

محاضرات في قانون الأسرة (الزواج والطلاق)

أُلقيت على طلبة السنة الثانية ليسانس

السنة الجامعية

2023- 2022

المحور الأول- مقدمات عقد الزواج

يعتبر الزواج من العقود الشخصية والأنظمة القانونية ذات الطبيعة الخاصة جدا لارتباطه بالجوانب المعنوية للأشخاص ومن هنا تكفل المشرع الجزائري بضبط أحكامه ضمن قانون خاص وهو قانون الأسرة.

ولقد عرفته المادة 4 من ذات القانون على أنه: "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي"، ومن هنا أظهر المشرع دور الشريعة الإسلامية في اقتباس أحكام عقد الزواج المرتبط بوثاقة بهوية المجتمع الجزائري.

وعقد الزواج لطبيعته الخاصة يقوم على تمهيد يعتمد عليه في نشوئه، ألا وهو الخطبة، فما هي الخطبة وكيف يمكن تمييزها عن غيرها (أولا) وكيف يمكن العدول عنها وما آثار ذلك (ثانيا)؟
أولا- تعريف الخطبة وتفريقها عن غيرها

لغةً، الخطبة طلب الرجل المرأة للزواج، أو طلب المرأة الرجل للزواج، أما الخطبة فهي ما يُستفتح به المجالس مثل خطبتي صلاة الجمعة.

ولقد عرّفها المالكية بأنها: "التماس التزويج والمحاولة عليه"، والفاخرة إن كان العرف يقصد منها اجتماع الأركان اعتبرت عقدا أما مجرد قراءة سورة فاتحة الكتاب في مجلس الخطبة فهذا لا يمكن اعتباره عقد زواج بحال من الأحوال، كما أنه لا يضيفي على الخطبة طبيعة العقد بتاتا وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 6 من قانون الأسرة.

وفي القانون، ضمن المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري، الخطبة: «وعد بالزواج»، ورغم ذلك إلا أنها مختلفة عن الوعد بالتعاقد المنصوص عليه في المادتين 71، 72 من القانون المدني، لأن في هذا الأخير إلزام وليس في الخطبة بالزواج إلزام مطلقا إلا ما كان منه معنوي، تضبطه مكارم الأخلاق والأحكام الشرعية.

وللخطبة شروط صفة عديدة، يمكن حصرها في:

- أهلية الخطبة، لم تنص القوانين على تحديد سن معينة للخطبة، فكل من صح الزواج منه صحت خطبته وكل من صح الزواج بها صحت خطبتها؛

- الصيغة في الخطبة؛ ومنها ما يكون صريحا كقول الخاطب: إني أرغب في خطبة فلانة، ومنها ما يكون ضمنيا كقوله: إني أريد أن أخطب فتاة حاملة لكتاب الله وتكون ابنة المخاطب حافظة للقرآن الكريم؛

- انعقاد مجلس خطبة، وسواء كان هذا المجلس حقيقيا، أو حكما الخطبة بوسائل التواصل الاجتماعي فهذا لا حرج فيه طالما تُحترم فيه كافة الضوابط الشرعية، ولا يعني هذا اجتماع الرجل والمرأة عبر وسائل التواصل للاختلاء فهذا من الأمور المحرمة شرعا؛

- انعدام موانع الزواج، فكل مانع للزواج يمنع من الخطبة، فكما يكون من المحرم نكاح الأم مثلا، فإنه من المحرم والممنوع أيضا خطبتها لما فيه من تعد على الفطرة السليمة للخلق؛

- انعدام موانع الخطبة، والتي تعتبر من أهمها: امتناع خطبة المتزوجة، والمخطوبة لقوله ﷺ: «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك»، المحرمة بحج أو بعمرة، المعتدة من طلاق رجعي، أما إذا زال المانع صح التقدم للخطبة؛

أما المعتدة من وفاة فيجوز على قول الجمهور التعريض في خطبتها وهذا سنده قوله ﷺ: «لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَضْتُمْ بِهِ مِنْ خُطْبَةِ النِّسَاءِ».

ثانيا - العدول عن الخطبة

من الجلي أن الوعد بالخطبة ليس ملزما، ومن هنا يجوز للطرفين العدول عنها، ولكن لأسباب موضوعية وشرعية في آن، لأن العدول عنها مع ثبوت الضرر للطرف الآخر قرر له المشرع الجزائري التعويض ولهذا جاء في المادة 2/5 من قانون الأسرة: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض"

ولأن الخطبة قد تتخللها تسليم الهدايا التي يرجو منها الطرفين توطيد العلاقة فإن العدول يؤثر عليها بوجوب ردها على النحو المنصوص عليه في المادة 5 من قانون الأسرة، وتقصيله فيما يلي:

- إذا كان العدول من الخاطب رد الهدايا أو قيمة ما استهلك منها، ولم يسترد ما أهدى هو؛
- إذا كان العدول منها ردت ما أهدى لها أو قيمة ما استهلك منها.

والظاهر أن المشرع الجزائري سكت عن حكم استردادها للهدايا التي قد تكون أهدتها للخطيب، وهنا يذهب الفقه إلى توحيد الحكم بين الخطيب والمخطوبة، أين لا يكون لها الحق في استرداد ما قد تكون أهدته للخطيب من هدايا.

المحور الثاني- مقومات عقد الزواج

يقوم عقد الزواج على عناصر داخلية في تكوينه كالرضا من الطرفين وأخرى خارجة عن تكوينه رغم تأثيرها وهي الولي، الشاهدين، الصداق فضلا عن انتفاء الموانع الشرعية.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة يتضح أن المشرع الجزائري فرق بين هذه العناصر بأن جعل من الرضا ركن العقد الوحيد فيما اعتبر سائر العناصر الأخرى من شروط الصحة.

أولا- ركن الرضا في الزواج

أقام المشرع الجزائري انعقاد الزواج على مجرد تبادل الطرفين للرضا كما تقضي به المادة 9 من قانون الأسرة وذلك بإبداء الإيجاب والقبول وفق المادة 10 من نفس القانون.

وإبداء الرضا لا يكون إلا بصيغة معتبرة شرعا وقانونا والتي يجب أن تكون:

- باللفظ كأصل، واللفظ هنا يجب أن يؤدي معنى النكاح شرعا بمدلوله الشرعي لما هو وارد في المادة 1/10 من قانون الأسرة: "بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا"،

- بالكتابة، التي قد تكون ضرورية كمن يفقد السمع ويكون قادرا عليها متقنا لها إذ تعتبر أولى من الإشارة في بيان المدلولات والمعاني، كما تلزم الكتابة في التعاقد بالرسالة أو عن بعد، وهذا لم يمنعه الفقه كما أن المشرع لم يعترض عليه بل قرره وصرح به؛

_ بالإشارة، لمن عجز عن اللفظ والكتابة، فالأبكم الأصم لا يكون له من حل في إيصال ما يرمي إليه إلا استغلال الإشارة أو الأصم الجاهل لقواعد الكتابة ولهذا قال ابن عرفة رحمه الله: "إشارة الأخرس به (ويقصد بالزواج) كلفظه"، والقاعدة تقضي أن: "الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان".

ثانيا - شروط صحة الزواج

تتعدد شروط عقد الزواج، ولهذا جملها المشرع الجزائري في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، واعتبرها لا تعدو أن تبرز فيما يأتي بيانه.

