المحاضرة الثالثة : أركان الزواج -

إن الركن لغة : الجانب القوي في الشيء ويجمع على أركان وأركن
أما اصطلاحا : فيعرف الركن عما كان جزءا من حقيقة الشيء أي
ماهيته أو هو ما يتوقف عليه الشيء وكان جزءا من ماهيته
(علاء الدين بن عابدين - رد المحتار على الدر المختار ج 1 ص 87 -
بلغة السالك - الصاوي - 1/ 101)
أما الشرط فهو الزام الشرع والتزامه وجمعه شروط أما الشرط فهو
العلامة = فهل ينظرون إلا الساعة فقد جاء اشراطها - محمد - 18)
أما اصطلاحا فهو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان خارجا عنه
وليس مؤثرا فيه ، ولا موصلا اليه - " الجرجاني - التعريفات - ص 91) .
يلاحظ أن المشرع الجزائري في القانون 84 - 11 قد جعل الأركان
أربعة وهي الرضا ، والولي والشهود والصداق ، أخذا برأي الفقهاء
ابن الحاجب في كتابه المختصر الفرعي ، وابن شاس في كتابه الجواهر
الثمينة ، لكن جمهور المالكية على خلاف ذلك كما يذكر امام الحطاب
في كتابه مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، واقتصر في تعديل
قانون الاسرة لسنة 2005 على ركن واحد ، وهو الرضا ، ابتناءا
لجمهور المالكية وباقي المذاهب الاخرى ، أما الأركان الاخرى
فقد اعتبرها شروطا .

نصت المادة التاسعة من قانون الاسرة الجزائري على أنه " ينعقد
الزواج بتبادل رضا الزوجين " .
وبناء على ذلك حتى يكون الزواج صحيحا فانه من اللازم أن يعبر
الطرفان عن رضاهما تعبيرا حرا ، والرضا هو اتجاه ارادة
المتعاقد الى احداث أثر شرعي وقانوني ، والرغبة الداخلية
أو النفسية لا يمكن الاطلاع عليها إلا بالمظهر الخارجي ، وأن تكون
هذه الارادة المعبر عنها صادرة عن شخص غير مجنون وغير مكره
ولا بد أن يكون الطرفان راشدين وارادتهما غير مشوبة بعيب
من عيوب الاكراه .

متابع لمقياس انعقاد الزواج - ماستر 01
تخصص: قانون الأسرة

إن سن الرشد في عقد الزواج قد حدده المشرع في المادة السابعة (07) - 1/ بتسعة عشر (19) سنة، تماشيا مع سن الرشد في القانون المدني،
وقد كان قديما يحدد سن الرشد أو البلوغ بالعلامات الطبيعية البيولوجية أو المظهرية، وقد حددها عبد الواحد بن عاشر فيما يلي:
- وكل تكليف بشرط العقل = مع البلوغ بدم أو حمل
- أو ظني أو بإنبات الشعر = أو بثمان عشرة حولا ظهر.
لكن حسنا ما فعل المشرع حينما حدد سنا للزواج لأن العلامات الطبيعية تختلف من شخص إلى آخر، بالإضافة لما أن هذه السن يتوفر فيها أدنى النضج العقلي ومستوى الإدراك، كما أن هذه السن تتوافق مع المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان التي تنص على منع زواج القصر.
لكن المشرع في نفس المادة (07/1) قد رخص للقاضي أن يخفض هذه السن لمناط المصلحة أو الضرورة، دون أن يبين مضمون المصلحة أو المقصود من الضرورة، ويمكن أن نفسر المصلحة بالفتاة اليتيمة التي فقدت والديها ولا يوجد من يرعاها، ويتبين أن هناك شخصا طالبا يريد أن يتزوجها، أو أن قاصرا أخطأ وحملت بحملها.
إن التعبير عن الإرادة يكون بالتعبير الصريح المباشر المألوف والمعروف بين الناس، فقد يكون باللفظ أو الإشارة أو وسائل أخرى كالهاتف أو بواسطة المواقع الإلكترونية، ولم يفرق المشرع في التعبير عن الإرادة بين اللفظ والإشارة طبقا لما نصت المادة 10 من قانون الأسرة في فقرتيها 1 - 2 - ويمكن أن يكون اللفظ باللغة العامية أو اللغات الأجنبية شريطة أن يفيد اللفظ معنى النكاح.

1- شروط الزواج: - نص المشرع الجزائري في المادة التاسعة (9) مكرر على أنه: يجب ان تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية
- اهلية الزواج - الصداق، الولي - الشاهدان - انعدام الموانع الشرعية للزواج.

