الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف -المسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية

تخصص: قانون الأسرة

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي

إعداد الطالب: بن قسمية عبد الله

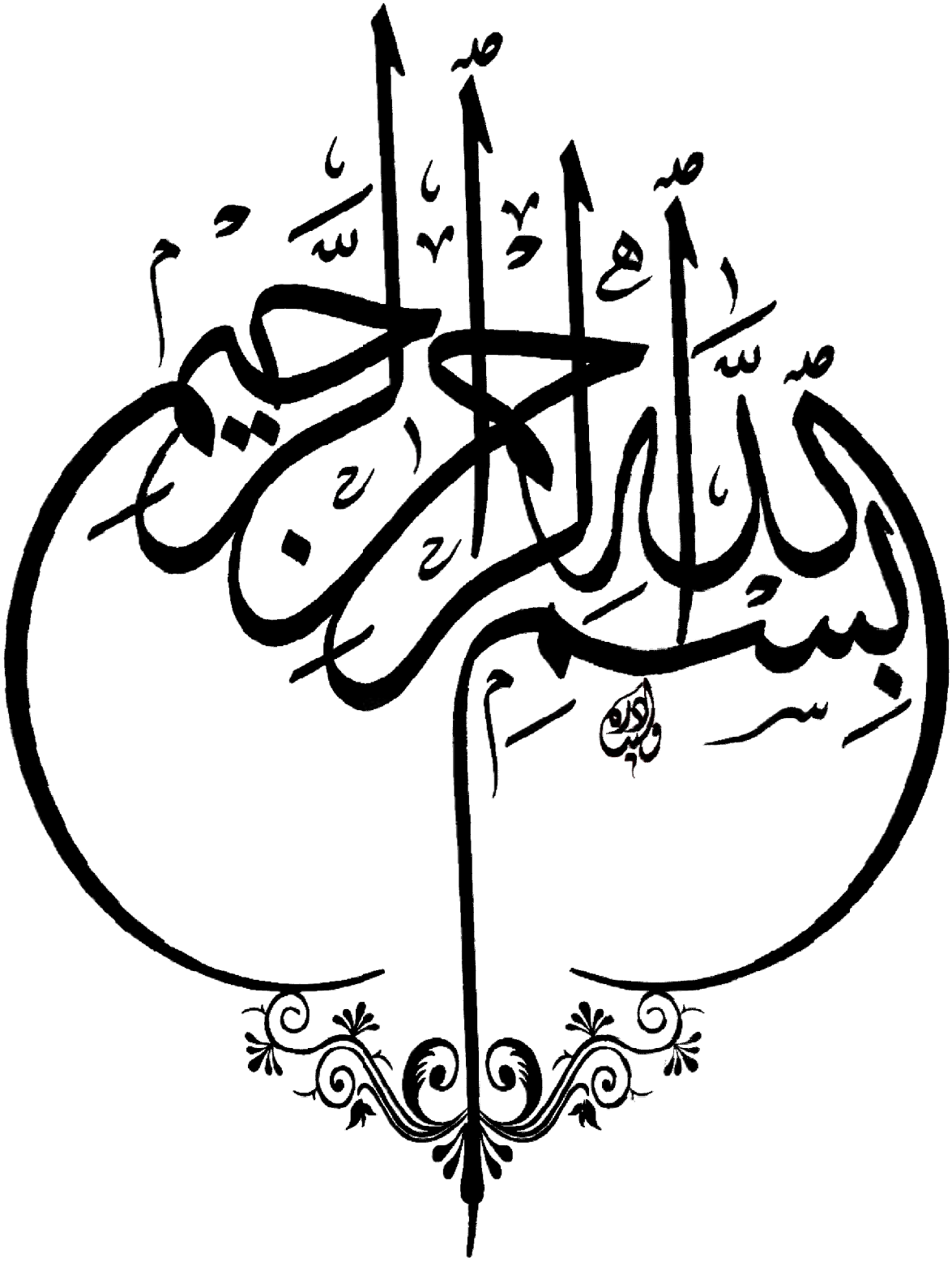
تحت عنوان

السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في قضايا الخطبة والزواج

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
د/ ليلى إبراهيم العدواني	أستاذة محاضر ب	جامعة محمد بوضياف بالمسيلة	مشرفاً ومقرراً

السنة الجامعية: 2021/2020


بسم الله الرحمن الرحيم

قال الله تعالى:

(إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا). (النساء:58)

أَنَّ رسولَ اللهِ صلى اللهُ عليه وسلَّم لما أرادَ أنْ يَبعَثَ مُعاذًا إلى اليَمن، قال: كيف تقضي إذا عرَضَ لك قضاءٌ؟ قال: أقضي بكِتابِ اللهِ عزَّ وجلَّ، قال: فإن لمْ تجدْ في كِتابِ اللهِ عزَّ وجلَّ؟ قال: فبسُنَّةِ رسولِ اللهِ صلى اللهُ عليه وسلم، قال: فإن لمْ تجدْ في سُنَّةِ رسولِ اللهِ ولا في كِتابِ اللهِ؟ قال: أجتهِدُ رأيي ولا آلو. قال: فضرَبَ رسولُ اللهِ صلى اللهُ عليه وسلم في صدرِه، وقال: الحمدُ للهِ الذي وفَّقَ رسولَ رسولِ اللهِ، لما يُرضي رسولَ اللهِ."

إهداء

الحمد لله وكفى والصلاة والسلام على سيد الخلق حبيبنا ونبينا المصطفى وأهله ومن وفى وبعد:

إلى أعز ما أملك في الوجود أمي وأبي اللذان ساعداني في حياتي ولم يبخلا عليبدعائهما وبدعمهما حفظهما الله وأطال في عمرهما

إلى من دعموني في مساري الدراسي وشاركوني فرحة النجاح

إخوتي وأخوتي أدامهم الله سندا لي في حياتي ودربي

إلى أولاد أخي أية وعبد الرحمان

إلى أولاد أختي هيثم وندى وإشراق ودعاء

إلى كل الأصدقاء والزملاء الذين رافقتهم طيلة مشواري الدراسي

إلى كل من مد لي يد العون والمساعدة ولو بالدعاء بظهر الغيب

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي

شكر وتقدير

الحمد لله حمدا يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه أن وفقني في إتمام هذا البحث، راجيا دوام النعمة منه.

وانطلاقا من قوله تعالى: " هل جزاء الإحسان إلَّا الإحسانُ "(الرحمن:60)،وطمعا بقوله تعالى: " وسيجزِي اللَّه الشَّاكرِين" (أل عمران:144) وامتثالاً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " من لم يشكر الله لا يشكر الناس " واعترافا مني بضرورة رد الجميل إلى أهله، فإني أتقدم:

بجزيل الشكر والعرفان للمشرفة الدكتورة ليلى إبراهيم العدواني على تفضلها بالإشراف على هذا البحث، فكانت توجيهاتها وتقديم نصائحها، الفضل بعد الله في إنجاز هذا البحث وإخراجه على هذه الحالة، فالله أسأل أن يوفقها الله ويجزيها خير الجزاء ، وأن يجعل ذلك في ميزان أعمالها والله سميع مجيب.

كما أتوجه بالشكر والعرفان والتقدير للجنة المناقشة على تفضلها بقراءة هذه المذكرة ونقدها نقدا بناء بغية إثراءها وإخراجها في حالة أفضل.

كما أتوجه بالشكر والتقدير لكل أساتذتي في مختلف الأطوار التعليمية وخاصة أساتذة كلية الحقوق في جامعة محمد بوضياف، وأسأل الله سبحانه وتعالى أن يتغمد برحمته الواسعة الدكتور بن حميدوش نورالدين ويغفر ذنوبه ويجعل مثواه الجنة.

كما أتوجه بالشكر للموظفين والإداريين والعمال في مقدمتهم عمال مكتبة كلية الحقوق والعلوم السياسية.

وفي الأخير أسأل الله عز وجل أن يتقبل هذا المجهود بقبول حسن ويجعله في ميزان حسناتي

قائمة المختصرات

ص	الصفحة
ج	الجزء
ط	الطبعة
د ط	دون طبعة
دت	دون سنة النشر
د م	دون مكان النشر
هـ	السنة الهجرية
م	السنة الميلادية
مج	المجلد
ق أ ج	قانون الأسرة الجزائري
غ آ ش	غرفة الأحوال الشخصية
م م ع	مجلة المحكمة العليا
م ق	المجلة القضائية
إ ق	اجتهاد قضائي
ع	العدد

مـقـدمـة

مقدمـــــة:

1- التعريف بالموضوع وأهميته:

تشكل الأسرة اللبنة الأولى والأساسية لأي مجتمع يسعى للتطور والازدهار، فالأسرة هي عبارة مؤسسة ومدرسة لتكوين الأجيال وتنشئتهم التنشئة السليمة جسديا وعاطفيا وروحيا، بل هي التي تخرج إنسان الغد وخليفة الله في الأرض، وهي المسئولة عن صلاح الإنسان وفساده، وهذا الدور العظيم الذي تضطلع به جعل منها محط اهتمام خاص ولا أدل على ذلك من اهتمام الله سبحانه وتعالى بها من خلال النص في محكم تنزيله على أحكام تنظم هذه المؤسسة وتحميها وتحصنها ضد أي عواصف قد تنحرف بها عن الدور المنوط بها، كما أولاها المشرع الجزائري أهمية من خلال تنظيم كل ما يتعلق بها في قانون الأسرة المستمد من الشريعة الإسلامية، وكذلك بين إجراءات التقاضي أمام قسم الأسرة من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ونظرا لحساسية بعض القضايا والمسائل المتعلقة بالأسرة لجأ المشرع الجزائري إلى منح القاضي مكنة هامة تسمح له بإعمال فكره وبصيرته للوصول إلى الحكم الذي يحقق العدل والمصلحة في الوقت نفسه لكل أفرادها ويحمي مؤسسة الأسرة ويحقق لها الاستقرار والاستمرارية.

وتتمثل هذه المكنة في السلطة التقديرية، حيث منح المشرع الجزائري قاضي شؤون الأسرة السلطة التقديرية في الفصل في العديد من المواضيع والتي منها الخطبة والزواج، ويمكن تعريف السلطة التقديرية للقاضي بأنها:" صلاحية ممنوحة للقاضي يتمتع بها أثناء القيام بأداء عمله وذلك عن طريق التفكير والتدبر في القضايا المعروضة أمامه بحسب الأدلة والمقايسة لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها، ابتداء من قبول سماعها، إلى تهيئتها لإثبات صحتها أو كذبها، إلى الحكم عليها، واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم، مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته وأثره في الحكم القضائي "[1]،كما عرفت بأنّها:" النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه، واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة، يقدر أنه تحكم النزاع المطروح عليه هذا النشاط وعلاقته بالواقع والقانون"[2]، وبتعبير آخر تسمح السلطة التقديرية للقاضي باختيار الحل الأنسب لتطبيق القاعدة القانونية في قضايا الأسرة -والتي من بينها قضايا الخطبة والزواج- وحل النزاع المطروح، وكذلك في حال نقص التشريع أو عدم وجود نص في

---

[1]- محمود محمد ناصر بركات، **السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي**، ط1، دار النفائس، الأردن، 2007، ص 81.

[2]- نبيل اسماعيل عمر، **سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية**، دط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2000، ص 89.

القضية المعروضة أمامه أحاله المشرع الجزائري إلى تطبيق نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري[1] ومنحه سلطة اختيار المذهب الذي يحقق مصلحة الأسرة وهذا يتيح للقاضي إعمال سلطته التقديرية دون تقييد، وانطلاق مما تقدم ارتأيت بحث موضوع السلطة التقديرية للقاضي تحت عنوان:" **السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في قضايا الخطبة والزواج**".

وتكمن أهمية البحث في هذا الموضوع في كونه يتعلّق بإعمال القاضي لسلطته التقديرية في حل قضايا الخطبة والزواج، وهي قضايا تمس شخص الإنسان بالدرجة الأولى كما تمس بالأسرة والمجتمع إلى جانب ذلك، وبالتالي فإنّ هذا الأمر يتطلب أن تتوافر في القاضي شروط وإمكانيات ومؤهلات تسمح له باتخاذ القرار الصائب والأنسب والذي يحقق العدل والمصلحة لطرفي النزاع وللأسرة.

كما أنّ فكرة السلطة التقديرية للقاضي تشير إلى دعوة القاضي إلى الاجتهاد، وهذه مسؤولية لها انعكاساتها على الأسرة وأطراف النزاع في مسائل الخطبة والزواج والتي تعد مسائل غاية في الحساسية والأهمية.

2- الإشكالية:

الأكيد أنّ القاضي ليس حرا في اختيار الحكم الذي يراه مناسبا خاصة مع وجود النص الذي يحكم الواقعة المعروضة عليه، وإنما منح السلطة التقديرية في الجزئيات التي رأى المشرع الجزائري أنه لا يمكن ضبطها بنص فهي تخضع لملابسات كل حالة على حدا وظروف طرفي النزاع والتي يمكن للقاضي أن يتدخل فيها عن طريق التدبر وإعمال العقل للوصول إلى حل يحقق المصلحة والعدل على حد سواء وانطلاقا من ذلك فإنّ الإشكال الرئيس التي يمكن طرحه لمعالجة هذا الموضوع هو:

-هل وسع أم ضيق المشرع الجزائري من السلطة التقديرية الممنوحة لقاضي شؤون الأسرة في قضايا الخطبة والزواج؟

وهذا يقودنا إلى طرح إشكاليات فرعية تتمثل في:

-ما المسائل المتعلقة بالخطبة والتي يمكن للقاضي أن يعمل فيها سلطته التقديرية؟

-ما المسائل المتعلقة بالزواج والتي يمكن للقاضي أن يعمل سلطته التقديرية فيها؟

3- **الأهداف** من بين الأهداف التي أسعى إلى بلوغها من خلال البحث في هذا الموضوع هي:

---

[1]- الأمر رقم: 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق ل 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع 15، س 42، المؤرخ يوم الأحد 18 محرم 1426هـ الموافق ل 2005/02/27.

- الوقوف على مختلف الجزئيات المتعلقة بالخطبة بدء من تعريفها وبيان طبيعتها والآثار المترتبة عنها، وصولا إلى بيان المسائل التي منح فيها المشرع الجزائري السلطة التقديرية للقاضي.

- بيان الأساس الذي تم اعتماده في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي لإعمال السلطة التقديرية.

- توضيح مختلف المسائل المرتبطة بالزواج والوقوف على القضايا التي يمكن للقاضي إعمال السلطة التقديرية بشأنها.

4- **أسباب اختيار الموضوع:** من بين الأسباب التي حمستني لبحث هذا الموضوع هي:

-الرغبة الشديدة في معرفة كل ما يتعلق بمهنة القضاء والصلاحيات المخولة للقاضي، وهذا لشغفي الشديد بمهنة القضاء.

- هذا الموضوع لم يخصه شراح القانون الجزائريين بعنوان مستقل كما أنّ الفقه الإسلامي لم يفعل ذلك أيضا، وإن كانوا قد تناولوه في ثنايا كتاباتهم عن مسائل الأسرة وقضاياها.

-كونه من المواضيع التي تحتاج إلى المزيد من الدراسات لأنه مرتبط بفكرة اجتهاد القاضي في مسائل مرتبطة بشخص الإنسان وهي الخطبة والزواج، مما يتطلب تحليل المسائل التي أتيح للقاضي إعمال سلطته التقديرية والأسس التي يعتمدها في ذلك، والمؤهلات المطلوبة فيه.

5- **الدراسات السابقة:**

فيما يتعلق بالدراسات السابقة التي تناولت هذا الموضوع وجدت رسالة دكتوراه للباحثة مسعودة نعيمة إلياس المعنونة بـ:"التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق" من جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان،حيث تناولت بشكل موسع موضوع التعويض عن الضرر في مسائل الزواج والطلاق سواء بالإرادة المنفردة للزوج أو الزوجة، وبذلك فإنّ دراستي تختلف عن دراستها في كون دراستي تتناول بالأصل السلطة التقديرية في حين دراستها تتحدث عن التعويض عن الضرر وإن كانت الباحثة قد تطرقت إلى السلطة التقديرية في الحكم بالتعويض من عدمه.

وكذلك شامي أحمد،"السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"،من جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،توسع الباحث في الموضوع حيث تناول السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في كل قضايا الأسرة وهذا في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة إضافة إلى الشريعة الإسلامية، ومن هنا فإنّ دراستي في كون دراستي شملت فقط السلطة التقديرية لقاضي الأسرة في قضايا الخطبة والزواج كما أنني تناولتها في التشريع الجزائري مقارنة مع الفقه الإسلامي.

إضافة إلى ذلك توجد مذكرة ماجستير للباحثة اسمهان عفيف،المعنونة ب:"السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر" من جامعة أم البواقي، تناولت سلطة القاضي التقديرية في مسألة التعويض عن الضرر في العديد من المسائل المرتبطة بالأسرة وبالتالي فإنّ دراستي تناولت جزئية فقط تتعلق ليس بالتعويض فقط عن الضرر في قضايا الأسرة وإنما أيضا في الترخيص بالزواج وتعدد الزوجات.

6-المنهج المتبع:

للإجابة عن إشكالية والخروج بنتائج أقرب إلى الدقة وتحقيق الأهداف المرجوة من البحث ارتأيت الجمع بين عدّة مناهج، حيث استعملت المنهج التحليلي وذلك من أجل تحليل نصوص القانون الجزائري التي تطرقت إلى الخطبة والزواج والسلطة التقديرية للقاضي، كما استعملت المنهج الاستقرائي في تتبع جزئيات الموضوع في كل من قانون الأسرة الجزائري وأراء فقهاء القانون والفقهاء المسلمون، وكذا استعملت المنهج المقارن وذلك من أجل المقارنة كلما استدعى الأمر ذلك بين المفاهيم اللغوية والفقهية والقانونية من جهة وبين ما ورد في الفقه القانوني والإسلامي من أراء من جهة أخرى.

كما اعتمدت على خطة ثنائية تتكون من فصلين، حيث تناولت في **الفصل الأول: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في قضايا الخطبة.** وقد قسمته إلى مبحثين تناولت في المبحث الأول:مفهوم الخطبة وطبيعتها الفقهية والقانونية، وتناولت في المبحث الثاني: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر بسبب العدول عن الخطبة.

وتناولت في **الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي شؤون الأسرة في قضايا الزواج.** حيث قسمته إلى مبحثين، تناولت في المبحث الأول: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في تزويج القاصر، وتناولت في المبحث الثاني:السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في تعدد الزوجات.

ثم ذيلت البحث بخاتمة ضمنتها أبرز النتائج والاقتراحات.

الفصل الأول:

السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في قضايا الخطبة

تمهيد وتقسيم:

تعتبر الخطبة من مقدمات عقد الزواج وبالتالي فهي لا ترقى إلى مرتبة العقد فلا يثبت بها ما يثبت بالعقد، والغرض منها هو تعارف الخطيبين على طباع بعضهما ليكون ذلك أدعى لدوام العشرة بينهما بعد الزواج، وقد حرص الشارع الحكيم على وضع ضوابط شرعية لها حتى تحقق الغرض منها ولا تخرج عن مقصدها، ولا تسبب ضرار لكلا الطرفين الخاطب و المخطوبة.

كذلك اهتم بها قانون الأسرة الجزائري من خلال نص المادة الخامسة، حيث نظم أحكامها معتمدا في ذلك على ما ذهب إليه الفقه الإسلامي دون التقيد بمذهب معين، والملاحظ أنّه أعطى لكلا الطرفين حق العدول عن الخطبة، وذلك لأنّ الزواج من العقود الرضائية، إلا أنّه قد يترتب عن العدول عن الخطبة بعض المسائل المرتبطة بالهدايا والمهر، وكذلك قد يترتب ضرر مادي أو معنوي عند العدول عنها سواء بالنسبة للخاطب أو المخطوبة،مما جعل المشرع الجزائري يمنح الطرف المتضرر حق اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض، إلا أنّه في الوقت ذاته منح السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر من عدمه وتقدير موضوع العدول عن الخطبة، وهذا ما سيتم دراسته من خلال هذا الفصل الذي تم تقسيمه كالآتي:

المبحث الأول: مفهوم الخطبة وطبيعتها الفقهية والقانونية

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الضرر بسبب العدول عن الخطبة

المبحث الأول: مفهوم الخطبة وطبيعتها الفقهية والقانونية

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام الخطبة وفق نص المادة الخامسة من قانون الأسرة، بحيث اعتبارها وعدا بالزواج يجوز للطرفين العدول عنها باعتبارها مرحلة تمهيدية تسبق مرحلة الزواج، لذلك سيتم تناول في هذا المبحث، في المطلب الأول مفهوم الخطبة وبيان طبيعتها الفقهية والقانونية، وفي المطلب الثاني آثار العدول عن الخطبة.

المطلب الأول: مفهوم الخطبة

باعتبار أن الزواج له أهمية بالغة في ديننا الإسلامي وهو نصف الدين، وفي حياتنا نظم له المشرع أسس وقواعد وأحكام، ولحماية الأسرة سبقته مرحلة تمهيدية تسمى الخطبة، يتم فيها التعرف على كل من الخاطبين لعقد الزواج مستقبلا.

الفرع الأول : تعريف الخطبة

سنتناول في هذا الفرع إلى تعريف الخطبة لغة وفي الفقه الإسلامي، ومن الناحية القانونية، وذلك كما يلي:

البند الأول: تعريف الخطبة لغة

خطَب المرأةَ خطْباً وخطْبةً وخطِّيبي، بكسرهما و اختطَبها، وهي خطْبه وخطْبُه وخطِّيباه وخطِّيبُه، وهو خطْبها بكَسرهنَّ، ويضمُّ الثاني، ج: أخطَاب، وخطِّيبها، ويقولُ الخاطب: خطْب، بالكسر ويضمُّ، فيقول المخطوب: نكْح، ويضمُّ. والخطَّاب كشدَّاد: المتصرِّفُ في الخطْبة، واختطَبوه: دعوه إلىَ تزويجِ صاحبتهَم[1].

الخطْبِ: الذي يخطُب المرأَة، وهي خطْبه التي يخطُبه، والجمع أَخطاب، وكذلك خطْبُه وخطْبُه، وخطِّيباه وخطِّيبُه وهو خطْبها، الخطْبة مصدر بمنزلة الخطْبِ، والعرب تقول: فلان خطْبِ فُلانة إذا كان يخطُبوها، ويقال أيضا: خطَب فلانٌ إلى فلانٍ فُخطَّبه وأَخطَبه أَي أَجابه[2].

الملاحظ أن الخطبة في اللغة تعني التماس النكاح من جهة المخطوبة والتقدم لخطبتها من أهلها .

---

[1]- الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، دط، دار الحديث، القاهرة، 2008، مج 1، ص 478 .

2- ابن منظور، **لسان العرب**، دط، دار صادر، بيروت، 1968، مج1، ص360، 361 .

البند الثاني: تعريف الخطبة في الفقه الإسلامي

الخطبة عند الحنفية تعني طلب التزوج[1]، وذهب المالكية إلى أنّها التماس التزويج؛أي طلب التزويج وعطف المحاولة عليه[2]، وقال الشافعية بأنها التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة وكل مانع من موانع النكاح، وأن لا يسبقه غيره بالخطبة[3]، وعرفها الحنابلة بأنها خطبة الرجل المرأة لينكحها[4].

من خلال ما تقدم يتضح أنّ تعاريف الفقهاء المتقدمين للخطبة متقاربة؛ بل تكاد تكون نفسها، إذ كلها اتجهت إلى أنّ الخطبة هي إبداء الرغبة في الزواج والتماس ذلك،عدا تعريف الحنابلة الذي لم يكن واضحا بالشكل الكافي.

