الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
République Algérienne Démocratique et Populaire
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم: القانون الخاص

المرجع:.....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

الأحكام القانونية لعقد الزواج والآثار المترتبة عنه

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة:حقوق التخصص: قانون خاص

من إعداد الطالبة:
خالف شهرزاد بن عوالي علي

تحت إشراف الأستاذ:

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة)بوسحبة جيلالي	رئيسا
الأستاذ(ة) بن عوالي علي	مشرفا مقررا
الأستاذ(ة)زواتين خالد	مناقشا

السنة الجامعية:2020/2019

تاريخ المناقشة: 2020/09/03

قال الله تعالى:

{يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً و اتَّقُواْ اللَّه الَّذي تَسَآءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا }.

سورة النساء الآية01

إهداء

أهدي ثمرة جهدي الى الحضن الدافئ، إلى العيون التي قاطعت النوم

للسهر على راحتي

إلى الإسم الذي يخفي حقيقة نجاحي

إلى أعز ما أملك والدتي العزيزة حفظها الله

إلى أبي حبيبي حفظه الله لي

إلى وحيدي وأغلى ما أملك أخي محمد ياسين

وإلى زوجي المستقبلي الذي ساندني منذ بداية مساري الدراسي

شهرزاد

شكر وعرفان

الحمد لله والشكر لله أولا وأخيرا على نعمة العلم وعلى نعمة التوفيق ونسأل الله تعالى أن يوفقنا في كل علم وعمل مفيد وأن يسهل لنا به طريقا إلى الجنة.

أتقدم بشكري الجزيل إلى من مد لي يد العون لإنجاز هذا العمل المتواضع، إلى أستاذي المشرف الأستاذ بن عوالي علي الذي لم يبخل عليّ بنصائحه و توجيهاته القيمـــة.

قائمة المختصرات

الكلمة	إختصارها
قانون الاسرة الجزائري	ق.أ.ج.
الصفحة	ص.

المقدمة

المقدمة

الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع يصلح بصلاحها ويفسد بفسادها، وقد أولاها الله تبارك وتعالى في كتابه العزيز ورسوله الكريم صلى الله عليه وسلم في عدة أحاديث وجعل لها اهمية كبرى.

وقد حرصت الشريعة الإسلاميةعلى إبراز وإظهار مكانةومتانة النظام الأسري من خلال تحديد العلاقات الأسرية التي تقوم على الزواج كمنطلق لتكوين الأسرة.

كما رسمت معالم وأهداف هذا الزواج و أحاطته بسلسلة من الضمانات للحفاظ على العلاقات الأسرية من التشتيت والضياع، حتى وأنّ القرآن الكريم سمي عقد الزواج بالميثاق الغليظ تعظيما له.

وأما أهداف المرسومة من الزواج فتتجلى قوله تعالى:" وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُون". سورة الروم الآية 20.

ولهذا فقد خاض فيها الفقهاء المسلمين بمختلف مذاهبهم واضعين لعقد الزواج الذي تنشأ به الأسرة أركان وشروط خاصة بها منها ما اتفقوا عليها ومنها ما اختلفوا فيها، وهذا الذي أثر بدوره على مختلف التشريعات العربية باعتبار أن كل تشريع أخذ بمذهب ما، ونجد بعض التشريعات لم تتأثر بل أدمجت بين المذاهب ومن بينها قانون الأسرة الجزائري الذي لم يكتف فقط بالدمج بين المذاهب في المسائل المنصوص عليها فيه وإنما ألزم القاضي في نص المادة 222 منه بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية من دون أن يبين له ما هو المذهب الذي يعود إليه في حالة عدم وجود نص فيه مسألة من المسائل التي ينظمها.

وفي قانون الأسرة الجديد المعدل بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في فبراير 2005 حاول المشرع الجزائري وضع تعريف عقد الزواج في المادة 04 المعدلة من هذا القانون حيث نصت: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون واحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

أي أن الطبيعة القانونية للزواج على أنه عقد ما دام أنه يحتوي على ركن التراضي حيث أنه ليس مثل العقد المدني الذي ينظم التصرفات المالية بل هو عقد من طبيعة خاصة ينظم الأحوال الشخصية.

وأهم ما يقوم به هذا العقد هو المحافظة على الأنساب وكذلك يمنح هذا العقد حقوق وواجبات للزوجين.

وهذا ما دفعنا إلى حصر دراستنا تحت عنوان: الأحكام القانونية لعقد الزواج والآثار المترتبة عنه.

حيث أن غايتنا من هذه الدراسة هي معالجة قانونية لأحكام الزواج ومدى فعاليتها والتعديل الجديد ومن هنا نطرح الإشكال: فيما تتجلى الأحكام القانونية لإبرام عقد الزواج؟ وما هي الآثار القانونية المترتبة عن هذا العقد؟

وللإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا على المنهج التحليلي معتمدين خطة ثنائية متكونة من فصلين في الفصل الأول: الأحكام القانونية لعقد الزواج ضمينه مبحثين المبحث الأول: الأحكام التمهيدية لعقد الزواج والمبحث الثاني أركان وشروط انعقاد عقد الزواج.

أما الفصل الثاني الآثار المترتبة عن عقد الزواج في المبحث الأول الحقوق الزوجية والمبحث الثاني اقرار النسب وثبوته.

الفصل الأول:
الأحكام القانونية لعقد الزواج

المبحث الأول:الأحكام التمهيدية لعقد الزواج

المطلب الأول:الخطبة

الفرع الأول: مفهوم الخطبة وما يترتب عنها

لقد نظم قانون الأسرة والأحكام المتعلقة بالخطبة في المادة 05 منه بحيث اعتبرها وعدا بالزواج يجوز للطرفين العدول عنها باعتبارها فترة تمهيدية تسبق مرحلة الزواج لذلك سيتم دراسة مفهوم الخطبة من خلال بيان تعريفها وما يترتب عنها من شروط وأحكام وذكر طبيعة الخطبة والعدول عنها والآثار المترتبة عن العدول.

أولا:تعريف الخطبة

1 – لغة:هي من الفعل الثلاثي خطبة، وخطب المرأة يخطبها خطابا و الخطبة بكسر الخاء، أي طلبها للزواج قال الله تعالى:"وَ لاَ جُناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء"[1].

2 – اصطلاحا:عرف الفقهاء الخطبة بتعاريف متقاربة نذكر منها ما يلي :

المالكية:عرف المالكية الخطبة بانها التماس التزويج والمحاولة عليه.

الشافعية:عرف الشافعية الخطبة بأنها:التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة.

الحنابلة:عرف الحنابلة الخطبة بأنها:خطبة الرجل المرأة لينكحها.

هذه التعاريف تطابق المعنى اللغوي للخطبة، ويمكننا أن نعرف الخطبة بأنها طلب النكاح من امرأة معينة خالية من الموانع الشرعية[2].

ومفهوم الخطبة في المجتمع الجزائري أنها عبارة عن اتفاق يسبق قراءة الفاتحة و يقع غالبا بين والدي الخطيبين أو أولياؤهم وينتهي بإيجاب وقبول المصاهرة بين العائلتين دون ابرام أي عقد وغالبا ما يكون ذلك في غياب الخطيبين ودون حضورهما مجلس المواعدة بالزواج واتمام مراسيم

1– سورة البقرة،الآية 235.

2– **جميل فخري محمد جانم**، مقدمات عقد الزواج (الخطبة) في الفقه و القانون، دار الحمد للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى سنة 2009، ص. 20.

الخطبة لذلك فالخطبة بهذا المعنى لا يترتب عنها أي حق لأحد الخطيبين اتجاه الأخر ويمكن العدول عنها أي ضرر يمكن أن يلحق أحد الخاطبين بشكل مباشر[1].

3 – تعريف الخطبة قانونا:عرفت قوانين الأحوال الشخصية الخطبة بتعاريف متقاربة، تدور حول معنى واحد وهو أن الخطبة وعد بالزواج وليس زواجا ومن هذه التعاريف:

أ) عرف قانون الأحوال الشخصية السوداني في المادة 7 الخطبة بأنها وعد بالزواج في المستقبل ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة، وتبادل الهدايا والجاري به الغرف معتبر شرعا.

ب) عرف قانون الأحوال الشخصية المغربي في الفصل الثاني الخطبة بأنها:"وعد بالزواج وليست بزواج ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة، وما جرى به العرف والعادة من تبادل الهدايا[2].

ج) وعرف قانون الأحوال الشخصية الجزائري في المادة 5 وقال بأن:"الخطبة وعد بالزواج"[3].

ثانيا:مشروعية الخطبة

الخطبة مشروعة من الكتاب والسنة،فمن القرآن الكريم نجد قوله تعالى:"ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم"[4].

و من السنة النبوية الشريفة نجد ما رواه أحمد و مسلم عن عقبة بن عامر أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال :"المؤمن أخو المؤمن فلا يحل لمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر" أخرجه مسلم في الصحيح.

1– **بوقندورة سليمان،** الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية شرح قانون الأسرة ، الباب الأول ، الزواج و انحلاله ، دار الألمعية للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ،سنة 2015 ص 33، 34.

2–**جميل فخري محمد جانم،** المرجع السابق، ص 21.

3– المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو1987 المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير2005.

4_ الآية 235 من سورة البقرة .

وما رواه البخاري عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه و سلم قال:" لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك" وفي رواية حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب[1].

ثالثا : شروطها

1)أن تكون المخطوبة صالحة للزواج:يشترط في المخطوبة أن تكون ممن تحل شرعا للخاطب ، لأن الخطبة مقدمة للزواج فمن لا يصح زواجها لا تصح خطوبتها، وعليه فانه يشترط لجواز الخطبة أن تكون المرأة خالية من الموانع الشرعية وسائر المحرمات المؤبدة والمؤقتة وأن لا تكون في عصمة رجل آخر، وان لا تكون معتدة من طلاق رجعي أو طلاق بائن ،أما المعتدة من وفاة فانه تباح خطبتها تعريضا فقط ولا تباح بالتصريح لقوله تعالى :"ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء "[2]، والمراد بالنساء في هذه الآية المعتدات من وفاة ،لأن الآية التي قبلها في شأن الذين يتوفون ويتركون أزواجا وقد نفي الله الجناح والاثم في خطبتهن تعريضا ،لأنه بالوفاة قد انقطعت الرابطة الزوجية ، ومراعاة لحال الحزن والحداد التي تكون عليها زوجة المتوفي ، ولعدم ايذاء ورثة المتوفي .

2)أن لا تكون الفتاة مخطوبة للغير: من شروط الخطبة ألا تكون الفتاة مخطوبة للغير خطبة شرعية لأن في خطبتها اعتداء على الخاطب الأول وايذاء له ، زيادة على ما يترتب على حلها من الضغينة بين الخاطبين وايقاع العداوة بينهما ، ولذلك فاذا تقدم الشاب لخطبة فتاة وكان غيره قد سبقه الى خطبتها ، فلا يجوز له ذلك قبل فسخ الخطوبة ، لقوله عليه السلام :" لا يبيع أحدهم على بيع أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب".

[1] _ **طاهري حسين** ،الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، سنة 2009 ، ص 9 ، 10 .

[2] _سورة البقرة، الآية 235.

ففي الحديث نهي ، والنهي للتحريم ، وقيل ان النهي للتهذيب أيضا ولعل السر في تحريم المرأة المخطوبة ، هو ما ينشأ عن هذه الخطبة من الخصام والشقاق ثم إنها اعتداء على حق الغير والله لا يحب المعتدين [1]

رابعا: حكم الخطبة على الخطبة

يلاحظ في حكم الخطبة على الخطبة ثلاث حالات : إما أن توافق مخطوبة الغير على الخطبة ، وإما أن ترفض ، وإما أن تسكت ؛ فإذا وافقت على خطبتها فلا يجوز لخاطب آخر أن يتقدم لخطبتها آخذا بظاهر قول الرسول صلى الله عليه و سلم في النهي عن خطبة الرجل على خطبة أخيه وان رفضت الخطبة صراحة جاز لأي خاطب أن يخطبها لزوال المانع ، أما إذا سكتت ولم يوجد منها صريح القول ولا صريح الرفض ، فقد أباح الشافعية في قول لهم جواز خطبتها لأن السكوت يعتبر رفضا ضمنيا. في حين ذهب المالكية والحنفية الى أنه لا يجوز للخاطب الثاني أن يخطبها ، لأن سكوتها لا يدل على الرفض ، فربما كانت تتحرى عن الخاطب الأول وتقدم الخاطب الثاني قد يمنعها من استمرارها في التحري ، فيكون في تصرفه اعتداء على غيره الذي يتوقع قبول خطبته وقد ذكر ابن القاسم من المالكية أنه انما تحرم خطبة الثاني على الأول اذا كانا متساويين في الصلاح والاستقامة ، أما اذا كان الأول غير صالح والثاني صالحا، أو كان الأول غير أهل في العادة لخطبة الفتاة ، والثاني أهلا لها فلا يمتنع على الثاني أن يخطبها [2].

بالدليل حديث فاطمة بنت قيس حيث جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له أن أبا جهل بن حذيفة ومعاوية ابن أبي سفيان خطباها فقال:أما أبو جهل فرجل لا يرفع عصاه عن النساء وأما معاوية فصعلوك لا مال له ولكن انكحي أسامة .

---

[1] _ **بلحاج العربي** ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الأول الزواج والطلاق ، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية بن عكنون الجزائر ، الطبعة الخامسة ، ص 46 ، 47 .

[2] _اذا أذن الخاطب الأول للثاني ، فهذا جائز بالاجماع ولا يقتصر على من أذن له بل يجوز لغيره أيضا ، لقوله عليه السلام:"لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ،حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب ". رواه البخاري

وأما النظر إلى المرأة عند الخطبة : فأجاز ذلك مالك الى الوجه والكفين فقط وأجاز أبو حنيفة النظر إلى القدمين مع الوجه الكفين[1]والسبب في اختلافهم أنه ورد الأمر بالنظر اليهن مطلقا ، وورد بالمنع مطلقا وورد مقيدا، أعنى بالوجه والكفين على ما قاله كثير من العلماء في قوله تعالى :" ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها "[2]، إنه الوجه والكفان ، وقياسا على جواز كشفهما في الحج عند الأكثر ومن منع تمسك بالأصل وهو تحريم النظر الى النساء .

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للخطبة

تترتب عن الخطبة آثار شرعية وقانونية انطلاقا من مركزها الذي تحتله كمرحلة تمهيدية سابقة عن ابرام عقد الزواج .

أولا : طبيعة الخطبة في الفقه الاسلامي

إن الخطبة عند فقهاء الشريعة الإسلامية ليست عقدا وإنما تمهيدا للتعاقد غير أن الاختلاف الذي يقع بين الفقهاء هو في ما مدى لزوم هذا الوعد .

_الفريق الأول: الخطبة وعد ملزم يجب الوفاء به:

يذهب عدد من فقهاء الشريعة الإسلامية الى اعتبار الخطبة وعد لازم بالزواج وواجب الوفاء به وذلك استنادا إلى ماورد في الشريعة الإسلامية من الالزام بالوفاء بالوعد والحث عليه ومن هؤلاء الفقهاء نجد (ابن حجر السقلاني، ابن القيم، ابن العربي)[3]

وقد استدلّ هؤلاء الفقهاء بما يلي:

قوله تعالى :" واذكر في الكتاب اسماعيل انه كان صادق الوعد و كان رسولا نبيّا "[4] ووجه الاستدلال هنا ان الله أثنى على سيدنا اسماعيل لكونه صادق الوعد .

---

[1] _**ابن رشد** ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، الجزء الثاني ، دار المعرفة للطباعة و النشر بيروت لبنان ، الطبعة السادسة ، ص 03 .

[2] _سورة النور، الآية 31.

[3] _ **الطابة بريكي حجيلة** ، مذكرة التعسف في العدول عن الخطبة لنيل شهادة الماستر في القانون ، اشراف الأستاذ بلعزوز رابح ، تخصص عقود و مسؤولية ، سنة 2013 ، ص 08 .

[4] _سورة مريم، الآية 54.

ومن السنة النبوية :" آية المنافق ثلاث: إذا حدّث كذب وإذا وعد أخلف وإذا اؤتمن خان ".[1]

ومن خلال هذا الحديث فان خلف الوعد هو من ضمن صفات المنافقين و هذا يدل على التحريم وذلك لأن ذكر خلف الوعد في سياق الذّم دليل على التحريم. متفق على صحته أخرجه البخاري و مسلم و النسائي عن قتيبة .[2]

_الفريق الثاني: الخطبة وعد غير ملزم:

تعتبر الخطبة وفقا لأنصار هذا الرأي وعد غير ملزم ، فاذا تمّ الإتفاق بين الرجل والمرأة على الزواج فإن هذا الإتفاق لا يعتبر عقد زواج يتيح لهما أن يختلطا ببعضهما البعض كإختلاط الأزواج، وقد إستدلّوا بما يلي :

الوعد بالعقد غير ملزم عند جمهور الفقهاء وعليه تعتبر الخطبة وعدًا بالزواج غير ملزم كذلك ، في هذا الشأن ومنها ما أورده السيوطي بقوله :" والظاهر أنّ الخطبة ليست بعقد شرعي وإن تخيل كونها عقدا فليس بلازم بل جائز في الجانبين قطعا ".

كما يجمع الفقهاء المعاصرين على أن الخطبة ليست إلاّ تمهيدا بالزواج أو وعدا به ومنهم الشيخ أبو زهرة الذي يرى أن الخطبة ليست عقدا ينشأ بين طرفين اِلتزامات لها قوة الإلزام ولكن أقصى ما تؤديه الخطبة إذا تمت، أن تكون وعدا بالعقد وفقا لمالك في بعض أقواله [3].

ثانيا : الطبيعة القانونية للخطبة :

كما ورد في نص المادة 05 :"الخطبة هي وعد بالزواج هذا وإن وصفت بوعد فهذا لا يعني تطبيق عليها أحكام المادة 71 من القانون المدني والتي تعرضت إلى الإتفاق الذي يعد له كلا من المتعاقدين أو أحدهما ، بإبرام عقد معين في المستقبل ، ويستبعد كذلك في الوعد بالزواج الحكم الوارد في المادة 72 من القانون المدني والذي يطبق على الوعد بالتعاقد ولذا فالخطبة هي وعد

[1] _**محمد ابن اسماعيل البخاري** ، الجامع الصحيح ، تحقيق محمد بن زهير ناصر الناصر ، المجلد الأول ، الجزء الأول ، دار طوق النجاة ، لبنان ، ص 16 .

[2] _ **عبد الله مبروك النجار** ، التعويض عن فسخ الخطبة ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية مصر سنة 2002 ص 21، 22 .

[3] _**الطالبة بريكي حجيلة** ، مذكرة التعسف في العدول عن الخطبة ، مرجع سابق ، ص 09 .

من نوع خاص تخضع لأحكام خاصة من حيث الشروط ومن حيث الآثار وبالتالي لا يمكن الخلط بين الخطبة وعقد الزواج .

وفي ذلك فإن قضاء المحكمة العليا نقض قرار أخلط فيه قضاة الموضوع بين الخطبة والزواج ولم يضبطوا الأسئلة التي تساعد على التفريق بين ما حضره الشهود ، هل هو خطبة على معنى المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري ، أم هو مجلس عقد على معنى المادة 9 من نفس القانون مما عرض قرارهم للقصور في التسبيب و مخالفة المادة 9 من قانون الأسرة مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 1992/03/17 عن غرفة الأحوال الشخصية والميراث ،المجلة القضائية العدد الخاص بإجتهاد نفس الغرفة .

