

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص



أحكام الزواج في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستير في الحقوق

تخصص قانون خاص معمق

إشراف الأستاذ :

- بوزيد خالد

إعداد الطالبة :

- البشير كوثر

أعضاء لجنة المناقشة :

رئيسا

مشرفا

مناقشا

- درعي العربي

- بوزيد خالد

- مزبود مصيفي

السنة الجامعية: 2017-2018

إهداء

إهداء

إلى من ربط الله طاعته بطاعتها
والذي العزيزين حفظهم الله لي
وأطال في عمرها.
إلى أخي وأختاي.
كل الأهل والأصدقاء وبالأخص
صديقتي حنيفي فاطيمة
كل من مد لي يد المساعدة
ولو بكلمة طيبة أو دعاء .

البشير كوثر

كلمة الشكر

كلمة شكر:

الحمد لله الذي وفقني ومنحني للقوة والصبر لإتمام هذا العمل
فبعد شكر الله عز وجل، اتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذي
الفاضل المشرف بوزيد خالد على تكريمه بالإشراف على هذه
المذكرة .

وكما أوجه شكري مقدما إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين
تشرفت بقبولهم مناقشة هذا العمل
وأساتذة قسم الحقوق.

البشير كوثر

مفصلة

يكتسي نظام الأسرة على مر العصور أهمية بالغة باعتباره القاعدة الأساسية لتكوين المجتمعات القديمة و المعاصرة على حد سواء، و لذلك فان كل التشريعات الدولة و الأنظمة المختلفة تعرضت لهذا الموضوع بشكل مفصل حسب طبيعتها و خصوصيتها.

كما أن نظام الأسرة يحتل مكانة بارزة في النظام الإسلامي، باعتباره احد الوظائف الأساسية التي يقوم عليها المجتمع.

و قد حرصت الشريعة الإسلامية على إبراز و إظهار مكانة و متانة النظام الأسري من خلال تحديد العلاقات الأسرية التي تقوم على الزواج كمنطلق لتكوين الأسرة.

كما رسمت معالم و أهداف هذا الزواج و إحاطته بسلسلة من الضمانات للحفاظ على العلاقات الأسرية من التشتيت و الضياع ، و يكفي أن القران الكريم سمي عقد الزواج بالميثاق الغليظ تعظيما له.

و أما الأهداف المرسومة من الزواج فتتجلى قوله تعالى "و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة و رحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون" سورة الروم الآية 20.

ففي سنة 1963/06/29 صدر القانون رقم 63-244 المتعلق بتحديد بين الزواج و تسجيله ، و رغم هذا لم ينل الشعب الجزائري جزء من استقلاله التشريعي و ظل طوال مدة واحد و عشرون سنة (21) بلا قانون للأحوال الشخصية ، إلى أن صادق البرلمان الجزائري على قانون الأسرة المستمد من الشريعة الإسلامية و أصبح ساري المفعول في 1984/06/09 من القانون رقم 11-84 الذي اشتمل على أربع كتب ، الكتاب الأول بعنوان : الزواج و انحلاله ، الكتاب الثاني بعنوان : النيابة الشرعية ، أما الكتاب الثالث بعنوان : الميراث و الكتاب الأخير : التبرعات.

و ما يلاحظ انه لم يكن قانون في مستوى الواحد و العشرين سنة الدراسة حيث اشتمل على ثغرات عديدة كانت محل نقد و نقاش بين الرجل الدين و القانون و السياسة و الاجتماع، و ذلك استدعي حتمية التعديل لسد هذه الثغرات ، و قد عمدت المحكمة العليا إلى وضع مشروع تمهيدي لتعديل قانون الأسرة

و هذا المشرع جاء بعد عشرين سنة أخرى من معاناة ساحة القضاء من إشكالات هذا المشروع كاف في المستوى هذه المدة من الانتظار ، لا سيما ما يتعلق بالزواج و إجراءاته و أحكامه .

و عدل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في فبراير 2005.

حاول المشرع الجزائري وضع تعريف عقد زواج في المادة الرابعة معدلة من قانون الأسرة الجزائري " زواج هو عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحسان الزوجين و المحافظة على الأنساب".

أي أن الطبيعة القانونية للزواج على أنه عقد ما دام أنه يحتوي على ركن التراضي و لا يمكن أن نعطي للزواج صفة العقد مثل العقد المدني لأنه ينظم الأحوال الشخصية و ليس مالية و هو عقد من طبيعة خاصة.

و أهم ما يهم هو المحافظة على الأنساب و النسب حقيقة كبرى يجعل الله البشر ذوي النسب و ذوي المصاهرة و لقد تبارك و تعالى على عباده بالنسب و هو يعد كأثر من آثار الزواج.

و كذلك يمنح هذا الميثاق الغليظ حقوق و واجبات للزوجين، و من هنا نطرح الإشكال: فيما تتجلى الأحكام القانونية لإبرام عقد الزواج؟ و ما هو آثاره؟.

و للإجابة عن هذه الإشكالية اعتمدت المنهج المقارن و المنهج الوصفي و التحليلي معتمدة خطة ثنائية من خلالها الفصل الأول: شروط إبرام عقد الزواج ضمينه مبحثين المبحث الأول تعلق ثاني بالشروط الموضوعية و المبحث الثاني تعلق بالشروط الإجرائية

أما الفصل الثاني فخصه في آثار عقد الزواج في مبحثين الأول: حقوق و واجبات الزوجية و أما المبحث الثاني تعلق بحق النسب.

و أن غايتنا من الموضوع الدراسة معالجة قانونية لأحكام الزواج و إبراز أهميتها و مدى فعاليتها و التعديل الجديد.

الفصل الأول

الفصل الأول: شروط إبرام عقد الزواج

لقد نظم المشرع الجزائري الزواج في القانون الأسرة أركان الزواج ضمن القسم الثاني المتعلق، إلى أن الزواج يعقد بالرضا أي تبادل الإيجاب والقبول، بالإضافة إلى هذا الركن الأساسي الذي لا وجود لماهيته العقد بدونها، هناك شروط أخرى فرض وجودها في عقد الزواج الصحيح وهي شروط الصحة وإضافة إلى الشروط الإجرائية .

وفي دراستنا سنتناول الشروط الموضوعية في المبحث الأول ثم الشروط الإجرائية في المبحث الثاني .

المبحث الأول: الشروط الموضوعية

عقد الزواج كغيره من العقود لا بد فيه من أركان وشروط، ونظرا لهذا العقد من خصوصية تميزه عن غيره من العقود كان ولا بد من إن يختلف ركنه وشروطه عن أركان وشروط العقود الأخرى، وعليه سيخصص هذا المبحث لركن وشروط صحة الزواج .

إن قانون الأسرة قبل التعديل حدد الأركان وجعلها أربعة في مادة التاسعة، حيث نصت على "يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة، وشاهدان وصادق" وهذا النص جاء تحت عنوان "أركان الزواج".

أما في التعديل الجديد فقد تغير الوضع تماما فلم يبق من تلك الأركان الأربعة سوى ركن واحد وهو رضا أما بقية الأركان فقد أدرجت ضمن شروط صحة الزواج، فجاء في مادة التاسعة المعدلة ما يلي "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"¹. وسنتعرض ركن الرضا في المطلب الأول وفي المطلب الثاني شروط صحة الزواج .

المطلب الأول: ركن التراضي

في هذا المطلب سنتعرض إلى تعريف التراضي كركن في الزواج وإلى شروطه ثم إلى موقف المشرع الجزائري وأثر تخلفه في عقد الزواج .

اتفق كل من الفقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون ومختلف التشريعات وكذا الاتفاقيات الدولية على أن الرضا هو الركن الأساسي في عقد الزواج واختلفوا في تسمية فهناك من يسميه الصيغة وهناك من يسميه العنصر النفسي في الزواج، وهذا الاختلاف لفظي فقط أما المعنى واحد، وقد نصت المادة (16) من ميثاق حقوق الإنسان على أن "لا ينعقد الزواج إلا بالرضا الطرفين". ونصت المادة (23) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والمادة (10) من العهد الدولي لحقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على أنه "لا ينعقد الزواج إلا برضا الطرفين رضاء كاملاً لا اكراه فيه".

¹ - شرح القانون الأسرة الجزائري، بن شويخ الرشيد، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، ط: 01، 2008، ص: 54-55.

الفرع الأول: تعريف ركن التراضي (الصيغة)

"هي اللفظ الدال على حصول الزواج وتحققه إيجاباً وقبولاً، والإيجاب هو التعبير الدال على الرضا الصادر ممن هو أهل له، ويسمى الشخص الذي صدر منه الإيجاب موجبا، أما القبول هو ما صدر ثانياً من الطرف الذي صدر منه القبول قابلاً.

فأول الكلام إيجاب سواء صدر من الجانب الزوج أو من جانب الزوجة، ويسمى إيجاباً لأنه أوجد الالتزام وسمى الثاني قبولاً لأنه رضا بما في الأول إلزام¹.

أولاً: شروط التراضي :

1. التمييز :

إن كان احدهما صغيراً أو مجنوناً فإن الزواج لا ينعقد، وهذا وقد أوردت المادة السابعة من القانون الأسرة شرط اكتمال أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة .

2. اتحاد مجلس الإيجاب والقبول :

فلو فصل بين لإيجاب والقبول بكلام أجنبي أو بما يعد في العرف أعراضاً فإن الزواج لا ينعقد وليس بلزماً أن يكون القبول فور الإيجاب .

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

3. إن يوافق القبول الإيجاب :

وذلك حتى يتلاقى على شيء واحد ويتحقق اتفاق الإرادتين فإذا تخالفا مخالفة كلية أو جزئية لا ينعقد الزواج إلا في حالة إذا كانت المخالفة فيها حيزاً للموجب فإنه ينعقد، كأن يقول زوجتك ابنتي بخمسائة، فقال: قبلت بألف. إن الزواج ينعقد لأن القبول اشتمل على ما هو الأصل .

4. سماع كل من المتعاقدين كلام صاحبه :

والذي يفهم منه إن المقصود هو إنشاء عقد زواج .

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

ذكرنا أن ما يرجع للعاقد شرطان: أولهما أن يكون العاقد أهلاً لمباشرة العقد بان يكون كامل الأهلية وثانيهما أن يعلم اتجاه المجلس والتوافق الإيجاب والقبول .

أما ما يشترط في الصيغة أن تكون منجزة غير معلقة على أمر سيحدث في المستقبل .

وما يرجع إلى المحل وهو المرأة فيشترط منهما شرطان :

- أن تكون الأنثى محققة الأنوثة:

1 - الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، عبد القادر بن حرز الله، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، ط: 01، 2007، ص: 51.

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

- ان تكون مؤبدة :

أي أن تكون على وجه التأييد غير مؤقتة بوقت كان، ولهذا حكم الفقهاء على زواج المتعة و الزواج التحليل بالبطلان، لان الأول يقصد به مجرد الاستمتاع الوقتي والثاني و الثاني يقصد به تحليل الزوجة لزوجها الأول.¹

ثانيا: التعبير عن الإرادتين من حيث اللفظ والصيغة :

أحوال التعبير عن إرادتي الطرفين في عقد الزواج تظهر في ثلاثة أوجه :

• الألفاظ المستعملة في العقد:

إن العقد الزواج لا ينعقد إلا بالألفاظ الدالة عليه، سواء أكانت حقيقة لغوية في دلالتها عليه أم مجازا وفي ذلك تقول المادة العاشرة في القانون الأسرة "يكون الرضا بكل لفظ يفيد معنى لغة " ويمكن حصر الألفاظ عقد الزواج حسب ما يراه الفقهاء في أربع مجموعات .

(1) الألفاظ التي تستعمل فيها لفظ الزواج والنكاح

وهي دالة صراحة على إرادة الطرفين في إبرام عقد الزواج .

(2) الألفاظ الدالة على تملك الأعيان في الحال بغير عوض :

كلفظ الهبة، وقد أخذ بذلك مالك وأبو حنيفة وابن حنبل استناداً لقوله تعالى " وَامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبْتَ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ ² وفي ذلك لفظ مجازي .

(3) الألفاظ الدالة على تملك الأعيان في الحال بعوض :

إذا قصد بها معنى الزواج ومن كان على هذا الرأي، يفسره بأن اللفظ الذي اقترن بما يدل على إرادة إبرام عقد الزواج، و أما من يخالفون هذا الرأي فيرون بأن حقيقة البيع وما يشبهه من المعاملات تخالف حقيقة الزواج فلا يستعمل لفظ فيه .

(4) الألفاظ التي تدل على تملك المنفعة في الحال :

1 - الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، طاهري حسين، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009، ص: 22- 23- 24.

2 -سورة الأحزاب، الآية 50.

وهذا قول منفرد على الجمهور الفقهاء يرى بأنه يصطدم بحقيقة الزواج الذي هو غير الحصول على المنفعة ، وما هو الأمر بالنسبة إلى استعمال اللغة في انعقاد عقد الزواج بغير اللغة العربية؟

فقد ذهب جمهور الفقهاء على أنه يجوز انعقاد الزواج بغير اللغة العربية إذا كانت الألفاظ تدل على معنى الزواج في اللغة التي اختارها المتعاقدان او ينطلقان بها .¹ بخلاف الفقه الحنبلي الذي يرى بأن عقد الزواج لا يصح بغير اللغة العربية .

• حكم العاجز عن التكلم :

تناول المشرع الجزائري انعقاد الزواج بغير كلام في المادة العاشرة من القانون الأسرة الفقرة الثانية "ويصح الإيجاب والقبول من العاجز ، بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرف كالكتابة والإشارة"².

أولاً: انعقاد الزواج بالإشارة

إذا كان احد العاقدين أخرس فهل يجوز له أن يعقد زواجه بالإشارة إذا كان يعرف الكتابة ذهب الرأي الراجح في المذهب الحنفي إلى أنه لا يلجأ إلى الإشارة إذا كان الخرس يجيد الكتابة ، لأن الكتابة أبين دلالة وأقوى في التعبير عن الإرادة ومن يستطيع الأعلى لا يقبل منه الأدنى ، فلا تقبل الإشارة لأنها قاصرة عن الكتابة في الدلالة .

بينما ذهب الجمهور إلى الأصل في العقد أن يكون بالخطاب فإذا عجز عنه استعين بغيره من أنواع الدلالات ، لان العبرة بحصول الإفهام وما دام لا يستطيع النطق فالإشارة والكتابة لديه سواء .³

ثانياً: انعقاد الزواج بالكتابة

إذا كان أحد العروسين عاجزا ولا يملك القدرة اللازمة للتعبير بلسانه عن إرادته في عقد زواجه مع شخص آخر معين ، ولكنه قادرا على الكتابة والتعبير بها عن مراده في الزواج فإنه يرخص له شرعا وقانونا بالاستعمال الكتابة كوسيلة للتعبير عن إرادته في الزواج بالإيجاب والقبول على انه يكون ذلك في مجلس العقد نفسه أمام الموظف المؤهل بتحرير لعقد ، بحضور الولي ثم يطلب منه بعد ذلك أن يوقع على وثيقة عقد الزواج إلى جانب الأطراف الآخرين .⁴

1 - الغوتي بن ملحة - قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء - ديوان المطبوعات الجامعية - الطبعة الثانية - 2008 - ص 40-42.

2 - المادة 10 من ق رقم 84 - 11 المؤرخ في 9 يونيو المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم.

3 - سعد عبد العزيز - الزواج و الطلاق في قانون الاسرة الجزائري - دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع - الطبعة الثالثة . الجزائر - 1996. ص 119

4 - عبد القادر بن حرز الله - مرجع السابق - ص 53

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من أحكام الصيغة

نصت المادة (10) من القانون الأسرة الجزائري على بعض هذه الأحكام فقد جاء فيها يكون الرضا بإيجاب احد الطرفين وقبول الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا.

فيشترط في عقد الزواج رضا الطرفين بواسطة ألفاظ تفيد معنى النكاح لغة أو شرعا أو عرفا في مجلس واحد، وأما اذا تخلف الركن الإيجاب والقبول فان الزواج باطلا بطلانا مطلقا محققا لاختلال ركنه الأساسي ذلك أنه لا يوجد زواج بدون رضا سليم واختيار ملؤه الحزم والحرية.¹

الفرع الثاني: أثر تخلف ركن التراضي

سنتعرض في هذا الفرع إلى التخلف ركن التراضي في الشريعة الإسلامية ثم في القانون الأسرة الجزائرية .

أولا: أثر تخلف ركن التراضي في الشريعة الإسلامية

يذهب جمهور الفقهاء المسلمين إلى أن تخلف ركن الرضا في عقد الزواج بجعله باطلاً ومنعدما لما أصابه من خلل، ولم يرتبوا عليه أية آثار لو يحلوا به الدخول، و إذا ثم الدخول فلقد اتفق الفقهاء على وجوب التفريق بين الزوجين ويعتبرونه زنا، لكن اختلفوا حول وجوب إقامة حد الزنا عليهما .

فالمالكية والشافعية والحنبلية وأبو يوسف يقولون بإقامته، فحين الحنفية ترى أن الزواج الباطل في حد ذاته شبيهة تدرأ الحدود، ولكن هذا لا يمنع من إنزال عقوبة التعزير عليها، ومن المتفق عليه أيضا أنه لا يثبت المهر ولا النفقة ولا الطاعة كما أن لا يرد الطلاق، أما النسب فقد اختلف فيه الجمهور يرى بعدم ثبوته على عكس الحنفية التي قالت بثبوته.²

ثانيا: أثر تخلف ركن التراضي في القانون الأسري الجزائري

تناول المشرع الجزائري في النص المادتين (32) و(33) من قانون الأسرة الجزائري أثر تخلف ركن الرضا، حيث نصت المادة (32) من الأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 على أنه "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو الشرط يتنافى ومقتضيات العقد". أما المادة (33) من نفس الأمر فنصت على أنه "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا".

1 - فوزية بوحاجي - غنية عوناي - الأحكام القانونية لانعقاد الزواج - مذكرة مقدمة ضمن متطلبات سبل شهادة الماستر حقوق - جامعة الجليلي بونعامة خميس مليانة 2014-2015- ص 39
2 - العيش فصيل - قانون الأسرة مدعو باجتهادات المحكمة العليا. ديوان المطبوعات الجامعية - الطبعة الثانية - بن عكنون الجزائر 2007 ص 35.

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صدق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صدق فيه، ويثبت بعد الدخول بصدق المثل".

والفرق بين الفسخ والبطلان يتبين فيما يلي :

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

وما يؤخذ على المشرع الجزائري في المادة (34) أنه رتب الفسخ كجزاء والأصح هو البطلان لأمر متعلق بالنظام العام والآداب العامة (الزواج بالمحرمات) وفي نفس الإطار يستمر المشرع في الخلط بين المصطلحين الفسخ والبطلان، حيث يعتبر في المادة (32) عقد زواج باطل إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد وبالمقابل يعتبر المادة (35) الشرط باطل والعقد صحيح إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه.¹

المطلب الثاني: شروط صحة عقد الزواج

في هذا المطلب سنستعرض إلى شروط الزواج المنصوص عليها في المادة التاسعة مكرر وهي أهمية الزواج، الصداق، الولي والشاهدين بالإضافة إلى انعدام الموانع الشرعية.

الفرع الأول: أهلية الزواج والصدق

أولاً: أهلية الزواج

1. لتعريف اللغوي للأهلية :

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

وقد استعرض الدكتور خلف الجابوري تعريفات الأصوليين والفقهاء للأهلية ثم قال "التعريفات تنوعت ألفاظها إلا أنها 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 ومناطق الأهلية العقل وفق الخطاب، فمن لا عقل له وهو المجنون فإنه فاقد الأهلية".²

¹ - عمر سليمان الأشقر، احكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة - دار النفائس للنشر و التوزيع -

الطبعة الأولى 1997 ص 109

² - عمر سليمان الأشقر، احكام الزواج في ضوء الكتابة والسنة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1997، ص 109.

2. المفهوم الفقهي للأهلية :

يقصد بالأهلية في الفقه الإسلامي صلاحية الشخص للإلزام، بمعنى أن يكون الشخص صالحاً لأن تلزمه حقوق لغيره وتثبت له حقوق من قبل غيره، فإذا كان الشخص أهلاً للثبوت الحقوق المشروعة له وبنبوت الحقوق المشروعة عليه وأهلاً لأن يلتزم بحقوق تنشأ أسبابها القولية، كانت عنده الأهلية بجزأياها، أو كانت عنده ما يسمى في عرف الفقه أهلية الأداء. وان كان للشخص صلاحية لثبوته الحقوق له ووجوب الواجبات عليه كانتقال الملك له ووجوب نفقته على الغير أهلية الوجوب.²

و أهلية الأداء تثبت كاملة للبالغ العاقل الراشد الذي لم يحجر عليه، حيث لا يجوز للصغير والصغيرة ان يتزوجا حتى يبلغ، مصداق لقوله تعالى " وَابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا ۗ وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ۗ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ۗ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهُدُوا عَلَيْهِمْ ۗ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا "3

ولا يشترط جمهور الفقهاء لانعقاد الزواج البلوغ والعقل وأكد صحة الزواج الصغير والمجنون وقد كانت آراء الفقهاء واضحة، فلم يعينوا للرشد سنا خاصة، ولم يعينوا للبلوغ سنا، اذ جعل أبو حنيفة نهاية لسن الحجر ونقص الأهلية فحددهما بخمسة وعشرين سنة (25 سنة)⁴

3. المفهوم القانوني للأهلية :

لقد حددها القانون الأسرة الجزائري في مادته السابعة بواحد وعشرين سنة (21 سنة) بالنسبة للرجل والمرأة يتماثل الثامن عشر (18 سنة) بموجب القانون رقم 84-11.⁵

ولكن قانون الأسرة هذا المعدل بموجب الأمر 5-2 الصادر بتاريخ 27/05/2005، فلقد نص في المادة السابقة منه المعدلة على أن أهلية الزواج تكتمل بالنسبة للرجل والمرأة سن التاسع عشر (19) سنة.

وما تجدر ملاحظته بشأن تحديد سن الزواج الوارد في التعديل فهو "أنه تحت ضغوط بعض المحظيات من بعض المسائسات، ساوي المشرع الجزائري بين الرجل والمرأة في سن الأهلية الزواج، وهي مساواة شكلية اكثر منها مساواة جوهرية خاصة إذا علمنا جميعا أن المشكلة التي يشكو منها المجتمع الجزائري ليست هي مشكلة الزواج المبكر بل هي

1 - الإمام أبو زهرة ، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي - بدون سنة ص198

2 - محمد سراج - نظرية العقد في الفقه الإسلامي بدون سنة طبع - ص 64

3 - سورة النساء الآية 6.

4 - وهبة الزحيلي الفقه الاسلامي و ادلته - الجزء 09، دار الفكر - الطبعة الثانية سنة 1984 - ص 60،65

5 - المادة 7 من قانون 84 - 11 المتضمن من قانون الاسرة الجزائري.

مشكلة العنوسة بالنسبة للمرأة ومشكلة البطالة والعجز عن التحمل تكاليف الزواج بالنسبة للرجل.¹

4. أثر تخلف شرط الأهلية :

إن مادة السابعة من قانون الأسرة الجزائري لم توضح الآثار القانونية المترتبة عن الزواج الحاصل قبل البلوغ الزوجين أو احدهما السن القانوني ،ونلاحظ بأن الحكم الجديد الوارد في المادة السابعة المعدلة بالأمر 05-02 يعتبرها سنا ضمنيا للحكم القديم ،الذي جاء به القانون رقم 63/224 ،وذلك تغليبا لإرادة المشرع الحديثة ،وكذا لاستحالة أعمال الحكامين في وقت واحد مما يستوجب معه تطبيق المادة 7 المعدلة الجديدة وفق لاجتهاد المحكمة العليا الحديث.²

والقانون رقم 63-224 نص في الفقرة الأولى منه على أنه لا يجوز للرجل الذي لم يبلغ الثامن عشر (18) سنة ،ولا للمرأة التي لم تبلغ السادس عشر (16) سنة أن يعقدا زواجا ،ونص في المادة الثانية على معاقبة كل ضابط الحالة المدنية او القاضي (الموثق) والزوجين وممثليهما الذين لم يراعوا شرط السن القانونية ،ثم نص المادة الثالثة على أن كل زواج ابرم خلافا لأحكام المادة الأولى يكون باطلا ،ما لم يلحقه دخول ويجوز الطعن فيه من الزوجين شخصا أو من النيابة العامة أو من له مصلحة فيه -

ولكن لا يجوز الطعن في العقد إذا بلغ الزوجان السن القانونية أو حملت الزوجة التي لم تبلغ سن أهلية الزواج ،لهذا فإننا نعتقد أنه مادام قانون الأسرة لم ينص صراحة على إلغاء القانون رقم 63-224 ولم يتضمن مؤيدات جديدة فإنه يبقى قابلا للتطبيق على كل من يخالف سن أهلية الزواج.³

ثانيا:الصداق

نصت المادة 14 من قانون الأسرة على انه "الصداق هو ما يدفع (...). إلى الزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء". وقد نصت كذلك عليه المواد 15،16،17، من قانون الأسرة ونظرا لأهمية الموضوع ارتأينا دراسة سنتناول العناصر التالية :

أولا :تعريفه وأنواعه .

(1) تعريف الصداق:

لغة :

1 - عبد العزيز سعد - قانون الاسرة في ثوبه الجديد ، دار هومه - الطبعة الثالثة ،2011- ص 25.
2 - بلحاج العربي - احكام الزوجية و اثارها في القانون الاسرة الجزائري - دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع - الجزائر - 2013 ص 198-199.
3 - عبد العزيز سعد ، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، مرجع سابق ص 28.

مهر المرأة مهراً، أي جعل لها مهراً، وأعطائها مهراً¹، والمهر صدق المرأة والجمع مهور مهورة وفي حديث أم حبيبة: وامهرها النجاشي من عنده، ساق لها مهراً وهو الصداق والصداق مأخوذ من الصدق، وهو الشديد الصلب، لأنه أشد الأعواض ثبوتاً فإنه لا يسقط بالتراضي.²

اصطلاحاً:

عرف الفقهاء المهر بتعريفات عدة نذكره منها ما يلي :

النحنفية: اسم للمال الذي يجب لعقد النكاح على الزواج في مقابلة البضع إما بالتسوية أو بالعقد .

المالكية: ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها.

الشافعية: ما وجب بنكاح أو وطء .

الحنابلة: العوض المسمى في العقد النكاح أو المسمى بعده.³

أنواعه: وهو نوعان

أولاً: المهر المسمى (معجل ومؤجل)

وهو ما اتفق عليه العاقدان وقت العقد أو الفرض للزوجة بالتراضي بعد العقد وهذا المهر المسمى بنوعين، يكون الواجب للزوجة، إذا تم العقد صحيحاً والمسمى ما يصلح أن يكون، ووجوب المهر المسمى يثبت للزوجة على الزوج بمجرد العقد الصحيح، سواء دخل بها أم لم يدخل، سواء اختلى بها خلوة صحيحة أم لم يختل.

ووجوب المهم المسمى من غير توقف هذا الدخول هو في العقد الصحيح أم العقد الفاسد فلا يجب بمجرد شيء ولو كانت التسمية صحيحة غير أنه إذا دخل الزوج بزوجه دخولا حقيقاً، فإنه يجب لها على الأقل من المهم المسمى ومهر المثل .

ثانياً : مهر المثل

هو مهر امرأة من أقارب أبيها، كالأخوات والعمات وبنات الأعمام، ولا يعتبر بأمرها وخالتها إلا إذا كانت من قبل أبيها فإن يكون أبوها تزوج بنت عمه فإن أمها وخالتها تكون من

1- ابن منظور - لسان العرب ، المجلد الأول ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبع الأولى 2005 ص 184.