أ. أهلية الزوجين

الأهلية في اللغة من الكفاءة والصلاحية لممارسة العمل، وهي من قوله ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ أَصْطَفَاهُ عَلَيْكُمْ وَزَادَهُ بَسْطَةً فِي الْعِلْمِ وَالْجِسْمِ»، أما في الاصطلاح في: "صفة تثبت للشخص الحقوق، وتلزمه بالواجبات، وتصح منه التصرفات". وهذا معنى الفقرة الثانية من المادة 7 من قانون الأسرة، ومنه يمكن قصر الأهلية للزواج على إمكانية ممارسة هذا الحق وتحمل واجباته وهي بالمصطلح الحديثي "الباءة" لقول النبي ﷺ: "يا معشر الزواج، من استطاع منكم الباءة فليتزوج".

ولذلك، اعتمد المشرع الجزائري على معيارين في تحديد أهلية الزواج؛ أحدهما عام والآخر خاص؛

- فأما العام، فهو تحديده للسن القانونية، التي اعتمدها كمعيار للبلوغ ومن ثم اكتساب الأهلية للزواج، وهي التي قدرها بسن 19 كاملة طبقا للمادة 1/7 من قانون الأسرة؛

- وأما الخاصة، فهي التي عبر عليها المشرع في المادة 1/7 بـ"قدرة الطرفين" على الزواج وتبعاته، وهو المعيار الثاني الذي أقام عليه النص تخويل القاضي السماح لمن لم يبلغ السن القانونية بالزواج.

غير أن الرجوع إلى أحكام الزواج بوجه عام من قانون الأسرة يتبين أن أهلية الزواج ذات طبيعة خاصة لاسيما من حيث مقوماتها، إذ تعتبر المحرمة عن الزواج غير ذات أهلية للشخص المحرم عليها، في حين تكون أهلا لغيره، كما أن المحصنة بزواج هي زوجة وفي نفس الوقت غير أهل للخطبة من آخر، أما المحرمة مثلا فهي غير أهل على الجميع خلال فترة إحرامها بالحج أو بالعمرة، في حين تنتقل إلى أهل بمجرد إتمامها للمناسك... وهكذا.

ولقد نص المشرع الجزائري على الأهلية في الزواج باعتبارها شرطا من شروط الزواج ضمن نص المادة 9 مكرر بعد تعديلها بالأمر 05-02، غير أن ذكرها من جملة الشروط لا يعني بالضرورة أنها شرط صحة، وهذا ما يستلزم الرجوع إلى أثر تخلف الأهلية للفصل في تكييفها القانوني.

إن الرجوع إلى أثر تخلف الأهلية يُبيّن مكانتها ضمن العناصر التي أقام عليها المشرع الجزائري الوجود القانوني للزواج، لاسيما بالنظر في فحوى نص المادتين 32، 34 من القانون، إذ الرجوع إلى المادة 32 في شطرها الأول يبين أن الزواج يعتبر باطلا: "...إذا اشتمل على مانع ... يتنافى ومقتضيات العقد"، وهذا ما يمكن تفسيره بتخلف الأهلية بصورتها العامة (السن القانونية) والخاصة (قدرة الطرفين)، وإن كان استعمال المشرع لمصطلح المانع يُلبس في المعنى ويؤدي مباشرة إلى تفسيرها على أن المقصود هو موانع الزواج، وهذا الذي يتجانس والبطلان.

ثم إن الرجوع إلى نص المادة 34، وهو النص الذي تضمن حكم لزوم فسخ الزواج قبل الدخول وبعده، مع وجوب مهر المثل والاستبراء، وهذا متى تم الزواج من إحدى المحرمات، والزواج من إحداهن صورة من صور تخلف الأهلية في الزواج، وليس الحكم عامة على الظاهر على كل زواج تخلف فيه أهلية الزوجين أو أحدهما للزواج.

أما المادة 33 فتتص ببطلان عقد الزواج الذي يتخلف فيه الرضا، ولأنه لا رضا من غير أهلية فيكون من المنطق القانوني بمكان الخلوص إلى أن تخلف الأهلية في الزواج مبطل له بل هو أولى في البطلان من الإرادة لاسيما من المنظور الشرعي، إذ قد تزوج القاصر بدون رضاها ولكن لا يمكن تزويجها من غير أهلية مفترضة فيها.

وخلاصة، يمكن اعتبار الأهلية في الزواج جزء لا يتجزأ من الرضا وهي شرط صحته والتي يؤدي تخلفها إلى نقض الزواج، إلا استثناء في تزويج المجنون الذي أثبت الطب أن في زواجه شفاؤه.

ب. الولاية في الزواج

الولاية في اللغة من النصرة والحماية، ومن قوله ﷺ: ﴿ قَالُوا لَيْنَ أَكَلَهُ الذِّئْبُ وَنَحْنُ عُصْبَةٌ إِنَّآ إِذآ لَخَسِرُونَ ﴾، أما اصطلاحاً، فهي سلطة شرعية تخول صاحبها إنشاء العقود والتصرفات النافذة من غير توقف على إجازة أحد.

والولاية في عقد الزواج على نوعين:

- إجبار، وهي سلطة تملك الولي تزويج من في ولايته دون إذن ولا استشارة لهم، وهذه تكون للأبكار ولعديمي الأهلية كالمجانين؛

- اختيار، وهي التي لا تخول الولي الإجبار ولكنها تشركه في الرأي والمشورة وتقدمه للعقد بالتعبير عن الصيغة أصالة عن نفسه ونيابة عن موليته، رغم أن الحنفية يجيزون للشيب أن تبرم عقد زواجها بنفسها، مع وصفها بالوقاحة، وفتح الباب أمام كل عصاب لها أن يطالب بفسخ العقد إذا رأى أنها زوجت نفسها من غير كفاء لها أو بمهر أقل من مهر مثيلاتها من النساء، على أنه لا خيار لها في ذلك.

ولقد اتفق الفقه على جملة من الشروط، يجب توفرها في الولي، وملخصها:

- الأهلية الكاملة؛

- الإسلام لاسيما في الولاية على المسلمة؛

- خلو الولي من الإحرام بحج أو عمرة؛

- عدم الإكراه؛ فلا يعقد الزواج بالإكراه لتخلف الرضا عند المتزوج لما روي عن عبد الله بن عباس ؓ أن ابنة خدام أمت النبي ﷺ فذكرت أن أباهما زوّجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ، بين الاستمرار في الزواج أو حل زواجها.

هذا، وبالرجوع إلى نص المادتين: 11، 13 من قانون الأسرة التي من خلالهما نظر المشرع الجزائري الولاية في الزواج يتبين أن:

- المشرع الجزائري أقام ضرورة توفر الولاية على القصور فقط، بحيث خول الراشدة إبرام عقد زواجها بمجرد حضور وليها؛

- تقييد الراشدة (ذات الخبرة بالرجال لزواج سابق) في اختيار الولي الذي يحضر الزواج، بترتيب معين صرح به في المادة 11 أين نص صراحة على الولاية للأب بداية بنصه "وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره" من ذي الصلاح طبعاً، وهذا القيد مردود إلى الشريعة الإسلامية التي تخول كل ذي صلاح الولاية في الزواج وذلك متى عدت الفتاة من يزوجها من أقاربها الأولين بداية بالأب طبعاً؛

- المشرع الجزائري في الفقرة 2 من المادة 11 كان أوضح حينما كلف الولي إبرام زواج القاصر على الترتيب الشرعي بدأ بالأب دائماً ثم الأقارب الأولين، ومن بعدهم القاضي الذي يتولى في حال عدم تخلف الولي أبا كان أم غيره؛

- المشرع الجزائري منع الولي جبر القاصر التي في ولايته من الزواج من غير موافقتها، كما منع الجبر في الزواج، على أن الجبر ليس إكراها يُحظر وغاية ما فيه أن الأب يستعمل سلطته المعنوية على ابنته في تزويجها لمصلحتها المطلقة التي يقدرها بما له عليها من حنو ورحمة.

