زواجا صحيحا متى توافرت أركانه طبقا للمادة 9 من قانون الأسرة وعليه فإن قضاة الموضوع باعتبارهم الفاتحة مثل الخطبة تعتبر وعد بالزواج رغم تقديم الطاعنة لشهودها على وقوع الزواج وتوافرت أركانه فإنهم بقضائهم كما فعلوه أخطأوا في تطبيق القانون<sup>1</sup>.

قرار المحكمة العليا 1991/04/23 من المستقر شرعا وقانونا أنه لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه ومن ثم فإن النعي على قرار المطعون فيه بتناقض الأسباب غير سديد يستوجب رفضه وفي قضية الحال الطاعن تراجع عن إتمام إجراءات الزواج والدخول على الرغم من طلبه من طرف الزوجة فإن قضاة الموضوع برفضهم طلب الطاعن باسترجاع الهدايا طبقوا صحيح القانون<sup>2</sup>.

قرار المحكمة العليا 1993/07/13 من المقرر قانونا أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج أن ترد ما لم يستهلك من هدايا وغيرها ولا تستحق الزوجة نصف الصداق إلا عند الطلاق قبل الدخول ولما ثبت من قضية الحال أن الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج وبدون مبرر شرعي أو قانوني فإنه لا يمكن والحالة هذه تحميل المطعون ضده بالخسائر والأضرار المترتبة عن ذلك وأن دفع الطاعنة المتعلق بأحققتها في نصف الصداق وإنما يتحقق لو تم الطلاق بإرادة الزوج مما يتعين القول أن قضاة الموضوع أصابوا في قضائهم ويتوجب رفض الطعن<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - قرار المحكمة العليا، 1995/04/04، ملف 111876، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، ص 36.

<sup>2</sup> - قرار المحكمة العليا، 1991/04/23، رقم الملف 73919، المجلة القضائية، العدد 2، ص 58.

<sup>3</sup> - قرار المحكمة العليا، 1993/07/13، رقم الملف 92714، المجلة القضائية، 1995، العدد 1، ص 128.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

قرار المحكمة العليا 1999/03/16 من المقرر قانوناً أنه لا يسترد الخاطب شيئاً مما أهداه إذا كان العدول منه ومتى تبين في قضية الحال أن الطرفين جرت بينهما خطبة الزواج ثم وقع العدول عن الخطبة من طرف الخاطب فإن القضاة بقضائهم بتأييد الحكم المستأنف والقاضي يرفض إتمام الزواج وإلزام المدعي عليها بردها إلى المدعي ما قدمه لها من هدايا وحلي ونقود واعتبروها صداقاً دون الرد على دفع الطاعة أخطاءً في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبب<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - قرار المحكمة العليا، 1999/03/16، ملف 219313، اجتهاد قانوني، 2001، عدد خاص، ص 39.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

### المطلب الثاني: في العقد:

الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب

إذن من خلال هذه المادة نستنتج أنه ولقيام الرابطة الزوجية لابد من أن يكون هناك رضا بين كل من الرجل والمرأة حتى يكون هذا الزواج صحيحا خال من العيوب وسوف نتطرق إلى الرضا كركن وحيد لانعقاد الزواج وهل سوى المشرع الجزائري بين الزوجين حيال هذه المسألة أم لا؟

### الفرع الأول: الرضا:

المبدأ العام في انعقاد العقد هو الإرادة، أي تراضي المتعاقدين وفقا لما جاء به في المادة 59 من القانون المدني الجزائري "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما المتطابقتين..."<sup>1</sup>.

ومن هنا فالرضا توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني وكذلك الشأن بالنسبة لعقد الزواج حيث تتوافق إرادة الخطيبين على إبرام عقد الزواج وتنفيذه فيما بينهما وفقا للشرع والقانون.<sup>2</sup>

نصت المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري على أنه ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين<sup>3</sup> بمعنى لابد من إيجاب وقبول بين الطرفين وهذا ما جسده نص المادة 10 من قانون الأسرة فقرة 1 بقولها: "يكون الرضا بإيجاب أحد الطرفين وقبول الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا" وعليه يشترط لصحة عقد الزواج رضا الطرفين بواسطة ألفاظ تفيد معنى النكاح

<sup>1</sup> - بسير راضية، المركز القانوني للزوجين في الأسرة، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه الطور الثالث (ل م د) في القانون، تخصص قانون الأحوال الشخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، ص 16.

<sup>2</sup> - وحياني جلال، مظاهر المساواة بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الإتفاقيات الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة الجزائري، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، ص 55.

<sup>3</sup> - المادة 9 من قانون رقم 02/05 المعدل والمتمم.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

لغة وشرعا أو عرفا في مجلس واحد وبحضور شاهدين وتسمية الصداق للزوجة<sup>1</sup>، كما أننا لو دققنا في قانون الأسرة الجزائرية نجد أن المشرع حسم الأمر بالنسبة لهذه المسألة بمعنى مسألة الرضا حيث نجد أنه نص في المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري على أنه يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد وأقرها بصريح العبارة في نص المادة 33 من نفس القانون بقوله: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا"<sup>2</sup>.

ولضمان المساواة بين الزوجين في حرية اختيار بعضهما البعض دون أي وساطة ولا إكراه ولتجسيد مبدأ الرضا فعليا، ألغى المشرع الوكالة بالنسبة للزواج التي كانت تنص عليها المادة 20 قبل التعديل ليصبح الزواج شخصا بحضور الزوجين ويتم بطريقة علنية باستثناء العاجز عن الكلام أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق 7 مكرر و 18 من قانون الأسرة الجزائري ومن خلال ما سبق تداوله يظهر لنا بموضوع أن المشرع الجزائري كرس مبدأ المساواة بين الزوجين في مسألة الرضا المادة 09، 10، 33، من قانون الأسرة الجزائري.

ومن بين قرارات المحكمة العليا المتعلقة بمسألة الرضا ما يلي:

قرار المحكمة العليا 1989/02/02 من المقرر شرعا وقانونا أن للنكاح 4 أركان وهي صداق صيغة (رضا الزوجية) وشاهدين بالإضافة إلى خلو الزوجين من الموانع الشرعية ومن المقرر أيضا أنه إذا اختل ركن من أركان الزواج غير الرضا يبطل الزواج ومن ثم النعي على القرار المطعون فيه بانتهاك الشريعة وقانون الأسرة والخطأ في تطبيق القانون غير وجيه ويستوجب رفضه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا برفض الدعوى لعدم التأسيس لانعدام ركنين من أركان الزواج هما الولي والصداق فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا قواعد الشريعة الإسلامية ثم القانون تطبيقا سليما<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية وفق آخر التعديلات، مرجع سابق، ص 142.

<sup>2</sup> - بشير راضية، مرجع سابق، ص 17.

<sup>3</sup> - قرار المحكمة العليا، 1989/01/02، رقم الملف 51107، المجلة ق 1992، العدد 3، ص 53.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

قرار المحكمة العليا 1993/02/23 من المستقر عليه قانونا وقضاء أن عقد الزواج يعتبر صحيحا متى تم برضا الزوجين وحضور ولي الزوجة وشاهدين وصادق وأبرم أمام موثق أو موظف مؤهل قانونيا ومتى لم يتطرق القانون لصحة الزوجين فلا يعتبر مرض أحدهما عيبا ومتى لم يتطرق القانون لصحة الزوجين فلا يعتبر مرض أحدهما عيبا في إبرام عقد الزواج ومن ثم فإن احتجاج الطاعنة بعد وفاة مورثها 1988 على عقد الزواج الذي تم مع المطعون ضده في 1977 يعتبر غير مؤسس وينجر عنه رفض الطعن<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: الأهلية:

تتصرف الأشخاص الطبيعية التصرفات القانونية وفق شروط تتعلق بأهليتهم فمتى كانت الأهلية كاملة وغير مشوبة بنقص كانت التصرفات صحيحة والعكس صحيح وعقد الزواج كباقي العقود الأخرى من شروطه الأهلية<sup>2</sup>.

لم يحدد الفقه الإسلامي القديم بصفة قاطعة سن البلوغ الذي يتم به أهلية الفتى والفتاة للزواج وقالوا بأن مرحلة البلوغ هي تلك الفترة الزمنية التي تأتي بعد مرحلتى الطفولة والتميز وهي تظهر بعلامات توجد في الفتى كالاختلام، والفتاة كالحيض، ورغم هذا أقر جمهور الفقهاء سن البلوغ ب 15 سنة للذكور والإناث في حين ذهب الفقه المالكي إلى أن نهايته 18 في الفتى والفتاة وقال الحنفية بأن البلوغ يتحقق في 18 سنة بالنسبة للذكر و 17 سنة بالنسبة للأنثى<sup>3</sup>.

قال الله تعالى: "حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم ولا تأكلوها إسرافا وبدارا أن يكبروا ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم وكفى بالله حسيبا"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - قرار المحكمة العليا، 1993/02/23، رقم القرار 88856، المجلة ق 1996، العدد 2، ص 69.

<sup>2</sup> - حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ص 16.

<sup>3</sup> - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائرية، مرجع سابق، ص 193.

<sup>4</sup> - سورة النساء، الآية 06.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد مر سن الزواج بالنسبة للمرأة والرجل في الجزائر بعدة مراحل وأطوار.

### أولاً: قانون رقم 30-323 بتاريخ 2 ماي 1930:

ويمثل مرحلة من مراحل تطور التشريعات قانون الأسرة الجزائري ونصه قصير جدا يحتوي على 3 مواد حيث تناول مسألة تحديد السن في المادة الأولى منه<sup>1</sup>.

### ثانياً: قانون رقم 59-274:

حيث يمثل هذا القانون المرحلة الثانية من التطور التشريعي الجزائري في قانون الأسرة الجزائرية وهو قانون خاص بعقود الزواج التي يعقدها الأشخاص الذين يخضعون للأحوال الشخصية المحلية تناول هذا القانون مسألة السن في المادة 5 منه<sup>2</sup>.

### ثالثاً: قانون رقم 63-224:

حيث يمثل المرحلة الثالثة من التطور التشريعي الجزائري الخاص بقوانين الأسرة وهو أول نص يصدر بعد الإستدثار الفرنسي حيث نص هذا القانون على عدة أحكام أساسية معدلاً بذلك بعض الأحكام التي سبق ذكرها في المرحلتين الأولى والثانية فيما تتعلق بأهلية الزواج<sup>3</sup>.

وقد كانت أهلية الزواج قبل تعديل قانون الأسرة محددة بسن 21 سنة للرجال وسن 18 سنة للمرأة غير أنه وأمام الانتقادات التي وجهت للقانون تم تعديل النص القانوني<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - ابتسام مليط، الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون شؤون الأسرة، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسن الحقوق، ص 33.

<sup>2</sup> - المرجع السابق، ص 35.

<sup>3</sup> - المرجع السابق، ص 36.

<sup>4</sup> - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية مقدمة الخطبة الزواج، مرجع نفسه، ص 61.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

فأصبحت بذلك أهلية الزواج 19 سنة بالنسبة للرجل والمرأة فقد ساوى المشرع من حيث المبدأ بين الجنسين في الحد الأدنى لسن الزواج، ولقد جاء هذا التعديل تماشياً مع الاتفاقيات الدولية التي حضرت التمييز بين الجنسين في الحقوق والواجبات فاتفقت سدا وتحضر زواج الأطفال وخطبتهم وتلزم الدول بوضع حد أدنى لسن الزواج دون تفرقة بين الذكر والأنثى ولجنة القضاء على التمييز ضد المرأة أوصت في سنة 1991 برفع الحد الأدنى لسن الزواج إلى 18 سنة بالنسبة للزوجين على حد سواء<sup>1</sup>.

نصت المادة 7 من قانون 02/05 المعدل والمتمم على أنه تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

وكذلك بالنظر إلى نص المادة 40 من ق م ج والتي مفادها "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجز عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد 19 سنة كاملة"<sup>2</sup>، وهذا دليل على أن المشرع ساوى بين الجنسين في مسألة أهلية الزواج بجعل سن الزواج نفسه سن الرشد القانوني.

### الفرع الثالث: الصداق:

يعد الصداق من متطلبات عقد الزواج قال الله تعالى: "هن لباس لكم وأنتم لباس لهن"<sup>3</sup>.

ويعرف الصداق على أنه المال الذي يجب للمرأة على الرجل في مقابل الاستمتاع بها بسبب عقد الزواج ويسمى مهراً<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - شيخ سناء، سبل تعزيز مكانة المرأة في قانون الأسرة الجزائرية، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 1، 2020، مزلت 2023/02/23، على الساعة 21:00، ص 5.

<sup>2</sup> - المادة 40 من قانون 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975.

<sup>3</sup> - سورة البقرة الآية 187.

<sup>4</sup> - كرومي أمينة، الصداق والشهادة في قانون الأسرة الجزائري باستفادة من آراء الظاهرة في الشريعة الإسلامية، مجلة القانون والتنمية، 2014، نزلت يوم 2023/04/26، على الساعة 15:00.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

ومن أدلة وجوب الصداق قوله تعالى: "وأتوا النساء صدقاتهن نحلة"<sup>1</sup>، وقوله تعالى: "فما استمتعتم به منهن فأتوهن أجورهن فريضة"<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للفقهاء فقد تضاربت الأفكار فيما بينهم حول تعريف الصداق إلا أن الجوهر واحد حيث عرفه المذهب الحنفي على أنه "اسم للمال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج في البضع"<sup>3</sup>.

أما بالنسبة للمالكية فقد عرفه على أساس المال الملتزم للمخطوبة لملك عصمتها<sup>4</sup>، والشافعية ما وجب بعقد نكاح أو وطء أو تقويت بضع قهراً<sup>5</sup>.

أما بالنسبة لطبيعة الشرعية للصداق اختلف الفقهاء في طبيعة الصداق إلى قولين فمنهم من اعتبره أثر من آثار الزواج وحكم من أحكامه وهو قول الجمهور في ما اعتبره المالكية على أنه شرط في صحة عقد الزواج ولا يجب الاتفاق على إسقاطه، فهو حق من حقوق الزوجة على زوجها وهو حكم من أحكام عقد الزواج وليس شرط صحة لذلك ينعقد الزواج دون ذكر مهر وهذا رأي بعض الفقهاء<sup>6</sup>.

فمن خلال نص المادة 16 و 33 قانون الأسرة الجزائري نلاحظ وجود حالات استحقاق الصداق استحقاق الصداق المسمى المادة 16 "تستحق الزوجة الصداق كاملاً بالدخول أو بوفاة الزوج ونصفه عند الطلاق قبل الدخول سواء كان الطلاق بإرادة الزوج وبتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة وهو ما نصت عليه المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري فكل

<sup>1</sup> - سورة النساء الآية 04.

<sup>2</sup> - سورة النساء الآية 24.

<sup>3</sup> - فاطمة بت قاسم بن محمد الأهدل، محاضرات مؤكدات المهر دراسة فقهية مقارنة، ص 4279.

<sup>4</sup> - المرجع السابق، ص 4279.

<sup>5</sup> - المرجع السابق، ص 4279.

<sup>6</sup> - تواتي نورة، منازعات الصداق في قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق والحريات، المركز الجامعي صالحى أحمد النعام (الجزائر)، المجلد 9، العدد 2/31/10/2021، نزلت يوم 2023/04/27، على الساعة 9 صباحاً، ص 1548.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

هذا يستدعي استحقاق الزوجة لنصف المهر وكذا الخلوة الصحيحة تستحق بها الصداق كاملا بالدخول أو الوفاة ونصفه قبل الدخول<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للصداق في حالة وجود نزاع بين الزوجين هنا ليس هنالك إشكال فالمشرع الجزائري قد حسم هذه المسألة حيث نجد أنه نص في المادة 17 من قانون الأسرة 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<sup>2</sup>.

فمن المعلوم أنه لا اجتهاد مع صراحة النص ومادام أن هنالك نص قانوني صريح فإنه يطبق كما هو، كما أنه لو رجعنا من الناحية العملية نجد أن عديد الأحكام القضائية الصادرة من المحكمة العليا حول قضية الصداق "النزاع بين الزوجين" أكدت على أن القرينة لصالح الزوجة وذلك قبل الدخول وبعده تقوم للزوج، وهذا ما رأيناه سابقا (المادة 17) قانون الأسرة.

### الفرع الرابع: الولي والكفاءة في الزواج:

تعتبر الولاية في الزواج من المواضيع التي كانت محلا لجدل كبير على مستوى الفقه الإسلامي وعرفت وبضغط من الجمعيات النسوية في تعديل قانون الأسرة الجزائرية حيث تحول من ركن إلى مجرد شرط صحة في الزواج فإذا كان الغرض الرئيسي في مسألة الولاية في الزواج هي حماية المرأة من قبل وليها وسنقوم من خلال هذا العنصر إلى التطرق إلى موقف الفقه الإسلامي حول هذه المسألة وكذا التطرق لأهم المستجدات الحاصلة في قانون الأسرة قبل وبعد التعديل حول قضية الولاية في الزواج.

ذهب الحنفية للقول أنه لا يشترط الولي مطلقا محتجين بالقياس على البيع فإنها تستقل ببيع سلعتها وقد قال أبو حنيفة بتزويج العاقلة نفسها وابنتها الصغيرة وتتوكل عن الغير لأنها ببلوغها وعقلها زال العجز عنها وأثبت قدرتها على مباشرة أمورها بنفسها ولهذا فقد سار من أهل الخطاب في أحكام الشرع<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - كرومي أمينة، مرجع سابق، ص 06.

<sup>2</sup> - المادة 17 من الأمر 02/05 المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> - عبد اللطيف محمد عامر، أحكام الأسرة في الإسلام أحكام الزواج، ج 1، ط 2، 2005، ص 160.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

وذهب جمهور من الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى اشراط الولي في تزويج البكر البالغة والعاقلة<sup>1</sup>.

عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "أيها امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل، كلمة باطل ثلاث مرات وهذا دليل قاطع وجازم على ضرورة وجود الولي في عقد الزواج<sup>2</sup>.

عن أبي عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "كل نكاح لم يحضره أربعة (04) فهو سفاح خاطب وولي وشاهدا عدل"<sup>3</sup>، وقوله كذلك "لا نكاح إلا بولي"<sup>4</sup>.

ويشترط في الولي الإسلام، البلوغ، العقل، الحرية، الذكورة والعدالة.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فنجد قبل التعديل كانت المادة 12 الملغاة تنص على أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة المادة 9 غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت<sup>5</sup>.

أما بعد التعديل فقد أدخل المشرع الجزائري تغييرات جذرية بعد التعديل على المركز القانوني للولي ودوره في مسألة ولاية التزويج حيث يظهر ذلك من خلال المادة 11 من

<sup>1</sup> - هناء فوزي محمد علي ربايعة، الأهلية للزواج بين الفقه وقانون الأحوال الشخصية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية كلية الدراسات العليا، 2013، ص 77.

<sup>2</sup> - عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع الجزائر شارع طرابلس مقابل دائرة حسين داي، الجزائر، ص 107.

<sup>3</sup> - عبد الحفيظ بقة، ركن الولي في عقد الزواج والإشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة المسيلة، العدد 23، المجلد 1، نزلت: 2023/04/27 على 12:00، ص 110.

<sup>4</sup> - صلاح سيف الدين، حقوق الزوج والزوجة وأصول المعاشرة الزوجية، ط 2، 1990، ص 30.

<sup>5</sup> - لحسين بن شيخ آث ملويا، الرشد في قانون الأسرة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 49.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

قانون الأسرة تُعقد المرأة الراشدة زوجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره<sup>1</sup>.

فالمشرع خلال هذه المادة اعتبر الولاية أمر شكلي وباستقراءنا لهذه المادة نلاحظ أن المشرع ساوى بين الرجل والمرأة في هذه المسألة بحيث أنه اعتبر المرأة غير ملزمة بإحضار ولي معين في عقد زواجها بل يمكنها إحضار أي شخص تختاره وحسب رأي فإن المشرع لم يصب في هذه المادة باعتبار أن المرأة لو قامت بعقد زواجها بدون وليها من الناحية القانونية زواجها صحيح لكن من الناحية الأخلاقية غير جائز ويمكن أن نقول أنه ضرب من الجنون ويعتبر بمثابة انتهاك لقواعد الشريعة الإسلامية فمثلا لو حدث مشكل بعد الزواج فإن المرأة لمن تلجأ أكيد بالدرجة الأولى إلى وليها باعتباره حاميا فالأب يعد بمثابة درع واقى للمرأة والمرأة مخلوق ضعيف.

فالمشرع الجزائري كان يعد الولي ركن لانعقاد الزواج لا يتم الزواج دون إذنه أما بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة أصبح الولي مجرد شرط لإبرام العقد بحيث يمكن للمرأة أن تعقد زواجها دون وليها فأصبح بذلك حضوره وغيابه على حد سواء وهنا يظهر المساواة بين الرجل والمرأة حول هذه المسألة فالمشرع كان متأثرا بالحركات السنوية التي كانت تدعو إلى تحرير المرأة ومساواتها مع الرجل.

والحكمة من اشرط الولي مراعاة مصلحة المرأة بدل النصح لها ودلالاتها ما ينفعها هي أنه يحميها من مخاطر المجازفة والتسرع لقلّة خبرتها بأمر الرجال فتقع بذلك ضحية العاطفة أو الغش والخداع<sup>2</sup>.

فالمشرع لم يبق للولي الشرعي من دور حقيقي إلا في حالة تزويج القصر وفي هذه الحالة اعتبر المشرع القرابة والترتيب فيها وأعطى للقاضي دوره الذي ينبغي أن يقوم به فقال

<sup>1</sup> - المادة 11 من الأمر 02/05 المعدل والمتمم.

<sup>2</sup> - عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 113.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

يتولى زواج القصر أوليائهم وهو الأب فأخذ الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له وأن لها أن تباشره بنفسها ولا حاجة لموافقة وليها مهما كانت درجة القرابة<sup>1</sup>.

فالمشرع الجزائري كما ذكرنا سابقا يظهر تأثيره بمطالب الجمعيات النسوية التي تتنادي برفع ما تسميه بالحجر على المرأة في عقد الزواج حيث أصبح يؤمن بفكرة أن المرأة لم تعد بحاجة لوليها باعتبارها أصبحت ناضجة مدركة تفرق بين النافع لها والضار.

كما أنه قد أكدت دراسات ميدانية أن مباشرة المرأة لعقد زواجها دون ولي يؤدي إلى مشكلات أسرية فمن بين أسباب إرتفاع نسبة الطلاق هو إلغاء ركن الولي في عقد الزواج لأنه غالبا ما تحل الخصومات بين الأزواج بتدخل الأولياء والعائلات عن طريق التحكيم ومحاولة الصلح بين الطرفين<sup>2</sup>.

إنّ فإن تعديل المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري لم يستجب لطبيعة الأسرة الجزائرية بكل خصائصها وعاداتها وثوابتها الأمر الذي سيساهم في تفاقم المشاكل الأسرية ويزيد من تفكك الأسرة<sup>3</sup>.

وبالتالي فإن ضرب ركن الولي بعرض الحائط في الزواج بداعي المساواة يعد كارثة بمعنى الكلمة وسبب من أسباب تفكك المجتمع الأسري خصوصا أن المجتمع الجزائري تحكمه الشريعة الإسلامية من جهة ومن جهة أخرى الأعراف والعادات والتقاليد المتوارثة ومن بينها قضية الولي فبرغم من إستحداث المشرع لنص الولي ركن أساسي وجوهري في عقد الزواج وليس شرط كما أدرجه المشرع الجزائري في نص المادة 9 مكرر.

أما بالنسبة للكفاءة في الزواج فالمشرع الجزائري لم يتطرق إليها ولا إلى ما يتعلق بأحكامها وعليه طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة والتي تنص على أنه "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية وبالرجوع إلى الفقه

<sup>1</sup> - عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 112.

<sup>2</sup> - زريق مسعود، انعكاسات تعديل قانون الأسرة الجزائري على الإستقرار الأسري، دراسة حالة بمدينة باتنة رسالة ماجستير كلية العلوم الإجتماعية، جامعة باتنة، 2009-2010، ص 232-233.

<sup>3</sup> - بروبي شمس الدين، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، دار الأمة، الجزائر، 2003، بدون ط، ص 95.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

الإسلامي نجد على سبيل المثال المذهب المالكي الذي اعتبرها في الدين فقط وقيل أنها تكوم في الدين الحرية، السلامة من العيوب"<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للحنفية الكفاءة شرط في صحة الزواج إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها ولها ولي عاصب ويحتجون لما اتجهوا إليه بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم "لا يزوج النساء إلا الأولياء ولا يزوجهن إلا من الأكفاء"<sup>2</sup>.

واتفقوا على اعتبار أصل مشروعية الكفاءة الدين (الواحد) ثم اختلفوا فيما سوى ذلك وجمعها بعضهم في بيتين من الشعر:

شرط الكفاءة ستة قد حررت

ينبيك عنها بيت شعر مفرد

نسب ودين صنعة حرية

فقد العيوب في اليسار تردد

وبالنظر إلى مصنفات العلماء نجد أن عناصر الكفاءة المعتبرة عندهم 6 وهي: الدين، النسب، المهنة، الحرية<sup>3</sup>.

ومن بين أدلة ومشروعية الكفاءة نجد ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت اشترت بريرة فاشتراط أهلها ولاءها فنكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال "اعتقها فإن الولاء لمن أعطى الورق فأعتقتها فدعاها النبي صلى الله عليه وسلم فخيرها من زوجها فقالت لو أعطاني كذا وكذا ما ثبت عنده فاختارت نفسها" وجه الدلالة دل هذا الحديث بمنطوقه أن الكفاءة معتبرة وإلا لما خيرها النبي صلى الله عليه وسلم بزوجها لما لم يكن زوجها كفؤا لها

<sup>1</sup> - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 103.

ومن بين قرارات المحكمة العليا حول الولي في عقد الزواج نذكر:

- قرار المحكمة العليا بتاريخ 1988/11/21 رقم القرار 51612 المجلة القضائية 1992 العدد 2 ص 52.

- قرار المحكمة العليا بتاريخ 1993/03/30 رقم الملف 90468 المجلة القضائية 1994 العدد 3 ص 66.

- قرار المحكمة العليا بتاريخ 1993/02/23 رقم القرار 88856 المجلة القضائية 1996 العدد 2 ص 69.

<sup>2</sup> - عبد اللطيف محمد عامر، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 188.

<sup>3</sup> - محمد علي الرشيد، الكفاءة بين الزوجين وأثرها على عقد النكاح، ص 2538.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

بعد الحرية في المقام معه أو أن تفارقه وهو الذي قال بشأنه الشافعي بأن أصل الكفاءة مستتبط من حديث بريرة كان زوجها غير كفؤ لها فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم<sup>1</sup>.

وباستقراء قوانين الأحوال الشخصية المقارنة في الدول العربية نجد أغلب التشريعات قد أولت اهتماما بالغا بالكفاءة في الدين فمثلا جاء في الفصل السادس من قانون الأسرة القطري رقم 2006/22 بعنوان الكفاءة في الزواج ونصت المادة 31 منه 'الكفاءة شرط لزوم للزوج والعبرة فيها بالصلاح في التدين والخلق عند العقد'<sup>2</sup>.

كما نصت المادة 22 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 2005/28 على أن العبرة بالكفاءة بصلاح الزوج دينا واتفق قانون الأحوال الشخصية الإماراتي مع قانون الأسرة البحريني والقطري في ضرورة اعتبار الدين من الكفاءة الواجب توافرها ساعة إبرام عقد الزواج<sup>3</sup>.

وهناك من لم يتطرق إليها كما فعل المشرع الجزائري مثل المشرع التونسي ومدونة الأسرة المغربية وتركوا بذلك الحرية للأفراد وما يرغبون في تنظيم أوضاعهم الخاصة<sup>4</sup>.

وبالتالي حسب راعي اعتبار الكفاءة في الزواج لا يخلق طبقيه وفوارق اجتماعية بين أفراد المجتمع لأن الشريعة لم تفرق بين أحد إنما القصد تجنب سبيل الشقاق بين الزوجين والحفاظ على استقرار الأسرة وانسجامها فأشراط الكفاءة في الزواج يهدف لجعل الحياة الزوجية سعيدة خالية من المشاكل وإنعدام التكافؤ بين الزوجين يخلق فجوة بينهما الأمر الذي يسبب الطلاق وتصدع الأسرة وتفككها.

<sup>1</sup> - هدى غيطان، الكفاءة في الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، مجلة جامعة النجاح للأبحاث العلوم الإنسانية، المجلد 29 (7)، 2015، نزلت في 2023/04/27، على الساعة 19:00، ص 431.

<sup>2</sup> - محمد مستوري، الكفاءة في الزواج ودور العرف في التوسعة من مجالاتها، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة لبليلة 2 الجزائر، المجلد 13، العدد 1، نزلت في 2023/04/27، على الساعة 19:00، ص 317.

<sup>3</sup> - المرجع السابق، ص 317.

<sup>4</sup> - بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 104.

### الفرع الخامس: الاشتراط والشهادة الطبية

أحيط عقد الزواج بسياج من القواعد الحكيمة والضوابط القويمة باعتباره من أوثق وأسمى العقود وأقدسها حيث سماه الله تعالى بالميثاق الغليظ وقد بين المولى جل في علاه كل ما يخص الزواج وآثاره في كتابه الحكيم فهو الذي لا يخفي عليه شيء في الأرض ولا في السماء وبالرغم من أن الشارع هو الذي حدد آثار الزواج بشروط يريانها لازمة لضمان حقوقهما ما دامت لا تتعارض هذه الأخيرة مع ما يقره الشارع.