أما تعريف الخطبة عند الفقهاء المتأخرين فنكتفي بتعريف بعضهم ومنهم: أبو زهرة حيث عرفها بأنها:" طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج بها والتقدم إليها أو إلى ذويها ببيان حاله "[5]، وعرفها وهبة الزحيلي بأنّها: " إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة وإعلام المرأة وليها بذلك وقد يتم هذا الإعلام مباشرة من الخاطب، أو بواسطة أهله "[6]، وعرفها محمد شلتوت بأنها: "طلب الرجل من المرأة أو وليها أن يتزوجها، فإذا وافقت أو وافق وليها تمت الخطبة، وكانت بمثابة اتفاق مبدئي على أنها تكون له ويكون لها "[7]، وعرفها فتحي الدريني بأنها: " طلب الرجل امرأة معينة تحل له شرعا في الحال للتزوج بها، أو بعبارة أخرى : إبداء مريد الزواج رغبته إلى امرأة معينة خالية من الموانع الشرعية أو إلى أوليائها، في التزوج بها "[8].

الملاحظ أن الفقهاء القدامى عرفوا الخطبة بأنها التماس التزوج، في حين توسع الفقهاء المعاصرين في تعريفها، حيث ذهبوا إلى أنها طلب الرجل الزواج من امرأة معينة وإعلامها بذلك أو إعلام وليها وأضاف فتحي الدريني شرطا وهو أن تكون المرأة خالية من الموانع الشرعية وهذا ما ذهب إليه تعريف الشافعية .

---

[1]- ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، ط2، دار الفكر، بيروت، 1992، ج3، ص8.

[2]-أبو عبد الله محمد الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ط2، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1617هـ، ج3، ص167 .

[3] - الخطيب الشربيني، **مغني المحتاج**، ط1، دار المعرفة،بيروت، لبنان، 1997، ج3، ص183.

[4]- ابن قدامة، **المغني**، ط3، دار عالم للكتب، الرياض، 1997، ج9، ص 567.

[5]- محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، ط 3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1958، ص 26.

[6]- وهبة الزحيلي، **موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة**، ط3، دار الفكر، دمشق، 2012، ج 8، ص 24.

[7]- محمود شلتوت، **الفتاوى**، ط18، دار الشروق، القاهرة، 2004، ص221.

[8]- فتحي الدريني، **بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله**، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2008، ج2، ص460،459.

البند الثالث: تعريف الخطبة في قانون الأسرة الجزائري

بالعودة إلى قانون الأسرة الجزائري 11/84 المعدل والمتمم بالأمر 02/05 نجد أنه لم يتطرق إلى تعريف الخطبة تاركا ذلك للفقه الإسلامي إعمالا لنص المادة 222 ق.أ.ج، ومع ذلك تجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري أشار إلى طبيعتها القانونية وما يترتب عن هذه الطبيعة في المادة 5 ق. أ.ج، وقد اعتبر العربي بلحاج أنّ المشرع الجزائري عرفها من خلال المادة 1/5 ق.أ.ج التي جاء فيها أنّ الخطبة وعد بالزواج[1].

وجاء عن بن شويخ الرشيد أنّ الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها [2].

ما يمكن ملاحظته أنّ هذا التعريف أيضا لم يخرج عما جاء في نص المادة 5 ق.أ.ج.

وعرفها جابر عبد الهادي بأنها:" اتفاق رضائي يتم بإيجاب وقبول ويتعلق هذا الاتفاق بعقد الزواج في المستقبل، وبناء على ذلك فهي ليست عقدا يلتزم فيه الطرفان بالتزامات لها قوة الالتزام العقدي وإنما هي وعد غير ملزم لا يرقى إلى مرتبة العقد"[3].

نلاحظ مما تقدم أن هذا التعريف رغم أنه بين أن الخطبة اتفاق على عقد الزواج مستقبلا، ولا ترقى إلى مستوى العقد،إلا أنه ما يعاب عليه أنه لم يبين طرفي هذا الاتفاق وهو الذكر والأنثى اللذان يتفقان على إبرام زواج يقع في المستقبل خاصة إذا علمنا أن أشكال الأسرة متعددة لدى الغربيون في عقد اتفاق الزواج، ومثال ذلك: عقد اتفاق بين أشخاص مثليين، أو أشخاص متحولين جنسيا.

نلاحظ مما تقدم أن معاني الخطبة تتقارب في مفهومها سواء في اللغة أو في الفقه الإسلامي أو في الفقه القانوني، وإن كان معناها في اللغة أعم من معناها في الفقه الإسلامي والقانوني، ذلك أيضا في اللغة تعني التماس دون تخصصه في الخطبة، كما تعني التماس الرجل الزواج .

ففي اللغة: هي ترد بمعنى أعم وهو التقدم إلى الخطبة والتماس الشيء، كما ترد بمعنى أخص وهو الدعوة إلى التزويج.

ومعروف أن الخطبة تمر بمرحلتين: مرحلة العرض والطلب، أو الإعراب عن الرغبة في التزوج بالمخطوبة ، ومرحلة الموافقة الصريحة الحاسمة، دون تردد أو إرجاء، ولا تعتبر الخطبة تامة إلا بالموافقة

---

[1]- بلحاج العربي، **أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري**، دط، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 114.

[2]- بن شويخ الرشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل**، ط1، دار الخلدونية، الجزائر 2008، ص 26.

[3]- جابرعبد الهادي سالم الشافعي، **أحكام الأسرة الخاصة بالزواج**، دط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص50.

الصريحة من جانب المخطوبة حتى ولو كانت بكرا، ويطلق الفقهاء على ذلك لفظ"الركون"، فتترتب عليها أحكامها الخاصة بها[1].

الفرع الثاني: الطبيعة الفقهية و القانونية للخطبة

سيتم من خلال هذا الفرع تناول الطبيعة الفقهية وكذلك القانونية للخطبة وذلك كما يلي:

البند الأول: الطبيعة الفقهية للخطبة

ذهب الفقهاء فيما يتعلّق بطبيعة الخطبة مذهبين فهناك من يرى بأنها وعد ملزم يجب الوفاء به ومن جهة أخرى هناك من يعتبر بأن الخطبة وعد غير ملزم.

أولا: الخطبة وعد ملزم يجب الوفاء به: لقد ذكر الله سبحانه الوعد في القرآن الكريم وفي الأحاديث النبوية ويراد به في الغالب ما يعاهد به الناس نحو بعضهم البعض عليه، وقد أمرنا الله بالوفاء فيجب على المسلم أن يلتزم الوفاء بما يتعاهد عليه مع الناس [2]، ولا شك أن صدق الوعد محمود وهو من صفات الأنبياء، ووصف المؤمنين المفلحين، حيث قال الله تعالى: "**واذْكُر في الْكتابِ إسْماعيل إنَّهُ كانَ صادقَ الْوعْد وكانَ رسولًا نبيًّا** " (**مريم:** 54)، ووجه الاستدلال قالوا بأن الله أثنى في هذه الآية على سيدنا إسماعيل بكونه صادق الوعد[3].

ويرد على هذا الاستدلال ما ذكره القرطبي: " وإنما قلنا إن ذلك ليس بواجب فرضا لإجماع العلماء على ماحكاه أبو عمر أن من وعد بمال ما كان ليضرب به مع الغرماء، فلذلك قلنا إيجاب الوفاء به حسن مع المروءة ولا يقضي به، والعرب تمتدح بالوفاء و تذم بالخلف والغدر " [4].

وقال عز وجل في وصف المفلحين:" **والَّذين هم لأَماناتهم وعهدهم راعونَ** " (**المؤمنون:**8)، وقوله: " **يا أَيُّها الَّذين آمنُوا لم تقُولُونَ ما لا تفْعلُونَ. كبر مقْتًا عنْد اللَّه أَنْ تقُولُوا ما لا تفْعلُونَ** "(**الصف:** 2-3)، وهذه الآية تدل على وجوب الوفاء بالوعد فقد جاءت، كما قال ابن كثير في تفسير هذه الآية هو إنكار على من يعد عدة، أو يقول قولا لا يفي به، ولهذا استدل من ذهب من علماء السلف إلا أنه يجب الوفاء بالعهد مطلقا، سواء ترتب عليه غرم الموعود أم لا[5]،واحتجوا أيضا من

---

[1] - نذير حمادو، "**طبيعة الخطبة وتكييفها في الفقه الإسلامي**"، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، ع 53، 2021، مج 25، ص88.

[2] - محمد رشيد رضا، **تفسير القرآن الحكيم**، ط3، مطبعة المنار، مصر، 1947، ج4، ص120.

[3] - ابن كثير، **تفسير القرآن العظيم**، ط1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2000، ص 1191.

[4] -القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، ط1، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد الحسن التركي،مؤسسة الرسالة، بيروت،لبنان، 2006، ج1، ص 147 .

[5] - ابن كثير، المرجع السابق، ص 1867 .

السنة بما ثبت في الصحيحين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " **آيةُ المنافقِ ثلاثٌ : إذا حدَّثَ كذَبَ، وإذا وعدَ أخلَفَ، وإذا أُؤتمِنَ خان**"[1].مما يعني أنّ الإمام البخاري يرى لزوم الوفاء بالوعد.

وبقوله صلى الله عليه وسلم:" **أربعٌ منْ كُنَّ فيهِ كان منافقًا خالصاً، ومنْ كانتْ فيه خصلَةٌ منهنَّ كانتْ فيه خصلَةٌ من النفاق حتى يدعها: إذا أُؤتمِنَ خان، وإذا حدَّثَ كذَبَ، وإذا عاهدَ غَدرَ، وإذا خاصمَ فَجرَ**"[2].

وعن عبادة بن الصامت قال:**قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" أضمنوا لي ستًّا أَضْمنُ لَكُم الْجنَّةَ، اصْدُقُوا إذَا حدَّثْتُم، وأَوفُوا إذَا وعدْتُم، وأَدُّوا إذَا أُئْتُمنْتُم** " [3].

ونرى وجوب الوفاء بالوعد بين الخاطب و المخطوبة إذا توعد وركنا وتبادلا الهدايا لا يخلف أحدهما وعده بالخطبة، لان الغاية أسمى في مثل هذه الوعود وهو بالوفاء بالوعود لقول الله تعالى:" **كَبُرَ مقْتًا عنْدَ اللَّه أَنْ تقُولُوا ما لا تفْعلُونَ**"(**الصف:2**)[4]،وقال الإمام الغزالي: " إن اللسان سباق إلى الواعد، ثم النفس ربما لا تسمح بالوفاء، فيصير الوعد خلفاً، وذلك من أمارات النفاق، قال الله تعالى: " **يا أَيُّها الَّذين آمنُوا أَوفُوا بِالْعقُود** " (**المائدة:1**).

نستنتج مما تقدم حسب هذا الرأي أن الوفاء بالعهد أو الوعد ملزم، وأن من ألزم نفسه عقدا ألزمه الوفاء به وإلى هذا ذهب القرطبي، والبخاري، وعبادة بن الصامت، ابن شبرمة.

ثانيا : الخطبة وعد غير ملزم: أجمعت المذاهب الإسلامية على أنه إذا تم الاتفاق بين رجل وامرأة على الزواج، فإن هذا الاتفاق لا يعتبر عقد زواج، يبيح لهما أن يختلطا ببعضهما البعض كاختلاط الأزواج، ولا يترتب على ذلك شيء من أحكام الزواج، فالخطبة وعد بالزواج يجب الوفاء به ديانة، إن لم يكن هناك أسباب للعدول عنها، فإن وجدت أسباب ومبررات لترك الخطبة والعدول عنها فيجوز التحلل من هذا الوعد، وهذا ما أجمع عليه الفقهاء[5]، وجاء في المبسوط :"... بلفظ الخطبة لا ينعقد النكاح في القياس لأن الخطبة غير العقد"[6]، ولا تعتبر الخطبة بعد تمامها عقدا ولا زواجا ولا يترتب عليها

---

[1]- **أخرجه:** البخاري، **صحيح البخاري، كتاب :** الإيمان، **باب:** علامات المنافقين، **رقم:** 33، ص18 .

[2]- **أخرجه:** البخاري، **صحيح البخاري، كتاب :** الإيمان، **باب:** علامات المنافقين، **رقم:** 34، ص19 .

[3] - **أخرجه:** عبد بن الصامت، **الترغيب والترهيب، كتاب:** الترغيب والترهيب،**باب:** الترغيب في إنجاز الوعد والأمانة، **رقم:** 2،ص3

[4]- بلقاسم شتوان، **الخطبة والزواج في الفقه المالكي**، د ط، دار الفجر، قسنطينة، الجزائر، ص 43.

[5]- جميل فخري، **مقدمات عقد الزواج الخطبة في الفقه والقانون**، ط1، دار الحامد،عمان،2009، ص224 وكذلك: ص228.

[6]- السرخي، **المبسوط**، د.ط، دار المعرفة، بيروت،لبنان، 1993، ج5 مج1، ص 62.

شيء من الالتزام بإتمام العقد، فهي وعد بالزواج [1]، وبناء عليه يجوز لكل من الخاطب و المخطوبة العدول عن الخطبة وهو حق مقرر شرعا لكلا الطرفين، لأنه ما لم يوجد العقد فلا إلزام ولا التزام، ولكن يطلب أدبيا ألا ينقض أحدهما وعده إلا لضرورة أو حاجة، مراعاة لحرمة البيوت وكرامة الفتاة، ولا يجب الحكم على المخطوبة إلا بسبب واضح يقتضي ذلك، لا بالهوى أو بدون سبب معقول، فلا يعدل الخاطب عن عزمه الذي شاءه، لأن عدوله نقض للعهد، ويستحب شرعا عدم التسرع في العدول عن الخطبة[2].

وقد جاء عن أبي زهرة أن الخطبة ليست عقدا قد التزم فيه طرفاه التزامات لها قوة الإلزام، ولكن أقصى ما تؤديه الخطبة إذا تمت أن تكون وعدا بعقد وليس للوعد بعقد قوة إلزام عند جمهور الفقهاء وإذا لم تكن في الخطبة قوة الإلزام لأحد الطرفين فلكل منهما أن يرجع عن قوله، وإن فعل فهو يستعمل خالص حقه وليس لأحد عليه من سبيل، والمصلحة توجب أن كلا من الخاطب و المخطوبة لهما الحرية التامة قبل إبرام عقد الزواج، لأنه يجمع بينهما بعقدي أبدي لا ينحل إلا عن طريق فك الرابطة الزوجية، وأن من مصلحتهما التروي لأنه عقد خطير قد يؤدي بعد الزواج إلى فسخ هذا الزواج، ولو ألزم الخاطب بخطبته كان في ذلك حمل له على العقد، قبل أن تتوافر له كل أسباب الدرس أحيانا، ويفضى إلى أن يمضي عقد الزواج على شخص غير راض به، وليس للقضاء سلطة الإكراه على هذا العقد الخطير[3].

ويقول بدران أبو العنين: " إذا تمت الخطبة واستوفت شرائطها اللازمة وغيرها ووافقت المخطوبة أو من له حق الموافقة على الخطبة، فلا تعتبر زواجا، ولا يترتب عليها أحكام الزواج، إنما هي مجرد عدَّة بالزواج، ومقدمة من مقدماته حتى إن الاتفاق على مقدار المهر، وقيام الزوج بدفعه كلا أو بعضا، أو تقديم بعض الاشتراطات المسماة عرفا "بالشبكة" لا أثر له كله في لزوم حكم من أحكام الزواج[4] .

نستنتج مما تقدم أن الرأي الراجح هو اعتبار الخطبة **وعد غير ملزم**، لأن إلزام أحد الطرفين على إجراء العقد، يجعل عقد الزواج يفقد مشروعيته لأنه لا يتم إلا بالرضا ، ومما يتضمن الإكراه وهو ما لا يجوز في الزواج لأن عقد الزواج أبدي ويشترط فيه الحرية التامة والرضا الكامل في انعقاده.

---

[1]- عبد الرحمن الصابوني، **أحكام الزواج في الفقه الإسلامي**، ط2، دار القلم، دبي، 2000، ص 60.

[2]- وهبة الزحيلي، **موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة**، المرجع السابق، ج8، ص 38، 39.

[3]- أبو زهرة، المرجع السابق، ص 34، 35.

[4]- بدران أبو العينين بدران، **أحكام الزواج والطلاق في الإسلام**، ط2، دار التأليف، مصر، 1961، ص 38 ، 39 .

البند الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة

جاء في المادة 1/5ق.أ.ج بأنه: "الخطبة وعد بالزواج، ويجوز للطرفين العدول عن الخطبة".

يتضح من خلال النص أعلاه أنه حدد طبيعة الخطبة بأنه وعد بالزواج،وأن هذا الوعد غير ملزم،حيث أجاز للطرفين العدول عنها.

وقد استعمل المشرع الجزائري لفظ "الوعد" من حيث صياغته القانونية، وأن له دلالته في القانون المدني في النظرية العامة للعقد وذلك حسب نص المادة 72 منه التي تنص على أنه " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد "[1]، فالملاحظ أن الوعد بالتعاقد في النطاق المدني ملزم، وأما بالنسبة لقانون الأسرة فليس بملزم إذ اعتبر الخطبة وعد بالزواج غير أن هذا الوعد غير ملزم، ويجوز لكلا الطرفين العدول عنها،وأن هناك اختلاف في دلالة المصطلح والمفاهيم بين القانون المدني وقانون الأسرة،وليس مهما أن نوحد دلالة المصطلحات والآثار المترتبة عنها أو حتى نغير مصطلح الوعد في قانون الأسرة بمصطلح آخر لأن قانون الأسرة مختلف عن القانون المدني فالتوحيد وكذلك تغيير المصطلح لا أهمية له فالزواج متعلق بالأبدان أما الأمور التي نظمها المدني متعلقة بالأموال، فكل قانون ينظم مجالا مختلفا عن الآخر،لكن يرى بن شويخ الرشيد أنه يجب تغيير الصياغة القانونية للخطبة في قانون الأسرة وإيجاد مصطلح يختلف عن طبيعة الوعد لتحقيق الغرض المقصود،والصيغة الجديدة المقترحة استبدال لفظ " الوعد " بلفظ " تمهيد" ليصبح النص على النحو التالي: " الخطبة تمهيد للزواج ولكل طرف العدول عنها"[2].

وما خلصت إليه من خلال هذا العنصر هو أنّ قانون الأسرة ذهب مذهب الجمهور من الفقهاء في كون الخطبة وعد غير ملزم بحيث يجوز العدول عنها.

المطلب الثاني: آثار العدول عن الخطبة

يترتب عن العدول عن الخطبة عدة أثار شرعية وقانونية، تطرق إليها الفقه الإسلامي من الناحية الشرعية واستدل بها بعدة نصوص قرآنية، وتتطرق إليها المشرع الجزائري في نص المادة الخامسة من قانون الأسرة، تتمثل في حكم المهر، والهدايا المقدمة في مرحلة الخطوبة والضرر اللاحق بسبب العدول عن الخطبة، وسنبين كل هذا في هذا المطلب .

---

[1] - القانون المدني رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20، الجريدة الرسمية رقم 44، المؤرخة في 2005/06/26، وبالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 2007/05/13، الجريدة الرسمية رقم 31، المؤرخة في 2007/05/13 .

[2]- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 30،31.

الفرع الأول : آثار العدول عن الخطبة بالنسبة للمهر والهدايا

مما سبق عرفنا أن الخطبة ليست زواجا، ولا إلزاما به، وأنه يجوز لكلا الطرفين العدول عنها،فإذا انتهت هذه الخطبة بالعدول عنها، وكان الخاطب قد دفع بعض المال على حساب المهر أو قدم بعض الهدايا وغيرها فما حكم ذلك ؟ ثم إذا حصل ضرر معنوي للمخطوبة نتيجة العدول عنها فهل لها الحق في مطالبة التعويض عن هذا الضرر ؟ هذا ما سيتم التطرق إليه من خلال:

البند الأول: آثار العدول عن الخطبة بالنسبة للمهر والهدايا في الفقه الإسلامي

سيتم التطرق إلى موقف الفقه الإسلامي من آثار العدول عن الخطبة بالنسبة للمهر أولا ثم الهدايا ثانيا كما يلي:

أولا:آثار العدول عن الخطبة بالنسبة للمهر في الفقه الإسلامي:يقصد بالمهر المال الذي تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها أو بالدخول بها حقيقة[1]،ولذلك اتفقوا على أنه شرط من شروط الصحة وأنه لا يجوز التواطؤ على تركه لقوله تعالى: "**وآتوا النِّساء صدُقَاتهِنَّ نحلَةً** " **(النساء:04)**، **وقوله تعالى: " فَانْكحوهنَّ بإذْن أَهلهنَّ وآتوهنَّ أُجورهنَّ " (النساء:25)**[2]، وما دمت الخطبة هي مرحلة تمهيدية وسابقة على إبرام عقد الزواج فإن الواقع يبرز أنه في كثير من الأحيان ما يتم تقديم بعض المهر أو كله خلال هذه الفترة استعداداً لتحضير وتهيئة المرأة بما يعرف بالجهاز من لباس وفراش وغير ذلك[3].

ويرى الفقه الإسلامي أنه في حالة العدول عن الخطبة فإن ما يقدمه الخاطب من مهر له الحق في استرداده إن كان قائما، أو بدله أو قيمته إن هلك أو استهلك، ذلك لأن المرأة لا تستحق هذا المال إلا بعقد الزواج ولم يتم فيبقى المهر من حقه فيسترده سواء كان العدول من جهة الخاطب أو المخطوبة، ولا يجب للمخطوبة أن تتصرف بالمال المدفوع لها قبل العقد لأنه مازال لم يدخل في ملكيتها قبل العقد، ولم تتأكد من أن الزواج قد يتم أم لا، وهذا وفق الحكم الشرعي، فالمال المدفوع على حساب المهر، لا يملك هنا إلا بالعقد وهو لم يحصل، ولذلك فإن تصرفت المخطوبة في المال بشرائها بتحضيرها للزواج فهو تصرف باطل، ولذا في حالة العدول فإنها تلتزم برده أو مثله أو قيمته [4].

---

[1]- وهبة الزحيلي، **موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة**، المرجع السابق، ج8، ص 247 .

[2]- ابن رشد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ط3، مكتبة الخانجي، القاهرة، 1994، ج2، ص15 .

[3] - شندارلي توفيق، **الخطبة والعدول عنها: دراسة تحليلية فقها وتشريعا وقضاء**، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ع 01، 2020، مج12، ص 345 .

[4]- محمد سمارة، **أحكام وآثار الزوجية**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص41.

الملاحظ أن المخطوبة ليس لها الحق في التصرف في المهر إلا بعد إبرام العقد والتأكد من الدخول، فإذا دفع المهر أثناء الخطبة وحدث عدول من الطرفين أو أحدهما، فإن ماقدمه الخاطب في فترة الخطوبة له الحق في استرداده، فإن كان موجودا يجب رده بعينه[1].

ثانيا: آثار العدول عن الخطبة بالنسبة للهدايا في الفقه الإسلامي

إذا كانت الهدايا تعد جزء من المهر بناء على عرف أو شرط فإنها تأخذ حكم المهر ويستردها الخاطب كما سبق أن التطرق إليه، أما الكلام عن الهدايا هنا فهي الهدايا التي لا تعد جزء من المهر وتشمل هذه الهدايا ما يقدمه الخاطب إلى مخطوبته أو أهلها من مال أو ذهب أو ملابس أو أمتعة أو غير ذلك مما يأخذ حكم الهبة، فإذا عدل أحد الخاطبين عن الخطبة فإن أثر هذا العدول على الهدايا محل خلاف بين الفقهاء حيث اختلفوا في ذلك إلى عدة أراء هي[2]:

يرى الحنفية أن هدايا الخطبة هبة،ومقتضاه أنه يجب للواهب رد الشيء إن كان قائما بعينه، فإن تغير بالاستعمال أو هلك يمنع من الرجوع،وأما إذا استهلكت الخاطبة الهدية كما لو كان ثوبا فصبغته أو خيطته فيمنع الخاطب من الرجوع في استرداد بدله[3].

ويرى المالكية أن الهدايا قبل العقد تأخذ حكم التشطير بين المرأة والرجل، سواء اشترطت أو لم تشترط لأنها مشترطة حكما، وبعد العقد لا يتشطر ما أهدى للزوجة فيكون ملكا لها،والمعتمد عندهم في التفصيل :

- إذا كان العدول من جهة الخاطب فلا يرجع شيء وإن كان العدول من جهة المخطوبة استرد الخاطب ما أهداه، وهذا عدل وحق لأنه وهب بشرط بقاء العقد، فإذا زال العقد فللواهب الرجوع، فأشبه بذلك [4].

