**مقياس: قانون الأسرة. السنة الثانية جذع مشترك**

 **الأستاذ: علي عمارة**

**المحور الأول: مفهوم قانون الأسرة.**

**أولا- مفهوم قانون الأسرة:** قانون الأسرة أو قانون الأحوال الشخصية كما يطلق عليه في باقي الدول العربية، ويقصد به جملة العلاقات والأوضاع التي تكون بين الإنسان وأفراد أسرته، وما يترتب على هذه العلاقات من آثار قانونية.

ولقد نظمت الدول العربية قانون الأحوال الشخصية ضمن القانون المدني باعتباره يحوي الأحوال العينية والأحوال الشخصية، أما المشرع الجزائري فقد جعل له قانونا خاصا سماه "قانون الأسرة" بالنظر إلى الأحكام الواردة فيه، وباعتبارها مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية.

ومصطلح الأحوال الشخصية لم يكن معروفا في الفقه القانوني سابقا، ولا في الفقه الإسلامي، فهو مصطلح أتى به الفقه الإيطالي في القرنين الثاني عشر والثالث عشر للميلاد، بينما يقسم الفقه الإسلامي الأحكام إلى أحكام عبادات وأحكام معاملات، ويجعل الأحكام المتعلقة بالأسرة ضمن القسم الثاني.

**ثانيا- تطور قانون الأسرة:**

ظل القضاء في البلاد العربية والإسلامية يعتمد على أحكام الفقه الإسلامي في مختلف مجالات الحياة خاصة منها ما تعلق بالأحوال الشخصية، ورغم ما أصاب العالم العربي والإسلامي من نكبات، وامتداد استعماري استيطاني بغيض فقد ظل قانون الأحوال الشخصية بعيدا عن سيطرة المحتل رغم المحاولات العديدة والمتكررة والجهود المضنية.

وقد أدى اتصال العالم العربي بالغرب إلى انفصال قضايا الأحوال الشخصية عن بقية المنظومات القانونية الأخرى بالنظر إلى تأثرها الشديد بأنظمتها القانونية المختلفة.

غير أن الشعوب الإسلامية حرصت على إبقاء أحكام الأسرة في نطاق أحكام الشريعة الإسلامية، وهو ما أدى إلى ظهور مصطلح القضاء الشرعي أو الإسلامي تمييزا له عن القضاء المدني الذي استسلم إلى المنظومة القانونية للاحتلال الغربي، وقد واكب ظهور قوانين الأحوال الشخصية في العالم العربي استقلال هذه الدول عن الاستعمار في الغالب.

وقد سعت فرنسا بكل قواها إلى دمج مجال الأحوال الشخصية ضمن منظومتها القانونية التي زحفت بها على قيم وأعراف المجتمع الجزائري، وتمثلت خاصة في:

1. قانون 02 ماي 1930 المتعلق بالخطبة وسن الزواج.
2. مرسوم 19 ماي 1931 المتعلق بالحالة القانونية للمرأة الجزائرية.
3. الأمر 23 نوفمبر 1944 المتعلق بتنظيم القضاء الإسلامي.
4. قانون 11 جويلية 1957 المتعلق بأحكام المفقود والوصاية والحجر وكيفية إثبات الزواج.
5. الأمر 17 سبتمبر 1959 المتعلق بتنظيم الزواج وانحلاله في الجزائر.

وقد سعت الجزائر بعد استقلالها إلى تنظيم مجال قانون الأحوال الشخصية، فأبقت في البداية القضاء المتعلق بالأسرة وفق النظام المعمول به في المرحلة الاستعمارية سدا للفراغ التشريعي وذلك وفقا للقانون رقم: 62-157 الصادر في: 31/12/1962 الذي نص على ضرورة استمرارية العمل بالقانون الفرنسي فيما عدا مواده الاستعمارية العنصرية، أو المخالفة للحقوق والحريات العامة.

وقد صدر في: 29 جوان 1963 القانون المتعلق بتنظيم سن الزواج وإثبات العلاقة الزوجية، كما صدر في: 23 جوان 1966، ثم 16 سبتمبر 1969، ثم في: 22 سبتمبر 1971 أوامر خاصة بكيفية إثبات الزواج.

وقد ألغى المشرع الجزائري بمقتضى الأمر الصادر في: 05 جويلية 1973 العمل بالقوانين الفرنسية الداخلية، وفي: 09 جوان 1984 صدر القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، وقد تم تعديله بالأمر رقم: 05-02 المؤرخ في: 27 فيفري 2005.

**ثالثا- مميزات قانون الأسرة:**

لقانون الأسرة الجزائري خصوصيات ومميزات يمكن إجمالها فيما يلي:

1. شموله لصنفين من الأحكام:

الصنف الأول: أحكام متعلقة بنظام الأسرة وما يرتبط بها من أحكام الزواج والطلاق والأهلية والحجر والنيابة الشرعية والوصاية على الصغير.

الصنف الثاني: أحكام متعلقة بمسائل مالية ولكنها تقوم على فكرة التصدق المندوب إليه شرعا على أساس أنها تحوي عنصرا دينيا ذا أثر في تقرير حكمها، وقد جاءت مواده مقسمة على النحو التالي:

الكتاب الأول: الزواج وانحلاله.

الكتاب الثاني: النيابة الشرعية.

الكتاب الثالث: الميراث.

الكتاب الرابع: التبرعات– الوصية– الهبة– الوقف.

