

محاضرات في قانون الأسرة الجزائري

الأستاذ: شوشو عاشور

السنة الثانية حقوق. المجموعة الرابعة. (د)

1- التعريف بقانون الأسرة: هو مجموعة القواعد التي تهتم بتنظيم علاقات الأفراد الأسرية، وقد أطلق المشرع الجزائري تسمية قانون الأسرة على القانون رقم 84-11 الصادر في 9 جوان 1984، المعدل المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 بدلا من التسمية القديمة وهي الأحوال الشخصية.

ويضم قانون الأسرة أربع كتب: - الكتاب الأول: الزواج انحلاله

- الكتاب الثاني: النيابة الشرعية

- الكتاب الثالث: الميراث

- الكتاب الرابع: عقود التبرعات

بالإضافة إلى الأحكام العامة التي جاءت قبل الكتاب الأول وتتمثل في المواد من 1، 2، 3، و3 مكرر هذه الأخيرة التي جعلت من النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون.

2- تطور قانون الأسرة:

أ- مرحلة أثناء الاستعمار الفرنسي (قبل الاستقلال): حاول الاستعمار الفرنسي طمس معالم الشريعة الإسلامية خاصة في مجال الأحوال الشخصية لأن قواعدها هي التي كانت تسري على الشعب الجزائري، ومن أهم محاولات الاستعمار: محاولة الفقيه الاستعماري مارسيل موران بإصدار مشروع قانون للأحوال الشخصية في السنوات بين 1914-1916 إلا أنه بقي مجرد حبر على ورق.

وأیضا قام المستعمر بإصدار بعض المراسيم، كمرسوم سنة 1930 المتعلق بالخطبة وسن الزواج، وكذلك مرسوم سنة 1931 متعلق بالحالة القانونية للمرأة الجزائرية....

ومن أهم ما أصدره المستعمر أيضا قانون رقم 778/57 يتضمن الولاية والوصاية والحجر وكيفية اثبات الزواج، والأمر رقم 274/59 الخاص بتنظيم عقود الزواج...

وعلى الرغم من كل تلك المحاولات لطمس هوية الشعب الجزائري الإسلامية، إلا أنه ظل صامدا متمسكا بعقيدته، فبقيت الأسرة الجزائرية تخضع لنظام الشريعة الإسلامية بعيدا عن التدخل الأجنبي.

ب- مرحلة ما بعد الاستقلال: بعد الاستقلال صدر قانون سنة 1962 ينص على استمرارية تطبيق القوانين الفرنسية ماعدا منها ما يتعارض مع الشريعة الإسلامية والسيادة الوطنية سدا للفراغ

التشريعي والمؤسساتي الذي كان موجودا آنذاك، ثم بدأت القوانين الجزائرية بالصدور شيئا فشيئا، فصدرت بعض النصوص خاصة ما يتعلق بالأسرة كقانون 1963 المتعلق بالزواج والأمر الصادر في 1971 المتعلق بثبات الزواج. وهكذا إلى أن صدر الأمر رقم 1973 الذي ينص على إلغاء جميع قوانين المستعمر الفرنسي ابتداء من سنة 1975.

إلا أن قانون الأسرة لم يصدر بعد، فصدر القانون المدني في نفس السنة والذي قرر بموجب نصوصه أن القاضي يأخذ بالتشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية، فكانت هذه الأخيرة تسري على الأحوال الشخصية إلى غاية صدور قانون الأسرة سنة 1984، على الرغم من المحاولات الكثيرة لتقنينه في عدة مشاريع منها مشروع سنة 1963، وسنة 1966، و1973، و1980 وغيرها....

وبعد صدور قانون الأسرة سنة 1984، لم يعدل حتى سنة 2005 بموجب الأمر رقم 05-02 والذي جاء بعدة تعديلات هامة نتعرف على أغلبها من خلال المحاضرات.

3-مميزات قانون الأسرة

- أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الأول والمباشر لأحكام قانون الأسرة، وهو ما تقضي به المادة 222 منه.
- عدم التقيد بمذهب فقهي معين، بل يتوسع ليشمل كل المذاهب على حسب المصلحة العامة والتغيرات الاجتماعية.
- تعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية لتطبيق هذا القانون، بموجب المادة 3 مكرر منه.
- يرتبط قانون الأسرة بعدة قوانين أخرى كقانون الحالة المدنية والقانون المدني، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، القانون الدولي الخاص، وقانون العقوبات.

الفصل الأول : إنعقاد الزواج وآثاره

لقد شرع الله سبحانه وتعالى الزواج بهدف تكوين أسرة متماسكة لحفظ النوع البشري بالتناسل، والمحافظة على الأنساب من الضياع، وجعل بين الزوجين مودة ورحمة وسكينة وطمأنينة، مصداقا لقوله تعالى: "وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ".

وفي السنة النبوية كذلك تأكيد على الترغيب في الزواج من خلال الأحاديث النبوية منها: قوله صلى الله عليه وسلم: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج"، وقوله صلى الله عليه وسلم: "النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني". وقوله عليه الصلاة والسلام: "تزوجوا الولود الودود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة".

كما أجمع المسلمون على مشروعية الزواج،

- فيكون واجبا إذا كان المرء قادرا عليه، ولكنه يخشى الوقوع في معصية الزنا لو لم يتزوج.

- ويكون مندوبا لمن كان قادراً عليه ولم يخف على نفسه من الزنا.

_ ويكون مكروها إذا كان يغلب على ظنه أنه سيظلم زوجته في المعاشرة الزوجية لو يتزوج. - ويكون حراما إذا لم يكن قادرا على الزواج متيقنا من ظلم زوجته والإضرار بها لو تزوج.

وقد أكد المشرع الجزائري أهداف المادة الرابعة من قانون الأسرة بنصها: " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب."، فالمشرع الجزائري عرّف الزواج من خلال أهدافه وهي المحافظة على الأنساب، وإحسان الزوجين. بالإضافة إلى تحقيق الطمأنينة والسكينة بين الزوجين لقوله تعالى: "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها".

ولكي يتم عقد الزواج لا بد من أركان وشروط، ولكن تسبق ذلك مرحلة تمهيدية وهي مرحلة الخطبة أو الوعد بالزواج.

وتفصيلا لذلك أجزئ هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث أساسية، حيث أتناول في المبحث الأول الخطبة، وأخصص المبحث الثاني لأركان وشروط عقد الزواج، أما المبحث الثالث فسوف أتناول فيه آثار عقد الزواج.

المبحث الأول : الخطبة

يعتبر الزواج من أهم العقود التي يبرمها الإنسان في حياته، لأنه يتعلق بالخلية الأولى التي يقوم عليها المجتمع، ألا وهي الأسرة، لذا يجب أن تسبقه مرحلة تمهيدية تسمى بالخطبة أو الوعد بالزواج، حتى لا يقدم الزوجان على هذه الخطوة إلا بعد تفكير عميق وتدبر من أجل تأسيس الأسرة على دعائم قوية.

ولتفصيل هذا الموضوع لا بد من تحديد مفهوم الخطبة ، وآثار العدول عنها من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: مفهوم الخطبة

لتحديد مفهوم الخطبة لابد من تعريفها ومعرفة دليل مشروعيتها وتكييفها، ثم تحديد الشروط الواجب توافرها لصحتها، وهذا ما سوف أتناوله من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول : تعريف الخطبة، دليل مشروعيتها وتكييفها

أولا- تعريفها:

الخطبة لغة بكسر الخاء وسكون الطاء، طلب الرجل المرأة للزواج، ويقال خطب فلانة خطبة أي طلبها للزواج ، وخطبها إلى أهلها أي طلبها منهم للزواج .

وقد عرفها المشرع الجزائري ببيان طبيعتها القانونية في المادة الخامسة من قانون الأسرة التي تنص على أن: "الخطبة وعد بالزواج"، فالخطبة لا ترقى إلى مرحلة العقد، ذلك أن الآثار المترتبة عنها تختلف عن الآثار المترتبة عن عقد الزواج، فهي مرحلة تمهيدية له.

كما تعددت تعريفات الخطبة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، فعرفها المالكية بأن: "الخطبة بكسر الخاء فعل الخاطب من كلام وقصد واستلطاف بفعل أو قول"، وعرفها الشافعية بأنها: "التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة"، أما الحنابلة فعرفوها أنها: "خطبة الرجل المرأة لينكحها"، والحنفية اکتفوا بالقول أن: "الخطبة هي طلب التزوج".

ثانيا- دليل مشروعيتها:

الخطبة مشروعة بالكتاب والسنة، ففي القرآن الكريم نجد قول الحق تبارك وتعالى:

"وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُؤَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَلَا تَعْرَمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابَ أَجَلَهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ".

ومن السنة النبوية، قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "... لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه".

ثالثا- تكييفها : لقد حدد المشرع الجزائري صراحة في المادة 2 من قانون الأسرة المذكورة سابقا الطبيعة القانونية للخطبة بأنها وعد بالزواج، و من الفقهاء من اعتبرها نصف الزواج أو عقد تمهيدي الهدف منه التعارف بين الخطيبين والتفاهم على شروط عقد الزواج، حتى ولو تم فيها قراءة الفاتحة، أو دفع الصداق طالما لم تتحقق فيها كل شروط الزواج.

فالمراة المخطوبة تعتبر أجنبية بالنسبة لخطبها، ولو دامت الخطبة مدة طويلة، فلا يجوز له أن يختلي بها طالما أنه لا يوجد عقد زواج بينهما، كما أن قراءة الفاتحة في الخطبة لا تحولها إلى زواج ما لم تقترن بتوفر أركان و شروط الزواج بمجلس العقد، وهذا ما نصت عليه المادة 6 من قانون الأسرة: "إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا.

غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون".

فالخطبة في قانون الأسرة وعد غير ملزم للطرفين، وهذا ما أكدته المادة الخامسة من قانون الأسرة في فقرتها الثانية في جواز العدول عنها بنصها: "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"، فهي لا تعتبر عقد زواج ولو تمت باتفاق الطرفين.

ولقد اتفق الفقهاء كذلك على أن الخطبة وعد غير ملزم بالزواج، ولكل من الطرفين حق العدول عنها، فهي ليست زواجا ولا ركنا ولا شرطا فيه.

الفرع الثاني: شروطها

ويشترط لجواز الخطبة شرعا شرطين هما: عدم وجود مانع يحول دون الزواج، وألا تكون المرأة مخطوبة للغير، وهذا ما سوف أتناوله من خلال ما يلي:

أولاً: عدم وجود مانع يحول دون الزواج

يشترط في المخطوبة أن تكون خالية من أي موانع تحول دون الزواج، فمن لا يصح زواجها لا تصح خطوبتها فلا يجوز خطبة امرأة لا تحل للخطاب شرعا، فلا تحل له من كانت محرمة عليه حرمة مؤبدة كأخته أو عمته، أو من كانت محرمة عليه حرمة مؤقتة، كزوجة الغير والمعتدة من طلاق أو وفاة. ففي كل الحالات المذكورة سابقا، لا يجوز خطبة المرأة لا تصريحاً ولا تعريضاً، باستثناء المعتدة من وفاة، إذ لا يجوز خطبتها تعريضاً مصداقاً لقوله تعالى: " وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ... " ، ويقصد بذلك المرأة المعتدة من وفاة، فلم يمنع الله سبحانه وتعالى خطبتها تعريضاً بسبب انقطاع الحياة الزوجية بالوفاة، ولكن لا يجوز التصريح بخطبتها، وقد أكد جمهور الفقهاء على أن الخطبة بالتعريض تخص فقط المرأة المعتدة من وفاة لاستحالة عودة الزوج الأول، بينما يمنع ذلك تصريحاً وتعريضاً بالنسبة للمرأة المعتدة من طلاق لامكانية رجوعها إلى زوجها الأول.

ثانياً: ألا تكون الفتاة مخطوبة للغير

يشترط في المخطوبة ألا يكون قد سبق خطبتها شخصاً آخر، لأن خطبتها بعد ذلك يعد إعتداءً وإيذاءً للخطاب الأول، وقد يتسبب في الحقد والضغينة بينهما.

وفي هذا الصدد فرق الفقهاء بين ثلاث حالات وهي:

حالة موافقة المخطوبة على الخطب الأول، وحالة رفضها للخطب الأول وحالة سكوتها.

ففي حالة موافقتها على الخطب الأول فإنه لا يجوز التقدم لخطبتها، أما في حالة عدم موافقتها على الخطب الأول فإنه يجوز التقدم لخطبتها، ولكن في حالة سكوتها، أي في حالة عدم وجود ما يدل على قبولها أو رفضها، فإن آراء الفقهاء تباينت في هذا الشأن، فيرى المالكية والحنفية بأن سكوت المخطوبة لا يدل على رفضها الخطب الأول، بل مهلة تروي وانتظار للسؤال عليه ومعرفة إن كان مناسباً لها، فخطبتها ثانية لها إيذاء للخطب الأول، أما الشافعية فيعتبرون سكوتها رفضاً للخطب الأول، وبالتالي يجوز خطبتها.

المطلب الثاني: آثار العدول عن الخطبة

إن الخطبة لا تلزم الطرفين، وبالتالي يمكن للخطاب أو المخطوبة العدول والتراجع عنها في أي وقت، وهو ما نصت عليه المادة الخامسة في فقرتها الثانية من قانون الأسرة: " يجوز للطرفين العدول عن الخطبة".

ويثير العدول عن الخطبة مسألتين هما: حكم الهدايا المقدمة من أحد الخطبين للآخر، وكذلك التعويض عن الضرر الناتج عن العدول، وهذا ما سوف أتناوله من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: أثر العدول على الهدايا المقدمة في الخطبة

لقد تناولت المادة الخامسة السالفة الذكر في فقرتيها الرابعة والخامسة هذه المسألة بنصها: " لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إذا كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.

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

يفهم من خلال هاتين الفقرتين، أن التراجع عن الخطبة يثير مسألة حكم الهدايا المقدمة من الطرفين أثناء الخطبة، والعدول قد يكون من الخاطب، وقد يكون من المخطوبة، فإذا كان العدول من الخاطب فإنه لا يسترد من المخطوبة الهدايا التي قدمها إياها أثناء الخطبة، وإذا كانت هي من أهدته هدايا يلتزم بردها إياها، بشرط ألا تكون هذه الهدايا مما يستهلك، أو يلتزم برد قيمتها إذا استهلك. أما إذا كان العدول من المخطوبة فيجب أن ترد للخاطب الهدايا التي قدمها لها أثناء الخطبة إذا كانت قائمة بعينها أو قيمتها إذا استهلك.

وبالرجوع إلى آراء الفقهاء في هذا الشأن، فقد ذهب المالكية إلى أنه إذا كان العدول من الخاطب فإنه لا يسترد شيئا مما أهداه، أما إذا كان العدول من المخطوبة فيسترد الخاطب الهدايا عينها إذا كانت قائمة، وإذا هلك أخذ مثلها إذا كانت مثلية وقيمتها إذا كانت قيمية.

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ في هذا الشأن برأي المالكية، أما الشافعية فلم يفرقوا بين الخاطب والمخطوبة من حيث العدول، فكل من أهدى هدية للآخر أثناء الخطوبة فله أن يستردها إن كانت قائمة وبعوضها إن استهلك أو هلك. وذهب الحنابلة إلى أن الهدايا المقدمة في الخطبة بمثابة هبة، ولا يجوز الرجوع في الهبة، وبالتالي لا يجوز للخاطب أن يسترد شيئا مما أهداه. أما الحنفية فذهبوا إلى أن هذه الهدايا بمثابة هبة وحكمها جواز الرجوع فيها ما لم يوجد مانع كهلاك الشيء أو استهلاكه، سواء كان الرجوع من الخاطب أو المخطوبة.

الفرع الثاني: حكم الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة

تنص المادة 3/5 من قانون الأسرة على: " إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض".

يفهم من خلال هذا نص هذه المادة أنه قد يقترن العدول عن الخطبة بأفعال تلحق ضررا بأحد الخطيبين، في هذه الحالة يمكن لأحدهما مطالبة الآخر بالتعويض، ويكون التعويض هنا ليس عن مجرد العدول عن الخطبة، الذي هو حق للطرفين، وإنما عن الضرر المترتب عن هذا العدول.

