

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1
كلية الحقوق
قسم القانون الخاص

محاضرات في مقياس قانون الاسرة

موجهة لطلبة السنة الثانية حقوق
للمجموعة "أ"

من اعداد الاستاذة: بن حافظ ببيبة

السنة الدراسية : 2023-2024

القسم الأول
الزواج وانحلاله
الفصل الأول
الخطبة

تمهيد:

إن الخطبة تمثل في تقاليدنا إجراء أوليا وتمهيدا من الإجراءات التي يقوم بها الخاطب أو أسرته للاتصال بالمخطوبة أو أقاربها من أجل التعرف وتبادل الرضا والموافقة بين أسرة الخاطب وأسرة المخطوبة بشأن المصاهرة التزواج وإقامة العلاقات الطيبة بينهما. وقد تضمنت قوانين الأحوال الشخصية في معظم البلاد العربية والإسلامية نصوصا قانونية متعلقة بالخطبة وبطبيعتها وآثار العدول عنها، بما فيها قانون الأسرة الجزائري، لذلك فإن دراسة الخطبة في قانون الأسرة تستوجب أولا: تعريفها، والعدول عنها، وآثاره، وما يمكن أن ينتج عن العدول من آثار، وأخيرا علاقة الخطبة بالفاتحة واقترانها.

تعريف الخطبة:

التعريف اللغوي:

الخطبة بضم الخاء تعني الكلام المنثور الذي يخاطب به متكلم فصيح جمعا من الناس لامتناعهم.

أما الخطبة بكسر الخاء، فهي طلب النكاح والزواج.

التعريف الاصطلاحي:

لقد عرفت الخطبة عدة تعريفات تكاد تكون مماثلة منها قولهم: الخطبة هي طلب المرأة للزواج، أو على طلب التزويج والوعد به، أو هي طلب المرأة للزواج منها بالوسيلة المتعارف عليها بين الناس، كما عرفت بأنها: التماس التزويج والمحاولة عليها، وعرفها آخرون بأنها طلب الرجل التزويج بالمرأة وزاد البعض بأن تكون خالية من الموانع.

طبيعة الخطبة في العقد الإسلامي:

الخطبة شرعا ليست عقدا بل وعد بالزواج، وهذا الوعد غير ملزم لأي من الطرفين، إلا أن الخطبة لا تخرج عن كونها وعدا بالزواج والوعد ليس عقدا، فلا يكون ملزما كالعقد، فيصبح لكل من الطرفين أن يعدل عنها.

فالخطبة في الشريعة الإسلامية ليست عقدا وإنما هي مجرد وعد بالزواج، وما دام هذا حالها شرعا فهي لا تبيح للشخص ما يبيحه عقد الزواج، لأن الخطبة في حقيقتها ما هي إلا مقدمة فقط للزواج، وحيث أن كل من الخطبة والعقد (الزواج) يختلفان من حيث وجودهما وحكمهما الشرعي، فكان منطقيا أن يختلف من ناحية الآثار.

طبيعة الخطبة في قانون الأسرة:

تنص المادة الخامسة فقرة واحد (1/5) من قانون الأسرة قبل وبعد التعديل:

قبل التعديل: "الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها".

بعد التعديل: "الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة".

المبحث الأول

العدول عن الخطبة وآثاره

ذكرنا أن الخطبة هي مقدمة من مقدمات الزواج ومرحلة تمهيدية له، وليست عقدا ولا ترقى إلى مرتبة العقد، وإن كان هناك من يرى إمكانية ذلك لاشتمالها على الإيجاب والقبول وإظهار الرغبة في الارتباط والاقتران، وهذه الأمور من مكونات العقد، إلا أننا نقول أن الخطبة شرعا وقانونا ليست عقدا بل هي مجرد وعد غير ملزم وإن كان مستحبا الوفاء بالعهود والوعود، وبالتالي يبقى لكل من الخاطب والمخطوبة حق العدول عن الخطبة وعدم الاستمرار فيها، وهذا ما أكدته المادة الخامسة من قانون الأسرة قبل وبعد التعديل، أي أن حقيقة العدول مقررة لكل من الخاطب والمخطوبة دون رجوع إلى الطرف الثاني وطلب رضاه في ذلك العدول لكونه مباحا شرعا وقانونا.

المطلب الأول

آثار العدول عن الخطبة

إذا كان العدول حقا مقررا لكل من الخاطب والمخطوبة بنص القانون، فإن هذا العدول قد يتم بعد أن يكون الخاطب قد دفع المهر كله أو بعضه للمخطوبة لتمكينها من تحضير لوازم الزواج، أو أن يكون الخطيبين تبادلا الهدايا القيمة المتغير منها والثابت والمستهلك، كما قد يكون هذا العدول قد صاحبتة أضرار مادية وأخرى معنوية بالعدول عنه.

فما مصير هذه الأموال؟ وما مدى التعويض عن هذه الأضرار؟

الفرع الأول

آثار العدول عن الخطبة بالنسبة للصداق

النصوص القانونية:

- تنص المادة 15 من قانون الأسرة قبل التعديل على ما يلي: "يجب تحديد الصداق في العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً".

- تنص المادة 15 بعد التعديل على ما يلي: "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً".

- تنص المادة 16 من قانون الأسرة على ما يلي: "تستحق الزوجة الصداق كاملاً بالدخول أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول".

يستنتج من هذه النصوص أن الصداق من مستلزمات عقد الزواج، وليس الخطبة ومادام العقد لم يتم فإن على الخطيبة أن ترد ما قبضته من صداق ودون بحث عن العادل. وقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن المهر من مستلزمات العقد وليس الخطبة مما يستوجب رده إلى الخاطب في حالة العدول عن الخطبة بعينه إن كان لازال قائماً وقيمه عند استهلاكه.

ولكن ما الحكم في حالة التصرف في الصداق من طرف المخطوبة قصد تهيئة لوازم الزوج وبيت الزوجية، ويتم العدول عن الخطبة، فمن يتحمل تبعات التصرف في هذا الصداق في مثل هذه الحالة.

لم يتضمن قانون الأسرة نصاً ينظم هذه الحالة وكان الأولى بالمشروع أن يضع حلاً لها كما فعله بالنسبة للهدايا، والحل الذي يبدو معقولاً هو تحصيل تبعات التصرف في الصداق لمن كان عادلاً، فإن كان الخاطب هو الذي عدل عن الخطوبة لزمه تسليم الأشياء التي حول إليها مبلغ الصداق وليس له الحق في المطالبة بصداقه كما دفعه، ونفس الحكم ينطبق على الحالة العكسية التي عندما يكون العدول من المخطوبة.

الفرع الثاني

آثار العدول عن الخطبة بالنسبة للهدايا

لقد نظم المشرع الجزائري في المادة الخامسة الفقرة الثالثة والرابعة (3/5، 4) من قانون الأسرة قبل التعديل الهدايا وكيفية استردادها وأعطائها عناية وتفصيلا، ذلك أن من النفقات التي تتفق بعد الخطبة وقبل العقد ما يكون هاما، وعادة ما تؤدي إلى قيام النزاعات بين الأفراد إحساسهم بأهمية ما دفعوه دون تحقيق الغاية المرجوة في حالة العدول عن الخطبة وفسخها.

فقد نصت المادة الخامسة في فقرتها الثالثة والرابعة قبل التعديل على ما يلي:

"لا يسترد الخاطب شيئا من هداياه إن كان العدول منه.

وإن كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك".

يستنتج من هذا النص ما يلي:

- 1- إذا تم العدول عن الخطبة من طرف الخاطب فلا أحقية له فيما أهداه إلى مخطوبته حتى ولو لم يستهلك، كما لا أحقية له في الاحتفاظ بما أهدى إليه من مخطوبته.
- 2- إذا تم العدول عن الخطبة من طرف المخطوبة فإنها لا تكون ملزمة برد من الهدايا ما لم يستهلك فقط وقت العدول، أما ما تم استهلاكه من هذه الهدايا فهي غير ملزمة برده.

3- المشرع ربط استرجاع الهدايا من عدمه بمجرد العدول عن الخطبة لا بسبب العدول، ومن الناحية العملية عادة لا يتم العدول بدون سبب إلا نادرا، فالغالب أن يقترن العدول بسبب ما، كأن يكتشف أحد الطرفين من أحوال الطرف الآخر ما يدعو إلى إنهاء الخطبة، كما قد يكون العدول من أحد الطرفين بسبب من الآخر.

وبالتالي لا يبدو معقولا الاكتفاء بالنظر إلى من أعلن فسخ الخطبة أولا وإنهائها، وإنما البحث عن سبب العدول، ففي كثير من الحالات نجد الراغب عن الخطبة هو الذي يملئ شروط يضطر بها الطرف الآخر إلى الانسحاب وعدم الإتمام، وغالبا ما تكون هذه الشروط

مفتعلة قصد الاستئثار بتلك الهدايا المقدمة إليه، واسترجاع ما قدمه إلى الطرف الآخر بعدوله عن الخطبة.

وعليه فقد كانت المادة الخامسة من المواد المقترح تعديلها، وذلك من خلال ربط الحق في استرجاع الهدايا من عدمه بسبب العدول لا بالعدول ذاته، مع منح القضاء سلطة تحديد ذلك السبب، بالإضافة إلى ضرورة توحيد أسلوب استرجاع الهدايا بالنسبة إلى الخاطب والمخطوب، وإزالة التفرقة في آثار العدول من طرف الخاطب والمخطوبة على الهدايا التي تضمنتها فقرات المادة الخامسة من قانون الأسرة.

المطلب الثاني

التعويض عن الأضرار الناجمة عن العدول

من المقرر شرعا وقانونا، أن لكل من الخطيبين حق العدول عن الخطبة، وأن العدول ذاته لا يرتب على أي منهما تعويض، وإنما التعويض يكون نتيجة ما صاحب العدول من أفعال محدثة لأضرار نادية ومعنوية بالعدول عنه.

وقد انقسم الفقهاء عند بيانهم للتعويض رعن الأضرار المادية المترتبة عن العدول تبعا لانقسامهم حول الطبيعة القانونية للخطبة وذلك على النحو التالي:

الرأي الأول: وهو للذين قالوا بأن الخطبة تعتبر عقدا ملزما وهي إن لم تكن عقد زواج كما نص القانون، إلا أنها فقد من نوع خاص لاحتوائها على معلومات العقد، ومادامت كذلك فإن أي إخلال أو ضرر يحدث عن هذا فإنه يكون محل تعويض أساسه ذلك الالتزام.

الرأي الثاني: وهو للذين قالوا بأن الخطبة ليست عقدا بل هي مجرد وعد، وأصحاب هذا الرأي انقسموا إلى ثلاث فرق كل له وجهة نظر في مندى إلزامية هذا الوعد، وكطيفية التعويض عن الأضرار التي تحصل أثناء أو بسبب الإخلال بهذا الوعد (العدول).

الفريق الأول: يرى أصحابه أن الخطبة وعد بالزواج، وهذا الوعد غير ملزم أصلا، لا من حيث الوفاء به ولا من حيث التعويض، معتمدين في ذلك على ما يلي:

1- العدول عن الخطبة أمر مباح شرعاً، فلا سبيل إلى تحميل الخاطب الذي يعدل مسؤولية عمل مشروع، لأن الفعل متى كان مباحاً ومشروعاً، رفع عن صاحبه الضمان (المسؤولية).

2- إن حق العدول أمر ثابت قانوناً لكل من الخاطب والمخطوبة، دون قيد أو شرط، فإن استعمل الإنسان حقه بعدوله، فلا يعقل أن يطلب منه تعويض ذلك لأن التعويض عقوبة، والعقوبة لا تكون إلا عن فعل خاطئ خالف به صاحبه القانون.

3- إن القول بضرورة التعويض عند العدول عن الخطبة فيه نوع من الإكراه على إتمام الزواج، فقد يقدم كلا الطرفين على إتمام عقد الزواج وهو فيه غير راغب خوفاً من التعويض الذي يلزم به لو فسخ الخطبة، وهذا الإكراه يتنافى مع المبادئ التي يقوم عليها الزواج (المادة 04 من قانون الأسرة).

الفريق الثاني: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن الخطبة وعد ملزم من حيث الوفاء به، ولكن إذا صاحب العدول أفعال أخرى مستقلة ألحقت أضراراً بالعدول عنه، وجب التعويض، ويكون التعويض تطبيقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية عن الأفعال الخاطئة (أي أن التعويض يكون على الأعمال المستقلة تماماً عن العدول، ويكون أساس التعويض عنها طبقاً للمادة 124 من القانون المدني).

الفريق الثالث: يرى أصحاب هذا الرأي -الفريق- أن الخطبة وعد غير ملزم ويجوز لأي من الطرفين العدول عنها، ولكن إذا صاحب العدول أضراراً سواء نتجت عن العدول في حد ذاته أو بسبب خطأ أو تقصير أو إخلال بواجب الحيطة أثناء ممارسة حق العدول أو بسبب تصرفات أخرى أجنبية فهي واجبة التعويض، لا على مجرد العدول في حد ذاته لأنه حق، وإنما لأن صاحبه تعسف في استعمال حقه، وهذا هو الرأي الذي أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة الخامسة الفقرة الثانية من قانون الأسرة.

المطلب الثالث

الأضرار المعنوية الناتجة عن العدول عن الخطبة

الضرر المعنوي هو الضرر الذي لا يصيب الشخص في ماله، بل يصيبه في شرفه أو عرضه، كالقذف والسب وما إلى ذلك، مما يمس اعتبار الشخص وكرامته.

والأضرار الأدبية -المعنوية- لم يتطرق إليها فقهاء الشريعة الإسلامية، لكونها ناتجة عن انحراف الناس في سلوكهم أثناء الخطبة عن المسلك السوي الذي رسمته الشريعة الإسلامية، وإتيان سلوك منهي عنه شرعاً، ومن غير المعقول أن تنهى الشريعة الإسلامية عن سلوك ثم تقرر التعويض لم يتضرر منه.

كما أن أغلب القوانين العربية إن لم نقل كلها لم تنص عن هذه الأضرار أو التعويض عنها.

المطلب الرابع

اقتران الخطبة بالفاتحة

جاء في نص المادة السادسة (6) من قانون الأسرة قبل التعديل مما يلي:

"يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة.

تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة الخامسة (5) أعلاه".

فالمشرع الجزائري بهذا النص قد أخضع الفاتحة لنفس أحكام الخطبة المبينة في المادة الخامسة (5)، غير أن صياغة هذا النص جاءت غامضة، فالمشرع لم يبين المقصود بمصطلح الفاتحة هذه التي أعطاها حكم الخطبة، وفق ما نص عليه في الفقرة الثانية من هذا النص، وإحالتها إلى المادة الخامسة لبيان إمكانية العدول عنها من كلا الطرفين.

فإذا كانت الفاتحة تتم وفق ما يجري في بعض مناطق الوطن، وذلك من حضور الخاطب أو من ينوب عنه، وولي المرأة إلى المسجد ومعهم جمع من الأهل والأقارب والأصدقاء ويتم في هذا المحضر (المجلس) التخاطب بين ممثل الرجل وولي المرأة بصيغة الزواج، مع تعيين المهر، وبعده يقرأ الحاضرون الفاتحة ويدعون للزوجين وفق ما جاءت به

السنة النبوية الشريفة، فغن كان هذا ما يقصده المشرع الجزائري -فإننا نقول- أن هذا عقد زواج شرعي مرتب لجميع الآثار (حيث يصير به الخاطب زوجا والمخطوبة زوجة) وقد يتم به الدخول بينهما، وإذا توفى عنها زوجها، وويثبت لها المهر.

وإن كان ما يقصده المشرع من مصطلح الفاتحة في نص المادة السادسة (6) غير هذا فإن لا ندري حالها، ونطالب المشرع في كلا الحالتين توضيح هذا النص وتعديله.

