الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة عبد الرحمن ميرة- بجاية-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

المركز القانوني للمرأة في أحكام قانون الأسرة

مذكرة التخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق

قسم القانون الخاص

تخصص: القانون الخاص الشامل

من إعداد الطالبة

قاسمي سيليا

تحت إشراف

د.اقروفة زبيدة

أعضاء لجنة المناقشة:

- الأستاذ **تريكي فريد** رئيسا.
- الدكتورة **اقروفة زبيدة** مشرفا.
- الأستاذة **لحضيري وردة** ممتحنا.

السنة الجامعية: 2012-2013

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَانِ الرَّحِيمْ

«....وَمَا تَوْفِيقِي إِلاَّ بِاللَّهِ عَلَيْهِ
تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ »

سورة هود الآية 8.

"الشكر والعرفان"

خير ما أبدأ به " باسم الله الرحمان الرحيم "

❖ أتقدم بالشكر الجزيل و العرفان إلى كل من قام بمساعدتي في انجاز هذه المذكرة المتواضعة، وأخص بالذكر الأستاذة الفاضلة المشرفة على هذا العمل و على كل الجهد الشخصي الذي بذلته لمساعدتي المشرفة الدكتورة "إقروفة زبيدة" .

❖ عمال المكتبات الآتية: بجاية، جيجل، الجزائر.

❖ وكل من قدم لي العون سواء من قريب أو بعيد.

"إهداء "

❖ إلى النور اللّذي ينير لي دربي، إلى من علّمني الصمود والصبر والتفاؤل مهما كانت الأوضاع أبي الغالي، والى من أرضعتني الحب والحنان والأمان أمي الغالية ،والدي الذي أرجو من الله أنّ يحفظهما ويحميهما ويباركل في عمرهما.

❖ إلى إخوتي الصغار الذين ساندوني من بداية عملي إلى نهايته بمحبتهم وصبرهم علي محمدي، يانيس، وماسين الذي أعانني في تحرير مذكرتي .

❖ إلى ذكرى أرواح أجدادي اللّذين لم تشأ سنة الحياة أن أتعرف إليهم" محند، جوهرة، علي"رحمهم الله، ولي جدتي تايقوت أطال الله في عمرها وكل أقارب عائلتي الأبوية و الأمومية.

❖ ابنة خالتي نسرين التي اعتبرها كأختي، خالاتي سامية،حورية، مالكة إلى أصدقائي عبد النور،نبيل، أمينة، نادية، صبرينة، كريمة.

❖ وخاصة اهدي عملي هذا إلى:

"كل امرأة في العالم"

قائمة المختصرات

- ع:العدد .
- ج: الجزء.
- ص:الصفحة.
- الخ: إلى آخره.
- د.ط: دون طبعة.
- م.ق: مجلة قضائية.
- م.ع: المحكمة العليا.
- ق.م: قانون المدني.
- ن.ق: نشرة القضاة.
- ق.ع: قانون العقوبات.
- إ.ق:الإجتهاد القضائي.
- د.د.ن: دون دار النشر.
- د.س.ن: دون سنة النشر.
- ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.
- ج.ر.ج.ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

مـقدمــة

عانت المرأة كثيرا في الحضارات القديمة وفي الجاهلية فقد كانت مذمومة محتقرة ومنزوعة الكرامة وتهان من أول حياتها إذ إما أن تدفن حية أو تمسك على إكراه من أهلها أو من زوجها وكانت محرومة تماما من أدني حقوقها الشخصية والمالية، وتبق على هذا الحال حتى في بيت زوجها لأنّ أمر تزويجها كان في يد وليها فيزوجها ممن شاء.

وبمجيء الإسلام تغيرت الأوضاع، فالله عزّ وجل كفل لكل فرد مسلم حقوق معينة وأعطاه الحق في التمتع بها، ومن بين هؤلاء الأفراد نجد المرأة إذ سهر الإسلام على تصحيح وضبط النظرة إليها كامرأة مكرمة محترمة وشريفة، ذات مكانة و دور كبير في حياة هذا الرجل وفي الحياة عامة، وبين الإسلام أنها متساوية هي والرجل في الكثير من النواحي إذ ينظر إلى المرأة والرجل بنظرة الإنسانية على سواء في كل المفاهيم والمجلات، وساوى الله سبحانه وتعالى ما بينهما في أصل الخلق فقال جلا وعلا:" **يَا أَيُّهَا النَّاسُ اِتَّقُوا رَبُّكُمْ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِّنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيرًا وَنِسَاءً**" [1] وساوى بينها وبين الرجل في أصل التكليف وما يترتب عليه من ثواب وعقاب إذ قال تعالى:" **إِنَّ الْمُسْلِمِينَ وَالْمُسْلِمَاتِ وَالْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ وَالْقَانِتِينَ وَالْقَانِتَاتِ وَالصَّادِقِينَ وَالصَّادِقَاتِ وَالصَّابِرِينَ وَالصَّابِرَاتِ وَالْخَاشِعِينَ وَالْخَاشِعَاتِ وَالْمُتَصَدِّقِينَ وَالْمُتَصَدِّقَاتِ وَالصَّائِمِينَ وَالصَّائِمَاتِ وَالْحَافِظِينَ فُرُوجَهُمْ وَالْحَافِظَاتِ وَالذَّاكِرِينَ اللَّهَ كَثِيراً وَالذَّاكِرَاتِ أَعَدَّ اللَّهُ لَهُمْ مَغْفِرَةً وَأَجْراً عَظِيماً**"[2]ففي هذه الآية الله أكد على هذه المساواة، وساواهما في العقوبات و المسؤولية فهي مسؤولة عما تعمله من خير وشر وهو كذلك فقال تعالى:"**فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْراً يَرَهُ (7) وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرّاً يَرَهُ**"[3] بين وضمن لها جملة من الحقوق الشخصية والمالية التي كانت محرومة منها كليتا ولا تتجرأ مطلقا بطلبها ومنها حقها في اختيار الزوج الذي تراه مناسبا لها وتأنس لوجوده، وأعاد لها حقها في التملك والتوارث وغيرها من الحقوق، وملكها الحق في الخلاص من حياة زوجية لم تعد تطيق العيش فيها بسبب تضررها وهو الذي كان مستحيلا قبل ذلك.

---

[1] سورة النساء، الآية 1.

[2] سورة الأحزاب ، الآية 35.

[3] سورة الزلزلة، الآية 8.

فالإسلام كرم المرأة كثيرا سواء كونها بنتا أو أما أو أختا أو زوجة ووصل الحد إلى اعتبارها سببا في دخول الإنسان إلى الجنة وهو الوارد في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم:"**مَنْ عَالَ ثَلَاثُ بَنَات فَأَدَبَهُنَّ وَزَوْجَهُنَّ وَأَحْسَنَ إِلَيْهِنَ فَلَهُ الجَنّة**"[1] ؛وإن قال الله سبحانه وتعالى في الآية الجليلة:" **وَلَيْسَ الذَّكَرُ كَالْأُنْثَى**"[2] فقد بين تعالى أنّ الرجل ليس كالمرأة هذا ما يعني وجود اختلاف والمتعلق ببعض الفوارق الجسمية والعقلية والانفعالية، وهذا الاختلاف ضروري حيث يعتبر سر التكامل ما بين الجنسين بصفة عامة وسر المودة والرحمة ما بين الأزواج.

ومن جهة القانون وعلى الصعيد الدولي الكثير من المنضمات الدولية أسست خصيصا من أجل مناهضة التمييز ضد المرأة وحماية حقوقها وتنادي من أجل مساواتها ما بينها بين الرجل؛ و على الصعيد الداخلي أولا ولمسايرة هذه التوجهات انضمت وصادقت الجزائر على الكثير من الاتفاقيات الدولية متعلقة بحماية حقوق المرأة [2]، ثانيا المشرع الجزائري في أحكام قانون الأسرة [3]اعتبر الرجل والمرأة مهما كانت صفتهما يشكلان عمود هذا القانون منذ إنشاء الرابطة الزوجية وما يترتب منها من أثار ومراكز قانونية، وصولا إلى إنّهائها والآثار المترتبة من ذلك فهي متعلقة بهما، ولقد وجهت للمشرع الكثير من الانتقادات خاصة فيما يخص حقوق المرأة وقد انتقد بتهميشها و تطرفيها ولم يمنح لها حقوقها بوضوح،أو بالأحرى يعترف لها بجملة من الحقوق إلاّ أنّه سيتتبعها بجملة من الشروط والقيود التي تعجز عادة من تحقيقها، إلّا أنّه و بعد تعديله لهذا القانون[4] أدرج تعديلات وإصلاحات في العديد من المواد مست بمركز المرأة القانوني .

---

[1] أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن أبي ماجه، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع المملكة العربية السعودية، (د. س. ن).

[2] سورة آل عمران، الآية 36.

[3] اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد النساء(اتفاقية 1979) المؤرخة في 18 ديسمبر 1979التي صادقت عليها الجزائر بتحفظ في 22 جانفي 1996.

[4] قانون رقم 11/84 مؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة ، ج.ر.ع 24 الصادرة بتاريخ 12 جوان 1984، المعدل و المتمم.

[5] الأمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005، ج.ر.ع 15، الصادرة بتاريخ 2006/03/08.

من خلال ما سبق تتبين لنا أهمية هذا الموضوع باعتبار المرأة عنصر أساسي في الأسرة وخاصة في المجتمع فهي الباب الوجود الُذي يفتح باب الحضارة والأدب والتربية أجيال متينة، ونظرا لهذا الدور العظيم المنوط بها فمن الضروري تعزيز حقوقها ومكانتها القانونية.

ومن الأسباب التي دفعتنا لدراسة هذا الموضوع هو أهمية توضيح حقوق المرأة الممنوحة لها في قانون الأسرة الجزائري وخاصة ما جاء به التعديل، وكذا قلة البحث في هذا الموضوع بشكل متعمق ومستقل حيث اكتفت الدراسات بالإشارة إليها في مواضيع متفرقة مثلا عند الحديث عن عقد الزواج أو في الطلاق والتطليق وما شابه، ويمكن أن يعود ذلك أساسا إلى كون اغلب أحكام وقواعد هذا الموضوع متشتتة ما بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة. ولهذه الأسباب تنحصر أهداف دراستنا في تبيان المركز القانوني للمرأة الممنوح لها في قانون الأسرة وذلك بالرجوع إلى كل التعديلات التي أحدثها المشرع الجزائري في ضمن هذا القانون، توضيح وإثبات أنّ المرأة والرجل هما في حقيقة الأمر متساويان في الحقوق المنصوص عليها في هذا القانون.

وبناء على ما سبق نطرح الإشكالية الآتية: **ما هي المكانة القانونية الممنوحة للمرأة في قانون الأسرة الجزائري؟**

ومن هذه الإشكالية تولد استفهام فرعي المتمثل: **إلى أي مدي وفق المشرع الجزائري في تعزيز المركز القانوني للمرأة ضمن أحكام قانون الأسرة ؟**

انطلاقا من هذه الإشكالية تناولنا هذا الموضوع بإتباع المنهج التحليلي من أجل استنباط كل نقاط التساوي ما بين المرأة و الرجل ، حيث اعتمدنا على خطة محصورة ما بين مقدمة وفصلين وخاتمة إذ تناولنا في الفصل الأول إنشاء الرابطة الزوجية وأثارها وذلك بالتعريج لأحكام الخطبة وعقد الزواج في المبحث الأول، وتبيان حقوقها المالية والغير المالية كآثار لإنشائها في المبحث الثاني؛ وبعد ذلك ننتقل لدراسة في الفصل الثاني انحلال الرابطة الزوجية ونتطرق لأحكام الخلع والتطليق في المبحث الأول، ونبين أحكام الحضانة والميراث كآثار لانحلالها في المبحث الثاني .

الفصل الأول

إنشاء الرابطة الزوجية والآثار المترتبة عليها

يعتبر الزواج الطريق الوحيد والشرعي لبداية الرابطة الزوجية بين الرجل والمرأة، كما نصت عليه المادة 4 من ق.أ.ج:"**هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على وجه الشرعي**" فنلاحظ أن المشرع قد حدد في عقد الزواج يبرم ما بين رجل وامرأة وباجتماع رضاهما معا يكون صحيحا [1]؛ وبإنشاء هذه الرابطة الزوجية تنشأ معها آثار قانونية من حقوق والتزامات على كلاهما قد تكون مالية وقد تكون غير مالية ،وستكون دراستنا من جانب المرأة التي يعتبرها الكافة الطرف الأضعف في العلاقة لنبين مركزها القانوني الحقيقي في إنشاء الرابطة الزوجية في المبحث الأول، هل تتساوى هي والرجل في إنشائها، وكذا مركزها القانوني في الآثار التي تنشأ عن هذه الرابطة ، وهل يتحملانها بقدر المساواة وذلك في المبحث الثاني .

المبحث الأول

إنشاء الرابطة الزوجية

الزواج هو عقد الحياة الإنسانية الذي يعقد على نية البقاء والدوام بين الرجل والمرأة وهذا ليس بالأمر الهين في حالة عدم تطابق الرغبات والمطالب المتعلقة بالعقد، ولهذه الأسباب وضعت له مقدمات تمهيدية وهي تسمح لأطرافه بالتّأكد من مدى تحقق رغباته ومطالبه في العقد وفي الطرف الآخر، ومقدمة الزواج هي ما يسمى بالخطبة، والتي إذا تلاقت الرغبات وتطابقت إرادة الطرفين سيبرم عقد الزواج[2]، وقبل الحديث عن عقد الزواج يجب أن نتعرض لأحكام المتعلقة بالخطبة في المطلب الأول، وبعد ذلك نتطرق للأحكام التي تنظم الزواج في المطلب الثاني وذلك من زاوية المرأة ومدى مساواتها مع الرجل في هذا المجال .

---

[1] بن الصغير محفوظ ، *الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري*، رسالة دكتوره، كلية الحقوق ، جامعة باتنة ،2008-2009، ص.289.

[2] محمد أبو زهرة ،الأحوال الشخصية،(د،ط)، دار الفكر العربي،القاهرة، (د.س.ن)، ص.26.

المطلب الأول

الخطبة

قبل الارتباط بعقد الزواج يجب أن يكون كل من الرجل والمرأة على بينة من إمرتها حتى لا يكون الاقتران على جهالة، لذلك شرع الله تعالى الخطبة، و للبحث عن المركز القانوني للمرأة في الخطبة لا يكون ذلك إلّا بمعرفة مدى توافر إرادتها ومراعاة حريتها كطرف متكافئ مع الرجل فيما يتعلق بموضوع الخطبة .

الفرع الأول: تعريف الخطبة

لقد اختلف التعريف الفقهي للخطبة، حيث نجد العديد من الفقهاء الذين عرفوها إلّا أنّه في حقيقة الأمر جوهر هذه التعريف تدور حول نقطة واحدة وهي" طلب رجل التزوج من امرأة " ونجد من بين التعريفات الفقهية ما يلي:

- ✓ تعريف الأستاذ بدران أبو العنين:

الخطبة في نظره هي "إظهار الرجل الرّغبة في التزوج بامرأة يحل له التزوج بها بنفسه أو من ينوب عنه منها أو من وليها، فإذا وافقت هي أو وليها كان ذلك بمثابة اتفاق مبدئي على الزواج، ولا ترقى إلى مرتبة العقد" [1].

- ✓ تعريف الإمام محمد أبو زهرة:

الخطبة هي" طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج بها والتقدم إلى ذويها ببيان حالة ومفاوضتهم في أمر العقد" [2]، فالخطبة إذا:" **التماس الزواج من امرأة معينة تكون خالية من الموانع الشرعية ذلك بالتقدّم إليها أو وليّها للتفاهم في أمر العقد و إذا أجيب طلبه بالقبول تمت الخطبة بينهما**"[3].

---

[1] وعراب كريمة، *الخطبة في قانون الأسرة الجزائري،مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة*، كلية الحقوق،جامعة الجزائر،2006-2009، ص.7.

[2] محمد أبو زهرة ،المرجع السابق، ص.26.

[3] وعراب كريمة، المرجع السابق ، ص.6.

ونلاحظ أنّ معظم التعاريف التي أوردها الفقهاء الشرعيين تتحدث عن تقدم رجل إلى امرأة وخطبتها لأنّه هو المعتاد عليه عرفا، لكن في حقيقة الأمر لا يوجد مطلقا ما يمنع المرأة في أن تتقدم هي بنفسها أو وليُها في خطبة الرجل، فللمرأة كامل الحق في ذلك، إذا رأت فيه ما يوصفه رجلا صالحا لها ,يصونها، ويحفظها، وتؤمنوا إليه (نفسيا وماليا) واعفف نفسها فمن الأمور المستحبة أن تتقدم إليه و تخطبه[1]، وخاصة لما نرجع إلى التاريخ نجد نماذج من النساء الجليلات عرفن بأخلاقهن، حيث سيدتنا خديجة رضي الله عنها هي التي قدمت نفسها للرسول صلى الله عليه وسلم فإذا كان هذا الفعل منبوذ لما قامت به رضي الله عنها ولما قبل الرسول صلى الله عليه وسلم بها. ويمكن لولي المرأة أن يعرضها على رجل صالح ومثال ذلك زواج سيدنا موسى عليه السلام حيث عرض عليه سيدنا شعيب عليه السلام ابنتيه الكبيرة والصغيرة فقال الله تعالى :"**قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ**"[2] فاختار الصغيرة عليه السلام[3].

أمّا بالنسبة للقانون فالمشرع الجزائري لم يعرف الخطبة تعريفا دقيقا وواضحا بل اكتفى وفي مادة واحدة وهي المادة 5من ق.أ.ج بالنص:"**الخطبة وعد بالزواج** " فنستنتج أنّه حصر تعريف الخطبة بالوعد الذي يعتبر غير ملزم لإطرافه ونفس الحكم تأخذه الخطبة إذ الطرفين يمكن لهما العدول عنها. فنلاحظ أنّ الشريعة والقانون قد منح حق الخطبة لكل من الرجل والمرأة وهذا بلا تأثر كرامة الرجل ولا يقلل من عزّة المرأة.

الفرع الثاني
شروط الخطبة

الخطبة حتى تكون صحيحة ومنتجة لآثارها لابد من الخاطب أن يخطب امرأة صالحة له وهذا يستلزم توافر شروط معينة، وبالرجوع إلى ق.أ.ج لتحديد هذه الشّروط نجد أن المشرع لم ينص مطلقا عليها بل ذكرها أثناء تناوله لموضوع موانع الزواج، وهذا ما يستلزم الرجوع إلى أحكام الشريعة وفقا لنص المادة 222من من ق.أ.ج[4]، وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن فقهاء الشريعة حددوا شروط الخطبة كما يلي:

---

(1) محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروطه صحته في الفقه الإسلامي،(د.ط)،(د.د.ن)،(د.ب.ن)،(د.س.ن)، ص .73.

(2) سورة القصص، الآية 27.

(3) وعراب كريمة، المرجع السابق، ص. 8.

(4) مادة 222:"" **كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**".

أولا :يجب أن تكون هذه المرأة خالية من الموانع الشرعية

فالمرأة التي لا يصح الزواج بها لا تصح خطبتها، فمن الضروري أن تكون المرأة ممن يجوز شرعا خطبتها،وعليه يجب أن تكون خالية من الموانع الشرعية سوء كانت مؤبدة إما بسبب القرابة حيث كل قريبات الرجل من النسب حرام عليه إلّا بنات أعمامه وعماته وبنات أخواله وخالاته يمكن له ذلك[1] وهذه الأصناف الأربعة من النساء لم ينص المشرع الجزائري عليهن إلّا أنّه لم يعتبرهن من المحرمات بالقرابة وهو ما نستخلصه في نص ما25 والتي تنص:" **المحرمات بالقرابة هن:الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت**"،أو بسبب المصاهرة، أو بسبب الرضاع[2] (نص عليها المشرع في كل من المواد 26 و27 من نفس القانون)؛ أو كانت الموانع الشرعية المؤقتة كزوجة الغير والمعتدة أو الجمع ما بين محرمين أو الجمع بين أكثر من أربعة زوجات ...الخ وهو ما نص عليه المشرع في المادة 24 من ق .أ.ج.

ثانيا: أن لا تكون الفتاة مخطوبة للغير

قال الرسول صلى الله عليه وسلم في حديثه الشريف:"**لاَ يَبِيعُ الرَّجُلُ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ وَلاَ يَخْطِبْ عَلَى خَطْبَتِهْ وَلاَ تَسْأَلْ الْمَرْأَة طَلاَقَ أُخْتِهَا لِتَكْفَأَ مَا فِي إِنَائِهَا**"[3] فنستنتج أنّه لا يمكن للرجل المسلم أن يخطب امرأة سبقه شخص آخر لما جاء في الحديث،لأنّ خطب الرجل على خطبة أخيه سيحدث حتما عداوة وضغينة ونفور شديد ما بينهما وباعتبار الإسلام دين الرحمة والتعاون والتوحيد بين المسلمين فقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن هذا الأمر[4].

وما نلاحظه في الكتب التي تحدثت عن أحكام الخطبة، نجد أنّ كل فقهاء الشريعة والقانون خصوا بالحديث عن شروط الخطبة من زاوية المرأة فقط، إذ تحدثوا عن الشروط الواجب أن تتوفر في الخطبة بالنسبة للمرأة، والموانع المؤبّدة والمؤقّتة، وفي حقيقة الأمر يتساوى الرجل والمرأة في هذا

---

(1) تقي الدين ابن تيمية، أحكام الزواج، ط 1، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 1988، ص.15.

(2) عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2،دار القلم للنشر، الكويت، 1990، ص.42.

(3) أبو داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبو داود، المكتبة العصرية، لبنان،(د. س.ن).

(4) رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، (د.ط) ، منشورات الحابي الحقوقية، بيروت، 2002، ص .41.

الشأن لأنّها هي نفس الشروط الواجب أن تتوفر في الرجل حيث:

– يجب مراعاة الموانع المؤبدة والمؤقتة لأنّها في حقيقة الأمر متطابقة على الرجل.

–لا يجوز للمرأة أن تتقدم لخطبة الرجل الذي يكون به مانع من الموانع الشرعية المؤقتة، كأن يكون هذا الرجل قد اكتمل النصيب الشرعي الذي حدده الله له في الزواج وهو أربعة زوجات فلا يمكن أن يجمع أكثر من ذلك حتى تتوف إحداهن أو يطلق،وفي نفس الوقت لا يمكن لأي امرأة أن تتقدم لخطبته حتى يطلق احدهن أو تتوفى وفي هذه الحالة فقط يمكن لها أن تتقدم لخطبته.

–يجب أن لا يكون مخطوبا للغير وهو مكمل للمقدار الشرعي، فإذا كان متزوج بثلاثة نساء وخاطبا للرابعة فلا يمكن للمرأة أخرى أن تتقدم لخطبته إلّا إذا فسخت الخطبة مثلا.

الفرع الثالث

حق العدول عن الخطبة وآثار ذلك

أولا :حق العدول عن الخطبة

إن الخطبة مقدمة زواج يبدأ الطرفان ويعتمدان عليها من أجل تثبيت إرادتهما لإبرام عقد الزواج من عدمه فهي لا تعتبر زواجا ولا تربط احدهما بالأخر برباط الزوجية ولا ترتب أي حق من حقوق الزواج حتى وإن قدم الخاطب جزء من المهر أو كله أو قدم لها هديّة أو هي التي فعلت ذلك ولقد أقرت القوانين الوضعية والفقه الإسلامي على جواز العدول عن الخطبة طالما اعتبرت مجرد وعد لا ترتقي إلى مرتبة العقد.

والعدول عن الخطبة يعني جواز للمخطوبة والخاطب الرجوع عن الخطبة وتوقيف كل إجراءات التي من خلالها يبرم عقد الزواج وبذلك التخلي نهائيا عن مشروع الزواج وفي أي وقت ولا يرتب هذا العدول أي جزاء قضائي لأنّه حق خالص لكليهما فاستعمال الحق ليس بجريمة، إلّا أنّه من الجانب الدّيني يعتبر آثما لقوله تعالى:" **أَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً**"[1] .

