

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة غليزان

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون العام

محاضرات في مقياس قانون الأسرة

موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس

مقدمة من طرف الأستاذة : بوشريعة نسيمة

السنة الجامعية: 2020-2021

مقدمة

لمحة تاريخية عن قانون الأسرة الجزائري:

سنتناول تطور قانون الأسرة الجزائري و ذلك من خلال أربعة مراحل و هي مرحلة ما قبل الاستعمار الفرنسي و مرحلة الاستعمار الفرنسي و مرحلة ما بعد الاستقلال، أخيرا مرحلة صدور قانون الأسرة الجزائري.

1- مرحلة ما قبل الاستعمار الفرنسي: و هي المرحلة ما قبل 1830 و التي كانت فيها القواعد التي تحكم الأحوال الشخصية بمفهومها الواسع هي قواعد الشريعة الإسلامية بكل مصادرها من القرآن و السنة و الاجتهاد، و التي كان يسهر على تطبيقها القاضي الشرعي.

2- مرحلة الاستعمار الفرنسي: بعد دخول المستعمر الفرنسي الى الجزائر عام 1830 عمل على طمس معالم الشخصية الجزائرية الإسلامية، و ذلك من خلال محاولة القضاء على المحاكم الشرعية و القاضي الشرعي و إخضاع الجزائريين الى القانون الفرنسي، الأمر الذي واجهه الجزائريين بالرفض التام و التمسك بأحكام الشريعة الإسلامية، فما كان على المستعمر الفرنسي إلا أن يجد حلا بديلا لذلك فابقي على المحاكم الشرعية مع إخضاعها للمحاكم الفرنسية الأعلى و التي أنشأها في ثلاث ولايات من الوطن و هي الجزائر العاصمة، عنابة، هران، كذلك منح القاضي الشرعي صفة الموظف ليخضعه للإدارة الفرنسية.

و مع بداية القرن العشرين حاول المشرع الفرنسي وضع قانون ينظم الأحوال الشخصية و ذلك عن طريق مشروع العميد مارسيل مورد، و قد تناول هذا المشروع جميع المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية إلا انه لم يصدر كقانون، و بقي الأمر كما هو الى غاية صدور أول قانون فرنسي مكتوب ينظم الأحوال الشخصية و هو قانون رقم 57/778 الصادر في 11-07-1957 و الذي نظم الأحكام المتعلقة بالولاية و الحجر و الغياب و فقدان، ثم بعد ذلك جاء القانون رقم 59/274 الصادر في 04-02-1959 و الذي نظمت الإدارة الفرنسية من خلاله أمور الزواج و الطلاق، حيث حدد سن الزواج ب 15 سنة للمرأة و 18 سنة للرجل، كذلك أقر هذا القانون أحكاما أخرى و هي: الزواج لا ينحل فيما عدا الوفاة إلا بحكم قضائي- يبطل الزواج إذا لم يكن من قبل الزوجين بحضور شاهدين أمام ضابط الحالة المدنية أو القاضي، و بقي الحال كما هو عليه الى غاية استقلال الجزائر في 1962.

3- مرحلة ما بعد استقلال الجزائر من 1962 الى 1984: بعد استقلال الجزائر بقي العمل بأحكام الأحوال الشخصية التي كانت سارية المفعول إبان الاستعمار الفرنسي مع ظهور بعض القوانين الخاصة مثل قانون 1963 و الذي حدد سن الزواج ب 16 سنة للمرأة و 18 سنة للرجل، وصولا الى صدور القانون المدني الجزائري في سنة 1975 و الذي نصت المادة الأولى منه على أن القاضي الجزائري يلتزم بتطبيق قواعد التشريع فان لم يوجد يطبق أحكام

الشرعية الإسلامية و هو الشأن بالنسبة للأحوال الشخصية، غير أن ذلك كان غير كافي لصعوبة تطبيق أحكام الشرعية الإسلامية على كل الجزائريين بسبب كثرة الآراء الفقهية و اختلاف المذاهب و تعدد تشكيلات الشعب الجزائري من قبائل و مزاب ...و غيرهم.

و قد عرفت فترة السبعينات ظهور العديد من المشاريع الخاصة بقانون الأسرة مثل مشروع 1973 و مشروع 1980 و مشروع 1982، إلا أنها لم يكتب لها الصدور في شكل قانون أسرة جزائري الى غاية 1984.

4/ مرحلة صدور قانون الأسرة الجزائري: بعد محاولات عديدة دامت 20 سنة صدر قانون الاسرة الجزائري سنة 1984 وفق القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 متضمنا 224 مادة مقسمة على اربعة كتب كما بلب:

- الأحكام العامة : (م1- م3).
- الكتاب الأول: الزواج و انحلاله (م4 - م80).
- الكتاب الثاني: النيابة الشرعية (م81 - م125).
- الكتاب الثالث: الميراث (م126 - م183).
- الكتاب الرابع: التبرعات (م184 - م220).
- أحكام ختامية : (م 221 - م 224).

و ما يمكن قوله عن قانون الأسرة الجزائري انه أول قانون وطني عربي قنن كل مسائل الأسرة بشكل عام و شامل، و قد استمد اغلب أحكامه من الشرعية الإسلامية و المذهب المالكي خصوصا مع الاعتماد على المذهب الأخرى في بعض المسائل، أيضا نص صراحة من خلال المادة 222 منه على الرجوع الى أحكام الشرعية الإسلامية في كل ما لم يرد النص عليه في قانون الأسرة الجزائري.

أخيرا تم تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005 من خلال الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، و قد أتى هذا التعديل على إلغاء و اضافة مجموعة من المواد و تعديل مواد أخرى.

مبحث تمهيدي: مفهوم الزواج

إن الزواج هو ذلك الرباط المقدس الذي شرعه المولى عز و جل من أجل اعمار الأرض، فمن آياته أن خلق الذكر و الأنثى و جعلهم شعوبا و قبائل ليتعارفوا قال تعالى "يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر و أنثى و جعلناكم شعوبا و قبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله اتقاكم إن الله عليم خبير" الآية 13 سورة الحجرات، و قد شرع الله سبحانه و تعالى الزواج لأحكام و مقاصد سامية تقيد الإنسان في حياته و بعد مماته، و فيما يلي سنقف على تحديد تعريف الزواج من خلال المطلب الأول، أما المطلب الثاني سنتناول فيه حكم الزواج و الحكمة منه.

المطلب الأول: تعريف الزواج

تتباين تعاريف الزواج ما بين التعريف اللغوي و التعريف الاصطلاح و هو ما سنتناوله من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: تعريف الزواج لغة

الزواج لغة هو الازدواج و الاقتران و الارتباط، و يعني الاقتران بين شيئين، و ارتباطهما معا بعد أن كانا منفصلين عن بعضهما، و قد شاع استعماله للتعبير عن الارتباط بين الرجل و المرأة بهدف إنشاء أسرة.

الفرع الثاني: تعريف الزواج اصطلاحا.

سنتناول أولا تعريف الزواج شرعا ثم تعريفه قانونا.

أولا: تعريف الزواج شرعا

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف الزواج الى ثلاثة اتجاهات.

الاتجاه الأول يرى بأن الزواج هو حقيقة في الوطء مجاز في العقد كالمعنى اللغوي من كل جهة، لقوله تعالى " و لا تتكحوا ما نكح إباؤكم من النساء إلا ما قد سلف انه كان فاحشة و مقنا و ساء سبيلا" النساء الآية 22، فمعناه في هذه الآية يتطابق مع المعنى اللغوي و هو الوطء، لان العقد لا يمكن أن يؤدي الى الفاحشة و انقطاع الأرحام و صلات المودة، و هو رأي الحنفية.

أما الاتجاه الثاني فيرى عكس الأول أي أن معناه هو حقيقة في العقد مجاز في الوطء لقوله تعالى "حتى تتكح زوجا غيره" الآية 230 سورة البقرة، و هو الأرجح عند المالكية و الشافعية، فالعبرة هنا بالعقد و ليس بالوطء. اخبرا يرى بعض الفقهاء أن الزواج مشترك لفظي بين العقد و الوطء، لان الشرع تارة يستعمل هذا اللفظ للوطء و تارة للعقد دون أن يتجاوز المعنى الآخر في كل منهما.

كما عرفه فقهاء الشريعة على انه عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم و مجوسية بصيغة لقادر محتاج أو راج نسلا.

التمتع بأنثى و هو احد مقاصد الزواج أي إشباع الشهوة الجنسية لكل من الرجل و المرأة وفق الأصول الشرعية.

غير محرم أي لا تكون المرأة من المحرمات و هن ثلاث من النسب و الرضاع و المصاهرة.
غير مجوسية و المجوسية غير الكتابية، فيحرم العقد على الكافرة.
بصيغة أي صيغة عقد الزواج.

لقادر محتاج أو راج نسل، و على الزوج أن يكون قادرا من الناحية المالية على تحمل أعباء الزواج من مهر و نفقة و مسؤولية الأسرة، سواء لإنشاء أسرة أو التعدد.

ثانيا: تعريف الزواج قانونا

لقد تناول المشرع الجزائري تعريف الزواج من خلال المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري رقم 87-11 المعدل بالأمر 02-05 على انه " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه: تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحسان الزوجين و المحافظة على الأنساب."
و الملاحظ على هذا التعريف للزواج انه أولا اطي الصيغة التعاقدية على الزواج فجعله عقد، و ذلك ما جاءت به المادة 04 قبل التعديل في 2005، أما تعديل المادة 04 في 2005 فقد جاء فيه تحديد نوع هذا العقد بانه رضائي تمييزا له عن العقود الشكلية، كما جاء من خلال هذه المادة تعريف الزواج من خلال المقصد منه أي بذكر أهدافه السامية بعيدا عن إشباع الرغبة الجنسية، كما تطرق المشرع الجزائري من خلال هذا التعريف الى العاقدین في عقد الزواج و هما الرجل و المرأة و انعقاد الزواج بالرضا.