2- فوزية أبو حاجي و غنية غوناي ، الأحكام القانونية لانعقاد الزواج ، مرجع السابق ص 47.

3- جميل فحري محمد فحري محمد دجانم ، آثار الزواج في الفقه والقانون ، دار الحامد للنشر و التوزيع ، عمان الطبعة الأولى 2009 ص 111.

قبل أبيها وذلك لأن قيمة الشيء ،إنما تعرف بالرجوع إلى قيمة جنسه والإنسان من جنس قوم أبيه ، لا من جنس قوم أمه.

وان لم توجد من تماثل في صفاتها من أقارب أبيها ،اعتبر مهر المثل بمهر امرأة تماثل أسرة أبيها في المكانة والمنزلة الاجتماعية . وعندما يراد أثبات مثل أسرة يشترط إخبار رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول بان يقولوا "نشهد بأن مهر مثلها مثل أقارب أبيها وقد تزوجت بهذا المبلغ".¹

ثالثاً: شروط الصداق

يشترط في المهر ما يشترط في الثمن في البيع إلا أنه لإتيانه على المكارمة قد يغتفر فيه ما لا يغتفر في الثمن. وشروطه كالتالي:

- أن يكون مشمولاً شرعاً ودليل اشترط التمويل أن الله تعالى لما أمر أن يكون النكاح بالأموال لم يجز أن يبذل فيه ما ليس بمال ،وحقيقة المال ما تتعلق به الأطماع ويعتد للانتفاع فلا يجزأ الصداق إذ لم يكن مشمولاً ومن ذلك :
- إذا وجب على الرجل لامرأة قصاص فيتزوجها على تركه ،فيفسخ قبل الدخول ،فإن دخل ثبت الصداق المثل .
- أن يتزوجها ليكون سمسار في بيع سلعة لها ، وأما لو جعلت له شيء يساوي ربع دينار في نظير السمسرة فله جعله صداقاً.
- أن يكون طاهراً لا نجس فيه إذ لا يقع بالنجس تقويم شرعاً كالخمر .
- أن يكون منتفعاً به شرعاً إذ غير المنتفع به لا يقع فيه تقويم كأنه لهو مثلاً :فلا يصح دفعها صداقاً.
- أن يكون مقدوراً على تسليمه .
- أن يكون معلوماً قدراً وصنفاً وأجلاً.²

رابعاً: تعجيل المهر وتأجيله :

يذهب الجمهور إلى أنه لا يشترط تعجيل المهر كله قبل الدخول ،بل يجوز تأخير بعضه أو كله إلى ما بعد الدخول ،ويشترط أن لا يكون مجهولاً جهالة فاحشة وعند عدم النص في العقد على تأجيل أو التعجيل فإن العرف الجاري في البلاد هو الذي يتبع وبسقط الأجل المعين في العقد باستحقاق المهر بالإطلاق أو الوفاة .

ويذهب المالكية إلى كراهية تأجيل الصداق شرط من الشروط الزواج فإن وقع شيء منه مؤخراً فلا يجوز أن يطول الأجل ،حتى لا يتذرع الناس إلى الزواج بدون صداق ،ويرى

¹ - احمد فراج حسين ، احكام الزواج في الشريعة الاسلامية ، دار الجامعة الجديدة ، طبعة 2004 ص 208-207 .

² - عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في الاحكام الزواج و الطلاق ، مرجع السابق ص 133.

المالكية أنه لا يصح تأجيل الصداق إذا كان معيناً ولو يشترط قبضة بعد الدخول وأن الأجل في غير المعين إذا كان مجهولاً بفسخ العقد قبل الدخول ويثبت بعد الدخول .

و أخذ القانون الجزائري برأي المالكية حيث نص في المادة 15 يحدد الصداق في العقد سواء كان مؤجلاً أو معجلاً ،وكما جاء في النص المادة 16 "تستحق الزوجة الصداق كاملاً بالدخول وبوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول"¹.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في ملف رقم 92714 قرار بتاريخ 13/07/1993 من المقرر قانون أن يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها من إتمام الزواج أن ترد ما لم يستهلك من هدايا وغيرها.

ولا تستحق الزوجة نصف الصداق إلا عند الطلاق قبل الدخول ولما ثبت في القضية الحال أن هي التي عدلت عن إتمام الزواج بدون مبرر شرعي أو قانوني ،فإنه لا يمكن والحالة هذه تحميل المطعون ضده- بالخسائر والأضرار المترتبة عن ذلك وأن دفع الطاعن متعلق بأحقيتها في نصف الصداق وإنما يتحقق لو ثم الطلاق بإرادة الزوج ،مما يتعين القول أن القضاء الموضوع أصابوا في قضائهم ويتوجب رفض الطعن.²

خامساً: مؤكدات المهر ومسقطاته:

1) مؤكدات المهر :

والمقصود من تأكيد المهر بعد وجوبه أن يكون دنيا صحيحاً قوياً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبرام ومؤكدات المهر ثلاثة :

- الدخول الحقيقي للزوجة: إذا دخل الزوج بزوجه دخولا حقيقياً تأكد وجوب المهر عليه ،لأنه يكون قد استوفى حقه فينقرر حق الزوجة في المهر.
- الخلوة الصحيحة: وهي ان يجتمع الزوجان وحدهما .
- موت احد الزوجين : إذا مات احد الزوجين ولو قبل الدخول والخلوة الصحيحة ، تأكد وجوب الزوج وذلك لأن المهر وجب بنفس العقد ،والعقد لا يفسخ بالموت ،وإنما ينتهي به والشئ بانتهائه تنقرر أحكامه التي يمكن تقريرها ومنها المهر .³

2) مسقطات المهر :

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

1. أن تقع الفرقة بين الزوجين قبل الدخول والخلوة الصحيحة لسبب من جهة الزوجة ،كأن تأبى الدخول في الإسلام ،أو أن تفسخ العقد قبل

1 - بلحاج العربي ، الوجيز في شرح ق. أ.ج ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزء 1 الساحة المركزية بن عكنون الجزائر ، الطبعة 3 ، 204 ص 106.

2 - المجلة القضائية العدد الأول 1995 ص 128.

3 - احمد فراج حسين ، احكام الاسرة في الشريعة مرجع نفسه ص210.

- الدخول والخلوّة الصحيحة لوجود خيار فسخ العقد بالبلوغ أو الأفاقة أو العتق .
2. أن تقع الفرقة بين الزوجين من جهة الزوج لعيب أو علة في الزوجة ،فإنه يسقط جميع المهر .
3. ان تقع الفرقة بين الزوجين لعيب أو علة في الزوج.
4. أن تقع الفرق بين الزوجين قبل الدخول والخلوّة الصحيحة من جهة الزوجة، بسبب عدم كفاءة الزوج ،كان يزوجها وليها ،ثم تعلم بالزواج ،فتطلب فسخ العقد لعدم كفاءة الزوج .
5. أن تقع الفرقة بين الزوج قبيل الدخول والخلوّة الصحيحة بسبب خيار البلوغ أو الإعاقة من الجنون ،كما لو زوج غير الأب أو الجد من له ولاية الإيجاب عليه ،واختيار الزوج نفسه قبل الدخول عند الزوال سبب الحجر عليه ¹.

مسقطات بعض المهر :تستحق الزوجة نصف المهر في الحالات التالية :

1. الطلاق قبل الدخول أو الخلوّة الصحيحة .
2. إذا وقعت الفرقة قبل الدخول حقيقة أو حكما من قبل الزوج سواء كان الطلاق أم فسخا من ذلك :
- أ. الإيلاء: بأن يحلف عدم قربان زوجته أربعة أشهر أو أكثر وتمضي هذه المدة.
- ب. اللعان :وهي اتهام الرجل لزوجته بالزنا وليس لديه بينه ،فيلعن القاضي بينهما ويعد تفريق القاضي بينهما طلاقا.
- ت. الردة :وهي الخروج عن الإسلام ويعد فسخا.
- ث. إباء الزوج الذي أسلمت زوجته أن يسلم بعد عرض الإسلام عليه ،ويعد فسخا.
- ج. فعل الزوج ما يوجب حرمه المصاهرة كالزنا بأمراته أو بنته ².

سادسا :الاختلاف في المهر :

● الاختلاف في تسمية المهر وعدم تسميته

أ. في الفقه الإسلامي :

اختلفت آراء الفقهاء في كيفية فصل النزاع في هذا الموضوع بين التسمية وعدم التسمية .

قال الحنيفة :

إذا كان الاختلاف في حال حياة الزوجين ،وحلف مذكر التسمية فيجب مهر المثل بإتفاق أئمة الحنيفة ،وأن كان الاختلاف بعد الطلاق ،قبل الدخول تجب المتعة باتفاقهم أيضا ،وإذا وقع

1 - جميل فخري محمد جانم ، آثار عقد الزواج في الفقه و القانون ، ص 169.

2 - عثمان التكروري ، شرح ق الأحوال الشخصية ، مرجع السابق ص 121.

الاختلاف بعد الموت أحد الزوجين فهو كالاختلاف في حال حياة الزوجين فمن كان القول له ولو كان حيا يكون القول لورثته فيحكوا بالمسمى إن ثبت ويمهر المثل إن لم يثبت .

قال المالكية :

إن قام المدعي البينة على ما يدعيه قضى له بما إدعى وإن لم يقم البينة ،كان القول قول من يشهد له العرف في التسمية وعدمها مع يمينه .

قال الحنابلة :

ان اختلف الزوجان أو ورثته أو احدهما وولى الآخر أو وارثه في تسمية المهر ،فقال لم نسّم وقال تسمي لي مهر المثل ،فالقول قول الزوج بيمينه .

قال الشافعية:

لو أدنت المرأة تسميته ،فأذكر زوجها قائلا لم تقع التسمية ولم يدع تفويضا تخالف في الأصح ،لأن حاصلة الاختلاف في قدر المهر .¹

ب. موقف المشرع الجزائري :

• **الاختلاف في قبض المهر :**

إذا اختلف الزوجان في قبض معجل الصداق كله أو بعضه ووقع الخلاف بعد الدخول بها وجب على الزوج إثبات ما يدعيه فإن أقام بينه على دعواه حكم عليه بما ادعاه وإن عجز عن إقامة البينة كان القول قول الزوجة .²

• **الاختلاف حول صداق السر والعلن :**

إذا كان الاختلاف بين الزوجين صريحا على أن الصداق العلق هو صوري اتخذ للشهرة والسمعة فلا عبرة ويطلب الزوج بصداق السر ،أما في حالة النزاع حيث تمسك بصداق السر وتمسكت الزوجة بصداق العلق فالقول قول الزوج ويلزم الزوج بدفع صداق المعلن عليه لأنه الشيء الذي يشهد له الظاهر .³

أثر تخلف الصداق وفق القانون الأسرة الجزائري :

1 - وهيبية الزجيلي ،الفقه الإسلامي وأدلته الشرعية و الآراء المذهبية و اهم النظريات الفقهية ، الأحوال الشخصية ، الجزء 7 ، دار الفكر ، الطبعة 3 ، دمشق ص 307-308.

2 - عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في احكام الزواج و الطلاق ، مرجع السابق ص 140.

3 - بلحاج العربي ، الوجيز في شرح ق . أ . ج ، مرجع سابق ص 114.

تناول المشرع الجزائري أثر تخلف الصداق في المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري والتي نصت على أنه "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبها يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه" فقد حددت هذه المادة على الخصوص حالة تخلف شرط الصداق قبل الدخول بأنه يترتب عليه فسخ عقد الزواج، وما يستنتج منها أن المشرع الجزائري رتب الفسخ على تخلف شرط الصداق قبل الدخول، كما أنه فصل في مسألة وهي عدم استحقاق الزوجة للصداق وفي هذه الحالة، وهي ما جسد في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 09-03-1987 تحت رقم 45301 جاء فيه "أنه المقرر شرعا أن الزوجة تستحق كامل الصداق إذا توفي زوجها قبل الدخول بها، ولم يكن قد وقع حكم بفسخ العقد وبالطلاق".¹

كما تعرض المشرع الجزائري في حالة أثبات عقد الزواج في النص المادة 3/33 من قانون الأسرة الجزائري والتي نصت "ويثبت بعد الدخول بصداق المثل" فإذا تم الدخول بالزواج يثبت ويكون صحيحا وتستحق الزوجة بذلك صداق المثل وهذا ما نجده في قرار المحكمة العليا المؤرخ 17-11-1998 تحت رقم 21422 الذي جاء فيه "أن عدم تحديد الصداق" أن عدم تحديد الصداق يبطل الزواج لأنه عند النزاع يقض للزوجة بصداق المثل".²

ومتى تبين في قضية الحال فإنهم عرضوا قرارهم للتناقض والقصور في التسبب لأن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج.

الفرع الثاني: الولي والشاهدان وانعدام الموانع الشرعية

أولا: الوالي

الولاية هي شرط الثالث من شروط عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري وهذا ما نصت عليه المادة 09.

ونظراً لأهمية هذا الشرط وكثرة الأحكام المترتبة عليه فلا بد من تعريف الولاية (الولي) وبيننا أقسامها وحكمها وشروطها.

1. تعريف الولاية :

(1) اللغة :

1 - سعد عبد العزيز ، الزواج و الطلاق في قانون اسرة جزائري ، مرجع سابق ص 375.
2 - بلحاج العربي ، قانون الاسرة و فقا الاحداث التعديلات و معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال اربع و أربعين سنة 1966-2010، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الرابعة ، 2012 ص 81.

الولاية لغة بكسر الواو وهي النصرة والمحبة ومنه قوله تعالى "ومن يتول الله ورسوله والذين آمنوا فإن حزب الله هم الغالبون"¹. والولي هو الناصر والمحب والمعين. كما تأتي بمعنى القائم بأمر الشخص والمتولي لشؤونه²، ويسمى متولى العقد، ومنه قوله تعالى "فليملل وليه بالعدل"³. والولي ضده العدو والولي المالك نقول ولي يتيم أو قتل بمعنى المالك أمرهما وولي المرأة الذي يلي عقدهما عند الزواج.

(2) شرعا :

سلطة شرعية تحول لأصحابها إنشاء العقود والتصرفات وجعلها نافذة سواء كان موضوع التصرف يخصه أو كان يخص من في ولايته ممن له عليه بسلطة مستمدة من الغير بما في ذلك تصرفات الوكيل في حدود عقد الوكالة⁴.

وعرف ابن عرفة الولي بأنه: من له على المرأة ملك أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطته أو ذو إسلام.

(3) في الاصطلاح القانوني :

هي سلطة شرعية تجعل تصرف الإنسان نافداً شرعا، وهي تشمل سلالة التزويج والتربية والتعليم وغيرها من الحقوق الشخصية.

2. أقسام الولاية : تنقسم الولاية إلى ثلاثة أقسام، ولاية على النفس وولاية على المال وولاية على النفس والمال معاً.

(1) الولاية على المال : وهي سلطة التصرف في المال، سواء أكانت قاصرة أو متعدية وهذه ليست موضوع بحثنا.

(2) الولاية على النفس : وهي سلطة إنشاء عقد الزواج وهو موضوع بحثنا لأن ولاية التزويج جزء من الولاية على النفس والولاية على النفس نوعان :

أ. ولاية القاصرة :

وهي سلطة تزويج الإنسان نفسه دون توقف على رضا أحد، وهذه الولاية مرتبطة بأهلية الأداء، فمن تثبت له أهلية الأداء كاملة كانت له ولاية قاصرة على نفسه.

ب. ولاية المتعدية :

وهي سلطة تزويج الإنسان غير مجبرا عنه، أو هي سلطة الشخص في إنشاء عقد الزواج لغيره. وقد تكون ولاية عامة كالولاية التي تثبت للقاضي على الصغير ومن في حكمه

1 - سورة المائدة الآية 56.

2 - ابن منظور ، لسان العرب ، مرجع سابق ص 407.

3 - سورة البقرة الآية 282.

4 - مذكور محمد سلام، أحكام الأسرة في الإسلام القاهرة، دار النهضة العربية سنة 1967 ص 170.

،وقد تكون ولاية خاصة تثبت للأب أو الجد وبمقتضياتها يكون لهذا الولي حق التزويج هذا الصغير ومن في حكمة¹.

وهي تثبت للولي الذي يقوم بتزويج من تحت ولايته المرأة ولو كانت راشدة ولا تزوج نفسها بنفسها، وعند المذهب المالكي يجب حضور وليها ليتولى زواجها².

ويقسم الفقهاء الولاية المتعدية إلى قسمين أساسيين :

- **ولاية إجبار :** وهي التي يستند الولي فيها بتزويج من تحت ولايته بغير إذنه ورضاه، فولاية الإجبار تثبت على الصغير أو من حكمة، وتثبت على الصغيرة سواء كانت بكرًا أو ثيبًا، وأضافوا الثيب البالغة إذا ظهر فسادها وكذا المجنونة، وتعتبر ولاية كاملة³.
- **ولاية اختيار :** وهي التي لا يستطيع الولي ان يستند بتزويج المولى عليه، بل لا بد من مشاركة الزوجة وليها في اختيار الزوج، ولتولى الولي عقد الزواج وتسمى عند المالكية بولاية الشركة، ويطلق عليها الأحناف ولاية الاستحباب⁴.

3. أقسام الولي :

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

- أن يكون حرًا، فلا يجوز ولاية العبد مطلقًا.
- أن يكون بالغًا، فلا يجوز ولاية الصبي مميزا كان أو غير مميز .
- أن يكون عاقلًا، فلا يجوز ولاية المجنون والمعتوه .
- أن يكون مرافقًا للولي عليه في الدين، فلا تجوز ولاية غير المسلم على المسلم فلو أن امرأة لها أخوان أحدهما مسلم الآخر نصراني أو يهودي فالولاية عليها لمن يوافق دينه دينها، فإن كانت مسلمة فالولاية لأخيها المسلم وإن كانت نصرانية فالولاية لأخيها النصراني وهكذا .

وإنما يجب التحقق هذه الشروط في الولاية، لأن الذي فقد احد الشروط الثلاثة الأولى بأنه لا ولاية له على نفسه وإن كان لا يتولى شؤون نفسه فأولى أن لا يتولى شؤون غيره .

والذي فقد الشرط الرابع لا يكون له من رعاية مصلحة المولى عليه ما يسوغ له أن يتولى شؤونه .

1 - سعادي ليلي، الزواج و انحلاله في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة اطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1 يوسف بن خدة، كلية الحقوق سنة 2014-2015 ص 90.

2 - بوزيد خالد، محاضرات الزواج و الطلاق

3 - العندور احمد، الطلاق في الشريعة الإسلامية و القانون بحث مقارن، أطروحة دكتوراه

4 - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ظل قانون الأسرة الجديد، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص

وليس الصلاح والعدالة شرط في الولي بل تجوز ولاية الفاسق سواء أكان متهما بفسقه أم لم يكن إلا أنه إذا كان متهما في فسقه لم ينعقد تزويجه المولى عليه إلا إذا راعى المصلحة.¹

ثانيا: ترتيب الأولياء

بالرجوع إلى القانون الأسرة الجزائري نجد المشرع الجزائري لم يتبع نهجا معيناً في مسألة من هم أحق بهذه الولاية على أساس سن المرأة الراغبة في الزواج ما إن كانت بالغة أو قاصرة أي لم تبلغ السن القانوني .

1. ترتيب الأولياء بالنسبة للمرأة الراشدة :

أ. **القرابة الأبوة:** وهي القرابة الأولى التي تؤهل صاحبها لممارسة ولايته المولى عليها وهنا حصر القانون الولاية في الأب فقط، ويفهم من ذلك انه استبعد الجد عكس ما كان معمول به قبل تعديله، ويستنتج هذا من مسألة ترتيب حسب مفهوم النص القانوني

ب. **القرابة:** يفهم من نية المشرع أنه ترك الحرية للمرأة في اختيار أحد الأقارب دون تحديد الدرجة من يكون لها وليا في عقد زواجها وبهذا المشرع سلك طريقا آخر في مسألة الولي المؤهل للزواج.²

ت. **الولي المختار:** في حالة اختار الأب أو احد الأقارب، حول المشرع الحق للمرأة في اختيار الولي، وبهذا يكون خول لها ان تختار أي شخص من غير العائلة وبعيدا عليها لهذا يفهم من النص أن المشرع حرر المرأة في مسألة اختيار الولي .

ث.

2. ترتيب الولاية للنبت القاصرة

أ. الأبوة:

وهي القرابة الأولى التي تؤهل صاحبها لممارسة ولايته على المولى عليها سواء كان الأب أو الجد وإن علا، لأن الأب والجد لا فرق بينهما من حيث الشفقة على الفروع غير ان الأولوية الأب عند وجوده فإن لم يكن موجوداً فالجد إلا بسقوط احد شروطها وهي :

- **عجز الولي عن القيام بهذه الولاية.**
 - **الحجز عليه لانعدام الأهلية، وتوفر سبب الحجز بسفاهة أو الجنون .**
 - **سقوطها بقوة القانون عند وفاة سواء كانت الوفاة حقيقة او حكما .**
- ب. الأخوة :

هذه القرابة تؤهل أصحابها للحصول على سلالة الولاية إلا إذا تعذرت قرابة الأبوة ومن تبث للأخوة فإنها تكون حقا للقرابة القوية على القرابة الضعيفة، فتقدم قرابة الأخ

¹ - رمضان على السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2002، ص133.

² - فوزية بوحاجي، الاحكام القانونية لإنعقاد الزواج، مرجع سابق، ص 57-58.

الشقيق على قرابة الأخ لأب، وتقدم هذه الأخيرة على قرابة الأخ لأم وفق للمادة 154 ق.أ. الجزائري، والتي تنص: "إذا كان موجود من العصابة أكثر من واحد واتحدوا في الجهة والدرجة كان الترتيب بقوة القرابة، فمن كان ذا قرابتين قدم على من كان ذا قرابة واحدة، وإذا اتخذوا في الجهة والدرجة والقرابة ورثوا بالتعصب واشتركوا في المال بالسوية"، وهذا ما تقره قاعدة الأقرب تحجب الأبعد.¹

ج. العمومية :

العم الشقيق أم العم لأب، حيث له الحق في تولي من لم يكن لها واحد مما ذكروا لأنه من العصابة، وهو من يليه في المرتبة يسمون بالحاشية البعيدة، وذلك مقابلة لهم بالحاشية القريبة وهم الأخوة الأشقاء أو الأب وأبنائهم .

أبناء الأعمام :

أشقاء كانوا أولاً بالقرب منهم، فالأقرب والشقيق يقدم على الذي لأب وفق القول بالتعصيب في الميراث .

د. الكافل :

ويكون في مرتبة بعد انعدام من ذكروا سابقا .

ه. القاضي :

وهو ولي من لا ولي له، فإن الولي من كانت تحت ولايته في الزواج أو لم يكن لها ولي أصلاً، فالقاضي من حقه ان يزوجه باعتباره ولاية عامة.²

ثالثاً : أحكام الولاية في القانون الأسرة الجزائري :

نص المشرع الجزائري في المادة التاسعة مكررة من الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 على : يجب ان تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية:

- أهلية الزواج .
- الصداق .
- الولي .
- الشاهدان .

¹ - عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات باجي مختار، عنابة، طبعة 2006، ص 147-148

² - محمد محدة، الخطبة والزواج، دار الشهاب، الطبعة الثانية، 2000، ص 246.

• انعدام الموانع الشرعية .

بهذه المادة نصت في كون الولي شرط أساسي في عقد الزواج كما انه أكد ذلك في المادة 11 (الامر رقم 05-02) بقولها "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها او أي شخص آخر تختاره .

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

أي كان قبل تعديل من يبرم زواج المرأة وليها وهو يتولى تزويجها وأما عند تعديل هذه المادة أصبحت المرأة الراشدة هي من تبرم عقد زواجها أي أن المشرع أعطى لها الولاية القاصرة شأنها شأن الرجل وهذا رأي الأحناف¹.

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

وهذا التوسيع جاء مطلقا فلم يقيد المشرع في حالة عدم وجود الأب أو الأولياء ذي قربي عموما.

إضافة إلى ذلك فقد نص المشرع في المادة 13 من ق.أ.ج انه "لا يجوز للولي أي كان او غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها².

أي إن المرأة القاصر تبقى تحت الولاية المتحدية، والمشرع أشتراط حضور الولي وأصبحت حضوره حضور شرفي .

ولقد انتقد المشرع أثناء تعديله للمادة 11 من ق.أ.ج وقد وفق في تعديله لأن التعديل ليس من تلقاء نفس الدولة وإنما نتيجة ضغوطات سياسية خارجية أي الدول الحاكمة تحت حجة إطار حرية المرأة .

ووفق من جهة أخرى كان مجبر على التعديل نص عليها ليواجه المجتمع الدولي وحافظ على مبادئ الشرعية الإسلامية بعدم تطبيقه لهذه المادة أي لم تلقى أي تطبيق في المجتمع³.

رابعاً: أثر تخلف شرط الولي في عقد الزواج

1 - بوزيد خالد، محاضرات الطلاق والزواج .

2 - عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 68-69.

3 - بوزيد خالد، محاضرات الطلاق والزواج .

بعد تعرضنا للمادة 11 من ق.أ.ج تبين لنا أن المشرع الجزائري أخذ برأي الإخفاق بشأن مباشرة البالغة زواجها بنفسها، غير انه جعل حضور الولي شرط التمام العقد والمادة 33 في فقرتها الثانية صريحة في بيان أثر تخلف الولي في العقد الزواج إذ جاء فيها "...إذ ثم الزواج بدون شاهدين أو صديق أو ولي في حالة وجوبه بفسخ قبل الدخول ولا صديق فيه، ويثبت بعد الدخول بصدق المثل".

فعلى حسب هذه المادة فإن أثر تخلف شرط الولي يأخذ حالتان، الأولى: إذا عرف ذلك قبل الدخول بترتب عنه فسخ العقد ولا تستحق الزوجة الصديق، الثانية: إذ عرف ذلك بعد الدخول فإن العقد يتم صحيحا ويثبت بصدق المثل.¹

ثانيا: الشاهدان

معنى الشهادة :

اللغة :

الشهادة مشتقة من شهد، يشهد شهادة، وهو بمعنى الحضور، والشهادة: الحاضر.

اصطلاحا :

إخبار عن عيان بلفظ الشهادة في مجلس القاضي بحق للغير على آخر لشهادة مأخوذة من المشاهدة وهي أن يخبر الإنسان بما رأي أو أدرك بأحد حواسه، وتعد من وسائل الإثبات والبيانات عند وصول التناكر والتجاد.

فتعتبر الشهادة شرطا أساسيا في عقد الزواج لا خلاف فيها عند جمهور الفقهاء لتعلق عقد الزواج الحقوق الزوجين، وما يترتب عليه من آثار ذات صلة وثيقة بالمجتمع.

وبها يتحقق الإعلان المأمور به في عقد النكاح في الحديث "أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف".

والحكمة من اشتراط الشهادة، هي إبراز أهمية عقد الزواج وإظهار أمره بين الناس حتى يتميز الحلال من الحرام، كما أنه يوثق ما لم يكن موثقا.²

الشروط الواجب توافرها في الشهود :

نص المشرع الجزائري على الإشهاد في الزواج لكنه لم يحدد الشرط التي يجب أن تتوافر في الشهود حتى تصح شهادتهم وهذا ما جعلنا ووفقا لنص المادة 222 من القانون الأسرة الجزائري بالرجوع إلى الشروط التي حددها فقهاء الشريعة الإسلامية وأوجبوا توافرها في الشهود.