نلاحظ أنّه هناك مساواة بين الرجل والمرأة فيما يخص موضوع العدول عن الخطبة فهو حق قضت به الشّريعة الإسلامية وق.أ.ج لكل من الرجل الخاطب والمرأة المخطوبة فلكل منهما حق الرجوع عن خطبته وهو حق خالص لهما معا يستعملانه في أي وقت شاءا، إلّا أنّه أدبيا ينبغي أن

---

[1] سورة الإسراء، الآية 34.

يكون عاقلا وحكيما فليس بسبب هوى عارض أو لتصرف طائش يقوم بالعدول عن الخطبة لأنّ في نظر الأخلاق من يقوم بهذا التصرف قد تصرف بتصرف لا تقضيه الحاجة الإنسانية.[1]

ثانيا : أثر العدول عن الخطبة

إن حق العدول عن الخطبة حق أقره القانون لكل من الرجل والمرأة، واستخدام هذا الحق سينتج آثارا قانونية خاصة ما يتعلق منها بالمسائل الجوهرية والمتمثلة في المهر الذي يمكن للخاطب أن يكون عجل جزء منه أو قدمه كله للمخطوبة، وكذا ما يتعلق بالهدٌايا التي قدمها الخاطب لمخطوبته أو التي قدمتها المخطوبة للخاطب، وأخيرا مسالة التعويض عن الضّرر المادي والمعنوي الذي قد يصيب أحدهما بسبب هذا العدول.

1: مسألة تعجيل المهر

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أنّ كل ما تقبضه المخطوبة من خاطبها على أساس أنّه مهرها، وتم العدول عن الخطبة فالخاطب له الحق في استرداده لأنّ المهر يعتبر تبعة من تبعات الزواج وليس الخطبة، فإذا لم يبرم عقد الزواج فالمرأة في هذه الحالة لا تستحق الصداق مع العلم أنّها تستحقه كاملا بعد الدخول أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه في حالة الطلاق قبل الدخول.وسواء كان العدول من الخاطب أو من الخطوبة أو من كلاهما بالتراضي فعليها أن ترده عينا أن كان قائما وإن كان هلك أو استهلكته فعليها أن ترد مثله هذا أن كان مثليا أو قيمته أن كان قيما، فالمهر يجب بالعقد وطالما لم يتم فيبق الخاطب هو مالكه.[2]

أمّا بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يتطرق لأحكام تقديم الصداق للمخطوبة في فترة الخطبة لا ضمنا ولا صراحة، وطالما المهر لا يجب للمرأة إلّا بعد عقد الزواج كأصل فلم يتطرق لحكمه بعد أن عدل أحد الطرفين عن الخطبة إلّا أنّه المادة 222من نفس القانون تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حال غياب الأحكام في هذا القانون _وهو ما عرضناه سابقا_.[3]

---

[1] بن الصغير محفوظ ، المرجع السابق ، ص .305.

[2] المرجع نفسه، ص.306.

[3] المرجع نفسه، ص.308.

2 : مسالة الهدايا

إنّ فقهاء الشريعة الإسلامية اتفقوا بالإجماع فيما يخص الهدايا على وجوب ردها سواء كان العدول من الخاطب أو من المخطوبة أو منهما معا. ولقد جاءت ما5 بـ:"**لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من الهدايا أو قيمته**" فالمشرع الجزائري أخذ بمالذهب المالكي حيث قام بالتّفريق بين ما إذا كان العدول **بناء** علي رغبة الخاطب، أو بناء على رغبة المخطوبة :

- فإن كان العادل هو الخاطب فهنا سيسقط حقه فيما أهداه لها وعليه أن يردّ ما أهدته له في فترة الخطبة ما لم يستهلكها أو يرد قيمتها.
- أمّا المخطوبة فعليها أن ترد ما أهداها لها الخاطب أثناء فترة الخطوبة ما لم تستهلك أو قيمتها[1].

3: مسألة التعويض عن الضرر المادي والمعنوي

إنّ العدول عن الخطبة حق يتمتع به كل من الخاطب والمخطوبة على وجه المساواة فباستعمال هذا الحق لا يجوز مطلقا أن يقاضى الطرف العادل أو يجبر على التعويض عن أي ضرر قد لحق بالطرف المعدول عنه نتيجة استعمال هذا الحق وذلك استنادا للقاعدة" **الجواز الشرعي ينافي الضمان** " لأنّه في هذه الحالة يعتبر هذا الطلب غير مشروع وينافي حرية التعاقد والزواج[2] .

لكن استثناء يكون هذا الطلب مشروعا في حالة ما إذا كان العدول عن الخطبة أرفق ظروفا وأحدثت خطا وسببت ضررا للمعدول عنه ،والمسؤولية في هذه الحالة تبنى على أساس هذه الظروف والإحداث وليس على أساس الرجوع عن الخطبة في حد ذاتها. لذلك الرجوع عن الخطبة هو حق لكل من الرجل والمرأة، فإذا عدل أحدهما عن الخطبة ووجدت أحداثا سابقة أو لاحقة عن العدول سببت ضرر مادي أو معنوي لأحدهما عليه أن يعوض للطرف الأخر وهو ما نصت عليه المادة 5من القانون[3].

---

[1]بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص.307

[2]عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري،ط3، دار هومه للطباعة و النشر والتوزيع،الجزائر،1996، ص.88.

[3] بن صغير محفوظ،المرجع السابق، ص.309.

وفي حقيقة الأمر الضرر المادي والمعنوي الذي ينجم عن الخطبة يمس المرأة أكثر بسبب طبيعتها السيكولوجية النفسية التي خلقها الله عليها فهي حساسة بطبعها لما يحدثه هذا العدول من ضرر المعنوي بالإساءة عن سمعتها والمساس بعواطفها ومشاعرها ويمكن أن يمس مستقبلها لما تحكي به السنة الناس بشأنها، وخاصة إذا طال الخاطب بخطبته لها،وذكر الأستاذ بن صغير محفوظ عن:"**مصطفى السباعي: ولاشك أنّ المخطوبة قد تتضرر ماديا و معنويا بالغا بالعدول عن الخطبة...وإذا استمر الخاطب في خطبته سنين _كما يقع كثيرا_ فانه يفوت عليها الخاطبين بعد أن أصبحت في سن يقل الراغبون في زواجها,ومن الإضرار المعنوية ما تلوكه الألسنة عن أسباب العدول مما يؤذي سمعتها ويعرضها لكثير من الشائعات**"[1].

وتتضرر المرأة ضررا ماديا إذا طالت مدة الخطبة لما تقوم المرأة في إعداد جهازها_مع العلم أصبح هذا من الأمور المكلفة في وقتنا الحالي_ واخطر من ذلك إذا كانت هذه المرأة عاملة وتسترزق من هذا العمل ثم يشترط عليها هذا الخاطب أن تترك عملها وتفعل وبعد ذلك يعدل عن الخطبة وهذه الوضعية بالغة الضرر بالمرأة ماديا، وذكرالأستاذ بن صغير محفوظ عن:" **زكي الدين شعبان: إن الخطبة إذا فسخت بالعدول احد الطرفين عنها ,وترتب على فسخها لحوق ضرر مادي بالطرف الأخر ،كما إذا قامت المخطوبة بإعداد جهازها أو تركت عملها الّذي كانت تكسب منه، ثم عدل الخاطب عن خطبتها**"[2].

أمّا المشرع الجزائري فقد استقر على فكرة التعويض عن الضرر المادي والمعنوي وساوى في الحصول عليه بين المرأة والرجل وذلك في المادة الخامسة في فقرتها الثالثة والتي نصت :" **إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض**" فالمشرع استخدم لفظ(لأحد الطرفين) ومن هذه الصياغة نستنتج هذه المساواة. وبالنسبة للفقهاء لم ينقل عنهم حديث عن هذا الموضوع، ويمكن أن يعود السبب في ذلك إلى الحياة الاجتماعية التي كانت سائدة آنذاك فهي لا تترك أي مجال للإضرار بالمخطوبة عند العدول، مع العلم أن الإسلام لا يبيح للخاطب

---

[1] بن الصغير محفوظ،المرجع السابق، ص.310.

[2] المرجع نفسه، ص 310.

إلّا النظر والحديث من المخطوبة بوجود محرم معهما، ولو طبقت هذه التعاليم الإسلامية لا ما وجد حديثا عن الضرر ماديا كان أو معنوي[1].

المطلب الثاني

الزواج

يقصد بالزواج:"العقد الذي يفيد حل العشرة بين الزوجان _ الرجل والمرأة_ بما يحقق ما يقتضيه الطابع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة ويجد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات"[2] وعلى هذا الأساس استقر المشرع الجزائري في تعريفه للزواج في المادة 4من ق.أ.ج والتي نصت على ما يلي:" **هو عقد رضائي يتم بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب**" فنلاحظ أن المشرع قد حدد أطراف عقد الزواج بصريح العبارة وهم الرجل والمرأة ،وحدد أهداف الزواج التي ركزها على تكوين أسرة متماسكة وإحصان الزوجين والحفاظ على الأنساب وضرورة، احترام وتوافر جميع شروط عقد الزواج من أهلية وولي وشاهدان وصداق والخلو من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة .

وللبحث عن المركز القانوني للمرأة في عقد الزواج لا يكون إلّا بمعرفة مدى توافر إرادتها ومراعاة حريتها كطرف متكافئ مع الرجل في عقد الزواج وخاصة ما يتعلق برضا المرأة في العقد وعدم إجبارها على الزواج وكذا مدى مساواتها والرجل في ما يخص حق الاشتراط في عقد الزواج.

الفرع الأول

الرضا كركن لعقد الزواج

أولا : الرضا في الفقه الإسلامي

لقد اتفق الفقهاء على اعتبار الرضا ركنا في عقد الزواج والذي هو تبادل الإيجاب والقبول بين الرجل والمرأة لإنشائه بعد توافر الشروط اللازمة فيه، لذلك عقد الزواج يكون بإفصاح

---

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.89.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(مقدمة–الخطبة–الزواج–الطلاق–الميراث–الوصية)، ج1 (د.ط)، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر،1999، ص.32.

عن رضاهما لإبرامه[1].

ولصحة عقد الزواج يجب ثبوت رضاهما معا فهو لا ينعقد بمجرد إعلان الرغبة في الزواج من جانب الرجل فقط دون أخذ بعين الاعتبار إرادة ورأي المرأة في ذلك، حيث استقرت أحكام الشريعة الإسلامية على هذا المبدأ، إذ قال الرسول عليه الصلاة والسلام:"**اَلْأَيِّمُ أَحَقُ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا،وَاَلْبِكْرُ تَسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهِا، وَأَذَنُهَا صَمْتُهَا**"[2] فالرسول عليه الصلاة والسلام أمرنا أن نستشير المرأة ويؤخذ برأيها في موضوع زواجها وطالما عقد الزواج من العقود الثنائية الأطراف يستلزم إذن رضا كل من الرجل والمرأة ليتم إبرامه.

وباعتبار أن الرضا أمر باطني ومكبوت فلا يمكن التعرف عليه إلّا عن طريق التعبير والإفصاح عنه، ويكون ذلك عن طريق الصيغة وهي الوسيلة الوحيدة للتعبير عن إرادة كل من العاقدين. وهي تتكون من ركنين أساسين المتمثلين في الإيجاب والقبول، إذ يصح الإيجاب بكل لفظ يدل على الزواج وما يشتق منه باعتباره لفظ يدل بكل صراحة على الرغبة في الزواج، ويصح القبول بكل لفظ يدل علي رضا الطرف الآخر بما قاله الطرف الأول وذلك بقوله: قبلت، وافقه، رضيت...وغيرها.

ويتم التعبير عن الإيجاب والقبول باستعمال وسائل التعبير عن الإرادة فيتم التعبير باللفظ وهو الأصل ويعتبر اقوي أدلة الرضا في العقود بصفة عامة وخاصة في عقود الزواج، وأجمع الفقهاء على أنّه إذا اجتمع العاقدين في محل عقد واحد وكان لهم القدرة في التعبير بالألفاظ فيستوجب عليهما التعبير باللفظ وليس بطريقة أخرى [3].

ويمكن التعبير عن الإيجاب والقبول عن طريق الإشارة أو الكتابة في حالة ما إذا تعذر لأحد العاقدين أو لكلاهما التعبير عن الإرادة شفاهة ولفظا كالمريض،أو الأصم،أو الأخرس...الخ فيعبر عن الإيجاب والقبول بالإشارة أو الكتابة سواء للرجل أو للمرأة[4].

---

[1] محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية (دراسة فقهية مقارنة)، (ب.ط) دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع ، الأردن، 2010، ص.120.

[2] أبو داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبو داود، المرجع السابق، ص.232.

[3] محمد خضر قادر، المرجع السابق ، ص 123،124.

[4] بلحاج العربي، المرجع السابق ، ص.66.

ثانيا :الرضا في القانون الجزائري

نص المشرع الجزائري على أركان عقد الزواج في المادة 9 من ق.أ.ج والتي نصت على ما يلي:"**ينعقد عقد الزواج بتبادل رضا الزوجين**" المشرع قد حذا حذو مذهب الحنفي، بعدما كان يعتمد على مذهب المالكية وذلك قبل التعديل وفي ظل قانون 11/84 فكان يعتبر كل من الولي والصداق والشاهدان ورضا الزوجين من أركان عقد الزواج، أمّا في ظل الأمر 02/05 أصبح يأخذ بمذهب الحنفية فجعل من الرضا الركن الواحد والوحيد لانعقاد عقد الزواج صحيح ومنتج لآثاره بين الزوجين وجعل كل من الشاهدان والولي والصداق من شروط عقد الزواج وليس أركانا له.

و حدد المشرع في المادة 10 من نفس القانون كيف يكون هذا الرضا حيث نصت المادة :"**يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وبقبول من الطرف الأخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معني النكاح لغة أو عرفا كالكتابة أو الإشارة**" فنلاحظ أن المشرع لم يقم بتعريف الإيجاب ولا القبول بل اكتفى فقط بالقول أن الرضا هو إيجاب من أحد الطرفين والقبول من الطرف الأخر، وللتعبير عن الرضا يستعمل كل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا فقد منح كل الحرية في استخدام أي لفظ ،واشترط أن يكون له معنى النكاح في الشرع ويدل بكل صراحة على الرغبة في الزواج اتجها النية لذلك.

لم يشترط أن تكون ألفاظ العقد بلغة محددة لأنّ الهدف هو التعبير عن الإرادة والإفصاح عنها فيجوز إذن استعمال أي لغة مفهومة واستخدام ألفاظ تفيد النكاح شرعا، وبوجود العاقدين في مجلس عقد واحد الإيجاب والقبول يكونان بعبارة واضحة لفظا؛ أمّا إذا تعذر ذلك لمرضٍ، كالأخرس، أو الأصم...الخ فهنا حسب المشرع ووفقا للمادة 10 في فقرتها الثانية يعبر عنهما من العاجز بكل ما يفيد الزواج لغة وعرفا كالكتابة والإشارة سواء للرجل أو المرأة [1].

وتجدر الإشارة إلى أنّه في حالة ما إذا اختل ركن الرضا في عقد الزواج سواء كان الإيجاب أو القبول من أحد الطرفين بغير رضا يترتب عن هذا الزواج حكم البطلان مباشرة وهو الوارد في نص المادة 33من نفس القانون:"**يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا** ".

---

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.66.

نستخلص في الأخير أنّه قد أخذ بعين الاعتبار رضا المرأة في عقد الزواج ومنحت لها عناية سواء من طرف الشريعة أو القانون؛ حيث جاءت الشريعة الإسلامية وأبطلت جميع أنواع الإكراه والغصب في زواج النساء اللاتي كن لا يستأمرن مطلقا في موضوع تزويجهن لأنّ بالنسبة للناس في القدم المرأة لم يكن لها إرادة في موضوع زواجها، ولم جاء الإسلام غير من وضعها فأعطي لها كل الحق في اختيار زوجها وإبداء رأيها وإرادتها في هذا الموضوع [1]؛ أمّا بالنسبة للقانون فالمشرع الجزائري جعل كل من رضا المرأة الرجل متساويان في مرتبة واحدة وهو ما نلحظه في عبارة"رضا الزوجين"أي رضا المرأة والرجل وطالما عقد الزواج في القانون الجزائري عقد رضائي فهذا يعني أنّ للمرأة كامل الحق في اختيار زوجها، وإبداء إرادتها ورأيها في موضوع زواجها شأنها شان الرجل[2].

الفرع الثاني

شروط عقد الزواج

تنقسم شروط عقد الزواج إلى شروط شرعية كما قررها الفقه الإسلامي وشروط موضوعية قانونية التي حددها القانون الجزائري في المادة التاسعة مكرر منه، والتي نصت على ما **يلي:**" **يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية:أهلية الزواج،الصداق، الولي، الشاهدان،انعدام الموانع الشرعية للزواج**" نستنتج أن هذه الموجبات التي اعتبرها المشرع الجزائري شروطا لعقد الزواج هي أركانا له وفقا لجمهور الفقهاء والمتمثلة في الأهلية والولي والشاهدان والموانع الشرعية للزواج وأخيرا الصداق وهذا حسبما نصت عليه المادة التاسعة مكرر من ق.أ.ج .

وسنتعمق بدراسة والتفصيل في موضوع أهلية الزواج, والولي باعتبارهما أكثر العناصر الذي يظهر فيه موضوع المساواة بين الرجل والمرأة وفيه استفهامات عدة يجدر التعمق فيها وتوضيحها، ونكتفي بالأساس بالنسبة للشروط الأخرى.

---

[1] نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري و جديد، ط1، دار النشر ابن حزم، لبنان، 2003، ص.26.

[2]محمد لوعيل لمين، *المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة*، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجزائر، 2004، ص.32.

أولا: أهلية الزواج

منح الشرع والقانون لكل شخص أن يقوم بكل التصرفات التي يرى أنّها تعود عليه بالنفع والمصلحة، وهذه الأخيرة يمكن أن تكون _كلها أو بعضها_ صحيحة أو خاطئة إلّا أنّه كل من الشرع والقانون اشترط صفة يجب أن تتوفر في الشخص حتى يكون قادرا على فهم الأحكام الشرعية من تحريم أو وجوب وكراهية وأو إباحة...الخ، وكذا تحمل المسؤولية والآثار المترتبة عن تصرفاته ويكون باكتمال الأهلية أي يتمتع بأهلية تسمح له باكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وعرفت الأهلية بـ:"الصفة التي يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلا صالحا للخطاب بالأحكام الشرعية "[1].

وأشارت المادة 40 في فقرتها الأولى من ق.م.ج:"**كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية**"[2] فالشخص الراشد ،العاقل، غير محجور عليه هو شخص كامل الأهّلية تصح منه جميع تصرفاته التي يقوم بها وله إنشاء الحقوق وتحمل الالتزامات، ويعتبر الحق في الزواج حق مدني لكل شخص توفرت فيه هذه الشروط فهو آهل لإبرام عقد الزواج، وسنتعرض لأحكام أهلية الزواج والتي تعد كشرط من شروط عقد الزواج.

ونصت المادة 7 في فقرتها الأولى على:"**تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام سن تاسعة عشر سنة** " فنلاحظ أنّ المشرع قد ربط أهلية الزواج بسن الرشد، فكل شخص اكتمل سن تسعة عشر سنة بالنسبة للرجل والمرأة يعتبر آهلا لإبرام عقد الزواج وتكوين أسرة وتحقيق الأهداف المنصوص عليها في المادة 4 من نفس القانون بمجرد إبرامه وهذا الأمر معقول لأنّه لايمكن السماح لأي شخص أن يتقدم لإبرام مثل هذا العقد بلا أن يكون ناضجا فكريا، داريا وعارفا بكل الأمور والمتطلبات التي تستلزمها الحياة الزوجية من نضج فكري وقدرة مالية وغير ذلك.

---

[1] نبيل صقر ، قانون الأسرة نصا و فقها وتطبيقا ، (د.ط)،دار الهدى للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2006، ص .282.

[2] أمر رقم 75–58 مؤرخ في 26سبتمبر 1975، يتضمن قانون المدني المعدل و المتمم، ج.ر.ج.ج عدد78، بتاريخ 30سبتمبر 1975،المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13يونيو2007،ج.ر.ج.ج عدد31الصادرة بتاريخ 13 مايو 2007.

واشترط أن تكون هذه الأهلية خالية من أي عارض من عوارض الأهلية المنصوص عليها في كل من المواد 81[1]من ق.أ.ج، والمواد 42،43،44 من ق.م.ج[2] إذ في حالة ماذا كان أحد الطرفين أو كلاهما مجنونا أو سفيها أو معتوها...الخ من عوارض الأهلية فهنا يعتبر ناقص الأهلية حسب مادة

43من ق.م.ج ويخضع في هذه الحالة إلى أحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة حسبما نصت عليه المادة 43من ق.م.ج ومادة 81من ق.أ.ج، وفي هذه الحالة نحن ضمن أحكام الزواج القصر وهو ما سنتناوله لاحقا[3].

فنتوصل إلى أن القانون قد ساوى ووحد ما بين الرجل والمرأة في سن الزواج، بعدما كان فيه اختلاف وتفاوت[4]، فكما للرجل الحق في إبرام عقد زواجه بمجرد اكتمال سن الرشد وهو تسعة عشر سنة، فللمرأة نفس الحق في ذلك فلها أن تبرم عقد زواجها بنفسها بعدما كان وليها هو الذي يشرف على ذلك وباعتبار عقد الزواج من العقود ذات الأهمية الكبيرة والبالغة قام المشرع وحدد سن معين للرجل والمرأة الذي يستطعان تحقيق أهداف الزواج، وخاصة أن زواج الصغار غير مرغوب فيه وهذا هو الثابت في الطب وعلم الاجتماع[5].

ونصت الفقرة الثانية من المادة 7 من نفس القانون:" **للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة،متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج**" فإذن في حالة ما لم يبلغ أحد الطرفين أو كلاهما سن القانوني للزواج وهو تسعة عشر سنة كاملة فهنا يمكن وحسب المادة 7فقرة الثانية أن يتزوجا لكن شريطة الحصول على رخصة مسبقة من القاضي الذي هو رئيس المحكمة، ولا يعطي هذا الإذن بمجرد طلبه فقط بل يجب عليه أن يتحقق من وجود مصلحة أو ضرورة والتأكد من قدرة كل من الفتى والفتاة من تحمل أعباء الزواج وما تتطلبه هذه الحياة من كفاية مادية (الإنفاق،والكسوة السكن)،وكفاية معنوية (من الصبر والتعاون والمعاشرة بالمعروف)وكذا الكفاية الجنسية، وفي حالة

---

(1) ما81 :"**من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لغر السن أو جنون،أو عته،أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا الحكام هدا القانون**".

(2) أمر رقم 75-58مؤرخ في 26يتمبر1975، متضمن قانون المدني،السالف الذكر، راجع المواد.

(3) بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفقا لأخر التعديلات ومدعم بالأحكام واجتهادات المحكمة العليا،(د.ط)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص.158.

(4) ما7 من قانون 11/84:"تكتمل **أهلية الرجل في الزواج بتمام(21) سنة،والمرأة بتمام (18)سنة...**".

(5) بن الصغير محفوظ ، المرجع السابق، ص.425-426.

اجتماع كل هذه الشروط للقاضي أن يرخص بالزواج بتقديمه رخصة الإعفاء عن سن أهلية الزواج، فالمشرع قد ساوى بين القاصر والقاصرة في حق الحصول على رخصة الزواج [1].

أمّا ما يخص موضوع تجاوز السن القانوني لأهلية الزواج أي يمكن أن يبرم عقد زواج عرفي بين الفتى والفتاة ولم يصلا بعد سن القانونية المطلوبة في عقد الزواج، ولم يحصلا على أي إذن قضائي يرخص لهما هذا الزواج، المشرع الجزائري لم يتحدث مطلقا على هذه النقطة ولم يبين ما هو حكم هذا الزواج إن كان باطلا أو صحيحا أو باطلا باطلان مطلق، ولم ينص في الأمر 05 /02 ولا في القانون الجنائي على العقوبة التي يعاقب بها كل من ابرم هذا العقد .