المطلب الثاني: حكم الزواج و الحكمة منه

لقد شرع الله سبحانه و تعالى الزواج بين الرجل و المرأة كأصل عام، غير أن أحكام هذا التشريع قد تتباين بتباين حالات الإنسان، فتارة يكون الزواج واجبا كما قد يكون مستحب، و في حالات أخرى قد يكون محرم أو مكروه، ذلك أن الله سبحانه و تعالى شرع الزواج لحكمة إنسانية بغرض تنظم حياة البشر على الأرض و تكاثرهم، و من خلال الفرعين المواليين سنوضح أحكام الزواج و الحكمة منه.

الفرع الأول: حكم الزواج

الأصل في الزواج دون اعتبار لحالة الشخص انه مندوب و هو مذهب الجمهور، و قال المتأخرون من المالكية بوجوبه في حق بعض الناس، و كونه مندوب في حق بعض الناس، و مباح في حق بعض الناس الآخرين. و سبب الاعتقاد بوجوب الزواج في صيغة الأمر في قوله تعالى " فانكحوا ما طاب لكم"، كذلك قول رسول الله صلى الله عليه و سلم "تناكحوا فاني مكاثر بكم الأمم".

أما أدلة كونه مندوب عن عبد الله بن مسعود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر و أحصن للفرج، و من لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء". و كأصل عام يمكن القول أن الأحكام الأربعة يمكن أن تترتب على الزواج بالنظر الى حالة العاقلين، فالزواج يمكن أن يكون محرم إذا كان المرجو منه الاضرار بالغير كإمساك امرأة عن الغير، كما قد يكون واجب لمن هو في خطر الوقوع في المحرمات كالزنا، و يكون مباح و مستحب لكافة الناس في الظروف العادية.

الفرع الثاني: الحكمة من الزواج

إن المقصد الأصلي للزواج هو حفظ النسل البشري من الانقطاع، و قد جاء في إحياء علوم الدين للإمام الغزالي أن للزواج خمس فوائد: الولد و كسر الشهوة و تدبير المنزل، و كثرة العشيرة و مجتهدة النفس بالقيام بشؤون الزوجات و أم الولد، و عليه فالمقصد الأصلي للنكاح هو النسل إيجابا و بقاء. أما المقاصد التبعية فتتمثل في التغلب على الشهوة الشيطانية في الإنسان و غض البصر و الابتعاد عن الفاحشة، كذلك أن يكون للشخص رفيق يؤنس في وحدته و يرافقه في مشوار حياته و يتقاسم معه حلو الحياة و مرها، و اخبرا ترويض النفس و تدريبها على تحمل المسؤولية من خلال العمل و القيام بأعباء البيت و الأبناء و التقيد بالوقت في القيام بالمهام.

الفصل الأول: الخطبة

لقد حرص الشرع الإسلامي على إقامة الزواج على امتن الأسس و أقوى المبادئ لتحقيق مقاصده كاملة غير ناقصة، و على رأس هذه المقاصد دوام الزوجية و سعادة الأسرة و ترابطها و نشأة الأبناء في جو من الطمأنينة و الاستقرار، و حتى تتحقق هذه المقاصد لابد من اقتناع كل من الرجل و المرأة بالشريك الذي يختار لمدى الحياة، و ذلك من خلال فترة الخطوبة التي تعتبر كمقدمة هامة لعقد الزواج، و عليه فيما يلي سنتطرق الى مفهوم الخطبة و شروطها من خلال المبحث الأول، أما المبحث الثاني فسنخصصه لتحديد الطبيعة القانونية للخطبة و آثار العدول عنها.

المبحث الأول: مفهوم الخطبة و شروطها

المطلب الأول: مفهوم الخطبة

سنتناول من خلال هذا المطلب تعريف الخطبة و ذلك في الفرع الأول، أما الفرع الثاني سنبين فيه الحكمة من الخطبة.

الفرع الأول: تعريف الخطبة

من خلال مايلي سنعرف الخطبة لغة ثم اصطلاحا.

اولا- تعريف الخطبة لغة:

الخطبة لغة بضم الخاء تعني كل ما يقال على المنبر، فيقال خطابة و خطيب و خطابة، أما الخطبة بكسر الخاء فهي التقدم و طلب نكاح المرأة، قيل في تهذيب اللغة: (و الخطبة مصدر الخطيب، و هو يخطب المرأة و يخطبها).

ثانيا-تعريف الخطبة اصطلاحا:

سنتناول تعريف الخطبة فقها و قانونا من خلال ما يلي:

1-تعريف الخطبة فقها:

يعرفها مصطفى شلبي بأنها إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة -خالية من الموانع- لها أو لأهلها، فإذا أوجب طلبه تمت الخطبة بينهما و ترتب عليها آثارها الشرعية.

و كما تكون الخطبة صريحة تكون أيضا بالتعريض، و الخطبة الصريحة هي إظهار الرغبة في الزواج بكيفية مباشرة لا تحتل التأويل، كان يقول إني ارجب في الزواج بك. أما الخطبة التعريضية فهي تلك التي يستعمل فيها الخاطب الجمل التي يفهم منها قصد الخطبة، أي أنها خطبة غير مباشرة بالتلميح.

2-تعريف الخطبة قانونا:

تناول المشرع الجزائري موضوع الخطبة من خلال المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري دون التطرق الى تعريفها، و إنما تناول تبين طبيعتها القانونية على أنها وعد بالزواج، على اعتبار أن الزواج عقد رضائي و أن ما يسبق العقد من اتفاق و تحضيرات هي من قبيل الوعد بالعقد.

الفرع الثاني: الحكمة من تشريع الخطبة

لما كان الزواج من أهم التصرفات التي يقدم عليها الإنسان في حياته، كان لابد أن يسبق هذا التصرف فترة تمهيدية و تحضيرية يتعرف فيها كلا الخاطبين على بعضهما البعض، فتكون فترة الخطوبة سبيل لدراسة أخلاق و طبائع و ميول الطرفين، مما يجعل القرار بالزواج قرارا صائبا عن فهم و دراية و اقتناع، و هو ما اتفق عليه كل من القانون و الشريعة الإسلامية، حيث كرست الشريعة الإسلامية الخطبة و جعلتها فترة لتعارف الخاطبين في الحدود الشرعية لذلك، أيضا كرسها قانون الأسرة الجزائري باعتبارها وعد بالزواج يمكن أن تنتهي بالزواج عند الاتفاق، أيضا يمكن أن تؤول الى فسخ الخطوبة عند عدم الاتفاق بين المخطوبين.

المطلب الثاني: شروط الخطبة

نقصد بشروط الخطبة الشروط الواجب توفرها في المرأة المراد خطبتها، و هنا نتكلم عن ثلاثة شروط و هي أن لا تكون المرأة ممن يحرم الزواج بها سواء تحريم مؤقت أو مؤبد، و أن لا تكون المرأة معتد، و أن لا تكون المرأة مخطوبة، و سنتناول هذه الشروط في الفروع التالية:

الفرع الأول: أن لا تكون المرأة ممن يحرم الزواج بها

إذا كانت المرأة من محارم الرجل فانه يحرم عليه خطبتها، سواء كانت من المحرمات تحريما مؤبدا كالأخت و العمة و الخالة...وغيرها، أو كانت من المحرمات تحريما مؤقتا كأخت الزوجة و عمتها أو خالتها...الخ، أيضا المرأة المتروجة تحرم خطبتها، اضافة الى المرأة غير المسلمة، و في كل هذه الحالات تحرم الخطبة الصريحة كما تحرم الخطبة التعريضية.

أما بالنسبة للمرأة المعتدة سواء من وفاة أو طلاق فإنها كأصل عام تحرم خطبتها خطبة صريحة، لما في ذلك من تعدي على حقوق الغير كحق الزوج السابق أو الزوج المتوفى، و كذا جرح لمشاعر المرأة و هي في فترة حزنها على زوجها المتوفى.

أما الخطبة التعريضية فتجوز للمرأة المعتدة من وفاة باتفاق جمهور الفقهاء، لانتهاء الزوجية بالوفاة، فلا يكون في خطبتها خطبة تعريضية تعدي على حقوق هذا الزوج و لا إضرار به.

و إن كانت المرأة معتدة من طلاق ههنا نميز بين حالتين:

-المرأة المعتدة من طلاق رجعي لا يجوز خطبتها خطبة تعريضية باتفاق جمهور الفقهاء، لأنها لا تزال في عصمة زوجها و يمكن له أن يراجعها في أية لحظة شاء دون عقد جديد.

-المرأة المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو بينونة كبرى، فحسب رأي جمهور الفقهاء يجوز خطبتها خطبة تعريضية لقوله تعالى " و لا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء " الآية 235 من سورة البقرة، و علة ذلك انقطاع صلة الزوج المطلق بزوجه المطلقة، فلا يمكن له مراجعتها إلا بعقد جديد.

بينما يرى الحنفية عدم جواز خطبة المرأة المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى لترك المجال لإمكانية عودتها الى زوجها الأول و إمكانية إصلاح الأسرة المفككة من جديد، أما المرأة المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى فيجوز خطبتها خطبة تعريضية.

الفرع الثاني: المرأة المخطوبة

لا يجوز خطبة المرأة المخطوبة لا خطبة تعريضية و لا خطبة صريحة لقوله صلى الله عليه و سلم " لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه.".

