

الزواج

يعتبر عقد الزواج أساس تكوين الأسرة لذلك ينبغي التعريف بهذا العقد (أولاً) ثم تكوينه (ثانياً)، وأخيراً آثاره (ثالثاً).

أولاً: التعريف بالزواج

الزواج سنة من السنن الكونية والاجتماعية والدينية، فالتزواج موجود منذ بداية الخليقة، لكنه يختلف من مجتمع لآخر ومن تنظيم إلى آخر، وتتميز الشريعة الإسلامية عن باقي الشرائع والقوانين الوضعية من حيث تنظيمها لهذا العقد، وقبل الخوض في الأحكام المتعلقة بتكوين عقد الزواج وبيان آثاره لابد من التطرق إلى تعريف الزواج، وإبراز خصائصه، وبيان حكمه الشرعي، والحكمة من تشريعه.

1- تعريف الزواج:

الزواج في اللغة هو الاقتران والاختلاط، تقول العرب زوج فلان إبله أي قرن بعضها ببعض، ومنه قوله تعالى: " وإذا النفوس زوجت " أي قرنت، أما في الاصطلاح الشرعي والقانوني فقد وردت عدة تعاريف للفقهاء أهمها:

- "هو عقد يحل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المأذون فيه شرعاً"

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري فقد عرفه في المادة 4 المعدلة عام 2005م بكونه " عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

ومن خلال نص المادة 4 يمكن تسجيل عدة ملاحظات والمتمثلة فيما يأتي:

- أن المشرع صرح بالطرفين المتعاقدين في عقد الزواج وهما الرجل والمرأة، وهما محل هذا العقد، وهو ما يعني استبعاد زواج المثليين وعدم صحة انعقاده لا شرعا ولا قانونا.

- نص المشرع على ضرورة احترام الضوابط الشرعية (... على الوجه الشرعي (...)) بمعنى أن يكون العقد وفق أحكام الشريعة الإسلامية من حيث أركانه وشروطه، وهو يختلف عن العقود المدنية.

- ركز المشرع في التعريف على الغاية من عقد الزواج والمتمثلة في تكوين أسرة، وتحقيق المودة والرحمة والسكينة بين الزوجين، وإحصائهما، والمحافظة على الأنساب، ولم يتعرض لموضوعه وآثاره القانونية حتى لا يظن البعض أن الزواج في الإسلام وضع فقط من أجل الاستمتاع واللذة، خاصة وأن المتقدمين كانوا يركزون في تعريفهم للزواج على الاستمتاع، لذلك عدل عن ذلك إلى ذكر الغاية منه.

وقد اضاف المشرع الى المادة 4 بالتعديل 02/05 عبارة "عقد رضائي" تقييدا وتحديدا لعموم المادة 4 من القانون القديم رقم 11/84، وذلك لكون الزواج عقد رضائي بالأساس يقوم على تقابل إرادتين، إرادة الرجل من جهة وإرادة المرأة من جهة أخرى، ومن غير هذا الركن فالعقد باطل ولا أساس له.

(2) - خصائص عقد الزواج: وهي مستنتجة من نص المادة 04 فهي:

- الزواج عقد من العقود يقوم على أركان وشروط، تترتب عنه آثار قانونية معينة.
- الزواج لا يتم إلا بين رجل و امرأة (منع اللواط والسحاق والزنا والعلاقات الجنسية الحرة والشاذة).

- أن يكون الزواج على سبيل الدوام والاستقرار لتكوين أسرة ما لم ينحل بالوفاة أو الطلاق (تحريم الزواج المؤقت، وزواج المتعة وزواج التحليل...).
- هو عقد قائم على المودة والرحمة والتعاون والسلام والاحترام وليس على القهر والظلم والاستبداد.
- إن الغاية من عقد الزواج الإحصان والعفاف وإبتغاء الولد لحفظ النوع الإنساني.
- إن الشكل في إنشاء عقد الزواج معتبر شرعا وقانونا، وتعد القواعد المنظمة للزواج قواعد آمرة، بحيث يعتبر أي إتفاق على إنشاء علاقة غير مشروعة خارج نطاق الزواج باطلا لمخالفة الشرع والقانون والآداب العامة.

(3) - الحكم الشرعي للزواج (الوصف الشرعي للزواج):

بين فقهاء الشريعة الاسلامية بأن للزواج حكمين أحدهما عاما (أولا) وهو الأصل في الزواج وثانيهما خاصا (ثانيا) يختلف باختلاف حالة الشخص، حيث تعثره الأحكام الخمسة.

أولا: الحكم العام للزواج:

لقد رغبت الشريعة الإسلامية في النكاح ودعت إليه بالنسبة للشخص الذي يملك القدرة المادية والجسدية، مبرزة استحبابه والندب إليه في حقه وهذا ما يتضح لنا من خلال عموم نصوص القرآن والسنة .

ثانيا: الحكم الخاص للزواج:

يعني وصفه الشرعي حسب حالة الشخص، فالناس يختلفون من حيث القدرة المادية والجسدية، ومن حيث الرغبة في الزواج والنفور منه، لذلك تعثره الأحكام الشرعية

الخمسة، الوجوب (01)، الحرمة (02)، الكراهة(03)، الاستحباب(04)، والإباحة (05).

01: حالة كون الزواج واجبا:

يكون الزواج واجبا في حق التائق إليه والقادر على مؤنه والمتأكد من الوقوع في الفاحشة إذا لم يتزوج، تطبيقا للقاعدة الأصولية " ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب"، والحرص على عدم الوقوع في الفاحشة واجب على كل مسلم، وإذا كان ذلك لا يتم إلا بالزواج، فيصبح الزواج هنا واجب.

02: حالة كون الزواج حراما:

يكون الزواج حراما بالنسبة للشخص الذي لا يخشى من الزنا، ويتأكد من الوقوع في الحرام إن هو تزوج، وذلك بظلمه لزوجته بسبب عدم مقدرته عليه سواء ماديا أو جسديا، أو لكونه مريضا مرضا معديا يخشى انتقاله إلى زوجته وأولاده، ومعلوم أنه لا يجوز الإضرار بالغير، وكل ما أدى إلى الحرام فهو حرام.

03: حالة كون الزواج مكروها:

يكون الزواج مكروها إذا غلب على ظن الشخص أنه سيقع في ظلم زوجته ولم يصل هذا الظن إلى اليقين، وكذلك بالنسبة للشخص الذي لا يشتهي وينقطع به عن العبادة أو طلب العلم.

04: حالة كون الزواج مستحبا:

يكون الزواج مستحبا لمن يرجو نسلا أو فعل خير كالنفقة على فقيرة أو على أم و أولادها الأيتام.

05: حالة كون الزواج مباحا:

يكون الزواج مباحا بالنسبة للشخص الذي انتفت عنه دواعي النكاح وموانعه، مثل الشخص الذي لا حاجة له في النساء ولا يبرجو نسلا.

4- الحكمة من الزواج:

شرع الزواج لمقاصد عظيمة ولحكم جليلة يمكن ذكر بعض منها:

01- الإقتداء بالأنبياء والمرسلين والشعور بإقامة سنة من سننهم التي رغبوا فيها، قال سبحانه تعالى: " ولقد أرسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم أزواجا وذرية"، وكفى به أنه يعتبر نصف الدين.

02- تلبية نداء الفطرة التي فطر الله الناس عليها لأن الزوجية هي قاعدة الخلق في الإنسان وفي جميع المخلوقات، قال تعالى: " ومن كل شيء خلقنا زوجين لعلكم تذكرون".

02- تلبية نداء الفطرة التي فطر الله الناس عليها لأن الزوجية هي قاعدة الخلق في الإنسان وفي جميع المخلوقات، قال تعالى: " ومن كل شيء خلقنا زوجين لعلكم تذكرون".

03- وقاية النفس من الوقوع فيما حرم الله عز وجل من الزنا وكل ما يقرب إليه، قال عليه الصلاة والسلام: "فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج".

04- تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والشفقة والأنس بين الزوجين، والتعاون على متاعب الحياة الدنيا، قال تعالى: " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون"، وهذه الحكم نصت عليها المادة 4 من ق.أ.

05- التكاثر والتناسل وحماية النوع الإنساني، وتحقيق مباحة الرسول صلى الله عليه وسلم، والمحافظة على الأنساب من الاختلاط، لقوله عليه الصلاة والسلام: تزوجوا الودود الولود فإنني مكاثر بكم الأمم"، وبالزواج يتحقق الشعور بنعمة الأبوة الأمومة.

06- تكوين علاقة بين أسرتين كانتا وذلك عن طريق المصاهرة، فمن مقاصد التغريب في النكاح توسيع دائرة التعارف بين المسلمين، ومن ثم تحقق وحدة الأمة الإسلامية، يقول سبحانه وتعالى " وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرم عند الله أتقاكم".

07- شعور لكلا من الزوجين بالمسؤولية الزوجية، ما يروضهما على تحمل أعباء الحياة، وأداء الواجبات، ويبعث فيهما النشاط وتفجير الطاقات من أجل توفير حياة كريمة لأبنائهما، (المساهمة في زيادة الإنتاج ومن ثم تنمية الاقتصاد الوطني).

ثانيا :تكوين عقد الزواج:

صرح المشرع في نص المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري على أن الزواج عقد، ومن ثم ينبغي لتكوينه أن يقوم على ركن الرضا، وشروط موضوعية، بالإضافة إلى الشروط الشكلية، فإذا استوفى هذا العقد ركنه وشروطه الموضوعية يعتبر صحيحا ويرتب آثاره القانونية، وإذا اختلفت ترتب عنه البطلان أو الفساد حسب ما نص عليه المشرع.

1) ركن الرضا في عقد الزواج:

الرضا هو ركن أساسي في عقد الزواج لربط الطرفين وفقا لنص المادة 09 المعدلة من ق.أ " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، فبعد تعديل قانون الأسرة الجزائري جعل المشرع عقد الزواج قائما على ركن وحيد فقط، أما الأركان الأخرى المتمثلة في الولي والصداق والإشهاد فقد ألحقتها بالشروط من خلال نص المادة 9 مكرر.

بما أن عقد الزواج ذو طبيعة خاصة ومتميز عن غيره من العقود فقد جعل الفقهاء للصيغة شروطاً حتى يكون الرضا صحيحاً تتمثل فيما يأتي:

- أن تكون بألفاظ مخصوصة.

- أن تكون شفوية متلفظ بها: أي أنه بالنسبة للشخص القادر على النطق لا بد أن يتلفظ شفاهة وفي مجلس العقد بألفاظ تفيد معنى النكاح سواء أكان إيجاباً أو قبولاً اعتباراً للبادئ "بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر" دون تحديد. أما من كان عاجزاً عن النطق فقد أفادت الفقرة الثانية من المادة 10 صحة إيجابه وقبوله بالكتابة أو الإشارة "ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة أو الإشارة"، ولم يفرق المشرع هنا بين الإشارة والكتابة في المرتبة، وذلك باستعماله لحرف (أو) التي تدل على التخيير، مع أن الكتابة أقوى دلالة من الإشارة.

- أن تدل على الدوام والتنجز: لا يجوز أن تكون عبارة الصيغة مؤقتة، لأنها تتحول إلى صيغة نكاح المتعة ونكاح التحليل.

- الفورية: أي أن لا يفصل بين الإيجاب والقبول بفواصل زمنية كبيرة يفهم منه الإعراض، أما إذا كان الفاصل يسيراً للخطبة والتذكير بالمقاصد العظيمة للزواج، أو لإيصال الزوج فلا بأس بذلك. بمعنى آخر أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، أي اتحاد الزمان، والمكان.

- موافقة القبول للإيجاب من كل وجه: بمعنى أن يوافق القبول الإيجاب من حيث محل العقد (الزوج والزوجة)، وكذلك من حيث الصداق، فإذا حدث اختلاف لم يصح النكاح.

- عدم رجوع الموجب عن إيجابه قبل القبول: فإذا رجع قبل قبول الطرف الآخر صح رجوعه،

- أن تكون الإرادة خالية من العيوب: يشترط أن يصدر الرضا خالياً من عيوب الإرادة كالغلط والتدليس والإكراه.

أما مسألة الاشتراط في عقد الزواج:

يجوز للزوجين الاشتراط في عقد الزواج بما يحقق مصالحها التعاقدية، حيث لا يوجد مانع يمنع الزوجين من تضمين عقد الزواج لبعض الشروط التي لا تتنافى مع أحكام العقد ومقاصده وهذا ما صرحت به المادة 19 من ق.أ.

