



جامعة ألكلي منذ أولحاج - البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

**دراسة التعديلات الواردة في قانون الأسرة
بشأن انعقاد الزواج وآثاره**

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص
تخصص: قانون الأسرة

تحت إشراف الأستاذ:
حكيم قاسم

إعداد الطالبة:
جوابي زهية

لجنة المناقشة

الأستاذ: فؤاد غجاتي.....رئيسا
الأستاذ: حكيم قاسم.....مشرفا ومقررا
الأستاذ: رابح بلعزوز.....ممتحنا

تاريخ المناقشة: 2016/09/22

شكر عرفان

شكرا لكل الأساتذة المحترمين

شكرا للأستاذ المشرف الأستاذ " حكيم قاسم "

شكرا لأعضاء لجنة المناقشة

شكر خاص لكل عمال المكتبة المركزية وعمال مكتبة كلية الحقوق

شكرا لشقيقي "مصطفى" الذي ساعدني في جمع المراجع

كما أشكر جزيل الشكر كل من ساعدني من قريب أو من بعيد لإنجاز هذا العمل

إهداء

إلى والدي الكريمين

إلى زوجي المحب "مراد"

إلى ولدي الرائعين "أنس وإياد"

اهدي هذا العمل بكل مشاعر الحب

الحمد لله رب العالمين، نحمده سبحانه وتعالى ونشكره ونتوب إليه ونستغفره، ونسأله التوفيق لكل ما يحب ويرضى.

والصلاة والسلام على خير أنبيائه، وسيد أصفیائه الذي أرسى دعائم المحبة بين الناس، وبلغهم رسالة ربه وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين. وبعد:

إكتسى نظام الأسرة على مرّ العصور أهمية بالغة باعتبارها الخلية الأساسية لتكوين المجتمعات القديمة والمعاصرة على حد سواء، لذلك فإن كل تشريعات الدول والأنظمة تعرضت لهذا الموضوع بشكل مفصل حسب طبيعتها وخصوصيتها.

والأسرة في الإسلام نظام شرعي، فليس الزواج مجرد عقد بين رجل وامرأة على الوجه المشروع، وإنما فضلا عن ذلك يعتبر ميثاقا غليظا بين الزوجين، وذلك لقوله تعالى ﴿وَكَيْفَ

تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِّيثَاقًا غَلِيظًا﴾ (1)، بل

إنه عقد بين أسرتين تتعدى آثاره إلى أقاربيهما من خلال حرمة المصاهرة التي تعتبر كحرمة النسب في وجوب الرعاية والتقديس والبر والإحسان.

وقد عرفت الجزائر بعد الاستقلال فراغا قانونيا يزيد عن عشرين سنة في مجال تنظيم

أحوال الأسرة، وخاصة فيما يتعلق بمسألتي الزواج والطلاق، فاتخذ القضاء من الفقه الإسلامي

(1).سورة النساء، الآية 21.

سندا له لحل النزاعات المطروحة امامه بالرغم من صدور العديد من المراسيم خلال الحقبة الاستعمارية، ليتدخل المشرع بعد ذلك لسد هذا الفراغ القانوني عن طريق القانون رقم 11 لسنة 1984⁽¹⁾.

ولقد شكل صدور هذا القانون أهمية بالغة باعتباره الإطار القانوني الوحيد الذي صار يحكم العلاقات الأسرية، إلا أن صدوره تأخر نسبيا مقارنة مع القوانين العربية، وذلك لأن المشرع الجزائري تردد كثيرا في كتابة تقنين شامل لأحكام الزواج والطلاق، لأن هذه الأحكام كانت تسيّر وفق العرف، فضلا عن وجود صراع حول هوية هذا القانون.

غير أنه ومع دخول الجزائر مرحلة التعددية السياسية والنقابية ثار نزاع حاد حول طبيعة هذا القانون وهويته، وتباينت وجهات النظر حوله، ما بين مؤيد يرى أن هذا قانون مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، فلا داع لتعديله، وبين معارض يرى ضرورة إلغاء هذا القانون جملة وتفصيلا، وبين هذا وذاك ظهر اتجاه ثالث ينادي بتعديل قانون الأسرة وتحيينه، بحيث يكون مسائرا لتطور المجتمع الجزائري، وذلك في ضوء التمييز بين الأحكام الثابتة والمتغيرة، واعتباره عملا بشريا، وتقنيا وضعيا، يحتاج إلى تعديل نصوصه حتى يكون أكثر انسجاما في جوانبه القانونية والشرعية تحقيقا لمصلحة الأسرة والمجتمع.

وكرر فعل على الانتقادات الكثيرة الموجهة لهذا القانون مثل عمومية صياغة نصوصه وغموض بعضها مما يفتح مجال تفسيرات وتأويلات أدى إلى تضارب واختلاف الاجتهادات

(1) قانون رقم 11/84 مؤرخ في 09 رمضان 1404هـ، الموافق 09 يونيو 1984، والمتضمن الأسرة الجزائري.