وبالرجوع إلى نص المادة 19 من قانون الأسرة للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم يتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون "فقول المشرع أن يشترط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق دليل على وجوب التوثيق وأنه الوسيلة الوحيدة المقررة قانونا لإثبات الشروط في حال تنازع حولها ولم يذكر المشرع وسائل أخرى مثل شهادة شهود واليمين والنكول ويبقى ذلك لاجتهادات المحكمة العليا باعتبارها الجهة القضائية المخولة قانونا بتوحيد الإجتهااد القضائي الوطني<sup>1</sup>.

وما نلاحظه من خلال النصين القديم والجديد أن النص القديم لم يحدد أي نوع من الشروط التي يمكن أن يشترطها هذا الزوج أو ذاك وإنما اكتفى بذكر ضابط واحد لهذه الشروط وهو عدم مخالفتها لأحكام القانون كما حصر وقت الاشتراط بوقت إبرام العقد أما النص الجديد فقد نص على إمكانية أن ترد هذه الشروط في عقد رسمي لاحق لإبرام عقد الزواج كما تضمن النص مسألتين كمثال للشروط التي توضع في العقد وهما مسألة تعدد الزوجات أي يتفقان هل يعدد الزوج أو لا يعدد والمسألة الأخرى وهي عمل المرأة وهما أكثر مسألتين ركزت عليهما الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - سعيد خنوش، توثيق الشروط الفعلية في عقد الزواج دراسة تحليلية في ضوء الشريعة والقانون والاجتهاد القضائي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، نزلت في 2023/02/23، على الساعة 19:00، ص 180-181.

<sup>2</sup> - محمد توفيق قديري، مظاهر التوازن بين مركزي المرأة والرجل في قانون الأسرة الجزائري كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ابن خلدون، تيارت، ص 144-145.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

وبالتالي فإن هذين الشرطين المستحدثين في نص المادة 19 على سبيل المثال لا الحصر ونظرا لتعدد الشروط المحتملة في الحياة العملية مما يصعب حصرها نص المشرع الجزائري من باب التمثيل فقط ومن جهة أخرى من باب تأثيرهما على حياة الأسرة وبهذا يكون المشرع قد حسم مسألة هذين الشرطين تشريعيا ورفع الحرج عن القاضي والمتقاضين<sup>1</sup>.

وكما أنه وكمبدأ عام لا يجوز للزوج أن يمنع زوجته من العمل احتراما للشرط وله الرجوع فيه إذا كان هناك سبب مشروع والقاضي يلعب دورا كبيرا في الموازنة بين المصالح والمفاسد المترتبة على مثل هذا الشرط والرجوع فيه<sup>2</sup>.

كما نصت المادة 11 من اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة على احترام حق المرأة في العمل حيث نصت على أنه تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل لكي تكفل لها على أساس المساواة بين الرجل والمرأة نفس الحقوق ولاسيما الحق في العمل بوصفه حق ثابت لجميع البشر<sup>3</sup>.

وعلى هذا الأساس يجب على الزوجين إعادة النظر في مثل هذه الشروط بحيث لا يتعنث الزوجين ولا بد أن أن يتناول فيها كل واحد للآخر عن بعض حقوقه حماية للأسرة<sup>4</sup>.

كما أنه يجب ألا يؤثر الوفاء بالشرط على التضامن الزوجي عند انتفاء المصلحة المرجوة من جانب الزوجة وتعذر الوفاء بالشرط من جانب الزوج لظهور مصلحة جديدة يتعين على الزوجين السعي نحو تحقيقها بشرط ألا يتنافى ذلك مع مقاصد الشريعة الإسلامية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - بوحالة الطبيب، الفحوصات الطبية قبل الزواج دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2010، د ط، ص 266.

<sup>2</sup> - البكري محمد عزمي، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، بيروت، 1984، د ط، ص 357.

<sup>3</sup> - اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 180/34 المؤرخ 18 ديسمبر 1979 وبدأ نفاذها 3 ديسمبر 1981 وفقا لأحكام المادة 27.

<sup>4</sup> - مصطفى السابعي، المرأة بين الفقه والقانون، دار الوراق، 2003، د ط، ص 47.

<sup>5</sup> - فكرة سعيد، الشروط عند الأصوليين، رسالة دكتوراه جامعة الأمير عبد القادر، معهد الشريعة، قسنطينة، 1996 -

1997، ص 633.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

كما يكون للزوج أن يطلب فسخ الزواج إذا ما أخلت زوجته بشروطه التي اشترطها لمصلحة<sup>1</sup>.

وأساس الفسخ هو الترابط بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين ولتحقيق هذا الترابط لا بد من انعقاد واحترام بنوده بغرض تحقيق التوازن في العلاقة العقدية<sup>2</sup>.

كما أن دعوى الفسخ أمام القضاء لاستصدار حكم بفسخ الزواج لعدم الوفاء بالشرط وكذا تحديد مشروعية الشرط من عدمه فالقاضي أقدر من غيره على تحديد مشروعية الشرط من عدمه<sup>3</sup>.

ولا ننسى في مسألة الإشراف الزمة المالية المشتركة بين الزوجين التي اكتسبوها خلال حياتهم الزوجية كأصل عام لكل واحد من الزوجين زمة مالية مستقلة عن زمة الآخر، المادة 37 من قانون الأسرة إلا أنه وكاستثناء نص المشرع الجزائري أنه يجوز للزوجين أن يتفق في عقد الزواج أو في عقد لاحق حول الأموال المشتركة فيما بينهما والتي اكتسباها خلال حياة الزوجية ولربما يعود هذا السبب إلى الواقع الذي يعيشه مجتمعنا الجزائري باعتباره مجتمع يقوم على أساس التكافل والرحمة بين أفراد الأسرة.

أما بالنسبة للشريعة الإسلامية فقد أقرت مبدأ استقلال الزمة المالية للمرأة عن الزمة المالية لزوجها فالزوج مسئول بحكم العقد الشرعي النفقة الزوجية ولا يحق له أن يتعدى على مالها إلا في حدود رضاها وبما لا يفسده<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - السرطاوي محمود، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، دار الفكر، عمان، 1996، ط 2، ص 126.

<sup>2</sup> - المرجع السابق، ص 242-243.

<sup>3</sup> - قاسم علي محمد، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، د ط، ص 167-168.

<sup>4</sup> - كريمة محروق، قانون الأسرة على ضوء التعديل الجديد، دراسة تحليلية مقارنة، ط 1، مكرر نهج سايفي أحمد س. م. ك، قسنطينة، الجزائر، 2019، ص 71.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

يقول محمد شلتوت ولا نعلم أحد من فقهاء الإسلام رأى أن النصوص الواردة في مباشرة التصرفات المالية خاصة بالرجال دون المرأة فأباح لها أن تملك وأن تتصرف فيما تملك وأباح لها توكيل غيرها فيما لا تريد مباشرته بنفسها<sup>1</sup>.

كما يمكن أن يتفق الزوجان عند الاشتراك في الأموال عن طريق عقد الشركة بمقتضى أحكام القانون التجاري فتطبق الأحكام العامة للعقود التجارية من المادة 30 إلى المادة 77 من القانون التجاري ولا توجد أحكام خاصة بالزوجين فقط<sup>2</sup>.

كما أنه لا يوجد في القانون المدني نص ينظم الملكية بين الزوجين ومنه تطبق الأحكام العامة للملكية الشائعة لكن يجب على المشرع أن يضع أحكاما خاصة للمتع المشترك بين الزوجين من أجل حماية الأسرة بصفة عامة والأولاد بصفة خاصة بأنه لا يجوز لأي زوج أن يتصرف في المتاع المشترك بينهما إلا بموافقة الزوجين معا وفي حالة الخلاف لابد من اللجوء إلى القضاء<sup>3</sup>.

أما فيما يخص الشهادة الطبية قبل الزواج فتعد بمثابة مفتاح الزواج الآمن ويعد من الوسائل الوقائية والفعالة للحد من الأمراض وتعرف الفحص الطبي قبل عقد القران في مراكز محددة لهذه الغاية للكشف عن احتمالية حملها لأمراض وراثية أو معدية أو مضررة يترتب عليها الأمراض وعدم استقرار الحياة الزوجية وتقديم المشورة المناسبة لحالتهم<sup>4</sup>.

وتتلخص فوائد الفحص الطبي قبل الزواج في تثقيف المقبلين على الزواج صحيا بالنواحي التي تؤدي إلى السعادة الزوجية تحاشي أسباب الاختلاف والطلاق ودحض الأفكار

<sup>1</sup> - كريمة محروق، المرجع السابق، ص 72.

<sup>2</sup> - مسعودي الرشيد، النظام المالي للزوجين في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2006/2005، ص 321.

<sup>3</sup> - كريمة محروق، المرجع السابق، ص 85.

<sup>4</sup> - صفوان محمد غضبات، الفحص الطبي قبل الزواج، دراسة شرعية قانونية تطبيقية، ط 1، الإصدار 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان وسط البلد قرب الجامع الحسيني، ص 29.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

والمعتقدات المغلوطة بالإضافة إلى تأكد الخاطبين من قدرة الطرف الآخر من الإنجاب وعدم وجوب عقم<sup>1</sup>.

وبالتالي يقدم الطرفان على الزواج وهو مطمئن على مستقبل حياته الزوجية وأنه سيحظى بحياة سعيدة باعتبار أن الهدف الأول من الزواج هو الاستقرار وإعمار الأرض.

ولقد استحدثت المشرع هذا الشرط في قانون الأسرة بعد التعديل فنصت المادة 7 مكرر أنه "يجب على طالبي الزواج تقديم وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن 3 أشهر تثبت خلوها من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج<sup>2</sup>.

وكما أن الأشخاص المختصين بتحرير عقد الزواج سواء داخل الوطن أو خارجه حسب نص المادة 71 من قانون الحالة المدنية، هما ضابط الحالة المدنية أو الموثق أما المادتين 95، 96 فقد نصت على الموظف المختص بتحرير عقد الزواج خارج الوطن هما الموظف الدبلوماسيين أو القناصل أو السلطات المحلية التي لها الحق بتحرير العقود الرسمية حسب ما نصت عليه المادة 97-103 من نفس القانون<sup>3</sup>.

وعليه فإنه يلزم على هذه الجهات التأكد من الوثائق وأن المقبلين على الزواج قد قاموا بتسليم هذه الوثائق قبل تحرير عقد الزواج المادة 74 من قانون الحالة المدنية والمتعلقة بإثبات حالة وهوية وموطن أو محل إقامة كل واحد من المقبلين على الزواج وفي حالة مخالفة الإجراءات نصت المادة 77 من قانون الحالة المدنية على معاقبة ضابط الحالة المدنية والموثق الذين لا يحترمون شروط عقد الزواج وكذا يعاقب الموثق وضابط الحالة

<sup>1</sup> - كريمة محروق، المرجع السابق، ص 102.

<sup>2</sup> - أمر يحيوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تخصيص مالولي فيلا رقم 10، مدوحة تيزي وزو، ص 240.

<sup>3</sup> - نضيرة عتيق، حماية العلاقة الزوجية في المستحدث من تشريعات الأسرة، دراسة مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الشريعة والقانون، تخصص أحوال شخصية جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة قسم الشريعة والقانون دراسة عليا، 2016/2017، ص 264.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

المدنية عقوبة جزائية وإدارية إذا لم يتحقق من المستندات والوثائق لإبرام عقد الزواج ومن بينها الشهادة الطبية<sup>1</sup>.

كما يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من خلال الاستماع إلى كلا الطرفين في آن واحد من علمهما بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما وبالأعراض أو العوامل التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤثر بذلك في عقد الزواج<sup>2</sup>.

نصت المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 154/06 مؤرخ في 11 مايو 2006 "لا يجوز للطبيب أن يسلم الشهادة الطبية المنصوص عليها في المادة 2 قبل القيام بالفحص الشامل، تحليل الدم A.O.B + rhésus"<sup>3</sup>.

يتضح لنا أن تقديم الشهادة الطبية بقصد خاؤ الزوجان من الأمراض المعدية التي يمكن أن تنتقل إلى الطرف الآخر بعد الزواج أمر ببالغ الخطورة والمشرع الجزائري في نظري قد أحسن صنعا لما ألزم المقبلين على الزواج بوجوب الفحوصات الطبية التي تثبت خلوهما من العلل والأسقام ومن هنا تتجلى بوضوح أن المشرع الجزائري كرس مبدأ المساواة بين الزوجين حيال هذه المسألة.

### الفرع السادس: التوارث بين الزوجين:

يعتبر حق التوارث بين الزوجين من أهم الحقوق المالية المستحقة بين الطرفين عند وفاة أحدهما ومن خلال هذا المنطلق وبالتركيز على الرابطة الزوجية التي تعد سببا موجبا للإرث سوف نتطرق من هنا إلى موقف المشرع الجزائري وهل سوى بين الجنسين حيال هذه المسألة أم لا؟

يثبت حق التوارث بين الزوجين بمجرد إتمام عقد الزواج أحد الزوجين ورثه الآخر بعد اتمام عقد الزواج ولو لم يتم الدخول ما لم يكن هناك مانع من موانع الميراث كاختلاف الدين والقتل العمد كما يعتبر الزوج والزوجة من أصحاب الفروض أي من بين الورثة الذين

<sup>1</sup> - المادة 77 من القانون رقم 20/70 المعدل والمتمم بالقانون رقم 08/14 وبالقانون 03/17.

<sup>2</sup> - لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 37.

<sup>3</sup> - المرجع السابق، ص 36.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

يتمتعون بنصيب مفروض بحكم الشرع فالتوارث بين الزوجين حق من حقوق الله التي لا يجوز إسقاطها أو الإنفاق على تعد عليها أو التنازل عنها للغير<sup>1</sup>.

ويشترط في إرث الزوج من زوجته والزوجة من زوجها شرطان يجب توفرهما حتى يكون كل واحد منهما مستحقا للإرث من الآخر أن يكون عقد الزواج صحيحا شرعا سواء ترتب على العقد الصحيح دخول بالزوجة أو الخلوة بها أو أن أحدهما مات قبل الدخول أو الخلوة أن تكون الزوجة الصحيحة قائمة وقت الوفاة حقيقة أو حكما وتكون الزوجة قائمة وقت الوفاة حقيقة إذا مات أحدهما والزوجة غير مطلقة<sup>2</sup>.

ميراث الزوج من زوجته يتخذ أحد صورتين النصف فرضا وذلك مثلا في حالة انعدام الفرع الوارث مطلقا لزوجته مثال توفيت امرأة وتركت زوجها وأباها الزوج يأخذ النصف في هذه الحالة وذلك لانعدام الفرع الوارث والأب له الباقي تعصيبا لانعدام الفرع مطلقا ويأخذ الربع فرضا عند وجود فرع وارث مثال توفيت وتركت زوجا، ابن، بنت، الزوج يأخذ الربع لوجود الفرع الوارث والابن والبنت لهما الباقي تعصيبا للذكر مثل حظ الأنثيين<sup>3</sup>.

كما أن الزوجة ترث أيضا من مال زوجها وتأخذ صورتين الربع لانعدام الفرع الوارث مثال توفي وترك زوجته وأخا شقيقا الزوجة الربع فرضا وانعدام الفرع الوارث ..... له الباقي تعصيبا والحالة الأخرى ترث فيها الثمن عند وجود الفرع الوارث مثال توفي وترك زوجة وابن وبنت الزوجة الثمن فرضا لوجود الفرع الوارث والبنت والابن الباقي تعصيبا للذكر مثل حظ الأنثيين<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ط 1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2008، ص 57.

<sup>2</sup> - أحمد فراج حسين، أحكام التركات والموارث في الفقه والقانون، ط 1، مطبعة الانتصار منشأة المعارف بالاسكندرية، ص 114-115.

<sup>3</sup> - محمد محده، التركات والموارث، ط 1، دار الفجر للنشر والتوزيع، 4 شارع هاشم الأشقر، النهضة الجديدة، القاهرة، ص 104.

<sup>4</sup> - المرجع السابق، ص 105.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

كما أن هناك أمثلة كثيرة وضعت فيها المرأة مكان من يحاديه من الرجال في قوة القرابة ودرجتها فإذا بالاستقرار يظهر ما يلي هناك أربع حالات فقط ترث فيها المرأة نصف الرجل وهناك حالات أضعاف ما سبق ترث فيها المرأة ما سبق ترث فيها المرأة مثل الرجل تماما وهناك حالات عشر أو تزيد ترث فيها المرأة أكثر من الرجل<sup>1</sup>.

كما أننا بالرجوع إلى نص المادة 130 من نفس القانون نجد أن المشرع الجزائري قال أن النكاح سبب من أسباب التوارث بين الزوجين ومن خلال قرائتنا لهذه القانونية نستشف أنه حتى يقع التوارث بين الزوجين لابد أن تبني العلاقة الزوجية أولا على أساس صحيح بمعنى لابد أن يستوفى كامل الشروط والأركان المنصوص عليها في نص المادة 9 و9 مكرر من نفس القانون.

أما النكاح المتفق على فساده كمن تزوج فوق الرابعة أو محرمة عليه فإنه لا يكون سببا من أسباب الميراث حتى ولو تم الدخول وأنجبت أولادا ولقد عبر المشرع الجزائري على هذا النوع من الأنكحة بالنكاح الباطل وذلك من خلال نص المادة 131 من قانون الأسرة "إذا أثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين"<sup>2</sup>.

وكما سبق القول بأن قانون الأسرة الجزائري لم يتضمن حكم التوارث بالزواج الفاسد كما بينا أن الأصل هو قبول التوارث فيه مادام مختلفا في فساده إلا أن المحكمة العليا الجزائرية في قرارها رقم 251656 المؤرخ في 2001/05/23 عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث تبنت قول المالكية في شأن زواج المريض مرض الموت حيث نقضت المحكمة العليا في قرارها المذكور أعلاه قرار مجلس قضاء البلدية الذي أيد حكم محكمة القليعة الذي رفض دعوى الطاعنة التي كانت تطلب الحكم بعدم أحقية والدها في الإرث من أمها لأنه أعاد الزواج من أمها في 1977/07/25 وهي في حالة غيبوبة تامة بسبب مرضها الذي ماتت فيه بعد أن كان قد طلقها بحكم 1967 فقط لأجل أن يرث منها وحيث أن أمها توفيت في 1977/11/15 فمردها يعتبر مرض موت لا يصح ولا إرث فيه، ولكن القضاة الموضوع في

<sup>1</sup> - صلاح الدين سلطان، ميراث المرأة وقضية المساواة، ط 1، دار النهضة، مصر، للطباعة والنشر والتوزيع، المنطفة الصناعية 4، مدينة السادس من أكتوبر، 1999، ص 10.

<sup>2</sup> - محمد محده، التركات والمواريث، مرجع سابق، ص 70.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

الدرجتين الأولى والثانية لم يجبوها لطلبها بدعوى أنه لا يوجد في الشريعة الإسلامية ما يبطل الزواج في مرض الموت وأن التوارث ثابت، إلا أن المحكمة العليا رأت أن قضاة الدرجتين الأولى والثانية على خطأ وأن الزواج في مرض الموت لا يرث فيه مستندة في ذلك على ما جاء في مختصر خليل في باب أحكام النكاح عند الحديث عن الأنتحة الفاسدة يثبت فيها الإرث، فقال إلا نكاح المريض مرض الموت زوجا كان أو زوجة فلا يرث فيه<sup>1</sup>.

ومن أدلة التوارث بين الزوجين قوله تعالى "ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصي بها أو دين"<sup>2</sup>.

وبالتالي فالشريعة الإسلامية قد أكرمت النساء ووفرت لكل منهن نصيبا إن يكن غالبا نصف نصيب الرجل فكثيرا ما يكون خالصا لها، فتميز الرجل على المرأة في الميراث يجد تفسيره الواضح في إيجاب الشريعة الإسلامية النفقات على الرجل فالميراث والنفقات بإبان في النظام المالي الإسلامي يكمل كل منهما الآخر<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - محمد توفيق قديري، أحكام شروط التوارث بين الزوجين في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 12، العدد 1، 25 مارس 2020، نزلت في 2023/04/28، على الساعة 21:00، ص 269.

<sup>2</sup> - سورة النساء الآية 12.

<sup>3</sup> - محمد بلتاجي، مكانة المرأة في القرآن الكريم والسنة الصحيحة، ط 1، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة - مصر، 120 شارع الأزهر ص ب 161 الغورية 2000، ص 143-144.

\* من بين قرارات المحكمة العليا حول ميراث الزوجين نذكر:

- قرار المحكمة العليا 1993/6/23 ملف 91671 المجلة القانونية 1994 العدد 1 ص 72.

- قرار المحكمة العليا 1993/12/21 ملف 101444 المجلة القانونية 1996 العدد 2 ص 73.

### المبحث الثاني: في آثار العقد:

#### المطلب الأول: الحقوق والواجبات الزوجية:

إذا وقع العقد صحيحا نافذا ترتبت عليه آثاره ووجب بمقتضاه الحقوق وقيام كل من الزوجين بواجباته والاضطلاع بمسؤولياته الذي يوفر أسباب الاطمئنان والهدوء النفسي تتم السعادة الزوجية ومن خلال هذا المنطلق سوف نتم بدراسة هذه الحقوق فما هو حق بالنسبة للزوج هو واجب بالنسبة للزوجة والعكس صحيح وسوف نتطرق إلى رأي المشرع الجزائري حيال هذه المسألة؟

كان المشرع في قانون الأسرة قبل تعديله يصنف الحقوق الزوجية إلى حقوق خاصة بالزوجة وأخرى خاصة بالزوج إضافة إلى حقوق مشتركة كالمحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة بينهما وذلك في المواد 36 إلى 39 من قانون الأسرة الجزائري أما بعد تعديل 2005 فقد تخلى عن ذلك التصنيف بداعي المساواة بين الزوجين والقضاء على جميع أنواع التمييز ضد المرأة تطبيقا لاتفاقية سيداو<sup>1</sup>.

حيث نجد أن المشرع في الفصل الرابع يتحدث عن حقوق وواجبات الزوجين إذ أنه نص في المادة 36 من قانون الأسرة يجب على الزوجين:

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

<sup>1</sup> - نزار كريمة، التوجه التشريعي نحو تكريس المساواة بين الزوجين وأثره على الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي إلياس سيدي بلعباس، الجزائر، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة الجزائر، 2020/09/1 مزلت بتاريخ 2023/02/15، ص 212.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

### الفرع الأول: المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة:

#### أولاً: المحافظة على الروابط الزوجية:

يقصد بالروابط الزوجية بداية، العقد وهو رباطه مادي، لأنه لا يمكن الخوض في روابط الحياة الزوجية إلا بوجود هذا الرباط المقدس إذ الحياة الزوجية تبدأ منذ إبرام عقد الزواج لا قبله ولا بعده، ولذلك أقام الفقه عليه عديد الآثار لاسيما منها المالية كالحق في الإرث مثلا وكذلك تقوم عليه سائر الحقوق الغير مالية، ثم تأتي الروابط الغير مالية الأخرى التي غالبا ما تبرز في الكفاءة، لاسيما في الجوانب المعنوية منها والتي من بينها مستوى التدين، مستوى الأدب ودرجة الثقافة فكلها وغيرها من روابط الحياة الزوجية غير المالية، تلعب في قرب الزوجين مع بعضهما دورا مهما، وهذا مصداقا لقول النبي صلى الله عليه وسلم "المؤمن يألف ويؤلف ولا خير فيمن لا يألف ولا يؤلف" وعلى تلك الأسس كان لزاما على الزوج وقبل الزواج أن يختار من يرى فيها صلاحا للاتلاف معه نفسا وروحا ويقع على المرأة أيضا أن لا ترضى إلا بمن ترى منه اتلافه معها نفسا وروحا، وإلا فلا يمكن المحافظة على شيء غير موجود أصلا، لأن الزواج بناء يبدأ من اللحظة الأولى وهي لحظة العزم على الانتقاء<sup>1</sup>.

#### ثانياً: المحافظة على واجبات الحياة المشتركة:

يعتبر من صميم واجبات الحياة المشتركة، كل واجب شرعي قانوني يصلح معه وبه استمرار الحياة الزوجية إذ الزواج قائم أصلا على مشاركة وتلازم بين الزوجين في المعيشة والحياة ولاحتكاك الدائم بينهما لزم كل واحد منهما أن يحاول الحفاظ على تلك الواجبات المتلازمة والتي يقوم عليها استمرار العلاقات الشرعية وذلك بعد التعرض لها من نفسه سوء ودرء كل تعدي صادر من الغير، ولو كان التعدي من الطرف الثاني في العلاقة الزوجية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - جمال عياشي، الحقوق الزوجية غير المالية من مواد قانون الأسرة الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم

السياسية كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، المجلد 16، العدد 2، 2021، نزلت في 2023/04/29، على الساعة 13:00، ص 144.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 145.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

### الفرع الثاني: المعاشرة بالمعروف:

تعد المعاشرة بالمعروف من بين الحقوق المشتركة بين الزوجين التي لا تقوم الحياة الزوجية على أساس قويم إلا بها.

ومن متطلبات القوامه الزوجية معاشرة الزوج لزوجته بالمعروف وإن كانت من الواجبات والحقوق المشتركة بين الزوجين<sup>1</sup>.

وبالتالي على الزوج وجوب الإحسان في المعاملة والمعاشرة بالمعروف تقديرا لمشاعر المرأة المرهفة، وتخليدا للرابطة الزوجية القائمة على العفة والطهر والشرف والحب والمساواة والعدل هذا من جهة.

كما على الزوجة معاشرة زوجها بالمعروف 'عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "إذا صلت المرأة خمسها وحصنت فرجها وأطاعت بعلمها دخلت من أي أبواب الجنة شاءت"<sup>2</sup>.

وعن عائشة رضي الله عنها قالت "ما ضرب صلى الله عليه وسلم بيده خادما قط ولا امرأة ولا ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده شيئا قط إلا أن يجاهد في سبيل الله ولا خير بين أمرين قط إلا كان أحبها إليه أيسرهما حتى يكون إثما فإذا كان إثما كان أتعد الماس من الإثم ولا انتقم من شيء يوحى إليه حتى تنتهك حرمة الله عز وجل فيكون ينتقم الله عز وجل"<sup>3</sup>.

كما يجب على الزوج كذلك إكرام زوجته ومداعبتها والرفق بها وتأديبها وتطبيب خاطرها وكف الأذى عنها مما يؤلف قلبها ويجلب المحبة والمودة وهذا من حسن المعاشرة بالمعروف<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - وحيلاني جيلالي، مظاهر المساواة بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 42.

<sup>2</sup> - أبو عبد الله محمد الونشريسي، مختصر الحقوق الزوجية في القرآن والسنة النبوية، النسخة 1، ص 44.

<sup>3</sup> - أبي منير عبد الله بن عثمان القيسي الزماري، الحقوق الزوجية، ط 1، دار الميراث النبوي، 2011، ص 57.

<sup>4</sup> - أبو حسام الدين سيف النصر علي عيسى، المساواة بين المرأة والرجل بين الإسلام وقراءات الملحددين، ص 38.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

قال تعالى: "وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً"<sup>1</sup>.

وبالتالي لقيام علاقة زوجية ناجحة لابد على الزوج والزوجة معايشة بعضهما البعض بالمعروف وقيام كل واحد منهم بمسؤولياته كاملة على أكمل وجه حتى تتلاشى مظاهر العداوة والبغضاء بينهم فكل واحد مسئول عن أفعاله أمام الله تعالى وهنا نستحضر قول النبي صلى الله عليه وسلم "قال كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته فالإمام راع وهو مسئول عن رعيته والرجل في أهله راع وهو مسئول عن رعيته والمرأة في بيت زوجها راعية وهي مسؤولة عن رعيته والخادم في مال سيده راع وهو مسئول عن رعيته"<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: حق الاستمتاع بين الزوجين:

إن لكل من الزوجين الحق أن يستمتع بالآخر بكل أنواع الاستمتاع التي أباحتها الشريعة الإسلامية وهذا الاستمتاع حق للزوجين ولا يحصل إلا بمشاركتها معا، لأنه لا يمكن أن ينفرد به أحدهما وبدونه لا يمكن أن تتحقق مقاصد الشريعة الإسلامية من الزواج والتي أهمها إيجاد النسل والمحافظة على النوع الإنساني وتقوية المجتمع الإسلامي، وبما أن حق استمتاع كل من الزوجين بالآخر يترتب عليه أن يقوم كل من الزوجين بواجبه اتجاه الآخر من وجوب الاستمتاع وإعطائه حقه وهذا بدوره يؤدي إلى إحسان كل منهما للآخر فلا يلتفت إلى غير زوجته<sup>3</sup>.

وبالتالي هذا الأمر مشترك بينهما، فيحل بذلك للزوج من زوجته ما يحل لها منه، وهذا الاستمتاع حق للزوجين ولا يحصل إلا بمشاركتها معا لأنه لا يمكن أن ينفرد به أحدهما<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - سورة النساء الآية 19.

<sup>2</sup> - أبو عبد الله الوشيري، مختصر الحقوق الزوجية في القرآن والسنة النبوية، النسخة 1، ص 51.

<sup>3</sup> - جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص 54.

<sup>4</sup> - ندا أبو أحمد، الحقوق الزوجية "حقوق مشتركة بين الزوجين"، ص 13.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

ومن الأدلة الشرعية الدالة على حق كل من الزوجين بالاستمتاع بالآخر نجد قوله تعالى: "هن لباس لكم وأنتم لباس لهن"<sup>1</sup>.

وقوله تعالى: "والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون"<sup>2</sup>، ومن السنة النبوية الشريفة قوله صلى الله عليه وسلم "إِذَا دَعَا الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ لِحَاجَتِهِ فَلَنَأْتِيَهُ وَإِنْ كَانَتْ عَلَى التُّورِ" هذه الأدلة صريحة في أن للزوج حق الاستمتاع بزوجته وسبب ذلك أن هذا الحق يتناسب مع مقاصد النكاح وحق الاستمتاع بين الزوجين<sup>3</sup>.

وقال أيضا "فإن لجسدك عليك حق وإن لعينك عليك حق وإن لزوجتك عليك حق"<sup>4</sup>.