لذلك إما نقوم بتطبيق قانون رقم 224-63 [2] الذي لم ينص ق.أج على إلغاءه، فيبقى قابلا لتطبيق بما جاء فيه من أحكام التي نجد فيه ما03 التي بينت حكم هذا الزواج الذي لم يحترم فيه أهلية الزواج ولا يوجد ترخيص إذ ورد في المادة 03 فقرة1 من هذا القانون،إذا لم يتم الدخول يكون هذا الزواج باطلا بطلان مطلقا ويجوز لأي شخص له مصلحة ولطرفي العقد وللنيابة العامة الطعن فيه، أمّا إذا تم الدخول فهنا سيصبح هذا العقد قابلا للإبطال -باطل بطلان نسبي[3]- ويمكن الطعن فيه من أحد الطرفي العقد المادة 03 فقرة2من نفس القانون[4]، أو نعود إلى المادة 222 من قانون الأسرة والتي تحيلنا إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في حال لم ينص هذا القانون على أحد الأحكام والتي تعتبر مثل هذا الزواج صحيحا ويرتب جميع أثاره القانونية الشرعية سواء قبل أو بعد دخول بسبب عدم تحديد لسن الزواج في الشريعة السلامية [5].

---

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط2،دار هومه للنشر والتوزيع ،الجزائر،2006،ص.28،27.

[2]قانون رقم244/63 مؤرخ في 24جوان 1963،متضمن السن الأدنى للزواج ،ج. ر.ج.د،ع44 صادرة1963/06/02.

[3] حسب رايي هو أمر معقول لأنه ليس بالعدل الحكم ببطلان العقد مطلقا بدون وضع استثناء الدخول لأنه يمكن أن يتم هذا الزواج برضا الطرفين و من الإجحاف تفكيك أسرة كاملة و خاصة إذا وجد حما أو أولاد ،فلذالك التمييز بين حالة تم الدخول أو لم يتم أمر صائب.

[4] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق، ص .27-28.

[5] بن الصغير محفوظ ، المرجع السابق، ص.230.

وأخيرا نصت المادة 07 في فقرتها الثالثة على: " **يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والالتزامات**" لقد أعطى المشرع الجزائري للزواج القاصر وللزوجة القاصرة صفة التقاضي في حدود ضيقة. فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات[1].

ثانيا: شرط الولي

إنّ من شروط صحة عقد الزواج التي نصت عليها المادة 9 مكرر من ق.أ.ج الولي وهو الشخص الذي خول له القانون سلطة تسيير شؤون الغير، والولاية تنقسم إلى ثلاثة أقسام[2] وما يهمنا يهمنا هو موضوع الولاية على النفس أين نجد إنشاء عقد الزواج.

وعرف الموضوع تزويج المرأة نقاشا حادا وطويلا، أين تضاربت الآراء والأحكام في هذا الموضوع بين رجال فقه الشرعية والقانون وكذا الرأي العام بمختلف توجهاته، فلذلك من الضرورة التحدث على سلطة الولي بالنسبة تزويج المرأة سواء كانت راشدة أو قاصرة.

1-سلطة الولي في زواج المرأة الراشدة:

إنّ نص المادة 11 من ق.أ.ج صريحة حيث أكدت على أن المرأة الراشدة تعقد زواجها بنفسها وقد نصت على ما يلي: "**تعقد المرأة الراشدة زواجها...**" إذ أعطى الحق للمرأة في أن تباشر عقد زواجها مثلها مثل الرجل الذي لا يحتاج لأي شخص لإبرام عقد زواجه، فطالما لها الحق في أن تتصرف بحرية في مالها (المادة 37) فمن المنطق والأولى أن يترك لها مسألة اختيار الزوج الذي تريده والتصرف في نفسها بكل حرية[3].

إلّا أنّه يجب حضور وليها أو أحد أقربائها أو أي شخص تختاره، فيتضح أنّ هذا الولي في حقيقة الأمر حضوره شكلي فقط لأنّه يمكن أن لا تختاره أصلا ليكون وليا على زواجها ونقصد هنا

---

[1] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفقا لآخر التعديلات ومدعم بالأحكام واجتهادات المحكمة العليا ، المرجع السابق، ص. 165.

[2] المرجع نفسه، ص.308.

[3] المرجع نفسه، ص.322.

(الأب) لأنّ المشرع استعمل حرف "أو" والذي يفيد الاختيار فلها إذن اختيار أي شخص تراه مناسبا ليحضر فقط لما يبرم عقد زواجها [1].

فالقانون أعطي لها كامرأة راشدة أن تعقد زواجها بنفسها وبحضور وليها الذي تختاره وتراه في مصلحتها، إذ لها أن تمكن الولاية في حضور زواجها لأبيها أو أحد أقاربها، أكثر من ذلك يمكن أن تمنحها لأي شخص تختاره [2].

فأصبح لا يمكن للولي أن يجبر المرأة على الزواج سواء كانت رشيدة أو قاصرة وهو المنصوص عليه في المادة 13:"**لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها** "، وقام المشرع الجزائري بإلغاء المادة 12 [3] من قانون القديم التي كانت تنص على عضل الولي إذ كان بإمكان للولي أن يمنع بنته البكر من الزواج سواء كانت قاصرة أو راشدة إلّا أنّه ومع تعديل قانون الأسرة بالامر02/05 ألغيت هذه المادة وبالتالي ألغيت ولاية الإجبار التي كانت ممنوحة للولي[4].

2-سلطات الولي في عقد زواج القاصرة

نصت المادة 11 من نفس القانون:" **دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القصر أوليائهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له**" ونصت المادة 13 :"**لا يجوز للولي أبا كان أو غيره،أن يجبر القاصر التي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها** ″ فنستنتج أنّ المشرع الجزائري قد استوجب سن تسعة عشر سنة حتى يمكن إبرام عقد الزواج إلّا أنّه في حالة ما إذا تحققت حالة الضرورة أو المصلحة فهنا يجوز لهما الزواج بترخيص من القاضي والولي هو الّذي يتولى تزويجهما سواء القاصر أو القاصرة على حد السواء، وإذا انعدم الولي فهنا يأتي دور الأقارب هم اللذين يتولون مسؤولية تزويج القاصر أو القاصرة وإذا

---

[1] بلحاج لعربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفقا لأخر التعديلات ومدعم بالأحكام واجتهادات المحكمة العليا،المرجع السابق، ص.308.

[2] المرجع نفسه، ص .311.

[3] ما 12 من قانون 11/84 :"**غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت**".

[4] بلحاج لعربي، المرجع السابق، ص.308.

انعدموا القاضي هو ولى من لا ولي له، وصرحت المادة 13 بمنع ولاية الإجبار على القصر [1].

3- أثر تخلف شرط الولي في عقد الزواج

نصت المادة 33فقرة2 من نفس القانون على ما يلي: "**إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولى في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدّخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدّخول بصداق المثل**" لذلك تخلف شرط الولي في عقد الزواج المرأة الراشدة لا نجد دليل حكمه من أن يكون عقد فاسد أو باطل أو موقوف على قبول الولي، أمّا بالنسبة للقاصرة فالمادة 11فقرة 2 أوجبت على أن زواجها على وليها وهي حالة الوجوب التي نصت عليها المادة 33 من نفس القانون فإذا تم الدخول سيثبت هذا الزواج بصداق المثل، أمّا إذا لم يتم يفسخ ولا صداق فيه[2].

ثالثا: شرط الإشهاد

نص المشرع الجزائري على الشاهدان كشرط من شروط عقد الزواج ويعتبران شرط صحة كباقي الشروط الأخرى حيث لا يتوقف تخلفهم في عقد الزواج البطلان، والمشرع لم يتحدث على شرط الإشهاد بالتفصيل بل اكتف بالقول في المادة 9 مكرر في فقرتها الخامسة على الشاهدان [3].

ويبق عنصر أخير وهو تقديم شهادة طبية الذي يعتبر كوثيقة من الوثائق المطلوب لإبرام عقد الزواج إلّا أنّها يمكن أن تكيف على أنّها شرط لأنّه لا يبرم عقد الزواج بدونها ولم ينص عليها المشرع الجزائري في المادة 9مكرر بل أضافها في المادة 7مكرر التي استحدثها المشرع في الأمر 02/05 والتي نصت:"**يجب على طالبي الزّواج أن يقدما وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها على ثلاثة(3)أشهر تثبت خلوهما من أي مرضا أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض من الزواج**" فيتضح من خلال المادة أنّ المشرع أوجب تقديم كل من طرفي العقد شهادة طبية لا تزيد مدتها على ثلاثة أشهر والهدف منها إثبات أن أطراف العقد خاليا من أمراض قد تحيل إلى عدم تحقيق أهداف الزّواج وخاصة منها أمراض المانعة للحمل كالسيدة والعقم، ولهذه الأسباب استوجب القانون تقديم هذه الشهادة للموثق أو لضابط الحالة المدنية باعتبارهما المؤهلان لتحرير عقد الزواج والمسؤولان عن التأكد قبل تحرير عقد

---

(1) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، المرجع السابق، ص.41.

(2) بن الصغير محفوظ ، المرجع السابق، ص.404،405.

(3) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.44،45.

الزواج خضوع كل من الطرفين للفحص الطبي، وهو ما نصَّت عليه المادة 7 مكرر فقرة 2حيث أنّه: " **يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية،أن يتأكّد قبل تحرير عقد الزّواج من خضوع الطرفين**

للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف بما قد تكشف من أمراض و،أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج.ويؤشر بذلك في عقد الزواج"[1]. والمساواة جلية فيما بينهما في هذا الأمر كذلك.

الفرع الثالث

الاشتراط في عقد الزواج

من حق كل إنسان تأسيس حياته وفقا لإمكانياته، وظروفه، وقدراته وخاصة مع اتساع مجال الحرية الفردية أصبح كل الناس يشترطون في العقود من أجل ضمان حرياتهم وحقوقهم؛ أمّا موضوع عقود الزواج وفي ظل فكرة تعسف الزوج في استعمال حقه لوجود العصمة في يده، وكذا الوعود التي تسمعها المرأة قبل زواجها والتي لا تنفذ مطلقا بعد ذلك، فاعتبرت هذه الفكرة دافعا وحافزا إلى أنّ تفكر المرأة في حماية حقوقها ومصالحها بطريقة مضمونة وذلك بقولبة هذه الحقوق والمصالح في شكل شروط تشترطها في عقد الزواج [2]. وموضوع الاشتراط في عقد الزواج يستند إلى الحديث :"**إِنَّ أَحَقُ اَلشُّرُوطُ،أَنْ تُوَفُوا بِهِ مَا اِسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ اَلْفُرُوجْ**""[3].

من المعروف عند فقهاء الشريعة الإسلامية أنّه ما يترتب من آثار عن عقد الزواج من وظيفة الشارع الإسلامي ولا يمكن لأطرافه تحديدها أو تغييرها، خوفا من أن يقوموا بوضع شروط تتناف مع العقد أو المقاصد التي وضعت من أجله، لكن للمتعاقدين حق الاشتراط بعض الأمور التي يرونها ضرورية لمصلحتهم الشخصية أو لهما معا بلا أن تكون متنافية مع هذا العقد أو مقاصده أو أثاره[4].

ونصت المادة 19 من ق.أ.ج :"**لزوجان أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية.ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون**"فعلى خلاف ما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية حول ما يجوز وما لا

---

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، المرجع السابق، ص.52.

[2] نبيل صقر، المرجع السابق، ص.56.

[3] أبو داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبو داود، المرجع السابق، ص.244.

[4] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.167،168.

يجوز اشتراطه في عقد الزواج ،فالمشرع الجزائري خالفهم كلهم؛ حيث نلاحظ أولا : أخذ بما جاء به المذهب الحنبلي من توسيع وتسريح في إعطاء الحق للزوج والزوجة في الاشتراط في عقد الزواج وثانيا:

تناول موضوع الاشتراط في عقد الزواج في مادة واحدة وهي المادة 19 السابقة الذكر والتي نلاحظ ومن أول قراءة لها أنّها أتت على شمول واسع جداً وجاءت بقاعدة عامة حيث سمحت بتضمين عقد الزواج بأي شرط يراه الطرفين ضروري أو من مصلحته أو من مصلحتهما معا وذلك بالتساوي بين الرجل والمرأة أي الزوج والزوجة فلم يخص التمتع بهذا الحق الزوج فقط، بل للزوجة كامل الحق في الاشتراط ما تراه ضروري ومن مصلحتها أو من مصلحة زوجها كذلك، وخاصة وكما أشار إليه المشرع شرط عملها وشرط عدم تعدد الزوجات[1].

أولا: القيود الواردة على الاشتراط في عقد الزواج

وردت قيود على عقد الزواج والتي نستخلصها من المادة 19من هذا القانون فأول شرط:

- **أن ترد هذه الشروط في عقد الزّواج أو في عقد رسمي لاحق:** لقد اشترط المشرع الجزائري على العاقدين أن تكون هذه الشروط التي يمليها كل واحد منهما أن تكون في قالب رسمي، لأنّ المشرع قد ساير فكرة توثيق عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق ونفس الشروط التي تطبق على عقد الزواج، وذلك من أجل هدف واحد حتى يكون وسيلة إثبات وجود هذه الشروط في حالة قيام نزاع مابين الزوجين بسبب عدم وفاء أحدهما لهذه الشروط أمام القضاء، فيجب لكل الزوج والزوجة على مساواة أن تكون هذه الشروط في قالب رسمي.
- **أن تكون هناك الجدية في المصلحة:** في ما إذا كانت الآثار التي رتبها الشارع بالنسبة لعقد الزواج كافية لسد حاجيات وضروريات أحد الطرفين أو كلاهما فهنا لا حاجة ولا ضرورة لوضع شروط إضافية في عقد الزواج؛ أمّا إذا رأى أحد الزوجان أو كلاهما أن الآثار التي يرتبها عقد الزواج غير كافية لسد حاجيات أحدهما أو كلاهما فلهما اللجوء إلى اشتراط شروط أخرى ويجب أن تكون لها مصلحة جدية وضرورية للمحافظة على العلاقة الزوجية.

---

[1] عبد العزيز سعد،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائر، المرجع السابق، ص.168.

ونعني بجدية المصلحة أن تكون هذه الشروط تهدف لتحقيق مصلحة لأحد الزوجين أو لكلاهما أو حتى لأولادهما في المستقبل،إلّا أنّه يجب دائما أن تراعي عدم مخالفتها لمقاصد الزواج وذلك للحفاظ على الرابطة الزوجية[1].

- **أن لا تخالف هذه الشروط أحكام قانون الأسرة** : المادة 19 كما سبق وأن أشرنا خولت حق الاشتراط في عقد الزواج بالمساواة ما بين الزوجين، لكن نجد بالمقابل وضع قيد لهما حيث استوجب أن لا تكون هذه الشروط مخالفة أو متعارضة أو متنافية لأحكام هذا القانون، فهو شرط ضروري حتى لا تلغى أو تبطل هذه الشروط فمن الضروري أن تكون متطابقة مع أحكام وقواعد ق.أ.ج من بدايته إلى نهايته، ومن أهم قواعده التي لها علاقة وصلة بموضوعنا نجد:

– وجوب الصداق للمرأة التي تم النص عليه في المادة 14من نفس القانون، فلقد جعله المشرع شرطا أساسيا لإبرام عقد الزواج وإلا يمكن أن يفسخ هذا الزواج إذا لم يتم الدخول، أو يثبت بصّداق المثل بعد الدخول[2].

–نجد ما نصت عليه المادة 74من نفس القانون حيث تجب نفقة الزوجة على زوجها.

–المادة 37 من نفس القانون منحت للزوجة أن تكون لها ذمة مالية مستقلة عن ذمة زوجها ومنحت لها حق التصرف في مالها.

–حق التوارث بين الزوجين، فالمرأة أعطى لها المشرع الحق في أن ترث زوجها المتوفى في جميع ماله حسب نصيبها المفروض بموجب المادة 126 ق.أ.ج.

فإذا اشترط الزوج ما يخالف هذه القواعد الّتي نص عليها المشرع الجزائري في ق.أ.ج ستعتبر مخالفة للقانون[3].

---

(1) المادة 32 :" **يبطل الزواج،إذا اشتمل على مانع أو شرط يتناف ومقتضيات العق**د".

(2) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق، ص.170.

(3) بن مسعود يوسف، *الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري*، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، بشار،2007–2008، ص.41–46.

ثانيا :حكم الشروط التي تتناف عقد الزواج والجزاء المترتب عن ذلك

1- حكم الشروط التي تتنافى عقد الزواج :

إنّ المشرع الجزائري قد أخلط ما بين الشروط والمانع الذي يؤدي إلى بطلان العقد وعدم مشروعيته، وبين الشروط التي تتناقض ومقتضيات العقد والتي لا تؤثر على صحة العقد بل يجب إلغاؤها، لكن يمكن أن نقول أن الشروط التي تبطل عقد الزواج هي المنصوص عليها في المادة 32 من ق.أ.ج، والشروط التي تُبطل هي ويبق عقد الزواج صحيحا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 35 من نفس القانون [1].

أ_ الشروط التي تبُْطِلْ عقد الزواج : نصَّت المادة 32من ق.أ.ج على أنّه:" **يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتناف ومقتضيات عقد الزواج**" فما يمكن استنتاجه أن المشرع الجزائري قد اعتبر في حالة ما إذا اشترط أحد الزوجان أو كلاهما شروط تتنافى ومقتضيات عقد الزواج فهي باطلة وتبطل عقد الزواج معها [2] ونذكر على سبيل المثال :

-الشرط الزواج بدون الصداق (زواج الشغار)، فهذا الشرط يبطل العقد لأنّه يتنافى ومقتضيات عقد الزواج الذي يوجب الصّداق للمرأة والمنصوص عليه في المادة 14.

- الزواج لمدة معينة فقط كزواج المتعة، والذي يتزوج الرجل المرأة لمدة معينة فقط من أجل المتعة فهذا الزواج باطل.

- ونجد كذلك زواج المحلل الذي يتزوج فيه الرجل من امرأة حتي يحللها للزوج الأول الذي بانت منه بينونة كبرى.

ب-الشروط التي تبطل ويبق عقد الزواج صحيح: نصَّت المادة 35من ق.أ.ج:" **إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا**"، فقد اعتبر المشرع الجزائري أن كل الشروط التي تقترن بعقد الزواج وتخالف مقاصده دون أن تكون مخالفة لمقتضياته، فهي لا تأثر في عقد الزواج ولا تؤدي مطلقا إلى بطلانه، والحكم المترتب في هذه الحالة هو إلغاء الشروط وإبقاء العقد صحيحا، ونذكر على سبيل المثال:

---

[1] أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لا حدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة ،(د.ط)، دار الجامعة الجديدة، مصر،2010، ص.132-133.

[2] سمارة محمد ،أحكام وأثار الزوجية-شرح مقارن لأحكام الأحوال الشخصية- ،دار الثقافة للنشر، الأردن، 2008، ص.134.

-أن يشترط الزوج على زوجته أن لا ينفق عليها أو لا ترثه.

-أو تشترط الزوجة حفاظا على ليلقنها الجسمية عدم الإنجاب.

2_ الجزاء المترتب على عدم الوفاء بهذه الشروط

لقد حدد ق.أ.ج عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها في عقد الزواج في مادة واحدة وهي المادة 53 في فقرتها التاسعة والمتعلقة بأسباب طلب التطليق من طرف الزوجة حيث نصت :"- **مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج**" نستنتج إذن كل زوج لم يقم بالوفاء بالشروط التي اشترطتها الزوجة في عقد الزواج فيمكن لهذه الأخيرة أن تطلب بفك الرابطة الزوجية وذلك كجزاء لمخالفة الزوج للشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

ونلاحظ أنّ المشرع الجزائري قد حدد ووضح المركز القانوني للزوجة عند مخالفة الزوج لأحد الشروط المتفق عليها أثناء إبرام عقد الزواج، لكن المشرع قد أغفل نقطة مهمة جدا فيما يخص الاشتراط في عقد رسمي لاحق فما هو الجزاء المترتب عن عدم الوفاء الزوج به، لأنّه بالرجوع إلى المادة 52 من ق.أ.ج نجدها تنص على الشروط المتفق عليها في عقد الزواج فقط ولم تذكر العقد الرسمي اللاحق، فمن جهة الحق أعطى لها حق اشتراط الشروط التي تراها ضرورية في عقد رسمي لاحق، لكن من جهة الجزاء المترتب عن عدم الوفاء بها المشرع لم يشر إلى ذلك مطلقا فعليه الأخذ بعين الاعتبار هذا الموضوع ويقوم بإعادة صياغة المادة 53من ق.أ.ج مثلا كما يلي:" **9_مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج ، أو في عقد رسمي لاحق** "

المبحث الثاني

آثار إنشاء الرابطة الزوجية

إنّ إبرام أي عقد ومهما كانت طبيعته صحيحا ومستوفيا لجميع شروطه وأركانه الشكلية والموضوعية الّتي حددتها القواعد العامة والخاصة للعقود، هذا سيؤدي بالضّرورة إلى إحداث آثار قانونية التي قد تكون منحصرة ما بين أطراف العقد أو تتعدى إلى الغير ومثل هذه العقود نجد عقد الزواج الذي بمجرد عقده صحيحا نافذا مستوفيا لجميع الشروط القانونية سيحدث آثار قانونية منها ما يصف بأنّها مالية كالصداق والأخرى غير مالية –الحق بالمعاشرة بالمعروف – ولتعرف و دراسة هذه الحقوق تطرقنا إليها من خلال مطلبين أساسين حيث نتناول في المطلب الأول الحقوق المالية وفي المطلب الثاني الحقوق غير مالية، وسنحاول قدر الإمكان استظهار وتبيان المركز القانوني للواردة ضمن هذه الحقوق والى أي مدي تتساوى والرجل فيها[1].

المطلب الأول

الحقوق المالية

نتناول في هذا المطلب كل ما ينجم من آثار مالية عن إنشاء الرابطة الزوجية، ونعني بالحقوق المالية: الحقوق التي يكون موضوع الحق فيها يقوم على أساس مادي وهو المال الذي يكون بالطبع الجانب الايجابي من الذمة المّالية باعتباره حقا، وهذه الحقوق تتمتع بها الزوجة خولتها لها الشريعة الإسلامية والقانون وتتمثل هذه الحقوق في :حق حصولها على الصداق [2]، حقها في النّفقة، وحقها أن تكون لها ذمة مالية مستقلة على الزوج وهو ما سنتعرض له بالتفصيل.

---

[1] بن عشوش فاطمة، *الحقوق الزوجية بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي*،رسالة ماجستير، كلية الحقوق ، الجزائر،2011–2012، ص.91.

[2]–الصداق اعتبره المشرع الجزائري شرط من شروط عقد الزواج ، أمّا في الفقه اعتبر اثر من أثاره ولكن ارتأينا دراسته كأثر من اثأر عقد الزواج وهو الأصل.

الفرع الأول

الصداق

أولا تعريف الصداق:

لقد تعددت تعريفات الصداق في الفقه الإسلامي، ولكن في الحقيقة هي تدور حول معني واحد ونجد من بين هذه التعريفات ما يلي:

عرفه المالكية:" ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها" أو" المال الملزم للمخطوبة لملك عصمتها"[1] ومن بين المعاصرين اللذين عرفوا الصداق نجد **عبد العزيز سعد:**"المال الذي يدفعه الرجل للمرأة عربونا ورمزا لرغبته في الاقتران بها"[2].

أمّا التعريف القانوني للصداق فعرفه المشرع الجزائري في المادة14من ق.أ.ج كما يلي":"**الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا و هو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء**".