المبحث الثاني

أحكام الخطبة في نصوص قانون الأسرة الجديد

لقد تضمنت المادتين الخامسة والسادسة من قانون الأسرة الجديد تنظيم أحكام الخطبة كمرحلة تمهيدية عن إنشاء عقد الزواج، وقد ذهب المشرع من خلال هذين النصين الجديدين إلى إعادة ترتيب أحكام الخطبة وآثار العدول عنها، وكذا توضيح العلاقة بين الخطبة والفتحة في حالة اقترانهما.

حيث نصت المادة الخامسة على ما يلي: "الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة:

- إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض.

- لا يسترد الخاطب من الخطبة شيئاً مما أهداها إن كان المعدول عنه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.

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

فالمشرع من خلال الفقرة الأولى من هذا النص قد أكد على الطبيعة غير العقدية للخطبة، وأنها لا تعدو أن تكون مجرد وعد بالزواج دون أن يترتب عليها أي التزامات تعاقدية، وأن العدول عنها حق مقرر للطرفين.

كما ذهب المشرع من خلال الفقرات الثلاثة الأخيرة إلى توضيح آثار العدول عن الخطبة وأحكامها، سواء ما تعلق منها بالأضرار الناشئة عن العدول، أو بالهدايا المتبادلة بين الطرفين.

المطلب الأول

أحقية المعدول عنه في التعويض عن الأضرار

قرر المشرع أحقية المعدول عنه في المطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية أو المعنوية الناشئة عن العدول عن الخطبة، وذلك على أساس القواعد العامة في التعويض، مع الإشارة إلى أن اللجنة -لجنة التعديل- قد أهملت قضية التعويض عن الضرر المعنوي كون ذلك مرتبط بغياب آلياته من منظومة التشريع الجزائري.

المطلب الثاني

العدول وآثاره بالنسبة للهدايا المتبادلة بين الخطيبين

بعد أن كان المشرع من خلال النص القديم يغرق بين الحالة التي يكون فيها العدول من جانب الخاطب، ويقرر أنه لا حق له في طلب استرداد الهدايا التي قدمها إلى خطوبته بسبب الخطبة سواء استهلك أو لم تستهلك، مع إلزامه برد هدايا مخطوبته أو قيمتها متى استهلك.

والحالة التي يكون العدول من جانب المخطوبة ويقرر أنه يجب عليها أن ترد ما أخذته من هدايا تكون ما تزال قائمة عينا ولم تستهلك، أما ما تكون قد استهلكته منها فلا يجب عليها رده، ولا يحق للخطب طلب استرداده.

جاء التعديل متضمنا نية المشرع جعل أسلوب استرجاع الهدايا واحد بالنسبة لكل من الخاطب أو المخطوبة، فأيهما عدل عن الخطبة لا أحقية له فيما أهدها للطرف الآخر ولا يحق له المطالبة به، كما عليه رد الهدايا التي تسلمها من الطرف الآخر أو قيمتها، إلا أن صياغة الفقرة الثالثة من نص المادة الخامسة الجديد جاءت متناقضة لما قصد المشرع ولم تحمل ما أراد من التعديل.

المطلب الثالث

اقتران الخطبة بالفاتحة

أما في العلاقة بين الخطبة والفاتحة واقترانهما، فقد نصت المادة السادسة (6) من قانون الأسرة الجديد على ما يلي:

"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".

فبعد الغموض وعدم الدقة اللذين كانا يسجلان على نص المادة السادسة من القانون القديم وذلك عندما أشارت الفقرة الأولى منه إلى أن الخطبة يمكن أن تقترن بالفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة، ونصت الفقرة الثانية منه على أن كلا مكن الخطبة والفاتحة تخضع لنفس الأحكام المبينة في المادة الخامسة التي نظمت أحكام الخطبة.

هذا الغموض وعدم الدقة في صياغة النص القديم حاول المشرع توضيحه وإزالته من خلال تعديل هذا النص، حيث أوضحت الفقرة الأولى إن اقتران الفاتحة بالخطبة أو لخطبة بالفاتحة لا يعد زواجا، بمعنى أن الخطبة إذا اقترنت بقراءة الفاتحة تبركا بما تم الاتفاق عليه وتديلا على الرضا والتوافق على التواعد بالزواج مستقبلا فإن ذلك لا يترتب أي التزام قانوني، إذ يجوز لكل من الطرفين العدول عنها والتراجع فيها.

أما الفقرة الثانية فقد جاء فيها، إن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة (9) مكرر من هذا القانون، وبهذا يكون النص الجديد قد أزال الغموض الذي كان في النص القديم الذي عمل على إدماج الفاتحة بالخطبة، كما عمل المشرع على كريس الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في هذا المجال، حيث استقر اجتهاد المحكمة العليا على ما يلي: "يعتبر كل زواج صحيحا إذا توافرت أركانه ولو كان غير مسجل بالحالة المدنية، وترتب عليه كافة الحقوق والآثار".

الفصل الثاني

الزواج

المبحث الأول

تعريف وأهمية الزواج

نظرا لما للزواج من أهمية في حياة الأفراد والمجتمعات، فقد اهتم فقهاء الشريعة الإسلامية بتعريفه وكذا بأهميته، ولها سنتناول هاتين النقطتين كما يلي:

المطلب الأول

تعريف الزواج

الفرع الأول

التعريف اللغوي

يعرف الزواج لغة بأنه اقتران الشيين بالآخر وارتباطهما بعد أن كان كل منهما منفصلا عن الآخر، وقد شاع استعمال مصطلح الزواج في اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والاستمرار.

الفرع الثاني

تعريف الزواج اصطلاحا

عرف الزواج: "بأنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما ويحدد ما لكليةما من حقوق وما عليه من واجبات".

عرف المشرع الجزائري في المادة الرابعة من قانون الأسرة على أنه: "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، ومن أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

المطلب الثاني

تكييف الزواج وتحديد طبيعته القانونية

اختلف الفقه حول تكييف الزواج، وطبيعته القانونية، فمنهم من اعتبره عقد ومنهم من قال بأنه مجرد اتفاق، كما اختلف القائلين بأن الزواج عقد حول طبيعته القانونية، بينما هناك

من يقول بأنه عقد ديني، كما انقسموا أيضا حول صيغة هذا العقد هل هو عقد رضائي أم شكلي.

قبل التطرق إلى موقف المشرع الجزائري، نعرض قليلا إلى ما ذهب إليه بعض الفقهاء إلى اعتبار الزواج مجرد اتفاق ولا يرقى لأن يكون عقد، حيث يرى الأستاذ عبد الرزاق السنهوري، بأنه يجدر أن لا تدعى هذه الاتفاقات عقود، وإن وقعت في نطاق القانون الخاص لأنها تخرج من دائرة المعادلات المالية، في حين يرى أصحاب الاتجاه الذين يعتبرون الزواج بأنه عقد لما له من مواصفات العقد فهو تصرف إرادي ويرتب التزامات.

موقف المشرع الجزائري: تنص المادة الرابعة (04) من قانون الأسرة قبل التعديل على ما يلي: "الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين، والمحافظة على الأنساب".

لقد كان يعاب على هذا النص وصفه للزواج على أنه عقد، بعد أن أضفى عليه الصفة الشرعية، وذلك لما تحمله كلمة عقد من أحكام وآثار قد لا تنطبق على العلاقة التي تقوم بين الرجل والمرأة في الزواج.

فقد تضمن التعديل الذي مس هذا النص إضافة كلمة "رضائي" وصفا لهذا العقد تأكيد المشرع على صفة ووصف العقد، للعلاقة التي تنشأ بين الزوجين في الزواج، وهذا العقد من العقود الرضائية التي تقوم أساسا على رضا الطرفين -الزوجين- والذي يتحقق باقتران الإيجاب والقبول وفقا للقواعد العامة في نظرية العقد.

وهذا ما تؤكدته المادة التاسعة (09) من قانون الأسرة بعد التعديل والتي جاء فيها "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

المبحث الثاني

أركان عقد الزواج

اختلف الفقهاء المسلمين في تحديد أركان عقد الزواج، فمنه من جعلها ركنين الإيجاب والقبول كالحنفية، وهناك من جعلها ثلاث هي: الصيغة، المحل، والولي، وهناك من جعلها أربعة هي: الصيغة، الولي، الزوج والزوجة، الصداق كالمالكية، وهناك من جعلها خمسة كالشافعية.

والاختلاف حول تحديد أركان عقد الزواج لم يقتصر على الفقهاء المسلمين وإنما تعد إلى التشريعات العربية، على اعتبار أن كل تشريع أخذ بمذهب ما، وهناك تشريعات أدمجت بين عدة مذاهب مثلما هو الحال بالنسبة للتشريع الجزائري.

أركان عقد الزواج في قانون الأسرة:

تنص المادة التاسعة (09) بعد التعديل على ما يلي: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"

بعد أن كان المشرع الجزائري يجعل لعقد الزواج أركان متعددة، من خلال نص المادة (09) قبل التعديل، والمشرع من خلال التعديل الذي لحق بقانون الأسرة، قد أقصر أركان عقد الزواج في ركن واحد أساسي وجوهري هو تراضي الزوجين (المادة 09 بعد التعديل) وألغى بذلك بقية الأركان ومنها -الولي- حيث لم يشترط التعديل تولى الولي لعقد الزواج، كما تنص عليه المادة (11) من قانون الأسرة قبل إلغائها.

"يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له".

فالمشرع من خلال هذا التعديل قد أعطى للمرأة البالغة لسن الرشد حق تولي زواجها بنفسها تمارسه دون قيد، كما منحها حق تفويض ممارسة هذا الحق -تولي الزواج- لولي قد يكون أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره، أي أن مسألة التفويض متروكة لاختيار المرأة، وهذا ما تؤكدته المادة (11) من قانون الأسرة بعد التعديل والتي جاء فيها "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره".

غير أن المشرع قد أبقى على الولي شرطا ضروريا في تزويج القصر وذلك بعد الحصول على ترخيص من القاضي، وذلك من خلال الفقرة الثانية من المادة (11) بعد التعديل التي جاء فيها: "... دون الإخلال بأحكام المادة (07) من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

فالمشرع بعد رفع سن الزواج وجعله لكل من الرجل والمرأة 19 سنة مساويا بينهما وتطابقا من سن الرشد المدني، حيث نصت المادة (07) من قانون الأسرة الجديد على ما يلي: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج" فالمشرع قد رأى أنه من غير الضروري الإبقاء على الولي في زواج المرأة الراشدة، لكونتها بهذه السن تصبح مدركة بما ينفعها ويضرها وما يصلح وما لا يصلح لها بشأن زواجها وما يصلح لأهلها ومصاهرتهم بعائلة أخرى سوف تكون لها روابط على درجة معينة مع أهلها.

المطلب الأول

ركن الرضا في عقد الزواج وأثر تخلفه

لقد اتفق كل من فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون الوضعي ومختلف التشريعات، وكذا الاتفاقيات الدولية، على أن الرضا هو الركن الأساسي في عقد الزواج، وهو القائم الذي يقوم عليه ويتوقف وجوده عليه، وإن اختلف في تسميته، فهناك من يطلق عليه تسمية الإيجاب والقبول، وهناك من يسميه الصيغة، وهناك من يسميه العنصر النفسي في عقد الزواج، غير أن هذا الاختلاف لفظي فقط، أما المعنى فهو واحد.

فقد نصت المادة (16) من ميثاق حقوق الإنسان على أنه "لا يعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما زواجا كاملا لا إكراه فيه".

كما نصت المادة (23) من العهد الدولي لحقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على "لا ينعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاً كاملا لا إكراه فيه"، ونصت المادة (16) من اتفاقية إلغاء التمييز ضد المرأة لسنة 1975 على "للمرأة الحرية في اختيار الزوج وفي عدم الزواج إلا برضاها الحر والكامل".

وقد سار المشرع الجزائري على هذا النهج، عندما نص على أن الرضا هو الركن الجوهري الذي ينعقد به الزواج من خلال نص المادة (09) من قانون الأسرة "ينعقد الزواج برضا الزوجين" ونصت المادة (10) على مكونات الرضا وكيفية التعبير عنه بالنسبة للقادر على الكلام وغير القادر عليه لعجز، وقد قرر المشرع بطلان عقد الزواج في حالة اختلال ركن الرضا، وذلك من خلال الفقرة الأولى من المادة (33) من قانون الأسرة بعد التعديل التي جاء فيها "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا...".

الفرع الأول

المقصود بركن الرضا في عقد الزواج

لم يعرف قانون الأسرة ركن الرضا، وإنما اكتفى في الفقرة الأولى من المادة العاشرة (10) بتحديد قسمي الرضا واللفظ بصفة عامة الذي يجوز به التعبير عن الإيجاب والقبول، الأمر الذي جعلنا نرجع في تعريفه إلى الفقه الإسلامي، ومن بين التعريفات الواردة للرضا في الفقه الإسلامي نجد التعريف الذي أورده السيد سابق والذي جاء فيه: "بأنه توافق إرادة الطرفين في الارتباط بواسطة التعبير الدال عن التصميم على إنشاء الارتباط وإيجاده، وأنه ما صدر من الأول إيجاباً وما صدر من الثاني يعتبر قبولاً".

كما يعرفه الأستاذ بدران أبو العينين بدران بأنه: "الإيجاب والقبول الصادرين من المتعاقدين الذين يرتبط أحدهما بالآخر فيفيدان تحقق المراد من صدورهما".

الفرع الثاني

صيغة الإيجاب والقبول

تنص المادة العاشرة (10) من قانون الأسرة على ما يلي: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً...".

ما يستنتج من هذا النص أن المشرع الجزائري لم يحدد الألفاظ التي يتم بها التعبير عن الإيجاب والقبول ولم يحدد اللغة التي يتم بها العقد، وصيغة الفعل عند التعبير عن الإيجاب والقبول وهذا بخلاف الفقهاء المسلمين الذين أفاضوا في الحديث عن هذه المسألة، حيث اتفقوا على ألفاظ معينة ينعقد بها الزواج -كلفظي النكاح والزواج- واختلفوا في بعضها

كألفاظ الهبة والتمليك والبيع، وغيرها، كما اختلفوا في لغة التعبير عن الإيجاب والقبول، حيث اشترط الشافعية خلافاً لبقيّة المذاهب على ضرورة أن يكون الإيجاب والقبول باللغة العربية.

الفرع الثالث

انعقاد الزواج بغير كلام

تناول المشرع الجزائري انعقاد الزواج بغير الكلام في المادة العاشرة (10) من قانون الأسرة الفقرة الثانية، واقتصر في هذه الفقرة على النص على حالة الشخص العاجز عن الكلام أو الكتابة، ولم يتطرق إلى الزواج عن طريق الرسالة والرسول. فقد يتعذر على أحد المتعاقدين أن يعبر عن إرادته في الزواج لعائق فيه كالأخرس والأبكم، ولهذا اتفق جمهور الفقهاء المسلمين على أنه إذا كان العاقدان أو أحدهما عاجزا عن التعبير وكان يحسن الكتابة فإنه يعبر عن إرادته بواسطة هذه الأخيرة، لأنها طريقة تعبير أكثر بيانا من الإشارة، في حين نجد المذهب الحنفي انقسم إلى اتجاهين اتجاهاً قال بما ذهب إليه جمهور الفقهاء وذلك بعدم جواز استعمال الإشارة إذا كان العاقد بإمكانه أن يعقد بالكتابة، أما الاتجاه الثاني فإنه يجيز أن يعقد الأخرس بالإشارة حتى لو كان عارفاً للكتابة.

وما يلاحظ على المشرع الجزائري وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة العاشرة السابقة الذكر، أنه أخذ بالرأي الثاني لدى الحنفية الذي يجيز للشخص أن يعقد بالإشارة رغم مقدرته على التعبير بالكتابة، باعتبار أن الفقرة الثانية لم تأت بالترتيب وإنما أعطت للمتعاقد الاحتيار التام، بحيث العبارة جاءت كما يلي: "... كالكتابة أو الإشارة..." وهذا الموقف الذي اتخذه المشرع الجزائري منتقداً باعتبار أن الكتابة فعلا هي الأكثر تعبيراً وبيانا من الإشارة، وهذا على عكس بعض الذين قالوا بأن المشرع الجزائري يشترط الترتيب.