وفي هذا الصدد يمكن تقسيم الضرر إلى نوعين: ضرر مادي يصيب أحد الخطيبين في ذمته المالية، كمصاريف العرس وإعداد مسكن الزوجية، وضرر معنوي وأدبي يصيب الشخص في شعوره أو شرفه أو سمعته. وهنا لا يثور المشكل عند عدول أحد الخطيبين عن الخطبة، بل يثور المشكل عندما تتزامن مع هذا العدول أضرار مادية أو معنوية تصيب الطرف المعدول عنه، كأن تتخلى المخطوبة عن عملها

بناء عن طلب خطيبها، أو يشتري الخاطب بيتا أو جهازا معينا بناء على رغبة خطيبته، هذا عن الضرر المادي، أما الضرر المعنوي فيصيب المخطوبة في جرح مشاعرها لو حجم الخاطب عنها، كما يصيب الخاطب إن فضلت خطيبته شخصا آخر ميسورا ماديا عنه، فيسبب ذلك لديه اليأس من الزواج.

ومن خلال نص المادة 3/5 سالفه الذكر، فإن المشرع الجزائري قد أخذ بمبدأ التعويض عند العدول عن الخطبة إذا نتج عن هذا العدول ضررا ماديا أو معنويا على أساس المسؤولية التقصيرية، ولكنه لم يحدد نطاق هذه الأضرار.

وبالرجوع إلى الفقه الاسلامي نجد أن الفقهاء القدامى لم يتعرضوا إلى هذه المسألة، أما الفقهاء المعاصرين نجد آراءهم تباينت، فمنهم من يرى أنه لا تعويض في العدول عن الخطبة، لأن هذه الأخيرة مجرد وعد بالعقد وليس عقد، وهناك من يقول بالتعويض عن العدول إذا نتج عنه ضرر مادي فقط، والرأي الراجح يذهب إلى جواز الحكم بالتعويض عن الضرر المادي أو المعنوي بشرط أن يكون لمن عدل عن الخطبة دخل في الأضرار الناتجة عن العدول عنها.

المبحث الثاني: أركان وشروط عقد الزواج

إن المشرع الجزائري قبل تعديله قانون الأسرة جعل أركان عقد الزواج تتمثل في الرضا، الولي، الشاهدين والصداق، وبتعديل هذا القانون بموجب الأمر 02-05 تنص المادة 9 على أنه: " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، و تنص المادة 9 مكرر على: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: وهي: الأهلية، الصداق، الولي، الشاهدين، انعدام الموانع الشرعية".

ويفهم من ذلك أن المشرع أبقى على ركن الرضا وجعله الركن الوحيد لانعقاد عقد الزواج، وجعل من الأهلية، الصداق، الولي، الشاهدين، وانعدام الموانع الشرعية شروطا لصحة عقد الزواج، وفي ذلك أخذ بالمذهب الحنفي في احتفاظه بركن واحد وهو الرضا.

وتبعا لذلك أجزئ هذا المبحث إلى مطلبين، أتناول في المطلب الأول، ركن الرضا في عقد الزواج، وأخصص المطلب الثاني لشروط عقد الزواج.

المطلب الأول: ركن الرضا

تنص المادة التاسعة من قانون الأسرة رقم 02-05 على: " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، وتنص المادة العاشرة منه على أنه: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين، وقبول من الطرف الآخر، بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا.

ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة أو الإشارة."

من خلال هاتين المادتين يتضح أن التراضي بين الزوجين هو الركن الأساسي والوحيد لانعقاد عقد الزواج، ويتمثل الرضا في الإيجاب والقبول أو ما يطلق عليه تسمية الصيغة. وما يلاحظ على المادة العاشرة أنها لم تحدد شروط الإيجاب والقبول، مما يدفعنا إلى اللجوء إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة

الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تنص على: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

الفرع الأول: كيفية التعبير عن الإيجاب والقبول

من خلال المادة العاشرة سالفه الذكر فإن المشرع الجزائري جعل وسيلتين للتعبير عن الإيجاب والقبول، وهما التعبير اللفظي لمن يستطيع الكلام، والتعبير عن طريق الكتابة والإشارة للعاجز، وسوف أتناول كل طريقة على حدة:

أولا- التعبير اللفظي لمن يستطيع الكلام:

إن المشرع الجزائري لم يحدد اللغة و الألفاظ التي يتم فيها التعبير عن الإيجاب والقبول، وهذا يدعونا إلى الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة سالفه الذكر.

فبالنسبة للغة، لم يحدد المشرع الجزائري اللغة التي يتم بها النكاح، ولكن فقهاء الشريعة الإسلامية تكلموا عن هذه المسألة، وبالرجوع إلى الفقه المالكي فإنه يعتبر أن الزواج يتم بأي لغة سواء العربية أو غير ها طالما عبرت عن نية المتعاقد في إبرام عقد الزواج.

أما الفقه الشافعي فذهب إلى أنه لا يصح عقد الزواج بغير اللغة العربية بشرط أن يفهماها طرفي العقد وينطقانها، فإذا كان الشخص لا ينطقها، فإنه يجوز له أن يستعمل لغة أخرى. أما الفقه الحنفي فيرى أنه يمكن أن ينعقد عقد الزواج بغير اللغة العربية لأن العبرة في العقود تقوم على المعاني لا على الألفاظ والمباني، و الفقه الحنبلي يرى أن الزواج يتم باللغة العربية، إلا بالنسبة لمن لا يعرف هذه اللغة فيمكنه أن يعقد النكاح بلغته.

ومن خلال ما سبق يتضح أن المشرع الجزائري في عدم تحديده للغة التي يتم بها إبرام عقد الزواج ساير موقف جمهور الفقهاء، في اعتبار أن عقد الزواج يتم بأي لغة كانت طالما تكون مفهومة من العاقدين.

أما بالنسبة للالفاظ التي يتم بها الزواج فإن المشرع الجزائري لم يقيد الإيجاب والقبول بلفظ معين وذلك من خلال نص المادة العاشرة التي ورد فيها: " بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا"، في حين اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الزواج ينعقد بالألفاظ التي تفيد معنى النكاح أو الزواج، ولكنهم اختلفوا في انعقاد عقد الزواج بألفاظ أخرى كالتملك والهبة، والبيع وغيرها، فذهب الفقه المالكي أن من كل هذه الالفاظ يصح لفظ الهبة، أما لفظ التملك أو البيع فاختلف فيها المالكية، فالبعض يرى أنها بمثابة لفظ الهبة والبعض الآخر لم يعتبرها كذلك¹، أما الفقه الشافعي والحنبلي فرفضوا كل لفظ آخر ما عدا لفظ الإنكاح والتزويج.

وبالنسبة للفقه الحنبلي فيعتبر أن أي لفظ يعتبره الناس إيجابا وقبولا ينعقد به عقد الزواج.

وتكون الألفاظ الدالة على عقد الزواج بصيغة الماضي ، كقول ولي المرأة للخاطب: " زوجتك ابنتي" ، أو بصيغة المضارع، كأن يقول الخاطب للمخطوبة: "أتزوجك على مهر كذا".

ثانيا- التعبير عن طريق الكتابة والإشارة للعاجز:

قد يتعذر على أحد المتعاقدين أن يعبر عن الإيجاب والقبول لعائق يحول دون ذلك كالأبكم والأخرس، فهنا يستعمل الكتابة أو الإشارة، وتكون الكتابة عوض عن التلفظ عند بعض الأشخاص المصابين بالأخرس ، فهنا الأخرس يكتب للآخر صيغة زواجه ويقراً المكتوب على الحاضرين في مجلس العقد .

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد ترك الخيار للعاجز من خلال المادة العاشرة بين الكتابة والإشارة باستعماله عبارة " كالكتابة أو الإشارة" ، وهو في هذا أخذ بالمذهب الحنفي الذي اعتبر أنه يمكن للشخص أن يعقد زواجه بالإشارة رغم مقدرته على الكتابة.

والجدير بالذكر أن التعبير بالكتابة لا يكون فقط للعاجز جسديا، بل قد يكون للعاجز عن الحضور في مجلس العقد، وفي هذا ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى جواز الزواج عن طريق الرسائل التي تتضمن إجابا مكتوبا يقرأ على المتواجدين في مجلس العقد.

ويمكن اللجوء إلى استعمال الإشارة للتعبير عن الإيجاب والقبول في عقد الزواج إذا عجز أحد العاقدين عن الكلام وحتى عن الكتابة، ويكون ذلك للأخرس مثلا الذي لا يعرف القراءة والكتابة، أو بالوسيلة التي تتناسب مع درجة عجزه، ولكن إن كان الموجب يستطيع التكلم، فيجب أن يتلفظ بها مع استعماله لغة الإشارة، حتى يفهمه القابل ويفهمه الحضور، أما بالنسبة للقابل فيمكن أن يستعمل الإشارة فقط للدلالة على قبوله.

الفرع الثاني: شروط الإيجاب والقبول

لم ينص المشرع الجزائري على شروط الإيجاب والقبول مما يحتم علينا الرجوع إلى مذاهب الشريعة الإسلامية، ويمكن تقسيمها إلى شروط متعلقة بمجلس العقد، وشروط متعلقة بتزامن الإيجاب والقبول، وأخرى بتطابق الإيجاب والقبول وتتمثل هذه الشروط في:

أولا- صدور ايجاب وقبول في مجلس العقد:

إن مجلس العقد يتمثل في مجموعة من الأطراف يحضرون انعقاد الزواج، منهم من حضوره غير إلزامي كأقرباء الزوج أو الزوجة، ومنهم من حضوره إلزامي كالزوج وولي الزوجة وشاهدين.

ثانيا- تزامن الإيجاب والقبول:

يشترط في مجلس العقد أن يكون متحدا أي يتزامن فيه صدور الإيجاب والقبول ، فلا يفصل بينهما فاصل زمني يدل على إحجام أحد أطراف العقد عن استكمالها، كما يشترط أن يصدر القبول قبل انقضاء مجلس العقد أي الإنصراف عن المجلس، ويشترط في هذا الأخير أن يكون انصرافا لجميع أو أغلبية

الحاضرين لمدة طويلة دون العودة إليه، كما يعتبر بمثابة انقضاء المجلس الخوض في مواضيع أخرى غير حديث الزواج. ولكن المجلس يثير إشكالا فيما يخص التعبير عن الإيجاب باستعمال وسائل الإتصال الحديثة، ذلك أن عقد الزواج كما يتم بين حاضرين قد يتم بين غائبين، وفي ذلك أجاز بعض الفقهاء المعاصرين ذلك في الوسائل التي يمكن فيها رؤية وسماع المتعاقدين لبعضهما البعض، وحضور الشهود كالسكايب مثلا، طالما تم ذلك في حدود الضوابط الشرعية والقانونية، وهنا تجدر الإشارة إلى أنه لا ينعقد عقد الزواج عن طريق الوكالة، حيث ألغى الأمر 02/05 المادة 20 التي كانت تجيز الوكالة.

ثالثا- تطابق الإيجاب والقبول:

يشترط لانعقاد عقد الزواج تطابق الإيجاب والقبول وذلك بالاتفاق على جميع المسائل الجوهرية، فحدوث أي خلاف بين المتعاقدين حول هذه المسائل يؤدي إلى عدم انعقاد العقد.

الفرع الثالث: أثر تخلف ركن الرضا

تنص المادة 33 في فقرتها الأولى على: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا"، وهذا يدل أن المشرع الجزائري رتب البطلان على تخلف ركن الرضا، ولكنه لم يكتفي بذلك إذ رتب البطلان كذلك في وجود الموانع الشرعية التي اعتبر في المادة 9 مكرر المذكورة سابقا بأن من شروط صحة عقد الزواج انعدام الموانع الشرعية، كما رتب البطلان كذلك في وجود شرط يتنافى والغاية من عقد الزواج، كاشتراط عدم الانجاب مثلا، ونصت على ذلك المادة 32 من قانون الأسرة: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، كما نصت المادة 34 من نفس القانون على: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء"، وتنص المادة 35 على: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا"، كما يبطل الزواج كذلك إذا اختل أكثر من شرط واحد، كأن يختل شرطي الولي والصدّاق معا.

والزواج الباطل يعتبر كالعدم ولا بد فيه من التفريق بين الزوجين وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وتترتب عليه الآثار التالية:

1- لا توارث بين الزوجين، حيث تنص المادة 131 من قانون الأسرة على: "إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين".

2- ثبوت النسب حسب نص المادة 34 المذكورة سابقا، التي تؤكد على أنه إذا فسخ الزواج بعد الدخول في حالة الزواج بإحدى المحرمات، يثبت النسب للولد الناتج عن هذا الزواج.

المطلب الثاني: شروط عقد الزواج

كما سبق القول فإن المشرع الجزائري حول أركان إبرام عقد الزواج بعد تعديل قانون الأسرة إلى شروط صحة، ولا أكتفي في هذا الصدد بشروط الصحة وإنما أعرج كذلك إلى الشروط الإتفاقية، ثم إلى

الشروط الشكلية، لذلك أجزئ هذا المطلب إلى ثلاثة فروع: أخصص الفرع الأول لشروط الصحة، وأخصص الفرع الثاني للشروط الإتفاقية، أما الفرع الثالث فأخصصه للشروط الشكلية.

الفرع الأول: شروط صحة عقد الزواج وأثر تخلفها

أتناول في هذا الفرع شروط صحة عقد الزواج ثم الأثر المترتب على تخلفها:

أولاً- شروط صحة عقد الزواج:

تنص المادة 9 مكرر من قانون الأسرة رقم 05-02 على: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزواج. - الصداق. - الولي. - شاهدان. - انعدام الموانع الشرعية للزواج.

من خلال هذه المادة فإن شروط صحة عقد الزواج تتمثل في: الأهلية، الصداق، الولي، الشاهدان وانعدام الموانع الشرعية وهذا ما سوف أتناوله على التوالي:

أولاً- الأهلية:

تنص المادة 7 من قانون الأسرة رقم 05-02 على: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

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

من خلال هذه المادة فإن المشرع الجزائري عدل من أهلية الزواج التي كان ينص عليها قبل تعديل قانون الأسرة، والتي كانت للرجل 21 سنة كاملة وللمرأة 18 سنة كاملة. وفي ذلك سواها بسن بلوغ الأهلية المدنية حسب المادة 40 من القانون المدني الجزائري، وفي ذلك راعى القدرة الجسدية للجنسين، كما أعطى السلطة التقديرية للقاضي فيما يتعلق بالترخيص بالزواج دون السن القانونية معتمدا على مجموعة من الظروف كحالة خطف القاصر وعرض الزواج على خاطفها حفاظا على مستقبلها مقابل عدم متابعتها جزائيا، كما أضافت المادة السابعة سالفه الذكر ما يتعلق بأهلية التقاضي، حيث سمحت للزوج القاصر سواء المرأة أو الرجل مباشرة دعواه في حالة النزاع أمام القضاء باسمه.

ثانياً- الصداق

اعتبر المشرع الجزائري الصداق شرطا من شروط عقد الزواج وذلك حسب المادة 9 مكرر، وقد تناولته المواد 14-15-16-17 من نفس القانون وعرفته المادة 14 التي تنص: " الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

والصداق مشروع بالكتاب والسنة، والدليل على مشروعيته من القرآن قول الله تعالى: " وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا "، وقوله تعالى: " وَأَتُوهُنَّ

أَجْرَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ". أما من السنة النبوية قول الرسول صلى الله عليه وسلم: " إن أعظم النساء بركة أيسرهن صداقا".

ولتفصيل موضوع الصداق لا بد من تكييفه ، وتحديد مقداره، أنواعه، مؤكداً، النزاع فيه وسقوطه والأثر المترتب على تخلف الصداق.

1- تكييف الصداق: إن المشرع بتعديله قانون الأسرة قد حول الصداق من ركن في عقد الزواج إلى شرط من شروط صحته، وبالرجوع إلى فقهاء الشريعة الإسلامية، فإن بعضاً من المذهب المالكي كيفة على أنه ركن من أركان عقد الزواج، واعتبره البعض منه على أنه شرط صحة. أما جمهور من الحنفية والحنابلة والشافعية فلم يعتبروا الصداق لا ركناً ولا شرطاً صحة وإنما هو أثر من آثاره يترتب عليه بقاء العقد صحيحاً، واستحقاق المرأة مهر المثل.

2- مقدار الصداق: لقد نصت المادة 14 من قانون الأسرة على أن الصداق يكون من النقود وغيرها، ولكنها لم تحدد حداً أدنى وأعلى له، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: " التمس ولو خاتماً من حديد" ، فهو يخضع لإرادة الطرفين، فلا توجد معايير لتحديده، وفي حالة الخلاف حوله يؤخذ بمهر المثل، وهوما تعارف عليه المحيط الاجتماعي للزوجين. ويصلح أن يكون الصداق مالا مقوماً معلوماً نقداً كان أو منقولاً قيمياً أو مثلياً، أو منفعة يمكن تقديرها بمال بشرط أن يكون مشروعاً أي مالا حلالاً.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد اتفقوا أنه ليس للصداق حداً أقصى، ولكنهم اختلفوا في الحد الأدنى له، فذهب الفقه المالكي إلى أن الحد الأدنى للصداق ربع دينار أو ما يساويها، وعند الحنفية فإن الحد الأدنى له عشرة دراهم، أما الشافعية والحنابلة فلا يحددون الحد الأدنى للمهر فالعبرة بما اتفق عليه الزوجان.