(2) - الشروط الموضوعية في عقد الزواج:

نصت المادة 09 مكرر من ق.أ على أنه: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج. بتعديل قانون الأسرة سنة 2005 م أضاف المشرع المادة 9 مكرر أعلاه، وضمنها شروط عقد الزواج، والمتمثلة في الأهلية (أولاً)، الصداق (ثانياً)، الولي (ثالثاً)، الشاهدان (رابعاً)، وانعدام الموانع الشرعية (خامساً).

أولاً: شرط الأهلية في الزواج:

تنص المادة 07 من ق.أ على انه " 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 القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

من خلال نص المادة نجد أن المشرع اشترط في الزوجين بلوغ سن الأهلية، مع إمكانية الترخيص لمن لم يبلغ هذه السن القانونية.

ثانيا: شرط الصداق في عقد الزواج:

يعد الصداق أو المهر من بين الشروط التي تميز عقد الزواج عن العقود المدنية الأخرى، فهو دليل على صدق نية الرجل في الارتباط بهذه المرأة، وهو برهان على أن هذا العقد مبني على المكارمة عكس العقود المدنية على المشاحة، وابتغاء الربح، ولإحاطة بهذا الشرط ينبغي تعريفه (01)، وبيان حكمه (02)، وشروطه (03)، والتعرف على أوضاعه (04)، ثم حالات استحقاق المرأة لهذا الصداق (05)، وبعدها نتناول مسألة قيام النزاع بشأنه (06).

01: تعريف الصداق:

الصداق لغة اسم مصدر وهو بفتح الصاد مهر المرأة، وقيل هو ما يدفعه الزوج إلى زوجته بعقد الزواج، وورد في نصوص الشريعة بعدة مسميات كالنحلة والمهر والفريضة والطول والأجر ...

أما اصطلاحا فيعرف الصداق بأنه المال الذي أوجبه الشارع على الزوج، وجعله حقا للزوجة في مقابل الاستمتاع بها، في النكاح الصحيح والوطء بشبهة والوطء في النكاح الفاسد، ويعتبر عربونا ورمزا لرغبة الرجل في الاقتران بالمرأة.

وعرفته المادة 14 من ق.أ بأنه " ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

02: حكم الصداق: يستمد الصداق مشروعيته من قوله تعالى: " وآتوا النساء

صداقاتهن نحلة"، وقوله تعالى أيضا " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم

تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة" ، وهذه الآية دليل على أن العقد ملزم حتى وإن لم يسم المهر ، لكن يصح بدفع مهر المثل ، وقوله أيضا " فما استمتعتم به منهن فاتوهن أجورهن فريضة". وقد اختلف الفقهاء في حكم الفقهاء في حكم الصداق في عقد الزواج ، فهناك من اعتبره ركنا من أركانه ، وهناك من اعتبره شرط صحة ، وهناك من لم يعتبره لا ركنا ولا شرط صحة ، بل يجب على الرجل دفعه ، ويصح عقد الزواج دون ذكره ، والدليل على ذلك قوله تعالى: " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة" ، فإذا خلا العقد من الصداق فلا يؤثر في صحته ، أو حتى لو وقع اتفاق على نفيه ، أو وقع الزواج دون تسمية المهر ، فإن العقد سيكون ملزما ويجب فيه مهر المثل متى تم الدخول .

وبالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فقد اعتبره شرطا في عقد الزواج من خلال المادة 9 مكرر المضافة بالقانون 02/05 ، وهذا بعد أن كان من أركان عقد الزواج ، لكنه إذا تخلف في العقد فلا يؤثر في صحته متى تم الدخول ، حيث تنص المادة 33 من الفقرة 2 على أنه " إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

أي إذا لم يتم تحديد الصداق ، أو كان فاسدا وأنه سمي تسمية غير شرعية ، أو تم نفيه ففي كل هذه الحالات يفسخ العقد قبل الدخول ولا صداق فيه ، وإذا حصل الدخول بالمرأة فإنه يصح العقد ويثبت بدفع صداق المثل ، وهذا أخذا برأي من يعتبر الصداق أثر من آثار عقد الزواج ، وليس بركن ولا شرط صحة ، مع أن المشرع اعتبره من شروط عقد الزواج .

03: شروط الصداق: يشترط في الصداق في الفقه الإسلامي ما يشترط في الثمن وهذه الشروط تتمثل فيما يأتي :

أ - أن يكون مبلغا أو شيئا متقوما، فلا يجوز أن يكون شيئا تافها لأن الصداق منه ما هو حق الله تعالى ومنه ما هو حق للمرأة، والحد الأدنى له هو حق الله، وقد حدده المالكية بربع دينار ذهبي (1.125 غ ذهب) ومن ثم لا يجيزون إسقاطه من العقد، وما زاد عن ذلك فهو بمثابة حق للمرأة ويجوز لها أن تسقطه عن الرجل، ومعلوم أنه ليس للمهر حد أقصى لقوله تعالى: " **وَأَتَيْتُم إِحْدَاهُن قَنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا** " ، وقد أشار المشرع إلى هذا الشرط في المادة 14 " الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نفود أو غيرها من كل ما هو مباح ..."

ب - أن يكون مباحا، أي طاهرا ويجوز الانتفاع به، لأن الحرام لا قيمة له في نظر الشارع، ولا يجوز تملكها ولا نقل ملكيتها، كالخمر وآلات اللهو، ونص المشرع على هذا الشرط في المادة 14 " ... من كل ما هو مباح شرعا..."

ج- أن لا يكون مغصوبا، لأن الصداق دليل صدق الرجل في استمرار ما توعد به في الخطبة فمن غير المعقول أن يكون هذا الدليل ملا مغصوبا، أشار المشرع أيضا إلى هذا الشرط في المادة 14 " ... من كل ما هو مباح شرعا..."

د - أن يكون خاليا من الغرر كالثمار التي لم يبد صلاحها، وبأخذ الحكم نفسه إذا أجل الصداق لأجل غير محدد أو أمد طويل لا يمكن أن يعيش الزوجان إلى ذلك الوقت، ويشترط فيه أن لا يكون مجهولا، كأن يقول أن مهرك بيتا دون تحديده، أما إن كانت الجهالة يسيرة فلا بأس ، وهذا الشرط نص عليه المشرع في المادة 15.

04: أوضاع الصداق:

تنص المادة 15 من ق.أ على أن " يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا وفي حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق مثلا".

ومن تحليل هذه المادة فإن أوضاع الصداق في ثلاث حالات هي حالة كونه معجلا، وحالة كونه مؤجلا، وحالة كونه معجلا في بعضه ومؤجلا في البعض الآخر.

من خلال المادة السابقة 15، والمادة 16 التي تنص على أنه "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول"، يلاحظ أن استحقاق الزوجة للصداق يتمثل في ثلاث حالات هي حالة استحقاقها للصداق المسمى كاملا، وحالة استحقاقها لنصفه، وحالة استحقاقها لصداق المثل.

أ - حالة استحقاق الزوجة للصداق المسمى كاملا:

تستحق الزوجة الصداق المسمى كاملا في حالة الدخول بها إلي بيت الزوجية أو وفاة زوجها بعد العقد الصحيح، حتى وإن لم يتم الدخول بها، وأضاف المالكية إقامة الزوجة مدة طويلة قدرها بسنة كاملة عند زوجها ، حيث اعتبروا ذلك كالدخول الحقيقي.

ب- حالة استحقاق المرأة لنصف الصداق المسمى:

وهي الحالة التي تستحق فيها الزوجة نصف الصداق المسمى، وهذا عندما يقع طلاقها من زوجها بعد إنجاز العقد وقبل الدخول بها، فبمجرد العقد الصحيح يثبت نصف الصداق للمرأة وأما النصف الثاني فتستحقه بالدخول بها.

ج - حالة استحقاق المرأة لمهر المثل:

وهي الحالة التي تستحق فيها الزوجة صداق المثل، وذلك عندما يبرم عقد الزواج دون تحديد أو تسمية قيمة الصداق، حيث لا يكون هناك صداق معلوم لا معجلا ولا مؤجلا وهذا المعنى الذي تضمنته الفقرة 2 من م 15 التي تنص على "...في حالة تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل.

كما أضاف الفقهاء حالات أخرى وهي، إذا حصل الزواج على أن لا صداق للمرأة، أو في نكاح الشغار، أو إذا سمي الصداق لكن ليس ذا قيمة مالية في الشريعة الإسلامية كالخمر، وكذلك إذا سمي الصداق وكانت له قيمة مالية، ولكنه مجهول جهالة فاحشة تؤدي إلى النزاع.

06: مسألة قيام النزاع بشأن الصداق:

من خلال قراءة المادة 17 من ق.أ. وقع نزاع بين الزوجين أو ورثتها في حالة الوفاة كأن تقول الزوجة لم أقبض المهر ويدعي الزوج عكسها، وليس لأحدهما بنية، فهنا وضع المشرع قاعدة عامة يغطي بها جميع صور النزاع في الصداق من القبض أو المقدار أو الزمن، حيث فرق بين حالتين، حالة وقوع النزاع قبل الدخول وحالة وقوعه بعد الدخول، ففي الأولى يأخذ بقول الزوجة أو ورثتها مع اليمين، وفي الحالة الثانية يأخذ بقول الزوج أو ورثته مع اليمين كذلك.

لأن الأصل أن الزوج لا يدخل بالمرأة إلا إذا قدم لها ولو جزءا من المهر عند المالكية الذين يأخذون بعمل أهل المدينة، وعليه إذا تم الدخول فسيأخذ بقول الزوج، لأنه يفترض أن يكون قد قدم المهر عند الدخول، وحتى لا تقع هكذا نزاعات حول قبض الصداق من عدمه، الأولى أن يتم الإشهاد والتوثيق عند دفعه.

ثالثا: شرط الولي في عقد الزواج:

اعتبر المشرع الجزائري الولي شرطا من شروط عقد الزواج من خلال المادة 9 مكرر من الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة الجزائري، مخالفا بذلك رأي الجمهور الذين يعتبرونه ركنا، ومخالفا كذلك لرأي الحنفية الذين لا يعتبرونه لا ركنا ولا شرطا، ولمعرفة حقيقة هذا الشرط نتطرق إلى تعريف الولاية (01)، ثم شروط الولي (02) وبعدها أنواع الولاية (03)، وأخيرا جزاء تخلف هذا الشرط(04).

01: تعريف الولاية:

الولاية لغة بكسر الواو وفتحها تعني النصر والقدرة والسلطان.

أما الولاية اصطلاحاً فهي تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه، وتعني كذلك القدرة على إنشاء العقد نافذاً، وولي المرأة في الزواج هو من يتولى عنها إبرام عقد الزواج.

02: شروط الولي:

يشترط الفقهاء في الولي مجموعة من الشروط منها ما هو متفق عليها ومنها ما هو مختلف فيها، فبالنسبة للشروط المتفق عليها فتتمثل في ما يلي:

أ- أن يكون الولي بالغاً عاقلاً.

ب- كما يشترط فيه الإسلام لقوله تعالى " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً" .

أما بالنسبة للشروط المختلف فيها فتتمثل في: الرشد (عكس السفه)، عدم اختلال السمع والبصر، الإحرام ، الذكورة، بالإضافة إلى شرط العدالة والتي تعني عكس الفسق.

03: أنواع الولاية:

الولاية إما أن تكون على المال وإما أن تكون على النفس، فالأولى هي سلطة التصرف في المال (ليست موضوع دراستنا)، وأما الثانية فهي سلطة إنشاء عقد الزواج وهي المقصودة في هذه الدراسة وهي نوعان، ولاية قاصرة (أ)، وولاية متعدية (ب).

أ- الولاية القاصرة على النفس:

وهي سلطة تزويج الإنسان نفسه دون توقف على رضا أحد ، وهي تثبت للرجل البالغ العاقل فإذا زوج نفسه ممن يريد الزواج منها كان زواجه صحيحا وليس لأحد الاعتراض على ذلك، أما المرأة البالغة فقد اختلف الفقهاء في ثبوت هذه الولاية لها إلى رأيين:

-**الرأي الأول:** وهو لجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وكثير من

العلماء، حيث يرون أنه ليس للمرأة أن تزوج نفسها ولا غيرها وإنما يزوجها وليها لقوله تعالى: " **وانكحوا الأيامى منكم** "، وقوله كذلك " **ولا تتكحوا**

المشركين حتى يؤمنوا"، فالخطاب في هذه الآيات موجه إلى جماعة الرجال

ما يعني أن سلطة التزويج للرجال وليس للنساء، وقوله أيضا " **وإذا طلقتم**

النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم

بالمعروف"، هذا خطاب للأولياء، ولو لم يكن لهم حق في الولاية لما نهوا

عن العضل (المنع).

-وقوله عليه الصلاة والسلام: " لا نكاح إلا بولي".

وكذلك الخبرة بأحوال الرجال ومن يصلح منهم للحياة الزوجية أمر غير متيسر للمرأة

لقلة خبرتها بل هو خاص بالرجال.