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة و آثار العدول عنها

سنتناول من خلال هذا المبحث الحديث عن الطبيعة القانونية للخطبة و آثار العدول عنها و التي تناولها المشرع الجزائري من خلال المادة الخامسة من قانون الأسرة و ذلك من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للخطبة

كما سبق القول فإن المشرع الجزائري تناول الحديث عن الخطبة في المادة الخامسة من قانون الأسرة، حيث اعتبرها من خلال هذه المادة في فقرتها الأولى وعد بإبرام عقد الزواج، على اعتبار أن الزواج عقد و أن مقدمته هي الخطبة، و ذلك قياسا على الأحكام العامة للعقد المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري، نذكر خصوصا المادة 71.

كما أقرت هذه المادة أيضا (المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري) إمكانية عدول كل من الخاطبين عن الخطبة و ذلك حتى و لو اتفق الخاطبين عن كل الأمور الجوهرية في عقد الزواج كالاتفاق على الصداق و تاريخ إبرام عقد الزواج و كل الأمور الجوهرية الأخرى، و هو ما يتعارض مع أحكام الوعد بالعقد المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري من خلال المادة 72 التي تنص على انه "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل و قاضاه المتعاقد الآخر

طالباً بتنفيذ الوعد، و كانت الشروط اللازمة لتمام العقد و خاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم مقام العقد."، حيث يفهم من هذه المادة انه يمكن للقاضي أن يجبر العادل عن العقد على إبرامه بموجب حكم قضائي.

بينما بالنسبة للخطبة و باعتبارها وعد بالزواج، ففي حالة العدول من احد الخاطبين و رغم الاتفاق على كل الأمور الجوهرية في الزواج إلا أن القاضي لا يمكن له أن يجبر العادل على إبرام عقد الزواج، و أن كل ما يمكن ترتيبه على هذا العدول هو التعويض في حالة الضرر و رد و استرداد الهدايا و هو ما سنتناوله في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: آثار العدول عن الخطبة

من خلال المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري أجاز المشرع لكلا من الخاطبين العدول عن الخطبة و عن إبرام عقد الزواج، كما رتب على ذلك نوعين من الآثار، الأول يتعلق بالتعويض في حالة حصول ضرر مادي أو معنوي، أما الثاني فيتعلق برد و استرداد الهدايا، و فيما يلي سنتناول هاذين الأثرين في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: التعويض عن الضرر في حالة العدول عن الخطبة

من خلال الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري فان المشرع الجزائري قد اقر التعويض عن الضرر كحق للطرف المتضرر من العدول عن الخطبة، سواء كان العادل هو المتضرر أو المعدول عنه، فقد يكون العادل عن الخطبة هو نفسه المتضرر من العدول كان يكون التصرف الغير لائق للطرف الثاني هو الذي دفعه الى العدول عن الخطبة كالخيانة مثلاً، و في حالات أخرى قد يكون العدول لأسباب خارجة عن المعدول عنه و هنا يحصل الضرر لهذا الأخير و يكون من حقه طلب التعويض.

أيضاً وضع المشرع الجزائري من خلال الفقرة السابقة من المادة الخامسة أن الضرر قد يكون مادي كالأموال التي قد يصرفها احد الخاطبين تجهيزاً للزواج، و قد يكون معنوي كالإشاعة التي قد تلحق المخطوبة جراء العدول عنها، و هنا تقدير تورع الضرر و قيمة التعويض عته تعود الى السلطة التقديرية لقاضي الأسرة.

الفرع الثاني: رد و استرداد الهدايا في حالة العدول عن الخطبة

رتب المشرع الجزائري حكماً بالنسبة لرد و استرداد الهدايا في حالة العدول من الخاطب و في حالة العدول من المخطوبة و ذلك من خلال الفقرتين الثالثة و الرابعة من المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري.

أولاً: رد و استرداد الهدايا في حالة عدول الخاطب

الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري نصت على انه في حالة عدول الخاطب عن إتمام الخطبة فانه لا يأخذ شيئاً من الهدايا التي أهداها للمخطوبة كنوع من جبر ضرر العدول، و عليه أن يرد لها الهدايا التي أهدته إياها في حالة عدم هلاكها، أما في حالة هلاك هذه الهدايا لدى الخاطب فعليه أن يرد قيمتها للمخطوبة و

هو ما تم إضافته لهذه المادة بموجب تعديلها بالأمر 02-05، ذلك لان الهدايا في وقتنا الحالي أصبحت ذات قيمة عالية و لا يمكن التنازل عنها في حالة العدول.

ثانيا: رد و استرداد الهدايا في حالة العدول من المخطوبة

لقد نصت الفقرة الرابعة من المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري على انه في حالة العدول من المخطوبة فعليها أن ترد الهدايا التي تلقتها من الخاطب، و إن كانت قد استهلكتها فعليها أن ترد قيمتها و هو ما تم إضافته أيضا بموجب تعديل هذه المادة بالأمر 02-05.

غير أن ما يمكن ملاحظته على هذه الفقرة أنها لم ترتب على عدول المخطوبة نفس أحكام عدول الخاطب بالنسبة لاسترداد الهدايا، حيث لم تتكلم عن ما إذا كانت المخطوبة في حالة العدول منها هل تسترد أم لا تسترد الهدايا التي أهدتها لخطيبها كجبر للضرر عن العدول مثلها مثل الخاطب في حالة عدوله، و هنا كان على المشرع بان يحكم على المخطوبة أيضا في حالة عدولها أن لا تسترد الهدايا التي أهدتها للخاطب.

و في الأخير هناك مشكلة أخرى قد تثار في حالة العدول عن الخطبة و هي مسألة الصداق، الأصل أن ما يقدم خلال فترة الخطوبة هو من قبيل الهدايا و ليس صداقا، و أن المرأة لا تستحق الصداق إلا بالزواج و هذا ما أقرته كل من المادتين 4 و 16 من قانون الأسرة الجزائري، غير أن المتعارف عليه في التقاليد و في المجتمع الجزائري هو أن الخاطب يدفع للمخطوبة جزء من الصداق في فترة الخطوبة حتى تجهز نفسها للزواج، و الإشكال الذي قد يطرح هنا هو ما مصير الصداق المدفوع للمخطوبة في حالة عدول احدها عن الزواج؟ و الإجابة هي رد الصداق كاملا للخاطب سواء كان العدول منه أو من المخطوبة، لان الأصل أن الزوجة هي من تستحق الصداق بإبرام عقد الزواج و ليس المخطوبة.

كذلك يثار إشكال آخر في مسألة دفع الصداق في فترة الخطوبة و العدول عن الخطبة، حيث قد يطلب الخاطب استرجاع الصداق أمام القاضي، مما يجعله مسؤول عن تقديم الاتبات بان ما قدمه هو صداق و ليس هدايا، و هنا يمكن للخاطب أن يستعين بشهادة الشهود الذين حضروا دفع الصداق للمخطوبة.

الفصل الثاني: أركان عقد الزواج (الرضا)

باعتبار الزواج عقد رضائي (المادة 4 من ق أ ج)، فانه يرتكز أساسا على ركن الرضا و هو ما اتفقت عليه جل التشريعات و المواثيق الدولية، نجد مثلا المادة 10 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تنص على انه ينعقد الزواج برضا الطرفين: كذلك تنص المادة 10 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على انه للمرأة الحرية في زواجها برضاها، كما تنص المادة 23 من التشريع العربي الموحد للأحوال الشخصية على انه يتعقد الزواج برضا الطرفين.

أيضا اتفق فقهاء الشرع الأربعة على اعتبار الرضا ركن أساسي في عقد الزواج، فمنهم من اكتفى به فقط كالحنفية و منهم من زاد عليه كالمالكية الذين اعتبروا أيضا الولي و الصداق و الشاهدين أركان لعقد الزواج. أما بالنسبة للمشرع الجزائري و قبل تعديل قانون الأسرة في 2005، فقد كان يعتبر أركان عقد الزواج هي الرضا الولي الشاهدان و الصداق، و ذلك من خلال المادة التاسعة من قانون الأسرة، و بعد 2005 تم تعديل هذه المادة باعتبار الركن الوحيد لعقد الزواج هو الرضا و إسقاط باقي الأركان الأخرى الى شروط صحة أدرجت في المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة.

و ما يمكن قوله عن تعديل المادة التاسعة من قانون الأسرة انه جاء تماشيا مع المواثيق الدولية منها الأجنبية و العربية، خصوصا مصادقة الجزائر سنة 1996 على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة و الاتفاق في التشريع العربي الموحد على اعتبار الرضا الركن الوحيد في عقد الزواج.

المبحث الأول: ماهية الرضا

لقد نص المشرع الجزائري من خلال المادة التاسعة من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل على انه يتعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين، لتأتي المادة العاشرة الموالية على تبيان بان الرضا يكون بإيجاب من احد الطرفين و قبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، و عليه فيما يلي سنتطرق الى تعريف الإيجاب و القبول و شروطهما من خلال المطلب الأول، أما المطلب الثاني سنتطرق فيه الى صيغة الإيجاب و القبول.

المطلب الأول: تعريف الإيجاب و القبول و شروطهما

يجرد التذكير بان المشرع الجزائري لم يتطرق الى تعريف الإيجاب و القبول من خلال قانون الأسرة، كما لم يتطرق الى شروط كل منهما، و عليه بناءا على المادة 222 من قانون الأسرة سنتطرق لهاذين العنصرين من خلال الشريعة الإسلامية و ذلك في الفرعيين المواليين.