وفي قضاء آخر إعتبرت المحكمة العليا إقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد زواجا صحيحا وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 1992/04/14 عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث ، المجلة القضائية العدد الخاص بإجتهاد نفس الغرفة 2001 [1]

مما عرض قرارهم للقصور في التسبيب ومخالفة المادة 9 من قانون الأسرة مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه .

(الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ،عدد خاص ، 2001 ،الصفحة 30)

الفرع الثالث: العدول عن الخطبة والآثار المترتبة عن العدول

أولا :جواز العدول عن الخطبة

الخطبة كما ذكرنا سابقا هي إتفاق رضائي يتم بإيجاب وقبول يصدر من أهليهما ويتعلق هذا الإتفاقبوعد يعقد الزواج ،فهي ليست عقدا يلتزم به الطرفان بالتزامات لها قوة الإلزام فإن للعقد أركان لا يتحقق بدونها وله شروط لا يصرح بغيرها والزواج يكون صحيحا إذا تمّ ركنه وشروطه فحتى لو تمّ هذا الإتفاق وقُرأت الفاتحة أو ألبست خاتم الخطبة أو قبلت الهدايا أو تمّ التبادل بينهما أو قبضت المخطوبة المهر كله أو بعضه، يمكن للطرفين العدول عن الخطبة بالإرادة المنفردة

[1] _ **الغوثي بن ملحة** ، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثانية ، سنة 2008، ص 26 .

دون الرجوع إلى الطرف الثاني، وهذا ما قضت به صراحة المادة 5 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة "...يجوز للطرفين العدول عن الخطبة " أي أن حقيقة العدول مقررة لكل من الخاطب والمخطوبة دون الرجوع إلى الطرف الثاني وطلب رضائه في ذلك العدول لكونه مباحا شرعا وجائز قانونا.[1]

ثانيا : آثار العدول عن الخطبة

ما دامت الخطبة مجرد وعد بالزواج ،لا يربط الخاطب بمخطوبته رباط الزوجية فيجوز لكل الطرفين أن يعدل عن الخطبة وينقض وعده على أساس اِنعدام فكرة الاِلزامية في الخطبة وهذا ما نصت عليه المادة 5 من قانون الأسرة السالفة الذكر والخطبة في صورتها الاِجتماعية يترتب عليها تواصل بين الطرفين بتقديم الهدايا الثمينة عند اِعلان الخطبة ، وتبادل الهدايا بين الطرفين في المناسبات التي تعارف عليها الناس ، وقد يدفع المهر كله أو بعضه أثناء الخطبة لتكون أكثر مصداقية .

لكن إذا حدث العدول من أحد الطرفين أو منهما معا فماذا يكون مصير كل من الهدايا والمهر؟

فهل يجوز اِسترداد الهدايا المقدمة ؟ وما حكم المهر الذي دفعه الخاطب إلى مخطوبته ؟

و هل يجوز للطرف المتضرر المطالبة بالتعويض عند حدوث العدول ؟[2]

1 –حكم الصداق والهدايا حين العدول عن الخطبة :

إذا فسخت الخطبة من الطرفين ، أو من أحدهما وكان الخاطب قد دفع الصداق كله أو بعضه فله المطالبة بإسترداده ،فإن كان قائما يجب رده بعينه وإن كان هالكا أو مستهلكا يجب رد مثله إن كان مثليا ، وقيمته إن كان قيميا وهذا بإتفاق العلماء ، وذلك لأن وجوب الصداق بالعقد (المادة 14، 15، 16 ق. أ. ج.) كان على أساس المعاوضة أي أن الصداق دفع

[1] _ **محمد محدة** ، سلسلة فقه الأسرة ،الخطبة و الزواج ، دراسة مدعمة بقرارات و أحكام ، الطبعة الثانية ، 1994 ، ص 57 .

[2] _**الطالبتان قوسم فوزية ، واضحي أمينة** ، مذكرة تخرج النظام القانوني للخطبة بين الشريعة و القانون ، إشراف الأستاذ اِسطنبولي محي الدين ، شهادة ليسانس في العلوم القانونية و الإدارية ، دفعة 2006/2005 ، ص 35 .

لغرض معين ، ولم يتم ذلك الغرض وهو الزواج فوجب اِسترداده ،لأن الخطبة مجرد وعد بالزواج كما قدمنا [1].

وفي ملف رقم 219313 ، وفي القرار الصادر بتاريخ 1999/03/16 قضت المحكمة العليا بأنه لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه اِذا كان العدول منه ومتى تبين في قضية الحال أن الطرفين جرت بينهما خطبة زواج ثم وقع العدول عن الخطبة من طرف الخاطب ، فاِن القضاة بقضائهم بتأييد الحكم المستأنف والقاضي برفض اِتمام الزواج واِلزام المدعى عليها بردها إلى المدعي ما قدمه من هدايا وحلي و نقود واِعتبروها صداق دون الرد على دفوع الطاعنة أخطئوا في تطبيق القانون ، وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب .

ومتى كان ذلك اِستوجب نقض القرار المطعون فيه (المجلة القضائية، العدد الخاص باِجتهاد الأحوال الشخصية و المواريث 2001 ص 39)[2]

وأما ما قدمه الخاطب من هدايا، فالفقهاء متفقون في الجملة على ردها، وإن اِختلفوا في التفاصيل؛ ففي المذهب الحنفي تأخذ الهدايا حكم الهبة، وحكم الهبة أن الواهب له حق الرجوع فيها ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع في الهبة.

أما الشافعية يذهبون إلى وجود الرد مطلقا، سواء كانت الهدية باقية أو هالكة بشرط أن تكون الهدية لأجل التزويج.

أما المالكية فصلوا في ذلك على أنه اِذا كان العدول من الخاطب فلا يسترد شيئا مما أهداه إليها ، ولو كان موجودا في يدها ، حتى لا يجتمع عليها ألمان ، ألم الإعراض وألم استرداد الهدايا ، وإذا كان العدول من المخطوبة ، فللخاطب الحق في اِسترداد ما قدمه إليها، فإذا كان ما قدمه إليها من الهدايا قائما اِسترده بعينه ، وإذا كان هالكا أو مستهلكا رجع عليها بمثله أو قيمته ما لم يكن شرط أو عرف فيتّبع لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا [3]

---

[1] _**بلحاج العربي** ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص 53 .

[2] _**الغوثي بن ملحة** ، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ، مرجع سابق ، ص 26 .

[3] _**بوقندورة سليمان** ، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص39 .

ونستخلص مما سبق أنه في باب الخطبة كوعد بالزواج والآثار التي تترتب عن العدول عنها فان قانون الأسرة الجزائري أخذ برأي المالكية من حيث جواز العدول عن الخطبة والآثار المترتبة عنه.

حكم الضرر المترتب على العدول عن الخطبة :

قد يترتب على العدول عن الخطبة ضرر يلحق أحد الطرفين ماديا أو أدبيا، وخاصة إذا إستمرت الخطبة عدة سنوات ؛ كما إذا كلف الخاطب نفسه باعداد مسكن للزوجية المرتقبة ، ثم عدلت المخطوبة عن الخطبة بغير مبرر ، أو قد يطلب الخاطب من مخطوبته ترك دراستها أو الإستقالة من وظيفتها كما قد يفوت عنها خطابا آخرين ، أو يكون في فسخ الخطوبة ما يمس كرامة الطرف الآخر.

لا نجد في كتب الفقه الإسلامي القديم من تعرض لهذا الموضوع وذلك لأسباب متعددة أهمها إختلاف الحياة الإجتماعية والأعراف في عصرهم عن عصرنا الحالي واعتبارهم بأن الزواج لا يتم إلا بالرضا الكامل ، وأن التعويض لا يكون إلا لسبب من أسباب الإلتزام ، كالإخلال بعقد مثلا والخطبة ليست عقدا .

أما في الفقه الإسلامي فتجد في هذه المسألة أربعة آراء :

1) الرأي الأول هو ما ذهب إليه الشيخ محمد بخيت رحمه الله إلى أنه لا تعويض في حال العدول عن الخطبة ، لأن الخطبة ليست بعقد بل وعد بالعقد ولا إلزام في هذا الوعد ومن عدل عن خطوبته إنما يمارس حقا من حقوقه الشرعية .

2) الرأي الثاني ذهب إليه الشيخ محمود شلتوت رحمه الله إلى أن العدول عن الخطبة يستوجب التعويض للطرف الآخر .

3) الرأي الثالث ذهب إليه العلامة الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله وهو أن العدول إذا ترتب عليه ضرر مادي استوجب التعويض أما إذا لم يترتب على العدول ضرر مادي أو ترتب ضرر معنوي فلا تعويض .

4) الرأي الرابع وهو أن ما ذهب إليه أغلب الفقهاء المعاصرين وهو أن التعويض يترتب على العدول عن الخطبة إذا نشأ عن ذلك ضرر مادي أو معنوي .

وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 5 الفقرة 2 بقوله : " إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أومعنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض ". [1]

المطلب الثاني: الفاتحة

ورد عن الفاتحة نص في المادة 6 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بموجب القانون 05_02 بالقول : "إن اِقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا ، غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 من نفس القانون والفاتحة كما هو متعارف عليها في مجتمعنا المسلم هي قراءة سورة الفاتحة بعد أن تكون الخطبة قد تمت وبعد أن يكون الطرفين قد اِتفقا على جميع الشروط وتوفر أركان الزواج، والفاتحة ليست من أركان الزواج وإنما هي من باب التبرك والدعاء .

الفرع الأول: تعريف الفاتحة

الفاتحة عبارة عن مجلس أو اجتماع يحضره عادة ولي الزوجة والزوج، أو وكلاؤهما وجمع من الناس من أقارب الخطيبين وأصدقائهما، ومن أعيان الجماعة، وينتهي بإبرام عقد زواج شفهي لصالح الخطيبين يتم فيه تحديد الصداق، تليه قراءة الفاتحة قراءة متبوعة ببعض الدعوات للزوجين، وبتقديم الصداق كله أو بعضه في نفس المجلس أحيانا وأحيانا أخرى يقدم بعد انفضاض المجلس والفاتحة بهذا المعنى تكون عبارة عن عقد زواج شفهي وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية فيه رضاء المتعاقدين اللذين يمثلهما ولي الزوجة والزوج أو وليه أو وكيله، وحضور الولي والشهود والصداق وتجتمع فيه العلانيةوالإشهار.[2]

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة

[1] _ **بلحاج العربي** ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص 56 .

[2] _**سعد عبد العزيز** ،الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر ، الطبعة الثالثة ، 1996 ، ص 84 .

نص المشرع الجزائري في المادة 6 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري" إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة التاسعة مكرر من هذا القانون".

ما يمكن ملاحظته من هذا النص أن المشرع راعى التقاليد الجزائرية والعادات التي تجعل الفاتحة عقدا شرعيا غير موثق متى توافر على جميع الأركان وتدارك المشرع ما كان سائدا قبل التعديل بأن الخطبة والفاتحة في مركز قانوني واحد.

والفاتحة في العرف الجزائري ما هي إلا عقد زواج شرعي وهذا ما استوحته الإجتهادات القضائية التي نصت على ما يلي: "من المقرر فقها وقضاء بأن الزواج بقراءة الفاتحة وتحديد الصداق وحضور الشهود، هو زواج صحيح".

وفي قرار آخر والمؤرخ في 1990/03/27 نصت على ما يلي: "من المقرر شرعا بأن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان الذي يشهد أصحابها بأنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين".

وجاء كذلك من المحكمة العليا قرار لاحق للأول ينص على أنه" من المقرر قانونا وشرعا بأن الزواج يثبت بالشهود اللذين حضروا العقد أو على الأقل الفاتحة، إذا كانت مشتملة على أركانه أو شهادة السماع، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه يخرق القانون ومخالفة القواعد الشرعية غير مؤسس يستوجب الرفض".[1]

الفرع الثالث: العلاقة بين الخطبة والفاتحة

إن ما يمكن ملاحظته بشأن العلاقة بين الخطبة والفاتحة هو أنه بعد أن أشارت المادة 2/6 من قانون الأسرة إلى أن الخطبة يمكن أن تقترن بالفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة، نصت في الفقرة 2 منها على أن كلا من الخطبة والفاتحة تخضع إلى نفس الأحكام المبينة في المادة 5، ومعنى هذا الكلام أن قانون الأسرة الجزائري قد ساوى بين الخطبة والفاتحة في كل ما

[1] _**الطالب حسين مهداوي** ، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج و آثاره ، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة ،إشراف الأستاذ الدكتور تشوار الجيلالي ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ،سنة 2010/2009 ، ص48،49 .

ينتج بعد العدول عن أية واحدة منهما قبل إبرام عقد الزواج، ولاسيما ما يتعلق بجواز العدول عن الفاتحة وما يتعلق بالتعويض عما يمكن أن يصيب الطرف الآخر من ضرر يمكن أن يترتب عن العدول عن الفاتحة.

وإن كان هناك من القضاة أو غيرهم من يرى أن هناك تناقضا بين عناصر الفاتحة والخطبة أو تعارضا في نتائجها وآثارها باعتبار أن الخطبة تقف آثارها عند التعارف واختيار الطرفين لبعضهما البعض دون أن يتم أي عقد عرفي، ودون أن ينشأ عليها أي التزام شرعي.

وباعتبار أن الفاتحة نوع من العقد الشفهي يتم بإيجاب وقبول وحضور ولي وشهود وتسمية الصداق وينتج عنها التزام شرعي متبادل يشكل عقدا شرعيا تاما وليس من العدل أن يخضعا إلى حكم واحد أو قاعدة قانونية واحدة فإن كانت الفاتحة تختلف عن الخطبة من حيث عناصرها ونتائجها الظاهرة إلا أنها ليست كذلك من وجهة نظر قانون الأسرة على الأقل لأن قانون الأسرة قد حصر دليل إثبات عقد الزواج في وسيلة واحدة وهي نسخة مستخرجة من سجلات الحالة المدنية بعد أن يكون عقد الزواج قد وقع إبرامه بين يدي الموثق، وسجل في سجلات عقود الزواج للحالة المدنية ولم يعترف قانون الأسرة بما دون ذلك من العقود بما فيها العقد العرفي الذي يبرم عن طريق الفاتحة بين يدي جماعة من المسلمين وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية، والدليل على ذلك أن المادة 5 من القانون رقم 224_63 قد منعت كل شخص من أن يدعي أنه زوج ويتجه إلى القضاء ليطالب الحكم له بما يترتب عن الزواج من آثار إذا لم يكن زواجه قد سجل في سجلات الحالة المدنية وقدم نسخة من وثيقة عقد زواجه إلى المحكمة المختصة.

أما الخطبة وأما الفاتحة سواء أكانتا مقترنتين أو متفرقتين، وسواء أكانتا متحدتين من حيث عناصرهما أو مختلفتين فإنهما لا يرتقيان إلى درجة العقد في نظر قانون الأسرة. ومدامتا كذلك فإن العدول أو الرجوع عنهما ممكن أنه إذا ترتب ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين المتخاطبين نتيجة للعدول بعد الفاتحة أو الخطبة وكان الخاطب قد أهدى مخطوبته شيء وكان العدول منه فلا يسترد أي شيء مما أهداه وإن كان العدول من المخطوبة وجب عليها أن ترد

الهدايا التي كانت موجودة عندها وام تستهلكها وهذا هو إذا وجه إخضاع كل من الخطبة والفاتحة إلى أحكام واحدة هي أحكام المادة 5 رغم ما يبدوا من اختلاف بينهما، وأن قانون الأسرة يكون منطقيا مع نفسه ولا وجود إلى أي تعارض أو تناقض في إخضاعه لكل من الخطبة والفاتحة إلى أحكام متماثلة ومتشابهة.[1]

الفرع الرابع: اقتران الخطبة بالفاتحة

لكي يتم العقد الشرعي ولقراءة الفاتحة يستوجب الأمر أن تكون الفاتحة في مجلس العقد وهذا ما أكد عليه ق.أ.ج. حيث نص في المادة 2/6 بالقول: "غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواج". بمعنى أن الفاتحة تلي الخطبة وتلي الإتفاق بين العائلتين وأن تكون العائلتين قد اتفقا على الصداق وأن يكون بمجلس العقد أشخاص آخرون إضافة إلى أهلي الخاطبين وهم بمثابة شهود.

وذهب قضاة المحكمة العليا في قرار رقم 81877 إلى القول: "أن اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد لا يعد خطبة بل هو زواج صحيح لتوفر جميع أركانه بقراءة الفاتحة بعد الخطبة أو إقترانها مع الخطبة في مجلس يعد بمثابة زواج صحيح وينتج كافة آثاره ولا ينقص إلا الدخول وتسجيل العقد الإداري بالحالة المدنية للبلدية"[2].

في ملف رقم 111876 قرار بتاريخ 1995/04/04 قضية (ع.م) ضد (ع.ف) إن إقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافرت شروطه طبقا للمادة 9 مكرر من ق.أ. ومتى تبين في قضية الحال أن الخطبة لم تسبق الفاتحة حتى تعتبر وعدا بالزواج طبقا للمادة 5 من ق.أ. وإنما اقترنت الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد بحضور الشهود والولي وتحديد الصداق وبالتالي فإن اقتران الخطبة بالفاتحة في هذه الحالة يعتبر زواجا صحيحا متى توافرت شروطه طبقا للمادة 9 مكرر من ق.أ. وعليه فإن قضاة الموضوع باعتبارهم الفاتحة مثل الخطبة تعتبر وعدا بالزواج رغم تقديم الطاعنة لشهودها على وقوع الزواج وتوافر شروطه فإنهم بقضائهم كما

[1] _**سعد عبد العزيز** ،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،مرجع سابق ، ص 90 ، 91 .

[2] _**يوسف دلاندة** ، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 10 ، 11 .

فعلوا قد أخطئوا في تطبيق القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه" الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية / عدد خاص 2001 ص 36 .[1]

المبحث الثاني: أركان وشروط عقد الزواج

المطلب الأول: ركن والشروط الموضوعية لعقد الزواج

عقد الزواج كغيره من العقود لابد فيه من أركان وشروط وتفصيل أركان الزواج فيه الفقه على المذاهب الأربعة [2] لأن الملكية عدو أركان النكاح خمسة أحدها ولي المرأة بشروطه فلا ينعقد النكاح عندهم بدون ولي ثانيها الصداق فلا بد من وجوده ولكن لا يشترط ذكره عند العقد، ثالثها زوج رابعها زوجة خاليان من الموانع الشرعية كالإحرام والعدة خامسها الصيغة والمراد بالركن عندهم مالا توجد الماهية الشرعية إلا به فالعقد لا يتصور إلا من عاقدين: وهما الزوج والوالي ومعقود عليه وهما المرأة والصداق وعدم ذكر الصداق لا يضر حيث لا بد من وجوده، والصيغة وهي اللفظ الذي يتحقق به العقد شرعا وبذلك يندفع ما قيل أن الزوجين ذاتان والعقد معنى فلا يصح كونهما ركنين له وما قبل أن الصداق ليس ركنا ولا شرطا لأن العقد يصح بدونه، وما قبل أن الصيغة والوالي شرطان لا ركنان لخروجهما عن ماهية العقد فإن ذلك إنما يرد إذا بماهية العقد الحقيقية التي وضع لها اللفظ لغة: لأنها تكون مقصورة على الإيجاب والقبول والارتباط بينهما، أما إذا أريد من الركن مالا توجد الماهية الشرعية إلا به سواء كان هو عين ماهيتها أولا فلا يراد، أما الشافعية قالو أركان النكاح خمسة زوج وزوجة، ولي، شاهدان، صيغة وقد عد أئمة الشافعية الشاهدين من الشروط لا الأركان وقد عللوا ذلك بأنهما خارجان عن ماهية العقد وهو ظاهر ولكن غيرهما مثلهما كالزوجين كما ترى فيما تقدم.