ولقد ثبت في القران الكريم وفي السّنة النبوية الشريفة وفي القانون على وجود ووجوب الصداق للمرأة؛ حيث في القران الكريم قال الله تعالى:"**وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً**"[3]، ونجد كذلك قول الله تعالى:"**فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً**"[4] ويعني سبحانه وتعالى في هذه الآية بالأجور المهر، أمّا في السّنة فلم يثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أن تزوج إحدى نسائه بلا مهر، ولم يزوج إحدى من بناته إلَّا بمهر ولقد قال عليه الصلاة والسلام :"**إِنَّ أَعْظَمَ النِّسَاءُ بَرَكَةُ أَيْسَرُهُنَّ صَدَاقًا**"[5] وقوله أيضا:" **الْتَمِسْ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ**"[6].

---

[1] بن صغير محفوظ ، المرجع السابق، ص.344.

[2] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.132.

[3] سورة النساء الآية 4.

[4] سورة النّساء ، الآية 24.

[5] أحمد بن حنبل المسند، ط1، دار الحديث، مصر ، 1995 ، ص.519.

[6] أبو داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزدي، المرجع السابق، ص.366.

ثانيا : تقديم المهر

يقدم المهر من الزوج لزوجة معجلا أو مؤجلا، فقد نصَّت المادة 15 من ق.أ.ج على ما يلي: " **يحدد الصداق في العقد، سواء كان معجلا أو مؤجلا**" إذن المشرع أخذ بجمهور الفقهاء، حيث يمكن تعجيل المهر كله أو تأجيله كله، كما يمكن تعجيل جزء وتأجيل الجزء الأخر، لذلك يدفع المهر معجلا كله قبل الْدخول أو بعد إبرام عقد الزواج.

كما يكون مؤجلا كله فيستحق إلى ما بعد الدخول أو إلى تاريخ المحدد ما بين الطرفين وفي حالة عدم الاتفاق على التاريخ يعتمد على قاعدة أقرب الأجلين أي يستحق بعد الطلاق مباشرة أو بعد وفاته وأخيرا يمكن أن يكون الصداق مؤجلا في جزء منه و معجلا في الجزء الأخر أي يتحقق على أن يدفع نصف منه قبل الدخول والنصف الأخر يدفع بعد الدخول[1]. وفي حالة ما إذا لم يتفق الطرفين على أجل معين لدفع الصّداق المؤجل فهنا حتما تاريخ استحقاقه ينصرف إلى تاريخ الطلاق أو الوفاة [2].

واتفق الفقهاء على أن يكون الصّداق كاملا بالدّخول أو بالوفاة وذلك إذا لم يتفق الطرفين على تاريخ معينا، اعتبروه دينا على ذمة الزوج وفي حالة وفاته يجب أدائه حالا من التركة قبل الوصيّة والميراث[3] تطبيقا لقاعد تدوم[4].

وإذا لم يتم تحديد قيمة الصداق للزوجة في هذه الحالة تستحق صداق المثل حسب المادة 15 من ق.أ.ج، وهو التعديل الذي أحدثه المشرع لهذه المادة والذي هو في صالح المرأة (الزوجة)، وحتى لا يهدر حقها في الصداق في حالة عدم تحديده أعطى المشرع حل لهذه الوضعية بالقياس على مهر مثيلاتها وهو ما يسمى بصداق المثل.

ثالثا: استحقاق الصداق

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على بعض موجبات المهر، واختلفوا في بعضها، فاتفقوا على أنّ الدخول الحقيقي بالزوجة أو موت أحد الزوجين قبل الدخول في عقد زواج صحيح يرتب استحقاق

---

[1] بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص.353.

[2] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص134.

[3] بن صغير محفوظ،المرجع السابق، ص.354.

[4] قاعدة تدوم و نعني بها: ت: تجهيز الميت ، د: الديون، و: الوصية، م: الميراث.

الزوجة لصداقها كاملا[1]، وسواء كان قد سمى في العقد أو تم تحديده بتراضي بين الزوجين أو من القاضي، وفي الحالة لم يسمى صداقها تستحق الزوجة مهر المثل سواء كانت الزوجية قائمة فيما بينهما أو حصلت فرقة وهذا باتفاق جمهور الفقهاء[2].

ولكن اختلفوا في الخلوة بعد عقد صحيح، فالمالكية والشافعية بالنسبة لهم سيجب للزوجة نصف المهر المسمى وليس كله لأنّ بالنسبة لهم الخلوة ولو كانت صحيحة لا تقوم مقام الدخول في تأكيد مهر كاملا؛ أمَّا بالنسبة للحنفية والحنابلة في مجمل القول الخلوة الصحيحة بالزوجة يتأكد به استحقاق الزوجة للمهر كاملا ويسمونها بالدخول الحكمي[3].

أمَّا قانونا فتنص المادة 16 على ما يلي:"**تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول**" فنستنتج من خلال هذه المادة أن الزوجة تستحق صداقها في حالتين حالة تستحقه كاملا، وحالة تستحق نصفه فقط:

– تستحق الزوجة الصداق كاملا في حالة إذا تم الدخول بها بعدما يكون عقد الزواج صحيحا ومستوفيا لجميع الشروط وأركانه، ونلاحظ أنّ المشرع قد أخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وتستحقه كاملا في حالة وفاة زوجها.

– ويثبت لها نصف المهر في حالة الطلاق قبل الدخول، أي بوجود عقد زواج شرعي ولم يحصل الدخول بالزوجة وقام الزوج بتطليقها فهنا أعطي للزوجة كل الحق في أن تحصل على نصف مهرها وهو واضح في نص المادة [4] وهو ما أثبته قرار المحكمة العليا والذي جاء فيه ما يلي:"**من المقرر قانونا تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الزوجة طلقت قبل البناء فان قضاة الموضوع باعتبارهم الطلاق محكوم عليه فسخا والحكم على الطاعنة بإرجاع كامل الصداق مع أنَّها تستحق نصفه**"[5].

---

[1] المذهب المالكي قصروه على مهر المثل، أنظر عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة ، ط1 ، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن ، 1998، ص.365.

[2] بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص.354.

[3] المرجع نفسه، ص.355.

[4] المرجع نفسه، ص.356.

[5] م.ع، غ.أ.ش،قرر رقم143725 المؤرخ1990/09/24، إ.ق، ع خاص، لسنة2001، ص.269.

رابعا : التصرف في الصداق

تبعا لأحكام الشريعة الإسلامية المهر يثبت للزوجة، ولها كامل الحق فيه فتتصرف فيه كيفا تشاء ولمن تشاء،ولا يحق لوليها أو زوجها أنَّ يتصرف فيه ولا أن يأخذ شيء منه، ولا لزوجها إجبارها على تجهيز نفسها به له، فهو حق خصها الله بها تفعل به ما تشاء بلا إذن الزوج ولا اعتراضه[1].

وفي ق.أ.ج نص في المادة 14 منه على ما يلي:" **الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء**" فموفقا للقانون هو نفس موقف الشريعة الإسلامية ،حيث نستنتج من خلال المادة أن للمرأة التصرف في مهرها ولها أن تقبضه هي أو تختار شخص توكله لذلك وعادة ما يكون وليها. فبمجرد تمام العقد يثبت كامل الحق لها ومطلق التصرف فيه ما دامت كاملة الأهلية، فلها أن تصرفه كما تشاء،أن تهبه، أن تتنازل عنه لزوجها ولا يمكن لأحد الاعتراض في ذلك[2].

خامسا: أثر تخلف الصّداق في عقد الزواج

اختلاف فقهاء المذاهب الأربعة في الآثار التي يرتبها الصداق في حالة تخلفه في عقد الزواج فمنهم من اعتبر عقد الزواج صحيح وتستحق الزوجة مهر المثل، ومنهم من يقول أن عقد الزواج غير صحيح.

أمَّا المشرع الجزائري نص على حكم أثر تخلف الصداق في عقد الزواج في المادة 33 الفقرة الثانية بصريح العبارة والتي نصت:" **إذا تم الزواج بدون الشاهدين أو الصداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، و يثبت بعد الدّخول بالصّداق المثل**" باستقراء المادة نجد أنّه ميز بين ما إذا تم الدخول أم لا : ففي حالة ما إذا لم يتم الدّخول بعد ، تخلف شرط الصداق سيؤدي إلى فسخ عقد الزواج ولا تستحق الزوجة الصداق، وهو ما أثبته قرار المحكمة العليا الذي جاء بـ:" **أنَّه من المقرر شرعا أنّ الزوجة تستحق كامل الصّداق إذا توفى زوجها قبل الدّخول بها ولكن قد وقع حكم يفسخ العد أو بالطلاق**"[3].

---

[1] جاسم محمد مهلهل، من قضايا الزواج الخطبة المهر زينة الشعر، ط2، (د.د.ن)، (د.س.ن) ، ص.54.

[2] بن عيشوش فاطمة، المرجع السابق ، ص.34.

[3] م.ع، غ.أ.ش ،قرار رقم 45301 المؤرخ في1111/25/21، إ.ق، ع الثالث، لسنة1992، ص.166.

أمَّا في حالة ما إذا تم الدخول فهنا تخلف شرط الصداق يبق عقد الزواج صحيحا ويرتب جميع آثاره ويثبت بصداق المثل.

الفرع الثاني

النفقة

إنَّ النفقة حق من حقوق الزوجة المالية التي تنشاها الزوجية، وهو حق ثابت في القرآن والسنة والقانون واجب التنفيذ على زوجها، ونعني بالنفقة بصفة عامة "**اسم لما يصرفه الإنسان على من يعول من زوجته و أولاده و أقاربه**"[1].

أمَّا نفقة الزوجة نعني بها :" **كل ما تحتاج إليه الزوجة لإقامة حياتها** "[2].

فبمجمل القول نفقة الزوجة إذن هي كل ما تحتاج إليه من طعام وكسوة وملبس ومسكن وخدم وغير ذلك مما يعتبر ضروري ويدخل في العرف الصحيح وباعتبارها أثر من آثار التي تترتب عن عقد زواج صحيح فهي تثبت كحق خالص للزوجة على عاتق زوجها [3].

فإذا اجتمع الزوج والزوجة بعقد زواج صحي، وباعتبار النفقة حكم من أحكام هذا العقد وحق من الحقوق الثابتة للزوجة بمقتضى هذا العقد، لذلك تستحقها الزوجة وهي واجبة الأداء على زوجها، ولو كانت هذه الأخيرة غنية ميسورة، وسواء كانت مسلمة أو غير مسلمة–شرط أن تكون كتابية–لأنَّ الزواج الصحيح هو سبب وجوب هذه النّفقة للزوجة وعلى حساب زوجها[4].

و ثبت وجوب نفقة الزوجة على زوجها في كل من القرآن والسُّنة، فقد قال الله سبحانه وتعالى:" **لِيُنْفِقْ ذُو السَعَةِ مِن سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللهُ**"[5]، ومن السنة ما رواه

---

[1] فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، (عقد الزواج و أثاره، الفرقة وأثارها وحقوق الأقارب)، (د.ط)، (د.د.ن)، العراق ، 2004، ص.139.

[2] رمضان علي السيد الشرنباصي ، جابر عبد الهادي هشام الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون و القضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر و لبنان ،(د.ط)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، (د.س.ن)، ص. 363.

[3] بن صغير محفوظ، المرجع السابق ، ص.507

[4] نواهضة اسماعيل أمين، أحمد محمد المومني، الأحوال الشخصية فقه النكاح، ط1، دار المسيرة للنشر والتوزيع الطباع، الأردن، 2010، ص.233.

[5] سورة الطلاق ، الآية 7.

جابر بن عبد الله عن رسول الله عليه الصلاة و السلام في حجة الوداع أنّه قال:" **اِتَّقُوا الله فِي النِّسَاءِ فَإِنَّهُنَّ عَوَانُ عِنْدَكُمْ، أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللهِ، وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللهِ لَكُمْ، عَلَيهِنَّ إِلاَ يُوَطِئْنَّ فِراشَكُمْ أَحَدًا تَكْرَهُونَهُ، وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقَهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**"[1].

أولا : مشتملات النفقة الزوجية

لقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن نفقة الزوجة تشمل كل من الطعام والملبس، والمسكن، والخادم[2]، وهو ما سارا عليه المشرع الجزائري حيث نص في المادة 78:"**تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة** "وإن كانت الزوجة عاملة فعلى هذا الزوج أن ينفق عليها لأنَّه لا يعتبر من مسقطات النفقة عليها، وإن كان المشرع لم ينص عليها بصريح العبارة وباعتبار أن المشرع ساير الشريعة الإسلامية فيما يخص انفصال أو استقلالية الذمة المالية ما بين الزّوجين فمال المرأة أو الزوجة خاص بها تتصرف فيه كما تشاء، وباعتبار المادة 74 أوجبت نفقة الزوجة على الزوج فلها كامل الحق في الحصول على نفقتها الزوجية من زوجها[3].

ثانيا:ما يراعي في تقدير نفقة الزوجة

سايري المشرع الجزائري جمهور الفقهاء فيما يراعى في تقدير النفقة الزوجية، إذ نصت المادة 79 من ق.أ.ج على ما يلي :" **يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين، وظروف المعاش**" فيجب مراعاة حال الزوج إن كان معسرا أو ميسرا، وكذلك يجب مراعاة حالة الزوجة حيث لا يجب أن تقل هذه النفقة عن الحاجة الضّرورية التي تحتاجها الزوجة مهما كان هذا الزوج معسرا ،وتقدير هذه النفقة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي المختص.ويجب مراعاة ظروف المعاش السائدة في البلد لأنَّها تؤثر على الحالة المالية للزوجين[4].

---

[1] أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن أبي ماجه، المرجع السابق، ص.322.

[2] رمضان على السيد الشرنباصي ،جابر عبد الهادي هشام الشافعي، المرجع السابق، ص. 181_182.

[3] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، المرجع السابق، ص.107.

[4] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفقا لآخر التعديلات ومدعم بالأحكام واجتهادات المحكمة العليا ،المرجع السابق، ص.175 .

وتنص المادة 79 من نفس القانون :" **ولا يراجع تقديره قبل مضى سنة من الحكم**" أي يمكن المطالبة بزيادة أو نقصان من قيمة النفقة وذلك بتغيير حال الزوج والبلد، ولكن لا تسمع دعوى الزيادة أو النقصان إلَّا بعد مرور سنة من فرض النفقة، والسبب في ذلك هو لما يعسر الشخص عادة ما يستغرق وقت حتى يمكن له أن يعود ميسرا مرة ثانية ،إلَّا في حالات استثنائية[1].

ثالثا : حكم المترتب عن امتناع الزوج من تسديد النفقة للزوجة

باستقراء المواد التي تتحدث عن النفقة نجد أن المشرع لم ينص بصريح العبارة على جزاء امتناع الزوجين أداء النفقة للزوجة ،إلّا أنّه بالعودة إلى قانون العقوبات[2].

وفي المادة 331 منه وكذا في المادة 53من ق.أ.ج يمكن أن نستنتج ما هو الجزاء المترتب على ذلك: فقد نصت المادة 1/331على ما يلى:"**يعاقب بالحبس من ستة(6) أشهر إلى (3) سنوات وبغرامة من 50.000دج كل من امتناع عمدا، ولمدة تتجاوز الشهرين (2)...،وعن أداء كامل قيمة النّفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله...**" ففي حالة ما إذا أقامت الزوجة دعوة قضائية أمام المحكمة المختصة مضمونها يكون ألزام المدعى عليه –الزوج– بالنفقة وتم الحكم لها بهذه النفقة، وبلغ المحكوم عليه بهذا الحكم وامتنع عن التنفيذ لمدة تزيد عن شهرين، فإنّ للزوجة كامل الحق في التقدم إلى القضاء مصحوبة بالصيغة التنفيذية للحكم الحائز لقوة الشيء المقضي فيه تتحقق المحكمة من توافر كل الشروط المنصوص عليها في هذه المادة فهنا يمكن أن تدينه بجنحة الامتناع عن دفع مبالغ النفقة التي يعاقب عليها بالحبس وبغرامة مالية –كما سبق الإشارة– وهذا الجزاء لعدم الإنفاق من شقه الجزائي والذي يعتبر من النظام العام[3].

وهناك جزاء آخر وهو ذو طابع شخصي، حيث للزوجة وحسب المادة53 فقرة1أن تطالب التطليق لعدم الإنفاق، فعدم إنفاق الزوج قد يوصل بالعلاقة الزوجية إلى نهايتها وذلك من طرف الزوجة والقانون هو الذي منح لها هذا الحق ،حيث الإمساك بالزوجة مع عدم الإنفاق عليها هذا يسبب ضررا لها.

---

(1) بن عيشوش فاطمة، المرجع السابق، ص. 48.

(2) الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 أكتوبر 1966، المتضمن ق.ع.ج، ج ر ع 49الصادرة بتاريخ 11 جوان 1966 المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 23/06 مؤرخ 2006/12/20،ج.ر.ج.ج ،ع81 الصادرة بتاريخ 24ديسمبر2006.

(3) بن صغير محفوظ،المرجع السابق ، ص.511.

وقد نصَّت المادة 53 في فقرة1 على ما يلي:"**عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج ،من مراعاة المواد 78و79و80من هذا القانون**" فإن كان الزوج لا ينفق عليها بعد صدور حكم يوجبه بالإنفاق ولم ينفذ هذا الحكم ولم تكن الزوجة عالمة بإعساره وقت الزواج فيفهم أنَّه إذا كانت عالمة بإعساره وقت الزواج سيسقط حقها بالمطالبة بفك الرابطة الزوجية وليس سقوط حقها بالمطالبة بالنفقة– فهنا كحق للزوجة وكجزاء على الزوج يتم فك الرابطة الزوجية.

الفرع الثالث

الذمة المالية للزوجة

لقد ساوى الإسلام والقانون بين الرجل والمرأة في حق التمليك والتصرف في المال، فقد حفظ الإسلام للمرأة حقها المالي إذا رزقت مالا، سواء بالميراث أو المهر أو الهبة أو التجارة أو الوصية ...الخ تملكه وتتصرف فيه وليس لأحد أقاربها خاصة أبيها أو زوجها، أو لأحد آخر أن يتدخل في مالها أو يقوم باستغلاله أو الانتفاع به أو التصرف فيه بدون أخذ إذنها[1] وهو ما نجده منصوص في المادة 37 من ق.أ.ج .

ودلت آيات وأحاديث أنّ الرجل والمرأة يتمتعان بحقوق مالية على قدم المساواة فقال الله سبحانه وتعالى :" **لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ أَكْثَرُ نَصِيبًا مَفْرُوضًا**" [2] وقوله تعالى:"**وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً**"[3] باعتبار الميراث والمهر من المصادر المالية للزوجة ولها حق فيها بملكها والتصرف كما تشاء بها.

أمَّا في السُّنة لقد روى عن عائشة رضي الله عنها قالت:" **يَا رَسُولَ الله إِنَّ لِي جَارَيْنِ فَأَيُهُمَا أُهْدِي؟ قَالَ: إِلَى أَقْرَبُهُمَا مِنْكِ بَابًا** "[4]. فنلاحظ من هذا الحديث الشريف سيدتنا عائشة رضي الله عنها لم تستشر رسول الله صلى الله عليه وسلم في مالها هل يمكن أن تهدى منه أم لا، بل إستشارت الرسول صلى الله عليه وسلم إلى من ستهدي، فكما أن سبق وأشرنا أن المرأة في الشريعة الإسلامية

---

[1]سالم بن عبد الغني الرافعي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب،ط1، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2002، ص.105.

[2] سورة النساء، الآية 7.

[3] سورة النساء، الآية 4.

[4] أحمد راتب عرموش، موطأ مالك ابن أنس، رواية يحي بنيحي أللّيثي، ط8، دار النفائس، بيروت،1984، ص.428.

لها كامل الحق أن تتصرف في مالها ولو بالهبة[1]. ولا وجود لسلطان عليها كأبيها أو زوجها في هذا الجانب فهي كالزوج.

أمَّا الذمة المالية للزوجة في قانون الأسرة الجزائري جاءت المادة 37 الفقرة1 بما يلي:" **لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الأخر.**" نلاحظ أن المشرع نص بصريح العبارة على أنَّ الذمة المالية للزوجين هي مستقلة، ولكل واحد منهما ذمته المّالية الخاصة به مستقلة عن ذمة الطرف الأخر.

فكل من الزوج والزوجة على السواء الحق في التصرف بأمواله بكل أنواع التصرفات المشروعة من بيع وشراء وإيجار...الخ فالمرأة كامل الأهلية والحق في ذلك ولها استثمار مالها في التجارة كتأسيس شركة أو فتح محل تجاري؛ ويتحمل كل من الزوج والزوجة بالانفصال الديون المترتبة من ذمت كل واحد منهما، فالزوج يتحمل ديونه لوحده والزوجة نفس الشيء ومثال ذلك المرأة التاجرة مسؤولة عن ديون تجارتها المترتبة عن ذمتها المالية المادة 2 ق.ت.ج[2].

ونصت المادة 37 فقرة2:" **غير أنَّه يجوز أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما**" ونلاحظ أنّ النظام المالي للزوجين في القانون يتسم بالمرونة والحرية حيث للزوجين حق اختيار النظام المالي الذي يرونه الأصلح لتسير مصالحهم المالية، وذلك إما أن يتبعا الأصل الذي اقره الشرع والقانون وهو الانفصال في الذمة المالية، أو يختاران الاشتراك في الأموال التي يكتسبانها أثناء الحياة الزوجية ويتفقان على كيفية توزيعها بحسب النسب التي تعود إلى كل واحد منهما وذلك بالاتفاق عليه في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق .لكن في حالة عدم اتفاقهما على نظام مالي معين ففي هذه الحالة سيخضع حتما الزوجين للنظام المالي أللذي أقرته الشريعة الإسلامية كما سبق وأنّ اشرنا. وما يفرضه القانون في حدود ما نصت عليه المادة 37من ق.أ.ج[3].

---

[1] يحياوي أعمر، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، (د.ط)، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، 2010،ص.141.

[2] أمر رقم 59/75 مؤرخ 20 رمضان 1395 ، يتضمن قانون التجاري،ج.ر.ج.ج.ع11 صادرة 19 ديسمبر 1975 معدل والمتمم.

[3] بلحاج لعربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفقا لآخر التعديلات ومدعم بالأحكام واجتهادات المحكمة العليا ،المرجع السابق، ص.410.

فوفقا لنظام انفصال الذمة المالية ما بين الزوجين كل من ديونهما يتحملانها بالانفصال فديون الزوج تكون على عاتقه ودائنيه يسألونه في ماله الشخصي، وديون الزوجة تكون على عاتقها ودائنيها يسألونها في نالها الشخصي التي تعتبر كضمان لها، لكن إذا اتفق الزوجان على أنْ تكون ذمتهما المالية متحدة أي اشتراك أموالهما فالديون المترتبة من هذه الحياة الزوجية المشتركة في هذه الحالة يكون الزوجين مسئولين تضامنيا عن ديونهما تجاه الدائنين ويكون لهؤلاء متابعة الزوجان في أموالهما المشتركة.

وخير ما فعل المشرع الجزائري لما نص بصريح العبارة على الأحكام التي تنظم الذمة المالية للزوجين ووضح وأكد على أنّها في الأصل منفصلة وفقا المادة 37فقرة1، وكاستثناء إذا أراد الزوجين يمكن لهما الاتفاق على أن تكون ذمتهما المالية مشتركة، فنلاحظ أنّ المشرع الجزائري قد أقرى بمبدأ المساواة بين الزوجين شريطة عدم مخالفة عدم مخالفة النظام العام والأحكام الخاصة بالحقوق والواجبات الناتجة عن عقد الزواج[1].