وأخيراً، فإن المشرع الجزائري يحيد عن الصواب حينما يعتبر ضمن الفقرة 2 من المادة 33 أن تخلف الولي في عقد زواج الراشدة بلا أثر، وأنه في زواج القاصرة يصح بعد الدخول بمهر المثل، معتبراً إياه شرطاً قابلاً للتصحيح، وهذا مخالف لما قال به جمهور الفقهاء بما فيه المالكية في أن تخلف الولي مفضي إلى بطلان عقد الزواج وهذا بناء على قول النبي ﷺ: "أيا امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل".

ومنه يظهر أن جمهور الفقهاء يعتبر الولاية في الزواج من أركان العقد الملازمة له، أما المشرع الجزائري فيعتبره من الشروط ممكنة التصحيح بسبب الدخول.

ج. الصداق في الزواج

يسمى المهر بهذه التسمية لأنه يمنح من غير بدل مادي من الزوج لزوجته لما فيه من إعمال لقوله ﷺ: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنَيْئًا مَرِيئًا﴾، كما يسمى صداقاً إظهاراً لصدقه معها في عقد زواجهما، أما في الاصطلاح، فقد عرفه المالكية بأنه: "ما يجعل للزوجة نظير الاستمتاع بها".

قانونا، عرف المشرع الجزائري الصداق في المادة 14 من قانون الأسرة بأنه: «ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء».

هذا، ولقد اعتبر جمهور الفقهاء أن الصداق أثر من آثار عقد الزواج، ولذلك قالوا أن عدم تحديد الصداق في العقد ليس مبطلا له، غير أن الاتفاق على عدم تحديده وإسقاطه عن الزواج مؤد إلى فسخ العقد قبل الدخول وتصحيحه بعده بمهر المثل (وهذا خاصة عند المالكية)، ونحو هذا توجهت المحكمة العليا في بعض قراراتها أين جاء في أحدها: "إن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج"، ومن هنا يكون المشرع الجزائري قد وافق الفقه المالكي حينما اعتبر الصداق شرط صحة واعتمد أثره في المادة 2/33 من قانون الأسرة.

والصداق إذ الأصل فيه المال على القول الراجح، فإن المالكية حددوا أقله بعشرة دراهم فضلة أو قيمتها من الذهب، تملكه المرأة وتتصرف فيه كيفما تشاء، ولو رأت أن ترده على زوجها وقبل فلها أن تفعل.

على أن الصداق أنواع، ذكر جلها المشرع الجزائري في المادة 15 من قانون الأسرة:

- إذ من حيث التحديد، فمنه الصداق المحدد وصداق المثل أي مثل الزوجة في أسباب زواجها من نسب، وجمال، ودين...؛

- ومن حيث أجل دفعه، منه المؤجل الذي يدفع أثناء العقد وقبل الدخول كأقصى أجل إذ يكون للمرأة أن تمتنع عن الدخول لو لم يمكنها الزوج من المهر، ومنه المعجل والذي يدفع بعده؛

- ومن حيث طريقة دفعه، منه المدفوع مرة واحدة منه المقسط.

د. الشهادة في الزواج

الشاهد هو الشخص الذي ينقل ما عاين من الوقائع والأحداث، ومن هنا جاء فقهاء المالكية وعرفوا الشهادة في الزواج بأنها: "إخبار يتعلق بمعين"، أما تخصيص الشهادة بعد الزواج فيمكن القول بأنها: "معايينة كاملة وكافية لصيغة عقد الزواج أو الدخول فيه".

والشهادة لا تكون في الزواج إلا بغرض فشو العقد رفعا لتهمة الطعن في الأعراس، ولهذا اشترطها المالكية أثناء الدخول، خلافا لجمهور الفقهاء الذين اشترطوها أثناء العقد.

ومن شروط الشهادة ما اتفق عليه الفقه ومنه ما لم يتفق عليه، وما اتفق عليه قصراً
يمكن تلخيصه فيما يلي:

- بلوغ سن الرشد وهي في الزوجين 19 سنة، أما في الشاهدين ف 21 سنة وفق المادة 33
من قانون الحالة المدنية، وإن كان هذا النص غير معمول به في تحديده لهذه السن، على أن
القواعد العامة هي التي تطبق في هذا الشأن؛
- توفر العقل في الشاهد؛

- فشو الزواج بعدم اشتراط الكتمان من الشاهدين، على أن الفشو لا يتحقق إلا بتوفر العدد
الكافي لذلك وهو رجلان أو رجل وامرأتان، ولإمام مالك في الموطأ عن أبي الزبير أن عمر بن
الخطاب أتي بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة فقال: "هذا نكاح السر ولا أجيزه ولو كنت تقدمت
فيه لرجمت".

- السماع والفهم، وهو مقتضى الفشو، إذ لا فشو للزواج من غير سماع للشهادة وفهم
مقتضاها حتى يكون نقل الخبر عن إدراك وبصيرة، لاسيما أمام القضاء كلما كان لذلك محل، وهذا
ما يتجسد على الأخص في الزواج الشرعي المفتقر للكتابة المدنية والذي يسعى الزوجان إلى تثبتيه
بحكم قضائي بموجب نص المادة 22 من قانون الأسرة.

هذا ولقد أقام المشرع الجزائري على مسألة تخلف الشهادة في الزواج أحكاماً شاذة إلى حد
بعيد، نظير اعتباره شرطاً من جملة الشروط المنصوص عليها في المادة 9 مكرر والتي وحد لها
الأثر في المادة 2/33 من قانون الأسرة حين اعتبر تخلف الشهادة مفضي إلى فسخ العقد قبل
الدخول، وإلى تصحيحه بعد الدخول بمهر المهر، وهذا ما لا يستقيم بحال مع ما سلف بيانه من
أحكام ومع المكانة المهمة لشهادة الشهود في عقد الزواج.

هـ. انتفاء الموانع في الزواج

ذكر المشرع الجزائري في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة حكم "انعدام الموانع الشرعية
للزواج"، وأكد على الحكم ضمن المادة 23 والتي نص فيها على أنه: " يجب أن يكون كل من
الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة"، ومن هنا ميز المشرع الجزائري بين نوعين من
أنواع الموانع للزواج والتي عبر عنها بالمحرمات كما هو الحال عليه في الفقه الإسلامي، وخلال
ميز بين التحريم المؤبد والتحريم المؤقت.

وأما التحريم المؤبد، فمنصوص عليه في المادة 24 من قانون الأسرة، أين حصر النساء اللاتي تحرم مؤبداً على الرجل في ثلاثة أصناف:

- القرابة، أو اللائي له عليهن قرابة وهن: أمه وجداته وأخته وابنته المباشرات أو من قمن مقامهن من الحفيدات، ثم عمته وخالته، بنات أخيه وبنات أخته، كما هو منصوص عليه في المادة 25 من القانون؛

- المصاهرة، أصول زوجته بمجرد العقد، فروعها بشرط الدخول، أرامل ومطلقات الزوج وإن علوا أو نزلوا، وفق ما هو محدد في المادة 26 من القانون؛

- الرضاع، ويحرم منه ما يحرم من النسب، بمعنى تحرم على الرجل المرضع أمه من الرضاع وجداته وأخواته من الرضاع، وعماته وخالاته من الرضاع، وبنات أخيه وبنات أخته كلهن من الرضاع، على أن التحريم لا يسري بين الإخوة من النسب والإخوة من الرضاع، إذ الأخ من الرضاع لا يحرم على الأخ من النسب، وهذا حكم الشرع والذي صرح به القانون في المادة 28 من قانون الأسرة.