---

[1] _ **العيش فضيل** ، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا ، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر، الطبعة الثانية ، 2007 ، ص 20 .

[2] _**بوقندورة سليمان**، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية شرح قانون الأسرة، الباب الأول الزواج وانحلاله، دار الألمعية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2015 ص 67.

أما من ناحية قانون الأسرة قبل التعديل حدد الأركان وجعلها أربعة في المادة 9 حيث نصت على أنه: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدان وصداق" وهذا النص جاء تحت عنوان أركان الزواج.

أما في التعديل الجديد فقد تغير الوضع تماما فلم يبقى من تلك الأركان الأربعة سوى ركن واحد وهو الرضا أما بقية الأركان فقد أدرجت ضمن شروط صحة الزواج فجاء في المادة التاسعة المعدلة ما يلي: ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين[1] وسنعرض ركن الرضا في الفرع الأول والشروط الموضوعية في باقي الفروع.

الفرع الأول: ركن التراضي

أولا: تعريف ركن الرضا (الصيغة)

"هي اللفظ الدال على حصول الزواج وتحقق إيجابا وقبولا، والإيجاب هو التعبير الدال على الرضا الصادر ممن هو أهل له، ويسمى الشخص الذي صدر منه الإيجاب موجب، أما القبول هو ما صدر ثانيا من الطرف الذي صدر منه القبول قابلا.

فأول الكلام إيجاب سواء صدر من جانب الزوج أو من جانب الزوجة، ويسمى إيجاب لأنه أوجد الالتزام وسمى الثاني قبولا لأنه رضا بما في الأول إلزام.[2]

ثانيا: شروط الرضا:

1- تمييز المتعاقدين

إذا كان أحدهما صغيرا أو مجنونا فان الزواج لا ينعقد هذا وقد أوردت المادة السابعة من قانون الأسرة شرط اكتمال أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة.

2- اتحاد مجلس الايجاب والقبول

[1]- عدلت بالأمر 05-02 وحررت في ظل القانون 84-11 يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصداق.

[2]- **عبد القادر بن حرز الله**،الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة 01، 2007، ص 51.

فلو فصل بين الإيجاب والقبول بكلام أجنبي أو بما يعدني العرف إعراضا فإن الزواج لا ينعقد وليس بلازم أن يكون القبول فور الإيجاب.

فالمالكية يجيزون التراضي اليسير بينهما فلا بأس بالفصل بين الإيجاب والقبول بما لا يعد في العرف أعراضا كالخطبة أو المشاورة.

3- أن يوافق القبول بالإيجاب

وذلك حتى يتلاقيا على شيء واحد ويتحقق اتفاق الإرادتين فإن تخالف مخالفة جزئية أو كلية لا ينعقد الزواج إلا في حالة إذا كانت المخالفة فيها خير للموجب فإنه ينعقد، كأن يقول: زوجتك ابنتي بخمسمائة فيرد: قبلت بألف وأن الزواج ينعقد لأن القبول اشتمل على ما هو الأصلح.

4- سماع كل من المتعاقدين كلام صاحبه.

والذي يفهم منه أن المقصود هو انشاء عقد الزواج

هذه هي شروط الانعقاد، منها ما يرجع إلى العاقد ومنها من يرجع إلى الصيغة ومنها ما يرجع إلى محل العقد.

حيث أن ما يعود للعاقد شرطان وهي ما ذكرناها: أولهما: أن يكون العاقدين أهلا لمباشرة العقد بأن يكون كامل الأهلية وثانيهما أن يعلم اتحاد المجلس وتوافق الايجاب والقبول.

أماما يشترط في الصيغة أن تكون منجزة غير معلقة على شرط أو أمر سيحدث في المستقبل.

وما يرجع إلى المحل وهو المرأة فيشترط منها شرطان.

أن تكون الأنثى محققة الأنوثة

فلو عقد على غير الأنثى كالخنثى ينعقد العقد لعدم المحلية ويكون باطل.

ان تكون مؤبدة:

أي أن تكون على وجه التأبيد غير مؤقتة بوقت كان لأن عقد الزواج هو عقد الحياة بغرض حل العشرة ودوامها وإقامة الأسرة وتربية الأولاد والقيام على شؤونهم بصفة مؤبدة ودائمة ولهذا حكم الفقهاء على زواج المتعة وزواج التحليل بالبطلان أن الأول يقصد به الاستمتاع الوقتي والثاني يقصد به تحليل الزوجة لزوجها الأول[1]

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من أحكام الصيغة

نصت المادة 10: من قانون الأسرة الجزائري على بعض هذه الأحكام فقد جاء فيها يكون الرضا بإيجاب أحد الطرفين وقبول الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا.

فيشترط لصحة عقد الزواج رضا الطرفين بواسطة ألفاظ تقيد معنى النكاح لغة أو شرعا أو عرفا في مجلس واحد وبحضور شاهدين وتسمية صداق للزوجة، أما إذا تخلف ركن الإيجاب والقبول فإن الزواج يكون باطلا بطلانا مطلق محقق لاختلال أحد أركانه الأساسية ذلك أنه لا يوجد زواج بدون رضا سليم واختيار ملؤه الحزم والحرية.[2]

رابعا: اثر تخلف ركن الرضا

ذكر المشرع الجزائري في نص المادتين 32 و 33 من قانون الأسرة الجزائري أثر تخلف ركن الرضا، حيث نصت المادة 32 من الأمر 05، 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 على أنه يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".

أما المادة 33 من نفس الأمر نصت على أنه "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أوولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول وصداق فيهن ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

والفرق بين الفسخ والبطلان فيما يلي:

---

[1]– **طاهري حسين**، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع الطبعة 1، 2009 ، ص 22، 24–24.

[2]_**عبد القادر بن حرز الله**، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونيةللنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2007، ص53.

إذا كان لكل من الفسخ والبطلان أثر رجعي، فإن الفسخ يختلف عن البطلان من حيث كون الفسخ جزاء لعدم تنفيذ العقد أو التزام من التزاماته، أما البطلان فهو جزاء لعيب في انعقاد العقد.

وما يؤخذ على المشرع الجزائري في المادة 34: "أنه رتب الفسخ كجزاء والأصح هو البطلان لأن الأمر متعلق بالنظام العام والآداب العامة (الزوج بالمحرمات) وفي نفس الإطار يستمر المشرع في الخلط بين مصطلحي الفسخ والبطلان، حيث يعتبر في المادة 32 "عقد الزواج باطل إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد، وبالمقابل يعتبر في المادة 35 الشرط باطل والعقد صحيح إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه.[1]

الفرع الثاني: شرط الأهلية

التعريف اللغوي للأهلية

الأهلية هي مؤنث الأهلي كما جاء في معجم الوسيط والأهلي المنسوب إلى الأهل والأهلية للأمر الصلاحية له.

وقد استعرض الدكتور خلف الجابوري تعريفات الأصوليين والفقهاء للأهلية وقال: "التعريفات تنوعت ألفاظها إلا أنه متفقة في مدلولها الذي مفاده صلاحية الإنسان، أما لما يجب عليه من الحقوق وما يلزمه من الواجبات بعد توفر الشروط اللازمة في المكلف لصحة ثبوت الحقوق والواجبات عليه ومناط الأهلية العقل وفق الخطاب فمن لا عقل له وهو المجنون فإنه فاقد الأهلية[2].

[1]– **العيش فضيل**، قانون الأسرة مدعم باجتهادات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائري، الطبعة2، 2007 ص35

[2]– **عمر سليمان الأشقر**، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى، 1997، ص 109.

المفهوم القانوني :

المقصود بالأهلية انعقاد الزواج وليس أهلية الزواج أي صلاحية كل منهما أن يكون زوجا لأن هذه الصلاحية تكون بالبلوغ، إذا نصت المادة 40 من القانون المدني الجزائري على أن : "(كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد 19 سنة كاملة) فنجد بأن المشرع بتحديده سن الزواج بـ 19 سنة في المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري جعل أهلية عقد الزواج نفس أهليته سن الرشد في القانون المدني، كما أن المشرع بتوحيده سن الزواج بـ 19 سنة بعد ما كان 18 سنة للمرأة و 21 سنة للرجل ضرب ضربا من ضروب المساواة بين الجنسين والتي شهدها التشريع الجزائري لأول مرة من خلال تعديل المادة 07 من قانون الأسرة الجديد.

لكن الإشكال هو في حالةترخيص القاضي بالزواج دون السن القانونية وهو ما ورد في نفس المادة: "...وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج"

إذ نلاحظ في هذه المادة أن المشرع منح للقاضي السلطة التقديرية في أن يرخص بالزواج قبل بلوغ السن متى كان ذلك لمصلحة أو ضرورة حيث لم يحدد السن الأدنى الذي لا يجوز للقاضي النزول عنه، إلا أنه لا يمكن في جميع الأحوال النزول عن سن التمييز والمحدد ب 13 سنة على رأي أحمد شامي.[1]

وبالتالي يمكننا القول بأن المشرع الجزائري راعى مصلحة القصر حين حدد سن انعقاد الزواج بـ 19 سنة بالنسبة للرجل والمرأة لأن زواج الصغار فيه من المفاسد أكثر من المصالح من جانب عدم تحمل المسؤولية ...إلخ إلا في بعض الحالات النادرة.

[1] – **سعادي لعلى**، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، السنة 2014-2015، ص 62، 63.

أثر تخلف شرط الأهلية:

لم ينص المشرع الجزائري على الآثار المترتبة على مخالفة سن أهلية الزواج أو عقد أي زواج قبل بلوغ 19 سنة للرجل والمرأة على عكس ما نص عليه القانون 224-63 الصادر خلال سنة 1963 الذي حدد سن الزواج ب 18 سنة للذكر و16 سنة للأنثى ورتب آثار معنية على مخالفة شروط الأهلية، حيث جاء في:

المادة 02: يعاقب كل من ضابط الأحوال المدنية أو القاضي (المأذون) والزوجان وممثلوهما القانونيين ومن أسهم معهما الذين لم يراعوا السن بالحبس من 15 يوما إلى 03 أشهر وبغرامة مالية من 400 إلى 1000 فرنك جديد أو بإحدى هاتين العقوبتين.

فمقارنة المادة 07 و 02: التي تنص على أنه "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي".

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة نجد أنها عالجت نفس المشكل الوارد في المادة الأولى من قانون رقم 63.[1]

أما أحكام النصوص الباقية، والتي يتعرض لها قانون الأسرة فإنها تعتبر أحكاما قابلة للعمل بها، وذلك بالرجوع إلى المادة 223 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون وبالتالي يمكن بالأحكام المنصوص عليها في النصوص 2 و 3 و 4 من القانون رقم 63، لأنه لا يوجد ما يقابلها من نصوص في قانون الأسرة أو ما يخالفها أو يتعارض معها فهي إذن سارية المفعول وقابلة للتطبيق على رأي عيسى حداد وعبد العزيز سعد.[2]

[1]- المادة 1 من قانون 224-63 الصادر خلال سنة 1963 (ليس للرجل قبل بلوغه 18 سنة كاملة ولا المرأة قبل بلوغها 16 سنة كاملة أن يعقد زواجهما، ومع ذلك فلرئيس المحكمة الكلية أن يمكن بناء على دوافع قوية بعد أخذ رأي مفوض الدولة الإذن بالإعفاء من شرط السن.

[2]- **سعادي لعلي**، مرجع سابق ص 66.

الفرع الثالث: الصداق

نصت المادة 14 من قانون الأسرة على أن: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء"[1].

أولا: مفهوم الصداق

الصداق أو المهر، هو الحق المالي الذي يجب على الرجل لامرأته بالعقد عليها(م.9 وم.15 ق. أ.) أو الدخول بها (م16 و 33 ق.أ.)كرمز للرغبة في الاقتران بها في حياة دائمة وشريفة ملؤها الاطمئنان والسعادة والصداق عدة أسماء وردت في القرآن الكريم منها: النحلة والفرضية، والأجر[2].

والدليل على وجوب الصداق قوله تعالى: "وآتوا النساء صدقاهن نحلة"[3].

دليل مشروعيته:

الصداق هو حق من حقوق الزوجة والحكمة منه واضحة في إكرام المرأة وتمكينها من أن تتهيأ للزواج بما يلزم لها من لباس ونفقات. فهو رمز للتعاطف والمودة، يعبر بواسطته الزوج عن إرادته الجدية في بناء الحياة الزوجية المستقبلية، وعن حسن نيته نحو زوجته والخلاصة لها.[4]

ثانيا: أنواع الصداق

يكون الصداق على نوعين أساسيين:

1- الصداق المسمى:

هو ما اتفق عليه في العقد الصحيح، أو فرض بعده بالتراضي، وهو ما أشارت إليه المادة 9 و 15 ق.أ. ويعتبر من جملة الصداق المسمى في العقد ما جرى عرف الناس عليه من تقديم

---

[1]- النحلة: بمعنى العطية وقال قتادة معنى نحلة فريضة أو واجبة.

[2]- **بلحاج العربي**، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون الجزائر، الطبعة 5، ص 99.

[3]- سورة النساء، الآية 4.

[4]- **بلحاج العربي**، مرجع سابق، ص 100.

الزوج للزوجة البكر قبل الزفاف ثيابا أو نحوها. فإن هذا المعروف بين الناس يكون كالمشروط في العقد ويجب الحاقه بالصداق، والزوجة في المالكية أن تمنع نفسها حتى تقبضه، فإذا سلمت نفسها له ليس لها بعد ذلك إلا المطالبة بالصداق كدين، ولا يترتب الطلاق عن تعذر الوفاء به، وإن اختلف الزوجان في قبض حال الصداق فالقول قول الزوجة قبل الدخول وإذا كان بعد الدخول فالقول للزوج (م 17 ق.أ.)

2- صداق المثل:

وهو صداق من يماثل الزوجة من أسرة أبيها، مع مراعاة تساوي الزوجين وقت لعقد من حيث السن والجمال والثقافة والبكارة أو الثيوبة.[1]

ونص المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 15 من الأمر 05-02 على أنه في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل".

ثالثا: حالات الصداق

الصداق حالتين تعجيل الصداق وتأجيله

يذهب الجمهور إلى أنه لا يشترط تعجيل المهر كله قبل الدخول بل يجوز تأخير بعضه أو كله إلى ما بعد الدخول، بشرط ألا تكون مجهولا جهالة فاحشة. وعنج عدم النص في العقد على التأجيل أو التعجيل فإن العرف الجاري في البلاد هو الذي يتبع، ويسقط الأجل المعين في العقد لاستحقاق المهر بالطلاق أو الوفاة.

في حين يذهب المالكية إلى كراهية تأجيل الصداق، لأن الصداق شرط من شروط الزواج فإن وقع شيء منه مؤخرا، فلا يجوز أن يطول الأجل حتى لا يتذرع الناس إلى الزواج بغير صداق، ويرى المالكية أنه لا يصح تأجيل الصداق إذا كان معينا، ولو اشترط قيضه بعد الدخول والأجل في غير المعين إذا كان مجهولا يفسخ العقد قبل الدخول ويثبت بعد الدخول.

[1]- **بلحاج العربي**، مرجع سابق، ص 103.

وأخذ القانون برأي المالكية حيث نص في مادته 15 "يجب تحديد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا"، كما جاء في المادة 16" تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول،أوبوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول"[1]

رابعا: مؤكدات المهر ومسقطاته

1- مؤكدات المهر:

المقصود من تأكيد المهر بعد وجوبه أن يكون دينا قويا صحيحا لا يسقط إلا بالابراموالآداء ومؤكدات المهر ثلاثة.

الدخول الحقيقي للزوجة: إذا دخل الزوج بزوجته دخولا حقيقيا تأكد وجوب المهر عليه، لأنه يكون قد استوفى حقه فيتقرر حق الزوجة في المهر.

الخلوة الصحيحة: وهي أن يجتمع الزوجان وحدهما

موت أحد الزوجين: إذا مات أحد الزوجين ولو قبل الدخول والخلوة الصحيحة تأكد وجوب الزوج وذلك لأن المهر وجب بنفس العقد، والعقد لا يفسخ بالموت وإنما ينتهي به والشيء بانتهائه تقرر أحكامه التي يمكن تقريرها ومنها المهر.[2]

2- مسقطات المهر:

أ) مسقطات جميع المهر: يسقط جميع المهر إذا حصلت الفرقة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة في الحالات التالية:

أن تقع الفرقة بين الزوجين قبل الدخول والخلوة الصحيحة لسبب من جهة الزوجة، كأن تأبى الدخول في الإسلام، أو أن تفسخ العقد قبل الدخول والخلوة الصحيحة لوجود خيار فسخ العقد بالبلوغ أو الأفاقة أو العتق.

---

[1]- **بلحاج العربي**، مرجع سابق، ص 106.

[2]- **أحمد فراج حسين**، احكام الأسرة في الشريعة الاسلامية، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2004، ص 210.

أن تقع الفرقة بين الزوجين من جهة الزوج لعيب أو علة في الزوجة، فإنه يسقط جميع المهر.

أن تقع الفرقة بين الزوجين لعيب أو علة في الزوج.

أن تقع الفرقة بين الزوجين قبل الدخول والخلوة الصحيحة من جهة الزوجة، بسبب عدم كفاءة الزوج، كأن يزوجها وليها، تم تعلم بالزواج، فتطلب فسخ العقد لعدم كفاءة الزوج.

أن تقع الفرقة بين الزوجين قبيل الدخول والخلوة الصحيحة بسبب خيار البلوغ أو الإعاقة من الجنون.[1]

ب) مسقطات بعض المهر:

تستحق الزوجة نصف المهر في الحالات التالية:

الطلاق قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة

إذا وقعت الفرقة قبل الدخول حقيقة أو حكما من قبل الزوج سواء كان الطلاق أم فسخا ومن ذلك.

أ- الإيلاء: بأن يحلف عدم قربان زوجته أربعة أشهر أو أكثر وتمضي هذه المدة.

ب- اللعان: وهي ايهام الرجل زوجته بالزنا وليس لديه بينة، فيلاعن القاضي بينهما ويعد تفريق القاضي بينهما طلاق.

ج- الردة: وهي الخروج عن الاسلام ويعد فسخا

د- أباء الزوج الذي أسلمت زوجته أن يسلم بعد عرض الاسلام عليه ويعد فسخا.

هـ- فعل الزوج ما يوجبه حرمة المصاهرة كالزنا بأم امرأته أو ابنته.[2]

---

[1]- **جميل فخري محمد حاتم**، مرجع سابق، ص 169.

[2]- **عثمان التكروري**، شرح قانون الأحوال الشخصية مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الطبعة الأولى الإصدار الثاني 2004، ص 121-122.

خامسا: الاختلاف في الصداق

بالرغم من الاختلافات المتعددة في الصداق ومنها الاختلاف الذي يقع في أصل التسمية أو في مقدار المسمى إلا أننا ارتأينا ذكر اختلافين اثنين فقط نظرا لأهميتهم البالغة وخصوصا في الجزائر وهما:

_الاختلاف في قبض المهر:

إذا اختلف الزوجان في قبض معجل الصداق كله أو بعضه ووقع الخلاف بعد الدخول بها وجب على الزوج اثبات ما يدعه فإن أقام بينة على دعواه حكم عليه بما ادعاه وان عجز عن إقامة البينة كان القول قول الزوجة.