وذهب الشافعية إن المهدى له أن يسترد هديته كاملة بعينها إن كانت قائمة ويعوضها إن كانت هالكة أو استهلكت، وذلك لأن الإهداء كان على أساس تمام الزواج وقد أبعد، فزال السبب الذي حمل على الإهداء، وإذا زال السبب كان له الاسترداد[5].

وكذلك يرى الحنابلة أنه لا يجوز لأحد الخاطبين إذا قدم للآخر هدية ثم عدل عن الخطبة أن يردها لأن الهدية هبة، والهبة في مذهبهم لا يجوز الرجوع عنها إلا إذا كانت قبل القبض، وبما أن الهدايا

---

[1]- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 48.

[2]- جابر عبد الهادي، المرجع السابق، 2007، ص 58.

[3]- ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، ط خ، دار الكتب العلمية، بيروت،لبنان، 2003، ج4، ص 304 .

[4]- الدردير، **الشرح الصغير**، د.ط، دار المعارف، القاهرة، د.ت، ج2، ص 456،457.

[5]- محمد أبو زهرة، **عقد الزواج وآثاره**، المرجع السابق، ص 66.

تم فيها القبض حيث انتقلت إلى المهدى فلا رجوع فيها، ولم يفرق فقهاء الحنابلة سواء كان العدول من الخاطب أو المخطوبة ففي كلتا الحالتين حكم واحد وهو عدم جواز استرداد الهدايا سوء كانت قائمة أو مستهلكة إذا تم قبضها، ويجب أن نلاحظ أن الحكم نفسه لو كانت الهدايا من قبل الخطيبة لخطيبها[1].

البند الثاني: آثار العدول عن الخطبة بالنسبة للمهر والهدايا في قانون الأسرة الجزائري

سيتم تناول آثار العدول عن الخطبة بالنسبة للمهر أولا ثم بالنسبة للهدايا في قانون الأسرة الجزائري وذلك كما يلي:

أولا: آثار العدول عن الخطبة بالنسبة للمهر في قانون الأسرة الجزائري: لقد نظم المشرع الجزائري أثار العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائري في المادة 5حيث تناولت طبيعة الخطبة والآثار بالنسبة للهدايا والتعويض عن الضرر في حال العدول عنها، لكنّها لم تتناول صراحة ما يتعلّق بآثار العدول بالنسبة للمهر، لكن بالعودة إلى نص المادة 1/15 ق.أ.ج نجدها تنص على أنّه:" يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا". ويفهم من نص هذه المادة أنّ الصداق من مستلزمات العقد طالما أنّه يحدد عند العقد، وليس من مستلزمات الخطبة، مما يعني أنّه يتوجب رده سواء كان العدول من المخطوبة أو الخاطب، ويكون بذلك المشرع الجزائري قد أخذ برأي الفقه الإسلامي.

ثانيا: آثار العدول عن الخطبة بالنسبة للهدايا في قانون الأسرة الجزائري: نظم المشرع الجزائري مسألة آثار العدول عن الخطبة بالنسبة للهدايا في الفقرتان الثالثة والرابعة من المادة الخامسة حيث نصت على ما يلي:" لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته أو قيمته .

وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك أو قيمته " .

نلاحظ مما تقدم أن المشرع الجزائري أخذ من رأي المالكية على الأغلب إذ ميزت المادة 5 فقرة 3و4 بين حالتين:

_ إذا كان العدول من الخاطب، فإنه لا يسترد شيئا مما أهده إلى مخطوبته، وإذا كانت المخطوبة قدمت له هدايا، فإنه ملزم برد ما لم يستهلك أو قيمته مالا، وإذا كانت الهدايا مما يستهلك مثلا كالعطر والحلويات فإنه غير ملزم بردها .

[1]- عبد الرحمن الصابوني ، المرجع السابق، ص79 .

_ إذا كان العدول من المخطوبة، فإنها لا تقوم باسترجاع أي شيء مما أهدته للخاطب، فإن كان الخاطب هو الذي قدم لها الهدايا فإنها تلزم برد ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته مالا، أما إذا كانت الهدايا مما يستهلك كالعطر والحلويات وغيرها فإنها لا تردها[1].

الملاحظ أنّ النص القانوني بدايته كانت متطابقة مع رأي المالكية، أما في نهاية الفقرة خالفت رأي المالكية حينما لا يقع الرد في حالة الاستهلاك، وهذا الرأي هو للأحناف حيث يعد مانع من موانع الرجوع في الهبة.

وكان المستحسن أن يأخذ المشرع برأي المالكية على العموم، لأنه رأي عادل ومنطقي، لكونه يحمل الطرف العادل عن الخطبة قدرا من المسؤولية بتحمل تبعة خسارة الهدايا المقدمة،وأما إذا عدل من تسلم الهدايا فمن الصواب أن يرجع ما أخذه على سبيل الهدية، إذا لا يعقل أن يعدل عن الخطبة ثم يحتفظ بالهدايا حتى وإن استهلكت[2].

ومما يؤخذ على المشرع أيضا أنه لم يفرق بين ما إذا كان عدول الخاطب بسبب من أحد الطرفين يمكن أن يكون اضطراريا، كأن يدفع أحدهما بالآخر إلى العدول، فيكون المعدول عنه هو المتسبب في ذلك، وكان على المشرع أن يربط مسألة التعويض بسبب العدول لا بالمعدول عنه، ويقيد الحكم السابق في حال عدول الخاطب بما إذا كان العدول بسبب منها لا منه، ويترك التحقيق في ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي[3].

الفرع الثاني: آثار العدول عن الخطبة بالنسبة للتعويض عن الضرر

البند الأول : تعريف الضرر

سيتم التطرق إلى تعريف الضرر لغة ثم اصطلاحا كما يلي:

أولا :تعريف الضرر لغة: تستخدم مادة (ضرر) ومشتقاتها في معاجم اللغة العربية على معاني مختلفة، اذ عرف الضَّر: بالضمِّ: ويقصد به ضدُّ النَّفْعِ، أو بالفتح: مصدرٍ، وبالضم : اسم، ضَرَّه وأضَرَّه وضارَّه مضارَّةً وضرارا ، والضَّارِ القَحطُ، والشِّدَّةُ، والضرر، وسوء الحال، كالضَّر والتَّضرَّةِ والتَّضُرَّةِ، والنُّقْصانُ يدخلُ في الشيءِ، والضَّرَّاء: الزَّمانَةُ، والشِّدَّةُ، والنَّقْصُ في الأَموالِ والأَنْفُسِ، كالضُرَّةِ والضَّرارةِ،

[1]- لحسين بن شيخ آث ملويا، **قانون الأسرة نصا وشرحا**، د.ط، دار الهدى، عين مليلة ، الجزائر، د.ت، ج1، ص18.

[2]- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 42.

[3] - محفوظ بن صغير، **الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة دكتوراه غير منشورة في الفقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009، ص 307 ، 308 .

والضَّرير جمع: أضرَّاء، والمريض المهزولُ، والاضطرار : الاحتياج إلى الشيء، واضطرَّه إليه بمعنى أحوجه وألجأه، والضَّرر: الضِّيق، والضَّيِّق، والمضرُّ: الدَّاني[1].

وجاء في المصباح المنير أن الضُّر بمعنى الفاقة والفقر، بضم الضاد وبفتحها مصدر ضره بضره من باب قتل اذا فعل به مكروها، وقال الأزهري كل ما كان سوء حال وفقر وشدة في بدن فهو ضُّر بالضم، وما كان ضد النفع فهو بفتحها وفي التنزيل مسني الضر أي يقصد به المرض، و اسم الضرر يطلق على نقص بدخل الأعيان، والضر نقيض السراء، ولهذا أطلقت على المشقة والمضرة الضر والجمع المضار[2].

الضَّرُّ والضُّر لغتان :ضد النفع، والضَّر وهما لغتان كالشَّهد والشُّهد، فإذا جمعت بين الضَّر ضممت الضاد أي لم تجعله مصدراً، كقولك: ضربت ضرباً، هكذا تستعمله العرب، ويقول أَبو الدُّقيش: الضَّرَّ ضد النفع و الضُّر، بالضم الهزال حيث قال الله تعالى: " **وإِذَا مسَّ الْإِنْسانَ الضُّرُّ دعانَا لجنْبه كَأَنْ لَم يدْعنَا إِلَى ضُرٍّ مسَّه** " (يونس: 12).

فكل ما كان من سوء حال وفقر أَو شدة في بدن فهو ضُرٌّ، وما كان ضد النفع فهو ضَرَّ، وقوله تعالى: " **لا يضُرُّكم كيدُهم شَيئًا** " (آل عمران: 120)، وهو ضد النفع، والمضَرَّة: خلاف المنْفعة، وضرَّه يضُرُّه ضرّاً وضَرَّ به وأَضرَّ به وضارَّه مضارَّةً و ضراراً، ولفظ الضرر اسم من أَسماء الله:النَّافع الضَّارُّ، وهو الذي ينفع من خلقه ويضره حيث هو خالق الأَشياء كلِّها : خيرها وشرها ونفعها وضرها [3].

نلاحظ مما تقدم أن معنى الضرر يشمل لغتان وهما ضد النفع والضر، والضرر يصيب الإنسان في الأموال والأنفس، ويجعله في نقص وشدة وفقر ومرض وقحط، بمعنى تسوء حالته ماديا ومعنويا.

ثانيا: تعريف الضرر اصطلاحا: حيث سيتم تعريفه في الفقه الإسلامي ثم في القانون كما يلي:

1- **تعريف الضرر في الفقه الإسلامي** :وردت مادة (ضرر) ومشتقاتها في القرآن الكريم وذلك على عدة وجوه بمعنى : البلاء والشدة، الجوع والعرى، نقص القدر والمنزلة، المرض والوجع والعلة، خوف الهلاك، الإيذاء وإيصال المحن في معارضة المنفعة والراحة، الفقر والقحط وضيق المعيشة، حمل الإنسان على وجه ما يضر[4].

---

[1]- الفيروز آبادي، المرجع السابق، ص 971.

[2]- الفيومي، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي**، ط1، مطبعة التقدم العلمية، مصر، د.ت، ج2، ص482.

[3]- ابن منظور، **لسان العرب**، دط، أدب الحوزة، إيران، 1405هـ، مج4،ص 482.

[4]- أحمد موافي، **الضرر في الفقه الإسلامي**، ط1، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، 1997، مج 1،ص 24-34.

وكذلك ورد تكرر لفظ ضرر في الأحاديث النبوية الشريفة [1]،منه ما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال : " **لا ضَرر ولا إضْرار** "[2].

وتطرق الفقه الإسلامي إلى تعريف الضرر حيث عرفها بن العربي بأنه:" الألم الذي لا نفع فيه يوازيه أو يربى عليه، وهو نقيض النفع، الذي لا ضرر فيه"[3]، وعرف أيضا بأنّه: "خلاف النفع"[4]،وعرف بأنه:" فعل واحد ابتداء إلحاق مفسدة بالغير مطلقا أو إلحاق الضرار به جزاء على وجه المقابلة " [5]، وقيل أيضا: " لا ضرر أي لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقه أو ملكه وهو ضر النفع " [6].

والتعريف الجامع للضرر لما سبق " هو كل أذى يلحق الشخص سواء كان من مال مقوم محترم، أو جسم معصوم، أو عرض مصون " [7].

2- **تعريف الضرر عند فقهاء القانون:** تجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري لم يتطرق في قانون الأسرة إلى تعريف للضرر فاسحا المجال للفقه،وبالعودة إلى الفقه القانون نجد أنّ الضرر هو الذي يقدر التعويض بمقداره حتى يكون مستحقا للتعويض، ولا يتوجب أن يقع فعل ضار لكي يسأل عنه فاعله ما لم يكن أحدث للغير ضررا، وبهذه الخاصية تتميز المسؤولية المدنية [8]،وفي نصوص القانون المدني لا يوجد تعريف جامع للضرر، رغم أن فكرة الضرر وردت في مواده (من المادة 124 إلى المادة 140) وكذلك في المادة 176 وما يليها المخصصة لتنفيذ الالتزام، والملاحظ من هذه المواد رغم أنها تعطي توضيحات هامة عن الضرر القابل للتعويض، إلا أنها في لمقابل لا تقدم تعريفا للضرر، ويستنتج من دراسة هذه المواد ضرورة وجود ضرر ولا مسؤولية بدونه [9]، ورغم شيوع فكرة الضرر في التشريع والفقه القانوني، إلا أنه من الصعب استنتاج تعريف للضرر، وهو ما جعل بعض الفقهاء الغربيين يتوسعون في تعريف الضرر[10].

---

[1]-أحمد بن حنبل، **مسند الإمام أحمد بن حنبل**، تحقيق : محمد عبد القادر عطا، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، 2008، ج2، ص296.

[2]- أخرجه: النووي، عن أبي سعيد،كتاب: **الأربعين النووية**، باب: لا ضرر ولا ضرار، رقم: 32، ص24 .

[3]- ابن العربي، **أحكام القرآن**، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1972 ، مج1،ص 54.

[4]- حجر الهيتمي، **الفتح المبين بشرح الأربعين**، ط1، دار المنهاج، لبنان ، بيروت، 2008، ص 515.

[5]- المناوي، **فيض القدير في شرح الجامع الصغير**، ط2، دار المعرفة، بيروت ، لبنان، 1972، ج 6، ص 431.

[6]- الونشريسي، **المعيار المعرب والجامع المغرب**، د.ط، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1981، ج8، ص 474.

[7]- محمد بن المدني بوساق، **التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي**، ط1، دار اشبيليا، الرياض، 1999، ص28.

[8]- علي علي سليمان، **النظرية العامة للالتزام**، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص162.

[9]- مقدم السعيد، **نظرية التعويض عن الضرر المعنوي**، د.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص 35.

[10]- بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص22 .

ويلاحظ أن الضرر شرط أولي لقيام المسؤولية وإمكان المطالبة بتعويض، لأن التعويض لا يكون إلا عن ضرر أصاب طالبه، فالضرر هو الركن الأول التي تقوم عليه المسؤولية المدنية [1].

ويمكن القول أنّ الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة له، وبمفهوم أخر هو إخلال بمصلحة مشروعة، سواء كانت هذه المصلحة مادية أو أدبية .

ويرى زيطة عبد الهادي حسب رأيه أن استعمالات الفقهاء المسلمون للفظ الضرر تعبر عن تداخلات في المعنى، لأن إلحاق المفسدة بالغير هو ضد نفعهم، كما أن الانتقاص من الحقوق فيه أذية ومفسدة، ويمكن القول أن التعريفات السابقة مشوبة بقصور يتمثل في عدم قدرة المعنى على تحمل كافة استعمالات اللفظ، أما بالنسبة لفقهاء القانون فهم يربطون معنى الضرر بالمصالح والحقوق المشروعة، وهو ما يعني اتجاه هذا المعنى وفق ما تقتضيه أيديولوجيات المذاهب القانونية الوضعية[2].

البند الثاني: أنواع الضرر

الضرر الذي يصيب الإنسان على نوعين: الضرر المادي والضرر المعنوي وسيتم التطرق إليه كما يلي:

أولا: الضرر المادي:هو الضرر الذي يصيب الإنسان في ماله، أو بخسارة مالية، أو في جسمه، ومثاله الضرر الناشئ عن إتلاف مال معين، أو إصابة في حادث وما تسببه من تحمل المصاب مصاريف العلاج وما سببته من عجز عن الكسب[3].

وعرفه عبد الرزاق السنهوري على أنه :" الضرر الذي يصيب المضرور في جسمه أو في ماله، والضرر المادي هو إخلال بمصلحة المضرور ذات قيمة مالية ويجب أن يكون هذا الإخلال محققا، ولا يكفي أن يكون محتملا يقع أو لا يقع، ويشترط في التعويض عن الضرر إذن شرطان: أن يكون هناك إخلال بمصلحة مالية للمضرور، وأن يكون محققا"[4].

ثانيا: الضرر المعنوي: هو:" ما يصيب الشخص من الأذى في جسمه والآلام التي لاتصل إلى حد التأثير أو ما يصيبه في عرضه، أو عاطفته، أو من جراء الاعتداء على حقوقه ومصالحه المشروعة

---

[1]- بلحاج العربي، **النظرية العامة للالتزام**، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ج 2، ص 144،143.

[2]- زيطة عبد الهادي،المرجع السابق، ص 23 ، 24.

[3]- محمد صبري السعدي، **النظرية العامة للالتزامات**، د.ط، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص73.

[4]- عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، ط3، دار نهضة مصر، مصر،2011، ج1، ص 714.

دون المساس بالجانب المالي منها "[1]، ويعرف كذلك بأنه: " يصيب الإنسان المضرور في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو أي كلام آخر يقصد به جراحة الناس مثل: الشتم والسب، الإهانة بألفاظ تجرح كرامته " [2]، وعرفه علي الخفيف بأنه: " الأذى الذي يصيب الإنسان في شرفه وعرضه من فعل وقول يعد مهانة له كما في القذف والسب، وفيما يصيبه في جسمه من ألم، أو في عاطفته من ضرب لا يحث فيه أثرا، أو من تحقير في مخاطبته، أو امتهان في معاملته، وهذا هو التعويض الأدبي[3].

بالنسبة للمشرع الجزائري فإنّه لم ينص في القانون المدني صراحة بمبدأ التعويض عن الضرر الأدبي، غير أن صياغة نص المادة 124 من القانون المدني جاءت عامة، لا تفرق بين الضرر المادي والأدبي، كما أن نص المادة 182 من نفس القانون لم تتعرض للتعويض عن الضرر الأدبي، وهذا نقص في التشريع يجب تداركه، في حين أن الفقه الجزائري متفق على تعويض مختلف أنواع الضرر المعنوي [4].

وقد نص المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري على أنه "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي جاز الحكم بالتعويض ".

يتضح من خلال هذه الفقرة أنها رتبت الحق في طلب التعويض عن الضرر المادي أو المعنوي لمجرد العدول الذي يعد حق قانوني كرسته الفقرة الأولى من النص، فمن جهة يعطي للخاطب الحق في العدول، ومن جهة أخرى يطالبه بالتعويض عما يترتب عن العدول من نتائج، وأساس هذا العدول مبني على أنه مادام لم يوجد هناك عقد، فلا التزام فيه ولا يترتب شيئا، لأن العادل عن الخطبة لم يستعمل سوى حقه المقرر قانونا [5]، ويعد العدول عن الخطبة حق، لكن لا يجب التعسف في استعمال هذا الحق للطرف المتضرر فمعلوم إذا وقع الضرر يمنح التعويض، طبقا لحكم المادة 41 من القانون المدني التي تنص على أنه " يكون استعمال حق تعسفيا إذا وقع بقصد الإضرار بالغير " [6].

نستنتج مما تقدم أن الضرر المادي يصيب الذمة المالية للإنسان أو يصيبه في جسمه في حين أن الضر المعنوي لا يؤثر على مال الإنسان ولا على جسمه بل يصيب مشاعره وعواطفه وحتى شرفه وعرضه، ويمكن كذلك أن يجتمع الضرر المادي مع المعنوي في بعض الحالات كالضرب مع الإهانة والسب والشتم .

---

[1]- زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 30.

[2]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج1، ص 714.

[3]- علي الخفيف، **الضمان في الفقه الإسلامي**، دط، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000، ص 44.

[4]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ج2، ص 151.

[5]- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 33.

[6]- الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 24.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الضرر بسبب العدول عن الخطبة

من الواضح أنه في حالة العدول عن الخطبة يتضرر أحد الطرفين فيكون الضرر إما ماديا أو معنويا، فيلجأ المصاب بالضرر إلى القضاء للمطالبة بالتعويض، وقبل فصل القاضي في أساس التعويض يتطرق أولا إلى إثبات قيام الخطبة بجميع الوسائل الحديثة، ثم تكمن سلطته التقديرية في تقدير التعويض وتحديد مبلغه بالإضافة إلى تبيان شروط استحقاق التعويض وهذا حسب ما منح له المشرع الجزائري من سلطة في إزالة الضرر وجبره، حيث سيتم التطرق في المطلب الأول إلى أساس التعويض عن الضرر وضرورة إثبات الخطبة وفي المطلب الثاني كيفية تقدير القاضي للتعويض عن الضرر.

المطلب الأول : أساس التعويض عن الضرر وضرورة إثبات الخطبة

لم يستعمل فقهاء الشريعة الإسلامية مصطلح التعويض عند الحديث عن جبر الضرر، وإنما استعملوا لفظ الضمان أو التضمين، فالضمان عندهم يحمل في طياته ما يقصد به من اصطلاح التعويض عن فقهاء القانون المدني، فمفهوم التعويض لديه هو ما يلتزم به المسؤول في المسؤولية المدنية تجاه من أصابه بضرر، فهو جزاء المسؤولية عن الضرر[1]، لكن قبل أن يتطرق الموضوع في أساس التعويض عن الضرر يجب عليه إثبات قيام الخطبة بين الطرفين ، وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب.

الفرع الأول:أساس التعويض عن الضرر

اختلف حول الأساس الذي يتأسس عنه التعويض عن الضرر ودور القاضي فيه، الأمر الذي يتطلب التطرق إلى هذه المسألة من خلال العناصر الآتية:

البند الأول: أساس التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي

إن التعويض من حيث كونه إلزام بدفع مال أو القيام بعمل وجب أن يراعى في خصوصيته الخضوع للمبادئ الشرعية في الالتزامات، لئلا يكون تكليفا بما لا يطاق وهو يتنافى مع روح الشريعة ومقاصدها من تشريع الضمان [2].

ويتأسس التعويض لدى الفقهاء من الشريعة الإسلامية إلى مبدأ تحريم أكل الناس بالباطل، والأصل أن الأموال محظورة إلا بنص [3].

---

[1]- مصطفى راتب حسن علي،" **أثر العدول عن الخطبة وموقف القضاء منه**"، مجلة كلية الشريعة والقانون، عمان، ع04،2016، مج31، ج4، ص 1860 .

[2]- بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 41 .

[3]- ابن حزم، **المحلى بالآثار**، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ج6، ص 315 .

يستفاد من هذا التأسيس قوله تعالى: " **يا أَيُّها الَّذين آمنُوا لا تأْكُلُوا أَموالَكُم بينَكُم بِالْباطلِ**" (**النساء:** 29)، جاء في تفسير الآية النهي عن أكل أموال المؤمنين بعضهم بعضا بالباطل، بجميع بأنواع المكاسب التي تعتبر غير شرعية [1]،من خلال هذه الآية يستند التعويض إلى قاعدة جوهرية تتمثل في حرمة أكل المال بغير حق ويعني بذلك أنه لا بد من تحقق المسؤولية ووقوع الاعتداء لكي يتم التعويض، وهذا ما يفيد وجود مبرر شرعي للتعويض كالتعسف في استعمال الحق أو وقوع ضرر للغير جراء عمل غير مشروع من طرف شخص معين، وعليه تقضي الشريعة الإسلامية بضرورة جبر الضرر في حالة وقوعه استنادا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: **(لا ضرر ولا ضرار)**[2].

ومع ذلك فقد ذهب محمد أبو زهرة، أن التمسك بالآداب الإسلامية الخاصة بالخطبة يترتب عليه أن يقتصر النظر في الأضرار المادية، كأن تكون الزوجة قد أعدت متاعا كلفت نفسها فيه الكثير، وتكلف أهلها في الكثير من الأموال، ثم جاء العدول بعد ذلك، فكان الضرر المادي لا محالة هذا هو موضع النظر، وموضع تجاذب الأنظار [3].

بينما يرى عبد الكريم زيدان عدم التعويض لأنّ الرجوع عن الخطبة يجوز وأن هذا الجواز شرعي، لكن لا يصلح أن يكون سببا للتعويض في حالة العدول عن الخطبة، لأن الراجع عن الخطبة استعمل حقه في الرجوع وإن استعمل حقه، فلا شيء عليه، ولأن الجواز الشرعي ينافي الضمان[4]، وهو ما قال به عمر سليمان الأشقر[5]، وكذلك عبد الناصر العطار[6].