وأما التحريم المؤقت، فمنصوص عليه بدوره ضمن المادة 30 من قانون الأسرة، وهنا حدد المشرع الجزائري أصنافهن حصراً لا تمثيلاً، وهن كما ذكرن في الصياغة القانونية:

- المحصنة، وهي زوجة الغير، وسواء كان الزواج قائماً حقيقة أو حكماً بالطلاق الرجعي، فإن التحريم سارٍ، ويمتنع معه كل زواج؛

- المعتدة من طلاق أو وفاة، والمعتدة هي المترتبة بفترة زمنية قدرها الشرع وأقرها القانون وذلك استبراءً للرحم، ولقد نظم المشرع الجزائري العدة في المواد 58 إلى 61 من قانون الأسرة، معتبراً إياها أثراً من آثار انحلال الزواج ومحدداً آجال العدة بدقة، أين جعل من عدة:

1. المطلقة ثلاثة قروء، أما اليائس من المحيض فعدتها ثلاثة أشهر من تاريخ طلاقها، ولقد غفل المشرع الجزائري في المادة 58 عن ذكر اللائي لم يحضن من البنات فهؤلاء في الحكم مع اليائسات سواء؛

2. المتوفى عنها زوجها، أربعة أشهر وعشرة أيام، ولزوجة المفقود نفس الحكم على أن بدءها يكون من تاريخ النطق بالحكم بالوفاة؛

3. الحامل، بوضع الحمل، على أن لا يتعدى عشرة أشهر تحسب من يوم الطلاق أو الوفاة؛

- المطلقة ثلاثا، وتحرم هذه على من طلقها مؤقتا إلى أن تتزوج آخر فيموت عنها أو يطلقها فتحل لزوجها الذي طلقها ثلاثا مرة أخرى، ولهذا اعتبرها الفقه والقانون من المحرمات مؤقتا؛

- الجمع بين القريبات من الأخوات، المرأة وخالتها، المرأة وعمتها، وهذا قيد على أصل التعدد المنصوص عليه في المادة 8 من قانون الأسرة، ففي حين أباحه في النص المذكور، قيده بجملة من الشروط والتي يعتبر الجمع بين القريبات أحدها، وزيادة عليه: اشترط المشرع توفر المبرر الشرعي، إثبات نية وشروط العدل بين الزوجات، قبول الزوجات، فضلا عن الإذن القضائي، وخلاف ذلك لا يمنح الزوج الترخيص بالتعدد بالعقد المدني، غير أن القيود القانونية المذكورة لا يلحقها تجريم ولا عقاب أخروي في حين أن الجمع بين القريبات من المحرمات شرعا والذي نص الشارع الحكيم في حقه بحكم التحريم بالصريح وذلك في قوله ﷻ: ﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا ﴿٣٥﴾.

يبقى في هذه الشأن أن المشرع الجزائري قضى بموجب نص المادة 8 مكرر 1 بضرورة فسخ عقد الزواج الذي لا يحترم فيه الزوج الإجراءات القانونية قبل الدخول، وهذا فيه إبطال لعقد صحيح، لا تصلح الغفلة في مثل حكمه والنص عليها صراحة في القانون، فضلا على أن المشرع مكن الزوجة السابقة في المادة 8 مكرر من رفع دعوى التطليق وألزم القاضي بإجابتها متى أثبتت أن الزوج عدد عليها ولم يعلمها وهذا أيضا رأي غير سديد البتة.

- زواج المسلمة من غير المسلم، وهذا بصفة مطلقة ما لم يسلم لا بغرض زواجه من المسلمة بل قناعة وإيماننا برسول الله ﷺ، إذ إسلامه بغرض الزواج فقط فيه شبهة الكفر وفيه إمكانية الردة يعد الزواج هذا إذا كان أسلم حقا قبل الزواج، فالواجب إثبات إسلام الرجل قبل خطبة المرأة المسلمة، وهو الحكم المصرح به في القرآن العظيم بقول الله ﷻ ﴿ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا ﴾، ومن هنا قال ابن قدامة المقدسي رحمه الله في تفسيره للآية: "ولا يزوج كافر مسلمة بحال" أي مهما كانت الظروف.

ولقد أغفل المشرع الجزائري تحريم زواج المسلم بالمشاركة، في تعديل سنة 2005، وهذا لأن الحكم من البديهيّات التي لا تقتضي تأكيدا، وما يؤكد هذا التوجه أن الاستناد على حكم المادة 222 من قانون الأسرة المحيلة لأحكام الشريعة الإسلامية تجعل من زواج المسلم بالمشاركة محرما شرعا وممنوعا قانونا، وهذا هو الحكم المعمول به.

تبقى الإشارة إلى أن المشرع الجزائري نص وبالصرح على حكم عدم احترام الموانع في الزواج واعتبر العقد فاسخا بمجرد العلم قبل الدخول وبعده، ورغم ذلك إلا أنه أقام على فسخه بعد الدخول إثبات النسب ووجوب الاستبراء وهذا في المادة 34 من قانون الأسرة، وهو موافق لما هو متفق عليه فقها.

المحور الثالث - انحلال عقد الزواج

يطلق انحلال الزواج على كل صورة من صور فكه بما في ذلك حالات فسخ الزواج لطارئ ملازم أو مستحدث بعد الانعقاد أو بعد الدخول، غير أن المشرع الجزائري جمع كل الصور تحت مسمى الطلاق موظفا المصطلح بمعناه الواسع، ومكتفيا بالمقابل بحالات الانحلال الإرادية (أولا) والتي يتدخل القاضي لحلها فيها (ثانيا)، وتلك التي تطرأ بواقعة الوفاة (ثالثا).

أولا - انحلال الزواج بالإرادة

الطلاق لغة من الحل والتسريع، فيقال: أطلق سراحه، بمعنى فك قيده، أما اصطلاحا، فالطلاق عند ابن رشد رحمه الله: "حل العصمة"، أو هو: "إزالة عقد النكاح".

كما ينعقد الزواج بالإرادة ولا سبيل له للانعقاد بدونها، فإنه قد ينحل بالإرادة أيضا ويبرز في صورتين، تجمع الأولى إرادة الزوجين معا وهذا ما يصطلح على تسميته قانونا بالطلاق بالتراضي (ب)، فيما ينفرد الزوج بإيقاع الطلاق في الصورة الثانية، وهذا ما يصطلح على تسميته قانونا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة أو بالإرادة المنفردة (أ).

أ. الطلاق بالإرادة المنفردة

الطلاق في القانون لم يُعرّف، غير أن المشرع الجزائري في المادة 49 من قانون الأسرة أقام إثباته على الحكم القضائي، لما فيه من دليل كتابي رسمي قطعي، وهو ما لا يعني أن القاضي لا يعترف بالطلاق الذي يقع خارج أسوار المحكمة ولكنه يقدر له قدره وينطق بالطلاق بناء عليه، فإن

صرح الزوج بالطلاق بأثر رجعي ووافقته الزوجة عليه لم يكن للقاضي إلا أن يثبت ذلك في الحثيات ويقضي به بناء عليه.

ويقع الطلاق باللفظ الصريح أو الضمني الذي يشترط له الفقه أن يردفه الزوج بما يبين مقصد الطلاق من نيته، كما قد يقع بالكتابة أو بالإشارة أيضا لكل عاجز عن اللفظ وعن الكتابة.

ولقد أوجب المشرع الجزائري لإيقاع الطلاق الرشد، حتى للزوج المرشد الذي لم يخوله إلا المنازعة في آثار انعقاد الزواج فيما لم يخوله مباشرة الطلاق لوحده، بل اشترط القانون في المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن يتولى ذلك إجرائيا ولي القاصر أو المقدم بحسب الحالة.