2- أهلية الزواج: - سبق ان درسنا ان اهلية عند دراسة ركن الرضا، فقد حدد المشرع سن أهلية بـ 19 سنة، لان المشرع رأى بأن الرضا لا يكتمل او يتقيد إلا اذا كان المريد للزواج بالغا هذه السن، ولم يحدد سن الرشد بحدد عن طريق العلامات الطبيعية كالحمل والحقل والدم والمني، كما ان علماء المالكية حددوا سن الزواج اذا لم تظهر هذه العلامات بـ 18 سنة أما غيرهم من المذاهب الاخرى فقد اختلفوا في تحديدها فالبعض حددها بـ 17 سنة والبعض الاخر بـ 18 سنة، وحددها اخرون بـ 9 سنوات.
وحسنا ما فعل المشرع في تحديد هذه السن، لانه يفترض في هذه السن ان الشخص قد بلغ حدا من الادراك العقلي وتتوفر على نضيج من التعقل والتدبير وتحمل المسؤولية.
قد أورد المشرع الجزائري استثناء على هذه السن، إذ يمكن للقاضي ان يرخص بتخفيض هذه السن لضرورة او مصلحة دون ان يوضح ما المقصود بهاتين الضرورتين، وحتى وان بادر القاضي ورخص بذلك، فانه يعتمد في هذا الترخيص على معطيات مدنية وطبية واجتماعية، حتى لا تتضرر القاصر من هذا الزواج.

3- الصداق: تعريف الصداق: هو اسم للمال الذي يجب للمرأة على الرجل بعقد النكاح، فهو حق خالص للمرأة تستحقه مقابل قبولها عقد النكاح وتسليمها نفسها للرجل والانتقال إلى بيت الزوجية، ويغلب عليه طابع الكرامة على المكايسة والمعاوضة، قال تعالى: "وآتوا النساء صدقاتهن نحلة - النساء الآية 04 - والنحلة هي

ما يقدم عن طيب خاطر، والصداق أو المهر حق للمرأة يجب على الزوج دفعه عاجلا أو يثبت عليه في ذمته كدين من الديون أو هو حق خالص للمرأة.

وقد اختلف الفقهاء في تكييف الصداق، فقال بعضهم بأنه ركن وقال البعض بأنه شرط صحة، واعتبره البعض الآخر بأنه أثر من آثار الزواج، فهو حق مالي للزوجة مثل حق النفقة.

شروط الصداق: ان يكون ظاهرا حلالا غير مخالف للنظام العام
أن يكون مالا ينتفع به.
ان يكون مقدورا على تسليمه
ان يكون معلوما، معلوم القدر والصفة

وقد نص المشرع الجزائري على الصداق في المادة 14 من قانون الأسرة وعرفه على أنه " الصداق هو ما يدفع كملك للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا، وهو ملك لها تتصرف كما تشاء ".
فيستفاد من هذه المادة ما يلي:
- إن كل ما يدفع إلى المرأة من مال يسمى صداقا
- ان الصداق قد يكون نقودا أو غيرها من الاموال المتقومة
- ان يكون مباحا شرعا وقانونا
- ثبوت ملكية المرأة للمال وحرية التصرف فيه.

كل ما ذكر مع الصداق من ذهب أو متاع أو لباس يعتبر من مسمى الصداق
ويجب ان يحدد الصداق في العقد سواء أكان مؤجلا أو معجلا (المادة 15 اسرة)
وهذا رعاية لحقوق المرأة المالية ومعالجتها دفعا لأسباب الخلاف
اذا لم يحدد الصداق في العقد فستحق المرأة صداق المثل.
ويلاحظ ان المشرع كان ينص على تحديد الصداق في العقد في القانون 1984 أما مع التعديل لسنة 2005 فلم يشترط تحديد الصداق في العقد وليثبت لها صداق المثل بالدخول، واذا وقع طلاق قبل الدخول ولم يسم لها مهر فلا تستحق شيئا.

- التأجيل والتعجيل في الصداق:

إذا سمي الصداق فينبغي لطرفي العقد الاتفاق على حقة التسليم أو تحديد أجل التسليم للمرأة ولا يترك الأجل مبهما، ويجوز جعل بعضه معجلا وبعضه مؤجلا. ويكون التعجيل بالتسليم في العقد أو بعده إلى ما قبل الدخول، والتأجيل إلى ما بعد الدخول، ويكون المؤجل دينا في ذمة الزوج لها أن تطالبه به بحلول الأجل، كما يجوز التأجيل إلى إيسار الزوج إذا كان مليا لكن ينتظر الحصول على مال من غيره على وجه التبرع أو الوقف أو الارث أو غير ذلك.