المطلب الثاني

أثر تخلف ركن الرضا في عقد الزواج

نتناول هذه النقطة في فرعين هما:

الفرع الأول

أثر تخلف ركن الرضا في الشريعة الإسلامية

يذهب جمهور الفقهاء المسلمين إلى أن تخلف ركن الرضا في عقد الزواج يجعله باطلاً ومنعدماً لما أصابه من خلل، ولم يرتبوا عليه أية آثار ولم يحلون به الدخول، وإذا تم الدخول فلقد اتفق الفقهاء على وجوب التفريق بين الطرفين ويعتبرونه زنى، لكن اختلف حول وجوب إقامة حد الزنى على كل من الرجل والمرأة، فالمالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف (من الحنفية) يقولون بإقامته -حد الزنا- في حين يرى الحنفية بأن الزواج الباطل في حد ذاته شبهة بدرء الحدود، ولكن لا يمنع من إنزال عقوبة التعزير عليهما، ومن المتفق عليه أيضاً أنه لا يثبت به المهر ولا النفقة ولا الطاعة، كما أنه لا يرد عليه الطلاق.

الفرع الثاني

أثر تخلف ركن الرضا في قانون الأسرة

لقد قرر المشرع الجزائري بطلان عقد الزواج، في حالة اختلال ركن الرضا، وذلك من خلال الفقرة الأولى من المادة (33) من قانون الأسرة الجديد التي جاء فيها: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا...".

وقد جعل المشرع لعقد الزواج شروطاً يجب توافرها فيه، وهي بالإضافة إلى أهلية الزواج المنصوص عليها في المادة السابعة (7) المذكورة أنفاً الصداق والولي في حالة وجوب -حالة زواج القصر- والشاهدان، وقد نصت على هذه الشروط المادة (9) مكرر من قانون الأسرة الجديد بقولها: "يجب أن يتوافر في عقد الزواج الشروط التالية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية".

غير أن هذه الشروط وبالرغم من صيغة الوجوب التي جاءت بها صياغة المادة التاسعة مكرر، فإن المشرع لم يعطيها أية قيمة قانونية، بحيث لم يرتب على تخلفها أثر على العقد، خاصة إذا تم فيه الدخول، وهذا ما تؤكد الفقرة الثانية من المادة (33) من القانون الجديد التي جاء فيها: "... إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي -في حالة وجوب- يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

وبما أن المشرع الجزائري رتب على تخلف ركن الرضا بطلان العقد سواء قبل الدخول أو بعده، فإنه تترتب الآثار التالية: حرمة المصاهرة، وجوب العدة، وثبوت النسب، وذلك وفقا لمبدأ احباء الولد لأن هذا الأخير لا ذنب له، وهو ضحية وبالتالي فمن غير المعقول تحميله جزاء عمل لم يقم به خصوصا وأن المشرع يجيز إثبات النسب بالإقرار (المادة 40 من قانون الأسرة).

المبحث الثالث

شروط عقد الزواج في قانون الأسرة

المطلب الأول

الأهلية

الفرع الأول

تعريف الأهلية

1- الأهلية في اللغة: نفيذ الصلاحية مطلقا، يقال فلان أهل للقضاء أي صالح له وجدير به.

2- أما اصطلاحا: فالأهلية صفة تقدر في الشخص تجعله صالحا لثبوت الحقوق له، ووجوب الالتزامات عليه وصحة التصرفات منه، فالأهلية بهذا المعنى لا تثبت بكل أجزائها للشخص دفعة واحدة، بل تتدرج معه تبعا لتدرجه في درجات الكمال، فعندما يكون الشخص ناقصا تكون أهليته ناقصة وعندما يقل نقصه وتزداد درجة كماله تزداد بالتالي أهليته، ولهذا فإن أول مراحل الأهلية هو ثبوت الحقوق للشخص ثم وجوب الالتزامات عليه، ثم صحة بعض التصرفات منه ثم صحة تصرفاته كاملة.

وصلاحية الشخص للقيام بتصرف ما أي أهليته قانونا للقيام بهذا التصرف وتحمل تبعاته، تنظمها قوانين مختلفة ونصوص متنوعة.

فالأهلية الجزائية التي تضع الشخص موضع المسؤول جزائيا عن أفعاله الضارة بغيره، وتحدد لذلك سنا معينة (18 سنة) يتم تنظيمها في قانون العقوبات.

والأهلية المدنية التي تضع الشخص موضع المسؤول عن تصرفاته المدنية في مجال العقود والمعاملات المالية، يتم تحديدها وتنظيمها في القانون المدني.

وأهلية الشخص لممارسة الأعمال التجارية والتي يتم تنظيمها وفقا لأحكام القانون التجاري، وكذلك أهلية الشخص لممارسة حقه الانتخابي المنصوص عليها في قانون الانتخابات، وأخيرا أهلية الشخص للزواج التي تنظمها أحكام المادة 7 من قانون الأسرة.

الفرع الثاني

أهمية الزواج في الفقه الإسلامي

إن تحديد سن معينة لأهلية الزواج لم يكن معروفًا لدى الفقهاء المسلمين وذلك لعدم ورود نص شرعي من القرآن أو السنة يحدد سنا معينة للفتى أو الفتاة لأهلية الزواج بصفة دقيقة واضحة ومعلومة الحدود، غير أنهم يشترطون في الزواج البلوغ واجتهدوا في وضع علامات ومعايير كثيرة ومتنوعة لإمكانية تحديد سن البلوغ الذي تتم به أهلية كل واحد من الفتى والفتاة.

الفرع الثالث

أهلية الزواج في قانون الأسرة

سننتاول تحت هذا العنوان بعض المسائل المتعلقة بأهلية الزواج في قانون الأسرة قبل وبعد التعديل والتميم، وذلك من خلال التطرق إلى شروط أهلية الزواج وآثار مخالفتها والإعفاء منها.

الفرع الرابع

شروط أهلية الزواج في قانون الأسرة

النصوص القانونية: تنص المادة 7 من قانون الأسرة على ما يلي: "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".

المادة السابعة: "تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة وللمرأة 18 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة".

إن شروط أهلية الزواج كما نصت عليها المادة السابقة من قانون الأسرة تكمن في عنصرين اثنين:

الأول: بلو كل واحد من الخطيبين السن القانونية.

الثاني: الحصول على إعفاء من هذا السن أو الترخيص بالزواج قبل ذلك من طرف القاضي وهذا يعني أن أي مواطن جزائري لا يعتبر أهل لأن يتزوج إلا إذا كان قد بلغ السن القانونية المعينة، فلا يسمح للفتى أو الفتاة قبل بلوغ كل منهما سن 19 سنة أن يتزوجا مهما كانت إمكانياتها وقابليتها للزواج.

ولكن استثناء فإن قانون الأسرة قد أجاز له لكل من لم يبلغ السن المحددة لأهلية الزواج أن يتزوج قبل ذلك، إذا أثبت أن هناك ضرورة أو مصلحة في ذلك الزواج المراد إبرامه، واستطاع أن يحصل على إعفاء من السن المطلوب بموجب إذن أو رخصة يطلبها من رئيس المحكمة التي يسكن بدائرة اختصاصها المعني نفسه أو وليه.

الفرع الخامس

أثر تخلف ركن الرضا في قانون الأسرة

فالمشرع بتحديد سن 19 سنة كحد أدنى لأهلية الزواج لا يعتبر قد مس بحرية المواطنين في الزواج وإنما يكون قد راعى الجوانب الاقتصادية والاجتماعية والنفسية للأفراد، واعتبار أن الفتيان والفتيات دون هذا السن لا يكونون قادرين على أعباء الحياة الزوجية ولا يكونون قادرين على الوفاء بالالتزامات الأدبية والاجتماعية وما ينتج عن ذلك من علاقات أبوية وعائلية، غير أن المشرع لم يعط لهذا التحديد أية قيمة قانونية عندما لم ينص على أي عقوبة جراء مخالفة هذا التحديد والزواج دون بلوغ السن القانوني المطلوبة وهذا بخلاف ما ذهبت إليه بعض التشريعات العربية ومنها المشرع المصري يمنع سماع الدعاوي الناشئة عن الزواج إذا كانت سن الزوجة تقل عن 16 سنة وسن الزوج 18 سنة وهي السن المحددة لأهلية الزواج في القانون المصري.

بل إن المشرع الجزائري قد أعطى إمكانية مخالفة هذا النص والزواج دون السن المحددة بنص المادة 7 المذكور أعلاه عندما أجاز بموجب المادة 22 من قانون الأسرة، إمكانية تسجيل الزواج وإثباته بحكم قضائي وبالتالي فمن أراد الزواج دون بلوغ السن القانونية (19 سنة) أمكنه ذلك فقط لا يمكنه تسجيل الزواج، وعند بلوغه السن المطلوبة يمكنه رفع دعوى والمطالبة بتسجيل الزواج وبأثر رجعي، ولا يمكن للقاضي رفع الدعوى حتى ولو تأكد أن زواج المعني قد تم دون بلوغ السن المحددة بالقانون.

أولا. طلب الإعفاء من سن الزواج:

لقد منح قانون الأسرة للقاضي سلطة الإعفاء من السن المحددة لأهلية الزواج إذا رأى أو تبين له أن الزواج الذي يراد إبرامه بين شخصين أحدهما أو كلاهما لم يبلغ السن القانونية (19 سنة)، فيه مصلحة لهما معا أو لأحدهما، أو رأى أن هناك ضرورة تتطلب نزوح الفتى أو الفتاة قبل بلوغ تلك السن، حتى تؤكد من قدرة الطرفين على الزواج، وهو ما نص عليه المشرع في الفقرة الثانية من المادة 07 "... وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

ثانيا. الإعفاء من السن لضحايا ---:

هناك بعض الحالات التي يقع فيها اعتداء على فتاة لم تبلغ سن أهلية الزواج، ثم يراد تزويجها بالمعتدي أو تريد هي أن تتزوج، إما بقصد ستر فضيحة الفعل الإجرامي، وإما من أجل التخفيف عن المعتدي من العقاب أو إفلاته منه.

وذلك عندما تقترب الوقائع المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 326 من قانون العقوبات وتتوفر الشروط المنصوص عليها في الفقرة الثانية من نفس المادة والتي مفادها أنه إذا خطف شخص فتاة لم تكمل سن الثامنة عشر من عمرها أو أبعدها ثم تزوجت به فإنه لا تتخذ ضده إجراءات المتابعة الجزائية إلا بناء على شكوى من الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج، إلا أن زواجها من خاطفها في مثل هذه الحالة لا يتم إلا إذا استطاعت أن تحصل على إذن من القاضي المختص بإعفائها من سن أهلية الزواج سواء بطلب منها مباشرة أو بواسطة وليها.

الفرع السادس

اكتساب الزوج القاصر أهلية التقاضي بخصوص آثار عقد الزواج

نصت الفقرة الثانية من نص المادة 7 من قانون الأسرة على ما يلي: "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

فالمشرع بترشيده للزوج القاصر يكون قد أنهى على الأبد مسألة كانت قائمة في صفوف رجال القانون على مستوى الفقه القانوني والاجتهاد القضائي بخصوص إمكانية

مباشرة الزوج القاصر لحقه في التقاضي طالبا أو مطلوبا (مدعى أو مدعى عليه) سيما فيما يتعلق من هذا الحق بالآثار المترتبة عن عقد الزواج وتلك التي تتعلق بالطلاق.

المطلب الثاني

الصداق

لقد نظم المشرع الجزائري الصداق في المواد من 14 إلى 17 من قانون الأسرة، وذلك بعد أن ذكره في المادة 9 منه من قبل التعديل في عدد أركان عقد الزواج، مخالفا بذلك غالبية الآراء الفقهية التي ترى في الصداق أثر من آثار العقد.

إلا أن المشرع تراجع عن ركنية الصداق في عقد الزواج، بعد تعديل قانون الأسرة، وذلك عندما نص على أن الصداق شرطا من شروط عقد الزواج في المادة 9 مكرر منه.

الفرع الأول

تعريف الصداق

لقد تضمن قانون الأسرة تعريفا للصداق سنورده بعد أن نأتي ببعض التعاريف التي وردت له في الفقه الإسلامي منها:

أولاً. **التعريف اللغوي:** لقد وردت للصداق عدة مرادفات منها: المهر، الفريضة، ومنها النحلة والمراد بالصداق ومرادفاته لغة: هو المال المشعر بالرغبة في الزواج.

ثانياً. **التعريف الاصطلاحي:** لقد عرف الصداق بأنه: حق مال أوجبه الشرع الإسلامي للمرأة على الرجل في عقد زواج صحيح، أو دخول بشبهة أو عقد فاسد.

يستنتج من هذين التعريفين:

1- الصداق واجب على الرجل دون المرأة.

2- أنه يترتب على عقد صحيح أو دخول حقيقي.

3- اعتبار الصداق مقابل المتعة، وهذا ليس صحيحا ويتعارض مع حقيقة الصداق الشرعية للأسباب التالية:

السبب الأول: المتعة في الزواج ليست مقصورة على أحد الطرفين دون الطرف الآخر.

السبب الثاني: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم حث على التيسر في الصداق وعدم المغالاة فيه، في أحاديث كثيرة منها قوله صلى الله عليه وسلم "التمسوا ولو خاتم من حديد" وفي حديث ثان قال "خير الصداق أيسره".

وبالتالي لو كان الصداق مقابل فيجب أن يكون معاوضا ومساويا للمتعة ويترتب عليه أنه بعد الطلاق يجب سحب ما بقي ولم يستهلك عن طريق المتعة، وهذا ما نفته الآية القرآنية الكريمة ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِنَّمَا مُبِينًا﴾.

كما أن الغالبية من الفقهاء المسلمين ذهبوا إلى عدم اعتباره مقابلا للمتعة.

ثالثا. تعريف المشرع الجزائري: لقد عرف المشرع الجزائري الصداق في المادة 14 من قانون الأسرة التي جاء فيها: الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء.

يستنتج من هذا التعريف ما يلي:

إن المشرع قد استعمل لفظ للزوجة وبالتالي فإن هذا اللفظ يفيد عدة معاني:

أ- قد يفهم من هذا اللفظ معنى الزوجة التي تربطه بها علاقة الزواج فيكون بذلك الصداق أثرا من آثار العقد وليس ركنا أو شرطا فيه.

ب- وقد يفهم فيه أن لفظ الزوجة في نص المادة "المرأة التي يريد الزواج بها والواضح أن هذا ما يقصده المشرع ولم يعبر عنه".

ج- إن المشرع لم يحدد الجهة التي تدفع الصداق للزوجة، واكتفى بالقول أنه يقدم للزوجة، مما قد يفهم أن كل ما يقدم للزوجة من أي شخص هو صداق وهذا ليس صحيحا، فالصداق يجب على الزوج لزوجته ومن دفعه بدلا عنه كان ذلك دينا عليه.

وقد عرفه بعض شراح قانون الأسرة الجزائري:

بأنه ما يلزم الزوج بدفعه لزوجته نحلة عند نشوء عقد زواجهما أو بعد دخول حقيقي بها من كل ما هو مباح شرعا.

الفرع الثاني

التكييف الشرعي للصدّاق في عقد الزواج

لقد اختلفت آراء الفقهاء حول المحكمة الشرعية، أو المحكمة من شرعية الصّدّاق في عقد الزواج فجاءت آرائهم على النحو التالي:

أولا. ما قال به جمهور الفقهاء (الشافعية الحنفية الحنابلة):

يثرى جمهور الفقهاء أن الصّدّاق أثر من آثار عقد الزواج وحكما من أحكامه وليس ركنا من أركانه وشرطا فيه، واستدلوا على رأيهم هذا بقوله عز وجل ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾.