1 - سعادي لعللي، الزواج و انحلاله في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص106.

2 - ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، 259.

الشروط المتفق عليها :

أ. العقل :

يجب أن يكون الشاهد عاقلاً باعتبار أن الغاية من الشهادة الإعلان والإثبات في حالة الجحود وهذا ما لا يستطيع القيام به المجنون والقاصرة الغير المميز.

ب. البلوغ :

وجد هذا الشرط لأن حضور الصبي الغير البالغ في عقد الزواج لا يتناسب مع تكريم عقد الزواج وخطورته وهو ليس أهلاً للولاية على نفسه وبالتالي من الأجدر أن لا يكون ولياً على غيره بالشهادة .

ج. التعدد :

اتفق الفقهاء على عدم صحة عقد الزواج بشهادة واحد .

د. الإسلام :

اتفق الفقهاء على أنه إذا كان الزوجان مسلمين يجب ان يكون الشهود مسلمين لكن اختلفوا في حالة ما إذا كانت الزوجة كتابية فجمهور الفقهاء اشترطوا أن يكون الشاهدين مسلمين .

هـ. سماع الشهود كلام المتعاقدين وفهم المراد منه :

أي لا تصح شهادة نائمين أو أصميين ، أو مثلاً من لا يفهم اللغة العربية إذا تم العقد باللغة العربية .

الشروط الغير المتفق عليها :

أ. ذكورة الشهود :

اعتبرها جمهور الفقهاء المسلمين شرط صحة عقد الزواج ولا تصح بشهادة الأنثى مستدلين على رأيهم هذا بأنه جرت السنة إلى انه لا يجوز شهادة النساء في حدود النكاح والطلاق¹.

في حين الحنفية أجازت شهادة رجل وامرأتين ، أما فيها يخص التطبيقات القضائية فإن القضاء الجزائري اخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء في اشتراطهم الذكورة في الشهود وهو ما جسد في القرار الصادر عن المحكمة العليا الذي جاء فيه " .والشهادة المعتمدة في الزواج

¹ -وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص74

هي شهادة عدلين ذكرين ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ بعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية.¹

ب. العدالة :

ذهب جمهور الفقهاء المسلمين إلى انه يشترط في الشهود العدالة حتى ولو كانت ظاهرة فقط في حين أبو حنيفة لم يشترطها والقضاء الجزائري من خلال القرار المذكور أعلاه قد أخذ بما ذهب إليه الجمهور .

ت. الحرية :

اشترط جمهور الفقهاء المسلمين الحرية في الشهود واعتبروا أن شهادة العقد عدلا وثقة وهذا الشرط لو يعد لمحل في وقتنا الحالي باعتبار العبودية قد زالت .

ث. البصر :

هذا الشرط اشترطته الشافعية أما جمهور الفقهاء فلم يأخذوا به وتصح عندهم شهادة الأعمى لأنه ما يشترط لديهم فقط سماع العاقدين وتميز صوتهما.²

أثر تخلف شرط الإشهاد في عقد الزواج :

تناول المشرع الجزائري في النص المادة 33 من قانون الأسرة أثر تخلف شرط الإشهاد في الزواج ونجد كذلك فقهاء الشريعة الإسلامية قد رتبوا أثر تخلف الإشهاد في الزواج حسب ما كيفوه لهذا يمكن التطرق لهذه المسألة في النقطيتين التاليتين :

أثر تخلف الإشهاد في الزواج وفق فقهاء الشريعة الإسلامية :

اختلفت الفقهاء في ذلك، حيث اعتبر الفقهاء المسلمين شرط الإشهاد في الزواج شرط صحة في حين أن المشهور عن المذهب المالكي اعتبر الإشهاد شرط أنفاد وبالتالي فإن أثر تخلف الإشهاد في الزواج وفقا لجمهور الفقهاء هو أن العقد يكون غير صحيح وبالتالي يبطل.³

أثر تخلف شرط الأشهاد وفقا لقانون الأسرة الجزائري :

إذا ما تخلف شرط الإشهاد في عقد الزواج وثم اكتشافه قبل الدخول، هنا يفسخ العقد ولا تستحق الزوجة الصداق .

1 - القرار رقم 438889، المؤرخ في 15/12/1986، عن المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، مجلة قضائية عدد 02.1993، ص 37.

2 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 75-76.

3 - محمد محدة، الخطبة والزواج، المرجع السابق، ص 289-290.

ووفق ما جاءت به المادة 33 في قانون الأسرة إذا ما تم عقد الزواج بدون شهود و تم الدخول، فهنا الزواج يثبت بصداق المثل¹.

ثالثا: انعدام الموانع الشرعية

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

حيث يشترط على المرأة ان تكون غير محرمة على الرجل الراغب في الزواج منها تحريما قطعيا لا خلاف فيه، ولا تحتفي حرمة على عامة الناس لأن العقد المحرم تحريما أبديا يترتب عليه، الزواج الباطل .

ولا يمكن له قبل العقد الاتصال بها أو الاقتراب منها أو الخلو بها، إلا إذا كانت قرينه بالدم أو الرضاع أو المصاهرة، ولكن المخالطة الجنسية بين الرجل والمرأة لا يمكن أن تتم إلا بموجب عقد شرعي يخرج المرأة من دائرة التحريم إلى الإباحة غير أن هذا العقد لا يحل الإشكال بجميع من أبرم معها عقد لأنه يخرج بعض النساء من الدائرة الإباحة إلى دائرة التحريم على الرجل².

وتنقسم هذه الموانع إلى قسمين: الموانع مؤبدة وموانع مؤقتة وعندما صدر قانون الأسرة خلال سنة 1984 تبنى كل هذه الموانع وهذه المحرمات وذكرها ضمن المواد من 23 إلى 31 نكرا مرتبا ومنفصلا ولما صدر الأمر رقم 05-02 خلال سنة 2005 بالتعديل قانون الأسرة اشتمل على ما اشتمل عليه هذا القانون، ولم يتناول بالتعديل سوى المادتين 30-31 حيث أهمل النص تلك التي تزيد على العدد المرخص شرعا³.

وهذا ما يحملنا على الاعتقاد بضرورة محاولة ترتيب هؤلاء المحرمات ترتيب مختصرا ومبسطا وذلك على النحو التالي :

أولا :المحرمات المؤبدة :

1. بسبب النسب القرابة :

بين الله سبحانه وتعالى المحرمات بسبب القرابة "حرمت عليكم أمهاتهم وبناتهم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم، وبنات الأخ وبنات الأخت." فيؤخذ القرآن الكريم أن المسلم يحرم عليه بسبب القرابة أربعة أنواع من قريباته وهي :

1 - المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري.

2 - حداد عيسى، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة - الجزائر، 2006، ص203.

3 -سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص29.

- 1) أصوله أي أمه وأم أمه وأم أبيه وإن علت لأن لفظ الأم معناه الأصل، فيشتمل الجميع "حرمت عليكم أمهاتكم" ¹.
 - 2) وفروعه أي ابنته وبنت أبنته وبنت ابنه وإن سفلت لأن لفظ الأم معناه الفرع يشمل الجميع "وبناتكم".
 - 3) وفروع أبويه أي أخواته وبنات أخواته وإن نزلت لا فرق بين الشقيقة أو الأب أو أم "وأخواتكم وبنات الأخ وبنات الأخت".
 - 4) فروع جدية إذا انفصلت بدرجة واحدة أي عماته وخالاته أما فروع الجد اللاتي انفصلت انفصلن بأكثر من درجة فليست من المحرمات من بنات الأعمام العمات وبنات الأخوال والخالات وبناتهن "وعماتكم وخالاتكم".
2. بسبب المصاهرة :

بين الله سبحانه وتعالى المحرمات بسبب المصاهرة بقوله الله تعالى ففي الآية 23 من سورة النساء (...وأمهات نسائكم وربائبكم بهذه فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم، وإن تجمعوا بين الأختين). وقوله تعالى "ولا تتكحوا ما نكح آبائكم من النساء إلا ما قد سلف" ²

- 1) أصول زوجته، أي أمها و أم أمها وأم أبيها وإن علت وأمها نسائكم .
 - 2) فروع زوجته التي دخل بها أي بنتها وبنت بنتها وبنات أبنها وإن سفلت .
 - 3) زوجة أصله أي زوجة أبيه وجده وإن علا .
 - 4) زوجة فرعة أي زوجة ابنه، وإن ابنه وابن بنته، وأن نزل "وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم" ³
3. بسبب الرضاعة :

جميع من حرمن بالنسب من الأمهات، والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت لقوله صلى الله عليه وسلم "يحرم بالرضاع ما يحرم من النسب" رواه البخاري في صحيح عن مسلم ابن إبراهيم رواه مسلم عن هذنة بن خالد .
والرضاع المحرم ما كان دون الحولين، وتحقق معه وصول لبن حقيقة إلى جوف الرضيع مما يعتبر إرضاعاً لقوله صلى الله عليه وسلم "لا تحرم المصاة والمصتان" ⁴.

لأن المصاة شيء تافه لا يحصل معه لبن إلى جوف لقتله وزوج المرضعة يعتبر أب الرضيع، فأولاده من غير المرضعة إخوة له ويحرم عليه أمهات أبيه، وأخواته وعماته وخالاته كما أن المرضعة جميع أولادها من أي زوج هو إخوة للرضيع.

1 -سورة النساء، الآية 23.

2 - سورة النساء، الآية 22.

3 - عبد الوهاب خلاف، احكام الأحوال الشخصية في الشريعة، دال القلم للنشر والتوزيع، الكوريت،

الطبعة الثانية، 1999، ص45.

4 -حديث مرفوع، رقمه 2236، عن زهير بن حرب عن إسماعيل بن إبراهيم عن سويد بن سعد عن عبد الله الزبير عن عائشة رضي الله عنهما.

إخوة الرضيع وأخواته لا يحرم عليهم أحد من على الرضيع لأنهم لم يرضعوا مثله فيباح للأخ ان يتزوج من أرضعت أخاه أو أمها أو ولد ابنتها، كما يباح للأخت ان تتزوج صاحب اللبن الذي رضع منه أخوها أو أختها ، أو أباهها أو ابنته مثلا "هل تعتبر زوجة الابن من الرضاعة كزوجة الابن الصلب ؟

تحرم عند جمهور الفقهاء على اعتبار كحليلة الابن، ومن رأى غير ذلك احتج بأن حليلة الابن محرمة بالمصاهرة ، والرضاعة لا يحرم إلا ما حرم النسب فقط .

ثانيا: المحرمات تحريما مؤقتا

1. أخت الزوجة إلى أن تطلق أختها وتنقضي عدتها أو تموت لقوله تعالى: " وأن تجمعوا بين الأختين" في سورة النساء الآية 23 في سياق بيان المحرمات.
2. عمّة الزوجة أو خالتها، فلا تنكح حتى تطلق بنت أخيها أو بنت أختها، وتنقضي عدتها لقوله أبي هريرة رضي الله عنه "نهى الرسول الله صلى الله عليه وسلم أن تنكح المرأة على عملتها و خالتها" أخرجه النسائي.
3. المحصنة أي المتزوجة حتى تطلق وتنقضي عدتها لقوله تعالى: "والمحصنات من النساء" سورة النساء الآية 24 .
4. المعتدة من الطلاق أو وفاة حتى تنقضي عدتها ويحرم خطبتها كذلك ولا مانع من التعريض، وفي غير المعتدة من الطلاق رجعي لقوله تعالى: "أني فيك لراغب".
5. المطلقة ثلاثا حتى تنكح زوج آخر وتفارقه بطلاق أو موت وتنقضي عدتها لقوله تعالى في سورة البقرة الآية 230: "فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره".
6. المحرمة بحج أو عمرة .

ثالثا: زواج المسلمة بغير المسلم

فلقد جاء في القرآن الكريم قوله تعالى: "ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا"، ومن خلال قراءة نص الفقرة الأولى من المادة 31 قانون الأسرة لعام 1984 التي مفادها انه لا يجوز زواج المسلم بغير المسلم. ومن ثم قراءة الفقرة الأخيرة من المادة 30 المعدلة بالأمر 02-05 لعام 2005 ، و مفادها يحرم زواج المسلم بغير المسلم. فإننا نلاحظ أن كل واحد من القانون السماوي والقانون الوضعي ينهيان عن زواج المسلمة بغير المسلم فهي تحريم . وهذا يعني أن أي عقد زواج أبرم بين إمرة جزائرية مسلمة ورجل غير مسلم يعتبر عقد باطلا بطلانا مطلق. ولا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح . وأن هذه المسألة من المسائل التي تتفق فيها قوانين الأحوال الشخصية في كل من سوريا والمغرب وتونس وباقي التشريعات في البلاد الإسلامية.

أما ما يمكن أن نلاحظه في هذا المجال فهو أنه إذا وقع إبرام عقد زواج المسلمة بغير المسلم أمام الموثق أو ضابط الحالة المدينة . أو أمام غيرهما مما هو مؤهل قانونا لإبرام

وتحديد عقود الزواج و ثم تسجيله في السجلات الحالة المدنية فإنه من ذلك يبقى عقد باطلا ولا يمكن أن يحتج له لا من الزوجين ولا من غيرهما. وليست له أية قيمة قانونية أو شرعية

ويمكن لممثل النيابة العامة ولكن ذي مصلحة من الزوجين أو غيرهما أن يطلب الحكم بإعلان بطلانه. ذلك لأن تسجيل العقد الباطل سهو أو خطأ في السجلات الحالة المدنية للبلديات الجزائرية أو القنصلية أو الأجنبية لا يزيل عنه صفة عقد البطلان. ولا يترتب عنه أي أثر شرعي أو قانوني في الجزائر.¹

أثر الزواج بإحدى المحرمات في القانون الجزائري:

نص المشرع الجزائري على الآثار المترتبة عن الزواج بإحدى المحرمات في المادة 32 المعدلة 05-02 بقوله: "يبطل الزواج، إذا اشتمل على ما منع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".

لقد رأينا أن الموانع اعتبرها المشرع الجزائري شرط من شروط صحة عقد الزواج وذلك في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، أي هناك تناقض بين المادة 9 مكرر والمادة 32 والأصح المادة 32 قانون الأسرة والأثر المترتب لما تقضي المحكمة بالبطلان ويفسخ قبل الدخول وبعده وهذا ما نصت عليه المادة 34 من قانون أسرة "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده".²

المبحث الثاني: الشروط الإجرائية

إلى جانب الشروط الموضوعية لإبرام عقد الزواج لا بد من توافر الشروط الإجرائية أو الشروط الشكلية، وتحت هذا العنوان سنتحدث عن الرخص المطلوبة كشرط لإمكانية إبرام عقد الزواج أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية أو غيرهما المؤهلين قانونا لتحريير عقود الزواج وظف إلى ذلك الشهادة الطبية، وذلك خلال مطلبين اثنين.

المطلب الأول الرخصة القضائية:

في هذا المطلب سنتعرض إلى ترخيص القضاء وذلك إلى من يرغب في الزواج بامرأة ثانية أثناء قيام عقد الزواج من امرأة الأولى ولمن هو دون السن القانوني وفقا ما حدده المشرع الجزائري في قانون الأسرة.

الفرع الأول: رخصة في حالة تعدد ولمن دون السن القانوني

أولا: رخصة في حالة التعدد:

1 - سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص34-35.

2 - بوزيد خالد، محاضرات الزواج والطلاق.

للحديث عن هذا الشرط لا بد لنا أن نتطرق إلى موضوع تعدد الزوجات والشروط التي وضعها المشرع الجزائري مقارنة مع الفقه الإسلامي.

1) تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية :

من القضايا التي أثارت حولها الأقاويل ، واتهم فيها الإسلام بالهمجية واستغلال المرأة قضية تعدد التي تعتبر نظام تاريخي كان سائدا قبل الإسلام وطوال العصور الوسطى وما بعدها وكان يطبق بصورة همجية حتى جاء الإسلام ، وبمقتضى قاعدة التدرج في التشريع لم يلغها وإنما هذبه وخلصه من مساوئه وجعله علاجاً لبعض الحالات الاضطرابية التي يعاني منها المجتمع.¹

أ. مشروعية تعدد الزوجات:

لقد أباح الإسلام التعدد، وجاء تشريعه بقوله تعالى: " فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا "2، وقوله أيضا: " وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا "3.

فتفيد هاتان آيتان إباحة تعدد الزوجات حتى أربع كحد أقصى وعدم الزيادة على ذلك ، وذلك مشروع بالعدل بين الزوجات .

وجاءت السنة النبوية مؤكدة لذلك فقد روي عن ابن عامر قال: "أسلم غيلان الثقفي، وتحتة عشر نسوة في الجاهلية فأسلمن معه، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعاً".⁴

كما ان العلماء والفقهاء رحمهم الله، اجمعوا على إباحة التعدد وعدم الزيادة على أربع

ب. الحكمة من تعدد الزوجات:

الحكمة من تعدد الزوجات قد ظهر في مرض الزوجة بمرض مزمن او معد أو عقمها او شبه كره الزوج لها، بحيث ينفع معه علاج التحكيم والطلاق الأولى والثاني لها أو في دوافع المصلحة او الحاجة الطبيعية ، و متنفس للخروج من مأزق وكعلاج لضعف عدد الأمم او زيادة عدد النساء على الرجال ، فالتعدد في التشريع الإسلامي هو العلاج ووقاية وهو مسك وسط وتقويم يتفق مع الطبيعة ومع الفطرة الإنسانية.⁵

1 - الجندي محمد الشحات، حقوق الأسرة في الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية، مطبعة علاء الدين، 2007-2008، ص 185.

2 - سورة النساء، الآية 03.

3 - سورة النساء ، الآية 129.

4 - محمد الجندي الشحات، حقوق في الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص189.

5 - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص91.

ت. شروط التعدد:

لقد قيد الفقه الإسلامي تعدد الزوجات بحصرها في أربع زوجات ، والعدل بين النساء ، والقدرة على الإنفاق ، وبيان ذلك كالتالي:

1. عدم زيادة على اربع:

لقوله تعالى: " فَانكحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ " وقال ابن كثير عند تفسيره لهذه الآية الكريمة ، أي انكحوا ما شئتم من النساء إن شاء أحدكم اثنين وإن شاء ثلاثا وإن شاء أربعاً.

وقد ورد في السنة ما يؤكد هذا، ذلك ما رواه ابن عمر رضي الله عنه: " أسلم غيلان الثقفي، وتحتة عشر نسوة في الجاهلية فأسلمن معه، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعاً منهن.

كما نص الفقهاء على إباحة التعدد وعدم الزيادة على أربع ، قال الكاساني: "ولو كانت الزيادة على الأربع حلالاً لما أمره، فدل انه منتهى العدد المشروع وهو الأربع"¹.

2. العدل بين الزوجات:

فيجب على الرجل الذي يجمع في عصمته أكثر من زوجة أي يسوي بينهن في الحقوق والواجبات التي تستطيع العدل فيها كالمأكل والملبس والمسكن، فإن فضل واحد على غيرها في شيء مما يدخل في نطاق طاقته كان آثماً.²

وإنما وجب العدل بين الزوجات لقوله تعالى: "وإذا خفتم إن تعدلوا فواحدة" فقد أمر الله بالاعتصام على زوجة واحدة إن خيف الجور، ويفهم من هذا النص إيجاب العدل عند التعدد، حملاً بالأمر على الوجوب.³

3. القدرة على الإنفاق:

منعنا من إلحاق الظلم بالمرأة لقوله صلى الله عليه وسلم: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإن فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج".

فالرجل الذي لا يستطيع أن ينفق على أكثر من زوجة واحدة لا يحل له شرعاً أن يتزوج بأخرى، فالنفقة على الزوجة أو الزوجات واجبة بالإجماع.

1 - سعادي العربي، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص136.

2 - احمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية المرجع السابق، ص145.

3 - القندور أحمد، مرجع سابق، ص225.

وبناء على ذلك فلا يحل الإقدام على الزواج بزوجة أخرى لمن لم يكن معه من أسباب الرزق مما يستطيع معه الإنفاق على أكثر من زوجة.¹

ويمكن اختصار حدود وقيود تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي فيما يلي :

- إباحة تعدد الزوجات حتى أربع كحد أقصى.
- العدل بين الزوجات: فمن لم يكن متأكد من قدرته على تحقيق العدل بين الزوجات فلا يجوز له ان يتزوج بأكثر من واحدة .
- القدرة على القيام بواجبات التعدد: ويراد بها قدرة الرجل على القيام بالواجبات الزوجية للزوجات تجمعهن، ومنها القدرة على الإنفاق عليهن جميعا كنفقة المأكل والمشرب إلى الملبس والمسكن .

(2) تعدد الزوجات في القانون الأسرة الجزائري:

إذا كان الفقه الإسلامي قد أباح عدد الزوجات وبالتحديد والقيود التي أشارنا إليها سالفاً فإن قوانين الأحوال الشخصية في البلاد الإسلامية العربية اتجهت اتجاهات مختلفة في نظام تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي ، فبعضها منع تعدد والبعض الآخر قيده بقيود والبعض الآخر لم يمنعه ولم يقيده.

أما التشريع الجزائري فهو بنظام التعدد مع وضع قيود جديدة غير القيود المنصوص عليها في المادة الثانية من قانون الأسرة قبل تعديلها بموجب الأمر 02-05.

جاء في المادة 08 من القانون الأسرة " يسمح بالزواج بأكثر من زوجة في حدود الشريعة الإسلامية متى وُجد المبرر الشرعي، وتوفرت شروط وفية العدل ". "يجب على الزوج إجبار الزوجة السابقة، والمرأة التي يقبل على الزواج بها، وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية "

يمكن لرئيس المحكمة ان يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما واثبت الزوج المبرر الشرعي، وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية " المادة 8 مكرر في قانون الأسرة الجزائري " في حالة التذليل يجوز لكل زوجة رفع عدوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق".

المادة 8 مكرر قانون الأسرة " يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يتصدر الزوج ترخيصا القاضي وفق للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه".

إذ ان القانون الأسرة الجزائري جاء بقيود ضيق من خلالها مجالا التحديد في الزوجات كما رأينا في المواد المذكورة أعلاه .

القيود المنصوص عليها في القانون:

أولاً/ وجوب الحصول الزوج على إذن او ترخيص من القاضي:

¹ -وهيبة الزحيلي، المرجع السابق، ص62.

لقد اقر التعديل الجديد لقانون الأسرة أن رئيس المحكمة يرخص للزواج الجديد إذا تأكد من موافقة الزوجة السابقة، او الزوجات السابقات. والمرأة اللاحقة واستطاع أن يثبت المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية وفقا للفقرة الثالثة من المادة الثامنة من قانون الأسرة الجزائري، فيقدر القاضي المبررات التي قدمها الزوج، بحيث إذا اقتنع بما أبداه الزوج من أسباب اذن له في التعدد، وإذا لم يقتنع رفض الإذن له بالزواج الجديد وأصبح هذا الزواج ممنوعا عليه قانونا، فالمشرع اعطى للقاضي مطلق السلطة التقديرية.¹

ثانيا/ وجوب المبرر الشرعي:

قيد المشرع الجزائري الحق في تعدد حسب الأمر 02-05 بوجوب توفر المبرر الشرعي كما كان مقررا في المادة الثامنة قبل التعديل ، والمبرر الشرعي الذي هو المصلحة المشروعة² ويترك تقديره للقاضي في الغالب غير انه المشرع لم يضع أي معيار للتفريق بين المبرر الشرعي كما قال الأستاذ عبد العزيز سعد: " لم يضع أي معيار للتفريق بين المبرر الشرعي وغير شرعي. غير أن ما يمكن أن نضعه ضمن قائمة المبررات الشرعية لإمكانية الزواج بامرأة ثانية أثناء قيام حالة الزواج السابق هو أن تكون الزوجة السابقة عاقرا، ولا توفر احد أهداف الزواج، او أنها مريضة مرضا حادا لا يسمح لها بالقيام بالالتزامات الزوجية".

ثالثا/ توفر شروط ونية العدل:

لقد اشترط المشرع الجزائري لمن يريد الزواج بأكثر من واحدة توفر نية العدل دون تحديد المقصود به، ذلك أن نية أم³ داخلي في النفس الإنسان ليس بإمكان القاضي الاطلاع والتأكد منه، ثم إن العدل بين الزوجات هو تصرف مادي يتعلق بالمسكن والنفقة والمبيت ويظهر بعد قيام الحياة الزوجية وليس قبلها، ولا قبل إبرام عقد الزواج شرط في غير محله، ولا يسلم به كقيد على الزواج الثاني، لأني ما يشك في إثباته وتحققه لا يمكن جعله شرط أو قيداً لما هو وجائز شرعا وواقع فعلا.⁴

رابعا/ إخبار الزوجة السابقة واللاحقة:

كما اشترط المشرع الجزائري على زوج الذي يريد أن يعدد الزواج ان يحلو كل من الزوجتين الزوجة السابقة والزوجة اللاحقة بأنه متزوج بامرأة أخرى بالنسبة للزوجة اللاحقة، أو انه سيعقد زواجا آخر مع امرأة أخرى بالنسبة للزوجة السابقة .

1 - سعد عبد العزيز، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص90.

2 - بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، ص76.

3 - سعادي لعلي، الزواج وإنحلاله في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص142.

4 - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص87.

غير أن المشرع لم يبين الطريقة التي يتم بها إخبار الزوجتين (السابقة واللاحقة)، هل تكون إخبارا شفويا أو بحضور شاهدين ، هذا من جهة ، ومن جهة ثانية فإن الفقرة الأخير من المادة الثامنة قد علقت رخصة رئيس المحكمة على تحقيق أو التأكد من موافقة الزوجين دون توضيح أيضا الطريقة أو الوسيلة التي يستطيع رئيس المحكمة بواسطتها التأكد من ثبوت إخبار الزوجتين.

وثبوت موافقتها، فهل يطلب إحضارهما أمامه أو تكليفهما بالحضور لتعلن كل واحدة منهما على قبولها للزواج بهذا الرجل.¹

وهذه النقطة كانت محل خلاف لدا رأي البعض انه يكفي الإعلام دون اشتراط الموافقة لأن الزوجة إذ لم توافق اضطر الزواج على طلاقها ليتمكن من الزواج مرة أخرى وبقاء رابطة لزوجية خير من فك أو صرهما و لربما لجأ الزوج الذي لم يحصل على موافقة زوجته إلى الزواج بالمرأة الجديدة زواجا عرفيا غير مسجل، أو لجأ إلى ارتباك فاحشة الزنا، لذلك يرى الغالبية أن الأفضل هو ضرورة الاكتفاء بالإعلام فقط حفظا لصلة الرحم بين الأبناء من الفراشين.²

وهناك من يرى ضرورة إعلام الزوجتين ولكل منهما حرية الموافقة أو الرفض وكذلك الأمر بالنسبة لوليها المرأة اللاحقة تأسيا بقصة خطبة على كرم الله وجهه لما علم الرسول صلى الله عليه وسلم والد فاطمة أنه يريد الزواج بابنة أبي جهل فرفض الرسول صلى الله عليه وسلم هذا الزواج وقال عليه الصلاة والسلام: " لا أذن لهم، إلا أن يحب ابن أبي طالب أن يطلق ابنتي وينكح ابنتهم. فإتما ابنتي بضعة مني، يريبنني ما أرابها، ويؤذيني ما أذاها"³.

