يوم الاثنين 12/10/2015
السنة الثانية حقوق جامعة المسيلة

المحاضرة الاولى

تعريف الزواج ومقاصده

I - تعريف الزواج والنكاح:

1 - تعريف الزواج لغة:

الزواج لغة يأتي بمعنى الإختلاط والإقتران.
النكاح لغة يعني الضم والجمع والتداخل والوطء.
نلاحظ أن هناك فرق بين الزواج والنكاح من حيث اللغة

2 - التعريف الاصطلاحي للزواج والنكاح.

أ - الزواج في الاصطلاح:

التعريف الاول: "الزواج عقد يفيد حل استمتاع كل من العاقد بالاخر على الوجه المشروع"

ولقد انتقد هذا التعريف لانه عرف الزواج بالغاية منه.

التعريف الثاني: "أنه عقد يرد على ملك المتعة قصدا" وهذا تعريف بالحقيقة دون الغاية. ومن هنا دخله القصور ويشترك التعريفان في معنى واحد وهو المتعة.

محل الموضوع: ملك المتعة - بالنية

والحقيقة أن المتعة ليست المعنى الوحيد للزواج وانما هناك معاني كثيرة منها التناسل وحفظ الانساب والإحصان.

ب - النكاح في الإصطلاح: هو "عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية" ومن هنا يظهر أن لا فرق بين الزواج والنكاح شرعا. وقد يراد بالنكاح الوطء. كما يطلق على الحقيقة النكاح حقيقة في العقد ومجازا في الوطء

3 - تعريف الزواج في القانون.

عرف المشرع الجزائري الزواج في المادة 04 من قانون الأسرة ق. ا.ك. بما يلي: " الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

ثم عدل هذا التعريف في المادة 04 من القانون رقم 05/02 على النحو التالي " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة ---- " يهجر التراضي بين الطرفين.

عقد الزواج: يجمع بين الرضائي والشكلي - الشهود - حضور الولي.

ملاحظات هامة حول التعريف القانوني للزواج.

- أن المشرع استعمل مصطلح الزواج لشيوعه بين الناس دون النكاح، وهذا أمر مستحسن.
- أن المشرع اعتبر الزواج عقدا رضائيا بالرغم من أنه عقد يجمع بين الرضائية والشكلية.
- أن المشرع نص على أن الزواج عقد يتم بين رجل وامرأة. وفي هذا دلالة على تحريم الزواج المثلي. (بين الرجل والرجل أو بين المرأة والمرأة). زواج الشواذ

التعريف المختار: " الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا خالية من الموانع الشرعية لإنشاء رابطة الحياة المشتركة والنسل"

أو هو " عقد يفيد حل العشرة الزوجية بين رجل وامرأة يترتب عليه حقوق وواجبات متبادلة"

الفاتحة، الحكمة، الهدف من الزواج:

II. مقاصد الزواج: نتناول مقاصد الزواج في قانون الأسرة الجزائري ثم في الشريعة الإسلامية.

① - مقاصد الزواج في قانون الأسرة الجزائري:

ذكر المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري بعض مقاصد الزواج. فنص في المادة 02 من القانون رقم 84/11 على أن "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع، وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة". - بناء المجتمع. بدون زواج لا وجود للمجتمع - المودة والرحمة والتآلف. تماسك المجتمع

ونص في المادة 03 من ذات القانون "تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية".

ومن أهداف الزواج ومقاصده أيضاً ما ورد في المادة 04 من قانون الأسرة 84/11 وهي "تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب". الراحة - التربية - الحماية من الفتن والمحرمات

② مقاصد الزواج في الشريعة الإسلامية:

ذكر فقهاء الشريعة الإسلامية بعض مقاصد الزواج وهي:

- الزواج هو الأساس الأول للأسرة والأسرة هي الوحدة الأولى لبناء المجتمع، ولا استقرار للمجتمع إلا باستقرار الأسرة.
- توثيق العلاقة بين أفراد المجتمع بروابط النسب والمصاهرة.
- لتحقيق التعارف والتآلف بين الناس ونبذ أسباب التناحر والصراع في المجتمع.

الطبيعة

- إلا ستجابة لحاجات الإنسان الفطرية في رغبته وميله نحو الآخر.
- تطهير المجتمع من مظاهر الرذيلة والسمو بالإنسان عن البهيمة الحيوانية في قضاء شهوته.
- تحقيق السكينة والمودة والرحمة في الأسرة والمجتمع.
- ضمان استمرار النوع الإنساني.
- حفظ الأنساب السليمة والأعراض الصافية.
- تكثير سواد الأمة وتقوية شوكتها.
- الزواج مظهر من مظاهر الرقي الإنساني.
- راحة للنفس
- تكليفات إجتماعية
- الزواج أداة لتعلم المسؤولية.

وهكذا يتبين أن لا فرق في مقاصد الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، لأنهما من مشكاة واحدة. إلا أن المشرع الجزائري ركز على المقاصد الإنسانية للزواج وهي التي نصت عليها المواد 02 و 03 و 04 من قانون الأسرة ولم ينص على بقية المقاصد لكثرتها وتشعبها.

المحاضرة الثانية : الخطبة

تمهيد : ندرس في هذه المحاضرة الخطبة من خلال ثلاثة مباحث

أولاً : تعريف الخطبة وطبيعتها القانونية

1- التعريف اللغوي والإصطلاحي للخطبة

1-1 : التعريف اللغوي

الخطبة لغة بكسر الخاء مأخوذة من الخَطْب أي الشأن العظيم أو هي ما يفعله الخاطب من الطلب والإستلطاف بالقول وقيل مأخوذة من الخطاب لأنها نوع مخاطبة تجري بين جانب الرجل وجانب المرأة.

2-1 : التعريف الاصطلاحي: الخطبة هي:

« طلب الرجل التزويج بامرأة خالية من الموانع »

وعرفها آخرون بأنها: « إظهار الرجل رغبته في التزويج بامرأة يحل له التزويج بها، أو بمن ينوب عنه منها أو من وليها.

التعريف القانوني للخطبة:

عرف المشرع الجزائري الخطبة في المادة (05) من قانون الاسرة بأنها: « الخطبة وعد بالزواج. يجوز للطرفين العدول عن الخطبة »

ملاحظات حول التعريف

أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفا واضحا للخطبة وانما وصفها بأنها وعد بالزواج. ١ قارن بين تعريف المشرع والتعريفات السابقة؟

المشرع حدد الصبغة القانونية للخطبة وذكر بعض أثارها، ولم يعرفها تعريفا. وانما ترك ذلك للأحكام، لجهد الفقه.

2- الطبيعة القانونية للخطبة:

1- الخطبة وعد بالزواج، وليست زواجاً، إذ الزواج لا يتم إلا بانعقاد العقد المعروف، فيظل كل من الخاطبين أجنبياً عن الآخر.

2- وهناك من يقول بأن الخطبة عقد من نوع خاص له خصوصيته عاد الحاكم وقول وصدا ما نص عليه القانون المغربي والقانون المصري القديم والله ذهب بعض القانونيين المعاصرين مثل السيد الورفلي ومحمد المنصف بوخرة وحسن نظار.

ثانيا: أنواع الخطبة وشروطها

1- أنواع الخطبة: هناك نوعان:

1-1: التصريح بالخطبة: إظهار الخاطب الرغبة في الإرتباط بالمرأة ويعبر عن ذلك صراحة. أمثلة.

2-1: التعريض بالخطبة: وهو أن يذكر الخاطب كلاما يحتمل معنى طلب الزواج وغيره (معنى ظاهر غير مقصود ومعنى خفي وهو المقصود). أمثلة.

2- شروط الخطبة: لم ينص المشرع الجزائري على شروط الخطبة، ولذلك وجب الرجوع إلى الفقه الإسلامي للوقوف على هذه الشروط.