- تحديد أقل وأكثر قيمة الصداق:

اتفق الفقهاء على عدم تحديد أكثر قيمة للصداق وأنه يصح بكل ما تراضى عليه الطرفان مهما كان كثيرا لقوله تعالى "وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا" - النساء - الآية 20.

وقد استحب الفقهاء التيسير في الصداق وعدم المغالاة فيه مغالاة تفضي إلى تعسر الزواج على كثير من الشباب ذكورا وإناثا. فعن عقبة بن عامر (رض) قال رسول الله صلعم "خير الصداق أيسره" رواه ابو داود وصححه الحاكم

واخرج الحاكم عن ابي العجفاء السلمي قال: خطبنا عمر بن الخطاب (رض) فقال: ألا لا تغالوا صداق النساء؛ فإنها لو كانت مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله كان أولاكم بها وأحقكم بها محمد صلعم، ما أحدق المرأة من نسائه أكثر من اثنتي عشرة (12) أوقية تغارن بصداق امرأته حتى يكون لها عداوة في نفسه ويقول: قد كانت لك عرق القربة.

ثم اختلف الفقهاء في تحديد أقل الصداق أو عدم تحديده، أي هل للصداق حد أدنى لا يصح إذا نزل عنه أم لا يحدد الأقل مثل الأكثر.

- ذهب جمهور المالكية والحنفية إلى تحديد أقل الصداق

تابع لمقياس: العقود الزواج - الماستر 1 - تخصص: قانون الاسرة

محدده الحنفيه بعشرة دراهم بينما حدده المالكيه بربع دينار ذهبي أو ثلاثة دراهم فضه أو ما يساويها من عروض

- أما الشافعيه والحنابله فذهبوا الى عدم التحديد، وكذلك الإمام اسحاق وابو ثور وفقهاء المدينة من التابعين، فقالوا ليس لأقله حدّ. وكل ما يجوز ان يكون ثمنا لشيء جاز ان يكون صداقا وهو قول ابن وهب من المالكيه إذ جوزه ولو بدرهم.

- تحديد الصداق في قانون الاسرة الجزائري:

لم يجعل المشرع الجزائري حدا معينا ينتهي اليه أقل الصداق ولا اكثره بل ترك ذلك لتراضي الطرفين.

لكن ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه عند تعريفه للصداق ذكر "النقود" اوكل ما يباح شرعا، وهو هنا وان لم يحدد أقل الصداق أي اكثر إلا أنه لا بد ان يكون الصداق ذات قيمة وان يكون شيئا نافعا أو مما لا يعد مالا متقوما.

- استحقاق الصداق:

اذا دخل الزوج بزوجته استحقت كامل الصداق، وكذلك تستحقه كاملا عند وفاة الزوج، وتنزل الخلوة الصحيحة ~~هو~~ منزلة الدخول أما اذا طلقها قبل الدخول فتستحق نصف الصداق.

موت الزوج قبل الدخول في نكاح التفويض

اذا مات الزوج بعد العقد وقبل الدخول بالمرأة ولم يُسم لها صداق، فهل تستحق مهر المثل أم لا صداق لها أصلا؟ خلاف بين العلماء:

- قال مالك: لا صداق لها ولها الميراث والعدة
- قال الاحناف: لها مهر المثل والميراث وهو قول أحمد والظاهرية وقول الشافعية.

ولا يترتب للزوجة صداق في النكاح الباطل المادة 34 اسرة.

أما اذا اختل شرط وتم الدخول فلها مهر المثل المادة 33 1/1 اسرة

التنازع في الصداق: يجدر في هذه الحال تطبيق المادة 17 من قانون الاسرة.

- شرط الولي في عقد الزواج :-

الولي في اللغة من الوَلْي : القرب وَلِيَهُ وَلْيًا أي دنا منه
واوليته اياه : أدنيته منه وولي الأمر اذا قام به .
والولي : فعيل بمعنى فاعل من وَلِيَهُ اذا قام به وولي اليتيم
أو المرأة اي القائم به والمتصرف في شؤونه ، وهو القاهر والمعين .
أما اصطلاحا : فهو "تنفيذ القول على الغير شاء أم ابى"
" التعريفات للجرجاني - ص 329 - أيسر الفقه للقوني - ص 148)
وكل من ولي أمر أخر فهو وَلِيُّهُ ، أو هو " السلطة التي يتمتع
بها الشخص في الزام الغير بتنفيذ القول عليه شاء ذلك أم ابى "
" نزيه حماد - نظرية الولاية - ص 108 "
إن الولاية إما ان تكون قاصرة ، وهي ولاية الشخص على نفسه ومال
أو متعدية وهي ولاية الشخص على غيره ولا تثبت إلا لمن يملك
الولاية على نفسه

حكم الولي في عقد النكاح عند الفقهاء :