ويرى وهبة الزحيلي أنه يتم التعويض عن الأضرار المادية أو المعنوية التي تترتب عن العدول عن الخطبة، بحيث يمكن إقراره في الفقه المعاصر عملا بقواعد الشريعة العامة، أمثال تحريم التغرير، وإيجابه الضمان، وقاعدة " **لا ضرر ولا ضرار**" وما يترتب عليه من تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق التي أخذ بها المالكية والحنابلة ، ورعاها أبو حنيفة في حقوق العلو والجوار .

---

[1]- ابن كثير، المرجع السابق، ص 466 .

[2]- اسمهان عفيف، "**السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر**"،أطروحة ماجستير، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة أم البواقي، 2011 ، ص80 .

[3]- محمد أبو زهرة، **محاضرات في عقد الزواج وآثاره**، د.ط، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ت، ص 67 ،69.

[4]- عبد الكريم زيدان، **المفصل في أحكام المرأة،ط1**، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993، ج6،ص 76-78.

[5]- عمر سليمان الأشقر، **أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة**، ط1، دار النفائس، الأردن، 1997، ص76،77.

[6]- عبد الناصر توفيق العطار، **خطبة النساء في الشريعة الإسلامية**، د.ط، مطبعة السعادة، د.ت، ص 171،172.

كما يمكن تأصيل التعويض عن ضرر العدول بمبدأ الالتزام في الفقه المالكي في مشهور الأقوال :وهو أنه في الوعد بشيء يجب الوفاء به إذا كان معلقا على سبب وباشر الموعود السبب ونفذه، أما مجرد الوعد فلا يلزم الوفاء به، بل الوفاء من مكارم الأخلاق [1].

وإذا كانت الأضرار التي تلحق بالمخطوبة وتكون هي السبب في نشؤها، لخروجها عن أحكام الشريعة الإسلامية مثل الخروج مع الخاطب والخلوة به فلا تستحق على ذلك التعويض في حالة العدول، لأنها ارتكبت أفعالا محرمة لا توجب التعويض ولو تضررت من ذلك، بل توجب مسؤوليتها ديانة عن التفريط في حق نفسها، والخروج عن حدود الأخلاق والآداب، لأن التعويض عن أضرار ناتجة عن أفعال محرمة تشجيع لمرتكبيها على التمادي في هذه الأمور، فالشريعة الإسلامية لا تحمي من ينتهك حرمة تعاليمها[2].

الملاحظ أنّ الراجح هو رأي وهبة الزحيلي الذي ذهب إلى التعويض عن الضر المادي والمعنوي بسبب التعسف في استعمال الحق، مع الأخذ بعين الاعتبار أن يكون الضرر الناجم عن العدول غير ناتج عن أفعال تحرمها الشريعة الإسلامية وإلا لا مجال للحديث عن التعويض.

البند الثاني: أساس التعويض عن الضرر في القانون

ظهرت فكرة الترضية مع أواسط القرن 19 حيث أصبح هناك فصل بين المسؤوليتين وتم القول بأن الخطأ المدني يترتب عليه التعويض وهو جزاء مدني لا يحمل أي صفة للعقوبة وأن الهدف منه هو جبر الضرر وإزالته[3]، ومن ذلك أصبح التعويض عن الضرر يحمل فكرة ترضية المضرور وإصلاح الضرر الواقع عليه دون الارتكاز على عنصر الخطأ، وهو الأمر الذي أقره المشرع الجزائري وأسس عليه فكرة التعويض[4]، في قانون الأسرة من خلال المادة 5 فقرة 3 والمادة 53 مكرر والمادة 52 و55 منه، حيث نلاحظ أن هذه النصوص تبين لنا حالات التعويض عن الضرر، وعليه يعتبر التعويض جزءا مدنيا أساسه ترضية المضرور وجبر الضرر.

---

[1]- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر، المرجع السابق، ج8، ص 27، 28.

[2]- سعاد سطحي، **التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة**، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، العدد 09، 2004، ص 10 .

[3]- طه عبد المولى طه، **التعويض عن الأضرار الجسدية في ضوء الفقه وقضاء النقض الحديث**، د.ط، مصر، دار الكتب القانونية، 2002، نقلا عن: اسمهان عفيف، المرجع السابق، ص 80 .

[4]- الأمر رقم 74- 15 المؤرخ في 06 محرم 1394 الموافق ل 30 يناير 1974 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن حوادث المرور .

كذلك توجد فكرة العقوبة الخاصة ففي كل المجتمعات البدائية نجد الفرد الذي يصاب بضرر في شخصه أو ماله أو راحته أو شرفه، يلجأ إلى الانتقام برد فعل مماثل أو أكثر لمعاقبة الشخص المسؤول عن الضرر، ومنذ ذلك الوقت شاعت هذه الفكرة، واتخذت رد فعل أساسه نفسية المضرور لتحقيق رضاه ورغبته، ويدل الانتقام على أنه ميزة من مميزات العقوبة الخاصة، التي كانت من آثار شريعة الانتقام انتقام المعتدى عليه أن ينتقم لنفسه وبنفسه ويسترد حقه، نظر لغياب السلطة العامة، وبعد ظهور السلطة ظهر ما يسمى بالفدية الاختيارية وهي نوع من العقوبة الخاصة توقع على الجاني وهذا حسب رأي رضا فرج وكانت الفدية مقابل ارتكاب الجاني لجريمته، وقد استبعدت عن رأي الفقه في أواسط القرن 19 تقريبا، واعتبرت أنها لا تصلح كأساس للمسؤولية المدنية التي أصبحت تقوم على فكرة التعويض لا العقوبة، ولذلك يستند القضاء إلى تعويض الطرف المضرور سواء كان الضرر مادي أو معنوي طالما أن المال يستطيع التخفيف وتضميد الآلام، فما علينا إلا الحكم به[1].

فأساس التعويض إذا من الجانب القانوني والشرعي هو جبر النقص أو التلف الذي أصاب صاحب الحق أو إزالة الضرر الواقع عليه، بحيث ينظر فيه إلى الضرر الحاصل وليس إلى جسامة الخطأ، فهذا هو مفهوم التعويض في الوقت الحاضر إذ هو أداة لمحو الضرر أو تخفيفه ويسري على الضرر بشقيه المادي والمعنوي [2].

الفرع الثاني: ضرورة إثبات الخطبة

يجب على القاضي قبل فصله في طلب التعويض وجوب التأكد من قيام الخطبة أو عدم قيامها وهذا خاضع لتقدير قضاة الموضوع من إثبات صحة قيامها شرعا وقانونا طالما كان ذلك قائما غلى النحو الشرعي[3].

وعلى الشخص الذي يطالب بالتعويض عن الضرر اللاحق بسبب العدول عن الخطبة، ضرورة إثبات أولا الخطبة بجميع الوسائل، بما فيها البينة والقرائن والصور الفوتوغرافية المأخوذة بالأجهزة الحديثة كالكاميرا والحاسب الآلي والهاتف المحمول وغيرها[4]، ومن يمكن إثبات الخطبة بشهادة الشهود

---

[1]- مقدم السعيد، المرجع السابق، ص 87-89 .

[2]- اسمهان عفيف، المرجع السابق، ص 81 .

[3]- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1984/11/19، ملف رقم34046، المجلة القضائية 1990، العدد 1، ص67 .

[4]- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2006/10/11، ملف رقم369494، م.م.ع، 2007، العدد2، ص454، إثبات الخطبة بالأجهزة الحديثة كالكاميرا، محكمة قسنطينة، 1981/09/08.

التي يشهد أصحابها أن الطرفين مخطوبين[1]، كما أن اعتراف أحد الطرفين بواقعة الخطبة المدعى بها أمام القضاء، هو حجة قاطعة على المقر بقيام الخطبة[2].

ولأنّ التعويض عن الضرر هنا أساسه الفعل الضار لا العقد، فيجوز إثباته بجميع الوسائل، لأنه واقعة قانونية[3]، ويستوي في ذلك، أن يكون الضرر ماديا أو معنويا، فالمادة 5 فقرة 3 من قانون الأسرة تجيز امتداد التعويض ليشمل الضرر الأدبي أو المعنوي، إضافة إلى التعويض عن الضرر المادي، وكذا التعويض عن تفويت فرصة الزواج إذا مضى زمن طويل على الخطبة مما يتوقع معه حصول الضرر، غير أنه يجب أن يكون هذا الضرر على صلة مباشرة مع ذلك الخطأ الذي ارتكبه الخاطب العادل [4].

هذا، ويقع إثبات الضرر على الطرف المضرور الذي يدعي الفعل الضار الموجب للتعويض[5]، ويجب على قضاة الموضوع التحقيق في ادعاءات الطرفين، والنظر في جميع الأوجه و الدفوع لقبولها أو رفضها، ومناقشة الوثائق والأشياء المقدمة وأسعارها ومجموعها، وتحديد مسؤولية كل طرف[6]، وكذا التحقق في حال المطالبة بالتعويض، من أن الضرر المادي أو المعنوي الذي أصاب الطرف الآخر هو ضرر أكيد ترتب عن فعل يكون خطأ المادة 5 فقرة 3 من قانون الأسرة .

المطلب الثاني: كيفية تقدير القاضي للتعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة

لقد جعل المشرع الجزائري التعويض عن الضرر المرتب عن العدول عن الخطبة سواء كان الضرر مادي أو معنوي حسب نص المادة الخامسة من اختصاص قضاة الموضوع، وقاضي شؤون الأسرة له السلطة التقديرية في تقدير التعويض عن الضرر من عدمه، وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب من خلال التقسيم التالي: سنتطرق في الفرع الأول إلى تقدير التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة وفي الفرع الثاني تقدير التعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة .

---

[1]- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1989/03/27، ملف رقم53272، م.ق، 1990، العدد3، ص82، .

[2]- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1989/12/25، ملف رقم56097، م.ق، 1991 العدد4، ص102 .

[3]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ج2، ص23 .

[4]- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1999/03/16، ملف رقم216865،إ.ق،2001، العدد 1، ص256 .

[5]- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1985/12/30، ملف رقم39065،غير منشور . نقلا: عن بلحاج العربي،أحكام الزوجية وآثارها، المرجع السابق،ص181

[6]- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1985/12/30، ملف رقم39065، نقلا عن بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص181

الفرع الأول: تقدير التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة

تقدير التعويض هو مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع[1]، غير أنه يجب إخضاعه إلى ضوابط موضوعية، وذكر في أي إطار يدخل بعيدا عن كل مغالاة أو تعسف، وهذا يدل أنه لا يجوز التعويض عن الضرر المادي أو المعنوي إلا إذا بلغ حدا من الجسامة وسبب ضررا بسبب العدول عن الخطبة [2].

البند الأول: إمكانية التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة

من المعلوم أنه يجوز للفتى والفتاة الراغبين في إبرام عقد زواج بينهما، إتباع طريق الخطبة تمهيدا لذلك، وغايتهما في ذلك هو أن يتعرف كل طرف على آخر معرفة جيدة، وبناء على ما تأكد لهما يمكنهما إما إتمام الزواج بها أو العدول عن الخطبة، وبذلك تكون قد حققت الغاية المتوخاة منها .

وغالبا ما يصاحب عدول أحد الطرفين عن الخطبة ضررا ماديا أو معنويا، حالا ومباشرا قد يأتي نتيجة الظرف التي أحاطت بالخطبة، بتدخل أو عدم تدخل الطرف الآخر، ولهذا الاعتبار، وقع التساؤل من جانب الفقه حول إمكانية رفع دعوى التعويض من الطرف المتضرر من الطرفين في إطار الأحكام العامة للمسؤولية المدنية التي تمنع كقاعدة للإضرار بالغير بدون وجه حق، بل في إطار القاعدة الشرعية التي تقضي بأن الضرر يزال[3]،

إن التعويض عن الضرر المادي قد يكون قانونيا أو اتفاقيا أو قضائيا، وباعتبار الخطبة ليست عقدا وإنما هي مجرد وعد بالزواج، فبالتالي لا يمكن القول بأن يكون التعويض اتفاقيا، كذلك المشرع الجزائري لم يتطرق في قانون الأسرة ما يحدد قيمة التعويض ولا كيفية حسابه، مما يخرجه عن دائرة التعويض القانوني، إذ اكتفى بإقراره مبدأ التعويض عن العدول عن الخطبة، ولذلك فإنه يجيز التعويض القضائي الذي يعطي فيه السلطة التقديرية للقاضي في تقديره وكيفية دفعه وهي سلطة مطلقة [4]، ولكي يجوز المطالبة بالتعويض يجب توفر الشروط التالية:

- في حالة العدول عن الخطبة، لابد أن يصاحبه ضرر ما، أي لا يكتفي الطرف الذي عدل بمجرد العدول عن الخطبة، بل لابد أن يلحق أفعالا من شأنها أن تسبب ضررا للطرف الآخر،كالضرب،

---

[1]- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1999/03/16، ملف رقم216865.

[2]- بلحاج العربي، **أحكام الزوجية وآثارها**، المرجع السابق، ص182.

[3]- محمد الكشبور، **المرجع السابق** ، ص218،217.

[4]- شامي أحمد، **السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة**، مذكرة دكتوراه غير منشورة، فرع القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد،تلمسان، كلية الحقوق ،2014، ص20 .

أو جعله يخسر أمولا في سبيل إتمام الزواج كأن يشترط أحدهما على الآخر شراء أثاث معين ثم يعدل عن الخطبة بدون سبب منطقي، فهنا يستوجب المسؤولية ويلتزم بالتعويض عن هذا الضرر [1].

- أن يكون هناك إخلال بحق المضرور أو بمصلحة مالية له، تمس حقا ثابتا يحميه القانون، كالاحتيال على أموال أحد الطرفين في فترة الخطوبة واستغلالها، وهذه الحقوق تكون محل حماية في القانون الجزائري[2].

البند الثاني:طريقة تقدير التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة

لم يحدد المشرع الجزائري للقاضي في المادة 5 فقرة 3 من قانون الأسرة الجزائري طريقة منح التعويض وما إذا كان يحكم على المسؤول بدفعه إجمالا أو بالتقسيط أو في شكل إيراد مرتب مدى الحياة، كما لم يحدد طريقة معينة للتعويض ليلتزم بها القاضي وإنما يكون هذا الأمر مستندا إلى اجتهاد القاضي ورأيه حسب سلطته التقديرية تبعا لظروف وملابسات كل قضية [3]،بناء على ما استقرت عليه التطبيقات القضائية هو أن تقرير استحقاق التعويض يكون في حالة قيام الطرف العادل بأفعال مصاحبة للعدول ومشكلة ضررا للطرف المعدول عنه وهو ما توضحه القرارات الصادرة عن المحكمة العليا حيث جاء في قرار بتاريخ25/ 12/ 1989 أنه " ... من المقرر أيضا أنه إذا ترتب عن العدول عن الخطوبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض ومن ثمة فإن القضاء بغير هذا المبدأ يعد خرقا للقانون " [4].

وفي القانون المدني المشرع الجزائري بين للقاضي طريقة تقدير التعويض وذلك وفق نص المادة 132 المعدلة من القانون المدني التي تنص على أنه: (يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمينا.

ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعا لظروف وبناء على طرف المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض).

---

[1]- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 38.

[2] - بلحاج العربي،**النظرية العامة للالتزام**، المرجع السابق، ج2، ص 157،158 .

[3]- محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق، ص329.

[4]- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم (56097)، بتاريخ 1989/12/25، المجلة القضائية العدد لرابع، 1991، ص102 .

وكذلك نص المادة 131المعدلة من القانون نفسه على أنه: (يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير) .

يتضح لنا من خلال هذه النصوص أن التعويض القضائي بمعناه الواسع، إما أن يكون عينيا وهو التنفيذ العيني وذلك بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، وأما تعويضا بمقابل[1].

ويقدر القاضي التعويض بالاستعانة بالخبراء، وذلك وفق ظروف الملابسة والمتعلقة بكل قضية على حدا، ويلاحظ ما حدث من الأضرار المادية الملموسة الواقعة فعلا، أما الأضرار المحتملة إن كانت مؤكدة فهي في حكم الواقعة، أما الخسارة المنتظرة مستقبلا أو الأضرار الأدبية أو المعنوية لا يعوض عنها لأن محل المال الموجود المحقق فعلا و المتقوم شرعا، والأضرار المستقبلية غير المتوقعة حالا[2].

ومن هذا المنطلق فإنّ القاضي عند تقديره للتعويض عن الضرر يجري تقديرا موضوعيا من أجل تقييم الأضرار المادية اللاحقة بسبب العدول عن الخطبة وهذا وفق الأدلة التي بحوزته، وعلى هذا الأساس يستند القاضي في التعويض على مراجعة التقدير الذاتي أو الشخصي لمسلك المسؤول،وعلى مدى ما صدر عن العدول من ضرر[3].

الفرع الثاني: تقدير التعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة

حسم المشرع الجزائري مسألة تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة، وذلك بإقرار جواز الحكم به، إذا ظهرت للقاضي المبررات المقنعة يجوز له الحكم بالتعويض وفق ما تقتضيه المادة 5 فقرة 2 المعدلة، وهو ما انتهى إليه المشرع الجزائري أيضا في المادة 182 مكرر من القانون المدني، المضافة بالقانون رقم 01/05 المعدل للقانون المدني، والتي تنص على أنه: (يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة).

---

[1]- شامي أحمد، المرجع السابق، ص21 .

[2]- وهبة الزحيلي، **نظرية الضمان في الفقه الإسلامي**، المرجع السابق، ص89.

[3]- نبيل إسماعيل عمر،**سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية**،2002 ،ص326، 325 .

البند الأول: إمكانية التعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة

نص المشرع الجزائري في المادة 5 فقرة 2 من قانون الأسرة،على إمكانية التعويض عن الضرر المعنوي الناجم في حالة العدول عن الخطبة وذلك حسب خطورته ومنح الحق للطرف المضرور، حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في تاريخ 1991 /04/23 بقولها: " على العادل عن الخطبة بدفع تعويض للمخطوبة عن الأضرار المادية والمعنوية من جراء انتظارها مدة دامت أربع سنوات كخطيبة، لأن الثابت في القضية أن المدعي عجز عن إقامة الدليل أن له مسكن تأوي إليه زوجته عند الزواج، وهو حق ثابت شرعا للزوجة وأن الضرر قد أصاب الزوجة نتيجة انتظارها 04 سنوات كخطيبة"[1].

ومن هنا يتضح أن التعويض عن الضرر اللاحق عن العدول عن الخطبة أمر لابد منه وذلك بموجب أحكام القانون والاجتهادات القضائية، لكن المشكلة تكمن في إثبات الضرر المعنوي، إذ غالبا ما يكون التعويض في هذه الحالة مرتبطا بآلام نفسية تلحق بالمعدول عنه أو المساس بشرفه وسمعته، فمن شأن العدول عن الخطبة أن يترك آثارا في نفسية المعدول عنه،وقد استقر القضاء الجزائري على إجازة التعويض عن الضرر المعنوي في حالة العدول عن الخطبة، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1991/04/23 واعتبرت أن فترة الخطبة التي دامت لمدة أربع سنوات كاملة دون أن ينتهي انتظارها بالزواج يترك في نفسها آلاما وأضرارا معنوية معتبرة [2].

وما يلاحظ على نص المادة05 من قانون الأسرة أن المشرع الجزائري لم يجعل التعويض إلزاما وإنما جعله جائزا لأنه من غير المنطقي أن ينجم عن كل عدول عن الخطبة ضرر، وكقاعدة عامة أباح العدول فهو حق للطرفين، لكنه جعل التعويض أمر جوازي فقط عند ترتب الضرر، وهذا ما يمكن القول معه أنه مهما استطال أمد الخطبة فلا تعويض عن مجرد العدول [3]، لكن هذا الرأي لا يتوافق مع اجتهاد المحكمة العليا التي اعتبرت أن طول أمد الخطبة وعدم انتهائها بالزواج يكون قد سبب ضررا معنويا للمعدول عنها فاستحقت بذلك التعويض.

---

[1]- المحكمة العليا، غ.أ.ش، القرار بتاريخ 1991/04/23، ملف رقم 73919، م-ق، 1993، العدد02، ، ص 58 .

[2]- شامي محمد، المرجع السابق، ص 29.

[3]- مسعودة نعيمة إلياس، **التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق**، مذكرة دكتوراه غير منشورة، فرع القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق،2010، ص 275.

وتبقى المشكلة لدى القاضي ليست في إثبات الضرر المعنوي، إذ يمكن من خلال سماع الطرفين أن يثبته، لكن الإشكال في تقدير الضرر المعنوي وكيفية دفعه للطرف المضرور، حيث نجد أن قانون الأسرة لم يحدد للقاضي طريقة ذلك، الأمر الذي يتطلب اجتهاد القاضي.

البند الثاني: طريقة التعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة

الرأي الذي نادى بأن التعويض في المسؤولية التقصيرية يكون حتما مبلغا نقديا استنادا إلى كون النقود مقياس القيم ومن ثم كافية لجبر الأضرار المادية وشافية للأضرار المعنوية، ظل منعزلا في الفقه وغريبا عن القضاء،وسلم الجميع في الفقه، وكذلك القضاء بسلطة القاضي التقديرية الكاملة في اختيار طريقة التعويض الأكثر ملائمة لطبيعة الضرر، وتأثرت بهذا الرأي التشريعات الحديثة، ومنها التشريع الجزائري، الذي نص في المادة 132 فقرة 2 من القانون المدني : (يقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعا لظروف وبناء على طرف المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض)، كما بين في نص المادة 132 من القانون المدني أن المشرع الجزائري خول للقاضي سلطة تعين التعويض الملائمة لجبر الضرر حسب الظروف [1].

وبالتالي يمكن جبر الضرر عن طريق التعويض العيني أو إعادة الحال إلى ما كانت عليه، والقصد منه هو تحقيق للمضرور ترضية من جنس ما أصابه من ضرر وذلك بطريقة مباشرة؛ أي من غير الحكم له بمبلغ من النقود، والقاضي لا يجوز له أن يأمر بالتنفيذ العيني إذا لم يقبله المسؤول إلا إذا كان عدم قبوله تعنتا منه، وكان تنفيذ الالتزام عينا ممكنا فللقاضي أن يكرهه على التنفيذ العيني بغرامة تهديدية، وللمضرور الحق في التعويض العيني كلما كان ذلك ممكنا، وإلا فلا يبقى له إلا التعويض النقدي، ويلاحظ أنه في كثير من الأحوال ولاسيما في أحوال الضرر المعنوي يتعذر التعويض العيني، فيتعين على القاضي الالتجاء إلى التعويض النقدي، ويملك القاضي سلطة اختيار طريقة التعويض التي يراها ملائمة أكثر من غيرها لجبر الضرر مستعينا في ذلك بطلبات المصاب وظروف الأحوال[2].

[1]- مقدم السعيد، المرجع السابق، ص 177 .

[2] - المرجع نفسه، ص 177 – 183 .

فإذا أصبح التنفيذ العيني متعذرا لاستحالته كأن يكون محل الالتزام نقل حق معين قد هلك، أو إذا لم يصبح مستحيلا استحالة تامة ولكن لا يمكن إجبار المدين عليه لأن إجباره على القيام بالتزامه غير ممكن، ومن ثم فإن القاضي لا يكون ملزما بالحكم بالتنفيذ العيني حتى لو تمسك به الدائن، ويكون ملزما به إذا كان ممكنا وطالب به الدائن، أو تقدم به المدين باعتباره هو الأصل في المسؤولية العقدية، وعلى النقيض من ذلك ليس للمدين أن يفرض على الدائن التعويض بمقابل بدلا من التنفيذ العيني متى كان هذا التنفيذ ممكنا[1].