المطلب الثاني

الحقوق غير المالية

إنّ انعقاد عقد الزواج صحيحا نافذا ومستوفيا لجميع أركانه وشروطه هذا ينشئ آثار مالية وغير مالية لكلا الزوجين، ولقد جعل الفقه الإسلامي هذه الحقوق مقسمة إلى 3 أقسام حيث نجد حقوق للزوجة على زوجها، وحقوق للزوج على الزوجة، وأخيرا حقوق مشتركة؛ أمَّا في ق.أ.ج كان المشرع ينص على هذه الحقوق في مواد متفرقة بين مواد 36 ،38 ،39في قانون 11/84 وبهذا قد ساير ما جاء به الفقه الإسلامي، لكن بعد التّعديل ومن باب المساواة بين الرجل والمرأة في الحياة الزوجية أجمع هذه الحقوق والواجبات في مادة واحدة وهي المدة 36 من ق.أ.ج ولمعرفة واكتشاف هذه الحقوق تطرقنا لدراستها في فرعين إذ تناولنا في الفرع الأول حقوق غير مالية في الفقه الإسلامي وفي الفرع الثاني الحقوق الغير المالية في ق.أ.ج[2].

---

[1] بلحاج لعربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفقا لآخر التعديلات ومدعم بالأحكام واجتهادات المحكمة العليا المرجع السابق، ص.410-422..

[2] بن عيشوش فاطمة، المرجع السابق، ص.91.

الفرع الأول

الحقوق غير المالية في الفقه الإسلامي

كما سبق أن أشرنا تتفرع الحقوق غير المالية ما بين الزوجين إلى حقوق للزوجة على زوجها وحقوق للزوج على زوجته وحقوق مشتركة, إلَّا أنَّه سنقتصر بدراسة وبيان حقوق الزوجة على زوجها وكذا الحقوق المشتركة.

أولا: حقوق الزوجة على زوجها

إن حقوق الزوجة ثابت لها في القرآن والسنة، وهي كثيرة منها :

1 :العدل بين ألزوجات:

لقد أقرت الشريعة للزوجات اللواتي هن في عصمة رجل واحد كحق لهن وواجب على هذا الزوج أن يعدل بينهن، فيجب عليه أن يساوي بينهن، والعدل المطلوب في حالة التعدد هو في الأمور المادية [1] الذي يقدر عليها الزوج، فعليه أن ينفق عليهن حسب حالته ومقدرته بالعدل إن كنَّ اثنتان أو ثلاث أو أربع فيجب أن يوكلهن و يكسهن بالعدل[2].

وأمر الله سبحانه وتعالى وجوب اقتصار الزوج على زوجته واحدة إذا كان لا يستطيع أن يعدل في حالة تعددن وذلك في قوله تعالى:"**فَإِنْ خِفْتُمْ أَنْ لَا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً** " [3] فالعدل إذا مشروط لإباحة وإجازة التعدد وإلاَّ عليه الاقتصار بواحدة [4].

2عدم الإضرار بالزوجة

إنَّ من بين الحقوق المعنوية التي ينتجها عقد الزواج والتي أقرتها الشريعة الإسلامية للزوجة على زوجها هو عدم الإضرار بها لا ضرر ماديا ولا معنويا و قال الله سبحانه و تعالى:"**فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُن بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكْ فَقَد ظَّلَمَ نَفْسَهُ**" [5].

---

[1] أما الأمور المعنوية (الميل العاطفي) فلا يشترط العدل لأنها أمور ليست بيد الزوج.

[2] عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص.118.

[3] سورة النساء، الآية3 .

[4] عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص. 119.

[5] سورة البقرة،الآية 213.

والضرر هنا سواء كان مادي كأن يضرب الزوج والزوجة حتى يحدث لها تشويه أو عجز ومن الضرار المعنوي عدم الاكتراث والاهتمام بها والسخرية وتجاهلها كذا النظر إليها بسخرية وعدم تلبية مطالبها الشرعية وكل التصرفات التي تنتج أذى وضرر بالقول والإشارة والسخرية والنظر بالاحتقار إليها وغير ذلك من التصرفات تتضرر منها الزوجة.

فالمرأة عاطفية بطبعها وهكذا خلقها الله سبحانه وتعالى تتأثر بالسرعة وتندفع بسبب الغضب خاصة أثناء فترة الحمل والحيض وأحيانا في هذه الحالة تقوم الزوجة برفع صوتها على زوجها مثلا فيقوم الزوج بالإضرار بها، وهذا خطأ فعلية –طالما العصمة في يده أعطاه الله إياها بسبب تعقله وتحكم في أعصابه أكثر من المرأة – أن يكون متسامحا ورحيما معها ويغض الطرف غن بعض هفوات الزوجة فليس من المعقول أن يحاسبها على صغيرة و كبيرة أو يلومها لوما خفيف فقط [1].

لقد ذهب جمهور الفقهاء وخاصة المالكية إلى إعطاء الحق لهذه المرأة الزوجة دفع الضرر عنها وذلك بإمكان لها التخلص من تلك الزوجية التي لم تحقق أهدافها بسبب ضرر الزوج لها, ففي حالة حبس الزوج أو لغيبته بعد مرور سنة بلا عذر أو لم يقم بالإنفاق عليها أو لوجود فيه مرض معدي أو تستحيل العشرة معه فلها دفع الضرر عنها بان تضع نهاية لهذه الزوجية بطلب التطليق[2].

ثانيا : الحقوق المشتركة

و يرتب عقد الزواج حقوق مشتركة كذلك مابين الزوجة و الزوج أي يلتزم بها كلاهما :

1 معاشرة بالمعروف كل من الزوج للأخر

على كل من الزوج والزوجة التعاون بالصدق على الخير ودفع الشر عن كلامها وأولادهما والعمل بجهد الإبتعاد عن ما ينفر ويبعد أحدهما عن الأخر، فعلى الزوج الإبتعاد عما يغضب الزوجة ويثير غيرتها ودفع كل ما يشعرها بالخوف وعدم الأمان والعمل جاهدا لراحتها سواء راحة البال أو الراحة المادية من الإنفاق، وعلى الزوجة من جهة أخرى تجنب ما يغضب زوجها ويربكه وتعمل على راحته وحفظه في نفسها عن غيره وفي ماله، فإذن المعاملة بالمعروف يعني أنّه على الزوجان

---

[1] بن عيشوش فاطمة، المرجع السابق، ص.123،124.

[2] عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص.111.

معا الإبتعاد وتفادي كل ما نكره ونص عنه المشرع والعرف وأداء واجبهما تجاه الأخر بالخلاص والتسامح[1].

2- حق استمتاع كل من الزوجين بالأخر

إنَّ من بين أهم الآثار التي ينتجها عقد الزواج هو حق الاستمتاع الجنسي لكل من الزوج والزوجة وهو حق مشترك، ولا يحق لأحدهما الامتناع عنه إلَّا إذا وجد عذر شرعيا لذلك كالمرض والحيض، وبه تتحقق العفة لكل الزوجين حتى تمنع الفاحشة والانحراف والفساد الخلقي، ويجب على الزوجان بالمساواة أن يزين كل واحد منهما للأخر حتى يرى كل واحد منهما ما يسره وهكذا يكون كلا من الزوج حصن الأخر واستمتع كل واحد منهما بالأخر[2]. ونجد من الحقوق الأخرى التي يشترك الزوجان فيها التوارث فيما بينهما فبمجرد عقد عقد الزواج ما بين الزوجان هذا سيثبت لهما حق التوارث فيما بينهما ولو لم يتم الدخول-سنتعرض إلى هذا الموضوع بالتفصيل-.

ونجد كذلك حرمة المصاهرة فعقد الزواج ربط بين الأسرتين معا برباط قوي ولهذا السبب تثبت حرمة المصاهرة بينهما فلا يمكن للرجل أن يتزوج بأم زوجته ولو لم يتم الدخول، وكذا تحرم عليه ابنة زوجته المد خول بها، ويحرم عليه كذلك أن يجمع بين زوجته وأختها أو عمتها أو خالتها...وغيرهن ويحرم كذالك على الزوجة إذا طلقت من هذا الزوج أن تتزوج بابيه أو ابنه، ويثبت النسب. للأولاد فيثبت نسبهم منهما وها كذا تثبت حقوق الأولاد على الوالدين وتثبت حقوق الإباء عليهم [3].

الفرع الثاني

الحقوق غير المالية في قانون الأسرة الجزائري

كان المشرع الجزائري في ظل قانون رقم 11/84يميز مابين حقوق الزوجة والزوج في مواده 37،38،39وبعد التعديل دمج بعض الحقوق التي نصت عليها المادة 36 ،39 وجمعها في المادة 26 الجديدة، واكتف بالذكر أهمها وذكر الحقوق الأخرى في مواد متفرقة مثل حق في النفقة المادة 74

---

[1] رمضان على السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي هشام الشافعي، المرجع السابق، ص. 410.

[2] جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ط1، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 54،55،56.

[3] المرجع نفسه، ص.59،61.

وغيرها من الحقوق المادية والمعنوية الأخرى من حسن الاستماع والتسامح، ولم ينص على العدل ما بين الزوجات، إلَّا أنَّ المادة 222 من ق.أ.ج تحيلنا إلى أحكام الشريعة وبالتالي ضمنا المشرع قد نص عليها. وبهذا ينتهج مشرع نهج الفقهاء الشريعة أي وضع تقسيما ثلاثي لحقوق الزوجين، فجعل حقوق للزوجة على زوجها، وحقوق للزوج على زوجته وأخيرا وضع حقوق يشرك فيها كل منهما.

ومن باب المساواة ما بين الزوج والزوجة جمل المشرع الجزائري الحقوق والواجبات الزوجين من باب الاشتراك والمساواة في مادة واحدة وهي المادة 36 ق.أ.ج.والتي نصَّت على ما يلي :"**يجب على الزوجين :**

- **المحافظة على الروابط الزوجية و واجبات الحياة المشتركة ،**
- **المعاشة بالمعروف ,و تبادل الاحترام والدود والرحمة ،**
- **التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم ،**
- **التشاور في تيسير شؤون الأسرة و تباعد الولادات،**
- **حسن معاملة كل منهما لأبوي الأخر وأقاربه واحترامهم و زيارتهم،**
- **المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين الأقربين بالحسنى والمعروف ،**
- **زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف**".

أولا : التشاور على تسيير شؤون الأسرة و تباعد الولادات

لقد نصَّت المادة 36 في فقرتها 4 على أن:"**التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات**" إنَّ ق.أ.ج يقوم على أساس المساواة بين الزوجين، فالتشاور والتعاون على تسيير شؤون الأسرة هو حق وواجب متبادل ما بين الزوجين، فكل القرارات المتعلقة بتسيير أسرتهما المتعلقة بأطفالهما وتنظيم النسل يجب أن تكون بالتشاور والتعاون وبإتباع سياسة الحوار ما بينهما للوصول إلى كيفيات وحلول ناجحة لتسيير أسرتهما وهذا في صالح الأسرة والمجتمع. وفكرة انعدام الحوار داخل الأسرة يساهم كثيرا في تفاقم المشاكل الأسرية وانهيار العلاقات الزوجية. بسبب انعدام الحوار والتفاهم والإتصال.

فرغم أنَّ القيادة في يد الرجل فيما يخص شؤون الأسرة لقوله تعالى:" **اَلرِجَالُ قَوَامُونَ عَلَى اَلنِسَاءْ**" [1].

---

[1] بلحاج لعربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفقا لآخر التعديلات ومدعم بالأحكام واجتهادات المحكمة العليا،المرجع السابق، ص.403،404.

[2] سورة النساء، الآية 43.

إلَّا أنَّهَ قيادة الأسرة لا يعني بها السيطرة والجبر وظلم المرأة وتحيزها، فهي يعني بها أنّ يأخذ الرجل المسؤولية في اتخاذ قراراته بعد مشاورة ومحاورة زوجته واستشارتها في كل صغيرة وكبيرة وكيف على الرجل أنّ لا يقوم بهذا الأمر وسيدنا محمد صلى الله عليه سلم لقد استشار زوجته أم سلمه في صلح الحديبية وأخذ فظلا بمشاورتها، وهذا دليل قطعي وشرعي لاستشارة المرأة[1].

ثانيا :حسن معاملة الأقارب والوالدين

إن حسن معاملة الأقارب، والوالدين هي من الأمور الجليلة وهي من الحقوق المشتركة والمتبادلة مابين الزوجين، فعلى كل منهما أن يحترم أبوي الأخر وأهله وأقاربه، فالإسلام والقانون حث على واجب حسن معاملة الوالدين وطاعتهما والإحسان إليهما وحتى الإنفاق عليهما [2]، فطالما أنّ الزوجة تحب وتكرم والديها ووالدي زوجها، فينبغي على هذا الزوج كذالك أن يحسن ويكرم لأبويه لمعاملتهما بالمعروف والإنفاق عليهما فعليه أن يتخذ كل الأمور الضرورية والكمالية التي تستوجبها الحياة السعيدة ويجب عليه كذلك في نفس الوقت أن يعامل بالمثل والدي زوجته. لأنَّ تقدير الزوج لزوجته ولوالديها وكذا تعامل الزوجة بالإحسان والمعروف والتقدير والاحترام مع والدي زوجها حسبما يقتضيه الشرع والعرف هذا سيؤدي بالضرورة إلى تقوية الروابط بين الأسرية والسعادة والمحبة والذي ينتج مجتمع سليم و يحقق التكامل الأسري[3].

وعليهما معاملة كل من أقارب الأخر بالحسن والاحترام وذلك باستضافتهم بالمعروف، أي يكون ذلك في الحدود المعقولة في الأوقات المناسبة حتى لا يكون سبب من أسباب الخلافات الزوجية[4] وكذا يجب الذهاب إليهم، وهذا كله من باب عدم قطع الرحيم ومن باب العلاقات الأسرية، فيجب على الزوج أن

---

[1] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفقا لآخر التعديلات ومدعم بالأحكام واجتهادات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص.404.

[2] راجع المادة 77 من ق.أ.ج.

[3] بلحاج لعربي، المرجع السابق، ص.405-406.

[4] المشرع الجزائري في المادة 38 قبل التعديل اشترط أن تكون مقتصرة على المحارم فقط.

يزور أقاربه وعلى الزوجة أن تقبل بزيارتهم له مع عدم المبالغة لأنَّ وجود الأقارب داخل بيت الزوجة قد يحيل بالزوجة على عدم القيام بواجباتها كزوجة تجاه زوجها براحة، وعلى الزوجة زيارة أقاربها بدون مبالغة كذلك ولا تعسف، على الزوج أن يقبل بزيارة أقاربها لها بالمعروف [1].

ثالثا : التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم

يستوجب على كل من الزوج والزوجة يتعاونا ويساعدا بعضهما البعض فيما يخص مصلحة الأسرة وأفرادها، فعليهما معا العمل على تحقيق مصلحة الأسرة وصيانة شرفها وكرمها وتحقق السعادة التي يحتاجها كل فرد منها سواء سعادة الزوجية أو سعادة الزوج والأولاد، وعليها العمل بجد على أن يبعدوا كل ما يمكن أن يكون مشكلا أو عائقا لتحقيق هذه الأهداف أو كل ما يؤدي إلى انشقاق هذه الأسرة وتشتيتها، لهذا السبب عليها حماية الأسرة من جانبها المعنوي– كما سبق وأن أشرنا– ومن جانبها المادي لأنَّه مهم جدا، وحماية أموال الأسرة التي تعتبر وسيلة لتحقق السعادة المادية.

ويجب عليهما معا السهر كل السهر من اجل رعاية الأولاد وتربيتهم على أحسن تربية وذلك بالظهور أولا أمامهم بأحسن صورة وسلوك وكذا بتكبيرهم على الأخلاق الحميدة وتوجيههم على إتباع سيرة سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم، وكذا رعايتهم جسميا بتوفير كل الضروريات الأكل والشرب والملبس والمأوى وحتى الكماليات إن استطاع وكذا رعايتهم فكريا بالسهر على تعليمهم وتدريسهم وتثقيفهم وأخيرا خلقيا بغرس الأخلاق الحميدة فيهم.وتعتبر مسؤولية الأولاد مشتركة ما بين الزوجين[2] والتي تعود بالمنفعة والفضيلة والازدهار على الأسرة وعلى المجتمع ككل[3].

---

[1] بلحاج لعربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفقا لآخر التعديلات ومدعم بالأحكام واجتهادات المحكمة العليا ، المرجع السابق، ص. 406.

[2] راجع المادة 87، الامر02/05، السابق الذكر.

[3] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص .402.

الفصل الثاني

إنحلال الرابطة الزوجية وآثار المترتب عليها

إنَّ الإسلام دين المنطق والواقعية لذلك راعى جانب الميل الموجود ما بين الرجل والمرأة، فشرع لهما الزواج ليلتقيان في صورة مشروعة لتحقيق الأنس والسكن الروحي الذي هو الهدف الحقيقي للزواج بالإضافة إلى الأهداف النفسية والجنسية والمادية، فإذا غمرت حياتهما المودة والرحمة وتحققت الأهداف فلا مشكل، إلَّا أنَّه إذا تغيرت الأحوال بينهما وخاصة أنَّ الإنسان يتعرض إلى تقلبات نفسية قد تؤدي إلى إحداث انقلابات وانقسامات بين الزوجين، وطالما الإسلام دين واقعي يعالج المشكلات الإنسانية من منظور عقلي واقعي أخذ بعين الاعتبار حالة استحالة العشرة ما بين الزوجين فوضع لها استثناء عن مبدأ الدوام وأبدية الحياة الزوجية وهو فك الرابطة الزوجية ووضع حد لها، سواء من طرف الزوج أو الزوجة أو برضاهما معا هذا من جهة، ومن جهة أخرى يمكن أن تنتهي الحياة الزوجية ولو كانت المودة والرحمة والسعادة تغمر الزوجين وهو انتهاء غير إرادي لا دخل لإرادة الزوجين وذلك عن طريق الوفاة أين تنتهي العلاقة الزوجية طبيعيا.

ويعتبر فك الرابطة الزوجية تصرف قانوني مما يؤدي إلى إحداث آثار قانونية للزوجين منها ما يعتبر مادي مثل التوارث، متاع البيت، نفقة العدة ومنها ما هو معنوي مثل الحضانة ،العدة .

ولتبيان المركز القانوني للمرأة في هذا المجال ومدي مساواتها مع الرجل ارتأينا لدراسة التطليق والخلع كونهما وسيلتين في يد المرأة (الزوجة) لإنّهاء الزوجية، ودراسة الحضانة والتوارث كنموذج للآثار التي تنجم عن إنهاء الرابطة الزوجية .

المبحث الأول

إنحلال الرابطة الزوجية

تحدث الحياة الزوجية مجموعة من الحقوق للزوجة والزوج، فالزوج مجموعة من الحقوق على عاتق زوجته كوجوب طاعته واحترامه وحق الاستمتاع وغيرها، وفي حالة ما إذا لم تقم هذه الزوجة بها يمكن لهذا الزوج أن يقوم باستخدام حقه في الطلاق، وحتى وإن كانت هذه الزوجة تقوم بواجبها تجاهه كما فرضه الشرع والقانون يمكن له أن يطلقها بدون أي سبب شرعي وهو ما يعرف بالطلاق التعسفي، وللزوجة بدورها نفس الحق حيث تقع على الزوج التزامات مادية ومعنوية هي حقوق للزوجة وواجبات على الزوج فإذا أخل بهذه الالتزامات للزوجة أن تطلب التطليق ضمن الحالات التي منحتها لها المادة53 من ق.أ.ج ؛ وزيادة علي ذلك منح لها الشرع والقانون في أن تقوم بفك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة وحتى وإن لم يكن لها عذرا أو لم تتوفر حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة 53من ق.ا.ج وذلك عن طريق الخلع وهو المنصوص عليه في المادة 54 من نفس القانون، فنلاحظ إذن أنّ الزوج والزوجة متساويان في حق فك العلاقة الزوجية في حالة استحالتها .وسوف نعالج في هذا المبحث أحكام التطليق والخلع بتبيان كل النقاط التي من شانها أن توضح مركز المرأة وكذا مدى مساواتها والرجل في هذا الموضوع، فسندرس أحكام التطليق في المطلب الأول، وبعد ذلك أحكام الخلع في المطلب الثاني.

المطلب الأول

التطليق

يعرف التطليق بصفة عامة بأنَّه:"فك الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة طالما أنَّها متضررة من الحياة الزوجية، ويتم التطليق بحكم قضائي رغم معارضة الزوج والقاضي يفرق بينهما وفقا لمبادئ العدالة والإنصاف"[1] وذلك ضمن الحالات الواردة في المادة 53 من ق.أ.ج.

نلاحظ أن المشرع الجزائري سعى لحماية المرأة وتعزيز من مركزها القانوني حيث أعطي لهذه الزوجة في حالة لم يوفى لها زوجها حقوقها الشرعية الحق في أن ترفع الضرر عنها إذا تضررت من ذلك – وخاصة أن الإسلام يقوم على مبدأ" **لا ضرر ولا ضرار**"–وذلك بدون اشتراط

---

[1] بلحلج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفقا لآخر التعديلات ومدعم بالأحكام واجتهادات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص.273.

قبول الزوج فك الرابطة الزوجية، بل وعلى القاضي أن يستجيب لها في حالة ثبوت إحدى الحالات المنصوص عليها في القانون، فكما منح القانون الحق للزوج في الطلاق منح للزوجة الحق في التطليق.

الفرع الأول

حالات التطليق

لقد أعطي للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية في حالات محددة جاءت على اختلاف ما بين الفقه الإسلامي والقانون؛ حيث يكاد يجمع فقهاء الشريعة على أن الحالات التي يمكن للزوجة أن تقوم من خلالها بفكّ الرّابطة الزوجية هي أربعة حالات: التطليق لعدم الإنفاق، التطليق للضرر التطليق لغيبة الزوج، وأخيرا التطليق لحبس الزوج ، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري[1] .

إذ تأثر بهذه الحالات التي جاء بها الفقه الإسلامي وأوردها ضمن الحالات التي نص عليها في المادة 53 من ق.أ.ج، ولحماية الزوجة أكثر من ذلك قام المشرع بمنحها حالات أخرى جديدة إضافية بهدف إتاحة الفرصة لها بفك الزوجية متى أصبحت مستحيلة ومتى اقتنعت بضرورة ذلك فأوصلها المشرع إلى عشرة حالات والتي جاءت على النحو الآتي في المادة 53 كما يلي :" **يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:**

1-عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج ،مع مراعاة المواد 78و79و80من هذا القانون،

2-العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج،

3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر،

4-الحكم على الزواج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية،

5-الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة،

---

[1] باديس ديابي، صور فك الرابطة الزّوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر،(د. ط.)، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص .54،55.

6-مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8اعلاه،

7-ارتكاب فاحشة مبينة،

8-الشقاق المستمر بين الزوجين،

9-مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج ،

10- كل ضرر معتبر شرعا."

وسنقتصر على دراسة الحالة الثانية والحالة الرابعة، والخامسة والثامنة، والعاشرة كمثال عن بعض الحالات التي أحدثها التعديل وحالات أخرى التي تضمنها القانون القديم حسب ما هي واردة في نص المادة بتبيان موقف الفقه والقانون من كل حالة.

أولا : التطليق للعيوب

إنَّ العيوب التي تحيل إلى عدم تحقيق أهداف الزواج يمكن أن تكون تناسلية (كالعنة والخصاء)[1] أو جسمية عامة مثل(الجنون والجذام)[2]، ولقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أنَّه يمكن للزوجة أن تطلب فك الرابطة الزوجية بسبب وجود عيب[3] في زوجها إلَّا أنَّهم اختلفوا في العيوب التي يتم به التفريق، فهناك من حصرها في الجب والعنة،وهناك من أضاف الجذام والجنون [4].

والدليل على جواز الفرقة ما بين الزوجين لسبب العيب ما روي عن ابن عباس أنَّه قال:" **طَلَقَ عَبْدْ يَزِيدْ أَبُو رَكَانَه زَوْجُهُ أُمْ رَكَانَهْ وَنَكَحَ اِمْرَأَةً مِنْ مَزِينَة، فَجَاءَتْ اَلنَّبِيَ عَلَيْهِ اَلصَّلاَةُ وَاَلسَّلاَمْ فَأَخَذَتْ شَعْرَةً مِنَّ رَأَسِهَا وقَالَتْ: إِنَّ عَبْدَ يَزِيدْ لَا يُغْنِي إِلَّا كَمَا تُغْنِي هَذِهِ اَلشَعْرَةُ، فَفَرِّقْ بَيْنِي وَبَيْنَهُ،فَأَخَذَتْ اَلنَّبِيْ عَلَيْهِ اَلَّصلاَةُ وَاَلسَلَامْ...وَقَالَ لِعَبْدْ يَزِيدْ: طَلِّقْهاَ فَفَعَلْ**" [5].