اختلف الفقهاء في حكم اشتراط الولي في عقد النكاح ، ومعنى أخر هل
يصح ان تخلو عقد النكاح من الولي ام لا ؟ وهل يصح للمرأة أن
تتولى زواجها بنفسها أو غيرها ؟ إلى عدة اقوال منها :-

القول الاول : ذهب جمهور الفقهاء إلى اشتراط ان يتولى عقد المرأة وليها
وقال إن العقد الذي لم يحضره الولي أو تولته المرأة على نفسها أو على
غير يُعَدُّ باطلا ، وهذا رأي جمهور المالكية والشافعية والحنابلة .
وقد استدلوا بما يلي :-
- من القرآن قوله تعالى " وَلَا تُنكِحُوا المشركين حتى يُؤمنوا - البقرة الآية 221
وقوله تعالى " فلا تَعْضُلُوهُنَّ ان يَنكِحْنَ ازواجهن - 232 البقرة -
وقوله تعالى " وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم . سورة النور الآية 32
وقوله تعالى " ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت
ايمانكم من فتياتكم المؤمنات والله اعلم بإيمانكم ، بعضكم من بعض ، فانكحوهن
باذن اهلهن واتوهن اجورهن بالمعروف محصنات غير مسافحات ولا متخذات
أخدان .... سورة النساء الآية 25 .

وهذا ما قال به الامام الشافعي حيث قال هذه الايات بينة وفيه دلالة على أن ليس للمرأة الحرة ان تنكح نفسها، وفيها دلالة على ان النكاح يتم برضا الولي مع الزوج والزوجة.

وقال ابو بكر بن العربي المالكي في كتابه احكام القرآن بأن هذه الايات دليل قاطع على ان ~~الاصوه~~ المرأة لا حق لها في مباشرة النكاح، وهو العضل.

وقد رد على هذا الرأي بأن هذه الايات هي مجملة، وهل الخطاب القرآني موجه للاولياء خاصة ام موجه لعامة المسلمين.

من السنة: عن ابي بُرْدَة بن ابي موسى الاشعري عن ابيه (رض) قال: قال رسول الله صلعم "لا نكاح إلا بولي" حديث رواه ابو داود والترمذي وابن ماجه، واحمد، وقد صحح الحديث ابن المديني والترمذي وابن حبان ولكنه أعله بالارسال، إذ رواه شعبة وسفيان عن ابي اسحاق عن ابي بُرْدَة مرسلا، ورواه اسرائيل عن ابي اسحاق عن بردة عن ابيه مسندا، وقد رجحت رواية إسناد من اسرائيل البتة الرواة (فتح الباري لابن حجر ج 9، 182) "لا نكاح إلا بولي وشاهد عدل" رواه ابو داود والترمذي وابن ماجه واحمد.

- عن عائشة قالت: قال رسول الله صلعم "أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل" رواه ابو داود وابن ماجه، وصححه ابو عوانة وابن حبان والحاكم في المستدرك، وقد انكر الزهري الحديث. لانه روي عن طريق سليمان بن موسى عن الزهري

- عن ابي هريرة (رض) قال: قال رسول الله صلعم "لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها" رواه ابن ماجه.

وقد قيل: إن هذا الحديث صحيح، واعتبار لقول ابن عليّة عن ابن جريج أنه قال: سألت عنه الزهري فلم يعرفه، وعلى العموم فإن المراسيل لهذا الولي ومن لم [illegible]

- القول الثاني: وقد قال بهذا القول الحنفية واستدلوا بـ: من القرآن: - وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن - البقرة 232.

قال أبو بكر الجصاص: - قد دلت هذه الآية من وجوه على جواز النكاح إذا عقدت على نفسها بغير ولي ولا إذن وليها، لأن الآية أضافت العقد إليها من غير شرط آخر إذن الولي. وكذلك نهي الآية عن العضل إذا تراضى الطرفان. ونهي الولي عن العضل دليل على عدم حقه في الولاية.

وقال تعالى: " فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره " البقرة 230.

وقال الرسول صلعم: " الأيم أحق بنفسها من وليها " رواه مسلم وأبو داود والترمذي

- القول الثالث: قول أبي ثور ومحتواه: الولي واحد مجتهدي الشافعية في عقد الزواج من رضا المرأة وليها ما لم وليس أحدهما أن يستبد بالزواج دون الآخر

القول الرابع: قول داود بن علي الظاهري: إذ فرق بين البكر والثيب فقال باشتراط الولي في البكر وعدم اشتراطه في الثيب.