وقال أيضا "إذا جامع أحدكم أهله فليصدقها ثم إذا قضى حاجته قبل أن تقضي حاجتها فلا يعجلها حتى تقضي حاجتها"، وهنا يثبت حق الاستمتاع للزوجة كما يثبت للزوج فهو بالتالي من الحقوق المشتركة بينهما<sup>5</sup>.

وقال أيضا "والذي نفسي بيده ما من رجل يدعوا إمرأته إلى فراشها فتأبى عليه، إلا كان الذي في السماء ساخطا عليها حتى يرضى عنها"<sup>6</sup>، كل هذه الأدلة التي سبق ذكرها تدل على المساواة بين الزوجين في مسألة حق الاستمتاع.

<sup>1</sup> - سورة البقرة الآية 187.

<sup>2</sup> - سورة المؤمنون الآية 5-7.

<sup>3</sup> - مصطفى بن شمس الدين، حقوق الزوجين ومدى التعسف فيها، ص 17.

<sup>4</sup> - المرجع السابق، ص 17.

<sup>5</sup> - المرجع السابق، ص 24.

<sup>6</sup> - ندا أبو أحمد، مرجع سابق، ص 13.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

### الفرع الرابع: التوارث والنفقة الزوجية كحق من الحقوق المشتركة بين الزوجين:

يعد الزواج سبب من أسباب وجوب الإرث بين الزوجين ومن هنا يخلق حق الزوجين من أن يرث الآخر وهذا ما قمنا بدراسته آنفاً أما بالنسبة للنفقة الزوجية فلقد نصت معظم التشريعات العربية على إلزام الزوج وحده بالإنفاق إستمدادا من الشريعة الإسلامية فجاء في المادة 37 من قانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري على أنه يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية، لكن هذه المادة تم تعديلها حيث نصت على استقلال الذمة المالية للزوجين وبذلك بالأمر 02/05 المعدل والمتمم للقانون السابق مع بقاء المادة 74 نجد نفقة الزوجية على الزوج بالدخول بها<sup>1</sup>.

قال الطبري فضل الله الرجال على أزواجهم من سوقهم إليهن مهورهن وإنفاقهن عليهن من أموالهن وكفايتهم إياهن مؤنهن<sup>2</sup>.

والنفقة الزوجية واجبة على الزوج ويقسمها الفقهاء إلى قسمان نفقة تمكين و نفقة تملك والأصل نفقة التمكين و نفقة التملك هي أن يقدر لها ما يكفيها بالمعروف<sup>3</sup>.

وبالتالي لا بد على الزوج أن يوفر لزوجته ما تحتاج إليه من سكن ولباس وطعام ونحو ذلك غنية كانت أو فقيرة<sup>4</sup>.

قال الله تعالى: "أَسْكِنُوهُنَّ مِمَّنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِّنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ"<sup>5</sup>.

فإن إنفاق الزوج على زوجته هو أحد ركيزتي القوامة الزوجية مصداقا لقوله تعالى "وبما أنفقوا من أموالهم"، ومن ثم فإن النفقة بيم واجبات الزوج إتجاه زوجته<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - فاطمة الزهراء القشيري، المساواة بين الزوجين في واجب الإنفاق، دراسة في المطلب والمبررات، جامعة باتنة الجزائر، ص 159.

<sup>2</sup> - صلاح الدين سلطان، نفقة المرأة وقضية المساواة، ط 1، دار نهضة مصر للطباعة والمشر والتوزيع، المنطقة الصناعية الرابعة مدينة السادس من أكتوبر الفجالة، القاهرة، فبراير 1999، ص 21.

<sup>3</sup> - محمد أبو زهرة، خاتم النبيين صلى الله عليه وسلم، المجلد 3، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، ص 912.

<sup>4</sup> - أبو حسام الدين سيف النصر علي عيسى، مرجع سابق، ص 39.

<sup>5</sup> - سورة الطلاق الآية 6.

<sup>6</sup> - فؤاد بن شكرة، آثار العدول عن الخطبة، مرجع سابق، ص 38.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

قال الله تعالى: "ليتق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه مما أتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما أتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا"<sup>1</sup>.

أما بخصوص مساهمة الزوجة في الإنفاق فلم يورد المشرع الجزائري أي نص قانوني يلزمها بذلك ما دام الزوج موسرا إلا في حالة العسر وذلك حسب المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك<sup>2</sup>.

عكس المشرع التونسي الذي يلزم صراحة الزوجة الميسورة على المساهمة في الإنفاق مع الزوج على عائلتها سواء كان الزوج موسرا أو معسرا وذلك حسب الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية إذ جاء فيها بصريح العبارة على الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال<sup>3</sup>.

ولعل عدم تحديث المشرع الجزائري على إنفاق الزوجة من مالها في حالة يسر الزوج راجعا إلى القوامة الزوجية مصداقا لقوله تعالى: "الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم"، وكذا باعتبار أن الزوج هو المسؤول عن العائلة وبالتالي من واجباته الإنفاق عليها بالمعروف، وهذا سبب منطقي وأنا مع المشرع الجزائري رأبي من رأيه.

فالمشرع الجزائري ساوى بين الزوجين في هذه المسألة بطريقة غير مباشرة فالزوج عليه الإنفاق والزوجة عليها الطاعة وفي حالة عسر الزوج تنتقل إليها النفقة آليا إذا كانت موسرة زد على ذلك من الناحية العملية نجد أن المرأة مشاركة مع الرجل في النفقة على الأسرة خاصة إذا كانت عاملة ويكثر ذلك في مجتمعنا الجزائري باعتبار أن المجتمع الجزائري يقوم على التكافل الأسري والترابط بين أفراد الأسرة إذ أنهم يشتركون مع بعضهم البعض في النفقة

<sup>1</sup> - فؤاد بن شكرة، المرجع السابق، ص 39.

<sup>2</sup> - بوكاريس سمية، المساواة بين الزوجين في الفقة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري والتونسي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، نزلت بتاريخ 2023/02/11، على الساعة 11:45، ص 4.

<sup>3</sup> - المرجع السابق، ص 4.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

على الأسرة مصادقا لقوله تعالى: "وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان"<sup>1</sup>.

أما المجتمع التونسي فهو مجتمع متأثر بالثقافة الغربية ولاسيما الحركات النسوية التي تطالب بالمساواة المطلقة بين الرجال والنساء.

### الفرع الخامس: صلة الرحم كحق من الحقوق المشتركة بين الزوجين:

تعد صلة الرحم من بين الحقوق المشتركة بين الزوجين، ويقصد بها تبادل الزيارات وتفقد أحوال الأهل ومساعدتهم في كل ما يحتاجون إليه<sup>2</sup>.

ولقد أوجب الشرع الإسلامي على كل من الزوجين المحافظة على الروابط الأسرية أي أقارب الزوج والزوجة معا وذلك عن طريق تبادل الزيارات وتفقد أحوالهم ومساعدتهم في كل ما يحتاجون إليه لقوله تعالى: "وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله إن الله بكل شيء عليم"<sup>3</sup>.

كما أن الرحم خلقها الرحمان، واشتق لها إسما من اسمه فهو الرحمان وهي الرحم، من وصلها وصله الله، ومن قطعها قطعته الله، ومن قطعته الله فلا تسأل عن حاله، في ضيعة وخسارة ووبال ولعياذ بالله هذا الحق هو حق الأرحام والدا الزوج ووالدا الزوجة فقد فرض الله عز وجل على المؤمن أن يتقيه سبحانه في الرحم<sup>4</sup>.

وواجب على كل زوج إذا أراد أ، يوفقه الله في زواجه وأن يسعده في أهله ونكاحه أن يحفظ حق قرابة زوجته، وواجب على كل زوجة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تتقي الله في والدي زوجها وفي قرابته قال صلى الله عليه وسلم: "من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليصل رحمه"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - سورة المائدة الآية 2.

<sup>2</sup> - إبتسام مليط، الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية، مرجع سابق، ص 105.

<sup>3</sup> - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 166.

<sup>4</sup> - محمد بن محمد المختار الشنقيطي، كتاب فقه الأسرة، الجزء 2، ص 2.

<sup>5</sup> - المرجع السابق، ص 2.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

قال الله تعالى: "وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله من المؤمنين والمهاجرين"<sup>1</sup>.

وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "اعرفوا أنسابكم تصلوا أرحامكم، فإنه لا قرب لرحم إذا قطعت وإن كانت قريبة، ولا بعد لها إذا وصلت وإن كانت بعيدة"<sup>2</sup>.

قال القرطبي إتفقت الملة على أن صلة الرحم واجبة، وأن قطيعتها محرمة<sup>3</sup>.

كما أن صلة الرحم من خلائق محمد صلى الله عليه وسلم خاتم النبيين التي وصفته بها خلقا زوجته أم المؤمنين خديجة رضي الله عنها قبل أن يبعث للناس رسولا وصفا لما تحلى به من أصول المكارم هذا التعظيم لشأن فضيلة صلة الرحم ليس فوقهم تعظيم لمكرمة من أصول المكارم الجبلية التي يهبها الله خلقا وطبعا لمن يشاء من عباده<sup>4</sup>.

وبالتالي فإن من حق الزوجة على زوجها، ومن حق الزوج على زوجته إحسان كل منهما إلى أهل الآخر وعدم إيذائهم، فإن ذلك من حسن العشرة والبر ومحاسن الأخلاق وهذا ما كرسه المشرع الجزائري في نص المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري فقرة 5، 6، 7.

وهنا يظهر جلي موقف المشرع الجزائري إذ أنه سوى بين كل من الزوجين في مسألة صلة الرحم والهدف منها تقوية الروابط الأسرية وزيادة الألفة والمحبة بين أقارب كل من الزوجين.

<sup>1</sup> - سورة الأحزاب الآية 6.

<sup>2</sup> - سعيد بن علي بن وهف القحطاني، صلة الأرحام، ص 13.

<sup>3</sup> - محسن سميح الخالدي، صلة الرحم المسلمة، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، العلوم الإنسانية، المجلد 17، 2003، نزلت بتاريخ 2023/05/06، على الساعة 14:00، ص 14.

<sup>4</sup> - سناء عبد الله محمد جار الناي، صلة الأرحام في ضوء القرآن الكريم، مجلة الدراسات الإسلامية والبحوث الأكاديمية، العدد 70، نزلت بتاريخ 2023/05/06، على الساعة 14:00، ص 218.

### المطلب الثاني: النسب والتلقيح الإصطناعي:

القاعدة الأولى في ثبوت النسب هي ما ورد في حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش"، أي ثبوت الولد لصاحب الفراش<sup>1</sup>.

وللفراش مراتب يقول الأحناف أنها أربعة (4): فراش ضعيف بمعنى فراش الأمة لا يثبت نسب ولدها إلا إذا ادعى بعدها وفراش متوسط وهو فراش أم الولد أي الأمة التي ولدت لسيدها فجعلها أم ولد له الذي يثبت فيه النسب بلا دعوى من السيدة ولكنه لا يثبت إذا نفاه، فراش قوي وهو فراش الزوجة حال قيام الزوجة أو عدتها من طلاق رجعي فإن الولد يثبت به بلا دعوى ولكنه ينتفي باللعان، وفراش أقوى وهو فراش المطلقة بائنا فإنه لا ينفي باللعان إذا اللعان لا يكون إلا بين الزوجين حال قيام الزوجية ولو حكما أي في عدة الطلاق الرجعي<sup>2</sup>.

والولد يثبت نسبه لأمه بولادته ولا يمكن نفيه بعد ذلك ويثبت نسبه لأبيه إذا ولد على الفراش الصحيح أو ما يلحق به ولهذا يحتاج الأمر لإثبات الولادة ولا يحتاج الأمر لإثبات إذا كان الحمل ظاهرا أو اعترف الزوج به أو سكت فلم ينكره فإذا أنكره حال قيام الزوجية يكفي لإثبات الولادة عند أبي حنيفة شهادة امرأة من أهل العدالة<sup>3</sup>.

يثبت نسب الولد بالزواج الصحيح أو ما في حكمه ككناح الشبه أو بكل زواج تم إبطاله وفسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34، من القانون كما أنه يثبت كذاك عن طريق الإقرار والبيينة بالإضافة إلى النص الجديد الذي أضاف طرق أخرى للإثبات والمتمثلة أساسا في اللجوء إلى الطرق العلمية وبالتحديد الحمض النووي ADN لكل من الأب والطفل<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - نبيل صقر، موسوعة الفكر القانوني تصرفات المريض مرض الموت الوصية، البيع، الهبة، الوقف، الكفالة، الإبرار، الإقرار، الخلع، الطلاق، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 138.

<sup>2</sup> - المرجع السابق، ص 138.

<sup>3</sup> - المرجع السابق، 139.

<sup>4</sup> - لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 50.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

عن ابي هريرة رضي الله عنه قال جاء رجل من بني قرارة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: ولدت امرأتي غلاما أسود وهو حين إذن يعرض بنفيه فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: "فهل لك من إبل قال نعم قال ما ألوانها قال حمر قال هل فيها من أورك قال إن فيها لورقا قال فأخلى أتاها ذلك؟ قال عسى أن يكن نزعه عرق ولم يرتص له رسول الله رسول الله صلى الله عليه وسلم في الإنتقاء منه"<sup>1</sup>.

وبالتالي نستشق من هذا الحديث أنه لا يجوز نفي النسب بعد ثبوته مهما ظهر من علامات قد تدل عليه.

جاء في قرار المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي في دورته 16 أنه لا يجوز استعمال البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان واستعمالها في نفي نسب من تثبت نسبه بأي دليل شرعي<sup>2</sup>.

كما يمكن إثبات النسب عن طريق اللجوء إلى البصمة الوراثية وبنم ذلك عن طريق الخبرة العلمية التي تعتمد على فحص الحمض النووي للبصمة الوراثية على أساس دقة ثبوت النسب أو نفيه تصل حسب الخبراء والأطباء إلى نسبة 99% ووصلت نسبت نجاحها في مجال نفس النسب إلى حد القطع بنسبة 100%<sup>3</sup>.

أما فيما يخص مدى حجية البصمة الوراثية في النسب أمام اللعان يوجد رأيين للفقهاء المعاصر الأول القائل بتقديم اللعان على البصمة الوراثية بحيث لا يمكن أن تحل هذه الأخيرة محل اللعان أما أصحاب الرأي الثاني يرون أنه يجب تقديم البصمة الوراثية عن اللعان أو الطرق الشرعية حيث يرون أنه يمكن الإستغناء عن اللعان باللجوء إلى البصمة الوراثية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - كريمة محروق، مرجع سابق، ص 121.

<sup>2</sup> - المرجع السابق، ص 127.

<sup>3</sup> - عشاري عبد العالي بن قوية سامية، إثبات ونفي النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة الجزائر 1، المجلد 4، العدد 2، 2019، نزلت يوم 2023/05/07، على الساعة 7:00، ص 1813.

<sup>4</sup> - المرجع السابق، ص 1814.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

وللقاضي أن يعين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة الجزائري.

ومن الحالات التي يمكن للقاضي الحكم باللجوء إلى البصمة الوراثية نجد حالة الاشتباه في المواليد في المستشفيات وكذلك الاشتباه في أطفال الأنابيب ومراكز رعاية الأطفال وغيرها، حالة الحروب والكوارث الطبيعية، حالة التنازع على مجهول النسب بمختلف صورها سواء أكان التنازع بحسب اكتفاء الأدلة أو تساويها أو كان بسبب الاشتراك في وطن الشبه<sup>1</sup>.

فجسم الإنسان يتكون من إندماج الحيوان المنوي للذكر وبويضة المرأة في شكل بويضة ملقحة وتبدأ هذه البويضة بالانقسام على شكل خلايا لبناء جسم الإنسان وتحتوي كل خلية على نواة تتكون من عدد الجسيمات المتناهية في الدقة تعرف باسم الصبغات أو الكروموزوم وهي تتكون بدورها على تجمعات للحمض النووي ADN وعند تجمعها تشكل الحمض النووي<sup>2</sup>.

ولهذه العملية ضوابط نذكر منها أن يتم تحديد المعلومات العلمية المتعلقة بالعينات البيولوجية المحفوظة في المختبر، في إستمارة معدة لهذا الغرض وحفظها حتى يسهل الرجوع إليها، وأن تجرى عملية إظهار البصمة الجينية في مختبرات علمية متخصصة ومعدة لهذا الغرض وتكون مجهزة بأحسن الأجهزة التقنية المتطورة لفحص ADN<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - عشاري عبد العالي بن قوية سامية، مرجع سابق، ص 1814.

<sup>2</sup> - عامرة مباركة، الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب في قانون الأسرة الجزائرية (البصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات النسب نموذجاً)، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة الوادي، الجزائر، المجلد 5، العدد 2، 2021، نزلت بتاريخ 2023/05/06، على الساعة 14:15، ص 24.

<sup>3</sup> - المرجع السابق، ص 27.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

وبالرغم من إقرار المشرع بإمكانية إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة إلا أنه عند تطبيق المادة 40 من قانون الأسرة الفقرة 2 يتصادم عمليا ببعض الصعوبات المادية والقانونية التي تحول دون تكريسه أمام القضاء في منازعات النسب صعوبات مادية وأخرى قانونية فمن أمثلة الصعوبات المادية نجد الأخطاء التي قد تحدث أثناء التعامل مع العينات من حيث رفعها وحفظها وطريقة إرسالها إلى المختبرات والتداول الخاطيء من قبل الخبراء للعينات أثناء فحصها بالمختبرات وكذلك التغيير الخاطيء للنتائج أما الصعوبات القانونية، عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه، كرسست مختلف الأنظمة الإجرائية مبدأ عدم إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه ويعتبر الأخذ بالبصمة الوراثية القائمة على إجبار الشخص على فحص الحمض النووي له هو خروج عن هذا المبدأ ومنافيا له<sup>1</sup>.

كما نصت المادة 45 مكرر على أنه يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي حيث يخضع هذا الأخير إلى مجموعة من الشروط والمتمثلة في:

- أن يكون الزواج شرعيا؛
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين أثناء حياتهما؛
- أن يتم بمنى الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة<sup>2</sup>.
- فالقانون يتدخل لضبط عمليات التلقيح حتى لا تخرج عن أثرها المشروعة ثم يتدخل لاحقا لتنظيم آثار العملية ومنه فإن القانون لا يمكنه فرض سلطته لمنع إنجاب الأطفال غير الشرعيين وحتى لو فعل ذلك إلا أن هؤلاء الأولاد موجودون فعلا والنتيجة أن سلطة القانون لا تخرج عن سلطة تنظيم الوضع القانوني لهؤلاء الأطفال<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - عمامرة مباركة، المرجع السابق، ص 29.

<sup>2</sup> - المادة 45 من قانون 02/05 المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> - النحوي سليمان، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2010/2011، ص 27.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

والتلقيح الصناعي نوعان تلقيح داخلي ويتمثل في إدخال الحيوانات المنوية المأخوذة من الرجل بعد معالجته مخبريا إلى داخل الجهاز التناسلي للمرأة بغير جماع والنوع الثاني يتمثل في التلقيح الخارجي ويعرف بأنه تلقيح نطفة الرجل ببويضة المرأة في أنبوب إختبار يعرف 'بطبق بتري'، ثم تزرع البويضة المخصبة في رحم المرأة صاحبة البويضة أو في رحم امرأة أخرى وتسمى في هذه الحالة بأطفال الأنابيب<sup>1</sup>.

ويبقى الإشكال فيما إذا كان بإمكان الزوجة اللجوء إلى الطرق المبينة في المادة 40 من قانون الأسرة، لإثبات نسب المولود من الزوج، كالبينة والطرق العلمية، مع العلم أن اللجوء إلى هذه الطرق تجعل الزوج يعامل كشخص أجنبي لم تكن تربطه علاقة زواج مع الزوجة كما أن الأمر لا يحتاج إلى الطرق العلمية لإثبات أنه صاحب المني لأن ملفه في المؤسسة التي احتفظت بالنطف يثبت ذلك<sup>2</sup>.

وهكذا تبين لنا القصور في وسائل إثبات النسب المنصوص عليها في قانون الأسرة على حماية النسب في إطار التلقيح الاصطناعي مما يفرض ضرورة تحيين قانون الأسرة بتعديلات في الموضوع<sup>3</sup>.

إيماننا من المشرع الجزائري بأهمية أطفال الأنابيب وما قد يساهم به في استقرار الأسرة وحمايتها من التفكك اعترف بهم في الصورة التي تتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية وأجاز اللجوء إليه من أجل تحقيق التناسل المطلوب شرعا والذي يعد من أهم أهداف الزواج وقد سعى المشرع الجزائري إلى رسم حدود إنجاب طفل الأنبوب حرصا منه على صحة نسبه وحمايته عندما وضع للراغبين في اللجوء إليه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - ياسر عبد الحميد جاد الله النجار، التلقيح الصناعي في منظور الفقه الإسلامي، ص 377-379.

<sup>2</sup> - فاطمة عساوي، الحماية القانونية لنسب المولود عن التلقيح الاصطناعي بين الزوجين، دفاثر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد أكلي محند أو لحاج، لبويرة، الجزائر، المجلد 13، العدد 2، 2021، مزلت يوم 2023/5/7، على الساعة 8:00، ص 144.

<sup>3</sup> - المرجع السابق، ص 144.

<sup>4</sup> - كريمة محروق، أحكام طفل الأنبوب في قانون الأسرة والصحة الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، المجلد 13، العدد 4، جويلية 2021، نزلت يوم 2023/5/7، على الساعة 11:20، ص 764.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

---

ومن ثم فإن طفل الأنبوب له نفس حقوق الطفل الناتج عن العلاقة الزوجية الطبيعية ويظهر المساواة بين الزوجين في هذه المسألة أن المشرع الجزائري أجاز التلقيح الصناعي للزوجين بغض النظر عما إذا كان العقم صادر من الزوج أو الزوجة فهما على حد سواء فقط لا بد من أن يخضع هذا التلقيح إلى رضا الزوجين والشروط الأخرى المنصوص عليها في نص المادة 45 مكرر.

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

### الملخص:

من خلال دراستنا للمركز القانوني للزوجين في إنشاء عقد الزواج قررنا وضع ملخص نستحضر من خلاله أهم النقاط التي ساوى فيها المشرع الجزائري بين الرجل والمرأة في قانون الأسرة الجزائري والتي يمكن عرضها في النقاط التالية وذلك بإيجاز:

- الخطبة مجرد وعد بالزواج أو بعبارة أخرى تمهيد للزواج والخطيبين غير ملزمين قانونا بإتمام مشروع الزواج بالبناء ويمكن لكل من الطرفين العدول عنها متى شاء بشرط ألا يلحق أحدهما ضررا بالآخر سواء كان ضررا ماديا أو معنويا وهذا تجسيدا لنص المادة 5 من قانون الأسرة وعلى الطرف العادل أن يرجع كل ما أهداه الطرف الآخر فإذا هلك وجب عليه إعطاء قيمته.

- يشترط لصحة عقد الزواج رضا الطرفين بواسطة ألفاظ تفيد معنى النكاح وهذا تطبيقا للمادة 1/10 من قانون الأسرة الجزائري يكون الرضا بإيجاب أحد الطرفين وقبول الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا.

- اعتبر القانون الجزائري الزواج من التصرفات التي تقضي توفير الأهلية الكاملة لنا يترتب عليه من التزامات مالية وواجبات اجتماعية عائلية ذلك أنه ليس من المصلحة الخاصة والعامة السماح لكل فرد الإقدام عليه من غير نضج فكري وقدرة مالية ومعرفة بشؤون الحياة والأعباء العائلية قرر المشرع الجزائري تعديل النص القانوني الذي كان مفاده أن أهلية الزواج بالنسبة للرجل 21 سنة وبالنسبة للمرأة 18 سنة وأصبحت أهلية الزواج موحدة بين الجنسين بتمام سن الرشد المدني 19 سنة كاملة بقوله تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري.

- بداعي تكريس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة واستيعاب التحولات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية التي عرفها المجتمع الجزائري وتحت غطاء رد الاعتبار للمرأة والاعتراف بمكانتها والتزاما منه بالصكوك الدولية المصادق عليها حاد المشرع الجزائري عن تعاليم الشريعة الإسلامية بأن جعل من ولاية الزواج حق تمارسه المرأة البالغة الراشدة، وفي رأبي ضرب ركن الولي بعرض الحائط في الزواج بداعي المساواة يعد كارثة بمعنى الكلمة وسبب من أسباب تفكك المجتمع الأسري خصوصا أن المجتمع الجزائري تحكمه الشريعة

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

الإسلامية من جهة ومن جهة أخرى العادات والتقاليد المتوارثة ومن بينها الولي فبرغم من استحداث المشرع الجزائري لنص المادة 11 من قانون الأسرة الجزائرية وتأثرها بالغرب إلا أن المجتمع الجزائري إلى حد الآن يعتبر الولي ركن أساسي وجوهري في عقد الزواج وليس شرط كما أدرجه المشرع الجزائري في نص المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

- تعد الكفاءة في الزواج من بين ضروريات الحياة الأسرية واستقرارها وهي مماثلة الزوج زوجته في خصال معتبرة أو أن يكون أعلى منها في هذه الخصال والهدف منها استقرار الحياة الزوجية.

- بالرغم من أن الشارع هو الذي حدد آثار الزواج وهذا هو الأصل إلا أنه يبقى للزوجين تضمين عقد الزواج بشرط يريانهما لازمة لضمان حقوقهما ما دامت لا تتعارض مع ما يقره الشارع وبالرجوع إلى نص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري أنه للزوجين أن يشترط في عقد الزواج أو عقد لاحق كل الشروط التي يريانهما ضرورية شريطة ألا تتعارض مع أحكام هذا القانون.

- لقد أفرد المشرع الجزائري بعد التعديل نص خاص بموجبه يكون ملزما للراغبين في الزواج أن يقدموا شهادة طبية لا تتجاوز مدتها 3 أشهر تثبت خلوهما من أي مرض مع إلزام الموثق أو ضابط الحالة المدنية بالتأكد من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية حسب المادة 7 مكرر من قانون الأسرة الجزائرية، وكذا معرفة كل من الطرفين ما تسفره النتائج وبالتالي فالمشرع ساوى بين الجنسين في تقديم هذه الفحوصات ولم يكلف طرف على حساب الآخر بل ألزم المقبلين على الزواج كليهما بوجوب إحضارها.

- يعد الزواج الصحيح الكامل الشروط والأركان من أهم أسباب التوارث بين الزوجين وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري حيث نص في المادة 130 من قانون الأسرة الجزائري على أن النكاح يوجب التوارث بين الزوجين ولو لم يقع بناء، وبالتالي فالزوج يرث من مال زوجته ونفس الشيء بالنسبة للزوجة.

- تعد الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين من بين الآثار القانونية والشرعية لعقد الزواج الصحيح وهي حقوق وواجبات لازمة لا يجوز للزوجين ولا لأحدهما التنازل عن شيء منها أو التملص منها وقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري والتي تهدف أساسا إلى المحافظة على الروابط الزوجية والتعاون على مصلحة

## الفصل الأول: المركز القانوني بين الزوجين في إنشاء عقد الزواج

الأسرة وكذا المحافظة على روابط القرابة بما يؤدي إلى تحقيق المعاشرة الزوجية الطيبة واستقرار الأسرة وتنعّمها بالراحة وخلوها من المشاكل التي قد تؤدي إلى انهيار العلاقة الزوجية وتفكك الأسرة.

- لكل واحد ذمة مالية مستقلة عن الزوج الآخر غير أنه أجاز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو حتى عقد لاحق حول الأموال التي يكتسبونها خلال الحياة الزوجية وتكون مشاركة بينهما وذلك من خلال المادة 34 من قانون الأسرة الجزائري.

- ساير المشرع الجزائري التطورات العلمية الحاصلة فأجاز بذلك اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي وذلك وفقا لتوفر الشروط المنصوص عليها في المادة 45 مكرر والتي من بينها أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما، كما أجاز في إثبات النسب اللجوء إلى الطرق العلمية بنص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائرية لكن دون بيان لشروطه وضوابطه كما فعل الفقه المعاصر.

الفصل الثاني:  
المركز القانوني  
للزوجين في إنهاء  
عقد الزواج

الفصل الثاني: المركز القانوني للزوجين في إنهاء عقد الزواج:

المبحث الأول: إنهاء عقد الزواج:

من المعلوم أن النكاح لا يصح إلا بمعنى أو بلفظ النكاح أو التزويج ونفس الشيء ينطبق على الطلاق الذي لا يكون إلا بألفاظ لها معنى الطلاق أولاً ومن ثم هل ساوى المشرع الجزائري بين الزوجين في مسألة إيقاع الطلاق أم لا؟ وللإجابة على هذا التساؤل ارتأينا إلى تقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب المطلب الأول نتعرض فيه إلى تعريف الطلاق كإطلاقاً في الموضوع والطلاق الإتفاقي أما بالنسبة للمطلب الثاني فيتمثل في فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوج وفي الأخير نتطرق إلى فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة؟

المطلب الأول: الطلاق عن طريق التراضي بين الزوجين:

وردت عدة تعريفات للطلاق في المذاهب الفقهية نذكر منها تعريف المالكية حيث يعرف المالكية الطلاق على أنه صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته<sup>1</sup>.

ومن تعريفات العلماء المحدثين للطلاق هو رفع يد النكاح في الحال أو في المال بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو في معناها<sup>2</sup>.

ومن أدلة الطلاق من الكتاب قوله تعالى "الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ"<sup>3</sup>.

وقوله تعالى "لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَقَرَّبْتُمْ إِلَهُنَّ فَرِيضَةً"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - محمد أحمد حسن القضاة، الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد، الكتاب الثاني انحلال عقد الزواج وأثاره، حقوق الأولاد، لسنة 2010، ص 7.

<sup>2</sup> - المرجع السابق، ص 8.