ونجد أن التعويض بمقابل يشمل نوعين: التعويض النقدي والتعويض غير النقدي، فالتعويض النقدي هو الصورة الغالبة للتعويض في المسؤولية التقصيرية، يتمثل في تقدير القاضي للمبلغ المالي في التعويض عن كل ضرر لحق بالمضرور، حتى ولو كان أدبيا فإنه يقوم بالنقود، والأصل أن يكون التعويض النقدي مبلغا مجمدا يدفع للمضرور دفعة واحدة أو أقساطا، وإما أن يكون ايرادا مرتبا له مدى الحياة أو مدة معينة، ويتولى القاضي تحديد التعويض على قدر الضرر الذي لحق المدعي نتيجة الخطأ الذي أتاه المدعي عليه، لأن قوام المسؤولية المدنية هو إعادة التوازن الذي اختل نتيجة الضرر[2]، أما التعويض غير النقدي فإنّه يكون على سبيل المثال التعويض بنشر الحكم القاضي بإدانة المدعى عليه في الصحف، وهذا النشر يعتبر تعويضا غير نقدي عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعي عليه، وقد يكون على سبيل التعويض بالحكم بالمصروفات على المدعي عليه في مثل هذه الأحوال والاقتصار على ذلك،وقد يعتبر تعويضا كافيا عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعي، وهو تعويض غير نقدي لأن الملحوظ فيه هو المعنى الذي يتضمنه [3].

ومما تقدم يمكن القول أنّ قانون الأسر الجزائري أقر بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة، لكنه مع ذلك لم يحدد طريقة التعويض سواء في الضرر المادي أو المعنوي وتبقى بذلك السلطة التقديرية للقاضي وله في ذلك سلطة واسعة، كما له سلطة واسعة في التعويض من عدمه في الأصل، كما أنّ المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة لم يشر إلى ضرورة استعانة القاضي بخبير لتقدير الضرر وتحديد قيمة التعويض وتبقى بذلك السلطة التقديرية له في الاستعانة بخبير من عدمه.

---

[1]- المرجع نفسه، ص183 .

[2]- بلحاج العربي، **النظرية العامة للالتزام**، المرجع السابق، ج2، ص266، 267.

[3]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج1، ص 817.

الفصل الثاني:

السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في قضايا الزواج

تمهيد وتقسيم:

الزواج من المسائل المهمة والخطيرة في الوقت ذاته لذلك اهتمت بها الشريعة الإسلامية غاية الاهتمام من جميع الجوانب، كما خصها الفقهاء في أبوابهم الفقهية بالدراسة والتحليل والاجتهاد في المسائل التي لم يرد فيها نص شرعي، فلم تكد توجد مسألة إلا وللفقهاء فيها رأي بما فيها تعدد الزوجات وتزويج القاصر أو الصغير والصغيرة، ومن جانبه نظم المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري كل ما يتعلق بالزواج واعتبره من أهم العقود التي يجريها الإنسان في حياته، ومنها على وجه التحديد مسألة تزويج القاصر.

والذي يعنيني في هذا البحث هو ما نص عليه المشرع الجزائري في مسألة تعدد الزوجات وتزويج القاصر في المادتين السابعة والثامنة من قانون الأسرة الجزائري، ولا سيما منحه صلاحية استخدام السلطة التقديرية في هذين المسألتين حيث أنّهما تخضعان لإعمال نشاط القاضي الذهني وذلك بعد مراعاة الشروط الواجب توفرها وتحديد المصلحة والغاية من ذلك، ونظرا لحساسية العلاقة الزوجية وما ينشأ عنها مستقبلا فالقاضي عليه أن يكون دقيقا وصائبا في عملية التقدير حتى لا يتعسف في استعمال الحق الذي منحه إياه المشرع في قضايا الزواج بشكل عام وبشكل خاص قضية تزويج القاصر وكذا الترخيص بتعدد الزوجات، وهذا ما سيتم دراسته من خلال هذا الفصل الذي تم تقسيمه كالآتي:

المبحث الأول: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في تزويج القاصر

المبحث الثاني: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الترخيص بتعدد الزوجات

المبحث الأول: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في تزويج القاصر

الملاحظ أنّ المشرع الجزائري شأنه شأن التشريعات الأخرى حدد أهلية الزواج عن طريق السن، مما يعني أنّ من لم يبلغ هذه السن غير مؤهل للزواج على الرغم من أنّ الفقه الإسلامي لم يحدد سنا معينا للزواج، ولكن المشرع الجزائري رغم ذلك سمح بزواج القاصر الذي لم يبلغ أهلية الزواج كاستثناء لكن ذلك متوقف على ترخيص من القاضي الذي يملك السلطة التقديرية للترخيص له من عدمه، وسيتم تناول هذه المسألة في المطلب الأول تعريف الزواج والقاصر، ثم في المطلب الثاني السلطة التقديرية للقاضي في تزويج القاصر.

المطلب الأول: تعريف الزواج والقاصر

قبل التطرق إلى السلطة التقدير للقاضي في تزويج القاصر فإنّ الأمر يتطلب تعريف الزواج من خلال الفرع الأول وكذلك تعريف القاصر في الفرع الثاني، وذلك من أجل ضبط مفهوم أشمل للزواج والقاصر.

الفرع الأول: تعريف الزواج

سيتم من خلال هذا الفرع تعريف الزواج لغة ثم تعريفه اصطلاحا وذلك في الفقه الإسلامي ثم في قانون الأسرة الجزائري وهذا كما يلي:

البند الأول: تعريف الزواج لغة

يقال في اللغةزوج المرأة: بعلُها، وزوج الرجل: امرأته، حيث قال الله تعالى: " **اسكُنْ أَنْت وزَوجك الْجنَّةَ**"(البقرة:35)، ويقال أيضًا هي زوجتُه، وتقول العرب: زوَّجته امرأةً، وتزوَّجت امرأة، وذلك لقوله تعالى: " **وزَوَّجنَاهم بِحورٍ عينٍ**"(الدخان: 45)،أي: قرنَّهم بهنَّ، والتزاوج والمزوجة والازدواج بمعنى، والزواج: خلافُ الفُرد[1].

والزواج يقالُ لكل واحد من القرينَين من الذّكر والأنثى لقوله تعالى:" **فَجعل منْه الزَّوجيْنِ الذَّكر والْأُنْثى**"(القيامة: 39)، وجمع الزوج أَزواج لقوله جلا وعلا:" **احشُروا الَّذين ظَلَموا وأَزْواجهم** "(الصافات: 22)،أي أقرانَهم المقتدين بهم في أفعالهم وقوله تعالى:"**ما متَّعنا به أَزْواجا**

[1]- أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، **الصحاح**، تحقيق: محمد محمد تامر، دط، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2009،مج1، ص504.

منهم"(طه: 131)،أي أشباها وأقرانًا وقوله أيضا:"**ومن كُلِّ شيءٍ خلَقْنا زَوجيْنِ**"(**الذاريات: 49**)، فبيَّن أنَّ كل ما في العالم زوج[1].

نلاحظ مما تقدم أن الزواج في اللغة يأتي بمعنى الاقتران ويأتي بمعنى الازدواج والارتباط.

البند الثاني: تعريف الزواج اصطلاحا

سيتم الزواج في الفقه أولا ثم في قانون الأسرة الجزائري ثانيا وذلك كما يلي:

أولا: تعريف الزواج في الفقه الإسلامي: الزواج عند الحنفية يعني عقد يفيد ملك المتعة أي حل استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي[2]،وهو عند المالكية عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية، غير موجب قيمتها ببينة قبله، غير عالم عاقدها حرمتها إن حرمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر[3]، وقال الشافعية بأنه يطلق على العقد، والوطء[4]، وعرفه الحنابلة بأنه عقد بين رجل وامرأة على الاستمتاع وتحقيق أهداف النكاح، كالإعفاف، وتحصيل الولد وغير ذلك[5].

أما الزواج عند الفقهاء المعاصرين فقد عرفه عبد الوهاب خلاف بأنه: " عقد يفيد حل استمتاع كل واحد من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع، ويجعل لكل منهما حقوقا قبل صاحبه وواجبات عليه، فهو من عقود التمليك والملك فيه وارد قصدا على متعة كل واحد من الزوجين بالآخر"[6]،وعرفه وهبة الزحيلي بأنه:" عقد يتضمن إباحة الاستمتاع بالمرأة، بالوطء والمباشرة والتقبيل والضم وغير ذلك، إذا كانت المرأة غير محرم بنسب أو رضاع أو صهر"[7]،وعرفه أبو زهرة أنه: " عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق الطابع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة ويحدد ما لكليهما من حقوق، وما عليه من واجبات"[8].

---

[1] - الراغب الأصفهاني، **المفردات في غريب القرآن**، تحقيق: محمد سيد كيلاني،دط، دار المعرفة، بيروت،لبنان، دت، ص215، 216.

[2] - ابن عابدين، المرجع السابق، ج4، ص59، 60 .

[3] - الرصاع، **شرح حدود ابن عرفة**، تحقيق: محمد أبو الأجفان، الطاهر المعموري، ط1، دار الغرب، بيروت، لبنان، 1993، ص 235 .

[4] - بن رسلان البلقيني،**التدريب في الفقه الشافعي**،تحقيق: أبو يعقوب نشأت بن كمال المصريّ، ط1، دار القبلتين، الرياض، المملكة العربية السعودية ، 2012، ج3، ص 6 .

[5] - عبد الكريم بن محمد اللاحم، **المطلع على دقائق زاد المستقنع**، ط1، دار كنوز إشبيليا، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2010، مج1، ص 10 .

[6] - عبد الوهاب خلاف، **أحكام الأحوال الشخصية**، ط2، دار القلم، الكويت، 1990، ص 15 .

[7] - وهبة الزحيلي، **موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة**، المرجع السابق، ج8، ص 43 .

[8] - محمد أبو زهرة، **عقد الزواج وآثاره**، المرجع السابق، ص 44 .

كما يطلق على هذا العقد لفظ الزواج، يطلق أيضا عليه لفظ النكاح ومن ذلك قوله تعالى: "**ولَا تنْكحوا الْمشْرِكات حتَّى يؤْمنَّ** " البقرة 221، وقوله أيضا: " **وأَنْكحوا الْأَيامى منْكُم** "**النور**32.

الملاحظ مما تقدم أن الحنفية والمالكية أضافوا في التعريف أن تكون المرأة خالية من الموانع الشرعية، بينما الشافعية اكتفوا بأنّ الزواج يطلق على العقد الوطء، وما يلاحظ أيضا أن الفقهاء المتقدمين وكذا المعاصرين يؤكدون في تعريفهم على أن الزواج يكون بين رجل وامرأة وأضاف المعاصرون الحقوق والواجبات المترتبة على هذا العقد.

ثانيا: تعريف الزواج في قانون الأسرة الجزائري: عرف المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة الزواج في نص المادة 4 بأنه: " عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب "[1].

اعتبرت المادة 4ق.أ.ج الزواج من العقود الرضائية، أي أنّه مبني على إرادة الطرفين وهما المرأة والرجل، وعبارة " الرضائية "لم تكن توجد في النص السابق، وبينت غايات الزواج المتمثلة في تكوين أسرة على أساس المودة والرحمة، وكذا المحافظة على النسب، فالزوجة شريكة الرجل في الحقوق والواجبات، ويتحمل الزوجان مسؤولية رعاية الأسرة وفقا لمقتضيات هذا القانون، فالهدف الأساسي من الزواج تكوين أسرة، وفي ذلك إمتاع نفسي للطرفين ومن أهمها تحصيل الأولاد وغير ذلك [2].

وقد اختار المشرع الجزائري استعمال لفظ الزواج كعنوان للباب الأول، غير أنه استخدم لفظ النكاح في بعض الفصول كما هو الشأن في الفصل الثالث المتعلق بالنكاح الفاسد والباطل (المواد 32 إلى 35ق.أ.ج) أو في بعض المواد(المادة 10 فقرة 1 مثلا)، وقد نصت المادة 4 ق.أ.ج أنّ طرفي عقد الزواج هما الرجل والمرأة،وأضافت في تعريفها للزواج بأنه:" عقد رضائي"،ولا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول بين الرجل والمرأة حسب نص المادة 09 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين "[3]، وبالتالي فإنّ المشرع الجزائري يرفض أي نوع من أنواع الزيجات المروج لها في وقتنا الحالي[4].

---

[1] - قانون الأسرة رقم 11/84 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02.

[2]- لحسن بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 16، 17 .

[3]- قانون الأسرة رقم 11/84 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02.

[4]- بلحاج العربي، **أحكام الزوجية وآثارها**، المرجع السابق، ص 85 – 88 .

الفرع الثاني: تعريف القاصر

بعد تعريف مصطلح الزواج سيتم من خلال هذا العنصر التطرق إلى معنى القاصر من حيث اللغة والفقه الإسلامي ومن الجانب القانوني كذلك وهذا من خلال؛ تعريف القاصر لغة في البند الأول تعريف القاصر اصطلاحا في الفقه الإسلامي ثم في القانون في البند الثاني.

البند الأول: تعريف القاصر لغة

يعرف القاصر لغة بأنه: قاصر: جمع قاصرون وقُصَّر، مؤنثه قاصرة، جمعها: قاصرات وقُصَّر: اسم فاعل من قصر وقصر والقاصر هو من لم يبلغ سن الرشد فيوضع تحت حماية وعناية وصي، "ولد قاصر "، قاصرة مؤنَّث قاصر: من لم تبلغ سن الرشد " فتاة قاصرة "، قصر عن يقصر، قُصورا، فهو قاصر، والمفعول مقصور به، ويقَّصر قصرا، فهو قاصر، قصر الصَّلاة: صلَّى ذات الأربع الرَّكعات رَكْعتين فقط حسب ترخيص الشَّرع، قال الله تعالى:"**فَلَيس علَيكُم جنَاح أَنْ تقْصرُوا من الصَّلاة**"(**النساء:** 101)،استقصر فلانًا: عدّه مقصِّرا" استقصره في المهمة التي أوكلها إليه، تقاصر عن يتقاصر، تقاصرا، فهو متقاصر، تقاصر عن الوصول إلى هدفه: كفَّ عنه وعجز[1].

بكسر الصاد من قصر عن الشيء: إذا تركه عجزاً، والقاصر: العاجز عن التصرف السليم[2].

والقّاصر: هو من لم يبلغ سن الرشد وكذلك بالنسبة للمرأة يقال لها القّاصرةُ التي لم تبلغ سن الرشد حيث جاء في التنزيل العزيز: " **وعنْدهم قَاصرات الطَّرف عين** "(**الصافات:** 48)[3].

نلاحظ مما تقدم أنّ مصطلح القاصر يطلق على الفتى القاصر وبالنسبة للفتاة يقال لها قاصرة وهما من لم يبلغا سن الرشد ولم يكتمل عقلهما عن معرفة ودراية التصرف السليم.

البند الثاني: تعريف القاصر اصطلاحا

سيتم تعريف القاصر في اللغة أولا ثم في القانون ثانيا كما يلي:

أولا: تعريف القاصر في الفقه الإسلامي: يبدوا أنّ الفقهاء المتقدمينلم يستخدموا مصطلح القاصر في كتاباتهم، لكن أطلقوا تسميات أخرى كالصغير أو الصبي أو الطفل، حيث قال الله تعالى:" **وإِذَا بلَغَ الْأَطْفَالُ منْكُم الْحلُم فَلْيستَأْذنُوا كما اسْتَأْذَنَ الَّذين من قَبْلهم كذَلك يبَيِّن**

---

[1]- أحمد مختار عمر، **معجم اللغة العربية المعاصرة**، ط1، عالم للكتب، القاهرة، 2008، مج1، ص1821.

[2]- محمد رواس قلعه جي، **معجم لغة الفقهاء**، ط1، دار النفائس، بيروت، لبنان، 1996، ص322 .

[3]- شوقي ضيف، **المعجم الوسيط**، مجمع اللغة العربية جمهورية مصر العربية، ط4، مكتبة الشروق، القاهرة، 2004، ص738، 739.

اللَّه لَكُم آياته واللَّه عليم حكيم"(**النور**: 59)،والصبي عند الحنفية هو من لم يصل سن البلوغ[1]، وعند المالكية والحنابلة يطلق على المولود من حين يولد إلى أن يبلغ[2].

ونجد أنّ الفقهاء المعاصرين استخدموا مصطلح القاصر،وقد عرفه وهبة الزحيلي بأنه:" من لم يستكمل أهلية الأداء، سواء أكان فاقداً لها كغير المميز أم ناقصها كالمميز " [3].

وتعرف أهلية الأداء بأنها صلاحية الإنسان لأن يطالب بالأداء، ولأن تعتبر أقواله وأفعاله وتترتب عليها آثارها الشرعية[4].

وجاء في معجم لغة الفقهاء بأن القاصر هو العاجز عن التصرف السليم،كالشخص المجنون والصغير دون البلوغ[5].

نستنج مما تقدم أن الفقهاء المتقدمين لم يستخدموا مصطلح القاصر لكن استخدموا تسميات أخرى كالطفل أو الصبي أو الغلام ..، بينما استخدم الفقهاء المعاصرون مصطلح القاصر وأرادوا به من كان لا يفرق بين النفع والضرر.

ثانيا: تعريف القاصر في القانون: عرف القانون العربي الموحد لرعاية القاصرين القاصر في مادته الأولى حيث نص على أن:"القاصر وهو الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد، ويحدد سن الرشد القانوني وفق الدولة التي ينتمي إليها القاصر بجنسيته"[6].

والقاصر في القانون الجزائريهو الشخص الذي لم يبلغ سن الرشد المحدد في القانون المدنيسواء أكان ذكرا أم أنثى حسب نص المادة 40 منه[7]، وسن الرشد المدني هو 19 سنة من العمر، ونلاحظ أن المشرع لم يقم بتعريف مدلول القاصر بل استعمله في عدة نصوص قاصدا به الشخص الذي لم يبلغ سن الرشد، حيث نص في المادة 11/ 2 ق.أ.ج على أنه:" يتولى زواج القصر أوليائهم

---

[1] - ابن عابدين، ، المرجع السابق، ج4، ص 153 .

[2]- النجدي، **حاشية الروض المربع، شرح زاد المستنقع**، ط1، دن، دم،1397هـ، مج5، ص 181.

[3]- وهبة الزحيلي،**الفقه الإسلامي وأدلته**، المرجع السابق، ج7، ص 746.

[4]- عبد الكريم زيدان، **الوجيز في أصول الفقه**، ط6، مؤسسة قرطبة، بغداد، 1976، ص 93 .

[5]- محمد رواس قلعهجي، المرجع السابق، ص 322 .

[6]- القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين، صادر عن مجلس وزراء العدل العرب، جامعة الدول العربية، قرار رقم: 323، ج 2، 2002/03/04، تاريخ الإطلاع: 2021/7/3 ينظر الرابط:

https://droit.mjustice.dz/sites/default/files/portail/liguearabe/mineur_ligue_arabe.pdf

[7]-القانون المدني رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20، الجريدة الرسمية رقم 44، المؤرخة في 2005/06/26، وبالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 2007/05/13، الجريدة الرسمية رقم 31، المؤرخة في 2007/05/13 .

وهو الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"، وكذلك نص المادة 82 ق.أ.جالتي تنص على أنه:" من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة"، وقد تضمن أيضا قانون الإجراءات المدنية والإدارية أحكاما تتعلق بالولاية على نفس القاصر ونذكر على سبيل المثال نص المادة 459ق.إ.م.إ.ج التي جاء فيها أنه:" يجمع القاضي المعلومات التي يراها مفيدة بشأن الوضعية العائلية للقاصر وسلوك الأبوين "[1]، وبين الإجراءات الخاصة بالقاصر في هذا القانون، ولكن استثناءا على هذا نجد المشرع الجزائري أعطى لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية في ترشيد القاصر قبل سن 19 سنة ومن أمثلة ذلك نص المادة 7ق.أ.ج التي تنص على أنه: " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج "[2].

من خلال ما تقدم نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعرف القاصر في القانون لكن أشار إليه في عدة نصوص في القوانين الجزائرية، قاصد به صغر السن وبالتالي فالقاصر هو كل شخص لم يبلغ سن الرشد المقرر في القانون المدني ب 19 سنة كاملة حسب نص المادة 40 منه، كما نص على سن الرشد في الزواج في قانون الأسرة ب 19 سنة أيضا، على أنّ للقاضي السلطة التقديرية في ترشيده إن دعت إلى ذلك ضرورة ومصلحة.

المطلب الثاني: ترخيص القاضي بزواج القاصر

للقاضي السلطة التقديرية في الترخيص بزواج القاصر إذا توفرت فيه القدرة على الزواج ودعت إلى ذلك المصلحة، وذلك قبل بلوغه 19 سنة التي نص عليها المشرع الجزائري، لكن السؤال الذي يمكن طرحه لماذا حدد المشرع الجزائري سن الزواج ب 19 سنة وخالف رأي الفقه، ولماذا أعطى للقاضي صلاحية تزويج القاصر قبل السن القانوني المحدد، وكيف يمكن للقاضي الترخيص بالزواج قبل ذلك، وهذا ما سنتناوله من خلال؛

الفرع الأول: اكتساب أهلية الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

تختلف أهلية الزواج في كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، وزواج القاصر وفقا لقانون الأسرة الجزائري متوقف على إذن القاضي وعلى ذلك سيتم التطرق إلى اكتساب أهلية الزواج من خلال، اكتساب أهلية الزواج في الفقه الإسلاميفيالبند الأول، واكتساب أهلية الزواج في قانون الأسرة الجزائري في البند الثاني.

---

[1] - القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25، الجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 2008/04/23 .

[2]- قانون الأسرة رقم 11/84 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02.

البند الأول: اكتساب أهلية الزواج في الفقه الإسلامي

الأهلية في الفقه الإسلامي هي:" صلاحية الإنسان لما يجب عليه من الحقوق، وما يلزمه من الواجبات بعد توفر الشروط اللازمة في المكلف، لصحة ثبوت الحقوق له، والواجبات عليه "[1].

وقد بين الفقه الإسلامي السن الذي يحكم ببلوغ الصغير حين بلوغه إياه في اكتساب أهلية الزواج وذلك إذا لم تظهر أمارات البلوغ عليه قبل ذلك لقوله تعالى: " **والَّذين لَم يبْلُغُوا الْحلُم منْكُم**"(**النور:** 58)، حيث أن مرحلة البلوغ بعد مرحلة الطفولة والتمييز، فإذا احتلم الصغير قبل بلوغه هذه السن أو ظهر حول قبله شعر خشن، أو حاضت المرأة أو حملت فإنه يحكم بالبلوغ في ذلك السن الذي وجدت فيه الأمارات الطبيعية[2]، لقوله تعالى: " **وإذَا بلَغَ الْأَطْفَالُ منْكُم الْحلُم فَلْيستأْذنُوا** "(**النور:** 59)، أما إذا تأخرت علامات البلوغ فقد لجأ فقهاء الشريعة الإسلامية إلى تحديد سن الزواج بسن معينة، فقد حددها الإمام أبو حنيفة ب 17 عشرة للفتى و18 عشرة سنة للفتاة ، لأن الحد لا يثبت إلا بتوقيف أو اتفاق، أما قول الإمام مالك 17 عشر أو ثمانية عشر، غير أن الشافعية والحنابلة حددوها بـ 15 سنة للغلام والجارية وبهذا قال الأوزاعي، والشافعي، وأبو يوسف ومحمد ، وقال داود: لا حدَّ للبلوغ من السن ، لقوله عليه السلام: "رفع القلم عن ثلاث، عنِ الصَّبِيِّ حتى يحتلم "[3].

وعلى هذا اتفق الفقهاء على عدم انعقاد زواج الصغير غير المميز، أما الصبي المميز فينعقد زواجه، ولكن يكون موقوفا على إجازة وليه حسب رأي الحنفية ويبطل زواجه كسائر عقوده عند الجمهور، على أنه متى ظهرت فيه أمارات البلوغ الطبيعية جاز له أن يعقد الزواج بنفسه[4]، حيث قال تعالى: "**وابتلُوا الْيتامى حتَّى إذَا بلَغُوا النِّكَاح فَإنْ آنَستُم منْهم رشْدًا فَادفَعوا إلَيْهِم أَموالَهم** "(**النساء:**06)، وهنا دلالة على أن بلوغ سن النكاح هو علامة انتهاء الصغر، فلو كان الزواج يصح في سن الصغر وما كان لهذه الغاية معنى[5].