1. اعتماده على الشريعة الإسلامية في مواده، وإحالته على أحكامها فيما لم ينص عليه، وهذا في المادة 222 منه إذ تنص على أنه: "كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".
2. عدم التقيد بمذهب فقهي إسلامي معين، حيث لم يقتصر على المذهب المالكي السائد في المغرب العربي، بل توسع في اختياراته إلى سائر المذاهب وأقوال الفقهاء، وهذا المنهج في عمومه أوفق مراعاة لما هو أصلح للمجتمع الجزائري وواقعه الاجتماعي المتغير.
3. النص على تطبيق القانون على كل المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم من المقيمين في الجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني، إذ تنص المادة 221 منه على أنه: "يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني".
4. اعتباره النيابة العامة طرفا أصليا في جميع دعاوى الأحوال الشخصية إذ تنص المادة 03 مكرر من الأمر 05-02 على أنه: "تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون". وهو ما يتطلب تبليغ الدعوى من المدعي وإلا كانت دعواه مآلها الرفض شكلا.

**المبحث الأول: الخطبة.**

تستمد الخطبة أهميتها من أهمية عقد الزواج الذي وصفه الله تعالى بالميثاق الغليظ قال تعالى: **"وأخذن منكم ميثاقا غليظا".** سورة النساء، الآية: 21.

**المطلب الأول: الخطبة شرعا وقانونا ومشروعيتها.**

الخطبة بكسر الخاء هي طلب الزواج، أما بضمها – أي الخطبة– فهي الكلام الذي يلقى.

**أما الخطبة شرعا** فقد عرفها الفقهاء على أنها: "إلتماس التزويج". ذلك أن خطبة الرجل للمرأة هي إلتماس منه إلى أهلها لتزويجها إياه.

وعرفها وهبة الزحيلي بقوله: "هي إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة وإعلام المرأة أو وليها بذلك".

**أما قانونا:** فقد عرفت **المادة 05** من قانون الأسرة الجزائري الخطبة كما يلي: **"الخطبة وعد بالزواج".** وهو ما اعتمده بعض الشارحين لقانون الأسرة الجزائري حيث عرفها بأنها "وعد بالتزويج"، وهذا في الحقيقة ليس من قبيل التعريف، ولكنه بيان للصفة الشرعية والقانونية للخطبة.

فالخطبة في الحقيقة تمر بمرحلتين، مرحلة أولى تقتصر على مجرد الطلب والالتماس، ومرحلة ثانية يحدث فيها القبول والتراكن، وهي ما يمكن تعريفه بالوعد.

**المشروعية:** تستمد الخطبة مشروعيتها في الشريعة من نصوص كثيرة أهمها قوله تعالى: **"ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء".** سورة البقرة، الآية: 235. فإن رفع التأثيم يدل على المشروعية عموما.

وقوله –صلى الله عليه وسلم- "إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عظيم". ( رواه الترمذي ).

ولهذا فقد اعتبرها الفقهاء مستحبة قبل انعقاد الزواج، لأنها أحرى لدوام العشرة، وحتى تكون مهلة ليتأكد كل منهما من صدق رغبته وصدق رغبة الآخر، ومن الإمكانية الواقعية لهذا الإرتباط.

**المطلب الثاني: طبيعة الخطبة شرعا وقانونا.**

**أولا: الطبيعة الشرعية للخطبة:**

يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الخطبة ليس لها صفة عقدية وهذا بناء على أن الشارع لم يرتب عليها أي أثر من آثار عقد الزواج، بل فصل بينهما فصلا تاما من حيث الحقيقة الشرعية.

ومن أدلة ذلك:

* أن الخطبة لا يثبت بها أي حق من الحقوق الزوجية، ولا يثبت بها نسب لأن ذلك لا يكون إلا بالعقد.
* أن ما أبيح النظر إليه من المخطوبة ورد استثناء من أصل تحريم النظر للأجنبية فيجوز النظر إلى الوجه والكفين.

**ثانيا: الطبيعة القانونية للخطبة.**

لا تتمتع الخطبة بأية قوة إلزامية للطرفين ولو طال أمدها، لأن القانون أقر لها صفتها الشرعية: وهي كونها مجرد وعد بالزواج مع أحقية كل طرف في العدول دون حاجة إلى بيان مبرر له، بحيث لا يتحمل لمجرد عدوله أية تبعة قانونية، إذ تنص **المادة 05** من قانون الأسرة الجزائري على أن: **"الخطبة وعد بالزواج. يجوز للطرفين العدول عن الخطبة".**

وعلى هذا فإن الخطبة لا تتمتع بأية قوة إلزامية بالنسبة للطرفين ولو طال أمد تراكنهما، أو صبت في قالب رسمي شكلي، ذلك لأن القانون لم يرق بها إلى مرتبة العقد.

بل أقر لها صفتها الشرعية وهي مجرد وعد بالزواج من الطرفين مع أحقية العدول والتراجع عنها ورفض إبرام عقد الزواج.

وقد أكد المشرع ذلك في **المادة 06** من قانون الأسرة **"إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا".**

لأن الفاتحة عادة ما تقترن بالخطبة ويكون الغرض من قراءتها التبرك.

الفقرة الثانية من **المادة 06** من قانون الأسرة. **"غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من هذا القانون".**

**المطلب الثالث: آثار العدول عن الخطبة.**

الخطبة مجرد وعد بالزواج مع أحقية كل طرف في العدول دون حاجة إلى بيان مبرر العدول، بحيث لا يتحمل لمجرد عدوله أية تبعة قانونية بناء على القاعدة **"الجواز ينافي الضمان".**

وتظهر **آثار العدول** عن الخطبة في: الأضرار **المادية والمعنوية.**

**شرعا:** إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر لأحد الخطيبين فإنه يتنازع مسألة إمكانية الحكم بالتعويض وجهان:

الوجه الأول: جواز العدول عن الخطبة ينافي الحكم بالتعويض.