القول الخامس: يستخرج هذا القول من رواية عبد الرحمن ابن القاسم المالكي وهو أن اشتراط الولاية ستة وليس فرضا، ويجوز للمرأة الشريفة استخلاف رجل في عقد زواجها

وقد أخذ المشرع الجزائري ولاية إجبار وترك الحرية للمرأة، ولم يجعل ترتيب الأولياء في المادة 11 أسرة واجبا بل مستحبا أخذا بقول الباجي خلافا لقول عدم التخيير ولم يجعل الولي إجباريا إلا بالنسبة للقصر. ويلاحظ أن المشرع لم يذكر شروط الولي، ومن الناحية العملية فإن غالب الحالة المدنية لا يشترطان شرط في الولي.

- شرط الشاهدين: - يجب اشهاد عدلين اثنين على النكاح مطلقا عند العقد أو الدخول عند المالكية، ولا يجوز الدخول بالمرأة بدون اشهاد ويستحب الإشهاد على العقد.

لذلك كان الإشهاد شرط صحة عقد النكاح.
هل الإشهاد قد للإثبات أم ان له حكما شرعيا؟ فمن قال
أنه للإثبات جعله شرطا، ومنهم من يطلبه اجلا، ومن رتبه
عليه حكما شرعيا جعله فرضا. ويشترط في الشاهدين:
الذكورة والعدد
قال بعض الفقهاء لا يشترط الإشهاد اذا ما تم الإعلان.

الشرط: انعدام الموانع الشرعية:

ان الموانع الشرعية نوعان - موانع مؤبدة وموانع مؤقتة

1- الموانع المؤبدة: هناك ثلاث من الموانع الشرعية.
بسبب القرابة - الأم - البنت، الأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ
وبنات الأخت
2- بسبب المصاهرة: أصول الزوجة بمجرد العقد عليها
فروعها إذا حصل الدخول بها
بسبب الأبوة: ازواج الأصول مطلقات اصول الزوج وان علوا
بسبب البنوة: ازواج الأصول مطلقات فروع الزوج وان نزلوا
بسبب الرضاع: الأم - البنت - الأخت

2- الموانع المؤقتة: المدة 30 سنة - المحصنة - المعتدة من طلاق او وفاة
المطلقة ثلاثا - الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها
زواج المسلمة بغير المسلم
وقد ذكرت هذه الموانع إرساء للشفقة والدفاع والحفاظ على صلة الرحم

الفحص الطبي: لقد نصت المادة 07 مكرر من قانون الأسرة على الزام طالبي
الزواج ان يقدما شهادة طبية تثبت خلو الطرفين من اي
مرض معد أو وراثي أو مزمن حتى يكون الطرفان على بينة من امرهما
وقد صدر مرسوم تنفيذي رقم بين كيفية تحرير هذه الشهادة
وتقديمها في ملف الزواج امام ضابط الحالة المدنية أو الموثق

تابع لمقياس: انعقاد الزواج، ماستر 1 تخصص قانون اسرة

المحاضرة الرابعة: عقد الزواج واثباته واشتراط الشروط.

لا بد من بيان الجهات المخولة قانونا بعقد الزواج، واظهار وسيلة اثباته، وقد يتضمن الزواج شروطا إما موافقة لعقد أو مخالفة لمقتضاه ومضمونه، وهذا ما سنوضحه في النقاط التالية:

1- انعقاد عقد الزواج:

نص المشرع الجزائري في المادة 18 من قانون الاسرة على ان هناك جهتين مخولتين للقيام بعقد الزواج واضفاء الرسمية عليه وهما: - البلدية (ضابط الحالة المدنية) والموثق خلافا لبعض الدول كذا التي جعلت جهات إدارية وهيئة متعددة لعقد الزواج، فإذا تم خارج هاتين الجهتين فلا يعد عقدا رسميا يمكن الاحتجاج به على قيام العلاقة الزوجية.

وعلى ان نشير هنا إلى أن البلدية لا بد من تعيين موظفا من موظفيها يتكفل لهذه العملية "موظف مؤهل قانونا".

ويجب على هذا الموظف المؤهل أو الموثق ان يتأكد من توافر ركن الرضا المنصوص عليه في المادة 09 اسرة، ويتأكد ايضا من الشروط المنصوص عليها في المادة 09 مكرر. فإذا ما خالف ذلك يمكن أن يتعرض إلى عقوبة تأديبية بالإضافة إلى عقوبة جزائية.

2- اثبات عقد الزواج: طبقا للمادة 22 من قانون اسرة، فإن عقد الزواج لا يمكن اثباته إلا بمستخرج "شهادة زواج أو عقد زواج" من سجل الحالة المدنية، فإذا انعدمت هذه الوثيقة عد الزواج غير مسجل ومن ثم لا يمكن الاحتجاج به على قيام العلاقة الزوجية.