الفرع الأول: تعريف الإيجاب و القبول

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الإيجاب هو ما يصدر من احد المتعاقدين يدل على انه يريد الارتباط بعلاقة زوجية مع العاقد الثاني و يسمى بالتالي موجبا.

أما القبول فهو الكلام الذي يصدر من المتعاقد الثاني الذي وجه له الإيجاب و الذي يدل على موافقته على ما عرضه الموجب، و يسمى القابل.

الفرع الثاني: شروط الإيجاب و القبول

لم يورد المشرع الجزائري شروط الإيجاب و القبول من خلال قانون الأسرة الجزائري، و عليه طبقا لنص المادة 222 من نفس القانون سنحاول استخلاص هذه الشروط من أحكام الشريعة الإسلامية.

إذا بالنسبة لشروط الإيجاب و القبول في الشريعة الإسلامية، فان هناك شروط متفق عليها و أخرى مختلف عليها، و فيما يلي سنوردها كلها.

أولاً: شروط الإيجاب و القبول المتفق عليها

لقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على انه لصحة الإيجاب و القبول يجب أن يكون هناك تطابق إرادة العاقدين على الزواج في مجلس العقد و اتفاهما على القصد و الهدف، أيضا يجب أن يكون مجلس العقد متحدا أي أن لا يفرق ما بين الإيجاب و القبول بما يعد شاغلا عنهما، مثلا كان يتحدث احد العاقدين كلاما أجنبيا عن موضوع الزواج.

ثانيا: شروط الإيجاب و القبول المختلف فيها

اختلف كل من المالكية و الشافعية عن باقي فقهاء الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بشروط الإيجاب و القبول، فقد أضافوا زيادة على الشروط السابقة المتفق عليها شرط الفورية في قبول الإيجاب، أي أن لا يوجد فاصل زمني بين الإيجاب و القبول.

المطلب الثاني: صيغة الإيجاب و القبول

لقد نصت المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري على أن الرضا يكون بإيجاب من احد الطرفين و قبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، دون أن يبين المشرع الألفاظ التي تقيد معنى النكاح، أيضا نصت نفس المادة في فقرتها الثانية على أن الإيجاب و القبول الصادر من العاجز يكون بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو

عرفا كالكتابة و الإشارة، و منه حسب المشرع الجزائري هناك صورتين للتعبير عن الإيجاب و القبول، و هما التعبير عن الإيجاب و القبول بالكلام و التعبير عنهما بغير الكلام من الشخص العاجز، اضافة الى صور أخرى أوردتها الشريعة الإسلامية و عليه سنتطرق الى هذه الصور من التعبير عن الإيجاب و القبول فيما يلي.

الفرع الأول: التعبير عن الإيجاب و القبول بالكلام

لقد نصت المادة العاشرة من قانون الأسرة الجزائري على أن الإيجاب و القبول يتم بالألفاظ التي تفيد معنى النكاح شرعا دون تحديد لهذه الألفاظ، و بالرجوع الى فقهاء الشريعة الإسلامية نجد أنهم قد اتفقا على ألفاظ معينة و التي يتم بها الإيجاب و القبول و اختلفوا في ألفاظ أخرى.

و من الألفاظ المتفق عليها و التي تفيد معنى النكاح شرعا نجد لفظي الزواج و النكاح لورودهما في معظم الآيات القرآنية و الأحاديث النبوية.

أما الألفاظ المتفق عليها و التي لا يجوز التعبير بها عن الإيجاب و القبول نجد: الإباحة، الايداع، الإحلال، الإعارة، الرهن، الوصية، الإجازة، لان هذه الألفاظ لا تؤدي معنى الزواج حقا.

أما الألفاظ المختلف فيها فهي كما يلي:

أولاً: بالنسبة للمالكية و الحنفية

يرون بأنه يجوز الإيجاب و القبول بالألفاظ التالية: الهبة التملك، البيع، الصدقة، مع اشتراط التأييد في العلاقة الزوجية.

ثانياً: بالنسبة للحنابلة

بالنسبة للحنابلة يرون عدم صحة استعمال الألفاظ السابقة، و في حالة استعمالها يشترط أن تكون من طرف الموجب فقط و يكفي القابل بقول رضيت دون أن يزيد على ذلك.

أما فيما يتعلق باللغة التي يتم بها الإيجاب و القبول فان المشرع الجزائري لم يشترط لغة معينة، أما جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية فقد أجازوا إبرام عقد الزواج بغير اللغة العربية حسب حالة الأشخاص و جنسيتهم، اما الشافعية فقد راو عدم جواز إبرام عقد الزواج بغير اللغة العربية إذا كان العاقدان يفهمان اللغة العربية و ينطقان بها، أما إذا كانا لا يفهمانها و لا ينطقان بها فيجوز ذلك.

و قد اشترط فقهاء الشريعة أيضا صيغة الفعل في التعبير عن الإيجاب و القبول بان تكون الأفعال المعبر بها عن الإيجاب و القبول في صيغة الماضي إجمالا، و هناك صيغ أخرى:

الأمر -- الماضي، المضارع -- الماضي، المستقبل -- الماضي.

زوجني ابنتك - زوجتك، هل تزوجني ابنتك - زوجتك، هل تقبل أن تزوجني ابنتك - زوجتك.

الفرع الثاني: التعبير عن الإيجاب و القبول بغير الكلام من العاجز

قد يتعذر على احد العاقدين التعبير عن إرادته بواسطة الكلام إذا كان يعاني من عاهة جسدية تمنعه من ذلك كان يكون أصم أو أبكم، و قد اتفق جمهور الفقهاء على انه إذا كان العاقد يجيد الكتابة فعليه أن يعبر عن إرادته بالكتابة و ليس بالإشارة لأنها ابلغ تعبيراً، أما الحنفية فقد انقسموا الى نصفين، فريق منهم يوافق جمهور الفقهاء، و فريق آخر منهم يرى تخيير العاقد العاجز بين الكتابة و الإشارة.

أما رأي المشرع الجزائري في هذه المسألة فنرى بأنه من خلال المادة العاشرة فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري قد اخذ برأي فريق من الحنفية بان جعل الخيار في التعبير عن الإرادة للعاجز بين الكتابة و الإشارة.

الفرع الثالث: التعبير عن الإيجاب و القبول عن طريق الرسول أو المراسلة

تكلم المشرع الجزائري في قانون الأسرة عن ما يشبه مسألة التعبير عن الإيجاب و القبول عن طريق الرسول و ذلك في المادة 20 المتعلقة بالنيابة في الزواج غير انه ألغى هذه المادة بعد تعديل قانون الأسرة في 2005. و يرى فقهاء الشريعة الإسلامية بجواز التعبير عن الإيجاب و القبول عن طريق الرسول أو المراسلة إذا كان احد العاقدين لا يستطيع حضور مجلس العقد، و اشترطوا حضور شهود يعلمون مضمون ما يحمله الرسول أو مضمون الرسالة مع جواب القابل أيضاً عن طريق المراسلة أو الرسول.

الفرع الرابع: التعبير عن الإيجاب و القبول بكلمة واحدة

و هو أن يصدر الإيجاب و القبول من نفس الشخص بكلمة واحدة، و هذه الحالة لم ينص عليها لمشرع الجزائري في قانون الأسرة، أما فقهاء الشريعة الإسلامية فان اغلبهم أجازوا التعبير عن الإيجاب و القبول بكلمة واحدة صادرة من شخص واحد يمثل العاقدين، كان يكون وليا عنهما معا أو وصيا عنهما أو وكيلاً عنهما أو رسولا عنهما أو أصيلاً من جانب و ولي من جانب.

مع التنكير بان فريق من الحنفية لا يجيز هذه الصورة من التعبير عن الإيجاب و القبول.

الشافعية أجازوا ذلك و لكن بشرط أن لا يكون الشخص ولياً عن الطرفين.

المالكية و الحنابلة أجازوا التعبير بكلمة واحدة دون شرط.

المبحث الثاني: شروط صحة الرضا في عقد الزواج و آثار تخلفه

يعتبر الرضا ركنا أساسيا في عقد الزواج و حتى ينشا صحيحا يجب توفر شروط و خلوه من بعض العيوب، أما في حالة تخلفه يترتب على ذلك مجموعة من الآثار التي تمس بعقد الزواج، و فيما يلي سنتناول شروط صحة عقد الزواج من خلال المطلب الأول، أما المطلب الثاني سنخصصه لدراسة آثار تخلف الرضا في عقد الزواج.

المطلب الأول: شروط صحة الرضا في عقد الزواج

كما سبق القول فان الزواج ينعقد برضا الزوجين، و حتى ينشا عقد الزواج صحيحا يجب أن يكون ناتج عن رضا صحيح، و حتى يكون لرضا صحيح يجب أن تتوفر فيه ثلاثة شروط، و التي سنأتي على ذكرها في الفروع التالية:

الفرع الأول: أن تكون إرادة العاقدین إرادة سليمة و جدية

و نقصد بذلك صدور الإيجاب و القبول من شخص ذو إرادة واعية، أي أن يكون العاقدین لهما أهلية لإبرام عقد الزواج، و تكتمل أهلية الرجل و المرأة للزواج ببلوغهما سن 19 سنة كاملة وفق المادة السابعة من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل، ولا يقتصر كمال الأهلية على السن فقط و إنما أيضا أن يكون العاقدین سليما العقل، كان لا يكونا مجنونين أو معتوهين، أيضا غير محجور عليهما و ذلك وفق القواعد العامة للأهلية في القانون المدني المادة 40.