-**الرأي الثاني:** وهو لأبي حنيفة وأبو يوسف، ورأيهم أن للمرأة أن تتولى عقد

زواجها نفسها متى كان الزوج كفنا كما لها أن تزوج غيرها، لقوله تعالى :

"**فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره**"، وقوله أيضا " **وإذا**

طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا

بينهم بالمعروف"، فالخطاب في هذه الآيات موجه إلى النساء حيث أضاف

الله عز وجل فعل النكاح إليهن ما يعني جواز عقد الزواج بعبارتهن من غير شرط الولي.

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم: " الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها"، أي أن المرأة التي ليس لها زوج لها الحق في تولي أمر نفسها، وهذا يخول لها حق عقد زواجها دون ولي سواء أكانت بكرًا أو ثيبًا.

بالرجوع إلى قانون الأسرة فقد نص قبل التعديل في المادة 12 على أنه " يتولى زواج المرأة وليها"، أما المادة 11 المعدلة فتنص على أنه " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره"، فهذا النص فتح الباب أمام التأويل لأن "أو" الواردة في النص للتخيير وبالتالي تستطيع المرأة بسهولة الاستغناء عن الولي (الأب) إلى شخص آخر قد يكون من الغير، والمشرع لم يبين سبب حضور الولي في هذا المجلس، هل هو حضور شرفي أم لمباركة زواج ابنته، أم باعتباره شاهداً، لأن عبارة النص واضحة على أن المرأة هي من تتولى عقد زواجها بنفسها.

أما القصر من الجنسين ففي حالة الترخيص بالزواج يتم تزويجهم بواسطة الولي، فهو الأب فأحد الأقارب والقاضي ولي من لا ولي له المادة 11 ف 2.

الذي نصل إليه مراعاة لعرف مجتمعنا ولتراثه الفقهي والتاريخي والحضاري، هو أنه لا بد من موافقة ورضا المرأة ووليها معاً، ويتولى الولي مباشرة العقد، لأن هذه المجالس غالباً ما يحضرها الرجال فقط، والمرأة الحبيبة العفيفة الشريفة يمنعها الحياء من حضور مثل هذه المجالس.

بالإضافة إلى أن تولي زواج المرأة من طرف وليها يعطي من شأنها أمام زوجها وعائلته، ويعد ذلك حصانة ومناعة لها من أن تقع فريسة في يد لثيم مخادع، كما أن

حضور الولي يميز النكاح الشرعي عن مختلف الأنكحة المحرمة شرعا، وغيرها من الحكم والمقاصد.

ب - الولاية المتعدية على النفس:

وهي سلطة تزويج الإنسان غيره، وهي نوعان ولاية إجبار وولاية اختيار.

-ولاية إجبار: وهي التي يستبد فيها الولي بتزويج من تحت ولايته بغير إذنه ومن دون حاجة إلى رضاه واختياره، ويكون العقد نافذا، وتثبت على المجنون والصغير من الذكور وللصغيرة بكرة أو ثيبا والحكمة في هذا أن الصغير والمجنون لا يدرون من أمور الحياة شيئا، فلم يجعل الشارع لهما أمرا ولا نهيا في عقد الزواج الذي يتطلب التبصر وحسن الاختيار.

-ولاية اختيار: وتسمى أيضا ولاية استحباب وولاية مشاركة، وهي التي لا يستطيع الولي أن يستبد بتزويج المولى عليه، بل لابد من مشاركة الزوجة وليها في اختيار الزوج، وهذه الولاية تثبت على المرأة البالغة العاقلة، وذلك لأن جمهور الفقهاء ذهبوا إلى أنه ليس للمرأة أن تنفرد بإنشاء عقد زواجها بل يشاركها وليها في اختيار الزوج، وينفرد هو بتولي الصيغة، أما الإمام أبو حنيفة فيرى بأن المرأة البالغة العاقلة يجوز لها أن تتزوج نفسها وتزوج غيرها وتتولى صيغة العقد، ولكن يستحب أن يتولى الولي صيغة العقد.

أما من تثبت له الولاية فأغلب الفقهاء أنها تكون للأب والجد، وزاد البعض العصابات على طريقة المواريث، الأقرب فالأقرب وتنتهي إلى السلطان.

فأساس الولاية هو أن يكون الولي من عصابة المولى عليه، ثم أن يكون أقرب العصابات عليه، ولهذا يكون ترتيبهم في الولاية حسب ترتيبهم في الميراث، ويتقدم بعضهم على بعض من ثلاث نواح، جهة القرابة أولا، ثم قرب درجتها ثانيا إن

اتحدت الجهة، ثم قوة القرابة ثالثا إن اتحدت الدرجة، مع الإشارة إلى أن الترتيب ليس شرطا في تولي النكاح حيث لو تولى النكاح الولي الأبعد مع وجود الأقرب جاز ذلك والعقد صحيح، ومراتب الأولياء وضعت للرجوع إليها في حالة ما إذا أراد كل منهم التمسك بما له من حق تجاه المراد تزويجها.

وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة نجد أن المشرع قد أخذ بولاية الاختيار حتى بالنسبة للقاصرة في المادة 13، حيث جاء فيها " لا يجوز له أن يزوجه دون موافقتها"، إذن ينبغي أن توافق القاصرة وترضى بالزواج وتأذن به ثم يتولى وليها صيغة العقد نيابة عنها.

04: جزاء تخلف شرط الولي:

تنص المادة 33 ف 2 من ق.أ على انه "... إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"، فهذا الحكم متعلق بالقاصرة فقط فإذا زوجت نفسها وتولت إبرام عقد زواجها بعبارتها، دون وليها، فإن مصير هذا العقد هو فسخه قبل الدخول، أما إذا تم الدخول فيصح ويثبت بصداق المثل، أما بالنسبة للراشدة أي التي يزيد سنها عن 19 سنة والعاقلة فلا ينطبق عليها هذا الحكم، باعتبار أن الولي ليس بواجب في حقها حسب نص المادة 11 ف 1.

رابعا: شرط الإشهاد في عقد الزواج (الشهود):

اعتبر المشرع الجزائري الإشهاد من شروط عقد الزواج وذلك لإخراجه من دائرة الحرام إلى دائرة الحلال.

وما نسجله في هذا العنصر أنه لم يبين قانون الأسرة الجزائري أي شروط للشاهدين ما عدا ما ذكره من العدد (شاهدين)، مع العلم أن قانون الحالة المدنية ينص في المادة 33 على وجوب بلوغ الشاهد سن 19 سنة حتى تقبل شهادته في عقد الزواج. وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي فإن شروط الشاهدين تتمثل في العقل والبلوغ، والإسلام إذا كان الزوجين مسلمين، أما إذا كانت الزوجة كتابية فالمسألة فيها خلاف (كون الشهادة من باب الولاية)، وكذلك سماع كل من الشاهدين كلام العاقدين وفهمهما المراد منه، والسماع يعني الحضور بالضرورة لأن من يسمع يكون حاضرا.

بالإضافة إلى الشروط السابقة ينبغي أن يشهد على العقد من اثنين فما فوق، أي أكثر من شاهد واحد، رجلان أو رجل و امرأتان لقوله صلى الله عليه وسلم: " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل" وقوله تعالى: " واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى".

وهناك من الفقهاء من يشترط في الشهود الذكورة، حيث لا تصح الشهادة من النساء في عقد الزواج مهما بلغ عددهن، فشهادتهن وحدهن لا تقبل إلا فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة، وهم المالكية والشافعية الذين قالوا بعدم صحة شهادة رجل و امرأتان حيث يشترطون الذكورة.

خامسا: شرط انعدام الموانع الشرعية في عقد الزواج :

يعبر عن الموانع في الفقه الإسلامي بصورة التحريم، بمعنى أن لا تكون المرأة محرمة شرعا عن الرجل تحريما مؤبدا أو مؤقتا حسب المادة 23 ق.أ ، وعليه سنتناول المحرمات تحريما مؤبدا (01)، ثم المحرمات تحريما مؤقتا (02)، وأخيرا جزاء مخالفة هذا الشرط (03).

01: المحرمات تحريماً مؤبداً:

لا يجوز الزواج بهن أبداً، لأن المانع دائم لا يزول، وأسبابها ثلاثة القرابة (أ) والمصاهرة (ب) والرضاع (ج) حسب نص المادة 24 ق.أ وأضاف الجمهور مانعاً آخر وهو الملاءنة، فالرجل الذي ينفي نسب ابنه عن طريق اللعان يفرق بينه وبين زوجته فرقة أبدية، بحيث لا يجوز له شرعاً الزواج منها مرة أخرى.

أ- المحرمات بسبب القرابة:

ورد مانع القرابة في سورة النساء الآية 23، حيث يقول تعالى "حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت"، كما نصت عليها المادة 25 ق.أ وهن:

- أصول الشخص، الأم والجدة مهما علت الجهتين.
- فروع الشخص، البنت و بنت الابن و بنت البنت مهما نزلن.
- حواشي الشخص، الأخت و بنت الأخت و بنت الأخ مهما نزلن.
- نساء الدرجة الأولى من فروع الأجداد والجذات وهن العممة والخالة، أما نساء الدرجة الثانية فجائز الزواج بهن كبنات العممة و بنت العم و بنت الخالة و بنت الخال.

علة التحريم في هذا الصنف هو المحافظة على كيان الأسرة وحماية الأرحام من أن تقطع بالنزاعات التي تحدث عادة بين الزوجين، وإزالة الأطماع من النفوس والعيش في ود وحب خالص دون أن تشويه رائحة الجنس، كما أن التحريم يتمشى مع ما تأباه الفطرة السليمة من عدم مباشرة ما كان هو جزءاً منها أو من كانت هي جزءاً منه، أو كانا معا جزءاً.

ب- المحرمات بسبب المصاهرة:

التحريم بهذا النوع معناه التحريم بسبب الزواج، ونصت عليه المادة 26 ق.أ وهن:

-أصول زوجة الشخص مثل أم الزوجة وجدة الزوجة وأم جدة الزوجة فما فوق،

وهذه تحرم بمجرد العقد على الزوجة، وهذا لقوله تعالى: " وأمهات نسائكم".

-فروع زوجة الشخص وهي المعروفة بالربيبة إن دخل بأمها، لقوله تعالى:

" وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا

دخلتم بهن فلا جناح عليكم"، والحالتين الأخيرتين تطبق بشأنهما قاعدة

"الدخول بالأمهات يحرم البنات والعقد على البنات يحرم الأمهات"، ولا يشترط

في الربيبة أن تعيش مع أمها حسب ظاهرة النص، وإنما الآية جاءت على

سبيل الغالب حيث تعيش الربيبة مع أمها في حجر زوجها.

-أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علوا، أيمن كن زوجات لهؤلاء الأصول

مثل زوجة الأب أو الجد من الجهتين، وهذا بمجرد العقد عليهن، والدليل على

ذلك قوله تعالى " ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه

كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا"، وذلك لأن زوجة الأصل بمجرد العقد نزلت

منزلة الأم أو الجدة والنفس السليمة تنفر من فعل كهذا، والواجب هو الاحترام

وتكريم الأصول وزوجاتهم.

-أرامل ومطلقات فروع الزوج وإن نزلوا ، أي من كن زوجات لفروع الشخص

مثل زوجة الابن وزوجة ابن الابن وزوجة ابن البنت مهما نزلوا، وهذه الحرمة

تثبت بمجرد العقد عليها، وذكر هذا النوع من المحرمات في قوله تعالى "

وحلائل أبنائكم من أصلابكم" ، والمقصود بالحليلة الزوجة، والحكمة من

تحريم هذا الصنف هو حماية الروابط الأسرية من الضغائن والأحقاد التي قد

تنتشر في النفوس بين الآباء و الأبناء بسبب هذا النوع من الزواج المحرم.

ج- المحرمات بسبب الرضاع:

ورد التحريم في قوله تعالى " ... وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم و أخواتكم من الرضاعة" ، ولقوله صلى الله عليه وسلم " يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب" ، كما نصت عليه المادة 27 ق.أ " يحرم من الرضاع ما يحرم بالنسب". وقد جاء نص المادة 27 بلفظ الحديث تماما دون تعداد للمحرمات بسبب الرضاع، ما يعني أن المشرع اكتفى بالتحريم بالرضاع ما حرم بالنسب فقط دون المصاهرة أخذا برأي في الفقه المالكي والحنبلي، وعليه فإن المحرمات بسبب الرضاع هن:

الأم وهي الأم المرضعة، البنت وهي البنت الرضيعة، الأخت وهي بنت المرضعة، العمة وهي أخت زوج المرضعة، الخالة وهي أخت المرضعة، بنت الأخ وهي بنت ابن المرضعة، بنت الأخت وهي بنت بنت المرضعة.