القضائية، بالإضافة إلى تعارض البعض الآخر منها مع مقررات الشريعة الإسلامية، مما أدى إلى تعديل قانون الأسرة من خلال الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 والذي يتضمن أحكام جديدة مست قانون الأسرة في شقيه الموضوعي والإجرائي، وسنركز في دراستنا هاته على الجانب الموضوعي الذي مسه التعديل في عقد الزواج وآثاره من خلال معالجتنا للإشكالية التالية:

هل يمكن اعتبار التعديلات الواردة في قانون الأسرة بشأن موضوع إنعقاد الزواج وآثاره

قد سدت فعلا الثغرات القانونية الموجودة في هذا الموضوع؟

وللإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا على خطة مقسمة إلى فصلين.

خصصنا الفصل الأول لدراسة الأحكام الموضوعية المستحدثة لعقد الزواج من خلال مبحثين المبحث الأول أحكام الخطبة ومسألة اقترانها بالفاتحة بمجلس العقد وآثار العدول عنها ومسير الصداق والهدايا وحكم التعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة. والمبحث الثاني تناولنا فيه الرضا كركن في عقد الزوج وما تلا ذلك من استلزام وجود إرادة معتبرة وخالية من أي عيب يؤثر في صحتها، ثم شروط الشرعية لعقد الزواج من أهلية وصداق وولاية والإشهاد عن العقد الزواج، ختاماً بانعدام الموانع الشرعية لزواج.

أما الفصل الثاني فقد تم تخصيصه لدراسة التعديلات المتعلقة بآثار انعقاد الزواج من خلال دراسة الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين وما طرأ عليها من تغير من خلال التعديل في مبحث أول، وكذا قضية ثبوت النسب وما تم استحداثه من طرق حديثة لإثباته في

مبحث ثاني، وفي الأخير نصل إلى خاتمة ندرج فيها النتائج المتواصل إليها وبعض التوصيات.

وقد اعتمدنا في دراستنا هاته على المنهج التحليلي والمنهج المقارن بين الأحكام التي وردت في قانون الأسرة الجزائري رقم 11-84 والأحكام الجديدة التي وردت على القانون المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 02/05، ومدى موافقة هذه الأحكام للفقہ الإسلامي.

الفصل الأول

الأحكام الموضوعية المستحدثة بشأن انعقاد الزواج

تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول أحكام الخطبة وآثار العدول

عنها والمبحث الثاني فقد تناولنا فيه ركن وشروط عقد الزواج.

المبحث الأول

أحكام الخطبة وآثار العدول عنها

لما كان عقد الزواج من أخطر العقود التي يجريها الإنسان في حياته فقد إختص الشارع عقد الزواج من بين العقود، بمقدمات تمهيدية تمهد لإبرام العقد، وهي ما يسمى بالخطبة أو الوعد بالزواج.

وهي تمثل في تقاليدنا إجراءً أولياً يسبق إبرام عقد الزواج ويشكل فرصة للمقبلين على الزواج للتعرف والتقارب. ولقد تضمنت قوانين الأحوال الشخصية في معظم البلاد العربية والإسلامية نصوصاً تتعلق بالخطبة وطبيعتها وآثار العدول عنها، بما في ذلك قانون الأسرة الجزائري، ولهذا كان من الضرورة بمكان التطرق لها في دراستنا هذه في مطلبين المطلب الأول بعنوان أحكام الخطبة والمطلب الثاني بعنوان آثار العدول عن الخطبة.

المطلب الأول

أحكام الخطبة

وقد تم تقسيمه إلى فرعين الفرع الأول بعنوان تعريف الخطبة والفرع الثاني تحت عنوان اقتران الخطبة بالفاتحة في مجلس العقد.

الفرع الأول: تعريف الخطبة

تعريف الخطبة لغة:

قال ابن منظور الخطب: الشأن أو الأمر، ومنه قوله تعالى: "فما خطبكم أيها المرسلون". ومنه خطب المرأة يخطبها خطبا، وخطبة بالكسر أي طلبها للزواج.⁽¹⁾
والخطبة اصطلاحا: هي إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة، -خالية من الموانع- لها أو لأهلها، فإذا أجيب طلبه تمت الخطبة بينهما وترتب عليها أثارها الشرعية.

وكما تكون الخطبة صريحة تكون بالتعريض والخطبة الصريحة هي إظهار الرغبة في الزواج بكيفية مباشرة لا تحتمل التأويل، كأن يقول: إني أرغب في الزواج بك - أما الخطبة بالتعريض فهي تلك التي يستعمل فيها الخاطب الجمل التي يفهم منها قصد الخطبة بالقرائن، وذلك يختلف باختلاف أعراف الناس في ذلك.⁽²⁾

وإذا ما تمت الخطبة بين رجل وامرأة فإنها لا تعدو أن تكون تواعدا متبادلا بينهما على عقد زواجهما في المستقبل، ويجوز للمرأة من الناحية الشرعية أن تكون هي الخاطبة للرجل. وقد سبق لخديجة بنت خويلد أن خطبت محمد بن عبد الله رسول الإسلام صلى الله عليه وسلم قبل البعثة.