_الاختلاف حول صداق السر والعلن:

إذا كان الاختلاف بين الزوجين صريحا على أن الصداق العلن هو صوري اتخذ شهرة والسمعة، فلا عبرة به ويطالب الزوج بصداق السر. أما في حالة النزاع حيث تمسك الزوج بصداق السر، وتمسكت الزوجة بصداق العلن فالقول قول الزوجة ويلزم بدفع الصداق المعلن عليه لأنه الشيء الذي يشهد له الظاهر على قول السرخسي[1].

أثر تخلف الصداق وفقا لقانون الاسرة الجزائري:

تناول المشرع الجزائري أثر تخلف الصداق في المادة 33 فقرة 2 من ق.أ.ج. والتي نصت على : "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل. ومنه فقد حددت هذه المادة على الخصوص حالة تخلف شرط الصداق قبل الدخول بأنه يترتب عليه فسخ عقد الزواج، وبالتالي نستنتج المشرع الجزائري رتب الفسخ على تخلف شرط الصداق قبل الدخول كما أنه فصل في مسألة وهي عدم استحقاق الزوجة للصداق في هذه الحالة.

الفرع الرابع: الولي والشاهدان وانعدام الموانع الشرعية.

[1]– **بلحاج العربي**، مرجع سابق، ص 114.

أولا:الولاية

الولاية هي الشرط الثالث من شروط عقد الزواج وهذا ما نصت عليه المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري. ونظرا لأهمية هذا الشرط وكثرة الأحكام المترتبة عليه فلابد من تعريف الولاية (الولي) وبيان أقسامها وحكما وشروطها.

1- تعريف الولاية وأقسامها:

أ) لغة: الولاية بـ (كسر الواو) هي المحبة والنصرة، ومنه قوله سبحانه: "ومن يتولى الله ورسوله والذين آمنوا، فإن حزب الله مع الغالبون".[1]

ب)في الاصطلاح الشرعي هي: تنفيذا القول على الغير والإشراف على شؤونهم، أو هي القدرة على إنشاء العقد نافذا غير موقوف على إجازة أحد.

ج) التعريف القانوني: نص المشرع في المادة 11 المعدلة من ق. أ: "كعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليا وهو أبوها أو أحد أقاربها..."

ومنه فإن الولي في قانون الأسرة الجزائري هو شرط من شروط العقد الأساسية، وأنه ليس للمرأة أن تزوج نفسها وإنما الذي يزوجها هو وليها بتفويض منها، بمراعاة إذنها ورضاها وهو ما ذهب إليه الفقه المالكي.[2]

ويقسم الفقهاء الولاية في الزواج إلى قسمين هما: ولاية إجبار ولاية اختيار.

أما ولاية الاجبار فهي ولاية الأب أو الجد على الفتاة البكر، والصغير والمجنون وفيها يستبد الولي بإنشاء العقد على المولي عليه ولا يشاركه أحد عدم توفر في المولي عليه شرط العقل والبلوغ في أهلية الزواج.

---

[1]- سورة المائدة، الآية 56.

[2]- **بلحاج العربي**، مرجع سابق، ص118.

وأما ولاية الاختيار، وتسمى ولاية المشاركة، وهي تثبت للولي على المرأة البالغة العاقلة فالخيار لها، غير أنه يستحسن أن تستشير وليها وأن يقوم هو بإجراء عقد زواجها حتى لا توصف المرأة بالخروج عن التقاليد والأعراف.

2- شروط الولي:

يشترط في الولي أربعة شروط بحيث لو فقد منها لم يكن له الحق في الولاية وهي:

-أن يكون حرا، فلا يجوز ولاية العبد مطلق.

-أن يكون بالغا، فلا يجوز ولاية الصبي مميزا كان أو غير مميز.

-أن يكون عاقلا، فلا يجوز ولاية المجنون والمعتوه.

-أن يكون مرافقا للولي عليه في الدين، فلا يجوز ولاية غير المسلم على المسلم فلو أن امرأة لها أخوان أحدهما مسلم والآخر نصراني أو يهودي فالولاية عليها لمن يوافق دينه دينها، فإن كانت مسلمة فالولاية لأخيها المسلم وإن كانت نصرانية فالولاية لأخيها النصراني وهذا.

وجب التحقق من هذه الشروط في الولاية، لأن الذي فقد أحد الشروط الثلاثة الأولى بأنه لا ولاية له على نفسه وإن كان لا يتولى شؤون نفسه فلا يتولى شؤون غيره والذي فقد الشرط الرابع لا يكون له من رعاية مصلحة المولى عليه ما يسوغ له أن يتولى شؤونه.

وليس الصلاح والعدالة شرط في الولي بل تجوز ولاية الفاسق.[1]

3- أحكام الولاية في قانون الأسرة الجزائري

نص المشرع الجزائري في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 على أنه: يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية أهلية الزواج.

الصداق

الولي

[1]- **رمضان علي الشرنباصي**، أحكام الأسرة في الشريعة الاسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص133.

شاهدان

انعدام الموانع الشرعية للزواج.

وحسب ما جاءت به هذه المادة في كون الولي شرط أساسي في عقد الزواج كما انه اكد ذلك في المادة 11 من نفس الأمر بقوله: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره.

وفي هذه المادة المعدلة أسند المشرع الجزائري مباشرة أمر الزواج إلى المرأة الراشدة بخلاف ما كان عليه الأمر في المادة الأصلية لهذا القانون والتي جاءت بالصيغة التالية (يتولى زواج المرأة وليها ...)

كما أن المشرع في هذه المادة قد وسع دائرة الولي بحيث يمكن لأي شخص تختاره المرأة الراشدة أن يكون ولي لها.

وهذا التوسيع جاء مطلق فلم يقيده المشرع في حالة عدم وجود الأب أو الأولياء ذي القربى عموما.

إضافة إلى ذلك فقد نص المشرع الجزائري في المادة 13 من قانون الأسرة أنه: "لا يجوز للولي أيا كان أو غيرهن أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها.

وبالتالي فلا يجوز لأي جزائري أن يجبر ابنته على الزواج بدون رضاها سواء سبق لها الزواج وكانت ثيبا أو لم يسبق لها الزواج ومازالت بكرا وسواء بلغت سن أهلية الزواج بحكم القانون أو أعفيت منه بموجب إذن أو إعفاء من القضاة لسبب من الأسباب أم لا، وإذا أجبر الولي الفتاة على الزواج وأبرم عقد الزواج ببلد أجنبي تقبل قوانينه اجبار البنات على الزواج فإن مثل هذا العقد يكون باطلا ولا قيمة له لدى المصالح الوطنية الإدارية أو غير الإدارية.[1]

ثانيا: الشهادة في عقد الزواج

[1]– **عبد القادر بن حرز الله**، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 69.

1- معنى الشهادة على الزواج

ليس الرضا وحده كافيا في نظر المشرع الجزائري لصحة العقد، بلا لابد من حضور الشاهدين لإخراج الزواج من حدود السرية وإعلانه وإشهاره وذلك لأن عقد الزواج له خطره القانوني والاجتماعي، لما يترتب عليه من مصالح دينية ودنيوية وحقوق والتزامات متبادلة بين الزوجين فكان من الواجب إعلانه للناس وإخراجه من حدود الكتمان حتى لا يلتبس بالزنا ولا تكون علاقة الرجل مع امرأته محل شبهة أو سوء ظن.

ومن هنا شرعت الشهادة لإظهار أهمية عقد الزواج وإثباته في حالة جحود أحد الزوجين للعلاقة الزوجية الصحيحة، وهذا زيادة على فوائد الشهادة في إعلان الزواج وإشهاره ورغم هذا فإن فقهاء القانون المدني يذهبون إلى أن عقد الزواج من العقود الرضائية الشكلية لأن الشهادة أمر زائد على أصل التراضي بين الزوجين، لأن الرضا هو الركن الأساسي في عقد الزواج، ولو أننا نرى بأن عقد الزواج هو عقد شكلي لا رضائي، وإن كان الرضا أساسا فيه عند جمهور الفقهاء، لن الشارع الاسلام ينفي اعتباره، ولا يرتب أحكامه لمجرد تراضي الطرفين عليهن بل لا بد من الشهر والإعلان بالشهادة لإحداث العقد آثاره القانونية والشرعية في مواجهة الغير.

فالرضا هو أساس الزواج في القانون الجزائري (م 9 و10) غير أنه يتم أمام موظف مؤهل قانونا (م18 ق.أ.) ويثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية (م22 ق.أ.) وبحضور شاهدين.[1]

2- شرط الشهود

نص المشرع الجزائري على الاشهاد في الزواج لكنه يحدد الشروط الواجب توافرها في الشهود حتى تصح شهادتهم وهذا ما يجعلنا وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة بالرجوع إلى الشروط التي حددها فقهاء الشريعة الاسلامية وأوجبوا توافرها في الشهود.

[1]- **بلحاج العربي**، مرجع سابق، ص 127، 128.

يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين، أو رجل وامرأتين مسلمين، عاقلين، بالغين، سامعين للإيجاب والقبول وفاهمين المقصود بهما، كما يشترط الفقهاء في الشاهد العدالة، أي أن يكون غير ظاهر للفسق والمجنون لقوله عليه السلام : "نكاح إلا بولي وشاهدي عادل" في حيث يرى المالكية أن العدالة مندوبة في الشهود إن وجد العدول، فإن لم يتيسر، فيكفي أن يكونا مستوري الحال.

هذا، وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الشهادة شرط في صحة عقد الزواج، واشترطوا حضور الشهود وأما المالكية فإنهم يشترطون الإشهاد لصحة الزواج ولكنهم يضيقون الاشهار والعلنية. وهم يقولون أنه مع كون الشهادة لازمة في الزواج، لا يلزم تحققها ساعة إجراء العقد، ويكفي الإعلان، وإنما اللازم هو تحققها حين العقد أو فيما بعده إلى وقت الدخول واستدلوا على ذلك بقوله عليه السلام: "اعلنوا النكاح ولو بالدف"[1]

3- أثر تخلف شرط الإشهاد في قانون الأسرة الجزائري

يترتب على تخلف الاشهاد في عقد الزواج فساد عقد الزواج، فيفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل وهذا ما نصت عليه المادة 33 الفقرة الثانية من الأمر 02-05 والتي نصت على أن: إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

ثالثا:انعدام الموانع الشرعية

يطلق مصطلح الموانع على المحرمات وهو في الاصطلاح القانوني كل ما يتعلق بالمرأة ويحول بينها وبين الرجل في الزواج.

وتنقسم هذه الموانع إلى قسمين: الموانع المؤبدة والموانع المؤقتة.

موانع النكاح المؤبدة حسب المادة 24 من قانون الأسرة الجزائري هي:

القرابة

[1]- **بلحاج العربي**، مرجع سابق، ص 129.

المصاهرة

الرضا

وجاء تفصيل المحرمات في المواد 25-26-27 من نفس القانون (قانون الأسرة)

نصت المادة 25: المحرمات بالقرابة هي:

الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت.

وبالتالي حسب ما جاءت به هذه المادة فإنه يحرم من النساء سبعة أصناف:

أمه وهي كل امرأة لها عليه ولادة وبنته وهي كل من له عليها ولادة فيدخل في ذلك بنته من صلبه وبناتها، وبنات ابنه وان سفلت، أخته سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم عمته سواء كانت أخت أبيه أو جده وما علا سواء كان شقيقة أولأب أو أم، خالته سواء كانت أخت أمه أو جدته ماعلت بنت الأخ، بنت الأخت.[1]

المادة 26: المحرمات بالمصاهرة

المحرمات بالمصاهرة هي

أصول الزوجة بمجرد العقد عليها

فروعها إن حصل الدخول بها.

أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علوا.

أرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا.

أما الصهر يحرم به أربعة نسوة ثلاث بالعقد، دخل بهن أو لم يدخل بهن: زوجة الابن من النسب والرضاعة وإن سفل، وزوجة الأب والجد من النسب والرضاع وإن علا وأم الزوجة من النسب والرضاع وإن علت فمن عقد على امرأة حرمت على كل من له على العاقد ولادة وعلى

[1]- **بوقندورة سلمان**، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية الباب الأول الزواج واخلاله، دار الألمعية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2015 ص 132.

كل من العاقد عليه ولادة بمباشرة أو بواسطة ذكرا كان أو أنثى، سواء كانت الولادة بنسب أورضاع.

ورابعة لا تحرم إلا بالدخول، وهي بنت الزوجة من النسب والرضاع وان سفلت.[1]

حرمة الرضاع:

تبث التحريم بالرضاع بالكتاب والسنة فقال تعاني في آية المحرمات : "وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة".[2] وقوله عليه : "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب" وهو الحديث الذي نقله المشرع الجزائري في المادة 27 قانون أسرة ونلاحظ بأن المشرع الجزائري في المادة 27 ق.أ اقتصر على ذكر محرمات الرضاع من النسب ولم يذكر المصاهرة وهو قوله : "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب" ومن هنا، قصد المشرع عدم التوسع في هذه الحرمة، وهذا يتفق مع رأي الامامين الجليلين ابن تيمية وابن القيم، وهذا استنادا إلى أن حرمة الرضاع لم يرد عليها نص في القرآن الكريم ولا في السنة النبوية، وأن الفقهاء أجمعوا على حرمتها عن طريق الاجماع قياس على حرمة النسب.

وعليه فإنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، ولا تثبت محرمات المصاهرة عن طريق الرضاع.[3]

كما أن القانون يذكر مستثنيات الرضاع في المادة 28 ق.أ. بقولها : "الطفل الرضع وحده دون اخوته ولدا للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها ويسري التحريم عليه وعلى فروعه".

موانع النكاح المؤقتة :

حسب ما نصت به المادة 30 من قانون الأسرة حيث يحرم من النساء مؤقتا المحصنة.

المعتدة من طلاق أو وفاة

المطلقة ثلاثا

---

[1]– **بوقندورة سلمان**، مرجع سابق ، ص 133.

[2]– سورة النساء، الآية 23.

[3]– **بلحاج العربي**، مرجع سابق ، ص 81، 82.

كما يحرم مؤقتا

الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو حالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أومن الرضاع.

زواج المسلمة مع غير المسلم.

ومنه المحرمات المؤقتة حسب ماجاءت به المادة 30 ق.أ. هي:

1- أخت الزوجة إلى تطلق أختها وتنقضي عدتها أو تموت، لقوله تعالى في سياق بيان المحرمات:" ... وأن تجمعوا بين الأختين".[1]

2- عمة الزوجة أو خالتها فلا تنكح حتى تطلق بنت أخيها أو بنت أختها، وتنقضي عدتها لقول أبي هريرة رضي الله عنه: "نهنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تنكح المرأة على عمتها وخالتها" أخرجه النسائي.

3- المحصنة أي المتزوجة حتى تطلق وتنقضي عدتها لقوله تعالى: " والمحصنات من النساء...".[2]

4- المعتدة من طلاق أو وفاة حتى تنقضي عدتها ويحرم خطبتها كذلك، ولا مانع من التعريض، في غير المعتدة من طلاق رجعي كقوله مثلا "أني فيك لراعب".

5- المطلقة ثلاثا حتى تنكح زوجا آخر وتفارقه بطلاق أو موت وتنقضي عدتها، لقولها تعالى: "... فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره"[3]

6- من لا تدين يدين سماوي حيث لا يحل المسلم أن يتزوج امرأة لا تدين بدين سماوي، ولا تؤمن برسول ولا بكتاب إلهي، بأن تكون مشركة، لقوله تعاني : "ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ...." [4]

---

[1]_سورة النساء، الآية 23

[2]_سورة النساء، الآية 24

[3]_سورة البقرة، الآية 230.

[4]- **بلحاج العربي**، مرجع سابق ص 88.

المطلب الثاني: الشروط الشكلية أو الاجرائية

إلى جانب الشروط الموضوعية لإبرام عقد الزواج لابد من توافر الشروط الاجرائية أو الشروط الشكلية وتحت هذا العنوان سنتحدث عن الشهادة الطبية وأثر تخلقها في عقد الزواج في الفرع الأول وتحرير عقد الزواج وتسجيله بسجلات الحالة المدنية كفرع ثاني ونتطرق إلى تثبيت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية والإثبات بحكم فضائي أي الزواج العرفي كفرع ثالثا.

الفرع الأول: الشهادة الطبية

أوجبت المادة 7 مكرر من قانون الأسرة على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية لا تزيد عن ثلاثة أشهر تثبت خلو الطرفين من أي مرض أو عائق يشكل حظرا على الحياة الزوجية كما أو جبت على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من هذه المسألة قبل إبرام عقد الزواج ويجب عليه تبصير الطرفين بكل مرضا أو عامل قد يشكل خطرا على الزواج وليس هذا فحسب بل عليه أن يؤشر على ذلك في عقد الزواج. ومن هذا المنطلق سنتطرق إلى الأحكام الخاصة بالفحص الطبي في النقاط التالية:

أولا:تعريف الفحص الطبي

الفحص الطبي في اصطلاح أهل الطب: معرفة حالة الانسان الصحيحة كإجراء وقائي يساعد على صيانة الصحة وعلى الكشف المبكر للأمراض وهي في أطوارها الأولى[1] ويمكن تعريف الفحص الطبي أيضا على أنه القيام بالكشف عن الجسم بالوسائل المتاحة من أشعة والكشف المخبري والفحص الجيني ونحوها أما الفحص الطبي قبل الزواج فالمراد به الكشف عن الحالة الصحية العامة لكل واحد من الزوجين قبل الزواج لمعرفة ما قد يصيب أحدهما أو كلاهما من أمراض معدية أو بائنة أو وراثية.[2]

ثانيا: طبيعة الالزام فالفحص الطبي والأثر القانوني للإلزام به.

---

[1]– **المفتي صفوان محمد عصيبات**، الفحص الطبي قبل الزواج، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن، الطبعة، 2009، ص55.

[2]– **سعادي لعلي**، مرجع سابق ، ص 145.

إن طبيعة الالزام بالفحص الطبي قبل الزواج لا تعد كونه شرطا إجرائيا لإبرام العقد وأن الالزام به لا يعني بطلان العقد عند عدمه فلا يملك ولي الأمر السلطة المختصة في الدولة مع غير الملتزمين به من الزواج أو الفصل بينهم، فهو شرط اجرائي فقط يلتزم به الزوجان الموثق على نحو يرتب مسؤولية الموثق لعقد الزواج عند عدم ادراجه الشهادة الطبية التي تثبت خلو الزوجين من الأمراض الوراثية أو المعدية ضمن أوراق التوثيق مما يعني أن التكييف القانوني للفحص الطبي عند تقرير الدولة الالزام به لا يعطي الحق في منع الزواج أو فسخه عند عدم الالتزام به، وتقديم ما يفيد ذلك عند توثيق العقد.

من ثم يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من خلال الاستماع إلى كلا الطرفين في أن واحد، من عملهما بنتائج الفحص التي خضع لها كل منهما وبالأمراض والعوامل التي تشكل خطرا بتعارض مع الزواج ويؤشر بذلك في عقد الزواج المادة 7 الفقرة الثانية قانون الأسرة.