ونصت المادة 28 على " أن الطفل الرضيع يعد وحده دون غيره من إخوته ولدا للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها، ويسري التحريم عليه وعلى فروعه"، وهذا يعني أن التحريم بالرضاع قاصر على من رضع لأنه حاصل بسببه و لا يتعدى إلى غيره، ومن ثم لا يسري التحريم على إخوته وأخواته، بخلاف فروعه فيسري عليهم، وكأن الرضيع ينتقل إلى أسرة المرضعة وزوجها فيصبح عضوا فيها.

وأضافت المادة 29 " الرضاع المعتبر هو ما قبل الفطام أو في الحولين لا يفرق بين ما كان قليلا منه أو كثيرا"، من خلال هذه المادة أورد المشرع شروطا للرضاع المحرم للزواج وهي:

- أن يكون الرضاع في الحولين وقبل الفطام، وألحق المالكية الشهر والشهرين والثلاثة بشرط أن لا يكون قد فطم.

- أن يصل اللبن بغيره، فإن خلط وكان هو الغالب أو مساو، فإن الراجح أنه محرم وإلا فلا.

- أن يثبت الرضاع بإقرار وبينه.

- والتحریم بالرضاع سببه المشاركة في تكوين بنية الراضع من المرضع أو الزوج من اللبن، فلبن المرأة ينبت اللحم وينشر العظم، ويوجد ارتباطا كرباط الابن من النسب، إضافة إلى أن في إثبات الحرمة بالرضاع توسيع لدائرة الأسرة وتمتين للروابط بين أفراد المجتمع.

02: المحرمات تحريماً مؤقتاً:

المحرمات تحريم مؤقتاً هن النساء اللواتي لا يجوز الزواج بهن لفترة معينة لوجود مانع، ويزول هذا التحريم بزوال المانع، وأوردها المشرع في المادة 30 ق.أ، وهن:

- المحصنة.

- المعتدة من طلاق أو وفاة.

- المطلقة ثلاثاً.

- الجمع بين الأختين أو المرأة وعمتها وخالتها.

- زواج المسلمة مع غير المسلم.

- الزيادة على أربع نساء.

جزاء مخالفة شرط انعدام الموانع الشرعية:

نصت المادة 32 ق.أ على أنه " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، ونصت المادة 34 بأن " كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء".

فمصير هذا العقد هو البطلان المطلق ويفسخ فوراً حتى لو لحقه دخول، أو سجل في سجلات الحالة المدنية فيظل باطلاً، وعلى ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي يطلب منه إبرام مثل هذا العقد أن يرفض لأنه مخالف للنظام العام، ومخالف للنصوص الشرعية القطعية، وفي المقابل يترتب عنه ثبوت نسب الولد الناتج عن هذا الزواج في حالة الدخول تطبيقاً لقاعدة إحياء الولد، كما يجب على المرأة أن تعتد للاستبراء.

3: الشروط الشكلية في عقد الزواج:

وهذه الشروط وإن كانت مطلوبة في تكوين العقد من الناحية الشكلية، إلا أنها لا تؤثر على صحة عقد الزواج الذي يبقى صحيحاً متى توفر في ركن الرضا والشروط الواردة في المادة 9 مكرر ويرتب آثاره القانونية.

أولاً: الجهة المختصة بإبرام عقد الزواج:

نصت المادة 18 ق.أ على أن الشخص المكلف بإبرام عقد الزواج هو إما ضابط الحالة المدنية وإما الموثق، كما نصت المادة 71 من ق.ح.م. بأن هذا الضابط أو الموثق المختص بتحرير عقد الزواج، هو إما ذلك الذي يوجد بدائرة اختصاص موطن الزوجين أو أحدهما، وإما ذلك الذي يوجد بدائرة اختصاصه مقر إقامة أحد الزوجين باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج.

يرفع دعوى قضائية تسمى دعوى إثبات الزواج أمام الجهة التي تم فيها إبرام العقد العرفي، ويجب أن يشير الطرفان فيها إلى الشاهدين.

ثانياً: الوثائق المطلوبة لإبرام عقد الزواج:

- شهادة الميلاد.

- شهادة الإقامة للزوج في حالة عدم معرفة أنه يقيم في البلدية.
- شهادة الإعفاء من السن أو الرخصة، رخصة الزواج من رئيس المحكمة بالنسبة للزوج القاصر وحالة التعدد.
- رخصة الوالي بالنسبة للزواج المتعلق بأجنبي.
- رخصة مصالح الأمن بالنسبة لزوج موظفي الأمن الوطني.
- رخصة مصالح الدفاع الوطني بالنسبة لزوج العسكريين .. ورجال الدرك والمجندين الخاضعين لنظام الخدمة الوطنية.
- نسخة من عقد الزواج السابق للمرأة التي سبق لها الزواج أو نسخة من حكم الطلاق المادة 75 ق.ح . م ، أو شهادة عدم الزواج بالنسبة لغير المتزوجة (التي لم يسبق لها الزواج).

ثالثا: الشهادة الطبية كشرط شكلي في عقد الزواج:

أوجبت المادة 7 مكرر على كل طالبي إبرام عقد زواج تقديم بشكل مسبق شهادة طبية لا تزيد على 3 أشهر، تثبت خلو الطرفين من أي مرض أو أي عائق، يشكل خطرا على الحياة الزوجية، كما أوجبت على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من هذه المسألة قبل إبرام عقد الزواج، ويجب عليه تبصير الطرفين بكل مرض أو عامل قد يشكل خطرا على الزواج، بل عليه أن يؤشر على ذلك في عقد الزواج.

ينبغي على الموظف المؤهل قانونيا بإبرام عقد الزواج أن لا يمتنع عن إبرامه لأسباب طبية، خلافا لإرادة الزوجين حسب نص المادة 7 ف 2 من المرسوم التنفيذي المحدد لشروط كيفية تطبيق أحكام المادة 7 مكرر ق.أ.

4: أنواع النكاح من حيث الفساد والبطلان:

حدد المشرع الجزائري الزواج غير الصحيح في الزواج الفاسد (أولا) والزواج الباطل (ثانيا)، وهو ما جاء في الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول من قانون الأسرة المتعلق بالزواج وانحلاله.

أولا: الزواج الفاسد:

النكاح الفاسد هو ذلك الزواج الذي توافر فيه سبب من أسباب الفسخ أو البطلان وتبين أمره قبل الدخول، فالنكاح الفاسد يفسخ قبل الدخول ولا مهر فيه، أما بعد الدخول فمنهم من رآه مخالفا لأصول الشريعة ومبادئها ويلحق ضررا بالعائلة والمجتمع فسماه باطلا، ومنها ما رأى الاستمرار فيه أولى من فسخه فصحه بالدخول.

وأسباب الفسخ حسب قانون الأسرة هي فقدان العقد لشرط الصداق والشاهدان والولي في حالة وجوبه، ففي هذه الحالات الثلاثة يفسخ العقد قبل الدخول ولا مهر فيه ويثبت بالدخول، ويصح بصداق المثل وهذا حسب المادة 33 ف 2 ق.أ " إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

كما يعتبر العقد فاسدا في حالة إبرام عقد زواج ثان (أي حالة التعدد)، دون استصدار رخصة بهذا الزواج من المحكمة، وتبين أمره قبل الدخول فإنه يفسخ وهذا ما نصت عليه المادة 8 مكرر 1.

وهناك من أضاف حالة خامسة لم ينص عليها قانون الأسرة الجزائري وهي اقتران العقد بشرط ينافيه، فقبل الدخول يفسخ وبعده يصبح صحيحا ولكن دون دفع صداق المثل، فقط يبطل الشرط، لكن هذا الكلام فيه نظر باعتبار أن المشرع اعتبر العقد

المقترن بشرط ينافيه صحيحا، والشرط باطل، وهذا ما جاءت به المادة 35 ق.أ " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا".

ثانيا: الزواج الباطل:

هو ذلك النكاح الذي توفر فيه سبب من أسباب الفساد أو أكثر وتعين إبطاله ولو بعد الدخول، وأسباب البطلان حسب قانون الأسرة تتمثل في تخلف ركن الرضا ونصت عليه المادة 33 ف 1 " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا ..."، وكذلك عدم مراعاة شرط المانع، أي الزواج بالمحرمات، وهذا حسب ما جاء في المادة 32 ق.أ التي تنص على أنه " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، كما تنص المادة 34 ق.أ على أن " كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء".

فالزواج الباطل كالمعدوم لا وجود له من الناحية الشرعية والقانونية لذلك ينبغي فسخه قبل الدخول وبعده، وترتب عنه آثار تتمثل في وجوب العدة لمعرفة براءة الرحم حتى لا تختلط الأنساب، وثبوت نسب الولد الناتج من هذا الزواج.

والبطلان أقوى من الفساد في السبب، فكلما قوي السبب كان النكاح باطلا وكلما قل أثره كان فاسدا، وذلك لأن المشرع وازن بين الاستمرار في النكاح وما يحدثه من ضرر مع مقابل فسخه، فرأى بأن ضرر الفسخ أشد من ضرر الاستمرار فيه فأقره بالدخول، أما النكاح الباطل فلا يمكن إقراره بأي حال فهو كالعدم لتأكد ضرره أو لمخالفته الأمور الشرعية اليقينية التي هي محل اتفاق بين كل الفقهاء.

ويمكن القول كذلك أن كل نكاح باطل يكون فاسدا لو تبين أمره قبل الدخول، ولكن ليس كل سبب للفسخ هو سبب للبطلان، ذلك أن المشرع نص على فساد النكاح بفقدانه واحدا من الشروط وهي الصداق والشاهدان والولي في حالة وجوبه مع تبين

أمره قبل الدخول، ولم يعتبر فقده سببا للبطلان بعد الدخول، فالمشرع وازن بين مصلحتين وأثر في النهاية البقاء والاستمرار على هذه الزوجية، وتصحيحها بصداق المثل.

ثالثا: آثار عقد الزواج:

إذا أبرم عقد الزواج وفقا لما هو مقرر شرعا وقانونا، فإنه ينتج عنه آثار تتمثل في حقوق وواجبات الزوجين وكذلك ثبوت نسب الولد الناتج عن هذه العلاقة.

1- حقوق وواجبات الزوجين:

هذه الحقوق التي أقرها المشرع في المادتين 36 و 37 من ق.أ يمكن تقسيمها إلى نوعين: الحقوق والواجبات الشخصية (أولا) والحقوق والواجبات المالية (ثانيا).

أولا: الحقوق والواجبات الشخصية:

بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005م ، جمع المشرع الحقوق والواجبات التي كانت في ثلاث مواد في مادة واحدة هي المادة 36، وعدد فيها الواجبات الملقاة على عاتق الزوجين، وعددها واجبات مشتركة (01) وحق آخر خاص بالزوج وهو حق التعدد والذي يرتبط به حق آخر وهو حق الزوجة في العدل (02).

الحقوق والواجبات الشخصية المشتركة:

وتتمثل هذه الحقوق والواجبات فيما يأتي:

أ- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة، فعلى الزوجة أن تحافظ على بيتها وتصون زوجها في حضرته وغيابه، وهذا الواجب يقع على الزوج أيضا.

ب- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة وهذا الواجب يخص معاملة كل زوج نحو الزوج الآخر، والتي تبني على أساس حسن المعاشرة والقول الحسن والتسامح والإخلاص والوفاء.

ج- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم، أي أن يعمل الزوجين كل ما فيه مصلحة للأسرة والعائلة، خصوصا تربية الأولاد وحمايتهم وخلق جو من السعادة بتوفير الاستقرار والطمأنينة لهم.

د- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات، بمعنى على الزوجين التشاور في أمور حياتهما وعدم جواز انفراد أحدهما باتخاذ القرار، وأعطى مثلا على ذلك وهو اتفاق الزوجين على تباعد الولادات لما فيه من مصلحة للأولاد وللأم، وهذا على عكس ما كان قبل تعديل المادة من وجوب طاعة الزوجة لزوجها، واعتبار هذا الأخير صاحب القرار في الأسرة.

هـ- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر و أقاربه واحترامهم وزيارتهم، فعائلة الزوج هي بمثابة عائلة للزوجة، والعكس صحيح، فحسن معاملتهم واحترامهم وتبادل الزيارة يمتن الرابطة الزوجية.

و- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف، ويقصد بالقرابة العائلة الكبيرة التي تثبت بالدم والرضاع والمصاهرة.

ي- زيارة كل منهما لأبويه و أقاربه واستضافتهم بالمعروف، فلا يجوز للزوج أن يحرم زوجته من زيارة واستضافة والديها بالأقربين لها الذين هم بمثابة محارها.