2-1- الشروط المستحبة:

- الخطبة بضم الخاء مستحبة عند إبرام عقد الزواج.
1- أن يكونا محلا الخاطب والمخطوبة على دين وخلق.
- الإستشارة. وأن تكون المرأة ولوداً.

2-2- الشروط الواجبة:

- أن تكون المرأة خالية من الموانع الشرعية.

- أن لا تكون مُعتدة: فالمرأة المطلقة طلاقًا رجعيًا لا يجوز خِطبتها لا تصريحًا ولا تعريضًا وهذا بإجماع الفقهاء و المذاهب.
أما المطلقة طلاقًا بائنًا بينونة صغرى و المعتدة من وفاة فيجوز خِطبتها تعريضًا لا تصريحًا.
ووقع الخلاف في المطلقة ثلاثًا فالجمهور أجازوا خطبتها وخالف الأحناف.

-١

- أن لا تكون مخطوبة لآخر: فإن كانت مخطوبة للغير لا يحل لخاطب آخر خِطبتها ودليل ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: «لا يخطب الرجل على خِطبة أخيه حتى ينكح أو يترك» وعلة النهي نشر أسباب الكراهية بين الناس.
والمقصود بالنهي إذا كان الخاطب الثاني يعلم أنها مخطوبة وحصل الركون.
وإذا تمت الخطبة الثانية دون سبب شرعي، يفسخ العقد الثاني عند مالك قبل الدخول.

ثالثا: العدول عن الخطبة وأثاره:
١- العدول: بما أن الخطبة وعد بالزواج، فيجوز العدول عنها، لأن الوعد غير ملزم للطرفين، وهذا ما نصت عليه المادة (٥٥) من قانون الأسرة: «ولكل من الطرفين العدول عنها».
والعدول هو ترك الخطبة والتنازل عنها، وقد يقع من الخاطب أو من المخطوبة.

- آثار العدول: يترتب على العدول عن الخطبة بعض الآثار المالية ومنها:

2-2-1 إذا كان الخاطب قدم للمرأة صداقًا فله أن يسترده بعينه إن كان موجودًا أو مثله إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيميا. ولم يتعرض المشرع الجزائري لهذه المسألة في قانون الأسرة.

2-2-2 أما بالنسبة للهدايا فقد فرق المشرع الجزائري في قانون الأسرة بين أن يكون العدول من الخاطب أو من المخطوبة، ففي الحالة الأولى لا يسترد الخاطب شيئًا مما أهداه ويلتزم بأن يرد إلى المخطوبة ما أهدته له أو قيمته.
وفي الحالة الثانية، فإن المخطوبة تلتزم برد ما لم يستهلك من الهدايا أو قيمتها.

2-3- التعويض عن الضرر: نص المشرع الجزائري في المادة (5) من ق أ ج - (فقرة 3) إذا ترتب على العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض.
يتضمن هذا النص التعويض عن الضرر الذي يصيب الخاطب أو المخطوبة في حالة العدول، والملاحظ هنا أن المشرع لم يلتفت إلى من كان سببا في العدول.
وبالنسبة للفقهاء المعاصرين فقد اختلفوا حول تعويض الضرر في حالة العدول عن الخطبة على ثلاثة آراء.
الرأي الأول: نفي التعويض عن الضرر المادي والمعنوي. محمد بخيت
الرأي الثاني: إثبات التعويض عن الأضرار كلها - الشيخ محمود شلتوت
الرأي الثالث: إذا نتج ضرر عن العدول وكان العادل بسببها وجب التعويض.
محمد أبو زهرة

المحاضرة 3 : أركان عقد الزواج.

نتناول في هذه المحاضرة أركان عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري بالمقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي من خلال مبحثين، نخصص المبحث الأول للركن الأول وهو الزوج والزوجة. والمبحث الثاني ندرس فيه التراضي في عقد الزواج.

المبحث الأول : محل عقد الزواج (الزوج والزوجة)

يعتبر الزوج والزوجة الركن الأساسي في عقد الزواج، بحيث إذا تخلفا أو تخلف واحد منهما لا ينعقد العقد ولا يوجد أصلاً لا باطلاً ولا فاسداً، فهو في حكم العدم.

ويشترط في الزوج والزوجة شروطا بعضها يتعلق بالزوج وبعضها يتعلق بالزوجة والبعض الآخر مشترك بينهما.

وسنفصل كل هذه الشروط في ثلاثة مطالب متتالية

المطلب الأول : الشروط الخاصة بالزوج

يشترط في الرجل لكي يكون محلاً لعقد الزواج شرطان وقيل ثلاثة شروط وهي الإسلام وأن لا يكون متزوجا بأربع نسوة كلهن في عصمته.

ولقد نص قانون الأسرة في مادته 30 على المحرمات من النساء مؤقتا وذكرت من بينها "زواج المسلمة من غير المسلم" ومعنى هذا أن المرأة المسلمة لا تصح بتعقد زواجها من الرجل الكافر إذا كان مسلما. فإذا حدث فإن العقد يفسخ مع بعض التفاصيل ذكرها الفقهاء وسكت عنها قانون الأسرة.

و أما الشرط الثاني فهو أن لا يكون الرجل جامعاً في عصمته أربع النسوة. إما إذا تزوج من اربع ثم طلق واحدة أو توفيت وانقضت عدتها فلا حرج أن يتزوج بالرابعة ما دام لم يتجاوز النصاب الشرعي والقانوني المطلوب.

وبالنسبة للشرط الثالث أي الكفاءة فقد اشترطها بعض الفقهاء في الزوج ومعناها أن يكون كفوءاً أي مساوياً للزوجة في بعض الكوائب المادية والاجتماعية.

وهذا الشرط لم ينص عليه قانون الاسرة.

المطلب الثاني الشروط الخاصة بالزوجة.

و أما شروط الزوجة فهي أن لا تكون محصنة أي متزوجة. ولا معتدة ولا مشركة.

وعليه، فلا يصح الزواج من إمرأة تكون في عصمة رجل آخر لقوله تعالى: " والمحصنات من النساء ... " النساء 23.

وهذا الشرط نصت عليه المادة 30 من قانون الاسرة.

وكذلك لا يجوز ولا ينعقد الزواج من المعتدة من طلاق أو وفاة. حتى تنقضي عدتها.

كما لا يجوز الزواج من المشركة لقوله تعالى: " ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ... " البقرة 221

المطلب الثالث، الشروط المشتركة بين الزوجين.

و أما الشروط المشتركة بين الزوجين فهي. عدم الاكراه وعدم المرض وعدم المحرمية وعدم الإلزام وعدم الاشغال.

فبالنسبة للشرط الاول وهو عدم الاكراه معناه أنه لا ينعقد الزواج تحت الضغط والتهديد الواقع سواء من الرجل على المرأة أو من المرأة على الرجل أو حتى من طرف خارجي. ففي كل هذه الحالات لا يصح العقد. والطرف المكره الحق في طلب فسخه.

وأما شرط عدم المرض فهو أن لا يكون الزوج أو الزوجة في مرض الموت. وقد ذهب الجمهور إلى جواز زواج المريض ومنعه المالكية.

أما قانون الاسرة فقد سكت عن هذه المسألة

وأما الشرط الثالث فهو أن لا يكون أحدهما محرما للآخر بنسب أو رضاع أو مصاهرة.

- وأما الشرط الرابع الذي هو عدم الاشتمال فمعناه أن يكون الزوجان مختلفين جنسيا فلا يجوز تعاقد الخنثى المشكل

والشرط الاخير هو أن لا يكون أحد الطرفين محرما بحج أو عمرة لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا ينكح المحرم ولا ينكح" أي لا يتزوج ولا يزوج غيره. وكذلك لا يجوز العقد على المحرمة بحج أو بعمرة.