فالقرآن الكريم -حسب رأي الجمهور- قد حكم بصحة الطلاق مع عدم تسمية الصّدّاق والطلاق لا يكون إلا في الزواج الصحيح، فدل على أن عدم تسمية الصّدّاق لا يمنع صحة عقد الزواج ويجب للزوجة على زوجها مهر المثل بالعقد.

ثانيا. المالكية:

يرى المالكية أن الصّدّاق ركن من أركان عقد الزواج، ومعنى كونه ركنا أنه لا يصح ولا يجوز اشتراط إسقاطه، وبالتالي لا يصح النكاح لديهم عند الاتفاق على نفي الصّدّاق أو إسقاطه.

ثالثا. موقف المشرع الجزائري:

بعد تعديل المادة 09 من قانون الأسرة واستحداث المادة 09 مكرر، فقد أقصر المشرع الجزائري أركان عقد الزواج في ركن وحيد فقط وهو -الرضا- وجعل من بقية الأركان السابقة الأخرى شروط للعقد ضمتها المادة 09 مكرر ومنها الصّدّاق.

الفرع الثالث

مما يتكون الصداق

إن الصداق يصح أن يكون كل شيء له قيمة مالية وجاز المسلم امتلاكه مهما كانت طبيعته وجنسه، ونوعه كما يصح أن يكون خدمة يقدمها الزوج لمن يريد الزواج بها، وهذا ما --- به المادة 14 من قانون الأسرة حين نصت على أن الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من كل ما هو مباح شرعا.

أولا. مقدار الصداق:

لقد جاءت نصوص القرآن الكريم عامة ومجردة فبالرغم من نص القرآن على الصداق فإنه لا يحتوي على أي تحديد للمقدار الواجب دفعه، وعلى غرار ذلك جاءت أقوال رسول الله صلى الله عليه وسلم وأعماله، وبذلك فقد خلت السنة مع الكتاب من تحديد لمقدار الصداق.

إلا أن الفقه الإسلامي حاول أن يضع للصداق حدا أدنى يمنع معه التعدي على --- على حق المرأة في الصداق والذي فرضه الله تعالى لها عند الزواج بينما لم يوضح للصداق حد أقصى.

غير أن الفقهاء اختلفوا في الحد الأدنى للصداق الواجب للمرأة عند الزواج، وقد ظهر الخلاف على وجه الخصوص بين الحنفية والمالكية.

حيث ذهب المالكية إلى القول أن الحد الأدنى للصداق هو ما يعادل ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الفضة، وذلك قياسا على أن هذه القيمة هي الواجبة كحد أدنى شرعي لطبيعة حد الشرقة، أما الحنفية فيرون أن الحد الأدنى للصداق الواجب هو 15 دراهم على الأقل.

الفرع الرابع

الصداق وأوضاعه القانونية

إذا كانت آراء الفقهاء المسلمين قد اختلفت حول طبيعة المهر أو الصداق في عقد الزواج، من حيث كونه واجبا أو غير واجب ومن حيث كونه ركنا من أركان عقد الزواج أو

شرط صحة فيه أو فقط أثر من آثاره، فإن المشرع الجزائي بالرغم من كونه قد نص عليه من بين شروط عقد الزواج من خلال نص المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجديد إلا أنه يعتبر أثر من آثار عقد الزواج فقط.

فالمشرع لم يرتب على تخلف المهر أي أثر على عقد الزواج خاصة إذا تم الدخول، بل يصبح عقد الزواج حق ولو لم يسم المهر في العقد أصلاً، فيجب في هذه الحالة مهر المثل، وهذا ما يستنتج من نص المادتين 15 و33 من قانون الأسرة الجديد، حيث نصت المادة 15 منه على ما يلي: "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلاً - يجب تحديد قيمة الصداق - أو مؤجلاً.

في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل" (فقرة جديدة)

أما المادة 33 من القانون الجديد، فقد تضمنت الفقرة الثانية منها: "... إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أولي في حالة وجوبه - حالة زواج القصر - يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

الفرع الخامس

أحوال الصداق وأوضاعه القانونية

أولاً. وجوب كامل الصداق:

لقد ورد النص في المادة 16 من قانون الأسرة على أن: "تستحق الزوجة الصداق كاملاً بالدخول أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول".

يستنتج من هذا النص، أن عقد الزواج متى تم وكان صحيحاً فإن الصداق المسمى يجب للزوجة كاملاً ويصبح حقاً من حقوقها بمجرد انعقاد هذا العقد وإتمام الدخول بها إلى منزل الزوجية، كما تستحقه بوفاة الزوج قبل الدخول والبناء بها، ومع سكوت قانون الأسرة على اعتبار الخلوة الصحيحة بين الزوجين كسبب أو كحالة من حالات استحقاق الزوجة للصداق المسمى، فإن الفقهاء المسلمين منفقون على أن الخلوة التامة والصحيحة تشكل حالة من حالات استحقاق الزوجة للصداق مثلها مثل الدخول بالزوجة.

ثانيا. وجوب نصف الصداق:

رمن الحالات التي يتفق فيها قانون الأسرة مع قواعد الشريعة الإسلامية في موضوع الصداق، اتفقا على وجوب نصف الصداق المسمى للزوجة في حالة واحدة هي حالة قيام عقد الزواج بين الزوجين، ووقوع الطلاق بينهما بعد ذلك قبل الدخول والبناء، المادة 16 من قانون الأسرة.

ثالثا. وجوب صداق المثل:

لم يحدد المشرع الجزائري حالات وجوب صداق المثل تحديدا مرتبا إلا أنه يمكن استخلاص هذه الحالات من خلال نص المادتين 15 و33 من قانون الأسرة الجديد. إذا لم يتم تحديد الصداق في العقد مطلقا، وهذا ما تضمنته الفقرة الثانية من نص المادة 15 التي جاء فيها: "... في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل". حالة الدخول في العقد الذي تم بدون إحدى الشروط المنصوص عليها في المادة 9 مكرر، حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 33: "... إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

الفرع السادس

النزاع حول الصداق

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

لقد نظم المشرع من خلال هذا النص كيفية الفصل في النزاع الذي قد يقوم بين الزوجين أو ورثتهما حول الصداق، وفرق المشرع في حالتين:

حالة قبل النزاع قبل الدخول.

حالة قيام النزاع بعد الدخول.

أولاً. حالة قيام النزاع قبل الدخول:

فإذا قام نزاع بين الزوجين حول الصداق وكان هذا النزاع قبل الدخول، كأن تتكرر الزوجة تسلمها للصداق، ويدعي الزوج دفعه لها، وليس للزوج بينة على ما يدعيه، ففي هذه الحالة يحكم القاضي للزوجة بالصداق المسمى أو بصداق المثل وذلك بعد أدائها يمينا بأنها لم تتسلم الصداق لا شخصيا ولا بواسطة، ويكون نفس الحكم في حالة ما إذا كان النزاع قد نشأ في نفس الموضوع بين الزوجة وورثة زوجها عندما يكون هذا الأخير قد مات قبل الدخول.

ثانياً. حالة قيام النزاع بعد الدخول:

أما إذا كان النزاع قد نشأ بين الزوجين أو بين أحدهما وورثة الطرف الآخر وكان ذلك بعد الدخول، كأن يكون أحدهما ناكرا والآخر مثبتا وليس له أية بينة قانونية، ففي هذه الحالة يحكم القاضي بمقول الزوج أو ورثته بعد أداء اليمين القانونية على صدق ما يدعيه، وتسمى هذه اليمين المنصوص عليها في المادة 17 من قانون الأسرة يمينا مرجحة ومكاملة باعتبارها بيمين يوجهها القانون ولا تخضع لرغبة القاضي ولا لرغبة الخصوم، وبالتالي فإنه لا يمكن وصفها بأنها يمين متممة ولا بأنها يمين حاسمة.

ثالثاً. النزاع حول جهاز العروس (الشورة) وعلاقته بالنزاع في متاع البيت (المادة

:73)

لقد جرت العادة في المجتمع الجزائري، أن تحمل الزوجة أشياء إلى بيت زوجها يوم الزفاف، هذه الأشياء (الشورة) التي تكون في الغالب مخصصة للاستعمال الشخصي كالملبوسات والمفروشات وبعض الحلي الذهبية والمجوهرات، وأدوات الزينة وغيرها، قد تكون الزوجة قد اشترتها بمالها الشخص أو بالمال الذي استلمته كصداق، فإذا وقع نزاع بين الزوج والزوجة بعد انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية وغادرت الزوجة على إثره وأعقبه رفع دعوى أمام المحكمة بقصد الطلاق، فإنه يحق للزوجة أن تطلب الحكم لها بكل هذه الأشياء أو ما بقي في بيت الزوجية يوم مغادرتها له، وعليها إذا أنكر زوجها ما طلبته أن تعمل على إثبات ذلك بكل الوسائل القانونية، شهادة الشهود، فواتير الشراء، وكل أنواع الوصول، كما يمكن أن يوجه إليها القاضي اليمين المتممة.

مع الملاحظة أنه يجب التمييز بين النزاع القائم حول جهاز العروس (الشورة) وبين النزاع حول متاع البيت المنصوص عليه في المادة 73 من قانون الأسرة، والذي يكون موضوعه تلك الأشياء والأمتعة والأثاث الذي يكون موجود في بيت الزوجية قبل الدخول أو الذي يتواجد بعد ذلك ويكون معدا لتأثيث البيت الزوجي، ويكون مخصصا للاستعمال المشترك، مثل أدوات المطبخ، وغرفة النوم، وأثاث غرفة الجلوس وما شابهها.

فالنزاع الذي يثور حول متاع البيت فإن إثبات ما يدعيه المدعي أمام إنكار الطرف الآخر، يطبق بشأنه قاعدة البينة على من ادعى، فإذا انعدمت البينة أمكن عندئذ تطبيق المادة 73 من قانون الأسرة.

المطلب الثالث

الشاهدين أو الشهود في عقد الزواج

إن من بين الخصائص التي يتميز بها عقد الزواج في الشريعة الإسلامية حضور الشهود ساعة إبرام العقد وتحريره، وذلك لضمان شرعيته وإثباته، وذلك لما للشهادة من أهمية عند إنكاره أو جحوده، باعتبار أن الشهادة من وسائل الإثبات عند حصول التنازع أو التناكر.

وقد تضمنت المادة 09 من قانون الأسرة قبل التعديل الإشارة إلى الشاهدين، وارتقت به إلى مصاف أركان العقد عندما نصت على الشاهدين من الأمور التي يتم بها عقد الزواج.

الفرع الأول

تعريف الشهادة

إن الشهادة مأخوذة من المشاهدة وهي أن يخبر الإنسان بما شاهد ورأى وأدرك بحواسه أي هي معاينة الشخص لمجرى الأمور حال حصولها بحيث يرى ما يجري أمامه ويسمع ويفهم ما يلفظ من قول.

الفرع الثاني

حكم الشهادة في الزواج في الشريعة الإسلامية

بالرغم من الحديث الشريف المتداول الذي مفاده أن: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"، فإن الفقهاء المسلمين قد اختلفوا حول ما إذا كان حضور الشهود في عقد الزواج ضروري لإبرام العقد ويترتب على تخلفه بطلان العقد، وحول ما إذا كان حضورهم له صفة توثيقية وإعلامية ولا يؤثر على إبرام العقد إذا تخلفوا وأبرم العقد بدون حضورهم.

أولاً. ما قال به المالكية: يرى المالكية أن الشهادة في عقد الزواج لا تعد ركناً من أركان العقد ولا واجبا من واجباته عند انعقاده، بل هي من مستلزمات الدخول فقط ومتطلباته والقصد منها إفشاء العقد وعدم تستره حتى لا يحتج المریدین للزنا عندما يتبين أمرهم وينكشف حالهم بأنهم أزواج.

ثانياً. ما قال به الجمهور: لقد ذهب جمهور الفقهاء إلى اعتبار الشهادة حكماً شرعياً في عقد الزواج، وجعلوها من مكونات العقد وهي واجبة وقت وجود بقية مقومات العقد الأخرى، من إيجاب وقبول وصدق وولي عند القائلين به، وذلك مصداقاً لقوله صلى الله عليه وسلم "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل".

ثالثاً. موقف المشرع الجزائري: بعد تعديل المادة 09 من قانون الأسرة التي حصرت أركان العقد في الرضا فقد وتدرج باقي الأركان إلى شروط ومن بينها الشاهدين، وفصلهم عن المادة 09 إلى مادة جديدة 09 مكرر، فالمشرع أبقى على نفسه الأثر الذي كان يربته على تخلف الشاهدين بعد التعديل، فالمادة 33 بعد التعديل ترتيب الفسخ قبل الدخول على تخلف الشاهدين، ولا تعطي للشاهدين وتخلفهما أي أثر في العقد الذي يتم فيه الدخول.

الفرع الثالث

شروط الشهادة في عقد الزواج

شهادة الشخص لا تكون كاملة ومميزة في نظر القانون إلا إذا كان الشاهد مؤهلاً أهلية قانونية ومستوفياً الشروط التي يتطلبها هذا العمل.

والشهادة في رأي الفقهاء ولاية، لذا فقد اشترطوا شروط الولي في الشاهد وهي الأهلية ومناطها في الفقه الإسلامي البلوغ، الإسلام، المتعدد للذكور.

أما قانوننا فقد خلى قانون الأسرة من نصوص خاصة بالشاهدين، غير أن قانون الحالة المدنية الذي يحيل إليه قانون الأسرة فيما يخص إجراءات تسجيل عقد الزواج، فقد اشترطت المادة 33 منه في الشهود الذين تتعلق شهادتهم بأمر من أمور الحالة المدنية يجب أن يبلغوا سن (21 سنة) سواء كانوا أقارب المعنيين أو أجانب عنهم رجالا كانوا أم نساء وهذا طبقا لنص المادة 33 التي جاء فيها: "يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين 21 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم، دون تمييز فيما يخص الجنس ويختارون من قبل الأشخاص المعنيين".

الفرع الرابع

حضور الشاهدان أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية وقت تسجيل العقد

بالرغم من أن المشرع لم ينص صراحة على حضور الشاهدان أثناء إبرام العقد، إلا أنه هذا يفهم من نص المادة 18 من قانون الأسرة التي تشترط لكي يسجل العقد سواء أمام الموثق أو الموظف المؤهل قانونا أن يتوافر ما تطلبه المادتان 9/ و 9 مكرر الجامعتين لأركان وشروط عقد الزواج والتي من بينها الشاهدين.

كما أن الجانب العملي والتطبيقي يؤكدان هذا المعنى، ذلك أن أي عقد زواج إذا أريد تسجيله كان من بين ما يطلبه الموثق أو ضابط الحالة المدنية هو حضور الشاهدين مصحوبين بوثائق الهدية وبحضورهما يتم عقد الزواج.

المطلب الرابع

خلو المرأة من موانع الزواج وأثر مخالفة ذلك

تكون المرأة حلا للزواج بالنسبة للذي يريد أن يعقد عليها إذا كانت غير محرمة عليه مؤبدا أو مؤقتا، وإذا تخلف هذا الشرط نجد فقهاء الشريعة الإسلامية وكذا المشرع الجزائري قد رتبوا على ذلك آثار يمكن تناولها في النقاط التالية:

الفرع الأول

خلو المرأة من موانع الزواج المؤبدة

والموانع المؤبدة هي ما كان سبب تحريمها دائما ولا يزول، ولقد تناولها المشرع الجزائري في نص المادتين 23 و24 من قانون الأسرة بصفة عامة، ثم فصلها في المواد 25 إلى 29 وسنتناول هذه المحرمات المؤبدة كما يلي:

أولا. المحرمات بسبب القرابة:

ويقصد بالقرابة تلك العلاقة الدموية التي تربط بين الرجل والمرأة، ويقصد بالترسيم لسبب القرابة هو ما كان جزء منها أو كانت هي جزء منه أو كانا معا جزءا، ولقد فصلها المشرع الجزائري في نص المادة 25 من قانون الأسرة وهي كالتالي:

1- الأمهات: ويقصد بها من له علاقة ولادة مباشرة، كالأم، أو غير مباشرة كأم الأم وأم الأب (الجدة) وإن علون.