فإذا لم يكن عقد الزواج مسجلا أو غير موثق، فإنه لا يثبت إلا بحكم من قسم شؤون اسرة بالمحكمة، بعد ان يقدم صاحب الصفة عريضة افتتاحية لدى المحكمة ملتمسا تثبيت الزواج، وللقاضي السلطة التقديرية في اثباته أو عدم اثباته.

3- شروط الزواج: يجوز للطرفين - الزوج والزوجة - أن يشترطا ما يشاءان من الشروط، لتحقيق منفعة لنفسه أو لإسقاط منافع غير وليرض الطرف الآخر بهذا الشرط ويقبل به عن طيب خاطر فإن هذا العقد يسمى العقد المقترن بشرط، فهل يكون هذا الشرط ملزما للطرف الآخر؟ وهناك النوع من الشروط.

1- الشروط المناقضة لمقصود العقد: كان يتزوج الزوج زوجته ويشترط في العقد ألا يقسم لها في المبيت مع زوجته أخرى أو ألا يورث لها أو ينفقها عليها أو على أبيها أو يؤثرها على غيرها، فإذا تضمن عقد الزواج مثل هذه الشروط فإنه يبطل طبقا لنص المادة 32 قانون أسرة لأنه مناقض لمقصود العقد.

2- الشروط غير المناقضة للعقد: يجوز للزوجين أن يشترط في عقد الزواج الشروط التي يرياها ضرورية كشرط عدم التزوج عليها أو ألا يخرجها من مدينتها أو من حي ما أو يسكنها مسكنا مستقلا عن أهل وبلوا صفات معينة أو أن يستمر لها مسكنا ويكتب العقد باسمها لتصبح مالكة للسكن أو ألا تنقطع عن عملها إذا كانت عاملة أو موظفة أو تقاسمه مرتبها!
إن هذه الشروط جائزة ويكون عقد الزواج صحيحا ويكون الوفاء بها ولا يحكم بإبطاله، ويمكن للزوجين أن يفرغا هذه الشروط في عقد رسمي، وهذا ما نصت عليه المادة 19 أسرة. ويستحب الوفاء بهذه الشروط عند المالكية ولا يلزم الوفاء بها لأن أهل الاشتراط عندهم مكروه لما فيه التحجير والتضييق.

3- الشروط التي يقتضيها العقد: وهي تلك الشروط المتضمنة في العقد سواء ذكرت أو لم تذكر في العقد كحسن العشرة وأداء النفقة وقوامة الرجل ودفع الصداق.
وقد تناقض المشرع في المادتين 32/37 أسرة

المحاضرة الخامسة: النسب

يعتبر النسب أول ثمرة من ثمرات الزواج، فالحمل والولادة من النتائج الطبيعية والشرعية للعلاقة الزوجية التي تربط كلا من الرجل والمرأة برباط الالفة والمودة والرحمة وتزداد هذه الرابطة قوة ومتانة بالولد الذي هو ثمرة الزواج ولهذا الثبوت في النسب تثبت حقوق الطفل على والديه ثبوت النسب منهما وحقوق الوالدين على ابنائهما، لكون النسب رابطة سامية تربط الولد بوالديه.

لا بد أن يكون للولد نسب يُنسب إليه، فينسب لأبيه الحقيقي وهو الحقيقة، لذلك حرم الإسلام ان ينسب الولد لغير أبيه قال تعالى " وما جعل ادعياءكم ابناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم، والله يقول الحق وهو يهدي السبيل - الاحزاب الآية 04 ". وأمر الله تعالى ان يدعى الولد لأبيه " ادعوهم لآبائهم هو اقسط عند الله ... " الاحزاب، الآية 05).

إن حق النسب هو حق لله تعالى لتعلقه بالحالة العامة للمجتمع، فلا يجوز التنازل عنه أو التواطؤ على تغييره، وكذلك هو حق للأب، لان من حق الأب ان ينسب اليه الولد الذي ولد على فراشه، وهو من حق الأم ايضا، لنسب الولد لأمه التي ولدته حيائة له ودفع التهمة بنسبته إلى أبيه.

وهو من حق الطفل لانه بحاجة إلى ان ينسب إلى أبيه

اسباب ثبوت النسب: يتوقف ثبوت النسب للولد من ابيه على الاسباب التالية:

- عقد الزواج الصحيح - عقد الزواج الفاسد، الوطء الخطأ، الاقرار، البينة (المادة 40 قانون اسرة).

تابع لمقياس : انعقاد الزواج - ماستر 1 - تخصص قانون اسرة .