وإخبار الزوجة السابقة وذلك بمعنى يكفي أخبارها فقط والتي يسرف بتزويجها على قاضي أن يتأكد من الإخبار ولكن هذا الرأي غير صحيح ولو كان مجرد الإعلام لا تحتاج إلى موافقة.⁴

خامسا/ القدرة على توفير الشروط الضرورية للحياة:

تطرق المشرع الجزائري إلى هذا الشرط في النص الفقرة الثالثة من المادة الثامنة توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية إلا انه لم يبين المعيار الذي يمكن استعماله لتقييم هذا الشرط، كما أنه لم يوضح المقصود بالشروط الضرورية للحياة، وهذا إما يستقى من أحكام الفقه الإسلامي، إن المقصود بذلك حسب جمهور الفقهاء القدرة بأن يكون الزوج قادرا على مؤن الزواج وتكاليفه، والقدرة الدائمة على أداء النفقة الواجبة

1 - بوزيد خالد، محاضرات الزواج والطلاق.

2 - بن داود عبد القادر، المرجع السابق، ص78.

3 - سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص89.

4 - بن داود عبد القادر، المرجع السابق، ص78.

للأزواج بدليل قوله رسول الله صلى الله عليه وسلم " يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج " والباءة في هذا الحديث يقصد بها النكاح.

أثار تخلف الشروط المطلوبة في حالة تعدد الزوجات:

إن المشرع الجزائري لما اشترط في النص المادة الثامنة من قانون الأسرة على شخص الذي يود بأكثر من واحد الشروط السابقة الذكر، لم يرتب على تخللها أي اثر على صحة عقد الزواج واعتبره صحيحا وناظرا ومرتبيا لجميع آثار، ولكنه رتب على تخلف تلك الشروط حق الزوجة في أن تطلب التطلق نظراً بتضررها من ذلك ، وهذا ما ورد في النص المادة 53 من الفقرة السادسة. وهذا أيده الاجتهاد القضائي في قرار الصادر بتاريخ 1995/29/26، والذي جاء فيه: "إن المادة الثامنة من قانون الأسرة تعطي الحق للزوجة السابقة في طلب التطلق عندما يتزوج زوجها زوجة ثانية دون علمها ، لأنها هذا يعتبر ضرراً أصابها".

وما يمكن قوله بعد استعراض موقف الشريعة الإسلامية ما ذهب إليه المشرع الجزائري أن النظام التعدد أبيض وافر لمقاصد وحكم سامية، ومنه كان على المشرع أن لا يضيق منه هذه الإباحة المشروطة شرعا، وأن لا يقيد بشروط أخرى من شأنها ان تؤدي إلى مفسدة اكبر، ولا ينكر أن هناك إساءة في ممارسة التعدد إلا أن الحل لا يمكن في إلغائه أو تضييقه، ولو ألغي كل أمر أساء الناس استعماله وتطبيقه لصار الناس في حرج كبير، فيكون الواجب معالجة الخلل وتبيين وجه إساءة في الممارسة، وذلك ينشر الوعي بين الناس بمراعاة شروط وواجبات التعدد.

وعلى الرغم هذا لا يستجيب الأمر أن يعجل من هذه القضية المشكلة إجتماعية تستدعي في دخل المشرع لوضع مزيد من الشروط¹.

ثانيا/ الرخصة لمن هو دون السن القانوني:

الأصل ان الرجل والمرأة لا يمكنهما الزواج إلا بعد البلوغ سن 19 سنة المنصوص عليهما في المادة 7 قانون الأسرة إلا إن المشرع أدرج استثناء على هذه القاعدة العامة ، راعي فيها وضعية وحالة بعض الأشخاص فنص في الفقرة الثانية من نفس المادة على ما يلي: "وللقاضي ان يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة من تأكد قدرة الطرفين على الزواج.

فقد جاز لكل من لم يبلغ السن المحدد لأهلية الزواج ان يتزوج قبل ذلك، إذ اثبت ان هناك ضرورة أو مصلحة في ذلك الزواج المراد إبرامه، واستطاع أيضا ان يحصل على نتيجة لذلك على إعفاء من السن المطلوب من القاضي المختص غير انه ومن خلال نص هذه المادة نلاحظ ما يلي:

1 - سعادي لعللي، وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص144.

1. من حيث القاضي المختص:

يلاحظ ان هذا النص الجديد يكاد يكون ان يكون مستنسخا حرفيا من النص القديم، حيث استعمل المشرع كلمة "القاضي" في منع الترخيص، بينما لم يتم بتحديد القاضي المختص في ذلك، والذي هو رئيس المحكمة¹ ويعتبر ترخيص القاضي في هذا الموضوع باتا وعير قابل للطعن ، فهو عمل ولائي لا يقبل الطعن باي وجه من الوجوه²

2. من حيث السن الأدنى في حالة منع الترخيص:

يلاحظ ان المشرع الجزائري لم يتم بتحديد السن الأدنى الذي يتعين على القاضي التقيد به في حالة منحه الترخيص دون السن القانونية للزواج (19 سنة) بل ترك السلطة التقديرية في ذلك للقاضي.

وهناك من الفقه يرى أنه على القاضي التقيد في هذا الخصوص بمرحلة البلوغ الجسدي المحددة في الفقه الإسلامي بالحد الذي يصبح الشخص بموجبه مكلف بالواجبات الدينية والدنيوية كأصل العام وهي في السن الخامس عشر (15) ، بحيث لا يمكن النزول عنه في منع الترخيص في جميع الأحوال الخاصة وأن القانون نص على أن الزواج القاصر يكتسب أهلية التقاضي بشأن الحقوق والواجبات.³

3. من حيث المعيار الذي يحدد به المصلحة والضرورة:

جاء في الفقرة الثانية من المادة 7 انه "وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة او ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج" إن المشرع قد منع القاضي السلطة منع الإذن إذ تتوافر في المقبل على الزواج السن القانونية متى تبين له أن الزواج فيه مصلحة للطرفين أو احدهما أو وجود ضرورة تتطلب تزويجهما، كما ينبغي على القاضي أن يتأكد من قدرته الطرفين على الزواج وتحمل أعبائه من إنفاق ، إسكان، ولادة وغيرهما من الآثار.

إلا ان الملاحظ في ذلك أن يقرر حدا لسلطة القاضي ، بحيث جاء في النص المادة عاماً شاملاً مما فتح مجالاً واسعاً جداً لتباين الأفكار واختلاف الآراء حول المعنى ومفهوم المصلحة والضرورة وهذا لا يخدم مسألة توحيد المفاهيم حول تطبيق مضمونها تطبيقاً سليماً.⁴

ويورد الفقه أمثلة على معيار المصلحة والضرورة ، في الفتاة القاصر اليتيمة وخاصة يتيمة الأم، وكذلك التي لا معيل لها من الأب أو الأخ ، فالأصلح لها ومحافظة على عرضها الزواج، وكذلك فمن خافت على نفسها الزنا، أو عثر عليها في حالة تشرد او

1 - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص25.

2 - العربي بلحاج، احكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص163.

3 - رشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص61.

4 - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في القانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص101.

تسول وتقدم رجل للزواج بها¹. فعلى القاضي السماح بذلك لكون الضرورة والمصلحة تستلزمان هذا.

الأهلية المتعلقة بالخصومة الزوجية:

منع المشرع الجزائري للزوج القاصر الذي لم يبلغ سن الزواج ، والذي حصل على إذن قضائي بالزواج بموجب نص المادة السابعة صلاحية وأهلية التقاضي أمام الجهات القضائية فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من نفقة، حضانة ، إثبات نسب ، ط لب الطلاق والخلع وغير ذلك².

وهذا ما جاءت به الفقرة الأخيرة من المادة 7 بنصها "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات" وهذا يشترط لحصول القاصر على هذه الأهلية ان يكون عقد الزواج صحيحا بمعنى أستوفى ركنه وشروط صحته، فبالتالي ليس لأحد أن يدعي صفة الزوجية ، أو يطالب بآثار الزواج إذا لم يثبت زواجه بمحرر ومسجل لدى سجلات الحالة المدنية³.

إلا أن هناك من الفقه يرى أنه كان من الأجدر ان يرشد الزوج القاصر برخصة بمجرد الزواج ولا يقتصر الأمر فقط على اكتساب لأهلية التقاضي في نطاق آثار الزواج فقط، فهل من المعقول ان يصبح الذكر زوجا يتحمل مسؤولية أسرة، وليست له السلطة في التصرف في أمواله لكونه ناقص الأهلية⁴. أ يكون خاضع لأحكام الولاية على المال من طرف وليه أو وصية بحسب الأحوال طبقا لنص المادة 81 من قانون الأسرة من القانون رقم 11-84 تنص " من كان فاقد الأهلية او ناقصها لصغر السن او جنون، او عته او سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".

الفرع الثاني: شرط الشهادة الطبية

الشهادة الطبية شرط جديد أتى به الأمر 05-02 اذ نص عليه المشرع الجزائري في المادة 07 المعدلة بقوله: "يجب على طالبي الزواج ان يقدموا وثيقة طبية ، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة(03) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض او أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

1 - محمد محدة، المرجع السابق، ص136.

2 - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص26.

3 - العربي بلحاج، احكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ص165.

4 - رشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص61.

ويتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية، أن يتأكد قبل تحديد عقد الزواج من الخضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطراً يتعارض مع الزواج. ويؤشر بذلك في عقد الزواج تحديد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

والمراد بالفحص الطبي: هو القيام بالكشف عن الجسم بالوسائل المتاحة من أشعة والكشف المخبري والفحص الجيني ونحوها أما الفحص الطبي قبل الزواج المراد فالمراد به الكشف عن الحالة الصحية العامة لكل واحد من الزوجين قبل الزواج فالمراد به الكشف عن الحالة الصحية العامة لكل واحد من الزوجين لمعرفة ما قد يصيب احدهما أو كلاهما من أمراض معدية أو بانهة أو وراثية¹.

ولكي يتسنى لنا الإحاطة بهذا الموضوع فلا بد من دراسته في القانون الوضعي الجزائري

الفرع الأول: في قانون الوضعي الجزائري

لقد سبق إلى أن الفحص الطبي من الأحكام الجديدة التي جاء بها الأمر رقم 02-05 وذلك في المادة 7 مكرر التي جاء فيها: " يجب على طالبي الزواج ان يقدموا وثيقة طبية ، لا يزيد تاريخها ثلاث أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطراً يتعارض مع الزواج²، وانه لا يجوز للموثق أو ضابط الحماية تحرير عقد الزواج إلا بعد ان يقدم طالبا الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في القانون³.

من ثم يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من خلال الاستماع إلى كلا الطرفين في آن واحد ، من علمهما بنتائج الفحص التي خضع لها كل منهما وبالإمراض والعوامل التي تشكل خطراً يتعارض مع الزواج ويؤشر بذلك في عقد الزواج المادة 7 الفقرة الثانية قانون الأسرة).

فمن خلال الفقرة الأولى يتعين على طالبي الزواج تقديم وثيقة طبية لا يزيد تاريخها على ثلاث أشهر تثبت خولهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطراً بتعارض مع الزواج، كما أنها تنص في فقرتها الثانية يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية ان يتأكد قبل تحرير العقد من الخضوع الطرفين للفحوصات الطبية، ومن علمهما بما قد تكشفه من الأمراض أو عوامل تتعارض مع مقاصد الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج.

1 - سعادي لعللي، الزواج و انحلاله في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص145.

2 - المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 06-154 ، المؤرخ في 11/05/2006 يحدد شروط وكيفيات تطبيق احكام المادة 7 من قانون الأسرة .

3 - المادة 6 من المرسوم المذكور .

وعليه فإنه يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية الامتناع عن تحرير عقد الزواج عند عدم تقديم الشهادة الطبية من أحدهما أو كليهما والتي تثبت فحصهما وخلوهما من أي مرض يشكل خطرا على الزواج.

وفي حالة تجاهل الموثق أو ضابط الحالة المدنية هذا الشرط وقام بتحديد عقد الزواج فإنه يتحمل مسؤولية عن مخالفته للقانون ، ويمكن ان يتعرض لعقاب إداري وعقاب جزائي.

ويتجنب على ضابط الحالة المدنية أو الموثق أن يتأكد من علم الطرفين بنتائج الفحوصات حتى لا يقع احد الطرفين العقد في غش أو تدليس، ويكون بكامل الحرية في إتمام عقد الزواج أو الرجوع عنه طبقا للفقرة الثانية من المادة السابعة من المرسوم التنفيذي: "لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين".

كما لا يمكن للطبيب أن يسلم الشهادة الطبية المذكورة إلا بعد إطلاع على النتائج التحليلات والفحوص التي قام بها المعنى بالأمر، والمتمثلة في فحص عيادي شامل وتحليل فصيلة الدم (ABO+RHSUS).¹

زيادة على ذلك يمكن أن يقترح على المعنى اجراء فحوصات إضافية للكشف عن الأمراض الوراثية والعائلية والأمراض المعدية أو الخطرة التي يمكن أن تنتقل إلى الزوج أو الذرية.²

وإخضاع النساء اللواتي مازلن في سن الإنجاب للفحوص الخاصة بالر (Rubeoles) وكذلك لفحص فصيلة الدم.³

وكذلك ينص القانون على أن يقوم بإبلاغ المعنى بالأمر بملاحظة عن نتائج الفحص الطبي، وإعلامه بالأمراض الوراثية والمعدية، ومخاطر العدوى منها.

وهكذا يكون المعنى على بما أصابه وبما سيصيب أو ذريته وبالتالي يقرر إما العدول عن مشروعه في الزواج ، أو ان يتزوج رغم إصابته بأمراض معدية أو خطيرة ، ويتحمل عندئذ المسؤولية الكاملة، ومن ثم فإنه لا يجوز للموثق أو ضابط الحماية المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين .

وهنا يتبين من خلال كلام المشرع ان دور الفحص الطبي وقائي، جاء لحماية المعنيين من الأمراض الوراثية والأمراض المعدية، فإنه رغم التنصيص على إلزامية في

1 - المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 06-154، بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص116.

2 - المادة 4 من المرسوم المذكور.

3 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 117.

المادة 7 مكرر من قانون الأسرة والمادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 06-154 فإنه ليس شرطاً من شروط الصحة المادة 9 مكرر من قانون الأسرة .

إذا أن الزواج المبرم بدون هذه الشهادة لا يعتبر باطلا وإنما يبقى صحيحاً، غير أنه في هذه الحالة يجوز للطرف المتضرر أن يعتمد إلى إخفاء المرض من طرف زوجته لطلب الطلاق للعيوب والأمراض المادة (48 قانون الأسرة)، أو تطلق للعيوب أو الأمراض المادة 53 / 2 من قانون الأسرة.¹

المطلب الثاني: الرخصة الإدارية

تستخدم في هذا الفرع إلى الرخصة التي تمنع لموظفي الأمن الوطني ثم الجيش والدرك الوطني وذلك وفق التفصيل الآتي:

الفرع الأول: موظفي الأمن الوطني

من خلال الاطلاع على مرسوم رقم 481/83 الصادر في 13/18/1983 المتعلق بالأحكام والقواعد المطبقة على موظفي الأمن الوطني نجد ان المادة 23 منه تنص على انه "لا يمكن لموظفي الأمن الوطني إبرام عقد زواجهم دون ترخيص بالزواج" بحيث يتم الحصول عليه من الجهة التي لها سلطة التعيين وذلك من اجل ثلاثة(03) اشهر قبل الاحتفال بالزواج.

ويجب أن يرفق الطلب بتقديم نسخة من وثيقة الميلاد وشهادة الجنسية للزوج الآخر وعند الاقتضاء يجب بيان مهنة الزوج وبيان صاحب عمله وعلى الإدارة ان تجيب على هذا الطلب خلال شهرين(02) من تاريخ تقديمه.

أما إذا كان الموظف قد أخفى وظيفته، وقام بإبرام عقد زواجه وتسجيله فإنه سيعرض نفسه إلى عقوبة إدارية ، ومع ذلك إذا أبرم العقد زواجه على الطريقة المعروفة وبعد مدة جاء إلى المحكمة ليطلب إثبات وتسجيل زواجه طبقاً لأحكام المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 39 من قانون الحالة المدنية ، فإنه لا يجوز للمحكمة أن تمنع عدم إصدار حكم قضائي بإثبات عقد الزواج وتسجيله في سجلات الحالة المدنية بحجة عدم الحصول على الرخصة المطلوبة من الإدارة المختصة، ذلك ان المادة 22 سابقة الذكر لم ترتب على مخالفتها أي جزاء يمكن أن يؤثر في عقد ويجعله باطلاً أو فاسداً وإنما رتب جزاء إحالة الموظف إلى لجنة التأديبية ، واتخاذ ما يجب من إجراءات لحماية مصالح المؤسسة الأمنية.²

الفرع الثاني: الجيش والدرك الوطني

1 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص118.

2 - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، ص 64-65.

ان عقد زواج العسكريين مثله مثل عقد زواج موظفي الأمن الوطني يتطلب الحصول على رخصة مسبقة من الجهات العسكرية العليا، ولقد جاء في النصوص المتعلقة بالنظام العسكري، وفي منشورين صادرين عن وزارة العدل احدهما بتاريخ 13/06/1967 يحمل رقم 329، والثاني بتاريخ 25/06/1968 ويحمل رقم 364 مفادها أن زواج لأحد أفراد الجيش الوطني الشعبي لا يمكن إبرامه أو عقده إلا بعد تقديم رخصة بذلك ممنوحة من مصالح الدفاع الوطني، وجاء في احد المنشورين ان طلب الرخصة بالزواج كما يشمل العسكريين الذين هم في خدمة الفعلية وعليه وتطبيقا لهذه النصوص فإن أي احد من العسكريين الذين هم في الخدمة الفعلية يشمل كذلك الدرك الوطني وكل المجندين الخاضعين لنظام الخدمة الوطنية.

وعليه وتطبيقا لهذه النصوص فإن أي احد من العسكريين العاملين ضمن الجيش الوطني الشعبي . او ضمن هيئة الدرك الوطني او المجندين ضمن نظام الخدمة الوطنية لا يجوز له أن يبرم عقد زواج مع أي زوج أخرى جزائري او أجنبي إلا بعد الحصول على موافقة ورخصة مسبقة من الجهة المختصة بهيئة الدفاع الوطني.

وينتج عن ذلك انه لا يجوز لضابط الحالة المدنية أو الموثق او غيرهما ممن يكونون مؤهلين قانونا لتحرير عقود الزواج أن يتقبل تحرير عقد زواج أي عسكري جزائري إلا بعد الإطلاع على هذه الرخصة، وإذا كان هذا العسكري قد أخفى صفته العسكرية وأبرم عقد الزواج بدون رخصة فإنه سيعرض نفسه إلى المتابعة الجزائية والإدارية.

ومع ذلك فإن عقد الزواج المبرم من العسكري بدون رخصة ، سيكون عقدا صحيحا كلما وقع وفقا للأحكام الشرعية والإسلامية وطبقا للقانون.

ولا يمكن وصفه بأنه عقد فاسد أو باطل. وإذا لم يمكن تسجيله في سجلات الحالة المدنية وقت تحريره وإبرامه بسبب عدم تحريره، أما الأشخاص المؤهلين لتلقي وتحرير عقود الزواج، فإن ذلك لا يمنعهم من اللجوء إلى القضاء وتسجيل هذا العقد وفقا لقواعد وأحكام المادة 22 من قانون الأسرة والمادة 39 من قانون الحالة المدنية. ولا يجوز القاضي أن يطلب منه إحضار الرخصة.¹

1 - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 66-67.

الفصل الثاني

الفصل الثاني: آثار عقد الزواج

المقصود بآثار عقد الزواج هي النتائج القانونية التي تترتب على عقد بمجرد إنعقاد، والاصل في هذه الآثار ان تكون بمارتبه القانون والشرع على العقد

والمستقرئ الآثار عقد الزواج في الفقه الاسرة الجزائري نجد انها جاءت بما هو مقرر في الشريعة الإسلامية وما دامت هذه الآثار من عمل الشارع فهي من الثوابت التي لا تتغير كأصل عام، وبناء على ذلك فاننا سنتناول هذه الآثار خلال مبحثين ، حقوق وواجبات الزوجين في المبحث الاول ثم حق في النسب في المبحث الثاني

المبحث الأول: 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.

وان تكون لكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر وعليه سيخصص هذا المبحث الحقوق الزوجية والنظام المالي للزوجين .

المطلب الأول: الحقوق الزوجية

سنتناول في هذا المطلب إلى الحقوق الزوجية المشتركة ، أي بين الزوج والزوجة وإلى حقوق المتبادلة بين الزوجين.

الفرع الأول: الحقوق الزوجية المشتركة :

فالحق الأصل فيها حل العشرة الزوجية بينهما، وحل ما يقتضيه الطبع الانساني مما هو محرم إلا بالزواج ، لقوله تعالى: "والذين هم لفروجهم حافظون، إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين"¹ وفي الجملة أول ما يفيد الزواج هو حل المساكنة بين الزوجين وربط المودة بينهما.

هذا هو الحق الاصلي المشترك، ونبع ذلك حقان مشتركان بينهما هما: حرمة المصاهرة ، او التوارث بين الزوجين، فإن العشرة لما حلت بين الزوجين ربطت بينهما لحمة كلحمة النسب او اقوى ثم ربطت بين أسرهما برباط من المصاهرة ، ثم وإذا كانت التوارث بسبب أن حل العشرة اوجد الصلة بين الزوجين ، بما هو مثل القرابة ، وغذا كانت القرابة تثبت الميراث فالزوجة تثبت الميراث بين الزوجين.²

الفرع الثاني: حقوق الزوجة على زوجها وحقوق الزوج على زوجته

أولا حقوق الزوجة على زوجها:

1 - سورة المؤمنون، الآية ص5-6.
2- أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية ، دار الفكر ، القاهرة، ص163.

1. العدل بين الزوجات: وهذا في المبيت الوفقة، فمن كانت له إمرأتان او أكثر فيجب عليه عند جمهور الفقهاء غير الشافعية العدل بينهما، والقسم لهن، فيجعل لكل واحدة يوماً وليلة، سواء اكان الرجل صحيحاً أو مريضاً، وسواء كانت المرأة صحيحة أو مريضة أو حائضاً او نفساء، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قسم لنسائه، وكان يقسم في مرضه ومع ان القسم لم يكن واجباً عليه.¹

2. حسن المعاملة: ومن حقوق المرأة على زوجها أيضاً حسن معاملتها وغبسان معاشرتها وعدم الأضرار بها قولاً او فعلاً² لقوله تعالى: "وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكهروا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً"³، ومن حسن معاملة المرأة تمكينها من حق زيارة أهلها واستضافتهم في بيت الزوجية بالمعروف وليس للزوج منعها من زيارة أهلها او منع أهلها من زيارتها في بيتها، لأن ذلك إضرار بالمرأة وقطع الأرحام الذي نهى الإسلام عنه⁴، قال تعالى: "فهل عسيتم إن توليتم ان تفسدوا في الأرض وتقطعوا أرحامكم"⁵.

3. الذمة المالية: سنتناولها في المطلب الثاني .

4. النفقة: لقد ثبت مشروعية ووجوب النفقة للزوجة على زوجها بالكتاب والسنة والإجماع والقياس.

أولاً: الكتاب

قوله تعالى "لينفق ذو سعة، ومن قدر عليه رزقه، فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها سيجعل بعد العسر يسراً"⁶
وقوله تعالى: "وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف، لا تكلف نفس إلا وسعها"⁷.

ثانياً: السنة

ما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم قال في خطبته في حجة الوداع بالنسبة للزوجات "ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"⁸.

عن عائشة ان قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما اخدت منه ولا يعلم، فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"⁹.

ثالثاً: الإجماع

اتفق اهل العلم واجمعت الأمة على وجوب نفقة الزوجة على زوجها إلا الناشز

رابعاً: القياس

1- داودي عبد القادر، احكام الأسرة، دار البصائر، الجزائر، 2010، ص180.

2- سورة النساء، الآية 19.

3- سعادي لعل، الزواج وإنحلاله في القانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص186.

4- سورة الطلاق، الآية 7.

5- سورة البقرة، الآية 233.

6- مسلم، صحيح مسلم.

7- أخرجه البخاري.

8

9

إن المرأة محسوبة على زوج يمنعها من التصرف والإكتساب، فلا بد من أن ينفق عليه من كان محسوباً بحق لغيره كانت نفقته عليه كالقاضي والعامل والعبد وسيدته¹.

ثانياً: حقوق الزوج على زوجته

والزوج أيضاً حقوق تترتب على المرأة بمقتضى عقد النكاح منها:

1. حق الطاعة: أي أن تطيعه وتحفظه في نفسها وماله عند حضوره، وغيبته وذلك لأن الزواج هو رئيس الأسرة ومدبلاً امرها بحكم القومة البدنية والمالية والنفسية التي فطر عليها وبحكم طبيعة المرأة الخلقية والعاطفية التي جعلها أكثر ميلاً إلى القيام بشؤون البيت وتربية الأولاد² عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "ألا أخبرك بخير ما يكثر المرء المرأة الصالحة إذا نظر إليها سرتة وغذا امرها أطاعته وإذا غاب عنها حفظته".

ومن فروع الطاعة ولوازمها استئذانه في الخروج من البيت وعدم إدخال اجنبي إلى بيته وحفظ شرفه، وصيانة في حضوره وغيبته، وعدم إفساد سره والمحافظة على الميثاق الغليظ الذي يجمعهما³

2. القرار في البيت: من حق الزوج على زوجته أن تقر وتقيم معه في المسكن الزوجية بالإلغاء بمطالب الزوجية وتحقيق السكنية والعناية بالبيت و الأولاد مقابل تكليفه بواجب النفقة والرعاية⁴.

3. القيام على شؤون البيت ورعايته: وذلك لحديث أسماء بنت أبي بكر رضي الله عندهما قالت: "تزوجني الزبير له في الأرض من مال ولا ملوط ولا شيء غير الفروسية فكننت أعلف فرسه واكفيه مؤنثته وأسوسه ... حتى أرسل إلى أبو بكر رضي الله عنه بخادم يكفيني سياسة الفرس فلى إنما اعتقني"⁵.

4. كما اجمع القيام بشؤون البيت ورعايته امر جبلي عرفي جلبت عليه أكثر النساء وتعارفت عليه المجتمعات في مختلف العصور والاماكن، وهو تولى النساء مهمة الطبخ والغسل وما شابه من أشغال البيت.

5. ومسالة خدمة البيت تحكماً الاعراف السائدة ووضع الزوجين المادي والاجتماعي⁶.

الجانب القانوني: نص القانون الأسرة في تعديل الجديد على حقوق الزوجية المشتركة ويمكن اختصارها فيما يلي :

1. حل الاستمتاع وحسن المعاشرة: ولعل عبر عنه المشرع الجزائري من خلال الفقرة 1 و2 من المادة 36 من الامر 05-02 وهما :
المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات المشتركة .
المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة .

وإن كان المشرع عبر بقوله "يجب" أي عدها من الواجبات الزوجين فلا مانع ان نجعلها حقوق للزوجين (المشتركة بينهما) ويترتب على هذا ان يحمل كل من الزوجين بقدر الإمكان على إسعاد زوجة وعلى سهر وعلى راحة الكل بكل الوسائل الممكنة المادية منها والمعنوية.¹

2. صلة الرحم: اوجب المشرع الجزائري على كل من الزوجين المحافظة على الروابط الاسرية أي أقارب الزوج والزوجة معا وذلك عن طريق تبادل الزيارات وتفقد احوالهما ومساعدتهم.