2- البنات: ويقصد بهن فروع الشخص وفروع وفروعه وإن نزلن.

3- فروع أبي الشخص وفروع فروعهن: وهم الأخوات وبنات الأخ وبنات الأخت وإن نزلن.

4- فروع أصول الشخص: ويقصد بهن أخوات الأب وأخوات الأم، العمات والخالات، أما فروعهن فيجوز للشخص الزواج بهن (بنت العم، وبنت العمّة، وبنت الخال، وبنت الخالة).

ثانيا. المحرمات بسبب المصاهرة:

ويقصد بهذا التحريم رما نتج بسبب الزواج، وفصل المشرع الجزائري عليها في نص المادة 26 من قانون الأسرة وهي:

1- أصول الزوجة لمجرد العقد عليها: ولثبوت التحريم في هذه الحالة لا يشترط الدخول وإنما بالعقد فقط، فالعقد على البنات يحرم الأمهات.

2- فروع الزوج عند حصول الدخول بها: ففي هذه الحالة لا يحرم على الزوج فروع الزوجة إلا إذا تم العقد وحصول الدخول، الدخول بالأمهات يحرم البنات.

3- أرامل ومطلقات أصول الزوج وإن علون: ويقصد بهن أرامل ومطلقات أبوي الرجل (زوجات الأب، أو الجد).

4- أرامل ومطلقات فروع الزوج وإن نزلوا: ويقصد بهن من كن زوجات للفروع سواء أبناء أو أبناء الأبناء وإن نزلن.

ثالثا. المحرمات بسبب الرضاع:

ولقد نظم المشرع الجزائري المحرمات بسبب الرضاع في المواد 27، 28، 29 من قانون الأسرة، ويمكن تعريف الرضاع بأنه مص اللبن من ثدي آدمية في مدة الرضاع (خلال حولين) ومن خلال هذا التعريف يمكن استنتاج الشروط التي يجب أن تتوافر في الرضاع حتى يحرم الزواج به وهي كما يلي:

1- يجب أن تكون المرضعة آدمية (امرأة).

2- يجب أن يكون الرضاع في مدة الحولين أو قبل الفطام، وهذا ما تؤكد المادة 29 من قانون الأسرة التي جاء فيها: "لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا".

3- لا يؤخذ بعين الاعتبار كمية اللبن سواء كانت قليلة أو كثيرة، فهي وفقا لنص المادة 29 من قانون الأسرة تحرم الزواج، أخذا في ذلك بما قال به المالكية دون تمييز في مقدار اللبن الكثير أو القليل، وهذا بخلاف الشافعية الذين يشترطون خمس رضعات مشبعات.

والأصناف المحرمة رضاعا جاءت محددة وفقا لنص المادة 27 من قانون الأسرة التي جاءت مطابقة تماما للحديث النبوي الشريف، حيث قال الرسول صلى الله عليه وسلم "1- يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب"، ويمكن تحديد الأصناف المحرمة رضاعا كما يلي:

1- الأم بالرضاع مهما علت.

2- الفروع رضاعا.

3- الخالة رضاعا.

4- الأخت رضاعا.

5- بنت الأخ رضاعا.

6- العممة رضاعا.

7- ولقد وضع المشرع الجزائري شرطا بأن التحريم لا يقع إلا على الطفل الرضيع وحده دون إخوته وإخوانه، واعتبره ولدا للمرضعة وزوجها، وأخا لأولاهما، وهذا ما تؤكدته المادة 28 من قانون الأسرة التي جاء فيها: "يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته ولدا للمرضعة وزوجه، وأخا لجميع أولادها، ويسري التحريم عليه وعلى فروعه".

الفرع الثاني

خلو المرأة من موانع الزواج المؤقتة

لقد نص المشرع الجزائري على موانع تالزواج المؤقتة في المود 23، 30، 31، من قانون الأسرة والمحرمات المؤقتة هي كالتالي:

1- المحرمات المؤقتة المنصوص عليها في نص المادة 30 من قانون الأسرة التي جاء فيها: "يحرم من النساء مؤقتا:

أ- المحصنة: ما دامت المرأة زوجة للغير فهي محرمة على الآخرين.

ب- المعتدة: وهي المرأة التي كانت زوجة للغير، ثم طلقها أو توفي عنها ولا تزال في العدة فهي محرمة إلى غاية نهاية عدتها.

ج- المطلقة ثلاثا: الطلاق نوعان: طلاق رجعي، وطلاق بائن، والطلاق البائن قسمان: طلاق بائن بينونة صغرى، وطلاق بائن بينونة كبرى.

والطلاق البائن بينونة كبرى هو الطلاق الذي يستنفذ فيه الزوج الطلقات الثلاث، فتصبح زوجته محرمة عليه مؤقتا، بحيث لا يستطيع استئناف الحياة الزوجية معها حتى تتكح زوجا غيره ثم يطلقها أو يتوفى عنها.

وما يشترط في زواجها هذا أن لا يكون زواج تحليل، فجمهور الفقهاء متفقين على أن زواج المحلل غير جائز، وكذلك يشترط في زواجها هذا أن يتم فيه الدخول، فإذا عقد عليها ثم لم يدخل بها وطلقها أو توفي عنها فإنها لا تحل لمطلقها ثلاثاً".

كما يحرم مؤقتاً (الفقرة الثانية من المادة 30) من قانون الأسرة:

1- الجمع بين الأختين، أو بين المرأة وعمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع، لقد جرى المشرع الجزائري في منعه الجمع بين هذه الفئة من النساء ما ذهب إليه الفقهاء المسلمين وذلك من أجل المحافظة على الرحم وعدم قطعه.

زواج المسلمة من غير المسلم: فالمشرع الجزائري في منعه لزواج المسلمة من غير المسلم مهما كانت ديانته إلى غاية اعتناقه للدين الإسلامي، وذلك وفقاً للآية الكريمة ﴿وَلَا تَتَّكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ وَلِأُمَّةٍ مُّؤْمِنَةٍ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلَا تُتَّكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ﴾.

الفرع الثالث

أثر الزواج بإحدى المحرمات

لقد نص المشرع الجزائري على الآثار التي تترتب على الزواج بإحدى المحرمات في المادة 34 من قانون الأسرة وهذه الآثار تتمثل فيما يلي:

- فسخ عقد الزواج قبل الدخول وبعده.
- ثبوت النسب: أي أن الأولاد الذين ينجبون من هذه العلاقة الفاسدة يثبت نسبهم لأبيهم وأمههم.
- وجوب الاستبراء: أي يجب على المرأة أن تعتد حتى يستبرأ رحمها، ويتم التأكد من عدم حملها.
- المادة 34 من قانون الأسرة جاء فيها: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ العقد قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء".

المطلب الخامس

الشروط التنظيمية والإدارية لعقد الزواج

بالإضافة إلى الشروط السابقة، فقد وضع المشرع الجزائري شروط تنظيمية وإجراءات إدارية لإبرام عقد الزواج، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

الفرع الأول

الشروط التنظيمية الخاصة بزواج الأجانب

تنص المادة 31 من قانون الأسرة على ما يلي: "يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية"، ولقد نظم هذه الإجراءات القرار الصادر بتاريخ 11 فيفري 1980 عن وزارة الداخلية والذي ألزم موظف الحالة المدنية والموثق قبل قيامه بإبرام عقد الزواج للأجانب التأكد من حصولهم على رخصة مكتوبة من الوالي، ولقد نظم هذا القرار الوزاري منح الرخصة كما يلي:

أولاً. حالة زواج الأجانب المقيمين في الجزائر:

في حالة ما إذا كان عقد الزواج الذي يراد إبرامه بين أجنبيين مقيمان في الجزائر، وفقاً لنص المادة 10 من الأمر 211/66 المؤرخ في 1966/07/21 فإنه يجب عليهما أن يتحصلا على رخصة بالزواج تمنح لهما من طرف الوالي وذلك عن طريق تقديمهما لطلب موقع من طرفهما يتضمن هويتهما وعنوانهما، وكذا جميع المعلومات الواردة في بطاقة إقامتهما، بالإضافة إلى نسخ من بطاقة إقامتهما لمعرفة مدى صلاحيتهما، فإن توفرت تلك الشروط منحت لهما الرخصة.

ثانياً. حالة زواج جزائري بأجنبي أو زواج أجنبي مقيم في الجزائر والآخر غير

مقيم:

في هذه الحالة إضافة إلى تقديم الطلب، من طرفي عقد الزواج إلى الوالي والوثائق التي تثبت حالتها، يقوم الوالي بعد أخذه لرأي مصالح الأمن الوطني بمنح الرخصة، وفي حالة ما إذا كان رأي المصالح الأمنية سلبياً رفض الوالي منح الرخصة، وإن تخلفت

الرخصة المنصوص عليها في القرار الوزاري المذكور أعلاه، وجب على ضابط الحالة المدنية أو الموثق رفض تحرير عقد الزواج.

الفرع الثاني

الشروط التنظيمية الخاصة ببعض الموظفين في الدولة

وتتمثل هذه الشروط في الإجراءات التنظيمية الخاصة بزواج موظفي وموظفات الأمن الوطني، وكذا أفراد الجيش الوطني الشعبي والدرك الوطني.

أولاً. الشروط التنظيمية الخاصة بزواج أسلاك الأمن الوطني:

تنص المادتين 23 و24 من المرسوم رقم 481/83 المؤرخ في 13/08/1983 والذي يحدد الأحكام المشتركة الخاصة المطبقة على موظفي وموظفات الأمن الوطني والذين إذا ما أرادوا الزواج يجب أن يتحصلوا على ترخيص مكتوب من السلطة الوصية، وللحصول على هذه الرخصة يجب القيام بما يلي:

1- تقديم طلب مكتوب إلى الجهة الإدارية التي لها صلاحية توظيفهم، خلال مدة ثلاثة (03) أشهر قبل حفل الزفاف.

2- إرفاق الطلب بنسخة من شهادة ميلاد الزواج وشهادة الجنسية وإذا اقتضى الأمر ذكر مهنة الزوج.

3- بالنسبة لموظفات الأمن الوطني يجب تقديم ما يثبت ترسيمهن وفقاً لنص المادة (23) من هذا المرسوم.

وأن انعدام الرخصة الخاصة بموظفي وموظفات الأمن الوطني، لا يؤثر في صحة عقد الزواج، وإنما نص المادة 23 الفقرة الأخيرة من هذا المرسوم ترتب المسائلة التأديبية من طرف السلطة التي لها صلاحية التأديب.

ثانياً. الشروط التنظيمية الخاصة بزواج موظفي الجيش الوطني والدرك الوطني:

وفقاً لما جاء في المنشور الصادر عن وزارة الدفاع المؤرخ في 25 جوان 1969 تحت رقم 364، والنصوص المتعلقة بالنظام العسكري، فإن أفراد الجيش والدرك الوطني،

يجب عليهم إن أرادوا الزواج أن يتحصلوا على رخصة الزواج من وزارة الدفاع الوطني، وهذا يعني أنه لا يستطيع أي فرد من أفراد الجيش الوطني الشعبي أو الدرك الوطني، إبرام عقد الزواج أمام الموظف المختص بتحرير عقود الزواج أو الموثق إلا إذا تحصل على رخصة بذلك، غير أنه ما يلاحظ أن المشرع لم يرتب أي أثر على مخالفة هذا الشرط وبالتالي ينعقد عقد الزواج صحيحا.

المبحث الرابع

تسجيل عقد الزواج وإثباته

عقد الزواج من العقود الرضائية التي أخضعها المشرع إلى مجموعة من القواعد والأحكام الإدارية تضمن توثيقه وتسجيله حفاظا عليه وعناية بالآثار المترتبة عنه.

فقد نصت المادة 18 من قانون الأسرة الجديد على ما يلي: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 09 و 09 مكرر من هذا القانون".

وقد أحالت المادة 21 من هذا القانون على قانون الحالة المدنية فيما يخص إجراءات تسجيل هذا العقد، حيث جاء فيها: "تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج".

وبالرجوع إلى قانون الحالة المدنية الصادر بموجب الأمر 20/70 بتاريخ 19/02/1970، والمادة 71 منه: نجد أن ضابط الحالة المدنية أو الموثق المختص بتحرير عقد زواج الزوجين هو ذلك الذي يوجد بدائرة اختصاصه موطن الزوجين أو أحدهما.

المطلب الأول

بيان عقد الزواج

إن قانون الأسرة عندما نص على ضرورة تسجيل عقد الزواج، فإنه لم يتضمن أي نص يتعلق بالبيانات والعناصر التي يجب أن تتضمنها وثيقة عقد الزواج عند تسجيله وتدوينه، ماعدا النص على ضرورة ذكر الصداق الذي تضمنته الفقرة الأولى من المادة 15 من قانون الأسرة.

غير أن المادة 2/07 مكرر من القانون الجديد تلزم الموثق أو ضابط الحالة المدنية، وقبل تحرير عقد الزواج التأكد من خضوع الطرفين -الزوج والزوجة- للفحوصات الطبية التي أوجبتها على الزوجين من خلال الفقرة الأولى حيث جاء فيها: "يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها على ثلاثة أشهر تثبت خلوها 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".

المطلب الثاني

إثبات عقد الزواج

تنص المادة 22 من قانون الأسرة الجديد على ما يلي: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

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

يستنتج من هذا النص أن إثبات قيام علاقة زوجية قانونية لا يمكن أن يكون إلا بواسطة إبراز نسخة أو مستخرج من سجلات الحالة المدنية.

مع العلم أن المشرع من خلال المادة 18 السالفة الذكر، قد ذكر جهتين مختصتين بتسجيل عقد الزواج، وهما ضابط الحالة المدنية بالبلدية، والموثق كضابط عمومي مستقل في مهنته، إلا أنه حدد وسيلة واحدة للإتيان -وهي مستخرج من سجلات الحالة المدنية- وهي يعين أن الزواج الذي تم تسجيله أمام الموثق فإنه يجب على هذا الأخير بعد تحرير العقد في سجله وتسليمه الزوجين نسخة من العقد، أن يرسل إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية التي حرر بها العقد ملخصا عن العقد خلال مهلة ثلاث (3) أيام ليقوم ضابط الحالة المدنية في ظرف خمسة (5) أيام بتدوين العقد في سجل عقود الزواج ويسلم للزوجين دفترا عائليا.

أما إذا كان الزوجين قد أبرما عقد زواجهما بالفاتحة وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية ووفقا لنصوص قانون الأسرة ولاسيما المواد 06، 09، 09 مكرر، منه وأغفلا تسجيله أمام الجهات المختصة، فإنه لا سبيل أمامهما لإتيان عقد زواجهما قانونا إلا باللجوء إلى المحكمة عن طريق رفع الدعوى ويطلبا إصدار حكم بتسجيل زواجهما، هذا الحكم الذي يجب تسجيله بالحالة المدنية بسعي من النيابة العامة.

مستجدات القانون 11/84 في ضوء الأمر 02/05

من بين الأحكام الجديدة التي جاء بها الأمر التشريعي 02/05 ما تضمنته المادة (5) من هذا الأمر، والذي جاء بالمادة (7) مكرر في قانون الأسرة.

المطلب الثالث

الفحص الطبي قبل الزواج

الشهادة الطبية ما قبل الزواج

الفرع الأول

حكم الفحص الطبي قبل الزواج

لقد اختلفت آراء العلماء حول حكم الفحص الطبي قبل الزواج، فأوجبه بعضهم وكرهه آخرون وتوسطت طائفة فجعلته مستحبا دون وجوب، وبخصوص إلزام القانون كل من يتقدم للزواج بإجراء الفحص يجعله شرطا لازما لإتمام الزواج، أم هو اختياري فقط، فقد اختلفت التشريعات الحديثة في هذه المسألة، ويمكن إجمال آرائها في قولين:

القول الأول: يجوز للمشرع إصدار قانون يلزم فيه كل المتقدمين للزواج بإجراء الفحص الطبي، بحيث لا يتم الزواج إلا بعد إعطاء شهادة طبية تثبت أنه لائق طبيا.