---

[1] العنة هو: عجز الرجل عن المباشرة الجنسية. الخصاء: هو شل الخصيتين ونزعهما

[2] الجذام: مرض يتقطع منه اللحم و يتساقط.

[3] ولقد خالفهم الظاهرية و إبراهيم النخعي و عمر بن عبد العزيز...وغيرهم .

[4] منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، (د. ط)، دار الهدى، الجزائر ،2010، ص .46،47.

[5] أبو داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبو داود، المرجع السابق، ص.269.

أمَّا ما يخص لمن يثبت الحق في التفريق للعيوب فجمهور الفقهاء أعطوا هذا الحق لكل من الزوج والزوجة، لكن خالفهم المذهب الحنفي فبالنسبة لهم هذا الحق يثبت للزوجة فقط لأنَّه لا تملك أية وسيلة

لترفع الضرر عنها، وحسب جمهور الفقهاء التفريق لا يكون إلَّا بمرور سنة لا أكثر، وتكون سنة شمسية عند الأحناف و قمرية عند المالكية[1].

لقد نصت المادة 53 في فقرتها الثانية على إمكانية الزوجة أن تطلب التطليق بسبب وجود عيب من العيوب التي تحيل إلى عدم تحقيق الهدف من الزواج في الزوج، فلها أن ترفع أمرها للقاضي لطلب التطليق، وما على القاضي إلَّا التحقق والتأكد من ثبوت ما تدعيه هذه الزوجة في زوجها من أمراض تستحيل فيها العشرة بينهما .

والمشرع الجزائري بتحدثه عن العيب كسبب من أسباب التطليق لم يحدد مطلقا ما هي هذه العيوب التي يمكن أن تكون حجة للزوجة على زوجها في طلب التطليق وخير ما فعل، فعدم تحديده وحصره لهذه العيوب هذا يمنح فرص كثيرة للزوجة أن تقوم بطلب التطليق ورفع الضرر عنها وخاصة أن الأمراض متنوعة وكثيرة ومتزايدة، فقد جاء المادة بصيغة شاملة وواسعة، أين اشترط فقط أن تكون هذه الأسباب لا تحقق أهداف الزواج [2].

وفي الأخير السلطة التقديرية تعود للقاضي حيث بعد إجراء خبرة يمكن أن يتضح له أنَّ هذا المرض يمكن علاجه فهنا لا يحكم بالتطليق مباشرة بل يأمر بعلاج هذا الزوج وفي حالة لم يفضي هذا العلاج إلى نتيجة هنا سيحكم بالتطليق، وهو الثابت ف قرار المحكمة العليا 1999" **يتعلق بالتطليق بسبب العقم، وثبت العقم بعد العلاج، فلذلك تطليق الزوجة تطبيقا صحيحا للقانون**" [3].

ولم يحدد ما هي المدة الممنوحة لهذا الزوج المصاب من أجل العلاج، لأنَّه لا يجب أن تكون هذه المدة طويلة وإلَّا تضررت الزوجة أكثر، لكن المستقر عليه في التطبيق العملي للمحاكم أنَّه إذا وجد عيب في الزوج وطلبت الزوجة التطليق هنا القاضي لا يجب أن يؤجل الحكم بالتطليق لأكثر من سنة

---

[1] طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، (ب.ط)، دار الخلدونية، الجزائر، (د.س.ن)، ص 114،116.

[2] بن شويخ الراشد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، (د.ط)، دار الخلدونية،(ب.س.ن)، الجزائر، ص.193.

[3] م.ع،غ.أ.ش، قرار رقم 213571 مؤرخ في 1999/02/16 ، إ.ق، ع خاص، سنة 2001، ص .119.

ونفهم أنَّ للزوج سنة حتى يقوم بالعلاج [1]، وهو الثابت في قرار المحكمة العليا:"**من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء أنّه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج...وبعد انتهائها فان لم تتحسن حالة مرضه، حكم للزوجة بالتطليق**" [2].

ثانيا: التطليق لحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية.

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية للقول أن الزوجة لا يمكنها أن تطالب بفك الزوجية بسبب حبس الزوج أو اعتقاله ومهما طالت المدة سواء كان مكانه معروفا أم لا، كونه غائب معلوم الحياة وله عذر؛ أمَّا المالكية فحبس الزوج يعني هو غائب وطالما هم يجيزون التطليق للغيبة فللزوجة إذا جواز التفريق لحبسه بعد مرور سنة. فإذا حكم عليه بالحبس لمدة تزيد عن السنة جاز للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي للتفريق بينها وبين هذا الزوج، واستدلوا مذهبهم بقول الله تعالى :"**وَلَا تُمْسِكُوهُنَ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا**"[3] الآية تحرم إمساك الزوجة حتى يلحق الضرر بها، وطالما حبس الزوج هو غيبة (بالنسبة للمالكية) يلحق ضرر بالزوجة فلها الحق في أن ترفع هذا الضرر بطلب التفريق[4].

ونص المشرع الجزائري على هذه الحالة في المادة 53 في الفقرة الرابعة والتي نصت :"**4 _الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية**" وما يمكن استنتاجه من نص المادة 53 أن:

---

[1] منصوري نورة ، المرجع السابق، ص .51.

[2] م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 43784 مؤرخ 1984/11/19، م.ق ،ع الثالث، سنة 1989 ، ص .79.

[3] سورة البقرة، الآية 231.

[4] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته،ج7،دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق،1985، ص.535.

- المشرع لم يعتبر الحبس والسجن هي العلة والسبب في طلب التطليق، بل السبب هو الجريمة التي ارتكبها الزوج والتي بسببها سجن أو حبس وبغض النظر عن مدة الحبس[1]، لأنَّه لم يشترط ولم يحدد أية مدة في النص.
- اشترط المشرع أن تكون هذه الجريمة تمس بشرف الأسرة وتستحيل المعيشة والعشرة بعد ذلك ما بين الزوجين وخاصة الزوجة وهو الشرط الوحيد الذي اشترطه المشرع في هذه الحالة، إلّا أنّه لم يحدد معيار دقيق للتمييز مابين الجرائم الماسة بشرف الأسرة وغيرها .
- وباستقراء هذه المادة نجد أنَّ المشرع لم يحدد ما هي هذه الجرائم التي تؤثر على سمعة الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، فيمكن أن يكون قد قصد الجرائم الأخلاقية الماسة بالسمعة والشرف كالسرقة، القتل، ولاسيما جريمة الزنا، والفاحشة ...الخ. وفي كل الأحوال السلطة التقديرية تعود للقاضي.

نستنتج أنَّ المشرع أعطي للزوجة كامل الحق أن تفك الرابطة الزوجية إذا قام الزوج بارتكاب جريمة مست بشرف الأسرة ويستحيل العشرة بينهما ولم يرغمها على البقاء في مثل هذا الوضع، ويبق للمرأة وحدها كامل الحق في المطالبة بالتطليق من عدمه.

ثالثا: التطليق للغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة

لقد انقسم فقهاء الشريعة الإسلامية إلى رأيين في موضوع التطليق للغيبة:

-**الرأي الأول:** الأحناف والشافعية وهم اللذين يمنعون التطليق بسبب غيبة الزوج سواء كانت هذه الغيبة بعذر أو بغير عذر لأنّه حسبهم ينعدم ما يصلح أن يكون سببا للتطليق.

-**الرأي الثاني:** يمثله المالكية والحنابلة فالغيبة تعد من بين الأسباب التي يمكن من خلالها للزوجة أن تطلب التطليق، إلَّا أنَّهما اختلفا في كون الغيبة تكون بعذر أو بدون عذر، فبالنسبة للحنابلة، إذا كانت الغيبة بدون عذر وإذا تجاوزت غيبة الزوج أكثر من ستة أشهر يمكن لها طلب التطليق من القاضي؛ أمَّا المالكية إذا غاب الزوج لمدة سنة سواء بعذر أو بدون عذر وكان الزوج في مكان مجهول سيطلقها منه مباشرة وإذا كان في مكان معلوم يرسل بحضوره وإذا لم يمتثل في الوقت المحدد يطلقها [2].

---

[1] ما53 قبل التعديل كانت توجب أن تكون مدة الحبس تزيد عن السنة حتى يمكن طلب التطليق.

[2] رمضان على السيد الشرنباصى، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص .548.

والمشرع الجزائري منح للزوجة طلب التطليق للغيبة، واشترط أن تمر سنة كاملة وبدون عذر ولا نفقة حتى يسمح للزوجة طلب التطليق، وفي مجمل القول المشرع أخذ بمذهب المالكي فيما يخص هذا الموضوع حيث منحها أن تطلب التطليق لهذا السبب.

لكن يوجد على ما يؤاخذ عليه في هذا الموضوع، إذ أولا اشترط أن تمر سنة على غيبة الزوج وهذا يمكن أن يكون طويلا، وإدخاله لشرط أن لا يترك لها نفقة فهو تكرار لأنّه نص عليه في الفقرة الأولى من هذه المادة فربط الغيبة بالنفقة، ولوحدها غير كافية لتسبيب التطليق هذا من جهة.

ومن جهة أخرى وباعتبار أن الحياة الزوجية ليست حياة مادية فقط بل هدفها الأساسي هو الأنس و السكن الروحي هذه القوة المعنوية الروحية التي يحس بها كل زوجين والتي يحتجانها لمقاومة لمصاعب الحياة اليومية، فلذلك حتى وإن كان للزوج عذرا يمكن أن يضر بالزوجة فالزوج الذي يسافر للدراسة تاركا هذه الزوجة من ورائه وكأنَّها ليست متزوجة لتتمتع بحقوقها الزوجية ولا مطلقة تجد حياتها والسعادة عند زوج أخر ولو ترك لها نفقة فهذا يمكن كثيرا أن تتضرر،لأنّ في حقيقة الأمر وجوده كزوج أمامها يحميها ويحفظها يملؤها بالمودة و الرحمة هو الأساس قي حياة زوجية. أمَّا في حالة ما إذا تعمد هذا الزوج ولم يبرر غيابه فهذا سبب قوي لا حاجة أن يشترط المشرع عدم الإنفاق، لأنَّه سبب كاف لوحده لأنّ تطلب الزوجة التطليق[2].

فإذن خير ما فعل المشرع لما أدرج هذه الحالة كسبب من أسباب التي يمكن للزوجة أن تطلب التطليق، إلَّا أنَّهّ على المشرع الجزائري أن يراجع الشروط التي وضعها في هذه الحالة مما قد يجحف يضر بالزوجة.

رابعا : التطليق للشقاق

الشقاق هو :"**النزاع الشديد بسبب الطعن في الكرامة**"[2] وهذا سيؤدي إلى إحداث ضرر الذي هو : "**إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو الفعل ،كالشتم المقذع والتقبيح المخل بالكرامة، والضرب المبرح**

---

[1] بن شويخ الراشيد، المرجع السابق، ص.200،201.

[2] وهبة الزحيلي، ج 7، المرجع السابق، ص.527.

والحمل على ما حرم الله، والإعراض والهجر من غير سبب يبيحه و نحوه"[1] ففي الحياة الزوجية يمكن أن يختل التوازن ما بين الزوجية وتسوء الحياة تارة يكون الزوج هو المتضرر بسبب الزوجة، وتارة الزوج هو المسيء بزوجته بظلمها والتعدي عليها (أي سبب الشقاق يكون من جهته) وهو ما يهمنا في هذه الدراسة .

فبالنسبة لرأي الفقهاء لموضوع التطليق للشقاق نجد رأيين أساسيين، إذ ذهب الشافعية والحنابلة والحنفية إلي عدم إجازة التفريق للشقاق مهم كان شديد، أمّا المالكية فلقد أجازوا ذلك حيث للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي إذا أثبتت الضرر يطلقها منه مباشرة، أمَّا إذا عجزت فلا يطلقها وفي حالة ما إذا عاودت الادعاء هنا القاضي يعين حكمن من أهلها والأخر من أهل الزوج للإصلاح، فإما أن يصلح ما بينهما أو يفرق[2].

أمَّا قانونا فمن بين الحالات التي حددها المشرع لطلب التطليق في المادة 53 نجد التطليق للشقاق في الفقرة الثامنة من المادة حيث نصت :"8- **الشقاق المستمر بين الزوجين**" فإذا اشتد النزاع والخلاف ما بينهما وتضررت الزوجة من جراء ذلك فلقد أعطي لها القانون حق وضع نهاية لهذه الحياة الزوجية التي أصبحت مستحيلة بسبب هذه الخلافات .

ولقد أوجب المشرع أن يثبت الضرر بسبب الشقاق حتى يمكن للقاضي أن يطلقها وهو ما نفهمه من خلال المادة 56 في فقرتها الأولى من نفس القانون والتي نصَّت :" **إذا اشتد الخصام ما بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما** " فإذا أثبتت الزوجة تضررها من هذه الوضعية ورفعت أمرها للقاضي فهنا ما على هذا الأخير إلَاَ الاستجابة لأمرها بالتطليق ؛ أمَّا إذا اشتد الخصام بينهما ولم يثبت الضرر فالإجراء الذي يقوم به القاضي في هذه الحالة هو تعيين حكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة (يقدما تقرير خلال شهرين عن مهمتهما) للتوفيق ما بينهما طالما لم يثبت الضرر بعد .

---

[1] وهبة الزحيلي، ج7،المرجع السابق، ص .527.

[2] المرجع نفسه، ص.528.

والمشرع بإدراجه لهذه الحالة قد راعا المرأة وحماها مما قد تتضرر منه بسبب هذا الشقاق والخلافات وظلم الزوج لها، فكما للزوج أن يطلقها إذا كانت هي المتسببة بهذا الشقاق طالما الطلاق بيده فالقانون، راعى كذلك الزوجة وأعطى لها أن تطلب التطليق للشقاق.

خامسا : التطليق لكل ضرر معتبر شرعا

أجاز الفقه الإسلامي للزوجة وخاصة المذهب المالكي أن تقوم بطلب فك الزوجية على أساس الضرر لقوله تعالى:"**وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا، وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ**" [1] فيمكن أن تتضرر الزوجة بسبب ظلم زوجها بأي شكل من الأشكال كالضرب والإهمال والشتم، فلهذه الأسباب أجاز الفقهاء لها طلب التطليق للضرر وعليها فقط أن تثبت للقاضي تضررها بكافة الطرق[2].

أمَّا قانونا نص المشرع الجزائري في الفقرة الأخيرة من المادة 53على إمكانية الزوجة أن تطلب التطليق على أساس أي ضرر معتبر شرعا، وخير ما فعل المشرع بإدراجه لهذه الحالة وتوسيعه لمفهوم الضرر لأنَّ الأضرار التي يمكن أن تلحق بالزوجة والتي يمكن أن تتأثر بها عديدة ومختلفة لا يمكن حصرها، وأصبحت حالة مستقلة بعدما كانت متصلة بمخالفة أحكام المادة 8 والمادة 37 من ق.أ.ج قبل التعديل فأصبحت منفصلة عن باقي الفقرات وأصبحت كل واحدة حالة من حالات التطليق، إلَّا أنَّه اشترط أن يكون الضرر معتبر شرعا فقط[3].

نقطة ايجابية أخرى تسجل في صالح الزوجة، فبإمكانها طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، وهذا توسيعا من حظوظها و تسهيلا من مهمتها في تأسيس طلب تطليقها لأنَّ في حقيقة الآمر رغم أنَّ المشرع نص على عشرة حالات في المادة 53 لكن هناك حالات رغم تحققها وتضرر الزوجة منها لكن تجد عائق كبير لإثبات تضررها ونذكر مثلا حالة الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر فالزوجة رغم تضررها إلَّا أنَّه ليس من الميسور عليها إثبات هذه الحالة، فحالة التطليق لكل ضرر معتبر شرعا تعتبر مخرجا جيدا تعتمد عليه الزوجة لوضع نهاية لحياة زوجية مستحيلة .

---

[1] سورة البقرة الآية 231.

[2] بن شويخ الراشيد، المرجع السابق، ص.207.

[3] بن الشويخ الراشيد، المرجع نفسه، ص.208.

الفرع الثاني

الفرق بين التطليق والطلاق

إنَّ كلا من الطلاق والتطليق طريقان لفك الرابطة الزوجية، حيث أقر الشرع والقانون التطليق للزوجة والطلاق للزوج فكلاهما يجدان أساسهما في الشريعة الإسلامية والقانون، وأخذ بهما المشرع الجزائري، ويعتبر كل من الطلاق والتطليق طلقة بائنة تنقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج، وكلاهما يثبتان بحكم قضائي ابتدائي نهائي إذ لا يمكن الطعن في حكم الطلاق أو التطليق إلَّا من الجوانب المادية من نفقة أو حضانة...الخ وعلى القاضي إجراء جلسات صلح لا تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى وذلك في كليهما[1]. ويختلفان في عدة نقاط أساسية ونذكر ما يلي:

أولا : من حيث الهدف

إنَّ الهدف من تشريع الطلاق للزوج يمكن أن يكون لرفع الضرر عنه في حالة ما إذا كانت هذه الزوجة غير صالحة لا تقوم بواجباتها كزوجة أو كأم ، ويمكن أن يكون إرادي بدون أي سبب فعليٍّ كأن يكون هذا الزوج قد كرهها على الرغم من أنَّهَا تقوم بواجباتها كزوجة إلَّا أنَّه يطلقها وهو ما يعرف بالطلاق التعسفي (سنتعرض له)؛ أمَّا بالنسبة لتشريع التطليق للزوجة فالهدف هو رفع الضرر عنها بحكم من القاضي لكن عليها أن تثبت إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة 53من ق.أ.ج حتى يمكن لها أن تحصل على التطليق أمَّا إذا كرهته فلا يمكن أن تحصل على التطليق لهذا السبب[2].

ثانيا : من حيث سلطة التقديرية للقاضي وإرادة الزوجين

إن السلطة التقديرية للقاضي الممنوحة له في موضوع فك الرابطة الزوجية تختلف بحسب ما إذا كان الزوج هو طالب الطلاق أم الزوجة، فإذا كانت وسيلة فك الزوجية عن طريق إرادة الزوج (طلاق) فهنا على القاضي الامتثال لطلب الزوج مباشرة دون أن يطلب منه إثبات تضرره لأنَّ الله سبحانه وتعالى وضع الطلاق في يد الرجل فلذلك لا يمكن للقاضي أن يرفض طلبه هذا وسلطته مقيدة

---

[1] منصوري نورة ، المرجع السابق، ص.157.

[2] المرجع نفسه، ص.157.

في هذا المجال وإرادة الزوج هي إرادة حرة في إيقاع الطلاق غير مقيدة، ودور القاضي هو دور

سلبي فهو كاشف عن هذه الإرادة فقط.

وفي حالة ما إذا كانت الزوجة هي طالبة فك الزوجية عن طريق التطليق فهنا سلطة القاضي واسعة حيث عليه إجراء تحقيق قبل إصداره للحكم بالفرقة بين ما إذا كانت طلبات الزوجة والوقائع متطابقة وبما ورد في نص 53 ويوازي بين طلباتها ودفوع الزوج حين إذن يمكن له أن يحكم لها بالتطليق أو يرفض ذلك، وإرادة الزوجة غير حرة في حقيقة الأمر لأنَّها لا تملك إيقاع الطلاق لذلك يعد دور القاضي دور ايجابي لأنَّه ينشأ هذا الطلاق ولا يكشف عنه .

ثالثا : من حيث الآثار

إنَّ كل من الطلاق والتطليق يشتركان في الآثار العامة التي تترتب عن فك الرابطة الزوجية من عدة ونفقتها ونزاع حول متاع البيت وثبوت النسب للأولاد، أو حضانتهم نفقتهم وسكنهم وحق زيارة المحضون، ويتفقان أيضا في حالة الفرقة بسبب النشوز فالقاضي يحكم للطرف المتضرر بالتعويض زوجة أو زوجة ما55من ق.أ.ج[1]، إلَّا أنَّه يوجد حق يمتاز به التطليق عن الطلاق ويعتبر كأثر من الآثار التي تتبع فك الرابطة الزوجية بالتطليق وهو حق حصول المطلقة على تعويض[2]. فالقاضي يحكم للمطلقة بتعويض لجبر الضرر الذي أحدثه الزوج المطلق كجزاء لإخلاله بالتزاماته اتجاهها لتوفر احد الحالات المنصوص عليها في المادة 53 من ق.أ.ج.

المطلب الثاني

الخلع

إنَّ المشرع الجزائري وفي أحكام ق.أ.ج نجد أنَّه اكتفى بالحديث عن الخلع في مادة واحدة وهي المادة 54 التي جاءت بـ :"**يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي**" فنلاحظ أنَّه لم يقم بإعطاء تعريفا دقيقا للخلع بل حدد فقط ما يجب على الزوجة القيام به من جل فك الرابطة الزوجية بالخلع ، وهو ما يستدعي الرجوع إلى أحكام الفقه لاستخلاص تعريفا له ولقد أورد

---

[1]ما55:"**عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر**".

[2] منصوري نورة ،المرجع السابق، ص 159،160."

الحنفية تعريفا وهو:" **إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها-الزوجة- بلفظ الخلع أو ما في معناه**" [1] فلذلك الخلع هو إنهاء الرابطة الزوجية الصحيحة القائمة ما بين الزوجين بمقابل مالي تقدمه الزوجة لزوجها لتفتدي نفسها منه، وعادة ما تكون أسبابها شخصية.

وسنتطرق لحكمة الخلع ودور إرادة الزوج فيه وكذا السلطة التقديرية للقاضي في إيقاعه، وأخيرا الفرق بينه و بين الطلاق التعسفي باعتباره وسيلة موازية له ممنوحة للزوجة.

الفرع الأول

الحكمة من تشريع الخلع وطبيعته

إنَّ الأصل في مشروعية الخلع هي حادثة حبيبة بنت سهل الأنصارية إذ روي عن ابن عباس رضي الله عنه أن حبيبة بنت سهل قالت: **يَا رسُولُ الله مَا أَنْقُمُ عَلَى ثَابِتْ فِي خَلْقٍ وَلَا دَيْنٍ، وَلَكِنِّي أَكْرَهُ اَلْكُفْرَ فِي اَلْإِسْلَامِ، فَقَالَ رسُولَ الله صَلَّى الله عَلَيْهِ وَ سَلَمْ :"أَتَرُدِينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ" قَالَتْ: نَعَمْ ،قَالَ رسُولُ صَلَّى الله عَليْهِ وَسَلَمْ:"إِقْبَلْ اَلْحَدِيقَةَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً**"[2]، ونجد قول الله تعالى:" **فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اَلله فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا اِفْتَدَتْ بِهِ**"[3] فالخلع إذن فد ورد في القرآن والسنة وهذا يعني بالضرورة له حكمة، حبث اختلف فقهاء الشريعة في تحديد طبيعة الخلع بين من يعتبره طلاقا ومن يعتبره فسخا .

أولا : الحكمة من تشريع الخلع

الحكمة من تشريع الخلع في الإسلام هو رفع الضرر عن الزوجة التي أصبحت تحس بالنفور عن زوجها ولم تعد تطيق معاشرته وأرادت الفراق ولم تجد أي مخرج، لذلك شرع لها الإسلام طريقة تنجي بها نفسها وهي الخلع فما عليها إلَّا دفع مبلغ من المال لزوجها مقابل الخلاص من هذه الزوجية

---

[1] الزيباري عمر سعيد، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، ط1، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان 1997، ص. 49،50،51.

[2] أبو داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزدي، المرجع السابق، ص.269.

[3] سورة البقرة، الآية 229.

المستحيلة في نظرها [1].