3- أنواعه: الصداق نوعان: الصداق المسمى وصداق المثل:

الصداق المسمى هو الذي تم الإتفاق في العقد عليه، ولكي يسمى الصداق في العقد لا بد من ذكره وتعيينه بدقة، ويكون مباحاً أي مشروعاً ويكون مقوماً ، كما يكون معجلاً أو مؤجلاً، يقدم دفعة واحدة أو على شكل أقساط، وهذا ما نصت عليه المادة 15 من قانون الأسرة في فقرتها الأولى: "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً"، أما صداق المثل فهو مهر إمراة تماثلها في صفات النساء من الجمال والمال وغيرها . وهذا ما نصت عليه المادة 15 في فقرتها الثانية: " في حالة عدم تحديد الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل"

4- مؤكداً: تستحق الزوجة الصداق، وبذلك يتأكد الصداق في العقد الصحيح في ثلاث حالات: الدخول الحقيقي، الدخول الحكمي والموت، وهذا ما نصت عليه المادة 16 من قانون الأسرة: " تستحق الزوجة الصداق كاملاً بالدخول، أو بوفاة الزوج..."

أ- الدخول الحقيقي: إن الصداق المتفق عليه في العقد أو بعده أو مهر المثل يتأكد بالدخول، لأن الزوجة بهذا الأخير قد أوفت ما التزمت به، فيكون على الزوج الوفاء بالحقوق الواجبة عليه وفي مقدمتها المهر.

ب- الموت: إن موت أحد الزوجين قبل الدخول يؤكد الصداق، فتستحقه الزوجة كاملاً إذا توفي الزوج قبل الدخول ولو لم يسم الصداق، ويكون لورثة الزوجة في حالة وفاتها مطالبة الزوج بالصداق، وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يفرق بين الموت الطبيعي وقتل أحد الزوجين للآخر، أو قتله نفسه، في حين يرى جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية أن المرأة تستحق كل الصداق إذا قتلت نفسها قبل الدخول عمداً لأنه حق للورثة، أما إذا قتلت زوجها عمداً فلا تستحق المهر عند الفقه المالكي والشافعي، عكس الفقه الحنفي والحنبلي الذي يرى بأنها تستحق الصداق رغم قتلها زوجها، لأن عقوبة الجناية القصاص وليس سقوط المهر.

3- الدخول الحكمي: إن الدخول الحكمي أو الخلوة الصحيحة لم ينص عليه المشرع الجزائري ولم يعتبره من مؤكدات الصداق، ويمكن تعريفه أنه اجتماع الزوجين في مكان دون إطلاع الناس عليهما بشرط عدم وجود مانع حقيقي أو طبيعي أو شرعي، ويقصد بالمانع الحقيقي أن يكون بأحد الزوجين ما يمنع الدخول كصغر السن أو عيب ما، أما المانع الطبيعي فيتمثل في وجود شخص ثالث معهما، ويتمثل المانع الشرعي في كون أحد الزوجين في وضع يمنعه شرعاً من الدخول كالصوم والإحرام والحيض، فإذا تحققت هذه الموانع فلا يمكن القول بوجود دخول حكمي أو كون الخلوة صحيحة، ومن ثم لا تستحق الزوجة الصداق.

5- النزاع في الصداق: تنص المادة 17 من قانون الأسرة على: " في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين".

إن هذه المادة تفرق في النزاع في الصداق بين ما إذا كان قبل الدخول أو بعده، فإذا كان هذا النزاع قبل الدخول، فيؤخذ بقول الزوجة، فهذه الأخيرة هي من تدعي أنها لم تستلم الصداق، أما إذا كان النزاع بعد الدخول فيؤخذ بقول الزوج أو ورثته لأن الأصل أنه بعد الدخول يكون الزوج قد وفى بالتزامه بتسليم المهر لزوجته، وفي الحالتين لا بد من تأدية اليمين أمام القاضي، والملاحظ أن المشرع الجزائري سوى في هذه المادة بين مختلف النزاعات التي تثور بشأن الصداق سواء تعلق الأمر بالنزاع حول مقداره أو نوعه أو قبضه وغيرها، في حين نجد الفقه الإسلامي يفرق بين هذه الحالات ويفرق بين الذي يؤخذ بقوله من الزوجين.

6- سقوط الصداق: هنا نفرق بين حالتين: السقوط الجزئي للصداق والسقوط الكلي للصداق.

أ- السقوط الجزئي للصداق: يسقط نصف الصداق إن طلقت الزوجة قبل الدخول بها وهذا مصداقاً لقوله تعالى: " وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ".

وتنص المادة 16 من قانون الأسرة على: "... وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول"، ويشترط في هذه الحالة أن يكون العقد صحيحاً بين الزوجين، ثم حصل الطلاق بينهما قبل البناء، وبالإضافة إلى الطلاق قبل الدخول أضاف الفقه المالكي بأن الزوجة تستحق نصف الصداق كذلك إذا تم الدخول بها

دون الوطء (الجماع)، وحصل الطلاق قبل انقضاء مدة السنة، أما إذا أقامت الزوجة سنة كاملة عند زوجها دون أن يحصل وطء وحصل طلاق فإنها تستحق الصداق كله.

ب- السقوط الكلي للصداق: يشترط للسقوط الكلي للصداق ألا يكون مؤكداً بدخول حقيقي أو حكمي في الحالات التالية:

- في حالة فسخ عقد الزواج من قبل الزوج أو الزوجة بخيار البلوغ أو خيار الإفاقة.

- إذا أتت المرأة بمعصية كردتها عن الإسلام، أو إتيان فاحشة مع أحد أصول الزوج أو فروعه.

وأضاف بعض من الفقه المالكي والشافعي قتل الزوجة زوجها وجعلها من الحالات التي تسقط الصداق.

ثالثاً- الوالي:

قبل التطرق لأنواع الولاية لا بد من تعريفها، وتحديد الشروط الواجب توافرها في الوالي.

1- تعريف الولاية: هي القدرة على مباشرة العقود وترتيب آثارها عليها دون توقف على إجازة أحد، أو هي: "تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه". وعرفها آخر أنها: "قدرة الشخص على إنشاء عقد الزواج لغيره بسلطة خولها له الشارع".

2- شروط الوالي: لم يحدد المشرع الجزائري الشروط الواجب توافرها في الوالي، ولهذا لا بد من الرجوع إلى أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الشأن:

أ- الأهلية: يشترط في الوالي البلوغ والعقل، فلا تصح من الأشخاص الذين لا ولاية لهم على أنفسهم كصغير السن والمجنون.

ب- الذكورة: يرى جمهور الفقهاء أن الوالي يجب أن يكون ذكراً، إلا أن فقهاء المذهب الحنفي لا يشترطون ذلك ويرون أن المرأة إذا كانت بالغة راشدة يمكنها تزويج نفسها.

ج- الإسلام: لا بد من اتحاد الدين بين الوالي ومن في ولايته، فلا ولاية لمسلم على غير المسلم ولا ولاية لغير المسلم على المسلم، مصداقاً لقوله تعالى: " لا يَتَّخِذُ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَلَيْسَ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ إِلَّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقَاةً وَيَحْذَرُكُمْ اللَّهُ نَفْسَهُ وَإِلَى اللَّهِ الْمَصِيرُ " .

د- العدالة: هذا الشرط اشتراطه الفقه المالكي والشافعي والحنبلي يرون أنه لا تصح ولاية الفاسق، فالوالي يجب أن يكون مرشداً والفاسق ليس مرشداً، ولكن الحنفية لا يشترطون في الوالي العدالة، لأن الفاسق له ولاية على نفسه وعلى من هو في ولايته.

هـ- ألا يكون في إحرام بحج أو عمرة: فلا يجوز لمن كان محرماً بحج أو عمرة أن يتولى زواج نفسه أو غيره ، وهذا حسب قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "لا ينكح المحرم ولا ينكح".

3- أنواع الولاية: تنقسم الولاية إلى نوعين ولاية إجبار وولاية اختيار:

أ- ولاية الإجبار: يقصد بولاية الإجبار سلطة الولي بتزويج من في ولايته بغير إذنه وتثبت على الصغير أو المجنون، وهذه الولاية تكون على الفتاة البكر أو الصغيرة غير البالغة، وقد أجاز جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية تزويج الصغيرة دون موافقتها باستثناء الأحناف الذين ذهبوا إلى عدم إجبار البكر البالغة على الزواج، وحذا حذوه المشرع الجزائري حيث ألغى ولاية الإجبار بموجب المادة 13 من قانون الأسرة التي تنص: "لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه دون موافقتها".

ب- ولاية الاختيار: وسمي z ولاية المشاركة، وفيها أن الولي يعقد الزواج للمرأة بعد استئذنها فهي تشاركه في اختيار الزوج، وهي تثبت على المرأة البالغة الراشدة، وقد تناولتها المادة 11 في فقرتها الأولى من قانون الأسرة التي تنص على: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره". وما يمكن ملاحظته على هذه المادة أن المشرع الجزائري أخذ برأي المذهب الحنفي في عدم اشتراط الولي، أي جواز أن تنفرد المرأة البالغة الراشدة بكرا كانت أو ثيبا بمباشرة عقد زواجها، وسوت بين حضور الأب أو غيره باستعماله حرف "أو" الذي يفيد التخيير ذلك أن المذهب الحنفي يذهب إلى جواز أن تعقد المرأة البالغة بكرا كانت أو ثيبا عقد زواجها دون ولي، فوجود الولي مستحب ليتولى مباشرة عقد الزواج عنها ولكن بعد الحصول على موافقتها، واستدل بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "الأيمن أحق بنفسها من وليها..". والأيمن هي امرأة لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا، فالبكر تزوج نفسها مثل الثيب.

أما جمهور من المالكية والشافعية والحنابلة فذهبوا إلى عدم جواز انفراد المرأة البالغة بعقد زواجها ذلك أن الولي يشاركها في اختيار الزوج، فحضوره شرط لصحة عقد الزواج.

وبالنسبة للمرأة القاصرة فإنه لا يصح لها الإنفراد بعقد زواجها بنفسها، إذ يتولى زواجها أحد أولياءها وهم الأب، ثم في عدم وجوده تنتقل الولاية إلى أحد أقاربها الأولين، ثم في عدم وجودهم تنتقل الولاية إلى القاضي، وهذا ما نصت عليه المادة 11 فقرة 2 بنصها: "دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"، وهذا يتناسب مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

رابعاً- الشاهدان

من خلال المادة 9 مكرر من قانون الأسرة رقم 05-02 فإن الشاهدين شرط من شروط صحة عقد الزواج، وتظهر أهمية الشهادة في عقد الزواج في إخراج هذا الأخير من السرية إلى العلنية درءاً للشبهات وتقديساً للزواج. وقد أكد الرسول عليه الصلاة والسلام على أن الزواج لا يتم إلا بشاهدين في قوله: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل".

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على الشروط الواجب توافرها في الشاهدين عدا شرط الأهلية، في حين تعرض فقهاء الشريعة الإسلامية إلى هذه الشروط والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

1- الأهلية: إشتراط المشرع الجزائري بلوغ الشاهد 19 سنة كاملة يوم إدلانه بشهادته على الزواج، وهذا ما نصت عليه المادة 33 من قانون الحالة المدنية: "يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين 19 سنة على الأقل...". وما يلاحظ هنا أن المشرع الجزائري لم يسو بين السن المشترطة في الشاهدين وبين تلك المشترطة في الزواج، كما يشترط في الشاهدين العقل حيث لا يمكن قبول شهادة المجنون لأنه لا يمكنه إدراك وفهم الوقائع التي تدور حوله.

2- تعدد الشهود: يقصد بتعدد الشهود أن يحضر مجلس العقد أكثر من شاهد واحد فلا تصح شهادة الرجل الواحد، بل تجب شهادة رجلين أو رجل وامرأتين مصداقا لقوله تعالى: "...وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى". كما يشترط في الشاهدين حضور مجلس العقد وسماع ما يدور فيه وفهمه، ويكون ذلك باجتماع الشاهدين على الشهادة أي يجب على كل منهما سماع كل ما يدور في مجلس العقد فلا ينفرد أحدهما بسماع جزء والآخر بسماع الجزء الآخر.

3- الذكورة والعدالة: اشترط جمهور الفقهاء أن تكون الشهادة برجلين فقط عدلين، أما الحنفية فقالوا بجواز أن تكون الشهادة برجلين أو برجل وامرأتين ولم يشترطوا العدالة فيهم. والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يفصل في هذه المسألة واكتفى في المادة 9 مكرر بذكر الشاهدين دون تحديد جنسهما، ولعل الأعراف في الجزائر لا تقبل شهادة النساء في الزواج.

4- الإسلام: اشترط جمهور الفقهاء أن يكون الشاهدان مسلمان، فلا تقبل شهادة غير المسلم في عقد الزواج بين مسلمين، عكس الحنفية الذين أجازوا شهادة غير المسلم في زواج المسلم بالكتابية.

خامسا- انعدام الموانع الشرعية

لقد اشترطت المادة 9 مكرر سائلة الذكر لصحة عقد الزواج أن تكون المرأة صالحة للزواج أي خالية من الموانع الشرعية، فلا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤبدا أو مؤقتا، ولقد نصت على موانع الزواج المواد 23 إلى 32 من قانون الأسرة، وأكدت على هذا الشرط المادة 23 بنصها: "يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة"، وتبعا لذلك أتناول فيما يلي موانع الزواج المؤبدة ثم موانع الزواج المؤقتة:

1- الموانع المؤبدة:

يقصد بالموانع المؤبدة أن تكون المرأة محرمة على الرجل على سبيل التأييد، فتمنع أن تكون المرأة زوجة الرجل في كل الأوقات، ولقد حددتها المادة 24 من قانون الأسرة بنصها: "موانع النكاح المؤبدة هي:- القرابة،- المصاهرة،- الرضاع".

أ- المحرمات بالقرابة: نصت المادة 25 على: "المحرمات بالقرابة هي: الأمهات، والبنات، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ وبنات الأخت"، وما يلاحظ على هذه المادة أنها أعادت ما ورد في القرآن الكريم، وذلك في قوله تعالى: "حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ".

ويقصد بالأمهات الأصول وإن علون، كالأُم والجدة سواء كانت لأب أو لأُم، أما البنات فيقصد بها الفروع وإن نزلن، البنت، بنت البنت، بنت الإبن وإن نزلن، أما الأخوات فتشمل الشقيقات، أو الأخوات لأب أو لأُم، ونفس الأمر ينطبق على العمات والخالات سواء كن شقيقات أو لأب أو لأُم، وكذا بنات الأخ سواء كان الأخ لأبيه أو أمه أو شقيقه، وبنات الأخت سواء كانت أخته لأبيه أو أمه أو شقيقته.

ب- المصاهرة: نص المشرع الجزائري على المحرمات بالمصاهرة في المادة 26 من قانون الأسرة: " المحرمات بالمصاهرة هي: 1- أصول الزوجة بمجرد العقد عليها2- فروعها إن حصل الدخول بها.3- أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علوا 4. - أرامل ومطلقات فروع الزوج وإن نزلوا."

والملاحظ أن ما ورد في نص هذه المادة إعادة لما ورد في القرآن الكريم في قوله تعالى: " وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ "، وقوله تعالى: " وَرَبَائِبُكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ "، وقوله تعالى: " وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا "، وقوله تعالى: " وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ ".

إذن يمكن القول أن المحرمات بالمصاهرة هي:

- أم الزوجة وإن علت: ويشترط هنا لتحريم أصول الزوجة على الزوج العقد على الزوجة أي تمام الزواج الشرعي واستكمال شروطه.

- بنات الزوجة وإن نزلت أي الربائب: ولم يشترط المشرع مجرد العقد على الأم لتحريم إبنتها على الزوج بل اشترط الدخول بالأم.

- زوجة الأب والجد وإن علا: فتحرم على الرجل الزواج بأرملة أو مطلقة أبيه أو جده وإن علا، و يكون ذلك بمجرد أن يعقد عليها أبوه أو جده.

- زوجة الإبن وإن نزل: فتحرم على الرجل الزواج بأرملة أو مطلقة زوجة إبنه وإن نزل، ويكون ذلك بمجرد أن يعقد عليها إبنه وإن نزل.