02: حق الزوج في التعدد:

عرفت البشرية نظام تعدد الزوجات منذ القدم، ولما جاء الإسلام نظمته ووضع له شروطا وضوابط منها عدم الجمع بين أربع زوجات، يقول تعالى في محكم تنزيله: "فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم " ، والمشرع الجزائري أقر نظام تعدد الزوجات في المادة 8 من ق.أ وقبده بشروط تتمثل في:

أ- أن يكون التعدد في حدود الشريعة الإسلامية (عدم تجاوز أربع زوجات، وعدم الجمع بين المرأة وأختها أو عماتها أو خالتها من النسب أو الرضاع).

ب- وجود المبرر الشرعي كمرض الزوجة وعقمها، وهذا يخضع لتقدير القاضي.

ج- توفر شروط ونية العدل، فأما شروطه فتتمثل في القدرة المالية، وأما نية العدل فليس للقاضي الاطلاع عليها باعتبارها أمر باطني.

د- إخبار الزوجة السابقة والتي يقبل الزواج عليها على رغبته في التعدد ويشترط موافقتها على ذلك، وإلا فلن يرخص له القاضي التعدد.

هـ- وبعد توفر جميع الشروط السابقة يجب على الزوج لإبرام العقد الجديد أن يحصل على ترخيص من رئيس المحكمة.

وقد منح المشرع للزوجتين حق طلب التطلاق في حالة التدليس عليهما من طرف الزوج (المادة 8 مكرر والمادة 53 ف 6)، كما اعتبر الزواج الجديد الذي أبرم دون الحصول على الرخصة فاسدا، وحكم عليه بالفسخ متى تبين أمره قبل الدخول (المادة 8 مكرر 1).

2: الحقوق والواجبات المالية:

وتتمثل في الحقوق المالية المشتركة، وحرية الزوجة في التصرف في مالها وحققها في النفقة الزوجية.

الحقوق المالية المشتركة:

ويتمثل هذا الحق في الميراث، فبمجرد إبرام عقد الزواج على الوجه المشروع، فهذه العلاقة تعطي لكلا الطرفين الحق في أن يرث الطرف الآخر في حالة وفاته، وهذا ما نصت عليه المادة 126 من ق.أ. والمادة 130 ق.أ، وهذا إذا توفرت الشرط الآتية:

أ- أن تكون الزوجية صحيحة.

ب- أن تكون الزوجية قائمة وقت الوفاة، أو تكون الزوجة معتدة من طلاق رجعي.

ج- أن لا يكون هناك مانع من موانع الميراث كقتل الزوجة لزوجها.

حرية الزوجة في التصرف في مالها:

من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الذمة المالية للزوج والزوجة مستقلتان، فالزوج مطالب بالنفقة على زوجته ولو كانت غنية أو ذات مورد مالي، ولا يجوز له إجبارها على إخراج شيء من مالها الخاص، فللزوجة مطلق الحرية في التصرف في مالها سواء بالبيع أو الشراء أو الهبة أو الوصية، وكافة ما يستلزمه المال من إجراء أو تصرف بنفسها ولحسابها، كما كانت قبل زواجها ولا يحق لزوجها منعها من ذلك.

والدليل على استقلالية الذمة المالية قوله تعالى " للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن " ، حيث أصبح في استطاعة المرأة أن تكسب المال وأن تحوزه كالرجل دون تمييز بينهما.

وقد نص قانون الأسرة على هذا الحكم في المادة 37 المعدلة حيث جاء فيها " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر"، وأضاف في الفقرة الثانية إمكانية أن يتفق الطرفان سواء في عقد الزواج أو في عقد لاحق حول الأموال المشتركة بينهما، ونصيب كل طرف منها ، ولم يكن هذا الحكم موجودا قبل التعديل، وهو خطوة هامة لتنظيم علاقة كل من الزوجين بأمواله وبأموال الزوج الآخر، وعلاقتهما بالأموال المشتركة المكتسبة أثناء الزواج، وهو ما يسمى بالنظام المالي للزوجين، وإضافة هذه المادة جاءت تماشيا مع التطور الثقافي والمجتمعي، وموازة لما جاء في التشريع الذي كرس حق المرأة في العمل ومساواتها بالرجل.

03: حق الزوجة في النفقة الزوجية:

النفقة الزوجية حق خاص بالزوجة دون زوج، حتى ولو كانت الزوجة موسرة وذات مدخول، كما أن النفقة حق قانوني للزوجة بنص المادة 74 من ق.أ " تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة ..."، فسبب استحقاق الزوجة للنفقة الشرعية هو الزواج الصحيح، وتبقى واجبة على الزوج ما دامت الحياة الزوجية قائمة ومستمرة ،وتسقط عنها إذا كانت ناشزا.

3) ثبوت النسب وإثباته في قانون الأسرة:

نصت المادة 40 من ق.أ على أنه " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد العدول طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون.

يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

من خلال النص أعلاه فإن طرق ثبوت النسب وإثباته تتمثل في الزواج الصحيح الإقرار، البينة ، نكاح الشبهة، النكاح الباطل، والطرق العلمية.

أولاً: ثبوت النسب بالزواج الصحيح:

هو سبب شرعي لثبوت نسب الولد في أثناء قيام الزوجية أو العدة أو الوفاة إذا كان الدخول ممكناً لقوله صلى الله عليه وسلم " الولد للفراش وللعاهر الحجر"، وهذا دونما حاجة إلى بيئية أو إقرار، ويشترط لثبوت النسب بالزواج الصحيح ما يلي:

1- قيام الزوجية حين ابتداء الحمل.

2- أن يكون الاتصال ممكناً، أي إمكانية حدوث التلاقي بين الزوجين فعلاً

3- ولادة الولد بين أقل وأقصى مدة الحمل (المادة 42)، وأقل مدة للحمل هي 6 أشهر من تاريخ الزواج، للآيتين الكريميتين " وحمله وفصاله ثلاثون شهراً" ، و **فصاله في عامين** " ، فالآية الأولى حددت الحمل والفصال بثلاثين شهراً أي عامين و 6 أشهر، والآية الثانية حددت الفصال بعامين فتكون مدة الحمل هي المتبقية وهي 6 أشهر، وهذا الذي نص عليه قانون الأسرة في المادة 42، أما أقصى مدة للحمل فقد اختلف الفقهاء في الأسانيد وروايات بعض النساء وتجاربهن، واستقر الفقه المعاصر على اعتماد مدة اثني عشر شهراً أو عشرة أشهر، والطب الحديث يقرر من أن الجنين لا يمكن أن يمكث في بطن أمه أكثر من تسعة أشهر إلا نادراً، لذلك حددها المشرع ب10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة (المادة 43).

4- أن لا ينفه الأب بالطرق المشروعة: الطريق المشروع لنفي الولد هو اللعان وإن لم يذكر في نص المادة بشكل صريح إلا أنه يستفاد من نص المادة 138 من ق.أ المتعلقة بموانع الميراث، واللعان هو إنكار الزوج نسب ابن زوجته التي في عصمته متى علم به، فإن أنكره فرق بينهما فرقة أبدية ونسب الابن إلى أمه، وقد استقر الاجتهاد القضائي على أن مدة نفي نسب الولد هي ثمانية أيام من تاريخ العلم به.

ثانيا: إثبات النسب بالإقرار: لقد حذا المشرع الجزائري حذو الفقه الإسلامي من حيث اعترافه بثبوت النسب بالإقرار، وهذا الأخير يختلف عن التبني لأنه لا يتم إلا إذا كانت هناك علاقة شرعية، بينما التبني الذي حرّمته الشريعة الإسلامية والقانون في المادة 46 ق.أ هو إلحاق الطفل المكفول بلقب الكافل، ويقسم الإقرار إلى نوعين إقرار بثبوت النسب على النفس (01)، وإقرار بثبوت النسب على الغير (02).

01: الإقرار المتعلق بنفس المقر (الإستلحاق، الإقرار بالبنوة، والأبوة والأمومة):

ويشترط في هذا النوع من الإقرار حسب المادة 44 من ق.أ أن ينصب على مجهول النسب ولو في مرض الموت، وان يكون من النوع الذي يصدقه العقل (مثل أن يكون الفارق في السن بين المقر والمستلحق معقولا)، أو تصدقه العادة (كأن يفر بنسب شخص من بلد أجنبي ولم يرحل إليها ولم يسافر إليها، فلا يعتد بهذا الإقرار). وإذا كان المقر ببنوة الطفل زوجة أو معتدة، فيشترط مع ذلك أن يوافق زوجها على الاعتراف ببنوته له أيضا، أو تثبت ذلك، لأن فيه تحميل النسب على الغير فلا يقبل إلا بتصديقه أو ببينة.

فمتى توفرت الشروط السابقة تم إثبات نسب الطفل وترتب عنه الميراث والنفقة، وجميع الأبناء إخوة له.

02: الإقرار المتعلق بغير المقر (الإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة):

الشروط السابقة معتبرة أيضا، مع إضافة شرط آخر وهو أن يوافق المحمول له عليه بالنسب على هذا الإقرار حسب المادة 45 ق.أ (كأن يقول شخص هذا أخي فيشترط أن يصدقه أبوه)، أو أن يقيم المقر البينة على إقراره.

ثالثا: إثبات النسب بالبينة:

وهي الحجج التي تؤكد وجود واقعة مادية وجوداً حقيقياً بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما من وسائل الإثبات الواردة في قانون الإجراءات المدنية، ويطلق عليها الفقهاء البينة على الشهادة، أي شهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتان، وهي أقوى من الإقرار من حيث الإثبات.

رابعاً: ثبوت النسب بنكاح الشهية:

والمقصود به هنا هو الوطء بشبهة، وهو الذي يحصل خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص، كما لو دخل شخص على امرأة ظناً منه أنها زوجته، ثم تبين له أنها غير زوجته، ويثبت نسب الولد الناتج من وطء بشبهة إذا جاءت به ما بين أقل مدة الحمل وبين أقصاها، لتأكد تولده حينئذ من ذلك الوطء (المادة 40 من ق.أ).

خامساً: ثبوت النسب بالنكاح الباطل:

النكاح الباطل يفسخ قبل الدخول وبعد، وحفاظاً على نسب الولد الناتج عن هذا الزواج جعله المشرع كالنكاح الصحيح تماماً من حيث هذا الأثر، وذلك متى توافرت شروط إثبات النسب في النكاح الصحيح، من دخول حقيقي أو الاختلاء، وإمكانية مجيء الولد من هذا الزواج.

سادساً: اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب:

وذلك عن طريق الخبرة الطبية بتحليل ADN أي الحمض النووي الموجود في نواة كل خلية، وينبغي لإثبات النسب بهذه الطريقة العلمية الحديثة أن يكون الولد ناتج عن زواج شرعي أو من نكاح باطل تم فسخه، أو من وطء بشبهة، أما إذا انعدمت هذه الوقائع الثلاثة، المنصوص عليها في المادة 40 ق.أ.

ثبوت نسب الولد الناتج عن التلقيح الاصطناعي:

أجاز كل من الفقه المعاصر والقانون اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي للإنجاب وذلك لمعالجة حالات العقم عند أحد الزوجين أو كليهما، والولد الناتج عن هذا التلقيح مثله مثل الطفل الناتج عن الإخصاب الطبيعي من حيث ثبوت نسبه لأبيه، وهذا متى توفرت فيه الشروط الواردة في المادة 45 مكرر من ق.أ. ، وهي الشروط نفسها التي وضعها المجمع الفقهي وتتمثل في:

- أن يكون الزواج شرعياً.
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.
- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها.
- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.

انحلال عقد الزواج

لقد نص المشرع الجزائري في م 47 ق.أ على أنه: "تتحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الزواج أو الوفاة"، غير أن الرابطة الزوجية تتحل كذلك بالبطلان الذي يختلف في عدة أمور عن الطلاق، وأن هذا الاختلاف يتمثل في النقاط التالية:

- الطلاق لا يقع إلا في الزواج الصحيح، أما البطلان لا يكون إلا في عقد الزواج الذي تم مخالفاً لأحكام ونصوص قانون الأسرة.
- حل الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق ينقص من عدد الطلاقات التي يملكها الزوج، أما البطلان فلا يعتد به ومن ثم فلا ينقص من ذلك العدد.
- بطلان عقد الزواج يقطع الرابطة الزوجية في الحال ولا يترتب عليه أي أثر إذا كان لم يدخل بها، أما في الطلاق للمرأة بعض الحقوق حتى وإن لم يدخل بها كحقها في نصف المهر قبل الدخول.