حث المشرع أيضا على ضرورة التعاون على تربية الاولاد وحسن رعايتهم والتشاور على تسيير شؤون الاسرة وتباعد الولادات إذ لا سبيل انجح للقضاء على الخلافات في هذا الباب سوى الحوار.

وبالجملة كل ما بهم الاسرة و يحقق الاستقرار والطمأنينة بين الزوجين².

3. استغلال الذمة المالية للزوجين وإدارة الاموال المشتركة بينهما:

وهذا ما سنتحدث عنه لاحقا في المطلب مستقل كأثر من آثار الزواج

4. ثبوت النسب: وهذا ما سنتحدث عنه لاحقا في مبحث مستقل كأثر من آثار الزواج
اما بالنسبة لحقوق الزوجة على زوجها: فقد تعرض لها قانون الاسرة قبل التعديل بنص المادتين 37 و 38 وهي (النفقة ، والعدل في حالة التعدد، حق زيارة ا

المطلب الثاني: النظام المالي للزوجين.

تعتبر الذمة المالية من أهم الحقوق الممنوحة شرعا للذكر والأنثى، وبفضلها تصيح الزوجة مستقلة ماليا عن ذمة الزوج، وعليه فان مختلف التشريعات والقوانين تعترف للزوجة بالأهلية القانونية، وبالذمة المستقلة لها.

وعقد الزواج يطرح عادة مشاكل تتعلق بتوزيع الثروة الزوجية بما في ذلك نصيب كل واحد من الزوجين في الأموال المشتركة المكتسبة أثناء قيام الزوجة

وهذا دون إغفال مشكل تحمل الديون الناتجة عن الحياة الزوجية وذلك سنتناول في هذا المطلب الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: استقلال الذمة المالية للزوجين.

أولا: معنى الذمة لغة وشرعا.

الذمة لغة: الأمان، وذا سمي المعاهد دميا، لأنه أعطي الأمان على الذمة الجزية التي تؤخذ منه قال تعالى: " لا يقربون في مؤمن إلا ولا ذمة". قال ابن منظور في الذمة: العهد، الحلف، وقيل في العهد و الأمان والضمان والحرمة و الحق .

الذمة شرعا: عرفها القرافي بقوله " إن الذمة فتول الإنسان شرعا لزوم الحقوق دون التزامها".

وعرفها عبد الوهاب خلاف بأنها: الصفة فطرية الإنسانية التي بها ثبتت الإنسان حقوق قبل غيره ، ووجبت عليه واجبا لغيره

ثانيا: استقلال الذمة المالية للزوجين في فقه الإسلامي من المقرر في أحكام الفقه الإسلامي إن المرأة المتزوجة، تتمتع بالأهلية التصرف في أموالها و أهلية التقاضي غير أن أهلية التصرف في أموالها خضع لاتجاهين من حيث الاعتداء به.

الاتجاه الأول: عدم جواز المرأة التصرف في مالها الخاص:

ذهب في القول بأن حق المرأة المتزوجة في التصرف في أموالها غي جائز مطلق إلا بإذن زوجها، قد استدل في هذا الصدد بالسنة النبوية والمعقول.

أ/ الاستدلال من السنة النبوية :

ما روى عن ابن شعيب عن أبيه عن جده أن الرسول الله صلى الله عليه وسلم قال " لا يجوز للمرأة أمر في مالها إذا ملك الزوج عصمتها " حيث إن زوجة لها إن تتصرف في مالها ، إذا تزوجت وهنا محمول على التبرع.

ما روى عن عبد الله بن عمر بن العاص رضي الله عنه ، أن الرسول الله صلى الله عليه وسلم قال " لا يجوز للمرأة عطية إلا بإذن " وجه دلالة في هذا الحديث من روايات الحديث الشريف السابق ، وهو يدل صراحة على أن زوجة لا يجوز لها أن تعطي عطية إلا بإذن زوجها ، وفي هذا الصدد ، قد قيده الإمام مالك رضي الله عنه بالثلث قياسا على المريض ، وأخذ بظاهرة الصحابي طاووس فمنعها من العطية ، مطلق ولو بالشيء اليسير إلا بإذن الزوج ومنه أيضا ما روى في الصحيحين عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " تنكح المرأة لا ربع مالها و ولحيتها ، ولجمالها ولدينها فا ظفر بذات الدين تربت يداك "

وعليه فوجه الدلالة في هذا الصدد ، أن الحديث دل على مال المرأة ، مما يرغب فيه الرجال وهذا يقتضي عدم أحقية المرأة توفيت عرض الزوج منها ، لأنه أدخل مالها في اعتباره عند الأقدام على نكحها ، كما أن مالها كان مناط لزيادة مهرها ، من قبل زوج ، مما يقتضي عدم تصرفها فيه إلا بإذنه ، وفي هذا السياق قال القاضي عبد الوهاب بعد ذكر الحديث " وذلك يفيد أن للزوج حقا ، في تبقية مالها بيدها ، ولأن العادة الجارية بان الزوج يتحمل بمال زوجته وله فيه معونة وتبقيه ، ويبين ذلك إن مهر المثل يقل أو يكثر بحسب مالها وكثرتة "

ويراه علماء الفقه هذا الحديث بأنه لا دلالة فيه ، لكون الشارع اجتاز للرجل في نكاحه للمرأة على مالها ، وغناها ، بل انه إخبار عن عادة الناس في نكاحهم ن وحثهم على النظر للمرأة إلى الدين الذي هو يخفي عن كل ذلك ولا دلالة على ذلك من أن التبرع لو يلزم المرأة بالنفقة على زوجها من مالها ، لو أعسر ، ولو يجعل للرجال في مال زوجاتهم حقا إلا بما طابت نفس المرأة به.

ب/ المعقول:

لقد استدل فقهاء الشريعة الإسلامية، ما تعلق بالذمة المالية، من حيث المعقول بوجوه منها:

- قياس المرأة على المريض ، مرض موت في تقييد ، كل منهما بالثلث ، مراعاة لحقوق الغير وهم الورثة المريض مرض الموت وزوج المرأة ، في هذا الصدد قد نوقش هذا الاستدلال بما يلي : حيث اعتبره قياس معارضا المفهوم الكتاب والسنة فيكون ذلك قياس فاسد المعارض النص.

ومنه ان هذا القياس فاسدا ، وكذلك لوجود الفرق المقيس و المقيس عليه ، فان تبرع المريض مرض الموت ينفذ إذا اصح و شفي من مرضه ، وهو بعلو تبرع المرأة نافدا في حدود الثلث لا أكثر منه سواء كانت في صحة أو مرض ، فلا يجوز في هذا الشأن أن يخالف الفرع الأصل

الاتجاه الثاني: جواز تصرف الزوجة في أموالها الخاصة.

يعد هذا الاتجاه الطلب الغالب في الفقه الإسلامي، إلا جواز التصرف، أو تصدق المرأة في أموالها دون إذن زوجها، لت فرق بينها وبين الزوج في ذلك، لأنه مت المقدر شرعا أن للمرأة المتزوجة ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية للزوج ولا يحق للزوج في أن يتصرف في شيء من أموال زوجته، أو بأخذ منه إلا بإذنها ورضائها وهذا وصدقا وإعمالا لقوله تعالى " و أتوا النساء صدقاتهن نحلة فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا"

وعليه فالمرأة وقد أعطاهما الزوج صدقتها المفروض شرعا تصبح مالكة لهذا الصداق ولا سبيل إليه إلى شيء منه إلا بطيب نفس منها، وهذا الحطم يسري على كل مال مملوك لها بطرق الميراث أو العقد. طبقا لقوله تعالى " ياأيها الذين امنوا لما يحل لكم أن ترثوا النساء كرها ولا تعضلوهن من لتذهبو ببعض ما أتيتموهن إلا أن باتين بفاحشة مبينة"

فالآية الكريمة إذن تحرم على الرجال أن يمنعوا زوجاتهم من ما لهن طمعا في إبقائه ثم الحصول عليه بعد ذلك بالميراث، كما قال الإمام القرطبي موجهها لأزواج النساء إذا أمسكهن مع سوء العشرة طمعا في ارثهن ومنه جاء قوله تعالى " وان أردتم استبدال زوج مكان زوج واتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا تأخذونه بهتانا وإثما مبينة"

فقد حرم على الزوج إذا فارق زوجته وأراد الزواج بأخرى أن يأخذ من مهر الولي شيئا واعتبره الاخذ حينئذ من البهتان و الاثم ولهذا الميثاق الغليظ وعليه فإذا كان يحرم على الزوج إن يأخذ سئل مما دفعه لها مهرا، ولو كان هذا المهر كبيرا، فان ما يدخل في ذمتها من أموال وممتلكات فيجب إن تكون بعيدة عن طمع الزوج لان عقد الزواج في التشريع الإسلامي لا يعطي للزوج الحق في التدخل في أمور وتصرفات الزوجة المالية، وألان حق ألقوامه عليها حق شخصي وليس مالي.

ومنه أعمالا وتكريس للقاعدة الشرعية التالية: الزواج مبني على المكارمة والبيوع

ولقد اتفق العلماء على إن المرأة المتزوجة لها إن تتصرف في مالها تصرفا مطلق كالبيع والشراء أو الإيجار ما دامت بالغة وعاقلة ورشيده

وذهب الاماك مالك إلى انه لا يجوز للزوجة إن تتبرع بأكثر من ثلث مالها، إلا إذا أذن لها زوجها في ذلك وهي رواه عن الإمام احمد بن حنبل.

وما ينبغي استخلاصه ف الذمة المالية في الشريعة الإسلامية أن المرأة المتزوجة دلت لمبادئ أحكام الشريعة الإسلامية الغراء سة على أموالها والمالكة الوحيدة لكل ما كانت تملكه قبل الزواج، وكل يؤول إليها بعدة من مال منقول، عقار ولها مطلق الحرية في ادارته، او التصرف فيه كما تشاء وانتشاء دون تدخل الزوج

ثالثا: استقلال الذمة المالية في القانون:

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 37 المعدلة بموجب الأمر رقم 02-05 لسنة 2005 على انه "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر"

و هذه الاستقلالية في الذمة المالية التي نصت عليها هذه المادة في فقرتها الأولى حسب التعديل الجديد تظل قائمة ولا تتأثر بالزوجة

و تضمنت هذه الفقرة الأولى أحكاما جديدة لم تكن موجودة في السابق وهي إحكام تتعلق بالذمة المالية لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية للزوج الآخر.

وقد اعترف المشرع الجزائري بدوره في قانون الأسرة بمبدأ استقلال الذمة المالية للمرأة عن طريق تجسيد لفكرة حرية المرأة بالتصرف في أموالها، إذا نص على إن للزوجة الحق في حرية التصرف في مالها ولو يعلق هذه الحرية بقيد أو شرط ولو يأخذ قانون الأسرة الجزائري برأي المالكية صراحة، وإنما اقر مبدأ أخذ المرأة في التصرف في الاموالها المادة 14 قانون أسرة إذ لا ولاية للزوج على مال زوجته المادة 1/37 قانون الأسرة.

غير انه وانطلاقا من واجب التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وضرورة التشاور في تسيير شؤون الأسرة المادة 36/3 و4 قانون الأسرة ، استشارة الزوج في جميع التصرفات المالية التي تبرمها الزوجة بغير عوض.

و بالإضافة إلى ذلك، فان الزوجة تخضع للقيد العام الوارد على الوصية ، وفقا للمادة 185 قانون الأسرة إن تكون الوصية في حدود ثلث التركة ، و ما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة الشرعيين .و الزوج يرث من زوجته وهو من أصحاب الفروض شرعا وقانونا المادة 1/144 والمادة 1/145 من القانون الأسرة

الفرع الثاني : الاتفاق حول مصير الأموال المشتركة للزوجين

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 37 الفقرة الثانية بعد التعديل الجديد لقانون الأسرة "غير انه يجوز إن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق ن حول الأموال المشتركة بينهما، التي تكتسبها بأنها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول واحد منهما "

وبناء على ذلك سنتناول في هذا الفرع إلى النظام الاشتراك المالي بين المؤيدين والمانعين ثم في قانون الأسرة الجزائري وموقف القضاء وقبل هذا سنتعرض الى مفهوم نظام الاشتراك المالي بين الزوجين

- النظام المالي للزوجين هو مجموعة القواعد التي تحدد علاقة كل من الزوجين بأمواله وأصول الزوج الآخر وعلاقتهما مع الأموال المشتركة

أولا : نظام الاشتراك المالي للزوجين عند المؤيدين:

يرى المؤيدون لنظام الاشتراك المالي أن الأموال تقسم بين الزوجين بالمناصفة عند الطلاق

أدلتهم:

1- إن القران الكريم قد راعى المدة الزمنية بالنسبة المطلقات فكان حكم من قصد مع الزوج مدة زمنية ليس كحكم من لو تخط معه خطوة وراعى كذلك المشاركين في الممتلكات فكأن نصيب المرأة في التركة مع الأولاد ليس كنصيبها مع عددهم وراعى أيضا حالة الزوج من زاوية الغنى والفقير ، قال تعالى "ومتعوهن على الموسع قدرة على المقتر قدرة"

وراعى كذلك ما عبر عنه بالمعروف ولا بد إن تمكن الزوجة من إدراج شروط في عقد الزواج تلزم الزوجة بتمكينها جزءا من الأموال التي اشتركا في تحصيلها أثناء الحياة الزوجية وهو ما يعرف فقها بحق الكد و السعاية المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية ومعنى الكد والسعاية:

لغة: من معانيه الشدة في العمل وطلب الرزق والإلحاح في محاولة الشيء إما السعاية فهي من : سعي سعيان أي عمل ن سعي في حاجة الرجل : تسبب له قضائها ، تسعى لعياله :كسب لهم.

والسعاية مصدر النميمة والوشاية وفي معناها العام الواسع ليدخل فيه كل من قدر الاشتغال والتكسب من أفراد الأسرة

2/ احترتما للعدالة باعتبارها مبدأ أساسيا في الإسلام ، واعترافا بتضحيات المرأة طول الحياة الزوجية تستحق تصف الممتلكات المحصلة والتي ساهمت فيها سواء من خلال عملها داخل البيت أو عن طريق عمل مأجور أثناء فترة الزواج.

و قد اعترض على هذا الدليا بأنه إذا كانت الأموال المشتركة بين الزوجين برسوم شرعية فان المرأة تبقى لها حصتها بعد الطلاق ن ولا يمكن لاح دان يسهل ، ولها أن تتصرف فيها طبقا لما تقتضي به مصلحتها ما دامت هذه الأموال ثابتة ملكيتها لهان

أما إذا كانت هذه الأموال لأحدهما فلا موجب لقسمتها لان المرأة مستقلة بملكيتها وبذمتها المالية ولرجل كذلك فلا هو يشاركها فيها تملك ولا هي تشاركه فيها يملك

3/ وهناك من يرى تقدير نصيب المرأة المطلقة المظلومة بالنصف كحد اعلي وبالربع كحد ادني باعتبار إن النساء صنفان: صنف يعمل داخل البيت وخارجه،

ويجعل ما يحصل عليه مشتركا وصنف يعمل وصنف يعمل داخل البيت فقط ، ويمكن ان يلاحق به الصنف الذي يعمل داخل البيت وخارجه ولكن يحتفظ بما حصل عليه لنفسه

وساهمت في تنميتها بنوع من المساهمة وصنف لا يملك أو يملك كان بسيطا

ورد على هذا الري بالتصنيف الرجل والمرأة بهذه الصورة جاء على غير معيار ولا قاعدة شرعية تنصف بين الزوجين في أحقية التناصف إذ المعروف شرعا هو استغلال الذمة المالية لكل من الزوجين على الآخر ، فضلا عن إن مسالة التصنيف والمناصفة جاءت انتصارات للمرأة المطلقة المظلومة ، دون النظر إلى الرجل المظلوم مراعاة إن التصنيف كان يشمل الاثنين معا فكيف يمكننا اعتبار هذا مناصفة؟

واما تقدير نصيب المرأة بالنصف كحد اعلي و الربع كحد أدنى بهذا مردود لقوله تعالى " ولهن الربع مما ترك وان لو يكنلكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم"

في حالة وفاة زوجها ترث الربع أو الثمن ، وفي حال طلاقها لها متعها بدليل قوله تعالى " ومتعهن على الموسع قدره وعلى المقيد قدره "

فإعطاء المرأة النصف مما يملك الزوج كحد أقصى والربع كحد أدنى يصطدم مع النص والقاعدة الفقهية تقول " لا اجتهاد مع نص صريح.

4- وهناك من يحتج بفلسفته الكد والسعاية بهدف الحد من ظاهرة الطلاق والحيلولة دون وقوعه باعتبار إن الزوج يدرك جيدا إن للمطلقة حقا معلوما في كل ما تم اكتسابه خلال فترة الزوجية وبالتالي سيحسب ألف حساب للطلاق قبل إيقاعه

رد عليهم ان الهدف من وراء اقتسام الأموال بين الزوجين هو الضغط على الزوج لمنعه من استعماله حقه المشروع في الطلاق ، وتهديده بمعاقبته بنزع ماله وإعطائه لغيره تحت ستار الكد والسعاية، وهو منطق مقلوب واتجاه معاكس لما يحرف في اصول اللغة بسد الذرائع ترك المباح خشية الوقوع في الحرام فهؤلاء يشرعون الممنوع خذ الوقوع في المشروع إذا يحبون أخذ مال الزوج بغير رضاه وهو ممنوع خشية حصول الطلاق الذي هو مشروع ، وهذا أمر غريب لا نظير له في الفقه الإسلامي

ثانيا: نظام الاشتراك المالي عند المان

يرى المانعون عدم جواز الاخذ بهذا النظام وادلتهم في ذلك كثيرة ومنها ما يلي:

1- الاعتراف للمرأة المطلقة بحقها في الاستفادة من مبدأ الذمة المالية المشتركة هو من المطالب التي ليست في صالح المرأة ، انما هو التقليد الاعمى والنقل الحرفي عند الغرب

وتطبيق هذه النظرية مخالف للمبادئ الشرعية الاسلامية التي تقتضي بان الذمة الزوجية مستقلة عن ذمة زوجها فكل واحد منهما شخصية وذمة المستقلة ، وهذا ما عليه جماهير علماء الامة، بل انم بدا انفصال الذمة المالية من مميزات النظام الاسلامي التي يتميز بها عن النظام الغربي ، والحكم نفسه يطبق حتى ولو كانت الزوجة تحمين زوجها ، ولا يعد ذلك اشكالا جديدا يلاحق في ذمة الزوج، بحيث تقاسمه في ماله اذا فارقتة واطر ما في الذمة المالية المشتركة بين الزوجين ان يغامر الزوج لامواله واموال زوجته ، فيتسبب في افلاس زوجته

2- ان اخذ المرأة لنصف املاك زوجها دون ان تكون شريكة معه فيها بجهدا وعملها وبذلها واسهامها من قبيل اكل اموال الناس بالباطل وانما تستحق نصيبها من املاك زوجها اذا كانت شريكة له ، لا لانها مطلقة منه ، فيجب التعريف منها بين ما تستحقه بالطلاق . نفقة العدة والمتعة ، وما تستحقه بالشركة

3- ان القول بان الزوجة تستحق المشاركة في الملك ظرا لانها تعمل داخل المنزل والزوج يعمل خارجه بحكم ان الملك الناتج عن عمل الزوج يشتركان في ملكيته قول سديد ، ولا تبيحه القواعد الشرعية الا اذا وافق الزوج عن طيب نفس

الترجيح

من خلال تعرضنا لاراء المؤيدين والنانعين يتبين لنا بوضوح ا نادلة الفريق الاول مبينة اساسا على العاطفة لاغير ، في حين نرى قوة ادلة الفريق الثاني لان لاشتراك المالي للزوجين بين الزوجين بهذه الصورة فيه كثير من الثغرات والانوالقات الخطيرة التي من شأنها ان تضر بالعلاقة بين الزوجين اكثر من نفعهما

ثالثاً: الاشتراك المالي بين الزوجين في القانون الاسرة الجزائري.

نص المشرع الجزائري في المادة 37 الفقرة الثانية (2/37) على ما يلي " غير انه يجوز للزوجين ان يتفقا في عقد الزواج او في عقد رسمي لاحق حول الاموال المشتركة بينهما التي يكتسبانهما خلال الزوجية وتحديد النسب التي تؤول الى كل واحد منهما"

وسنحاول تفصيل هذه الفقرة والتعليق عليها كالآتي:

"لا يجوز للزوجين ان يتفقا في عقد الزواج" ونكون هنا امام ثغرة كبيرة حتى وان اصلنا هذا الاتفاق وجعلناه بمنزلة الشرط ، وان الشروط المقترنة بعقد الزواج لا تبطله من الناحية الشرعية

ب/ "او في عقد رسمي" وهذا الحق ضررا ولكن يكون بضوابطه:

- كان يتم تحرير هذا الاتفاق في الوثيقة رسمية على يد الموثق بصفته ضابطا كموميا محلفا أو يوثق في المحكمة .
- وتفصل فيه النسب من حين المال والربح و الخسارة.
- إن يوقع على العقد الزوج و الزوجة الأصليان.
- إن يشهد على العقد شاهدان عادلان.

ج/ "تحول الأموال المشتركة بينهما لا بين المشرع الجزائري المقصود بالموال المشتركة.

د/ التي يكتسبانهما خلال الحياة الزوجية: وماذا عن الأموال المكتسبة قبل الحياة الزوجية من طرف أي واحد منهما ؟ وهل لا يدخل في الاشتراك إلا الموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية؟ من دون أي تصرف قانوني آخر منهما يعقد واسطة لهذا الأمر ، كما تلاحظ ان المشرع كأنه خص المرأة العاملة ولو يشير إلى المرأة الماكثة بالبيت.

ه/ تحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما : " ترك القانون الجزائري الحرية للزوجين في ان يحدد في هذا الاتفاق ما يشاء أن من النسب التي تؤول إليهما أي عند تقسيم الموال المشتركة ولو يذكر مرجعية لهذا التحديد والظاهر هو التوافق بينهما موقف القضاء من المسألة الأموال المشتركة .

- إذا واقع خلاف بين الزوجين كنزاع حول متاع البيت وكان عادة ما يصلح للنساء فان القضاء يقضي بما تطلبه الزوجة بعد تحليفها اليمين ، و من قضى بخلاف هذا الحكم الشرعي اعتبر خرقا لما قرره الشريعة الإسلامية طبقا وتكريسا للقرار رقم 17- 39 و المؤرخ في 1986/01/27 (المحكمة العليا).

ومنه أيضا في حالة الطلاق أو وفاة الزوج ، يكون من حق الزوجة مطالبة الورثة بالأشياء التي لها في بيت الزوجية في حياة زوجها المالك ، فإذا وقع نزاع بين الزوجة وورثت زوجها المالك فان النزاع تسري عليه القاعدة ما يصلح عاة للنساء، دون وجود بنية للزوجة عليه فإنها تأخذ مع يمينها ، ومنه نفس الشيء يقال فيما هو خاص بالرجال ، فان كان مما يصلح لهما معا، فيلحق كل منهما و الحال أن يقسمانه، ولا يختلف الأمر إلا في كيفية

الحلف، ومن ثم فإن القضاء بهذا المبدأ يعد حرق للقواعد الشرعية ، وما هو ثابت في قضية الحال ان الزوجة مطعون ضدها أقامت دعوى تطالب فيها بتمكينها من أثارها الباقي لها البيت الزوجية وحققها من زوجها فان قضاء الاستئناف تبدأ بيد الحكم المصادق عليه بتقرير الخبرة المتضمن محضر لمخلفات الهالك المنقولة ، وقسمتها على الورثة ، مع إلزام الطاعن بإعطاء حق الملعون ضدها

وعليه فان معالجة الاستئناف للنزاع ، حول هذا النزاع ، هو خروج عن القواعد الشرعية والخطأ في فهم طلبات الزوجة وإخراجها، من معناها الحقيقي الى مهني بعيد عنه ، ومتى كان كذلك استوجب نقص ، وإبطال القرار المطعون فيه لمخالفة الاحتكام الى هذا المبدأ الشرعي ومنه أيضا الحال بالنسبة للزوجة المطلقة ، لها حق طلب الامتعة الخاصة بها و المملوكة لها من مطلقها نقد الأمتعة والمصنوعات ، من توابع للطلب الاصلي والذي هو الطلاق ، ومن ثم فان قضاء الاستئناف في هذا الصدد لو يخافوا قواعد الإجراءات الساري العمل بها عندما فصلوا في مسالة الأمتعة ، والمصنوعات بين الطرفين.

وعليه فمن المقرر شرعا ، والمعروف فقها ، وقضاء ن انه حالة اختلاف الزوجين في متاع البيت أي ما يحكم به فيما ينص النساء للنساء . وعليه فان اليمين في هذه الحالة قررها الشارع وجعلها على ما يسانده العرف ومنه نرى في قضية الحال الزوجة اثبتت الفاتورات كونها اشترت بها جهاز التلفزيون ، والزواج كذلك اعترف بان الاجزاية ذات ثلاثة ابواب هي للزوجة ، وكانت اليمين على الزوجة لكون موضوع النزاع خاص بالنساء ، مما يستوجب هذا الوجه ، وبالتالي فان الزوجة لها مطلق الحرية في التصرف في مالها.

المبحث الثاني: حق في النسب

يعد النسب اثر من اثار عقد الزواج ، فقد نصب المادة 40 من قانون الاسرة الجزائري على انه " يثبت النسب بالزواج الصحيح والاقرار والبنية او بنكاح الشبهة او بكل زواج ثم فسحه بعد الدخول طبقت للمواد 32،33،34 من هذا القانون.

يجوز للقاضي اللجوء الى الطرق العلمية لاثبات النسب"

وتجدر الاشارة الى ان التعديل كان يثبت ما جاء في الفقرة الاولى من المادة 40 اعلاه و ثم استبدال المشرع الجزائري "الواو"ب" او" وهذا حتى يتزن اللفظ والمنعى ، اي كانت تجتمع كل الطرق لاثبات النسب اما بعد التعديل يكفي ان تتوافر احدى الطرق.

واضاف الفقرة الثانية الجواز اللجوء الى الطرق العلمية لاثبات النسب وبناء على هذا سنتطرق الى اثبات النسب بالطرق التقليدية والى الطرق العلمية.

وقبل ذلك سنتعرض اولا الى معنى النسب .

معنى التنسب :

النسب لغة:

مصدر النسب يقال : نسبه إلى أبيه نسبا من باب طلب عزوته إليه. والجمع انساب مثل سبب ، والنسب يكون بالإباء والى البلاد، ويكون في الصناعة وغير ذلك ولتنسب و لستنسب ، ذكر نسبه ، يقال للرجل إذا سئل عن نسبه :لتنسب لنا إي لتنسب لنا حتى نعرفك.

والنسب والمناسب ، والجمع نساء وانساء وفلانا يناسب فلانا فهو نسبيه اي قريبه استعمل النسب وهو مصدر في مطلق الوصلة بالقرابة ، فيقل بينهما نسب اي قرابة وسواء جاز بينهما التناكح أولا وجمعه انساب النسب الاصطلاح:

لقد أورد الفقهاء تعريف للنسب: هو القرابة وهي الاتصال بين إنسانين بالاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة

المطلب الأول: ثبوت النسب بالطرق التقليدية:

الطرق التقليدية لإثبات النسب وهي الطرق التي وردت في المادة 1/40 من قانون الأسرة التي نصت على إن النسب يثبت بالزواج الصحيح لو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بهد الدخول. الفرع الأول:

اولا: ثبوت النسب بالزواج الصحيح:

ان اي ولد ينتج عن الزواج الصحيح يمكن ان ينسب الى زوج امه والده متى كان هذا الزواج شرعا وقانونيا ، ومتى امكن الاتصال ، ولم يكن قد نفاه بالطرق الشرعية كالملاعنة ومتى حصلت ولادة هذا المولود خلال اقل مدة الحمل التي هي ستة شهور ، وأكثر التي حددها قانون الأسرة بعشرة شهور.