الفرع الثاني: الإرادة الخالية من عيوب الرضا

لم يتعرض المشرع الجزائري الى عيوب الرضا من خلال قانون الأسرة كما لم تتناولها الشريعة الإسلامية، لذلك سنعود الى المبادئ العامة في القانون المدني، و قد تكلم القانون المدني عن أربعة عيوب للرضا و هي الغلط، الإكراه، التدليس، الاستغلال، و سنتناول الحديث عن هذه العيوب ما عدا الاستغلال الذي لا يتصور في عقد الزواج. جاء الحديث عن عيوب الرضا في القانون المدني من خلال المواد 81 و 86 و 88، و فيما يلي تفصيل ذلك:

1- الغلط: و هو وهم يقوم في ذهن احد المتعاقدين يدفعه للتعاقد بأفكار خاطئة، كان تعتقد المرأة بان الرجل غني، و يشترط في الغلط أن يكون متعلقا بالشخص المتعاقد في حد ذاته مؤثرا على إرادته في التعاقد أو في موضوع العقد، كان يكون زواج المتعة.

2- الإكراه: و هو الضغط المادي أو المعنوي الذي يكون رهبة في نفس العاقد و الذي يدفعه الى التعاقد دون حريته الشخصية، و ما يشترط ففي الإكراه هو أن يكون الدافع الى التعاقد، أما فيما يتعلق بمسالة إجازة بعض الفقهاء إجبار الولي ابنته على الزواج، فقد بين الفقهاء انه في هذه الحالة لا يصل الإجبار الى حد الإكراه و الى كون الزواج باطلا، أما المشرع الجزائري فقد ألغى ولاية الإجبار و المنع للولي في المادة 13 من قانون الأسرة الجزائري.

3- التدليس: و هو استعمال الحيلة بقصد إيقاع الطرف الثاني في غلط يدفعه الى التعاقد مثلا كالرجل المتزوج الذي لا يصرح بزواجه للمرأة الثانية الذي يريد الزواج بها.

الفرع الثالث: أن تكون إرادة الزوجين مؤبدة و غير معلقة على شرط

يعني أن تكون نية المتعاقدين الارتباط بعقد الزواج ارتباطا أبديا لا يحله إلا الموت أو عدم القدرة على العشرة، أيضا أن لا يكون عقد الزواج معلقا على شرط زمني، لان طبيعة عقد الزواج تقتضي التأييد، فزواج المتعة أو الزواج المؤقت هو زواج باطل عند فقهاء الشريعة الإسلامية ما عدا بعض فقهاء الحنفية الذين يجيزون الزواج المؤقت دون زواج المتعة.

المطلب الثاني: أثار تخلف الرضا في عقد الزواج

سنتناول تفصيل هذه المسألة أولا قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري في 2005، حيث جاءت المادتين 32 و 33 للحديث عن اثرين لتخلف الرضا في عقد الزواج، إذ نصت المادة 32 من قانون الأسرة على أن عقد الزواج يفسخ في حالة تخلف احد أركانها، و نصت المادة 33 على أن عقد الزواج يبطل إذا تخلف فيه أكثر من ركن، بمعنى تخلف الرضا و ركن آخر، هذا قبل التعديل عندما كانت أركان عقد الزواج هي الرضا الولي الشاهدان و الصداق. و تعتبر الأحكام التي رتبها المشرع الجزائري على تخلف ركن الرضا قبل التعديل أحكاما غير صحيحة لكونها لا تتوافق مع القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني بشأن البطلان و الفسخ، حيث أن الفسخ هو جزاء عدم تنفيذ احد الطرفين لالتزاماته مع التزام الطرف الأول، أما البطلان فهو جزاء تخلف الركن في العقد، لذلك تدارك المشرع الجزائري هذه الأحكام الخاطئة بعد تعديل قانون الأسرة في 2005.

فبعد التعديل اقر المشرع الجزائري صراحة من خلال المادة 33 من قانون الأسرة بطلان عقد الزواج بتخلف ركن الرضا، و هو ما يتوافق مع أحكام القانون المدني، و لكن هنا أيضا يثار تساؤل آخر بشأن ما يترتب عن كون عقد الزواج باطل، و في حالة وجود الأبناء هل يبث النسب أم لا، و كيف يتم إنهاء عقد الزواج الباطل هل بالطلاق أم بغير ذلك؟ و هل تسحق الزوجة الصداق و النفقة؟

لم يرد النص على أثار بطلان عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، و بالرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن فقهاء الشريعة اتفقوا على اعتبار عقد الزواج باطل بتخلف ركن الرضا مع وجوب التفريق بين الزوجين دون طلاق، و قد اعتبره كل من المالكية و الشافعية و الحنابلة زنا مع وجوب الحد، أما الحنفية يعتبرونه زواج شبهة يدر معه الحد، و فيما يخص آثاره فقد اتفقوا على عدم استحقاق المرأة الصداق و لا النفقة، أما النسب فقد اختلفوا فيه، يرى الجمهور بعدم ثبوته، و يرى الحنفية ثبوته.

ملاحظة: ورد خطأ في المحاضرة المكتوبة بموضوع الخطبة يجب تصحيحه، و هو المادة الخاصة بالخطبة هي المادة الخامسة و ليس المادة الرابعة.

الفصل الثالث: أركان عقد الزواج (المحل و السبب)

المبحث الأول: محل عقد الزواج (العاقدان)

لم يتناول المشرع الجزائري الحديث عن محل عقد الزواج و اكتفى من خلال المادة التاسعة من قانون الأسرة التركيز فقط على الرضا كركن أساسي في عقد الزواج، و باعتبار الزواج عقد رضائي و ككل عقد فان ركنه الثاني هو المحل و الذي يتمثل في العاقدان أو الزوجان، و فيما يلي سنتناول شروط كل منهما:

المطلب الأول: الشروط المشتركة بين الزوجين

حتى يقوم عقد الزواج صحيحا يجب ان تتوفر مجموع من الشروط في محله و هما الزوجان، و فيما يلي سنوضح الشروط المشتركة الواجب توفرها في كل من الزوجان:

الفرع الأول: عدم الإكراه بالنسبة للزوجين

و نقصد بعدم الإكراه أن تكون إرادة الزوجين سليمة و حرة في إبرام عقد الزواج، أي أن يكون الزوجين كاملي الأهلية و أن لا يكونا مجبرين على الزواج، و قد نص المشرع الجزائري على أهلية الزواج من خلال المادة السابعة من قانون الأسرة، و هي بلوغ الزوجين سن 19 سنة كاملة مع إمكانية الزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة بتريخيص قضائي، أيضا أن لا يكون الزوجين مجنونين أو معتوهين، و غير محجور عليهما.

أما الإكراه فعموما لا يمكن تصوره بالنسبة للرجل و إنما يكون بالنسبة للمرأة، و قد منع المشرع الجزائري إكراه المرأة على الزواج و ذلك من خلال نص المادتين 12 و 13 من قانون الأسرة، حيث تم إلغاء ولاية المنع للأب بالنسبة لابنته البكر بإلغاء المادة 12 من قانون الأسرة بعد تعديل 2005، كذلك نصت المادة 13 على أن الأب لا يمكن له أن يجبر القاصر التي هي تحت ولايته على الزواج و لا يمكن له أن بزوجه بدون موافقتها.

الفرع الثاني: عدم المرض بالنسبة للزوجين

و نقصد بذلك السلامة الجسدية للزوجين من اجل إبرام عقد الزواج و عدم إصابتهم بمرض يتعارض مع طبيعة عقد الزواج أو بمرض معدي قد يصيب الزوج الآخر، و هنا لا نقصد بان المرض يعتبر مانع لإبرام عقد الزواج و إنما يجب إعلام كلا الزوجين بمرض الزوج الآخر مع ترك الحرية لهما في إتمام الزواج أو التراجع عنه، و هو ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال المادة السابعة مكرر الجديدة من قانون الأسرة المدرجة بتعديل 2005، فقد اشترط المشرع أن يقدم الزوجان لضابط الحالة المدنية أو الموثق شهادة طبية لا تتجاوز صلاحيتها ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض يتعارض مع الزواج أو أي مرض معدي.

و هنا نظيف انه كان على المشرع أيضا أن يشترط على الزوجين تقديم شهادة طبية تثبت السلامة العقلية لكليهما.

الفرع الثالث: عدم المحرمية بين الزوجين

أي أن لا تكون المرأة من المحرمات على الرجل سواء تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً، و المحرمات تحريماً مؤبداً بالنسبة للرجل ثلاث، المحرمات من القرابة و المحرمات من المصاهرة و المحرمات من الرضاع، و قد أتى المشرع الجزائري على ذكر هذه الأصناف من الحرمان سواء مؤبداً أو مؤقتاً من خلال المواد 25، 26، 27، و 30 من قانون الأسرة.

المطلب الثاني: الشروط الخاصة بكل زوج على حدى

هناك شروط خاصة بالزوج و شروط خاصة بالزوجة و سنأتي على توضيحها في الفرعين المولين:

الفرع الأول: الشروط الخاصة بالزوج

يشترط في الزوج الشروط التالية:

أولاً: يشترط في الزوج الإسلام

يشترط أن يكون الزوج مسلماً و ذلك لقوله تعالى " و لا تتكحوا المشركات حتى يؤمن و لا امة مؤمنة خير من مشركة و لو أعجبكم و لا تتكحوا المشركين حتى يؤمنوا و لعبد مؤمن خير من مشرك و لو أعجبكم " سورة البقرة 221.

ثانياً: خلو الزوج من أربع زوجات

و هي أن لا يكون الرجل متزوج من أربعة نساء حتى يمكن له أن يتزوج امرأة جديدة و ذلك في حدود الشريعة الإسلامية، فان كان متزوجاً من أربعة نساء لا يمكن له الزواج حتى تتوفى إحداهن أو يطلقها.