ج- الرضاع: تنص المادة 27 من قانون الأسرة على: " يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ".

والملاحظ أن هذه المادة جاءت مطابقة للحديث الشريف الذي قال فيه الرسول صلى الله عليه وسلم: " يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب "، وقد حدد المولى تبارك وتعالى المحرمات بالرضاع حيث قال تعالى: " وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ " . ومطابقة المادة 27 للحديث الشريف المذكور أعلاه يجعل من أن التحريم بالرضاع شامل لنفس الجهات المحرمة بالنسب وهي المرضعة للطفل وزوجها، وأصولها كأُمها، وفروعها كبناتها، وأخواتها وعماتها وخالاتها، أصول وفروع زوج المرضعة وأخواته وعماته وخالاته، بالإضافة إلى الإخوة والأخوات من الرضاع، وإذا رجعنا إلى المادة 28 من نفس القانون فإنها لم تذكر جميع المحرمات من الرضاع وذلك بنصها: " يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته ولدا للرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها ويسري التحريم عليه وعلى أولاده " ، كما أخذ المشرع في المقدار المحرم من الرضاع بمذهب المالكية والحنفية،

وذلك يظهر من خلال المادة 29 من قانون الأسرة التي تنص: " لا يحرم من الرضاع إلا ما قد حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا".

2- الموانع المؤقتة:

يقصد بالموانع المؤقتة التي تكون لسبب مؤقت وبمجرد زوال السبب يزول المانع وتخرج المرأة عن دائرة المحرمات. وقد حددت المادة 30 الموانع المؤقتة بنصها: " يحرم من النساء مؤقتا: المحصنة، المعتدة من طلاق أو وفاة، المطلقة ثلاثا، كما يحرم مؤقتا: الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من الرضاع، زواج المسلمة من غير المسلم".

ومن خلال هذه المادة يتضح أن المحرمات المؤقتة تشمل ما يلي:

- المحصنة: يقصد بالمرأة المحصنة المرأة المتزوجة، ويكون ذلك بمجرد العقد فلا يشترط الدخول بها حتى تكون من المحرمات، فلا يمكن الزواج بزوجة رجل آخر منعا من الإعتداء على حق الغير وحفظا للأنسب. وهذا مصدقا لقوله تعالى: " وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ ".

- المعتدة من طلاق أو وفاة: المرأة التي ما تزال في فترة العدة سواء تعلق الأمر بعودة الطلاق أو بعودة الوفاة لا يجوز الزواج بها طالما لم تنته العدة، وعودة المرأة المطلقة عموما ثلاثة قروء، مصدقا لقوله تعالى: " وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ "، ذلك أن المطلقة في فترة عدتها ما تزال في عصمة زوجها. ونفس الأمر ينطبق على المتوفى عنها زوجها فهي تعتد أربعة أشهر وعشرة أيام للتأكد من عدم وجود الحمل من زوجها السابق، فلا يجوز الزواج بها ما دامت في فترة العدة، و في ذلك يقول الله عز وجل: " وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ".

- المطلقة ثلاثا: إن المطلقة ثلاثا لا تحل لزوجها الذي طلقها إلا بعد أن تتزوج رجلا آخر ويطلقها أو يتوفى، وانتهاء عدتها مصدقا لقوله تعالى: " فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ ".

- الجمع بين الأختين: فلا يجوز أن يتزوج الرجل المرأة وأختها سواء كانت أختها الشقيقة أو لأب أو لأم أو من الرضاع وذلك لقوله تعالى: " وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا "، وينتفي الجمع بين الأختين في حالة زوال الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة.

- الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها: يحرم على الرجل أن يتزوج عمه الزوجة وخالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من الرضاع، وينتفي هذا الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في حالة زوال الرابطة الزوجية بطلاق أو وفاة.

- زواج المسلمة من غير المسلم: يمنع مؤقتا زواج المسلمة من غير المسلم إلى أن يعلن إسلامه، فهذا الزواج محرم شرعا وقانونا، مصدقا لقوله تعالى: " وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ " . وهذا ما أشارت إليه المادة 30 سالفه الذكر، والملاحظ أن

المشرع لم يفرق بين كون غير المسلم مشركا أو كتابيا وذلك خوفا من انصياع الزوجة له وتأثيره عليها.

ثانيا- الأثر المترتب على تخلف شروط الصحة

تنص المادة 33 في فقرتها الثانية على: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه. ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"

من خلال هذه المادة فإن تخلف أحد شروط عقد الزواج يؤدي إلى فساد العقد، والزواج الفاسد لا يترتب عليه أي أثر قبل الدخول طبقا لنص المادة 33 فقرة 2 من قانون الأسرة، وتترتب عليه آثارا بعد الدخول ، وهي أن الزوجة تستحق صداق المثل وفقا للمادة 33 في فقرتها الثانية، مع ثبوت النسب للولد وحرمة المصاهرة.

الفرع الثاني: الشروط الاتفاقية

جاء في المادة 19 من قانون الأسرة على : " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

وما يلاحظ أن المشرع الجزائري قد عدل هذه المادة بمقتضى القانون رقم 05-02 حيث أضاف عبارة "لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة"، وإضافته لهذه العبارة ليس له ما يبرره في الشريعة الإسلامية سيما أن جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية أجمعوا أن اشتراط الزوجة على زوجها عدم الزواج عليها هي من الشروط التي لا يقتضيها العقد فيبطل الشرط ويبقى العقد صحيحا، إلا أن الحنابلة تركوا الخيار لصاحب الشرط بين فسخ العقد أو الإبقاء عليه.

من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري أجاز للزوجين أن يضمنا عقد الزواج شروطا إتفاقية أو ما يسمى الشروط المقترنة بالعقد، وهذه الشروط لا تتعلق بجوهر العقد فلا تؤثر في انعقاده وصحته وإنما ترتبط بنفاذه وسريانه، فهي أمر مستقبلي زائد على أصل العقد، إذا كانت هذه الشروط تحقق مصلحة الطرفين.

ومن جهة أخرى أجاز للزوجين بكل حرية مطلقة أن يشترطا كل الشروط التي يريانها ضرورية دون وضع ضوابط لها، وأجاز للزوجة طلب التطلق في حالة مخالفة الزوج الشروط المتفق عليها وهذا طبقا للمادة 53 فقرة 9 من قانون الأسرة التي تنص على: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب الآتية:

- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج".

وأضاف نفس القانون بنصه على بطلان الشروط المنافية لمقتضى عقد الزواج، وذلك ما نصت عليه المادة 35: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا والعقد صحيحا".

ورغم ذلك يبقى علينا الرجوع إلى الفقه الإسلامي لمعرفة الضوابط الشرعية لهذه الشروط، حيث اتفق الفقهاء على صحة بعض الشروط وبطلان أخرى، وبقي الاختلاف حول مدى صحة شروط أخرى، ومن ثم تناول الشروط الصحيحة ثم الشروط الباطلة ثم الشروط المختلف فيها.

أولا - الشروط الصحيحة:

يقصد بالشروط الصحيحة في عقد الزواج: " كل شرط لا يمثل في ذاته مخالفة شرعية ولا قانونية بحيث تجيز أحكام الشرع نفاذه وتسمح القوانين بسريانه". فإذا اتفق الزوجان على مثل هذه الشروط تعتبر صحيحة وعليهما الوفاء بها.

وتنقسم الشروط الصحيحة إلى أقسام وهي:

1- شروط تؤكد مقتضى عقد الزواج: وفيها يؤكد أحد الزوجين حكما من أحكام عقد الزواج، فهذه الأحكام هي موجودة في مضمون العقد وإنما يؤكد عليها أحد الطرفين لضمان الوفاء بأحكام العقد، كأن تشترط الزوجة على الزوج الوفاء بالنفقة الواجبة .

2- شروط دل على صحتها دليل شرعي: سواء من القرآن أو السنة أو الإجماع، كأن يشترط الزوج تأجيل الصداق.

3- شروط تعارف عليها الناس: هذا النوع من الشروط ليست مؤكدة لأحكام العقد ولم يرد بشأنها نص، ولكن جرى بها العرف كاشتراط دفع مؤخر الصداق عند الطلاق أو الوفاة.

ثانيا- الشروط الباطلة:

لقد أكد المشرع الجزائري على بطلان الشروط المنافية لمقتضى العقد في المادة 32 سالفة الذكر، وقد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى تقسيم الشروط غير الصحيحة إلى نوعين : شروط نهى عنها الشارع صراحة، وشروط مناقضة لأحكام عقد الزواج، فأما الأولى فهي باطلة شرعا كنكاح المتعة المنهى عنه شرعا الذي يشترط فيه أحد الزوجين أن يجعلوا الزواج مؤقتا، أو نكاح المحلل، كأن يتزوج رجل بمطلقة ثلاثا وذلك من أجل إحلالها لزوجها الذي طلقها. أما الثانية فهي تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد، وهي إذن مخالفة لمقتضى العقد كأن يشترط الزوج على زوجته ألا صداق لها ولا نفقة، أو تشترط هي إسقاط واجب الطاعة، كل هذه الشروط باطلة ولكنها لا تؤثر على عقد الزواج فهذا الأخير يبقى قائما باتفاق الفقهاء ويبطل الشرط. وقد أكد المشرع على ذلك في المادة 35 سالفة الذكر.

الفرع الثالث: اجراءات تحرير عقود الزواج

يشترط لإبرام عقد الزواج تقديم مجموعة من الوثائق تطلبها القانون قبل تقديم طلب الزواج لدى المصالح المختصة وهي الشهادة الطبية وترخيص القاضي.

1- الشهادة الطبية:

نص المشرع الجزائري على ضرورة تقديم الشهادة الطبية في المادة 7 مكرر من قانون الأسرة التي تنص على: " يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج. ويؤشر بذلك في عقد الزواج.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري ألزم على طالبي الزواج تقديم وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تؤكد خلوهما من الأمراض التي تجعل عقد الزواج لا يحقق الهدف منه، وعلى ضابط الحالة المدنية الامتناع عن إبرام عقد الزواج في حالة عدم تقديم هذه الشهادة وإلا تعرض لعقوبات إدارية وجزائية طبقا لنص المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 154-06 التي تنص على: " لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج إلا بعد أن يقدم طالبا الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم"، كما تنص المادة 7 من نفس المرسوم في فقرتها الأولى على: " يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من خلال الإستماع إلى كلا الطرفين في أن واحد من علمهما بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما وبالأمراض أو العوامل التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤشر بذلك في عقد الزواج".

2- الترخيص القضائي:

لا يتم عقد الزواج إلا بعد الحصول على ترخيص القاضي في حالة عدم وصول السن القانوني وفي حالة تعدد الزوجات.

أ- حالة عدم وصول السن القانوني: لقد نصت المادة 7 في فقرتها الأولى من قانون الأسرة الجزائري على: " تكتمل أهلية الرجل والمرأة بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

من خلال هذه المادة يتضح أن زواج من هم دون 19 سنة لا بد فيه من الحصول على ترخيص من القاضي، ولم يحدد لنا من هو القاضي المختص هل هو رئيس المحكمة أم قاضي شؤون الأسرة، ولكن ما هو معمول به يبين أن رئيس المحكمة هو المكلف بمنح هذا الترخيص، هذا من جهة ومن جهة أخرى تؤكد المادة السابعة أن منح الترخيص يكون وفق شرطين هما: أن يكون لمصلحة أو ضرورة، ويجب أن تتأكد قدرة الطرفين على الزواج، أما بالنسبة لتحديد المصلحة والضرورة فهي متروكة لتقدير القاضي، والسلطة التقديرية للقاضي مرتبطة بملابسات وظروف طالبي الزواج.

وبالنسبة لقدرة الطرفين على الزواج، فلم يحدد فيها المشرع إن كان يقصد القدرة الجسمانية أم القدرة المادية، وربما عدم التحديد هذا راجع إلى عدم تحديد الحد الأدنى لسن الطرفين الذي يجب ألا ينزل

عليه القاضي في منح الترخيص، لأن زواج غير البالغين ينتفي فيه غرض الزواج الرئيسي المتمثل في الانجاب.

ب- حالة تعدد الزوجات: تنص المادة 8 من قانون الأسرة على: "يسمح بالزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية."

من خلال هذه المادة بفقراتها الثلاث يتضح أن المشرع الجزائري قد سمح بتعدد الزوجات في حدود الأربع زوجات وهو العدد المحدد في الشريعة الإسلامية، ولكن قيده بضرورة الحصول على ترخيص رئيس المحكمة التي يوجد بدائرة إختصاصها مسكن الزوجية، ولكن لا يمنح القاضي للزوج هذا الترخيص إلا إذا قدم له الزوج ما يثبت موافقة الزوجتين الأولى والثانية، وما يثبت المبرر الشرعي لإعادة الزواج وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية، وفي ذلك ترك للقاضي السلطة التقديرية الواسعة في تقدير هذه الشروط.

ثانيا- تحرير عقد الزواج:

تنص المادة 18 من قانون الأسرة على: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون."

وتنص المادة 21 من نفس القانون على: "تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج"، كما تنص المادة 22 من نفس القانون على أنه: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

يجب تسجيل حكم تثبيت عقد الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة."

من خلال هذه النصوص يتضح أن المشرع الجزائري أوجب تسجيل عقد الزواج في وثيقة رسمية حفاظا على حقوق الزوجين والأولاد، بالرغم من أن الزواج الذي تكتمل أركانه وشروطه صحيح شرعا، فلا بد من أن يحضر طالبي الزواج أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية لتحرير عقد زواجهما، والمادة 21 تحيلنا إلى قانون الحالة المدنية لمعرفة إجراءات تسجيل عقد الزواج .

كما يجب أن يتضمن عقد الزواج مجموعة من البيانات وهي:

1- إسم ولقب كل من الزوجين ومكان ولادتهما.

2- مهنتهما وتوقيعهما.

3- إسم ولقب كلا من الشاهدين وتوقيعهما.

4- إسم ولقب الولي وتوقيعه.

5- تحديد الصداق المعجل منه والمؤجل ، والتأكيد على المقدار المعجل قبل الدخول.

6- الشهادة الطبية التي لا يتعدى تاريخها ثلاثة أشهر والتي تثبت خلو كل من الزوجين من الأمراض.

7- الترخيص القضائي بالزواج في حالتي التعدد والزواج دون السن القانوني.

8- الشروط الاتفاقية كاستراط عمل المرأة في وثيقة عقد الزواج.

ومن خلال المادة 22 المذكورة أعلاه فإن إثبات عقد الزواج يتضمن حالتين:

أ- حالة تسجيل عقد الزواج أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية: هنا يمكن للزوجين استخراج نسخة من عقد الزواج من هذه المصالح لإثبات وجود عقد زواج.

ب- حالة عدم تسجيل عقد الزواج أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية: وهذه الحالة تكون لمن يعقد زواجا شرعيا بتوافر جميع الأركان والشروط دون القيام بتسجيله، أو ما يسمى بالزواج العرفي، هنا لا بد للطرفين من اللجوء إلى المحكمة من أجل إثبات عقد زواجهما بحكم قضائي، وبعد ذلك يسجل مضمون هذا الحكم في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة، أي أن هذه الأخيرة هي من ترسل نسخة من الحكم إلى ضابط الحالة المدنية وتكلفه بتسجيل منطوق الحكم في سجلات الحالة المدنية.

إثبات الزواج: إثبات عقد الزواج

الأصل استنادا للمادة 18 من قانون الأسرة، أن عقد الزواج يتم أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا، وعليه أي الموثقة أو الموظف المؤهل التأكد من توفر أركان وشروط عقد الزواج المحددة سابقا. ويتم اتباع قواعد قانون الحالة المدنية في تسجيله حسب ما فرضته المادة 21 من قانون الأسرة.

ولذلك قضى النص 22 من قانون الأسرة بفقرته الأولى أن الزواج يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية.

إلا أن هذا النص أعلاه أجاز اثبات الزواج بحكم قضائي، وذلك في حالت عدم تسجيله أمام الموثق أو الموظف المؤهل. وقد عمد المشرع إلى وضع هذا الاستثناء نظرا لانتشار الزواج العرفي في الجزائر، وهو ما سيتم شرحه فيما يلي:

تعريف الزواج العرفي: إن مفهوم الزواج العرفي المنتشر في الجزائر يختلف عن ذلك المعروف في دول المشرق العربي، لأن الزواج العرفي في الجزائر هو عبارة عن زواج شرعي توفرت فيه كل أركان وشروط الزواج طبقا للشريعة الإسلامية، إلا أنه لم يوثق وتم الدخول بالمرأة. وسمي بالزواج العرفي نظرا لأنه غير مسجل، كما أنه انتشر عرفه بين الناس، ومن بين أهم أسباب انتشاره في الجزائر: -محاولة ابتعاد المجتمع الجزائري عن تطبيق قواعد المستعمر أثناء الفترة الاستعمارية.