<sup>3</sup> - سورة البقرة، الآية 229.

<sup>4</sup> - سورة البقرة، الآية 236.

## الفصل الثاني: المركز القانوني للزوجين في إنهاء عقد الزواج

ومن السنة ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه طلق زوجته حفصة رضي الله عنها لا لريبة ولا لكبر وقال "أتاني جبريل فقال لي راجع حفصة فإنها صوامة قوامة وأنها زوجتك في الجنة"<sup>1</sup>.

وهذا دليل على إجازة الطلاق بالكتاب والسنة أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد سار على نهج الشريعة الإسلامية حيث نجد في المادة 48 من قانون الأسرة بقوله يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53، 54 من قانون الأسرة، والمقصود بالطلاق عن طريق التراضي هو توجه إرادة كل من الزوج والزوجة إلى فك الرابطة الزوجية وبذلك الخروج من الميثاق الغليظ بحيث يصبح كل واحد منهما أجنبي على الآخر، وبالرجوع إلى قانون 11/84 نجد أنه صنف فك الرابطة الزوجية إلى 3 صور وقد سار على نفس المنوال في التعديل 02/05 إذ نص الباب الثاني بعنوان انحلال الزواج وعد فيه صور فك الرابطة وهي الطلاق الذي يتم بالإرادة المنفردة للزوج أو بالتراضي أو بطلب من الزوجة في حدود المادتين 53 و54 المتمثلة في التطليق والخلع<sup>2</sup>.

ومن المقرر قانوناً أن الطلاق يمكن أن يتم بتراضي الزوجين ولا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات الصلح من طرف القاضي ومن راجع زوجته بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد<sup>3</sup>.

وإذا اتفق الزوجان على الطلاق بالتراضي بينهما لا يسع القاضي سوى قبول طلبهما بعد إجراء محاولات الصلح كما ذكرنا سابقاً وبالتالي تنتج عنه كافة آثار الطلاق والعدة والحضانة فلا يجوز إستئنافه قصد طلب الرجوع سواء من قبل الزوج أو من قبل الزوجة حيث أقرت المحكمة العليا في هذا الصدد "من حصل إتفاق بين الطرفين كقضية الحال فإن القاضي يصادق على شروطه ولا يجوز بعد ذلك للأطراف الرجوع فيه"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - محمد أحمد حسن قضاة، الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد، مرجع سابق، ص 10.

<sup>2</sup> - المادة 48 من القانون 02/05 المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> - أعمر يحيوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة، مرجع سابق، ص 259.

<sup>4</sup> - المرجع السابق، ص 183.

## الفصل الثاني: المركز القانوني للزوجين في إنهاء عقد الزواج

كما أنه لا يجوز للقاضي مراقبة سبب طلاقهما الحقيقي الذي يستطيعان الحفاظ به سرا طبقا للمبادئ التي تنظم حقوق وحرمان الحياة الخاصة ورغم هذا فإن اتفاقهما يجب أن يشهر ويعلن للمحكمة لأن الطلاق في الجزائر لا يقع إلا لدى المحكمة وتحت إشراف القضاء المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري<sup>1</sup>.

كما أننا وبالرجوع إلى حكم مجلس قضاء تلمسان 6 جويلية 1967 قرر أنه لا يمكن معارضة اتفاق الزوجين لوضع حد للرابطة الزوجية القائمة بينهما أن يتطالقا بتراضيهما ووفقا لإرادتهما المشتركة وأنه غير نحرمة شرعا وجوهره الآية 127، 129 من سورة النساء<sup>2</sup>.

يذكر رئيس غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا السيد الهاشمي هوبي رحمة الله في توضيح له نشر بمجلة لغرفة الأحوال الشخصية العدد الخاص أن كثيرا ما يحدث طلاق بالتراضي بين الأقارب والعائلات التي تفضل المحافظة على العلاقات التي بنيت بينهما ويتم نتيجة تنازلات متبادلة بين الزوجين ويضيف على القاضي في هذه الحالة أن يحدد العناصر التي تم بشأنها الإتفاق لأن هذا الأخير لا يثار بشأنه طعن باعتباره مجرد إظهار<sup>3</sup>.

وبالتالي فالطلاق بالتراضي يتم بموافقة الزوجين معا ورضاهم التام على الطلاق وما على القاضي إلا توقيع الطلاق بعد التأكد من موافقتهم<sup>4</sup>.

فالطلاق بالتراضي ما هو إلا فك لرابطة الزوجية بقناعة تامة ولا يكون تحت أي ضغوطات، كما أننا لا بد من تبيين أنه لا يقع الطلاق بالتراضي إلا بتوفر مجموعة من الشروط نذكر منها: 'إشراط الأهلية كاملة في الزوجين معا، يشترط ألا يكون إرادة أحدهما معيب بعيب من عيوب الإرادة كالإكراه مثلا وجوب طلب مشترك من قبل الزوجين وفقا للإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية'<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - ين شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 259.

<sup>2</sup> - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 260.

<sup>3</sup> - باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، ص 24.

<sup>4</sup> - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 260.

<sup>5</sup> - المرجع السابق، ص 84.

حيث نصت المادة 436 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه على من يبادر برفع دعوى طلب الطلاق من أحد الزوجين أمام قسم الأسرة أن يقدم عريضة وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى<sup>1</sup>.

والملاحظ على قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد أنه لم يفرق بين طلب الطلاق الذي يقدمه الزوج أو طلب التطليق الذي تقدمه الزوجة من حيث الإجراءات فقد أخضع طلب الطلاق سواء من الزوج أو من الزوجة لنفس الإجراءات<sup>2</sup>.

فالمشرع الجزائري بذلك ساوى في إجراءات الطلاق بين دعاوى الزوج ودعاوى الزوجة إذ أخضع كلاهما لنفس المرحلة الإجرائية.

كما أنه وبالرجوع إلى نص المادة 427 إجراءات مدنية وإدارية ونجد أنها نصت على أن الطلاق بالتراضي إجراء يرمي إلى فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة<sup>3</sup>، وهذا دليل آخر على أن المشرع الجزائري قد سوى بين الجنسين في الطلاق عن طريق التراضي فالمشرع الجزائري لم يكتف فقط بالإشارة إليه في قانون الأسرة الجزائري بل تعمق فيه أكثر من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وكملاحظة فقط في حالة الطلاق بالتراضي يقدم طلب مشترك في شكل عريضة واحدة موقعة من الزوجين تودع بأمانة الضبط<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - يحيوي عبد الله بحاياوي شريف، إجراءات إيقاع الطلاق بين الزوجين، دراسة نقدية، جامعة أحمد دراية، أدرار الجزائر، نزلت بتاريخ 2023/3/19، على الساعة 12:00.

<sup>2</sup> - المرجع السابق، ص 88.

<sup>3</sup> - المادة 427 من قانون رقم 09/08 مؤرخ في 18 صفر عام 1929 الموافق 25 فبراير سنة 2008.

<sup>4</sup> - حسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة دراسة تفسيرية، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، ص 55.

كما لا يمكن تقديم أي طلب للطلاق بالتراضي إذا كان أحد الزوجين قد وضع تحت التقديم أو إذا ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية من شأنه أن يمنع من التعبير عن إرادته<sup>1</sup>.

ومن خلال كل ما سبق تداوله نستنتج موقف المشرع الجزائري حيال هذه المسألة وأنه سوى بين الرجل والمرأة في مسألة إيقاع الطلاق عن طريق الطلاق بالتراضي.

<sup>1</sup> - لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة دراسة تفسيرية، المرجع السابق، ص 56.

\* ولقد ارتأينا إلى جمع بعض قرارات المحكمة العليا الخاصة بالطلاق والتراضي ونذكر من بينها ما يلي:

- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 18/07/1988 رقم الملف 49858 المجلة القضائية العدد الأول 1992 ص 37.

- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 18/07/1988 رقم الملف 49857 المجلة القانونية 1992 العدد 3 ص 50.

- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 18/06/1991 رقم القرار 75141 المجلة القانونية العدد 1 ص 65.

- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 12/05/1992 ملف 82143 نشرة القضاة 1995 العدد 48 ص 165.

- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 09/07/1996 الملف 138949 المجلة القانونية 1996 العدد 2 ص 77.

- قرار المحكمة العليا 18/01/1994 نشرة القضاة 1997 العدد 50 ص 80.

- قرار المحكمة العليا 23/05/2000 ملف 243943 اجتهاد قضائي 2001 عدد خاص ص 112.

### المطلب الثاني: الطلاق يطلب من الزوج:

كقاعدة عامة من المعلوم أن للزوج الحق في أن يطلق زوجته دون مبرر وهذا الحق مكفول شرعا وقانونا.

فالعصمة الزوجية مملوكة شرعا للزوج وله أن يطلق زوجته لأنه هو من أخذ بالسباق كما ذكر صلى الله عليه وسلم وفكرة أحقية الطلاق بالإرادة المنفردة تكمن من واجباته الشرعية إتجاهها والتي صنفها الفقهاء إلى واجبات مالية والمتمثلة أساسا في المهر والنفقة وأخرى غير مالية وتتمحور أساسا في العدل بين الزوجات إذا كان متزوج بأكثر من زوجة وكذا مسألة عدم الإضرار بالزوجة<sup>1</sup>.

وبالتالي فهو يعد الصورة الأوضح والأكثر روجا من حيث تطبيقها من الناحية الواقعية وحق الزوج أصيل في إحداث أثر الطلاق أصيل وله أن يستعمله دون النظر إلى إرادة الزوجة في وقوعه<sup>2</sup>.

كما أنه يوقعه في أي وقت شاء إذا وجد ما يقتضيه صحيحا كان أو مريضا ما دامت أهليته للتصرف موجودة فإنه لا حرج عليه في ذلك<sup>3</sup>.

ولم يخرج قانون الأسرة الجزائري عن القاعدة التي تشكل إجماعا بالنسبة لغالبية الدول العربية والإسلامية الجاعلة من الطلاق حق إرادي أصيل للزوج دون الرجوع إلى الزوجة أي أن إرادتها تنعدم أمام إرادة الزوج في إحداث هذا الأثر القانوني فالمادة 48 من قانون الأسرة الجزائري التي أشارت إلى أن الزواج يحل بالطلاق أكدت عن إرادة الزوج له الحق في الطلاق وهو حق شرعي نابع أساسا من العصمة الشرعية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية تعويض، نفقة، عدة، حضانة، متاع، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص 10.

<sup>2</sup> - المرجع السابق، ص 6.

<sup>3</sup> - نيل صقر، موسوعة الفكر القانوني تصرفات المريض مرض الموت الوصية، البيع، الهبة، الوقف، الكفالة، الإبراء، الإقراء، الخلع، الطلاق، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 147.

<sup>4</sup> - باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 13.

## الفصل الثاني: المركز القانوني للزوجين في إنهاء عقد الزواج

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا صحيح أن الزوج له الحق في فك الرابطة الزوجية بمفرده لكن ماذا لو تعسف الزوج في استعمال هذا الحق؟ للإجابة على هذا السؤال لابد أن نتطرق إلى معنى التعسف أولاً ومن ثم إلى كيف واجه المشرع الجزائري هذا المشكل؟

يمكن أن نصطلح عليه كذلك بالطلاق الغير مبرر فالطلاق التعسفي هو أن يتعسف الزوج في استعمال حقه باعتبار أن العصمة بيده مما يلحق الضرر والأذى بالزوجة ففي حالة ما إذا كيف القاضي الطلاق بأنه تعسفي أي انتقاء مبررات شرعية ومعتبرة لإنهاء الرابطة الزوجية وتبين له أنه مجرد تطبيق للقاعدة الفقهية التي تقضي بالعصمة للرجل يحكم القاضي بالتعويض عن الضرر اللاحق بالمطلقة نتيجة تعسف الزوج في استعمال حقه الإرادي في إنهاء الرابطة الزوجية<sup>1</sup>.

وكذا بالنسبة للقوانين المقارنة فقد أخذت بمبدأ التعسف في إيقاع الطلاق ورتب جزاء على الزوج إن التعسف في استعمال هذا الحق فأوجب عليه أن يعرض المطلقة عن الضرر الذي لحق بها جبراً لخاطرها وتسلية لها<sup>2</sup>.

فنصت المادة 334 من القانون الأردني "إذا طلق الزوج زوجته تعسفاً كأن طلقها لغير سبب معقول وطلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقها بالتعويض الذي يراه مناسباً وشرط ألا يتجاوز مقدار نفقتها سنة ويدفع التعويض جملة أو مقسطاً حسب مقتضى الحال ويراعي في ذلك حالة الزوج يسراً أو عسراً ولا يؤثر ذلك على باقي الحقوق الزوجية الأخرى للمطلقة بما فيها نفقة العدة<sup>3</sup>."

<sup>1</sup> - محمود كربوب، الطبيعة القانونية لأحكام فك الرابطة الزوجية والإشكالات التي تثيرها دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 5، العدد 3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد زبابة، غليزان، 2021، 2021/11/4، نزلت بتاريخ 2023/02/16، على الساعة 15:00، ص 61.

<sup>2</sup> - ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2011، ص 111.

<sup>3</sup> - المرجع السابق، ص 112.

## الفصل الثاني: المركز القانوني للزوجين في إنهاء عقد الزواج

كما نجد قرار الإستئناف رقم 19859 من القانون الأردني "كل طلاق يقع على الزوجة تعسفا لا تحتاج الزوجة إلى إثبات التعسف فيه والمطالب بإثبات عدم التعسف هو الزوج<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للتعسف الذي أورده المشرع الجزائري في المادة 52 لم يعطيه تعريف محدد تاركا ذلك للفقهاء الإسلامي لكنه بالمقابل كان واضحا في مسألة ما إذا كان الزوج متعسفا في إستعمال حقه حيث نصت المادة 52 من قانون الأسرة بصريح العبارة "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للزوجة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها<sup>2</sup>.

وبالتالي على الزوج أن يثبت عكس ذلك إن كان على حق.

فإذا كنت ناقلا فالحجة وإذا كنت مدعيا فالدليل، ولا ننسى المادة 41 من القانون المدني الجزائري التي تحدد صور التعسف:

- إذا كان الطلاق يقصد الإضرار بالغير وهي الزوجة.
- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.
- إذا الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

<sup>1</sup> - ساجدة عفيف، المرجع السابق، ص 113.

<sup>2</sup> - المادة 52 من قانون 02/05 المعدل والمتمم.

\* بعض قرارات المحكمة العليا حول التعسف في استعمال الحق:

- قرار المحكمة العليا 1986/1/27 ملف 39731 المجلة القانونية 1993 العدد 4 ص 61.

- قرار المحكمة العليا 2000/06/20 ملف 245159 اجتهاد قانوني 2001 عدد خاص ص 259.

- قرار المحكمة العليا 2006/07/12 ملف 368660 مجلة المحكمة العليا 2006 العدد 2 ص 483.

### المطلب الثالث: الطلاق بطلب من الزوجة.

لقد أعطى المولى عز وجل الزوجة حق فك الرابطة الزوجية والإنفصال عن زوجها إذا كرهت المعيشة معه أو لحقها ضرر من ناحيته وذلك إما عن طريق الخلع أو عن طريق التطليق ومن هنا سوف نتعرض إلى موقف المشرع الجزائري وهل تبني رأي الشريعة الإسلامية باعتبار الخلع والتطليق حقان خاصان بالزوجة أم لا؟

### الفرع الأول: الخلع كآلية من آليات فك الرابطة الزوجية.

عرف ابن رشد الخلع على أنه بذل المرأة العوض على طلاقها بقوله والفقهاء أن الغذاء إنما جعل للمرأة مقابل ما بيد الرجل من طلاقها فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل<sup>1</sup>.

وعرفه النفراوي على أنه إزالة العصمة بعوض من الزوجة أو غيرها<sup>2</sup>.

وعرفه القانون السوداني على أنه حل عقد الزواج بتراضي الزوجين على بدل لفظ الخلع أو ما في معناه حيث يبين ما يلي:

- أن الخلع فرقة بين الزوجين به يتم التخلص من الرابطة الزوجية.

- يتم الخلع بتراضي بين الزوج والزوجة.

- يكون الخلع بعض تبدله الزوجة لزوجها مقابل فك الرابطة الزوجية.

- يجب أن يكون بلفظ الخلع أو ما معناه كالمفارقة والمبارأة والمقازاة<sup>3</sup>.

قال ابن القيم وفي تسمية سبحانه الخلع فدية دليل على أنه فيه معنى المعارضة ولهذا اعتبر فيه رضا الزوجين<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - يعقوب علي ميهوب الوحش، أحكام الخلع في الفقه الإسلامي والقانون اليمني والسوداني، مذكرة ماجستير جمهورية السودان، جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية، كلية الدراسات العليا، دائرة الشريعة والقانون شعبة القانون والفقه المقارن، 2019، ص 7.

<sup>2</sup> - المرجع السابق، ص 8.

<sup>3</sup> - المرجع السابق، ص 14.

<sup>4</sup> - عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، الخلع بطلب الزوجة لعدم الوثام مع زوجها، ط 1، دار ابن فرحون، المملكة العربية السعودية، الرياض، 2010، ص 20.

وبالخلع تحصل الفرقة بين الزوجين فهو فرقة من فرق النكاح التي يحصل بها انحلال عقد النكاح وإنهاؤه بحيث يصير الزوجان بعده أجنبيين لا علاقة زوجية بينهما<sup>1</sup>.

وألفاظ الخلع عند الحنفية خمسة (5) وهي: "طلقني، اخلعني، بارئني، بعني طلاقي إشتريت منك طلاقي"، والخلع عندهم معاوضة من جانب الزوجة ويمين من جانب الزوج<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للمالكية ألفاظ الخلع لديهم أربعة (4) وهي: "الفدية، الصلح، المبارأة، ولبعض المالكية تفصيل لطيف انفرد به في مسألة ألفاظ الخلع فهم إن اشتركوا مع غيرهم في أساس اللفظ إلا أن الأثر المالي المترتب على كل لفظ يختلف عن الآخر فقد جعلوا لكل لفظ معنى خاصا في تقدير البذل المبذول من الزوجة<sup>3</sup>.

أما بالنسبة للشافعية هما لفظان صريحان بإجماع علماء المذهب فاديت وخلعت أما الأول فإنه ورد في القرآن الكريم وأما الثاني لجريان العرف به<sup>4</sup>.

ألفاظ الخلع عند الحنابلة ثلاث (3): الخلع، الفسخ، المفاداة، ولم يشترطوا فيها النية فمجرد اللفظ بها مع تحقيق شروطها يقع الخلع<sup>5</sup>.

والعوض في الخلع يجوز أن يكون من النقود المتداولة بين الناس ويجوز أن يكون شيئا آخر غيرها كالعقار وسكنى وعلى هذا يصح بكل ما يسمى بالمال المتقوم في نظر الإسلام ويصح كذلك بكل منفعة تفاعل بمال<sup>6</sup>.

أما المشرع المصري نص على الخلع في القانون رقم 1 لسنة 2000 حيث نصت المادة الثانية من هذا القانون على أن للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعوها بطلبه وافتدت نفسها وخلعت زوجها بالتنازل عن جميع

<sup>1</sup> - عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، المرجع السابق، ص 21.

<sup>2</sup> - علي ميهوب الوحش، أحكام الخلع، مرجع سابق، ص 16.

<sup>3</sup> - المرجع السابق، ص 18.

<sup>4</sup> - المرجع السابق، ص 20.

<sup>5</sup> - المرجع السابق، ص 21.

<sup>6</sup> - يوسفات علي هاشم، الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، 2008-2009، ص 30.

## الفصل الثاني: المركز القانوني للزوجين في إنهاء عقد الزواج

حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها حكمت المحكمة بتطليقها عليه<sup>1</sup>.

ومن أدلة الخلع نجد عن يحيى عن مالك يحيى بن سعيد عن عمرة بنت عبد الرحمن أنها أخبرته عن حبيبة بنت سهل الأنصاري أنها كانت تحت ثابت ابن قيس بن شماس وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج إلى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل في الغسل فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم من مدة فقالت أنا حبيبة بنت سهل يا رسول الله قال ما شأنك قالت لا أنا ولا ثابت بن قيس زوجها فلما جاء زوجها ثابت بن قيس قال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ما شاء الله أن تذكر فقالت حبيبة يا رسول الله كل ما أعطاني<sup>2</sup>.

وعنه رضي الله عنه أن زوج بريرة كان عبدا يقال له مغيث كأني أنظر إليه يطوف خلفها يبكي ودموعه تسيل على لحيته فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا عباس ألا تعجب من حب مغيث بريرة ومن بعض بريرة مغيثا فقال النبي صلى الله عليه وسلم لو راجعته قالت يا رسول الله أتأمرني؟ قال إنما أنا أشفع قالت فلا حاجة لي فيه<sup>3</sup>.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تناول مسألة الخلع في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري حيث نجد قبل التعديل 'يجوز للزوجة أن تخلع نفسها من زوجها على مال يتم الإتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم<sup>4</sup>. بعد التعديل.

نص المشرع الجزائري في المادة 54 من قانون رقم 02/05 المعدل والمتمم يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - يوسفات علي هاشم، الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 42.

<sup>2</sup> - الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه، كتاب الموطأ، الجزء 1، دار الريان للتراث، القاهرة، ص 383.

<sup>3</sup> - الإمام زين الدين أحمد بن عبد اللطيف الزبيدي، مختصر صحيح البخاري، الجزء 1، دار النفائس، بيروت، ص 440.

<sup>4</sup> - يوسفات علي هاشم، الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 15.

<sup>5</sup> - المادة 54 من قانون 02/052 المعدل والمتمم.

وما نلاحظه من المادتين قبل وبعد التعديل أن المشرع الجزائري قبل التعديل يشترط لإيقاع الطلاق عن طريق الخلع موافقة الزوج أما بعد تعديل 2005 ألغى المشرع هذا الشرط بصريح العبارة وذلك في قوله يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها طبعاً مع الإحتفاظ بالمقابل المالي سواء في المادة قبل أو بعد التعديل فالمشرع الجزائري بعد تعديله لهذه المادة وكأنه بصفة آلية أقر بمبدأ المساواة التماثلية بين الرجل والمرأة وذلك من خلال الإعتراف الكامل بحق الزوجة في الخلع من جانبها وحدها ودون موافقة زوجها فالقاضي أصبح ملزماً بذلك بحل الزواج فور فشل محاولات الصلح حيث جاء فيها بأنه يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي ويكون بذلك المشرع قد قابل حق الزوج في حل الزواج بإرادة المنفردة حق الزوجة في المخالعة بإرادتها والملاحظ كذلك من هذه المسألة بعد التعديل أن المشرع أزال كل الغموض حول كيفية تطبيق هذه المادة بمعنى المادة 54 ووضع حلاً بذلك لكل جدال فقهي وتضارب قضائي فالمشرع لم يرتب لعدم موافقة الزوج أثر على صدور أحكام المخالعة سوى في المقابل المالي كما ذكرنا سابقاً الذي يجب أن يحصل عليه الإتفاق بين الزوجين وإذا لم يتفق على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي في هذه الحالة بما لا يتجاوز قيمة الصداق المثل وقت الحكم طبقاً للمادة 54 المتعلقة بالخلع.

أما فيما يتعلق بدور القاضي في مسألة الخلع نجد اتجاهين الأول يرى أن الخلع لا يحتاج إلى حكم قضائي وإنما تتم المعالجة بالتراضي بين الزوجين واستدلوا بقول الله تعالى "فلا جناح عليهما فيما افتدت به" وبه قال المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة، الشيعة الإباضية، الظاهرية، الأوزاعي، الثوري ووجه الدلالة من الآية الكريمة إن الله تعالى قصد بعليهما الزوجين ولم يشترط القاضي<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه وآثاره، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط 1، محمود المشني عمان، دار الثقافة، 2008، ص 81.

أما الاتجاه الثاني يرى عكس الأول أن الخلع لا يصح بدون قاضي واعتبره شرط في صحة الخلع واستدلوا بفعل الصحابة رضوان الله عليهم ومنه ما حدث أيام عثمان وعمر رضي الله عنهما عندما إختلعت امرأة نفسها من زوجها بألف درهم فرفع ذلك إلى عمر فأجازه<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: التطلق كآلية من آليات فك الرابطة الزوجية.

إذا كانت حكمة الشريعة السماح قد اقتضت بأن يكون الطلاق بيد الزوج فقد اقتضت عدالتها أن تمنح الزوجة حق المطالبة بالتفريق وفك الرابطة المقدسة وذلك عن طريق ما يعرف بالتطبيق ومن خلال هذا الفرع سنحاول التطرق إلى الأسباب التي يجوز فيها للزوجة المطالبة بالتطبيق.

فقط لا بد لنا أن نشير في البداية أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى إعطاء مفهوم للتطبيق فقط اكتفى بذكر الأسباب المؤدية له.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 81.

\* من بين قرارات المحكمة العليا المتعلقة بقضية الخلع:

- قرار المحكمة العليا 1991/4/23 رقم الملف 73885 المجلة القانونية العدد 2 ص 55.
- قرار المحكمة العليا 1994/04/19 ملف 103793 نشرة القضاة 1997 العدد 51 ص 96.
- قرار المحكمة العليا 1996/07/30 ملف 141262 المجلة القانونية 1998 العدد 1 ص 120.
- قرار المحكمة العليا 1999/03/16 ملف 216239 اجتهاد قضائي 2001 عدد خاص ص 138.
- قرار المحكمة العليا 2001/10/17 ملف 275497 مجلة المحكمة العليا 2004 العدد 2.
- قرار المحكمة العليا 2005/07/13 ملف 336380 نشرة القضاة 2006 العدد 61 ص 328.
- قرار المحكمة العليا 2006/10/11 ملف 365244 مجلة المحكمة العليا 2007 العدد 1 ص 467.
- قرار المحكمة العليا 2011/09/15 ملف 656259 مجلة المحكمة العليا 2012 العدد 1 ص 318.

## الفصل الثاني: المركز القانوني للزوجين في إنهاء عقد الزواج

وحتى يعتبر فك الرابطة الزوجية تطليقا لا بد فيه من شروط والمتمثلة في:

- أن يكون بطلب من الزوجة.
- أن يحكم به القاضي.
- أن تتوفر فيه حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائرية<sup>1</sup>.

أولا لا بد لنا من التطرق إلى حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائرية قبل التعديل في قانون الأسرة قبل التعديل سنة 1984 أورد المشرع 7 حالات لطلب التطليق جاء ذكرها كما يلي يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بأعساره وقت الزواج مع مراعاة المادة 78، 79، 80 من هذا القانون.
- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
- الهجر في المضجع فوق 4 أشهر.
- الحكم بعقوبة شائبة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتسجيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر شرعي.
- كل ضرر معتبر شرعا ولاسيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8، 37 أعلاه.

- ارتكاب فاحشة مبينة<sup>2</sup>. هذا قبل التعديل.

أما بعد التعديل فنلاحظ أن المشرع تحقيقا للتوازن بين الزوجين في فك الرابطة الزوجية قام بإضافة وزيادة حالات للتطليق ويتعلق الأمر بإضافة أسباب أخرى يمكن للزوجة من خلالها المطالبة بالتطليق ورفعها إلى 10 أسباب:

- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.
- الشقاق المستمر بين الزوجين.

<sup>1</sup> - بن عيسى أحمد، بن فريدة محمد، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية من خلال قانون الأسرة الجزائرية مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 8، العدد 1، 2023، نزلت بتاريخ 2023/04/20، على الساعة 6:00، ص 346.

<sup>2</sup> - المرجع السابق، ص 364.

- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

وهذه بالإضافة تهدف إلى تعزيز المركز القانوني للمرأة في صور إنهاء الرابطة الزوجية أضاف المشرع الجزائري 3 حالات والتي سبق لنا ذكرها ومن هنا سوف نقوم بشرح هذه الأسباب.

### أولاً: التطلق لعدم الإنفاق:

نصت المادة 53 من قانون الأسرة في فقرتها الأولى يجوز للزوجة أن تطلب التطلق لعدم الإنفاق ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج هذه المادة الوحيدة بل الفقرة الوحيدة التي تحدثت عن التفريق لعدم الإنفاق في قانون الأسرة الجزائري ويلاحظ للوهلة الأولى أن المشرع الجزائري قد إستعمل عبارات وجيزة وملخصة جدا مقارنة بتشريعات الأحوال الشخصية العربية محل الدراسة وقد أجمل في هذه العبارة شروط طلب التطلق لعدم الإنفاق<sup>1</sup>، حيث اتفق الدكتور بلحاج العربي والأستاذ عبد العزيز سعد على 3 شروط جاءت في المادة 53 وأضاف كل منهما شرطا رابعا يختلف عن الآخر وهو:

- امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته قصدا وعمدا.
- صدور حكم قضائي بوجوب نفقة الزوجة على زوجها.
- ألا تكون الزوجة عالمة بإعساره وقت إبرام عقد الزواج.
- أضاف د. بلحاج العربي شرط ألا يكون الإمتناع عن النفقة بسبب عسره.
- وأضاف الأستاذ عبد العزيز سعد شرط رابع وهو أن الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة والتي يحق لها طلب التطلق لعدم توفيره هو إنفاق مثل زوجها على مثلها<sup>2</sup>.

وباستقراءنا للمادة 74 من قانون الأسرة التي تنص على أنه تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو بدعوتها إليه ببينة مع مراعاة المواد 78، 79، 80 نستخلص أنه تجب نفقة الزوجة على زوجها بتوفير الشروط المتمثلة في العقد الصحيح بمعنى أنه يستوفى

<sup>1</sup> - تريكي آيت شواش دليمة، التطلق لعدم الإنفاق في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، نزلت يوم 20/04/2023، على الساعة 6:00، ص 166.

<sup>2</sup> - المرجع السابق، 166-167.