المبحث الثاني: التراضي في عقد الزواج.

إن التراضي هو الركن الثاني في عقد الزواج وهو الصيغة عند الفقهاء. ونتدارسه من خلال المطالب التالية:

المطلب الاول: معنى الإيجاب والقبول في عقد الزواج

المطلب الثاني: انعقاد الزواج باللفظ.

المطلب الثالث: انعقاد الزواج بغير اللفظ.

المطلب الأول: معنى الإيجاب والقبول في عقد الزواج

الإيجاب في عقد الزواج هو أن يعبّر أحد المتعاقدين عن إرادته في الزواج مع المتعاقد الآخر. كما أنّ القبول يعني أن يُعبّر المتعاقد الثاني عن نفس الإرادة. وينتج عن ذلك أنّ الإيجاب والقبول في عقد الزواج ليسا إلاّ طلبًا من جانب وقبولاً من جانب آخر يعبران معًا عن توافق إرادتين هدفهما عقد الزواج.

ولقد نصت المادة 10 / 1 من قانون الأسرة على ذلك بما يلي: "يتم الرضا بإيجاب أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعًا". فلا يشترط إذا في الإيجاب أن يصدر من جانب معين، بل الإيجاب هو الذي يتم أولاً، فاللفظ الذي يقع أولاً يكون إيجابًا والثاني قبولاً.

وعليه فإذا قال الرجل للمرأة تزوجتك على صداق قدره كذا. فقالت المرأة قبلت زواجك بما ذكرت من الصداق كان الرجل موجبًا والمرأة قابلة

المطلب الثاني: انعقاد الزواج باللفظ

الأصل أن الزواج لا ينعقد إلاّ باللفظ فلا يصح بالتعاطي أو السكوت.

ولقد نصت المادة 10 من قانون الأسرة في فقرتها الأولى على أن النكاح ينعقد بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعًا.

ومعنى ذلك أن قانون الأسرة لم يشترط لفظًا معينًا للتعبير عن الإرادة في عقد الزواج، فأي لفظ يتضمن معنى النكاح يصح به العقد.

وأما فقهاء الشريعة فقد اختلفوا في هذه المسألة على النحو التالي

- اتفقوا على انعقاد النكاح بلفظ النكاح والتزويج ومشتقاتهما لذكرهما في القرآن الكريم.

- واختلفوا في انعقاده بغير هذه الألفاظ

فالمالكية ينعقد عندهم الزواج بلفظ الهبة إذا ذكر معه صداق وتوسع الحنفية في الألفاظ التي ينعقد بها النكاح فقالوا ينعقد النكاح بالهبة والتمليك والصدقة والبيع.. بخلاف الإجارة والإعارة والوصية فلا ينعقد بها.

المطلب الثالث: انعقاد الزواج بغير الكلام:

أجاز قانون الأسرة وفقهاء الشريعة أن ينعقد الزواج بغير الكلام بالكتابة والإشارة للعاجز

ولقد نصت المادة 10 من قانون الأسرة على ... ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفًا بالكتابة والإشارة.

ومعنى ذلك أنه إذا كان المتعاقدان حاضرين في مجلس العقد وقادرين على الكلام يجب شرط أن يعبرا عن إرادتيهما بالكلام ولا يجوز بغيره

أما إذا كان أحدهما غائبا عن مجلس العقد فيجوز له
حقه التعبير بالكتابة فيرسل رسالة يبين فيها رغبته
في الزواج بامرأة معينة
وكذلك الحال إذا أحد الحاضرين أخرسا فيجوز أن
يعبر عن إرادته بالكتابة إذا كان يحسن الكتابة وإنما
بالإشارة المعهودة عند الأخرى لأنها تنزل منزلة
الكلام وتترتب عليها أحكامه.

المحاضرة الرابعة: شروط عقد الزواج

يخضع عقد الزواج لجملة من الشروط نصت عليها المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، وهي الأهلية والصداق والولي والشهود وانتفاء الموانع الشرعية، ندرسها تباعا كالتالي

أولا: الأهلية في عقد الزواج.

الأهلية هي الصلاحية لإبرام عقد الزواج صحيحا ومرتبا لجميع آثاره.

ولقد اشترطت المادة 9 مكرر من قانون الأسرة أن يكون الزوجان أهلا لإبرام عقد الزواج.

وقد نصت المادة 7 على أن سن الزواج هو تسعة عشر (19) سنة كاملة بالنسبة للفتى والفتاة.

وعليه فلا يصح عقد الزواج دون بلوغ هذا السن.

ولكن ورد استثناء على هذه القاعدة وهو إمكانية إبرام عقد الزواج دون هذه السن بشرط الحصول على إذن من المحكمة بطلب من الولي.

والقاضي لا يمنح هذا الإذن إلا بناء على مصلحة أو ضرورة

ويبقى الإشكال قائما حول من له الصلاحية في تقدير المصلحة والضرورة المنصوص عليها في المادة 07، القاضي أم الولي؟

أما بالنسبة لموقف الشريعة الإسلامية من سن الزواج، فقد قدرها جمهور الفقهاء بخمسة عشر (15) للذكور والإناث، وحددها المذهب الحنفي بثمانية عشر (18) للرجل و (17) للمرأة.

ثانيا: الصداق

الصداق هو الشرط الثاني في عقد الزواج، فما هو الصداق وما هي أحكامه.

- تعريف الصداق والطبيعة القانونية

* تعريف الصداق لغة واصطلاحا:

الصداق لغة بفتح الصاد وكسرها مشتق من الصدق، لأن بذله للزوجة دليل على صدق الزوج في العزم على الزواج وللصداق أسماء منها المهر والنحلة والفريضة والأجر والعلائق...

الصداق اصطلاحا: (انظر المادة 14 من قانون الأسرة)

الطبيعة القانونية للصداق: اعتبر المشرع الجزائري الصداق شرطا في عقد الزواج (المادة 9/ع) مخالفا بذلك جمهور الفقهاء (الحنفية والشافعية والحنابلة وبعض المالكية) ومتفقا مع بعض فقهاء المالكية الذين قالوا بأن الصداق شرط صحة لا يجوز الإتفاق على إسقاطه.

ويترتب على كون الصداق شرط صحة أنّ تخلفه يؤدي إلى فسخ الزواج قبل الدخول (المادة 33 من الأمر 05/02 رابع المادة)

* مقدار الصداق وأنواعه:

مقدار الصداق: لا يوجد حد أدنى للصداق، أما الحد الأدنى فبعض الفقهاء لا يشترطونه كالشافعي وأحمد. وحدده البعض الآخر بربع دينار ذهبي (المالكية) و 10 دراهم فضية (الأحناف)

أنواع الصداق: الصداق أنواع وهي:

الصداق المسمى : وهو الذي يسمى في العقد . و الصداق المعجل و الصداق المؤجل وصداق المثل.

- مؤجلات الصداق : يتأجد الصداق محله بالدخول الحقيقي بالزوجة أو بوفاة الزوج قبل الدخول . ويلحق بالدخول الخلوة الصحيحة. أما إذا وقع الطلاق قبل الدخول فلا حق للمطلقة إلا في نصف الصداق .

- مسقطات الصداق : الفرقة قبل الدخول بسبب ردة الزوجة
- الإبراء من الصداق إذا كان دينا على الزوج
- الزواج المفسوخ قبل الدخول بسبب فساده

ثالثا : الولي: الولي هو الشرط الثالث في عقد الزواج نتناول هذا الشرط من خلال النقاط التالية: تعريف الولي لغة واصطلاحا و أقسام الولاية. الطبيعة القانونية للولي وموقف الفقهاء منها ثم شروط الولي وترتيب الأولياء

1- تعريف الولي وأقسام الولاية:

الولي لغة من الولاية بكسر الواو من النصرة والمحبة أما الولاية بفتح الواو فهي تولي الأمر (الوالي)

أما اصطلاحا فهي تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه.

وتنقسم الولاية إلى ثلاثة أقسام ولاية على المال، ولاية على النفس، وولاية على المال والنفس معا. والولاية على النفس هي التي تهمنا وتنقسم بدورها إلى قسمين ولاية إجبار وولاية اختيار.

2- الطبيعة القانونية للولي وموقف الفقهاء منه: جعل التعديل الجديد لقانون الأسرة من الولي شرطا لصحة عقد الزواج (المادة 9 مكرر) والولاية التي يعتد بها المشرع الجزائري هي ولاية الإختيار أي التي يكون فيها الرضا قائما على المشاورة والمشاركة بين الولي ومولية.

(انظر المادة 11 / 1 من الأمر 05/02 والمادة 13 من نفس الأمر)

أما بقية ولايات القناة فاعتبرها المشرع الغى ولاية الإجبار بموجب الأمر 05/02

أما بالنسبة للتكييف الفقهي للولي في عقد الزواج، فقد اختلف الفقهاء بشأنه فذهب المالكية في المشهور عندهم على أنه ركن. وذهب الشافعية إلى أنه شرط في الصحة. أما أبو حنيفة وبعض الفقهاء قالوا إذا عقدت المرأة نكاحها بغير وليها ولحق كفؤا جاز.

2- شروط الولي: ويشترط في الولي العقل والبلوغ والإسلام واتحاد الدين بين الولي والمولى عليه.

ترتيب الأولياء: بالنظر للمادة 11 من الأمر 05/02 فإن الأب هو الولي الأصلي، فإن غاب تنتقل إلى الأقربين، إلا أن المشرع لم يوضح من هم الأقربون. ثم يفتح الباب على مصراعيه أمام القاضي لإعمال سلطته التقديرية في اختيار الأقرب في حالة غياب الأب.

رابعا: الإشهاد: وهو الشرط الرابع في عقد الزواج.

التكييف القانوني للإشهاد: جعل المشرع الجزائري الإشهاد شرط صحة في عقد الزواج (المادة 9 مكرر، 18 و 22 من الأمر 05/02).

وإذا تخلف شرط الإشهاد فإن الزواج يكون فاسدا (المادة 33 فقرة 2 من الأمر 05/02). وهو بذلك يتفق مع جمهور الفقهاء.

شروط الإشهاد: ويشترط في الشهود الإسلام والعقل والبلوغ (21 سنة انظر المادة 43 من قانون الحالة المدنية) - السمع والفهم - العدد وهو اثنا شاهدان. ويستحب الزيادة على الإثنين - العدالة.

خامسا: انعدام الموانع الشرعية للزواج: يعد هذا الشرط واحدا من الشروط في عقد الزواج (م 9 فقرة 4 من الأمر 05/02)

ويتمثل هذا الشرط في وجوب أن يكون كل من الزوجين خاليا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة (المادة 23 من القانون 11/84).

وعلية يحرم من النساء: الأم والجدة لأب أو لأم وإن علت والبنت وبنتها وإن نزلت وبنت الابن وإن نزلت والأخت وبنت الأخت وإن بعدت والعمة والخالة وبنت الأخ وزوجة الأب وزوجة الجد وزوجة الابن وزوجة ابن الابن وزوجة ابن البنت مهما نزلوا، أم الزوجة وجدتها تحرم بمجرد العقد على بنتها. الربيبة إن دخل بأمها. الأم من الرضاع والأخت من الرضاع، والعمة من الرضاع والخالة والبنت من الرضاع (المادة 5 و 8 من القانون 11/84 والمادة 28 من نفس القانون

المحاضرة السادسة: الزواج غير الصحيح في قانون الأسرة.

يتنوع عقد الزواج من حيث الوصف الشرعي والقانوني إلى زواج صحيح وزواج فاسد، وزواج باطل *، وسنقتصر هنا على النوعين الأخيرين.

أولا: الزواج الفاسد.

أ- التعريف القانوني للزواج الفاسد: لم يعرف المشرع الجزائري الزواج الفاسد في قانون الأسرة، ولكن بالنظر والتأمل في مجموعة من النصوص القانونية (م 9 و 9 مكرر، 30، 32، 33 من الأمر رقم 05/02 والمواد 23 إلى 29 و 34 و 35 من القانون رقم 84/11) نستطيع القول بأن الزواج الفاسد هو العقد الذي تخلف فيه شرط من شروط الصحة وانشتمل على مانع من الموانع الشرعية.

أما بالنسبة للتعريف الفقهي فقد عرفه فقهاء الحنفية بما يلي: "هو ما كان مشروعا بأصله، لا بوصفه، أي ما نقص فيه شرط من شروط الصحة، كالشهود مثلا".

ب- حالات الزواج الفاسد في قانون الأسرة:

بالرجوع إلى المواد القانونية المذكورة آنفا يمكن استنتاج حالات العقد الفاسد في قانون الأسرة وهي:

1. محل زواج اختل فيه شرط من شروط صحته كالولي أو الشهود أو الصداق (م 9 مكرر، م 33 من الأمر 05/02).
2. محل زواج انشتمل على مانع من الموانع الشرعية بناء على المادة 34 من القانون 84/11 والتي تنص على أنه "يحل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب العدة".
3. محل زواج انشتمل على شرط يتنافى وطبيعة عقد الزواج (م 19 من الأمر 05/02) أما المادة 32/2 فقد كيفته بالبطلان وهذا في غاية الغرابة.

ثانياً: إثبات عقد الزواج.

نص المشرع الجزائري في المادتين 18 و 22 من الأمر 05/02 بأن الزواج يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية ونص في المادة 21 من القانون 84/11 بأن أحكام قانون الحالة المدنية تطبق في إجراءات تسجيل عقد الزواج. وعليه فلا يمكن إثبات عقد الزواج إلا بالعقد المدني المسجل طبقاً للمواد 21 من قانون 84/11 و 71-77 من قانون الحالة المدنية.

و أما في حالة عدم تسجيل عقد الزواج أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية، فإنه طبقاً للمادة 22 من الأمر 05/02 لا بد من اللجوء إلى وكيل الجمهورية لدى المحكمة التي تم الزواج العرفي قد انعقد في دائرة اختصاصها المحلي. كما ورد في المادتين 39 و 40 من قانون الحالة المدنية. وبعدما تفصل المحكمة في الوقائع المعروضة طبقاً للمادة 39 وتصدر حكما بتسجيل وإثبات عقد الزواج ترسل منطوق الحكم إلى ضابط الحالة المدنية الذي يقوم بتدوينه في سجل الحالة المدنية كما أشارت المادة 58 من قانون الحالة المدنية والمادة 05/02 من قانون الأسرة.

أما عن الشريعة الإسلامية. فقد اكتفى الفقه قديماً بالشهادة كوسيلة للإشهار والعلنية وكأداة للإثبات في حالة الجحود والإنكار، بينما أدخل الفقه الإسلامي المعاصر التوثيق عملاً بالمصالح المرسلة لحماية الحقوق وتثبيتها.

- تعدد الزوجات بدون ترخيص قضائي (م 8 مكرر 1 من الأمر 05/02

2 آثار عقد الزواج الفاسد

- يفسخ عقد الزواج الفاسد قبل الدخول من غير أثر يذكر مهو في حكم الزواج الباطل (م 33 من الأمر 05/02)
- أما إذا تم فيه الدخول فانه يصحح ويرتب كل آثار الزواج الصحيح . ومن ذلك .

وجوب صداق المثل - ثبوت النسب (م 34 من قانون 11/84 النفقة ، حرمة المصاهرة ، الإرث ، الع العدة في حالة الطلاق

ثانيا ، الزواج الباطل

أ) - لم يعرف المشرع الجزائري الزواج الباطل في قانون الأسرة ، ولكن باعتماد المادة 05 و 09 مكرر والمادة 33 من الأمر 05/02 يمكن القول بأن الزواج الباطل هو الذي اختل فيه ركن الرضا أو أكثر من شرط واحد من شروط الصحة
ولقد عرفه بعض شراح القانون بأنه "كل عقد فقد أركانه أو شرائط الأركان"
- أما فقهاء الشريعة فقد عرفوه بأنه ما كان غير مشروع لا بأصله ولا بوصفه ، كزواج المسلمة بغير المسلم.

ب) حالات الزواج الباطل .

يكون الزواج الباطل في الحالات التالية.
- إذا اختل فيه ركن الرضا (م 33 / 1 من الأمر 05/02.
- إذا اختل فيه أكثر من شرط واحد كما يفهم من المادة 33 / 2 من الأمر 05/02.
- زواج المسلمة بغير المسلم.

أما المادة 32 من قانون الأسرة التي تتحدث عن بطلان الزواج

الذي يشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد
فإنها بحاجة إلى تصويب.

ج - آثار عقد الزواج الباطل.

لم ينص المشرع الجزائري على آثار الزواج الباطل عدا مادة واحدة
وهي المادة 133 من القانون رقم 84/11 والتي جاء فيها ما يلي:
« إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين.
وعلى كل فإن الزواج الباطل لا يرتب أي أثر قانوني أو شرعي
قبل الدخول

المحاضرة السادسة

تسجيل عقد الزواج وإثباته

نتناول في هذه المحاضرة الاجراءات الادارية والتنظيمية لعقد الزواج واثباته في حالة عدم التسجيل.

المطلب الاول: الإجراءات الإدارية والتنظيمية في تسجيل عقد الزواج.

ندرس الإجراءات الإدارية في فرع اول. ثم الاجراءات التنظيمية في فرع آخر.

الفرع الاول: الإجراءات الإدارية

أولا: ضرورة تسجيل عقد الزواج وأهميته

أوجب قانون الاسرة الجزائري تسجيل عقد الزواج في وثيقة رسمية كوسيلة قانونية لاثبات الزواج الرسمي. وهذا ما أكدت عليه المادة 18 من ق أ. على أن عقد الزواج يبرم أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانوناً.. والمرجع في تحديد الموظف المؤهل هو قانون الحالة المدنية طبقا للمادة 21 منه التي نصت على مايلي: "تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج" ونصت المادة 71 من قانون الحالة المدنية على أن ضابط الحالة المدنية أو القاضي (الموثق) المختص بتحرير عقد الزواج هو إما ذلك الذي يوجد بدائرة إختصاصه موطن الزوجين أو أحدهما، وإما ذلك الذي يوجد بدائرة إختصاصه مقر إقامة أحد الزوجين بإستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج.

أما إذا انعقد الزواج في الخارج، فإن هذا العقد يحرره الموظفون الدبلوماسيون أو القنصليون أو السلطة المحلية التي لها حق تحرير العقود الرسمية (م 76 و 96، 106 من قانون الحالة المدنية) ونشير في الأخير إلى أن وثيقة الزواج الرسمية هي وسيلة لإثبات الزواج وليس للانعقاد.

ثانيا: الوثائق المطلوبة لتسجيل عقد الزواج

هذه الوثائق هي:

1. شهادة ميلاد الزوج والزوجة وفي حالة التعذر تغني بطاقة التعريف أو الدفتر العائلي للأبوين. وبإمكان الزوج تقديم الدفتر العسكري
2. شهادة الإقامة للزوج الذي ينتمي للاختصاص المحلي للمحكمة أو البلدية
3. شهادة الإعفاء من السن
4. رخصة الزواج بالنسبة للعسكريين ورجال الأمن
5. نسخة من عقد وفاة الزوج السابق وإما نسخة من حكم الطلاق بالنسبة للمرأة التي سبق لها الزواج

ثالثا: البيانات التي تسجل في عقد الزواج

أ. البيانات التي تدون في عقد الزواج، هي:

- الألقاب والأسماء والتواريخ ومحل ولادة الزوجين
- مهنة الأزواج وتوقيعاتهم
- ألقاب وأسماء أبوي كل منهما.
- ألقاب وأسماء وأعمار الشهود وتوقيعاتهم
- الترخيص بالزواج المنصوص عليه عند الاقتضاء.
- الإعفاء من السن الممنوح من قبل السلطات المختصة إذا لزم الأمر.

الفرع الثاني: الإجراءات التنظيمية لتسجيل عقد الزواج

تتعلق هذه الإجراءات بتسجيل عقد الزواج بالنسبة لبعض الأشخاص والتي نصت عليها المادة 34 ق.أ. بأنه يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى إجراءات تنظيمية أي إلا بعد الحصول على رخصة مكتوبة من الوالي.

كما أنه لا يجوز لموظفي الأمن الوطني عقد زواجهم دون ترخيص كتابي مسبق من الجهة التي لها سلطة تعيينهم (م 23 و 24 من المرسوم رقم 83-484 الصادر في 13 أوت 1983)

وكذا بالنسبة لأفراد الجيش الوطني الشعبي (منشور رقم 364 تاريخ 25 جوان 1969 الصادر عن وزارة العدل.

كما أنه بالنسبة للأشخاص الجزائريين الذين لم يبلغوا السن القانونية للزواج المحدد في المادة 7 ق.أ. يجب عليهم تقديم الإذن القضائي.

المطلب الثاني: إثبات الزواج وتسجيله أمام القضاء

وفيه فرعان: الفرع الأول: اثبات عقد الزواج.

والفرع الثاني: كيفية تسجيله أمام القضاء

الفرع الأول: إثبات عقد الزواج

نصت المادة 39 من قانون الحالة المدنية والمادة 22 من ق.أ على أن الزواج يثبت بمستخرج من سجلات الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توفرت أركانه وفقا لهذا القانون، ويتم تسجيله بسجلات الحالة المدنية.

وعليه، فالأصل في اثبات عقد الزواج أن يكون باستخراج نسخة من سجلات الحالة المدنية، والفقرة الأولى من المادة 5

من قانون 44 - 63 تؤكد هذا المعنى ولا تخالفه.
هذا إذا كان الشخص المعني قد سبق له أن صرح بعقد زواجه لدى الموظف المختص، وسجل بسجلات الحالة المدنية.
أما إذا كان قد سبق لهذا الشخص أن أبرم عقد زواجه بالفاتحة وفقًا لقواعد الشريعة الإسلامية ولم يقم بتسجيله أمام البلدية أو الموثق، فإنه ليس أمامه من سبيل لإثبات عقد زواجه قانونًا إلا باللجوء إلى المحكمة.

الفرع الثاني: إجراءات تسجيل الزواج أمام المحكمة
تتلخص هذه الإجراءات في تقديم طلب من الزوج المعني إلى وكيل الدولة لدى المحكمة التي كان الزواج العرفي قد انعقد في دائرة اختصاصها يذكر هوية الزوج والزوجة ومكان وتاريخ ولادة كل منهما مرفوقًا بالوسائل والأدلة التي تثبت إبرام عقد الزواج وفقًا لما ورد النص عليه في أحكام قانون الأسرة.
وفي تقديم عريضة من وكيل الدولة إلى رئيس المحكمة تتعلق بهذا الطلب بعد التحقيق فيه. ثم يصدر رئيس المحكمة حكمًا برفض هذا الطلب إذا لم يجد فيه ما يبرره شرعًا وقانونًا أو يصدر حكمًا يقرر فيه قبول الطلب ويأمر بتسجيل عقد الزواج أثر رجعي حسب التاريخ والمكان المنعقد فيهما، إذا ثبت له بعد التحقيق أن العقد قد ابرم وفقًا للشريعة والقانون.
وبعد ما يرسل وكيل الدولة منطوق هذا الحكم مرفقًا بنسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية التي أبرم فيها عقد الزواج ويطلب منه تدوين منطوق هذا الحكم وتقييده في السجل المخصص

لتدوين أو تسجيل عقود الزواج للسنة التي كان العقد قد تمّ خلالها.

وفي الأخير نشير إلى بعض آثار تسجيل عقد الزواج.

- تسليم الدفتر العائلي.
- تسليم للزوجين شهادة تثبت انعقاد الزواج.
- ه التسجيل يمنح الزوجين حق التقاضي بشأن الزواج وآثاره.
- التأشير إلى الزواج على هامش وثيقة ميلاد كل واحد من الزوجين.

المحاضرة السابعة : النفقة

نتناول موضوع النفقة من خلال العناصر التالية.

- تعريف النفقة وأدلة وجوبها
- شروط استحقاق
- الامتناع عن أداء النفقة وأثره.
- تقدير النفقة وتاريخ استحقاقها.
- سقوط النفقة
- النفقة على الاقارب

أولا : تعريف النفقة وعناصرها.

أ - تعريف النفقة : النفقة لغة تأتي بمعنى النفوق وهو الهلاك وقيل مأخوذة من النفاق، وهو الرواج وسُمّي بها الذي ينفقه الإنسان على أهله لأن فيه إهلاك للمال، أو لأن الإنفاق رواجا لحال المنفق عليه.

التعريف الشرعي للنفقة : هي إسم لما يصرفه الإنسان على زوجته وأولاده وأقاربه من طعام وكسوة ومسكن.

أما المشرع الجزائري فانه لم يعرف النفقة في قانون الأسرة، وإنما ذكر فقط الأصناف التي تجب لهم وهم الزوجة والأصول والفروع، كما تعرض أيضا لعناصر النفقة في المادة 78 من القانون 11/84 وهي الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته، وما يُعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

ب - أدلة وجوب النفقة.

تجب النفقة بالكتاب والسنة والإجماع. فمن الكتاب قوله تعالى " ... وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف "

سورة البقرة الآية 233

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة " خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف " أي من مال زوجها أبي سفيان الذي لم يؤد لها النفقة وشكته إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم.

و أما الإجماع فقد اتفق العلماء على أن النفقة واجبة على الزوج لزوجته وأولاده.

ثانيا: شروط استحقاق النفقة:

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري يتبين أن النفقة لا تجب إلا بإحدى الشرطين التاليين.

أ- الدخول بالزوجة: وهذا ما نصت عليه المادة 74 من قانون الأسرة. ومعنى هذا الشرط أن الزوجة لا تستحق النفقة إلا إذا تم الدخول بها بعد عقد زواج صحيح.
أما الزوجة غير المدخول بها فلا نفقة لها إلا إذا حالت أبت استعدادها للدخول وانباطأ الزوج عن ذلك ولحانت بيد ما بينة تثبت حسن نية الزوج عن عدم الدخول.

ب- الحكم القضائي: كما هو موضح في المادة 74 من القانون 84/11 أو عن طريق الحكم الإستعجالي كما نصت عليه المادة 57 مكرر من الأمر 05/02.

ثالثا: الإمتناع عن النفقة وأثره:

الأصل في أداء النفقة أن يكون عن طريق التمكين بمعنى أن الزوج يمكن زوجته من النفقة دون المطالبة بها أمام القضاء أما إذا امتنع الزوج عن أداء النفقة فيبقى من حق الزوجة العادي
- أن تلجأ إلى القضاء للمطالبة بحقها في النفقة: طبقا للمادة 74 من قانون الأسرة أو تسلك الطريق الإستعجالي كما نصت بذلك المادة 57 مكرر من الأمر 05/02.
- وكذلك يمكن للزوجة في حالة الإمتناع عن النفقة أن تطلب التطليق اعتمادا على الفقرة الأولى من المادة 53 من الأمر 05/02.
- هذا ويترتب عن إهمال الأسرة وتركها عمدا بدون نفقة عقوبة جنائية للزوج طبقا للمادة 331 من قانون العقوبات.

و تتمثل في الحبس من سنة (01) أشهر إلى ثلاث (03) سنوات
و الغرامة من 500 إلى 5000 دج / انظر المادة 337 ف قانون عقوبات
رقم 66-156 المؤرخ في 08/06/1966

رابعا: تقدير النفقة و تاريخ استحقاقها.

أ- تقدير النفقة: نصت المادة 79 من القانون 84/11 على ما يلي: "يراعى القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش، و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم" و عليه فإن القانون قد منح القاضي سلطة واسعة في تقدير النفقة.
و هذا التقدير قال به جمهور الفقهاء الحنفية و المالكية و الحنابلة.
و تقدير النفقة من قبل القاضي يكون في حالة النزاع القضائي، أما في (حالة) الحياة الزوجية العادية فإن الأمر موكل إلى مدى قدرة الزوج.

ب- تاريخ استحقاق النفقة.

بناءً على أحكام المادة 80 من قانون الأسرة (84/11) فإن القاضي لا يحكم للزوجة بالنفقة إلا بعد رفع الدعوى إلى تاريخ صدور الحكم.
و لكن استثناء من هذه القاعدة حسب المادة 80 من القانون 84/11 فإنه يجوز للقاضي أن يحكم بالنفقة المتراكمة السابقة (على رفع الدعوى) بشرط أن لا تتجاوز نفقة سنة واحدة قبل رفع الدعوى.
كما يجوز الحكم بنفقة مؤقتة للزوجة أو لأولادها كحكم استعجالي و تنتهي هذه النفقة المؤقتة عند الفصل في موضوع النزاع بصفة نهائية (م 57 مكرر من الأمر 05/02)

خامسا: سقوط النفقة: لم يتعرض المشرع الجزائري لمسقطات النفقة في قانون الأسرة، و عليه سنبحث عنها في الفقه الإسلامي.

مسقطات النفقة في الفقه الإسلامي

1- النشوز: يعتبر النشوز من مسقطات نفقة الزوجة الناشز هذا وقد تعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة لحالات النشوز، والنشوز هو خروج الزوجة بغير إذن زوجها ودون مبرر شرعي، وبالنسبة للزوجة العاملة كالطبيبة والممرضة، فإن خروجها إلى العمل لا يعد نشوزا خاصة إذا تم اشتراطه في عقد الزواج طبقا للمادة 19 من الأمر 84/11، لكن إذا لم تشترطه الزوجة ثم خرجت ثم رفض الزوج فإن الرأي الغالب في الفقه يعتبرها ناشزا وبالتالي تسقط نفقتها.

2- الزوجة المحبوسة ولو ظلما غير أن المالكية لم يسقطوا لها حقها في النفقة إذا حكمت محبوسة بعذر كحبسها لعدم سداد دين عليها، أما إذا حبسها لغير عذر كالسرقة فإن نفقتها تسقط.

سادسا: نفقة الأقارب

تتلخص نفقة الأقارب فيما يلي

نفقة الوالد على ولده الفقير إلى حين بلوغه سن الرشد (19 سنة) بالنسبة للذكر وبالنسبة للأنثى إلى الدخول بها بعد زواج وتبقى هذه النفقة مستمرة إذا كان ثمة مبرر شرعي كالعجز أو طلب العلم. (م 75 من ق. 84/11)

- وجوب النفقة على الأم في حالة عجز الأب (م 76، 77 من ق 84/11)

وجوب نفقة الأصول على الفروع (م 77 من ق 84/11)، وتكون نفقة الأصول على الفروع حسب درجة القرابة في الإرث. (يدخل في الأصول الأجداد والجدات والآباء المباشرين والأبناء والأحفاد والحفيدات وهذا خلافا لمذهب مالك الذي أوجب النفقة تجاه الآباء فقط دون الأجداد وعلى الأبناء المباشرين دون الأحفاد والحفيدات.

المحاضرة الثامنة

النسب

نتناول موضوع النسب في قانون الأسرة الجزائري من خلال العناصر التالية:

المقصود بالنسب . إثبات النسب بالطرق الشرعية والقانونية

. إثبات النسب بالطرق العلمية .

أولا: المقصود بالنسب : إن المراد بالنسب إلحاق الولد بأبيه، لأن نسب الولد من أمه ثابت في محل حالات الولادة شرعية أم غير شرعية.

و النسب بهذا المعنى رابطة سامية وصلة عظيمة على جانب كبير من الخطورة لذا اهتم بها الشارع الحكيم وأرسى قواعدها على أسس سليمة و أبطل كل الطرق التي تهدد هذه الرابطة ومن ذلك التبني و العلاقات الجنسية غير المشروعة فلم يعترف بها كوسيلة لإثبات النسب.

وإلى جانب ابطال التبني نهى الله الأباء عن انكار نسب الاولاد منهم ونوعدهم على ذلك بالعقاب والعذاب ودل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم. "أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه. أي يعلم أنه ابنه . احتجب الله منه يوم القيامة. وفضحه على رؤوس الخلائق" وكذلك نهى الشارع الأبناء أن ينتسبوا إلى غير أبائهم ، و الحكمة من ذلك أن انتساب الولد إلى غير أبيه عقوق للأب وإساءة إليه . و اكثر من هذا حرم الله على المرأة أن تنسب إلى زوجها من تعلم أنه ليس منه. "أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها جنته.

ثانيا: إثبات النسب بالطرق الشرعية والقانونية

نص المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة (المعدل والمتمم) على الطرق التي يثبت بها النسب وهي الزواج الصحيح والزواج الفاسد ونكاح الشبهة وبالإقرار والبينة.

وسنفصل في هذه الطرق فيما يلي:

أ- ثبوت النسب بالزواج الصحيح: فالنسب لا يثبت إلا بتوافر أركان الزواج صحيحا وتم عقد البناء والأصل في هذا قوله صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش وللعاهر الحجر" (أي للزاني الرجم بالحجر)

وحتى يثبت النسب بالزواج الصحيح فلا بد من توافر ثلاثة شروط:

1- إمكانية الاتصال الجنسي.

2- ولادة الولد بين أدنى وأقصى مدة الحمل (ما بين 6 أشهر إلى 10 أشهر) م 42/ 1 من القانون 11/84.

أما عن أقل مدة الحمل فقد أجمع عليها الفقهاء، أما أقصاه فقد وقع حوله الخلاف على سبعة أقوال لم يثبت الطب واحدا منها إلا قول محمد بن الحكم من المالكية الذي قال بإمكانية أن يتجاوز الحمل تسعة أشهر بشيء قليل وهو ما اعتمده المشرع الجزائري.

3- عدم نفي الولد بالطرق الشرعية (اللعان).

ب - الزواج الفاسد : ويلاحظ أن المشرع الجزائري بدل أن يصرح بالزواج الفاسد في المادة 40 أحال على حالاته من خلال المواد 32 ، 33 ، 34.

وهذا النسب الذي يثبت بطريق الزواج الفاسد لا يشترط فيه غير شرط واحد وهو أن يقع بين أدنى وأقصى مدة الحمل من تاريخ الدخول حسب نص المادة 42 من ق 84/11.

ج - طريق بقاع الشبهة : وهو الزواج الذي يقع بطريق الخطأ.

كتزوج رجلان امرأتين فزفت كل واحدة منهما إلى زوج الأخرى غلطاً فدخل بهما وحملت يلحق النسب.

ويثبت النسب بقاع الشبهة بشرط واحد كذلك وهو أن يقع الولادة في المدة القانونية المحددة في المادة 42 من ق 84/11.

د - ثبوت النسب بطريق الإقرار

هـ - ثبوت النسب بطريق الإقرار : الإقرار أن يعترف شخص بنسب شخص ما إليه وهو نوعان إقرار بأصل النسب وإقرار ما يتفرع على أصل النسب

1 - الإقرار بأصل النسب : وذلك كالإقرار بالأبوة أو البنوة أو الأمومة المباشرة وهذا ما نصت عليه المادة 44 من القانون 84/11 (أربع المادة) وعليه يصح إقرار الرجل - ولو في مرض الموت - بالولد أو الوالدين بالشروط التالية

- أن يصدقه العقل والعادة : (بحيث يكون فارق السن بينهما معقولاً)
- أن يصدقه الشرع : بأن يكون المقر له مجهول النسب.
- أن يصدقه المقر له إذا كان راشداً وإلا بطل الاقرار (شرط فقهي)

- الإقرار ما يتفرع على أصل النسب: كالعمومة والأخوة وغيرها -
وهذا الإقرار فيه تحميل النسب على غير المقر. لهذا يقول هذا
أخي. وهذا ما نصت عليه المادة 44 من ق أ/ 11 "الإقرار بالنسب
في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا
بتصديقه.

وأما عن شروط هذا الإقرار فبالإضافة إلى شروط النوع الأول فإن
شرط خاص به وهو أن يوافق المحمول عليه بالنسب على هذا
الإقرار، ففي قوله هذا أخي، يشترط للبنوة نسبه مع الشرط السابق
أن يصدقه أبوه في ذلك. وأما إقرار الزوجة أو الأم فيشترط أيضا
أن يوافق زوجها على الإعتراف ببنوته له أو ببنوتها.

ثبوت النسب بالبينة: والمقصود بالبينة هنا كل حجة أو دليل يؤكد
وجود واقعة الولادة وحدوثا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر
أو غيرها من وسائل الإثبات القانونية والشرعية كما ورد النص عليها
في قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ثالثا: إثبات النسب بالطرق العلمية

تنص المادة 40 من قانون الأسرة المعدل في فقرتها الثانية المضافة
بالأمر الرئاسي رقم 05/02 المؤرخ في 27/02/2005 بأنه:
"يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"
ومفاد هذه الفقرة أنه يمكن إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية
أي عن طريق تحاليل البصمة الوراثية أو التحليل الجيني للحمض
النووي (ADN)

أ. التعريف بالبصمة الوراثية: البصمة الوراثية مركب وصفي من كلمتين
البصمة والوراثة، والمقصود بالبصمة لغة هو أثر الختم بالإصبع
أما الوراثة فهي مجموع الصفات الفيزيولوجية والتشريحية
والعقلية المتشابهة أو المتقاربة بين الأفراد الذين تربطهم صلة
قرابة.

إثبات عن طريق اصطلاح، فإن البصمة الوراثية هي ما يتوارثه الأبناء عن آبائهم من صفات تحدد هويتهم بدقة، فهي الجينات الوراثية التفصيلية التي تدل على هوية محل إثبات بعينه والتي تتحكم في صفات الشخص الجينية التي يختص بها كل فرد دون سواه.

ب: دور البصمة الوراثية في إثبات النسب أو نفيه

بالإضافة إلى الطرق القانونية والشرعية التي أقرها المشرع الجزائري في إثبات النسب، فقد أدرج في التعديلات التشريعية الأخيرة (م 40 مكرر/2 المضافة عام 2005) اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، ومن ذلك البصمة الوراثية.

غير أنه لا يجوز للبصمة الوراثية أن تتقدم على الطرق الشرعية والقانونية المنصوص عليها في المادة 40 مكرر/2 من قانون الأسرة، وعليه لا يمكن ولا يجوز الإعتماد على البصمة الوراثية في إبطال الأبوة الثابتة شرعا وقانونا أو التشكيك فيها، كما أن نفي النسب لا يكون إلا عن طريق اللعان

ج- ضوابط إثبات النسب بالبصمة الوراثية: يخضع إثبات النسب بالبصمة الوراثية للضوابط التالية:

لا يجوز استخدام البصمة الوراثية لتعطيل الطرق الشرعية والقانونية

~~لا يجوز استخدام نتائج تحاليل البصمة الوراثية~~

1- أن يكون إجراء تحليل البصمة الوراثية بأمر من القضاء في مختبرات معتمدة (سرية المعلومات) ويمكن للنيابة العامة طلب اللجوء إلى البصمة الوراثية في قضايا النزاع حول النسب (م 40 مكرر قانون الأسرة)

2- يجوز الإعتماد على البصمة الوراثية بشرط ثبوت الفراش

3- لا يجوز شرعا تقديم البصمة الوراثية على اللعان، كما أنه لا يجوز الإستغناء بها عن اللعان

4- لا يجوز أخذ الجينات لإجراء التحاليل إلا بالقدر الكافي للعملية المقصودة

5- القاضي غير ملزم بنتائج التحاليل، فله السلطة التقديرية في الأخذ بها أو الاستبعاد ما يشك في أنه صواب منها غير أنه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة.

المحاضرة : الطلاق

يشتمل موضوع الطلاق على عناصر كثيرة، سنقتصر على بعضها وهي : تعريف الطلاق . صور الطلاق . الطلاق والفسخ أركان الطلاق وشروطه . الطلاق التعسفي وأخيرا الإجراءات القانونية للطلاق.

أولا : تعريف الطلاق نتناول تعريف الطلاق من الناحية اللغوية والفقهية والقانونية

أ - الطلاق لغة : يعني الطلاق لغة رفع القيد مطلقا حسيا كان أو معنويا كما يأتي بمعنى الترك والمفارقة والتسريح.

ب - الطلاق فقها : هو رفع قيد الزواج في الحال أو المآل بلفظ مخصوص. والطلاق الذي يكون في الحال هو الطلاق الثلاث (البائن بينونة كبرى) أما الطلاق الذي يكون في المآل فهو الرجعي.

ج - الطلاق قانونا : لم يعرف المشرع الجزائري الطلاق في قانون الأسرة، وإنما (اكتفى) اعتبره في المادة 48 من قانون 84/11 طريقة يتحل بها عقد الزواج.

ثانيا : لقد نص المشرع الجزائري في المادة 48 من ق 84/11 على مايلي :

" مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون.

يستفاد من نص المادة أعلاه أن عقد الزواج ينحل بالطلاق والذي يقع في صور ثلاث.

- الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

ب- الطلاق بالتراضي: ويقع الطلاق بالتراضي عندما يقوم الزوجين معا بناءا على رغبتهما حل الرابطة الزوجية دون نزاع، وقد عبر عنه بعض الفقهاء بالطلاق اللطيف أو الطريف وعليه يمكن للزوجين أن يتوجها إلى المحكمة (قسم شؤون الاسرة) بعريضة مكتوبة وممضاة من الزوجين معا تفيد اتفاقهما على إنهاء الرابطة الزوجية بالتراضي، ولا يجوز للقاضي مراقبة سبب طلاقهما.

ج- الطلاق بطلب من الزوجة: وهذه هي الصورة الثالثة من صور الطلاق التي نظمتها المادة 48 من قانون الاسرة وهي أن يتم الطلاق بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54، والمادة 53 تتعلق بالتطليق والمادة 54 تخص الخلع.

والتطليق هو أن يفرق القاضي بين الزوجين بطلب من الزوجة إذا ما تحقق سبب من الأسباب المذكورة في المادة 53 من الأمر 05/02 (انظر المادة 53).

أما الخلع (فهو أيضا) فيتم أيضا بطلب من الزوجة إلا أنه يختلف عن التطليق في أن له سبب وحيد هو الشقاق المستمر بين الزوجين كما أن الزوجة في الخلع تلتزم ببدل الخلع أو العوض والذي لا يوجد في التطليق.

ويشبه الخلع الطلاق بالتراضي في عناصر كثيرة إلا ويختلف معه في المبلغ المالي الذي تفتدي به الزوجة نفسها حيث يتفق في الطلاق بالتراضي.

ثالثا: الطلاق و الفسخ : يختلف الطلاق عن الفسخ في ما يلي:

أ- أن الطلاق يعد إنهاء لعقد الزواج، أما الفسخ فهو نقض أو هدم لعقد الزواج لخلل في تكوينه أو طارئ طرأ على الزواج فمنع بقاءه بعد أن نشأ صحيحا.

ب- الطلاق قد يكون بائنا لا رجعة فيه، أو رجعيا، أما الفسخ فهو فرقة بائنة لا رجعة فيها

ح- الطلاق ينقص من عدد الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج أما الفسخ فلا يعد من الطلقات الثلاث أي لا يؤثر في العدد.

د- أن

د- أن الطلاق لا يكون إلا في زواج صحيح أما الفسخ فقد يكون في زواج صحيح أو غير صحيح

رابعا: أركان الطلاق وشروطه.

أركان الطلاق ثلاث: المطلق والمطلقة والصيغة.

لم ينص المشرع الجزائري على أركان الطلاق وشروطه، مما يوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من ق أ/ 11/84.

ورغم سكوت المشرع عن هذه الأركان والشروط يمكن استنباط البعض منها كشرط الأهلية الكاملة للزوج وأن يكون متمتعا بقواه العقلية وغير محجور عليه

أركان الطلاق وشروطه في الفقه الإسلامي.

شروط المطلق: البلوغ، العقل، أن يكون زوجا أو وكيلا، وأن يكون قاصدا للطلاق، مختارا غير مكره والغضبان كالمكره. أما طلاق السكران فمشهور مذهب مالك وقوع طلاقه

وطلاق الهازل يقع عند جمهور الفقهاء.

المطلقة، ويشرط فيها أن تكون محلاً للطلاق بأن تكون زوجة في عصمة الزوج بعقد صحيح وأن تكون في طهر لم يمسسها فيها، ولا خلاف بين الفقهاء حول الشرط الاول وانما الخلاف في الشرط الثاني.

الصيغة، وهي اللفظ الذي يقع به الطلاق.

اللفظ الصريح، وهو لفظ الطلاق ولا خلاف بين الفقهاء حول ايقاع الطلاق باللفظ الصريح وانما وقع الخلاف في بعض الالفاظ (المشتقة) كالسراح والفراق. (سرحتك وفارقتك) الطلاق بلفظ الكناية، ولفظ الكناية يحتمل معنى الطلاق ومعاني أخرى، فذهب جمهور الفقهاء إلى أن الطلاق يقع بلفظ الكناية إذا نوى الزوج الطلاق، وقال الجعفرية والظاهرية أن الطلاق لا يقع بالكناية.

أما الطلاق بالكتابة فإنه يقع عند الجمهور

وأما قانونا فيما أن الطلاق هو تعبير عن الإرادة حسب المادة 48 من الامر 05/02 فإنه يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا.

خامسا: الطلاق التعسفي:

نصت المادة 2/52 من الأمر 05/02 على أنه "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"

لم يضع المشرع الجزائي معايير للطلاق التعسفي، ولكن بالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا يتبين أن المقصود منه هو الطلاق الذي يكون بدون مبرر شرعي، فقد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 22/11/1982 مايلي: "للمطلقة الحق في النفقة والتعويض وسائر توابع العصمة إذا كان طلاق الزوج غير مبرر ولو كان الزواج غير مسجل في الحالة المدنية"