وفي حالة تجاهل الموثق أو ضابط الحالة المدنية هذا الشرط وقام بتحديد عقد الزواج فإن بتحمل مسؤولية عنت محالفته للقانون، ويمكن أن يتعرض لعقاب إداري وعقاب جزائي ويتجنب على ضابط الحالة المدنية أو الموثق أن يتأكد من علم الطرفين بنتائج الفحوصات حتى لا يقع أحد الطرفي في غش أو تدليس، ويكون بكامل الحرية في اتمام عقد الزواج أو الرجوع عنه طبق للفقرة الثانية من المادة السابعة من المرسوم التنفيذي: "لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض ابرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين [1]

وهنا يتبن كم خلال كلام المشرع أن دور الفحص الطبي وقائي، جاء لحماية المعنيين من الأمراض الوراثية والأمراض المعدية، ورغم التنصيص على الزامية الفحص في المادة 7 مكرر

[1]– المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 154/06 المؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1427 الموافق ل 11 ماي 2006، يحدد شروط وكيفية أحكام المادة 7 مكررة من قانون الأسرة.

من قانون الأسرة والمادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 06-154 فإنه ليس شرطا من شروط الصحة المادة 9 مكرر من قانون الأسرة.

إذا أن الزواج المبرم بدون هذه الشهادة لا يعتبر باطلا وإنما يبقى صحيحا، غير أنه في هذه الحالة يجوز للطرف المتضرر أن يعمد إلى اخفاء المرض من طرف زوجته لطلب الطلاق للعيوب وأمراض المادة 43 فقرة 2 قانون الأسرة ان عدم التزام الطرفين بإجراء فحص طبي يسقط أحقية كل منهما في طلب التفريق إذا تبين وجد مرض من الأمراض التي ينص الفحص على الكشف بشأنها عند تفاقم المرضى.[1]

الفرع الثاني: تحرير عقد الزواج وتسجيله

أولا: الزواج المبرم في الجزائر

وتفصيل هذا عند عبد العزيز سعد:

لقد نص القانون على شخصين دون غيرهما وأسند إليهما مهمة القيام بإجراءات تحرير وثيقة عقد الزواج المبرم داخل الوطن، وهما ضابط الحالة المدنية والموثق الذي يوجد بدائرة اختصاصه مسكن الخطيبين أو أحدهما، أو الذي يوجد بدائرة اختصاصه محل إقامة أحدهما[2].

وهذا ماجاءت به المادة 18 من قانون الأسرة التي نصت على أنه : "يتم عقد الزواج أمام الموثق، أو أمام موظف مؤهلا قانونا مع مراعاة ماورد في المادة 09 والمادة 09 مكرر من هذا القانون". ونصت المادة 03 الفقرة 02 من قانون الحالة المدنية الصادر عام 1970 بموجب الأمر رقم 70-20 على أنه "يكلف ضابط الحالة المدنية بما يلي: تحرير عقد الزواج.

من خلال قراءتنا للمادة 18 نجد أن المسؤول عن تحرير العقود هو الموثق وضابط الحالة المدنية.

---

[1]- **فاتن الكيلاني البوعيشي**، الفحوصات الطبية للزوجين قبل ابرام، عقد الزواج، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى 2011 ص 160.

[2] - **بوقندورة سليمان**، مرجع سابق، ص160

فإذا وقع انعقاد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية وفقا للشروط التي تضمنها القانون فإنه يجب عليه أن يسجل هذا الزواج في سجلات الحالة المدنية فورا، وأن يسلم الزوجين دفترا عائليا يؤكد ويثبت صحة وشرعية العقد وتسجيله. أما إذا وقع انعقاد الزواج أمام الموثق فإنه يجب على الموثق أن يحرر عقدا بذلك ويسجله في سجلاته المعدة لتسجيل عقود الزواج، ثميسلم إلى الزوجين شهادة تبثث انعقاد زواجهما أمامه وفقا للقانون، ثم يرسل خلال ثلاثة أيام ملخصا عن وثيقة عقد الزواج إلى ضابط الحالة المدنية الذي يجب عليه هو الآخر أن يقوم بتقييد ملخص هذا العقد في سجلات الحالة المدنية المخصص لتسجيل عقود الزواج وذلك خلال مهلة مدتها خمسة أيام ابتداء من تاريخ استلامه، ثم يسلم الزوجين دفترا عائليا، كما يجب عليه أيضا أن يؤشر بهذا الزواج على هامش يسجل ميلاد كل من الزوج والزوجة[1].

ثانيا : الزواج المبرم خارج الجزائر

تنص المادة 97 من الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق ل 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية أن : الزواج الذي يعقد في بلاد أجنبي بين جزائريين، أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني"، وجاء في الفقرة الثانية من نفس المادة : "أنه يتم عقد الزواج أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو القنصل الجزائري[2].

غير أنه إذا كانت الزوجة الأجنبية من غير جنسية البلد المضيف، فإن هذا الزواج لاتتم مراسيمه إلا في البلاد التي ستحدد بموجب مرسوم.

[1] – **بوقندورة سليمان**، المرجع سابق، ص161

[2] – القانون رقم 14 – 8 المؤرخ في 13 شوال عام 1435 الموافق 09 غشت سنة 2014، يعدل ويتمم الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق ل 19 فبراير 1970، المتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 49، الصادرة بتاريخ 24 شوال عام 1435 الموافق ل 28 غشت 2014.

وتضيف المادة 98 من نفس القانون أنه إذا لم يسجل العقد بسبب عدم وجود عقود كتابية في البلد الأجنبي تثبت الحالة المدنية، فإن هذا العقد يسجل في سجلات القنصلية بموجب حكم من رئيس محكمة مدينة الجزائر.

ويرسل وكيل الجمهورية حكم رئيس محكمة مدينة الجزائر فور إصداره لتسجيل هذه العقود في السجلات المودعة بوزارة الشؤون الخارجية التي تحتفظ بالأصل الثاني من سجلات القنصلية حسب المادة 102 من نفس القانون.

الفرع الثالث: إثبات عقد الزواج

أولا : إثبات عقد الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية

السجلات وجداول سجلات الحالة المدنية جاءت في الفصل الثاني من الأمر رقم 70-20 المتعلق بالحالة المدنية في المواد من 06 إلى 25.

ويجب أن تسجل عقود الحالة المدنية في كل بلدية في ثلاثة سجلات ويتكون كل سجل من نسختين وهي سجل عقود الميلاد وسجل عقود الزواج وسجل عقود الوفيات ويحتوي على سجل على هامش لوضع البيانات الهامشية.

وترقم السجلات من الصفحة الأولى إلى الأخيرة ويؤشر رئيس المحكمة أو القاضي الذي يحل محله على كل ورقة مع الاحتفاظ بما ذكر في المادة 106(تتعلق بسجلات الحالة المدنية القنصلية)، يحرر رئيس المحكمة أو القاضي محضر افتتاح السجل ويثبت هذا المحضر في السجل وتحدد فيه عدد الأوراق المكونة له.

تختم السجلات وتقفل من قبل ضابط الحالة المدنية عند انتهاء كل سنة وتودع نسخة منها بمحفوظات البلدية في الشهر الموالي وترسل النسخة الأخرى إلى كتابة ضبط المجلس القضائي مع الاحتفاظ بما ذكر في المادة106.

وتنص المادة 106 التي جاءت في القسم المتعلق بالحالة المدنية للقنصلية بأنها ترقم صفحات سجلات الحالة المدنية من أولها إلى آخرها ويرفع رئيس المركز على كل ورقة كما

يختم ويقفل هذه السجلات في آخر السنة، فيرسل بأحد السجلات إلى وزارة الشؤون الخارجية التي تقوم بحفظه، ويحفظ بسجل آخر في محفوظات المركز، وتلحق بهذا السجل الأخير الذي يمكن أن يحتوي على عقود عدة سنوات.[1]

وحسب المادة الثامنة من نفس الأمر التي جاءت بأن الزواج المنعقد بهذا الشكل والمنسوخ في سجلات الحالة المدنية يصبح نافذ المفعول ابتداء من اليوم المعترف به في الحكم كيوم انعقاد الزواج.

فالزواج المسجل بسجلات الحالة المدنية سواء أكان أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي يرسل نسخة من العقد إلى ضابط الحالة المدنية لتسجيله في سجلات الحالة المدنية أو الزواج المسجل لدى الأعوان الدبلوماسيين لايطرح إشكالا في اثباته لأنها من بين العقود الرسمية[2].

ثانيا : آراء المحكمة العليا في إثبات الزواج بحكم قضائي (الزواج العرفي) طبقا للمادة 22 من قانون الأسرة التي تنص على أنه "يثبت الزواج بمستخرج الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي، ويجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة وأن إجراءات تسجيل الزواج واضحة في حالة صدور الحكم أما الآراء المختلفة فهي تتعلق بالموضوع أي بتثبيت الزواج بحكم وهذا ما سنراه في قرارات المحكمة العليا التالية :

-قرار غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 30.04.1990.

الزواج له أركان وشروط، والزواج العرفي لازال معمولا به إذا توفرت فيه هذه الشروط والأركان، والطاعنة عجزت عن إثبات زواجها رغم محاولات الشهود الذين شهدوا لها بالزواج وأدينوا معها في جريمة التزوير، فمعاشرة رجل لامرأة طالت مدتها أو قصرت، ولو وقع الإشهاد

[1] – **بوقندورة سليمان**، مرجع سابق، ص 165.

[2] – **بوقندورة سليمان**، مرجع سابق، ص 167

بها لايعد زواجا، فالزواج الشرعي يقوم على العلانية والشهرة ومراعاة شروطه وأركانه وهي غير هذا فليس ثمة زواج.

ولقد أشار المجلس الى هذه الأشياء وسبب بها قراره الذي وافق على الحكم الرافض لدعوى الطاعنة بما فيه الكفاية وذلك في حدود سلطته وأن النعي عليه بما ورد في السببين في غير محله[1].

-قرار غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2005/07/13.

الوجه الثاني المأخوذ من انعدام أو قصور في الأسباب والخطأ في تطبيق القانون. بدعوى أن الطاعنة أثارت الدفع بسماع الشهود والولي والامام الذي قرأ الفاتحة لإثبات الزواج الواقع بينها وبين المطعون ضده ومع ذلك فالقرار المطعون فيه قضى بتأييد الحكم المستأنف الذي رفض إثبات هذا الزواج دون مناقشة الدفع المثار حول سماع الشهود مخالفا بذلك أحكام المادة 9 من قانون الأسرة (تقابلها المادتان 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة المعدل).

حيث أنه بالفعل وبعد الاطلاع على القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة المجلس قضوا بتأييد الحكم المستأنف الذي رفض إثبات واقعة الزواج العرفي الذي تدعي به الطاعنة حول سماع الشهود الذين حضروا قراءة الفاتحة بينها وبين المطعون ضده ودون سماع الإمام الذي قرأ الفاتحة.

حيث كان من المفروض على قضاة الموضوع بمجلس قضاء المسيلة منح فرصة للطاعنة لجلب شهودها ووليها والتأكد من واقعة الزواج المدعى به ومما اذا عين مهرا لها حيث أن حرمان الطاعنة مما ذكر أعلاه يجعل القرار المطعون فيه مشوبا بالقصور.

(نشرة القضاة، وزارة العدل، مديرية الدراسات القانونية والوثائق. العدد 61، الجزء الأول، الصفحة 232 وما يليها)[2]

[1] – المجلة القضائية، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد الرابع، 1992.

[2] – **بوقندورة سليمان**، مرجع سابق، ص 169، 170.

الفصل الثاني:

الآثار المترتبة عن عقد الزواج

المقصود بآثار عقد الزواج هي النتائج التي تترتب على العقد بمجرد انعقاده. والأصل في هذه الآثار أن تكون بحكم الشارع بما رتبه القانون والشرع على العقد من آثاره الملزمة للطرفين، وتتمثل هذه الآثار في الحقوق والواجبات والنفقة الزوجية والأولاد واثبات النسب لهذا خصصت الفصل الثاني من هذه الدراية لتقسيمه إلى مبحثين، حقوق وواجبات الزوجية والنظام المالي للزوجين في المبحث الأول والحق في ثبوت النسب في المبحث الثاني.

المبحث الأول: حقوق وواجبات الزوجين

يترتب على عقد الزواج الصحيح حقوق وواجبات على الزوجين منها ما هي مشتركة بينهما ومنها ما هي للزوجة على زوجها، ومنها ما هي للزوج على زوجته.

وأن تكون لكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر وعليه سيخصص هذا المبحث لدراسة الحقوق الزوجية والنظام المالي للزوجين[1].

المطلب الأول : الحقوق الزوجية

سنتناول في هذا المطلب الحقوق الزوجية المشتركة أي بين الزوج والزوجة، وحقوق الزوجة على زوجها وحقوق الزوج على زوجته.

الفرع الأول : الحقوق الزوجية المشتركة

نص قانون الأسرة على الحقوق المشتركة بين الزوجين في المادة 36 قانون الأسرة، التي تهدف إلى المحافظة على الروابط الزوجية والتعاون على مصلحة الأسرة والمحافظة على روابط القرابة، حيث أن الحقوق الزوجية هي أيضا الواجبات الزوجية.

وقد يصعب علينا تحديد وحصر الواجبات الزوجية لذلك مذكر أهمها:

1 – **البشير كوثر**، احكام الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون خاص قانون خاص معمق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2018/2017، ص. 52.

1. المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة : لم يحدد المشرع في الفقرة الأولى من المادة 36 قانون أسرة مالمقصود بها، غير أنه يمكن القول أنها كل مايتعلق بالحياة الزوجية المشتركة بين الزوجين ويمكن ذكر أهمها :

- حق الاستماع حيث أنه هو حق العشرة الطبيعي والفطري بين الزوجين في إطار ضوابط معينة تميز علاقات الإنسان الجنسية عن الحيوان وهو حق مكفول لكلى الطرفين، يلتزم بموجبه كل زوج بتمتيع الزوج الآخر وتمكينه من الاستمتاع به استمتاعا مباحا ومشروعا في الوقت الذي يريده وبالنحو الذي يحتاجه وعدم الامتناع من ذلك إلا إذا كان هناك عذر شرعي كالحيض أو النفاس أو مرض[1].

2. المعاشرة بالمعروف والاحترام والمودة والرحمة: من حق كل زوج على زوجه أن يعامله معاملة حسنة، ويعاشره عشرة طيبة وهذا لقوله تعالى:" ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة"[2]، وقوله تعالى "وعاشروهن بالمعروف..."[3]

3. التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد : يجب على كل واحد من الزوجين أن يساعد زوجه ويتعاون معه في كل مايهم مصلحة الأسرة بجميع أفرادها، وهذا بهدف تحقيق سعادة الأسرة وكرامتها وعزتها، والابتعاد عن كل مايؤدي إلى شقاء الأسرة وتعاستها وكذلك السهر على رعاية الأولاد وحسن تربيتهم عن طريق غرس الأخلاق الحميدة فيهم، والظهور أمامهم على أحسن صورة وسلوك[2].

---

[1] – لقوله تعالى : يسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض "سورة البقرة، الآية 222"

[2] – سورة الروم، الآية 21

[3] – سورة النساء، الآية 19

[2]– **بلحاج العربي**، مرجع سابق، ص 160

الفرع الثاني : حقوق الزوجة على زوجها وحقوق الزوج على زوجته

أولا : حقوق الزوجة على زوجها

1. **النفقة** : من أهم الحقوق التي تفرق بين الرجل والمرأة هي حق النفقة الذي تتمتع به الزوجة على زوجها، وهو ثابت لها قانونا، فبعدماكان المشرع يتناوله قبل التعديل ضمن حقوق وواجبات الزوجين في المادة 37 من قانون الأسرة، أصبح يتناولها ضمن الأحكام العامة للنفقة في المادة 74 التي نصت بصراحة على النفقة الزوجية والتي جاء فيها : "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببنيه مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون. وهي تشمل حسب المادة 78 الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، ومايعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

2. **العدل بين الزوجات عند التعدد:** أباح المشرع الجزائري تعدد الزوجات في المادة 8 ق.أ.غير أنه وضع شروطا لابد من استيفائها وهي ضرورة وجود المبرر الشرعي ونية العدل وعلم كل من الزوجة السابقة واللاحقة كما أنه جعل العدل بين الزوجات عند التعدد من واجبات الزوج ومن حقوق الزوجة.

ومعنى العدل هنا، عدم الوقوع في معصية الظلم والتسوية بين الزوجات في الأمور المطلوبة شرعا، والممكنة طبيعيا وذلك بقوله تعالى : "فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ماملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا"[1].

3. حسن المعاملة: من حقوق المرأة على زوجها أيضا حسن معاملتها وحسن معاشرتها وعدم الإضرار بها قولا وفعلا لقوله تعالى: "وعاشروهن بالمعروف.."[2] ومن حسن معاملة المرأة، تمكينها من حق زيارة أهلها واستضافتهم في بيت الزوجية بالمعروف وليس للزوج منعها من

[1]_سورة النساء، الآية 3.

[2]_سورة النساء، الآية19.

زيارة أهلها والعكس صحيح لأن في ذلك إضرارا لها وقطع الأرحام الذي نهانا الإسلام عنه لقوله تعالى : "فهل عسيتم إن توليتم أن تفسدوا في الأرض وتقطعوا أرحامكم".

ثانيا : حقوق الزوج على زوجته

لم يخص قانون الأسرة الجزائري نصا معينا للحديث عن حقوق الزوج بعد التعديل وطبقا لمل تقتضيه المادة 222 ق.أ. فإنه برجوعنا الى الشريعة الإسلامية وخاصة النصوص الثابتة في القرآن الكريم فإننا نستخرج ثلاث حقوق أساسية منحها الله للزوج المسلم في مقابل مامنحه من حقوق للزوجة المسلمة المؤمنة وهي :

1- حق الطاعة حيث يجب على الزوجة أن تطيع زوجها في غير مانهى الله عنه وتحفظه في نفسها وماله حال حضرته وغيبته. وذلك للامتثال لأوامره والامتناع عن نواهيه باعتباره رئيس العائلة، لقوله تعالى : "الرجال قوامون على النساءبما فضل الله به بعضكم على بعض"[1]، وقوله "ولهن مثل الذي عليهم بالمعروف وللرجال عليهن بدرجة "[2] كما للرجل سلطة على زوجته لمنعها من الخروج من بيته إلا بإذنه ولضرورة، وله منعها ألا تزور أحد إلا بإذنه، ولا تدخل بيتا آخر إلا بموافقته الصريحة. وهذا لقوله تعالى: "وقرن في بيوتكن ولا تبرجن تبرج الجاهلية الأولى" [3].

كما أنه انطلاقا من ولاية التأديب المخولة للزوجين فإنه لا يبيح القانون للزوجة النشوز أو العصيان، وقد أباح له الدين الإسلامي أن يتخذ حيالها من وسائل الإصلاح والتأديب ما يكفل رجوعها إلى طاعته، لقوله سبحانه: "واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع، وأضربوهن،فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا، إن الله كان عليا كبيرا" [4].

[1]_سورة النساء، الآية 34.

[2]_سورة البقرة، الآية 228.

[3]_سورة الأحزاب ،الآية 33.

[4]_ سورة النساء ،الآية 33.

ومنه فوسائل الإصلاح والتأديب هي: الموعظة الحسنة بالنصح والإرشاد، ثم الهجر في الضجع بالأعراض منها، ثم الضرب بالقليل من الإيذاء البدني وهو آخر الوسائل الإصلاحية، وألا يكون ضربا مبرحا وشديد الآلام وفي حالة استمرار الخلاف نلجأ إلى التحكيم عن طريق العائلة أي باجتماع العائلتين[1].