ولقد أوجب المشرع الجزائري القاضي في المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن يجري صلحا بين الزوجين في كل قضية يكون الهدف الأساس منها حل الزواج، وهذا في "مدة ثلاثة أشهر (3) ابتداء من تاريخ رفع الدعوى" كأصل، أين لا يكون الزوج قد طلق فعلا وما لجأ للقضاء إلا بغرض الإثبات فقط.

والأحكام القضائية الصادرة في الطلاق من هذه الناحية على نوعين:

- حكم كاشف، وهو الذي يثبت التصرف بالطلاق قبل اللجوء للقضاء؛

- حكم منشئ، وهو الذي ينشأ الطلاق أثناء أو كنتيجة للخصومة بحيث يصدره القاضي.

والطلاق من حيث منظوره الشرعي على نوعين، سني وبدعي:

- فأما السني، فهو أن يطلق الزوج زوجته طليقة واحدة من دون تكرار، وأن يطلقها في طهر لم يقربها فيه، أن لا يكون طلاقها في حملها، وأن يسرحها بعد انقضاء أجل العدة بالمعروف؛

- وأما البدعي، فهو أن يطلق الزوج زوجته بتخلف أيا من شروط الطلاق السني، وفيها أن تُحسب له طليقة من الثلاث، وأن ترجع لدمته متى أمكن، وأن يُعزر في ذلك بالسجن أو بغيره.

على أن عدد الطلاقات المبررة شرعا ثلاث، فإن بلغها الزوج لا يحل له أن يرجع زوجته إلا بعد زواجها من غيره وطلاقه لها أو وفاته عنها، وبعد انقضاء العدة، ولا يحل المحلل بوجه، بل هو حرام، وهذا حكم المادة 51 من قانون الأسرة.

هذا، وقد أورد القانون في المادة 50 من قانون الأسرة، حكم الرجوع بعد الطلاق، بحيث صنفه إلى صنفين:

الأول- الطلاق الرجعي، وهو الذي يمكن للزوج أن يراجع زوجته قبل انقضاء العدة، ولا يحتاج في ذلك لمهر ولا لعقد جديدين؛

ثانيا- الطلاق البائن، وهو الذي يكون بعد انقضاء العدة، وهذا ما يقتضي العقد الجديد والمهر الجديد، متى أراد الطرفان الزواج مرة أخرى.

أما المادة 52 فقد جاءت تبين حالة التعويض عن أي تعسف في استعمال الحق في الطلاق، بحيث يكون للقاضي متى ثبت عنده تعسف الزوج في طلاق زوجته أن يعوضها عن الضرر اللاحق بها نتاج التعسف.

ب. الطلاق بالتراضي

عرف الفقه الطلاق بالتراضي على أنه: "إنهاء للزوج باتفاق الزوجين"، ورغم أن المشرع الموضوعي لم يعرفه إلا أن الإجمالي عرفه في المادة 427 من قانون الإجراءات المدنية بأنه: "... إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة"، وتجدر الإشارة إلى أن أصل هذا النوع من الطلاق القانون الفرنسي الذي يعرفه ويصطلح على تسميته بالطلاق الودي.

والطلاق بالتراضي هو طلاق يتفق فيه الطرفان على حل العلاقة الزوجية بالرضا المتبادل، كما يتفقان على كل التوابع والتي تجسد على الأخص في الآثار والتي يعتبر من أهمها على الإطلاق، الحضانة ونفقتها، ولإثبات التراضي على ذلك ألزم المشرع الجزائري الطرفين بالتوقيع على العريضة الموحدة التي تسجل في قلم كتاب الضبط.

يكون للقاضي قبل الفصل في دعوى الطلاق بالتراضي أن يعدل أي شرط يكون فيه تعارضا مع مصالح الأولاد أو مخالفة للنظام العام وفق النص 2/431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

مع الملاحظة إلى أن القاصر لا يكون له الحق في المشاركة في الطلاق بالتراضي وفق المادة 1/432 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثانيا- انحلال الزواج بسلطة القاضي

يخول القانون القاضي التدخل في فك الرابطة الزوجية وحلها من خلال التقدم بطلب الحل الموجه من طرف الزوجة كقاعدة، وهذا ما لا يتحقق على ضوء أحكام انحلال الزواج في القانون الجزائري إلا في صورة التطلاق (أ) أو الخلع (ب).

أ. انحلال الزواج بالتطلاق

التطلاق هو: طلب الطلاق، وهو: "طلب الزوجة فك زواجها من طرف القاضي لسبب مبرر"، ولقد ذكر المشرع الجزائري أسباب التطلاق في المادة 53 من قانون الأسرة، مصرحا ببعض الحالات ومنهيا النص بمعيار تقاس عليه كل الحالات التي تدعي الزوجة فيها ضرر ولا تتسجم مع ما ذكره المشرع صراحة، حتى لا تكون الحالات المذكورة في النص القانوني على سبيل الحصر.

وحالات التطلاق التي يصح للزوجة بناء على توفرها المطالبة بالتطلاق تسع، وهي:

1. عدم الإنفاق، على أن يكون الإنفاق مفصولا به في حكم قضائي لإثبات تعمد الزوج لعدم الإنفاق، ومقرونا بجهل عسره قبل الزواج، فإن لم يصدر لها حكم الإلزام بالإنفاق أو كانت عالمة بفقره قبل الزواج فلا حجة لها في المطالبة بالتطلاق بناء على حالة عدم إنفاقه عليها؛

2. العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، وهي على نوعين: نفسية كالاضطرابات التي تؤدي به إلى جفاء زوجته، وعضوية كأن يكون الزوج عتينا أي لا يقدر على معاشرة النساء، فإن ادعت الزوجة هذا أمهل الزوج سنة كما جاء في المغني لابن قدامة: "وتؤجل سنة من يوم ترافعه ولا نعلم لذلك خلافا"، وإلا حُكم لها بالتطلاق بناء على طلبها؛

3. الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، فإن تحقق هذا بحيث هجر الزوج زوجته أكثر من المدة المحددة وأثبتت نية الإضرار بانتفاء الدافع للهجر، كان من حقها المطالبة بالتطلاق، وهذا أقرب ما يكون من الإيلاء وهو يمين الهجر الذي يساوي أو يزيد عن أربعة أشهر، ولقد اعتبر الفقه بناء على نص الآية: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ۖ فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ (٣٣) وَإِنْ عَزَمُوا طَلَّقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ (٣٤)، أن الإيلاء سبب جدي للتطلاق، وبهذا أفتى المالكية وغيرهم؛

4. الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، وتستمر معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، وهنا يكون الحكم النهائي المدين للزوج لازما لرفع دعوى التطليق، كما يكون المعيار الشخصي ذو محل في تقدير نوع الجريمة التي تمس بشرف الأسرة، ومعيارها هو شخص الزوجة إذ ما قد تجده زوجة ماس بشرف الأسرة لا تجده أخرى كذلك؛

5. الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة، ما يعني أن الغيبة الطويلة والتي يلازمها الإنفاق لا يخول الزوجة المطالبة بالتطليق، ولو كانت بلا عذر، وهذا فيه إضرار بالمرأة وبحقوقها الزوجية، والمفترض أن تكون الغيبة لمدة سنة بدون عذر سببا لوحده كافيا للمطالبة بالتطليق؛

6. مخالفة المادة 8 من قانون الأسرة، بمعنى مخالفة شروط التعدد وعدم الحصول على إذن القاضي بالتعدد، فكل زوج عدد من غير قبول زوجته الأولى والثانية، حُق لإحدهما المطالبة بالتطليق بناء على حالة التدليس وهذا حكم مكرر في المادة 8 مكرر؛