-عدم ردع المشرع الجزائري بعقوبات لكل من لم يقم بالتسجيل.

-أسباب اجتماعية مختلفة منها: نظام تعدد الزوجات المقيد حسب التعديل الجديد مما يشجع للجوء إلى الزواج العرفي، كذلك المرأة المطلقة ولها أطفال والتي تعيد الزواج بطريق الزواج العرفي لتجنب سقوط عنها حضانة أطفالها.... إلخ.

ومن خلال ما سبق يتضح أنه يجب تسجيل ذلك الزواج العرفي والذي يتم بموجب حكم قضائي كما نصت عليه المادة أعلاه، إلا أنه يجب التنويه إلى أن تلك العملية تتم بطريقتين حسب التوضيح التالي:

-تسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه: عندما يقع نزاع بين الزوجين حول اثبات واقعة الزواج، فوجب اللجوء إلى القضاء عن طريق رفع دعوى قضائية، وبعد أن يتأكد القاضي من توفر أركان وشروط عقد الزواج يصدر حكم نهائي بتسجيله في سجلات الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة وهذا ما نصت عليه المادة 22 ق.أ.

-تسجيل الزواج العرفي غير المتنازع فيه: فإذا لم يكن هناك نزاع بين الزوجين حول اثبات واقعة الزواج، فإن تسجيله يكون بتقديم طلب إلى السيد وكيل الجمهورية، هذا الأخير يقوم بإحالته إلى قاضي شؤون الأسرة، الذي يقوم بالتأكد من توافر أركان وشروط الزواج فيصدر أمرا ولانيا غير قابل للطعن فيه. بتسجيله في سجلات الحالة المدنية دائما بسعي من النيابة العامة.

المبحث الثالث : آثار عقد الزواج

يقصد بآثار عقد الزواج مختلف النتائج التي تترتب على العقد بمجرد انعقاده، ولقد حددها المشرع الجزائري في قانون الأسرة في الفصل الرابع منه، ويتعلق الأمر بحقوق وواجبات الزوجين، وفي الفصل الخامس ويتعلق الأمر بالنسب، وما يمكن ملاحظته في هذا الإطار أن آثار عقد الزواج متعددة، ولكن المشرع تناولها في فصول أخرى مستقلة، منها ما يتعلق بحرمة المصاهرة التي تناولها في المادة 26، ومنها ما يتعلق ببعض آثار انحلال الزواج المتمثلة في النفقة التي تناولها المشرع في المواد 74 إلى 80، ومنها ما يتعلق بالتوارث بين الزوجين التي تناولها المشرع في الكتاب الثالث من قانون الأسرة.

وتبعاً لذلك فإن قانون الأسرة عدد آثار الزواج في حقوق وواجبات الزوجين والنسب، وهذا ما سوف أتناوله من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول : حقوق وواجبات الزوجين

يترتب على عقد الزواج حقوق وواجبات على الزوجين نص عليها قانون الأسرة في المواد 36 و37 ، وقد كان المشرع قبل تعديل قانون الأسرة يميز بين حقوق وواجبات الزوج وبين حقوق وواجبات الزوجة، لكن بعد تعديله جمع بين حقوق وواجبات الزوجين معا في المادة 36، ونصت المادة 37 على العلاقات المالية بين الزوجين.

وبالرجوع إلى المادة 36 فإنها تنص على: " يجب على الزوجين:

1- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.

2- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الإحترام والمودة والرحمة.

3- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.

4- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات.

5- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم.

6- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف.

7- زيارة كل منهما لأبويه وأقاربهم واستضافتهم بالمعروف."

وما يلاحظ على هذه المادة أن الفقرات الخامسة والسادسة السابعة تتناول نفس الحقوق والواجبات إذ تتعلق بحقوق الأقارب من زيارتهم وحسن معاملتهم وغيرها من الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين، كان الأجدر على المشرع أن يجمع هذه الفقرات في فقرة واحدة تفاديا للتكرار.

المطلب الثاني: النفقة

تعتبر النفقة أثر من آثار عقد الزواج حيث نظمها المشرع الجزائري في المواد من 74 الى 80 من قانون الأسرة، وفي نفس الوقت هي أثر من آثار الطلاق.

الفرع الأول: تعريف النفقة، مشتملاتها، ودليل مشروعيتها

أولا- تعريف النفقة:

إن النفقة من الناحية اللغوية مأخوذة من الهلاك، فالمال الذي ينفقه المرء على أولاده نفقة لأن الإنفاق على الأولاد إهلاك للمال، أما اصطلاحا فيراد بالنفقة ما تحتاج إليه الزوجة من غذاء وكسوة وسكن وعلاج، وكل ما هو ضروري للعيش الكريم كمصاريف الكهرباء والغاز والماء، وأدوات النظافة ومصاريف التعليم والدراسة والأدوات المدرسية ويكون ذلك حسب مستوى المعيشة الذي اعتاد عليه مستحق النفقة وغيرها من الضروريات بحكم العادة والعرف، وهو حق للزوجة على زوجها مقابل احتباسها وتفرغها للزوج و عدم انشغالها بأي أمور أخرى دون موافقته باستثناء التكاليف والواجبات الشرعية.

ثانيا- مشتملات النفقة:

لقد حدد المشرع الجزائري مشتملات النفقة في المادة 78 من قانون الأسرة التي تنص على: " تشمل النفقة : الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"، كما تنص المادة 79 على: " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين، وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"، وما يلاحظ على هذين النصين أن المشرع عدد مشتملات النفقة بصفة عامة مراعيًا في ذلك المستوى العام للحياة الاجتماعية، وألزم القاضي عند إصداره الحكم بالنفقة أن يراعي في ذلك الحالة الاجتماعية والاقتصادية للطرفين، وأوجب على القاضي كذلك ألا يراجع قيمة النفقة المحكوم بها إلا بعد مضي سنة كاملة من تاريخ صدور الحكم بها،

أي عدم مطالبة أحد الطرفين بالزيادة أو النقصان بسبب تغير الوضع المادي لهما كتغير الأسعار ولأن هذه الأخيرة لا تتغير في أقل من مدة سنة.

وذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يجب على الزوج النفقة على زوجته بإطعامها وكسوتها وإسكانها. وفي كل ذلك تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى طبقاً لنص المادة 80 من قانون الأسرة التي تنص على: " تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بيينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى " .

ثالثا- دليل مشروعيتها:

النفقة واجبة بالكتاب والسنة النبوية، فمن الكتاب قول الحق تبارك وتعالى: " أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلًا فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأُتِمُّوا بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فِاتْرُاعٍ فَاتْرُاعُ لَهُ الْآخَرَى " ، أما من السنة النبوية قول الرسول صلى الله عليه وسلم: " اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف "، كما ورد عن جواب النبي صلى الله عليه وسلم لمن سأله عن حق الزوجة، فقال صلى الله عليه وسلم: " أن تطعمها إذا طعمت، وتكسوها إذا اكتسيت " . وعن عائشة رضي الله عنها أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيح، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي ولدي إلا ما آخذ من ماله بغير علمه، فقال عليه الصلاة والسلام: " خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف " .

الفرع الثاني: صورها

تنقسم النفقة الواجبة إلى ثلاث صور هي: إنفاق الزوج على زوجته، إنفاق الأب على أولاده، وإنفاق الفروع على الأصول.

أولا- إنفاق الزوج على زوجته:

تنص المادة 74 من قانون الأسرة على: " تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببيينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون "، من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري وضع شروطا لوجوب إنفاق الزوج على زوجته وهي: 1- أن يكون الزواج صحيحا: ويقصد بالزواج الصحيح الزواج الذي يتم وفق إطاره الشرعي والقانوني بتوافر أركانه وشروطه وفقا للمادتين 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة.

2- أن يتم الدخول بالزوجة: لا يكفي الزواج الصحيح لوجوب النفقة بل لا بد من الدخول بالزوجة .

3- ألا تكون الزوجة ناشزا: إذا رفضت الزوجة الدخول رغم دعوتها إليه ببيينة فإن حقها في النفقة يسقط، إلا في وجود عذر شرعي لعدم قبولها الدخول أو الرجوع إلى بيت الزوجية، ففي هذه الحالة لا تسقط النفقة كمرض الزوجة في بيت أهلها.

وبالرجوع إلى فقهاء الشريعة الإسلامية فإنهم يرون أن سبب وجوب النفقة هو الزواج الصحيح، ولكن بشرط إحتباس الزوجة الذي ينجر عنه تفرغها لزوجها والقيام بواجباتها نحوه.

ثانيا- إنفاق الأب على أولاده:

تنص المادة 75 من قانون الأسرة على: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"، كما تنص المادة 76 من نفس القانون على: "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك".

والملاحظ على هاتين المادتين أن الأولى أوردت الأصل والثانية أوردت الإستثناء، فالأصل أن يتولى الأب الإنفاق على أولاده وذلك بتوفر شروط هي:

1- عدم بلوغ الذكر سن الرشد: وتستمر إستثناء نفقة الأب على ابنه ما بعد سن الرشد إذا كان الولد مصاب بعجز جسماني أو عقلي، أو ما زال يزاوول الدراسة، فإذا كان قادرا على العمل والكسب تسقط النفقة.

2- عدم زواج الأنثى والدخول بها: فإذا تزوجت وتم الدخول بها فإن واجب الإنفاق يقع على زوجها بتطبيق المادة 74 من قانون الأسرة سالفه الذكر.

3- عدم وجود مال للأبناء حيث تسقط نفقة الأب على أبنائه إذا كانت لديهم أموالا تكفيهم للعيش فهنا ليسوا بحاجة إلى إنفاق الأب عليهم، ويكون في غالب الأحيان مصدر هذه الأموال ميراث أو هبة. والإستثناء الوارد على وجوب نفقة الأب على أولاده هو حالة عجز الأب على الإنفاق حيث ينتقل هذا الواجب إلى الأم طبقا لنص المادة 76 من نفس القانون بتوافر شرطين:

أ- أن يكون الأب عاجز عن الإنفاق بأن يكون عاجز بدنيا عن العمل وغير ميسور ماديا.

ب- أن تكون الأم قادرة على الإنفاق بأن تكون لديها وظيفة أو إرث.

ثالثا : إنفاق الفروع على الأصول:

تنص المادة 77 من قانون الأسرة على: "تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث" ومن خلال هذه المادة أكد المشرع على أنه كما تجب نفقة الفروع على الأصول تجب كذلك نفقة الأصول على الفروع التي تتجلى بالدرجة الأولى في نفقة الأبناء على الآباء التي تعتبر واجب شرعي قبل نص القانون، والإحسان إلى الوالدين يكون من خلال الإنفاق إليهما وتفقد أحوالهما وعدم تركهما أو إهمالهما وخاصة في حالة عجز الوالدين لفقهما أو عدم كفاية حاجتهما، ولقد اعتمد المشرع في فرض هذه النفقة على درجة القرابة في الإرث، فلم ينص فقط على أن هذا الواجب ملقى على الأبناء لأن هؤلاء قد يكونون عاجزين عن النفقة فينتقل هذا الواجب إلى الأحفاد.

رابعا: مراجعة مبلغ النفقة.

نصت المادة 80 من قانون الاسرة على انه تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى. أي في حالة رفع دعوى للمطالبة بالنفقة فالقاضي يحكم للطالبة لمدة لا تتجاوز سنة من تاريخ رفع الدعوى وإذا حكم بالنفقة فان حكمه لا يكون قابلا للمراجعة الا بعد مضي سنة من تاريخ الحكم بالنفقة وفقا لنص المادة 79 من قانون الاسرة.

الفرع الثالث: سقوط النفقة والآثار المترتبة عن الامتناع عن تسديدها

أولا - سقوط النفقة :

لم ينص المشرع الجزائري على مسقطات النفقة وفي ذلك نرجع إلى ما جاء به فقهاء الشريعة الاسلامية الذين ذهبوا إلى أن النفقة تسقط في الحالات التالية:

1- إذا كان العقد باطلا أو فاسد،

2- إذا كانت المرأة صغيرة غير صالحة للمعاشرة الزوجية ،

3- إذا كانت المرأة محبوسة في جريمة من الجرائم بشرط ألا يكون الحبس بسبب الزوج،

4- إذا سافرت الزوجة بغير زوجها ،

5- إذا ارتدت عن الدين ،

6- نشوز المرأة: وهو خروج المرأة عن طاعة الزوج، بتركها مسكن الزوجية دون مبرر شرعي، ولم ينص المشرع الجزائري على أن النشوز مسقط للنفقة بعد تعديل قانون الأسرة بل نص عليه قبل التعديل، حيث كانت تنص المادة 37 في فقرتها الأولى على: " يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها".

ثانيا- الآثار المترتبة عن الإمتناع عن تسديدها:

إن امتناع الزوج عن دفع النفقة لزوجته يترتب عليه أثرين هما: عقوبة جزائية على الممتنع عن دفع النفقة وفق المادة 331 من قانون العقوبات وحق الزوجة في طلب التطبيق.

المطلب الثالث: النسب

نظم المشرع الجزائري النسب واعتبره أثر من آثار الزواج في المواد من 40 إلى 46 من قانون الأسرة، ولقد بينت المادة 40 طرق إثبات النسب بنصها على : " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد (32و33و34) من هذا القانون.

ويجوز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

من خلال هذه المادة يمكن تقسيم طرق إثبات النسب إلى طرق منشئة للنسب، وتتمثل في الزواج الصحيح، الزواج الفاسد ونكاح الشبهة، وطرق كاشفة للنسب وتتمثل في الإقرار، البينة والطرق العلمية.

وتبعاً لذلك يمكن تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: أتناول في الفرع الأول الطرق المنشئة للنسب، وأتناول في الفرع الثاني الطرق الكاشفة للنسب.

الفرع الأول: الطرق المنشئة للنسب

تتمثل الطرق المنشئة للنسب في الزواج الصحيح، الزواج الفاسد ونكاح الشبهة، وسوف أتناول هذه الطرق على التوالي:

أولاً- إثبات النسب بالزواج الصحيح

تنص المادة 41 من قانون الأسرة: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

من خلال هذه المادة يتضح أن الزواج الصحيح الذي توافرت فيه جميع الأركان وشروط الصحة التي نص عليها قانون الأسرة في المواد 9 و9 مكرر وسيلة لإثبات النسب دون حاجة إلى إقرار من قبل الأب، وهذا عملاً بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: " الولد للفراش وللعاهر الحجر".

ومن خلال المادة 41 المذكورة أعلاه فإن ثبوت النسب بالزواج الصحيح يتطلب مجموعة من الشروط وهي:

1- أن يكون الزواج شرعياً: يقصد بالزواج الشرعي أن يكون مستوفياً لأركانه وشروط صحته طبقاً للمادتين 9 و9 مكرر من قانون الأسرة.

2- إمكانية الاتصال بين الزوجين: ويقصد بها إمكان المعاشرة بين الزوجين بأن يكون الزوج قادراً على الإنجاب، فلا يكون ذلك إلا إذا كان بالغاً، فلا يتصور ذلك من صغير السن مثلاً، ويضيف الفقهاء ضرورة تواجد الزوجين في بلد واحد لإمكانية التلاقي.

3- ألا ينفي الزوج النسب بالطرق المشروعة: وتتمثل الطرق المشروعة في اللعان، وهذا الأخير لم ينص عليه المشرع الجزائري صراحة، ولكن نص عليه في المادة 138 من قانون الأسرة التي تنص على: "يمنع من الإرث اللعان والردة".

4- ولادة الطفل بين أدنى وأقصى مدة الحمل: حيث تنص المادة 42 من قانون الأسرة على: "أقل مدة الحمل (06) أشهر وأقصاها (10) أشهر"، كما تنص المادة 43 على: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشر (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة". ولقد اتفق الفقهاء على أن أقل مدة الحمل 6 أشهر. أما أقصى مدة الحمل فاختلّفوا بشأنها، حيث ذهب المالكية إلى أنها أربع سنين، وذهب الحنفية

إلى أنها سنتين، والشافعية جعلوها أربع سنين. أما المشرع الجزائري فقد حسم الأمر واعتبر أن أقصى مدة الحمل عشرة أشهر من خلال المادتين 42 و43 سالفتي الذكر.

ثانيا- اثبات النسب بالزواج الفاسد

من خلال المادة 40 فإن النسب يثبت بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من قانون الأسرة.