الوجه الثاني: أن الضرر اللاحق بسبب العدول في حال سوء استعمال الحق فيه داخل في القاعدة الشرعية **"لا ضرر ولا ضرار".** لأنه تجاوز لحدود الجواز.

ويرى الشيخ **محمد أبو زهرة** أن: "العدول يستوجب تعويضا إذا ترتب عنه ضرر مادي فقط، أما الضرر المعنوي فلا يعوض".

**قانونا:** نصت **المادة 05** من قانون الأسرة الجزائري في الفقرة الثالثة منه على أنه: **"إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض".**

إلا أنه يشترط إعمالا لقواعد الشريعة الإسلامية ولقواعد المسؤولية التقصيرية أن يكون للعادل دخل في الضرر الذي لحق الآخر بسبب عدوله.

الفقرة الرابعة من **المادة 05** من (ق.أ) : **"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 هدايا أو قيمته".

**المبحث الثاني: تكوين عقد الزواج وإثباته.**

إذا تم عقد الزواج فقد انتهى الحديث عن مرحلة الخطبة التي تعتبر مجرد تمهيد له، وبوجوده تنتهي جميع آثارها سواء الشرعية أم القانونية.

**تعريف الزواج لغة:** يعرف الزواج في اللغة بأنه مطلق الاقتران والارتباط، ومنه قوله تعالى: "وإذا النفوس زوجت". سورة التكوير، الآية: 07. أي قرنت بأبدانها.

وقوله تعالى: "احشروا الذين ظلموا وأزواجهم" سورة الصافات، الآية: 22. أي قرناءهم في العمل والمصير.

**أما اصطلاحا:** فقد عرفه الإمام محمد أبو زهرة بقوله: "عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يقتضيه الطبع الانساني وتعاونهما مدى الحياة ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات".

وهو تقريبا نفس ما جاء به قانون الأسرة الجزائري في **المادة 04** منه: **"الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".**

وهو بهذا التعريف يركز على كون الزواج عقدا رضائيا ليستبعد كل أشكال الإجبار والإكراه، كما يؤكد على شرعية العلاقة ومقاصدها متمثلة في تكوين الأسرة وإحصان الزوجين ومنع إختلاط الأنساب المفضي إلى ضياعها.

**المطلب الأول: ركن الرضا في عقد الزواج.**

اعتبر المشرع الجزائري في **المادة 09** من قانون الأسرة أن الركن الوحيد للزواج هو الرضا حيث تنص على أنه: **"ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"،** بينما اعتبر باقي عناصر العقد شروطا، وهو ما ورد في **المادة 09 مكرر** حيث تنص على أنه: **"يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:**

* **أهلية الزواج.**
* **الصداق.**
* **الولي.**
* **الشاهدان.**
* **انعدام الموانع الشرعية للزواج".**

ولهذا ستنعرض لهذه العناصر تباعا.

**أولا: ركن الرضا في عقد الزواج:**

إذا كان الرضا ركنا جوهريا في كل عقد، فمن باب أولى أن يكون ذلك في عقد الزواج وهو رباط بالغ الأهمية، وقد نص (ق.أ.ج) في **المادة 04** منه على أن: **"الزواج عقد رضائي".**

 كما نص في **المادة (09)** على أنه: **"ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".** ولما كانت آثار عقد الزواج الاجتماعية تتجاوز في نظر الشريعة عادة إطار الزوجين، خاصة جانب المرأة، فقد تراوحت نصوصها بين جعل الولي شريكا في الرضا مع الزوجة في أحوال قليلة، والاكتفاء غالبا برضا الزوجين على أساس أنهما طرفا العقد الحقيقيين.

**1: الرضا المعتبر في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.**

لم يختلف فقهاء الإسلام في اعتبار رضا الزوج البالغ، إذ هو ولي نفسه، وكذا الثيب**[[1]](#footnote-1)** البالغ فلا رضا إلا رضاها، إلا أنهم اختلفوا في رضا البكر**[[2]](#footnote-2)** البالغ، فرأى الحنفية أن الرضا المعتبر هو رضاها فقط، واشترط المالكية والشافعية والحنابلة رضا الولي أيضا متمثلا في الأب أو الجد.

**2: في قانون الأسرة الجزائري:**

 فقد اعتبر المشرع رضا الزوجين هو الركن الوحيد في الزواج، حيث نصت **المادة 09** منه على أنه: **"ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"،** وأدرجها تحت عنوان أركان الزواج.

ولقد أنهى قانون الأسرة الجزائري أي دور للولي في مسألة الرضا بغض النظر عن كونه أبا أو جدا أو غيرهما، وقد وضحت **المادة 11** منه أن المرأة الراشدة هي من تتولى إبرام عقد زواجها، ولها أن تختار من تشاء من الأولياء، فقد نصت هذه المادة على أنه: **"تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره".**

كما اشترط القانون لزواج القصر إذنا قضائيا بنص **المادة 07** منه، ومتى حصلت القاصر عليه، فإن قانون الأسرة يمنع الولي من أن يجبرها على الزواج، حيث تشترط **المادة 13** موافقتها لإبرام الولي له، فتنص على أنه: **"لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها".**

**ثانيا: الصيغة في عقد الزواج.**

1. **في الفقه الإسلامي:**

إتفق فقهاء الإسلام على أن لفظي "الزواج" و "النكاح" ينعقد بما يصاغ منهما لفظا الإيجاب والقبول لأنهما اللفظان الموضوعان شرعا للدلالة على هذا العقد، وهما المستعملان في أكثر نصوص القرآن والسنة.

ومنعوا إنعقاد الزواج بغير ما يصاغ من هذين اللفظين، وزاد المالكية كل لفظ يدل على التمليك كألفاظ "المنح" و "الهبة" و التمليك" بشرط اقترانها بذكر المهر ليكون قرينة على إرادة الزواج من هذه الألفاظ.