-رفع دعوى البطلان تختلف باختلاف نوعيته فإذا كان بطلانا مطلقا فيجوز رفع الدعوى في هذه الحالة من كل من كانت له مصلحة في ذلك وكذلك من قبل القاضي من تلقاء نفسه بل يجوز للنيابة العامة التدخل في هذه المسألة، أما إذا كان بطلان نسبيا فهنا حق رفع الدعوى يبقى محصور لمن قرر البطلان لمصلحته،بينما الطلاق هو حق مقرر للزوجين فقط.

-في الشريعة الإسلامية لمن طلق زوجته طلاقا رجعيا أن يراجعها من دون عقد ما دام عدتها لم تنته بعد، أما في البطلان فالعقد ينحل و لا يجوز للزوج أن يتزوج بها إلا بعقد جديد.

أولا أنواع الطلاق:

1- الطلاق الرجعي والطلاق البائن:

يقصد بالطلاق الرجعي هو أنه يجوز للزوج أن يراجع زوجته التي طلقها شريطة أن لا تكون قد انقضت عدتها وذلك بدون عقد جديد ولا مهر جديد.

ويقابل الطلاق الرجعي الطلاق البائن ويكون هذا الأخير في الحالات التالية:

-الطلاق قبل الدخول.

-الطلاق على مال أو ما يسمى بالخلع .

-عندما تكون الطلقة مكملة للطلقة الثالثة.

ولقد أضاف الفقه الحنفي الحالتين التاليتين بشأن الطلاق البائن:

-إذا وصفه الزوج بأنه طلاق بائن كأن يقول لها أنت مطلقة طلاقا بائنا.

-إذا قرن الطلاق بأفعال تدل على البينونة.

أما من زاوية القانون فتنص م 49 ق.أ على أنه: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح....، وجاءت م 50 ق.أ تنص على أنه: " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، بتتسيق هذين النصين يتضح لنا أن المشرع الجزائري لم يأخذ بالطلاق الرجعي وإنما أخذ فقط بالطلاق البائن بحيث أن الطلاق لا يقع في نظره إلا بحكم قضائي ومتى صدر ذلك الحكم فإنه لا يمكن للزوج إرجاع زوجته إلا بعقد جديد، ولكن ما يعاتب على المشرع الجزائري وهو أنه رتب آثار الطلاق الرجعي على الطلاق البائن فيما يتعلق بالميراث، بمعنى لو طلقت المرأة بحكم قضائي فإن لها الحق في الميراث ما دامت لا زالت في عدتها وكذلك الشأن بالنسبة للزوج (م 132 ق.أ)، ويرتب الطلاق البائن الآثار التالية:

- زوال الاستمتاع بين الزوجين.

- ينقص به عدد المطلقات التي يملكها الزوج.

- يمنع في الشريعة الإسلامية التوارث بين الزوجين حتى ولو توفي أحدهما

وهي ما زالت في عدتها وهذا على خلاف ما نص عليه المشرع في م 132

ق.أ بأنه: " إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة

في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث".

2- الطلاق البائن:

إذا نطق الزوج بالطلاق مقترنا ذلك بالثلاث قولاً أو فعلاً فهو طلاق بدعي، ولكن هل

يقع به الطلاق؟ للإجابة على ذلك فقد تضاربت آراء الفقهاء إلى ثلاث مواقف:

يرى بعض الشيعة الجعفرية أن الطلاق بلفظ الثلاث لا يقع به الطلاق لأنه غير

مشروع كونه منهي عنه.

بينما يرى جمهور الفقهاء بأن هذا النوع من الطلاق يقع ومن ثم إذا اقترن بلفظ الثالث يعتبر طلاق الثالث.

أما الرأي الثالث يرى بأن الطلاق المتكرر أو المقترن بعدد لا يقع به إلا طلاقة واحدة.

موقف المشرع الجزائري: تنص م 51 ق.أ على أنه: " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء"، وبناء على هذه المادة وبالتنسيق مع م 49 ق.أ فإن الطلاق في نظر المشرع الجزائري لا يقع ثلاثا إلا بعد صدور ثلاث أحكام قضائية متتالية بمعنى أن يطلق الزوج زوجته في المرة الأولى ثم يراجعها ثم يطلقها في مرة ثانية ثم يراجعها ثم يطلقها في المرة الثالثة هنا نكون أمام الطلاق الثالث، أما إذا كان الطلاق بلفظ الثالث كأن يقول الزوج لزوجته أنت مطلقة طلاقا ثلاثا هنا لا يقع الطلاق إلا طلاقة واحدة إذا نطق به القاضي

3- الطلاق السني والطلاق البدعي:

الطلاق السني هو الذي يتم وفقا للسنة النبوية، أما الطلاق البدعي هو الذي يتم مخالفا لما قرره الرسول صلى الله عليه وسلم وهو يكون في الحالات التالية:

- إذا طلق الزوج زوجته طلاقا ثلاثا في لفظ واحد.

- إذا طلق الزوج زوجته وهي حائض أو في طهر واقعها فيه.

الطلاق السني هو الذي يتم في طهر المرأة قبل أن يتم الوطأ بينهما.

ما حكم الطلاق البدعي؟ هذا النوع من الطلاق هو حرام ومن يوقعه يكون آثما وهذا ما استقر عليه الفقه الإسلامي، ولكن هل يقع؟ يرى جمهور الفقهاء بأن هذا النوع

من الطلاق يقع، بينما يرى جانب من الفقه يتمثل في الجعفرية بعدم وقوعه لأن النهي عندهم يدل على الفساد فلا يترتب عليه أثر،

4- الطلاق بالإرادة المنفردة:

تنص م 48 قا.أ على انه: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج..."، ومن ثم فإنه يجوز للزوج أن يطلق زوجته على أساس رفع دعوى قضائية ولسبب من الأسباب التي يدعيها ويكون ذلك وفقا للشروط التالية:

- أن يتم رفع الدعوى أمام مكان وجود المسكن الزوجي (م 426 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية).
 - يشترط في المرأة التي تقع عليها الطلاق أن تكون مرتبطة بصاحب الدعوى بعقد زواج صحيح.
 - يشترط في الزوج أن يكون راشدا وأهلا لإيقاع الطلاق ،ومن ثم يشترط فيه أن يكون بالغا 19 سنة ومتمتعا بكل قواه العقلية وغير محجور عليه.
 - إقامة محاولات الصلح من قبل القاضي بين الطرفين (م 49 قا.أ).
- كان القضاء الجزائري بشأن هذه المحاولة متضاربا بشأن أحكامه وقراراته بحيث أن المحكمة العليا كانت تعتبر الصلح ليس بإجراء جوهري بمعنى أنه يمكن أن يقع الطلاق بدون صلح بينما ذهبت قرارات أخرى إلى اعتبار الصلح أمر جوهري، وأمام هذا التضارب في القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا جاء المشرع في م 439 قا.إ.م.إ على أنه: " محاولة الصلح و جوية وتتم في جلسة سرية"، وفي هذه الحالة فإنه ينبغي على القاضي القيام بتلك المحاولات في مدة لا تتجاوز (03) ثلاثة

أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، وفي الأخير ينبغي عليه كذلك تحرير محضر يبين فيه ما قام به والنتائج المترتبة على محاولات الصلح.

-المحامي لا يحضر محاولة الصلح، ويمكن بناء على طلب أحد الزوجين حضور أحد أفراد العائلة، والمشاركة في محاولة الصلح، وإذا تعذر على أحد الزوجين الحضور فهنا يمكن للقاضي أن يحدد ميعادا آخر للصلح أو أن يعين قاضيا آخر لسماع الزوج المتغيب وفي حالة غياب الزوجين بدون مانع يحرر القاضي محضرا بذلك، وإذا تم الصلح يتم تحرير محضر بحضور القاضي وإذا لم يتم تبدأ مناقشة أمور الدعوى لأن محاولات الصلح السرية فشلت فهنا نذهب إلى الجلسة، كما يمكن تعيين المحامي بهذا الخصوص.

إن هذا النوع من الطلاق يقع حتى ولو لم يسبب الزوج دعواه ففي هذه الحالة نكون أمام الطلاق التعسفي وكذا الشأن إذا طلبه الزوج على أساس سبب تافه، وفي هذه الحالة سلطة القاضي مقيدة إذ يتحتم عليه الحكم بالطلاق ، وما على الزوجة أمام هذه الحالة إلا المطالبة بالتعويض حيث تنص م 52 ق.أ على أنه: " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

5- الطلاق بالتراضي:

لقد أخذ المشرع الجزائري بهذا النوع من الطلاق ونص عليه في م 48 ق.أ وأن أهم ما يميز هذا النوع من الطلاق أنه يتم بدون خصام ونزاع، تلاقيا بالإحسان وسيفترقان بالإحسان، وهذا النوع من الطلاق لا يؤثر خلافا للطلاق بالإرادة المنفردة على تربية الأولاد، وهذا النوع من الطلاق لا يقع إلا إذا توافرت فيه الشروط التالية:

- أن يتم بناء على طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين
(م 428 ق.إ.م.إ.).

- يشترط في الزوجين مع الأهلية الكاملة.

- يشترط أن لا تكون إرادتهما معيبة بعيب من عيوب الإرادة كالإكراه مثلاً.

- لا يشترط في هذا النوع من الطلاق أن يتم فيه تسبيب الدعوى، بحيث يمكن
أن يكون أساس الطلاق وجود عيب في أحد الزوجين وهو عيب خلقي فإنه
من مصلحة الزوج المريض عدم الإدلاء بذلك العيب.

- يشترط إجراء محاولة الصلح، تنص م 431 ق.إ.م.إ على انه: "يتأكد القاضي
في التاريخ المحدد للحضور من قبول العريضة ويستمع للزوجين على انفراد
ثم مجتمعين، ويتأكد من رضائهما ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك
ممكناً".

ومن ثم يشترط أن تكون هذه الشروط كلها مجتمعة حتى يتسنى للقاضي النطق
بالطلاق بالتراضي، كما أنه يجوز للزوجين أن يتفقا على بعض آثار الطلاق غير أن
م 2/431 ق.إ.م.إ تنص على أنه: "ينظر مع الزوجين أو و كلاهما في الاتفاق وله
أن يلغي أو يعدل في شروطه إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت
النظام العام"، ومايلاحظ فإنه لا يمكن للقاضي أن يحكم بالتعويض في حالة الطلاق
بالتراضي إذ ليس هناك أي تعسف أمام موافقة الزوجين على فك الرابطة الزوجية.
وكذلك أن الأحكام الصادرة عن المحكمة والمتعلقة بالطلاق بالتراضي هي غير قابلة
للاستئناف (م 57 ق.أ.م 433 ق.إ.م.إ.).

6- الخلع:

تنص م 54 ق.أ على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي"، وعلى هذا الأساس فإن الخلع خلافا لما كان عليه فلم يصبح عقد بين الزوجين بمقتضاه تعرض الزوجة على زوجها مبلغا من المال المعلوم و المتقوم شرعا مقابل طلاقها ،ويقبل الزوج لهذا الطلب يقع الخلع أي الطلاق بينهما وبما أن نص م 54 ق.أ قبل التعديل كان يشوبه بعض الغموض.

فإن الخلع يتم بناء على الشروط التالية:

- أن يتم دون موافقة الزوج.
- لا يتم الخلع إلا في عقد الزواج الصحيح.
- أن لا يكون الزوج قد أساء إلى زوجته وألحقها أضرار من جراء تصرفاته، ففي هذه الحالة فإن الزوج هو الذي يرغب في أن يتخلص من زوجته ويريد من وراء ذلك الحصول على مقابل ففي هذه الحالة يقع الطلاق ولا يأخذ شيئا مهما كان مهرها.
- يشترط في هذا النوع من الطلاق الأهلية الكاملة خاصة بالنسبة للزوجة التي يشترط فيها أهلية التبرع.
- وإذا اجتمعت هذه الشروط فما على القاضي إلا أن يحكم للزوجة بالخلع بمقابل الخلع، والمقصود بالمقابل هو العوض الذي تلتزم به الزوجة لزوجها لقاء طلاقها ولا يمكن أن يكون هذا المقابل طبقا للم 54 ق.أ إلا مبلغا من المال سواء أكان من النقود أو الأوراق المالية وكذلك ينبغي أن يكون المقابل مالا معلوما ومتقوما شرعا، غير أنه لا يجوز أن يكون مقابل الخلع حضانة الأولاد لأنه لا يجوز التصرف في حق الغير بينما يجوز أن يكون مؤجل المهر أو نفقة العدة، غير أنهى تنص م 2/54 ق.أ على أنه: "إذا لم يتفق

الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

7- التظليق:

لقد نص المشرع الجزائري على أنه يحوز طلب فك الرابطة الزوجية بمقتضى الطلاق (التظليق) غير أنه قد علق على طلبها هذا على سبب من الأسباب الواردة في م 53 ق.أ، كما أنه يجوز لها طلب التظليق في حالة نشوز الزوج م 55 ق.أ، وأما أسباب التظليق التي جاء بها المشرع فهي متنوعة بحيث قد أخذ بالنظرية الواسعة التي جاء بها المذهب المالكي بشأن حق الزوجة في التظليق وأن هذه الأسباب هي على النحو التالي:

أ. **التظليق لعدم الاتفاق:** تنص م 1/53 ق.أ على أنه: ... عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون"، ويستخلص من هذا النص على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التظليق بسبب عدم إنفاق الزوج عليها أو على أبنائها إذا توافرت الشروط التالية:

- أن يكون الزوج قد امتنع عمدا عن الإنفاق على زوجته: إن المشرع الجزائري لم يفصح لنا عما إذا كان الزوج له أموال وتعهد عدم الإنفاق أو كان معسرا.