أركانه طبقا لنص المادة 9 و9 مكرر من قانون الأسرة وليس هذا فحسب بل يشترط وجوب الإحتباس الذي يكون من الزوج لزوجته أو الاستعداد له، ولهذا كان المعقود عليها عقدا فاسدا أو باطلا لا يحق لها نفقة زوجية وعليه فإن المعتدة بعد عقد صحيح تجب لها النفقة أما عدة الدخول بها بعد زواج فاسد فلا تجب<sup>1</sup>.

الدخول بالزوجة وهو ما أشطره المشرع بموجب المادة 74 من قانون الأسرة بأن النفقة لا تجب بالعقد على الزوجة فقط بل تجب بدخول الزوج بزوجته لبيت الزوجية<sup>2</sup>.  
دعوة الزوج زوجته للدخول بها، أي أن نفقة الزوجة تجب أيضا على زوجها إذا دعاها للدخول ووجد ما يثبت ذلك كشهادة شهود لأن الدعوة للدخول هو إستعدادا له<sup>3</sup>.

أما بالنسبة للفقهاء الإسلامي فقد اختلفوا حول مسألة التفريق لعدم الإنفاق حيث يرى المذهب الأول: بجواز القاضي التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق إذا طلبته الزوجة وبه أخذ مالك وأحمد والشافعي، أما بالنسبة للمذهب الثاني وهو رأي الحنفية قالوا أن المرأة يلزمها الصبر حتى يوسر الزوج وتتعلق نفقتها بذمته وأخذ به عطاء والزهري، والثوري.

وأتجه المذهب الثالث وهو مذهب أبي محمد بن حزم حيث قال تجب على المرأة الموسورة أن تنفق على زوجها المعسر ولا ترجع عليه إذا أيسر أما للمذهب الرابع وهو مذهب الإمام ابن القيم حيث قال أن الزوجة إذا تزوجت به عالمة بإعساره أو كان حال الزوج ميسور ثم أعسر فلا فسخ لها وإن كان هو الذي غرها عند الزواج بأنه ميسورا ثم تبين له إعساره كان لها الفسخ<sup>4</sup>.

### ثانيا: التظليق لعيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج

يجوز للزوجة أن تطلب التظليق في حالة وجود عيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج والمقصود بالعيب وجود علل جنسية أو الأمراض المنفردة التي من شأنها الحيلولة دون ممارسة العلاقة الجنسية باعتبار الهدف من الزواج هو إنجاب الأولاد التناسل هنا يمكن

<sup>1</sup> - هشام دبيح، التظليق لعدم الإنفاق في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 6، العدد 2، 2021، نزلت بتاريخ 2023/04/20، على الساعة 6:00، ص 451.

<sup>2</sup> - المرجع السابق، 451.

<sup>3</sup> - المرجع السابق، ص 451.

<sup>4</sup> - المرجع السابق 453.

## الفصل الثاني: المركز القانوني للزوجين في إنهاء عقد الزواج

للزوجة أن تطلب من القاضي تطليقها منه سواء كان لعيب في الزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد المادة 2/53 من قانون الأسرة الجزائري<sup>1</sup>.

ومن بين العيوب التي تخص الرجل والتي تستند إليها الزوجة للمطالبة بالتطليق نذكر منها الجب: وهو قطع الذكر كله أو بعضه بحيث لم يبق من ما يطاق به، الخشاء: والمقصود بها من نزعت خصيتها، الإعتراض: هو عدم إنشاء الذكر، الشكاز: هو من ينزل قبل مخالطة المرأة لا ينتشر بعد ذلك لجماعها<sup>2</sup>.

أما بالنسبة لموقف الشريعة الإسلامية من التطليق لعيب فهناك 3 آراء حول هذه المسألة المذهب الأول هو مذهب أهل الظاهر والشوكاني ويرى أنه لا يجوز التفريق بين الزوجين بأي عيب كان وسواء كان العيب في الزوج أم الزوجة لأنه لم يصح في نظرهم ما يصلح للإستدلال به على جواز التفريق بين الزوجين أما المذهب الثاني وهو مذهب بعض فقهاء التابعين كالقاضي شيرح وابن شهاب الزهري وأبي ثور والقاضي حسين من الشافعية يرى هاؤلاء أن العيب الذي يجوز التفريق بين الزوجين هو كل عيب ينفر منه أحد الزوجين ولا يحصل به مقصود الزواج أما المذهب الثالث وهو مذهب جمهور الفقهاء وهو وسط بين المذهبين السابقين فلم يمنعوا الرد مطلقاً كأصحاب المذهب الأول ولم يجيزوا الرد بأي عيب قد تذر منه النفس كأصحاب المذهب الثاني بل حصروا الرد على عيوب معينة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 280.

<sup>2</sup> - هشام دبيح، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 71.

<sup>3</sup> - عبد الباقي بدوي، التفريق القضائي بين الزوجين بسبب العيوب في الفقه الإسلامي وبعض قوانين الأحوال الشخصية العربية العقم نموذجاً، جامعة البويرة، نزلت يوم 1 ماي 2023، على الساعة 10:00، ص 97-98.

### ثالثاً: التطليق بسبب الهجر في المضجع

والمقصود بالهجر في المضجع كنوع من أنواع التأديب هو هجر الزوج فراش زوجته بأن يهجرها مع المبيت معاً في غرفة نوم الزوجية وذلك بالإعراض عنها وعدم القرب منها في حدود الشرع قال تعالى: "واهجروهن هجرا جميلاً"<sup>1</sup>.

ولقد نص المشرع الجزائري انطلاقاً من المادة 53 في فقرتها الثالثة على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق في حالة الهجر لأكثر من 4 أشهر وعليه يشترط الهجر 3 شروط:

- هجر الزوج لزوجته مع المبيت معها في فراش الزوجية والإعراض عنها وعدم قربها.
  - أن يكون هذا الهجر عمداً.
  - أن يتجاوز الهجر 4 أشهر متتالية وألا يقع بينهما إتصال بين الشهر والآخر<sup>2</sup>.
- أما إذا كان الهجر لعذر شرعي أو مبرر قانوني كوجود الزوج في المستشفى أو في الخدمة العسكرية أو مكان آخر من أجل القيام بوظيفته أو كان الهجر تعبيراً عن غضب الزوج من سلوك زوجته الطائش فلا يجوز للمحكمة أن تحكم بتطليقها في مثل هذه الحالات لأن الهجر شرعي والأسباب معقولة وإذا رفعت دعوى تطليق للهجر فإن القاضي لا يجب عليه الاستجابة لها إلا بعد التأكد من وجود واقعة هجر حقيقية وأن يتجاوز مدة 4 أشهر<sup>3</sup>.
- حيث نصت المادة 58 من مدونة الأسرة المغربية إذا أبى الزوج أو حلف على هجر زوجته وترك المسيس جاز للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي الذي يؤجله 4 أشهر فإن لم يفئ بعد الأجل طلقها عليه وهذا الطلاق رجعي وهذا ما جاء به في المادة 5 من القانون المصري رقم 25 لسنة 1929 والمادة 123، 124 من القانون الكويتي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية، مرجع سابق، ص 288.

<sup>2</sup> - المرجع السابق، ص 289.

<sup>3</sup> - المرجع السابق، ص 289.

<sup>4</sup> - المرجع السابق، ص 291.

## الفصل الثاني: المركز القانوني للزوجين في إنهاء عقد الزواج

أما بالنسبة لفقهاء الشريعة الإسلامية فقد تضاربت أفكارهم حول هذه المسألة حيث يرى الأحناف أنه إذا مضت المدة ولم يجامعها فإنها تطلق طلاقة بائنة بمجرد مضي المدة ولا يكون للزوج حق مراجعة لأنه أساء في استعمال حقه بامتناعه عن الوطئ بغير عذر ففوت حق زوجته وصار بذلك ظالما لها<sup>1</sup>.

أما المالكية فقد توجه رأيهم إلى القول أنه للحاكم أن يطلق عليه دفعا للضرر عن الزوجة ويضيف الإمام مالك أن الزوج يلزمه حكم الإيلاء إذا قصد الإضرار بتلك الوطئ وإن لم يحلف على ذلك لوقوع الضرر في هذه الحال كما هو واضح في حالة اليمين<sup>2</sup>. ويرى الشافعية وأحمد وأهل الظاهرية أن القاضي لا يطلق وإنما يضيق على الزوج ويحبسه حتى يطلقها بنفسه<sup>3</sup>.

### رابعاً: التطلاق بسبب الحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة وارتكاب الفاحشة.

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 53 من قانون الأسرة أنه يجوز للزوجة رفع دعوى التطلاق بسبب الحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة وذلك في فقرة 4 من هذا القانون، ويتجلى وجه الضرر في هذا السبب من ناحيتين:

الأولى: تتمثل في الضرر المعنوي الذي يخلفه الحكم على الزوج من آثار ماسة بشرف الأسرة وسمعتها ويؤثر بذلك على الأولاد والزوجة.

والثاني: الضرر المادي المتمثل في استحالة مواصلة الحياة الزوجية وبالتالي وفقاً للمشرع الجزائري بذلك تستحق الزوجة التطلاق وذلك بقوة القانون وطبعاً كما هو معروف يقع عبء الإثبات على من يدعي خلال ذلك<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - إلیات ربيعة، الطلاق بالإيلاء بين أحكام الشريعة والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر 1، نزلت بتاريخ 2023/05/03، على الساعة 5:00، ص 37.

<sup>2</sup> - المرجع السابق، ص 37.

<sup>3</sup> - المرجع السابق، ص 37.

<sup>4</sup> - بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 141.

## الفصل الثاني: المركز القانوني للزوجين في إنهاء عقد الزواج

أما بالنسبة للتطليق بسبب ارتكاب الفاحشة فهي كذلك من الأسباب التي تؤدي إلى فك الرابطة الزوجية من قبل الزوجة نص عليه كذلك المشرع في المادة 7/53 من قانون الأسرة بأنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق في حالة ارتكاب فاحشة مبينة والمقصود بالفاحشة هو الخطأ المخل بالآداب بصفة خطيرة أو جسمية في ضوء أحكام الفقه الإسلامي، وقد وردت في القرآن الكريم آيات عديدة تصور الفاحشة في المسائل التي تخل بالسلوك والأنظمة قال تعالى: "ولا تقرّبوا الزنا إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلاً".

وقوله أيضا "إنما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن".<sup>1</sup>

وعليه فإن في حالة ارتكاب الزوج فاحشة مبينة كالزنا أو الشرك بالله أو الاعتداء على قاصر أو الانحراف عن الطريق السليم وقيامه بسلوك إجرامي يتنافى ومقتضيات العقل السليم وإرادة المجتمع في هذه الحالة يجوز للزوجة أن ترفع الأمر إلى القاضي وتطلب التطليق.<sup>2</sup>

### خامسا: الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

جاء في المادة 5/53 بأنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة الغياب بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة وعليه إذا غاب الزوج عن زوجته غيبة طويلة كان لها أن تطلب التطليق بينهما وبينه سواء كان في غياب معلوم الحال أو مجهول لأنها تتضرر من الغيبة ضررا قد يدفعها إلى الانحراف.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية، مرجع سابق، ص 305.

<sup>2</sup> - المرجع السابق، ص 305.

<sup>3</sup> - المرجع السابق، ص 298.

هذا بالنسبة للمشرع الجزائري أما بالنسبة للفقهاء الإسلاميين فقد اختلف الفقهاء بين من يجيز التفريق للغياب وبين من لا يجيزه حيث يرى الرأي القائل بعدم جواز التفريق بسبب غيبة الزوج الحنفية والشافعية والظاهرية حيث يرى هؤلاء أنه لا يصح التفريق بسبب الغيبة حتى وإن طالّت المدة لانعدام وجود أساس شرعي لهذا التفريق لأن الدليل لم يقم على أن غيبة الزوج بسبب للتفريق بين الزوج وزوجته وأن الأصل بقاء الزوجية حتى يقوم الدليل على جواز التطلاق مهما كان نوع الغيبة<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للرأي القائل بجواز طلب التفريق للغيبة، قال بها المالكية والحنابلة وهم يرون جواز التفريق لغيبة الزوج إذا طالّت وتضررت الزوجة بسببها ولو ترك لها زوجها الغائب ما لا تتفق منه مدة غيابه وهم يرون أن السبب الذي يجيز للزوجة طلب التفريق في هذه الحالة هو أنه من الصعب عليها المحافظة على عفتها وهي مقيمة بعيدا عن زوجها لمدة طويلة وهذا لا تتحمل الطبيعة البشرية في الغالب الأعم وبالتالي وجب رفع هذا الضرر عنها لأنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام وذلك بالتفريق بينها وبين زوجها الغائب إذا رفض الحضور إليها أو نقلها إلى بلد إقامته<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - آيت شاوش دليّة، التطلاق للغيبة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلاميين وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، المجلة النقدية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، نزلت يوم 2023/05/02 على الساعة 5:00، ص 273.

<sup>2</sup> - المرجع السابق، ص 275.

### سادسا: مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه:

من بين أسباب التطلاق التي نص عليها المشرع الجزائري نجد مخالفة الأحكام الواردة في المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري حيث نصت هذه الأخيرة على "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل ويجب إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لكان مسكن الزوجية ويمكن رئيس المحكمة رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتها وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية<sup>1</sup>.

فمن خلال هذه المادة ومع الموازنة مع نص المادة 53 فقرة 6 نستنتج أن المشرع الجزائري أجاز للزوجة طلب التطلاق إذا لم يحقق الزوج الشروط المنصوص عليها في العقد كما أننا وبالرجوع إلى نص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري التي تتحدث عن الإشراف بقوله للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو عقد لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة وبالتالي إذا أخل الزوج بهذا الشرط جاز للزوجة طلب التطلاق لمخالفة الشروط المتفق عليها في العقد<sup>2</sup>.

أما بالنسبة لفقهاء الشريعة الإسلامية فقد اختلفوا حول حرية التعاقد ومنها حرية الاشتراط الحظر فلا يباح إلا ما دل عليه الدليل أما الحنابلة فيقولون بحرية الاشتراط وإباحته فلا يحظر إلا ما ورد النص عليه ولقد استدلوا بقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 8 من القانون رقم 02/05 المعدل والمتمم.

<sup>2</sup> - المادة 19 من قانون رقم 02/05 المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> - بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 138.

سابعاً: التطلاق لضرر والشقاق المستمر بين الزوجين.

يعد التطلاق لضرر من بين الأسباب التي تحول للزوجة رفع دعوى التطلاق وهو مبدأ أقرته المادة 10/53 من قانون الأسرة بقوله كل ضرر معتبر شرعاً فالمشرع الجزائري لم ينتقد بضرر معين فأجاز للزوجة إذا تضررت من تصرفات زوجها التي تتنافى مع مقتضى الشرع وأهداف الزواج أن ترفع أمرها إلى القاضي لتطلب التطلاق<sup>1</sup>.

فإذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بأي نوع من أنواع الضرر الذي لا يستطيع معه دوام العشرة بينهما وثبت ما ادعته من الضرر وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه<sup>2</sup>.

أما بالنسبة لمعيار تقدير تضرر الزوجة فهو معيار شخصي يختلف من امرأة لأخرى باختلاف البيئة والثقافة والعمل والوسط الاجتماعي<sup>3</sup>.

كما نجد كذلك قرار المحكمة العليا القائل بأن الضرر الخفيف لا يخول للزوجة طلب التطلاق باعتباره وسيلة من وسائل التأديب التي أبحاثها الشريعة ومعالجة النشوز والعصيان في حدود ولاية التأديب، وكذلك قرارها الصادر 1982/1/11 الذي يقر أنه إذا ادعت الزوجة على زوجها بضربها فإن هذا لا يكفي وكذا اثباته بشهادة الطبيب إذ هذه لا تعتبر بيئة شرعية لعدم إفادتها القطع بأن الضرب المشهود به وقع من الزوج فعلاً<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - دليلة براف، التطلاق، للضرر المعتبر شرعاً في الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب البليدة، نزلت بتاريخ 2023/24/29 على الساعة 14:45، ص 213.

<sup>2</sup> - المرجع السابق، ص 213.

<sup>3</sup> - المرجع السابق، ص 214.

<sup>4</sup> - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 304.

## الفصل الثاني: المركز القانوني للزوجين في إنهاء عقد الزواج

أما بالنسبة للفقهاء فقد اختلفوا حول التفريق للشقاق والضرر فلم يجزه الحنفية والشافعية والحنابلة مهما كانت شدة الضرر استدلال بأن العصمة بيد الزوج أما المالكية فقد أجازوا التفريق للضرر منعا للنزاع وحتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيما<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للتطبيق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين فيعد هذا الأخير من بين الأسباب المؤدية إلى التطلاق التي يمكن بموجبها للزوجة أن ترفع دعوى تطالب فيها بفك الرابطة الزوجية عن طريقها ولقد نص عليها المشرع الجزائري في تعديل 02/05 وبالتحديد المادة 53 فقرة 8 منه بقوله يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق وذلك بسبب الشقاق المستمر بينهما.

وكملاحظة فإن دعاوي التطلاق تثبت بكافة الأدلة والوسائل القانونية الممكنة مثل شهادة شهود والشهادات الطبية التي تؤكد هذا العيب وأنه يؤدي يضرر للطرف الآخر<sup>2</sup>.

أما فيما يخص الأحكام القضائية الصادرة في شأن التطلاق كأصل عام وكما هو موجود في نص المادة 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن جميع الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم بصفة ابتدائية قابلة للإستئناف<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - بن زيطة عبد الهادي تعويض ضرر معنوي في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 145.

<sup>2</sup> - منصور نورة، التطلاق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 52.

<sup>3</sup> - المادة 3 من قانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008.

## الفصل الثاني: المركز القانوني للزوجين في إنهاء عقد الزواج

لكن بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري في الأمر 11/84 المعدل والمتمم بالأمر 02/05 وبالتحديد نص المادة 57 منه نلاحظ أن المشرع الجزائري قد حسم الأمر بالنسبة للدعاوي المتعلقة بالتطليق أنها دعاوي غير قابلة للاستئناف واستثنى منها فقط بعض جوانبها المادية وأعطى مثال للتوضيح بأن المسائل المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف حيث جاء كالتالي: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 57 من الأمر 02/05 المعدل والمتمم.

ولقد ارتأينا إلى جمع بعض قرارات المحكمة العليا المتعلقة بمسألة التطليق بكافة أنواعها:

- قرار المحكمة العليا 1989/11/27 رقم الملف 56249 المجلة القانونية 1992 العدد 1 ص 51.
- قرار المحكمة العليا 1991/10/1 ملف 73992 نشرة القضاة 1995 العدد 47 ص 153.
- قرار المحكمة العليا 1993/02/23 ملف 92674 نشرة القضاة 1995 العدد 48 ص 171.
- قرار المحكمة العليا 1992/12/22 ملف 87301 المجلة القانونية 1995 العدد 2 ص 92.
- قرار المحكمة العليا 1997/12/23 ملف 181648 المجلة القانونية 1997 العدد 1 ص 49.
- قرار المحكمة العليا 1996/09/24 ملف 139353 المجلة القانونية 1997 العدد 2 ص 96.
- قرار المحكمة العليا 1998/07/21 ملف 192665 اجتهاد قضائي 2001 عدد خاص ص 116.
- قرار المحكمة العليا 1999/02/16 ملف 213571 اجتهاد قضائي 2001 عدد خاص ص 119.
- قرار المحكمة العليا 1999/03/16 ملف 17179 اجتهاد قضائي 2001 عدد خاص ص 122.
- قرار المحكمة العليا 1999/05/18 ملف 222134 اجتهاد قضائي 2001 عدد خاص ص 126.
- قرار المحكمة العليا 2000/06/20 ملف 245159 اجتهاد قانوني 2001 عدد خاص ص 259.
- قرار المحكمة العليا 2001/01/23 ملف 258555 المجلة القانونية 2002 العدد 2 ص 417.
- قرار المحكمة العليا 2001/7/18 ملف 269594 المجلة القانونية 2003 العدد 1 ص 349.
- قرار المحكمة العليا 2002/7/3 ملف 273544 نشرة القضاة العدد 58 ص 198.
- قرار المحكمة العليا 2006/07/12 ملف 356997 مجلة المحكمة العليا 2006 العدد 2 ص 441.
- قرار المحكمة العليا 2010/7/15 ملف 572240 مجلة المحكمة العليا 2010 العدد 2 ص 278.
- قرار المحكمة العليا 2010/10/14 ملف 581222 مجلة المحكمة العليا 2011 العدد 1 ص 248.
- قرار المحكمة العليا 2011/1/13 ملف 596191 مجلة المحكمة العليا 2011 العدد 2 ص 270.
- قرار المحكمة العليا 2011/4/14 ملف 620084 مجلة المحكمة العليا 2012 العدد 1 ص 299.
- قرار المحكمة العليا 2011/09/15 ملف 647108 مجلة المحكمة العليا 2012 العدد 1 ص 309.

### الفرع الثالث: النشوز بين الزوجين.

لقد شرع الله تعالى الزواج واعتبره أعظم مؤسسة اجتماعية لبناء الأسرة قائمة على المودة والرحمة بين الزوجين ومن بين أخطر المعوقات التي تهدد هذه العلاقة مسألة النشوز ومن هذا المنطلق سوف نتعرض إلى مفهوم النشوز بين الزوجين وموقف المشرع الجزائري من مسألة النشوز وهل سوى بين الزوجين في هذه القضية أم لا؟

النشوز هو عصيان أحد الزوجين والترفع عن مطاوعة الزوج الآخر ومتابعته وعدم القيام بواجباته<sup>1</sup>.

وللنشوز علامات ظاهرة فقد تكون خشونة في المعاملة أو سوء آداب أو عدم الطاعة أو النفور من الطرف الآخر والابتعاد عن مؤانسته والعبوس الدائم وغير ذلك من الأمور التي يستطيع أن يلمحها الزوج من زوجته بلا تكلف<sup>2</sup>.

والنشوز من جهة المرأة يتمثل في امتناعها عن الجماع بدون عذر شرعي، الخروج من البيت بغير إذن منه وعدم السفر معه من غير علة، ترك فرائض الله كالصيام والصلاة<sup>3</sup>.

أما النشوز من جهة الرجل فيتمثل في إساءة العشرة ويدخل فيها الضرب والسب والشتم وسوء المعاملة، عدم النفقة عليها، تركه جماعها مع قدرته واحتياجها، منعها من صلة رحمها لغير عذر (خاصة زيارة الوالدين)<sup>4</sup>.

أما بالنسبة للفقهاء فتضاربت أفكارهم حول معنى النشوز فعند الحنفية عرفه صاحب الدر المختار بأنه خروج الزوجة من بيت زوجها بغير حق<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - عاطف أحمد شاهين، منهج الشريعة الإسلامية في علاج النشوز بين الزوجين، مجلة التراث، المجلد 1، العدد 1، نزلت بتاريخ 2023/5/3 على الساعة 10:00، ص 3.

<sup>2</sup> - المرجع السابق، ص 3.

<sup>3</sup> - أحمد بن محمود آل رجب، النشوز وطرق علاجه، ط 1، دار الفقراء، 2013، ص 9.

<sup>4</sup> - المرجع السابق، ص 9.

<sup>5</sup> - معتصم عبد الرحمان محمد منصور، أحكام نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، نوقشت 2007/11/3، ص 40.

## الفصل الثاني: المركز القانوني للزوجين في إنهاء عقد الزواج

أما المالكية عرفه الشيخ الدردير بقوله هو الخروج عن الطاعة الواجبة كأن منعه الاستمتاع بها أو خرجت بلا إذن لمحل تعلم أنه لا يأذن فيه أو تركت حقوق الله تعالى كالطهارة والصلاة أو أغلقت الباب دونه أو خانتة في نفسها وماله<sup>1</sup>.

أما الشافعية عرفه بقولهم الناشئة هي الخارجة عن طاعة زوجها والنشوز عندهم يستوي فيه أن يكون من غير المكلفة من المكلفة لاستواء الفعلين في التقويت على الزوج وسواء أقرر الزوج على ردها إلى الطاعة قهراً أم لا<sup>2</sup>.

ويرى الحنابلة على أنه معصية الزوج فيما فرض الله عليها من طاعته وعرفه الشيخ منصور البهوني بقوله هو معصيتها إياه فيما يجب عليها<sup>3</sup>.

ومن المعلوم أن النشوز كما يمكن أن يصدر من الزوجة يمكن أن يصدر من الزوج كذلك بأن يخرج في معاملته لها عن ضوابط الشريعة الإسلامية وآدابها فالزوج يمكن له أن يعالج ذلك بثلاث وسائل إما عن طريق النصيحة والموعظة بلطف أو عن طريق الهجر في المضجع بأن ينفرد عنها في فراش مستقل عند المبيت أو يضربها ضرب غير نبرح أي يحقق أكثر من أن يوجع<sup>4</sup>.

أما الزوجة في هذه الحالة لا تملك إلا الوسيلة الأولى النصح والإرشاد.

<sup>1</sup> - معتصم عبد الرحمان محمد منصور، المرجع السابق، ص 41.

<sup>2</sup> - المرجع السابق، ص 42.

<sup>3</sup> - المرجع السابق، ص 42.

<sup>4</sup> - محمد سعيد رمضان البوطي، المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني، دمشق، دار الفكر، 1992، مكتبة الأسد، ص 114.

فللزوج أن يؤدي زوجته إذا نشزت إذا تركت فرضاً أو واجبا عليها<sup>1</sup>. ومن أدلة النشوز في الكتاب والسنة نذكر:

عن محمد بن بشار حدثنا أبي عدي عن شعبة عن سليمان عن أبي حازم عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه فأبت أن تجيء لعنتها الملائكة حتى تصبح"<sup>2</sup>.

كما أنه ورد أن النبي صلى الله عليه وسلم أنه هجر نساءه شهراً ففي حديث معمر قال: قال الزهري فأخبرني عروة عن عائشة قالت فلما مضت تسعة وعشرون ليلة دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت بدأ بي فقلت يا رسول الله إنك أقسمت أن لا تدخل علينا شهراً أو أنك قد دخلت من تسعة وعشرون فقال إن الشهر تسع وعشرون<sup>3</sup>.

وقوله تعالى: "واللاتي تخافون نشوزهن فعضلوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً"<sup>4</sup>.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فيظهر موقفه حيال هذه المسألة من خلال المادة 55 من قانون الأسرة فإنه أقر بصريح العبارة أنه عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - الشيخ عبد الله بن عبد الرحمان بن عثمان الدهش، العضل في الخلع أسبابه وآثاره، العدد 1، محرم 1420، ص 179.

<sup>2</sup> - أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ط 1، دار ابن الهيثم، القاهرة، 2004، ص 629.

<sup>3</sup> - هشام ديب، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 49.

<sup>4</sup> - سورة النساء الآية 34.

<sup>5</sup> - المادة 55 من قانون 02/05 المعدل والمتمم.

## الفصل الثاني: المركز القانوني للزوجين في إنهاء عقد الزواج

كما أن المحاكم عادة لا تعتبر الزوج أو الزوجة في حالة نشوز إلا إذا كان أحد الطرفين خارج البيت ويطلب منها أو منه الرجوع إلى بيت الزوجية والقيام بالواجبات الزوجية خصوصا في جانبها المعنوي أي العودة إلى المعاشرة الزوجية<sup>1</sup>.

وبالتالي فالمشرع الجزائري تطرق إلى مسألة التعويض في مسألة النشوز للطرف المتضرر وهذا دليل على مساواة المشرع بين الجنسين فيها فأحيانا يسوء الحال بين الزوجين ويتعذر الصلح وتكثر الشكوى من الجانبين كل واحد منهما يدعي سوء العشرة والمضرة والتقصير ومن ثم يحدث الشقاق وتؤدي في بعض الأحيان إلى فك الرابطة المقدسة والمحاكم خير مثال على وبالتالي أوافق المشرع الجزائري على الحكم بالتعويض للطرف المتضرر من باب جبر القلوب وتأديب الطرف الآخر.

<sup>1</sup> - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 215.

\* ولقد ارتأينا إلى جمع بعض قرارات المحكمة العليا حول مسألة النشوز بين الزوجين والمتمثلة في:

- قرار المحكمة العليا 1994/06/14 ملف 110607 المجلة القانونية 1995 العدد 2، ص 95.
- قرار المحكمة العليا 1998/02/17 ملف 184055 المجلة القانونية 1998 العدد 2 ص 85.
- قرار المحكمة العليا 2000/11/21 ملف 251682 المجلة القانونية 2001 العدد 1 ص 290.
- قرار المحكمة العليا 1998/4/21 ملف 189226 اجتهاد قضائي 2001 عدد خاص ص 144.
- قرار المحكمة العليا 1998/11/17 ملف 210451 اجتهاد قضائي 2001 عدد خاص ص 248.
- قرار المحكمة العليا 2001/4/18 ملف 261976 نشرة القضاة 2006 العدد 57 ص 219.
- قرار المحكمة العليا 2005/10/12 ملف 345125 نشرة القضاة 2006 العدد 61 ص 332.
- قرار المحكمة العليا 2005/10/12 ملف 339353 نشرة القضاة 2008 العدد 63 ص 339.
- قرار المحكمة العليا 2008/10/15 ملف 448305 مجلة المحكمة العليا 2010 العدد 2 ص 251.