---

[1]- إسماعيل أمين نواهضة، **الأحوال الشخصية فقه النكاح**، ط1، دار المسيرة، عمان، الأردن، 2010، ص 61.

[2]- عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص114.

[3]- ابن قدامة، المرجع السابق، ج6، ص 598.

[4]- وهبة الزحيلي،**الفقه الإسلامي وأدلته**، المرجع السابق، ج7، ص 186 .

[5]- بلحاج العربي، **أحكام الزوجية وآثارها**، المرجع السابق، ص 193 .

البند الثاني: اكتساب أهلية الزواج في قانون الأسرة الجزائري

يهدف عقد الزواجوفقا لما قضت به المواد 36 و37و 40 ق.أ.ج إلى حفظ النسل وإحصان الزوجين، إضافة إلى ما ينشأ عنه من حقوق والتزامات التي تنشأ في ظل قيام هذه الرابطة، والوعي بحجم المسؤولية الملقاة على طرفيه تتوجب مستوى من الإدراك والتمييز وتمحيص الضر من النفع، وعلى أساس ذلك جعل المشرع الجزائري بموجب المادة 09 مكرر ق.أ.ج من الشروط المكونة

لعقد الزواج توفر الأهلية في كل من الزوج والزوجة، وذلك ببلوغهما تمام 19 سنة بموجب المادة 1/7 ق.أ.ج التي جاء فيها:" تكتمل أهلية الرجل والمرأة بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج"[1].

وما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري ساوى بين الرجل والمرأة في الأهلية وهي بلوغ 19 سنة كاملة لكليهما، والتي أصبحت مطابقة للأهلية المنصوص عليها في المادة 40 من القانون المدني، خلافا للنص القديم الذي كانت المادة 07 منه قبل تعديلها تنص على ما يلي: " تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة، والمرأة بتمام 18 سنة "[2].

لكن الإشكال يقع في حالة الترخيص بالزواج دون السن القانونية، فالملاحظ أنّ النص لم يحدد السن الأدنى الذي يمكن للقاضي أن يصل إليه مع مراعاة الضوابط الأخرى المنصوص عليها في القانون وهي القدرة الجسدية والمادية إضافة إلى القدرة على تحمل المسؤولية، والذي يبدوا أنه لايمكن في جميع الأحوال النزول عن سن 15 سنة لاعتبارات تتعلق بالبلوغ الجسدي، لأن مرحلة البلوغ هذه في الفقه الإسلامي هي الحد الذي يصبح الشخص بموجبه مكلف بالواجبات الدينية والدنيوية كأصل عام، خصوصا وأن القانون نص على أن زواج القاصر يكسبه أهلية التقاضي في الحقوق والواجبات[3]، على الرغم من أنّ المادة 437 ق.إ.م.إ.ج تنص على خلاف ذلك حيث جاء فيها أنّ الزوج إن كان ناقص الأهلية يقدم طلب الطلاق باسمه من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة.

الفرع الثاني: ما يجب على القاضي مراعاته عند الترخيص بزواج القاصر

سنتناول في هذا الفرع سلطة القاضي في تقدير المصلحة والضرورة والقدرة على الزواج في البند الأول، ونتناول سلطة القاضي في تقدير السن الأدنى عند الترخيص بزواج القاصر في البند الثاني.

---

[1]- اسمهان عفيف، " **الترخيص القضائي كآلية لحماية القاصر**"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، ع4، 2019م، ص 254 .

[2]- لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 20 .

[3] - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 61.

البند الأول: سلطة القاضي في تقدير المصلحة والضرورة والقدرة على الزواج

استثناءأجاز المشرع الجزائري للقاضي أن يرخص بالزواج قبل بلوغ سن الرشد وذلك لمصلحة أو ضرورة ومتى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج[1]، أي أنّهمنح إمكانية الإعفاء من سن أهلية الزواج لكن ذلك لا يكون إلا بمراعاة المصلحة والضرورة، وأن يراعي أيضا ما إذا كان المرخص لهما يتمتعان بالقدرة الكافية على الزواج أم لا سواء كان ذلك فيسيولوجيا أو اجتماعيا أو اقتصاديا[2]،ومنحت المادة 2/07 ق.أ.ج للزوج القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من نفقة وإثبات النسب وحضانة وغيره، غير أنها لم تبين الآثار القانونية المترتبة عن الزواج الحاصل قبل بلوغ الزوجين أو أحدهما السن القانونية، مع إغفالها للعقوبة التي تسلط على كل مخالف لمقتضاها[3].

ومما تقدم فإنّ القاضي وحده الذي يملك إعمال السلطة التقديرية وتحديد فيما إذا كانت هناك مصلحة أو ضرورة تقتضي منحه الترخيص بزواج القاصر، بعد موافقة الولي حسب نص المادة 83 ق.أ.ج التي تنص على أنه:" من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة له، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى القضاء "، كما لو وجدت دوافع أو مبررات مقبولة أو قوية، كالخوف من الوقوع في الزنا، أو التعرض لضرر الكبت أو الانزلاق إلى الفساد وما يجره من الأمراض والعقد النفسية، فيما إذا لم يتزوج قبل بلوغه تمام التاسعة عشرة من عمره، وقد نصت المادة 11 /2 ق.أ.ج على أنه:" دون الإخلال بأحكام المادة7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهو الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له "[4]، من خلال هذه المادة نجد المشرع الجزائري فرق بين المرأة الراشدة البالغة 19 سنة والقاصرة التي يقل عمرها عن ذلك.

فبالنسبة للمرأة البالغة، لا يعتبر الولي شرطا في الزواج بل حضوره رمزي، ولها أن تختار وليها بكل حرية، ما بين أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر ولو كان غير قريب لها،وإذا كانت المرأة قاصرة ورخص لها القاضي بالزواج طبقا للمادة 7 ق.أ.ج، فإنها لا تكون في حكم البالغة بسبب

---

[1]- بلحاج العربي، **أحكام الزوجية وآثارها**، المرجع السابق، ص 200 .

[2]- عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد**، دط،، دار هومة، الجزائر، 2007، ص25 .

[3]- أحمد شامي، المرجع السابق، ص 37 .

[4]- بلحاج العربي، **أحكام الزوجية وآثارها**، المرجع السابق، ص201 .

ذلك، ويتولى زواجها وليها طبقا للمادة 11 /2 ق.أ.ج، أما بالنسبة للمرأة القاصرة التي لم تبلغ 19 سنة ميلادية، فإنها لا تتزوج إلا بواسطة الولي وهو الأب أو أحد الأقارب الأولين، والقاضي هو الولي في حالة انعدام الأب، وتطبق أيضا نص المادة 11 / 2 إذا كنا بصدد زواج عرفي ذلك أنه في حالة الزواج الرسمي فإن القاصرة تحتاج إلى ترخيص من القاضي ويتولى زواجه وليها كما سبق القول[1].

ولذلك ينبغي الإشارة إلى أنه يتعين على القاضي أن يكون حذرا في تقدير المصلحة التي هي مناط الترخيص وأن لا يعطي هذا الإذن إلا إذا توفرت الشروط المستلزمة ولا يصح له من جهة أخرى أن يتعسف ما دام لا يمس مصالح المجتمع ومصالح الأطراف أنفسهم، ومثال ذلك: حالة الفتاة التي بلغت 17 سنة من عمرها وما لها عال ولا مال، فإنه من الأفضل لها أن تحافظ على شرفها وعرضها بأن ترتبط برباط القران، وكذلك الحال بالنسبة للفتاة التي تخشى الوقوع في الفاحشة لو لم تتزوج وتقدم رجل للزواج بها، فعلى القاضي أن يسمح لها بذلك وإلا كانت وبالا وخسارة على المجتمع وذلك عندما تصبح الفتاة فاسدة أخلاقيا، بدل أن تكون فتاة شريفة وأم فاضلة ومربية كريمة، وعليه فإنه يجب على القاضي أن لا يلجأ إلى هذه المصلحة كغطاء لمنح ترخيص بالزواج لشخصين مقبلين عليه لمجرد تغطية فضيحة أخلاقية وهذا يعني إذا كانت المادة 336ق.ع.ج[2] ترفع تسليط العقوبة على الخاطف إذا تزوج القاصرة المخطوفة أو المبعدة، فإنه مع ذلك لايمكن لهذه الأخيرة الزواج هنا إلا بعد حصولها على ترخيص قضائي[3].

وقد نصت المادة 20 من مدونة الأسرة المغربية أن: "لقاضي الأسرة المكلف بالزواج أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية "، فالمشرع المغربي منح السلطة التقديرية للقاضي شأنه شأن المشرع الجزائري، وتشير المادة إلى كون مقرر الاستجابة لطلب الإذن بزواج القاصر غير قابل لأي طعن، مما يفيد أن رفض الإذن بزواج القاصر وحده يقبل الطعن، وهنا تكمن أهمية القرار الذي يتخذه قاضي شؤون الأسرة المكلف بالزواج لدى المحاكم الابتدائية، إذ يتعين عليه أولا أن يستمع للقاصر ولأبويه أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي للتحري والتأكد من مدى تحقق مصلحة القاصر في الإذن له بالزواج أو في رفضه، وفي كلتا الحالتين ينبغي أن يكون المقرر

---

[1]- لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص28 ،29 .

[2]- الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08جوان1966 المتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية، ع49، صادر في 11جوان 1966، معدل ومتمم.

[3]- تشوار جيلالي، **سن الزواج بين الإذن والجزاء**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر1، الجزائر، ،ع01، 2000، مج56، ص 79،80 .

المتوصل إليه معللا يبين فيه القاضي المصلحة والأسباب المبررة لاتخاذه[1]، في حين لم يتعرض المشرع الجزائري لإمكانية الطعن في الترخيص " الإذن" من عدمه، ولم يحدد إجراءات الطعن وشروطه، وهذا قصور ينبغي على المشرع تداركه[2].

وعلى هذا فالاجتهاد في تقدير المصلحة والضرورة موكول إلى القضاء، عندما يوجه وقائع معروضة عليه يقصر القانون عن تناولها بأحكامه، فيحيله المشرع الجزائري إلى نص المادة 222 التي تبين للقاضي إعمال سلطته التقديرية والاجتهاد وفق أحكام الشريعة الإسلامية، لان القاضي ملزم قانونا بالحكم في الوقائع المعروضة عليه، ويعتمد في اجتهاده على أحكام الشريعة الإسلامية، باعتبارها محل لاجتهاد القاضي في دفع الضرر وتقدير مصلحة أكثر نفعا وملائمة .

وما يمكن ملاحظته أيضا أنّ المشرع الجزائري لم يبين المراد بالمصلحة والضرورة وكذا القدرة على الزواج وترك أمر فهمها وتقديرها للقاضي، الأمر الذي يتطلب أن يملك قاضي الأسرة مؤهلات علمية ونفسية وعلى دراية بالواقع حتى يقدر المصلحة والضرورة والقدرة على الزواج.

لذلك اشترط المالكية أن يكون القاضي مجتهدا، وأن يكون له علم ونباهة وفهم في كل ما يتولاه وعالما يسوغ له الاجتهاد وأن يميز بين الحق والباطل[3]،و ذهب الشافعية والحنابلة أيضا إلى ما قاله المالكية وهو اشتراط الاجتهاد في القاضي، وحجتهم أن القضاء أوكد من الإفتاء، لأنه إفتاء وإلزام، والمفتي لا يجوز أن يكون عاميا مقلدا، فالقاضي أولى أن لا يكون مقلدا، واستدلوا بقوله تعالى: "**فَاحكُم بيْنَهم بِما أَنْزَلَ اللَّه** "(**المائدة: 48**)، وما أنزل الله يعرفه العالم لا المقلد[4]، وأن العدالة ركن في الاجتهاد، كالعلم، فإن فاتت العدالة فاتت أهلية الاجتهاد، ومنه فعلى القاضي أن يجتهد ويقدر هذه المصلحة أو الضرورة معتمدا في ذلك على القواعد الفقهية التي تضبط المصالح والمفاسد وقواعد الضرر والتي منها: " **درء المفاسد مقدم على جلب المصالح** "[5].

---

[1] - عائشة الحجامي، **مدونة الأسرة على ضوء الممارسة القضائية**، ط1، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2009، ص61

[2] - بلحاج العربي، **أحكام الزوجية وآثارها**، المرجع السابق، ص 202 .

[3]- التسولي، **البهجة في شرح التحفة**، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998، ج1، ص 38 .

[4]- عبد الكريم زيدان، **نظام القضاء في الشريعة الإسلامية**، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1989، ص 29 .

[5]-السيوطي، **الأشباه والنظائر**، تحقيق: محمد محمد تامر، حافظ عاشور حافظ، ط 2، دار السلام، القاهرة، 2004، ج1، ص217.

البند الثاني: سلطة القاضي في تقدير السن الأدنى عند الترخيص بزواج القاصر

الملاحظ من نصوص قانون الأسرة أنّ المشرع الجزائري لم يحددللقاضي في حالة منح الترخيص للزواج السن الأدنى دون سن الزواج (19 سنه)، بل ترك ذلك لسلطة القاضي التقديرية في مراعاة مصلحة وضرورة المقبلين على الزواج.

ويرى الفقه الإسلامي أنه لا يمكن في جميع الأحول النزول عن سن 15 سنة لاعتبارات تتعلق بالبلوغ الجسدي، لأن مرحلة البلوغ هذه في الفقه الإسلامي هي الحد الذي يصبح الشخص بموجبه مكلف بالواجبات الدينية والدنيوية كأصل عام، خصوصا وأن القانون نص على زواج القاصر يكتسبه أهلية التقاضي بشأن الحقوق والواجبات[1].

[1] - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 61.

المبحث الثاني:السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الترخيص بتعدد الزوجات

كان تعدد الزوجات نظاما راسخا في حياة العرب اقتضته طبيعة بنيتهم البيولوجية وظروفهم الاجتماعية، والإسلام لم يفصل بين حياة العرب في الجاهلية وحياتهم في الإسلام، وإنما هذّب هذه الحياة، فاستبقى محاسنها ومحا وعدل برفق وهوادة ما ينبغي محوه وتعديله بما يتفق مع غايته، فلم يمنع الإسلام تعدد الزوجات ولم يدعه مطلقا بلا ضوابط، وإنما قيده بضوابط إيمانية نصت عليها أحكام قرآنية[1]، ومسألة تعدد الزوجات تقتضي التعامل معها بمنطقية بعيدا عن العواطف والحساسيات[2]، ذلك أنّ الذي أباحها هو الله سبحانه وتعالى وهو أعلم بما خلق وألطف بهم من أنفسهم، ولو لا أنها تحقق مقصدا شرعيا للبشر ما كان سبحانه وتعالى أباحها، والملاحظ أنّ المشرع الجزائري أخذ بما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية من القول بالتعدد مع منحه السلطة التقدير في الترخيص بالتعدد للقاضي، وهذا ما سيتم التطرق له من خلال؛ مفهوم تعدد الزوجات في المطلب الأول.

المطلب الأول: مفهوم تعدد الزوجات

قبل التطرق إلى مدى السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في مسألة تعدد الزوجات سيتم التطرق أولا إلى، تعريف تعدد الزوجات في الفرع الأول ومشروعية تعدد الزوجات في الفرع الثاني ثم أساب تعدد الزوجات في الفرع الثالث.

الفرع الأول: تعريف تعدد الزوجات

سيتم من خلال هذا الفرع التطرق إلى تعريف تعدد الزوجات لغة في البند الأول، ثم

البند الأول: تعريف تعدد الزوجات لغة

تعدد الزوجات لفظ مركب من كلمتين " تعدد " و" الزوجات "، لذلك يجب تعريف كل منهما على حدة في اللغة.

التعدد في اللغة يأتي بمعنى الكثرة، والعدد هو الكمية المتألفة من الوحدات، فيختص بالتعدد في ذاته، وعلى هذا فالواحد ليس بعدد، لأنه غير متعدد، إذ التعدد الكثرة، والاسم: العدد والعديد، عد

---

[1] -كرم حلمي فرحات، **تعدد الزوجات في الأديان**، ط1، دار الأفاق العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص 20 .

[2]- جمال حواوسة، "**تعدد الزوجات في المجتمع الجزائري في ظل التغير الاجتماعي الثقافي**،" مجلة البحوث والدراسات، قالمة، الجزائر، ع1، 2019، مج 16، ص247 .

الشيء يعده عدا، وتعدادا، وعدة، وعدده فقد قال الله تعالى: " **وأَحصى كُلَّ شَيءٍ عدَدًا** " **(الجن:** 28)[1].

والزوجة في اللغة: مفردها زوجة، وجمعها زوجات، مصدرها زوج: امرأة مرتبطة برجل عن طريق الزواج، ويقال لها كذلك: قرينة وحرم وعقيلة[2].

البند الثاني: تعريف تعدد الزوجات اصطلاحا

أولا: تعريف تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي:بالعودة إلى كتب الفقه نجد أن الفقهاء سواء المتقدمين أو المتأخرين لم يتطرق إلى تعريف تعدد الزوجات وربما يعود ذلك إلى عدم أهمية التعريف أو أنه ليس بحاجة إلى أن يعرفوه فهو واضح في ذاته.

وما يمكن فهمه من هذا المصطلح هي أن يقترن الرجل بأكثر من زوجة واحدة في الوقت ذاته وقد حددتها الشريعة الإسلامية بأربعة زوجات.

ثانيا: تعريف تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري: نظم المشرع الجزائري مسألة تعدد الزوجات وكيفيته وشروطه من خلال المادة 8 قانون أسرة جزائري، إلا أنّه مع ذلك لم يتطرق إلى تعريف لتعدد الزوجات ولم يبين المراد به، وإعمالا لنص المادة 222 قانون الأسرة فإنه ينبغي لفهم هذا المصطلح العودة إلى الفقه الإسلامي/ الملاحظ أنّ الفقه الإسلامي لم يعن بتعريف هذا المصطلح مما يدل على أنّه واضح في نفسه ولا يحتاج إلى تعريف، والذي يعني جمع الرجل بين أكثر من زوجة في وقت واحد على أن لا يتجاوز العدد أربع زوجات.

الفرع الثاني: مشروعية تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي

ورد تعدد الزوجات في القرآن الكريم كاستثناء عن الأصل العام وهو أمر مباح، ودليل مشروعيته من الكتاب والسنة والإجماع حيث قال الله عز وجل في كتابه: " **وإِنْ خفْتم أَلَّا تُقْسطُوا في الْيتامى فَانْكحوا ما طَاب لَكُم منَ النِّساء مثْنى وثُلَاث ورباع فَإِنْ خفْتم أَلَّا تعدلُوا فَواحدَةً أَو ما ملَكَتْ أَيمانُكُم ذَلك أَدْنى أَلَّا تعولُوا** " **(النساء:3)**،وسب نزول هذه الآية أن المسلمين قبل هذه الآية كانوا يترخصون في النساء ويتزوجون ما شاءوا، فربما عدلوا وربما لم يعدلوا، فلما سألوا عن اليتامى نزلت الآية:" **فَإِنْ خفْتم أَلَّا تعدلُوا فَواحدَةً أَو ما ملَكَتْ أَيمانُكُم ذَلك أَدْنى أَلَّا تعولُوا** "

[1] - محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، **تاج العروس**، تحقيق: عبد العزيز مطر، ط2، مطبعة حكومة، الكويت، 1994، ج 8، ص353.

[2]- أحمد مختار عمر، **معجم اللغة العربية المعاصرة**، ط1، عالم الكتب، القاهرة، 2008، مج1، ص 1007 .

(**النساء** 3)، أي كما خفتم ألا تقسطوا في اليتامى، فكذلك خافوا في النساء أن لا تعدلوا فيهن، فلا تتزوجوا أكثر مما يمكنكم القيام بحقهن، لأن النساء كاليتامى في الضعف والعجز [1].

أما من السنة:ما روي عن مالك في موطئه، حدثني يحي عن مالك، عن ابن شهاب، أنه قال: بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل من ثقيفٍ، أسلم وعنده عشر نسوة، حين أسلم الثقفي " **أَمسك منْهنَّ أَربعا، وفَارقْ سائرهنَّ** "[2].

ما روي أن رجلا أسلم وتحته ثمان نسوة فأسلمن، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم:" **اختر منْهنَّ أَربعاً وفَارقْ الْبواقي**"، وقد أمر صلى الله عليه وسلم بمفارقة البواقي، ولو كانت الزيادة على الأربع حلال لما أمره، فدل أنه منتهى العدد المشروع وهو الأربع، ولأن في الزيادة على الأربع خوف الجور عليهن بالعجز عن القيام بحقوقهن، لأن الظاهر لا يقدر على الوفاء بحقوقهن، وإليه وقعت الإشارة بقوله عز وجل: " **فَإِنْ خفْتم أَلَّا تعدلُوا فَواحدةً** " (**النساء:** 3)،والمقصود بذلك عدم العدل في القسم والجماع والنفقة في نكاح المثنى والثلاث والرباع، فواحدة بخلاف نكاح رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لأن خوف الجور منه غير موهوم، لكونه مؤيد في القيام بحقوقهن بالتأييد الإلهي[3].

وأما من الإجماع فلم يختلف أحد من أهل الإسلام في أنه لا يحل لأحد أن يتزوج أكثر من أربع نسوة إماء أو حرائر، أو بعضهن حرائر وبعضهن إماء وبرهان ذلك قوله عز وجل: " **فَانْكحوا ما طَاب لَكُم منَ النِّساء مثْنَى وثُلَاثَ ورباع** " (**النساء:** 3)[4].

الفرع الثالث: شروط تعدد الزوجات

سيتم التطرق إلى شروط تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي في البند الأول، ثم بعدها في قانون الأسرة الجزائري في البند الثاني

البند الأول: شروط تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي

تتمثل شروط تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي فيما يلي:

---

[1] - الواحدي النيسابوري، **أسباب النزول**، ط2، دار الإصلاح، السعودية، 1992، ص 143 .

[2] - **أخرجه:** مالك بن أنس، **الموطأ**، دط، دار حياء، دم، 1951، ج2، ص 586.

[3] - الكاساني، **بدائع الصانع في ترتيب الشرائع**، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ج3، ص445 ، 446 .

[4] - ابن حزم، المرجع السابق، ج9، ص 5.

أولا: شرط العدل بين الزوجات: وذلك بالعدل بين الزوجات في النفقة في الأكل والشرب والملبس، وفي السكن فلا يجب التسوية معا فيها، وإعطاء كل واحدة من زوجاته حقها اللائق بها[1].

ودليل وجوب العدل بين الزوجات ورد في الكتاب والسنة، حيث قال الله تعالى:" **فَإِنْ خِفْتُم أَلَّا تعدلُوا فَواحدَةً أَو ما ملَكَتْ أَيمانُكُم** " **(النساء: 3)**،حيث أن تعدد الزوجات أمر مباح إلى أربع زوجات، إباحة لا مانع فيها، وهذا مذكور بالكتاب والسنة والإجماع[2]، فقد أمر الله سبحانه بالاقتصار على الزوجة الواحدة عند الخوف من عدم العدل، فدل ذلك على أن إقامة العدل واجبة، سواء قلنا: إن الاقتصار على الواحدة عند الخوف من إقامة العدل واجب كما هو الصحيح أو قلنا: إنه مندوب، أما الأول فظاهر، لأنه إذا كان مجرد الخوف من إقامة العدل بين الاثنين جعل الجمع بينهما محرما فتكون إقامة العدل بينهما واجبة فلا تردد، أما الثاني فلأنه إذا كان مجرد الخوف من إقامة العدل جعل الجمع بين الزوجات مكروها كان العدل بينهن واجبا، لأن الذي يخاف المكلف من تركه إنما هو الواجب، إذ لو كانت إقامة العدل بينهن مندوبة لما خاف أحد من تركها، لأن الإنسان يخاف من العقاب، والمندوب لا عقاب عليه[3].