- أن يكون قد صدر من المحكمة حكم يتعلق بوجوب النفقة من الزوج على زوجته: غير أن ما يعاتب على المشرع هو أنه لم يحدد لنا المدة التي ينبغي على الزوجة انتظارها بعد صدور الحكم بإلزام الزوج على الإنفاق ومن ثم قياسا على ما نصت عليه م 331 ق.ع فإنه يلتزم عليها أن تنتظر مدة شهرين من يوم استصدار الحكم، بل من يوم تبليغه.

- أنت لا تكون عالمة بإعساره وقت إبرام عقد الزواج معه: ويعني بذلك بمفهوم المخالفة إذا كانت الزوجة عالمة بإعسار الزوج يوم إبرام عقد الزواج فإنه لا يمكن لها طلب التطليق لعد الإنفاق لأنها رضيت به كزوج يوم إبرام العقد وهو في حالة إعسار، وفي هذه الحالة يقع عبء الإثبات على الزوج من حيث تبيان للقاضي بأن الزوجة كانت على علم بإعساره ويمكن له إثبات ذلك بكافة وسائل الإثبات.

- أن يكون الحكم القاضي بإلزام الزوج بالإنفاق على زوجته مراعيًا لما نص عليه المشرع في م 78 و 79 و 80 ق.أ: ويعني بذلك أنه ينبغي على القاضي أن يراعي أثناء حكمه بإلزام الزوج على الإنفاق على زوجته مشتملات النفقة م 78 ق.أ، كذلك يراعي ظروف وحالة الزوجين عند تقدير النفقة م 79 ق.أ، وتستحق الزوجة النفقة من تاريخ رفع الدعوى بل يمكن أن يحكم لها بذلك لمدة لا تتجاوز السنة قبل رفع دعوى النفقة م 80 ق.أ.

ب. التطليق للعيب: لقد سمح المشرع للزوجة أن تطلب التطليق بسبب العلل والأمراض التي يصاب بها الزوج ومن صور هذه العلل: عدم قدرة الزوج على المخالطة الجنسية، الأمراض السائدة التي تنتقل من أحدهما للآخر بمجرد الاقتران كمرض السيدا، كذلك المرض الذي من شأنه دفع الزوجة إلى النفور من زوجها كالبرص والجذام والعقم، ولها أيضا الحق في طلب التطليق إذا أصبح الزوج في حالة جنون، ومن ثم فقد نص المشرع في م 2/53 ق.أ على انه "... العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج"، وأن هذه الأهداف نصت عليها م 4 ق.أ ومن ثم يشترط الشروط التالية لطلب التطليق للعيب:

- أن يكون العيب من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

- أن تكون العيوب غير قابلة للزوال: أي غير قابلة للعلاج أو الشفاء، أما إذا كان العيب قابل للشفاء فينبغي على القاضي في هذه الحالة أن يضرب للزوج أجل وأن تبقى الزوجة بجانب زوجها.

- أنتتبت الزوجة ما تدعيه بكل الوسائل القانونية: خاصة الشهادات الطبية ويجوز للقاضي أن يتأكد من ذلك عن طريق طلب الخبرة الطبية.

ولكن أمام كل هذه الشروط التي جاء بها المشرع في م 2/53 قا.أ فإنه يلاحظ أن النص القانوني لم يفرق بين المرض الذي أصيب به الزوج قبل إبرام عقد الزواج والمرض اللاحق لإبرام عقد الزواج، حيث إذا كان الزوج مصاب بالمرض قبل إبرام عقد الزواج ورغم ذلك لم يبلغ الطرف الآخر بمرضه يكون قد دلس عليه وفي هذه الحالة من المفروض أن يكون للزوج المتضرر الحق في طلب إبطال العقد، أما إذا كان المرض لاحقاً هنا يجوز للمرأة طلب التطبيق.

ت. التطبيق للهجر في المضجع: وهو ما نصت عليه م 3/53 قا.أ بأنه: "...الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر"، ويشترط بمقتضى هذه الفقرة لإيقاع التطبيق الشروط التالية:

- أن يهجر الزوج زوجته ويترك فراش الزوجية: بحيث لا يعاملها معاملة الأزواج.
- أن يدوم الهجر مدة تتجاوز أربعة أشهر متتالية: بحيث لا يقع أثناء هذه الأشهر أي اتصال بين الزوجين أما إذا وقع الهجر في مرات متعددة فإنه لا يجوز لها طلب التطبيق حتى ولو كانت مدته تفوق السنة.
- أن يكون الهجر عمدياً: بحيث إذا كان لأمر خارج عن إرادة الزوج كسبب وجود هذا الأخير في الخارج من أجل العلاج أو في مكان معين لتأدية الخدمة الوطنية

ففي هذه الحالة لا يجوز لها طلب التطلاق لأن غياب الزوج عن زوجته كان لعذر مقبول شرعا وقانونا.

وإذا اجتمعت هذه الشروط الثلاثة يجوز للزوجة الحق في المطالبة بالتطلاق.

ث. التطلاق لحكم بعقوبة عن جريمة ماسة بشرف الأسرة: لقد أجاز المشرع الجزائري في م 4/53 ق.أ للزوجة أن تطلب التطلاق بسبب: "الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"، ومن تفحص هذا النص نستخلص أنه لا يمكن للزوجة أن تطلب التطلاق على أساس هذا السبب إلا بتوافر الشروط التالية:

- أن يصدر حكم قضائي ضد الزوج حائزا قوة الشيء المقتضى به: وكان المشرع ينص في النص القديم على أنه يكون محل الحكم عقوبة مقيدة لحرية الزوج أو إدانته بالحكمة بالحبس، بينما في النص الجديد أصبح المشرع لا ينص على هذا الشرط واكتفى بالقول بالحكم على الزوج عن جريمة ومن ثم إذا حكمت المحكمة على الزوج بالحبس مع وقف التنفيذ يعتبر الشرط متوفرا خلافا على ما كان عليه في السابق.

- أن تكون الجريمة المعاقب عليها مما يمس بشرف الأسرة: والمقصود بذلك أن يكون الفعل الذي ارتكبه الزوج وصمة عار في جبين الأسرة ومن قبل هذه الجرائم ضرب وشم الفروع للأصول، جريمة هتك العرض، خطف الأطفال.

- أن تجعل الجريمة مواصلة العشرة بين الزوجين أمرا مستحيلا: حيث يتحول الحب بينهما إلى بغض وكراهية وتصبح الحياة الزوجية جحيما لا يطاق.

وبتوافر هذه الشروط الأربعة المجتمعة يمكن للزوجة طلب التطلاق بسبب الحكم على الزوج عن الجريمة الماسة بشرف الأسرة وأن للقاضي في ذلك سلطة تقديرية فهو الذي يقدر الوقائع المطروحة أمامه وعندئذ يقضي للزوجة بالتطلاق.

ج. **التطليق بسبب غياب الزوج:** تنص م 5/53 ق.أ على أنه: "الغيبه بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة"، ونستشف من هذا النص أنه يجوز للزوجة طلب التطليق إذا غاب زوجها مدة طويلة دون عذر ولم يترك لها مال تنفق منه وعليه يشترط بشأن هذا السبب لإيقاع التطليق الشروط التالية:

- أن تكون الغيبه تفوق السنة ولو بيوم: ابتداء من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى، أما إذا كانت المدة أقل من سنة فإنه لا يجوز للزوجة طلب التطليق بسبب الغيبه ويجري حسابها بالسنة الميلادية وهذا هو المعمول به قضاء، وإذا كان الأمر يتعلق بزوجة المفقود فإن المدة تبدأ من يوم صدور الحكم بفقده، الفرق بينهما هو أن زوجة الغائب ليس لها أن تطلب من القاضي استصدار حكم بوفاة زوجها أما زوجة المفقود فلها الحق في ذلك.

- أن يتم الغياب دون عذر مقبول: كما لو سافر الزوج لمجرد السياحة ولم يعد، أما إذا كان غيابه لعذر مقبول شرعا أو قانونا كتأديته للخدمة العسكرية أو سافر للخارج من أجل الدراسة لأن في هذه الحالة الأخيرة المنفعة تعود على الأسرة بأكملها.

- أن لا يترك لزوجته ما لا تنفقه على نفسها وعلى أولادها: أما إذا غاب لمدة تفوق السنة ولكن ترك لها مالا تنفقه ففي هذه الحالة لا يمكن لها أن تطلب التطليق بناء على م 5/53 ق.أ.

ح. **مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه:** لقد أحال المشرع القاضي إلى م 08 ق.أ وذلك بأنه يجوز للزوجة طلب التطليق إذا لم تحترم الشروط المتعلقة بتعدد الزوجات وذلك يتجلى في حالة التدليس من طرف الزوج على زوجته بأنه غير متزوج فإذا به ظهر خلافا لذلك، وكذلك في حالة ما إذا تم استصدار الرخصة القضائية دون احترام الشروط المتعلقة بالتعدد من حيث العذر أو نية العدل أو ليست

له القدرة الكافية لتحمل تكاليف الزواج، ففي كل هذه الحالات إضافة إلى الحالة التي ترفض فيها الزوجة التعدد مع توافر الشروط فإنه يجوز لها طلب التظليق حتى ولو وافقت على التعدد غير أن الزوج لم يكن عادلاً مادياً نحو زوجاته.

خ. ارتكاب فاحشة مبينة: نصت عليها م 7/53 ق.أ، والواقع أن المصطلح المستعمل من قبل المشرع يسوده الإبهام والغموض إذ أن الفاحشة في حكم الفقه الإسلامي بمعناه الواسع يندرج تحت طياتها كل فعل من الكبائر كالشرك بالله وعصيان الوالدين وارتكاب الزنا... الخ، ولكن نعتقد أن المشرع الجزائري يكون قد أخذ بهذا المعنى وإنما بحكم النصوص القانونية الواردة في م 53 ق.أ نعتقد أن المشرع كان يقصد من وراء ذلك جريمة الزنا أي أن الفاحشة الواردة في هذه المادة يعني بها ارتكاب العلاقة الجنسية مع شخص أجنبي وهو ما يمنح الزوجة حق طلب التظليق بحيث إذا أثبتت للقاضي بالوسائل المعترف بها شرعاً كشهادة أربعة شهود حضروا ارتكاب الجريمة أو عن طريق محضر الجهات المخولة لها ذلك الاختصاص (الشرطة، الدرك) فعندئذ ما على القاضي إلا أن يحكم لها بالتظليق وليس له أمام هذا الإثبات أية سلطة تقديرية بل ينبغي عليه الحكم بفك الرابطة الزوجية.

د. الشقاق المستمر بين الزوجين: إذا رجعنا إلى الفقه الإسلامي فإن الزوجة ليس لها الحق في طلب التظليق إذا شب بينها وبين زوجها شقاق بصفة مستمرة لأم ذلك ليس في نظره سبب من أسباب التظليق وهذا ما دفع المشرع الجزائري في النص القديم لقانون الأسرة إلى عدم ذكره.

غير أن التعديل الذي طرأ على م 53 ق.أ أدخله واعتبره سبباً من أسباب التظليق.

ذ. مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج: إذا كانت م 19 ق.أ تنص صراحة أنه يجوز لكلا الطرفين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق

كل الشروط الضرورية شريطة أن لا تخالف هذه الأخيرة أحكام قانون الأسرة ومن ثم يجوز لطرفين الاتفاق على عدم التعدد وكما يجوز للمرأة أن تشتت مواصلة الدراسة أو العمل بعد الدراسة، أو استمرارية عملها بل لها كذلك أن تشتت عليه أي شرط تراه ضروري شريطة أن لا يتنافى مع ما جاء به المشرع في قانون الأسرة.

وإذا انصب اتفاق الطرفين على شرط من هذه الشروط ورفض الزوج أن يمثل لما وافق عليه سابقا كرفضه لعمل الزوجة ففي هذه الحالة يجوز لها ليس أن تخالف إرادة الزوج وتبقى مستمرة في عملها وإنما لها الحق في طلب فك الرابطة الزوجية عن طريق التطلق.