### الفرع الرابع: النزاع حول متاع البيت:

يترتب على عقد الزواج حقوق مشتركة بين الزوجين ومن المعلوم أن الأسر الجزائرية من الأسر المحافظة التي تقوم على المشاركة إذ أن الزوجان يقومان بتعمير منزلها وتجهيزه مشاركة بينهما ظنا منهما على استمرار الحياة الزوجية بدون مشاكل وخلافات قد تؤثر سلبا على عقد الزواج والتي قد ينجز عنها الانفصال ومن ثم قد تتولد مشكلة النزاع حول متاع البيت بحيث يدعي كل من الزوجين ملكية ما هو موجود بالبيت وللأسف الشديد هذا ما نراه في أوساطنا اليوم إذ أن المحاكم تعج بمثل هذه القضايا ومن خلال هذا المنطلق كيف عالج المشرع الجزائري هذه المعضلة ومن ثم هل سوى بين الزوجين في مشكلة حل النزاع بينهما وأعطى حلا وسطا أم أنه انفرد بحكمه وميز طرف عن الآخر حيال هذه القضية؟

في البداية لا بد لنا أن نعرض على رأي الفقه الإسلامي حيال هذه القضية فعند المالكية إذا تنازع في متاع البيت الرجل والمرأة من كان يعرف أنه من متاع الرجال فهو للرجال وما كان يعرف لأنه من متاع النساء فهو للنساء وما كان يعرف أنه للرجال والنساء فهو للرجل لأن البيت للرجل وله لذلك بيته<sup>1</sup>.

وجاء عن الظاهرية إذ تنازع الزوجان في متاع البيت في حال الزوجية أو بعد الطلاق وسواء في ذلك السلاح والحلي وما لا يصح إلا للرجال أو للنساء أو للرجال والنساء إلا على ظهر كل واحد منهما فهو له مع اليمين<sup>2</sup>.

لقد تكلم المشرع الجزائري على النزاع حول متاع البيت الزوجية وأفرد له نصا وحيدا والمتمثل في المادة 73 من قانون الأسرة وجعلها مادة شاملة لهذا النزاع حيث قال إذا وقع نزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بيته فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشتركات بينهما يقسمانها مع اليمين والملاحظ من هذه المادة أن المشرع الجزائري قد

<sup>1</sup> - عبد السلام عبد القادر، النزاع حول متاع البيت بين النص التشريعي والاجتهاد القضائي، مجلة الأحياء، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم السياسية، باتنة، العدد 2002/5، نزلت يوم 2023/2/27 على الساعة 1:00، ص 260.

<sup>2</sup> - المرجع السابق، ص 260.

## الفصل الثاني: المركز القانوني للزوجين في إنهاء عقد الزواج

فصل في هذه المسألة وجعل من البيئة الفيصل لحل النزاع فالقول للزوجة أو ورثتها في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته في المعتاد للرجال مع اليمين وبالتالي يمكن أن نقول أنه أقر حماية قانونية لمالك المتاع سواء كان الزوج أو الزوجة وذلك من خلال وضعه حلولا للنزاع القائم بينهما حول ملكية الشيء المتنازع عليه وبالتالي يفهم أن المشرع الجزائري قد ساوى بين الطرفين في هذه القضية، والسؤال الذي يطرح نفيه هنا ماذا لو إنعدم الدليل في هذه الحالة كيف يتعامل القاضي مع الأمر؟

بالرجوع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري فإنه يتوجب على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وقاعدة البيئة على من إدعى واليمين على من أنكر وبالتالي فليس على القاضي في هذه الحالة إلا "اليمين" فهي الحل الوحيد لفض النزاع القائم واليمين المقصودة هي اليمين الحاسمة وليست المتممة كدليل للإثبات<sup>1</sup>.

اليمين الحاسمة هي تلك اليمين التي يوجهها أحد المدعين إلى خصمه أثناء سير الدعوى القضائية في حالة من الحالات وإذا افترضنا أن أحد الخصمين قد حلف فإن المدعى وهو موجه اليمين يكون قد عجز نهائيا عن إثبات حقه إن امتنع فإن المدعى يعتبر قد أقام الدليل على حقه والمدعى عليه يعتبر ناكلا ونظرا لكون هذه اليمين تحسم النزاع أمام القضاء فسميت هذه بيمين الحاسمة<sup>2</sup>.

اليمين المكتملة أو المتممة يراد بها تلك اليمين التي يوجهها القاضي إلى أحد المتخاصمين ليكمل بها دليلا يرى بأنه غير كامل ويتطلب في توجيه هذه اليمين أن تكون الدعوى خالية من أي دليل وتكون للقاضي السلطة التقديرية في توجيه هذه اليمين وله الحرية الكاملة في توجيهها إلى أي من المتخاصمين<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - عيادة لحسين بن شويخ الرشيد، دور القاضي في حماية الأسرة في النزاعات المالية بين الزوجين، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 20، 2018، نزلت بتاريخ 2023/02/27 على الساعة 1:00، ص 176.

<sup>2</sup> - عموت عمر، موسوعة المصطلحات القانونية وقواعد الشريعة الإسلامية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 934.

<sup>3</sup> - المرجع السابق، ص 934.

غير أن الكلام عن تحديد قيمة المتاع يعد عملا فنيا يتجاوز سلطة القاضي التقديرية مما يجعله يستعين بأهل الإختصاص من تجار وحرفيين كالصاغة والبحارين<sup>1</sup>.

وأخيرا نقول أن دعوى النزاع حول متاع البيت رغم أنها من آثار الطلاق إلا أنها ليست دائما ملازمة لدعوى الطلاق فقد تثار بعد مدة من الحكم به كما أنه ليس أديا شأنه شأن كل الحقوق فعامل الزمن يؤثر في استحقاقه والمطالبة به<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - حسيني عزيزة، النزاع حول متاع البيت قراءة في نص المادة 73 من قانون الأسرة وتطبيقاتها القضائية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 58، العدد 1، 2001، نزلت بتاريخ 2023/05/3 على الساعة 10:05، ص 144.

<sup>2</sup> - المرجع السابق، ص 145.

\* ولقد ارتأينا إلى جمع بعض من اجتهادات المحكمة العليا حول مسألة النزاع حول متاع البيت:

- قرار المحكمة العليا 1988/4/11 الملف 49302 المجلة القانونية 1992 العدد 2 ص 40.
- قرار المحكمة العليا 1987/12/7 ملف 47284 المجلة القانونية 1993 العدد 1، ص 41.
- قرار المحكمة العليا 1995/1/31 ملف 112673 نشرة القضاة 1996 العدد 49 ص 237.
- قرار المحكمة العليا 1992/03/17 نشرة القضاة 1997 العدد 50 ص 75.
- قرار المحكمة العليا 1996/7/9 ملف 134417 المجلة القانونية 1998 العدد 2 ص 72.
- قرار المحكمة العليا 1992/4/14 ملف 81850 اجتهاد قضائي 2001 عدد خاص ص 230.
- قرار المحكمة العليا 1994/7/19 ملف 109595 اجتهاد قضائي 2001 عدد خاص ص 236.
- قرار المحكمة العليا 1998/04/21 ملف 189245 اجتهاد قضائي 2001 عدد خاص ص 242.
- قرار المحكمة العليا 1999/05/18 ملف 222651 اجتهاد قضائي 2001 عدد خاص ص 248.
- قرار المحكمة العليا 2001/5/23 ملف 257741 المجلة القانونية العدد 1 ص 363.
- قرار المحكمة العليا 2002/03/13 ملف 277411 مجلة المحكمة العليا 2004 العدد 2 ص 359.
- قرار المحكمة العليا 2005/10/12 ملف 335858 نشرة القضاة 2008 العدد 63 ص 335.
- قرار المحكمة العليا 2005/05/18 ملف 330950 نشرة القضاة 2011 العدد 66 ص 307.

المبحث الثاني: آثار الطلاق:

المطلب الأول: في الحضانة:

تعد الحضانة من أهم المسائل التي أولتها الشريعة الإسلامية والقانون اهتماما خاصا لما تنتجه من آثار إيجابية أو سلبية في حياة الفرد والأسرة كونها تختص بالطفل الذي يعد اللبنة الأساسية لتكوين الأسرة وموضوع الحضانة لا يطرح إلا في حالة فك الرابطة الزوجية بحيث أن كل من الأبوين يرد حضانت ابنه ومن خلال هذا المنطلق سوف نتعرض إلى ما هو مفهوم الحضانة في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري حول هذه القضية في حالة نشوب صراعات بين الزوجين على مسألة الحضانة؟

عرف الحنفية الحضانة على أنها تربية الولد لمن له حق الحضانة وحضانة الأم لولدها هي ضمه إياه إلى جنبها واعتزاله إياه من أبيه ليكون عندها لتقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه<sup>1</sup>.

أما المالكية فعرفها على أنه صيانة العاجز والقيام بمصالحه<sup>2</sup>.

في حين يرى الشافعية على أن الحضانة هي تربية ومراعاة مصلحته في وقت يعجز ولا يميز بين ضررها ونفعها<sup>3</sup>.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري أولا لا بد أن نذكر بأن دور المشرع هو وضع الأحكام وليس التعريف والمشرع إذا عرف مسألة من المسائل فالأكيد أن سبب ذلك هو أهمية المسألة المعنية بالتعريف حيث نجد المادة 62 من قانون الأسرة عرفت الحضانة على أنها رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك يتضح من هذا التعريف أن المشرع الجزائري قد بين مهام الحاضن وذلك بتوسعه في تعداد واجباته نحو المحضون وكذلك نلاحظ أن المشرع الجزائري ركز على تنشئة الولد على دين أبيه والمعروف أن دين الجزائر هو الإسلام

<sup>1</sup> - أسماء فتحي عبد العزيز شحاته، زمن الحضانة ورؤية المحضون في نظر الفقه والقانون، ص 1280.

<sup>2</sup> - المرجع السابق، ص 1280.

<sup>3</sup> - المرجع السابق، ص 1280.

## الفصل الثاني: المركز القانوني للزوجين في إنهاء عقد الزواج

وبالتالي فالمشرع الجزائري سار على نفس نهج الفقه الإسلامي في تعريف الحضانة بشكل عام، كما أنه يشترط حسب هذه المادة في الحاضن أهلية الحضانة وذلك سواء في الرجال أو النساء وأن يكون أهلا لذلك ومن بين الشروط التي لا بد أن تتوفر في الحاضن:

العقل: وذلك لرعاية مصلحة المحضون لأن غير العاقلة لا تحسن القيام على شؤون الصغار لعدم معرفتها ما ينفعها بل يخشى الضرر منها والعقل هو الإدراك وبه يعرف الشخص ما يقدم عليه<sup>1</sup>.

القدرة والكفاءة: ويقصد بالقدرة الاستطاعة على صيانة الصغير في خلقه وصحته فرعاية الطفل والاعتناء بشؤونه والسهر على سلامته تحتاج إلى أن يكون الحاضن قادرا على ذلك والقدرة يجب أن تكون جسدية ومادية فلا حضانة لمن لا قدرة له على صيانة المحضون<sup>2</sup>.

خلو المرشح للحضانة من الأمراض النفسية والمقصود به خلو المرشح من الاضطرابات النفسية التي تشبه إدراكه العقلي وبالتالي يصبح غير أهل للحضانة<sup>3</sup>.

البلوغ: فالصغير يحتاج لرعاية غيره وبالتالي لا يستطيع رعاية نفسه فكيف يرضى غيره<sup>4</sup>.

وبالرجوع إلى نص المادة 40 من القانون المدني الجزائري نجد "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد 19 سنة كاملة وبالتالي فالمشرع الجزائري حسم الأمر واعتبر سن البلوغ هو 19 سنة ويكون عاقل فمن البديهي أن المجنون يحتاج لرعاية غيره ولا يتولى شؤون غيره ولا يصلح أن يكون حاضنا.

<sup>1</sup> - بن داوود حنان بن عمار محمد، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، المجلد 4، العدد 2، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية لسنة 2019، نزلت بتاريخ 2023/4/10 على الساعة 10:00، ص 233.

<sup>2</sup> - المرجع السابق، ص 253.

<sup>3</sup> - المرجع السابق، ص 253.

<sup>4</sup> - عماد حميدة، مدى تساوي المراكز القانونية بين الزوجين في القانون الجزائري والمواثيق الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، كلية الحقوق قسم القانون الخاص، 2021/2020، ص 209.

## الفصل الثاني: المركز القانوني للزوجين في إنهاء عقد الزواج

وكذا بالرجوع إلى نص المادة 81 من قانون الأسرة من كان فاقداً الأهلية أو ناقصاً لصغر السن أو جنوناً أو عته أو سفه ينوب عنه قانوناً ولي وصي مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون<sup>1</sup>.

وبالتالي لا بد من أن تتوفر في الحاضن جميع الشروط المتعلقة بالحضانة حتى يقوم بممارسة الحضانة لأن الحضانة ولاية ولا ولاية لمجنون أو ناقص أهلية أو شخص غير قادر على تحمل لأعباء الطفل المحضون باعتبار أن الهدف الأول في الحضانة حماية مصلحة المحضون.

كما أوصت لجنة الجزائر ضمن الملاحظات الختامية للجنة بشأن الجزائر تعمل على ضمان إمكانية ممارسة الآباء والأمهات حقوق الحضانة والوصاية على أبنائهم القاصرين على قدم المساواة في جميع مناحي الحياة ووفقاً لمعيار مصلحة الطفل العليا الوارد في اتفاقية حقوق الطفل التي انضمت إليها الجزائر والمادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة<sup>2</sup>.

بالإضافة إلى الشروط العامة الخاصة بالرجال والنساء معا هناك شروط خاصة بكل واحد على حدا، الشروط الخاصة بالنساء وتتمثل في:

- ألا تكون المرأة متزوجة بغير قريب محرم.
- أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم على الصغير.
- عدم سكن الحاضنة مع من سقطت حضانتها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 81 من قانون الأسرة من قانون 02/05 المعدل والمتمم.

<sup>2</sup> - عماد حميدة، مرجع سابق، ص 211.

<sup>3</sup> - عبد الكريم ندير، الحضانة في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة الجلفة، الجزائر، المجلد 6، العدد 4، 2021، نزلت بتاريخ 2023/5/8 على الساعة 10:45، ص 474-475.

## الفصل الثاني: المركز القانوني للزوجين في إنهاء عقد الزواج

هذه بالنسبة للشروط الخاصة بالنساء لأجل ممارسة حق الحضانة أما بالنسبة للشروط التي لا بد توافرها في الرجال من أجل ممارسة الحضانة فتتمثل في:

- أن يكون الحاضن محرماً للمحضون إذا كانت أنثى.
- شرط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون<sup>1</sup>.

كما أن الحضانة حق للمحضون لحاجته إليها وحق للحاضن يحقق مصلحة المحضون.

بالنسبة لمدة الحضانة اختلف الفقهاء حول هذه المسألة فذهب الحنفية إلى أنها تنتهي للذكر ببلوغه سبع سنين وهي سن التمييز والأنثى ببلوغها سن المراهقة<sup>2</sup>.

أما المالكية ذهبوا بالقول إلى أن الغلام إذا احتلم ذهب حيث يشاء وليس لأبويه منعه وهو خاص بالحضانة<sup>3</sup>.

وسوى الحنابلة بين الذكر والأنثى فجعلوها 7 سنين في الاثنين ولم يجعل لها حد بالسن السادسة الشافعية وجعلوا المعتبر في انتهاء مدة الحضانة هو قدرة الطفل على التمييز وهو رأي حسن<sup>4</sup>.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص في المادة 65 من قانون الأسرة تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون الملاحظ في هذه المادة والتي تعتبر نقطة إيجابية بالنسبة للمشرع حسب راعي هو إنهاء هذه المادة بعبارة أن يراعى مصلحة المحضون ومن هنا نلمس أن المشرع لم يفرق بين الحاضن إن كان أما أو أباً بل ركز على مصلحة المحضون باعتبارها النقطة الحساسة في المجتمع<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الكريم ندير، المرجع السابق، ص 475-476.

<sup>2</sup> - لشهب أبو بكر الحضانة والرضاع بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، دراسة مقارنة، ص 478.

<sup>3</sup> - المرجع السابق، ص 478.

<sup>4</sup> - المرجع السابق، ص 478.

<sup>5</sup> - المادة 65 من الأمر 02/05 المعدل والمتمم.

أما بالنسبة للوسائل التي يستعين بها القاضي لإسناد الحضانة فيمكن حصرها في التحقيق بمعنى أنه يجوز للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو أصهاره أو زوج أحد الخصوم وكل هذا من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات التي من خلالها يمكن ترجيح رأيه وهذا عملاً بالمادة 459 من ق الإجراءات المدنية والإدارية والهدف دائماً رعاية مصلحة المحضون وكذا من بين الوسائل كذلك المعاينة بمعنى أنه يجوز للقاضي أن ينتقل إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة ومعرفة الظروف المحيطة به<sup>1</sup>.

الاستعانة بالخبير الأخصائي فحتى يستطيع القاضي تكوين قناعته وتقدير مصلحة الطفل بصفة دقيقة له في ذلك اللجوء إلى الخبراء فإذا رأى أن النزاع سيدعي ذلك فعل ذلك<sup>2</sup>.

نصت المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري على أنه تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 وأضاف التعديل الأخير أنه لا يمكن لعمل المرأة أن يكون سبب من أسباب سقوط الحضانة على أنه في جميع الحالات لا بد من مراعاة مصلحة المحضون<sup>3</sup>.

وهذا ما أكدته الاتفاقية الصادرة عن الأمم المتحدة في 18 ديسمبر 1979 بشأن القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وحققها في العمل وذلك لتحقيق المساواة الحقيقية في الحقوق للمرأة متزوجة كانت أم غير متزوجة في كل مكان وفي جميع الميادين حيث ألزمت المادة 11 من هذه الاتفاقية الدول باتخاذ كافة الإجراءات والتدابير للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل لكي تكفل لها نفس الحقوق التي تعطى للرجل سواء من ناحية أحقيتها في الحصول على حق العمل أو الحق في اختيار المهنة والعمل<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - نبيل ونوغي، مصلحة المحضون كضابط لإسناد الحضانة للمرأة العاملة، دراسة مقارنة مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي سي الحواس بركة، الجزائر، 2022، المجلد 5، العدد 2، نزلت بتاريخ 2023/5/8 على الساعة 1:13، ص 78.

<sup>2</sup> - المرجع السابق، ص 79.

<sup>3</sup> - عمادة حميد، مرجع سابق، ص 214.

<sup>4</sup> - تشوار حميدو زكية، عمل المرأة الحاضنة بين نصوص قوانين الأحوال الشخصية المغاربية والاجتهادات الفقهية والقضائية، مداخلة في الملتقى المغاربي حول قوانين الأحوال الشخصية نظمتها كلية الحقوق بن عكنون يومي 4-5 ماي 2002 جامعة تلمسان، ص 10.

ولقد تضاربت الآراء حول مسألة المرأة الحاضنة هناك من يرى أن للمرأة حق أن تعمل خارج المنزل ولكن دون الإخلال بواجباتها الأساسية<sup>1</sup>.

في حين يرى أنصار الرأي الثاني أن دور المرأة الأساسي هو رعاية الأسرة والأطفال ولا يحق لها الخروج للعمل إلا في حالة الضرورة القصوى<sup>2</sup>.

ولقد جمع المشرع الجزائري مسقطات الحضانة في المواد 66 إلى 70 من قانون الأسرة الجزائري معتمدا في إقرار الحالات التي يسقط فيها حق الحاضن على أساس مصلحة المحضون حيث نصت المادة 66 من الأمر 02/05 المعدل والمتمم على أنه يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون<sup>3</sup>.

بمعنى أن أول سبب من أسباب سقوط الحضانة هو الزواج بغير قريب محرم وهو المطبق على المستوى القضائي هذا كأصل أما كاستثناء لا بد على القاضي مراعاة مصلحة المحضون في ذلك بمعنى أنه في حال تزوج الحاضنة بغير قريب محرم ويرى أن مصلحة المحضون مع أمه لا تسقط حضانتها هنا ترجح مصلحة المحضون.

ومن بين مسقطات الحضانة كذلك إخلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري من رعاية الولد وتعليمه وتربيته على دين أبيه هذا ما نصت عليه المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري<sup>4</sup>.

ومن أمثلتها عجز الحاضن على توفير متطلبات المحضون والرعاية واقتناره للقدرة على تربية المحضون على دين أبيه مع مراعاة دائما مصلحة المحضون.

يسقط كذلك حق الحضانة بالسفر والإستيطان في بلد أجنبي طبقا للمادة 69 من قانون الأسرة<sup>5</sup>.

بمعنى إذا أراد الشخص الحاضن أن يستوطن في بلد أجنبي فإن حقه في الحضانة يسقط إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون تتطلب أن يبقى حاضنته.

<sup>1</sup> - تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص 27.

<sup>2</sup> - المرجع السابق، ص 28.

<sup>3</sup> - المادة 66 من قانون 02/05 المعدل والمتمم.

<sup>4</sup> - المادة 67 من قانون 02/05 المعدل والمتمم.

<sup>5</sup> - المادة 69 من قانون 02/05 المعدل والمتمم.

وتعود الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري أما إذا كان سبب سقوط الحضانة ناتج عن تصرفاته بناء على رغبته واختياره فإن حق الحضانة لن يعود إليه بعد سقوطه المادة 71 من قانون الأسرة الجزائري ومن خلال ما تم تناوله في مسألة الحضانة نستنتج أن المشرع الجزائري سوى بين الزوجين في مسألة الحضانة سواء من ناحية الشروط أو حتى من ناحية إسقاط الحضانة فقط أخضعهم إلى نفس الأحكام ولم يخص هذه الأحكام طرف ويستثني الطرف الآخر<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 71 من قانون 02/05 المعدل والمتمم.

### المطلب الثاني: في النفقة

يعد الطلاق حالة اجتماعية تنشأ عند فشل الزوجين في الانسجام والتفاهم وإمكانية التعايش ولو بالحدود الدنيا تحت سقف واحد وهذا الانحلال يشكل خطراً يهدد الاستقرار في المجتمع وله آثار وخيمة<sup>1</sup>.

ومن بين هذه الآثار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية مسألة النفقة وسوف نتكلم عن النفقة في هذا المطلب بإيجاز وموقف المشرع الجزائري منها.

النفقة بالنسبة للشريعة الإسلامية هي كل ما تحتاج إليه الزوجة في معيشتها من طعام وكسوة وكل ما يلزم لها حسب ما تعرفه الناس<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للقانون هو ما يصرف الزوج على زوجته وأولاده وأقاربه من طعام وكسوة ومسكن وكل ما يلزم للمعيشة حسب المتعارف عليه بين الناس وحسب وسع الزوج<sup>3</sup>.

كما أن نفقة الزوجة تختلف عن نفقة الأولاد من جوانب عدة تحدث عنها الفقهاء منها ما ورد في كتاب المدونة أن مالك قال في الولد إنه إنما يلزم النفقة على الولد إذا كان الأب يقدر على غنى أو سعة وإلا فهو من فقراء المسلمين لا يلزمه من ذلك شيء وأما المرأة فليس كذلك إن لم يجد ما ينفق فرق بينهما<sup>4</sup>.

ويمكن أن نحدد الفرق بينهما في النقاط التالية نفقة الزوجة تجب مع الإعسار لأنها بدل وسقط نفقته الأولاد للعجز وعدم القدرة على نفقة الزوجة مؤبدة أما الأولاد فهي مؤقتة وتنتهي بالبلوغ أو القدرة، لا تسقط نفقة الزوجة بمضي المدة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - بن عمر سامية، ظاهرة الطلاق الأسباب والآثار، مجلة العلوم الاجتماعية، جامعة الأغواط، العدد 10، جانفي 2015، نزلت بتاريخ 2023/5/9 على الساعة 10:46، ص 46.

<sup>2</sup> - محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، ط 4، الدار الجامعية، لبنان، 1983، ص 437.

<sup>3</sup> - العربي بالحاج، مرجع سابق، ص 169.

<sup>4</sup> - صالح بويشيش، نفقة الزوجة والأولاد في حال الإعسار والإمتناع بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائرية، مجلة الإحياء، العدد 5، 2002، نزلت بتاريخ 2023/4/10 على الساعة 10:00، ص 204.

<sup>5</sup> - المرجع السابق، ص 205.

ومن بين شروط وجوب النفقة نذكر ما يلي:

- أن يكون الابن فقيرا لا مال له.
- أن يكون الابن عاجزا عن الكسب.
- أن يكون الأب قادرا على الإنفاق<sup>1</sup>.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من النفقة فنجد أنه نص في المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري على أن النفقة تشمل الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة<sup>2</sup>.

أما بالنسبة لنفقة الأولاد من حيث استقرار نصوص قانون الأسرة فإننا لا نجد سوى 3 مواد نص عليها المشرع لبيان نفقة الأولاد والتي تتمثل في المادة 72 في قوله نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته وكذا المادة 75 في قوله تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حال ما إذا كان الولد عاجز لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط باستغناء عنها بالكسب وكذا المادة 76 في حال عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك بمعنى إذا كانت معسرة والأب معسر.

ولقد استحدث المشرع الجزائري في هذا السياق قانون رقم 01/15 المتضمن إنشاء صندوق النفقة كان بصدد تدليل الصعاب التي تواجهها المطلقة والأطفال المحضون بعد الطلاق فهذا القانون كان بمثابة المنفذ الوحيد الذي تلجأ إليه المطلقة الحاضنة بغرض ضمان حقها في النفقة لها ولأولادها وذلك في حال تعنت الزوج عن دفع مستحقات النفقة لهم<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>- بن داوود حنان بن عمار محمد، مرجع سابق، ص 237.

<sup>2</sup>- المادة 78 من قانون 02/05 المعدل والمتمم.

<sup>3</sup>- بن كعبة عمارية، النفقة المستحقة للطفل المحضون وللمطلقة الحاضنة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة صوت القانون، المجلة 6، العدد 1 أبريل 2019، نزلت يوم 2023/05/09 على الساعة 10:45، ص 41.

وإحفاقا للتوازن في تقدير النفقة بتعيين على القضاة مراعاة التوسط في التحديد دون تبذير والقضاء فوق حاجة الصغير أو تضيق على مستحقها من الأولاد أخذ بعين الاعتبار دائما المستوى الأسعار والظروف اأقتصادية التي كانت سائدة وقت الحكم أو القضاء بها<sup>1</sup>. حيث نصت المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري على أنه على القاضي أن يراعي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم<sup>2</sup>. فمن خلال هذه المادة نفهم أن المشرع لم يحدد مقدار معين للنفقة بل أخضعه للسلطة التقديرية للقاضي المختص في الدعوى الذي يجب عليه مراعاة حال الطرفين المالية والمعيشية بشرط ألا تقل النفقة عن الحاجيات الضرورية مهما كان وضع الزوج. وفي ضوء ما سبق نستطيع أن ندرك أن تعداد أنواع النفقة سواء أكانت للزوجة أو للأولاد يتناسب مع حاجياتهم ويتفق مع قوله تعالى: "وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف"، وقد يكون واضحا الآن أن المرأة عند مطالبتها بالنفقة فإن القاضي يراعي عند الحكم لها ولابنها بالنفقة عدة أمور وهذا كله لتمكين المطلقة من حقها سواء برضا الزوج وذلك بدفع النفقة أو امتناعه عن النفقة حيث ستظهر فيه المطلقة إلى إتباع طريق القضاء<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - مبروك بن زيوش، نفقة المطلقة والأولاد في ظل قانون 01/15 المتضمن إنشاء الصندوق الخاص بها، مجلة الباحث، الدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، العدد 5، 2015، نزلت بتاريخ 2023/05/13 على الساعة 12:10، ص 212.

<sup>2</sup> - المادة 79 من قانون 02/05 المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> - بن كعبة عمارية، مرجع سابق، ص 49.

فالمشرع حاول المساواة بين الزوجين في خصوص مسألة النفقة خاصة بالنسبة للطفل في حالة انحلال الرابطة الزوجية الذي يعتبر الطرق الضعيف ففي حالة عدم قدرة الأب على الإنفاق على ابنه القاصر وكانت أمه ميسورة الحال ألزمها المشرع بالنفقة عليه وذلك لضمان مصلحة الطفل الذي أولاه المشرع اهتمام كبير فبصلاحه يصلح المجتمع وبفساده يفسد المجتمع

\*

\* ولقد ارتأينا إلى جمع بعض قرارات المحكمة العليا المتعلقة بمسألة الحضانة والنفقة.

- قرار المحكمة العليا 1989/7/3 ملف 54353 المجلة القانونية العدد 1 لسنة 1992 ص 45.
- قرار المحكمة العليا 1990/4/30 ملف 79891 المجلة القانونية العدد 1 ص 55.
- قرار المحكمة العليا 1990/2/5 قرار 58812 المجلة القانونية العدد 4 ص 58.
- قرار المحكمة العليا 1993/6/23 ملف 91671 المجلة القانونية العدد 1 ص 72.
- قرار المحكمة العليا 1994/11/29 ملف 112705 المجلة القانونية العدد 1 ص 140.
- قرار المحكمة العليا 1995/11/21 ملف 111048 نشرة القضاة العدد 52 ص 102.
- قرار المحكمة العليا 1995/10/24 ملف 123889 نشرة القضاة العدد 52 ص 111.
- قرار المحكمة العليا 1997/2/18 ملف 153640 نشرة القضاة العدد 1 ص 39.
- قرار المحكمة العليا 1996/5/21 ملف 134951 المجلة القانونية العدد 2 ص 86.
- قرار المحكمة العليا 1997/11/25 ملف 175646 نشرة القضاة العدد 56 ص 30.
- قرار المحكمة العليا 1998/7/21 ملف 197739 نشرة القضاة العدد 56 ص 37.
- قرار المحكمة العليا 2000/2/22 ملف 237148 المجلة القانونية العدد 1 ص 284.
- قرار المحكمة العليا 1998/4/21 ملف 189234 اجتهاد قضائي 2001 عدد خاص ص 175.
- قرار المحكمة العليا 1998/7/21 ملف 201336 اجتهاد قضائي 2001 عدد خاص ص 178.
- قرار المحكمة العليا 1999/3/16 ملف 216886 اجتهاد قضائي 2001 عدد خاص ص 203.
- قرار المحكمة العليا 2001/02/12 ملف 256629 المجلة القانونية العدد 2 ص 241.
- قرار المحكمة العليا 2001/05/23 ملف 257741 المجلة القانونية العدد 1 ص 363.
- قرار المحكمة العليا 2000/7/18 ملف 245123 المجلة القانونية العدد 1 ص 247.
- قرار المحكمة العليا 2000/11/21 ملف 249196 المجلة القانونية العدد 1 ص 250.
- قرار المحكمة العليا 2001/12/26 ملف 273526 المجلة القانونية العدد 1 ص 285.
- قرار المحكمة العليا 2002/7/03 ملف 274207 المجلة القانونية العدد 1 ص 263.
- قرار المحكمة العليا 2002/3/13 ملف 276760 المجلة القانونية العدد 1 ص 267.
- قرار المحكمة العليا 2002/5/8 ملف 282052 المجلة القانونية العدد 1 ص 272.
- قرار المحكمة العليا 2002/2/13 ملف 282153 المجلة القانونية العدد 1 ص 275.
- قرار المحكمة العليا 2002/7/31 ملف 288072 المجلة القانونية العدد 1 ص 278.