المساواة في هذا الموضوع واضحة وجلية حيث كما للزوج الذي أحس بالنفور من زوجته وأصبح لا يطيق معاشرتها وأصبح لا يطيق العيش معها أن يطلقها، فللزوجة نفس الحق فلها أن تنهي هذه الحياة بمخالعة نفسها منه [2].

ثانيا : طبيعة الخلع

لقد اختلف الفقهاء في اعتبار الخلع طلاقا أو فسخا إلَّا أنَّ جمهور الفقهاء أجمعوا على اعتباره طلاقا باعتبار أن عقد الزواج صحيحا ولا يشوبه أي عيب فلذلك اعتبر طلاقا لأنّه يضع نهاية لعلاقة زوجية صحيحة ما بين الزوجين.

وأجمع جمهور الفقهاء على اعتباره طلاقا بائنا وليس رجعيا، لأنَّ الزوجة لما تقوم بفدية نفسها بمال قصد التخلص من تلك الحياة أو ذلك الزوج فليس من المنطق أن يكيف الخلع بأنّه طلاقا رجعيا لأنّ من أحكامه للزوج أن يراجع زوجته وبدون رضاها وهكذا لن تكون أية فائدة من تشريع الخلع للزوجة لأنَّها لا تستطيع أن تحرر نفسها، لهذا السبب كيِّف على أنَّه طلاق بائنا إذ لا وجود لرجعية فيه إلَّا بعد تمام العدة و بعقد جديد ومهر جديد والأهم برضا الزوجة [4].وقانونا هو طلاق بائن كذلك.

الفرع الثاني

إرادة الزوج في إيقاع الخلع

لقد أجمع فقهاء الشريعة على إمكانية الزوج أن يلبي طلب الزوجة في الخلع، كما له أن يرفض طلبها هذا لأنَه لا يجبر على ذلك، وهو ما يؤدي إلى انعدام إرادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية بالخلع إذا لم يوافق زوجها؛ إلَّا أنَّه نجد المذهب المالكي يوجبون على الزوج أن يستجيب لطلب الزوجة

---

[1] محمد عبد الغفار الشريف ،"الخلع و سلطة القاضي في إيقاعه "، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدور18، ص.9،10.

[2] محمد بن المدني بوساق ،"مدى حق المرأة في إنهاء عقد النكاح بالخلع"، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي ،الدورة 8، ص. 17.

[3] بن الصغير محفوظ، المرجع سابق، ص. 621.

في إيقاع الخلع كون لها كامل الإرادة في فك الرابطة الزوجية وإجبار الزوج على ذالك، والدليل عندهم الأمر الوارد في حديث الرسول صلي الله عليه وسلم :" **إِقْبَلْ اَلْحَدِيقَةَ وَطَلِقْهَا تَطْلِيقَه**" فهذا يدل بوضوح على أحقية الزوجة أن تخلع نفسها من زوجها ودون وجوب رضاه[1].

أمَّا قانونا فالمشرع الجزائري قبل التعديل لم يبين مطلقا حكم الخلع إن كان حقا أم لا للزوجة وهذا ما أدى إلى تضارب قرارات المحكمة العليا إذ تارة تحكم على أساس أنّه رخصة أين تستوجب رضا الزوج حتى يقع الخلع [2] وتارة أخرى تجعله حق خالص لها [3] ولكن بعد صدور الأمر 02/05 الذي عدل من ما 54 [4] فأصبح الحكم واضحا إذ أكد المشرع أن الخلع حق للزوجة دون أن يتوقف على إرادة الزوج ورضاه وما على القاضي إلى الحكم بمقابل مالي المتفق عليه، وفي حالة عدم الاتفاق يحكم بمبلغ لا يزيد عن صداق المثل وقت صدور الحكم [5].

فنستنتج في الأخير أن القانون قد ساوى ما بين الزوج والزوجة، فكما يمكن أن يصل الزوج إلى حالة لا يطيق فيها الحياة مع زوجته فيملك بيده الحق في إيقاع الطلاق ليرفع عنه هذا الضرر(الذي قد لا يكون للزوجة يد فيه إلَّا أنَّ نفسية الزوج لم تعد تطيقها)، فللزوجة نفس الحق إذا وجدت نفسها في مثل هذه الوضعية فلها أن تخالع نفسها من هذا الزوج الذي لم تعد تطيق الحياة معه فهو حق أصيلا لها أين لا يتطلب رضا زوجها .

---

[1] بن الصغير محفوظ، المرجع السابق، ص. 627.

[2]أنظر، م.ع، غ .أ. ش، قرار رقم 51728مؤرخ في 1988/11/21، م.ق ، ع03، سنة 1990 ، ص.72،73.

[3] أنظر،م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 115118 مؤرخ في 1999/04/19، ن.ق، ع 52، سنة 1997 ، ص.106.

[4] ما54:" **يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي .إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.**"

[5] بن الصغير محفوظ، المرجع السابق، ص.632.

الفرع الثالث

الفرق بين الطلاق التعسفي والخلع

إنَّ كلا من الخلع والطلاق التعسفي طريقان لفك الرابطة الزوجية و يجدان أساسهما في الشريعة والقانون، ويعتبر كلاهما طلقة بائنة تنقص من عدد الطلاقات التي يملكها الزوج، ويثبتان بحكم قضائي ابتدائي نهائي إذ لا يمكن الطعن في حكم الطلاق التعسفي أو الخلع إلَّا من جوانبه المادية من متاع البيت وحضانة...الخ، وعلى القاضي إجراء جلسات صلح لا تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى وذلك في كليهما [1]، وقد أخذ بهما المشرع الجزائري ونص عليهما في أحكام ق.أ.ج، ويتفقان كذلك من حيث سلطة التقديرية للقاضي في إيقاعه فكلا من الخلع والطلاق التعسفي سلطة القاضي في إيقاعهما محدودة، إذا بالنسبة للطلاق هو في يد الزوج إذا طالب به القاضي يحكم به مباشرة، وبالنسبة للزوجة تتمتع بنفس الحق فإذا طلبت مخالعة نفسها من زوجها فما على القاضي إلَّا الحكم بذلك وليس له أية سلطة تقديرية في الاستجابة من عدمها؛ ومن حيث الآثار التي يرتبانها إذ كلاهما يرتبان نفس الآثار من حضانة الأولاد ،العدة ونفقة العدة بالنسبة للزوجة .

وما يميزهما هو التعويض عن الطلاق التعسفي والمقابل المالي إذ على الزوج أن يعوض الزوجة التي طلقها بدون سبب ومبرر وهو ما نصت عليه المادة 52من ق.أ.ج، وعلى الزوجة كذلك في حالة المخالعة أن تقدم مبلغ مالي للزوج لتفتدي نفسها وهو ما نصت علية المادة 54 من نفس القانون.

ويختلف الخلع والطلاق التعسفي خاصة في موضوع الرجعية إذ الخلع تستخدمه الزوجة في حالة ما إذا لم توجد لها حالة من احد الحالات التي منح لها القانون لها لطلب التطليق أو في حالة ما إذا لم يمكن لها إثبات الضرر، وتلجأ الزوجة للخلع لأسباب شخصية قد يكون الزوج غير مقصر أبدا معها إلا أنّها لم تعد تطيقه وهناك نفور نفسي وجنسي لا يمكنها احتماله لذلك لا يمكن أن يتصور أن تكون رجعية ما بينها وبين زوجها الذي فضلت أن تقدم مالا مقابل فك الزوجية معه [2]؛أمَّا الطلاق التعسفي فرغم انه يقع في نفس الأحوال أي الزوج يطلق زوجته بدون مبرر شرعي إلّا أنّه يمكن أن يكون طلاقا رجعيا أو بائنا.

---

[1] منصوري نورة، المرجع السابق، ص.156.

[2] وهبة الزحيلي، ج7،المرجع السابق، ص.507.

المبحث الثاني

آثار فكّ الرابطة الزوجية

إنَّ فك الرابطة الزوجية بأي طريقة هذا سيحدث آثارا قانونية عديدة والتي هي متحدة سواء تم حل الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالتطليق أو بالخلع مع وجود بعض الفوارق كحصول الزوجة على تعويض عند الطلاق، أو تقديم المقابل المالي للزوج في حالة المخالعة، ولقد نص المشرع على آثار إنحلال الرابطة الزوجية في الباب الثاني في الفصل الثاني تحتي عنوان آثار الطلاق والمتمثلة في العدة، الحضانة، النزاع حول متاع البيت التوارث وهناك آثار أخرى نص عليها في مواد متفرقة منها حصول الزوجة على تعويض في حالة تعسف الزوج، حصولها على تعويض في حالة حكم لها بالتطليق إذا لحقها ضرر جراء ذلك ،سنقتصر على الحضانة والتوارث كنموذج من بين هذه الآثار.

المطلب الأول

الحضانة

إنَّ من بين الآثار وأهمها التي يرتبها إنحلال عقد الزواج والمرتبطة بالزوج والزوجة والتي تتعد إلى الأولاد هي الحضانة التي تعرف :"**تربية وحفظ من لا يستقل بامور نفسه عما يؤديه لعدم تمييزه، كطفل وكبير مجنون وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه، وتنظيفه وغسله وغسل ثيابه في سن معينة ونحوه**"[1] وعرفها المشرع في المادة 62 من ق.أ.ج كما يلي:"**الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا**" موضوع الحضانة موضوع حساس جدا لتعديه إلى الأولاد ويثير إشكالات عدة من حيث شروط ممارستها والأحقية في الأولوية فيها، ومدى تأثير عمل المرأة في ممارستها وهو ما نتطرق إليه على النحو الآتي :

---

[1] وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص.717.

الفرع الأول

أصحاب الحق في الحضانة

لقد منحت الشريعة الإسلامية الأولوية في الحضانة للمرأة، تقديرا لها واعترافا بدورها وقدرتها على حماية المحضون لأنَّها أشفق وأهدى إلى تربيته والصبر على القيام بشؤونه وهي معترفة لها منذ الولادة، بعد ذلك تأتي مرتبة الرجال [1].

وهو ما سارا عليه المشرع الجزائري قبل تعديل ق.أ.ج وبعد، إذ كان يقدم كل من الأم وأم الأم والخالة على الأب ولكن بعد تعديل تقدم بدرجة الأب وجعله في ثاني درجة، وتبق الأم الأولى في حضانة طفلها وهو ما نصت علية المادة 64 من ق.أ.ج.ج التي نصَّت:" **الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك**" فإذن إنَّ الأم هي التي تتقدم ويكون لها الأولوية بحضانة طفلها بعد الفرقة سواء بالطلاق أو التطليق أو بالخلع أو بالوفاة، والدليل على ذلك ما روى عن امرأة جاءت إلى الرسول صلى الله علية وسلم، فقالت له:" **يَا رَسُولَ اَللهِ، إِنَّ اِبْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وِعَاءًا، وَثَّدِيي لَهُ سَقَاءً، وَحِجْرِي لَهُ حِوَاءً،وَإِنَّ أَبَاهُ طَّلَقَنِي وَأَرَادَ أَنْ يَنتْزِعْهُ مِنِّي، فَقَالَ:" أَنْتِ أَحَقُ بِهِي مَا لَّمْ تَنْكحِي**"[2] وبعد ذلك يأتي الأب.

وفي حقيقة الأمر المشرع ربط ترتيب الحاضنين بمسألة مراعاة مصلحة المحضون لذلك بالرغم من تقدم الأم والأب عن الحاضنين الآخرين إلَّا أنَّ القاضي له السلطة التقديرية في تقدير من هو الأصلح من بين الحاضنين لحضانة الطفل فيمكن و رغم وجود الأم والأب أن يسند الحضانة للخالة [3]، لأنَّها قد تكون هي الأصلح والأقدر لحضانة الطفل، لذلك الحضانة تسند بالمساواة ما بين النساء والرجال، زيادة على ذلك يقدمن النساء على الرجال بمرتبة لأنهن أولى وأقدر وأصبر على تربية الأولاد والسهر على رعايتهم، لذلك تسند الحضانة للأبوين في حالة قيام الزوجية، أمَّا في حالة الفرقة فهنا تسند للأم وبعد ذلك الأب ثم يأتي من هم بعدهما، وفي كل الأحوال يراعى مصلحة المحضون.

---

[1] وهبة الزحيلي ،ج7، المرجع السابق ، ص.719.

[2] أبو داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزدي، المرجع السابق، ص.283،284.

[3] أنضر قرار م.ع رقم 89672 المؤرخ في 1993/02/23،إ.ق غ.أ .ش ،ع خاص، 2001،ص.166_168.

الفرع الثاني

شروط الحاضن

الحضانة تثبت على الولد لحفظه وصيانته وتربيته، وللقيام بهذا الدور الصعب يستلزم القدرة على القيام بمصالح المحضون والقدوة الصالحة والأسوة الحسنة، فلذلك اشترطت شروط كثيرة يجب أن تتوفر فيمن يتولى حضانة الطفل[1].

ولقد قسم فقهاء الشريعة شروط الحضانة إلى شروط عامة وشروط خاصة بالنساء وأخرى بالرجال، إلَّا أنَّه في حقيقة الأمر هي متطابقة تنطبق عليهما معا، وتتمثل هذه الشروط في:

- يجب أن يكون الحاضن بالغا ولا حضانة للصغير ولو كان مميزا لأنَّه عاجز أصلا على رعاية شؤونه الخاصة فكيف له رعاية شؤون غيره.
- يجب أن يكون عاقلا وهذا منطقي لأنَّ المجنون والمعتوه في حاجة إلى من يرعي شؤونه.
- يجب أن يكون الحاضن قادرا على تربية المحضون وصيانته خلقا وصحتا، فمثلا كبير السن أو المريض لا تثبت الحضانة له لعدم تحقق قدرته في قيام بتربية الصغير وحمايته.
- ويشترط أن يكون هذا الحاضن أمينا في أخلاقه فلا يمكن أن تسند له الحضانة لشخص فاسق سكير أو غير متخلق يسعى للهوي الحرام ،بل يجب أن يكون أمينا متخلقا حتى يربي هذا الطفل أحسن تربية [2].
- إذا كان الحاضن امرأة فلا يجب أن تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير المحضون أو قريب غير محرم منه فيجب أن تكون ذات رحم محرم عن الصغير كأمه وأخته وجدته لأنَّه لا حضانة لبنات العم والعمّة أو بنات الخال والخالة، وهذا الشرط ينطبق كذالك على الرجل الحاضن.

---

[1] أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام (الطلاق والحقوق الأولاد و نفقة الأقارب)، (د.ط)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1998، ص227..

[2] وهبة الزحيلي، ج7،المرجع السابق، ص. 725، 727.

أمَّا قانونا فالمشرع نص في المادة 62 في فقرتها الثانية على ما يلي :"**ويشترط في الحاضن أن يكون آهلا للقيام بذلك**" وقصد المشرع بقوله آهلا ليس بمعنى أن يبلغ سن الرشد فقط بل يجب أن يكون

له القدرة والمؤهلات المعنوية المادية على القيام بتربية المحضون وإعداده إعدادا سليما ليكون قادرا على الاعتماد على نفسه مستقبلا، وحتى ولو لم يشترط بصريح العبارة الشروط السابقة الذكر في المواد التي حددت أحكام الحضانة إلَّا أنَّه تعتبر من البديهيات التي يستلزم أن تكون متوفرة في الحاضن والتي على القاضي مراعاتها في حالة إسناد الحضانة وفي كل الأحوال المادة 222 من هذا القانون تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

ويبق شرط أخير وهو عمل المرأة حيث اتفق جمهور الفقهاء على فكرة أساسية إذا كانت تعمل خارج بيتها وخروجها المتكرر يؤدي إلى إضرارها بالمحضون فهذا يفقدها حقها في حضانة الصغير[2]. فبمفهوم المخالفة إذا كان عملها لا يؤثر على مصلحة الصغير ولا يضرر به فهنا لا تسقط عنها الحضانة.

أمَّا قانونا فلقد استدرك المشرع الجزائري عمل المرأة الحاضنة فنص عليه في المادة 67 في فقرتها الثانية المضافة والتي نصت:" **لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سبب من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة.غير انه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون**" فنلاحظ أنَّه أكد على أن عمل الحاضنة خارج مسكن الحضانة لا يشكل سبب من أسباب سقوطها، ولا سقوط حقها في ممارستها وهو ما أكده قرار المحكمة العليا بقرارها بتاريخ 200/07/18:"**من المستقر عليه القضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة، ومن ثم فان قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف، والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة اخطئوا تطبيق القانون وعرضوا قرارهم في القصور في التسبيب وانعدام الأساس القانون مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه**[3].

فنستنتج إذن أنَّ عمل المرأة لا يعتبر سبب من أسباب إسقاط الحضانة ولا عائق لتمتعها بهذا الحق، بل تقصير المرأة بواجباتها اتجاه المحضون بسبب هذا العمل هو الذي يؤدي إلى إسقاط الحضانة عنها لأنّه دائما يراعي مصلحة المحضون.

---

[1] بن الصغير محفوظ، المرجع السابق، ص.680.

[2] المرجع نفسه، ص.679.

[3] م.ع،غ.أ.ش،قرار رقم 245156 مؤرخ 2000/07/18، إ.ق ،ع خاص،2001،ص.188.

الفرع الثالث

نفقة المحضون وسكن الحاضنة

أولا : نفقة المحضون

لقد أكد جمهور الفقهاء بالإجماع على أنَّ نفقة المحضون واجبة على والده والتي تشمل الغذاء واللباس والعلاج والسكن أو أجرته، وكل ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، وذلك في حالة ما إذا لم يكن له مالا أو مسكنا لأن الأصل الولد ينفق من ماله إن كان لديه.

وهو ما سار عليه المشرع الجزائري إذ نص في ما 75 من ق.أ.ج :" **تجب نفقة الولد على والده ما لم يكن له مالا...تستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب**" فنستنتج أن كأصل الأب هو الذي ينفق على ابنه ما لم يكن له مال، ولا تجب عليه في حالة إعساره، لأنَّه يجب أن يكون قادرا والابن محتاجا للنفقة ما لم يملك مالا حتى تجب علبه، والأب هو الذي ينفق على البنت إلى غاية زواجها [2].

ويمكن أن ينتقل واجب النفقة من الأب إلى الأم في حالة عجز هذا الأخير وثبوت قدرة الأم على الاتفاق. ويمكن أن ينتقل واجب النفقة من الأب إلى الأم في حالة عجز هذا الأخير وثبوت قدرة الأم على الاتفاق .

ثانيا: سكن الحاضنة

المادة 72 نصت بصريح العبارة على ما يلي :"**في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة ،سكن ملائم للحضانة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار. وتبق الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب لحكم القاضي المتعلق بالسكن** " نستخلص من هذه المادة ثلاث نقاط أساسية أولها أن المشرع أصبح يقر للمطلقة الحاضنة استحقاقها للمسكن وهو الثابت في قرار المحكمة العليا:" **فإنّ توفير السكن أو بدل الإيجار للحاضنة لممارسة الحضانة والّذي حكم به قضاة الموضوع على الطاعن جاء متماشيا وأحكام قانون الأسرة**"[2].

---

[1] ديابي باديس، أثار فك الرابطة الزوجية(تعويض–نفقة–عدّة–حضانة–متاع بيت)،(د.ط)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص. 84.

[2] م.ع، غ.أ.ش،قرار رقم 460137 مؤرخ في 2009/01/14، م.م.ع، ع1،2009. ص.253.

حتى وإن كانت حاضنة لابن واحد [1] لأنَّ قبل التعديل كان يشترط أكثر من ابن واحد حتى تستحق السكن ؛ ثانيا لم يفرق بين ما إذا كانت وسيلة الفرقة طلاقا أو تطليقا أو خلعا[2] وأخيرا المشرع حسم موضوع استحقاق الحاضنة للمسكن أو بدل إيجاره لممارسة الحضانة [3].

فنتوصل في الأخير أنَّ المشرع الجزائري قد كرس مبدأ المساواة ما بين المرأة والرجل حتى في موضوع الحضانة إذا أولا قدم المرأة عن الرجل في استحقاق الحضانة وكل الشروط التي ستوجب أن تتوفر في الحاضن هي متطابقة على الرجل والمرأة، وخاصة ما يتعلق بموضوع عمل المرأة إذا لا يعتبر أبدا عائق لاستحقاقها للحضانة أو سبب في سقوطها عنها وهذا دليلا من أن المشرع الجزائري يريد ترقية وتعزيز لحرية المرأة في العمل وطريق إلى تحقيق المساواة بالرجل من ناحية الحياة الاجتماعية.

المطلب الثاني

الميراث

الميراث هو حق من حقوق التركة الذي يستحقه الوارث بثبوت حياته بعد وفاة مورثه لوجود سبب من أسباب الميراث، ولقد قدر الشرع لكل شخص نصيب معين قد يرثه بالفرض أو بالتعصيب[4] وطالما أن المساواة ثابتة في القرآن الكريم ما بين الرجل والمرأة هذا ما يرتب توريث المرأة حصة مساوية لحصة الرجل وذلك متى كانا في ووضعيات متماثلة إذا هناك ما يقارب 20 حالة أو أكثر ترث فيها المرأة بالمساواة مع الرجل وقد ترث أكثر منه[5].

---

[1] ما52 قبل التعديل:"**وان كانت ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها، يضمن حقها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج...**".

[2] بن الصغير محفوظ، المرجع السابق، ص.682.

[3] ديابي باديس ،أثار فكّ الرابطة الزوجية، تعويض–نفقة–عدّة–حضانة–متاع بيت، المرجع السابق، ص.87.

[4] محمد محده، التركات والمواريث دراسات مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية ،ط1،دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر، 2004،ص.53.

[5] مثلا توفي زوج و ترك أب وأم و ابن، فالأب يرث السدس والأم ترث السدس والابن يرث باقي تعصيبا، فنلاحظ أن الأم و الأب يتساويان في النصيب رغم أنهما رجل و امرأة .

ولدراسة المركز القانوني للمرأة ومدى مساواتها مع الرجل في موضوع الميراث، ارتأينا لدراسة أسباب التوارث ونبين نصيب كل من الزوج والزوجة .

الفرع الأول

أسباب التوارث

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن أسباب التوارث ثلاث وهي الزوجية والقرابة والولاء[2]وهو ما استقرت عليه التشريعات الوضعية وما أخذ به المشرع الجزائري إذ نص في المادة 126من ق.أ.ج :" **أسباب الإرث: القرابة، والزوجية**".

فالقرابة نعني بها الصلة التي تربط بين الوارث والمورث عن طريق النسب بسبب الولادة وهي الأصل في التوريث[3] وتشمل جميع أنواع الورثة أصحاب الفروض، والعصبيات، وذوي الأرحام. وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المواد 139الى 142 فنجد الأصول: كالأب وإن على الفروع: كالابن وإن نزل، الحواشي: إخوة المتوفي لأب أو أشقاء، وأبنائهم وإن نزلوا، الأعمام وأبنائهم وإن نزلوا سواء أشقاء أو لأب، ونجد في الأخير ذوي الأرحام وهم الأقارب الباقين غير أصحاب الفروض والعصبة كالخالة وابن البنت.

والسبب الثاني للتوارث نجد الزوجية التي هي عقد زواج صحيح خالي من أي شبهة سواء تم الدخول بالزوجة أم لا، وهو ما أثبته المشرع الجزائري في نص المادة 130 من ق.أ.ج :" **يوجب التوارث ما بين الزوجين و لو لم يقع البناء** " وما 131من نفس القانون :"**إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين**" فنستنتج أنَّه استوجب أن يُجمع الزوجين بعقد زواج صحيح حتى يكون التوارث ما بينهما و لو لم يتم الدخول لأنه لا يعتبر شرطا للتوارث [4]هذا في حالة قيام الزوجية ما بينهما .

---

(1) "هو صلة تربط شخص بغيره ،فتجعله في بعض الأحكام كأقاربه وهو ليس كذلك" والمشرع لم ينص عليه.لان لانحل له في عصرنا.

(2) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الميراث والوصية،ج2، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص. 52.