أولا : ثبوت النسب بالعقد الصحيح :

يثبت نسب الولد في الزواج الصحيح بالشروط التالية :

1- إمكانية حمل الزوجة من الزوج ، وهذا يتحقق بأمرين :-

- ان يكون الزوج ممن يتصور منه الاحبال عادة ، بأن يكون بالغا ، فان الزوج صغير لا يتصور منه امكانية الوطء فلا يثبت النسب منه ، وكذلك لو كان مجبوبا بالعقم .

- امكانية تلاقي الزوجين بعد العقد الصحيح ، الولد للفراش .

والمراد بالفراش عند الجمهور هو إمكان الوطء في الزواج الصحيح ولا يشترط عند الجمهور معرفة الدخول المحقق بل يكفي امكانية اللقاء بين الزوجين خلافا للإمامين ابن تيمية وابن القيم الجوزية اللذين اشترطا الدخول المحقق .

إن المراد بامكان الالتقاء عند الجمهور الامكان العادي ، فلو وجد عقد زواج صحيح وأتت المرأة بالولد وكان الالتقاء بينهما ممكنا عادة فان الولد ينسب لأبيه إلا اذا نفاه بالطرق الشرعية .

وذهب الاحناف إلى امكان التلاقي ولو عقلا كان يتزوج جزائري بسورية ، لاسيما مع التطور التكنولوجي في وسائل النقل والاتصال .

2- ألا يولد الولد في أقل من ستة (06) اشهر (اقل مدة الحمل) لابد ان مر على الاقل مدة ستة اشهر منذ تاريخ التلاقي .

ولابد ألا يتجاوز 10 اشهر كأقصى مدة للحمل

وهذا ما نصت عليه المادة 41 اسرة . والمادة 42 اسرة .

ثانيا : ثبوت النسب لعقد الزواج الفاسد

اذا كان العقد باطلا وتم الدخول فان العقد يفسخ ويثبت الزواج حقا لحق الولد . المادة 34 اسرة .

أما اذا كان الزواج فاسدا ، وهو اختل فيه شرط من شروط صحة العقد ، وتم الدخول فان النسب يثبت للولد .

المواد 32 ، 33 / 2

ثالثا: ثبوت الزواج بنكاح الشبهة:

من وطئ امرأة معتقدا أنها زوجته وهي حرام عليه فإن حملت المرأة بسبب هذا الوطء فإن الحمل ينسب اليه ويسمى نكاحه نكاح شبهة.

والشبهة نوعان: شبه عقد، وشبه فعل كان يعقد على امرأة ويدخل بها ثم يظهر له ان محرمة عليه أو ان يجامع رجل امرأة دون عقد ولا يعلم انها حرام عليه كالطلاق البائن بينونة كبرى.

رابعا: - ثبوت النسب بالاقرار:

ويتمثل في اعتراف شخص بنسب شخص ما اليه، وهو نوعان: - اقرار بأصل النسب واقرار بما يتفرع على اصل النسب، ولكل منهما احكامه الخاصة التي تميزه عن غيره:

- الاقرار باصل النسب: - وذلك كالاقرار بالابوة او البنوة أو الامومة المباشرة كما لو قال لرجل بان فلانا ابوه أو ابنه أو اقرت المرأة بانه ابنها أو أقر بانها امه.

- الاقرار بما يتفرع على اصل النسب: - كالعمومة والاخوة وغيرها وهذا الاقرار فيه تحميل النسب على غير المقر، لان من أقر بان فلانا أخوه اقتضى ان يكون المقر له ابنا لوالد المقر أولا فاذا صح الاقرار، صح كون المقر أخا للمقر له.

أما النوع الاول من الاقرار فيثبت به النسب دون حاجة الى ذكر السبب لا من زواج او اتصال بشبهة».

أما الثاني فلابد من تصديق المقر له.

شروط الاقرار:

1 - ان يكون ما يمكن ان يولد له مثله

1 - ان يكون المقر له مجهول النسب

3 - ان يصدق المقر له، ان كان هذا الاخير

4 - الا يصرح المقر بأن ابنه من الزنا

فإن كان يعلم ان الولد من ماء الزنا فلا يلحق بأبيه " الولد للفراش وللعاهر الحجر " كما ذهب إلى ذلك جمهور العلماء
وذهب جماعة من العلماء ان المولود من الزنا إذا لم يكن مولوداً على فراش يدعيه صاحبه وادعاه الزاني يلحق به
وهذا ما ذهب اليه الداودي والحسن واسحاق.
انظر التبصرة للخمي، والاموال لابي جعفر احمد بن نصر الداودي
رضا محمد سالم شحاته واسحاق بن راهويه والحسن البصري
ومذهب عروة بن الزبير وسليمان بن يسار.
وتثبت البنوة بالاقرار نصت عليه المادة 44 اسرة
أما النوع الثاني من الاقرار فيشترط فيه ما يلي :-
- البينة - تصديق المقر عليه إن كان حيًا.
- تصديق الورثة ان كان ميتا (المادة 43 اسرة)

إن هناك تفريقا بين التبني والاقرار بالنسب فالاقرار اعتراف بنسب حقيقي لشخص مجهول كما ان الاقرار ليس سببا منشئا للنسب بل هو وسيلة لاثباته
أما التبني فهو الحاق شخص معلوم النسب إلى رجل غريب عنه مع اعترافه بأنه ليس ابنا له بأي وجه من أوجه اثبات النسب، كما ان التبني كذب صريح وهذا ما نصت عليه المادة 46 اسرة " تمنع التبني شرعا وقانونا.