2. قيام الزوجة برعاية بيت الزوجية: تلتزم الزوجة بالإشراف على بيت الزوجية وتنظيمه وتدبر أموره والسهر على الحفاظ عليه وهو التزام لا يمكن لها أن تتنازل عنه حتى وإن كان لديها من الخدم ما يكفيها.

المطلب الثاني: النظام المالي للزوجين

الفرع الأول: استقلال الذمة المالية للزوجين

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 37 ق. أ على أنه :" لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النفس التي تؤول إلى كل واحد منهما.

وقد اعترف المشرع الجزائري بدوره في قانون الأسرة بمبدأ استقلال الذمة المالية للمرأة عن طريق تجسيده لفكرة حرية المرآة بالتصرف في أموالها إذ نص على أن للزوجة الحق في حرية التصرف في مالها ولم يعلق هذه الحرية بقيد أو شرط.[2]

والمرأة تملك أهلية أداء كاملة كالرجل ما دامت عاقلة رشيدة أي أنها تقوم بتصرفاتها المالية كما يقوم الرجل لتصرفاته المالية دون الحاجة إلى إذن احد ما دامت غير محجور عليها.

---

[1] _**بلحاج العربي**، مرجع سابق، ص 165

[2] – **لوعيل محمد**، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2004، ص166.

غير أنه وانطلاقا من واجب التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وضرورة التشاور في تسيير شؤون الأسرة طبقا لما جاء في المادة 36 فقرة 3 و 4 قانون الأسرة، استشارة الزوج في جميع التصرفات المالية التي تبرمها الزوجة بغير عوض.

بالإضافة إلى ذلك، فإن الزوجة تخضع للقيد العام الوارد على الوصية، وفقا للمادة 185 ق.أ.أن تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة الشرعيين، والزوج يرث من زوجته شرعا وقانونا المادة 144 فقرة 1 والمادة 145 فقرة 1 ق.أ.[1]

يترتب على الذمة المالية المستقلة لكل واحد من الزوجين وفقا لمادة 37 فقرة 1 من ق.أ، استقلال الديون المستحقة على كل منهما عن الأخرى، وكذا استقلال كل منهما بالوفاء بالديون المترتبة بذمته للغير، واستقلال كل منهما بتحصيل تبعة التنفيذ الجبري على أمواله الخاصة.

ومنه فإنه أيا كان بسبب الدين في نظام انفصال الأموال فإن الذمة المالية لكلا الزوجين ضامنة للوفاء بدينه، فيلتزم كل منهما بتسديد جميع الديون التي رتبها بذمته ولا مجال للتضامن بين الزوجين بمقتضى استقلالية الذمم، وبغض النظر عن تاريخ نشوء هذا الدين سواء كان قبل أو بعد الزواج.[2]

وخلاصة القول أن النظام القانوني الجزائري كأصل عام بأخذ مبدأ الفصل بين الذمم المالية للزوجين، ومنه يكون للزوجة أموالا خاصة بها تتكون من مختلف المصادر المتمثلة في الأموال المكتسبة عن طريق الزواج مباشرة كالصداق والنفقة، أو المكتسبة بطرق أخرى غير الزواج كممارسة عمل معين، أو عن طريق التبرعات.

وبما أن لها ذمة مالية مستقلة عن ذمة زوجها، فلها كامل السلطات على هذه الأموال من تصرف وانتفاع دون أي قيد أو حد. ما عدا تلك الحدود التي نجدها في المذهب المالكي التي

---

[1]– **البشير كوثر**، المرجع السابق، ص 59.

[2]– **سناء بن محمد**، النظام المالي للزوجين دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسين مذكرة نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص أحوال شخصية، جامعة محمد بوضياف المسلية 2015–2016، ص 34.

تقيد تصرف الزوجة فيما يخص التبرعات في حدود الثلث، حتى لا تلحق الضرر بزوجها الذي له حق بما لها.

الفرع الثاني: مصير الأموال المشتركة بين الزوجين

إن الأموال المكتسبة بين الزوجين في نظام اشتراك المكتسبات المالية بفرض عليهما تسييرها بصفة تضامنية، غير أن قاعدة النفقة الزوجية قائمة في الأصل على أساس أن الرجل هو المسؤول الأول عن نفقة الزوجة والتعاون المادي في العلاقة الزوجية ليس إجباري، لأن تحميل مسؤولية الإنفاق للمرأة يفقد توازن الحياة الأسرية القائمة على القوامة، وهناك من الأسباب ما يجعل الإنفاق على الزوجة كحالة عسر الزوج وعدم قدرته على الإنفاق، كما يمكنها أن تساهم في النفقات المنزلية.[1]

أولا: المساهمة في الإنفاق على بيت الزوجية

تتضمن النفقة الزوجية الطعام واللباس والمسكن وهو ما تضمنته المادة 78 ق.أ. فهي واجبة على الزوج تجاه زوجته، لكن يمكن للزوجة أن تشاركه في ذلك حيث تساهم في النفقات المنزلية وتربية الأولاد ورعايتهم والهدف من المساهمة هو المحافظة على مصالح أسرتها ومساهمة الزوجة في المصاريف العائلية وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 36 ق.أ.

كما نص المشرع الجزائري على الزوجة الموسرة ملزمة بالإنفاق في حالة عجز زوجها وهو ما نصت عليه المادة 76 من نفس القانون في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك، فيمكن القول أن المشرع الجزائري ألزم المرأة بالإنفاق على الأولاد فقط في حالة عجز الزوج عن ذلك وكانت قادرة على الإنفاق أي لها مال أو راتب للزوجة العاملة.

ثانيا:مصير السكن الزوجي وأمتعة بيت الزوجة

[1]– **أحمد طيبي**، الذمة المالية بين الزوجين في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص الأحوال الشخصية، جامعة زيان عاشور الجلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017–2018، ص 35.

من أهم الخلافات التي تحدث بين طالبي الطلاق هي الخلاف حول سكن الزوجية وأمتعته ومنه.

1- بالنسبة للعقارات

يعتبر منزل الزوجية هو أهم العقارات التي قد يكسبها الزوجان في حياتهما الزوجية، حيث أنه المكان الذي تعيش فيه الأسرة وتمارس فيه كل أنشطتها، مهما كان هذا المكان سواء محل أو شقة أو إيجار.

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى مساهمة المرأة العاملة أو الموسرة في التكوين أو المساهمة في بيت الزوجية على رغم وجود مشروع قانون الأسرة الجزائري القديم الذي أكد على هذه المشاركة التي تشمل العقارات والمنقولات، وذلك في المادة 73 الفقرة الثالثة التي تعطي الحق للزوجة بالمشاركة في الممتلكات مقدار مساهمتها بها[1].

في حالة الطلاق يجوز للقاضي أن يعين من الزوجين من يمكنه أن ينتفع بحق الإيجار باعتبار تكاليف هذا الزواج من أجل حضانة الأولاد خاصة.

وبناء على ما يشير إليه القضاء الجزائري فإن الحضانة في أغب الأحوال تكون للأم أي أن الأم الحاضنة تستفيد بعد الطلاق من السكن، هذا ما نصت عليه المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحضانة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.

وبالتالي فالقانون الجزائري على أنه إذا كانت الزوجة الحاضنة لها حق البقاء في السكن العائلي إذا كان مملوكا للزوج، ويسقط هذا الحق بأسباب سقوط الحضانة المذكورة في المادة 65، 6 67 ق.أ. فإذا كان هناك عقد اشتراك بين الزوجين فتخضع القسمة حينئذ إلى أحكام قسمة

[1]- **رشيد مسعودي**، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، قانون خاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، 2005-2006، ص 260.

الملكية الشائعة في القانون المدني، وقد تكزن قسمة اتفاقية أو قسمة قضائية، فالاتفاقية إذا اتفق الزوجان على أجرأتها بالتراضي جون اللجوء إلى القضاء والقسمة القضائية في حالة عدم تيسير الاتفاق ولم يعد هناك سبيل لقسمة الأموال الشائعة.

أما إذا كانت غير حاضنة ولا يوجد إثبات أنها شاركت الزوج في البيت العائلي ولا يوجد عقد بين الزوجين يدل على وجود نظام اشتراك بين الزوجين، فالبيت للزوج أو للذي يملك عقد الملكية.[1]

2 _ بالنسبة للمنقولات:

المقصود بها كل ما هو موجود من أثاث كالأسرة، الخزانات... إلخ أي المخصص لبيت الزوجية للانتفاع به، وتكون الزوجة قد ساهمت فيه من مالها الخاص أو من صداقها المقدم إليها من طرف زوجها أو ما تمت هبته لها من طرف أبويها، خاصة مع وجود أعراف وتقاليد جزائرية، منها ما تأخذه الزوجة للجهاز الذي قد يتضمن أفرشة وأدوات تعينها في حياتها الزوجية، فإذا وقع الخلاف بين الزوجين أثناء قيام الحياة الزوجية أو بعد الطلاق حول أمتعة البيت الزوجي فادعاه كل واحد منهما لنفسه، ولا نية لأحدهما، يجب إعمال قرينة بسيطة نصت عليها المادة 73 ق. أ وهي أن ما للرجال عادة يأخذه الزوج بيمينه كملابس الرجال، بندقية الصيد أو مستلزمات عمله وحرفته وما للنساء عادة تأخذه الزوجة بيمينها كملابس النساء والحلي... إلخ وأما المشتركات بين الزوجين فإنها تقسم بينهما بالتساوي كالمفروشات والأدوات والأواني ... إلخ وتحديد نوعية المتاع أهو من المألوف للنساء أو للرجال هو مسألة وقائع يختص بتقديرها قضاة الموضوع.[2]

[1]– **سناء بن محمد**، مرجع سابق، ص 56.

[2]– **سناء بن محمد**، مرجع سابق، ص 57.

المبحث الثاني: إقرار النسب وثبوته

المطلب الأول: طرق إثبات النسب التقليدية

من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية في الزواج المحافظة على الأنساب ومنع اختلاطها محافظة على كيان الأسرة كخلية أساسية لتكوين المجتمع قوله سبحانه وتعالى: " وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا".[1]

والنسب الشرعي هو الذي يتبع فيه الولد أباه في القانون والدين، ويبنى عليه الميراث، وينتج عنه موانع الزواج، ويترتب عليه حقوق وواجبات، أما النسب الغير شرعي فلا يترتب عليه شيء من ذلك.

ويرجع اهتمام المشرع بالنسب إلى منع اختلاط الأنساب وحفظها من الفساد والاضطراب وهذا حتى تقوم الأسرة على وحدة الدم الذي يعتبر أقوى الروابط بين أفرادها.

لذلك نظم المشرع النسب وجعل له أحكاما ترتبه تناولتها المواد من 40-46 من قانون الأسرة الجزائري وحصر طرق إثبات النسب في المادة 40 من قانون 84/11 المعدل والمتمم بالأمر 05/02 المؤرخ في 2005/05/04 حيث نصت المادة 40 ق.أعلى أن: "يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار والبنية وبنكاح الشبهة وبكل نطاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون.

ومن هنا فإن طرق إثبات النسب في القانون الجزائري هي:

أ- الزواج الصحيح

ب- الزواج الفاسد

ج- الدخول بشبهة

د- الإقرار

هـ _ البينة

[1]- سورة الفرقان، الآية 54.

الفرع الأول: إثبات النسب بالزواج الصحيح والزواج الفاسد

أولا: إثبات النسب بالزواج الصحيح

إن العقد الصحيح سبب شرعي لثبوت نسب الولد في أثناء قيام العلاقة الزوجية، أو العدة، أو الوفاة إذا كان الدخول ممكنا فإذا ثبت أنه غير ممكن، أو أنهما لم يلتقيا قط، ولم يكن في إلا مكان تلاقيها فان النسب لا يثبت وهذا قوله عليه السلام : "الولد للفراش" والمراد بالفراش العلاقة الزوجية القائمة بين الرجل وامرأته، حين ابتداء الحمل.

وعلى هذا الأساس جاء في المادة 40 ق.أ.بأنه يثبت النسب بالزواج الصحيح، كما أنه طبقا للمادة 41 ق.أ.فإن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأماكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة، ومن هنا فإنه يشترط لثبوت النسب بالزواج الصحيح ما يلي:

1- العلاقة الزوجية القائمة بين الرجل وامرأته حين ابتداء الحمل على أساس عقد الزواج الصحيح، والزواج الصحيح هو الذي استو في جميع شروط الانعقاد والصحة طبقا للمواد من 7 إلى 31 ق.أ. فإذا كان الزواج صحيحا، كامل الشروط والأركان عد صالحا لإثبات النسب دون اشتراط بنية أو طلب اعتراف ممن سيثبت نسبا لولد منه.

2- أن يثبت التلاقي بين الزوجين من حين العقد، ذلك أن العقد وحده لا يكفي، إذ لابد فيه من الدخول فإذا تأكد عدم اللقاء بينهما لا يثبت نسب الولد إلى الزوج، كما لو كان أحد الزوجين سجينا أو غائبا في بلد بعيد غيبة امتدت إلى أكثر من أقصى مدة الحمل.

ومن هنا، يشترط المشرع الجزائري في المادة 41 العقد الصحيح، وإضافة إلى العقد تحقق الدخول أو إمكانية الاتصال الجنسي وعليه إذا تم العقد بين زوجين غائبين بالمراسلة أو بالوكالة فان هذا العقد يكونسببا لثبوت النسب ضمن الفترة المقررة شرعا وقانونا إذا كان الاتصال بين الزوجين ممكنا، أما إذا استحال ذلك بأن كانا بعيدين عن بعضهما وكل في بلد حيث لا يمكن تلاقيهما، فإن نسب الولد لا يلحق بأبيه[1] وهذا أكده اجتهاد المحكمة العليا الصادر بتاريخ

[1]- **بلحاج العربي**، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

1986/02/24 ملف رقم 39473 حيث أن الولد للفراش مادامت العلاقة الزوجية لم تنقطع بين الزوجين والدليل على ذلك أن الزوج كان يزور من حين لآخر زوجته وهي في بيت خالها بوهران حسب ماأشار إليه الحكم الجزائي لمحكمة البيض بعد سماع ثلاثة شهود. قرار غير منشور.[1]

3- ولادة الولد بين أقل وأقصى مدة الحمل، طبقا للمادة 42 ق.أ.والتي تنص بأن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر. ومن هنا، يجب ألا تتجاوز المدة في كل الأحوال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، المادة 43 ق أ. والطب يقرر مايقوله المشرع الجزائري في أقصى مدة الحمل، بأن الجنين لايمكث في بطن أمه أكثر من تسعة أشهر إلا نادرا وأما فيما يتعلق بأقل مدة الحمل وهي ستة أشهر، فدليل ذلك آيتنا كريمتان من القرآن الكريم. قوله تعالى "حملته أمه كرها ووضعته كرها وحملته وفصاله ثلاثون شهرا"[2] وهو مانصت عليه المادة 42 ق أ "أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر"

4- ألاينفه الأب بالطرق المشروعة وهو مايذهب إليه القانون الجزائري في المادة 41 ق.أ. و الطريق المشروع لنفي الولد عنه هو اللعان وهذا بتطبيق المادة 222 نرجع إلى أحكام الشريعة .

_تعريف اللعان: هو أن يتهم الزوج زوجته (حين قيام العلاقة الزوجية) بأن الولد ليس منه، فيتلاعنان أمام القاضي كما يلي :يقسم الزوج بالله أربع مرات أنه لصادق في اتهامه للزوجة من أن الولد ليس منه ،ويقول في الخامسة أن غضب الله عليه ان كان ان كان من الكاذبين ،ثم تقسم الزوجة أربع مرات بالله أنه من الكاذبين فيما رماها به ،وتقول في الخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين .فإذا تم اللعان بهذا الشكل ،يحكم القاضي بالتفريق بينهما فورا ويثبت نسب الولد من أمه فحسب .

[1]- **بلحاج العربي**، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص48.

[2]- سورة الأحقاف، الآية 15.

وعليه ، فانه لا ينتفي الولد عن الرجل أو حمل الزوجة منه الا بحكم من القاضي ،ويعتمد في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعا في نفي النسب [1].

ومن اجتهادات المحكمة العليا في هذا المجال :

القرار رقم 172379 بتاريخ 1997/10/28:"ومن المقرر أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر ومن المقرر أيضا أن الولد ينسب لأبيه متى كان شرعيا وأمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة.ومن المستقر عليه قضاءً أنه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في أجل محدد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل ومن الثابت في قضية الحال أن الولد وُلد في مدة حمل أكثر من ستة أشهر وأنّ قضاة الموضوع أخطئوا كثيرا عندما اعتمدوا على الخبرة و وزن الولد واللعان الذي لم يتوفر شروطه والذي لم يتم أمام المحكمة بل أمام المسجد العتيق [2].

وبالرجوع الى الاجتهادات السابقة لاحظ أنّ المحكمة العليا قد استقرت في أنّ أجل نفي النسب باللعان لا يتجاوز 08 أيام من يوم العلم بالحمل أو رؤية الزنا اِلاّ أنها في القرار الصادر بتاريخ 1985/02/25 ملف رقم 35934 أخذت موقف آخر كما يلي :" من المقرر شرعا أنّ دعوى اللعان لا تُقبل اذا أُخرت و لو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا، ويكون باطلا القرار الذي يقضي قبل البث في الدعوى الخاصة بنفي النسب بتوجيه اليمين لكل واحد من الطرفين، إذا رفع الزوج دعواه بعد مضي 12 يوما من علمه بوضع زوجته لحملها [3].

<u>الفرع الثاني :ثبوت النسب بالزواج الفاسد و نكاح الشبهة</u>

تنص المادة 40 ق. أ بأنه يثبت النسب بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32،33 ،34 من قانون الأسرة .كما أنه جاء في المادة 34 بأن كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء .

[1] _ **بلحاج العربي** ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص194.

[2] _ الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ،عدد خاص لسنة 2001،ص 70.

[3] _ **بلحاج العربي** ، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، مرجع سابق، ص47.

أولا: مفهوم الزواج الفاسد

من مراجعة المواد 32، 33، 34 يتضح أنّ المادة 32 المعدلة بموجب الأمر 02/05 نصت على بطلان الزواج اذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد بعد ان كانت تنص على فسخ النكاح أي فساده اذا اختل أحد أركانه أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد، أما المادة 33 المعدلة فقد نصت في فقرتها الأولى على بطلان الزواج وفساده، بالنسبة للزواج الباطل يكون اذا اشتمل عقد الزواج على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياته أو اذا اختل ركن الرضا أما الزواج الفاسد فهو الذي فقد شرطا من شروط الصحة المنصوص عليها في المادة 09 مكرر المتمثلة في أهلية الزواج والصداق والولي في حالة وجوبه والشاهدين مع انعدام الموانع الشرعية للزواج وهي الحالات التي رتب المشرع عليها فساد النكاح بموجب الفقرة الثانية من المادة 33، حيث يفسخ الزواج قبل الدخول ويثبت بعد الدخول بصداق المثل وفي المادة 34 في حالة ما اذا تم الزواج بإحدى المحرمات وفقا للمواد من 23 الى 30 ق. أ. حيث يفسخ الزواج قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء وهي الحالات التي سبق وأن اعتبرها المشرع من الموانع الشرعية لعقد الزواج ورتب عليها بطلان الزواج بموجب المادة 32 ق. أ وهذا معناه أن المشرع أخلط مرة أخرى بين الزواج الباطل والزواج الفاسد ورتب على كليهما ثبوت النسب في حين أنّ الزواج الباطل عدم والعدم لا يرتب أي أثر شرعا وقانونا [1]

إنّ الزواج الفاسد تثبت له بعد الدخول بعض الآثار القانونية ومنها: ثبوت النسب مع وجوب التفرقة بين الزوجين، وذلك لمصلحة الولد خشية من ضياع نسبه وذلك اذا مات توافرت شروط إثبات النسب الموجودة في الزواج الصحيح من دخول حقيقي بالمرأة، وأن يمضي على الزواج الفاسد أقل مدة الحمل وهي ستة أشهر من تاريخ الدخول الحقيقي. أما أقصى فترة الحمل

[1] _ **غربي ذهيبةشهيناز**، أحكام النسب في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الاسلامي، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص، 2016/2015، ص 23.