(3) بن عيشوش فاطمة، المرجع السابق، ص.83،84.

ويتوارث الزوجان في حالة ثانية وهي حالة الانفصال إمَّا بالوفاة أو لما تكون الزوجة أثناء العدة طلاق رجعي فإذا توفي أحدهما في عدة فكل منهما يرث الأخر بسبب قيام الزوجية [1]، أمَّا إذا كانت الزوجة تعتد من طلاق بائن فلا توارث ما بينهما ولو لم تنتهي العدة لأنَّ الطلاق البائن يزيل الزوجية ما بين الزوجين.

وتستثنى في هذه الحالة طلاق الفرار أو الطلاق مريض مرض الموت أي يطلق الزوج المريض زوجته في مرضه قصد الإضرار بها لحرمانها من الميراث فهنا سيعامل بنقيض مقصده إذ ورغم وجود نية سيئة من الزوج في حرمانها من الإرث يبق حقها مضمونا وترثه.

والمشرع الجزائري لم ينص في القانون على هذه الحالة إلَّا أنَّه نجد قرار المحكمة العليا رقم101444 بتاريخ 1993/12/21:"**أمَّا إذا طلقها وهو مريض مرض الموت ولو كان طلاقا بائنا ومات أثناء عدتها وثبت أنه قصد حرمانها من الميراث، فإنها تعد بأبعد الأجلين ،الطلاق والوفاة. وعليه فالطعن في الحكم في غير محله ويرفض**[2].

الفرع الثاني

فروض الزوجين

إنَّ الفروض هي تلك الأنصبة التي حدد مقدارها في القران الكريم والتي ليمكن أن تخرج عن احد الأصول الستة النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس.و الورثة الذين يرثون بالفرض إمَّا أن تكون علاقتهم بالمورث نسبية أو تكون سببية.

وسندرس الزوجان باعتبارهما فقط اللذان يرثان بعلاقة السببية المورث لأنَّ أساس ميراثهما سبب واحد وهو عقد الزواج، لذلك الوارث إما أن يكون الزوج أو الزوجة ويستحل أن يجتمعا في مسالة واحدة لاستحالة وقوعه شرعا[3]. وفروض الزوجين كالتالي:

---

[1] محمد أبو زهرة ، أحكام التركات والمواريث ،(د.ط)، دار الفكر العربي، مصر،1963، ص.105.

[2] م.ع،غ.أ.ش،قرار رقم101444 مؤرخ 1993/12/21،إ.ق، ع2 ،1996، ص.203.

[3] محمد محده، المرجع السابق، ص. 103.

أولا: نصيب الزوج

إنَّ الزوج يرث في حالتين لا أكثر وهو من الورثة الذين لا يحجبون أبدا ولا يسقط عن التركة بسبب علاقته المباشرة بالمورث، فيرث النصف فرضا في حالة انعدام الفرع الوارث مطلقا(أي ذكر أو أنثي لا يهم الجنس) لزوجته سواء كان هذا الفرع مباشرا كالبنت أو غير مباشر كابن الابن، وسواء منه أو من زوج أخر و لو ابن زنا أو ملاعنا.

ومثال على هذه الحالة: توفيت زوجة وتركت زوج و أب وأم .

فللزوج: 2/1 لعدم وجود فرع وارث مطلقا و مهما نزل.

الأب: الباقي تعصيبا لعدم وجود فرع وارث.

ويرث الزوج في حالة ثانية الربع فرضا إذا وجد فرع وارث للزوجته مطلقا(ذكر أو أنثي) سواء منه أو من غيره من الزنا، ملاعنا فبوجوده يؤثر في نصيبه [1].

ومثال على هده الحالة: توفيت زوجة و تركت زوج و بنت

فالزوج يرث: 4/1 لوجود الفرع الوارث مطلقا.

البنت ترث: 2/1 لانفرادها و عدم وجود معصب.

والدليل على استحقاق الزوج للميراث من زوجته قواه تعالي:" **وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ**"[2].

ولقد نص المشرع الجزائري على هذه الأحوال في المواد 144الفقرة2 :" **الزوج ويستحق النصف من تركة زوجته بشرط عدم وجود الفرع الوارث لها**"و ما145الفقرة 2:"**أصحاب الربع اثنان وهما: الزوج عند وجود الفرع الوارث لزوجته.** ".

---

[1] محمد محده، المرجع السابق، ص.103-104.

[2] سورة النساء، الآية 12.

ثانيا : نصيب الزوجة

فكما للزوج الحق في أن يرث من مال زوجته فهي كذالك ترث من ماله في حالة وفاته ولا تحجب منه حجب حرمان أبدا لان علاقته به مباشرة، فترث الربع فرضا وذلك عند انعدام الفرع الوارث مطلقا مهما نزل كالابن وابن الابن وفي حالة تعدد الزوجات يقتسمن هذا الربع فيما بينهن بالتساوي.

ومثال ذالك: توفي زوج و ترك زوجة و أخ لأب .

فالزوجة ترث:4/1 لانعدام الفرع الوارث مطلقا .

أخ شقيق يرث: الباقي تعصيبا.

وترث الزوجة الثمن فرضا في حالة وجود الفرع الوارث مطلقا منها او من غيرها ، وفي حالة تعددهن يقسمنه بالتساوي[1].

ومثال ذالك: توفي زوج و ترك 4 زوجات و بنتين

فالزوجات يرثن : 8/1 لوجود الفرع الوارث مطلقا.

البنتان يرثن: 3/2 لأنهن جمع و بدون عاصب.

و الدليل من استحقاق الزوجة الميراث من زوجها قوله تعالى:"**وَلَهُنَّ اَلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَّمْ يَكُنْ لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ اَلثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ**"[2].

فنلاحظ إذن أن الشرع والقانون قد ساوى ما بين الزوج والزوجة (وما بين الرجل والمرأة ككل) في أصل التمتع في الحق و هو التوارث فيما بينهما، رغم أنّه في كل الحالات الزوج هو الذي يرث أكثر من الزوجة فهذا لا يعني مطلقا أن الشرع والقانون أرادا التقليل من شان المرأة أو أراد بذلك عدم المساواة ما بينهما .

---

[1] محده محمد، المرجع السابق، ص.106.

[2] سورة النساء ، الآية 12.

لأنَّه لما حددت أنصبة وفروض كلا من الزوجين تم مراعاة مبدأ العدالة في توزيع المسؤوليات بين الزوج والزوجة لان الزوج هو المكلف بالإنفاق على زوجته والأولاد و ليس الزوجة، فهي لا تكلف مطلقا بالإنفاق بل يبق نصيبها محفوظا تتصرف فيه كما تشاء و لمن تشاء بحرية و استقلالية ولو كان من الناحية الواقعية في وقتنا الحالي تساهم الكثير من الزوجات عاملات بالإنفاق فهذا أمر محمود من باب التعاون بينهما لتحمل أعباء الحياة إلا أنها ليست مطلقا مجبرة على ذلك [1].

---

[1] عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2010، ص. 67،68.

خـاتمــة

بعد تناولنا لموضوع المركز القانوني للمرأة في أحكام الأسرة مفصلا، من بداية الرابطة الزوجية مرورا بكل أحكامها من خطبة وزواج، و ما يترتب عنها من آثار قانونية مالية وغير مالية، وصولا إلى إنهائها بتبيان كل الطُّرق التي في يد الزّوجة (خلع وتطليق) مع عرض الآثار القانونية التي تنجم منها، توصلنا إلى النتائج الآتية:

_ المشرع الجزائري قد راعى في التعديل الجوانب المتعلقة بالمرأة كطرف متكافئ في عقد الزواج، مدعما بذلك مركزها القانوني مهما كانت صفتها مخطوبة أو زوجة أو مطلقة أو حاضنة وغير ذلك، وهذا بما يتماشى والدعوات المطالبة بالمساواة بين الرجل والمرأة في كل نواحي العلاقات ما بينهما .

– قام المشرع رفع سن الزواج إلى سّن التاسعة عشر سنة في حق الرجل والمرأة، وذلك حتى يعطي للمرأة الأهلية الكاملة كالرجل لإبرام عقد زواجها و لتباشر كافة تصرفاتها القانونية.

_ أصبح عقد الزواج يحكمه سلطان الإرادة وذلك سواء للرجل أو المرأة ،وسواء كانت راشدة أو قاصرة، اذ لا مجال لسلطة الإجبار من الولي عليهما معا باستثناء القيود المنصوص عليها في المادة 7 من ق.أ.ج.

– حقها في إدراج شروط في عقد زواجها بكل حرية مثل الزوج.

– لتحقيق التوازن والعدل داخل الأسرة وتوزيع الأدوار على قدم المساواة بين الزوجين، قام المشرع بالتوحيد في مجال الحقوق و الالتزامات الزوجية والمالية والعائلية (ما36).

– المشرع ساير التطورات العلمية فأخضع الزّوجين لتقديم شهادة طبية في عقد الزواج (ما7مكرر).

– وسع المشرع من طرق فك رباط الزّوجية للزوجة المتضررة من تلك الحياة الزوجية، فأصبح لها عشر حالات للتطليق بعد أنُ كانت سبعة.

– أبقى المشرع حق الأولوية في الحضانة للأم (امرأة) وإن كانت عاملة.

وبالرغم من الاهتمام والحماية التي أظهرها المشرع الجزائري بعد تعديله لأحكام قانون الأسرة المتعلقة بالمرأة والتي تكاد تنسجم إلى حد ما مع ما تنادي به المواثيق والاتفاقيات الدولية ذات الصلة بحقوق المرأة، وكذا أحكام الشريعة الإسلامية والتي أسفرت عن نتيجة هامة عززت وكرست مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة فيما يخص الحقوق الواردة في أحكام قانون الأسرة الجزائري، إلّا أنّه من الناحية

الواقعية والعملية تبق بعض الثغرات والنقائص التي يؤاخذ عليها المشرّع والّتي عليه أخذها بعين الاعتبار:

_ المشرع في موضوع عقد الزواج لم يحدد سن الأدنى للقاصرة المرخص لها بالزواج.

_ رغم توسيعه لحالات التطليق للزوجة إلا انه وضع أمامها عائق إثبات الضرر.

_ المشرع في المادة 74 من ق أ.ج ربط استحقاق الزوجة للنفقة بالدخول بها ولم يأخذ بعين الاعتبار تماطل هذا الزوج بالدخول بها أو الخلوة بها التي عمت بها البلوى.

_ المادة 54في الفقرة الثانية حدد المشرع أن وقت تقديم المقابل المالي للخلع في حالة عدم الاتفاق يكون وقت صدور الحكم وهذا إجحافا على المطلقة كان يكون صداقها وقت إبرام العقد محدد بقيمة قليلة ومع مرور الزمن– وهو الملاحظ في وقتنا الحالي–قد ارتفع.

وعليه يمكن القول أنّ المشرّع الجزائري في ما يخص موقع المرأة ما بين ثنايا أحكام قانون الأسرة في الإجمال قد وفق إلى حد كبير ومقبول في رفع وحماية مرّكزها القانوني خاصة بإدراجه لتعديلات على ق .أ.ج لسنة 2005 مست وارتقت بالمرأة نحو الأمام كما سارت عليه الشريعة الإسلامية، واستنتجنا من خلال ثنايا أحكام هذا القانون أنّ المرأة والرجل متساويان في الأحكام التي جاء بها هذا القانون كما تتطلبها التطورات و النداءات الدولية ،إلاّ أنّها تبقى غير كافية بسبب عدم الوضوح والغموض الذي يشوب أحكام هذا القانون، لذلك نخلص للتوصية الآتية:

– على المشرع تقييد نوعا ما من السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في مجال إيقاع التطليق ووضع تسهيلات للزوجة في مجال إثباتها للضرر.

وفي الأخير نخلص للقول أنّه رغم كل شيء الرجل يبقى رجل والمرأة تبقى امرأة خلقهما الله عزّ وجل على غير مساواة مطلقة وعلى اختلاف ما بينهما وهذا هو العدل في حقيقة الأمر، لأنّ هذا الاختلاف يعتبر اختلاف تكامل وضروري وليس اختلاف نقص حيث يعتبر سر التكامل بين الجنسين وسر المودة والرحمة ما بين الزوجين .

تمّ بحمد الله.

ملحق

❖ **القران الكريم**

❖ **كتب السّنة(الحديث)**

1. أبو داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبو داود، المكتبة العصرية، لبنان، دون سنة النشر.
2. أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن أبي ماجه، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع المملكة العربية السعودية،دون سنة النشر.
3. أحمد بن حنبل، المسند، الطبعة الأولى، دار الحديث، مصر ، 1995.
4. أحمد راتب عرموش، موطأ مالك، الطبعة الثامنة،دار النفائس، بيروت،1984.

❖ **الكتب**

1- إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، الزواج والفرقة وحقوق الأولاد،الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.
2- أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لا حدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارن ، دار الجامعة الجديدة، مصر،2010.
3- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام (الطلاق والحقوق الأولاد ونفقة الأقارب) ، دار الجامعة الجديدة للنش، مصر، 1998.
4- الرافعي سالم بن عبد الغني ،أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، الطبعة الأولى، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2002.
5- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1999.
6- ــ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الميراث والوصية،الجزء الثاني، الطبعة الخامس، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
7- ــ،أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفقا لآخر التعديلات ومدعم بالأحكام واجتهادات المحكمة العليا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
8- بن شويخ الراشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، دون سنة النشر.
9- تقي الدين ابن تيمية، أحكام الزواج، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 1988.

10- جانم جميل فخري محمد، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار حمد للنشر والتوزيع، الأردن،2009.

11- ديابي باديس، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، 2007.

12- ديابي باديس، أثار فك الرابطة الزوجية(تعويض-نفقة-عدة-حضانة-متاع بيت) ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2008.

13- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحابي الحقوقية، بيروت، 2002.

14- رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي هشام الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان ،دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، دون سنة النشر.

15- الزيباري عمر سعيد، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1997.

16- سمارة محمد، أحكام وآثار الزوجية(شرح مقارن لأحكام الأحوال الشخصية)، دار الثقافة للنشر، الأردن، 2008.

17- صقر نبيل، قانون الأسرة نصا و فقها وتطبيقا، دار الهدى للنشر والتوزيع ، الجزائر، 2006.

18- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري،دار الخلدونية، الجزائر، دون سنة نشر.

19- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996.

20- ــ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة الثانية، دار هومه للنشر والتوزيع ،الجزائر،2006.

21- عبد الله كريم فاروق،الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي(عقد الزواج وآثاره-الفرقة وآثارها وحقوق الأقارب)، دون دار النشر،العراق، 2004.

22- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، دار القلم للنشر، الكويت ، 1990.

23- عمر صالح الحافظ المهدي العزاوي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2010.

24- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة ، ط1 ، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.

25- قادر محمد خضر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، دراسة فقهية مقارنة، دون طبعة، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، الأردن،2010.

26- محمد أبو زهرة ،الأحوال الشخصية، دون طبعة،دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة النشر.

27- محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، دون سنة النشر، دار الفكر العربي، مصر، 1963 .

28- محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروطه صحته في الفقه الإسلامي، دون دار النشر، دون بلد النشر، دون سنة النشر.

29- محمد محده، التركات والمواريث دراسات مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، الطبعة الأولى، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر، 2004.

30- منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى،الجزائر ،2010.

31- مهلهل جاسم محمد، من قضايا الزواج الخطبة المهر زينة الشعر، الطبعة الثانية، دون دار النشر، دون بلد النشر، دون سنة النشر.

32- نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري وجديد، الطبعة الأولى، دار النشر ابن حزم، لبنان، 2003.

33- نواهضة اسماعيل أمين، أحمد محمد المومني، الأحوال الشخصية فقه النكاح، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع الطباع، الأردن، 2010.

34- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر ،دمشق،1985.

35- يحياوي أعمر، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائر، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2010.

❖ الرسائل والمذكرات

- ✓ محفوظ بن الصغير، *الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري*، رسالة دكتورة، كلية الحقوق، جامعة باتنة ،2008-2009،
- ✓ بن عيشوش فاطمة، *الحقوق الزوجية بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي*، رسالة ماجستير،كلية الحقوق، الجزائر،2004.
- ✓ لوعيل محمد لمين، *المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة*، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجزائر، 2004.
- ✓ بن مسعود يوسف، *الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري*، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، بشار،2007-2008.
- ✓ وعراب كريمة، *الخطبة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة*، كلية الحقوق،جامعة الجزائر،2006-2009.

الاتفاقيات الدولية

- ✓ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد النساء(اتفاقية 1979) المؤرخة في 18 ديسمبر 1979التي صادقت عليها الجزائر بتحفظ في 22 جانفي 1996.

❖ النصوص القانونية

1- قانون رقم 244/63 مؤرخ في 24 جوان 1963،متضمن السن الأدنى للزواج، ج.ر.ج.ج.ع 44 الصادرة في 2 يوليو 1963.

2-أمر رقم 59/75 مؤرخ 20 رمضان 1395، يتضمن قانون التجاري،ج.ر.ج.ج.ع 11 صادرة 19 ديسمبر 1975 معدل والمتمم.

3_ قانون رقم 11/84 مؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج.ع 24 الصادرة بتاريخ 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005، ج.ر.ع 15، الصادرة بتاريخ 2005/02/27.

4_ أمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 أكتوبر 1966، المتضمن ق.ع.ج، ج ر ع 49 صادرة بتاريخ 11 جوان 1966 المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 23/06 مؤرخ 2006/12/20،ج.ر.ج.ج.ع 81 صادرة بتاريخ 24 ديسمبر 2006 .

5_ أمر رقم 75–58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن قانون المدني المعدل و المتمم، ج.ر.ج.ج عدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975،المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 يونيو 2007،ج.ر.ج.ج عدد 31 صادرة بتاريخ 13 مايو 2007.

❖ المجلات

1-المجلات الفقهية

✓ محمد بن المدني بوساق،"مدى حق المرأة في إنهاء عقد النكاح بالخلع"، المجمع الفقهي الإسلامي،الدورة 8،دون بلد النشر، دون سنة النشر.

✓ محمد عبد الغفار الشريف،"الخلع و سلطة القاضي في إيقاعه"،المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 18، السعودية، 2006.

2-المجلات القضائية

✓ لمجلة القضائية، محكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية،العدد الرابع، قسم المستندات والنشر،1990.

✓ المجلة القضائية، محكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية، العدد الثالث، قسم المستندات والنشر،1992.

✓ مجلة قضائية،محكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الإجتهاد القضائي، العدد الثالث، قسم المستندات والنشر، 1992.

✓ نشرة القضاة، محكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية، العدد الثاني والخمسون، 1997.

✓ الاجتهاد القضائي ، محكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001.

✓ مجلة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قسم الوثائق والنشر،العدد الأول،2009.

الفـــهرس

العناوين **الصفحة**

مقدمـــة.....1
الفصل الأول: إنشاء الرابطة الزوجية والآثار المترتبة عليها.....4
المبحث الأول: إنشاء الرابطة الزوجية.....4
المطلب الأول: الخطبة.....5
الفرع الأول: تعريف الخطبة.....5
الفرع الثاني: شروط الخطبة.....6
أولا: يجب أن تكون هذه المرأة خالية من الموانع الشرعية.....7
ثانيا: أن لا تكون المرأة مخطوبة للغير.....7
الفرع الثالث: حق العدول عن الخطبة واثر ذلك.....8
أولا: حق العدول عن الخطبة.....8
ثانيا: اثر العدول عن الخطبة.....9
1-مسالة تعجيل المهر.....9
2-مسالة الهدايا.....10
3-مسالة التعويض عن الضرر المادي والمعنوي.....10
المطلب الثاني: الزواج.....12
الفرع الأول: الرضا كركن لعقد الزواج.....12
أولا : الرضا في الفقه الإسلامي.....12
ثانيا: الرضا في القانون.....14
الفرع الثاني: شروط عقد الزواج.....15
أولا: أهلية الزواج.....16
ثانيا: شرط الولي.....19
1-سلطة الولي في عقد زواج المرأة الراشدة.....19
2-سلطة الولي في عقد زواج القاصرة.....20
3-أثر تخلف شرط الولي.....21

ثالثا: شرط الإشهاد.....21
الفرع الثالث: الاشتراط في عقد الزواج.....22
أولا: القيود الواردة على الاشتراط في عقد الزواج.....23
ثانيا: حكم الشروط التي تنافي عقد الزواج والجزاء المترتب من جراء ذلك.....25
1-حكم الشروط التي تنافي عقد الزواج.....25
أ-الشروط التي تُبطِل عقد الزواج.....25
ب-الشروط التي تُبطَل ويبق عقد الزواج صحيحا.....25
2-الجزاء المترتب على عدم الوفاء بهذه الشروط.....26
المبحث الثاني: آثار إنشاء الرابطة الزوجية.....27
المطلب الأول:الحقوق المالية.....27
الفرع الأول: الصداق.....28
أولا: تعريف الصداق.....28
ثانيا: تقديم الصداق.....29
ثالثا: استحقاق الصداق.....29
رابعا: التصرف في الصداق.....31
خامسا:أثر تخلف الصداق في عقد الزواج.....31
الفرع الثاني:النفقة.....32
أولا: مشتملات النفقة.....34
ثانيا:ما يراعى في تقدير النفقة.....34
ثالثا:الحكم المترتب من امتناع الزوج من تسديد النفقة للزوجة.....34
الفرع الثالث:الذمة المالية للزوجة.....35
المطلب الثاني:الحقوق غير المالية.....37
الفرع الأول:الحقوق غير المالية في الفقه الإسلامي.....38
أولا: حقوق الزوجة على زوجها.....38
1-العدل بين الزوجات.....38
2-عدم الإضرار بالزوجة.....38

ثانيا:الحقوق المشتركة.....39
1-معاشرة بالمعروف كل من الزوج للأخر.....39
2- حق استمتاع كل من الزوجين بالآخر.....40
الفرع الثاني:الحقوق غير المالية في قانون الأسرة الجزائري.....41
أولا:التشاور على تسير شؤون الأسرة وتباعد الولادات.....41
ثانيا:حسن معاملة الأقارب والوالدين.....42
ثالثا:التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.....44
الفصل الثاني: إنحلال الرابطة الزوجية والآثار المترتب عليها.....44
المبحث الأول: إنحلال الرابطة الزوجية.....45
المطلب الأول:التطليق.....45
الفرع الأول:حالات التطليق.....46
أولا: التطليق للعيوب.....47
ثانيا: التطليق لحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الاسرة ويستحيل معها مواصلة
العشرة والحياة الزوجية.....49
ثالثا: التطليق للغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.....50
رابعا: التطليق للشقاق.....51
خامسا:التّطليق لكل ضرر معتبر شرعا.....53
الفرع الثاني: الفرق بين التطليق والطلاق.....54
أولا: من حيث الهدف.....54
ثانيا: من حيث السلطة التقديرية للقاضي وإرادة الزوجين.....54
ثالثا: من حيث الآثار.....55
المطلب الثاني: الخلع.....55
الفرع الأول: الحكمة من تشريع الخلع وطبيعته.....56
أولا: الحكمة من تشريع الخلع.....56
ثانيا: طبيعة الخلع.....57
الفرع الثاني: إرادة الزوج في إيقاع الخلع.....57

الفرع الثالث: الفرق بين الطلاق التعسفي والخلع.....59
المبحث الثاني: آثار فك الربطة الزوجية.....60
المطلب الأول: الحضانة.....60
الفرع الأول: أصحاب الحق في الحضانة.....61
الفرع الثاني: شروط الحاضن.....62
الفرع الثالث: نفقة المحضون وسكن الحاضنة.....64
أولا: نفقة المحضون.....64
ثانيا: سكن الحاضنة.....64
المطلب الثاني: الميراث.....65
الفرع الأول: أسباب التوارث.....66
الفرع الثاني: فروض الزوجين.....67
أولا:نصيب الزوج.....68
ثانيا:نصيب الزوجة.....69
خاتـــمة.....71
المـــلاحق.....73
قائمة المراجع.....74
الفهـرس.....79