1. **الصيغة اللفظية في قانون الأسرة الجزائري:**

 إختار المشرع الجزائري رأي الأحناف في مسألة الصيغة اللفظية في عقد الزواج، فنص في **المادة 10** منه على أنه: **"يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا".**

ملاحظة: ألغى المشرع المادة 20 التي كانت تنص على إمكانية إبرام عقد الزواج بالوكالة، إذ كانت تنص على أنه: "يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة".

**ثالثا: شروط عقد الزواج.**

وقد نصت عليه **المادة 09 مكرر** من قانون الأسرة الجزائري بما يلي: **"يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:**

* **أهلية الزواج.**
* **الصداق.**
* **الولي.**
* **الشاهدان.**
* **انعدام الموانع الشرعية للزواج".**

**المطلب الثاني: شرط الأهلية في قانون الأسرة الجزائري.**

نصت المادة 07 من (ق.أ.ج) على أنه: **"تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.**

**يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".**

وحد المشرع الجزائري سن الأهلية وهو 19 سنة للرجل والمرأة، وهو نفسه سن الأهلية في القانون المدني، وبالتالي أنهى التناقض الموجود سابقا حيث كان يجيز للمرأة الزواج في سن 18 سنة، أي دون سن الرشد في القانون المدني.

نص المشرع على اكتساب القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات، وهو ما لم يكن موجودا قبل تعديل 2005 بالأمر 05-02، إذ لا يعقل أن يمنح القاصر إذنا بالزواج، ثم لا يمنح أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار الزواج.

**المطلب الثالث: شرط الصداق في عقد الزواج.**

يعرف الصداق في الفقه الإسلامي بأنه المال الذي أوجبه الشرع على الزوج وجعله حقا للزوجة، كما عرف بأنه ما يجعل للمرأة في نظير الزواج منها.

وهو واجب على الزوج وحق للزوجة بأدلة كثيرة أهمها قوله تعالى: **"وآتوا النساء صدقاتهن نحلة"** سورة النساء، الآية: 04 ... نحلة: بمعنى هدية.

وقوله – صلى الله عليه وسلم- "إلتمس ولو خاتما من حديد" متفق عليه.

أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فقد اختار المشرع اعتباره هدية في تعريفه للمهر وعبر عنه بكونه نحلة فقد نصت **المادة 14** منه على أن: **"الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كيف تشاء".**

أما في **المادة 15** منه فقد نصت على: **"يحدد الصداق في العقد، سواء كان معجلا أو مؤجلا".**

**"في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل".**

وعلى هذا الأساس فإن تم عقد الزواج **دون صداق بالإتفاق على إسقاطه** مع وجود الشروط الأخرى، فإنه **يفسخ** قبل الدخول و**يثبت** بعده بصداق المثل أخذا برأي المالكية.

* **موجبات الصداق في قانون الأسرة الجزائري:**

وهو ما جاءت به **المادة 16** من (ق.أ.ج) حيث نصت على الآتي: **"تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول".**

ومعنى ذلك أن الزوجة تستحق **المهر كاملا** بالدخول بها من قبل زوجها وهو ما يعرف بالبناء، وتستحق **المهر كاملا** كذلك بعد العقد وقبل الدخول بوفاة الزوج.

أما في حالة طلاقها بعد العقد وقبل الدخول بها فإنها تستحق **نصف المهر فقط** لقوله تعالى: "وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة فنصف ما فرضتم". سورة البقرة، الآية: 237.

**المطلب الرابع: شرط الولي في عقد الزواج.**

**أولا: الولاية في عقد الزواج في الفقه الإسلامي:**

الولاية في اللغة هي النصرة والتأييد، والولاية في عقد الزواج هي القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذا دون التوقف على إجازة أحد، ويعرف الولي بأنه: "من يتولى عن المرأة إبرام عقد الزواج".

وقد اختلف الفقهاء في ثبوت الولاية على قولين:

* المالكية والشافعية والحنابلة: ليس للمرأة أن تتولى عقد زواج نفسها أو غيرها.
* الحنفية: يجوز للمرأة العاقلة البالغة أن تباشر عقد زواجها بنفسها ويستحب مباشرته من طرف الولي.

 ويعتبر جمهور الفقهاء تخلف ركن الولي سببا لبطلان عقد الزواج، أما الأحناف فالعقد عندهم صحيح لأن الولي لا يعد ركنا ولا حتى شرطا في عقد الزواج.

**ثانيا: الولاية في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري:**

يتضح منهج قانون الأسرة الجزائري في التعامل مع عنصر الولي كما يلي:

1. **من حيث طبيعة عنصر الولي:**

اعتبر المشرع في المادة 09 مكرر من الأمر 05-02 المتضمن (ق.أ.ج) الولي شرطا من شروط عقد الزواج وليس ركنا، لأنه قصر الأركان على ركن واحد فقط وهو الرضا، وهو بذلك قد خالف رأي جمهور الفقهاء الذين يعتبرون الولي ركنا في عقد الزواج لقوله – صلى الله عليه وسلم- "لا نكاح إلا بولي"، كما خالف رأي الأحناف الذين لم يعتبروه لا ركنا ولا شرطا.