بالنسبة للزواج الفاسد فإنها تحسب من تاريخ التفريق بين الزوجين، فان جاءت الزوجة بولد قبل مضي عشرة أشهر اعتبارا من يوم التفريق ثبت نسبه من أبويه.

وقال الفقهاء بأنه لا فرق بين الزواج الفاسد والزواج الصحيح من حيث ثبوت النسب، فكلاهما فيه إلحاق بأبيه اذا جاءت به أمه لستة أشهر فأكثر من تاريخ العقد. ومتى ثبت النسب و لو بنكاح فاسد أو بشبهة ترتب عليه جميع نتائج القرابة، فيمنع النكاح في الدرجات الممنوعة وتستحق به نفقة القرابة والإرث.

وطالما أن المادة 40 ق. أ تنص بأنه يثبت النسب بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول، فان المشرع الجزائري لا يعترف بثبوت النسب قبل الدخول.[1]

ثانيا: إثبات النسب عند الوطء بشبهة

أقر المشرع الجزائري في المادة 40 ق. أ. بثبوت النسب بنكاح الشبهة .

ونكاح الشبهة هو نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص، والشبهة في عقد الزواج تبدو بأشكال مختلفة : كالشبهة في الحكم (كما لو جهل الزوج حكما من أحكام الزواج ونشأ عنه الدخول بالمرأة)، والشبهة في العقد (كالعقد على امرأة و بعد الدخول تبين أنها من المحرمات، وهو ما نص عليه القانون الجزائري في المادة 34 ق، أ)، والشبهة في الفعل (كما لو دخل شخص على امرأة ظنا منه أنها زوجته، ثم تبين أنها غير زوجته).

وللفقهاء آراء كثيرة حول ثبوت النسب بالدخول بالشبهة، ففي بعضها أثبتوا النسب، وفي بعضها الآخر لم يثبتوه، ومردّ ذلك الى الحكم على واقعة الدخول هل تعتبر كالزواج الفاسد أو كالباطل، وما ينشأ عنه من آثار أخرى غير النسب، من حيث العقوبة أو من حيث الأحكام كالعدة والصداق، وحرمة المصاهرة وغير ذلك .

ومن ثم، فإن الزنا لا يثبت النسب، لقوله عليه السلام:" الولد للفراش و للعاهر الحجر"، ولأن ثبوت النسب نعمة، والزنا جريمة، والجريمة يستحق صاحبها العقاب. هذا إذا خلا عن الشبهة

[1] _ **بلحاج العربي**، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 195، 196.

المسقطة لحد الزنا، فإن كانت هناك شبهة لمحو وصف الجريمة، أو تسقط الحد فقط، فإن النسب يثبت اجماعا، هذا ولقد ادعى المستشرق الفرنسي بوسكي بأن نظام الشبهة وجد في الفقه الاسلامي كباب مفتوحة للخروج والهروب من العقاب عن طريق محو وصف الجريمة وإسقاط الحد الشرعي، وهذا رأي بعيد عن الفكر العلمي الصارم، وعن حقيقة التشريع الإسلامي الذي ينص بأن الشبهة لا تمحو وصف الجريمة ولا تسقط الحد إلا إذا ثبت الخطأ أو الغلط أو الجهل الذي وقع فيه الشخص بحسن النية، والأمر موكول الى تقدير القاضي. فالجريمة يستحق صاحبها العقاب الشرعي بدون تردد ولا هروب كما فهم ذلك الأستاذ بوسكي .[1]

الفرع الثالث: ثبوت النسب بالإقرار والبينة

أولا: ثبوت النسب بالإقرار

يعتبر الاقرار بوجه عام اعتراف شخص بحق أو واجب عليه لآخر، سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصده[2]والمشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يأتي بتعريف الاقرار، غير أنه عرفه في القانون المدني في المادة 341 على أنه:" الاقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعةقانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة".

ويجد موقعه من بين طرق اثبات النسب عامة في المادة 40 ق، أ و بصفة خاصة في المادتين 44 و45 منه.

_ أنواع الاقرار بالنسب :

الاقرار نوعان :

1. الاقرار بأصل النسب: اقرار بقرابة لا تكون فيها واسطة بين المقر والمقر له وهي ما جاءت به المادة 44 ق، أ وعددته بالبنوة، الأبوة، الأمومة، وبمعنى آخر هو ذلك الاقرار الذي ليس فيه تحميل النسب على الغير. كأن يقول الشخص هذا ابني، بحيث يجب أن يكون ممن

[1] _ **بلحاج العربي**، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 196، 197.

[2] _ **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، الاثبات، آثار الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص471.

يقبله العقل والعادة حيث أنه لا يتصور من رجل عاجز تماما عن الانجاب، كأن يكون مريضا بالعقم أن يدعي أو يقر بأن فلان ابنه أو فلانة ابنته مع وجوب توافر بعض الشروط الأخرى.[1]

2. الاقرار بنسب فرعي: اقرار بقرابة يكون فيها واسطة بين المقر والمقر له كالأخوة والعمومة، وبمعنى آخر هو ذلك الاقرار الذي فيه

تحميل النسب على الغير، وهو ما نصت عليه المادة 45 ق، أ [2]

كأن يقول هذا أخي وهو في الحقيقة يقول هذا ابن أبي ومثل هذا النوع من الاقرار بالنسب لا يرتب آثاره إلا إذا صدقه المدعى عليه بالنسب. فالاقرار بالأخ لا يصح الا اذا صدقه الأب، والاقرار بالعم لا يصح الا بتصديق الجد له. لأنه الأصل الذي ينحذر منه العم [3]

وفي حالة كون الإستلحاق من جهة المرأة بأن قالت بأن هذا ابني أو ابنتي أو من جهة الفرع نحوها، بأن قال هذه أمي، فإن الحالة فيها تفصيل:

أ) إذا كانت المرأة في عصمة زوج حقيقة أو حكما، فلا يثبت نسب المستلحق إلى زوجها الاّ بتصديقه أو ببينة قاطعة لأن فيه تحميل على الغير، أما اذا صرحت بأنه من غير هذا الزوج فيلحقها النسب دون الزوج.

ب)أما اذا لم تكن ذات زوج فنسب المستلحق ثابت دون الإلتفات لكون هذا الولد ثمرة زواج شرعي أو فاحشة، لأن النسب بجهة الأم الثابت بالواقعة المادية وهي الوضع دون قيد الفراش[4]

_شروط الإقرار في اثبات النسب:

يشترط في الإقرار بالنسب شروط مختلفة سنورد كالتالي:

---

[1] _ **أحمد فراج حسين**، أحكام الأسرة في الاسلام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 1998، ص 208.

[2] _ تنص المادة 45 من ق، أ، ج :" الاقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة، والأمومة لا يسري على الغير المقر الا بتصديقه" .

[3] _ **أحمد فراج حسين**، مرجع سابق، ص 209 .

[4] _ **اقفورة زبيدة**، الإكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، الطبعة الأولى، الأصل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2012، ص58،59.

أ) الشروط الواجب توفرها في نفس المقر بالنسب:

_أن يكون المقر بالغا عاقلا كما يقول جمهور الفقهاء الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة، بمفهوم المخالفة لا يكون إقرار الصبي أو المجنون بالنسب صحيحا[1].

_أن ينصب الاقرار على شخص مجهول النسب، وأن يكون من النوع الذي يصدقه العقل أوتصدقه العادة. وهو ما جاء في المادة 44 ق.أ. والتي تقول:" يثبت النسب بالاقرار بالبنوة، أو الأبوة، أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أوالعادة ".

وعليه يصح اقرار الشخص(ولو في مرض الموت) بالوالدين، إذا كان المقر له مجهول النسب، وإن صدقه المقر له، متى صدقه العقل أو العادة أو الحس السليم وذلك بأن يولد مثل المقر له بالبنوة من مثل المقر، بحيث يكون فرق السن بينهما محتملا لهذه الولادة، أو أن يولد مثل المقر بالأبوة لمثل المقر له. فمن قال لطفل: هذا ابني، وكان سن الطفل عشر سنوات، وسن المقر عشرين سنة، لم يعتبر هذا الاقرار، لأنه لا يعقل أن يولد الانسان ولد وهو ابن عشر سنوات.

و إذا كان المقرر ببنوة الطفل زوجة أو معتدة، فيشترط مع ذلك أن يوافق زوجها على الإعتراف ببنوته له أيضا، أو أن يثبت ولادتها له من ذلك الزوج، لأن فيه تحميل النسب على الغير، فلا يقبل إلا بتصديقه أو ببينة.

ب)الشروط الواجب توفرها في الاقرار المتعلق بغير المقر أو المحمول على الغير:

أن ينص الاقرار على شخص مجهول النسب، و أن يكون من النوع الذي يصدقه العقل أوتصدقه العادة فزيادة على هاذين الشرطين يضيف القانون الجزائري شرطا آخر وهو أن يوافق المحمول له على هذا الاقرار، ففي قوله: هذا أخي، يشترط لثبوت نسبه مع الشروط السابقة أن يصدقه أبوه في ذلك.

وهذا ما نصت عليه المادة 45:" الاقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلاّ بتصديقه ".

[1] _**أحمد فراج حسين**، مرجع سابق، ص93.

فالاقرار بالأخوة والعمومة يشترط فيه أن يصدقه المقر عليه، الأب عند الاقرار بالأخوة، والجد عن الاقرار بالعمومة، وأن يقيم المقر البينة على اقراره [1].

ثانيا: ثبوت النسب بالبينة

نص المشرع الجزائري في المادة 40 ق.أ. بأنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالاقرار، وبالبينة والمراد بالبينة هي الدلائل أو الحجج التي تؤكد وجود واقعة مادية وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما من وسائل الاثبات الواردة في قانون الاجراءات. والبينة هي أقوى من الإقرار من حيث الاثبات.

ويكون الاثبات بالبينة الكاملة عن طريق شهادة رجلين عدلين، أو رجل و امرأتين عدول. فإذا تنازع نسب ولد أكثر من شخص فادعى كل منهم أنه ابنه، فهو ابن من يقيم البينة الكاملة على دعواه. كما أنه إذا ادعى انسان على أخر بنوة، أو أبوة، أو أخوة، أو عمومة، أو أي نوع من القرابة، وانكر المدعى عليه دعواه، فللمدعي أن يثبت دعواه بالبينة، وحينئذ يثبت النسب ملزما لكل الطرفين بما عليه من حقوق للطرف الآخر [2].

المطلب الثاني: الطرق العلمية لاثبات النسب

الفرع الأول: نظام البصمة الوراثية

الحامض النووي أو ما يعرف ب (DNA) هي الحروف الأولى لمصطلح DeoxyHiboncuhic، وهو عبارة عن مركب كيميائي معقد ذو وزن جزئي لا يمكن للكائن الحي الاستغناء عنه يعرف ب (DNA) ،وهي اختصار لكلمة الحامض النووي الديوكسي منزوع الأكسجين، وهو الذي يحمل المعلومات الوراثية ويوجد هذا الحمض النووي في أنوية الخلايا للكائنات الحية، لذلك يطلق عليه اسم " النووي "، ويشكل هذا الأخير نظاما يحدد خصائص كل فرد باعتبار أنه يختلف من شخص إلى آخر [3].

---

[1] _ **بلحاج العربي**، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص198.

[2] _ **بلحاج العربي**، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 199.

[3] _**طارق ابراهيم الدسوقي عطية**، البصمات الوراثية في الاثبات الجنائي، دار الجامعة الجديدة، 2011، ص 254.

وهكذا يمكن اعتبار الفحص دليل اثبات بطريقة أكيدة في كثير من المجالات، فإذا توافقت الصفات المميزة الموجودة في الحمض النووي للأم وتلك الموجودة في الحمض النووي للطفل فإنها تؤدي الى حصول تركيبة، وهذه الأخيرة لا توجد إلاّ عند شخص واحد وهو الأب الحقيقي، فإذا وجدت هذه التركيبة عند المدعى عليه فهذا يعني أنه الأب الحقيقي الذي منه كان الطفل.

الفرع الثاني: نظام فحص الدم

أفادت الحقائق العلمية المسلّم بها في الطب الشرعي أنّ تحاليل فصائل الدم قد تفيد في التحقق من انتفاء النسب عند المنازعة فيه أما بشأن ثبوته فالأمر مجرد احتمالات.

حيث أظهرت الأبحاث العلمية منذ فترة طويلة، أن دم بني الإنسان يتنوع الى عدة فصائل، وانّ لكل فصيلة خصائص محددة وعن طريق فحص دم الفصيلة التي ينتسب اليها دم الزوجة، والزوج والولد، أمكن التوصل إلى أحد الفرضين:

أ) الفرض الأول: ظهور فصيلة دم الطفل مخالفة لمقتضيات تناسل فصيلتي الزوجين معا، وهذا معناه أن الزوج ليس هو الأب الحقيقي للطفل و ذلك وجه التأكيد.

ب) الفرض الثاني: تظهر فيه فصيلة دم الطفل متوافقة لمقتضيات تناسل فصيلتي دم الزوجين معا، وهذا معناه أن الزوج قد يكون الأب الحقيقي وقد لا يكون، ذلك أن الفصيلة الواحدة قد يشترك فيها أناس كثيرون يحتمل أن يكون الأب المدعى عليه واحدا منهم.

وعلى ضوء هذه المعطيات العلمية المتاحة تبين أن فصائل الدم تفيد في الحصول على دليل نفي قاطع، ولكنها لا تفيد في الحصول على دليل اثبات مؤكد، بل هي قرينة يعوزها البرهان[1].

الفرع الثالث: صعوبات تطبيق الطرق العلمية لاثبات النسب

إن تعاون الخصوم على اظهار الحقيقة، لن يحدث في غالب الأحيان إن لم يكن بطريقة تلقائية، ولذا فإنه من المتوقع أن يثير الخصم بعض العقبات التي يحاول من خلالها الإفلات من الخضوع لاختبارات الوراثة ولا سيما عندما يكون سيء النية[1].

[1] _**محمد محمد أبو زيد**، دور التقدم البيولوجي في اثبات النسب، مجلة الحقوق، الكويت، 1997، ص 286،287.

الفرع الرابع: حجية الطرق العلمية في اثبات النسب

نظرا لسكوت المشرع الجزائري عن قيمة هذه الوسائل العلمية، فان العمل بها يؤسس انطلاقا من عموم النصوص، ومن القواعد والمبادئ العامة في الاثبات وتعيين الخبرة و نتائجها فيكون بناء على ذلك الحكم بقطعية هذه الطرق العلمية أو ضنيتها.

أولا: الحجية المطلقة للطرق العلمية

اتفق الفقهاء المحدثين عن قطعية بعض من الطرق العلمية في مجال اثبات النسب وأهمها البصمة الوراثية واثبات البنوة عن طريقها هو أسلوب جديد اخترعه الطبيب الانجليزي إليك جيفري سنة 1984، ينطلق من أن كل شخص يحمل داخله خلاياه نواة تحتفظ بكل مادته الوراثية التي ينفرد بها، ويحمل الإبن نصف مادته الوراثية من الأب والنصف الآخر من الأم وللشفرة الوراثية نصيب من جانب الفقه الإسلامي إذ لا معنى لهذه الوسيلة إذ لا معنى لهذه الوسيلة إذا كانت تخالف الأحكام الشرعية[2].

ذهب جانب من الفقه الى جواز الاعمال بالبصمة الوراثية في ثبوت النسب، تخريجا من مذهب جمهور فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة القائلين بجواز اللجوء إلى القيافة[3].وقد اعتمد أصحاب هذا المذهب في تدعيمه بعدة أدلة بعضها من السنة وأخرى من القياس نذكر منها:

1) السنة النبوية الشريفة:

عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه و سلم قال: "بينما امرأتان معهما إبناهما جاء الذئب فذهب بابن إحداهما فقالت إحداهما لصاحبتها إنما ذهب بابنك أنت فتحاكمتا إلى

---

[1]_**محمد محمدأبو زيد**، مرجع سابق، ص 287.

[2]_**حسن محمود عبد الدايم عبد الصمد**، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الاثبات، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007، ص 718.

[3]_القيافة نسبة إلى القائف، وهو الذي يعرف الأشباه فيعرف شبه الرجل بأخيه و أبيه و هو كذلك الذي تتبع الآثار و يعرفها و يطلب الضالة و الهارب، فعلى هذا تشمل دلالته من يلحق النسب و يقتص الأثر، مذكور من طرف: عدنان حسن عرايزة، ص 103.

داود فقضي به للكبرى، فخرجتا على سليمان بن داود رضي الله عنه فأخبرتاه، فقال: أئتوني بالسكين أشقه بينكما، فقالت الصغرى: يرحمك الله هو ابنها، فقضي به للصغرى[1].

فوجه الدلالة هنا، أن نبي الله سليمان رضي الله عنه قضى بالولد للصغرى بموجب قرينة الشفقة، ولا شك أن البصمة الوراثية أولى بالاعتبار منها.

2) القياس:

وقد استدل القائلون بثبوت النسب بالبصمة الوراثية بعدة أوجه، منها جواز الاعتماد عليها قياسا على القيافة بالاستناد الى الصفات المتشابهة بين الأبناء والآباء والأمهات.

إضافة إلى جواز اثبات النسب بها قياسا على الخبرة التي أجاز الفقهاء العمل بها في العبادات، المعاملات بجامع الاعتماد على الخبرة والمعرفة[2].

ومنجهة أخرى قد أفاد تعليق الأطباء على دقة ثبوت النسب عن طريق البصمة بنسبة نجاح تصل إلى 99.07 % وتكمن أهميته البالغة من خلال تركيبة الحامض النووي الموجود في جسم الانسان، فعند تحليله نجده يحتوي على جزء معين ينفرد بصفات تبقى تلازم صاحبها مدى الحياة، ويطلق على هذه الصفات تسمية البصمة الوراثية[3].

ولذلك أصبح الاتجاه الغالب في التشريعات الوضعية تميل الى الأخذ بالأدلة العلمية، التي على رأسها البصمة الوراثية في اثبات النسب، بل وقامت مجموعة من هذه التشريعات بتنظيمها حيث أقرتها نصوص خاصة نذكر منها التشريع الفرنسي والتونسي والانجليزي[4].

---

[1]_صحيح البخاري، كتاب الفرائض، الجزء الثالث، قوله تعالى :"ووهبنا لداود سليمان نعم العبد أنه أوب"، ص 1260، مذكور من طرف: حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع السابق، ص720.

[2]_**حسن محمود عبد الدايم**، المرجع السابق، ص 720، 721.

[3]_**سلامي دليلة**، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق بن عكنون، 2008، ص23.

[4]_**حسن محمود عبد الدايم عبد الصمد**، مرجع سابق، ص737.