والملاحظ أن المادة 34 هي الوحيدة التي تنص على فسخ عقد الزواج بعد الدخول، فيترتب على الزواج بإحدى المحرمات الذي يكون فيه الدخول بالزوجة ثبوت النسب حتى لا يضيع نسب الطفل الناتج عن هذا الزواج، ولكن يجب التفرقة بين الزوجين .

ثالثا- اثبات النسب في نكاح الشبهة:

لقد أكدت المادة 40 سالفة الذكر أن النسب يثبت كذلك بنكاح الشبهة، ويقصد بهذا الأخير الزواج الذي يقع فيه الزوج في خطأ أو غلط فيظن أن اتصاله بامرأة صحيح ولكنه غير ذلك. وينقسم نكاح الشبهة إلى نوعين: شبهة العقد و شبهة الملك.

فشبهة العقد تسمى كذلك شبهة الحل لأن الرجل يعتقد أن المرأة التي يعقد عليها حللا له ثم يتبين غير ذلك، كالزواج بإحدى المحرمات الذي يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب والإستبراء طبقا لنص المادة 34 من قانون الأسرة.

أما شبهة الملك فتتحقق إذا دخل الرجل بامرأة على أنها زوجته ثم تبين له أنها ليست المرأة المقصودة في عقد الزواج، هنا يثبت النسب ولا يعتبر زنا، لأن الدخول بشبهة مسقط للحد.

الفرع الثاني: الطرق الكاشفة للنسب

تتمثل الطرق الكاشفة للنسب في الإقرار والبينة والطرق العلمية، وهذا ما نصت عليه المادة 40 من قانون الأسرة، وسوف أتناول هذه الطرق على التوالي :

أولا- الإقرار:

بالإضافة إلى المادة 40 تناولت المادتين 44 و45 مسألة الإقرار كوسيلة لإثبات النسب، فنصت المادة 44 على: " يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة ، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة"، كما تنص المادة 45 على: " الإقرار بالنسب في غير البنوة، والأبوة والأمومة لا يسري على المقر إلا بتصديقه".

يتضح من خلال هاتين المادتين أن الإقرار هو اعتراف شخص بنسب شخص إليه، وقد يكون الإقرار مباشرا بالبنوة أو بالأبوة أو بالأمومة، أو غير مباشر في غير البنوة والأبوة والأمومة.

فالإقرار المباشر يكون صادرا عن الأب أو الأم أو الإبن باعترافه بنسب طفل مجهول النسب، وقد يكون بالأبوة بأن يصرح شخص أن فلان ابنه سواء كان الأمر صادرا من الأب أو الأم، وقد يكون بالأبوة أو بالأمومة بتصريح شخص أن فلان والده أو والدته، ولتفعيل هذا الإقرار سواء كان بالبنة أو بالأبوة أو بالأمومة لا بد من توافر مجموعة من الشروط هي :

1- البلوغ والعقل والحرية بالنسبة للمقر: بحيث يكون المقر كامل الأهلية وفي كامل قواه العقلية ويصح إقراره ولو كان في مرض الموت، وألا يكون مكرها على الإقرار.

2- تصديق العقل والعادة لهذا الإقرار: بحيث يكون فارق السن بين المقر والمقر له يصدق العقل والعادة أي يسمح أن يكون ابنا له، فلا يتصور أن يكون الشخص أبا لطفل يكون في سنه مثلا أو يصغره بقليل.

3- أن يكون المقر له مجهول النسب وأن يصدق هذا الإقرار.

أما الإقرار غير المباشر فيسمى الإقرار بالأخوة أو العمومة، أو ما يسمى بالإقرار المحمول على الغير الذي نصت عليه المادة 45 سالف الذكر، فهو إقرار غير صادر عن الأب أو الأم أو الإبن، وهو إقرار من الأخوال أو الأعمام، وهو اعتراف الشخص أن هذا أخوه أو عمه مثلا. ويشترط في هذا النوع من الإقرار نفس شروط الإقرار المباشر بالإضافة إلى تصديق المقر عليه وهذا الأخير هو الأب في الإقرار بالأخوة والجد في الإقرار بالعمومة، فإذا قال شخص أن هذا أخي فلا بد من الأب أن يصادق على أنه ابنه، وإذا قال هذا عمي فلا بد من الجد أن يصادق أنه ابنه.

ثانيا- البينة:

لقد نصت المادة 40 على أن النسب يثبت كذلك بالبينة، ولكن لم يحدد المشرع الجزائري المقصود بالبينة هل يتعلق الأمر بشهادة الشهود أم كل ما يمكن أن يكون دليلا أو حجة على النسب، أما جمهور الفقهاء فقد ذهبوا إلى أن البينة هي الشهادة. وإذا أخذنا برأي الجمهور فيكون إثبات النسب بواسطة رجلين أو رجل وامرأتان، وتعتبر البينة أقوى من الإقرار لأن هذا الأخير لا بد فيه من التصديق، حيث إذا أنكر الشخص المقر له أو عليه، يقع عبء الإثبات على المدعي وإذا أثبت النسب بشهادة الشهود فإنه يحكم بصحة هذا النسب.

ثالثا- الطرق العلمية:

نظرا لاستجابة المشرع الجزائري للتطورات العلمية الحديثة أدرج الطرق العلمية ضمن وسائل إثبات النسب، حيث أضاف قانون الأسرة بعد تعديله بالقانون رقم 05-02 الفقرة الثانية من المادة 40 التي مفادها: " ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب". وتتمثل الطرق العلمية في تحليل فصائل الدم والبصمة الوراثية. حيث أنه يجوز اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب في حالات معينة نذكر منها.

حالات الإشتباه في المواليد في المستشفيات: كتسليم المولود إلى غير أبويه خطأ، نتيجة الإهمال والخلط خاصة بين المواليد حديثي الولادة للتشابه بينهم، وكذا الإشتباه في حالة أطفال الانابيب، ويحدث ذلك في مراكز التلقيح الاصطناعي كتلقيح بويضة المرأة بغير ماء زوجها.

حالات ضياع الأطفال في الكوارث والفيضانات والحروب، التي ينتج عنها وجود أطفال أحياء أو أموات لا يمكن التعرف على أهاليهم ولا هويتهم.

الفصل الثاني: انحلال الرابطة الزوجية

لقد اعتبرت الشريعة الإسلامية الزواج رباطا مقدسا وهدمه يؤدي إلى تهديد المجتمع ككل، واعتبرت الطلاق أبغض الحلال عند الله تعالى لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق".

ولكن الله تعالى جعل الطلاق رخصة لا يمكن اللجوء إليها إلا عند استحالة الحياة الزوجية، فنظمه وفصله في القرآن الكريم تفصيلا دقيقا حماية للأسرة من الضياع ومنعا للتلاعب به، إنطلاقا من الآية الكريمة: "الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ".

لقد تناول المشرع الجزائري انحلال الرابطة الزوجية في المواد 47 و48 من قانون الأسرة، ومن خلال هذه المواد فإنه عدد صور انحلال الرابطة الزوجية في صورتين: انحلال الرابطة الزوجية بإرادة الزوج وبالإرادة المشتركة بين الزوجين، وهو الطلاق، وانحلال الرابطة الزوجية بإرادة الزوجة، ويتعلق الأمر بالتطليق والخلع، كما تناول الآثار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية في المواد من 58 الى 80 من قانون الأسرة وحصرها في العدة، الحضانة والنفقة.

وتبعا لذلك أجزئ هذا الفصل إلى مبحثين: أخصص المبحث الأول لوسائل انحلال الرابطة الزوجية، وأخصص المبحث الثاني للآثار المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية.

المبحث الأول: طرق انحلال الرابطة الزوجية

تنحل الرابطة الزوجية بإرادة الزوج عن طريق الطلاق سواء بالإرادة المنفردة له أو بالإرادة المشتركة بين الزوجين أو بالوفاة، وهذا ما تناوله المشرع في المادة 47 من قانون الأسرة، كما تنحل هذه الرابطة بطلب من الزوجة وذلك عن طريق التطليق المنصوص عليه في المادة 53 والخلع المنصوص عليه في المادة 54 من قانون الأسرة، وسوف أتناول هاتين الوسيلتين على التوالي من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: انحلال الرابطة الزوجية بإرادة الزوج

تنص المادة 47 من قانون الأسرة على: "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة"، كما تنص المادة 48 على: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين...".

وفي هذا الإطار أتناول الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، ثم الطلاق بالإرادة المشتركة للزوجين، ثم أتناول الطلاق التعسفي من خلال الفروع الثلاثة التالية:

الفرع الأول : الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

أتناول في هذا الفرع تعريف الطلاق ، وأدلة مشروعيتها، شروطه و أقسامه.

أولاً- تعريف الطلاق:

لقد تناول المشرع الجزائري الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج في المواد 49،50،51،52 من قانون الأسرة رقم 05-02، لكنه لم يعرفه ولم يذكر أنواعه.

وفي هذا الإطار يمكن اللجوء إلى بعض التعاريف الفقهية فهناك من عرفه بأنه: " صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته"، كما عرفه آخر بأنه: " حل قيد النكاح أو بعضه، أو هو إنهاء عقد الزواج أو حل الرابطة الزوجية من قبل الزوج".

ثانياً- أدلة مشروعيتها

أ- من القرآن الكريم: لقد أجاز الله تعالى الطلاق ونظم أحكامه في العديد من الآيات القرآنية منها قوله تعالى: " يا أيها النبي إذا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ " ، وقوله تعالى: " الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ " .

ب- من السنة النبوية: إن الأحاديث النبوية تدل على مشروعية الطلاق ولكنها في الوقت ذاته تؤكد على كراهيته، منها قول الرسول صلى الله عليه وسلم: " أبغض الحلال الى الله الطلاق " وقوله صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة".

ثالثاً- شروطه

للطلاق شروط سواء تعلق الأمر بالزوج أو الزوجة:

1- الشروط المتعلقة بالزوج:

أ- الأهلية: يشترط في الزوج بلوغه 19 سنة كاملة وهو السن القانوني للزواج، إلا في حالة إذن القاضي قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة.

ب- العقل: لا يقع طلاق المجنون والمعتوه، وفي هذا الإطار أتكلم عن حكم طلاق السفیه، السكران، المازح الهازل، والمكره والغضبان.

- طلاق السكران: إن شارب الخمر إذا كان بقصد فإن طلاقه يقع لأنه تعمد ادخال المسكر على نفسه.

- طلاق الهازل: لا يستعمل لفظ الطلاق للمزاح أو الهزل، ومن ثم فإن طلاق الهازل يقع عند الجمهور، إستنادا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: " ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد: الطلاق والزواج والرجعة. "

- طلاق المكره والغضبان: استنادا لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: " لا طلاق ولا عتاق في إغلاق"، فإن طلاق المكره والغضبان لا يقع، لأنه يقصد بالإغلاق الإكراه والغضب والجنون، ويتعلق بكل أمر يغلق على صاحبه باب قصده فلا يدرك ما يقول، فيكون الطلاق على غير اختيار منه لأن الإغلاق يؤثر على سلامة التفكير وصحة الإدراك.

ج- الألفاظ الدالة على الطلاق: يكون الطلاق بالعبارة أو بالكتابة أو بالإشارة.

2- الشروط المتعلقة بالزوجة:

لا يشترط في الزوجة شروطا خاصة سوى مسألة طلاقها وهي حائض، حيث لم يشر المشرع الجزائري إلى هذه الحالة، ولكن بالرجوع إلى القرآن الكريم فإن الله تعالى يقول: " يا أيها النبي إذا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ "

ويفهم من هذه الآية أن الطلاق في حيض غير جائز شرعا، والدليل أن الله تعالى يؤكد على حساب العدة بعد الطلاق، وكون المرأة في حيض قد يطيل حساب عدتها، ذلك أن الحيضة التي تتزامن مع الطلاق غير محسوبة من العدة.

وقد اجمع الفقهاء على تحريم طلاق المرأة وهي حائض، ولكنهم أجمعوا كذلك على وقوعه، أي هو طلاق صحيح ولكن صاحبه يعتبر آثما.

رابعا- أقسامه

ينقسم الطلاق إلى ثلاثة أقسام: الطلاق الرجعي، الطلاق البائن بينونة صغرى والطلاق البائن بينونة كبرى:

1- الطلاق الرجعي: أشار المشرع الجزائري إلى الطلاق الرجعي في المادة 50 من قانون الأسرة التي تنص على: " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج الى عقد جديد..." ، فالطلاق الرجعي هو الذي يملك فيه الزوج مراجعة زوجته ما دامت لا تزال في العدة دون عقد جديد ، فهو لا يزيل الملك ولا الحل سواء رضيت بذلك المرأة أم كرهت ويكون ذلك سواء طلق الزوج زوجته طليقة واحدة أو طلقتين ما دامت لم تنقض عدتها، فالمطلقة لا تزال حلا لزوجها فله أن يراجعها ما دامت لا تزال في عدتها، ويترتب على الطلاق الرجعي الآثار التالية:

أ- إمكانية مراجعة الزوج لزوجته في فترة العدة دون عقد جديد، وبقاء الزوجة في بيت الزوجية.

ب- إنحلال عقد الزواج إذا فاتت فترة العدة وضرورة اللجوء إلى إبرام عقد جديد إذا أراد الزوج العقد من جديد على زوجته لأن الطلاق يصبح بائنا.

ج- إمكانية التوارث بين الزوجين في فترة العدة فإذا مات أحدهما يرثه الآخر.

2- الطلاق البائن بينونة صغرى: هو الطلاق الذي لا يستطيع الزوج أن يراجع فيه زوجته إلا بعقد ومهر جديدين لأن العلاقة الزوجية انتهت بمجرد إنتهاء العدة، ويكون ذلك إذا طلقها طليقة واحدة أو طليقتين وانتهت فترة العدة فيهما. ويترتب على الطلاق البائن بينونة صغرى الآثار التالية:

أ- المطلقة باننا تعد أجنبية عن مطلقها، فلا يستطيع هذا الأخير إعادتها إلا بعقد ومهر جديدين.

ب- لا يتم التوارث بينهما إذا مات أحدهما، إلا إذا كان الطلاق من أجل فرار الزوج من الميراث، بأن كان الزوج مريضا مرض الموت وطلقها أثناء مرضه من غير رضاها، فالزوجة ترثه إذا كانت الوفاة في فترة العدة.

3- الطلاق البائن بينونة كبرى: هو الطلاق الذي لا يستطيع فيه الزوج مراجعة زوجته إلا بعد أن تتزوج برجل آخر ويدخل بها دخولا حقيقيا ويتوفى أو يطلقها وتنتهي عدتها، في هذه الحالة يمكن أن يرجعها زوجها الأول بعقد ومهر جديدين، وهو الذي أشارت إليه المادة 51 من قانون الأسرة التي تنص على: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء".

ولكن يشترط في الطلقات أن تتم على التوالي حتى نكون أمام طلاق بائن بينونة كبرى، أي أن يطلق الرجل زوجته ثم يرجعها ويطلقها مرة ثانية ثم يرجعها، وفي الطليقة الثالثة لا تحل له إلا بعد أن تتزوج برجل آخر فيطلقها أو يموت، فلا يجوز أن يتم الطلاق بالثلاث بلفظ واحد، كأن يقول الزوج لزوجته أنت طالق بالثلاث، استنادا إلى ما روي عن ابن عباس حيث قال: طلق رجل زوجته ثلاثا في مجلس واحد، فحزن عليها حزنا شديدا، فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم: "كيف طلقتها"، قال: طلقها ثلاثا قال: " في مجلس واحد". قال: نعم. قال: "فإنما تلك واحدة، فارجعها إن شئت". قال: فارجه. وهو ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال المادة 51 سالفه الذكر حيث ذكرت عبارة ثلاث طلقات متتالية.

الفرع الثاني: الطلاق بالتراضي

لقد نصت المادة 48 سالفه الذكر بأن الطلاق قد يكون بالتراضي بين الزوجين، حيث يتم بالإتفاق بين الزوجين فتتحد إرادتهما من أجل الإنفصال ويتم ذلك بطريقة ودية حيث يكون الرضا نابع من كلا الطرفين، عكس الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج الذي لا تكون فيه المرأة غالبا راضية به، وقد استحدث قانون الأسرة هذا النوع من الطلاق من أجل تقصير الطريق والكف عن النزاع الطويل الأمد، والقاضي في حقيقة الأمر هنا يكون كالموثق حيث يوثق إرادة الطرفين في حكم.

ويترتب على الطلاق بالتراضي الآثار التالية:

أولا- فك الرابطة الزوجية بالإرادة المشتركة للزوجين.