القول الثاني: لا يجوز للمشرع إجبار الناس على إجراء الاختبار الوراثي، غير أنه يجوز تشجيع الناس ونشر الوعي بالوسائل المختلفة بأهمية الاختبارات الوراثية قبل الزواج.

ونظرا لانتشار العديد من الأمراض الفتاكة، فقد قامت في الآونة الأخيرة دعوة قوية لإلزام الناس بالفحص الطبي قبل الزواج، وتقديم الاستشارة الوراثية اللازمة للزوجين، وقد أخذت بعض الدول العربية مثل سوريا والإمارات العربية والمملكة العربية السعودية والمملكة المغربية وتونس، بهذه الإجراءات ودعت إليها بل إن البعض جعلها أمرا لازما لإتمام الزواج.

الفرع الثاني

فوائد الفحص الطبي قبل الزواج

يمكن إجمال فوائد الفحص الطبي قبل الزواج فيما يلي:

- 1- إن المقدمين على الزواج يكونون على علم بالأمراض الوراثية المحتملة على الذرية إن وجدت، فتتسع بالتالي الخيارات في عدم الإنجاب أو عدم إتمام الزواج.
- 2- الفحص الطبي قبل الزواج يؤدي إلى المحافظة على سلامة الزوجين من الأمراض، فقد يكون أحدهما مصابا بمرض يعد معديا، فتنتقل العدوى إلى الزوج السليم، كما أنه عن طريق الفحص الطبي يمكن اكتشاف بعض الأمراض التي توجد وسائل للوقاية من حدوثها قبل الزواج.
- 3- بالفحص الطبي يتم الحد من انتشار الأمراض المعدية، والتقليل من ولادة أطفال مشوهين أو معاقين والذين يسببون متاعب لأسرهم ومجتمعاتهم.
- 4- بالفحص الطبي يتأكد كل من الزوجين من مقدرة الطرف الآخر على الإنجاب، وعدم وجود العقم، كما يتم التأكد من مدى مقدرة الزوج على المعاشرة الزوجية.
- 5- إن عقد الزواج عقد عظيم، وميثاق غليظ يبني على أساس الدوام والاستمرار، فإذا تبين بعد الزواج أن أحد الزوجين مصاب بمرض، فإن هذا قد يكون سببا في نهاية العلاقة الزوجية بعدم قبول الطرف الآخر به.

المطلب الرابع

الفحص الطبي أو الشهادة الطبية

ما قبل الزواج في قانون الأسرة الجزائري

تنص المادة (07) مكرر كم قانون الأسرة على ما يلي:

- " يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر (03) 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 العقد 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".

الملاحظ على هذا النص:

1- إن شرط خضوع طالبي الزواج للفحص الطبي وتقديم شهادة طبية بذلك منذ تحرير عقد الزواج لم يكن موجودا في قانون الأسرة قبل تعديله وتتميمه، ويكون المشرع الجزائري باشتراطه للشهادة الطبية السابقة للزواج قد التحق بموكب التشريعات الأجنبية التي سبقته في هذا المجال، وخاصة العربية منها، بعد أن تأكد من الآثار الإيجابية التي يترتبها هذا الشرط على مستوى الأسرة والمجتمع.

2- إن اشتراط الشهادة الطبية السابقة للزواج في القانون الجزائري يعد مطلباً صحي تدعو إليه ضرورة المصلحة العامة، وذلك بالنظر إلى تركيبة المجتمع الجزائري التي لازالت في غالبيتها عشائرية، وللزواج العائلي أو ما بين الأقارب مكانة مرموقة، ولقد تبنت علمياً بأن هذا النوع من الزواج يتسبب في وجود العديد من الأمراض والعيات الوراثية الخطيرة لدى الأبناء.

الفرع الأول

شروط وكيفيات تطبيق المادة 07 مكرر

لقد ألزمت الفقرة الثانية من المادة 07 مكرر المذكورة أعلاه كل من الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية اللازمة، ومن علمهما بما قد تكشف عنه تلك الفحوصات من أمراض أو عوامل قد تشكل خطراً يتعارض مع الزواج.

ولقد أوقف المشرع شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة بإصدار نصوص تنظيمية.

الفرع الثاني

المرسوم التنفيذي 154/06 الصادر بتاريخ 2006/05/11

المتضمن شروط وكيفيات تطبيق المادة 07 مكرر من قانون الأسرة

بعد مضي مدة تزيد عن سنة من نشر الأمر التشريعي 02/05 بالجريدة الرسمية المعدل والمتمّم لقانون الأسرة بالجريدة الرسمية، أصدرت رئاسة الحكومة المرسوم التنفيذي

154/06 المذكور أعلاه، وقد تضمن هذا المرسوم التنفيذي ثمانية مواد، تحدد كيفية تطبيق المادة 07 مكرر المذكورة أعلاه.

لقد أوجب هذا المرسوم التنفيذي بموجب المادة الثانية منه، كل واحد من طالبي الزواج (الرجل والمرأة) تقديم شهادة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر، تثبت خضوعه للفحوصات الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم، تسلم هذه الشهادة من طرف طبيب (حسب نموذج موحد ملحق بهذا المرسوم).

وقد حددت المادة الثالثة من هذا المرسوم نوع الفحوصات الطبية التي يجب أن يخضع لها طالب الزواج، وألزمت الطبيب التأكد من خضوعه لها، لأن الشهادة الطبية يتم تسليمها بناء على نتائجها وهي:

1- فحص عيادي شامل.

2- تحليل فصيلة الدم.

غير أن المادة الرابعة من هذا المرسوم قد أعطت للطبيب الصلاحية في التوسع في الفحص بأن ينصب على العوامل الوراثية والعائلية قصد الكشف عن العيوب المحتملة أو القابلة للإصابة ببعض الأمراض الخبيثة.

كما يجوز للطبيب أن يقترح على المعني بالأمر إجراء فحوصات للكشف عن بعض الأمراض التي يمكن أن تشكل خطرا الانتقال للزوج الآخر أو للذرية بعد إخطاره لمخاطر العدوى منها.

وبعد خضوع الشخص للفحوصات المقترحة يتعين على الطبيب إبلاغ المعني بملاحظاته ونتائج تلك الفحوصات، ويتم إعداد شهادة طبية بذلك تسلم إلى المعني (المادة 05) من المرسوم التنفيذي.

وطبقا لنص المادة 01/07 من هذا المرسوم التنفيذي، فإنه لا يجوز للموثق أو لضابط الحالة المدنية إبرام عقد الزواج ما لم يقدم كل واحد من طالبي الزواج الشهادة الطبية المذكورة بنص المادة 02 من هذا المرسوم، مع التأكد من علمها بنتائج الفحوصات الطبية، وذلك من خلال الاستماع إلى كلا منهما، مع ضرورة التأشير بذلك في عقد الزواج.

وقد أشارت الفقرة الثانية من المادة السابعة من هذا النص التنظيمي، أنه لا يجوز لكل من الموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين.

والملاحظ من نصوص المرسوم التنفيذي 54/06 التي تحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة السابعة مكرر من قانون الأسرة:

إن المشرع لم يقيد الطبيب ولم يوجهه بخصوص نوع معين من الأمراض أو العوامل التي يجب عليه أن يعطيها عناية خاصة، ماعدا ما تعلق بالسوابق الوراثية، كما أنه لم يعط للطبيب الحق في رفض تسليم الشهادة الطبية ما قبل الزواج، أو على الأقل تأجيل تسليمها لحين زوال خطر العدوى من المرض أو نظير حالة الشخص الصحية غير مضرّة للطرف الآخر وذريته، بل أن نصوص هذا المرسوم التنفيذي تلزمه بتسليم الشهادة الطبية دون قيد أو شرط، ماعدا إبلاغ المعني بملاحظاته ونتائج الفحوصات.

والسؤال الذي يطرح في مثل هذه الحالة هو: كيف يكون موقف هذا الطبيب إذا ثبت له يقينا أن أحد طالبي الزواج مصاب بمرض أو بعامل يتعارض والأهداف المرجوة من الزواج، كداء فقدان المناعة (SIDA)؟، مع العلم أن هذا الداء قاتل وينتقل إلى الغير، الزوج الآخر عن طريق الجماع وإلى الجنين وهو في رحم أمه، ويسبب لها نفس النتيجة حتما، ما موقف الطبيب عند إصرار طالبي الزواج الحصول على الشهادة الطبية ما قبل الزواج، الوثيقة الضرورية لإبرام عقد الزواج، رغم علمهما بالمخاطر التي تهدد كل واحد منهما؟

الإجابة على هذا التساؤل واضحة: فطبقا لأحكام النص التنظيمي المذكورة أعلاه، ليس من حق الطبيب الاعتراض أو الامتناع عن تسليم الشهادة الطبية ما قبل الزواج، عندئذ كيف يكون موقف الغير ذي مصلحة كالولي من هذا الزواج؟ وما هو موقف النيابة العامة في هذا الشأن باعتبارها طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام قانون الأسرة؟ (المادة الثالثة مكرر) وكيف يكون موقف السلطات العمومية الصحية في مثل هذه الحالة، وفي حالات الأمراض الوبائية الأخرى.

بالرجوع إلى بعض القوانين العربية في مجال الأحوال الشخصية، نلاحظ أن المشرع التونسي الذي اعتمد الشهادة الطبية السابقة على الزواج منذ 1964 بموجب القانون رقم 46

المؤرخ في 1964/11/03، بالإضافة إلى أنه وجه الطبيب أثناء الفحص الطبي إلى توجيه العناية الخاصة إلى الإصابات المعدية، والاضطرابات العصبية ونتائج الإدمان على المشروبات الكحولية وغيرها من الأمراض الخطيرة، وخاصة مرض السل، ومرض الزهري، بالنسبة للقرين وللذرية (المادة الثانية من القانون).

فإن المشرع التونسي قد منح الحق إلى هذا الطبيب بموجب المادة الثالثة من القانون المذكور أن يرفض تسليم الشهادة الطبية السابقة عن الزواج، إذا ثبت له أن هذا الزواج غير مرغوب فيه، وأن يؤجل تسليم هذه الشهادة إلى أن يزول خطر العدوى من المريض أو تصير حالته الصحية غير مضرّة لذريته.

وبالتالي فلماذا لم يحذو المشرع الجزائري حذو ما ذهب إليه المشرع التونسي في هذه المسألة الجوهرية، وبذلك نجد الحل والإجابة على كل التساؤلات المطروحة سابقا، وتتحقق الغاية التي توخاها المشرع من نص المادة السابقة مكرر من قانون الأسرة.

نموذج

شهادة طبية ما قبل الزواج

(معدة تطبيقاً لأحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 11/84

المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة)

أنا الممضي أسفله الدكتور:

الاسم واللقب:

دكتور في الطب:

الممارس في:

العنوان:

أشهد أنني فحصت لغرض

الزواج:

المولود (ة) في:

السكن (ة) بـ:

بطاقة التعريف الوطنية رقم: الصادرة في: بـ:

أعددت هذه الشهادة بعد فحص عيادي شامل وبعد الإطلاع على نتائج الفحوص الآتية:

فصيلة الدم (ABO + RHESUS).

أصرح كذلك أنني:

- أعلمت المعني (ة) بنتائج الفحوصات الطبية التي خضع (ت) لها وبكل ما من شأنه أن يقي

أو يقلل الخطر الذي قد يلحق به أو بزوجه أو بذريته.

- لفت انتباه طالبة الزواج إلى مخاطر مرض الحميراء الذي يمكن أن تتعرض له أثناء فترة

الحمل.

- أكدت على عوامل الخطر بالنسبة لبعض الأمراض.

سلمت هذه الشهادة للمعني (ة) شخصيا لاستعمالها والإدلاء بها في حدود ما يسمح به القانون.

حرر بـ في

المطلب الخامس

مستجدات القانون 11/48 في ضوء الأمر 02/05

حماية العلاقة الزوجية

المادة 45 مكرر - التلقيح الاصطناعي

قد يوجد زوجان في حالة صحية جيدة، وبالرغم من ذلك يصعب الإنجاب ويتأخر إلى أجل غير مسمى، فيصابا بإحباط قد يؤدي إلى أزمات نفسية خطيرة، وإلى خلافات عائلية حادة، عادة ما يكون مآلها الطلاق بسبب عدم الإنجاب، وتصحيحا لتلك الوضعيات المأساوية يمكن الاستعانة بما توصلت إليه العلوم الحديثة واللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، وبهذا الصدد نص المشرع الجزائري على هذا الحل وقيده بقيود شرعية واضحة تتمثل في:

- أن يكون الزواج شرعيا.

- أن يتم التلقيح أثناء حياة الزوجين وبرضاها.

- أن يتم التلقيح بمني الزوج وبوضعه رحم الزوجة دون غيرها.

المادة 45 مكرر من قانون الأسرة تنص على ما يلي: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:

- أن يكون الزواج شرعيا.

- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما".

المطلب السادس

الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة

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

ما يمكن ملاحظته على هذا النص أنه بالرغم من عموميته وشموليته، فإن الجزء الأول منه، قد ورد على صيغة قاعدة عامة، مفادها أنه يجوز وبياح للزوجين أن يضمنوا عقد الزواج أو يرفقانه من خلال عقد رسمي آخر كل الشروط التي يرتضيانها والتي تكون فيها مصلحة لأحدهما، وأن الجزء الثاني منه، جاء في صيغة استثناء يقيد العموم السابق ويجعل من الجزء الثاني شرطا لاستعمال أحكام الجزء الأول.

وتعليقا على هذا النص يمكن القول، أن المشرع قد سمح لكل من الزوج والزوجة وأباح لكل منهما أن يشترط في العقد على الزوج الآخر ما يشاء من الشروط بما يمكن مصلحته الخاصة أو المشتركة، وإلى جانب هذا السماح والإباحة فإنه قد حصر هذه الشروط فقط في الشروط التي لا تخالف ولا تتعارض ولا تتنافى مع ما ورد في قانون الأسرة من قواعد وأحكام، ولكن السؤال الذي يطرح: ما هي الشروط التي تتنافى مع هذا القانون؟ أو بالأحرى ما هي الأحكام أو القواعد التي تضمنها قانون الأسرة وأوجب على الزوجين أن يراعيانها عند إبرام عقد الزواج الذي يريدان أن يضمناه أو يرفقانه ببعض الشروط؟ وما حكم عقد الزواج الذي يبرم بشكل مخالف لبعض أحكام قانون الأسرة ومتعارض معها؟ ثم ما هو المعيار الذي يمكن أن نستعمله لمعرفة ما إذا كان هذا الشرط أو ذاك هو من الشروط الموافقة أو المخالفة لقانون الأسرة؟

إن الإجابة عن هذه التساؤلات ليست بالإجابة السهلة أو البسيطة، لأنه من الصعب معرفة جميع القواعد والأحكام الأساسية التي تضمنها قانون الأسرة، كما أنه من غير الممكن معرفة الشروط التي تم اشتراطها أو التي يمكن أن تشترط في المستقبل، وتدرج في عقد الزواج أو ترافقه في عقد رسمي مستقل.

الفرع الأول

حكم الشروط التي تتنافى مع قانون الأسرة

إن الشروط التي يشترطها أحد الزوجين ويضمنها عقد الزواج أو يرفقها به لكي يمكن معرفة ما إذا كانت شروطا سليمة ومعتبر قانونا، أو شروطا باطلة ولاغية يتعين علينا أن ننظر عليها من ناحية كونها مخالفة لنصوص قانون الأسرة ومتنافية معها أم ليست كذلك.