ويشترط في هذه الحالة أن يكون الشرط مكتوب في عقد رسمي وكذلك المشرع الجزائري بمقتضى م 2/37 قا.أ سمح للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما والمكتسبة خلال الحياة الزوجية وذلك مع تحديد النسب، فإنه لا يمكن للزوج أن يقوم بتغيير أو تعديل هذا الشرط بإرادته المنفردة .

ر . التطلق لضرر معتبر شرعا: من بين حالات تطلق الزوجة من زوجها ما جاءت به م 10/53 قا.أ التي نصت على أنه: " كل ضرر معتبر شرعا"، وأن أول ما يلاحظ على هذه المادة أنها جاءت بسبب واسع النطاق لأن المشرع لم يقيد حق المرأة في التطلق لضرر معين مانعا بذلك السلطة التقديرية المطلقة للقاضي في تقدير الأضرار التي يمكن للزوجة أن تطلب بمقتضاها التطلق .

وان الضرر لا يكون سببا للتطلق إلا بتوافر الشروط التالية:

- أن يكون صاحب الضرر الزوج وليس الغير ما لم يكن قد حرض الغير على زوجته.

- يجب أن ينتج عن الخطأ الصادر عن الزوج أضرار تلحق بالزوجة أو أحد فروعها أو أصولها م 3/36، 5 قا.أ.

- أن يكون مرتكب الضرر راشدا وأهلا للتصرفات القانونية.

- أنه لا يمكن أن يعاقب الزوج بسبب الضرر الذي لحق بالزوجة نتيجة لممارسة حقه الشرعي كرفضه مثلا أن تكون تربية الأولاد على ديانة أهم المسيحية.

وإذا اجتمعت هذه الشروط يجوز للمرأة حينئذ طبقا للم 10/53 قا.أ.

كما أن هناك طلاق آخر وهو الطلاق بسبب نشوز الزوجة ونص عليه المشرع في م55 قا.أ ولكن لم نفهم لماذا المشرع انفرد بهذه الحالة وخص لها مادة كلها لها، والجديد فيها هو طلب الزوج التعويض في حالة نشوز الزوجة أما الزوجة فلها في جميع الحالات التعويض عند نشوز الزوج.

ثانيا: آثار الطلاق:

1- النفقة:

بعد الحكم بالطلاق بأنواعه المختلفة يتحتم على القاضي أن يحكم للمطلة بنفقة العدة وأن مدتها محددة بمدة العدة أي إذا كانت من اليائسات يحكم لها بنفقة 03 أشهر، أما إذا كانت من ذوات الحيض يحكم لها بنفقة 03 قروء، ولكن الجاري به العمل أمام المحاكم هو الحكم بنفقة 03 أشهر في كلا الحالتين، وتكون مدة نفقة المطلقة الحامل مقدرة بمدة الحمل، وأن تقدير قيمة النفقة يرجع إلى اختصاص القاضي وهو في هذه الحالة يراعي حال الطرفين وظروف المعاش م 79 قا.أ. وكذلك يجوز للقاضي أن يحكم للمطلة بنفقة الإهمال وهذه الأخيرة يبدأ سريانها أصلا من يوم رفع الدعوى إلى غاية الحكم بالطلاق، غير أن المشرع قد أورد

استثناء على هذه القاعدة في م 80 ق.أ حيث أجاز للقاضي أن يحكم باستحقاق نفقة الإهمال بناء على بينة لمدة لا تتجاوز السنة قبل رفع الدعوى. (نفقة العدة تبدأ من يوم صدور الحكم أما نفقة الإهمال تبدأ من يوم رفع الدعوى)، (مثال: صدر الحكم في مايو 2002، رفعت الدعوى في جانفي 2002 يجوز للقاضي أن يحكم بنفقة الإهمال ابتداء من جانفي 2001).

2- النزاع حول متاع البيت:

تنص م 73 ق.أ على أنه: " إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال.

والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين"، ومن ثم فإنه ينبغي على القاضي أن يحدد ولو تطلب ذلك اللجوء إلى الخبير ما هو المتاع المعتاد للرجال وما هو المتاع المعتاد للنساء؟ وعندئذ سيصدر حكمه بناء على قناعاته الشخصية ولكن فإنه إذا تم تحديد بعض المتاع يكون من حق المطلقة فينبغي على هذه الأخيرة أن تؤكد ذلك بأدائها اليمين والعكس صحيح، ولكن ينبغي في هذه الحالة أن لا نغفل عما نصت عليه م 2/37 ق.أ التي أباحت للزوجين أن يتفقا بشأن الأموال المشتركة بينهما والمكتسبة خلال الحياة الزوجية وذلك مع تحديد النسب الخاصة بكل منهما.

3- التعويض:

لقد أشار المشرع الجزائري في النصوص الواردة في قانون الأسرة إلى حق أحد الزوجين في التعويض بعد الحكم بالطلاق وأنه في هذه الحالة يجوز للقاضي بطلب من المطلقة أن يحكم لها بالتعويض في حالة ما إذا تبين له تعسف الزوج في استعمال حقه بالطلاق، ويكون تعسف الزوج إذا بنا طلبه على سبب تافه أو منعدم

ففي هذه الحالة يقدر القاضي التعويض على أساس الضرر اللاحق بالمطلقة (م 52 قا.أ).

كما أنه يجوز للزوجة طلب التعويض عن الضرر اللاحق بها في حالة ما إذا طلبت التطلق (م 53 مكرر قا.أ)، لكن في هذه الحالة يستوجب علينا الأمر أن نفرق بين الأسباب التي علفت عليها الزوجة طلب التطلق بحيث يجب الأخذ بعين الاعتبار كل سبب على حدة فمثلا: إذا كان طلب التطلق على أساس العيوب هنا نفرق بين العيب الطارئ بعد إبرام الزواج (هنا لا يجوز لها طلب التعويض) وبين العيب الطارئ قبل إبرام عقد الزواج ولم يخبر به زوجته (هنا يحكم لها القاضي بالتعويض)، والحكم على الزوج عن جريمة (يمكن لها طلب التطلق على أساس جريمة تمس بشرف الأسرة ولها طلب التعويض)، الشقاق المستمر بين الزوجين هنا يعود التقدير للقاضي في الحكم بالتعويض.

كذلك يجوز للزوج طلب التعويض في حالة ما إذا طلب الطلاق بسبب نشوز الزوجة م55 قا.أ.

غير أن المشرع الجزائري لم يسمح للقاضي أن يحكم في الوقت ذاته وذلك خلافا لبعض القرارات الصادرة عن المحاكم الجزائرية بالتعويض والمتعة لأن هذه الأخيرة فهي في حد ذاتها تعويض لما لحق المرأة من أضرار، والواقع أن الفقه الإسلامي قد أقر للمطلقة بحق المتعة بالنسبة للمرأة التي طلب زوجها الطلاق قبل أن يدخل بها وذلك حتى لا تهدر حقوقها لأن في هذه الحالة لها الحق فقط في $\frac{1}{2}$ المهر.

4- الحضانة:

تنص م 62 قا.أ على أنه الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً. ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً

للقيام بذلك"، ويستشف من هذا التعريف أن المشرع قد استنبط من خلال أحكامه ما جاء به الفقه الإسلامي بحيث ينبغي على من تسند له الحضانة أن يقوم بكل ما هو منصوص عليه في هذه المادة ومن ثم يشترط في الحاضن الشروط التالية:

- أن يكون أهلاً لممارسة الحضانة وهو ما نصت عليه م 2/62 ق.أ:
والمقصود بهذه العبارة أن يكون الشخص بالغاً عاقلاً أي يكون بالغ سن الرشد 19 سنة ومتمتعاً بكل قواه العقلية، غير أن هذا الشرط يمكن أن نستغني عنه إذا كانت المترشحة للحضانة الأم وقد كانت قد سبق لها أن تزوجت بناءً على إذن قضائي، وكذلك لا يجوز للشخص المصاب بأحد الأمراض العقلية كالجنون أن تسند له الحضانة.

- أن يكون قادراً على تحمل التكاليف الجسدية والنفسية المتعلقة بالحضانة: أي تكون له القدرة المادية الجسمانية من أجل ضمان الطفل صحة وخلقا ومن ثم لا يجوز للشخص فاقد البصر أن تسند له الحضانة، كذلك الشخص العاجز عن المشي أما كبر السن فأمره يعود للسلطة التقديرية للقاضي حيث هو الذي يقدر عما إذا كان المترشح لها غير عاجز على ممارستها وعليه فالمرأة البالغة 60 سنة فأكثر تكون في بعض الأحيان على ممارسة الحضانة بأحسن وجه وذلك خلافاً للمرأة البالغة 40 سنة.

- أن يكون أميناً: أي أمين في تصرفاته نحو المحضون فلا حضانة للمرأة الفاسدة، أما بالنسبة للمرأة العاملة وخاصة إن كانت الأم فلا تسند لها الحضانة إذا كانت غائبة طيلة اليوم عن البيت فهي في هذه الحالة لا تمارس الحضانة بنفسها، هذا كله يرجع إلى سلطة القاضي والمعيان الأول والأخير بالنسبة إليه وهو مصلحة المحضون فقط.

أ. أصحاب الحق في الحضانة:

كان المشرع في النص الأصلي للم 64 قا.أ ينص على انه: " الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"، غير أن التعديل الذي أدخله المشرع على هذه المادة مراعيًا في ذلك التطور الاجتماعي الجزائري أصبح الترتيب على النحو التالي: الأم، الأب، الجدة لأم، الجدة لأب، الخالة، العمّة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك.

وما نص عليه المشرع في هذه المادة هو انه ينبغي على القاضي أن يحكم بحق الزيارة عند حكمه بإسناد الحضانة ويكون المشرع في هذا النص قد خرج عن المبادئ القانونية المستقرة، بحيث قد ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة حتى ولو لم يطالبه بذلك أحد المتقاضين (الزيارة تكون يوم الخميس من 09 إلى 17، وكذلك الأعياد الوطنية والدينية حتى في العطل الدراسية)، حق الزيارة هو حق رقابة.

ب. مدة الحضانة:

تنص م 1/65 قا.أ على انه: " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية"، ولكن أمام هذه الشروط جاء المشرع في م 2/65 قا.أ ونص على أنه: " على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون"، ولنا أن تساءل عما إذا كان يمكن للقاضي أن يمدد مدة الحضانة بالنسبة للذكر بعد بلوغه 16 سنة إذا اقتضت مصلحته ذلك؟.

ج. أسباب سقوط الحضانة:

- الزواج بغير قريب محرم: والمقصود بذلك هو إن تزوجت الأم مرة ثانية مع شخص لا تكون بينه وبين المحضون موانع الزواج (م 66 قا.أ).

- تنازل الحاضنة عن حقها في الحضانة (م 66 قا.أ).
- اختلال أحد الشروط الواردة في م 62 قا.أ (م 67 قا.أ).
- عدم مطالبة الحضانة من قبل صاحبها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر (م 68 قا.أ):
يمكن أن هذه الحضانة لم تطلبها الأم لمدة سنة من يوم تبليغ الحكم بدون عذر تسقط عنها.

- كذلك نص المشرع في م 70 قا.أ على أنه: "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".

وعلى العموم أن ما جاء به المشرع تأكيدا للم 67 قا.أ على أنه: "لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون".

د. عودة الحق في الحضانة:

تنص م 71 قا.أ على أنه: "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري"، أي إذا كان سبب سقوط الحضانة لأمر خارجة عن إرادة الأم كإصابتها بمرض وشفيت منه هنا يعود لها الحق في الحضانة كذلك إذا طلقت بعد زواجها الثاني

هـ . نفقة المحضون:

طبقا للمبادئ العامة المنصوص عليها في قانون الأسرة أن نفقة المحضون تكون أولا وقبل كل شيء من ماله وهذا ما نص عليه المشرع في م 75 قا.أ على انه: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فالبنسبة للذكر إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة

وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"، كما تنص م 76 قا.أ على انه: " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك"، وكذلك ما جاء به المشرع في نص م 72 قا.أ على أنه: " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكناً ملائماً للحاضنة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار. وتبقى الحضانة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن"، ويتضح من هذه المادة أنه على الأب أن يوفر سكناً ملائماً ليس من المفروض للحاضنة وإنما للمحضون، وكذلك الذي جاء به المشرع ولا نجده في الفقه الإسلامي ولا في أي تشريع من التشريعات المعاصرة للفقه الإسلامي أسند الولاية للشخص الذي تسند له الحضانة (م 3/87 قا.أ).

لا يجوز تجزئة الحضانة فيجب أن تتم تربية الأطفال كلهم مع بعض.