ثانيا- الطلاق بالتراضي لا يوصف بالإبتدائية ولا بالنهائية، فهو مجرد إسهاد لما تم الإتفاق عليه بين الزوجين، ولا يراقب القاضي صحة ما اتفق عليه بين الزوجين بل ينقل فقط هذا الإتفاق.

ثالثا- الأحكام الصادرة في الطلاق بالتراضي غير قابلة للإستئناف لا من حيث الطلاق حسب المادة 57 من قانون الأسرة التي جاء فيها أنه تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للإستئناف فيما عدا جوانبها المادية..".

المطلب الثاني: انحلال الرابطة الزوجية بطلب الزوجة

مثلما تنحل الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج، تنحل كذلك بإرادة الزوجة، ولقد نص المشرع الجزائري على وسيلتين تمنحان للزوجة من أجل إنهاء العلاقة الزوجية وهما التطليق والخلع، وقد تناولهما المشرع الجزائري في المادتين 53 و54 من قانون الأسرة. وسوف أخصص الفرع الأول من هذا المطلب لدراسة التطليق وأخصص الفرع الثاني لدراسة الخلع.

الفرع الأول : التطليق

لقد جعل المشرع الطلاق بيد الزوج لأنه صاحب العصمة، إلا أنه راعى جانب الزوجة من أجل رفع الضرر عنها إذا لم تجد مالا تفتدي به نفسها، أن تنهي هذه الرابطة الزوجية، وأوجب على القاضي الإستجابة لطلبها متى وجد أحد الأسباب المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة، كما أكدت على الطلاق بطلب من الزوجة المادة 48 سابقة الذكر التي عدت وسائل فك الرابطة الزوجية. وتبعاً لذلك سوف أتناول في هذا الفرع أسباب التطليق ثم آثار التطليق.

أولاً- أسباب التطليق:

تنص المادة 53 من قانون الأسرة على: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

1- التطليق لعدم الإنفاق: يشترط لطلب الزوجة التطليق لعدم إنفاق لزوج عليها الشروط الآتية:

أ - تعمد الزوج عدم الإنفاق على زوجته.

ب- صدور حكم من القاضي يقضي بوجوب نفقة الزوج على الزوجة .

ج- ألا يكون امتناع الزوج عن النفقة بسبب عسره، وألا تكون الزوجة عالمة بإعساره.

د- مراعاة المادة 78 التي تنص على مشتملات النفقة من غداء وملبس وعلاج ومسكن، والمادة 79 التي تنص على تقدير القاضي للنفقة، والمادة 80 التي تنص على مدة استحقاق النفقة.

2- التطليق للعيوب لتي تحول دون تحقيق الغرض من الزواج: لم يحدد المشرع الجزائري نوع العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج بل تركه للسلطة لتقديرية للقاضي باعتداده على معيار موضوعي وهو مدى تحقيق الغرض من الزواج في وجود هذا العيب.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد قسموها إلى قسمين : عيوب جنسية تمنع الدخول سواء تحققت في الرجل أو المرأة، وعيوب لا تمنع من الدخول ولكنها تؤثر في الزواج كبعض الأمراض كالصرع والسلس والإيدز...

3- التطلاق للهجر في المضجع فوق أربعة شهر: يقصد بالهجر في المضجع أن يوليها زوجها ظهره دون مبرر شرعي أو قانوني، أو يترك فراش الزوجية فينام في غرفة أخرى فيترك جماعها لمدة تفوق أربعة أشهر متتالية.

ولتفعيل هذا الشرط لا بد من توافر الشروط التالية:

أ- أن يهجر الزوج زوجته في الفراش بأن لا يبيت معها ولا يقربها.

ب- أن يكون الهجر متعمد يقصد به الإضرار بالزوجة.

ج- أن يتعدى الهجر أربعة أشهر متتالية.

4- التطلاق للحكم على الزوج في جريمة: يجوز للزوجة طلب التطلاق إذا حكم على الزوج في جريمة تمس بشرف الأسرة وكرامتها وسمعتها.

وتجدر الإشارة أنه لاستعمال الزوجة حقها في التطلاق في هذه الحالة لا بد من توافر الشروط التالية:

أ- أن تكون الجريمة من الجرائم التي تمس بشرف الأسرة لا سيما جريمة الزنا خاصة مع المحرمات من قريبات الزوجة كأختها.

ب- رفع الزوجة دعوى التطلاق وأن تثبت بكل الوسائل القانونية أن زوجها حكم عليه بالحبس لارتكابه هذه الجريمة، وصدر ضده حكماً حائزاً لقوة الشيء المقضي فيه.

ج- يتعين على القاضي أن ينظر في كل الشروط وإذا ثبت له من خلالها استحالة مواصلة الحياة الزوجية حكم لها بالتطلاق.

5- التطلاق للغياب بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة: يمكن للزوجة أن تطلب التطلاق في حالة غياب زوجها بتوفر الشروط التالية:

أ- يجب مرور سنة فأكثر عن غيبة الزوج، ويكون ذلك من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى عليه.

ب- عدم وجود مبرر أو عذر شرعي للغياب، كالغياب من أجل أداء الخدمة العسكرية أو العمل في الخارج..

ج- يجب أن تكون مدة الغياب سنة فأكثر، ولم يترك لها ما تنفق منه على نفسها وأولادها، أما إذا كان غيابه بعذر وكان ينفق على زوجته وأولاده، فلا يجوز للزوجة رفع دعوى التطلاق.

6- التطلاق لمخالفة أحكام المادة "8" أعلاه: يحق للزوجة طلب التطلاق إذا تخلفت الشروط المتعلقة بتعدد الزوجات والمتمثلة في موافقة الزوجة السابقة والزوجة اللاحقة، وتحقق المبرر الشرعي ونية العدل.

7- التطلاق لارتكاب فاحشة مبينة: حيث يشترط ارتكاب الزوج الفاحشة اضافة الى ضرورة صدور نهائي يدين الزوج لارتكابه الفاحشة.

8- الشقاق المستمر بين الزوجين: يقصد بالشقاق المستمر بين الزوجين أن تصبح الحياة الزوجية جحيما خاصة إذا استمر هذا الخلاف وقتا طويلا، وفي هذه الحالة يجوز للمرأة أن تطلب التطلاق حماية لها ولأولادها، وبعد رفعها لهذه الدعوى يتعين على القاضي تعيين حكمين من أهل الزوجين، حسب المادة 56 من قانون الأسرة التي تنص: " إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرروجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما.

يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين"، وإذا حدث الإصلاح بينهما يقدمان التقرير للقاضي، أما إذا لم يصلح إلى الإصلاح بينهما يحكم القاضي بالتطلاق.

9- التطلاق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج: لقد نص المشرع الجزائري على الشروط المتفق عليها في عقد الزواج في المادة 19 من قانون الأسرة سالفه الذكر التي تسمح للزوجين أن يشترطا في عقد الزوج أو في عقد رسمي لاحق كل لشروط التي يريانها ضرورية، فإذا خالف الزوج هذه الشروط جاز للزوجة طلب التطلاق.

10- التطلاق لكل ضرر معتبر شرعا: إن المشرع لم يحدد طبيعة الضرر الذي يصيب الزوجة حتى يمكنها من طلب التطلاق، وإنما ترك أمر تحديده للقاضي بشرط أن يكون الضرر مقبول شرعا وقانونا، فإذا ثبت الضرر يحكم القاضي بتطلاق الزوجة وبالتعويض عن الضرر الذي لحقها طبقا لنص المادة 53 مكرر من قانون الأسرة التي تنص على: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطلاق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

ثانيا- آثار التطلاق:

إن التطلاق هو طلاق بائن بينونة صغرى، فلا يستطيع الزوج مراجعة زوجته إلا بعقد جديد، وهذا ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الاسلامية على اعتبار كل طلاق يحكم به القاضي فهو بائن، إلا التطلاق لعدم الانفاق فهو طلاق رجعي، إذ يحق للزوج مراجعة زوجته أثناء العدة إذا أدى لها النفقة.

كما أن المرأة تنال حقوقها من نفقة العدة، كما تتولى حضانة أولادها، وتتلقى أجره المحضون ، بالإضافة إلى الحكم لها بالتعويض عن الضرر الذي لحقها طبقا لنص المادة 53 مكرر من قانون الأسرة 02-05 التي تنص على: " يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطلاق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

الفرع الثاني : الخلع

لقد خول القانون للزوجة وسيلة أخرى لفك الرابطة الزوجية وتتمثل في الخلع، أي أن تطلب الإنفصال عن زوجها مقابل مبلغ مالي تدفعه له، استنادا إلى المادة 54 من قانون الأسرة التي تنص

على: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي." ولدراسة هذه الوسيلة من وسائل فك الرابطة الزوجية سوف أتطرق إلى مجموعة من النقاط تتمثل في: تعريف الخلع، دليل مشروعيته، تحديد طبيعته القانونية، وشروطه.

أولاً- تعريف الخلع : الخلع في اللغة هو الإزالة والنزع، ويقال خلع امراته وخالعها إذا افتدت منه بمال وطلقها وأبانها من نفسه، والخلع مأخوذ من خلع اللباس.

أما المشرع الجزائري لم يعرفه ومن ثم لا بد من الرجوع إلى تعريفات الفقهاء، فقد عرفه المالكية بأنه طلاق بعوض، وعرفه الحنفية بأنه إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع، وعرفه الحنابلة بأنه فراق الزوج زوجته بعوض، أما الفقه الشافعي فقد عرفه أنه اللفظ الدال على الفرقة بين الزوجين بعوض.

ثانيا - دليل مشروعيته: إن الخلع مشروع بالكتاب والسنة والإجماع:

1- من القرآن الكريم :

إن دليل مشروعية الخلع يتمثل في قوله تعالى: " الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ " ، وعبرة فيما افتدت به تدل على مشروعية الخلع.

2- من السنة النبوية :

ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما: " أن امرأة ثابت ابن قيس قالت: يارسول الله ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: تردين عليه حديقته؟ قالت : نعم، فقال رسول الله لزوجها إقبل الحديقة وطلقها تطليقة " .

3- الإجماع : لقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على مشروعية الخلع إذا توافرت شروطه الشرعية، ككراهية المرأة لزوجها فتخشى معه معصية الله بعدم طاعة زوجها.

ثالثاً- طبيعته القانونية:

لقد أكدت المادة 54 سالفه الذكر أن المرأة يمكنها أن تطلب الخلع دون موافقة زوجها، وهذا ما يعني أن الخلع رخصة للزوجة لفك نفسها من الزوج، مقابل مال تقدمه الزوجة لزوجها يكون من النقود أو من الأشياء التي يمكن تقويمها بالنقود. أما إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي فللقاضي الحق أن يحدد المبلغ الذي تقدمه مع الإشارة أنه لا يجوز للزوجة التنازل عن حضانة أولادها مقابل الخلع لأن الحضانة حق للمحزون وليس للزوجة.

أما رأي فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه المسألة، يرى المالكية بوجوب إستجابة الزوج لطلب الخلع، فللمرأة الحق في أن تخالع نفسها والزوج مجبر على الإستجابة لطلبها، أما الحنفية والشافعية والحنابلة فيرون أنه يستحب للزوج أن يستجيب لرغبة زوجته في الخلع، ولكن له أن يرفض طلبها فلا يقع الخلع دون رضا الزوج.

رابعاً- شروط الخلع :

لم يتعرض قانون الأسرة إلى شروط الخلع، ولكن يفهم أنه لا بد من وجود عقد زواج صحيح ووجود المقابل المالي الذي تدفعه المرأة للرجل مقابل الخلع، فقد تطرق فقهاء الشريعة الإسلامية إلى الشروط الواجب توافرها في المرأة التي تطلب الخلع فاشتراطوا أن تكون المرأة راشدة بالغة، ولكن اختلفوا في الزوجة المحجور عليها لصغر أو جنون، حيث ذهب المالكية أن الزوجة الصغيرة يمكن أن تخالع زوجها دون أن تقدم العوض وإذا قدمته له فعليه برده. كما تطرق الفقهاء إلى حكم خلع المرأة الراشدة السفيهة، فذهب المالكية إلى أن السفيهة يقع خلعها باننا ولا يلزمها المال.

خامساً- آثار الخلع :

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى آثار الخلع وعليه أرجع إلى ما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية وفقاً للمادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى الفقه الإسلامي، فيرى جمهور الفقهاء أنه طلاق بائن بينونة صغرى تعتد فيه المرأة بعد الخلع، فلا يراجعها زوجها إلا بعقد جديد، فهي دفعت مقابل ذلك لتملك نفسها فلا تعود إليه الا برضاها، وهو الرأي الذي يتجلى في قانون الأسرة، فيكون للزوجة الحق في نفقة العدة دون نفقة الإهمال والحق في الحضانة مع وجوب التزام الزوج بنفقة وسكن المحضونين، ولا يجوز أن يكون التنازل عن الحضانة مقابل الخلع، فإذا تم هذا النوع من الإتفاق فالخلع يقع صحيحاً، بينما التنازل يقع باطلاً، أما إذا تم الإتفاق أن الأم تتولى الإنفاق مدة محددة فهذا يجوز، ولكن إذا ثبت إفسارها بعد ذلك يستوجب على الزوج الإنفاق على أولاده .

وهناك من الفقهاء من اعتبره فسخ لا ينقص عدد الطلقات.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية

لقد تناول قانون الأسرة الآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية في الفصل الثاني من الكتاب الثاني المتعلق بانحلال الزواج تحت عنوان آثار الطلاق، من المادة 58 إلى المادة 80، وقد حصر آثار الطلاق في: العدة، الحضانة والنفقة.

المطلب الأول : العدة

لقد نص المشرع الجزائري على أحكام العدة في المواد من 58 إلى 61 من قانون الأسرة، وحدد فيها أنواع العدة ووجوب عدم مغادرة المعتدة مسكن الزوجية ولم يتعرض إلى تعريفها ولا إلى موجباتها وأحكامها وآثارها. لذلك أجزئ هذا المطلب إلى فروع: أتناول في الفرع الأول تعريف العدة والدليل على مشروعيتها، وأخصص الفرع الثاني لموجبات العدة، وأتناول في الفرع الثالث أنواعها، وأختم بالفرع الرابع الذي أخصصه لآثارها.

الفرع الأول: تعريف العدة والدليل على مشروعيتها

عرفها فقهاء الشريعة الإسلامية على أنها الأجل الذي أوجبه الشارع على الزوجة التي فارقتها زوجها فلا يحق لها أن تتزوج غيره إلا بعد انتهاء هذه المدة، هذا عن المرأة، أما عن الرجل فله أن

يتزوج غيرها مباشرة بعد الطلاق إلا في حالتين: إذا أراد الزواج باحدى المحرمات عليه كأختها أو عمتها أو خالتها، فلا يجوز له ذلك إلا بعد انقضاء عدة زوجته، إذا كان متزوجاً بثلاث غيرها فلا يجوز أن يتزوج الرابعة إلا بعد أن تنقضي عدة الأولى التي طلقها حتى لا يكون في عصمته أكثر من أربع نساء وهذا لا يجوز شرعاً.

فالعدة هي فرصة للزوجين للتفكير في هدوء وتدارك الأخطاء التي وقعا فيها، وفي الوقت نفسه التأكد من براءة الرحم وخلوه من الحمل حتى لا تختلط الأنساب، وإعطاء فرصة للزوج لمراجعة زوجته في الطلاق الرجعي، وحدادا للزوجة على مفارقة زوجها في عدة الوفاة.

والعدة واجبة بنص القرآن الكريم مصداقاً لقوله تعالى: " يا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا".

الفرع الثاني: موجبات العدة

تجب العدة في الحالات التالية:

أولاً- إذا طلق الزوج زوجته في عقد زواج صحيح سواء دخل أو اختلى بها: تجب العدة على المرأة المطلقة بشرط أن يكون الزوج قد دخل بها، فإذا لم يكن هناك دخول أو خلوة صحيحة فلا تعدد المرأة، أما فيما يتعلق بعدة الوفاة فإن المرأة المتوفى عنها زوجها تعدد عدة الوفاة حتى ولو لم يدخل بها زوجها المتوفى وفاء له وحدادا عليه، والدليل على عدم وجوب العدة قبل الدخول قوله تعالى: " يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا" ، وقد أكد المشرع الجزائري على ذلك في نص المادة 58 من قانون الأسرة التي تنص على: " تعدد المرأة المدخول بها غير الحامل بثلاث قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق".

وبالرجوع إلى رأي فقهاء الشريعة الإسلامية، يرى الجمهور أن المرأة تعدد إذا دخل بها دخولا حقيقيا أو حكما لأن الخلوة الصحيحة تعتبر دخولا يوجب العدة.