- قرار المحكمة العليا 2001/12/26 ملف 274683 المجلة القانونية 2004 العدد 2 ص 347.
  - قرار المحكمة العليا 2002/5/8 ملف 282033 مجلة المحكمة العليا 2004 العدد 2 ص 363.
  - قرار المحكمة العليا 2004/1/21 ملف 311458 مجلة المحكمة العليا 2004 العدد 2 ص 379.
  - قرار المحكمة العليا 2005/2/23 ملف 331696 مجلة المحكمة العليا 2005 العدد 1 ص 307.
  - قرار المحكمة العليا 2005/6/15 ملف 331833 مجلة المحكمة العليا 2005 العدد 1 ص 315.
  - قرار المحكمة العليا 2005/1/19 ملف 333042 مجلة المحكمة العليا العدد 1 ص 321.
  - قرار المحكمة العليا 2005/5/18 ملف 331058 مجلة المحكمة العليا 2005 العدد 2 ص 383.
  - قرار المحكمة العليا 2005/5/8 ملف 254635 نشرة القضاة 2006 العدد 57 ص 209.
  - قرار المحكمة العليا 2001/4/18 ملف 261976 نشرة القضاة 2006 العدد 57 ص 216.
  - قرار المحكمة العليا 2002/10/23 ملف 295996 نشرة القضاة 2006 العدد 57 ص 219.
  - قرار المحكمة العليا 2005/12/14 ملف 348644 نشرة القضاة العدد 59 ص 244.
  - قرار المحكمة العليا 2006/1/4 ملف 347914 مجلة المحكمة العليا 2006 العدد 1 ص 449.
  - قرار المحكمة العليا 2006/1/4 ملف 350942 مجلة المحكمة العليا 2006 العدد 1 ص 455.
  - قرار المحكمة العليا 2006/5/17 ملف 364850 مجلة المحكمة العليا 2007 العدد 2 ص 437.
  - قرار المحكمة العليا 2008/3/12 ملف 426431 مجلة المحكمة العليا 2008 العدد 1 ص 271.
  - قرار المحكمة العليا 2005/7/13 ملف 339617 نشرة القضاة 2008 العدد 63 ص 343.
  - قرار المحكمة العليا 2005/11/16 ملف 337176 نشرة القضاة 2010 العدد 65 ص 319.
  - قرار المحكمة العليا 2007/11/14 ملف 408248 مجلة المحكمة العليا 2011 العدد 1 ص 244.
  - قرار المحكمة العليا 2011/2/10 ملف 599850 مجلة المحكمة العليا 2012 العدد 1 ص 281.
  - قرار المحكمة العليا 2011/3/10 ملف 613469 مجلة المحكمة العليا 2012 العدد 1 ص 285.
  - قرار المحكمة العليا 2011/10/13 ملف 650014 مجلة المحكمة العليا 2012 العدد 1 ص 313.
- ولقد ارتأينا إلى جمع بعض قرارات المحكمة العليا في خصوص مسألة النسب:

- قرار المحكمة العليا 1991/5/21 رقم القرار 747112 المجلة القانونية 1994 العدد 2 ص 56.
- قرار المحكمة العليا 1991/4/23 ملف 69798 المجلة القانونية العدد 3 ص 54.
- قرار المحكمة العليا 1997/10/28 ملف 172333 المجلة القانونية 1997 العدد 1 ص 42.
- قرار المحكمة العليا 1995/9/26 ملف 121026 نشرة القضاة 1999 العدد 55 ص 168.
- قرار المحكمة العليا 1997/7/8 ملف 165468 اجتهاد قضائي 2001 عدد خاص ص 67.
- قرار المحكمة العليا 1998/10/20 ملف 204821 اجتهاد قضائي 2001 عدد خاص ص 82.
- قرار المحكمة العليا 2006/3/5 ملف 355180 مجلة المحكمة العليا 2006 العدد 1 ص 469.
- قرار المحكمة العليا 2009/10/15 ملف 605592 مجلة المحكمة العليا 2010 العدد 1 ص 245.
- قرار المحكمة العليا 2004/02/25 ملف 309543 نشرة قضائية 2010 العدد 65 ص 307.
- قرار المحكمة العليا 2011/5/12 ملف 617374 مجلة المحكمة العليا 2012 العدد 1 ص 294.

### الملخص:

ومن خلال دراستنا للمركز القانوني للزوجين في إنهاء عقد الزواج قررنا وضع ملخص نستحضر من خلاله أهم النقاط التي ساوى فيها المشرع الجزائري بين الرجل والمرأة في قانون الأسرة الجزائري والتي يمكن عرضها في النقاط التالية وذلك بإيجاز:

- أكد المشرع الجزائري على حق الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة وذلك لأنه يملك العصمة الزوجية التي منحها إياه الشارع الحكيم في حين لم يهمل حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية والانفصال عن زوجها الذي كرهت المعيشة معه أو لحقها ضرر من ناحيته وهذا ما بيناه سابقا وشرع لها طريقتين للخلاص من هذه الرابطة إذا ما استحالت العشرة الزوجية بينهما وساد الشقاق والتمثلة في الخلع أو التطلق بأنواعه.

- تحدثنا كذلك حول مسألة النشوز سواء كان من الزوج أو الزوجة حيث نص المشرع الجزائري في المادة 55 من قانون الأسرة الجزائرية على أنه عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر وبالتالي فالمشرع ساوى بين الطرفين حيال هذه المسألة فلم يعطى حكما لطرف على حساب الآخر.

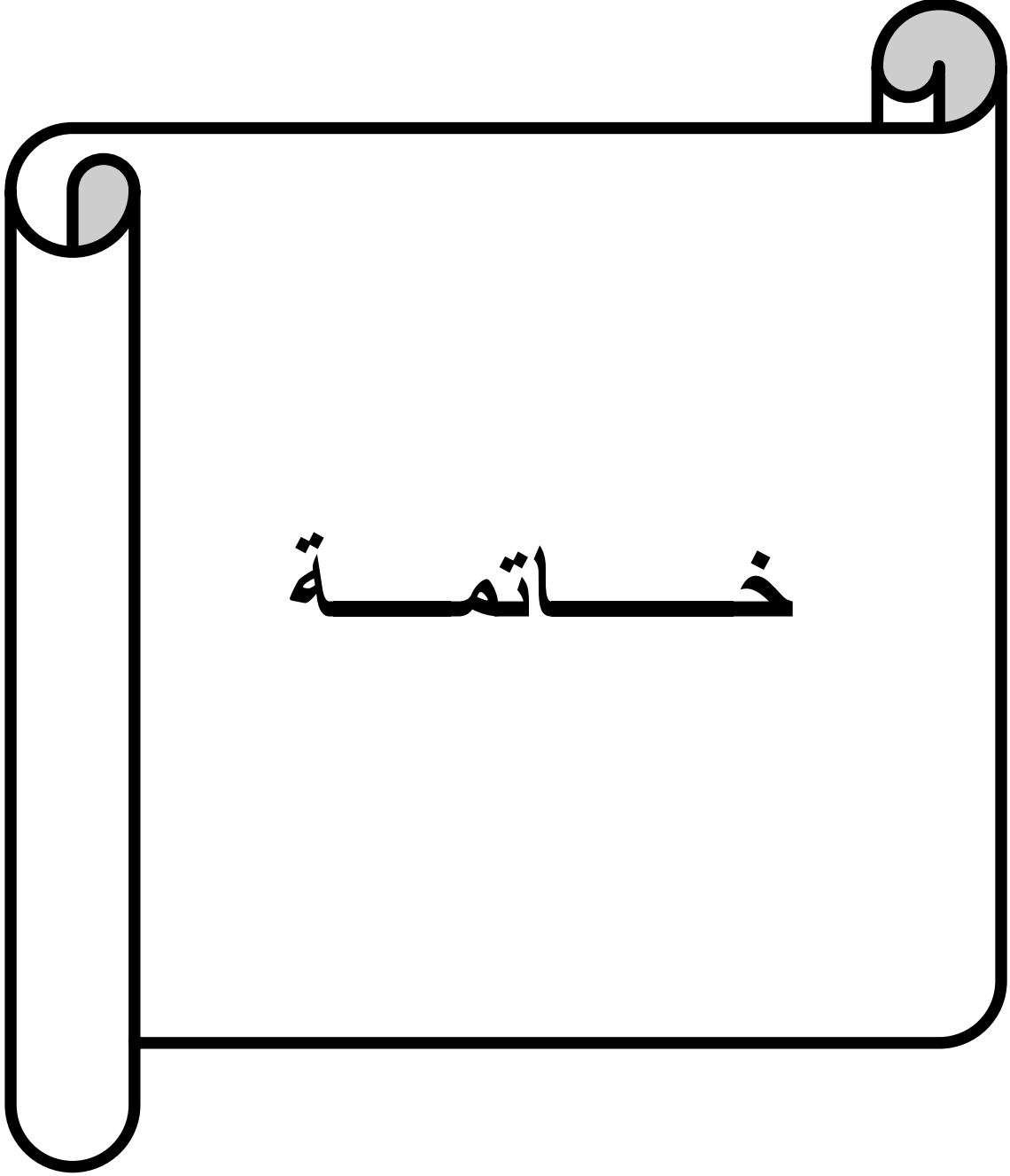
- تطرقنا كذلك لمسألة النزاع حول متاع البيت التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري والتي جعلها مادة شاملة لهذا النزاع حيث أوضح من خلالها المشرع الجزائري على أن هذا النزاع ينتهي بالبينة فالقول للزوجة أو ورثتها في المعتاد للنساء مع اليمين والقول للزوج أو ورثته في المعتاد للرجال مع اليمين، والنزاع حول متاع البيت الزوجية بين الزوجين أو ورثتهما يعتبر من أحد القضايا التي تدور قضاياها في دور القضاء وهذا إن دل على شيء على كثرة المشاكل الزوجية بين الرجل والمرأة وإلى تنامي ظاهرة الطلاق بين أوساط المجتمع الواحد للأسف الشديد.

- تحدثنا كذلك على الحضانة وقلنا بأنها القيام على شؤون الطفل وكفالاته بغرض المحافظة على بدنه ودينه والتي تعد من بين أهم نتائج فك الرابطة الزوجية حيث نص عليها المشرع الجزائري في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري على أنها رعاية الولد والقيام بتربيته على دين أبيه وتمتاز الحضانة أنها من النظام العام وأساسها حماية مصلحة المحضون ولذلك اشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك واشترط مجموعة من الشروط العامة والخاصة متعلقة بالرجال والنساء ومن أهم آثارها المادية والمعنوية منها النفقة

مع إسكان المحضون وأجرة الحضانة وحق الزيارة وقد حدد مدة الحضانة في المادة 65 كقاعدة عامة مع وجود استثناء بالنسبة للذكر حيث يمكن تمديدتها بدعوى قضائية للأُم الغير متزوجة، وقد جرم المشرع مخالفة أحكام الحضانة مثل جريمة الامتناع عن تسديد النفقة أو تنفيذ حكم الزيارة وهذا مراعاة لمصلحة المحضون.

- تحدثنا كذلك على مسألة الثقة في حالة إفسار الزوج ولاحظنا أن المشرع الجزائري قد حسم الأمر حيال هذه المسألة في المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري بقوله في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك، على غرار بعض التشريعات المقارنة التي تلزم الأم بالنفقة سواء كانت معسرة أو موسرة مثل ما فعل القانون التونسي.

- كذلك أشرنا إلى مسألة تقدير النفقة حيث نصت المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري على القاضي أن يراعي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم، وجعلها سلطة تقديرية لقاضي الموضوع الذي يراعي في حكمه حال الطرفين والحياة الاقتصادية والاجتماعية.



خاتمة

### الخاتمة:

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات والصلاة والسلام على من اتبع الهدى وختم به الرسالات وعلى آله وصحبه ومن سار على نهجه إلى يوم الدين أما بعد.

لقد كان التساؤل الرئيسي حول موضوع بحثنا إلى أي مدى ساوى المشرع الجزائري بالنسبة للمراكز القانونية بين الزوجين في إنشاء وإنهاء عقد الزواج من خلال التعديلات التي أدخلها المشرع الجزائري على التشريعات التي تخص الأسرة على رأسها قانون الأسرة الجزائري وذلك للوصول إلى أي مدى وافق روح الشريعة الإسلامية وهل استفاد المشرع الجزائري من هذه التعديلات التي أدخلها على هذا القانون ومن خلال هذا البحث في مدى المساواة في المراكز القانونية بين الجنسين في ظل قانون الأسرة الجزائري وصلنا لجملة من النتائج يمكن رصدها فيما يلي:

- يتضح من أحكام بالنسبة للخطبة فإنهم منجزة على الرجل والمرأة وبالتالي كما ذكرنا عادة ما تكون بمبادرة من الرجل فإنه لا يمنع شرعا وقانونا من أن تخطب المرأة لنفسها وإن كلن حياؤها يمنعها من ذلك في الواقع بدليل قوله تعالى في سورة الأحزاب "وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين" وأيضا أنها أمر غير لازم وبالتالي يمكن الرجوع عنها من أحد الطرفين أو كلاهما مع مراعاة أحكام الضرر التي سبق ذكرها إن كان لها مقتضى لأننا لو نظرنا إلى الخطبة من جانب الرجل أو من جانب المرأة فليست هي المقصودة بالذات بل المقصود منها عقد النكاح وعليه فالخطبة لا تدخل في عقد الزواج كركن أو شرط بل هي مجرد مقدمة من مقدمات هذا العقد يعني المرحلة التي يمر بها عقد الزواج ابتداء وتمهيدا لإنشاء العقد بين الخاطب والمخطوبة وإقامة الرابطة المشتركة بينهما عند توافر شروطها وإنتفاء الموانع المؤقتة والمؤبدة وذلك على الوجه الشرعي.

- جعل المشرع الجزائري الركن الوحيد لعقد الزواج هو الرضا المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري وأعطى للمرأة الحق في اختيار الزوج الذي ترضاه سواء كانت راشدة أو قاصرة وفق المادة 11 و13 من قانون الأسرة الجزائري ورتب على تخلفه بطلان العقد المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري وهو ما يوحي باتجاه المشرع الجزائري شيئا فشيئا لجعل عقد

الزواج عقدا مدنيا تحكمه شريعته العامة مع إغفال المشرع لمسألة عيوب الرضا وما يترتب عنها من آثار فتكون الإحالة هنا على قواعد القانون المدني باعتباره الشريعة العامة.

- أسقط المشرع الجزائري ركن الولي في عقد الزواج من خلال المادة 9 مكرر التي جعلته مجرد شرط والمادة 11 التي قصرت دوره في العقد سواء كان أبا أو أحد الأقارب أو أي شخص تختاره على مجرد الحضور وبالتالي حضوره وعدم حضوره على حد سواء وبالتالي قام المشرع الجزائري بتهميش سلطة الولي بحكم إحقاق المساواة بين طرفي العقد بمنح المرأة نفس المركز القانوني للرجل وهذا يعتبر قفزة مهمة أحدثت تغييرا في الوضعية القانونية للمرأة داخل العلاقة الزوجية دون مراعاة الخصوصية الفقهية وحتى العرفية للمجتمع الجزائري وعاداته وتقاليده التي لا يمكن الاستغناء عنها بسهولة وضرب ركن الولي عرض الحائط كما ذكرنا سابقا بداعي المساواة التامة والمطلقة بين الزوجين يعد كارثة بأتم معنى الكلمة وسببا رئيسيا من أسباب تفكك المجتمع خاصة أن المجتمع الجزائري في موضوع الزواج والأسرة مجتمع تحكمه الشريعة الإسلامية بالدرجة الأولى.

- ساوى المشرع الجزائري بين الرجل والمرأة في السن القانونية للزواج من خلال المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري يجعلها 19 سنة كاملة وهذا استجابة لمطالب الجمعيات النسوية التي تتادي بالمساواة المطلقة بين الرجل والمرأة من جهة وتوحيدها مع سن الرشد المدني من جهة أخرى كما أنه يتماشى كذلك ومقاصد الزواج في هذا العصر، كما رخص المشرع الجزائري بالزواج قبل ذلك بحسب ما تتطلبه المصلحة وتقتضيه الضرورة وتبقى السلطة تقديرية طبعاً لقاضي الموضوع.

- الكفاءة في الزواج هي مساواة الزوجين في أمور مخصوصة يعتبر الإخلال بها مفسدة للحياة الزوجية وعدم استقرارها باعتبار أن انعدام التكافؤ بينهما يخلق فجوة الأمر الذي يؤدي إلى تصدع العلاقة الزوجية وفشلها مما يؤدي لا محالة إلى الطلاق.

- استجاب المشرع الجزائري للتطورات العلمية والمسائل العلمية المستحدثة وذلك من خلال اشتراط الفحص الطبي قبل الزواج بسنة لكل من الزوجين ووضع عقوبة للموثق أو ضابط الحالة المدينة الذي يتقاعس في ذلك قصد حماية الزوجين وأسرتهما من الأمراض السارية المادة 7 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

- وسع المشرع الجزائري على الزوجين وأعطى لهما حق الاشتراط وذلك حسب المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري لحفظ حقوقهما عن طريق ما يريانه مناسباً لهما سواء في عقد الزواج أو عقد لاحق بشرط عدم مخالفة أحكام هذا القانون والشريعة الإسلامية السمحاء.
- إقرار المساواة الكاملة بين الزوجين في مسألة الحقوق والواجبات وذلك حسب المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري، وما يعاب على المشرع حسب رأيي إغفاله في التعديل الجديد لحق الطاعة وإلغاء القوامة على الزوجة من خلال المادتين 36، 38 من قانون الأسرة الجزائري وهذا أمر مؤسف ولا بد من النظر فيه من جديد.
- أجاز المشرع الجزائري للزوجين أن يتفقا في مسألة الأموال المشتركة في عقد الزواج أو في عقد لاحق وهذا راجع إلى ما يفرضه الواقع الذي تعيشه الأسرة الجزائرية المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري.
- يثبت النسب بالطرق الشرعية التي حددها المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري كما يمكن إثباته بالطرق العلمية البصمة الوراثية.
- سار المشرع الجزائري مع التطور الطبي وذلك من خلال السماح للزوجين الذين يعانون من مشكلة عدم الإنجاب باللجوء إلى التلقيح الإصطناعي لكن وفق ضوابط قانونية المادة 45 مكرر.
- أكد المشرع الجزائري على حق الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة وذلك لأنه يملك العصمة الزوجية التي منحها الله إياها في حين أكد أيضا على حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية والإنفصال عن زوجها التي كرهت العيش معه أو لحقها ضرر منه وذلك من خلال طلب الخلع أو التطلق.
- ساوى المشرع الجزائري بين الزوجين في مسألة التعويض عند النشوز المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري.
- ساوى المشرع الجزائري بالنسبة للنزاع حول متاع البيت بين الزوجين حيث حسم الأمر وجعله ينتهي بالبينة فالقول للزوجة أو ورثتها في المعتاد للنساء مع اليمين والقول للرجال أو ورثته في المعتاد للرجال مع اليمين.

- ما يعاب على المشرع الجزائري مخالفته للشريعة الإسلامية في بعض السائل التي عالجها قانون الأسرة الجزائري ومن بينها مسألة اللعان التي تعتبر صورة من صور فك الرابطة الزوجية.

### الحلول والتوصيات:

- إعادة النظر في المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري وتعديلها.
- ضرورة توعية النساء بمشروعية الولاية عليهن وبيان ما قد يترتب عن تهميش الولي وضربه عرض الحائط في عقد الزواج وزواجهن بدونه وذلك بتنظيم محاضرات وملتقيات.
- وجوب وجود حوار بين الولي وموليته حتى لا يكون هناك فرض الرأي خاصة أن لغة الحوار تكاد تنعدم داخل الأسرة الجزائرية وهو الأمر الذي يخلق حرمان عاطفي وعدم الإحساس بحقيقة الأبوة.
- نشر ثقافة القوامة الصحيحة وأن المرأة في الشريعة الإسلامية مكفولة النفقة ولا يحق للرجل المساس بذمتها المالية وأن خير الإنفاق هو إنفاق الزوجة على زوجها برضاها.
- ضرورة إعادة النظر في الأحكام المنظمة للفحص الطبي وتنظيمها في قانون خاص ومستقل.
- وجوب تعديل المادة 57 على النحو الذي يجعل كل الأحكام الصادرة على كل صور فك الرابطة الزوجية سواء بالطلاق أو بالتطليق وحتى بالخلع غير قابلة لأي طعن وذكر عبارة غير قابلة للطعن بطرق الطعن العادية وغير العادية فيما عدى جوانبها المادية.
- ضرورة إعادة النظر فيما يخص الفقرة 6 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري والتي تحيلنا إلى المادة 8 من نفس القانون فإنه ليس من الضروري تقييد الرجل بالرخصة من أجل زواجه مرة أخرى إذا أحسن أن يعدل بين أزواجه أوله القدرة على الإنفاق والملاحظ أن هذه الفقرة فيها ثغرة وهي إمكانية الزواج بالزوجة الثانية عن طريق العقد العرفي وبالتالي هنا كأن المشرع الجزائري عند وضعه لهذه المادة اعتمد على حيلة قانونية من أجل إرضاء الطرفين.
- لم يحدد المشرع الجزائري الحد الأدنى لبدل الخلع واكتفى بالقول أنه يجب ألا يتجاوز صدق المثل وهو ما يؤدي حتما إلى عدم الإتفاق بين الزوجين.

- لم يحدد المشرع الجزائري العيوب التي من خلالها يمكن للزوجة أن تطلب الفریق.
- لم يحدد المشرع الجزائري المدة التي يحكم بها الزوج لكي يتسنى للزوجة طلب التطلاق.
- إن المشرع الجزائري لم يصب في تحديد مدة الحضانة خصوصا بالنسبة للذكر عند تحديدها ب 10 سنوات وعلى الرغم من امكانية تمديدتها إلى 16 سنة إلى أن الطفل يبقى في هذا السن قاصرا وفي حاجة إلى أمه ونصائها.
- حبذا لو أن المشرع الجزائري يعدل في نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري حيث كان لا بد له أن يخصص لذكر الشروط ولا يدمجها مع تعريف بتحديد الشروط الواجب توافرها في الحاضن والحاضنة ليكون أهلا لذلك.
- وضع نصوص قانونية تنظم المسائل المتعلقة بمدة ومكان الزيارة تفاديا لوقوع النزاعات من جهة وعدم التعسف في استعمال الحق من جهة أخرى من طرف من له الحق في الحضانة.
- ضرورة توسيع مفهوم الزيارة ليشمل حق استضافة الأبناء في العطل الصيفية والسنوية باعتبار أن الحاضن في كثير من الأحيان يرفض لأن الحكم القضائي لم ينص عليه لذلك كان أولى على المشرع أن يشمل مع حق الزيارة في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري حق الإستضافة.
- وضع مادة خاصة تنظم مشتملات نفقة الأولاد ما دام أن المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري تنظم كل من نفقة الزوجة والأولاد وهذا ما يصعب فهم أي من هذه المشتملات تخص الأولاد.
- المشرع الجزائري لم يعطي الإهتمام الكبير لموضوع النزاع حول متاع البيت الزوجية وكذا توجيه النظر إلى المادة 73 من قانون الأسرة وما تحويه هذه المادة وذلك بإعطاء بعض التوضيحات فيما يخص هذا النزاع الحاصل بين الزوجين أو ورثتهما حول متاع البيت وهذه التوضيحات لا تكون إلا بإدراج مكررات للمادة 73 لأن هذا الموضوع يستحق النظر فيه من قبل المشرع الجزائري لماله من أهمية بالغة.
- على المشرع الجزائري التفصيل في النصوص القانونية وذلك بتحديد أسس تقدير التعويض في قانون الأسرة الجزائري كما هو الحال في القانون المدني.

- ضرورة وضع مادة قانونية تخص مسألة الكفاءة في الزواج باعتبارها مسألة جد مهمة لا بد من المشرع الجزائري التطرق إليها في قانون الأسرة الجزائري.

- إعادة النظر في مسألة القوامة الزوجية.

وفي الأخير لا يمكننا القول سوى أن قانون الأسرة الجزائري قانون غير مكتمل وبه نقائص لا بد على المشرع الجزائري إعادة النظر في المسائل المعالجة والمطروحة فيه وحتى المسائل التي أغفلها ولم يتطرق إليها وترك الباب مفتوحا أمام السلطة التقديرية لقاضي الموضوع والاجتهادات الفقهية ما دام أن المشرع الجزائري قد جعل الشريعة الإسلامية هي المرجع الأساسي وفي ما يتعلق بالأحوال الشخصية فما كان ليخالف أحكامها عمدا إلا ما وقع منه سهوا أو جرى عليه الغموض الذي هو من طبيعة البشر فوجب عليه تدارك هذا لكي يكون قانون الأسرة الجزائري قانون متوازن ومكتمل.

وأحسن ما نختم به قوله جلا في علاه في سورة البقرة "ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا"، صلى الله عليه وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين.



قائمة المصادر

والمراجع

### قائمة المصادر والمراجع:

#### القرآن الكريم.

#### 1. القوانين:

- المادة 4، 5، 9، 11، 17، 19، 45 مكرر، 48، 52، 54، 55، 57، 65، 66، 67، 68، 69، 71، 78، 79، 81، من قانون 02/05 المعدل والمتمم.
- المادة 3 من قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008.
- المادة 40 من قانون 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975.
- المادة 71، 77 من قانون رقم 20/70 المعدل والمتمم بالقانون رقم 08/14 وبالقانون 03/17.

#### 2. القرارات:

- قرار المحكمة العليا 1986/1/27 ملف 39731 المجلة القانونية 1993 العدد 4 ص 61.
- قرار المحكمة العليا 1987/2/7 ملف 47284 المجلة القانونية 1993 العدد 1 ص 41.
- قرار المحكمة العليا 1988/4/11 ملف 49002 المجلة القانونية 1992 العدد 2 ص 40.
- قرار المحكمة العليا 1988/7/18 ملف 49858 المجلة القانونية العدد 1 1992 ص 37.
- قرار المحكمة العليا 1988/7/18 ملف 499857 المجلة القانونية 1992 العدد 3 ص 50.
- قرار المحكمة العليا 1988/11/21 رقم القرار 51612 المجلة القانونية 1992 العدد 2 ص 52.

- قرار المحكمة العليا 1989/1/2 ملف 51107 المجلة القانونية 1992 العدد 3  
ص 53.
- قرار المحكمة العليا 1989/7/3 ملف 54353 المجلة القانونية العدد 1 1992  
ص 45.
- قرار المحكمة العليا 1989/11/27 ملف 56249 المجلة القانونية 1992 العدد 1  
ص 51.
- قرار المحكمة العليا 1998/4/21 ملف 189234 اجتهاد قضائي 2001 عدد  
خاص ص 175.
- قرار المحكمة العليا 1998/7/21 ملف 201336 اجتهاد قضائي 2001 عدد  
خاص ص 178.
- قرار المحكمة العليا 1988/10/20 ملف 204821 اجتهاد قضائي 2001 عدد  
خاص ص 82.
- قرار المحكمة العليا 1998/4/21 ملف 189245 اجتهاد قضائي 2001 عدد  
خاص ص 242.
- قرار المحكمة العليا 1999/3/16 ملف 219313 اجتهاد قضائي 2001 عدد  
خاص ص 39.
- قرار المحكمة العليا 1999/3/16 ملف 216886 اجتهاد قضائي 2001 عدد  
خاص ص 203.
- قرار المحكمة العليا 1999/2/16 ملف 213571 اجتهاد قضائي 2001 عدد  
خاص ص 19.
- قرار المحكمة العليا 1999/3/16 ملف 17179 اجتهاد قضائي 2001 عدد  
خاص ص 122.
- قرار المحكمة العليا 1999/5/18 ملف 222134 اجتهاد قضائي 2001 عدد  
خاص ص 126.
- قرار المحكمة العليا 1999/5/18 ملف 222651 اجتهاد قضائي 2001 عدد  
خاص ص 148.

- قرار المحكمة العليا 1999/3/16 ملف 216239 اجتهاد قضائي 2001 عدد خاص ص 138.
- قرار المحكمة العليا 2000/2/22 ملف 237148 المجلة القانونية 2001 العدد 1 ص 284.
- قرار المحكمة العليا 2000/7/18 ملف 245123 المجلة القانونية 2004 العدد 1 ص 247.
- قرار المحكمة العليا 2000/11/21 ملف 949196 المجلة القانونية 2004 العدد 1 ص 250.
- قرار المحكمة العليا 2000/6/20 ملف 245159 المجلة القانونية 2001 عدد خاص ص 259.
- قرار المحكمة العليا 2000/5/23 ملف 243943 اجتهاد قانوني عدد خاص ص 112.
- قرار المحكمة العليا 2001/2/12 ملف 256629 المجلة القانونية 2002 العدد 2 ص 241.
- قرار المحكمة العليا 2001/5/23 ملف 257741 المجلة القانونية العدد 1 ص 363.
- قرار المحكمة العليا 2001/12/26 ملف 273526 المجلة القانونية 2004 العدد 1 ص 258.
- قرار المحكمة العليا 2001/12/26 ملف 274683 المجلة القانونية 2004 العدد 2 ص 347.
- قرار المحكمة العليا 1994/11/29 ملف 112705 المجلة القانونية 1995 العدد 1 ص 140.
- قرار المحكمة العليا 1994/07/19 ملف 109595 اجتهاد قضائي 2001 عدد خاص ص 136.
- قرار المحكمة العليا 1994/04/19 ملف 103793 نشرة القضاة 1997 العدد 51 ص 96.