1. **من حيث مباشرة العقد:**

ميز قانون الأسرة الجزائري بين المرأة الراشدة والقاصرة، حيث قصر دور الولي على حضور مجلس العقد، بينما تباشر هي العقد بنفسها، وهو ما نصت عليه **المادة** 11/1 بقولها: **"تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها".**

أما بالنسبة للقاصرة فإن الولي هو الذي يباشر العقد، وهو ما نصت عليه **المادة** 11/2 **"...يتولى زواج القصر أولياؤهم".**

1. **من حيث تحديد الأولياء وترتيبهم:**

يميز قانون الأسرة الجزائري بين المرأة الراشدة والقاصرة، فبالنسبة للراشدة ليس هناك تحديد ولا ترتيب للأولياء، وهو ما ورد في **المادة** 11/1 **"تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أي شخص تختاره".**

ومن ثم فلها أن تختار من تشاء ليكون وليا لها.

أما القاصرة فقد حدد القانون الأولياء، وهم الأب ثم أحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له، وهم مرتبون وفق ما ورد في **المادة** 11/2 التي تنص على أنه: **"يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".**

1. **من حيث علاقة الولي بركن الرضا:**

ليس لولي المرأة الراشدة دخل في مسألة الرضا، لأن الزواج عقد رضائي، ولأنها تباشر العقد بنفسها، أما بالنسبة للقاصر فإن الولي لا يملك إجبارها على الزواج.

1. **من حيث أثر تخلف عنصر الولي على صحة العقد:**

نصت **المادة** 33/2 من (ق.أ.ج) على أنه: **"إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".**

**المطلب الخامس: شرط الإشهاد في عقد الزواج.**

تشريع الإشهاد في عقد الزواج كان لغاية إثباته عند التجاحد، وكذا لإعلان الزواج تمييزا له عن العلاقات غير المشروعة.

**أولا: حكم الاشهاد في عقد الزواج.**

1. حكم الاشهاد في عقد الزواج في الفقه الإسلامي:

اتفق الفقهاء على وجوب الشهادة في الزواج ثم اختلفوا في حقيقتها بالنسبة للعقد على النحو التالي:

جمهور الفقهاء ذهبوا إلى أن الشهادة شرط لصحة عقد الزواج، فتلزم حين إجراء العقد ليسمع الشهود الإيجاب والقبول عند صدورهما من المتعاقدين، فإن تم العقد بدون الشهادة وقع فاسدا بدليل قوله: - صلى الله عليه وسلم– "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل".

أما المالكية فقد رأوا أن الشهادة شرط لنفاذ عقد الزواج.

1. حكم الاشهاد في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري.

اعتبر المشرع الجزائري الشهادة شرطا من شروط العقد في المادة: 09 مكرر تغليبا لرأي الجمهور، وهذا الاختيار أفضل من حيث إثبات العقد وما تم فيه من إتفاق على الصداق والشروط.

ومن الناحية العملية فإن الموثق أو ضابط الحالة المدنية لا يسجل العقد إلا بحضور شاهدين لنص **المادة** 18 من (ق.أ.ج) **"يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 09 و 09 مكرر من هذا القانون".**

**المطلب السادس: شرط انعدام الموانع الشرعية في عقد الزواج.**

وقد تضمنها الفصل الثاني من قانون الأسرة المعنون ب: موانع الزواج، حيث نصت **المادة 23** منه: "يجب أن يكون كلا من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة".

**المادة 24:** موانع النكاح المؤبدة هي:

* القرابة.
* المصاهرة.
* الرضاع.

**المادة 25:** المحرمات بالقرابة هي:

الأمهات، والبنات، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت.

**المادة 26:** المحرمات بالمصاهرة هي:

1. أصول الزوجة بمجرد العقد عليها.
2. فروعها إن حصل الدخول بها.
3. أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علوا.
4. أرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا.

**المادة 27:** يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب.

**المادة 30:** يحرم من النساء مؤقتا:

المحصنة. – المعتدة من طلاق أو وفاة. – المطلقة ثلاثا.( التحريم يخص زوجها المطلق ).

كما يحرم مؤقتا:

* الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع.
* زواج المسلمة من غير المسلم.

**المادة 34:** كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء.

**المبحث الثالث: آثار عقد الزواج.**

الزواج كغيره من العقود الثنائية الالتزام ينشئ التزامات متبادلة بين الطرفين أشارت إليها كثير من النصوص مثل قوله تعالى: "ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف". سورة البقرة، الآية: 228.

إضافة إلى أن للزواج آثارا تتجاوز حقوق الزوجين، كإثبات النسب الذي يعتبر ابتداء حقا للولد، وقد نص المشرع الجزائري في نص **المادتين 36 و 37** على الحقوق الزوجية، كما تضمنت نصوص أخرى حقين مهمين أحدهما للزوجة وهو **حق النفقة** والآخر للزوج وهو **حق التعدد**، وقد تم تنظيم هذين الحقين بشكل دقيق، كما اهتم بمسألة إثبات النسب وأفرد لبيان الطرق التي يثبت بها نصوصا خاصة، ويمكن بيان ذلك على النحو التالي:

**المطلب الأول: حق الزوجة.**

**أولا: تعريف النفقة وحكمها.**

 تعرف النفقة في اللغة بأنها الإخراج ولا تستعمل إلا في خير، وتعرف اصطلاحا بأنها كفاية الزوج لزوجته في ضرورات الحياة، وتشمل ضروريات الحياة: المأكل، الملبس، المسكن، والعلاج، وهو ما نصت عليه **المادة** **(78ق.أ.ج).**

وهي واجبة شرعا، وحق قانوني للمرأة بنص **المادة (74 ق.أ.ج)** التي تنص على أنه: **" تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها ببينة".**

ومن أدلتها الشرعية قوله تعالى: **"أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم".** سورة الطلاق، الآية: 06.أي اتخذوا لهن مساكن بحسب قدرتكم، وقوله تعالى: **"وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف".** سورة البقرة، الآية: 233.

وقوله –صلى الله عليه وسلم- لهند زوج أبي سفيان **"خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف".** لما قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم.