وعند الخوف من الوقوع في الجور فواحدة أو ما ملكت أيمانهم، وعلى خلاف هذا توجد آية أخرى في نفس السورةتبين لنا صعوبة العدل بين الزوجات قوله تعالى: " **ولَن تستطيعوا أَنْ تعدلُوا بيْن النِّساء ولَو حرصْتُم فَلَا تميلُوا كُلَّ الْميْلِ فَتذَروها كَالْمعلَّقَة** " **(النساء: 129)**، وتفيد هذه الآية أن العدل في الحب والميل القلبي بين النساء غير مستطاع، وأنه يجب على الزوج أن لا ينصرف كلية عن زوجته فيذرها كالملعقة فلا هي ذات زوج ولا هي مطلقة، بل عليه أن يعاملها بالحسنى حتى يكسب مودتها، وأن الله لا يؤاخذه على بعض الميل إلا إذا أفرط في الجفاء ومال كل الميل عن الزوجة الأولى، وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعدل كل العدل في الأمور المادية بين زوجاته ولكنه كان يميل عاطفيا إلى زوجته السيدة عائشة رضي الله عنها أكثر من بقية زوجاته، وكان يبرر ميله القلبي هذا بقوله: " **اللهم هذا قسمي فيما أملك، فلا تؤاخذني فيما تملك ولا أملك** "[4].

---

[1]- الجزيري، **كتاب الفقه على المذاهب الأربعة**، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ج4، ص 211 .

[2] - راسم شحدة سدر، **تعدد الزوجات بين الإسلام وخصومه**، ط1، دار الثقافة، عمان، 2010، ص 113 .

[3]- الجزيري، المرجع السابق، ج4، ص 212 .

[4]- محمد بن مسفر، **تعدد الزوجات في الإسلام**، دط، دار أم القرى، دم، 2002، ص9 .

ثانيا: شرط القدرة على الإنفاق: وذلكبتوفير كل ما تحتاجه الزوجة من طعام، ومسكن، وخدمة، ودواء[1]، فإذا لم يستطع الزوج الإنفاق على زوجة واحدة، فكيف له الإنفاق في حالة تعدد زوجاته بأكثر من زوجة واحدة، وهي واجبة بالكتاب والسنة لقوله تعالى: " **وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ** " **(النور: 33)**،ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم:" **يا معشَرَ الشَّبابِ منِ استطاعَ منكُم الْباءةَ فَلْيتزوَّج** "[2].

وعليه إذا تيقن الإنسان من مقدرته على تحقيق الشرط الأول الذي هو العدل في نفسه بقي عليه أن يتأكد من قدرته على استيفاء الشرط الثاني الذي هو القدرة على الإنفاق على نسائه الاثنين أو الثلاث أو الأربع، وتكون النفقة بتوفير الطعام والشراب والمسكن واللباس للزوجات، ولا يجب للزوج التسوية في هذه الأمور، بل الواجب أن يوفر لكل واحدة منهن ما يناسب حالها عرفا، حسب عادتها وعرف بلدها، وحسب نفقة الزوج[3]، وتجب النفقة عملا بقوله تعالى: " **وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**"**(البقرة 233)**، وقوله تعالى: " **لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ** " **الطلاق7**، وقوله: " **أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ** "**(الطلاق6)**، والأمر بالإسكان أمر بالإنفاق، لأنها لا تمكن من الخروج للكسب، لكونها عاجزة بأصل الخلقة لضعف بنيتها[4].

البند الثاني: شروط تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري

حاول المشرع الجزائري حماية المرأة من التعدد، فأحاطه بسياج من الشروط القانونية، حتى لا يساء استعماله دون قيد أو شرط[5]، وهذه الشروط نص عليها في المادة 08 من قانون الأسرة، وكذلك نص المادة 19 منه والتي تنص على أنه:" للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون "[6]،وعلى كل حال فإن قانون الأسرة الجزائري الجديد

---

[1]- السيد سابق، **فقه السنة**، ط1، دار الحديث، القاهرة، 2004، ص 585 .

[2]- **أخرجه:** مسلم،**صحيح مسلم**، كتاب: النكاح: باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه ووجد مؤنة، رقم 1400، ص1018.

[3]- الغوط عبد الكريم، **سلطة القاضي في إبرام عقد الزواج وإنهائه**، مذكرة ماجستير غير منشورة، في الشريعة والقانون، جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية، 1428 هـ، ص 39 .

[4] - الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص 607 .

[5] -بلحاج العربي،**أحكام الزوجية وآثارها**، المرجع السابق، ص 325 .

[6]- القانون رقم: 84- 11 المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة.

سلك طريقا وسطا في مسألة التعدد، غير أنه قيده بشروط شرعية وقانونية، نذكر منها على الخصوص: وجود المبرر الشرعي، ونية العدل بين الزوجات، وضرورة إخبار الزوجة السابقة وللاحقة بإقدامه على الزواج ثانية، وقدرة الزوج المالية على الإنفاق، وأخيرا الحصول على رخصة من القاضي المختص للتأكد من توافر هذه الشروط [1].وسيتم تفصيلها كما يلي:

أولا: شرط عدم الجمع بين أربع زوجات: وهذا ما يفهم من قوله في نص المادة 8 يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية، والشريعة الإسلامية لا تسمح بأكثر من هذا، كحد أقصى.

ثانيا:شرط وجود المبرر الشرعي: المشرع الجزائري جعلذكر المبرر الشرعي على سبيل الحصر ممثلة في المرض المزمن والعقم فقط، مما يجعل المقصود من عبارة المبرر الشرعي المبرر القانوني وليس الشرعي بالمفهوم الواسع للشريعة، حيث ذكر المنشور الوزاري رقم 102/84 الصادر بتاريخ 1984/12/23 المبرر القانوني في حالتين، الحالة الأولى تكون في ما إذا كانت الزوجة مريضة مرضا مزمنا أقعدها عن واجبات الزوجية وأفقدها وظيفة الأمومة، ومما جاء في المنشور المذكور " أن على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من وجود المبرر الشرعي ولا يكتفي فيه بالمشافهة أو الإقرار، بل لا بد من شهادة طبيب اختصاصي يثبت ذلك فإن لم يثبت هذا، رفض الموثق أو ضابط الحالة المدنية إبرام هذا العقد"، أما الحالة الثانية فتتمثل في عقم الزوجة التي لا تلد والزوج يكون مولع بالذرية[2].

هذان المبرران يعتبران غير كافيان إذ هناك من المبرراتما توصل الرجل إلى درجة الخروج عن أحكام الشرع، أو تطليق المرأة بالرغم من رضاها بالزواج عليها لانعدام المبررين السابقين.، أو اللجوء إلى الزواج العرفي.

ثالثا:شرط توفر نية العدل: يقول الأستاذ أبو زهرة:" إن العدالة أمر نفسي لا يعلم إلا من جهة صاحبها، وذهب وهبة الزحيلي إلى القول أن هذا لا يستوجب إصدار قوانين خاصة بها، بل أنه إذا صدرت القوانين فلن تغير في الأمر شيء، لأن هذه القضايا تحتاج لضوابطها وكوابح داخلية هي

[1]- بلحاج العربي، **أحكام الزوجية وآثارها**، المرجع السابق، ص 321 .

[2]- بن عومر محمد الصالح،" **تعدد الزوجات على ضوء تعديل قانون الأسرة الأخير**"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، العدد 02، 2012، ص 38 – 41 .

الدين والوجدان والأخلاق "[1]. مما يعني أن وضع شرط النية التي تعتبر أمرا داخليا لا يعلمها إلا صاحبها لن يقدم أو يؤخر في الأمر شيئا النص عليها طالما لا يمكن التأكد منها عمليا.

رابعا: شرط إعلام الزوجة أو الزوجات السابقات: وقد تضمن المنشور الوزاري الصادر بتاريخ 1985/08/22 حالتي الرضا والعلم من الزوجتين لكن دائما تحت سلطات القاضي وصلاحياته[2].

خامسا: الحصول على الترخيص بالزواج من رئيس المحكمة: يتوجب على الشخص طالب التعدد أن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة، وهذا الأخير يمكنه حسب سلطته التقديرية أن يرخص بالزواج متى أثبت الزوج موافقة الزوجات، ثم ثبت أيضا المبرر الشرعي القانوني، وأثبت الشروط الضرورية للحياة الزوجية، من مسكن ونفقة، وأثبت قدرته على توفير العدل المادي لا المعنوي لأنه أمر داخلي[3].

وبالنسبة لمسألة الاختصاص الإقليمي نصت المادة 2/8 من قانون الأسرة على أنه: " ...وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج لمكان مسكن الزوجية " في حين تنص المادة 426 فقرة 7 من قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 2008/02/25 على أنه: " تكون المحكمة مختصة إقليميا، في موضوع الترخيص بالزواج بمكان طالب الترخيص " وطبقا لمبدأ الخاص يقيد العام تطبق أحكام المادة 426 من قانون 09/08[4]، وقانون الأسرة الجزائري لم يحدد مدة زمنية معينة لتقديم الطلب خلالها.

وعلى الرغم من ذلك يمكن من خلال نص المادة 19 من قانون الأسرة اشترط الزوجة عدم التزوج عليها ثانية، لكن لا يترتب على عدم التزام الزوج بهذا الاشتراط أي جزاء بل أعطى للزوجة فقط حق طلب التطليق بناء على نص المادة 53 /9 من قانون الأسرة الجزائري.

تمنح المادة 08 من قانون الأسرة، للقاضي سلطة منح الترخيص أو رفضه، وهذا بعد الإستماع إلى الزوج وزوجته الأولى في جلسة خاصة، وموافقة الزوجة برضاها من زوجها بالتعدد، ودون تهديدها بالطلاق أو أي شيء أخر، والتأكد من سبب التعدد وقدرة الزوج المادية على توفير متطلبات المعيشة والحياة، وبناء على كل هذا فإن الترخيص بالتعدد الذي يمنحه القاضي للزوج يكون حسب سلطته

---

[1]- بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص 38-41.

[2]- المرجع نفسه، ص 38 – 41 .

[3]- المرجع نفسه، ص 38- 41.

[4]- المرجع نفسه، ص 38-41.

التقديرية الواسعة، بحيث يمكنه منح الإذن، كما يمكن له رفضه: انطلاقا من مدى إمكانية الزوج أو عدم إمكانية العدل بين الزوجات، واعتمدا على المؤهلات البدنية والاجتماعية والاقتصادية، وفي حقيقة الأمر أنه سواء أصدر عن القاضي ترخيص الزواج في حالة التعدد أم صدر عنه رفض به فإن موافقتهتقبل الطعن من ذوي المصلحة أمام المحكمة المختصة، والترخيص بالزواج الممنوح من طرف رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية المادة 2/8 هو عمل ولائي ينقلب إلى عمل قضائي، ومن ثم يخضع للأحكام الإجرائية العامة الواردة ضمن قانون الإجراءات المدنية، وإن الطعن أو طلب المراجعة يخضع إلى مراقبة مدى مطابقة التعليل لأحكام القانون، ومن ثم صدور حكم معلل يوضح أسباب رفض التعدد بصفة قانونية، وفي هذا الصدد خول المشرع للقاضي السلطة التقديرية ودون أن يحدد المعايير التي يمكن أن يرتكز عليها في منح الترخيص بالتعدد، وفي هذا الشأن يجوز للقاضي المختص الاستعانة بالتحريات الضرورية للتأكد من القدرة المالية للراغب في التعدد على الإنفاق " كشهادة الأجر أو بيان الوضع الضريبي وغيرها..." ، ومقدراته أن يوفر لكل زوجة مسكنا مع أولادها، وكذا التأكد من الإمكانيات اللازمة لتحقيق العدل والإنصاف بين الزوجات، والمساواة والعدل بينهن في النفقة والمبيت [1].

المطلب الثاني: ما يجب على القاضي تقديره عند الترخيص بتعدد الزوجات

إن القضية المطروحة أمام القضاء المتعلقة بالمسائل الزوجية ومن بينها مسألة تعدد الزوجات، فعند منح القاضي الترخيص للزوج الذي يرغب في التعدد يجب عليه مراعاة الشروط المنصوص عليها في قانون الأسرة حسب نص المادة الثامنة منه، وهذا ما سوف نتناوله في هذا المطلب.

الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير المبرر الشرعي

اتجه بعض المفكرين إلى تقييد تعدد الزوجات بإذن القاضي وتقييده قضائيا بمبرر شرعي فإذا رأى القاضي أن السبب مقنع للزوج الذي يرغب في الزواج بامرأة أخرى وقدم الدليل أذن له بالزواج، وإذا كان السبب غير مقنع رفض له تعدد الزوجة، وهذا راجع لتقديره حسب سلطته التقديرية[2]، وكذلك فعل المشرع الجزائري حيث ترك أمر تقدير المبرر الشرعي للقاضي.

---

[1] - بلحاج العربي، **أحكام الزوجية وآثارها**، المرجع السابق، ص 322 – 324 .

[2] - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 139.

والمشرع الجزائري حسب نص المادة الثامنة لم يحدد المقصود بالمبرر الشرعي، لأن المبررات الشرعية كثيرة وتختلف بحسب الوجهة التي ينظر إليها[1]، كما أنه م يقدم ولو مثالا واحدا كما أنه لم يضع أي معيار للتفريق بين ما هو مبرر شرعي وغير شرعي وترك للقضاة سلطة واسعة في تقديره لتقييم المبرر الذي يقدمه الزوج للزواج بثانية[2].ومن بين المبررات التي ينظر إلى القضاة كحالة لإجازة تعدد الزوجات هي: كون الزوجة عقيمة على سبيل المثال أو مريضة مرضا يعوق قيامها بواجباتها الزوجية[3]،ويكاد القضاء الجزائري أن يحصر المبرر الشرعي للتعدد في حالة العقم والمرض المزمن[4]، وحيث أن تعدد الزوجات شوعة من عند الله، وحق أعطاه للرجل، ويمكن أن يلتمس له المرء العديد من المبررات، ومن هذه المبررات ما يرجع إلى الطبيعة، ومنها ما يرجع إلى الأحوال الاجتماعية والمعيشية، والظروف التي يمكن أن يوجد فيها الإنسان، وقد اختلف أقوال الباحثين في ضرورة تعدد الزوجات، نذكر من بين هذه المبررات: كثرة أسفار الرجل، ازدياد القدرة الجنسية عند الرجال[5]، عجز الزوجة لعقم أو عيب جنسي أو مرض عضال[6]، وقوع الزوج في حب امرأة أخرى، كراهية الرجل لزوجته، وغيرها من المبررات التي لا حصر لها.

وفي جميع الأحوال فإن الأمر متروك لتقدير المحكمة بناء على السلطة التقديرية للقاضي وما يقدم أمامه من ادعاءات[7].

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير القدرة على العدل وتوفير ضرورات الحياة للزوجات

جاء عن وهبة الزحيلي أن المقصود بالعدل الذي يعود تقديره للقاضي هو العدل الذي يستطيعه الإنسان ويقدر عليه، وهو التسوية بين الزوجات من النواحي المادية من نفقة وحسن

---

[1]- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 110 .

[2]- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 86.

[3] - علي العكروف، "**تعدد الزوجات في الجزائر بين الواقع والممارسة**"، مجلة الدراسات الإسلامية،جامعة باتنة، الجزائر، ع5، 2014، ص 212.

[4] - سعيد خنوش، **تعدد الزوجات بين الضوابط الشرعية والقيود القانونية**،مجلة حوليات، جامعة الجزائر، الجزائر، مج34، ع1، 2020، ص 471 .

[5] - راسم شحدة سدر، المرجع السابق، ص 242 وكذلك ص 249 – 251 .

[6] - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص16- 19 .

[7]- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص111.

معاشرة ومبيت، وليس المراد بالعدل هو التسوية في العاطفة والمحبة والميل القلبي، فهو غير مراد، لأنه غير مستطاع ولا مقدور لأحد، والشرع إنما يكلف بما هو مقدور للإنسان[1].

وقد سلك المشرع الجزائري في قانون الأسرة نفس الاتجاه الذي أقرته أحكام الشريعة الإسلامية في مسألة العدل بين الزوجات، وهذا حسب ما نصت المادة الثامنة السابق ذكرها، فالقانون الجزائري اشترط على الزواج من امرأة أخرى إثبات قدرته على تحقيق العدل بين زوجاته، ولكنه لم يوضح الكيفية التي يتأكد بها القاضي من هذا الشرط[2]،ويرى بن شويخ الرشيد أنه من الأفضل استحداث استمارة لدى الجهات المختصة يتعهد فيها الزوج بإقامة العدل في حالة الزواج بأخرى وترفق بالملف مع الوثائق الأخرى[3].

أما الشرط الثاني المتعلق بإثبات الزوج لقدرته على توفير الشروط الضرورية للحياة الزوجية، أي رقابة القاضي على القدرة المالية للزوج، فيمكن التأكد منه بسهولة كالإطلاع على دخل الزوج من خلال شهادة كشف الراتب إن كان موظف أو من خلال رقم أعماله التجاري إن كان تاجرا وحتى من خلال شهادة الشهود إلى غير ذلك من وسائل الإثبات وهنا يتأكد القاضي أن للزوج دخل يكفيه لإعالة زوجتين أو أكثر حسب الحالة مع الإنفاق على أولاده كما يمكن له أن يتثبت من حالة الزوج الصحية وأنه قادر على الزواج بزوجة أخرى، وأن احتمال الأضرار منتف في الحال والمال فإن أثبت الزوج كل هذا رخص له القاضي بالزاج وإن لم يثبت فإن في الترخيص مظنة حصول المفسدة وهو أمر غير جائز ويتنافى مع مشروعية التعدد.

وفي جميع الحالات إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، أو انعدمت القدرة على الإنفاق من جانب الزوج، أو عدم وجود المبرر الشرعي للتعدد، لا يأذن القاضي بالتعدد وفق نص المادة 08 فقرة 3 من قانون الأسرة، كما أن قانون الأسرة كان مرنا عند مخالفة الشروط، إذ لم يترتب على مخالفتها أي عقوبة جزائية أو مدنية، ولم يحاول أن يرتب على إغفال أي شرط من هذه الشروط أي أثر على العقد الثاني والأول، ولم يجعل منها شروط صحة الزواج الثاني، كما لم يجعل من فقدانهما وعدم احترامهما سببا من أسباب الفسخ أو البطلان قبل الدخول أو بعده، وإنما منح حق الزوجة المتزوج عليها والزوجة المتزوج بها حق اللجوء إلى القضاء لطلب تطليقها في حالة ما إذا ثبت للأولى

---

[1]- وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، المرجع السابق،ج7، ص 168 .

[2] - حفيظة فضلة، **السلطة التقديرية للقاضي في مسألة الترخيص بالتعدد في قانون الأسرة الجزائري**، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الشريف مساعدية، سوق أهراس، ع 04، 2019،مج10، ص221.

[3]- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 112.

أن الزوج قد غشها ولم يخبرها بعزمه على عقد الزواج مع غيرها مسبقا، أو دفعت الثانية بأنه غشها ولم يخبرها بأنه متزوج بغيرها قبلها، وأنها غير راضية بالوضع الجديد، وقد وضع المشرع الجزائري مهمة إثبات الإخبار على عاتق الزوج وحده وهو إلزام قانوني صريح ومحدود، ولا يجوز للزوج أن يتخلص من هذا الالتزام القانوني إلا بإثبات أنه أخبرها إخبارا صحيحا وبكل الطرق الممكنة، أما إذا غش الزوج إحداهما أو غشهما معا، وإذا لم تبين أية واحدة منهما معارضتها، وسكتت رغم علمها بذلك ولم تلجأ إلى القضاء لممارسة حقها في طلب التطليق إلى أن مضى وقت غير قصير على إبرام العقد بصفة رسمية وعلنية أو على الدخول بالزوجة الثانية و البناء بها في عرس عام أو خاص، فإن هذا السكوت يشكل رضا ضمني بما وقع وإذعانا له، وهنا يسقط حق الزوجة في اللجوء إلى القضاء بعد ذلك لممارسة دعوى التطليق بسبب هذا الغش[1].

ومما تقدم يمكن القول أن المشرع الجزائري منح السلطة التقديرية الواسعة لقاضي شؤون الأسرة في منح الترخيص بتعدد الزوجات من عدمه، ومع ذلك فإن مسألة إثبات توافر شروط التعدد المنصوص عليها في قانون الأسرة ليست بالأم الهين وتستدعي التريث والتحري والبحث من قبل القاضي، خاصة وأن قانون الأسرة الجزائري لم يوضح المقصود بكل شرط ولم يبين معايير تحديده كما لم يذكر أمثلة يمكن للقاضي أن يقيس عليها.

[1]- سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجديد، ط2، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 125 .نقلا عن: يحياوي لعلى،"**تعدد الزوجات بين الفقه والقانون والقضاء**"،مجلة الواحات للبحوث والدراسات، كلية الحقوق، جامعة المسيلة، الجزائر، مج8، ع1، 2015 ص 315 .

خاتمة

خاتمة:

في ختام البحث توصلت إلى أهم النتائج المتمثلة في:

-حدد المشرع الجزائري الطبيعة القانونية للخطبة آخذا في ذلك برأي الجمهور، كما نظم آثار العدول عنها بالنسبة للهدايا والتعويض عن الضرر، ولم يتطرق إلى تعريفها تاركا ذلك للفقه الإسلامي حسب نص المادة 222 من قانون الأسرة، أما عن أثر العدول عن الخطبة بالنسبة للمهر فرغم أنّ المشرع الجزائري لم ينص عليه صراحة إلا أنّه يفهم من خلال المادة 15 من قانون الأسرة أنه أخذ برأي الفقه الإسلامي القاضي بأنّ المهر من مستلزمات الزواج وليس من مستلزمات الخطبة.

- في قضايا العدول عن الخطبة نجد أنّ المشرع الجزائري منح السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مسألة تقدير التعويض عن الضرر فقط بشقيه المادي والمعنوي، وعليه قبل فصله في التعويض إثبات قيام الخطبة بجميع الوسائل، وقد ترك المشرع طرق التعويض عن الضرر ومقداره للقاضي، حيث يجري تقديرا موضوعيا من أجل تقييم الضرر المادي اللاحق بسبب العدول عن الخطبة وهذا وفق الأدلة التي بحوزته، وعلى هذا الأساس يستند القاضي في التعويض على مراجعة التقدير الذاتي أو الشخصي لمسلك المسؤول، كما أقر المشرع الجزائري التعويض عن الضرر المعنوي متى ظهرت للقاضي المبررات.

-اختلف الفقهاء المسلمون المعاصرون في مسألة التعويض عن الضرر في حالة العدول عن الخطبة، فهناك من الفقهاء من رأى التعويض مطلقا، وهناك من رأى التعويض إذا لحق ضرر بالطرف الآخر في حال العدول عن الخطبة، أما المشرع الجزائري فقد ذهب إلى ضرورة التعويض إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي.

- منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة تقديرية في قضايا الزواج المتمثلة بالأساس في الترخيص بزواج القاصر وفي مسألة تعدد الزوجات، ففي الترخيص للقاصر بالزواج نص على مراعاة المصلحة والضرورة وقدرة الطرفين على الزواج، والتي يعود أمر تقديرها للقاضي حسب كل حالة معروضة عليه.

- أهلية الزواج في الفقه الإسلامي تتمثل في ظهور الأمارات الطبيعية، إلى جانب ذلك نص الفقه الإسلامي في حال عدم ظهور أمارات البلوغ الطبيعية اللجوء إلى السن وقد اختلف حوله الفقهاء، بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري أخذ مباشرة بالسن وهو 19 سنة، وترك مسألة تزويج من لم يبلغ هذه السن للسلطة التقديرية للقاضي.

-نص المشرع الجزائري على أن التعدد استثناء من الأصل ويسمح به عند الضرورة، وفي حدود الشريعة الإسلامية، متى وجد المبرر الشرعي، والقدرة على الإنفاق، والمساواة بين الزوجين، وهذا وفقا لنص المادة 8 من قانون الأسرة، ويتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة، ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة التدليس، والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا، وهذا الأمر موكل لسلطة القاضي المختص بالتعدد متى وجد المبرر الشرعي للزواج، وقد وضع المشرع الجزائري مهمة إثبات الإخبار على عاتق الزوج وحده وهو إلزام قانوني صريح ومحدود.