7. ارتكاب فاحشة مبنية، والمعنى أن يقدم الزوج على ما يصطلح على تسميته في قانون العقوبات بالخيانة الزوجية وذلك في نص المادة 339، وهذا بدوره يقتضي الحكم النهائي المدين للزوج حتى يكون للزوجة المطالبة بالتطليق بناء على هذه الفقرة من نص المادة 53 من قانون الأسرة؛

8. الشقاق المستمر بين الزوجين، وهذا تثبته كثرة الدعاوى المعروضة على القضاء، وهنا يكون للقاضي اللجوء للتحكيم بناء على نص المادة 56 من قانون الأسرة، وذلك بغرض تقدير نسبة الضرر وسببه لينفي السبب ويزيل الضرر فإن لم يستطع، استجاب لطلب الزوجة بالتطليق؛

9. مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، والمقصود بالشروط هنا، الشروط المضافة للزواج والتي يشترط فيها أن لا تكون مخالفة لمقصد الزواج وغير مضرّة بأحد الزوجين ولا بالأبناء وأن لا تكون تحل حراما أو تحرم حلالا، أو لا تكون بالخلاصة مخالفة للنظام العام والآداب العامة، ولقد نص المشرع على إباحة هذه الشروط وذكر شرط عدم التعدد كمثال عليها في المادة 19 من قانون الأسرة.

وبعد هذه الحالات كلها، جاء المشرع الجزائري وسدا لكل ثغرة وجبر لكل ضرر مؤدي لا محالة إلى المطالبة بالتطليق لينص في آخر فقرة من المادة 53 من قانون الأسرة على قاعدة

عامة تطبق على كل حالة لم يصرح بها في الفقرات السابقة، أين نص على أن: "كل ضرر معتبر شرعا" يصلح لأن يكون سببا في المطالبة بالتطليق، وهذا الاعتبار الشرعي هو الذي يقدره القاضي بناء على الظروف المحيطة بالدعوى القضائية.

وأخيرا، فإنه من الجائز للقاضي أن يحكم للزوجة بتعويض جبرا للضرر اللاحق بها نتاج التطليق القائم رأسا على مخالفة الزوج لمبادئ المعاشرة بالمعروف، وهذا وفقا لنص المادة 53 مكرر من قانون الأسرة.

ب. انحلال الزواج بالخلع

الخلع في اللغة من النزع، يقال خلع ثوبه بمعنى نزع، أما في الاصطلاح: " طلاق على مال تدفعه الزوجة تقتدي به عصمتها"، ولقد نص المشرع الجزائري على الخلع في المادة 54 من قانون الأسرة مبينا طبيعته وحكم تحديد العوض فيه.

وله في الشرع أصل ودليل مشروع ما رواه البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما: أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام. فقال رسول الله ﷺ: "أتردين عليه حقيقته؟" قالت: نعم. قال: "أقبل الحديقة، وطلقها تطليقة".

بعد تعديل قانون الأسرة أعاد المشرع الجزائري صياغة نص المادة المشار إليه، بحيث ذكر صراحة عدم اشتراط قبول الزوج في إيقاع الخلع في حين لم يكن يذكره قبل التعديل، ومن هنا صار من حق الزوجة في القانون الجزائري الإقدام على مباشرة الخلع دون رضا الزوج، على أن تبقى السلطة التقديرية للقاضي بالنظر في مدى توفر الدافع الشرعي لذلك، كأن تكون قد كرهت منه خلقا أو ديناً، أو أن تخشى أن لا تقيم له حقوقه الزوجية كما هي مقررة شرعا وقانونا.

ورغم هذا، إلا أن ما يثبتته الجانب العملي أن القضاة لا يرفضون في الغالب الخلع ويفصلون به أيا كان دافع الزوجة نحوه، على اعتبار أن أي زوجة أقدمت على الخلع لا يمكنها إلا أن تكون كارهة للاستمرار في الحياة الزوجية مع زوجها المطالبة للاختلاع منه، وبالتالي يحكمون به ويقدرون له بدله، ومن هنا أضحت قضايا الخلع كثيرة إلى حد إثارة القلق الذي دفع بالمشرع إلى

التفكير نحو تعديل المادة بطريقة أخرى تقلل من فداحة الوضع ونسب الخلع التي ترتفع يوما بعد يوم.

ومن هنا، يأتي دور الفقه المختلف في تكييف الخلع على تصنيفين:

الأول- أن الخلع بيد المرأة وتحت سلطة القاضي للنظر فيه؛

الثاني- أن الخلع بيد الزوج تطلبه الزوجة منه، فيقبله أو يرفضه.

وهذا ما يسمح للمشرع أن يعدل عن حذف حكم عدم قبول الزوج المنصوص عليه صراحة بعد التعديل ليعدل عنه وينص على ضرورة قبول الزوج ولو أخضع هذا القبول لرقابة القاضي وسلطته في إيقاع الخلع من عدمه.

وبخصوص العوض أو البذل، فإن المشرع قد نص في الفقرة الثانية من المادة 54 من القانون بأن الطرفين إن لم يتفقا على قيمته، فإنه يكون للقاضي أن يحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل ولكن "وقت صدور الحكم" لا وقت انعقاد الزواج، ولا حتى رفع الدعوى.

وتجدر الملاحظة أن البذل يخضع للاتفاق فقها وكما قد يكون مالا ماديا يمكن أن يكون ما يقدر بالمعنى كتنازلها عن حقها في حضانة الأبناء، والشرط الأساس في هذا ألا يكون حراما أو يجز للحرام.

ثالثا- انحلال الزواج بالوفاة

نص المشرع الجزائري على حالة الوفاة كواقعة مادية يقع بها انحلال الزواج وذلك في المادة 47 من قانون الأسرة، ولم يذكر له حكما خاصا إلا من حيث الآثار، أين ذكر له أجل العدة بالنسبة له وذلك في المادة 59 من قانون الأسرة، وحينما جعله شرطا لصحة الميراث وذلك في المادة 127 من نفس القانون.

غير أن الرجوع إلى نص المادة 59 والمتعلقة بعودة الوفاة يبين أن حكم الوفاة التي يقع بها انحلال الزواج على نوعين:

- حقيقية، وهي التي تثبت بشهادة الطبيب المختص؛

- حكمية، وهي التي تثبت بحكم القاضي، وهذا ما يكون في حالة المفقود.

ومن هنا يلزم للقول بصلاحية الوفاة لأن يكون سببا لإنهاء الزواج وحله، أن يكون الزواج قائما ولو حكما كحالة الطلاق الرجعي الذي يكون الزوج فيه قد طلق زوجته المطلقة الأولى أو الثانية وأن فترة العدة لم تنته بعد، أو الفترة الممتدة ما بين إبرام العقد والدخول بالزوجة، ففي مثل هذه الأحوال تكون الوفاة موقعة لحل الزواج شرعا وقانونا.

المحور الرابع- آثار عقد الزواج

تختلف آثار عقد الزواج بين آثار الانعقاد (أولا) وآثار الانحلال (ثانيا).

أولا- آثار الانعقاد

تعتبر من أهم وأولى آثار انعقاد الزواج النفقة الزوجية (أ) ومن ثم النسب الذي يرتبط رأسا بالأبناء (ب).

أ. النفقة

رغم أن المشرع الجزائري نظم النفقة في المادة 74 إلى 80 ضمن آثار الطلاق، وذلك لأنها ترتبط بحالات الطلاق أيضا ولكنها مرتبطة بالزواج بصفة أولى ولهذا فهي مرتبطة بالانعقاد بداية ثم الانحلال.

والنفقة لغة من النِّفَاد والفناء والافتقار، أما اصطلاحا فاسم لما يصرفه الإنسان على زوجته وأولاده وأقاربه.