فإذا اشترطت الزوجة على زوجها عدم إبرام عقد الزواج ألا يخرجها من وطنها أو بلدتها، أو اشترطت أن يسكنها في مسكن منفرد ومستقل عن مسكن أهله، أو اشترطت على الزوج ألا يمنعها من متابعة تعليمها أو الاستمرار في وظيفتها، أو مهنتها، فإن هذه الشروط كلها لا تتنافى مع قانون الأسرة ولا تتعارض مع أي نص من النصوص، وعلى الزوج أن يلتزم بالوفاء بها وإذا خالف ما وعد به منها، فإنه يحق للزوجة أن تطلب بفسك الرابطة الزوجية، وهذا ما تؤكدته المادة (9/53) التي جاء فيها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب الآتية: ...

(9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج) (فقرة جديدة)

1- فالمشرع الجزائري من خلال هذه الفقرة، قد أعطى للزوجة حق المطالبة بفسك الرابطة الزوجية، عند مخالفة الزوج للشروط التي تضمنها عقد الزواج، أو أي عقد آخر لاحق به، عندما تكون هذه الشروط لا تتنافى مع قانون الأسرة، ولا تتعارض مع أي نص من نصوصه، ولاسيما إذا كانت هذه الشروط من الشروط التي تضمنتها المادة (19) المذكورة أعلاه، كشرط عدم تعدد الزوجات أو شرط الاستمرار في الوظيفة أو المهنة بعد الزواج.

أما إذا اشترطت الزوجة على زوجها أن لا يطلقها أبداً، أو اشترطت أن يكون الطلاق بيدها تستعمله متى شاءت، ولا يكون إلا برغبتها، فإن مثل هذه الشروط يكون حكمها البطلان لأنها تعتبر مخالفة لأحكام قانون الأسرة ومتنافي مع نص من نصوصه، وهي المادة (48) وبالتالي فإن الزوج غير ملزم بالوفاء بها، ولا يجوز مطالبته بذلك أمام القضاء، كما لا يجوز للزوجة أن تطالب بالتطلاق اعتماداً على عدم الوفاء، بما هو مشروط منها في عقد الزواج أو في أي عقد آخر لاحق عليه.

2- أما إذا اشترطت الزوجة شروطاً تتنافى مع أحكام قانون الأسرة، وتتعارض مع نص من نصوصه كاشتراط الزوجة على زوجها.

وبالمقابل فإذا اشترط الزوج على زوجته ألا يدفع لها صداقها المسمى، أو اشترط أن تنفق على نفسها أو على أولادها أو لا يزورها أحد من أقربائها، أو اشترط تقييد حريتها في التصرف في مالها الخاص، بأن اشترط أن تضع بين يديه ما تكسبه من وظيفتها أو مهنتها،

فإن هذه الشروط تتنافى مع أحكام قانون الأسرة، وتتعارض مع نصوصه، ولاسيما المادة (14) المتعلقة بدفع المهر والمادة (37) من القانون الجديد التي جاء فيها:

"لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر.

غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانهما خلال الحياة الزوجية، وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما".

فهذه الشروط لا يجب على الزوجة الوفاء بها ولا يجوز مطالبتها بالوفاء بها أمام القضاء، وليس للزوج أن يطلب الطلاق اعتمادا على أن الزوجة لم تف بها، فإذا طلقها اعتمادا على إرادته المنفردة بسبب عدم الوفاء بهذه الشروط فلها أن تطالب بتعويض ما قد يلحقها من ضرر بسبب تعسف الزوج في طلاقه.

الفرع الثاني

استقلال الذمة المالية للزوجين: المادة 37 المذكورة أعلاه

بعد أن كرس المشرع مبدأ استقلالية الذمة المالية للزوجين عند وضع قانون الأسرة لعام 1984 فإن المشرع عند مراجعة هذا القانون قد أعطى حرية أكثر للزوجين لتنظيم شؤونهما المالية، بحيث نص على إمكانية اتفاقهما بعقد الزواج أو بعقد رسمي لاحق حول استقلالية ذمتها المالية فيما يخص الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية، وتحديد النسبة التي تؤول إلى كل واحد منهما.

وبذلك يكون المشرع قد وضع حدا لاختلاف الزوجين مستقبلا بخصوص الاستثمار العائلي والمساهمة في تجهيز وإعداد بيت الزوجية، وبالتالي تلافي قيام نزاعات بينهما بخصوص ذلك، هذه النزاعات التي عادة ما تكون الزوجة ضحية فيها بسبب احتيال الزوج وجشعه، بحيث يحاول حرمانها من كل ما تملك وما ساهمت به في تكوين بيت الزوجية وتجهيزه.

فالناظر إلى السجل الرسمي الذي يسجل فيه عقود الزواج بحده يشترط حضورهما وسماعهما لكلام العاقدين ثم بعد هذا يوافقان على محضر الزواج وبهذا يتم توثيق الزواج،

وبهذه الكيفية تستطيع الشهادة أن تؤدي غرضها لأن الشاهدين قد سمعا العاقدان عند قيامها بالإيجاب والقبول المكونان للعقد.

المطلب السابع

تعدد الزواج شروطه وإجراءاته في قانون الأسرة الجديد

النصوص القانونية: المواد 8 و8 مكرر و8 مكرر 1

تنص المادة الثامنة من قانون الأسرة الجديد: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية، متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط نية 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 لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتها وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة".

وتنص المادة الثامنة مكرر على ما يلي: "في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق".

وجاء في المادة الثامنة مكرر 1: "يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصاً من القاضي وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة (8) أعلاه".

يستنتج من هذه النصوص أن المشرع الجزائري -بخلاف بعض التشريعات العربية، كالمشرع التونسي بالفصل 18 من مدونة الأحوال الشخصية- يقر بمبدأ تعدد الزوجات حسب الأحكام المقررة له في الشريعة الإسلامية، بعد إضافته لبعض الشروط والإجراءات تهدف إلى تضيق مجال للجوء إلى تعدد الزوجات إلا بوجود ظروف عادية جدية تبرره ومن هذه الشروط والإجراءات ما يلي:

1- يجب على الزوج إخبار كل من الزوجة أو الزوجات السابقة والمرأة التي يرغب في الزواج بها.

2- أن يقدم الطلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة الذي يرخص بالزواج بعد التأكد من موافقة الزوجة الأولى والمرأة التي يرغب في الزواج بها، وقدرة الزوج على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة.

وإن عدم احترام هذه الشروط والإجراءات كعدم استصدار الزوج ترخيص القاضي. أو في حالة الغش المرتكب من الزوج، فإن المشرع قد قرر فسخ الزواج الجديد قبل الدخول وتثبيتته بعد الدخول حفاظاً على استقرار الأسرة، مع إعطاء الحق لكل من الزوجتين في رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق.

مع العلم أن هذه الشروط التي تضمنها قانون الأسرة الجديد لتعدد الزوجات ليست جديدة فيه، بل هذه الشروط تفرضها معظم التشريعات العربية منها مدونة الأحوال الشخصية المغربية، وقانون الأحوال الشخصية السوري، وقانون الأحوال الشخصية العراقي، فجميع هذه القوانين تفيد حق ممارسة نظام تعدد الزوجات بضرورة الحصول على إذن مسبق من القضاء بعد التحقق من توفر شروط العدل والمصلحة والضرورة المشروعتان والقدرة على الاتفاق.

الفرع الأول

طلب الترخيص بالزواج الجديد وإجراءاته

لقد تفتن المشرع الجزائري إلى ما كان قد أغفل التكفل به بجعل مراقبة قضائية على الراغب بالزواج بأكثر من زوجة واحدة، وفرض على طالب الزواج الحصول على رخصة من رئيس المحكمة التي توجد بدائرة اختصاصها مقر الزوجية.

ويجوز لهذا القاضي أن يرخص بالزواج الجديد بموجب أمر على ذيل عريضة، متى تأكد من موافقة الزوجة السابقة والموعودة بالزواج، ومن توفر المبرم الشرعي وقدرة الزوج على توفير العدل بشقيه المادي والمعنوي والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

تقديم الطلب والفصل فيه:

يجب على رئيس المحكمة عند الفصل في طلب الترخيص بالزواج الجديد طبقاً لأحكام المادة 8، أن يتأكد من موافقة الزوجة السابقة، وموافقة المرأة التي عقد الزوج العزم

على الزواج منها، وذلك من خلال حضور كل منهما شخصيا أمامه واستفسار كل واحدة منهما بوضوح، وعلى انفراد وأن يتأكد من الموافقة الصريحة والتلقائية النابعة من إرادة حرة لا يشوبها أي عيب من عيوب الإرادة، ويجب عليه أن يحرر بذلك محضر يوقعه المعنيين وأمين الضبط الذي يتعين عليه حضور هذا التحقيق.

زوفي الحالة التي يتعذر على الزوجة السابقة الحضور أمام القاضي لسبب جدي يجوز للقاضي أن ينتازل عن صلاحيته بهذا الصدد إلى ضابط عمومي (المحضر القضائي) بموجب أمر على --- العريضة، ويكتفي عندئذ عند الفصل في طلب الترخيص بالزواج بالمحضر الذي يحرره هذا الضابط، إلا أن الإعفاء من الحضور أمام رئيس المحكمة وندب ضابط عمومي يجب أن يكون استثنائيا إذا اقتضت إليه الضرورة القصوى، ذلك أن الأصل أن يتأكد رئيس المحكمة من الموافقة بحضور من يعنيه الأمر شخصيا، ذلك أن في الحضور أمام القاضي ضمانات كافية للتعبير الحر عن الإرادة.

الفرع الثاني

آثار الزواج الجديد دون الحصول على ترخيص القاضي

لقد أشارت المادة 8 مكرر 1 من قانون الأسرة، أن مآل الزواج الجديد المنعقد دون ترخيص القاضي هو الفسخ قبل الدخول، أما إذا تم الدخول جاز للزوجة السابقة أو الزوجات، أن تطلب التطلاق للتدليس وإخفاء الأمر عنها وعدم الحصول على موافقتها كما يجب قانونا، كذا يجوز للزوجة الجديدة المغرر بها التي لم تكن تعلم بوجود ضرة أو ضررات لها أن تطلب هي بدورها التطلاق للتدليس.

غير أنه يلاحظ أن هذا الطرح يعد نظريا أكثر منه عمليا، ذلك أن الزواج في مثل هذه الحالة غالبا ما يتم طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، ويغفل تسجيله قانونا، ولا يصل إلى علم الزوجة السابقة إلا بعد فوات الأوان، وبالتالي تكون هذه الأخيرة أمام أمرين أحلاهما مر، إما الإبقاء على العلاقة الزوجية أو طلب التطلاق للتدليس، وفي أغلب الأحيان تخضع الزوجة السابقة للأمر الواقع، ذلك أن المشرع الجزائري لم يحذو حذو بعض التشريعات العربية بمعاقبة كل من تزوج خلافا لأحكام المادة 8 من قانون الأسرة وهو في حالة الزوجية.

الفصل الثالث

الأسباب العامة لانحلال الزواج

تنص المادة 47 من قانون الأسرة على ما يلي: "تتحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة".

يستنتج من هذا النص أن هناك طريقتين أساسيتين لانحلال عقد الزواج هما:
انحلال عقد الزواج بالوفاة:

إن أول سبب من أسباب انحلال عقد الزواج هو وفاة أحد الزوجين، فإذا توفي الزوج أو توفيت الزوجة فإن عقد الزواج القائم بينهما سينحل تلقائياً بحكم القانون، أي أنه لا يحتاج إلى إقامة دعوى أمام القضاء للحكم بانحلاله أو انقضائه، وهو سبب لا دخل لإرادة الطرفين فيه، وتكون آثار انحلال عقد الزواج بالوفاة هي نفس الآثار التي تترتب على كل زواج صحيح من حيث التوارث وثبوت النسب ووجوب العدة واستحقاق مؤجل الصداق.

المبحث الأول

انحلال الزواج بالطلاق

إن ثاني طريقة لانحلال الزواج هي طريقة الطلاق، وهي طريقة تظهر في رغبة الزوج في طلاق زوجته لسبب من الأسباب الشخصية أو الشرعية أو الاجتماعية، وسبب الطلاق بهذا المعنى يعتبر سبباً من صنع الزوج ولا دخل لإرادة الزوجية فيه، وقد يكون الطلاق بتراضي الزوجين، أي أن تتحد وتتوافق إرادتهما على إنهاء العلاقة الزوجية، عن طريق إتباع إجراءات الطلاق بالتراضي، كما قد يكون حل العلاقة الزوجية بحكم القاضي بناء على طلب الزوجة، اعتماداً على إحدى الحالات العشر المنصوص عليها في المادة (53) من قانون الأسرة الجديد، أو اعتماداً على رغبتها في انحلال العلاقة الزوجية بمقابل مالي تطبيقاً لأحكام الخلع المنصوص عليها في المادة (54) من قانون الأسرة الجديد.

وهذا ما تؤكدته المادة (48) من قانون الأسرة الجديد التي جاء فيها: "مع مراعاة أحكام المادة (49) أدناه، بحل عقد الزواج بالطلاق، الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (53-54) من هذا القانون".

المطلب الأول

الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

لقد تضمنت المادة (48) السالفة الذكر، أن يحق للزوج حل عقد الزواج بإرادته المنفردة، لأي سبب من الأسباب ولا يستوجب من الناحية القانونية، ضرورة بيان الأسباب والدوافع الشخصية التي أدت بالزوج إلى الطلاق، إلا أن طلاقه هذا لا تكون له أية قيمة قانونية إلا إذا وقع بين يدي القاضي وتبعاً لدعوى يرفعها هذا الزوج أمام القضاء، وهذا ما تضمنته المادة (49) من قانون الأسرة الجديد "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى...".

الفرع الأول

إجراءات دعوى الطلاق

لقد تضمن قانون الأسرة كقانون خاصة القواعد الأساسية والحكام العامة لبناء الأسرة الجزائرية، إلا أنه لم يتضمن القواعد الإجرائية التي تحدد طرق الوصول إلى تطبيق هذه الأحكام والقواعد، مما يستوجب البحث عن هذه القواعد الإجرائية في قانون الإجراءات المدنية.

فيما يتعلق بطرق رفع الدعوى أمام المحكمة فقد تضمنت المادة (12) من قانون الإجراءات المدنية على أن ترفع الدعوى إلى المحكمة إما بإيداع عريضة مكتوبة ومؤرخة وموقعة من المدعي أو محاميه لدى مكتب الضبط، وإما بحضور المدعي نفسه أمام المحكمة وفي هذه الحالة يتولى كاتب الضبط أو أحد أعوان كتابة الضبط تلقي أقواله وتحرير محضر بتصريحات المدعي، وعليه فقد حددت المادة (12) طريقتين لرفع دعوى الطلاق، أهمها وأكثرها شيوعاً من الناحية العملية، هي طريقة رفع الدعوى بواسطة عريضة تسمى عريضة افتتاح الدعوى.

فيعد إيداع الزوج لعريضة افتتاح الدعوى التي يطالب من خلالها بالطلاق، مصحوبة بنسخة من عقد الزواج لإثبات العلاقة الزوجية، وتكون هذه العريضة على ثلاثة

نسخ إحداهما أصلية، يتم تسجيل الدعوى لدى كتابة الضبط المحكمة فيعطى لها رقم وتحدد لها تاريخ الجلسة لتبلغ للزوجة.

الفرع الثاني

إجراءات استصدار الحكم بإثبات الطلاق

من القواعد العامة أنه قبل استصدار حكم من القضاء ينبغي مراعاة الشروط الشكلية التي أوجب المشرع توافرها في العريضة الافتتاحية بالإضافة إلى التأسيس الموضوعي، وعليه فإن دعوى إثبات الطلاق يجب أن ترفع إلى محكمة مختصة بموجب عريضة وفقا لما يقضي به القانون، وبعد توصل القاضي بالعريضة يأتي دوره في استكمال شكليات وإجراءات الدعوى إلى صدور حكم الطلاق.