ومما تؤكد هذه القاعدة في إثبات النسب بالعقد الصحيح ما رواه المحدثون عن النبي صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وعاهر للحجر"

ومراد بالفراش هنا "الزوجة" ومعنى "العاهر الحجر" أي إن الزاني ليس له استلحاق ولده من الزنا ، وإنما له الخيبة والحرمان ومن ثم اجمع الفقهاء على أن النكاح يثبت بالفراش. ولهذا يمكن القول إن ثبوت النسب عن طريق الزواج الصحيح يتطلب توفر أربعة شروط

وهذا ما سنتناوله كالاتي:

أ/ إن يكون الزواج شرعيا:

الزواج الرعي الصحيح هو الذي استوفى جميع أركانه وكل شروط صحته (المواد من 7 إلى 31 من قانون الأسرة) وهو زواج مرتب لكافة أثاره الشرعية والقانونية في الحال . ومن أهم الآثار ثبوت النسب الأولاد الذين يولدون على فراش الزوجية ، دون اشتراط بينة او طلب اعتراف ممن سيثبت نسبا لولد منه.

وهذا ما جاء في المادة 41 من قانون الأسرة " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعا" وهذا أيضا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها " من مقرر قانونا ان يثبت الولد لأبيه متى كان الزواج شرعا" "من مقرر شرعا ان الولد للفراش للعاهر للحجر"

وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا في قراراتها المشهورة من ان الولد للفراش وللعاهر

للحجر "

ما دامت العلاقة الزوجية لو تنقطع بين الزوجين . فانه لا تأثير لغيب الطاعن ما دامت الزوجية قائمة بين الطرفين ، وانه لو ينف نسب الولد بالطرق المشروعة ومن ثم ، فانه متى كان الزواج العرفي متوفرا على أركانه التامة والصحيحة .

- ليس بالضرورة او بشرط إن يطون مسجل ، اي يكفي ان تتوافر فيه الشروط الشرعية لعقد الزواج

فان القضاء بتصحيح هذا الزواج وبتسجيله في الحالة المدينة، والحاق نسب الاولاد بابيهم يكون قضاء موافقا للرع والقانون . فاذا ولد الرجل الرجل ولد من زوجته في زواج صحيح ،ولو يوجد سبب من الاسباب التي يمكن للزوج ان يعتمد عليها في نفي ذلك الولد ، فانه ينسب اليه شرعا وقانونا ، ولا يجوز ان يتبرا منه ، لما جاء في الصحيح قوله صلى الله عليه وسلم "ايما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه ، احتجب الله عز وجل منه ، وفضحه على رؤوس الاولين يوم القيامة "

ب/ امكانية الاتصال بين الزوجين :

اذا كان الحمل يحدث بالطريقة الطبيعية المتمثلة في الاتصال الجنسي بين الزوجين إلا انه قد يحدث بغير الطريقة الطبيعية ، وذلك عن طريق التلقيح الاصطناعي
 ◆ / إمكانية الاتصال الطبيعي بين الزوجين بعد العقد :

ان يثبت التلاقي بين الزوجين من حيث العقد، ذلك ان العقد وحده لا يكفي ، إذ لابد فيه من الدخول . فان تأكد عدم لقاء بينهما لا يثبت نسب الولد الى الزوج ، كما لو كان احد سجيناً او غائب في بلد بعيد غيبة امتدت من أقصى مدة الحمل

- ولقد اختلف الفقهاء في اشتراط الدخول أو إمكان الدخول ،فقد اشترط جمهور الفقهاء (المالكي و الشافعي و الحنبلي) إمكانية الدخول، أي مكان التلاقي بين الزوجين بعد العقد عادة ، فلو انتفى إمكان التلاقي لا يثبت النسب .ونتيجة ذلك إذا تزوج رجل مع امرأة وابت بولد ستة (6) أشهر فأكثر من وقت الزواج ومكان الزوج ممن يتصور منه الحمل ،ولكت ثبت ان الزوجين لم يلتقيا قط او لو يكن في الإمكان تلاقيهما فانه لا يثبت نسب هذا الولد.

ذلك انه لو فرضنا ان الزوج قد دخل السجن لمدة أكثر من المدة القصوى للحمل ولو يخرج منه وان زوجته حملت خلال هذه المدة ، فان نسب هذا الولد لا يمكن ان يلحق بالزوج وكذلك اذا لو يكن الاتصال بين الزوجين بسبب عين في الزوج كإثبات انه عقيم بالوسائل الطبية ، فلا يكفي عند الجمهور مجرد الإمكان العقلي لثبوت النسب ،لان الإمكان العقلي نادر الحدوث ، و الإحكام الشرعية إنما تبني على الكثير الغالب لا على القليل النادر .

ونتيجة لذلك يثبت نسب الولد من الزوج عند الجمهور طالما لو يثبت إمكان التلاقي الفعلي أو الحسي بين الزوجين بعد العقد سواء ثبت التلاقي ولم يثبت في حين ان المشرع الجزائري

ولا يشترط الفقه الحنفي تلاقي الزوجين لان التلاقي ممكن عقلا والامكان كاف لاثبات النسب ، محافظة على الولد من الضياع ومجرد قيام الزوجية ك اللاحق النسب بالزوج

وبتمام ستة اشهر فاكتر يثبت النسب ولو تزوج رجل المشرق من امرأة من الغرب و مدة المسافة سنة فولدت ستة اشهر من تاريخ العقد يثبت النسب لاحتمال ان الزوجة من اصحاب الكرمات الى تطوى لهم المسافات.

اي ذهب الحنفية ان النسب يثبت بمجرد العقد اشترط في لمادة 41 من قانون الاسرة الجزائري "لينسب الولد لابييه من كان الزواج شرعا و امكن الاتصال"

و من هنا قد اخذ القانون الجزائري براي الجمهور وهو الصحيح الذي يتفق مع قواعد التشريع الاسلامي والمنطق والمعقول . والولد للفراس ان مض على عقد الزواج اقل من مدة الحمل وامكن الاتصال . والا فالولد المستند لهذا العقد غير لاحق . وعليه فان اذا تم العقد بين الزوجين غائبين بالمراسلة فان هذا العقد يكون سبب لثبوت النسب ضمن الفترة المقررة قانونا وشرعا ، اذا كان الاتصال بين الزوجين ممكنا فان كان يتلاقيان . اما اذا استحال ذلك بان كان بعيدين عن بعضهما كل في بلد بجهتين لايمد تلاقيهما ، فان نسب للولد لا يلحق بابيه.

● امكانية الاتصال الغير الطبيعي بين الزوجين:

تعتبر عملية الاتصال بين الزوجين هي الوسيلة الطبيعية والوحيدة للانجاب والتي اقترتها الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية ، الا ان هذه الطريقة قد تعترضها عوائق مرضية تحول دون تحقيق هذه النتيجة ، ترجع اساسا الى العقم التام لدى احد الزوجين ا و الى خلل بيولوجي من شأنه ان يتسبب في ضعف الخصوبة لدى احدهما.

ولقد تصدت العلوم الطبيعية الحديثة هذه العوائق اذ كشفت عن طريقة للحمل عن الطريقة الطبيعية والتي تتمثل في التلقيح الاصطناعي

- ولقد نصت المادة 45 مكرر المضافة بموجب التعديل الصادر بالامر 02.05 على انه يجوز للزوجين اللجوء الى التلقيح الاصطناعي . ثم نصب ما شرع على اخضاع هذه الطريقة في إثبات النسب الى شروط محددة

وقبل هذا سنتطرق الى تعريف التلقيح الاصطناعي .

تعريف التلقيح الاصطناعي:

لقد عرفه البعض بانه "اجراء تلقيح بين حيوان المنوي للرجل وبويضة المرأة من غير الطريق المعهود اي من غير الاتصال الجنسي"

وقال آخرون " إدخال البذور الذكرية في الجهاز التناسلي للمرأة بغير الطريق الطبيعي"

ولقد حددت هذه الشروط واثم ذكرها على سبيل الحصر وتتمثل فيما يلي:

1- ان يكون الزواج شرعيا : اي اثناء قيام الرابطة الزوجية الصحيحة لاستبعاد امكانية القيام بهذه العملية من الرجل و امرأة اجنسين فشبه الولد الناتج بالتلقيح الاصطناعي بالولد الناتج عن الجماع الطبيعي بين الزوجين اي مهم ان تكون العملية ضمن رابطة زوجية صحيحة.

2- ان يكون التلقيح برض الزوجين واثناء حياتهما: بمعنى ان يكون كل من الزوج والزوجة راضيا باجراء التلقيح الاصطناعي ، ويجب ان يكون الرضا سليما خاليا من عيوب الارادة ويكون بموافقة الزوجين عليه طواعية دون ان يكره عليه احدهما الآخر.

كما يجب ان يكون التلقيح اثناء حياة الزوجين لان التلقيح الاصطناعي بمعنى الزوج بعد وفاته يتعارض من احكام الميراث بخلاف اذا جرى التلقيح ثم مات الزوج فينسب الولد لابيه.

3- ان يتم التلقيح الاصطناعي بمن الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها:

وهذا حفاظا على حرمة النسب وشرعية وتجنبنا للوقوع في حالة الام البديلة ، او ما يسمى قديما نكاح الاستبضاع.

4- كما وضع المشرع الجزائري شرطا اخر وهو عدم اللجوء الى الام البديلة في التلقيح الاصطناعي لان الام الحقيقية هي التي حملت . قال الله تعالى "ووصينا الانسان بوالديه حملت امه وهنا على وهن"

ولقوله تعالى "حملته امه كرها ووضعته كرها وحمله و فصالة ثلاثون شهرا " ومن خلال الآيتين نجد ان القران ربط بين الحمل و الأمومة ، فالام هي التي تحملت وليست من منحت البويضة ومعنى هذا الكلام هو ان المشرع الجزائري في تعديله لقانون الاسرة قد اختار ان يساير العصر . وان يستفيد من التقنيات الجديدة المعاصرة . و ان يستفيد من التقنيات الجديدة المعاصرة . وان يجدوا حلا لمعضلة عسر الانجاب لدى عدد لا بأس به من الأزواج . فقررنا اعتماد التلقيح الاصطناعي كوسيلة وكطريقة من وسائل وطرق واثبات النسب كلما توفرت تلك الشروط المشار عليها اعلاه.

ج/ عدم بنفي الزوج الولد بالطرق المشروعة :

والطريق المشروع لنفي الولد عن ابيه هو اللعان ، هو نظام قانوني

1/ تعريف اللعان :

لغة :

من اللعن الذي هو الطرد والابعاد ومنه لعن ابليس اي طرده من الجنة وابعاده من جوار الملائكة ... ولاعن امراته ولاعن القاضي بينهما اللعان وتلاعناو التعن..... المباهلة التي تقع بين الزوج والزوجته

ويعرف شرعا :

انه شهادات مؤكدة الايمان من الجانبين مقرونة باللعن القائم حد القذف بالنسبة للزوج زنا الغضب القائم مقام حد الزنا بالنسبة للزوجة

2/ مشروعية اللعان :

من القران الكريم:

في قوله تعالى "والذين يؤمنون ازواجهم ولو يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين . والخامسة ان لعنه الله عليه كان من الكاذبين "

ويدرا عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين . والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين "

3/ شروط اللعان :

أ/ قيام الزوجية الصحيحة بين المتلاعنين : ولا فرق بين ان تكون الزوجة مدخولا او غير مدخول بها في انه يلاعنها ، كما يقع اللعان كذلك ولو في العدة من الطلاق الرجعي وعليه فلا لعان بين غير الزوجين ، ولا لعان بقذف زوجة صارت ميتة ولا لعان بقذف امرأة المبانة ويحد زوجها الاصلي كالاجنبي ، كما لا يقع اللعان الا في الزواج الصحيح ، واجاز البعض اللعان في الزواج الفاسد .

ب / ان يكون كل من الزوجين عاقلين بالغين ، فلا يصلح اللعان بالاتفاق من صبي و مجنون واختلفوا في لعان الاخرس ، فقال مالك و الشافعي يلاعن اذا فهم منه ، وقال ابو حنيفة لا يلاعن ، لانه ليس من اهل الشهادة ، واما الاعمى فاجتهدو على جوارها لعانه

ج/ ان يحصل النفي دون ان يكون قد سبق اقرار من الزوج بالولد صراحة او ضمينا ومن قرار الصريح ان يقر حال حملها و قبل الولادة بان الحمل منه ، ومن الاقرار الضمني تجهيز ما يلزم للولادة قبل حدوثها او بعدها او سكوته وتلقيه التهنة بالولد ، فان سكوته يعتبر اقرار ضمينا.

د/ الا يكون للزوج بينة أخرى لإثبات زنا زوجته وان تكون الزوجة ناكرة الفعل زنا إنكارا صريحا واضحا ، وذلك انه لو وجدت لدى الزوج حجج ودلائل أخرى كافية لإثبات زنا زوجته او كانت قد اعترفت بممارستها لجريمة الزنا فلا حاجة إلى إجراء اللعان لان اللعان ما شرع الا عندما لا يمكن للزوج أن يثبت الزنا بالدليل المطلوب

4/دعوى اللعان :

لقد قررت المحكمة العليا بأنه لا يمكن نفي النسب بالملاعنة إلا بالالتجاء للقضاء وذلك عن طريق رفع دعوى اللعان

ومن المستقر عليه قضاء انه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في اجل محدد لا يتجاوز ثمانية (08) أيام يوم العلم بالحمل

فيأمر القاضي الزوج إذا أصر على اتهام زوجته بالزنا بالملاعنة بان بان يحلف ويقول:"اشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميتها ، ويكرر قوله أربع مرات في الخامسة يقول" إن لعنة الله عليه أن كان من الكاذبين , ثم تشهد هي أربع شهادات بنقيض ما يشهد بيه ثم تغمس بالقضيب.

لم يحدد المشرع هذه رفع دعوى اللعان ونعني النسب على غرار بعض التشريعات العربية مثل المشرع السوري الذي حدد مدة رفع دعوى اللعان في المادة 217 : يجب اتحاد إجراءات دعوى اللعان خلال خمسة عشر يوما من وقت الولادة أو العلم بها.

وكذلك المشرع الكويتي نفس مرة .

إلا أن المحكمة العليا حددت مدة رفع اللعان ونفي النسب وهذا ما يتضح من خلال القرارات التالية :

من المقرر أيضا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها الشريعة الإسلامية والاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا .

وجاء في قرار آخر : " ومن المستقر عليه قضاء أن مدة نفي الحمل لا تتجاوز ثمانية أيام "

وجاء في قرار آخر : " من المستقر عليه قضاء ان مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام "

من يوم العلم بالحمل

نجد المحكمة العليا أن مدة رفع دعوى اللعان ونفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا.

إلا أن المحكمة العليا اتحدت موقف مغاير في قراراتين أخريين.

1- القرار الصادر في 1995/01/25 إذ جاء فيه : من المقرر شرعا أن دعوى اللعان لا تقبل إذا تأخرت ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو بالوضع أو الرؤية الزنا "

2- القرار الصادر في 2002/12/25 إذ جاء فيه :

هدة اللعان حسب استقرار اجتهاد المحكمة العليا هي أسبوع من يوم رؤية الزنا مدة اللعان حسب استقرار اجتهاد المحكمة العليا هي أسبوع من يوم رؤية الزنا أو العلم بالحمل حيث ان حكم المستأنف و القرار المنتقد قد أجابا إن دعوى الملاعة قد جاءت متأخرة جدا أو غير مقبولة لانها محددة بوقت قصير

قد استقر بشأنها اجتهاد المحكمة العليا على ان لا تتجاوز فترة اسبوع فقط من يوم رؤية الزنا او من يوم العلم بالحمل

5/ اثار اللعن :

يترتب على إجراء اللعان وفقا للشروط و الأوضاع المنصوص عليها سلفا ما يلي :

1- سقوط عقوبة القذف عن الزواج وعقوبة الزنا من الزوجة

2- التفريق بين المتلاعنين وقد اتفق الفقهاء على انه اذا وقع اللعان فرق بين الزوجين غير انهم اختلفوا في امرين:

الاول : من تقع الفرقة بين المتلاعنين ، فهل تقع بمجرد ان يفرغ المتلاعنين من اللعان ام لا بد من حكم قضائي ؟

الثاني في التكتيف الفقهي لهذه الفرقة .

أ/ فبخصوص الأمر الأول : يرى المالكية والحنابلة إن التفارقة تتم بمجرد انتهاء المتلاعنين من اللعان أما حكم ألقاض فهو منفذ لها لا سبب الفرقة اللعان وقد وجد ولولا ه وقع .

ب/ أما عن المر الثاني : فقد اعتبر جمهور الفقهاء إن التفريق الحاصل باللعان فسخ أما أبو حنيفة فيعتبره طلاقاً بائناً يحتسب من عدد الطلاقات لأن الفرقة جاءت من الرجل ، وكل فرقة كذلك تعتبر طلاقاً لا فسخاً.

إما عن اثر اللعان في نفي النسب فإنه اخطر ما يترتب عليه هو نفي نسب الولد عن الملاعن ، و إلحاقه بأمه فترثه ويرثها ، ويسجل في الحالة المد فيه باسمها .

فعند أبو حنيفة : لا تقع الفرقة دون حكم حاكم اي على القاضي ان يقول بعد الانتهاء من الملاعنة ، قد فرقت بينكما وقطعت نسب هذا الولد عنك و ألزمته أمه بهذا جدت أحكام القضاء وقد جاء في احد الاحكام القضائية "حيث انه والحالة هذه استوجب على المحطمة ان تفك العصمة بينهما وان تلحق البنت -هبة - بامها لقضاء الرسول صلى الله عليه وسلم "ولد المتلاعنين يلحق بامه يرثها وترثه"

ويترتب عن نفي نسب الولد الى الزوج ما يلي :

- معاملته من باب الاحتياط كأنه ابنه ، فلا يعد مجهول النسب ولا يصح ان يدعيه غيره ،
لانه قد يكذب نفسه بعد اللعان فيجب عليه القذف ويثبت نسب الولد ويزول كل اثر اللعان بالنسبة للولد وهو راي الحنيفة .

- عدم الثوارت بينها

- ثبوت حرمة المصاهرة بينهما ، فلا يحق للولد المنفي نسبه باللعان الزواج بابنه الاعن او احدي محارمه ، لاحتمال ان يكون هذا الولد ولده ، كما لا يجوز له ان يتزوج امراته

- عدم قبول شهادة احدهما

د/ ولادة المولود بين ادنى واقصى هدة الحمل :

لا يكفي لكي يلحق النسب بالزوج ان يكون هناك عقد صحيح يربطه بينه وبين زوجته ، وانما لا بد ان تتحقق مدة الحمل المفروضة شرعا وقانونا

طبقا للمادة 42 قانون اسرة " اقل مدة الحمل ستة (06) اشهر واصاها (10) اشهر "

ومتى ولد الولد لستة اشهر من عقد الزواج وهي ادنى مدة الحمل ، واقصى مدة الحمل هي عشرة اشهر . وفي كل الاحوال ، تعتمد اقل مدة الحمل ابتداء من ابرام عقد الزواج

وتعتمد الاقصى مدة الحمل اي عشرة اشهر من تاريخ انتهاء عقد الزواج ، كيفما كان سبب ذلك الانهاء ، طلاق ام فسخ ام وفاة وهذا ما جاء في المادة 43 قانون الاسرة "ينسب الولد اذا لاييه اذا وضع الحمل خلال عشرة (10) اشهر من تاريخ الانفصال او الوفاة "

وقد قرر الطب في العصر الحاضر، أن الجنين الأدمي لا يزيد مكثه في رحم أمه عن تسعة أشهر إلا أسابيع قليلة ما لم تقرر لجنة طبية مختصة خلاف ذلك. وهو ما قال به الفقيه الكبير ابن الحزم الظاهري مند أمد بعيد ، أن أقصى مدة الحمل تسعة أشهر والذي نميل إليه ما

أخذ به واضعو قانون الأسرة الجزائري ، عندما قرروا من خلال مقتضيات المادتين 42 و 43 من قانون الأسرة ناقص مدة الحمل عشرة أشهر

➤ وذهبت المحكمة العليا في الشأن ، إلى انه لا ينسب الولد لأبيه إلا إذا ولد خلال المدة المحددة قانونا و أقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق او الوفاة ، أن ولدت المطلقة أو المتوفي عنها زوجها فلا تخلو من أن تكون أقرت بانقضاء عدتها ، أو لو تقر ، فان أقرت وجاء مولدوها بين اقل مدة الحمل و أكثرها ثبت نسب المولود .
ثانيا: ثبوت النسب بالزواج الفاسد:

لقد ورد النص المادة 40 المعدلة على أن النسب يثبت بكل زواج ثم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 33.32-34 من قانون الأسرة .

وطالما أن المادة 40 قانون الأسرة تقتضي بأنه يثبت بكل نكاح ثم فسخه بعد دخول فان المشرع الجزائري لا يعترف بثبوت النسب قبل الدخول

كما حرص الدين كذلك على أن يثبت النسب في الزواج الفاسد كما يثبت في الزواج الصحيح أعمالا لمبدأ الوجود الاحتياط لثبوت النسب حفاظا للولد من الضياع " لكنه يشترط في ذلك شروطا

1- أن يكون الزوج قد دخل بالزوجة التي عقد عليها عقدا فاسدا ، فلو يكن هناك دخولا فلا محل للقول بالنسب ، لان الفراش في النكاح الفاسد يثبت من حيث الدخول الحقيقي

2- انفي اقل مدة للحمل في يدعيه الأب بكيفية لا يرفضها العقل و العادة.

3- أن تأتي المرأة بالولد في اقل مدة للحمل هي ستة (06) أشهر.

إذن الشريعة الإسلامية توجب الاحتياط في الأنساب وتثبت النسب وثورته به في النكاح و لو فاسد.

و يرى علماء الفقه بان ليس هناك فرق بين الزواج الفاسد والزواج الصحيح من حيث ثبوت النسب.

وبناء على هذا يثبت نسب الولد الذي أنتت به أمه لستة أشهر (06) فأكثر من وقت الدخول بها ، وعلى ذلك يثبت النسب لكل ولد تأتي به بعد هذه المدة ما دام يعاشرها معاشرة الزواج وذلك على الراجح لا بالنسبة لاعتبار وقت الدخول لا وقت العقد عليها ، أما إذا أنتت به لأقل من ستة أشهر من وقت الدخول فان النسب لا ينسب

أما أقصى مدة الحمل بالنسبة للزواج الفاسد فإنها تحتسب من تاريخ التفريق بين الزوجين ، فان جاءت الزوجة بولد قبل مضي عشرة أشهر اعتبارا من اليوم التفريق ثبت نسبه أبويه.

وخلاصة القول انه إذا كان العقد الفاسد يعتبر كالعقد الصحيح فيما يخص إثبات النسب فان المنطق يقتضي أن يعامل كالعقد الصحيح من حيث احتساب مدة الحمل وهي من تاريخ إبرام العقد مع إمكان الدخول او الاتصال على حد تعبير المشرع الجزائري

وفي قرار مشهور للمحكمة العليا في 15/06/1999 ملف رقم 222674 ، حكمت بأنه يثبت النسب بكل نكاح ثم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من قانون الأسرة ومتى يثبت أن قضاة الموضوع لما قضاوا بتبين خبرة طبية ، قصد تحليل الدم للوصول إلى معرف النسب ، خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا و قانونا طبق لأحكام المادة 40 قانون الأسرة وما بعدها ، فإنهم بقضائهم حكما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض .

وهذا الاجتهاد صائب يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية التي نصت على ثبوت النسب في الزواج الفاسد اذا تم الدخول بالفعل ، احتياطا لا حياطا لإحياء الولد وعدم ضياعه . ووجوب العدة على المرأة في النكاح الفاسد ، لان الشبهة عند الدخول في هذه الحالة قوية فانه لا يجوز شرعا الاعتماد الخبرة الطبية ، بما فيها البصمة الوراثية وتحليل الحمض النووي في نفي النسب . وتقديمه على اللعان، وذلك لان الطريق الشرعي والقانوني لنفي النسب هو اللعان، بشروطه و اجر ائته المحددة شرعا وقانونا

ثالثا: ثبوت النسب بنكاح شبهة :

إن إثبات النسب بنكاح شبهة هو واحد من الطرق التي تضمنتها المادة 40 من قانون أسرة في مجال الحديث عن طرق أثبات النسب.

ونكاح الشبهة هذا هو نكاح يقع صحيحا من حيث المبدأ ثم يثبت انه اشتمل على خطأ او على مانع . كان يتزوج الرجل مع المرأة على أساس أنها خالية من كل الموانع ثم يتضح أنها أخته من الرضاع.

وفي هذه المعنى نصت المادة 34 من قانون الأسرة على أن كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعد، ويترتب عليه بثبوت النسب

يثبت نسب المولود من الوطء بشبهة إذا ولدته المرأة ما بين اقل مدة الحمل و أكثرها ، لتأكد تولده حينئذ من ذلك وطء . والشبهة من عقد الزواج بأشكال مختلفة: كالشبهة في الحكم: كما لو جهل الزوج حكما من أحكام الزواج ونشا عنه الدخول بالمرأة.

والشبهة في العقد : كالعقد على امرأة وبعد الدخول تبين أنها أخته من الرضاع ، اي المحرمات ، وهو ما نص عليه القانون الجزائري في المادة 34 قانون أسرة.

و الشبهة في فعل: كما لو دخل شخص على امرأة ظنا منه أنها زوجته، ثم تبين له أنها غير زوجته.

إن الطء المستند إلى شبهة ، لا هو زنا يجب فيه الحد ، ولا هو دخول الحقيقي يرتكز إلى عقد نكاح ، ولذلك يلحق فيه الولد بابيه لأنه نكاح مختلف فيه شبهة والشبهة تفسر لصالح الولد إذا ولد بين اقل مدة الحمل و أقصاها من تاريخ الدخول

وللفقهاء آراء كثيرة حول ثبوت النسب بالدخول بالشبهة ففي بعضها اثبتوا النسب وفي بعضها الآخر لو يثبتوه , ومراد ذلك إلى أن الحكم على واقعة الدخول هل تعبر كالزواج الفاسد و كالباطل ، وما ينشا عنه من آثار أخرى غير النسب ، من حيث العقوبة أو من حيث الأحكام كالعدة والصداق وحرمة المصاهرة وغير ذلك

وان الزنا لا يلحق به نسب ، وعلى هذا قول الحنفية والمالكية و البعض من الشافعية والحنابلة . إن ولد الزنا يلحق بالمرأة الزانية ، ولا يلحق بالرجل ، فإذا شهدت القابلة بولادة هذه المرأة الزانية ثبت نسب الولد منها .

و الحقيقة أن الشبهة تثير الكثير من المشاكل في إثباتها من الناحية القانونية لان الزاني قد يحاول التمويه وتستر بالشبهة ، وعلى هذا الأساس يؤكد الفقهاء ومن ضمنهم المالكية على ضرورة إثباتها وله في ذلك جميع الوسائل الشرعية في الإثبات

وقد سايرت المحكمة العليا موقف جمهور الفقهاء ، عندما قررت بأنه لا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية ، بل عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد وكل ما تنتج عنها لا يفيد النبوة المشروعة وبعد الاتصال الجنسي بين المخطوبين قبل توثيق عقد الزواج زنا وان ابن الزنا لا ينسب إلى أبيه شرعا وقانونا(2)

الفرع الثاني : ثبوت النسب بالإقرار و البينة.