خامسا: الاثبات بالبينة:

قد تكون البينة بالشهود رجلان او رجل وامرتان
وقد تكون بالشهادة المستفيضة (التسامع) كالوثائق الرسمية المستخرجة من الحالة المدنية.

سادسًا: الوسائل العلمية المعاصرة في اثبات النسب:

قد اعتمد المشرع الوسائل المتاحة في اثبات النسب والوصول إلى معرفة الحقيقة، ولم يُلغ أي وسيلة علمية ما عرفه الناس وخبروه في حياتهم كما هو الحال في القافة عند العرب.
هل يمكن الاعتداد من الابحاث العلمية المعاصرة في معرفة النسب وخاصة ما يعرف بالبصمة الوراثية أو الخريطة الوراثية

- حقيقة البصمة الوراثية: تمكن علماء الهندسة الوراثية من التعرف على محتويات نواة الخلية الحية وتفكيك الصبغيات إلى 46 المكونة لها وتمكنوا إلى الوصول إلى أن هذه الصبغيات تحتوي على الجينات أو المورثات التي تحمل الصفات الوراثية لصاحبها وتتكون كل مورثة في المتوسط من عشرة آلاف زوج من النويدات بترتيب متكرر، مرة تلو الأخرى بين 10 مرة إلى مليون مرة. وما أكدته الأبحاث أنه لا يمكن أن يعطى شخصان في العالم نفس صورة نمط الحمض النووي المعروف اختصارا بـ (ADN) إلا في التوأمين المتطابقين وحيدي الزيجوت، وهو الخلية الأولى التي تكونت من اتحاد الحيوان المنوي الذكري بالبويضة الأنثوية.

لكل شخص من شريط ADN الابن شبه مماثل من شريط ADN في أمه أو في أبيه أي أن نصفها من أمه ونصفها الآخر من أبيه الطبيعي، وعليه تتضح درجة الدقة التي توفرها هذه التقنية في إثبات نسب الابن، تكاد تكون قطعية.

لكن إذا كان الولد ناتجا من ماء الرجل فلا بد أن يكون الماء في زواج صحيح.

- التلقيح الاصطناعي: أجاز المشرع الجزائري هذه التقنية في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة بشروط:

1- أن يكون بين الرجل والمرأة زواج صحيح
2- أن يستعمل التلقيح الصناعي برضا متبادل بين الزوجين.
3- أن يكون هذا العمل أثناء حياتهما.
4- أن يتم التلقيح الاصطناعي بمني الزوج وبويضة المرأة
5- أن يكون التلقيح في رحم الزوجة.
6- يمنع استعمال رحم البديلة في حالة التلقيح الاصطناعي

المحاضرة السادسة: حقوق الزوجين وواجباتهما.

لقد نص المشرع الجزائري في القانون 84/11 المتعلق بقانون الأسرة على ثلاث حقوق للزوجين / حقوق للزوجة وحقوق للزوج وحقوق مشتركة، وما هو حق للزوجة يعد واجبا على الزوج وما هو حق للزوج يعتبر واجبا على الزوجة، كما أنه كان الرضاع واجبا على الزوجة تلزم بإرضاع أولادها إلا ان المشرع اخذ بالمذهب الفقهي الذي لا يرى ان الإرضاع واجب على الزوجة، بالإضافة إلى وجود الرضاعة الاصطناعية التي حلت محل الرضاعة الطبيعية.

لكن يلاحظ أن المشرع نص في المادة 36 أسرة على نوع واحد من الحقوق وسماها الحقوق المشتركة وهي الحقوق:

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

يلاحظ من خلال ما سبق أن المشرع انتهج فلسفة التسوية في الحقوق والواجبات بين الزوجين في جميع الحالات ألغى رئاسة الزوج للأسرة وجعلها مشتركة وركز على عمل المرأة ولم يعد سببا مانعا

- ان المرأة لها ذمة مالية مستقلة عن ذمة الزوج (المادة 37 أسرة - يمكن للزوجين الاتفاق في عقد رسمي على الأموال المشتركة المادة 37 فقرة 2 أسرة