ثالثاً: أن لا يكون الرجل متزوجاً ممن يحرم الجمع معها

بمعنى أن لا تكون المرأة الثانية التي يريد أن يتزوج بها الرجل أخت زوجته الأولى أو عمتها أو خالتها في حال رغبتها في التعدد، و هو ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال المادة 30 من قانون الأسرة.

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالزوجة

يجب ان تتوفر في المرأة ثلاث شروط و هي

أولاً: الخلو من الزوج

و نقصد بذلك أن لا تكون المرأة محصنة بالزواج أي أن لا تكون متزوجة.

ثانياً: الخلو من العدة

أي أن لا تكون المرأة المراد الزواج بها معتدة من وفاة أو طلاق.

ثالثاً: أن تكون المرأة غير مجوسية

بمعنى أن لا تكون المرأة كافرة لا تدين بأي دين، فيكفي أن تكون المرأة كتابية حتى يمكن الزواج بها.

المبحث الثاني: السبب في عقد الزواج

يشترط القانون لسلامة عقد الزواج أن يكون سبب الزواج مشروعاً، بمعنى أن يكون السبب وراء إبرام عقد الزواج هو تحقيق مقاصده المشروعة المباشرة و غير المباشرة و هو ما سنتطرق إليه فيما يلي:

المطلب الأول: أن يكون سبب الزواج تحقيق مقاصده المشروعة الأصلية

و نقصد بذلك تحقيق المقاصد الأصلية المشروعة بالزواج، و هي المحافظة على النسل و حفظه من الانقطاع ، فقد جاء في إحياء علوم الدين للإمام الغزالي أن للزواج خمس فوائد: الولد و كسر الشهوة و تدبير المنزل و كثرة العشيرة و مجاهدة النفس، و يعتبر النسل أهم مقصد للزواج، لقوله صلى الله عليه و سلم " تتأكحوا تكاثروا فاني مباه بكم الأمم يوم القيامة "، و قد ينتهي هذا السبب المشروع للزواج ليتحول سبب الزواج الى سبب غير مشروع كالمتمتع فقط في الزواج المؤقت.

المطلب الثاني: أن يكون سبب الزواج تحقيق مقاصده المشروعة التبعية

إذا كان النسل هو المقصد الأصلي من النكاح فهذا لا يمنع أن تكون هناك مقاصد أخرى و هي تحصين النفس من الوقوع في الحرام و كسر قيود الشهوة و غض البصر و حفظ الفرج، كذلك من مقاصد الزواج الترويح عن النفس و اناسها بالرفيق الصالح ضمن إطار الشرع لقوله تعالى " و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة و رحمة" سورة الروم الآية 21.

ملاحظة: يجدر التذكير أن أركان عقد الزواج تختلف من مذهب الى آخر، فالمالكية يعتبرون أركان الزواج هي الصيغة، الولي، الصداق، المحل (الزوجان)، الشاهدين، أما الشافعية: الصيغة، الولي، الشاهدان، العاقدان، و حسب الحنابلة: الرضا، المحل (العاقدان)، الصيغة، أما حسب الحنفية فهي ركن وحيد و هو الرضا. و بالتالي يمكن القول أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة قبل التعديل و بالنسبة لأركان عقد الزواج كان يأخذ بالمذهب المالكي، أما بعد تعديل 2005 اتجه الى المذهب الحنفي باعتباره الرضا الركن الوحيد في عقد الزواج.

الفصل الرابع: شروط صحة عقد الزواج (الولي)

قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري في 2005 كان الولي يعتبر ركنا من أركان عقد الزواج بموجب المادة التاسعة، أما بعد التعديل ثم إسقاطه من ركن الى شرط صحة أدرج في المادة 9 مكرر، و فيما يلي سنتناول تحديد مفهومه و أنواعه و ذلك من خلال المبحث الأول، أما المبحث الثاني سنخصصه للحديث عن شروط الولي و ترتيب الأولياء.

المبحث الأول: مفهوم الولاية و أنواعها

المطلب الأول: مفهوم الولاية

يحذر التنكير بان المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة لم يتطرق الى تعريف الولاية و لا الى دليل مشروعيتها، و بالتالي سنتناول من خلال هذا المطلب تعريف الولاية و تبين دليل مشروعيتها و ذلك وفق أحكام الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول: تعريف الولاية

للوصول الى تعريف الولاية سنقف على تعريفها لغة ثم اصطلاحا.

أولا: تعريف الولاية لغة

هي سلطة يملكها شخص على شيء من الأشياء و منها أخذت كلمة الوالي الذي له سلطة و نفوذ على قطر معين.

ثانيا: تعريف الولاية اصطلاحا

و يقصد بها الفقهاء تنفيذ القول على الغير و الإشراف على شؤونه، و يعرفها أبو زهرة بأنها القدرة على إنشاء عقد الزواج نافدا من غير الحاجة الى إجازة من احد.

الفرع الثاني: دليل مشروعية الولاية

هناك أدلة عديدة من الكتاب و السنة على مشروعية الولاية نذكر منها التالي:

- قوله تعالى " و لا تتكحوا المشركين حتى يؤمنوا" سورة البقرة الآية 221 و هو خطاب موجه للأولياء دليل على أن المرأة لا تزوج نفسها.
- و قوله تعالى " فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إن تراضوا بينهم بالمعروف" سورة البقرة الآية 232، و العضل في معنى هذه الآية هو المنع، و يعود سبب نزول هذه الآية الى ما رواه معقل ابن يسار حين قال بأنه زوج أخته لرجل و بعد فترة طلقها ثم بعد انتهاء عدتها أراد أن يراجعها بعقد جديد فخطبها من معقل و الذي رفض تزويجها إياه مرة ثانية لأنه أهانها و لم يكرمها في الزواج الأول، و هنا نزلت هذه الآية تحمل خطابا موجه الى الأولياء بعدم منع بناتهم من الزواج، و هذا دليل على أن عقد الزواج يتوقف على إجازة الولي.
- كذلك قوله صلى الله عليه و سلم " لا نكاح إلا بولي".

- و قوله صلى الله عليه و سلم لا تزوج المرأة المرأة و لا تزوج المرأة نفسها. فان الزانية هي التي تزوج نفسها".
- و قوله صلى الله عليه و سلم " أيما امرأة نكحت بغير إذن و ليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل".

الفرع الثالث: أقسام الولاية

تنقسم الولاية الى ولاية قاصرة و هي قدرة العاقد على إنشاء العقد الخاص بنفسه و تنفيذه، وولاية متعديّة و هي قدرة العاقد على إنشاء العقد الخاص بغيره بإقامة من الشارع.

المطلب الثاني: أنواع الولاية

سنتناول من خلال هذا المطلب أنواع الولاية وفق الشريعة الإسلامية ثم أنواعها وفق قانون الأسرة الجزائري و ذلك من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: أنواع الولاية وفق الشريعة الإسلامية

الولاية بحسب الشريعة الإسلامية نوعان، إما ولاية إجبار و هي التي يملك فيها الولي سلطة إجبار المرأة التي تحت ولايته على الزواج أو منعها منه، و ولاية اختيار و هي الولاية التي يعطي فيها الولي الخيار للمرأة التي تحت ولايته باختيار شريك حياتها، و قد فصل فيها فقهاء الشريعة الإسلامية حسب حالة المرأة إن كانت بكرا أم ثيبا، و إن كانت صغيرا أم بالغا حسب ما يلي:

-بالنسبة للبكر الصغير اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن لأبيها أن يجبرها على الزواج دون رضاها أو إذنها، بمعنى له أيضا سلطة المنع فهنا ولاية إجبار كاملة.

-بالنسبة للثيب البالغ اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أنها تتزوج برضاها و استئذانها، و هنا ولاية اختيار.

-بالنسبة للبكر البالغ اتفق جمهور الفقهاء بما فيهم المالكية و الشافعية و الحنابلة على جواز إجبارها و استحباب استئذانها، أما الحنفية فيرون وجوب رضا البكر البالغة و استئذانها.

-بالنسبة للثيب الصغير يرى جمهور الفقهاء بما فيهم الحنفية و المالكية و الحنابلة أن وليها يزوجه دون رضاها و له منعها و العبرة في ذلك صغر السن، أما بالنسبة للشافعية فيرون انه لا يجوز تزويجها مرة ثانية حتى تبلغ و لا يجوز إجبارها.

الفرع الثاني: أنواع الولاية وفق قانون الأسرة الجزائري

بالنسبة لأنواع الولاية وفق قانون الأسرة الجزائري، فيجدر التذكير بان المشرع الجزائري قد تناول مسألة الولي من خلا المواد 11،12،13 من قانون الأسرة، و من خلال هذه المواد لم يطرح صراحة أنواع الولاية و إنما يمكن استنتاج ذلك من خلال تحليل المواد السابقة الذكر قبل التعديل و بعده.

أولا: أنواع الولاية من خلال قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل

كانت المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري تنص على انه " يتولى زواج المرأة وليها و هو أبوها فاحد أقاربها الأولين. و القاضي ولي من لا ولي له".

و بتحليل نص هذه المادة دون ما بعدها نقول بان الولي حضوره إجباري في عقد الزواج و هو من يتولى أساسا إبرام هذا العقد بالنسبة للمرأة القاصر و كذا البالغة دون تمييز، مع التركيز على كون الولي هو الأب أو احد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له، بمعنى ولاية اجبار.

أما المادة 12 قبل إلغائها بالآمر 05-02 فكانت تنص على انه " لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان أصلح لها. و إذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون. غير أنه للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت".