ويشترط للمطالبة بالنفقة أن لا يمر على وجوبها سنة لنص **المادة 80 (ق.أ ج)** على أنه: **"تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى، وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى".**

**ثانيا: تقدير النفقة.**

المتتبع لنصوص الشريعة يدرك أنها راعت أمرين أساسيين وهما: حال اليسر والعسر.

1. **حال اليسر واليسر:** وهو المعنى المفهوم من قوله تعالى: **"لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله، لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا".** سورة الطلاق. الآية:07.

وقوله تعالى: **"اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم".** أي اتخذوا لهن مساكن مما تستطيعون.

1. **حد الكفاية من الضروريات:** وهو المعنى المفهوم من الحديث المتفق عليه: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف".

وهو ما نص عليه المشرع الجزائري على اعتبار حال الزوجين في تقدير النفقة في نص **المادة 79** (ق.أ.ج) **"يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".**

كما نصت على الضروريات التي يتعلق بها تقدير النفقة وهي: الغذاء، الكسوة، نفقات العلاج، السكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

وتستحق الزوجة حق الإنفاق عليها بالدخول بها أو بدعوتها للزوج لذلك كما نصت عليه **المادة 74** من قانون الأسرة "**تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها ببينة".**

**المطلب الثاني: حق التعدد.**

أقر المشرع الجزائري مبدأ التعدد في نص **المادة 08** من ق.أ.ج إذ تنص على أنه: **"يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل".**

وقد قيد المشرع الجزائري استعمال حق التعدد بشروط نص عليها في المادة 08 وهي:

1. أن يكون التعدد في حدود الشريعة الإسلامية (عدم تجاوز أربع زوجات).
2. أن يوجد مبرر شرعي للتعدد، وهو محل تقدير من القاضي.
3. أن تتوفر شروط ونية العدل.
4. أن يخبر الزوج الزوجة الحالية والزوجة اللاحقة برغبته في التعدد.
5. أن توافق الزوجة الحالية واللاحقة على التعدد.
6. أن يحصل الزوج على ترخيص من رئيس المحكمة بعد استيفاء الشروط المذكورة سابقا.

وقد منح المشرع للزوجتين الحالية واللاحقة حق طلب التطليق حال التدليس (نص المادة 08 مكرر).

**المطلب الثالث: ثبوت النسب.**

من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية في الزواج المحافظة على الأنساب ومنع اختلاطها محافظة على كيان الأسرة كخلية أساسية لتكوين المجتمع.

وقد نصت **المادة 40** من (ق.أ.ج) على أنه: **"يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون.**

**يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".**

المادة 41: **"ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".**

وقد استقر الاجتهاد القضائي على أن **مدة نفي الحمل** لا تتجاوز **ثمانية (08) أيام من العلم به.**

المادة 42: **"أقل مدة الحمل ستة (06) أشهر وأقصاها عشرة (10) أشهر".**

المادة 43: **"ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة".**

**المبحث الرابع: الطلاق وآثاره.**

اعترفت غالب الشرائع سماوية كانت أو أرضية بشرعية الطلاق على خلاف بينها في إطلاق الإرادة في إيقاعه أو تقييدها، وقد نظر الإسلام إلى الطلاق نظرة واقعية، فكرهه لما فيه من إنهاء العلاقة الزوجية وهدم الكيان المادي للأسرة، وهو ما يفهم من الحديث الشهير قوله – صلى الله عليه وسلم- **"أبغض الحلال عند الله الطلاق".**

ولكن لم يحرمه وهذا لاحتمال كونه دفعا لضرر مستديم غالب، وإنهاء لعلاقة انهارت فيها كل الأسباب والعوامل المعنوية، وهو ما يفهم من الآية الكريمة التي جاء فيها **قوله تعالى: "وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته".** سورة النساء، الآية: 130.

**المطلب الأول: تعريف الطلاق وتمييزه عن الفسخ.**

**أولا: تعريف الطلاق:**

الطلاق في اللغة هو حل القيد والرابطة حسية كانت أو معنوية.

أما شرعا فقد عرف تعريفات عديدة منها:

1. **"إنهاء الرابطة الزوجية":** يؤخذ على هذا التعريف أنه لا يشمل حالة الطلاق الرجعي، إذ تستمر الرابطة الزوجية حكما حتى نهاية العدة.
2. **"نقصان حل الطلاق بلفظ مخصوص":** وهذا على اعتبار أن إيقاع الطلاق ينقص من حق الزوج في عدد التطليقات الممنوحة له، ويؤخذ على هذا التعريف ( تعريف الشيء بنفسه )، وأنه لا يشمل حال وقوع الطلاق ثلاثا، إذ فيه إنهاء لحل الطلاق لا مجرد إنقاص.
3. **"رفع رابطة الزواج في الحال أو المآل":** ويؤخذ على هذا التعريف أنه قد لا يرتفع قيد النكاح مطلقا، وهذا في حال الطلاق الرجعي بالمراجعة في العدة.

أما تعريف الطلاق قانونا فهو يفهم من المادة 48 من (ق.أ.ج) **أن الطلاق هو حل عقد الزواج،** ومما يجب الإشارة إليه أن الطلاق شامل لأنواع حل الرابطة الزوجية بغير وفاة أو فسخ، ولهذا فقد وضحت المادة المذكورة بأنه: **"يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون".**

ويشمل الطلاق بإرادة الزوج المنفردة، أو بتراضي الزوجين، كما يشمل التطليق وذلك بحكم قضائي بناء على طلب الزوجة.