وتشمل النفقة في قانوننا وفق المادة 78 من قانون الأسرة كل من "الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة" أي من نفقات التطبيب والتجميل وغيرها.

إذ تجب نفقة الزوجة على زوجها في كل الأصناف المذكورة في نص المادة بمجرد الدخول لها أو دعوتها له للدخول بها ببيينة أو دليل ثابت وهذا ما يكون في حال التقاعس منه للدخول بزوجه وإتمام مراسيم العرس.

لما هو وارد في نص المادة 74 من قانون الأسرة «تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة...». اعتمادا من المشرع لقول جمهور الفقهاء في هذه الجزئية من لزوم النفقة الزوجية.

هذا، وشروط النفقة على إجمالها ثلاثة، وهي:

- أن يكون عقد الزواج صحيحا؛
 - أن تكون الزوجة صالحة للعشرة الزوجية ولتحقيق أهداف الزواج؛
 - التمكين التام من نفسها، بحبسها له وطاعتها إليه، حتى لا تعد ناشزا ولا نفقة للناشر.
- ومن هنا تسقط النفقة على الزوجة كليا أو نسبيا إذا:
- أفقدت الزوج حقه في الاحتباس، كمن يخرج للعمل، إلا أن تشترطه ويقبله الزوج كما قال به الحنابلة، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 19 من قانون الأسرة؛
 - النشوز، وهو عصيان الزوجة الزوج في طاعته والالتحاق به في بيت الزوجية، وهذا ما يثبت بإجراءات صدور حكم بالرجوع ومحضر عدم الامتثال وصدور حكم نهائي بالنشوز؛
- ويبقى أن نشير إلى أن السلطة في تقدير النفقة للقاضي وفق معايير قررها المشرع الجزائري في المادة 79 من قانون الأسرة أين اعتمد حالة الطرفين وظروف المعاش، بحيث ينفق على الغنية وفق غناها ولكن وفق طاقته أيضا كما ينفق على متوسطة الحال نفقة وسطا مع مراعاة حاله أيضا أما الفقيرة فلا يعتد بفقرها للتقدير عليها لأن الزواج مكارمة أصله ولا مشاحاة بين الزوجين، كل ذلك مع مراعاة ظروف المعاش رخسا وغلاء.

ب. النسب

ذكر المشرع الجزائري النسب كوسيلة وحيدة لإثبات الرابطة العائلية بين شخصين بحيث منع التبني وذلك في المادة 46 من قانون الأسرة، وبالمقابل

1. إثبات النسب بالطرق الشرعية

جاء في حديث النبي ﷺ أن: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»، ومن هنا يتأكد أن الزواج منشئ للنسب الصحيح التام، إذ المقصود من الفراش في الحديث الزواج، وهذا ما اتفق عليه الفقه وقرره القانون في المادة 40 من قانون الأسرة.

أردف المشرع الجزائري في النص القانوني المذكور للزواج الصحيح، الإقرار البينة ونكاح الشبهة وكل نكاح تم فسخه بعد الدخول.

ومن هنا، علق المشرع الجزائري النسب على شروط أربعة، هي:

- إمكان التلاقي بين الزوجين اتفاقاً، وهذا ما تنص عليه المادة 41 من القانون والتي جاء في شطرها أنه: «ينسب الولد لأبيه متى أمكن الاتصال...»؛

- أن يكون الزوج ممن يُتصور منه إنجاباً؛

- أن يكون الحمل خلال أقصى وأدنى مدته من آخر لقاء بين الزوجين أو وفاة الزوج، على أن أقصى مدة للحمل عشرة أشهر وأقلها ستة، كما هو منصوص عليه في المادتين 42 من قانون الأسرة؛

- عدم نفي النسب عن طريق اللعان، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في عدة قراراتها.

هذا، ومن الشبه التي ينعقد بها النسب أن يظن الرجل في المرأة صلاحها للزواج، في حين أن الوضع يكون مخالف لذلك، كمن يتزوج من أخت له في الرضاع من غير علم منهما، فإن وقع بهذا الزواج دخولا وحملًا ثبت النسب لشبهة الزواج الصحيح في ذهن كلا الزوجين.

ولقد اتفق الفقه على إسقاط حد الزنا على هذين وإثبات النسب رغم التفريق بينهما بمجرد العلم، وهذا عملاً بحديث أبي هريرة ؓ قال: قال رسول الله ﷺ «ادفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعاً».

ويبقى أن الفرق بين إثبات النسب بالزواج الصحيح والزواج الفاسد ضرورة ادعاء النسب من قبل الزوج في الزواج الفاسد في حين يثبت النسب في الزواج الصحيح دون حالة لادعائه، وهو الفارق الذي أغفله المشرع الجزائري في المواد التي نظم فيها النسب.

على أنه لا يثبت النسب مطلقا إذا ولد الصبي خلال فترة خطبة لأنها ليست عقدا ولا زواجا ولا ترتب أهم أثر من آثار الزواج وهو حل العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة، كما لا يثبت النسب في حال الزنا البين من المرأة متزوجة كانت أم غير متزوجة ولو كانت أثناء فترة عدة، لأن المحكمة العليا عدت كل علاقة أثناء فترة عدة زنا وغير مثبتة للنسب.

أما ابن الملاعنة، فيسقط عنه النسب بعد أن كان ثابتا في حق، وهذا ما لا يكون إلا بممارسة الرجل لحقه في الملاعنة وفق إجراءات شرعية وقانونية خاصة.

كما يثبت النسب بالإقرار وهو: "إخبار الإنسان بحق عليه لآخر" كما عرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة 1572، فهو على نوعين، إقرار على النفس وآخر على الغير:

- فأما الإقرار على النفس وهو أن يتم من الأب خاصة، فمفاده أن يكون العقل والشرع يقبلان ولادة المقر بنسبه للمقر (كالعاقل البالغ)، وأن لا يصرح بأنه ابن زنا، وأن لا يكون المقر بنسبه ذو نسب معلوم، ثم أن يكون المقر، أن يكون المقر مختارا؛

- وأما الإقرار على الغير، ولأنه تحميل نسب على غير المقر، فيضاف له قبول المقر عليه بالنسب متى كان حيا، أو اثنين من ورثته متى كان ميتا.

2. إثبات النسب بالطرق العلمية

نص المشرع الجزائري في المادة 45 من قانون الأسرة على التلقيح الصناعي، وحصر فيها شروطه، والتي لا تعدو أن تبرز في:

- الزواج الشرعي، إذ يتمتع عن كل رجل وامرأة خارج دائرة الزواج مباشرة تلقيحا صناعيا بغرض الإنجاب لما فيه من تجني على خلق الله ﷻ؛

- التلقيح برضا الزوجين، إذ لا يصح إكراه أي من الزوجين على التلقيح الصناعي وكل شبه إكراه تعرض صاحبها إلى الجزاءات المدنية وقد تصل إلى العقوبات الجنائية؛

- حياة الزوجين، فلا يتم التلقيح إلا خلال فترة حياة كلا الزوجين، ولا يُشرع مطلقا إجراء عملية التلقيح داخل أو خارج الرحم إلا أثناء حياة الزوجين؛

- بمنى الزوج وبويضة الزوجة، وهذا ما يشكل الجنين بقدرة الله ﷻ، فلا يجوز شرعا كما يمنع قانونا أي محاولة لإدخال منى غير الزوج أو بويضة غير الزوجة في عملية التلقيح، ومن ذات القليل فإن القانون يمنع استعمال الأم البديلة أو ما يصطلح على تسميته باستئجار الأرحام. وخلاصة، متى قدر الله الخلق بالتلقيح الصناعي اعتبر الجنين منسوبا لصاحب الماء وحكمه في ذلك في النسب حكم من ولد عن عملية طبيعية.