القرار و البينة يعتبران من الأدلة العامة في النسب وغيره، وهي الأدلة التي تستعمل قضاء لإثبات حقوق ما ومنها النسب.فقد أباح القانون للشخص أن يثبت نسب شخص آخر منه .كان يدعي نبوة طفل معين أو أب يدعيها أو يقوم الابن بادعاء أمومة امرأة معينة أو أبوة أب معينة . كما أجاز له أن يدعي أخوة أو عمومة شخص آخر، وسمي ذلك إقرار أو دعوى النسب في الفقه ، ويمكن إثبات النسب عن طريق البينة وهذا ما يجعل النسب يكشف بعد أن كان ناشئا و تفصيلا لكل هذا سنتعرض لكل من الإقرار و البينة في هذا الفرع .

أولا : ثبوت النسب بالإقرار.

معنى الإقرار:

هو اعتراف شخص معين بإلحاق نسب ولد مجهول النسب به ، و هو حجة قاصرة على المقر لا تتعداه سواء كان ذلك في حالتي الصحة او المرض ، ويثبت له من غير حاجة إلى بيان سبب النسب ن لان الإنسان له ولاية على نفسه.

أما في قانون الأسرة الجزائري فلم يورد المشرع تعريفا للإقرار (3) غير انه أورد تعريفا للإقرار في المادة 341 من القانون المدني ، إذا نصت على أن الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه و بذلك أثناء سير الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة .

ويتبين من خلال المادة 44 من قانون الأسرة أن الإقرار قد يكون بالنبوة أو الأبوة أو بالأمومة " يثبت النسب بالإقرار بالنبوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت من صدقة العقل او العادة " .

1- الإقرار بالنبوة: هو أن يعلن شخص صراحة أن شخصا معيناً ابنه أو ابنته، كقول الرجل: هذا ابني، أو هذه ابنتي، وحتى يكون الادعاء صحيح يجب أن تتوافر الشروط التالية:

- أن يكون المقر عاقلاً، بالغاً مختاراً.
- أن يكون الولد المجهول النسب، لا يصح الإقرار بالمعلوم النسب
- أن لا يكذبه العقل والعادة حيث لا يتصور من رجل تجاوز الثمانين من عمره .

2- الإقرار بالأبوة أو الأمومة: ويكون بتصريح شخص معين له علاقة ا وان أو أم ، كقوله " فلان أبي " أو " فلانة أمي " بشروط هي :

- أن يكون المقر مجهول النسب
- أن يوجد بينه وبين المقر بأبوته أو أمومة فارق في السن يسمع له باعتبار ابناً له، ويقبله العقل والعادة.

3- الإقرار بالأخوة أو العمومة: وهذا النوع من الإقرار يكون بين شخصين ، كلام ليس أصلاً للأخر ، ولا فرعاً له ، وإنما تربطهما قرابة حواشي ، أي لهما أصل مشترك ويكون الإقرار بلفظ : " هذا أخي " " هذا عمي " ، ويسمى بالإقرار المحمول على الغير ، وهو المقر عليه وحتى ينتج آثاره يجب إلا يكون المقوله مجهول النسب وان يصغه العقل والعادة وان يصدقه المقر عليه.

فلا يصدق هذا الإقرار ولا يثبت به النسب إلا بتصديق المقر عليه ، وهذا ما أكدته المادة 45 قانون الأسرة: "الإقرار في النسب في غير النبوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه.

والمقر عليه هو الأب عند الإقرار بالأخوة والجد عند الإقرار بالعمومة.

- وهناك شرط يجب توفره لإثبات النسب بطريقة الإقرار ، وهو شرط لو يرد النص عليه صراحة في المادتين 44 و 45 من قانون الأسرة إلا انه يمكن استنتاجه من قصد المشرع و من عموم المبادئ العامة وهو شرط وجوب ان يكون الطفل محلاً لإقرار ناتجاً عن زواج شرعي صحيح بين رجل و امرأة لأنه لا يجوز شرعاً ان يولد طفل من زنا . ثم يدعي ويقر الرجل أن هذا الطفل ابنه.

ثانياً: البينة:

لقد جاء في نص المادة 40 من قانون الأسرة على انه "يثبت النسب بالزواج الصحيح بالإقرار أو البينة...".

والمراد بالبينة هي شهادة رجلين عدلين ، أو رجل و امرأتين ، بتقديم الدلائل والحجج التي تؤكد وجود واقفة مادية ، وجود حقيقياً بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما ، وهي من الوسائل الإثبات الوارد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد وان البينة بشهادة الشهود دون غيرها في إثبات النسب .

البينة هي اقوي من الإقرار من حيث ثبوت النسب، لذلك لو كان هناك ولد نبده أهله ولو يعرف له أب فاحده رجل و اقر بنسبه ثبت النسب بناء على ما يدعيه كان أدق نسبه من الأول ، لان النسب وان كان قد ثبت بالإقرار فهو غير مؤكد يحتمل البطلان بالبينة لأنها اقوي منه

و تمتاز البينة على الإقرار بأنها حجة متعدية لا يقتصر الحكم الثابت بها على المدعي عليه وحده، قد تثبت في حقه وحق غيره، بالإقرار وهو حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلى غيره.

وعليه إذا ادعى إنسان على الآخر نبوة أو أبوة أو أخوة أو عمومة أو أي نوع من القرابة و أنكر المدعي عليه دعواه فالمدعي أن يثبت دعواه بالبينة ، و حينئذ يثبت النسب ملزما لكل من الطرفين بما عليه من حقوق للطرف الآخر

وقد تكون دعوى النبوة أو الأبوة في حياة المدعى عليه دعواه فتسمع مجردة ، ويرد الإثبات فيها على النسب قصدا ، و إذا كان المدعى عليه ميتا وجب سماع الدعوى المصحوبة بحق آخر كالميراث أو الدين أو النفقة نلان الدعوى على الميت هي دعوى على غائب فلا تسمع¹

إذن الدعوى لا تسمع مجردة على ان تكون في ضمن حق آخر ، بل لا بد أن تدعي حقا و تأتي الدعوى ضمنه ، المطالبة بحق في الميراث ،سواء كان المقر عليه حيا أو ميتا فيجب على المدعى أن يعيد إلى الحق الذي يقصده من أول الأمر ،تجئ دعوى النسب ضمنا.²

وقد تواتر قضاء المحكمة العليا، على الإجراءات لإثبات في مسائل الأحوال الشخصية تخضع لقانون الإجراءات المدنية ، أما قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية لا غير المادة 222 قانون الأسرة ،التي تسمح بسماع الشهود ، إذا اقتضى الحال ، في كل مواضع النزاعات ،وذلك مهما بلغ التصرف القانوني من قيمته فانه يجوز شهادة الأقارب في قضايا الأحوال الشخصية . وتعتبر شهادة الشهود حجة كافية في إثبات النسب ، وهي في هذا المجال اقوي من الإقرار من حيث الإثبات

وذا ما تعلق الأمر بإثبات الولادة ،و تعيين المولود ، وهما الأمور التي لا يطلع عليها الا النساء ، دون الرجال ، جاز الفقه المالكي أن يقع الإثبات عن طريق شهادة امرأتين فقط

فقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة ، وذلك لان النسب بالفراش و المراد هنا إثبات الولادة ، قال ابن شهاب الزهري : " قضت السنة النبوية بجواز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غير من ولادة النساء و عيوبهن

ولقد أحاط المشرع الجزائري البينة بكثير من الضمانات ومنها فرض عقوبات مشددة لجريمة شهادة الزور . وهذا ما نصت عليه المادة 235 من قانون العقوبات " كل من شهد زورا في المواد المدنية أو الإدارية يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات و بغرامة من 500 إلى 2000 دج.

1

2

وما يمكن ملاحظته هو أن إثبات النسب بالبينة لا يمكن تصوره إلا بناء على زواج صحيح أو فاسد أو بعد الوطء بالشبهة فلا يمكن إثبات نسب ولد نتج عن علاقة غير شرعية و لا قانونية بأنه بينة باستثناء نسبه إلى والدته.

المطلب الثاني: ثبوت النسب بالطرق العلمية.

نص المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة في فقدها الثانية على انه " يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"

والتي استحدثت اثر تعديله سنة 2005 بموجب الأمر رقم 05/02 ، مما يدل على انه تأثر بالثورة العلمية التي كان سببها التطور البيولوجي المسابير للتطور التكنولوجي الذي نتج عنه استحداث تقنيات في المعرفة العلمية ، فحظي النسب بنصيب من هذا التطور فاستحدث طرقا أخرى لإثباته إضافة للطرق الشرعية وهي طرق العلمية

و سنتناول في المطلب تكريس الطرق العلمية لإثبات النسب في الفرع الأول والقيمة القانونية للطرق العلمية في إثبات النسب في الفرع الثاني.

الفرع الأول : تكريس الطرق العلمية لإثبات النسب .

إن المشرع الجزائري وحفاظا على خصوصية المجتمع ، فانه يعتمد في تشريع نصوص قانون الأسرة على الشريعة الإسلامية ، ونصت المادة 222 منه ما يلي :

"كل ما يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"

وهذا ما يتجسد من خلال اعتماد على قرارات و توصيات المجمع الفقهي الإسلامي، التابع لرابطة العالم الإسلامي، والذي تبنى الطرق العلمية الحديثة كطريق لإثبات النسب في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة ، وبذلك حقق السبق إلى انتهاج هذه الطريقة ، إلا أن هذا الطرح لم يلق صدها في التشريع الجزائري في القانون رقم 84-11- المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 9 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة إضافة إلى الجدل القائم حول قيمتها.

أولا : إدماج الطرق العلمية في قانون الأسرة الجزائري .

إن المشرع الجزائري تأثر بالرأي الفقهي عند صدور قانون الأسرة سنة 1984م فلم يعقد سوى بالطرق الشرعية لإثبات النسب الوارد المادة 40 منه رافضا استعمال الطرق العلمية كوسيلة لذلك ، وذهب في نفس السياق القضاء الجزائري قرر المحكمة العليا بتاريخ 15/06/1999 بخصوص الملف رقم 222674 والذي جاء فيه "حيث أن إثبات النسب قد حددته المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة الذي جعلت له قواعد إثبات مدة وضوابط محددة تفي بكل الحالات التي يمكن أن تعدت ولو يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم كطريقة علمية التي ذهب إليها قضاة الموضوع ، مما دل ذلك على أنهم قد تجاوز سلطتهم الحكمية إلى التشريعية الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه و إحالته لنفس المجلس "

وبذلك فقد اعتبرت المحكمة العليا اي لجوء القاضي للخبر العلمية تستهدف إثبات النسب أو نفيه باعتبارها طريقة علمية تجاوز السلطة وتشريعا في حد ذاته ، وفي المقابل كان هناك

اتجاه آخر طالب بتكريس الطرق العلمية لإثبات النسب باعتبارها وسيلة علمية ولها نتائج حتمية و ملموسة . وتماشيا مع التطورات العلمية الحديثة فقد أدرج المشرع الجزائري الطرق العلمية لإثبات النسب في الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري اثر هذا التعديل الأخير سنة 2005 بموجب الأمر 02/05 ، وكان الاقتراح بتحديد الطرق العلمية القاطعة تمييزا لها عن الطرق العلمية الطبية وهذا عن طريق الخبرة العلمية عند الاقتضاء والمقصود تحديدا هو فحص الحمض النووي للبصمة الوراثية ، هذا لان دقة ثبوت النسب بهذه الطريقة العلمية تصل حسب الخبراء و الأطباء إلى نسبة 99,07

و تقول التقارير أن التطور العلوم بشأن الحمض النووي كفيلة بالوصول به في ظرف زمن قريب إلى نسبة 100 بالمائة وبالتالي يتعين تقسيم جواز اللجوء إلى الطرق العلمية القاطعة والتي قد يقع تحديدها عن طريق التنظيم للقول باعتماد طريقة الكشف بالحامض النووي (ANA / deoxy – ribonucleic acid)

ولا مانع شرعي من اعتماد هذا الحل العلمي ، والسند في ذلك البحث الصادر عن المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بتاريخ 2001/10/08 توصل أن الإسلام بعد الأخذ بالبصمة الوراثية في حال تنازع أكثر من شخص في أبوة مجهول النسب وكان قد قال الأمين العام المساعد للمنظمة في مقال له نشرته صفحة الويب لجريدة البيان بتاريخ 2001/10/09 الدكتور احمد الجندي أن 26 باحثا تشاركوا في إعداد بحث البصمة الوراثية للمنظمة ، وذلك من الناحية الطبية و الشرعية و توصلوا أن خلال حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب ، وواضح أن الاحتكام إلى البصمة تتم في عدة أمور كحالة تنازع أثبتت في مجهول النسب إذا اقر بعض الأخوة بإخوته ونفاها الآخرون أو حال ادعاء امرأة بأبومتها لشخص معين دون دليل على ولادتها ، وقال أن كل إنسان ينفرد بنمط خاص في التركيب والوراثي ضمن كل خلية من خلال جسده ولا يشاركه فيه أي شخص آخر في العام وهذا ما يطلق عليه اسم البصمة الوراثية

أشار الدكتور احمد الجندي إلى أن 26 باحثا في مجال الطبي و الإسلامي أكد أن هذه الحقيقة هي وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقيق في التحقيق من الوالدية البيولوجية بالتحقيق ممن الشخصية و لاسيما في مجال الطب الشرعي وبما يعطي قرائن قوية يأخذها الفقهاء لإثبات النسب المتنازع فيه ، و أضاف أن البحث اعتبر البصمة الوراثية ليست دليلا على فراش الزوجية طرق الشرعية أخرى من مطلق أن الزوجية تثبت بالطرق الأخرى مشير إلى أن البحث يرى بضرورة توافر مجموعة من الضوابط عند إجراء تحليل البصمة الوراثية أهمها إذن الجهات الرسمية ، والذي يعبر عنه عندنا بالحكم القضائي التمهيدي حال التنازع القضائي بانتداب الخبير الطبي المختص ، و اقترح بحث الـ 26 خبير أن يجرى التحليل بمختبر معترف بهما على الأقل ويعمل كل منهما بمعزل عن الآخر

و إضافة الفقرة الثانية للمادة 40 من قانون الأسرة الجزائري يرى الأستاذ بلحاج العربي أنها مهمة وفي مكانها الصحيح من طرف المشرع الجزائري حيث يستعان بالطرق العلمية الحديثة في سبيل الوصول إلى حقيقة البيولوجية ، وهي الوسائل العلمية البيولوجية التي يثبت العلاقة البيقينية الحتمية بين الولد و أبيه ، و منعا للتلاعب في قضايا إثبات النسب جعل المشرع المر جوازيا وليس مطلقا ثبوت هذه العلاقة بالفحص الطبي ، فقد ربط ذلك بوجود فراش صحيح لما لا يمكن نفي النسب ألا عن طريق اللعان.

و بالرجوع إلى المادة 40 فقرة 2 من القانون الأسرة " يجوز للقاضي اللجوء إلى طرق العلمية لإثبات النسب " نجدها أنها ذكرت الطرق العلمية دون تحديد النسب المقصود منها أو حصر صورها . و بالرجوع..... للبحوث العلمية فقد أوردت صورة طرقا علمية قطعية و أخرى ظنية وهو ما سنتوله في العنصر الآتي:

ثانيا : أنواع الطرق العلمية لإثبات النسب و عوائق تطبيقها

قبل هذا سنعرف البصمة الوراثية

البصمة الوراثية لغة : البصمة الوراثية مركب وصفي من كلمتين /

البصمة الوراثية .

البصمة : جمع بصمات ، اثر الأصبع في شيء ما ، ترك بصماته تعني كان له اقر كلمة البصمة مشتقة من البصم ، و البصم هو الفوت ما بين طرق العنصر الى طرق البنصر

يقال : ما فارتكك شرا ، ولا فترا ، ولا عتبا ، ولا بصما ، ورجل ذو بصم اي غليظ البصم ./ والبصمة اثر الختم بالأصبع.

والبصمة ينصرف من لو لها إلى بصمات الأصابع، وهي الانطباعات التي تتركها الأصابع عند ملامستها سطحاً مصقولاً.

أما الوراثية : فهي من الوراثة من مصدر ورث و هو الانتقال ، وعلم الوراثة هو العلم الذي يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل لآخر ، و تفسير الظواهر المتعلقة بطريقة هذا الانتقال.

اصطلاحا:

نظرا لحدائثة المصطلح فان هناك عدة محاولات لتعريفه تعريف جامعاً مانعاً نختر من هذه التعريفات ما ثم تقديمه في الندوة الطبية الحادية عشر للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بدولة الكويت يومي 13-14 أكتوبر 1998 بعنوان " البصمة الوراثية هي البيئة الجينية نسبة إلى الجينات المورثات التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه و هي وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقيق من و أوالديه البيولوجية و التحقيق من الشخصية

أنواع الطرق العلمية لإثبات النسب:

لقد حصر العلماء البيولوجيون و الأطباء هذه الطرق في نوعين ، نوع قطعي الثبوت ويدخل ضمنه نظام البصمة الوراثية DNA و نظام HLA، ونوع ثاني ظني الثبوت ويدخل ضمنه نظام ABO فحص الدم ، MSN ونظام مجموعات البروتينات واستناد على ذلك سيتم دراسة هذين النوعين.

أولا : الطرق العلمية القطعية :

1/ نظام البصمة الوراثية :

والتي يراها العديد من العلماء أنها مطابقة للقيافة التي كانت تعتبر قرينة ، أخذ بها جمهور العلماء في غير قضايا الحدود و القيافة من الفعل قاف بمعنى تتبع الأثر ليعرفه و القائف هو من يعرف الولد من شبهة لأبيه و لأخيه ، فهو يعرف النسب بفراشه ونظره للولد

ولا يمكن للبصمة الوراثية للشخص أن يتشابه فيها مع غيره ، وهي التي تحدد هوية الشخصية" خص عن طريق تحليل جزءا أو أجزاء من الحمض النووي المعروف بـADN ، وهي المادة أو الشفرة الوراثية التي يحملها الإنسان بالوراثة عن أبيه و أمه في خلية الجينية

فكل شخص يحمل في خليته الجينية 46 كروموزوما ، يرث نصفها وهي 23 كروموزوما من أبيه و 23 كروموزوما من أمه بواسطة بويضة ، مما ينتج عنه كروموزوما خاصة به مع بقاء التشابه معهما في بعض الوجوه العلمية (الصفات الوراثية) و إنما جاءت تخطيطا منهما ، فالبصمة الوراثية معجزة الله في خلقه ، ذلك ان البشر مع التشابه في الخلق هناك اختلاف في البصمات أي البنية الجينية التفصيلية ، لا يتطابق إنسان مع غيره فيما تطابق تاما ، لينفرد ببصماته و صفاته الفيزيولوجية والبيولوجية منها ما هو ظاهر على سطح جسمه (لإصبع اليد – القسماة و شكل العظام) ومنها ما يفرزه الجسم (اللعاب ، العرق).

لقوله عز وجل : إن خلقنا الإنسان من نطفة أمشاج نبتليه فجعلناه سميعا بصيرا" وقوله سبحانه وتعالى "سنريهم آياتنا في الأفاق وفي أنفسهم حتى يتبين لهم انه الحق او لم يكف بربك انه على كل شيء شهيد"

وبناء جسم الإنسان يبدأ باندماج نطفتين احدهما مذكرة " حيوان منوي "

و أخرى مؤنثة "بويضة" وتنتج عن اندماج هاتين النطفتين نطفة مختلطة وهي عبارة عن بويضة ملقحة بالحيوان المنوي و تبدأ هذه النطفة المختلطة بالانقسام ، و أول ما ينقسم من الخلية الحية نواتها التي تحتوي على عدد من جسيمات تعرف باسم الصبغيات (كروموزوم) وهي تتكون من تجمعات للحمض النووي ADN و هو العنصر المكون للإخصاب الوراثية للإنسان عندما يلتقي المنى مع البويضة فان البويضة فان إلـ ADN لكل من الأب وإلام يتحدان ، فكل خلية من خلايا جسم الإنسان تحمل في نواتها ما يسمى بالحمض النووي و هو موجود على صيغة واحدة في جميع مكونات الجسم سواء في الدّم ، المنى ، الشعر أو في عضو من أعضاء الجسم وهو عبارة عن بروتين يحمل مورثات أو جينات لها مواصفات تختلف من شخص لأخر وتبقى ثابتة مدى الحياة الى ان تحلل الجثة بعد الموت وهما ميزتان أساسيتان النسب لها جانبان و هما : معرفة أبوة الطفل و معرفة أمومه حيث يؤكد العلماء انابيه ونصف مورثات أمه الموجودة على مستوى ADN نصف مورثات أبيه ونصف مورثات أمه الموجودة على مستوى ADN كل منهما ، مما يسمح للطب الشرعي من معرفة نسب الطفل ويتم الحصول على البصمة الوراثية من جميع خلايا الجسم البشري (الدّم ، المنى ، اللعاب ، جدر الشعر ، العظم ، البول، السائل الامينوس للجنين ، خلية البويضة المقسمة بعد انقسامها ، الأنسجة ، العرق ، الأسنان ، المخاط، الشعر ، الأظافر،و أي جزء مرئي بالعين المجردة أو غير مرئي يتركه الإنسان من جسده)،والكمية المطلوبة بحجم الدبوس تكفي لمعرفة البصمة الوراثية

و مادة البصمة الوراثية تصمد طويلا أمام عوامل الزمن فيمكن الوصول إليها حتى بعد مرور مئات السنين على موت الشخص المعني ، الأمر الذي يعود بالفائدة في تحديد النسب حين الخلاف على نسب الولادة.

2/ نظام HLA (مرتبطة بالمناعة)

يهتم علم المناعة بدراسة كل الآليات التي تمكن الجسم من تمييز كل ما هو ذاتي و الحفاظ عليه ، و غير الذاتي للتخلص منه كالجراثيم ، الأعضاء و الأنسجة الأجنبية عن الجسم و العامل المحدد لكل ما هو ذاتي هو الجينوم و الذي يتكون من مورثات تتحكم في تركيب البروتينات .

و قد أدت الأبحاث إلى اكتشاف بروتينات توجد على الغشاء السيتوبلازمي تتدخل في تحديد كل ما هو ذاتي و سميت بنظام (Human leukocyte antigen) وهي اختصار لـ HLA، فكل إنسان يحصل على مركبين احدهما من الأب و الآخر من الأم مما يعطي له الفعالية في مجال النسب نفيًا أو إثباتًا ، إلا أن ذلك لا يجد نفعًا في حالة الزواج العائلي كون ان الطفل يحصل على مركبي HLA تتشابهين يصعب الاستنتاجات و التحاليل المجهرية مما يستدعي اللجوء إلى الإثبات عن طريق نظام البصمة الوراثية .

نظام HLA من الناحية الكيميائية هي جزيئات كيميائية من طبيعة بروتينية سكرية و تعتبر البطاقة الشخصية للفرد فهي تمثل المؤشر الأساسي للذات فلكل فرد نظامه

ويعتبر نظام HLA إلى جانب البصمة الوراثية إحدى الطرق العلمية القطعية في إثبات النسب او نفيه فهي من الناحية العلمية تمتاز بخصائص تجعله نظاما أكثر فعالية في مجال العلمية تمتاز بخصائص تجعله نظاما أكثر فعالية في مجال النسب نفيًا أو إثباتًا ، فهو نظام مهم جدا باعتباره نظام polymorphe اي رغم انه جد متغير و محدد المظهر البيولوجي إلا انه جد ثابت و متوازن في انتقاله من الآباء و الأبناء transmission التشخيص البيولوجي للأشخاص و هو الأهم في أنظمة التمييز البيولوجي المعروفة حاليا

ثانيا : الطرق العلمية الظنية

تعتبر من الناحية العلمية بعض الطرق وسيلة من وسائل إثبات النسب رغم أن قيمتها العلمية تختلف عن تلك القطعية التي تم الإشارة إليها سابقا و من بينها :

1/ نظام تحليل الدم ABO:

يعد من الطرق العلمية التي سبق و أن تم اكتشافها منذ أمد طويل من اجل الكشف عن الأمراض التي تنتخر الجسم الإنسان، و من اجل الكشف عن أشياء أخرى لا تتعلق حتما بالمرض و إنما تتعلق بثبوت شخصيات و ذاتيات المطلوب الكشف عنها.

و يستعمل نظام تحليل الدم في مجال نفي النسب و ليس إثباته ذلك أن التحليل يتوصل بشكل قطعي بان نسب (ا) منتفي (ب) و مؤداه أن تحليل فصيلة دم الطفل ، الأم و الأب و اعتبار لكون كل طفل له خاصية جينية أما مع الأب و إما مع الأم و طالما أن هذه الخيرة معروفة بحكم واقعة الولادة ، فانه إذا كانت الخاصية لم تكن موجودة لدى الأم فهي بضرورة

موجودة لدى الأب ، فإذا ثبت غياب هذه الخاصية عند الأب المفترض فإن أبوي لهذا الطفل مستحيلة و غير ممكنة و يقول على أساسها بنفي النسب الخاصية فيمكن أن يكون الطفل من الأب المفترض و لكن ليس على سبيل اليقين

و العالم كان ستايير يصنف دم الإنسان إلى أربعة فصائل رئيسية يرمز لها كما يلي A.B.O.AB وتشمل فصائل الدم البصمات الأصابع ففي غير قابلة للتغيير من الولادة حتى الموت.

و من جهة أخرى يحتوي غشاء كريات الدموية على بروتينات سكرية خاصة و التي يحدد الدموية الأربعة التي سبق ذكرها ، وتسمى هذه البروتينات بمولدات الضد (antigenes) كما توجد أجسام مقابلة تعرف بالأجسام المضادة تتطور بعد الشهور القليلة من الولادة

و فيما يلي جدول يوضح العلامة بين مولدات الضد و الأجسام المضادة في مجاميع الدم المختلفة و التراكيب الجينية التي تقابلها.

التراكيب الجينية	الأجسام المضادة في البلازما	مولدات الضد كريات الدم الحمراء	الفصيلة
AB نقي AO مجين	مضاد B بيتا	A	A
نفي BB مجين BO	مضاد A ألفا	B	B
AB	_____	AB	AB
OO	مضاد A ألفا مضاد B بيتا	_____	O

وتجدر الإشارة إلى نظرية برنستين في وراثة فصائل الدم التي تعتبر أن هناك ثلاث عوامل مورثة (A.B.O) حيث (B.A) سائد بينما (O) متنحية وكل نسل له اثنين من هذه الثلاث واحد من كل والد. مثال ذلك طفل فصيلة دمه B قد تكون BB أو BO، إذا ورت عاملين منتجين سيكون (O) و إذا ورت عاملين سائدين سيكون AB

و دعمت نظريته بالحقائق التالية :

أب O لا يمكن أن يكون له الطفل AB

أب AB لا يمكن أن يكون له O أي A تزوج من أم B يمكن أن يكون لديها كل الفصائل.