**ثانيا: تمييز الطلاق عن الفسخ.**

الفرقة الزوجية إما أن تكون بوفاة أو بفسخ أو بطلاق، وقد نصت **المادة 47** من (ق.أ.ج) على أنه: **"تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة".**

**ويختلف الطلاق عن الفسخ في أوجه خمسة:**

1. الفسخ حكم ببطلان العقد وإزالة للحل المترتب عنه، خلافا للطلاق الذي هو إنهاء العقد، وبالتالي إقرار بالحل الذي نشأ عن العقد قبل وقوع الطلاق.
2. الطلاق لا يكون إلا بعد عقد صحيح لازم، بينما الفسخ يكون تقريرا لبطلان العقد من الأصل، وهو ما يقره نص **المادة 32** من (ق.أ.ج) **"يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".**

وهو نفس المعنى الذي تضمنته نصوص المواد 33 و 34 (ق.أ.ج).

1. الفسخ لا ينقص عدد الطلقات التي يملكها الرجل بعقد الزواج، أما الطلاق فينقص به.
2. الفسخ قبل الدخول لا يوجب للمرأة شيئا بخلاف الطلاق الذي يوجب لها نصف المهر نص المادة 16 و 33 (ق.أ.ج).

الفسخ فرقة بائنة لا رجعة فيها، خلافا للطلاق الذي قد يكون رجعيا بالنسبة للشريعة الإسلامية.

**المطلب الثاني: حكم الطلاق وأدلة مشروعيته والحكمة منه.**

**أولا: حكم الطلاق وأدلة مشروعيته.**

أدلة مشروعية الطلاق كثيرة منها **قوله تعالى: "يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن".**سورة الطلاق، الآية: 01. **وقوله تعالى: "الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان".** سورة البقرة، الآية: 229.

وقوله – صلى الله عليه وسلم – **"أبغض الحلال عند الله الطلاق".**

وقال عمر – رضي الله عنه – طلق النبي – صلى الله عليه وسلم- حفصة ثم راجعها".

قال جمهور العلماء الطلاق خلاف الأولى، وتعتريه الأحكام الخمسة بحسب الدافع إليه، وما يترتب عنه من طلب نفع أو دفع ضرر، فيكون واجبا في حال كون الزوجية مجلبة للضرر الغالب المستديم **لقوله تعالى: "ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا".** سورة البقرة، الآية: 231.

ويكون محرما في حال انتفاء الدافع وكونه –أي الطلاق- مجلبة للضرر للزوجين أو لأحدهما.

**ثانيا: الحكمة من مشروعية الطلاق.**

من أهم الحكم المترتبة عن تشريع الطلاق المراعي لحدود وأحكام الشريعة.

1. إنهاء النزاع الدائم بين الزوجين.
2. منع الضرر الغالب المستديم كحالة عسر الزوج وعجزه عن النفقة.
3. إعطاء فرصة حياة جديدة للمفارقة وهو ما أشارت إليه **الآية: "وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته".** سورة النساء، الآية: 130.

**أقسام الطلاق في الشريعة الإسلامية:**

1. **الطلاق الرجعي:**

هو الطلاق الذي يملك فيه الزوج مراجعة زوجته ما دامت في العدة دون حاجة إلى عقد جديد ولا إذن الزوجة، ويكون في حال الطلاق الأول أو الثاني **لقوله تعالى: "وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا".** سورة البقرة، الآية: 228.

1. **الطلاق البائن وهو نوعان:**
2. **الطلاق البائن بينونة صغرى:** هو الطلاق الذي يستطيع فيه المطلق إرجاع المطلقة بعقد جديد وإذنها.
3. **الطلاق البائن بينونة كبرى:** هو الطلاق الذي لا يملك فيه المطلق مراجعة مطلقته إلا بعد أن تتزوج من غيره وتطلق منه على نحو طبيعي، أو يتوفى عنها، وهو الذي وضحته الآية الكريمة في **قوله تعالى: "فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره".** سورة البقرة، الآية: 230.

**أقسام الطلاق في قانون الأسرة الجزائري:** له تقسيمان باعتبار أثره فقط وهما:

1. **الطلاق البائن بينونة صغرى:** هو الطلاق الذي يستطيع فيه المطلق إرجاع المطلقة إلى الزوجية بعقد جديد وإذنها، وهو ما نصت عليه **المادة 50** من (ق.أ.ج) على أنه: **"من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".**
2. **الطلاق البائن بينونة كبرى:** هو الطلاق الذي لا يملك فيه المطلق مراجعة مطلقته إلا بعد أن تتزوج غيره ويطلقها على نحو طبيعي، أو يتوفى عنها، وهو ما ذكرته **المادة 51** (ق.أ.ج) **"لا يمكن أن يراجع الرجل من راجعها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء".**

ومما يجب ملاحظته أن الطلاق الذي يحكم به القاضي يقع دائما بائنا بينونة صغرى، وهذا ما نصت عليه **المادة 49** من (ق.أ.ج) **"لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (03) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".**

تقضي **المادة 49** بأن **الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي**، وتقضي الثانية بأنه يجب توفر العقد الجديد للمراجعة بعد الحكم القضائي **المادة 50**، مما يوهم بإلغاء المادتين لحق المراجعة الثابت بنصوص الشريعة.

**المطلب الثالث: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.**

الأصل أن العصمة الزوجية بيد الزوج وهو من يملك إنهاءها متى شاء، وبالتالي فهذا النوع يصح عليه لفظا الطلاق دون تقييد، كما أن الطلاق بناء على تراضي الزوجين مؤسس ابتداء على رضا الزوج، كما أن التطليق، التفريق القضائي لا يكون إيقاعه إلا في أحوال محددة على سبيل الحصر في المادة 53 من (ق.أ.ج) بعد استنفاذ طرق الصلح التي وجهت إليها المادة 46 من (ق.أ.ج).