اتصال القاضي بدعوى الطلاق:

يتم عادة رفع الدعوى من الزوج، ولكي تقبل الدعوى أمام القضاء يجب توافر شروط قبولها من صفة ومصلحة وأهلية، كما ينبغي أن يجسد الطلب في عريضة افتتاحية وفقا لما يقضي به القانون وأن ترفع أمام الجهة المختصة بهذه القضايا.

الفرع الثالث

قواعد الاختصاص

الاختصاص المحلي:

بالرجوع إلى المادة الثامنة (08) من قانون الإجراءات المدنية، نجدتها تنص صراحة على أن دعاوى الطلاق ترفع أمام الجهة القضائية التي يقع بها مسكن الزوجية، مع العلم أن الاختصاص المحلي ليس من النظام العام، وبالتالي يمكن رفع دعوى الطلاق أمام أية محكمة أخرى بشرط ألا يدفع الخصم بعدم الاختصاص المحلي.

ومسألة الاختصاص على بساطتها تثير العديد من المشاكل، فكثيرا ما يتقدم أمام القاضي زوجان لم يستقرا منذ زواجهما في مكان بعيد بل غيرا مكان الإقامة عدة مرات، ففي هذه الحالة ما هو السكن الذي يؤخذ بعين الاعتبار لتحديد الاختصاص المحلي، الرأي الراجح في هذه الحالة هو السكن الأخير.

الفرع الرابع

شروط رفع دعوى الطلاق

أولاً. الشروط الواجب توافرها في الزوجين:

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية على: "لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزاً لصفة وأهلية التقاضي، وله مصلحة في ذلك".

1- الأهلية:

تعرف الأهلية بأنها صلاحية الشخص للإلزام والالتزام، صلاحية الشخص المكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات، والأهلية في الاصطلاح القانوني على نوعين: أهلية وجوب وأهلية أداء.

والمقصود بالأهلية في مجال الخصومات الزوجية هو أهلية التقاضي أمام المحكمة، بمعنى أنه إذا تنازع الزوجان وتخاصما فإنه لكي تنظر المحكمة في الموضوع المتنازع فيه يجب أن يكون كل منهما متمتعاً بأهلية التقاضي وبالغا سن الرشد القانوني وهو 19 سنة من العمر كاملة، ومتمتعاً أيضاً بقواه العقلية وألا يكون محجوراً عليه، لأنه لا يجوز للمحكمة أن تقبل دعوى أو على شخص فاقد الأهلية أو ناقصها إلا بواسطة ممثله القانوني وهذا تطبيقاً للقواعد العامة.

إلا أن مسألة الطلاق في حد ذاتها لها خصوصياتها إذ أنها حق شخصي للزوج وأن الحجر يقع على ممارسة الحقوق المالية فقط، لذلك فإنه من الناحية الشرعية يجوز للزوج المحجور عليه طلاق زوجته، ومن ثمة وطالما لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري لهذه المسألة فلا مانع من تبني ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا المجال، وتبقى مسألة اللجوء إلى القضاء مسألة إجرائية.

كما أن الطلاق هو من حقوق الزوج، فإنه يجوز له توكيل غيره في إيقاعه، وينصرف هذا الأمر إلى الزوج، وهذا ما ذهب إليه المحكمة العليا في قرارها إذ جاء فيه من المقرر قانوناً أن الوكالة والإنابة هي عقد بمقتضاه يفرض شخص شخصاً آخر للقيام

بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه، وأن الوكالة الخاصة الرسمية تصح للمرافعة أمام القضاء.

وفي حالة نقصان الأهلية فالمعمول به قبل تعديل قانون الأسرة هو رفع دعوى من ولي الزوج ناقص الأهلية أو ضده، وبعد تعديل قانون الأسرة فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (02/7) على ما يلي: "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

وفي الأخير هناك من يعتبر أن الأهلية شرط من شروط صحة المطالبة القضائية وليس قبول الدعوى، ذلك أن تخلفها يترتب عليه دفع شكلي، في حين تخلف شروط قبول الدعوى يترتب عليه دفع بعدم القبول.

2- الصفة:

والمقصود بالصفة كشرط في الدعوى أن يكون صاحب الحق محل الاعتداء هو الذي يباشر الحق في الدعوى التي ترفع من أجل تقرير هذا الحق أو حمايته.

والصفة في دعوى الطلاق معناها أن يكون أحد الزوجين الذي يرفع دعواه ضد الزوج الآخر له صفة في إقامة هذه الدعوى وتقديمها إلى المحكمة، بمعنى أنه يجب لتحقيق هذا الشرط أن يكون المدعي هو الزوج أو الزوجة نفسها أو أحد ممثليهما قانوناً، وتثبت الصفة في الدعوى بتقديم الزوج طالب الطلاق نسخة من عقد الزواج.

3- المصلحة:

أما بالنسبة للمصلحة فإنه بالنسبة للزوج أو الزوجة أو الورثة، فإنه من مصلحتهم إثبات دفوع الطلاق، وتظهر هذه المصلحة بصفة خاصة في دعاوى إثبات الطلاق في حالة إعادة الزوجة أو تزوج الزوج بأخت الزوجة أو بمراجعة، أما بالنسبة للورثة فإن مصلحتهم تتمثل في ثبوت الميراث من عدمه.

الفرع الخامس

تعامل القاضي مع دعوى إثبات الطلاق

بعد رفع الدعوى وفقا للطرق المنصوص عليها بالمادة 12 من قانون الإجراءات المدنية، يقوم الكاتب -كاتب الضبط- بتسجيل القضية في السجل المخصص لذلك ويمنح لها رقما خاصا، ويسلم وصلا يثبت دفع حقوق التسجيل المقرر قانونا يحمل رقم القضية وتاريخ تسجيل الدعوى وتاريخ الجلسة، الذي يجب أن يحضر فيه مرفقا بالتكاليف بالحضور، والذي يعد قرينة على علم المدعى عليه بالدعوى المرفوعة.

ونظرا لخصوصية دعوى الطلاق فإن القاضي يعقد جلسة الصلح أولا ويتم فيها سماع كلا من الزوجين وفقا لنص المادة (49) من قانون الأسرة، التي جاء فيها: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة أشهر (03) ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".

أولا. إجراءات الصلح:

ما يلاحظ على الفقرة الأولى من المادة (49) أننا أكدنا على عدم إمكانية الفصل في دعاوى الطلاق إلا بعد إجراء محاولة الصلح من طرف القاضي وذلك في مدة أقصاها ثلاثة (03) أشهر من تاريخ رفع الدعوى، ويعد هذا الإجراء من النظام العام، لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه، فإذا لم يحترم هذا الإجراء كان الحكم الصادر بالطلاق عرضة للنقض من المحكمة العليا، وذلك على أساس الخطأ في تطبيق القانون، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1989/12/25 ملق رقم 57812، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الثالث.

ثانيا. عرض الملف على النيابة العامة:

تنص المادة الثالثة (03) مكرر من قانون الأسرة على ما يلي: "تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون".

وتنص المادة (141) من قانون الإجراءات المدنية على أنه يجب إطلاع النائب العام على القضايا الآتية:

- القضايا الخاصة بحالة الأشخاص...

وترسل هذه القضايا الموضحة آنفا إلى النائب العام قبل 15 يوما على الأقل من يوم الجلسة بواسطة كتابة الضبط.

وقد ورد النص على هذه المادة (141) في القسم الثالث المتعلق بالأحكام، من الباب الأول والمتضمن الإجراءات المتبعة أمام المجالس القضائية، وعليه وطبقا لنص المادة الثالثة (03) من قانون الأسرة والمادة (141) من قانون الإجراءات المدنية يجب عرض ملفات قضايا الطلاق على السيد وكيل الجمهورية، ذلك أن دعاوى الطلاق يعود الاختصاص بالفصل فيها كما سبق وأن أشرنا إلى المحاكم كدرجة أولى وأخيرة.

ثالثا. الحكم بالطلاق:

المفروض أن حكم الطلاق بمجرد صدوره يتم إشباع الحاجة من الحماية القضائية وبالتالي يكون نافذا بذاته دون الحاجة إلى أي إجراء آخر، وعلى هذا الأساس المفروض أن يتم التأشير به على هامش وثائق الحالة المدنية مباشرة، وبما أن المحكمة العليا تقبل الطعن بالنقض فيه، وطالما كان الأمر كذلك فإن تكريس الطلاق من عدمه متوقف على فوات آجال الطعن بالنقض أو صدور قرار المحكمة العليا في حالة الطعن بالنقض، وعليه فإن المعمول به أن الحكم بإثبات الطلاق لا يكون قابلا للتنفيذ إلا بعد مرور أجل الطعن بالنقض مع عدم تقديمه.

المطلب الثاني

الخلع حق مطلق بيد الزوجة لا يشترط فيه رضاء الزوج

المادة 54 من قانون الأسرة

تنص المادة 54 بعد التعديل على ما يلي: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

يتضح من هذا النص أن الخلع حق مطلق بيد الزوجة، بحيث أن موافقة الزوج لم تصبح ضرورية خلافا إلى ما كان عليه العمل قبل تعديل المادة 54 من قانون الأسرة، النص

القديم: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم".

وبالتالي فعلى القاضي الاستجابة بعد عدة محاولات صلح إلى طلب الزوجة بمخالعة نفسها من زوجها مقابل مبلغ مالي يتم للاتفاق عليه الزوجان، وعند اختلافهما يحدد بدل الخلع بما يعادل صداق المثل وقت صدور الحكم.

وبهذا يكون المشرع قد وضع حدا للجدل القانوني الذي كان سائدا حول مسألة الخلع على مستوى الجهات القضائية المختلفة، وإن إرغام الزوجة وإكراهها على معاشرة زوجها أصبحت تنفره بسبب تمسك قاض باعتقاده أن الخلع عقد رضائي يتوقف الحكم به على موافقة الزوج وقبوله به، قد زال بدوره وبدون رجعة.

ولكن السؤال الذي يطرح: هل في إباحة الخلع للزوجة مصلحة للأسرة الجزائرية، خاصة ما يلاحظ منذ صدور الأمر 02/05 المعدل والمتمم لقانون الأسرة لعام 1984 من تهافت الزوجات على المحاكم طالبين فك الرابطة الزوجية بتلك الوسيلة؟ الأصل لا اجتهاد مع صراحة النص، ولكن لا بد أن يكون لقاضي الأحوال الشخصية دور إيجابي في معالجة كل حالة من حالات الخلع بحكمة وتروي وتبصر، خاصة وأن المشرع قد أعطى له تلك الإمكانية عن طريق محاولات الصلح التي تسبق فك الرابطة الزوجية.

المطلب الثالث

انحلال عقد الزواج بالتطليق

إن التطليق هو طريق من طرق انحلال عقد الزواج ويكمن في إظهار رغبة الزوج في حل الرابطة الزوجية القائمة بينهما وبين زوجها لسبب من الأسباب المشار إليها في عناصر المادة 53 من قانون الأسرة.

وانحلال عقد الزواج بطريقة طلب الزوجة للتطليق يعتبر من صنع الزوجة وحدها وتنفيذا لرغبتها، وهو لا يمكن أن يكون إلا أمام القضاء وبموجب دعوى ضد الزوج، وذلك لأسباب قانونية منصوص عليها على سبيل الحصر في نص المادة 53 من قانون الأسرة.

وقد تم تعديل المادة 53 بإضافة أسباب أخرى جديدة والتي يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق بسببها، فبالإضافة إلى الأسباب التي تضمنها نص المادة قبل التعديل وهي كما يلي:

"يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية:

عدم الاتفاق بعد صدور الحكم بوجوده ما لم تكن عالة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون.

1- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

2- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

3- الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

4- الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة.

5- كل ضرر معتبر شرعا ولاسيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادة الثامنة (8) أعلاه.

6- ارتكاب فاحشة.

بالإضافة إلى الشروط الستة السابقة أضيف إليها ما يلي:

1- الشقاق المستمر بين الزوجين وهذا شيء إيجابي لأنه في هذه الحالة يكون استمرار الحياة الزوجية مستحيلا والتطلاق هو الحل.

2- مخالفة الشروط المتفق عليها في العقد، والقاعدة الناس عند شروطهم وهذا أمر إيجابي.

3- مخالفة الأحكام الواردة في المادة (8) أعلاه، وهي تعدد الزوجات وكل ضرر معتبر شرعا".

الحكم بالتعويض للمطلقة في حالة التطلاق:

تنص المادة 63 من قانون الأسرة على ما يلي: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطلاق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

لقد كان القضاء قبل صدور قانون الأسرة لعام 1984 وفي ظل هذا القانون وقبل تعديله يحرمون المطلقة من التعويض عند الاستجابة إلى طلب الزوج في فك الرابطة الزوجية بطريقة التطليق، حيث يعتبرونه في حد ذاته جبرا للأضرار التي كانت المطلقة تعانيها قبل الطلاق.

إلا أن المشرع الجزائري ومنعا لحالة التعسف التي كانت تعانيها المطلقة قد أجاز للقاضي بموجب نص المادة 53 مكرر الجديد أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها والذي دفعها إلى طلب التطليق، وبذلك يكون المشرع قد رفع الغبن الذي كان مسلط عليها، وهو رأي يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية ومقبول شرعا.

المبحث الثاني

آثار فك الرابطة الزوجية هي قانون الأسرة

المطلب الأول

الحضانة

الفرع الأول

مفهوم الحضانة شروطها وضوابطها وفقا للمادة 62 من قانون الأسرة

تنص المادة 62 من قانون الأسرة على ما يلي: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

الفرع الثاني

ترتيب أصحاب الحق في الحضانة وفقا للمادة 64 بعد التعديل

لقد تم تعديل ترتيب مستحقي حضانة الأولاد، إذ جاء الأب مباشرة بعد الأم، ثم جاءت درجة الجدة للأب قبل الخالة، واستحداث حضانة للعمة، مع العلم أنه لا يوجد من الفقهاء من قال بحضانة الأب بعد الأم مباشرة، على اعتبار أن الإناث أليق للحضانة لأنهن أشفق وأقدر على تربية الأطفال من الرجال.

وعليه فإنه من الضروري التفرقة بين حالتين في إسناد الحضانة للأب، بحيث لا يمكن استناد حضانة الولد الصغير للأب وإنما يمكن أن تسند له فقط حضانة الأبناء عندما يصل سنهم إلى سن معين.

الفرع الثالث

بقاء الحاضنة في بيت الزوجية إلى حين تنفيذ الأب الحكم المتعلق بالسكن المادة

72

- حماية للأم الحاضنة والأولاد الذين غالبا ما يكون ضحية الطلاق من التشرد والتطفل على الأهل والأقارب، فقد قرر المشرع بقائهم بمحل الزوجية إلى حين توفير الأب لهم مسكنا ملائما تنفيذا للحكم القضائي، وهذا ما قضت به المادة (72) من قانون الأسرة بعد التعديل) التي جاء فيها: "في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر للممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحضانة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

إلا أنه من الناحية العملية عند عرض النزاع على القضاء عادة ما تكون الزوجة خارج بيت الزوجية، وقد لجأت إلى بيت أهلها أو أحد أقاربها، وبالتالي عند صدور الحكم بالطلاق عادة ما تعتد في بيت أهلها خلافا لأحكام الشريعة الإسلامية في هذا المجال.

ولذلك كان على المطلقة حماية لها ولأولادها، أن تبقى رفي بيت الزوجية إلى حين انتهاء عدتها وتتمكن عندئذ من تنفيذ الحكم المتعلق بالسكن.

وعليه فالمشرع الجزائري قد أفرد مادة خاصة بالسكن، حيث أوجب على الزوج في حالة الطلاق توفير السكن لممارسة الحضانة دون تحديد عدد الأبناء المحضونين، وغن تعذر عليه ذلك وجب عليه دفع بدل الإيجار، بعدما قرر أنه في حالة الطلاق تبقى الحاضنة في بيت الزوجية إلى حين تنفيذ الزوج للحكم القضائي المتعلق بالسكن.