و الجدول التالي يوضح الفصائل المتوقعة و غير المتوقعة لدم الأولاد بناء على معرفة فصائل الأبوين

فصائل الدم المستحيلة	فصائل الدم المحتملة	فصائل دم الأبوين
BA.B	O .A	A+A
لا يوجد	A.B.AB.O	A+B
O	A.B.AB	AB+A
AB.B	O.A	O+A
AB.A	O.B	B+B
O	AB.B.A	AB+B
AB.A	B.O	O+B
O	AB.B.A	AB+AB
AB.O	BA	O+AB

2/نظام MNS:

يعتبر هذا النظام ذو خاصية تتمثل في أن يحتوي على عدة خصائص وراثية نادرة جدا أو يستخدم بنفس الطريقة كنظام (AB) فمثلا:

الأم + N+N الأب المفترض H+N-، الابن M-N+ في هذه الحالة يستحيل إثبات بين الأب و الابن لان حاصل على N+ خاصية موجودة عند أمه و حاصل على M- وهي خاصية غير موجودة عند الأب المفترض الذي لديه M+ وليس M-.

ففي النسب ثابت ولا بد أن يكون الأب الحقيقي للابن الحاصل على M-، وهو ما يجعل القول أن الأب المفترض ليس هو الأب الحقيقي للابن، وهناك حالة خاصة تتعلق بحالة وجود (MG+) فمثلا الأم لها خاصية M+N+.

فهنا الابن له خاصية من الأم وهي M+ وله خاصية من الأب و هي MG، ففي هذه الحالة لا يمكن نفي النسب المفترض، ولكن يمكن القول بان الأب المفترض هو الأب الحقيقي لا مكانية وجود هذه الخاصية عند غيره، ومع ذلك فعلماء البيولوجيا يرون أن نظام MG+ نادر جدا، مما يمكن القول باحتمالية كبيرة أن يكون الأب المفترض هو الأب الحقيقي.

3/ نظام مجموعة البروتينات (les groupes de protéines):

هو نظام متحدد و متغير نظرا لتعدد و تغير هيئات مظهر البروتينات الموجودة في المصل و أنزيمات الكريات الحمراء و نظام حديث جدا يمكن من استعمال هذه العلامات و تعطي نتائج أكثر دقة من فصائل الدم العادية ABO، لأنه مع البروتينات توجد قدرة عالية للتمييز البيولوجي بين الأشخاص و يستعمل في التحاليل و الدراسات نفس المبادئ كالأنظمة الدموية، يبقى التمييز مقتصرًا فقط على بعض الخاصيات الكيميائية و البيولوجية.

و توجد أنظمة أخرى تدخل ضمن الطرق العلمية ذات حجية ظنية الثبوت لكنها قطعية الدلالة فيما يخص النفي و عددها المختصون بثلاثين نظاما نظام Kell

نظام Duffy

نظام Kidd

4/ عوائق تطبيق العلمية الحديثة لا تبات النسب :

رغم تكريس القانون لإمكانية اللجوء إلى الطرق العلمية الحديثة في إثبات النسب فإن أعمالها في الواقع العملي العلمي ، لا يحول دون وجود عقبات مادية و قانونية تعوق تجسيدها و تعميمها من تطلب الأمر ذلك.

1/ العوائق القانونية :

أ/ حرمة الحياة الخاصة: تكريس لنص المادة 34 من الدستور 1996 و التي تنص: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان الجسدية، و عدم إجبار الشخص تقديم دليل ضد نفسه".

فالمادة بحد ذاتها تشكل عقبة أساسية تحد من التطبيق الطرق الحديثة في إثبات النسب، لاعتمادها على تحليل ما يؤخذ من الجسم، والذي يمثل تدخلا في الحياة الخاصة ، و إعلام الغير بمعلومات خاصة ترقى إلى الطابع الشخص.

ب/ انتهاك السلامة الجسدية: بالرجوع إلى نص المادة 35 من دستور 1996: " يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق و الحريات ، و على كل ما يمس سلامة الإنسان" و العمل بالطرق العلمية الحديثة ينطوي على المساس بالسلامة الجسدية، لأنه قد يؤخذ من جسده عينات و مكره .

ج/ عدم إجبار الخصم على تقديم دليل ضده نفسه : و هو ما يجسده قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و هو ما سينتهك إذا تم اعتماد بطرق العلمية الحديثة .

2 / العوائق المادية :

- يتطلب اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب توافر مخابر ذات جودة عالية تقنية متخصصة ، لصعوبة استعمال الوسائل المستخدمة .

- كما تتطلب الإلمام الشامل و الدقيق بعلم الجينات ، و الأنظمة المستخدمة فيه لارتكازه على استعمال المفاعلات الكيميائية المعقدة و التي تحتاج إلى المراقبة الدقيقة و المستمرة لإنجاح العلمية .

- الحاجة إلى خبراء و تقنيين و أخصائيين من المستوى الرفيع ، في التخصص البيولوجي الجيني و لإحصاء .

- مصاريف الخبرة و التي تمثل بمفردها هاجسا يحول دون تطبيق الطرق العلمية الحديثة، خاصة إذا تحملها أطراف الدخول.

الفرع الثاني: القيمة القانونية للطرق العلمية في إثبات النسب.

المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يتعرض إلى القيمة القانونية للطرق العلمية في إثبات النسب والذي يثير التساؤل حول مدى حجيتها و سلطة القاضي المكلف بشؤون الأسرة في تقديرها و هو ما سنتعرض له في هذا الفرع .

أولا : حجية الطرق العلمية في إثبات النسب :

إن المشرع الجزائري لم يحدد للطرق العلمية المعتمدة لإثبات النسب و حتى لقيمتها القانونية، لازم البحث عن حجيتها، أي هي ذات حجية مطلقة أم نسبية.

ثانيا : الحجية المطلقة للطرق العلمية في إثبات النسب :

لقد تبنى معظم الرجال القانون انطلاقا من القيمة التي تعترى مجال الطرق العلمية فكرة أن الهدف الأخيرة حجية مطلقة ، و ذلك أن الخبراء الذي يقومون بإجراء الخبرة مختصون في هذا المجال بالتالي فأرائهم تأثير على قرارات القضاء في تبني اتجاههم .

فاعتبر العلماء أن البصمة الوراثية ذات دلالة تقنية قطعية ، انطلاقا من أن كل إنسان تفرد بنمط خاص في التركيب الوراثي ضمن كل خلايا جسده ، لا يشاركه فيها أي شخص آخر في العالم ، و بذلك فهي من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في إلحاق نسب الأبناء بالأباء .

ولعل قطعية دلالة تقنية الـ ADN تتجلى في انفراد كل شخص بنمط معين وراثي مميز لا يوجد عند أي كائن آخر في العالم ، إذا لا يمكن أن يتشابه الـ ADN لشخص إلا مرة واحدة لكل 86 بليون حالة أي أن نسبة التشابه منعدمة و لا يمكن أن تكون إلا بعد مئات القرون من الزمن .

و ما يؤكد الحجية المطلقة لها إمكانية احدها من أي مخلفات أدمية سائلة (الدم ، اللعاب ، المنى) أو أنسجة (لحم ، عظم، جلد، شعر....) كما أنها تقاوم عوامل التعفن و التحليل و العوامل المناخية المختلفة من حرارة و برودة و رطوبة و جفاف لفترات طويلة حتى انه يمكن الحصول على البصمة من الآثار القديمة و الحديثة و يمكن إعطاء مثال حين ذلك بخصوص إنسان (الناي دل) الذي وجدت جثته محفوظة في الثلج منذ حوالي 109 آلاف سنة و علم ذلك عن طريق تحاليل البصمة الوراثية و تغيير الاشارة إلى أن النظام HLA ذات حجية مطلقة وتطفي الدلالة كونه جد ثابت و متوازن في انتقاله من الأباء إلى الأبناء ، ما عدا حالات الزواج العائلي .

2/ الحجية النسبية للطرق العلمية في إثبات النسب :

ناهية تعالى نهى عن إتباع ما ليس لنا به علم، فقال " و لا تقف ما ليس لك به علم إن السمع و البصر و الفؤاد كل أولئك كان عنه مسؤولا"

كما نهى عن العمل في كل موضع يشترط فيه العمل أو الاعتماد الجازم مصدقا لقوله تعالى "يا أيها الذين امنوا اجتنبوا كثيرا من الظن إن بعض الظن إثم و لا تحسسوا ولا يغتب بعضكم بعض أوجب أحدكم أن يأكل لحم أخيه ميتا فكرهتموه و اتقوا الله إن الله تواب رحيم " الآية الكريمة لم تنه عن كل الظن إنما نهت عن بعضه و هو أن تبني على ما لا يجوز بناؤه عليه في مثله إثبات النسب.

و قد تبنى فريق من العلماء فكرة الحجية النسبية للطرق العلمية اعتمادا على ما هو جار العمل به في القواعد العامة بالنسبة للخبرة القضائية و لو كانت علمية مبنية على أسس تقنية محضة و هي الطرق العلمية ذات الحجية الظنية وفقا لما فصل سابقا.

الطرق العلمية الظنية كنظام ABO(تحليل فصائل الدم) تعتبر وسيلة إثبات نسبية لا يرقى الشك فيها اليقين ، كون أن النتائج التي تصل إليها تبقى محتملة الوقوع لا ترقى أن تكون دليل اثبات حتمي ما دام أن نسبة التشابه فيها بين البشر يبقى وارد بدرجة كبيرة ، ومن ثمة فإن الخبرة العلمية التي تتضمن هذه الطرق تبقى خاضعة للقواعد العامة للخبرة القضائية .

تبقى الطرق الظنية يقينا فيما يتعلق ينفي النسب، ولكن تظل ظنيا فيما يخص إثباته كونها تدلي بنتائج نسبية .

ثانيا:

سلطات القاضي في تقدير الطرق العلمية في إثبات النسب :

تعتبر الخبرة القضائية طبقا للقواعد العامة في الإثبات ، من المسائل التي تخضع لسلطة القاضي التقديرية ، باعتبارها سلطة مطلقة ، له فيما أن يصادق على تقرير الخبراء العلمية في إثبات النسب لهذه القواعد و ما مدى سلطة القاضي في تقدير قيمتها القانونية فيما يخص نفي النسب.

1/ لجوء القاضي الى الخبرة العلمية و السلطة المتمتع بها اتجاهها:

لا يمكن باي حال من الأحوال لقاضي شؤون الأسرة الفصل في مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية ، إلا باللجوء إلى استشارة الخبراء و العلماء المتخصصين في مجال البيولوجي ،للتوصل إلى النتائج علمية دقيقة باعتبارها من المسائل التقنية ، التي لا يمكن للقاضي الفصل فيها إلا بالاستعانة بهم و الاسترشاد بأرائهم.

و على هذا الأساس فان القاضي لفصله في القضايا المطروحة يعتمد القواعد العامة للخبرة القضائية ، من خلال استصدار حكم تحضيري قبل فصل في الموضوع بتعيين خبير مختص ، توكل له مهمة إجراء التحاليل الطبية ، لإثبات نسب الولد لأبيه أو نفيه حسب القضية ، و تحديد المهام المطولة بدقة .

و الحكم التحضيري لا يعبر عن توجه القاضي ، ولكن الحكم في القضية ، مرتبطة باقتناعه الشخصي ، وما تتضمنه نتائج الخبرة و مسألة تقديرها ، و مدى حجيتها ، لأنها خبرة تعتمد على آراء المختصين إلا أن هذه نتائج الخبرة لا تفهم من قبل القاضي على حقيقتها ، فيتمتع

عن مناقشتها معتقدا أنها علمية تقنية بحثه و إلى قبولها في الإثبات أو النفي دون مناقشتها.

2/ تقدير القاضي لنفي النسب بين اللعان و الطرق العلمية

الدور الذي تلعبه البصمة الوراثية كطريق من طرق العلمية ، في إثبات النسب لا يستهان به ، رغم الصعوبات التي تواجهها ، وعقبات يحتج بها الخصم محاولا الإفلات من خضوعه التقنيات العلمية ، معتقدا إن الاخذ بها يتعارض مع أحكام الشريعة بما فيها اللعان كما قد يلجا الزوج الذي يريد التهرب من ثبوت نسب الطفل إلى طلب إجراء اللعان ، حتى ينفي النسب عنه ويلحق الطفل بالأم ، و يكون هذا كأثر مترتب عن اللعان يقوم على الظن و التخمين ، لا على اليقين ، و هذا ما يجعل للطرق العلمية خاصة البصمة الوراثية ، دورا في تدعيم قاعدة " الولد للفراس " و الذي نستنتج منه :

- انتقال النسب لا يعتبر حتمية للعان، لانه قد يثبت نسب الولد ويبقى إجراء اللعان قائما كسب موجب للفرقة بين الزوجين، فقطع النسب ليس من الضروري اللعان، وتتضع صحة ذلك من خلال القاعدتين.

الأولى: لا يصح نفي النسب بالملاعنة ، بعد الأقرار به، اما الثانية تكذيب الزوج لنفسه بعد إجراء اللعان يزيل نفي النسب كأثر الملاعنة

وذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأن اللعان يرتب الفرقة المؤبدة، فإن احدث ان كذب الزوج نفسه ، فلا يمكن للمتلاعنين ان يجتمعا بعد ذلك .

وبهذا يتضح تماما ان ثبوت النسب النسب من الزوج، في حالة تكذيبه لنفسه بعد الملاعنة لا يتعارض مع استمرار اللعان سبب للفرقة بين الزوجين، مما يعني إن إجراء اللعان يبقى قائما ولكن اثره في نفي النسب لفرقة بين الزوجين، مما يعني أن إجراء الملاعنة بين الزوجين ولكن يعطل اثره في النسب، ويامر بخضوع الاطراف لاجراء اختبار(ADN) فان دلت على أن الأب الحقيقي هو الأب البيولوجي، فهذا يعد تكذيب للزوج.

وبهذا يرفع التعارض بين استخدام الطرق العلمية لإثبات النسب، وإجراء اللعان واثره النافي للنسب.

كما أن النفي النسب كإثر يرتبه اللعان قد يتعين الزوج في إستعماله، وامام ذلك لا يكون امام الزوجة إلا طلب إجراء التحليل البصمة الوراثية، حتى تتمكن من الكشف الحقيقة وبذلك تنفع عن نفسها الشبهة، وتحفظ لإبنها النسب.

الخطامه

أن المشرع الجزائري نظم الأحكام القانونية للزواج بحيث جعله عقدا رضائي بمقتضى نص المادة الرابعة من قانون الأسرة المعدل بالأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

فأصبح الرضا عنصر جوهرى و الركن الوحيد في العقد، بالإضافة إلى الشروط المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من نفس القانون و التي تعتبر شروطا لصحة الزواج و إضافة أيضا إلى الشروط الإجرائية.

و لقد تم تحديد لسن الزواج من خلال المادة 7 و جعلها 19 سنة أسوة بسن الرشد في القانون المدني.

كما انه اهتم بحماية الصحة للمجتمع عامة و الزوجين و الأطفال خاصة من خلال إلزام طالبي الزواج بتقديم شهادات طبية قبيل إبرام عقد الزواج و ذلك من المادة 7 مكرر، التي نصت على وجوب الفحص الطبي للكشف على الأمراض الخطيرة المعدية أو المزمنة أو الوراثية.

و اعتمد كذلك على الطرق العلمية الحديثة في مجال إثبات النسب من خلال الأخذ بالبصمة الوراثية من خلال المادة 40-2. و أكد المشرع الجزائري على استقلال الذمة المالية لكل الزوجين و الاتفاق على مصير الأموال المشتركة و المكتسبة أثناء الحياة الزوجية من خلال المادة 37 فقرة 1 و 2.

غير أن هذا التنظيم لم يخل من بعض النقائص فتجد أن المشرع في المادة 9 مكرر اعتبر الموانع الشرعية شرط من شروط الصحة إلا أن المادة 34 اعتبرها ركن و تعتبر هذه الأخيرة هي الأصح لأنه رتب على تخلفها البطلان.

كما انه نص على شرط الشاهدان و لو ينظم نصوص قانونية بخصوص ذلك و هذا ما جعلنا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفقا لما نصت عليه المادة 222 منه.

ونجد المادة 11 الجديدة جعلت من المادة القديمة صالحة فقط للولاية على الزواج المرأة الراشدة بحسب النص الجديد فانه بإمكانها أن تختار أي شخص لحضور عقد زواجها بمن فيهم .

وما يلاحظ هنا أن المشرع الجزائري قد ألغى تأثير الولي (الأب) على الزواج المرأة البالغة فرغم انه مازال شرطا من شروط عقد الزواج ، إلا أن وجوده أصبح وجودا شكليا، وأصبحت لا تحتاج على موافقته مادام ان لها حرية اختيار أي شخص ليكون وليها.

إلا أن تطبيق هذا الحكم يطرح عدة إشكالات ، فهو يتناقض مع المبادئ المجتمع الجزائري الذي تلعب الأعراف والتقاليد الجارية بين أفرادها في مجال تنظيم الأسرة دورا فعالاً في التمسك بأحكام الفقه الإسلامي، كما أن أي يمثل شرفها وعزتها فيكف يمكن مساواته بغيره، لذا فمن الأجدر إعادة النظر في نص هذه المادة على نحو يسمح بتأكيد دور الولي في عقد زواج موليته، كما ينبغي أيضا تحديد القاضي المختص الذي يتولى تزويج من لا ولي لها، وبيننا الإجراءات المتخذة في سبيل ذلك

ملحق

نموذج طلب ترخيص بالزواج (إعفاء من سن الزواج)

محكمة
مكتب السيد رئيس

في: 2013/10/13

الأستاذ
محام معتمد لدى المجلس
المحكمة
.... شارع

إلى السيد رئيس محكمة

طلب ترخيص بالزواج (إعفاء من سن الزواج)

طبقا لنص المادة 07 من قانون الأسرة.

لفائدة:.....، الساكن بـ:.. عمارة " .." حي، في حقه
الأستاذ:.....

يتشرف العارض أن يعرض على مقامكم مايلي:

○ حيث أن السيد: هو والد القاصرة الأنسة و ولي أمرها....وثيقة
01 مرفقة.

○ حيث أن القاصرة الأنسة: المولودة بتاريخ:/..../. ب..... مؤهلة طبييا
و بدنيا، و قادرة على ممارسة الحياة الزوجيةوثيقة 02 مرفقة.

○ حيث أن الأنسة: ترغب في الزواج من السيد:..... المولود بتاريخ:
...../...../..... وثيقة 03 مرفقة.

○ حيث أن السيد:موظف ومستقر في حياته و يرغب هو الآخر في الزواج
من الأنسة:وثيقة 04 مرفقة.

○ حيث أن أب الأنسة: و ولي أمرها السيد: ، يرى مصلحة
إبنته في هذا الزواج و هو موافق عليه و يلتزم من سيادتكم ترخيص لها و إعفائها من شرط
بلوغ سن الزواج.

لهذه الأسباب ومن أجلها

*يلتمس العارض من جنابكم الموقر:

//في الشكل: قبول الطلب لتقديمه طبقا للقانون.

//في الموضوع: الترخيص للأنسة: بالزواج من السيد: طبقا للمادة 07
من قانون الأسرة.

لكم واسع النظر فيما ترونه سيدي

تحت سائر التحفظات
عن العارض وكيله

أ.....

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع :

- القرآن الكريم
- السنة النبوية

المصادر الأصلية :

- 1- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته الشرعية والآراء الفقهية وأهم النظريات الفقهية - الأحوال الشخصية - الجزء السابع - دار الفكر الطبعة الثالثة - دمشق.

المراجع :

المراجع العامة:

- 2- الإمام أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية - دار الفكر العربي.
- 3- بلحاج العربي - الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - ديوان المطبوعات الجامعية - الساحة المركزية - بن عكنون الجزائر - الطبعة الثالثة 2004.
- 4- بلحاج العربي - بحوث قانونية في قانون الأسرة الجديد - ديوان المطبوعات.
- 5- بلحاج العربي - قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة - ديوان المطبوعات الجامعية - الطبعة الرابعة 2012.
- 6- بن داود عبد القادر - الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد - دار الهلال للخدمات الإعلامية الجزائري .
- 7- بن شويخ الرشيد - شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل - دار الخلدونية للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى 2008.
- 8- شلبي محمد مصطفى - أحكام الأسرة في الإسلام - دراسة مقارنة بين الفقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون الطبعة الرابعة بيروت - دار الجامعة 1983.
- 9- طاهري حسين - الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري - دار الخلدونية للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى 2009.
- 10- عبد العزيز سعد - قانون الأسرة في ثوبه الجديد - دار الهومه - الطبعة الرابعة - 2007.
- 11- عثمان الكروي - شرح قانون الأحوال الشخصية - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى - عمان - الإصدار الثاني - 2004.
- 12- العيش فضيل - قانون الأسرة مدعم باجتهادات المحكمة العليا - ديوان المطبوعات الجامعية - الطبعة الثانية - بن عكنون - الجزائر 2007.
- 13- الغوثي بملحة - قانون لأسرة على ضوء الفقه والقضاء - ديوان المطبوعات الجامعية - الطبعة الثانية - 2008.
- 14- لوعيل محمد - المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري - دار الهومه 2004.
- 15- محمد سراج - نظرية العقد في الفقه الإسلامي.
- 16- النجار المصلح بن عبد الحي - الفحص الطبي المعاصر من منظور فقهي - الطبعة الأولى - الرياض - مكتبة الرشد 2005.

المراجع الخاصة:

- 17- أحمد فراج حسين أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية - دار الجامعة الجديدة - طبعة 2004.
- 18- اسكندر محمود توفيق - الخبرة القضائية - دار الهومه - طبعة 2001.
- 19- بلحاج العربي - الأحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري - دار الهومه للطباعة النشر والتوزيع - الجزائر 2013.
- 20- بلحاج العربي - أحكام الزواج في ظل قانون الأسرة الجديد - عمال - دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- 21- جميل فخرري محمد جانم - آثار عقد الزواج في الفقه والقانون - دار الحامد للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى 2009.
- 22- لجندي محمد شحاب - حقوق الأسرة في الشريعة الإسلامية وقوانين - مطبعة علاء الدين - 2007-2008.
- 23- حسام الأحمد - البصمة الوراثية - حجبتها في الإثبات الجنائي والنسب - منشورات الحلبي الحقوقية - الطبعة الأولى 2010.
- 24- طيفاني مخطارية - إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي - دار الجامعة الجديد للنشر - 2013.
- 25- الكعبي الخليفة علي - البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية - دراسة فقهية مقارنة - دار الجامعة الجديد للنشر 2004.
- 26- عبد العزيز سعد - الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري - دار الهومه للطباعة و النشر والتوزيع - الطبعة الثالثة الجزائر.
- 27- عيسى حداد - عقد الزواج دراسة مقارنة - منشورات باجي مخطار - عنابة - طبعة 2006.
- 28- محمد محدة - الخطبة والزواج - دار الشهاب - الطبعة الثانية - 2000.
- 29- نصر سليمان - أحكام الخطبة والزواج - دار الفجر - الجزائر - الطبعة الأولى 2005.
- 30- باديس ديابي - حجية الطرق العلمية في دعاوي النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري - عين ميلة الجزائر - طبعة 2010.
- 31- عمر سليمان الأشقر - أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة - دار النفائس للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى - 1997.

كتب اللغة :

32- ابن منظور - لسان العرب - المجلد الأول - دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى - 2005.

المقالات :

35- بلحاج العربي - الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد - مجلة المحكمة العليا - العدد 1 - 2007.

33- عبد الفتاح تقيّة - الذمة المالية للزوجة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري - المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية - العدد 2 جوان 2011.

34- محمد أبو زيد - دور التقدم البيولوجي لإثبات النسب - مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت 1996.

الرسائل والمذكرات

(أ) أطروحات الدكتوراه

36- سعادي لعلي - الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري - أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص.

(ب) الماجستير :

37- بوزيد خالد - النسب في تشريع الأسرة والاجتهاد - دراسة تحليلية - مذكرة نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص - جامعة الجزائر - كلية الحقوق - السنة الجامعية 2010-2011.

(ج) الماستر:

39- بو عودة الزهرة - إثبات النسب بين قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية - مكرة تخرج لنيل شهادة الماستر - تخصص قانون أساسي خاص - جامعة عبد الحميد بن باديس - السنة الجامعية 2012-2013.

40- فوزية بوجاجة - غنية غوناي - الأحكام القانون لانعقاد الزواج - مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر - تخصص الأحوال الشخصية أ جامعة الجليلي بونعامة - خميس مليانة - السنة الجامعية 2014-2015.

38- براوي سميرة - إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة - مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق - تخصص قانون الأسرة - جامعة الدكتور مولاي الطاهر - سعيدة - السنة الجامعية 2015-2016.

الاجتهاد القضائي

أ) المجالات القضائية

41- المجلة القضائية - العدد الأول 1995.

المحاضرات:

42- بوزيد خالد - محاضرات في الزواج والطلاق.

43- عبد الرزاق زراب - محاضرات بعنوان النسب عن طريق الشهادة الطبية وشكلياتها - أقيمت بمحكمة البرواقية - مجلس قضاء المدينة بتاريخ 18-03-2008.

النصوص القانونية:

44- القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم 05 - 02 في 27 فيفري 2005.

45- قانون العقوبات - الأمر رقم 66 - 156 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل بالأمر 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

46- القانون رقم 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالأمر 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 المتضمن التقنين المدني الجزائري.

مواقع الانترنت:

47- جريدة الوطن السعودية - العدد 1380 - www.elwatan.com

فہرست

الفهرس

الإهداء

كلمة شكر

مقدّمة

الفصل الأول: شروط إبرام عقد الزواج

الموضوعية	الأول	الشروط:	المبحث	09
التراضي	الأول	ركن:	المطلب	09
(الصيغة)	الأول	ركن	الفرع	10
التراضي	الثاني	تخلف	الفرع	13
الزواج	الثاني	صحة	المطلب	15
والصداق	الأول	أهلية:	الفرع	15
الشرعية	الثاني	والشاهدان	الفرع	24
إجرائية	الثاني:	وانعدام	المبحث	36
القضائية	الأول	شروط	المطلب	36
القانوني	الأول	الرخص	الفرع	37
السن	في	حالة	الفرع	37
دون	ما	التعدد	الفرع	37
القانوني	دون	وما	الفرع	37

الطبية	الشهادة	الثاني:	الفرع	45
الجزائري	الوضعي	قانون	الأول	الفرع
		في:		46
الإدارية	:الرخصة	الثاني	المطلب	48
الوطني	الآمن	موظفي	الأول	الفرع
		:		48
الوطني	والدرك	الجيش	الثاني	الفرع
				49

الفصل الثاني: آثار عقد الزواج

الزوجية	وواجبات	حقوق	الأول:	المبحث	51
الزوجية		الأول:الحقوق		المطلب	51
:	المشتركة	الزوجين	الحقوق:	الأول	الفرع
					51
الزوجية	على	زوجها	حقوق	الثاني	الفرع
	على	زوجته	حقوق		52
للزوجين.	المالي	:النظام	الثاني	المطلب	56
للزوجين.	المالية	الذمة	الأول:استقلال	الفرع	56
للزوجين	المشتركة	الأموال	مصير	الثاني:	الفرع
			حول	إتفاق	60
النسب	ثبوت	في	حق	الثاني:	المبحث
					66
النسب	ثبوت	أسباب	الأول:	المطلب	67

الفرع	الأول:	ثبوت	النسب	بالزواج	الصحيح	67
الفرع	الثاني :	ثبوت	النسب	بزواج	الفاسد ونكاح	76
المطلب	الثاني:	طرق	إثبات	النسب		79
الفرع	الأول	:	الطرق	التقليدية		79
الفرع	الثاني:	الطرق	العلمية	لإثبات	النسب	82
الخاتمة						97
ملاحق						100
قائمة		المصادر			والمراجع	104
والفهرس						109