أما المشرع الجزائري فقد نص عليها بطريقة ضمنية من خلال المادة 2/40 من ق.أ.ج. بحيث جاءت العبارة عامة ومطلقة مما يجعل وسيلة الفحص الجيني داخلة في محتواها، كونها من أشهر الطرق العلمية وأوثقها وأحدثها في الكشف عن النسب الحقيقي.

وبناء عليه نتائجها تقنية شبه قطعية، كونها مبنية على الصفات الوراثية العلمية والبيولوجية بين الآباء والأبناء، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرار صدر عنها في 2006/03/05 من أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي الى إلحاق نسب المولود(ص.م) للمطعون ضده باعتباره أبا له، كما أثبتت الخبرة العلمية ADN من أن الطفل المذكور هو ابن المطعون ضده ومن صلبه، بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة، فكان عليهم الحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن.

وبالتالي فقد أحسنت المحكمة العليا صنعا في هذا القرار باعترافها بدور الخبرة العلمية الطبية، وقوتها الثبوتية للنسب بدون منازع، والتي أصبحت مع تطور التجارب المخبرية لا تقتصر على مجرد عينات دم، بل انصبت على مختلف الأنسجة والمواد السائلة[1].

ثانيا: الحجية النسبية للطرق العلمية

نهى الله تعالى عن اتباع ما ليس لنا به علم، فقال:" ولا تقُفُ ما ليس لكَ به عِلمٌ"[2].

إن هذه الطرق العلمية الظنية التي من بينها نظام تحليل فصائل الدم ونظام HLA المرتبط بالمناعة أو نظام المفرزات اللعابية، تعد وسائل اثبات نسبية لا يرقى الشك فيها إلى درجة اليقين، كون نتائجها تبقى محتملة التحقق، فهي لا ترقى أن تكون دليل اثبات حتمي[3].

---

[1]_**بلحاج العربي**، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 402.

[2]_سورة الإسراء، الآية 36.

[3]_**عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي**، اثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة رسالة لنيل درجة دكتوراه، جامعة القاهرة ، فرع عقود و مسؤولية، كلية الحقوق و العلوم التجارية، بومرداس، 2006، ص 277.

ونظام فصائل الدم يعد خير مثال على اثبات البنوة أو غيرها من خلال الاحتمالات التي تعطيها والتي لا تفيدنا في الحصول على دليل اثبات مؤكد مما يجعلها قرينة ينقصها البرهان ولكي نحكم على أهمية هذا النظام وجب تبيان المرحلتين التي يمر بهما[1].

1_تحديد فصيلة دم كل من الطفل والرجل والمرأة، والتركيبة الوراثية المحتملة لكل من هذه الفصائل.

2_يقارن التركيب الوراثي لفصيلة الطفل مع فصيلة الرجل.

إذا وجد أحد جيني فصيلة الرجل في التركيب الوراثي لفصيلة الطفل، فمن المحتمل أن يكون أباه، لكن لا نستطيع أن نقطع بذلك لوجود الكثيرون ممن يحملون هذا الجين. أما اذا كان هناك استحالة مشاركة التركيب الجيني للرجل في التركيب الجيني لفصيلة الطفل فإن هذا الدليل قاطع لنفي البنوة[2] ومنه من خلال فحص دم الفصيلة التي ينسب اليه الزوج والزوجة والولد أمكن التوصل الى فرضين:

الفرض الأول هو أن فصيلة دم الطفل مخالفة ومقتضيات تناسل فصيلتي الزوجين هذا يفيد أن الزوج ليس هو الأب الحقيقي للطفل على وجه التأكيد.

أما الفرض الثاني ظهور فصيلة دم الطفل موافقة فهذا يعني أن الزوج قد يكون هو الأب الحقيقي وقد لا يكون كذلك، ذلك أن الفصيلة الواحدة قد يشترط فيها أناس كثيرون[3].

الفرع الخامس: سلطات القاضي في تقدير الطرق العلمية

تنص المادة 40 في فقرتها الأخيرة:" يجوز للقاضي اللجوء الى الطرق العلمية لاثبات النسب" فهي تلك الوسائل القطعية الدلالة التي يستعان بها للوصول الى الحقيقة، بحيث تثبت العلاقة اليقينية الحتمية بين الولد وأبيه غير ان المشرع الجزائري جعل الأمر جوازيا من خلال لجوء القاضي لإصدار الأمر بتعيين خبير طبي ومطلق من حيث تقدير القاضي الأخذ بها.

---

[1] _**محمد محمدأبو زيد**، مرجع سابق، ص278.

[2] _**عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي**، مرجع سابق، ص 278.

[3] _**سلامي دليلة**، مرجع سابق، ص 23.

أولا: لجوء القاضي الى الخبرة الطبية

لا يمكن بأي حال من الأحوال لقاضي شؤون الأسرة الفصل في مسألة اثبات النسب بالطرق العلمية، إلا باللجوء الى استشارة الخبراء والعلماء المتخصصين في المجال البيولوجي للتوصل إلى نتائج علمية دقيقة باعتبارها من المسائل التقنية، التي لا يمكن للقاضي الفصل فيها الا بالاستعانة بهم.

وعلى هذا الأساس فإن القاضي لفصله في القضايا المطروحة يعتمد القواعد العامة للخبرة القضائية، من خلال استصدار حكم تحضيري قبل الفصل في الموضوع بتعيين خبير مختص توكل له مهمة إجراء التحاليل الطبية، لاثبات نسب الولد لأبيه أو نفيه حسب القضية، وتحديد المهام المطولة بدقة.

والحكم التحضيري لا يعبر عن توجه القاضي، ولكن الحكم في القضية، مرتبطة باقتناعه الشخصي، وما تتضمنه نتائج الخبرة ومسألة تقديرها، ومدى حجيتها، لأنها خبرة تعتمد على آراء المختصين.

ثانيا: مدى تأثر الحكم القضائي بالخبرة الطبية

انطلاقا من المادة 2/40 ق.أ.ج.[1] يتضح لنا جليا أن سلطة القاضي التقديرية في هذا الشأن واسعة، إن لم نقل مطلقة في الأخذ بنتيجة الفحص الطبي، واعتمادا كليا أو جزئيا في تكوين قناعته وبالتالي تأسيس حكمه، أوردها جملة واحدة والسير في الدعوى دون الاسترشاد مطلقا بالخبرة، غير أنه ينبغي له حين ذلك تسبيب استبعاده للخبرة، كما يستطيع الغاء الخبرات كليا أو جزئيا، لعيب شكلي أو لانحيازها وعدم مصداقيتها.

ونلخص في الأخير، أن الطرق العلمية بما فيها البصمة الوراثية وفصائل الدم يمكن أن تكون دليلا قويا في ثبوت النسب وحتى نفيه، مما يجعلها سلاحا قويا في يد القاضي يلجأ اليه متى

[1]_تنص المادة 2/40:" يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لاثبات النسب".

وجد داعي لذلك، بهذا تكون الوسائل العلمية قد ضمنت مكانتها بين طرق اثبات النسب، وحتى نفيه.

الخاتمة

الخاتمة

ما يمكننا استخلاصه مما سبق أن المشرع الجزائري نظم الأحكام القانونية للزواج بحيث جعله عقدا رضائيا حسب المادة 04 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 05_02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

حيث أصبح الرضا العنصر الجوهري والركن الوحيد في العقد، بالاضافة الى الشروط المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من نفس القانون غير أن هذا التنظيم لم يخل من بعض الغموض حيث أن المادة 11 المعدلة تكرس للمرأة الحق في مباشرة عقد الزواج بنفسها واشترط المشرع فقط حضور الولي في هذا العقد سواء كان أبا أو أحد الأقارب أو أي شخص آخر تختاره وهو ما يفتح الباب أمام التأويل.

ولقد تم تحديد سن الزواج من خلال المادة 07 و جعلها 19 سنة مثل سن الرشد في القانون المدني.

كما أنه اهتم بحماية الصحة للمجتمع عامة والزوجين والأطفال خاصة من خلال إلزام طالبي الزواج بتقديم شهادة طبية قبيل ابرام عقد الزواج وذلك من خلال المادة 07 مكرر التي نصت على وجوب الفحص الطبي للكشف على الأمراض الخطيرة المعدية أو المزمنة أو الوراثية.

ونجد المشرع في المادة 09 مكرر اعتبر الموانع الشرعية شرط من شروط الصحة إلا أن المادة 34 اعتبرها ركن وتعتبر هذه الأخيرة الأصح لأنه رتب على تخلفها البطلان.

كما أنه نص على شرط الشاهدان ولم ينظم نصوص قانونية بخصوص ذلك وهذا ما يجعلنا نرجع الى أحكام الشريعة الاسلامية وفقا لما نصت عليه المادة 222 من قانون الأسرة.

وأكد المشرع الجزائري على استقلال الذمة المالية لكلا الزوجين والاتفاق على مصير الأموال المشتركة والمكتسبة أثناء الحياة الزوجية من خلال المادة 37 فقرة 1 و 2.

واعتمد كذلك على طرق لإثبات النسب منها عن طريق الزواج الصحيح والزواج الفاسد

الخاتمة

ونكاح الشبهة وإثبات النسب بالاقرار والبينة باعتبار هذه الطرق طرقا تقليدية حسب المواد 40، 41، 43، 44، 45 وإثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة من خلال الأخذ بالبصمة الوراثية ونظام فصائل الدم حسب المادة 2/40 من قانون الأسرة.

نظرا للنقائص التي لمسناها من خلال بحثنا، وجب علينا ذكر بعض الإقتراحات التي نضعها تحت بضع نقاط ألا وهي:

1_تنظيم ووضع المشرع الجزائري لشرط الشاهدان نصوص قانونية خاصة بها وذلك من أجل عدم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

2_على المشرع الجزائري إعادة النظر في نص المادة 11 على نحو يسمح له بتأكيد دور الولي في عقد زواج موليته.

3_تحديد القاضي المختص الذي يتولى تزويج من لا ولي لها، مبينا الإجراءات المتخذة في ذلك.

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر و المراجع

1_ القرآن الكريم:

سورة البقرة، الآية 235.

سورة النساء، الآية 4.

سورة المائدة، الآية 56.

سورة النساء، الآية 23.

سورة البقرة، الآية 222.

سورة الروم، الآية 21.

سورة النساء، الآية 19.

سورة النساء، الآية 33.

سورة الفرقان، الآية 54.

سورة الأحقاف، الآية 15.

سورة الأحزاب، الآية 33.

سورة النساء، الآية 33.

2_ **القوانين و المراسيم:**

1_قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1987 المعدل والمتمم بالأمر 05_02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

2_قانون رقم 8/14 المؤرخ في 13 شوال عام 1435 الموافق ل 9 غشت سنة 2014، يعدل ويتمم الأمر رقم 70_20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق ل 19 فبراير 1970، المتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 49، الصادرة بتاريخ 24 شوال عام 1435 الموافق ل 28 غشت 2014.

3_المرسوم التنفيذي رقم 154/06 المؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1427 الموافق ل 11 ماي 2006، يحدد شروط وكيفيات تطبيق المادة 7 مكرر من قانون الأسرة.

3 _المؤلفات:

1 – ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان، الطبعة السادسة.

2 – أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الاسلام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 1998.

3 – أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الشريعة الاسلامية، دار الجامعة الجديدة، سنة 2004.

4 – اقفورة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، الطبعة الأولى، الأصل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012 .

5 – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية بن عكنون الجزائر، الطبعة الخامسة.

6 – بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994 .

7 – بوقندورة سليمان، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية شرح قانون الأسرة الباب الأول، الزواج وانحلاله، دار الألمعية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2015.

8 – بوقندورة سليمان، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية، شرح قانون الأسرة، الباب الأول الزواج وانحلاله، دار الألمعية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2015.

9 – جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج(الخطبة) في الفقه والقانون، دار الحمد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2009.

10 – حسن محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الاثبات، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007.

11 – رمضان علي الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الاسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2002.

12 – سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في القانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، الطبعة الثالثة،1996 .

13 – طارق ابراهيم الدسوقي عطية، البصمات الوراثية في الاثبات الجنائي، دار الجامعة الجديدة، 2011 .

14 – طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2009.

15 – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، الاثبات، آثار الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.

16 – عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2007.

17 – عبد الله مبروك النجار، التعويض عن فسخ الخطبة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2002.

18 – عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، الاصدار الثاني، سنة2004.

19 – عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس للنشروالتوزيع، الطبعة الأولى، 1997.

20 – العيش فضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر، الطبعة الثانية، 2007.

21 – الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، سنة 2008.

22 – فاتن الكيلاني البوعيشي، الفحوصات الطبية للزوجين قبل ابرام عقد الزواج، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، سنة 2011 .

23 – لوعيل محمد، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، سنة 2004 .

24 – محمد ابن اسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، تحقيق محمد بن زهير ناصر الناصر، المجلد الأول، الجزء الأول، دار طوق النجاة، لبنان.

25 – محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، الخطبة والزواج، دراسة مدعمة بقرارات و أحكام، الطبعة الثانية، سنة 1994.

26 – محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في اثبات النسب، مجلة الحقوق، الكويت، 1997 .

27 – المفتي صفوان محمد عصيبات، الفحص الطبي قبل الزواج، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، سنة 2009.

4 الرسائل و المذكرات:

أ) أطروحات الدكتوراه:

1 – رشيد مسعودي، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، قانون خاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2006/2005.

2 – سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم قانونية في القانون الخاص، سنة 2015/2014.

ب)**الماجستير:**

1_حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2010/2009.

ج)**الماستر:**

1 – أحمد طيبي، الذمة المالية بين الزوجين في الشريعة الاسلامية والقانون المقارن، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص الأحوال الشخصية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018/2017.

2 – بريكي حجيلة، مذكرة التعسف في العدول عن الخطبة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، سنة 2013.

3 – البشير كوثر، أحكام الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون معمق، جامعة عبد ابن باديس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مستغانم 2018/2017.

4 – سناء بن محمد، النظام المالي للزوجين دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، مذكرة نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص أحوال شخصية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016/2015.

5 – غربي ذهيبةشهيناز، أحكام النسب في قانون الأسرة الجزائري والفقه الاسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، 2016/2015.

6 – قوسم فوزية و واضحي أمينة، مذكرة تخرج النظام القانوني للخطبة بين الشريعة والقانون، شهادة ليسانس في العلوم القانونية والادارية، سنة 2006/2005.

5_ **الاجتهادات القضائية:**

1_المجلة القضائية، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد الرابع، 1992.

2_المجلة القضائية، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001.

الفهرس

الفهرس

المقدمة 1

الفصل الأول: الأحكام القانونية لانعقاد عقد الزواج4

المبحث الأول: الأحكام التمهيدية لعقد الزواج 4

المطلب الأول: الخطبة 4

الفرع الأول: مفهوم الخطبة وما يترتب عنها 4

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة 8

الفرع الثالث: العدول عن الخطبة والآثار المترتبة عن العدول 10

المطلب الثاني: الفاتحة 14

الفرع الأول: تعريف الفاتحة 14

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للفاتحة 15

الفرع الثالث: العلاقة بين الخطبة والفاتحة 15

الفرع الرابع: اقتران الخطبة بالفاتحة 17

المبحث الثاني: أركان وشروط عقد الزواج 18

المطلب الأول: ركن والشروط الموضوعية لعقد الزواج 18

الفرع الأول: ركن التراضي 19

الفرع الثاني: شرط الأهلية 22

الفرع الثالث: الصداق 25

الفرع الرابع: الولي والشاهدان وانعدام الموانع الشرعية 30

المطلب الثاني: الشروط الشكلية أو الاجرائية 38

الفرع الأول: الشهادة الطبية 38

الفرع الثاني: تحرير عقد الزواج وتسجيله 40

الفرع الثالث: اثبات عقد الزواج 42

الفهرس

الفصل الثاني: الآثار المترتبة عن عقد الزواج 47
المبحث الأول: حقوق وواجبات الزوجين 47
المطلب الأول: الحقوق الزوجية 47
الفرع الأول: الحقوق الزوجية المشتركة 47
الفرع الثاني: حقوق الزوجة على زوجها وحقوق الزوج على زوجته 49
المطلب الثاني: النظام المالي للزوجين 51
الفرع الأول: استقلال الذمة المالية للزوجين 51
الفرع الثاني: مصير الأموال المشتركة بين الزوجين 53
المبحث الثاني: اقرار النسب وثبوته56
المطلب الأول: طرق اثبات النسب التقليدية 56
الفرع الأول: اثبات النسب بالزواج الصحيح 57
الفرع الثاني: اثبات النسب بالزواج الفاسد ونكاح الشبهة 60
الفرع الثالث: ثبوت النسب بالاقرار والبينة 62
المطلب الثاني: الطرق العلمية لاثبات النسب 66
الفرع الأول: نظام البصمة الوراثية 66
الفرع الثاني: نظام فحص الدم 67
الفرع الثالث: صعوبات تطبيق الطرق العلمية لاثبات النسب 67
الفرع الرابع: حجية الطرق العلمية في اثبات النسب 68
الفرع الخامس: سلطات القاضي في تقدير الطرق العلمية 71
الخاتمة 75
قائمة المصادر و المراجع 77
الفهـــــــــــرس 84

مـلخص مذكرة الماستر

يهدف هذا البحث الى دراسة الأحكام القانونية لعقد الزواج و الآثار المترتبة عنه، و حتى نوفي هذا الموضوع حقه قسمناه الى فصلين أولهما الأحكام القانونية لعقد الزواج فأدرجنا فيها مبحثين في المبحث الأول الأحكام التمهيدية لعقد الزواج و ذكرنا الخطبة في المطلب الأول و الفاتحة و كل ما يترتب عنها في المطلب الثاني و في المبحث الثاني أركان و شروط عقد الزواج في المطلب الأول الركن و الشروط الموضوعية حيث ذكرنا ركن التراضي و شرط الأهلية والصداق و باقي الشروط الأخرى و في المطلب الثاني الشروط الشكلية أو الاجرائية و ذكرنا فيه الشهادة الطبية و تحرير و تسجيل عقد الزواج و اثباته.

أما الفصل الثاني فكان تحت عنوان الآثار المترتبة عن عقد الزواج في المبحث الأول حقوق

و واجبات الزوجين و جعلنا له مطلبين الحقوق الزوجية و النظام المالي للزوجين، و في المبحث الثاني اقرار النسب و ثبوته و ذكرنا الطرق التقليدية لثبوته و الطرق العلمية و سلطات القاضي في تقدير الطرق العلمية في الاثبات.

الكلمات المفتاحية:

1/الزواج2/الخطبة 3/الفاتحة

4/التراضي 5/النسب 6/البصمة الوراثية

Abstract of The master

This researchaims to study the legal provisions of the marriagecontract and the implications of it, and untilwefulfillthissubject's right, wedivideditintotwochapters, the first

of whichis the legalprovisions for the marriagecontract. About it in the second requirement and in the second topic the pillars and conditions of the marriagecontract in the first requirement the pillar and the substantive conditions, wherewementioned the corner of mutual consent and the condition of eligibility and dowry and the rest of the other conditions and in the second requirement the formal or procedural conditions, and wementioned the medicalcertificate and the writing and registration of a contractMarriage and its proof.

As for the second chapter, itwastitled the implications of the marriagecontract in the first section, rights And the duties of the spouses and we made for himtwodemands of marital rights and the financial system of the spouses, and in the second study the approval of lineage and its proof and wementioned the traditionalmethods of proof, the scientificmethods and the judge'spowers in estimating the scientificmethods of proof.

keywords:

1/marriage**2**/the engagement**3**/fatiha**4**/compromising**5**/prportions**6**/geneticfootprint