- قرار المحكمة العليا 18/01/1994 نشرة القضاة 1997 العدد 50 ص 80
- قرار المحكمة العليا 04/04/1995 ملف 111876 إجتهد قضائي 2001 عدد خاص ص 36.
- قرار المحكمة العليا 21/11/1995 ملف 111048 نشرة القضاة 1997 العدد 52 ص 102.
- قرار المحكمة العليا 24/10/1995 ملف 123889 نشرة القضاة 1997 العدد 52 ص 111.
- قرار المحكمة العليا 26/09/1995 ملف 121026 نشرة القضاة 1999 العدد 55 ص 168.
- قرار المحكمة العليا 31/01/1995 ملف 112673 نشرة القضاة 1996 العدد 49 ص 237.
- قرار المحكمة العليا 21/05/1996 ملف 134951 المجلة القانونية 1997 العدد 2 ص 86.
- قرار المحكمة العليا 09/07/1997 ملف 138949 المجلة القانونية 1996 العدد 2 ص 77.
- قرار المحكمة العليا 30/07/1996 ملف 141262 المجلة القانونية 1998 العدد 1 ص 120.
- قرار المحكمة العليا 09/07/1996 ملف 134417 المجلة القانونية 1998 العدد 2 ص 72.
- قرار المحكمة العليا 24/09/1996 ملف 139353 المجلة القانونية 1997 العدد 1 ص 49.
- قرار المحكمة العليا 18/02/1997 ملف 153640 نشرة القضاة 1997 العدد 1 ص 39.
- قرار المحكمة العليا 25/11/1997 ملف 175646 نشرة القضاة 1999 العدد 56 ص 30.

- قرار المحكمة العليا 1997/10/28 ملف 172333 المجلة القانونية 1997 العدد 1 ص 42.
- قرار المحكمة العليا 1997/07/08 ملف 165468 اجتهاد قضائي 2001 عدد خاص ص 67.
- قرار المحكمة العليا 1997/12/23 ملف 181648 المجلة القانونية 1997 العدد 1 ص 49.
- قرار المحكمة العليا 1998/07/21 ملف 197739 نشرة القضاء 1999 العدد 59 ص 37.
- قرار المحكمة العليا 1990/02/05 قرار 58812 المجلة القانونية العدد 4 ص 58.
- قرار المحكمة العليا 1990/04/30 ملف 79891 المجلة القانونية 1992 العدد 1 ص 55.
- قرار المحكمة العليا 1991/04/23 ملف 73919 المجلة القانونية العدد 2 ص 58.
- قرار المحكمة العليا 1991/04/23 ملف 73885 المجلة القانونية العدد 2 ص 55.
- قرار المحكمة العليا 1991/05/21 قرار 74712 المجلة القانونية 1994 العدد 2 ص 56.
- قرار المحكمة العليا 1991/04/23 ملف 69798 المجلة القانونية العدد 3 ص 54.
- قرار المحكمة العليا 1991/06/18 قرار 75141 المجلة القانونية العدد 1 ص 65.
- قرار المحكمة العليا 1991/10/01 ملف 73992 نشرة القضاء 1955 العدد 47 ص 153.

- قرار المحكمة العليا 1992/04/14 ملف 81877 اجتهاد قضائي 2001 عدد خاص ص 33.
- قرار المحكمة العليا 1992/03/17 نشرة القضاة 1997 العدد 50 ص 75.
- قرار المحكمة العليا 1992/048/14 ملف 81850 اجتهاد قضائي 2001 عدد خاص ص 230.
- قرار المحكمة العليا 1992/12/22 ملف 87301 المجلة القانونية 1995 العدد 2 ص 92.
- قرار المحكمة العليا 1992/05/12 ملف 82143 نشرة القضاة 1995 العدد 48 ص 165.
- قرار المحكمة العليا 1993/07/13 ملف 92714 المجلة القانونية 1995 العدد 1 ص 128.
- قرار المحكمة العليا 1993/03/23 قرار 88856 المجلة القانونية 1996 العدد 2 ص 69.
- قرار المحكمة العليا 1993/03/30 ملف 90468 المجلة القانونية 1994 العدد 3 ص 66.
- قرار المحكمة العليا 1993/06/23 ملف 91671 المجلة القانونية 1994 العدد 1 ص 72.
- قرار المحكمة العليا 1993/02/23 ملف 92674 نشرة القضاة 1995 العدد 48 ص 171.
- قرار المحكمة العليا 2011/01/13 ملف 596191 مجلة المحكمة العليا 2011 العدد 2 ص 270.
- قرار المحكمة العليا 2011/04/14 ملف 620084 مجلة المحكمة العليا 2012 العدد 1 ص 99.
- قرار المحكمة العليا 2011/09/15 ملف 647108 مجلة المحكمة العليا 2012 العدد 1 ص 309.

- قرار المحكمة العليا 2011/09/15 ملف 656259 مجلة المحكمة العليا 2012 العدد 1 ص 318.
- قرار المحكمة العليا 2001/4/18 ملف 261976 نشرة القضاة 2006 العدد 57 ص 216.
- قرار المحكمة العليا 2001/1/23 ملف 258555 المجلة القانونية 2002 العدد 2 ص 117.
- قرار المحكمة العليا 2001/7/18 ملف 269594 المجلة القانونية 2003 العدد 1 ص 349.
- قرار المحكمة العليا 2001/5/23 ملف 257741 المجلة القانونية العدد 1 ص 363.
- قرار المحكمة العليا 2001/10/17 ملف 275497 مجلة المحكمة العليا 2004 العدد 2.
- قرار المحكمة العليا 2002/7/3 ملف 274207 المجلة القانونية 2004 العدد 1 ص 263.
- قرار المحكمة العليا 2002/3/13 ملف 276760 المجلة القانونية 2004 العدد 1 ص 267.
- قرار المحكمة العليا 2002/5/8 ملف 282052 المجلة القانونية 2004 العدد 1 ص 292.
- قرار المحكمة العليا 2002/2/13 ملف 282153 المجلة القانونية 2004 العدد 1 ص 278.
- قرار المحكمة العليا 2002/5/8 ملف 282033 مجلة المحكمة العليا 2004 العدد 2 ص 363.
- قرار المحكمة العليا 2002/10/23 ملف 295996 نشرة القضاة 2006 العدد 57 ص 219.
- قرار المحكمة العليا 2002/3/13 ملف 277411 مجلة المحكمة العليا 2004 العدد 2 ص 359.

- قرار المحكمة العليا 2002/7/3 ملف 273544 نشرة القضاة العدد 58 ص 198.
- قرار المحكمة العليا 2004/1/21 ملف 311458 مجلة المحكمة العليا 2004 العدد 2 ص 379.
- قرار المحكمة العليا 2004/2/25 ملف 309543 نشرة القضاة 2010 العدد 65 ص 307.
- قرار المحكمة العليا 2005/2/23 ملف 331696 مجلة المحكمة العليا 2005 العدد 1 ص 307.
- قرار المحكمة العليا 2005/6/15 ملف 331833 مجلة المحكمة العليا 2005 العدد 1 ص 315.
- قرار المحكمة العليا 2005/1/19 ملف 333042 مجلة المحكمة العليا العدد 1 ص 321.
- قرار المحكمة العليا 2005/5/18 ملف 331058 مجلة المحكمة العليا 2005 العدد 2 ص 383.
- قرار المحكمة العليا 2005/5/8 ملف 254635 نشرة القضاة 2006 العدد 57 ص 209.
- قرار المحكمة العليا 2005/12/14 ملف 348644 نشرة القضاة العدد 59 ص 244.
- قرار المحكمة العليا 2005/7/13 ملف 339617 نشرة القضاة 2008 العدد 63 ص 343.
- قرار المحكمة العليا 2005/11/16 ملف 337176 نشرة القضاة 2010 العدد 65 ص 319.
- قرار المحكمة العليا 2005/7/13 ملف 332380 نشرة القضاة 2006 العدد 61 ص 28.
- قرار المحكمة العليا 2005/10/12 ملف 335858 نشرة القضاة 2008 العدد 63 ص 35.

- قرار المحكمة العليا 2005/5/18 ملف 330950 نشرة القضاة 2011 العدد 66 ص 07.
- قرار المحكمة العليا 2006/1/4 ملف 347914 مجلة المحكمة العليا 2006 العدد 1 ص 449.
- قرار المحكمة العليا 2006/05/17 ملف 364850 مجلة المحكمة العليا 2007 العدد 2 ص 437.
- قرار المحكمة العليا 2006/1/4 ملف 350942 مجلة المحكمة العليا 2006 العدد 1 ص 455.
- قرار المحكمة العليا 2006/7/12 ملف 368660 مجلة المحكمة العليا 2006 العدد 2 ص 483.
- قرار المحكمة العليا 2006/10/11 ملف 365244 مجلة المحكمة العليا 2007 العدد 1 ص 467.
- قرار المحكمة العليا 2006/7/12 ملف 356997 مجلة المحكمة العليا 2006 العدد 2 ص 441.
- قرار المحكمة العليا 2007/11/14 ملف 408248 مجلة المحكمة العليا 2011 العدد 1 ص 244.
- قرار المحكمة العليا 2010/7/15 ملف 572240 مجلة المحكمة العليا 2010 العدد 2 ص 278.
- قرار المحكمة العليا 2010/10/14 ملف 581222 مجلة المحكمة العليا 2011 العدد 1 ص 248.
- قرار المحكمة العليا 2011/10/13 ملف 650014 مجلة المحكمة العليا 2012 العدد 1 ص 313.
- قرار المحكمة العليا 2011/3/10 ملف 613469 مجلة المحكمة العليا 2012 العدد 1 ص 285.
- قرار المحكمة العليا 2011/2/10 ملف 599850 مجلة المحكمة العليا 2012 العدد 1 ص 281.

- قرار المحكمة العليا 2011/5/12 ملف 617374 مجلة المحكمة العليا 2012 العدد 1 ص 294.

### 3. الكتب:

- أحمد ناصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون الكويتي التعليق على النصوص، دار الكتب القانونية، مصر، المجلة الكبرى السبع بنات 24 ش عدلي يكن، 2006.

- أحمد علي جردات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد الزواج والطلاق، ط 1، دار النشر والتوزيع، عمان وسط البلد قرب الجامع الحسيني سوق البتراء عمارة الحجيري.

- أمير يحيوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تخصيص مالولي فيلار رقم 10 مدوحة تيزي وزو.

- أحمد فراج حسين، أحكام التركات والمواريث في الفقه والقانون، ط 1، مطبعة الإنتصار منشأة المعارف بالإسكندرية.

- أبو عبد الله محمد الونشريسي، مختصر الحقوق الزوجية في القرآن والسنة النبوية، النسخة 1.

- أبي منير عبد الله ابن عثمان القيسي الزماري، الحقوق الزوجية، ط 1، دار الميراث النبوي، 2011.

- أحمد بن محمود آل رجب، النشوز وطرق علاجه، ط 1، دار الفقراء، 2013.

- أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ط 1، دار ابن الهيثم القاهرة، 2004.

- أسماء فتحي عبد العزيز شحاته، زمن الحضانة ورؤية المحضون في نظر الفقه والقانون.

- الإمام زين الدين أحمد بن عبد اللطيف الزبيدي، مختصر صحيح البخاري، ج 1، دار النفساء، ببيروت.

## قائمة المصادر والمراجع

- الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه، كتاب الموطأ، ج 1، دار الريان للتراث، القاهرة.
- البكري محمد عزمي الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، بيروت، د ط، 1984.
- السرطاوي محمود، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، دار الفكر، عمان، 1996.
- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع.
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ج 1، ط 7، ديوان المطبوعات الجامعية 8، 2017.
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة مقدمة الخطبة، الزواج، الميراث، الوصية، ج 1، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون الجزائر، 2007.
- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط 1، 1429-2008، دار الخلودنية للنشر والتوزيع، شارع محمد مسعودي القبة القديمة الجزائر.
- بروبي شمس الدين، قانون الأسرة والمقترحات البديلة دار الأمة، الجزائر، د ط، 2003.
- بوحالة الطيب، الفحوصات الطبية قبل الزواج، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، المنصورة، د ط، 2010.
- باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر.
- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية تعويض نفقة عدة حضانة متاع، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى عين مليلة.
- جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ط 1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2008.

- صفوان محمد غضبان، الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية تطبيقية، ط 1، الإصدار 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان وسط البلد قرب جامع الحسيني.
- صلاح الدين سلطان، ميراث المرأة وقضية المساواة، ط 1، دار النهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع المنطقة الصناعية 4، مدينة السادس من أكتوبر، 1999.
- صلاح الدين سلطان، نفقة المرأة وقضية المساواة، ط 1، دار النهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، المنطقة الصناعية 4، مدينة السادس من أكتوبر الفجالة القاهرة، فبراير 1999.
- صلاح سيف الدين، حقوق الزوج والزوجة وأصول المعاشرة الزوجية، ط 2، 1990.
- عبد الله بن محمد بن سعد آل حنين، الخلع بطلب من الزوجة لعدم الوثام مع زوجها، ط 1، دار ابن فرجون المملكة العربية السعودية الرياض 2010.
- محمد محده، تركات والمواريث، ط 1، دار الفجر للنشر والتوزيع، 4 شارع هاشم الأشقر النهضة الجديدة القاهرة.
- محمد بلتاجي، مكانة المرأة في القرآن الكريم والسنة الصحيحة، ط 1، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة مصر، 120 شارع الأزهر ص ب 161 الغورية 2000.
- محمد أحمد حسن، القضاة الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد إنحلال عقد الزواج وآثاره، دائرة المكتبة الوطنية 2010.
- محمد سعيد رمضان البوطي، المرأة بين طغيان النظام الغربي الرياني، دمشقاً دار الفكر 1992، مكتبة الأسد.
- محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام الصيغة 4، دار الجامعية لبنان، 1983.
- منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه آثاره، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط 1، محمود المشني دار الثقافة 2008.
- مصطفى السابعي، المرأة بين الفقه والقانون، دار الوراق، 2003، د ط.
- نبيل سقر، موسوعة الفكر القانوني تصرفات المريض مرض الموت الوصية البيع الهبة الوقف الكفالة الإبراء الإقرار الخلع الطلاق، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر 2008.
- ياسر عبد الحميد جاد الله، التلقيح الصناعي في منظور الفقه الإسلامي.

- عمتوت، موسوعة المصطلحات القانونية وقواعد الشريعة الإسلامية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
- عثمان الكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر والتوزيع، عمان ووسط البلد، ساحة الجامع الحسيني، عمار الحجيري.
- عبد اللطيف محمد عامر، أحكام الأسرة في الإسلام أحكام الزواج، ج 1، ط 2، 2005.
- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، شارع طرابلس مقابل دائرة حسين داي الجزائر.
- قاسم علي محمد، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، د.ط.
- كريمة محروق، قانون الأسرة على ضوء التعديل الجديد دراسة تحليلية مقارنة، ط 1، مكرر نهج سايفي أحمد س م ك، قسنطينة الجزائر، 2019.
- لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة دراسة تفسيرية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر.
- لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومة، للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2014.
- لشهب أبو بكر، الحضانة والرضاعة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية دراسة مقارنة.
- محمد علي الرشيد، الكفاءة بين الزوجين وآثارها على عقد النكاح.
- محمد أبو زهرة، خاتم النبيين صلى الله عليه وسلم، المجلد 3، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع.
- محمد بن محمد المختار السنقيطي، كتاب فقه الأسرة ج 2.

### 4. أبحاث أكاديمية:

#### الدكتوراه:

- نظيرة عتيق، حماية العلاقة الزوجية في المستحدث من تشريعات الأسرة، دراسة مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الشريعة والقانون تخصص أحوال شخصية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة قسم الشريعة والقانون دراسة عليا 2016/2017.
- بشير راضية، المركز القانوني للزوجين في الأسرة أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه الطور الثالث (أ ل م) في القانون تخصص قانون الأحوال الشخصية جامعة 20 أوت 1955 كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق.
- بوكاريس سمية، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة بين الجزائري والتونسي دراسة مقارنة أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون خاص جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان كلية الحقوق والعلوم السياسية المخبر المتوسطي للدراسات القانونية.
- فكرة سعيد، الشروط عند الأصوليين رسالة دكتوراه جامعة الأمير عبد القادر معهد الشريعة قسنطينة.
- مسعودي الرشيد، النظام المالي للزوجين في القانون الجزائري دراسة مقارنة كلية الحقوق رسالة دكتوراه جامعة تلمسان 2005.
- النحوي سليمان، التفكيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الجنائي والعلوم الجنائية جامعة الجزائر كلية الحقوق 2010-2015.
- عماد حميدة، مدى تساوي المراكز القانونية بين الزوجين في القانون الجزائري والمواثيق الدولية أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1 كلية الحقوق قسم القانون الخاص 2020-2021.

#### ماجستير:

- بن زيد فاطنة، صور المساواة بين الرجل والمرأة في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة مع الشريعة الإسلامية مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون نوقشت في 2009/6/6.
- وحيلاي جيلالي، مظاهر المساواة بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الإتفاقيات الدولية مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة الجزائري جامع أبي بكر بلقايد تلمسان.
- حسن مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان كلية الحقوق والعلوم السياسية.
- ابتام مليط الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص قانون شؤون الأسرة جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق.
- هناء فوزي محمد علي رابعة، الأهلية للزواج بين الفقه وقانون الأحوال الشخصية دراسة مقارنة رسالة ماجستير جامعة النجاح الوطنية كلية الدراسات العليا 2013.
- رزيق مسعود، انعكاسات تعديل قانون الأسرة الجزائري على الاستقرار الأسري دراسة حالة بمدينة باتنة رسالة ماجستير كلية العلوم الاجتماعية جامعة باتنة 2010/2009.
- يوسفات علي هاشم، الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع قانون الأسرة جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان كلية الحقوق 2009/2008.
- ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلى، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني درجة الماجستير بين الفقه والتشريع كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية نابلس فلسطين 2011.
- يعقوب علي ميهوب الوحش، أحكام الخلع في الفقه الإسلامي والقانون اليمني والسوداني مذكرة ماجستير جمهورية السودان جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية كلية الدراسات العليا دائرة الشريعة والقانون والفقه المقارن 2019.

- معتصم عبد الله الرحمان محمد منصور، أحكام نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية مدكرة لنيل الماجستير في الفقه والشريع كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية نابلس فلسطين نوقشت 2007/11/03.
- فؤاد بن شكرت آثار العدول عن الخطبة في ضل مدونة الأسرة دراسة مقارنة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعقمة في القانون الخاص بجامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة 2010/2009.

### المقالات العلمية:

- شتوح الطيب، تعويض الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة على ضوء من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مجلة البحوث القانونية والاقتصادية مجلة دولية دورية تصدر عن معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي بأفلو.
- حاج أحمد عبد الله، العدول عن الخطبة وآثره في استرداد المهر والهدايا دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري مجلة العلوم القانونية والسياسية العدد 4 يناير 2012.
- شيخ سناء، سبل تعزيز مكانة المرأة في قانون الأسرة الجزائري مجلة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية المجلد 10 عدد 1، 2020.
- كرومي آمنة، الصداق والشهادة في قانون الأسرة الجزائري بإستفادة من آراء الظاهر في الشريعة الإسلامية مجلة القانون والتنمية 2014.
- تواتي نورة، منازعات الصداق في قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية مجلة الحقوق والحريات المركز الجامعي صالحى أحمد النعامة الجزائر مجلد 9 العدد 2، 2021/10/31.
- عبد الحفيظ بقة، ركن الولي في عقد الزواج والإشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية جامعة لمسيطة العدد 23 مجلد 1.
- هدى غيضان، الكفاءة في الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني مجلة جامعة النجاح للأبحاث العلوم الإنسانية مجاد 29، 2015.
- محمد مستوري، الكفاءة في الزواج ودور العرف في التوسعة من مجالاتها الحقوق والعلوم الإنسانية جامعة لبليدة 2 الجزائر مجلد 13 العدد 1.

- سعيد خنوش، توثيق الشروط الفعلية في عقد الزواج دراسة تحليلية في ضوء الشريعة والقانون والإجتهاد القضائي المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية.
- محمد توفيق قديري أحكام شروط التوارث بين الزوجين في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مجلة الإجهاد القضائي جامعة محمد خيضر بسكرة المجلد 12 العدد 1، 25 مارس 2020.
- مصطفى راتب علي، أثر العدول عن الخطبة وموقف القضاء منه كلية البريمي سلطنة عمان العدد 31، جزء 4، 1885.
- بوكاريس سمية، المساواة بين الزوجين في النفقة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري والتونسي مجلة البحوث القانونية والاقتصادية.
- محسن سميح الخالدي، صلة الرحم المسلمة مجلة جامعة النجاح للأبحاث والعلوم الإنسانية المجلد 17، 2003.
- سناء عبد الله محمد بار الناي، صلة الأرحام في ضوء القرآن الكريم مجلة الدراسات الإسلامية والبحوث الأكاديمية العدد 70.
- عشاري عبد العالي بن قوية سامية، إثبات ونفي النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية جامعة الجزائر 1، المجلد 4.
- عامرة مباركة، الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب في قانون الأسرة البصمة الوراثية.
- فاطمة عساوي، الحماية القانونية لنسب المولود عن التلقيح الاصطناعي بين الزوجين دفاثر السياسة والقانون كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة العقيد آل محند أولحاج لبويرة الجزائر المجلد 13، العدد 2، 2021.
- كريمة محروق، أحكام طفل الأنبوب في قانون الأسرة والصحة الجزائري مجلة دراسات وأبحاث المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1 المجلد 13 العدد 4 جويلية 2021.
- جمال عياشي، الحقوق الزوجية غير المالية من مواد قانون الأسرة الجزائري المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية جامعة تيزي وزو المجلد 16 العدد 2، 2021.

- حسين عزيزة النزاع حول متاع البيت قراءة في نص المادة 73 قانون الأسرة الجزائري وتطبيقاتها القضائية المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية المجلد 58 العدد 1، 2021.
- عيادة لحسين بن شويخ الرشيد، دور القاضي في حماية الأسرة في النزاعات المالية بين الزوجين الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية قسم العلوم الاقتصادية والقانونية العدد 20، 2018.
- عبد السلام عبد القادر، النزاع حول متاع البيت بين النص التشريعي والاجتهاد القضائي مجلة الأحياء كلية العلوم الإجتماعية والعلوم السياسية باتنة العدد 5، 2002.
- بن عيسى أحمد بن فريدة محمد حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية من خلال قانون الأسرة الجزائري مجلة الدراسات والبحوث القانونية المجلد 8 العدد 1، 2023.
- عبد الباقي بدوي، التفريق القضائي بين الزوجين سبب العيوب في الفقه الإسلامي وبعض قوانين الأحوال الشخصية العربية العقم نموذجا جامعة لبويرة.
- الشيخ عبد الله عن عبد الرحمان بن عثمان الدهش، العضل في الخلع أسبابه وآثاره العدد 1 محرم 1420.
- بن داود حنان بن عمار محمد الحضانة في قانون الأسرة الجزائري المجلد 4 العدد 2 مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية لسنة 2019.
- عبد الكريم نذير، الحضانة في التشريع الجزائري مجلة العلوم القانونية والاجتماعية جامعة الجلفة الجزائر المجلد 6 العدد 4، 2021.
- نبيل ونوغي، مصلحة المحضون كضابط لإسناد الحضانة للمرأة العاملة دراسة مقارنة مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية المركز الجامعي سي الحواس بركة الجزائر المجلد 5 العدد 2، 2022.
- بن عمر سامية، ظاهرة الطلاق الأسباب والآثار مجلة العلوم الإجتماعية جامعة الأغواط العدد 10 جانفي 2015.
- صالح بوشيش، نفقة الزوجة والأولاد في حال الإعسار والإمتناع بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مجلة الأحياء العدد 5، 2002.

- عاطف أحمد شاهين، منهج الشريعة الإسلامية في علاج النشوز بين الزوجين مجلة التر المجلد 1 العدد 1.
- دليلة براف، التطبيق لضرر المعتبر شرعا في الاجتهاد القضائي الجزائري مجلة البحوث والدراسات القانونية كلية الحقوق جامعة سعد دحلب لبلبيدة.
- آيت شاوش دليلة التطبيق للغيبة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات الأحوال الشخصية العربية المجلة النقدية كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بجاية.
- د. إعات ربيحة، الطلاق بالإيلاء بين أحكام الشريعة والقانون المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية جامعة الجزائر 1.
- هشام دبيح، التطبيق لعدم الإنفاق في قانون الأسرة الجزائري مجلة الدراسات والبحوث القانونية المجلد 6 العدد 2، 2021.
- يحيوي عبد الله أ. ذ بحماوي شريف، اجراءات إيقاع الطلاق بين الزوجين دراسة نقدية جامعة أحمد دراية أدرار الجزائر.
- محمود كريوب، الطبيعة القانونية لأحكام فك الرابطة الزوجية والإشكالات التي تثيرها دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية المجلد 5 العدد 3 كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أحمد زبانه غليزان 2021.
- بن كعبة عمارية النفقة المستحقة للطفل المحضون وللمطلقة الحاضنة في قانون الأسرة الجزائري مجلة صوت القانون المجلد 6 العدد 1 أفريل 2019.
- مبروك بن زيوش، نفقة المطلقة والأولاد في ظل قانون 10/15 المتضمن إنشاء الصندوق الخاص بها مجلة الباحث الدراسات الأكاديمية كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة سطيف 2 العدد 5، 2015.
- عامرة مباركة، طرق العلمية الحديثة لاثبات النسب في قانون الأسرة البصمة الوراثية ومدى حاجيتها في إثبات النسب نموذجا المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية جامعة الوادي الجزائر المجلد 5 العدد 2، 2021.

## قائمة المصادر والمراجع

- نزار كريمة، التوجه التشريعي نحو تكريس المساواة بين الزوجين وأثاره على الأسرة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة جلاي إلياس سيدي بلعباس الجزائر مجلة العلوم  
القانونية والاجتماعية جامعة زيان عاشور بالجلفة الجزائر 2020/9/1.

### مداخلة:

- تشوار حميدو زكية، المرأة الحاضنة بين نصوص قوانين الأحوال الشخصية  
المغربية والاجتهادات الفقهية والقضائية مداخلة في الملتقى المغاربية حول قوانين الأحوال  
الشخصية نظمتها كلية الحقوق بن عكنون 4-5 ماي 2002 جامعة تلمسان.

### المحاضرات:

- محمد توفيق قديري، مظاهر التوازن بين مركزي المرأة والرجل في قانون الأسرة  
الجزائري كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ابن خلدون تيارت.  
- فاطمة بنت قاسم بن محمد الأهدل مؤكديات المهر دراسة فقهية مقارنة.

### فتوى:

- فضيلة المفتي حسان أبو عرقوب أثر العدول عن الخطبة دار الإفتاء أضيف بتاريخ  
2009/9/2.



# فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
	الإهداء
	الشكر
أ - د	مقدمة
57-6	الفصل الأول: المركز القانوني للزوجين في إنشاء عقد الزواج
39-6	المبحث الأول: في الخطبة والزواج.
18-6	المطلب الأول: مظاهر المساواة بين الخطيبين في مسألة العدول عن الخطبة
8-6	الفرع الأول: تعريف الخطبة
9-8	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة
18-9	الفرع الثالث: تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين من خلال إقرار حق العدول
39-19	المطلب الثاني: في العقد
21-19	الفرع الأول: الرضا
23-21	الفرع الثاني: الأهلية
25-23	الفرع الثالث: الصداق
30-25	الفرع الرابع: الولي والكفاءة والزواج
36-31	الفرع الخامس: الاشتراط والشهادة الطبية
39-36	الفرع السادس: التوارث بين الزوجين
54-40	المبحث الثاني: في آثار العقد
48-40	المطلب الأول: الحقوق والواجبات
41	الفرع الأول: المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة
43-42	الفرع الثاني: المعاشرة بالمعروف
44-43	الفرع الثالث: حق الاستماع بين الزوجين
47-45	الفرع الرابع: التوارث والنفقة الزوجية لحق من الحقوق المشتركة بين

	الزوجين
48-47	الفرع الخامس: صلة الرحم كحق من الحقوق المشتركة بين الزوجين
54-49	المطلب الثاني: النسب والتلقيح الاصطناعي
57-55	الملخص
104-59	الفصل الثاني: المركز القانوني للزوجين في إنهاء عقد الزواج
90-59	المبحث الأول: إنهاء عقد الزواج
63-59	المطلب الأول: الطلاق عن طريق التراضي بين الزوجين
66-64	المطلب الثاني: الطلاق بطلب من الزوج
90-67	المطلب الثالث: الطلاق بطلب من الزوجة
71-67	الفرع الأول: الخلع كآلية من آليات فك الرابطة الزوجية
83-71	الفرع الثاني: التطليق كآلية من آليات فك الرابطة الزوجية
87-84	الفرع الثالث: النشوز بين الزوجين
90-88	الفرع الرابع: النزاع حول متاع البيت
102-91	المبحث الثاني: في آثار الطلاق
97-91	المطلب الأول: في الحضانة
102-98	المطلب الثاني: في النفقة
104-103	الملخص
111-106	خاتمة عامة
132-113	قائمة المصادر والمراجع
فهرس المحتويات	