يبقى أن نشير إلى أنه وقياسا على القيافة الشرعية، اعتمد بعض الفقه على التحاليل الطبية الأحماض النووية في إثبات نسب الولد للمولود على اعتبار أن دقة ثبوت النسب بهذه الوسيلة يصل إلى نسب عالية جدا من المنظور العلمي الطبي أين ادعى بعض الخبراء أن نسبة التوثق من هذا في إثبات النسب تصل إلى 99,99%، فيما وصلت نسبة نجاحها في مجال نفي النسب إلى حد القطع أي لنسبة 100%.

غير أن فريقا آخر من الفقه لم يعتبر البصمة الوراثية أو الأحماض النووية قيافة شرعية نظرا لاختلاف موضوعهما والأسس التي تبنى عليها، نظرا لأن القيافة تقوم على ظواهر الخلقة في حين تقوم البصمة الوراثية على خلايا جسمية يصعب الجزم بدقتها المزعومة.

ولو أن العديد من القوانين المقارنة قد اعتمدت عليها في إثبات النسب، إلا أن المجمعات الفقهية تفتي بعدم جواز اللجوء إلى إثبات النسب بالطرق العلمية طالما توجه الأب إلى النفي بالطريق الشرعي، وهو اللعان.

ثانيا - آثار الانحلال

تعتبر آثار انحلال الزواج تلك المرتبطة بانتهائه رأسا ولا ترتبط بحال بانعقاده كما كان الشأن بالنسبة للنفقة، ومن هنا يظهر الميراث (أ) كما تبرز العدة السالف التعرض لها في مجال المحرمات فضلا عن الحضانة وما يرتبط به من زيارة (ب).

أ. الميراث

يؤدي وفاة أحد الزوجين إلى توريث الآخر من ماله المتروك وأبنائه وسائر أقاربه الذين تتوفر فيهم شروط التوريث من استمرار حياتهم بعد وفاة المورث وإسلامهم وعدم إقدامهم على قتله فضلا

عن البقاء على أصل النسب فيما يخص الأبناء بحيث لا يكونوا من المملعين ولا من المرتدين، فضلا عن صفات تتوفر فيهم تسمح بترتيبهم بين مجموع الورثة الباقين.

وأصناف الورثة دائرة بين أصحاب الفروض الذين نص القانون على توريثهم بالنصيب المحدد، وأصحاب العصبة الذين يرثون كل المال في حال الانفراد والباقي في حال وجودهم مع أصحاب الفروض، وذوي الأرحام الأبعد في الاستحقاق والذين يرثون بتخلف كل من ذكر، وتختلفهم هم بدورهم ترث الخزينة المال باعتبارها مالكة لكل ملك شاغر عبر الوطن.

تقسم الأسهم على الورثة بحسب أنصبتهم وتصنيفهم، إلا أن يكونوا من ذوي التصنيفات الخاصة كالحمل الذي يقدر له قدره ويحتاط في توريثه مع غيره، أما الزوجين فلا إشكال في توريثهم إلا في حال الرد عند بقاء باقي من الإرث، إذ لا يرد عليهما بداية إلا أن يتخلف غيرهم من أصناف الورثة.

وتجدر الملاحظة إلى أن الزوجات في حال التعدد يشتركن في نصيبهن في الميراث بالتساوي، متى كانت الزوجية في حقهن قائمة.

ب. الحضانة

الحضانة في اللغة من الضم إلى الحزن، وهي في الاصطلاح القانوني كما ورد ضمن المادة 62 من قانون الأسرة: "رعاية الولد وتعليمه وتربيته على دين أبيه والسهرة على حمايته حفظه صحة وخلقا"، أما مستحق الحضانة فكل ذكر إلى بلوغه عشر (10) سنين كاملة ويكون للقاضي في حقه أن يمددها له إلى ست عشرة (16) سنة، أما البنت فالحضانة ف يحقها إلى بلوغها سن الزواج وهو تسع عشرة (19) سنة.

ولقد ذكر المشرع الجزائري جملة الحاضنين وصرح بترتيبهم في المادة 64 من قانون الأسرة، أين جعلهم كما يلي:

1. الأم؛

2. الأب؛

3. الجدة لأم ثم الجدة لأب؛

4. الخالة؛

5. العمة.

وأخيرا الأقربون، مع اعتبار مصلحة المحضون في كل هؤلاء.

ومن هنا يجب أن تتوفر في الحاضن جملة من الشروط، لخصها المشرع في الفقرة الثانية من المادة المذكورة حينما اشترط الأهلية في الحاضن، وذكرها الفقه بشيء من التفصيل، أين عدها في:

- الإسلام، وإن كان المالكية لم يشترطه، غير أن الجمهور ذهبوا إلى اعتماده لاسيما إن كان المحضون مسلما؛

- البلوغ، إذ لا حضانة للصغير ولو كان مميزا على ما ذهب إليه الجمهور، في حين اشترط المالكية الرشد ولو كان الراشد غير بالغ، وليس المقصود بالرشد بلوغ سن معينة وإنما رجحان الرأي وثبات العقل؛

- الأمانة لاسيما في الدين بحفظ دين المحضون، كما قال به المالكية فيما عبر سائر المذاهب الأخرى بالعدالة؛

- قرار الحاضن في البيت متى كانت امرأة، حتى لا يضيع المحضون في كثرة خروجها، ولأن أهداف الحضانة لا تتحقق غالبا إلا بملازمة المحضون في البيت فصار لزاما على الحضانة أن تلزم مكان ممارسة الحضانة، وإن كان القانون قد قيد هذا الشرط الفقهي حين نص في المادة 2/67 من قانون الأسرة على أن: "...لا يمكن لعمل المرأة أن يمثل سببا من أسباب سقوط الحق..." في الحضانة عن الحضانة العاملة؛

- أضاف المشرع الجزائري في نص المادة 66 عدم زواج الحضانة من رجل غير محرم للمحضون، فإن تزوجت بغير محرم سقطت عنها الحضانة وعن كل قريبة لها سكنت معها لنفس السبب.

فإذا أهمل الحاضن بعضا من أهداف الحضانة أو افتقدت فيه أهليته للقيام بها أو تنازل عنها، أو لم يطلبها لمدة تزيد عن سنة، سقطت عنه الحضانة وسارت لمن بعده وفق الترتيب

المنصوص عليه في المادة 64 من القانون، أما إذا أراد الحاضن الاستيطان في دولة أخرى كان الأمر في إسقاطا الحضانة أو تثبيتها للحاضن بيد القاضي إذ هو الذي يقرر ذلك، وإن كان الجانب العملي يثبت أن يُحمل القاضي الحاضن المسافر بالحاضن مسؤولية نقله للمحضون له لممارسة حق الزيارة.

ولأن الفقه قسم أسباب سقوط الحضانة لأسباب اختيارية وأخرى إجبارية لا يكون للحاضن فيها دخلا؛ فإن المشرع الجزائري استقر على اعتماد هذا التقسيم حين نص صراحة في رد الحضانة للحاضن الذي سقطت عنه الحضانة لسبب غير إرادي منه، وذلك متى زال سبب سقوط الحضانة، وهذا تطبيقا لنص المادة 71 من قانون الأسرة.

أهم المراجع المعتمدة:

أ.د/ دليلة فركوس، د/ جمال عياشي، محاضرت في قانون الأسرة (انعقاد الزواج)، الطبعة الأولى، الخلدونية، القبة، الجزائر، 2016.

العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1994.

د/ محمد بشير الشقفة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد، الجزئين الثالث والرابع، دار القلم، دمشق، سوريا، 2007.

د/ مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الوراق، السعودية، 2001.