و من خلال هذه المادة نلاحظ بان المشرع الجزائري فرق بين البنت البكر و البالغة، فبالنسبة للبالغة لا يمكن للولي أن يمنعها من الزواج إذا كان أصلح لها، و في حالة المنع يمكن لها أن تحتكم الى القاضي و الذي يمكن له أن يزوجه متى تأكد من وجود مصلحة الفتاة في ذلك، و هذا يعتبر اجراء استثنائي منحه المشرع للمرأة البالغة بان تتزوج دون رضا وليها و تلجأ الى القاضي من اجل إتمام زواجها.

أما بالنسبة للقاصر و التي عبر عنها المشرع بالبكر فقد منح للولي سلطة منعها إذا كان في ذلك المنع مصلحة لها.

أما المادة 13 من قانون الأسرة قبل التعديل فكانت تنص على انه" لا يجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصر التي هي في ولايته على الزواج، و لا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها".

و خلاصة لتحليل المواد السابقة قبل التعديل، نقول بان الولي كانت له ولاية اختبار بالنسبة للبالغ فلا يجبرها و لا يمنعها، و إنما يزوجه متى توافقت إرادته مع إرادتها مع ورود الاستثناء الخاص باللجوء الى القاضي من اجل إبرام عقد الزواج دون إرادة الولي، أما بالنسبة للقاصر فانه يملك عليها ولاية إجبار جزئية هي ولاية المنع دون ولاية الإجبار، مع كون الولي هنا هو الأب فاحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له.

ثانيا: أنواع الولاية في قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل

في 2005 تم تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02، و قد مس هذا التعديل مركز الولي في عقد الزواج من خلال المواد 11، 12، 13 و سنأتي على توضيح التعديل و تأثيره على مركز الولي من خلال الأتي.

أولا المادة 11 من قانون الأسرة ثم تعديلها كالاتي "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو احد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره. دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم و هم الأب، فاحد الأقارب الأولين، و القاضي ولي من لا ولي له"، و من خلال تعديل هذه المادة نلاحظ أولا بان المشرع الجزائري قد فصل في الأحكام ما بين المرأة القاصرة و المرأة الراشدة في فقرتين، هذا من جهة، و من جهة

أخرى فإن الولي أصبح حضوره شرفي في عقد الزواج فليست له حتى ولاية اختيارية فهو يحضر فقط شرفيا و المرأة هي التي تعقد زواجها بنفسها، مع تخييرها في أن يكون وليها أبوها أو احد أقاربها دون أن يكون من الأقارب الأولين، أو أي شخص آخر تختاره و قد يكون أي صديق أو غريب عنها حتى، فالولي هنا لا يتعدى دوره في أن يكون ناقلا لإرادة المرأة فقط.

أما بالنسبة للقاصر فقد جعل وليها هو أبوها فاحد أقاربها الأولين و القاضي ولي من لا ولي له، بمعنى الترتيب في وجود الأولياء، فإن لم يجد الأب فاحد الأقارب الأولين و هم الجد و العم الأخ، اضافة لذلك فقد تم إلغاء المادة 12 التي كانت تمنح للولي ولاية المنع من الزواج مع إبقاء المادة 13 و إضافة لفظ القاصر، و التي تمنع الولي من إجبار القاصر على الزواج، و بالتالي الولي له ولاية اختيار بالنسبة للقاصر، فهنا متى توافقت إرادة الولي مع إرادة القاصر يتم الزواج.

المبحث الثاني: شروط الولي و ترتيب الأولياء

سنتناول من خلال هذا المبحث تبيان شروط الولي في المطلب الأول، أما المطلب الثاني سنوضح ترتيب الأولياء.

المطلب الأول: شروط الولي

لم يتناول المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة الحديث عن شروط الولي، لذلك سنتناولها وفق أحكام الشريعة الإسلامية و التي تقسمها الى شروط متفق عليها و أخرى مختلف عليها من خلال الفرعين الموالين.

الفرع الأول: شروط الولي المتفق عليها

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على شرطين في الولي و هما كمال الأهلية، و توافق دين الولي مع دين المولى عليه.

-بالنسبة لكمال أهلية الولي، فيقصدون بها البلوغ و العقل و الحرية، أما من الناحية القانونية، فكمال الأهلية بحسب نص المادة 40 من القانون المدني هو بلوغ 19 سنة كاملة عدم الجنون و عدم العته، و أن لا يكون الولي محجور عليه.

-بالنسبة للشرط الثاني في الولي و هو توافق دين الولي مع دين المولى عليه، نقصد به أن لا يزوج المسلم الكافرة، و لا يزوج الكافر المسلمة، و ذلك لقوله تعالى "و المؤمنون و المؤمنات بعضهم أولياء بعض" سورة التوبة الآية 71، و قوله تعالى "و الذين كفروا بعضهم أولياء بعض" سورة الأنفال الآية 73، و قوله تعالى "و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا" سورة النساء الآية 141، باستثناء المالكية الذين يرون بأنه يجوز للمسلم أن يزوج الكتابية.

الفرع الثاني: شروط الولي المختلف فيها

- اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول بعض الشروط الواجب توفرها في الولي و نذكر منها التالي:

بالنسبة للذكورة، فانه شرط أساسي بالنسبة لجمهور الفقهاء ما عدا الحنفية، اذ يرى جمهور الفقهاء بان المرأة لا تملك الولاية على نفسها فكيف تملك الولاية على غيرها، أما الحنفية فيرون بأنه للمرأة أن تتولى زواج المرأة عن طريق التوكيل.

-بالنسبة للعدالة، و هي استقامة سلوك الولي وفق ما يتناسب مع الشريعة الإسلامية، فلا يكون الولي زانيا أو شارب خمر أو فاسقا.

-الخلو من الإحرام بحج أو عمرة.

-عدم الإكراه.

المطلب الثاني: ترتيب الأولياء

بالنسبة لترتيب الأولياء حسب فقهاء الشريعة الإسلامية فهناك ترتيبان، ترتيب بالنسبة لولاية الإيجاب و ترتيب بالنسبة لولاية الاختيار، فحسب فقهاء المالكية فان ولاية الإيجاب على المرأة البكر سواء بالغة أو صغيرة و تكون لثلاثة فقط و هم: السيد لامته و الأب و وصي الأب، أما ولاية الاختيار على الثيب فتكون للأشخاص التاليين وفق الترتيب: ابن المرأة، والد المرأة، أخ المرأة لأب و ابنه و ليس أخ المرأة لأم، الجد لأب، العم ثم ابنه ثم عم الأب ثم ابنه، الكافل للمرأة، الحاكم أو القاضي، كل مسلم بالولاية العامة.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري و حسب المادة 11 من قانون الأسرة فقد رتب الولي بالنسبة للمرأة البالغة و القاصر وفق ما يلي:

-بالنسبة للمرأة البالغة فان وليها هو حسب اختيارها إما أبوها أو احد أقاربها دون تفضيل و لا تفصيل، أو أي شخص آخر تختاره ا ياي غريب تختاره.

-أما بالنسبة للفتاة القاصر فان أولياؤها هم وجوبا حسب الترتيب التالي: أولا أبوها، فان لم يوجد فاحد أقاربها الأولين، فان لم يوجد فالقاضي ولي من لا ولي له.

و الأقارب الأولين هم أخ المرأة لأب و ابنه، الجد لأب، العم لأب و ابنه، جد الأب، و عم الأب، هذا حسب ترتيب المالكية.

الفصل الخامس: شروط عقد الزواج (الصداق)

يعتبر الصداق الشرط الثاني من شروط عقد الزواج و الذي نص عليه المشرع الجزائري من خلال المادة 9 مكرر المدرجة وفق تعديل قانون الأسرة لسنة 2005، حيث كان قبل هذا التعديل وارد في نص المادة 9 ضمن أركان عقد الزواج، و فيما يلي سنتناول تحديد مفهوم الصداق من خلال المبحث الأول، أما المبحث الثاني سنخصصه لتبيان حالات استحقاق الصداق و النزاع حوله.

المبحث الأول: مفهوم الصداق

من خلال هذا المبحث سنتناول تبيان تعريف الصداق و حكمه في المطلب الأول، أما في المطلب الثاني سنتناول الحديث عن الحكمة من لصداق و أنواعه.

المطلب الأول: تعريف الصداق و حكمه

سنتناول أولا تعريف الصداق من خلال الفرع الأول، ثم ذكر حكمه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف الصداق

سنتناول تعريف الصداق لغة ثم اصطلاحا.

أولاً: تعريف الصداق لغة

الصداق في اللغة هو مهر المرأة و هو مشتق من الصدق لأنه عطية يسبقها الوعد بها فيصدق المعطي.

ثانياً: تعريف الصداق اصطلاحاً

المهر كما عرفه المالكية ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها، و له أسماء عشرة: مهر، صداق، صدقة، نحلة، اجر، فريضة، حباء، عقر، لائق، طول، نكاح.

أما المشرع الجزائري فقد عرف الصداق من خلال المادة 14 من قانون الأسرة على انه "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا و هو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء"، و بالتالي الصداق يجوز أن يكون مال منقول، كما يمكن أن يكون عقار من كل ما هو مباح شرعا و قانونا.

الفرع الثاني: حكم الصداق

وفق أحكام الشريعة الإسلامية فإن الصداق شرط واجب في عقد الزواج لا يصح اشتراط إسقاطه، و من أدلة ذلك قوله تعالى "و آتوا النساء صدقاتهن نحلة" سورة النساء الآية 4، فالأمر موجه هنا الى الأزواج، كذلك قوله تعالى "و احل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين فما استمتعتم به منهن فاتوهن أجورهن فريضة" سورة النساء الآية 24، ففي هذه الآية دلالة واضحة على وجوب الصداق للمرأة عند الزواج بها تمييزاً عن السفاح الذي هو الزنا، كما ورد في الآية 5 من سورة المائدة "و المحصنات من المؤمنات و المحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتوهن أجورهن محصنين غير مسافحين و لا متخذي أخدان".