ثانيا- إذا توفي الزوج في عقد زواج صحيح ولو بغير دخول: تعدد المرأة المتوفى عنها زوجها سواء دخل بها أو لم يدخل، لأن الهدف من عدة الوفاة الحداد على الزوج والوفاء له.

ثالثا- إذا تم التفريق بين الزوجين بسبب بطلان عقد الزواج لوجود مانع من الموانع الشرعية، كأن يتزوج الرجل أخته من الرضاع فيفسخ العقد قبل الدخول وبعده ويثبت النسب وتعد المرأة بحيضة واحدة لاستبراء الرحم، وهذا ما نصت عليه المادة 34 سالف الذكر، وكذلك في الوطء بشبهة.

الفرع الثالث: أنواع العدة

1- العدة بثلاثة قروء:

إذا كانت المرأة من النساء اللواتي يحضن قبل الوصول إلى السن التي ينقطع فيها الحيض، فإنها تعد بثلاثة قروء، أي ثلاث حيضات، مصداقا لقوله تعالى: "وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ".

وهذا ما نصت عليه المادة 58 من قانون الأسرة: "تعد المرأة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء..."، والقرء اختلف الفقهاء في معناه، فهناك من يعتبره حيضا وهناك من يعتبره طهرا، فعند المالكية يطلق على الطهر وليس الحيض، فالمطلقة تخرج من عدتها في الحيضة الثالثة، لأن الطهر الذي طلقت فيه يحتسب لها، أما الحنفية فيرون أنه الحيض، فالمطلقة تخرج من عدتها عند انقضاء الحيضة الثانية.

2- العدة بثلاثة أشهر: إذا كانت المرأة لا تحيض بأن كانت صغيرة في السن أو كانت كبيرة في السن بأن يئست من المحيض فإنها تعد بثلاثة أشهر لقوله تعالى: "وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ". وهذا ما نصت عليه المادة 58: "...واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق"، ويقصد باليائسة من المحيض العجز التي لا تحيض، والمقصود من كلمة "ارتبتم" في الآية الكريمة: "شككتم أن الدم الذي يظهر منها بسبب كبر سن أو من الحيض أو من الاستحاضة" فهنا تكون العدة بثلاثة أشهر.

3- العدة بأربعة أشهر وعشرة أيام: إذا كانت المرأة أرملة أي توفي عنها زوجها ولم تكن حاملا فعدتها أربعة أشهر وعشرة أيام، مصداقا لقوله تعالى: "وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا".

وقد نصت عليها المادة 59 من قانون الأسرة: "تعد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام..."، والغرض من هذه المدة إستبراء الرحم أي التأكد أن الأرملة ليست حاملا من جهة، ومن جهة أخرى الحداد والوفاء لزوجها المتوفى فتمتنع عن الزواج في هذه الفترة والزينة والطيب..

4- العدة بأربع سنوات: إذا كانت المرأة لا مطلقة ولا أرملة وإنما غاب عنها زوجها بأن كان مفقودا وانقطعت أخباره ولم يعرف مكانه، فإنها تعد بمرور أربع سنوات من تاريخ صدور الحكم بفقده، وهذا ما نصت عليه المادة 59 من قانون الأسرة: "...وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده"، وما يلاحظ أن المادة لم تذكر مدة أربع سنوات وجاءت غامضة وكأنها تسوي بين عدة المتوفى عنها زوجها وعدة المفقود في المدة، ولكن لحل هذا الغموض يمكن الرجوع إلى نص المادة 113 من قانون الأسرة التي تنص على: "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات".

5- العدة بوضع الحمل: إذا كانت المرأة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها حاملا فعدتها تنتهي بوضع حملها، استنادا لقول الله تعالى: "وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا".

وهذا ما نصت عليه المادة 60 من قانون الأسرة الجزائري: "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة"، وذهب بعض الفقهاء أن عدة الحامل وضع حملها مهما كان نوع الفرقة سواء طلاق أو وفاة أو فسخ، وسواء ولد الجنين حيا أم ميتا تام الخلقة أو ناقص نفخت فيه الروح أم لم تنفخ.

الفرع الرابع: الآثار المترتبة على العدة

يترتب على العدة عدة آثار تتمثل فيما يلي:

- 1- عدم مغادرة المعتدة المسكن الزوجي، ذلك أن على المطلقة أو المتوفى عنها زوجها تبقى في بيت الزوجية ولا تخرج منه إلا لضرورة أو عذر، كما لا يجوز للزوج إخراجها إلا في حالة الفاحشة المبينة، مصداقا لقوله تعالى: "يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة وتلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظم نفسه لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا"، وقد نصت على ذلك المادة 61 من قانون الأسرة: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة، ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".
- 2- ثبوت التوارث بين الزوجين طبقا للمادة 132 من قانون الأسرة التي تنص: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث". فترث المعتدة من طلاق رجعي زوجها إذا توفي أثناء العدة، ولا ترث المعتدة من الطلاق البائن إلا إذا اعتبر الزوج فارا من الميراث كأن يطلقها وهو في مرض الموت ويموت في العدة.
- 3- ثبوت نسب الولد الذي يولد أثناء عدة المرأة الحامل من زوجها السابق إذا كان هذا الولد قد ولد بين أقل وأقصى مدة الحمل المحددة في المادة 43 التي تنص على: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشر (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة".
- 4- وجوب نفقة الزوج على زوجته نفقة عدة طبقا للمادة 61 سالف الذكر. والنفقة تشمل الإطعام والكسوة.

المطلب الثاني: الحضانة

لقد تناول المشرع موضوع الحضانة في المواد من 62 الى 72 من قانون الأسرة، ولدراسة هذا الموضوع أتناول تعريف الحضانة وشروطها، وأصحاب الحق في الحضانة، انقضاء مدة الحضانة ثم سقوط الحضانة.

الفرع الأول: تعريف الحضانة وشروطها

الحضانة لغة مأخوذة من الحضن وهو الصدر، وحضنت الأم ولدها أي ضمته إلى صدرها. أما الفقهاء فقد عرفوها أنها تربية الطفل ورعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه وغيرها من الأمور التي تؤدي إلى العناية بالطفل. وقد عرفها المشرع الجزائري في نص المادة 62 من قانون الأسرة التي مفادها: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته

وحفظه صحة وعقلا.. " والملاحظ على هذا التعريف أنه ركز على أهداف الحضانة وحاجيات المحضون الصحية والدينية والتربوية والخلقية، وهذه العناصر يجب أن يراعيها القاضي عند فصله في إسناد الحضانة.

وتتمثل شروط الحضانة فيما يلي:

أولاً- الأهلية: لقد تناولت المادة 62 في فقرتها الثانية شرطاً واحداً من الشروط المتطلبة لممارسة الحضانة وهو الأهلية بنصها: "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك"، والأرجح أن ما يقصده المشرع الجزائري من هذه الفقرة هو القدرة على تربية الصغير والقيام بشؤونه إضافة إلى البلوغ والعقل والأمانة والصلاح.

ثانياً- عدم زواج الأم بغير قريب: فيشترط لممارسة الحضانة ألا تكون الأم متزوجة بغير قريب محرم طبقاً لنص المادة 66 من قانون الأسرة التي تنص على: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم...".

ثالثاً- عدم سكن الجدة أو الخالة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم: وإذا كانت الجدة أو الخالة هي الحاضنة فيشترط ألا تسكن مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم حسب نص المادة 70 من قانون الأسرة التي تنص: "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".

رابعاً- توفير سكن للمحضون: ويجب توفير سكن ملائم للمحضون طبقاً لنص المادة 72 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكناً ملائماً للحاضنة..".

الفرع الثاني: أصحاب الحق في الحضانة

لقد ذكر المشرع الجزائري أصحاب الحق في الحضانة في المادة 64 التي تنص على: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة" هذا الترتيب جاء بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 02/05، أما قبل التعديل فقد قدمت الجدة لأم والخالة على الأب، أما التعديل فقد قدم حق الأب على الجدة لأم وعلى الخالة ثم احتفظ بشرط مراعاة مصلحة المحضون في جميع الأحوال.

الفرع الثالث: انقضاء مدة الحضانة

تنص المادة 65 من قانون الأسرة على: "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهاءها مصلحة المحضون".

من خلال هذه المادة يتضح أن مدة الحضانة بالنسبة للذكر تنقضي ببلوغه سن العاشرة، أما بالنسبة للإناث فتنتقضي ببلوغها سن الزواج وهو تسعة عشرة وهو السن القانوني للزواج، ولكن إذا كان الذكر رغم بلوغه عشر سنوات تبين أنه ما زال يحتاج إلى الرعاية من أمه وكانت هذه الأخيرة لم تتزوج مرة ثانية فإنه يجوز للقاضي أن يصدر أمرا على ذيل عريضة بتمديد الحضانة من 10 إلى 16 سنة إذا كان ذلك بناء على طلب الحاضن نفسه ويكون الأمر في مصلحته، في ذلك نشير إلى ما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الشأن، فذهب المالكية إلى أن حضانة الذكر تستمر إلى بلوغه، أما حضانة الأنثى فتستمر إلى زواجها ودخول زوجها بها، ويرى الحنفية أن حضانة الولد تمتد إلى سن التمييز وهو سبع سنين، والأنثى تنقضي حضانتها عند بلوغها تسع سنين، أما الشافعية والحنابلة فذهبوا إلى أن الحضانة تنقضي ببلوغ الإبن ذكرا كان أو أنثى سبع أو ثمان سنوات، ويخير الذكر بين أبويه أبقى عند أمه أو أبيه لأنه أقدر على التمييز ويعلم مصلحته، بشرط ألا يكون معتوها فإذا كان كذلك فالأم أولى بحضانة ابنها المعتوه، بينما الأنثى لا تخير فتبقى عند الأب.

الفرع الرابع: سقوط الحق في الحضانة وعودته

أولا- سقوط الحق في الحضانة

تسقط الحضانة للأسباب التالية:

1- زواج الحاضنة بغير قريب محرم أي برجل غريب عن أبناءها، في هذه الحالة يمكن للأب أن يسترجع أبناءه، وهذا ما نصت عليه المادة 66 من قانون الأسرة بنصها: " يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم...".

2- تسقط الحضانة بتنازل الحاضنة عنها بشرط عدم الإضرار بمصلحة المحضون، وهذا ما أشارت إليه المادة 66 سالف الذكر في نصها: "وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون."

3- تسقط الحضانة إذا أخل صاحبها بالشروط الواردة في إطار المادة 62 من قانون الأسرة وذلك يظهر عند عجزه على توفير الرعاية والتعليم والتربية وحمايته وحفظه صحة وعقلا، وهذا طبقا لنص المادة في فقرتها الأولى 67 التي تنص: " تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلا"، ولا يشكل عمل المرأة سببا من أسباب سقوط الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون بحيث لا يؤدي عمل المرأة إلى إهمال مصلحة المحضون، وهذا ما نصت عليه المادة 67 في فقرتها الثانية: " ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة."

غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون"

4- عدم المطالبة بالحضانة لمن له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها، فإذا لم يطالب من له الحق في الحضانة سواء كانت الأم أو الأب في حالة توفر سبب من أسباب سقوط الحضانة أو أي شخص ممن لهم الحق في الحضانة يسقط حقه إذا فاتت مدة السنة أو أكثر دون مطالبته بهذا الحق بدون عذر مقبول، وهذا ما نصت عليه المادة 68 من قانون الأسرة: " إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها".

4- إذا أراد الشخص الذي صدر حكم الحضانة لصالحه أن يستوطن في بلد أجنبي فإن حقه في الحضانة يسقط ، إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون تتطلب أن يبقى مع حاضنه، وفي هذه الحالة يجوز للقاضي إثبات حق الحضانة للحاضن ولو خرج به إلى بلد أجنبي وهذا حسب نص المادة 69 من قانون الأسرة: " إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون".

5- تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، وهذا ما نصت عليه المادة 70 من قانون الأسرة: " تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".

ثانيا- عودة الحق في الحضانة: إذا زال سبب سقوط الحضانة فإن هذا الحق يمكن أن يعود لصاحبه بعد زوال السبب، فإن سقطت الحضانة عن الأم بزواجها بغير قريب محرم ثم تطلقت أو توفي زوجها يمكن لها أن تسترجع حقاها في حضانة أبنائها، وهذا ما نصت عليه المادة 71 من قانون الأسرة: " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري" ويتمثل سبب السقوط الاختياري في حالة تنازل من له حق الحضانة عنها، بمعنى صاحب الحق في الحضانة الذي سقط حقه يمكنه استرجاعه بشرط ألا يكون هو من تنازل عنها.

الفرع الخامس: آثار الحضانة

لقد رتب المشرع على ممارسة حق الحضانة آثارا تكفل ضمان حسن تربية الطفل المحضون وقد أوردها في المواد 72 و 64 و 75 من قانون الأسرة، وتتمثل هذه الآثار في: حق السكن للمحضون، حق الزيارة للأشخاص الذين لم تثبت لهم الحضانة، واجب النفقة على المحضون.

أولا- حق السكن للمحضون: تنص المادة 72 من قانون الأسرة على: "في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن"

من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع ألزم الأب في حالة الطلاق أن يوفر سكنا للحاضنة، وإن لم يستطع ذلك يدفع لها بدل إيجار، وهذا يعني أن هذه المادة عالجت حالتين:

الحالة الأولى: أن يوفر الأب سكنا للحاضنة، ولكن يجب أن يكون هذا السكن ملائما لممارسة الحضانة أي تتوفر فيه كل الوسائل الضرورية للعيش من ماء وكهرباء وغير ذلك وألا يكون منعزلا عن السكان... حتى يحكم به القاضي لصالح الحاضنة.

الحالة الثانية: ألا يعرض الأب سكنا لممارسة الحضانة، أو يتبين للقاضي أن السكن الذي عرضه الأب غير ملائم، فهنا يحكم القاضي على الأب أن يدفع للحاضنة بدل إيجار شهري ويحدد مقداره طبقا لحال الطرفين، على أن يكون كافيا لاستئجار سكن ملائم.

وما يلاحظ على هذه المادة كذلك أن المشرع نص على بقاء الحاضنة في مسكن الزوجية حتى تنفيذ القاضي للحكم القضائي المتعلق بالسكن، ولكنه لم يوضح الأساس الشرعي والقانوني لبقاءها فيه مع أنه بعد صدور حكم الطلاق تصبح الزوجة أجنبية عن الزوج، فكيف يمكنها البقاء في هذا البيت مع عدم معالجة المشرع لوضعية الزوج الذي يحق له كذلك البقاء في هذا البيت، فكيف يمكنها منعه من الدخول إلى المسكن؟.

ثانيا- حق الزيارة: إن حق زيارة الطفل المحضون تتعدى الوالدين، فهي تكون لكل من له مصلحة مراعاة مصلحة المحضون فتكون للجد أو العم أو الخال... الذين لم تثبت لهم الحضانة، فحسب نص المادة 64 سالف الذكر فإن المشرع بعدما بين أصحاب الحق في الحضانة أعطى حق الزيارة للأشخاص اللذين لم تثبت لهم الحضانة وذلك بنصها: "... وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"، ويتضح أن المشرع أوجب على القاضي عند الحكم بالطلاق إسناد الحضانة إلى أحد الوالدين أو إلى غيرهما، ويقضي لأحد الوالدين بحق زيارة المحضون من تلقاء نفسه ولو لم يطلب ذلك لأن الحضانة وما يترتب عنها من نفقة وحق الزيارة من النظام العام.

كما أوجب المشرع تسليم الطفل المحضون إلى من له الحق في الزيارة وإلا ترتب عليه جزاء يتمثل في الحبس والغرامة عند عدم تسليم الطفل إلى من له الحق في المطالبة به حسب نص المادة 228 من قانون العقوبات.

ثالثا- نفقة المحضون: تنص المادة 75 من قانون الأسرة على: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجز لأفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".

من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع جعل نفقة المحضون على الأب للذكر إلى غاية بلوغه سن الرشد، أما بالنسبة للإناث فإلى غاية زواجها بشرط الدخول بها، بشرط ألا يكون الأب معسرا وألا يكون للإبن مال، أو لكونه ذا عاهة لا تسمح له بالعمل حتى ولو كان راشدا، أما البنت فتظل النفقة على والدها إلى أن تدخل في عصمة زوجها، واستثناء ينتقل واجب النفقة من الأب إلى الأم في حالة عجز الأب وكون الأم قادرة، وهذا ما نصت عليه المادة 76 من قانون الأسرة: "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك".