عقد الزواج بين الثابت والمتغير

المقدمة

إن الزوجية سنة من سنن الله في الخلق والكون و هي ظاهرة عامة لا يشد عنها عالم الإنسان أو الحيوان . وهي من سنن المرسلين , حيث قال تعالى " ولقد أرسلنا رسلا من قبلك و جعلنا لهم أزواجا و ذرية " و قال أيضا " ومن كل شيء خلقنا زوجين لعلكم تتذكرون " و قوله عز و جل " سبحان الذي خلق الأزواج كلها مما تنبت الأرض و من أنفسهم و مما لا يعلمون " و قول النبي صلى الله عليه و سلم " إني أتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني " .

ولم يشأ الله عز وجل إن يترك الإنسان كغيره من الخلائق فيدع غرائزه تنطلق دون قيد أو وعي ويترك اتصال الذكر بالأنثى دون ضبط , بل وضع للغريزة سبيلها الطبيعي وهو الزواج الذي يحفظ شرف الإنسان و يصون كرامته و جعل الاتصال بين و الذكر والأنثى اتصالا كريما مبني على إيجاب و قبول , وبهذا يكون الله سبحانه و تعالى صان المرأة و حفظ كرامتها حتى لاتكون كلأ مباحا لكل راتع و وضعت نواة للأسرة التي تعوضها غريزة الأمومة و عاطفة الأبوة و بها يحيى الإنسان من الضياع .
وقبل التطرق إلى المراحل التي تدخل في تكوين الزواج الخطبة و شروطها و أركانها في ظل قانون الأسرة الحالي)

الأمر وهو رقم 02/05 إذ لا بد من تعريف عقد الزواج وإعطاء نظرة قانونية واجتماعية عليه .
فالزواج لغة يعني الاختلاط والاقتران لقوله تعالى " وإذا النفوس زوجت ", أي قرنت بأبدانها , وقيل بأعمالها ومنه شاع مدلول عقد الزواج لغة وعرفا بعقد القران مما يدل على اقتران الرجل بالمرأة .
أما الزواج شرعا يقصد به التعاقد بين الرجل و المرأة ,كما يقصد به أيضا استمتاع كل منهما بالأخر و تكوين أسرة صالحة و مجتمع قويم .
وبعد هذا التعريف لعقد الزواج يمكن طرح بعض الأسئلة التالية كيف يتم عقد الزواج ؟وما هي أركانه و شروطه ؟

عقد الزواج بين الثابت والمتغير

الفصل الأول: تكوين عقد الزواج

لقد استهلينا الفصل بتكوين عقد الزواج وما الأسس التي يبنى عليها ؟ حيث المبحث الأول يتضمن تكوين عقد الزواج من مفهوم الخطبة وطبيعة عقد الزواج في الأحكام الثابتة والمتغيرة وطبعا بعد التعديل05-02 وقبل التعديل.

أما عن المبحث الثاني فخصصنا له أركان وشروط عقد الزواج مما يعتبر حاليا بركن الرضا والشروط الأخرى من الأهلية والولاية والصداق والشاهدان.

عقد الزواج بين الثابت والمتغير

المبحث الأول: ماهية عقد الزواج

لقد احدث التعديل في القانون 05 -02 عدة نقاط متباينة جعلت منا نواجه النقد إلى المشرع رغم أن هذا من اختصاص فقهاء القانون لما لقانون الأسرة من أهمية .

كما أن عقد الزواج من اخطر العقود في حياة الإنسانية ذلك ومن جهة أخرى انه من المبكر بكثير اكتشاف كل العيوب و الثغرات القانونية التي يمكن للتعديل قد أحدثها . لان ذلك مرهون بعامل الزمن , واجتهادات الفقهاء , وأحكام المحكمة العليا .

ومنه نتطرق أولا إلى الخطبة قبل وبعد التعديل

ثانيا طبيعة عقد الزواج.

المطلب الأول: مفهوم الخطبة

لما كان الزواج من اخطر العقود التي يجريها الإنسان في حياته ومن أهم التصرفات ذات الشأن العظيم لما يشتمل عليه من تكاليف والتزامات وأثار عديدة فقد اختصه الشارع من بين العقود بأحكام تنظمه وتنظم مقدمته على وجه الخصوص بكونه اخطر عقد في الحياة .وعلى هذا الأساس درج الناس على ألا يقدموا على إنشاء هذا العقد إلا بعد تفكير وتدبر وحيطة .

وقد اقر التشريع الإسلامي بمقدمة تمهيدية للزواج تسمى" الخطبة " أو الوعد بالزواج حتى تنشا الرابطة الزوجية على دعائم قوية و أسس ثابتة تحقق السعادة و الصفاء و الوئام فتدوم العشرة و يشيع الحب والوفاق.

وعليه سنتناول في هذا البحث دراسة الخطبة دراسة شاملة في كل من قانون الأسرة الجزائري واهم التعديلات التي جاء بها الأمر رقم 05_02.

ولقد نظم المشرع الجزائري على أن الخطبة وعد بالزواج مما يجوز معه لأي طرف العدول عن الخطبة وهذا ما أكدته المادة الخامسة قانون الأسرة الجزائري.

عقد الزواج بين الثابت والمتغير

الفرع الأول: الخطبة في قانون الأسرة رقم 84_11

عرف المشرع الجزائري الخطبة في المادة 05من قانون الأسرة بأنها "وعد بالزواج" وذلك بغض النظر عن اعتبارها عقد أو كونها احد مقتضياته , و أكد هذا المعني بإمكانية العدول عن الاقتران بين المخطوبين دون ترتيب أثار معتبرة أو التزامات في ذمة الطرفين .

وكما اشرنا أنفا أن الخطبة وعد بالزواج وليس عقد ولو تمت باتفاق الطرفين فلا يفسح لهما أن يختلطا اختلاط الأزواج. وهذا ما كرسته المحكمة العليا في قرار أصدرته غرفة الأحوال الشخصية صادرا يوم 17-02-84 تحت رقم 3687 انه "من المقرر شرعا أن الاتصال الجنسي قبل العقد يعد زنا "

كما لا يترتب عن الخطبة أي حق من حقوق الزوجية حتى ولو قرنت بالفاتحة آو قدم جزء من الصداق أو كله أو تم تقديم شيء من الهدايا للمخطوبة وهذا ما نصت عليه المادة 06 ق.ا.ج منان الخطبة والفاتحة ستخضع لنفس الأحكام المبينة في المادة 05 أعلاه و هذا أيضا ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرار صدر عن غرفة الأحوال الشخصية يوم 17-03-92 الملف رقم 81129 بقوله: " ...علما أن الفاتحة ليست من بين أركان الزواج وإنما هي باب التبرك والدعاء وان مجلس الخطبة يختلف عن مجلس العقد " .

الفرع الثاني: الخطبة في ظل الأمر 05_02

تطرق المشرع في الأمر الجديد أو المعدل لأحكام الخطبة في مادتين هما المادة الخامسة والسادسة على خلاف قانون الأسرة رقم 84_11 .

حيث أن المادة 05 من نص الأمر نصت على انه : " الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عنها " فالملاحظ من نص التعديل أن المشرع أبقى على أحكام الخطبة بصيغتها و من أنها وعد بالزواج بما يعني أنها ليست بعقد ولا يوجد ما يلزم الأطراف بالبقاء عليه أي عدم وجود التزامات بين الطرفين مما ينجر عنه انه يستطيع كل طرف من أطراف الخطبة العدول عنها .

و تنص المادة السادسة من نفس الأمر أن: "اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توفرت أركانه و شروطه طبقا لأحكام المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون".

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري اعتبر اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا إلا إذا اقترنت الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد يتوافر أركانه وشروطه حسب ما يبين أدناه و هذا تكريسا لمبادئ

المحكمة العليا التي اعتبرت هذا الآمر كذلك ولتوضيح هذا الأمر لا بد من إعطاء صورة عن ما يسمى " بالفاتحة ".

فالفاتحة هي قراءة سورة قرآنية للتبرك و الدعاء أثناء قبول المخطوبة للمخاطب أو أهلها و هذا ليس بعقد وبذلك لما حسم المشرع هذا الأمر يعد أمر مقبول وايجابي لان العقد هو ذلك المجلس الذي يحضره جمع من الناس والشهود و يقع فيه ذكر صيغة عقد النكاح بين المتعاقدين واشترط لصداق, لكن يبقى عقد عرفي لتخلف الشكلية .

الفرع الثالث: أثار العدول عن الخطبة

قد يترتب عن العدول عن الخطبة بعض الآثار السلبية تتمثل أساسا في ضرر مادي أو معنوي يلحق احد الطرفين . وهذا ما نصت عليه المادة 05_02 ق.ا.ج : "...إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض ... " . أن تكون الزوجة أعدت متاعا كلفت فيه نفسها أو كان قد اشترط عليها الذي خطبها ترك دراستها أو وظيفتها

فاستجابت له باعتباره زوجا مستقبليا وبعد ذلك عدل عن الخطبة , ونفس الشيء ينطبق عن الخاطب إذا كلف نفسه بإعداد مسكن وفق مواصفات طلبتها المخطوبة أو اشترطت عليه شيئا يوافق رغبتها ثم عدلت بعد ذلك عن الخطبة.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع في المادة 05_02 المذكور أعلاه نص على جواز الحكم بالتعويض للطرف المتضرر.

أما فيما يخص حكم الهدايا لقد نص المشرع في المادة من الفقرة الخامسة من المادة الخامسة على حكم الهدايا إذ فرق المشرع بالتعديل من أمرين هما:

_إذا كان العدول من الخاطب فانه لا يسترد شيئا وعليه الرد .

_إذا كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك

ومما يلاحظ أن المشرع تأثر بالمذهب المالكي.ورغم ما قيل عن العدول فانه يجب البحث عن نقطتين هامتين:

_حكم الصداق و الهدايا المتبادلة بين الطرفين .

_حكم المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي أو الأدبي.

عقد الزواج بين الثابت والمتغير

المأخذ:

1)_غير أن ما يأخذ على المشرع في نص التعديل انه لم يتدارك النقص الذي اعتبر قانون الأسرة حول النص علي الصداق المعجل بحيث انه من المعروف عرفا انه في الغالب ما يقدم معجل الصداق أثناء فترة الخطوبة قبل العقد وهو الشيء المهم الذي كان علي المشرع أن يتداركه في نص التعديل لأن قانون الأسرة جاء خاليا في هذا الباب وإلا فما الفائدة من التعديل الذي لم يتدارك كل النقائص خاصة وان الشريعة الإسلامية قد عالجت هذا الأمر.

2)-إن الأمر الحالي اغفل هو الأخر ما أغفله القانون السابق الذي يقضي بان الطرف الذي يعدل عن الخطبة يكون علي الواجب المطلق سواء طالب به الطرف الأخر المعدول عنه (الخاطب أو المخطوبة) أم لم يطالب به .

بخلاف الشريعة الإسلامية التي جعلت الرد واجبا, حال المطالبة به هذا من ناحية أخرى كلا النصين نصا علي رد ما لم يستهلك والذي يفهم منه انه لا يجب رد ما استهلك وهذا ما ذهب إليه الحنفية بينما ذهب الشافعية والمالكية إلي أن الهالك و المستهلك يرد بعضه حال المطالب به

عقد الزواج بين الثابت والمتغير

المطلب الثاني: طبيعة عقد الزواج

في عرضنا الحالي حاولنا أن نبرز فيه الثوابت والمتغيرات في نظام قانون الأسرة الجزائري التي تتخذ من الشريعة الإسلامية مرجعا لها في التشريع وبعض الأحكام التي يمكن لها أن تكون قابلة للتغيير بتغير الظروف الاجتماعية و الاقتصادية

وقد أحدث التعديل عدة نقاط متباينة خصوصا فيما يتعلق بشرط الولي الذي أحدث ضجة ومما سمعنا عنه الكثير إلي أن تدخل رئيس الجمهورية **عبد العزيز بوتفليقة** وابقي هذا الشرط

والملفت للانتباه أن المشرع ركز كثيرا في التعديل الجديد علي عنصر =الرضا= حيث أورده في العديد من المواد, بل و جعله في مقدمة المواد التي ذكرها فيه 04,06,09,33 من قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: الأحكام الثابتة في نطاق قانون الأسرة

بطلان نكاح المحرمات مما حرم المشرع علي الرجل و المرأة التزوج من محارمهما لإبقاء الرابطة مع المحارم مقدسة تعلو فوق الشهوات وجعل التحريم علي سبيل التأبيد فقال الله تعالي"حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالاَتُكُمْ وَبَنَاتُ الأَخِ وَبَنَاتُ الأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ اللاَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلاَئِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلاَبِكُمْ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا "سورة النساء الآية 23 .

وقد عدد المالكية أصناف النساء اللائي يحرم علي الرجل الزواج منهن وهن 48 ثمانية و أربعون امرأة 25, وخمس و عشرون منها علي سبيل التأبيد , 07 من النسب و مثلهن من الرضاع , و أربع من زوج سابقا , أما المحرمات لا غلي سبيل التأبيد 23 فثلاث و عشرون امرأة

فأي علاقة تنشأ فهي باطلة يجب فسخ العقد الذي يبرم ولاية الرجل علي المرأة في الزواج هي مسألة جدل و نقاش , فان شرط موافقة الولي وإمضاءه العقد نيابة عنها إنما حماية لها إلا أن دعاة التعديل يرفضون مبدأ الولاية

عقد الزواج بين الثابت والمتغير

اخرج الترميذي و غيره عن الزهري عن عروة عن عائشة أن الرسول الله صلي الله عليه وسلم قال " أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ,فنكاحها باطل فنكاحها باطل , فان دخل بها فلها المهر بما أستحل من فرجها , فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له "

فالولاية ولاية توجيه و تسديد و صيانة و لاية استبداد وإجبار و استغلال , وقد أصبحت المادة 11 من الأمر 05-02 الجديدة جعلت من المادة القديمة صالحة فقط لحالة زواج المرأة القاصرة , أما المرأة الراشدة بحسب النص الجديد فانه بإمكانها أن تختار أي شخص لحضور عقد زواجها بما فيهم أبوها أو غيره.

قوام الرجل علي المرأة ونفقته عليها إذ يقرر الله تعالي في محكم تنزيله " الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاء بِمَا فَضَّلَ اللّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ "النساء34

ثم إن هذا المبرر الذي يثار في الكثير من الأحيان كسبب يراد به رفع قوامة الرجل عن المرأة , وعمل المرأة و خروجها من البت واكتسابها المال مثلها مثل الرجل ,مما يجعلها في غير حاجة إلي قوامته عليها بل أمر القوامة نوعا لإعطاء السيطرة للرجل علي المرأة دون مبرر

الفرع الثاني: الأحكام المتغير في نطاق قانون الأسرة

إن المسائل المذكورة سابقا التي تتميز بصفة الديمومة و الثبات مما اقتضى إن يحيطها الشارع بإحكام ثابتة هي بعض النماذج فقط ,ولذلك فان المسائل المتغيرة في نطاق الأسرة قليلة ونادرة و الأمثلة متغيرة مقدار النفقة التي هي واجبة على الرجل اتجاه زوجته و أولاده ووالديه في حالة عجزهما عن النفقة على نفسيهما , الواجب هو تلبية حاجة المرأة بالمعروف والحاجة تختلف من عصر إلي أخر لقوله تعالي " يُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا "السورة الطلاق(07),فللقاضي تقدير النفقة وكل حالة و طبيعتها.

للزوجين الحق في اشتراط الشروط الإضافية في عقد الزواج الكفيلة بحفظ الحقوق كما لا يجوز المبالغة في الشروط التي تحدث إضرار

عقد الزواج بين الثابت والمتغير

الفرع الثالث: نظرة غلي المقصود من التعديل

يعتبر الزواج الشرعي بين الذكر و الانثي هو الأساس الوحيد الذي تقوم عليه الأسرة و في المفهوم الإسلامي هو امتداد للعلاقات الناشئة عن رباطة المصاهرة و النسب و الرضاع يترتب عليه حقوق وواجبات شرعية وقانونية ومادية كالميراث .

وقد عرف تعديل قانون الأسرة محاولتين لتعديله كما طلبت الأقلية المحافظة إلي إلغاءه و التحرر من القيود الشرعية الإسلامية و علي رأسها منظمات نسائية والأحزاب العلمانية حتى أصدر رئيس الجمهورية لجان عمل علي قانون الأسرة والتي أثارت ثلاثة نقاط أساسية:

- تعدد الأزواج
- سكن الزوجية
- الولي للمرأة عند الزواج

وبالنظر إلي قانون الأسرة الجزائري 84-11 قد تعرض لعدة انتقادات طالبت فيه المنظمات النسائية .

- كيف لها عندما تريد الزواج فلا بد لها من الحصول علي توكيل وصائي من الرجل
- الطلاق من صلاحيات الرجل وحده ,ولا يمكن للمرأة أن تحصل على الطلاق إلا بمقابل مالي تسدده للرجل " الخلع "
- عندما يطلق رجل زوجته فإنها ملزمة بتربية الأطفال و مع ذلك يجب عليها أن تغادر مسكن الزوجية
- التعدد من حق الرجل فقط ودون قيد الشريعة أساس التعديل

بالنظر إلى الأحداث والوقائع التي عكست اقتراح مشروع التعديل فان عمل اللجان على قانون الأسرة استند على الشريعة الإسلامية في الخروج من الورطة و ذلك بالاعتماد على فقه الإمام أبي حنيفة بما أن التشريع يمنح الرجوع إلى المذاهب الإسلامية.

فالطريقة الذكية في الاعتماد على فقه الإمام أبي حنيفة بإعطاء حق اختيار الزوج للزوجة دون حضور وليها أو اختياره ابتداء من سن التاسعة عشرة وعلى هذا الأساس يمكن للفتاة أن تتوجه مع من تحب و تختار إلى دار البلدية وتطلب من الضابط الشرعي تقييدها في سجلات المتزوجين بالبلدية دون ولي .

عقد الزواج بين الثابت والمتغير

المبحث الثاني: أركان و شروط عقد الزواج

يعتبر عقد الزواج عقد شرعي وقانوني يبنى على قواعد أو أركان و شروط لإتمام صحته, وبعدها أصبح الشرط و الركن اصطلاحا معنيان مختلفان و بذلك تكون الأركان في عقد الزواج تاسسه و تتحقق ماهيته , أما الشروط فهي ما يتوقف عليها صحة هذا العقد .

و سنعالج كل هذه الأركان و الشروط تحت عنوان مبحثنا هذا مركزين على الجوانب المعدلة.

عقد الزواج بين الثابت والمتغير

المطلب الأول: العاقدان

إن طرفا الزواج هما العاقدان ولما يلعبه دورهما في إبرام عقد الزواج أي الرجل والمرأة و هما يتحملان أثاره فيشترط فيهما الأهلية و رضاهما, فلا يتم بناء العقد من أساسه إلا إذا توافق في الإرادة.

ولم يغفل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم , والامر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المرجع الجريدة الرسمية رقم 15 , وخصت به أركان الزواج في المادة 09 التي عدلت بنصها " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين " , إذ انفردت بعنصر الرضا لصحة عقد الزواج

الفرع الأول: ركن الرضا

لما كان للرضا أمر قلبي خفي جعلت له الشريعة و القانون شرعا بالرضا أن يكون ظاهرا محسوسا معبرا عنه ودالا عليه

وفي ظل القانون 84-11 فقد تناولته المادة 09علي انه يتم عقد الزواج برضي الزوجين و بولي الزوجة و شاهدين وصداق كما نصت المادة10 يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الأخر بكل لفظ يفيد معني النكاح شرعا

وقد نذهب في دراسة التعديل الصادر في الأمر 05-02 بركن الرضا لاحظنا أن المشرع , لم يقم بإحضار الجديد و إن كان إنصافا للتعديل بل اكتفي بما نص عليه في القانون القديم أي قبل التعديل , وقد أفاد بان صيغة الرضا في المواد لم تتغير في المعني بنص المواد 09 و10

و المعروف أن المشرع إن تدارك نقص أو أضاف شيء أو حذف ما لم يصبح يتوافق و طبيعة المجتمع, وهذا ما كان ينبغي علي المشرع القيام به صرحتا

إن قيام المشرع بتقليص مادتين في مادة واحدة وحذف عبارة مهمة " بكل لفظ يفيد معني النكاح شرعا " كأنما أراد الزيغ عن أراء الفقهاء الشريعة بفائدة اللفظ ومنه أصبح عقد الزواج مدني أكثر منه ديني

عقد الزواج بين الثابت والمتغير

الفرع الثاني: الأهلية

الأهلية هي الصلاحية للقيام بعمل معين , وهي نوعان :

- أهلية و جوب إذ أن الفرد صالح لأن تثبت له الحقوق و تقع على عاتقه واجبات وأساس ثبوتها هو الحياة. و قد تكون ناقصة أو كاملة.

- أما أهلية أداء و هي أهلية الإنسان للقيام بتصرفات قانونية و أساس ثبوتها التمييز و قد تكون هذه الأهلية كاملة للبالغ ، ناقصة للصبي المميز، أو معدومة للمجنون أو غير المميز، و أهلية الزواج المقصود منها أهلية الأداء أي متى يعتد بقولها و فعلها .

وبالرجوع إلي قانون الأسرة الجزائري في قانون 84-11 نجد أن نص المادة 07 تنص علي توافر الأهلية الكاملة بالنسبة للرجل والمرأة حتى يعتد بعقد زواجهما " تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة و المرأة بتمام 18 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لضرورة أو مصلحة

وبالنظر إلي المواد 81 -82- 83 فان للقاضي حق الترخيص بالزواج وسلطة تقديرية لفاقد الأهلية أو ناقصها بالزواج لمصلحة أو ضرورة كما يراعي إجازة الولي في زواج المعتوه وغير البالغ سن الرشد

أما نص المادة 07 من الأمر 02/05 نص على مايلي :" تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة و للقاضي أن يرخص للزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج , كما يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات ".

يظهر أن المادة الجديدة عدلت من سن أهلية الزواج للطرفين و سوت بينهما وحددته ب19 سنة لكل من الرجل و المرأة بعد ما كانت في القانون القديم 21 سنة بالنسبة للرجل و 18 سنة بالنسبة للمرأة و أضافت المدة الجديدة لاكتساب أهلية التقاضي للزوج (ة) القاصر (ة) فيما يتعلق بآثار عقد الزواج و أعطت للقاضي سلطة تقديرية

و يري فقهاء الشريعة الإسلامية أن الصغير لا يستطيع إنشاء عقد الزواج ,إلا إذا ظهرت عليه علامة البلوغ يعقد الزواج بنفسه طبقا لقوله تعالى :" فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُواْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ".و المشرع الجزائري لم يأخذ من الشريعة إلا ماهو قاصر وإمكانيته إنشاء عقد الزواج .

عقد الزواج بين الثابت والمتغير

المطلب الثاني: الولاية في عقد الزواج.

الولاية هي كون الشخص ذا ولاية علي شيء تكون له السلطة لقوله تعالي " مالكم من دون الله من ولي ولا نصير " وفي الولاية القدرة على إنشاء العقد نافذا و هي قسمان: ولاية قاصرة، وولاية متعدية، فالولاية القاصرة:هي قدرة العاقد على إنشاء العقد الخاص بنفسه وتنفيذ أحكامه.أما الثانية فهي قدرته على إنشاء العقد الخاص بغيره.

-و تنقسم الولاية المتعدية إلى قسمين :ولاية على المال، و ولاية عن النفس.

- تنقسم الولاية في الزواج إلى:

ولاية إجبارية هي التي ينفرد فيها الولي بإنشاء العقد علي الموصي عليه

وأما الولاية الاختيارية أو ولاية الشركة فهي تثبت للولي على المرأة البالغة العاقلة مع استشارتها وثبوت الخيار لها , فالقول قولها .

الفرع الأول : الولاية قبل و بعد التعديل .

كان الولي في ظل القانون القديم 11/84 يعتبر من الأركان الأساسية في عقد الزواج حيث نصت المادة 09 من ذلك القانون على:" يتم عقد الزواج برضا الزوجين، و بولي الزوجة و شاهدين و صداق".

كما تنص المادة 11 من القانون 11/84:" يتولى زواج المرأة وليها و هو أبوها فأحد أقاربها الأولين و القاضي ولي من لا ولي له ".

و الولاية في الزواج للأب في الدرجة الأولى، ثم تنتقل للأقارب للزوجة الأولين، إذا غاب الأب و أخيرا يكون القاضي و ليا لمن لا ولي له.

هذا و لا يجوز للولي أيا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج و لا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها حسب نص المادة 13 من ق أ 11/84، و إذا امتنع الولي من زواج من هو في ولايته بغير سبب شرعي فإن الولاية في هذه الحال تنتقل إلى القاضي حسب المادة 12 ق أ 11/84 [1].

---

(1) – (1) – المادة 12 من القانون 11/84 تم إلغاؤها بالأمر 02/05 و كانت تنص على :" لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان أصلح لها و إذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن..."

عقد الزواج بين الثابت والمتغير

وبالرجوع إلى الأمر 02/05 المعدل و المتمم للقانون 11/84 فنجد أنه قام بتعديلات لكل أحكام المواد السابقة، حيث جاء في المادة التاسعة مكرر لينص على:" يجب أن يتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزوج.
- الصداق.
- الولي.
- شاهدان.
- انعدام الموانع الشرعية.

وقد ذكر الولي كشرط من شروط انعقاد عقد الزواج ليأتي في نص المادة 11 من الأمر 02/05 و ينص على :" تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره ".

و بموجب النص المرأة الراشدة تعقد عقد زواجها بنفسها و اعتبر حضور الولي من بين شروط إتمام هذا العقد بحيث اعتبر حضوره بمجلس العقد بجانب المرأة التي اعتبرت ولية لنفسها.

أما الشطر الثاني من نص المادة 11 تنص على:" ... دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم و هم الأب، فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له ".

فنجد أن الولي طبقا لأحكام هذه المادة يعتبر ركن من أركان عقد الزواج مما يعني أن المشرع أبقى على مفهوم الولاية كما كانت عليه في القانون 11/84.

ونجد نص المادة 13 من الأمر 02/05 لينص على:" لا يجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها " .

مما يتضح أن الرجل أو الأب لا يعتبر ركنا بشكل أكيد وقطعي في عقد الزواج المرأة الراشدة اذ المشرع ينظم ذلك , مما يعني المرأة أصبحت المرأة ولية لنفسهاّ بحضور وليها أو شخص آخر تختاره , وبذلك خرج المشرع عن المذهب المالكي للإمام مالك من(المدونة الكبرى) انه لا يقر هذا النكاح

عقد الزواج بين الثابت والمتغير

الفرع الثاني : الولاية بالتأصيل من الشريعة الإسلامية.

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه ليس للمرأة أن تزوج نفسها و لا أن تزوج غيرها و إنما الذي يزوجها هو وليها، فإن كانت بكرا فالولاية عليها ولاية إجبار، و إن كانت ثيبا فالولاية عليها ولاية اختيارية و لا بد فيها من إذن الولي، و هذا استنادا لقوله صلى الله عليه وسلم :" لا نكاح إلا بولي " [1] و قوله صلى الله عليه وسلم:" أيما إمرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل " [2] .

أما الحنفية فيرون بأنه يحق للمرأة البالغة العاقلة أن تتولى عقد زواجها بنفسها متى كان الزوج كفئا و المهر المثل، كما أن لها أن تزوج غيرها و استدلوا بقوله تعالى:" فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف " [3]، و قوله تعالى: " و إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن " [4].

وقد كان المشرع الجزائري في ظل أحكام قانون الأسرة 11/84 يأخذ برأي الجمهور و خاصة المذهب المالكي الذي يشترط الولي في عقد الزواج.فقد غير المذهب وأخذ بالحنفي في الأمر 02/05 في نص المادة 11 بعدم اشتراط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة , والسؤال المطروح من أعرف بمصلحة المرة أكثر من وليها في عقد الزواج الذي يعتبر عقد الحياة و البناء .

---

(1) – رواه أحمد و أصحاب السنة.

(2) – رواه الخمسة.

(3) – سورة البقرة، الآية (234).

(4) – سورة البقرة، الآية(232)

عقد الزواج بين الثابت والمتغير

المطلب الثاني : الصداق و الشاهدان .

تنص المادة 09 مكرر من الأمر 02/05 على أنه:" يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

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

والملاحظ أنه أضيفت باقي شروط صحة عقد الزواج , بما فيها شرط الولي الذي أحدث ضجة لم تنته إلا بتدخل رئيس الجمهورية بإبقاء هذا الشرط إضافة لشرطين جديدين وها :* أهلية الزواج *انعدام الموانع الشرعية للزواج

واعتبار الشهادة والصداق لم يدرج عليهما المشرع أية تعديل مع أنهما يعتبران شرطان واجب توافرهما لإتمام عقد الزواج

عقد الزواج بين الثابت والمتغير

الفرع الأول : الصداق

تنصت المادة التاسعة مكرر من الأمر 02/05 سالفة الذكر بعد أن كان يعتبره ركنا جاء في التعديل ليعتبره شرطا وقد رتب عليه أحكاما من خلال نص المادة 33 المعدلة حيث اختلفت معاني الصداق , النحلة , الفريضة , الأجر ...و المهر هو حق من حقوق الزوجة علي زوجها وهو حق مالي يجب بالعقد أو الدخول بها , وشرع المهر علي أنه هدية لازمة وعطاء مقرر وليس عوضا كما فهم بعض الناس وقال الله تعالي "واتو النساء صداقهن نحلة " [1]

وقد عرفت المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري " هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا " , ويثور رأي من علماء الفقه حول تكييف الصداق هو من الآثار أم هو شرط لإتمام عقد الزواج حيث الأحناف والشافعية و الحنابلة إلي اعتباره من أثار العقد واستدلوا علي دلك من قوله تعالي "لاجناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن ,أو تفرضوا لهن فريضة[2] .

إذن حكم الصداق مع تسمية المهر و لا يكون الطلاق إلا في النكاح الصحيح وأما المالكية فيرون بان الصداق ركن من أركان العقد فلا يصح إسقاطه و الصداق المسمي هو الذي يثبت بمجرد اتفاق الزوجين معا , أما صداق المثل وهو صداق من تماثل هذه المرأة من أسرة أبيها وقت العقد من حيث السن و الجمال والثقافة و البكارة و الثيوبة

ويجب مهر المثل اذا لم يسم المهر عند العقد أو اذا سمي تسمية غير صحيحة و كذا اذا تم الدخول بامرأة في حالة شبهة أو الزواج فاسدا بنص المادة الثالثة والثلاثون ومن شروط توفرها في الصداق :

1-أن يكون مملوكا للزوج أي الرجل

2- أن يستطيع تسليمه

3- أن لا يكون حراما

4-أن لا يكون نجسا سواء كانت حكمية أو حقيقية "الربا "

ومن المتفق عليه في مقدار الصداق لا يوجد نص بذلك بقوله تعالي للاستدلال كي فيجوز ذلك " وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلاَ تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَاناً وَإِثْماً مُّبِيناً "[3]

---

(1) – سورة النساء الأية (4)

(2) – سورة البقرة الأية(236)

(3) – سورة النساء الأية (20)

عقد الزواج بين الثابت والمتغير

الفرع الثاني : الشاهدان.

تنص المادة 9 مكرر من الأمر 02/05 على و جوب توفر شروط في عقد الزواج من بينهما الشاهدان و عليه فإنه يشرط لصحة عقد الزواج توافر شرط الشاهدان على الزواج ذلك كون حضور الشاهدين يخرج الزواج من حدود السرية لما لهذا العقد من آثار قانونية و اجتماعية.

و قد دعا الرسول صلى الله عليه و سلم إلى الشهادة في عقد الزواج بقوله:" لا نكاح إلا بشهود ".

و يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين أو رجل و امرأتين لقوله تعالى :" و استشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى " [1]

و يشترط في الشهود العقل و البلوغ و أن تتوفر فيهما السمع للإيجاب والقبول و مع الفهم .هذا و يري المالكية أن صحة عقد الزواج و لكنهم يضيفون الإشهار و العلنية و هم يقولون أنه مع كون الشهادة لازمة في الزواج لا يلزم تحققها ساعة إجراء العقد و استدلوا في ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم :" أعلنوا النكاح و لو بالدف ".أما وقت شهادة الشهود هو وقت وجود ركن العقد الأساسي و هو تبادل الإيجاب و القبول.

لابد من الإشارة إلي التعديل الحاصل في المادتين 30,31 من الأمر 02/05 الذي نلاحظ فيه عدة نقاط أساسية عدلت منها حذف من قائمة المحرمات من النساء مؤقتا تلك التي تزيد علي العدة المرخص به شرعا ,والمقابل فإنها أضافت فقرة مقتطعة من المادة 31 القديمة و هي متعلقة بزواج المسلمة مع غير المسلم

---

(1) – سورة البقرة، الآية (282).

عقد الزواج بين الثابت والمتغير

الفصل الثاني : اثارعقد الزواج وطرق إثبات و انتهاؤه

يعتبر عقد الزواج ينشىء كغيره من العقود أثار في ذمة كل طرف من الزوجين يؤدي إلى إحداث أثار باختلافها مما يسمى حقوق و واجبات , نفقة واثبات نسب و هي ما نصت عليه المواد 36 –46 من قانون الأسرة الجزائري .

و باعتبار أن مقاصد الزواج تكوين جيل طيب ,حسن الخلق يحضى بما يسمى بالنظام والتنظيم " النسب " وهو إلحاق الولد بابيه ليتمتع بحقوقه وواجباته من جراء أو قد تعترض هذه الرابطة ظروف طبيعية كالوفاة أو فك الرابطة بطرق عددها المشرع في المادة 48 قانون الأسرة الجزائري كما ينجم عنها الحضانة والعدة ومتاع البيت وأثار أخرى

عقد الزواج بين الثابت والمتغير

المبحث الأول: أثار عقد الزواج

إن أساس عقد الزواج أن يكون صحيحا بأسس و أركان تترتب عليه تبعات بما يسمى بآثار عقد الزواج بمجرد انعقاده:

و قد نضمت قوانين الأسرة الآثار , إلا انه يصح للزوجين اشتراط أي شرط لا يتنافى ذلك مع نصوص قانون الأسرة أو أحكام الشريعة الإسلامية وهو ما يستفاد منه في نص المادة 19 و فحوى نص المادة 222

وعلى هذا فان أثار عقد الزواج في القانون الجزائري يرتب حقوق و واجبات التي تثبت بمجرد العقد في المواد 36 .39 ونفقة الأولاد والزوجة في المواد 37 .74. 80 من قانون الأسرة الجزائري و إثبات النسب في المواد 40 .46

عقد الزواج بين الثابت والمتغير

المطلب الأول: حقوق وواجبات الزوجين.

يعد عقد الزواج واحدا من أهم المجالات التي تنشط فيها حقوق الرجل و المرأة ومنه تحقق المساواة لقوله تعالى:" ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف "

الفرع الأول: حقوق وواجبات الزوجين في ظل الأمر 02/05.

لقد نص المشرع في المادة 36 على ما يجب على الزوجين:

1- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.
2- المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة .
3- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم .
4- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات .
5- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم .
6- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف .
7- زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف .

انطلاقا من هذه المادة نجد أن المشرع قد نص على مجموعة من الحقوق والواجبات التي يشترك في أدائها كل من الزوجين وقد توسع فيها فنجد انه يتحدث عن فكرة احترام كل من الزوجين للآخر والاستقرار و السكينة مصداقا لقوله تعالى :" ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها "[1].

كما يطرح المشرع إشكال رعاية الأولاد وتربيتهم ليجعلها وظيفة مشتركة بين الزوجين، في جو أسري يسوده التفاهم .

وقد أضاف المشرع في الأمر الحالي المادة 37 وتحدث من خلالها عن فكرة استقلال الذمة المالية للزوجين بحيث يعتبر كل واحد منهما حرا في التعامل بها إلا انه لم يترك ذلك بشكل من الإطلاق بحيث أجاز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما.

1- سورة الروم الآية 21.

عقد الزواج بين الثابت والمتغير

الفرع الثاني: نظرة على التعديل.

نلاحظ أن المشرع الجزائري قام بجمع كافة الحقوق التي كانت مقسمة في الماضي على عدة مواد وهي المواد :36-37-38-39 وهي المادة : 36 من قانون الأسرة الجزائري ، وجعل الحقوق الوارد فيها حقوقا مشتركة ومتبادلة بين الزوجين عددها كلها في سبع بنود كلها مهمة لضمان استمرار الحياة الزوجية إلا انه في نصه بأنه يجب على الزوجين التشاور في تسيير شؤون الأسرة فقد قضى على القاعدة المهمة التي كانت تتضمنها المادة 39 من قانون الأسرة الجزائري مفادها أن الزوج هو رئيس العائلة كما انه قد فتح بابا للخلافات الزوجية فقد تصل المرأة لحد مقاضاة زوجها على أساس هته المادة موضحة انه لا يتشاور معها في تسيير شؤون الحياة أن كما المادة 37 كرست قاعدة مهمة موجودة في الشريعة الإسلامية وهي استقلال الذمة المالية للزوجين.

وقد أغفل المشرع بعض النقاط المهمة منها:

* ولاية التأديب وحق الطاعة
* حق الرضاعة إذ جعلها المشرع من واجبات الزوجة
* النفقة الشرعية
* مسألة تعدد الزوجات التي عدلت في المادة 06 بشرط الترخيص , كما أضاف المشرع المادة 08مكرر إذ تضمنت الغش فيجوز للزوجة طلب التطليق , والمادة 08مكرر2 نصت علي فسخ عقد الزواج قبل الدخول في حالة عدم وجود ترخيص وببقاء العقد بعد الدخول رعاية للأولاد وهذه ثغرة يمكن لأي واحد اتخاذها ذريعة ومهربا قانونيا

المطلب الثاني : النفقة .

تعتبر كأثر مهم في عقد الزواج بالنسبة للنفقة الشرعية , وقد نصت المواد 1/37 , 74 , 77, 78, 79, 80 من رقم 84-11 ,وفي حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد علي الأم إذا كانت قادرة علي ذلك بنص المادة 76 , كما تجب نفقة الأصول علي الفروع وبعدها جاءت المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري علي استقلال الذمة المالية .

النفقة في المعني اللغوي هي الإخراج و الذهاب, أما في الاصطلاح الشرعي هي ما يصرفه الزوج علي زوجته ز أولاده و أقاربه من طعام و كسوة, مسكن و كل ما ينص عليه العرف

وسنتطرق من خلال هذا المطلب للنفقة شروطها و مسقطاتها من حيث الوجوب أو عدمه وكذا كيفية تقديرها في ظل الأمر 02/05.

عقد الزواج بين الثابت والمتغير

الفرع الأول: النفقة شروطها ومسقطاتها

من تعتبر النفقة كأثر ثاني من أثار عقد الزواج, وحسب نص المادة 74 من القانون الأسرة يجب توافر شروط حتى تجب النفقة للزوج علي زوجته وهي الدخول بالزوجة أو العقد صحيحا, أن تكون الزوجة صالحة للحياة الزوجية "للمعاشرة"

1 صحة العقد نقصد به استكمال العقد لكل عناصره و أركانه المنصوص عليها في المادة 9, 9مكرر من الأمر 02/05 المعدل والمتمم إذا كان العقد باطلا لاستحق الزوجة النفقة

2 الدخول بالزوجة وهو ما يفسره المشرع بالخلوة والمخالطة سواء الجنسية فعلا أو لم يتم في حالة عجز فان كانت ناشزا لاتستحق النفقة و كذلك خروجها من بيت الزوجية بدون إذن

3- أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة إذ ينظر إلي صغر سن الزوجة التي لاتصلح للاستئناس أو الخدمة بأنها لاتجب نفقتها لذا اشترط المشرع سن المرأة 19 سنة ليتم عقد زواجها

ومن مسقطات النفقة نجملها في -1 نشوز المرأة مما يفسر علي المنع من المخالطة وعدم الانتقال وسفر دون رضا الزوج

-2 إعسار الزوج حسب الفقه المالكي يسقط و إن أنفقت الزوجة علي زوجها أصبح دينا في ذمته حسب نص المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري

-3 – الطلاق ففي عدة الطلاق تستحق الزوجة النفقة إذا كان الطلاق رجعيا

الفرع الثاني: النفقة في ظل الأمر رقم 05 _02

من خلال نص المادة 80ينشا طبقا للشروط و الكيفيان المحددة في التشريع صندوق عمومي لدفع النفقة الغذائية بما فيها أجرة السكن و بما أن المتضرر هم الأولاد كان لابد من إيجاد في نص المادة 80 مكرر 1 تحدثت عن دفع كل نفقة غذائية بما فيها أجرة السكن وقد وضحت شروط الاستفادة من هذه النفقة .

لقد حصر الأمر 05_02 مفهوم النفقة من جانب واحد بينما لها تعريف أوسع من ذلك , لقد وقع خلط بين النفقة كأثر من أثار الزواج و فترة العدة فأما ما بعدها فهي نفقة للولد

نفقة المطلقة رجعيا واجبة على الزوج لقوله تعالي " يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ " و كذلك قوله صلي الله عليه و سلم " إنما النفقة و السكنى للمرأة إذا كان لزوجها عليها الرجعة "

وكخلاصة فان الأمر 05-02 أنشأ صندوق النفقة الغذائية وتحل الخزينة محل الدائن بالنفقة

عقد الزواج بين الثابت والمتغير

المطلب الثالث : إثبات النسب

يعتبر إثبات النسب من أثار عقد الزواج لنسب الولد لأبيه , كما جعلت الشريعة ثبوت النسب حقا للولد يدفع به نفسه عن العار وحقا للأم بدرء الاتهام بالفاحشة

يعرف النسب على انه الصلة التي تجمع الإنسان بالأخر يعتبرون أباء و أجداد تجمعهم رابطة الدم ونظرا لأهمية النسب فقد نظمه المشرع الجزائري في عدة مواد وأكد في المادة الرابعة من قانون الأسرة " إن الهدف من عقد الزواج هو المحافظة علي النساب "

الفرع الأول: إثبات النسب قبل التعديل

لقد نص المشرع الجزائري بإثبات النسب للأولاد وإلحاقهم بابيهم قانونا في المواد 40 –45

فالقول بالنسب الشرعي هو ذلك الذي يتبع فيه الولد أباه في القانون و الدين والحضارة ويبنى عليه الميراث و ينتج عنه موانع الزواج ويترتب عليه حقوق و واجبات أبوية أما النسب غير الشرعي فلا يترتب عليه شيء .

ولقد اهتم الشارع بالنسب لمنع اختلاط الأنساب و الحفاظ من الفساد و إرساء قواعد الأسرة السليمة .

وقد اهتم قانون 84 _11 بذلك

طرق إثبات النسب حسب جمهور الفقهاء بالأمور التالية :

1) – الزواج الصحيح :هو الذي اكتملت أركانه و شروطه و انتفت موانعه و حسب المادة 41 من قانون الأسرة في شروط و هي

1– قيام الزوجية صحيحة من يوم ابتداء الحمل

2– ثبوت التلاقي حتى يثبت النسب

3– عدم نفيه بالطرق الشرعية " اللعان " يشترط حكم قضائي بشهادات اللعان

4– أن يكون الحمل في إطار المدة المعتبر شرعا و قانونا

2)الإقرار ينقسم إلى نوعين :

_الإقرار بالنفس ويسمى بالاستحقاق كان يقول هذا ابني و يصبح شرعا لشروط أولها أن يكون الولد مجهول النسب وان لا يكذبه العقل و العادة

_الإقرار بالغير يكون بإثبات العمومة أو الخؤولة فبالإضافة إلى إقرار الجد ببنوة العم أو الخال " التصديق "

عقد الزواج بين الثابت والمتغير

3) – البينة يطلق على كل ما يظهر الحق و يبينه و هي اقوي من الإقرار و تكون لتبين الواقعة المادية و قد تكون البينة بالشهادة.

4) – نكاح الشبهة كان يدخل رجل على امرأة يظن أنها زوجته ثم بعد ذلك يتبين العكس فان حملت منه ينسب الولد إلى الرجل

5) – نكاح الفاسد كان يتزوج رجل بامرأة بعقد صحيح توفرت فيه الشروط و الأركان مع وجود مانع الرضاع فيفرق بينهما و يثبت نسب الابن

6) – تحريم التبني نصت المادة 46 " يحرم التبني شرعا وقانونا .

.الفرع الثاني: إثبات النسب بعد التعديل

قد أضاف المشرع بعض الأمور نتيجة لمستجدات الحياة و تطوير العلم , وهذا بدون خروجه عن أحكام الشريعة الإسلامية ففي المادة 40 ابقي على الفقرة الأولى كما هي و أضاف فقرة ثانية "ويجوز للقاضي في الحالات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة اللجوء إلي الطرق العلمية لإثبات النسب "

وهذا كما أشير إليه تماشيا مع التطور العلمي و تسهيل طرق الإثبات, كما انه أضاف المادة 45 مكرر " يجوز للزوجين اللجوء إلي التلقيح الاصطناعي, ويخضع للشروط الآتية:

1-أن يكون الزواج شرعيا.

2-أن يكون التلقيح برضا الزوجين و أثناء حياتهما.

3-أن يتم بماء الزوج و بويضة زوجته دون غيرها.

4-لا يجوز اللجوء إلي التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.

لقد جاء الأمر الحالي موافقا لأحكام الشرع الإسلامي لأن التلقيح الاصطناعي قد يكون بعدة طرق كلها محرمة إلا واحدة, وهي المذكورة في المادة 45 مكرر من الأمر 02/05.

عقد الزواج بين الثابت والمتغير

المبحث الثاني : إثبات عقد الزواج وإنهاؤه .

الإثبات بالمعنى الفقهي هو إقامة الحجة الشرعية أمام القاضي على صحة واقعة قانونية متنازع عليها، ويعتبر هذا التعريف تعريفا لا يختلف عن المعنى القانوني الذي يعرفه بأنه إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق الإجراءات التي تحددها المواد القانونية على وجوب أو صحة واقعة قانونية متنازع عليها يصلح أساسها لحق مدعى به [1].

وتتمثل أهمية الإثبات في أنها تقرر مسائل متعددة تتعلق بعقد الزواج، منها النفقة، العدة، التوارث وحل العلاقة بين الزوجين وكثيرا ما تتفاقم النتائج الاجتماعية إذا عجز الطرفان أو احدهما عن إثبات عقد الزوجية.

---

(1) - د. محمد كمال الدين إمام - د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي – مسائل الأحوال الشخصية منشورات الحلبي الحقوقية –ص 335

عقد الزواج بين الثابت والمتغير

المطلب الأول: الإثبات في الشريعة والقانون.

تعتبر رابطة الزواج علاقة بين الرجل والمرأة بصفة شرعية لزم أن تتبع مجموعة من الإجراءات لتبرزها وتجعلها أكثر تنظيما وإعلانا

الفرع الأول : الإثبات في قانون الأسرة الجزائري.

نص المشرع الجزائري في المادة 18 من قانون الأسرة أن تمام عقد الزواج يكون بالتوثيق أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا.و تسجيله من طرف ضابط الحالة المدنية أو الموثق المختص بتحرير عقد الزواج طبقا لنص المادة 21 من قانون الأسرة الجزائري.
في نص المادتين 30 و 73 يجب أن تتضمن بيانات في وثيقة عقد الزواج من الاسم و اللقب و تاريخ و مكان الولادة لكل من الزوجين و اسم ولقب كل واحد من أبويهما، اسم و لقب و عمر كل واحد من الشهود، اسم و لقب و صفة ضابط الحالة المدنية، و أن تتضمن الإشارة إلى الرخصة أو الإذن بالزواج عند الاقتضاء و الإعفاء من سن الزواج إذا لزم الأمر إضافة إلى الإمضاءات و التواقيع التي يجب أن تختم بها وثيقة عقد الزواج و تشمل توقيع الزوجين و الولي و الشهود و الموظف الذي قام بتحرير وثيقة العقد و يذكر المكان و التاريخ و الساعة التي تم تحريرها فيه أما قانون الأسرة الجزائري فإنه يضيف بيانا جديدا من الواجب إثباته في عقد الزواج و هو ما تضمنته المادة 15 منه و هو تحديد مبلغ و نوع الصداق أو إدراجه في وثيقة عقد الزواج سواء كان معجلا أو مؤجلا وإذا كانت المرأة مطلقة أو توفي عنها زوجها فلابد من تقديم إثبات على ذلك ؛ ففي حالة طلاقها تقدم ملخصا من عقد

و تجدر الإشارة أن التسجيل لا يكون إلا قبل الدخول ويعتبر عقد الزواج نسخة من وثيقة عقد الزواج المسجلة في سجلات الحالة المدنية بشكل رسمي [1].

---

(1) – بلحاج العربي المرجع السابق ص142.

عقد الزواج بين الثابت والمتغير

الفرع الثاني : الإثبات في الشريعة الإسلامية.

لقد كانت الشهادة كافية كوسيلة للإشهار و العلنية و كأداة لإثبات في حالة جحود الزوجين أو إنكارهما وخاصية عقد الزواج هو العلن بين الناس للتفريق بين الحلال و الحرام وبحضور الشهود لقوله صلى الله عليه و سلم :" أعلنوا من النكاح و اجعلوه في المساجد و اضربوا عليه بالدفوف و ليولم أحدكم ولو شاة "و قوله :" فصل ما بين الحلال و الحرام الدف و الصوت في النكاح" ولعل أن جعل المساجد للإبلاغ عن النكاح و إعلانه فهي مجامع الناس

المطلب الثاني : إثبات العقد العرفي

إن الشريعة الإسلامية أعطت صيغة الضمانة في عقد الزواج لما من تأثير في الأسرة و تماشيا مع المجتمع و لما كان لا بد فيه الشهر و الإعلان وجب إتباع الرسمية في تثبيت الحقوق و الواجبات عن طريق التوثيق

رغم أنه لم يوجد نص قانوني ينفي أو يعاقب على الزواج العرفي في أي قانون جزائري وعليه وجب التعريف بهذا العقد ثم مرحلة التسجيل أو التوثيق

الفرع الأول : تعريف الزواج العرفي.

يقصد به في القانون بالفاتحة وينعقد وفقا لإحكام الشريعة الإسلامية من طرف إمام الجماعة أو المسجد . وعليه يعرف الزواج العرفي انه زواج ديني يراعى فيه الإيجاب و القبول من قبل الأولياء والاتفاق على الصداق ثم قراءة سورة الفاتحة داخل اطر الشريعة الإسلامية و منه ينعقد الزواج شرعا ويسمى عرفي نسبة إلى إتباع أعراف و تقاليد المجتمع[1] و ما ينقصه عن عقد الزواج العادي هو الرسمية لأنه يفتقر التسجيل في الحالة المدنية , كما انه لا يمكن الاحتجاج به .

---

(1) - دراسات قانونية – مجلة سداسية – عدد 01 ديسمبر 2004.

عقد الزواج بين الثابت والمتغير

الفرع الثاني : إجراءات توثيق العقد العرفي .

طبقا لنص المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي" " يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

وعليه فالإجراء المتبع هو اللجوء إلى المحكمة حيث يقدم المعني بالزواج العرفي بطلب إلى وكيل الجمهورية يلتمس فيه تسجيل عقد زواجه، و هنا تقوم النيابة العامة بإحالة الطلب إلى رجال الضبطية للتحري في صحة ما طلب تسجيله و عندها يطلب وكيل الجمهورية من رئيس المحكمة بإصدار حكم بتسجيل هذا العقد بعد التحقيق و بعد إصدار هذا الحكم يرسل كاتب الضبط نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية التي وقع فيها هذا العقد لتسجيله.

المطلب الثالث: إنهاء الرابطة الزوجية

إن الرابطة الزوجية كما هي في أصلها الاستقرار كما سمح التشريع الإسلامي و الوضعي إلي إنهائها إذا تعست الحياة الزوجية , وتأتي بيد الرجل أولا للطلاق و بعده المرأة , وقد لاسبيل لإتمام هذه الرابطة فيقع الطلاق لقوله صلي الله عليه و سلم " أبغض الحلال إلي الله الطلاق "

ففك الرابطة الزوجية جائز يرتب حفظ الأولاد و حضانتهم و استبراء رحم المرأة بالإضافة إلي النزاع حول متاع البيت و النفقة , وكما نص المشرع في المواد 48 والتعديلات في المواد 49 . 52 . 53 . 53 مكرر. 54 . 57 . 57 مكرر, ويستخلص ثلاث طرق لوقوع الطلاق وهي : -الإرادة المنفردة للزوج

-الطلاق بالإرادة المشتركة للزوجين

-الطلاق بإرادة الزوجة بمعرفة القاضي أو النشوز

الفرع الأول: الطلاق في ظل القانون رقم 11/84

لقد اشترط الصلح في مدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر وعليه يقسم الطلاق إلي رجعي و بائن , الأصل أن الطلاق الرجعي تكون الزوجة علي زوجها حلالا مادامت في عدتها يمكن مراجعتها في فترة الصلح ,يمكن مراجعة الزوجة في العدة المواد 58 , 60 ق.أ.ج , لها النفقة ولا يزال الملك والحل المادة 61 , أثناء العدة يمكن التوارث بينهما المادة 132 .

عقد الزواج بين الثابت والمتغير

أما الطلاق البائن فهو مكتمل للثلاث و فيه بيونة صغري "بدون ثلاث " و الكبرى المكتمل و لا يمكن يمكن المراجعة للزوجة إلا بعقد جديد.

الطلاق بالخلع و هو فراق الزوجة غلي مال مأخوذ من الخلع طبقا لنص المادة 54 ق.أ.ج

الطلاق بطلب من الزوجة طبقا لنص المادة 53 ق.أ.ج إذ لها الحق في طلب من القاضي ليحكم استنادا إلي :

- عدم الإنفاق
- التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج
- التطليق للهجر في المضجع أكثر من أربعة أشهر
- التطليق للحكم بعقوبة شائنة
- التطليق للغياب بعد سنة دون عذر ولا نفقة
- التطليق للضرر المعتبر شرعا
- التطليق للفاحشة

الفرع الثاني: الطلاق بعد التعديل أي في الأمر 05 _02

لقد نصت المادة 12 التي عدلت و تممت المواد 49 .52 .53 من القانون 11/84

" وعدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن كاملة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 .79 .80

المادة 13 يتمم القانون رقم11/84المؤرخ في 09 يونيو 1984بالمادة 53 مكرر

المادة 14 تعدل المادتان 54 .57 من نفس القانون المذكور أعلاه

لقد وضع المشرع الجزائري طرق وقوع الطلاق في المادة 48 ق.ا.ج واسماها كلها الطلاق , وترفق في صورة الخلع الذي يتم بإرادة الزوجة إلا انه يجب توافر الإرادتين معا

بالإضافة إلى ذكر أسباب التطليق في حين إن الطلاق في يد الرجل وحده, وبذكر المادة 53 وأسباب وقوع التطليق هو الحكم بعقوبة شائنة في إن المحكمة في الفصل لا للعقوبة, و لم تفسر كلمة الفاحشة.

و قد عدلت المادة 12 عدد الأسباب و جعلها متوافقة مع الوجه الشرعي و القانوني و صحح بعض الألفاظ ثمانية أسباب للشقاق بين الزوجين

كما أصاب في تعديل المادة 49 لفترة الصلح أن لا تقل عن ثلاثة أشهر بدل قول ألا تتجاوز ثلاثة أشهر

و تعديل المادة 07 و جعل السن 19 سنة للتوافق مع القانون المدني في حالة طلب الخلع بمقابل مالي و تسمح لها أهليتها بدون إجازة الولي

الفرع الثالث: التعليق

لقد أضاف المشرع بعض الأحكام التي كانت ناقصة من الفقرة الأخيرة في المادة 57 من الأمر 05 /02 على الأحكام الخاصة بالحضانة تكون قابلة للاستئناف وهذا توخيا للدقة والوضوح
ونص المادة 57 مكرر يجوز لرئيس المحكمة الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عارضة في جميع الإجراءات المؤقتة ولا سيما النفقة و حضانة الأطفال و الزيارة والمسكن
والمادة 64 الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب والمادة 2/67و3 ولا يمكن أن يشكل عمل المرأة سببا من أسباب سقوط الحضانة .

وقد اعتبر المشرع أمر ترتيب الحضانة و الفصل فيها من مصلحة الطفل للحرص على تربيته في كنف الطرف الحنون و هو الأم

كما أن عمل المرأة لا يشكل سببا في سقوط الحضانة " السكن و النفقة الغذائية للمرأة الحاضنة " ولو كانت معتدة من طلاق بائن أو وفاة لقوله تعالى : " وأسكنوهن من حيث سكنتم و من وجدكم " وهو أمر أحسن فعله المشرع

عقد الزواج بين الثابت والمتغير

الخـاتمة:

لقد حاولنا في بحثنا هذا طرح قانون الأسرة الجزائري في جانب خاص و هو عقد الزواج من الأحكام الثابتة و المتغيرة

في إطار تعديل قانون الأسرة 11/84 و النظر في النقاط التي تمس عقد الزواج من تكوينه وتأسيسه و من أهمها :

التفرقة بين ما هو شرط و ركن و بعدما جاء الأمر 02/05 أضفى على الرضا وحده كركن و رتب دوره في عقد الزواج, بينما قرر الفسخ إذا اختل الشاهدان أو الصداق أو الولي في حالة وجوبه بعكس البطلان

في اعتبار الركن الجوهري هو الرضا أحسن المشرع بذلك فأساس الحياة الزوجية هو توافق الإرادتين لقيام علاقة متينة ودائمة .

ومع أن جانب الولاية في عقد الزواج انتهج المشرع مذهبين المالكي في تزويج المرأة القاصر و المذهب الحنفي في منح المرأة الراشدة حق الولاية على نفسها

رغم أن المجتمع الجزائري لا يمكن له أن يستوعب هذا التعديل و خصوصا في حالة حدوث شقاق أو طلاق لهذه المرأة فأين ترجع

إذ يعتبر هذا التعديل موضوع في محك الزمن و الانتقاد في انتظار الفعالية و تجاوبه مع الحياة العملية الاجتماعية في المجتمع الجزائري.

عقد الزواج بين الثابت والمتغير

قائمة المراجع و المصادر

المراجع:

I. الكتب القانونية :

1. أحمد فراج حسين – أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية – دار المطبوعات الجامعية – القاهرة، طبعة سنة 1997.
2. إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم – الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية – الزواج و الفرقة و حقوق الأقارب – دار الثقافة للنشر و التوزيع – عمان الأردن – طبعة 1999.
3. بلحاج العربي – الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول - الزواج و الطلاق – ديوان المطبوعات الجامعية- طبعة 1999.
4. بلحاج العربي – قانون الأسرة – مبادئ الاجتهاد القضائي – وفقا لقرارات المحكمة، ديوان المطبوعات الجامعية – الساحة المركزية - بن عكنون - الجزائر- طبعة 2000.
5. الغوثي بن ملحة – قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء - ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية- بن عكنون- الجزائر- طبعة 2004.
6. د.محمد صبحي نجم محاضرات في قانون الأسرة – جامعة عنابة - ديوان المطبوعات الجامعية – طبعة 1999.
7. مصطفى السباعي – شرح قانون الأحوال الشخصية – المكتب الإسلامي المجلد الأول- الزواج و انحلاله.
8. الإمام محمد أبو زهرة- الأحوال الشخصية-دار الفكر العربي – طبعة ثانية1956.
9. عبد العزيز سعد - الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري – طبعة ثانية 1999-2000.
10. عبد الفتاح تقية - مباحث في قانون الأسرة الجزائري – من خلال مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي.
11. فضيل سعد- شرح قانون الأسرة الجزائري- في الزواج و الطلاق- الجزء الأول- المؤسسة الوطنية للكتاب – الجزائر 1986.
12. زكريا البري - الأحكام الأساسية للأسرة في الشريعة و القانون-منشأة المعارف - بالإسكندرية.

II. ا لمصادر:

1. قانون الأسرة الجزائري-الصادر عن وزارة العدل- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق ل 09 يونيو 1984.
2. الأمر 02/05 المؤرخ في 8 محرم 1426هـ الموافق ل 27 فبراير 2005، المعدل و المتمم للقانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق ل 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة.
3. قانون العقوبات الجزائري.
4. دراسات قانونية-مجلة سداسية-عدد 01 ديسمبر 2004.

عقد الزواج بين الثابت والمتغير

خطة المذكرة

المقدمـــــــة.

الفصـل الأول: تكوين عقد الزواج

المبحث الأول: ماهية عقد الزواج
المطلب الأول: مفهوم الخطبة.
الفرع الأول: الخطبة في قانون الأسرة رقم 11/85.
الفرع الثاني: الخطبة بعد التعديل في الأمر 02/05
الفرع الثالث أثار العدول عن الخطبة
المطلب الثاني: طبيعة عقد الزواج
الفرع الأولى: الأحكام الثابتة في نطاق الأسرة
الفرع الثاني: الأحكام المتغيرة في نطاق الأسرة
الفرع الثالث نظرة علي المقصود من التعديل

المبحث الثاني: أركان وشروط عقد الزواج.
المطلب الأول: العاقدان.
الفرع الأول: ركن الرضا.
الفرع الثاني: الأهلية.
المطلب الثاني: الولاية في عقد الزواج
الفرع الأول: الولاية قبل وبعد التعديل
الفرع الثاني: الولاية بالتأصيل من الشريعة الإسلامية.
المطلب الثالث: الصداق و الشاهدان
الفرع الأول.الصداق
الفرع الثاني: الشاهدان

الفصـل الثانـي: آثار عقد الزواج و إثباته ثم انتهاؤه.

المبحث الأول: آثار عقد الزواج.
المطلب الأول: حقوق وواجبات الزوجين.
الفرع الأول: حقوق و واجبات الزوجين في ظل الأمر 02/05.
الفرع الثاني: نظرة حول التعديل.
المطلب الثاني: النفقة.
الفرع الأول: النفقة شروطها و مسقطاتها
الفرع الثاني: النفقة في ظل الأمر رقم 02/05.
المطلب الثالث: إثبات النسب.
الفرع الأول: إثبات النسب قبل التعديل.
الفرع الثاني: إثبات النسب بعد التعديل

المبحث الثاني: إثبات عقد الزواج وانتهاؤه
المطلب الأول:الإثبات في الشريعة و القانون.
الفرع الأول: الإثبات في قانون الأسرة الجزائري.
الفرع الثاني: الإثبات في الشرعية الإسلامية.
المطلب الثاني: إثبات العقد العرفي.
الفرع الأول: تعريف العقد العرفي.

عقد الزواج بين الثابت والمتغير

الفرع الثاني: إجراءات توثيق العقد العرفي .
المطلب الثالث: إنهاء الرابطة الزوجية.
الفرع الأول: الطلاق قبل التعديل.
الفرع الثاني: الطلاق بعد التعديل
الفرع الثاني: التعليق

الخاتمة