أما من السنة النبوية الشريفة نذكر ما جاء عن سهل بن سعد الساعدي أن رسول الله ص جاءته امرأة فقالت يا رسول الله إني قد وهبت نفسي لك، فقام رجل فقال: يا رسول الله زوجنيها إن لم تكن لك بها حاجة، فقال رسول الله ص: (هل عندك من شيء تصدقها إياه) فقال: ما عندي إلا إزارى هذا فقال رسول الله ص: (إن أعطيتها إياه جلست لا إزار لك، فالتمس شيئاً) فقال ما أجد شيئاً فقال له رسول الله ص (التمس و لو خاتماً من حديد) فالتمس شيئاً فلم يجد

شيئاً فقال له رسول الله ص (هل معك من شيء من القرآن) فقال نعم معي سورة كذا و سورة كذا فقال رسول الله ص (قد انكحتكها بما معك من القرآن).

ووجه الاستدلال بالحديث أن الرسول ص لما وهبت المرأة نفسها له لم ينكر ذلك عليها، و لما سأله الرجل نكاحها لم يجعل له الى ذلك سبيلا دون صداق مع حاجة الرجل و فقره و عدم وجود ما يصدقها إياه، حتى انكحها إياه بما معه من القرآن.

و بالتالي فالصداق واجب و لا يجوز الزواج بدونه، غير أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد اقرؤا نوعين من الانكحة المتعلقة بالصداق و هي نكاح التفويض و نكاح التحكيم، فنكاح التفويض هو نكاح بدون صداق لتنازل المرأة عن حقها فيه أو تفويض صداقها الى وليها و هو زواج صحيح بإجماع الفقهاء، أما نكاح التحكيم فهو أن يحكم الزوج و الزوجة رجل بينهما ليفرض مقدار الصداق قبل الدخول.

أما المشرع الجزائري فانه لم يتكلم عن هاتين الحالتين و اوجب الصداق في كل الحالات حتى عند عدم تحديده في عقد الزواج بأن تستحق الزوجة صداق المثل، و هو الصداق الذي نص عليه المشرع الجزائري من خلال المادتين 15 و 33 من قانون الأسرة الجزائري، حيث نصت المادة 15 على انه "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً. في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل".

أيضا اقر المشرع الجزائري وجوب الصداق في عقد الزواج و اعتبره التزاما تعاقديا من الزوج نحو زوجته، كما رتب على تخلفه فسخ عقد الزواج قبل الدخول، أما إذا تم الزواج بالدخول فيتم تصحيحه بمنح المرأة صداق المثل، لان الضرر هنا لا يمكن تصحيحه بفسخ عقد الزواج و إنما بمنح المرأة صداقها و مواصلة الحياة الزوجية.

المطلب الثاني: الحكمة من الصداق و أنواعه

سنتطرق من خلال هذا المطلب الى تبيان الأسباب أو الحكمة من فرض الصداق للمرأة و ذلك من خلال الفرع الأول، أما الفرع الثاني سنخصصه للحديث عن أنواع الصداق وفق قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: الحكمة من الصداق

نصت الآيات الكريمة على أن الصداق فارق بين النكاح المشروع و النكاح غير المشروع مثل الزنا، و قد سماه الله تعالى نحلة و أجرا للإشارة الى انه يأخذ من جانب حكم النحل و من جانب آخر حكم المعاوضات، فقال ابن رشد الجد بان الصداق هو لإحلال فرج الزوجة و استباحته.

فالصداق بمثابة الهدية التي تعطى للمرأة من اجل الزواج بها، و لتطيب نفسا لزوجها الذي ستعيش معه حياة كاملة ملزمة بخدمته و طاعته، و هو حق من حقوقها، كما تستعين به المرأة لتجهيز نفسها من كل ما تحتاج إليه في حياتها الجديدة من ملابس و حلي و أفرشة و غيرها من المستلزمات.

الفرع الثاني: أنواع الصداق

بالرجوع الى قانون الأسرة الجزائري فان المشرع الجزائري تكلم عن نوعين من الصداق و هما الصداق المسمى و صداق المثل، و سنوضحها في الآتي:

أولاً: الصداق المسمى

و هو الصداق الذي يثبت بمجرد اتفاق الزوجين أو أولياؤهما مهما بلغت قيمته طالما بإرادة الطرفين، فهو ما يتفق عليه في العقد الصحيح، أو فرض بعده بالتراضي.

ثانياً: صداق المثل

و يكون صداق المثل عند عدم تسمية مقداره في عقد الزواج، و بذلك تستحق الزوجة صداق المثل أي الصداق المعطى في زمنها لمثيلاتها من النساء، و المثيلات من النساء هن من يساوين تلك المرأة في دينها و جمالها و نسبها و أخلاقها و مكانتها الاجتماعية و البلد الذي تنتمي إليه.

المبحث الثاني: حالات استحقاق الزوجة الصداق و النزاع حوله

من هلال هذا المبحث سنتناول الحالات التي تستحق فيها الزوجة الصداق و مقداره و ذلك من خلال المطلب الأول، أما المطلب الثاني سنخصصه لتبيان كيف فصل المشرع الجزائري في مسألة النزاع بين الزوجين حول الصداق و ذلك في الفرع الثاني، مع التأكيد أن من تستحق الصداق بغض النظر عن مقداره هي الزوجة بالزواج الصحيح.

المطلب الأول: حالات استحقاق الصداق

بالرجوع الى المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قد اقر ثلاثة حالات لاستحقاق المرأة الصداق و هي: الدخول، وفاة الزوج، الطلاق قبل الدخول و سنتناول هذه الحالات من خلال الفروع الثلاثة التالية:

الفرع الأول: استحقاق الزوجة الصداق كاملا بالدخول

و ينقسم الدخول الى الدخول الحقيقي و هو الوطء أو الاتصال الجنسي، فيتأكد به وجوب المهر لاستقاء الزوج حقوقه الشرعية بالدخول، فيتقرر حق الزوجة في المهر كله.

أما الدخول غير الحقيقي أو الخلوة الصحيحة فهي أن يجتمع الزوجان بعد العقد الصحيح في مكان يتمكنان فيه من التمتع الصحيح، بحيث يامنان دخول احد عليهما و ليس بأحدهما مانع طبيعي أو شرعي، و هنا أيضا يتأكد المهر كله للزوجة بالنسبة للحنفية و الحنابلة، أما المالكية و الشافعية يرون أن الزوجة لا تستحق الصداق كاملا إلا بالوطء.

أما المشرع الجزائري فلم يفصل حالة الدخول، و اعتبر أن المرأة تستحق الصداق كاملا بالدخول و ترك حل الخلاف في ذلك الى القاضي في حالة نفي الزوج الدخول و طلاق المرأة قبل ذلك.

الفرع الثاني: استحقاق الزوجة الصداق كاملا بوفاة الزوج

باتفاق جمهور الفقهاء فان الزوجة تستحق الصداق كاملا في الزواج الصحيح قبل الدخول إذا توفي زوجها، كذلك إذا توفيت هي قبل الدخول و هنا يستحق صداقها ورثتها، هذا في حال كان صداقها محددًا في عقد الزواج، أما إذا كان صداقها غير محدد ففي حال وفاة زوجها تستحق صداق المثل، أما في حال وفاتها هي فبرجع صداق المثل الى ورثتها.

أما إذا كانت الزوجة سببا في وفاة زوجها كقتلها له، فلا تستحق الصداق بتاتا.

بالنسبة للمشرع الجزائري و من خلال نص المادة 16 من قانون الأسرة نجد بأنه تكلم عن وفاة الزوج فقط دون وفاة الزوجة، أي تستحق الزوجة الصداق كاملا بوفاة زوجها، و لم يذكر أيضا حالة المرأة التي تقتل زوجها.

الفرع الثالث: استحقاق الزوجة نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول

و تتحقق هذه الحالة عند إبرام عقد الزواج بين الرجل و المرأة فيصبحان في حكم الشرع و القانون زوجان ويطلق الرجل زوجته قبل إتمام مراسيم الزفاف أي قبل انتقال الزوجة الى بيت زوجها، و هنا تستحق الزوجة نصف الصداق لحملها صفة الزوجة و للأضرار التي قد تلحق بها بسبب الطلاق قبل الدخول.

المطلب الثاني: النزاع حول الصداق

لقد فصل المشرع الجزائري في مسألة النزاع حول الصداق بين الزوجين أو ورثتهما في غياب الأدلة من خلال المادة 17 من قانون الأسرة، و ذلك من خلال حالتين هما حالة قبل الدخول و حالة بعد الدخول.

فإذا كان النزاع حول الصداق بين الزوجين أو ورثتهما و كان ذلك قبل الدخول فان القول الذي يأخذ به القاضي هو قول الزوجة أو ورثتها مع اليمين.

أما إذا كان النزاع حول الصداق بعد الدخول فان القاضي يأخذ بقول الزوج أو ورثته مع اليمين.

ويبقى السؤال المطروح هنا هو على أي أساس فصل المشرع الجزائري مسبقا في هذا النوع من الخلاف بين الزوجين مع إلغاء السلطة التقديرية للقاضي في حل هذا النزاع، و على أي أساس فصل المشرع الجزائري بالأخذ بقول الزوجة وورثتها قبل الدخول و الأخذ بأقوال الزوج وورثه بعد الدخول.