الحكمة من جعل الطلاق بيد الزوج.

1. أن الزوج هو من يتحمل بمقتضى نصوص الشريعة والقانون مكونات الزواج والنفقة وتبعات الطلاق وبالتالي فهو أحق بإنهاء العلاقة إن شاء ( الغنم بقدر الغرم ).
2. أن الرجل أشد تماسكا أمام عواطفه ومشاعره حال الظروف الطارئة، بينما المرأة أشد إنفعالا في الغالب.

**المطلب الرابع: التطليق ( الطلاق بطلب الزوجة ).**

مفهوم التطليق: هو الحكم القضائي بالفرقة بين الزوجين بناء على طلب من الزوجة لأسباب معينة، وهو حق منح للزوجة في التخلص من الرابطة الزوجية في نظير حق الزوج في إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة له، إلا أن التطليق يختلف عنه بكونه يحتاج إلى أحد الأسباب التي تستحق بها المرأة الحكم القضائي وهي المادة 53 من (ق.أ.ج): "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

1. عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و 79 و80 من هذا القانون.
2. العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
3. الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
4. الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
5. الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.
6. مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه. ( المتعلقة بالتعدد ).
7. ارتكاب فاحشة مبينة.
8. الشقاق المستمر بين الزوجين.
9. مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
10. كل ضرر معتبر شرعا.

ويظهر دور القاضي في معاينة الوقائع التي تستند عليها الزوجة في طلبها الطلاق وتكييفها، وهو ما نصت عليه المادة 451 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. "يعاين القاضي ويكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق طبقا لأحكام قانون الأسرة، ويفصل في مدى تأسيس الطلب آخذا بعين الإعتبار الظروف التي قدم فيها".

**المطلب الخامس: الطلاق بالتراضي.**

وهو الطلاق الذي يتم بناء على اتفاق بين الزوجين على انهاء العلاقة الزوجية وقد أشارت إليه المادة 48 على أن انحلال الزواج بناء على تراضي الزوجين، ويحدد الزوجان الراغبان في هذا الطلاق سائر بنود الاتفاق التي تكون محل مراقبة من القضاء دون إخلال بمحاولة الصلح التي يجريها القاضي بناء على نص المادة 49 ق.أ.ج.

وقد تصدى المشرع الجزائري لتعريف الطلاق بالتراضي في قانون الاجراءات المدنية والإدارية المقرر بموجب الأمر08-09. إذ ذكر في المادة 427 منه بأنك "الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة".

**المطلب السادس: الخلع.**

**أولا: مفهوم الخلع:**

الخلع بفتح الخاء بمعنى النزع والإزالة، يستعمل في الأمور الحسية، فيقال خلع الرجل ثوبه خلعا أي: أزاله عن بدنه ونزعه عنه، وفي الأمور المعنوية كقولهم: خلع البيعة، أي تنصل منها.

والخلع بالضم مصدر يستعمل في الأمرين: إلا أنه حقيقة في إزالة الزوجية أو مجاز باعتبار أن المرأة لباس للرجل وبالعكس لقوله تعالى: "هن لباس لكم وانتم لباس لهن". سورة البقرة، الآية: 187.

إلا أن العرف خص استعمال الخلع بالفتح في إزالة غير الزوجية، والخلع بالضم في إزالة الزوجية.

أما في اصطلاح فقهاء الشريعة فقد عرف بأنه: "حل لعقدة الزوجية في مقابل عوض تلتزم به المرأة، كما عرف بأنه: "طلاق بعوض".

وقد عرفه الدكتور عبد الرحمن الصابوني بأنه: "إنهاء الحياة الزوجية بالتراضي بين الزوجين أو بحكم القاضي على أن تدفع الزوجة لزوجها مبلغا من المال لا يتجاوز ما دفعه إليها مهرا".

**ثانيا: مشروعيته.**

الخلع مشروع بنصوص الكتاب والسنة، من ذلك قوله تعالى: **"الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون".** البقرة، الآية:229.

فقد دلت الأية على مشروعية الإفتداء، وإنما يكون ذلك حال الخلع إذ لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته مما أعطاها إلا في حالة الخوف من عدم إقامة حدود الله، والمقصود هنا حقوق الزوج، فيجوز للزوج أن يأخذ من زوجته مالا ويسرحها.

ومن السنة ما رواه البخاري عن ابن عباس قال: جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى رسول الله –صلى الله عليه وسلم- فقالت يا رسول الله: ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكن أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله –صلى الله عليه وسلم- **أتردين عليه حديقته؟.** فقالت: نعم. فقال رسول الله –صلى الله عليه وسلم-: **"إقبل الحديقة وطلقها تطليقا".**

ومعنى الحديث أنها ذكرت لرسول الله –صلى الله عليه وسلم- أنها تكره زوجها ثابت بالرغم من أنه لا يسيء إليها ولا يقصر فيما يفرضه عليه الإسلام نحوها وإنما تخشى أن تؤدي كراهيتها له إلى التقصير في الحقوق التي أوجبها الله على الزوجة نحو زوجها، وقد ذل التوجيه النبوي على مشروعية الخلع من خلال إرشادهما ونصحهما بسلوك سبيله.

وأساس مشروعي الخلع في قانون الأسرة الجزائري هو المادة (54/1) منه التي تنص على أنه: **"يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي".**

1. **-** **الثيب:** هي المرأة التي سبق لها الزواج وأصبحت مطلقة، أو أرملة بوفاة زوجها عنها. [↑](#footnote-ref-1)
2. **-** **البكر:** هي المرأة التي لم يسبق لها الزواج. [↑](#footnote-ref-2)