-منح المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة السلطة التقديرية لرئيس المحكمة لمكان الزوجية أو مقر بيت الزوجية في منحه الترخيص بالتعدد من عدمه، مع إلزامه بالتأكد من موافقة الزوجة الأولى والمرأة الثانية المراد الزواج بها، ومن قدرة الزوج على العدل وتحقيق الشروط الضرورية للحياة الزوجية، والملاحظ أنّ المشرع الجزائري أجاز للقاضي منح الترخيص من عدمه بغض النظر عن توفر شروطه من عدمها حيث لم يلزمه بمنح الترخيص إن تأكد من عدل الزوج ومن قدرته على توفير حياة كريمة لكل زوجاته.

ومن بين الاقتراحات التي نوردها من خلال هذا البحث هي:

- على المشرع الجزائري أن يفصل في الضرر المادي والمعنوي الموجب للتعويض والذي يخضع لسلطة القاضي التقديرية لأن هناك من الأضرار ما لا يستحق التعويض عنها: مثل خروج الخاطب والمخطوبة عن الضوابط الشرعية للخطبة مما يترتب عنه ضرر لأحدهما كخلوة الخاطب بالمخطوبة، حيث يمكنه إضافة فقرة "في حال ثبت أنّ الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة كان بسبب مخالفة الخاطبين للضوابط الشرعية للخطبة فإنّه لا يمكن الحكم بالتعويض".

-على المشرع الجزائري إجراء تعديل في نص المادة 05 فقرة 3 من قانون الأسرة، وذلك بأن يبين كيفية منح التعويض وطرق وأسس تقدير التعويض في قانون الأسرة الجزائري كما هو الحال في ظل القانون المدني الجزائري.

- ضرورة النص على إجراء القاضي تحقيقا قبل منح الترخيص بالتعدد، مع ضرورة فرض عقوبات في حال عدم التزام الزوج بالشروط المطلوبة للتعدد لا سيما العدل بين الزوجات

- على المشرع الجزائري أن يغير نمط محكمة قضايا شؤون الأسرة من قاضي فرد إلى تشكيلة جماعية يترأسها قاض يكون أحد مساعديه مختصا في أحكام الفقه الإسلامي وبالأخص فقه الأسرة.

-ضرورة أن يلجأ المشرع الجزائري إلى رفع مدة التكوين للطلبة القضاة والأخذ في الحسبان قضاء الأسرة حيث ينبغي توسيع مداركهم من خلال وضع مقاييس في الشريعة الإسلامية تبين كل ما يتعلق بفقه الأسرة، حتى يكون قاضي الأسرة على اطلاع كاف بكل مسائل الأسرة فقها وقانونا.

أولا: قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم برواية حفص

أولا: كتب التفسير

- ابن كثير أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، **تفسير القرآن العظيم**، ط1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2000.
- أبي الحسن علي بن أحمد الواحدي النيسابوري، **أسباب النزول**، ط2، دار الإصلاح، السعودية، 1992.
- أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد الحسن التركي، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت،لبنان، 2006..
- محمد رشيد رضا، **تفسير القرآن الكريم**، ط3، مطبعة المنار، مصر، 1947هـ.

ثانيا: كتب الحديث

- أبي عبدالله بن إسماعيل البخاري، **صحيح البخاري**، ط1، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، 2006.
- الإمام أبي بكر زكريا يحي بن شرف النووي، **الأربعين النووية**، ط4، دار السلام، مصر، 2007.
- الإمام الجليل المحدث الفقيه الأصولي أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، **المحلى بالآثار**، تحقيق: عبد الغفار سليمان البندري، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت،لبنان، 2003.
- الإمام الحافظ زكي الدين عبد العظيم بن القوى المنذري، **الترغيب والترهيب في الحديث الشريف**، ط3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1984.
- مالك بن أنس رضي الله عنه، **الموطأ**، دط، دار حياء الكتب العلمية، د م،1951.
- محمد ناصر الدين الألباني، **ضعيف سنن النسائي**، ط1، مكتبة المعارف، الرياض، 1998م.

- الإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، **صحيح مسلم**، ط1، دار الحديث، بيروت،لبنان، 1991.
- عبد الرؤوف المناوي، **فيض القدير شرح الجامع الصغير**، ط2، دار المعرفة، بيروت ، لبنان، 1972

ثالثا: معاجم اللغة العربية •

- أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، **الصحاح**، تحقيق: محمد محمد تامر، دط، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2009.
- أحمد مختار عمر، **معجم اللغة العربية المعاصرة**، ط1، عالم للكتب، القاهرة، 2008.
- الإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي، **لسان العرب**، دط، دار صادر، بيروت،لبنان، 1968.
- الراغب الأصفهاني، **المفردات في غريب القرآن**، تحقيق: محمد سيد كيلاني، دط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 502هـ.
- شوقي ضيف، **المعجم الوسيط**، مجمع اللغة العربية جمهورية مصر العربية، ط4، مكتبة الشروق، القاهرة، 2004.
- الفيومي، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي**، ط1، مطبعة التقدم العلمية، مصر، د.ت.
- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، تحقيق: أنس محمد الشامي، زكريا جابر أحمد، دط، دار الحديث، القاهرة، 2008.
- محمد رواس قلعه جي، **معجم لغة الفقهاء**، ط1، دار النفائس، بيروت، لبنان، 1996.
- محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس، تحقيق: عبد العويز مطر، ط2، مطبعة حكومة، الكويت، 1994.

رابعا: كتب الفقه على المذاهب

1- الفقه الحنفي

- السرخي، **المبسوط**، د.ط، دار المعرفة، بيروت،لبنان، 1993.
- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، **بدائع الصانع في ترتيب الشرائع**، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت،لبنان، 1986.
- محمد أمين ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، الشيخ علي محمد مرتضى ، ط خ، دار الكتب العلمية، بيروت،لبنان، 2003.
- محمد أمين الشهير بابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**،ط2، دار الفكر، بيروت، 1992.

2- الفقه المالكي

- أبو عبدالله محمد الخرشي، **شرح الخرشي على مختصر خليل** ، ط2، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر ، 1617هـ.
- أبي البركات احمد بن محمد بن احمد الدردير، **الشرح الصغير**، د.ط، دار المعارف، القاهرة، د.ت.
- أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، **البهجة في شرح التحفة**، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998.
- الإمام القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بأحمد ابن رشد القرطبي الاندلسي، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ط3، مكتبة الخانجي، القاهرة، 1994.
- عبد الله محمد الانصاري الرصاع، **شرح حدود ابن عرفة**، تحقيق: محمد أبو الأجفان، الطاهر المعموري، ط1، دار الغرب، بيروت، لبنان، 1993.

3- الفقه الشافعي

- جلال الدين أبو الفضل عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي الشافعي، سراج الدين أبي حفص عمر بن رسلان البلقيني، **التدريب في الفقه الشافعي**، تحقيق: أبو

يعقوب نشأت بن كمال المصري، ط1، دار القبلتين، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2012.

- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، **مغني المحتاج**، ط1، دار المعرفة،بيروت، لبنان، 1997.

4- **الفقه الحنبلي** •

- أحمد بن حنبل، **مسند الإمام أحمد بن حنبل**، تحقيق : محمد عبد القادر عطا، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت،لبنان، 2008.
- عبد الكريم بن محمد اللاحم، **المطلع على دقائق زاد المستقنع**، ط1، دار كنوز إشبيليا،الرياض، المملكة العربية السعودية ، 2010.
- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، **المغني**، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، ط3، دار عالم للكتب، الرياض، 1997.

خامسا: كتب الفقه المعاصر

- أبي بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي، **أحكام القرآن**، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1972 .
- أحمد موافي، **الضرر في الفقه الإسلامي**، ط1، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، 1997.
- الإمام الأكبر محمود شلتوت، **الفتاوى**، ط18، دار الشروق، القاهرة، 2004.
- بدران أبو العينين بدران، **أحكام الزواج والطلاق في الإسلام**، ط2، دار التأليف، مصر، 1961.
- الجزيري، **كتاب الفقه على المذاهب الأربعة**، ط2، دار الكتب العلمية،بيروت، لبنان، 2003.

- راسم شحدة سدر، **تعدد الزوجات بين الإسلام وخصومه**، ط1، دار الثقافة، عمان، 2010.
- السيد سابق، **فقه السنة**، ط1، دار الحديث، القاهرة، 2004.
- شهاب الدين أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي الشافعي، **الفتح المبين بشرح الأربعين**، ط1، دار المنهاج، لبنان،بيروت، 2008.
- عبد الرحمن الصابوني، **أحكام الزواج في الفقه الإسلامي**، ط2، دار القلم، دبي، 2000.
- عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، **حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع**، ط1، 1397هـ.
- عبد الكريم زيدان، **المفصل في أحكام المرأة،ط1**، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993.
- عبد الكريم زيدان، **الوجيز في أصول الفقه**، ط6، مؤسسة قرطبة، بغداد 1976.
- عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1989.
- عبد الناصر توفيق العطار، **خطبة النساء في الشريعة الإسلامية**، د.ط، مطبعة السعادة، د.ت.
- عبد الوهاب خلاف، **أحكام الأحوال الشخصية**، ط2، دار القلم، الكويت، 1990.
- علي الخفيف، **الضمان في الفقه الإسلامي**، دط، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000.
- عمر سليمان الأشقر، **أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة**، ط1، دار النفائس، الأردن، 1997.
- فتحي الدريني، **بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله**، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت،لبنان، 2008.
- محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، ط 3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1958.

- محمد أبو زهرة، **محاضرات في عقد الزواج وآثاره**، د.ط، دار الفكر العربي،القاهرة، د.ت.
- محمد بن المدني بوساق، **التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي**، ط1، دار اشبيليا، الرياض، 1999.
- محمد بن مسفر، **تعدد الزوجات في الإسلام**، دط، دار أم القرى، د م، 2002.
- الونشريسي، **المعيار المعرب والجامع المغرب**، د.ط، دار الغرب الإسلامي،بيروت، 1981.
- وهبة الزحيلي، **موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة**، ط3، دار الفكر،دمشق، 2012.
- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ط2، دار الفكر، ط2،دار الفكر المعاصر، بيروت، 2012.

سادسا: القوانين

- القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين، صادر عن مجلس وزراء العدل العرب، جامعة الدول العربية، قرار رقم: 323، ج 2، 2002/03/04، تاريخ الإطلاع: 2021/7/3 ينظر الرابط:
  - https://droit.mjustice.dz/sites/default/files/portail/liguearabe/mineur_ligue_ar
  - abe.pdf
- الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08جوان1966 المتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية، عدد49، صادر في 11جوان 1966، معدل ومتمم.
- إثبات الخطبة بالأجهزة الحديثة كالكاميرا، محكمة قسنطينة، 1981/09/08.
- مدونة الأسرة المغربية، المعدلة بالقانون رقم 70-03 الصادر بتاريخ 2004/02/03
- المحكمة العليا، غ.ق.خ، 1971/02/03، ن،ق، 1972، ع2.

- الأمر رقم 74- 15 المؤرخ في 06 محرم 1394 الموافق ل 30 يناير 1974 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن حوادث المرور.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1984/11/19، ملف رقم34046، ،م.ق، 1990، ع1.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1985/12/30، ملف رقم39056،غير منشور .
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1985/12/30، ملف رقم39056 في القانون القضائي الجزائري، م.ج، 1994، ع2.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1989/03/27، ملف رقم53272، م.ق، 1990، ع3.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1989/12/25، ملف رقم56097، م.ق، 1991 ع4.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم (56097)، بتاريخ 1989/12/25، 1991، م.ق، ع4.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، القرار بتاريخ 1991/04/23، ملف رقم 73919، م-ق، 1993، ع02، ، ص 58 .
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1996/04/23، ملف رقم 135435، م ق، 1998، ع1.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1999/03/16، ملف رقم216865،إ.ق،2001، ع1.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1999/03/16، ملف رقم216865.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2002/05/08، ملف رقم289545، م.م.ع، 2004، ع2.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2005/02/23، ملف رقم315403، م.م.ع، 2005، ع1.
- الأمر رقم: 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق ل 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع 15، س 42، المؤرخ يوم الأحد 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 2005/02/27.

- القانون المدني رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20، الجريدة الرسمية رقم 44، المؤرخة في 2005/06/26، وبالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 2007/05/13، الجريدة الرسمية رقم 31، المؤرخة في 2007/05/13.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2006/10/11، ملف رقم369494، م.م.ع، 2007، ع2،
- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25، الجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 2008/04/23.

سابعا: كتب القانون

- إسماعيل أمين نواهضة، **الأحوال الشخصية فقه النكاح**، ط1، دار المسيرة، عمان، الأردن، 2010.
- بلحاج العربي، **أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري**، دط، دار هومة، الجزائر، 2013.
- بلحاج العربي، **النظرية العامة للالتزام**،دط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- بن شويخ الرشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل**، ط1، دار الخلدونية، الجزائر 2008.
- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، **أحكام الأسرة الخاصة بالزواج**، دط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ط1،منشورات كليك، الجزائر، 2013.
- جميل فخري، **مقدمات عقد الزواج الخطبة في الفقه والقانون**، ط1، دار الحامد، عمان، 2009.
- سعد عبد العزيز، **قانون الأسرة الجديد**، ط2، دار هومة، الجزائر، 2009.
- طه عبد المولى طه، **التعويض عن الأضرار الجسدية في ضوء الفقه وقضاء النقض الحديث**، دط، مصر، دار الكتب القانونية، 2002.

- عائشة الحجامي، **مدونة الأسرة على ضوء الممارسة القضائية**، ط1، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2009.
- عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**،ط3، دار نهضة، مصر 2011.
- عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد**، دط،، دار هومة، الجزائر، 2007.
- علي علي سليمان، **النظرية العامة للإلتزام**، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
- الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- كرم حلمي فرحات، **تعدد الزوجات في الأديان**، ط1، دار الأفاق العربية، القاهرة، مصر، 2002.
- لحسين بن شيخ آث ملويا، **قانون الأسرة نصا وشرحا**، د.ط، دار الهدى، عين مليلة ، الجزائر، 2013،.
- محمد الكشبور، **الواضح في شرح مدونة الأسرة الخطبة والزواج**، ط3، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، 2015.
- محمد سمارة، **أحكام وآثار الزوجية** ، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
- محمد صبري السعدي، **النظرية العامة للالتزامات**، دط، دار الهدى، الجزائر، 2010.
- مقدم السعيد، **نظرية التعويض عن الضرر المعنوي**، د.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992.
- نبيل اسماعيل عمر، **سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية**، دط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002.

ثامنا المقالات العلمية

- اسمهان عفيف، " **الترخيص القضائي كآلية لحماية القاصر**"، مجلة الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، ع4، 2019.

- بن عومر محمد الصالح،" **تعدد الزوجات على ضوء تعديل قانون الأسرة الأخير**"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، ع 02، 2012.
- تشوار جيلالي، **سن الزواج بين الإذن والجزاء**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر1، الجزائر، ع 1، 2000.
- جمل حواوسة، "**تعدد الزوجات في المجتمع الجزائري في ظل التغيير الثقافي**"، مجلة البحوث والدراسات قالمة، الجزائر، ع1، 2019.
- حفيظة فضلة، **السلطة التقديرية للقاضي في مسألة الترخيص بالتعدد في قانون الأسرة الجزائري**، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الشريف مساعدية، سوق أهراس، مج10، ع 04، 2019.
- سعاد سطحي، **التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة**، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ع09، 2004.
- سعيد خنوش، **تعدد الزوجات بين الضوابط الشرعية والقيود القانونية**،مجلة حوليات، جامعة الجزائر، الجزائر، مج34، ع1، 2020.
- شندارلي توفيق، **الخطبة والعدول عنها: دراسة تحليلية فقها وتشريعا وقضاء**، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، مج12، ع 01، 2020.
- علي العكروف، **تعدد الزوجات في الجزائر بين الواقع والممارسة**، مجلة الدراسات الإسلامية، جامعة باتنة الجزائر، ع4، 2014.
- مصطفى راتب حسن علي، " **أثر العدول عن الخطبة وموقف القضاء منه**"، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، عمان، مج31، ع04 ،ج4، 2016.
- نذير حمادو، "**طبيعة الخطبة وتكييفها في الفقه الإسلامي**"، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، مج 25، ع 53، 2021
- يحياوي لعلى،" **تعدد الزوجات بين الفقه والقانون والقضاء** "، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، مج8، ع1، 2015.

تاسعا: الرسائل الجامعية •

- اسمهان عفيف، "**السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر**"،أطروحة ماجستير، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة أم البواقي، 2011.
- شامي أحمد، **السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة**، شهادة الدكتوراه، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ،2014.
- الغوط عبد الكريم، **سلطة القاضي في إبرام عقد الزواج وإنهائه**، أطروحة ماجستير، تخصص: الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية، جامعة وهران، 1428 هـ.
- محفوظ بن صغير، **الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري**، شهادة دكتوراه،فرع: فقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة محمد خيضر باتنة، 2009.
- مسعودة نعيمة إلياس، **التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق**، شهادة الدكتوراه، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010.

ثانيا: فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
إهداء:	
شكر وتقدير :	
رموز البحث	
مقدمة:	أ-د
الفصل الأول: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في قضايا الخطبة	
تمهيد:	2
المبحث الأول: مفهوم الخطبة وطبيعتها الفقهية والقانونية	3
المطلب الأول: مفهوم الخطبة	3
الفرع الأول: تعريف الخطبة	3
البند الأول: تعريف الخطبة لغة	3
البند الثاني: تعريف الخطبة في الفقه الإسلامي	4
البند الثالث: تعريف الخطبة في قانون الأسرة الجزائري	5
الفرع الثاني: الطبيعة الفقهية والقانونية للخطبة	6
البند الأول: الطبيعة الفقهية للخطبة	6
البند الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة	9
المطلب الثاني: آثار العدول عن الخطبة	10
الفرع الأول: آثار العدول عن الخطبة بالنسبة للمهر والهدايا	10
البند الأول: آثار العدول عن الخطبة بالنسبة للمهر والهدايا في الفقه الإسلامي	10
البند الثاني: آثار العدول عن الخطبة بالنسبة للمهر والهدايا في قانون الأسرة الجزائري	12
الفرع الثاني: آثار العدول عن الخطبة بالنسبة للتعويض عن الضرر	14
البند الأول:تعريف الضرر	14
البند الثاني: أنواع الضرر	17
المبحث الثاني: سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الضرر بسبب العدول عن الخطبة	18
المطلب الأول: أساس التعويض عن الضرر وضرورة إثبات الخطبة	19
الفرع الأول: أساس التعويض عن الضرر	19
البند الأول: أساس التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي	19

البند الثاني: أساس التعويض عن الضرر في القانون	21
الفرع الثاني: ضرورة إثبات الخطبة	22
المطلب الثاني: كيفية تقدير القاضي للتعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة	23
الفرع الأول: تقدير التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة	23
البند الأول: إمكانية التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة	23
البند الثاني: طريقة تقدير التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة	25
الفرع الثاني: تقدير التعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة	26
البند الأول: إمكانية التعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة	26
البند الثاني: طريقة التعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة	27
الفصل الثاني:السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في قضايا الزواج	
تمهيد:	31
المبحث الأول: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في تزويج القاصر	32
المطلب الأول: تعريف الزواج والقاصر	32
الفرع الأول: تعريف الزواج	32
البند الأول: تعريف الزواج لغة	32
البند الثاني: تعريف الزواج اصطلاحا	33
الفرع الثاني: تعريف القاصر	35
البند الأول: تعريف القاصر لغة	35
البند الثاني: تعريف القاصر اصطلاحا	36
المطلب الثاني: ترخيص القاضي بزواج القاصر	37
الفرع الأول: اكتساب أهلية الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري	38
البند الأول: اكتساب أهلية الزواج في الفقه الإسلامي	38
البند الثاني: اكتساب أهلية الزواج في قانون الأسرة الجزائري	39
الفرع الثاني: ما يجب على القاضي مراعاته عند الترخيص بزواج القاصر	40
البند الأول: سلطة القاضي في تقدير المصلحة والضرورة والقدرة على الزواج	40
البند الثاني: سلطة القاضي في تقدير السن الأدنى عند الترخيص بزواج القاصر	43
المبحث الثاني: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الترخيص بتعدد الزوجات	44
المطلب الأول: مفهوم تعدد الزوجات	44

الفرع الأول: تعريف تعدد الزوجات	44
البند الأول: تعريف تعدد الزوجات لغة	44
البند الثاني: تعريف تعدد الزوجات اصطلاحا	45
الفرع الثاني: مشروعية تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي	45
الفرع الثالث: شروط تعدد الزوجات	46
البند الأول: شروط تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي	47
البند الثاني: شروط تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري	48
المطلب الثاني: ما يجب على القاضي تقديره عند الترخيص بتعدد الزوجات	51
الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير المبرر الشرعي	51
الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير القدرة على العدل وتوفير ضرورات الحياة للزوجات	52
خاتمة	58
الفهارس	
أولا: قائمة المصادر والمراجع.	69
ثانيا: فهرس الموضوعات	73
ملخص الدراسة بالعربية	
ملخص الدراسة بالأجنبية	

ملخص البحث باللغة العربية

اعتنى الإسلام بالأسرة عناية فائقة، واعتبرها اللبنة الأساسية لبناء أي مجتمع وتطوره، ولذلك عمل على تنظيمها تنظيما دقيقا، وسار على نهجه المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة، ونظرا لحساسية بعض المواضيع اتجه المشرع الجزائري إلى منح قاضي شؤون الأسرة صلاحية إعمال سلطته التقديرية بشأنها، ويظهر هذا بشكل جلي في قضايا الخطبة والزواج موضوع هذه الدراسة، التي قسمتها إلى فصلين؛ تناولت في الفصل الأول السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في قضايا الخطبة، حيث عرفت الخطبة وبينت طبيعتها الفقهية والقانونية والآثار المترتبة عن العدول عنها بالنسبة للمهر والهدايا والتعويض عن الضرر، ثم تطرقت بنوع من التفصيل لمسألة السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة، وتناولت في الفصل الثاني السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في قضايا الزواج، حيث خصصت مبحثا لسلطة القاضي التقديرية في تزويج القاصر ومبحثا آخر في سلطته التقديرية في الترخيص بتعدد الزوجات، وقد توصلت الدراسة إلى خاتمة مفادها أنّ قانون الأسرة منح السلطة التقديرية الواسعة للقاضي في هذه القضايا، وفي كثير من الأحيان لم يحدد مصطلحات بحاجة إلى تحديد دقيق، كما لم يحدد له معايير تقدير التعويض أو معايير تحديد المراد بكل شرط من شروط التعدد على سبيل المثال، مما يصعب من عمل القاضي ويتطلب إعادة النظر في هذه النصوص وتعديلها.

Abstract:

Islam took great care of the family, and considered it the essence construction and development of any society. Therefore, it worked to organize it in a precise manner, and followed its approach the Algerian legislator through the family law, and due to the sensitivity of some topics, the Algerian legislator turned to granting the family affairs judge the authority to implement his discretionary authority regarding them. This is evident in the issues of engagement and marriage, the subject of this study, which I divided into two chapters; In the first chapter, I dealt with the

discretionary power of the family affairs judge in engagement cases, where the engagement was defined and explained its jurisprudential and legal nature and the consequences of renouncing it in relation to the dowry, gifts and compensation for damage. About the sermon, and in the second chapter, it dealt with the discretionary power of the family affairs judge in marriage cases, as it devoted a section to the judge's discretionary authority in marrying off a minor and another topic to his discretion in licensing polygamy. The study came to the conclusion that the family law granted broad discretion to the judge. In these cases, he often did not specify terms that needed to be precisely defined, nor did he specify the criteria for estimating compensation or the criteria for determining what is meant by each of the conditions of polygamy, for example, which makes the work of the judge difficult and requires reviewing and amending these texts.