(1). ابن منظور، لسان العرب، الجزء الثاني، دار لسان العرب، لبنان، ص 1194.

(2). عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة القديمة،

الجزائر، 2007، ص 36.

كما أن سيدنا شعيب عليه السلام عرض إحدى ابنتيه على موسى بعد أن سقى لهما لقوله سبحانه: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ...﴾⁽¹⁾.

وتتجلى أهمية الخطبة في كونها وسيلة للتعرف والتعارف. لكي يطمئن الطرفان على سلوك وأخلاق وعادات كل منهما، وهذا بهدف إقامة الحياة الزوجية على أسس سليمة ودعائم قوية بعيدا عن المفاجأة التي كثيرا ما تعرض الزواج للانحلال والقلوب للتناثر. والضمانر للتعارض والتنازع⁽²⁾.

ولقد عرف المشرع الجزائري الخطبة (les fiançailles) بأنها وعد بالزواج⁽³⁾.

الفرع الثاني: اقتران الخطبة بالفاتحة في مجلس العقد

نصت المادة السادسة في قانون الأسرة المعدلة على مايلي: "إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا.

غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون". لم يحدد النص القانوني المقصود بالفاتحة هل هي مجرد قراءة لسورة الفاتحة بمناسبة الخطبة، أم أن المقصود منها هو إبرام عقد الزواج؟ وبالتالي فإن الأحكام المترتبة عنهما تختلف بالضرورة.

فإذا كان المقصود من الفاتحة عندما تقترن بالخطبة هو قراءة سورة الفاتحة فإنها لا تؤثر في الحقيقية لا على الخطبة ولا على العقد وليست لها قيمة شرعية لأنها مجرد دعاء، فالناس اعتادوا على قراءتها بمناسبة الخطبة أو العقد، ولكن عدم قراءتها لا يغير شيئا في الموضوع.

(1) سورة القصص، الآية 27.

(2) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، أحكام الزواج، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012.

(3) المادة 05 قانون رقم 11/84 مؤرخ في 09 رمضان 1404هـ، الموافق 09 يونيو 1984، والمتضمن الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج. ر 15 عدد 15 مؤرخ في 27 فبراير 2005.

وإذا كان المقصود من الفاتحة هو إبرام عقد الزواج فإن أحكام عقد الزواج تخضع للمادة 09 وما بعدها.

أما على المستوى التطبيقي فإن الأحكام القضائية قد تضاربت فأحيانا تعطي المحاكم تفسيرات للفاتحة على أنها خطبة، وأحيانا تأول على أنها عقد زواج.

ومن هذه الأحكام قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1992/03/17 ملف رقم 81/129، ومما جاء فيه مايلي: (...حيث أنه بالفعل فإن الشهود الذين وقع الاستماع إليهم سواء أمام القاضي الأول، وأمام العضو المقرر يذكرون حضورهم لوليمة الخطبة أو فاتحة الخطبة، أن المحققين لم يضبطوا الأسئلة التي تساعد على التفريق بين ما حضره الشهود هل هو مجرد حضور خطبة على معنى المادة 05 من قانون الأسرة، أم أنهم قد حضروا مجلس العقد على معنى المادة 09 من نفس القانون. بينما الفاتحة فهي ليست ركنا من أركان الزواج وليست شرطا لوقوع الخطبة، وإنما هي من باب التبرك والدعاء، وعلى ذلك يجب التفريق بين الفاتحتين).

وفي قرار آخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ 1992/04/14 اعتبرت أن اقتران الخطبة بالفاتحة زواجا صحيحا لتوفر جميع أركانه، أي أنها اعتبرت الفاتحة بمثابة عقد ومما جاء فيه مايلي: (من المقرر قانونا أنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة، أو تسبقها بمدة غير محددة، ومن المقرر أيضا أنه يثبت الزواج بتوافر أركانه المقررة شرعا.

ومتى تبين-في قضية الحال- أن أركان الزواج قد توفرت وتمت بمجلس العقد، وأنه تم اقتران الخطبة بالفاتحة، وبعد ذلك عدل الطاعن عن الزواج بالامتناع عن الدخول لأنه اعتبر الفاتحة كالخطبة تسمح لكل من الطرفين بالعدول عنها.

وإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء حكم المحكمة القاضي برفض الدعوى والقضاء من جديد بصحة الزواج الواقع بين الطرفين لتوافر أركانه والسماع إلى الشهود والأمر بتسجيله، فإنهم كما قضاوا قد طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن).

كلا القرارين اقتربت فيهما الخطبة بالفاتحة، إلا أنه في القضية الأولى اعتبرت قراءة الفاتحة مجرد خطبة، في حين في القضية الثانية لما توافرت أركان الزواج اعتبرت الفاتحة زواجا.

ومنه فإن حسم الموضوع يتطلب تحديد المقصود بالفاتحة في النص، هل هو قراءة سورة الفاتحة، وبالتالي فلا أثر لها على الخطبة ولا على العقد.

أما إذا كان المقصود منها -عندما تقتن مع الخطبة- هو عقد الزواج على معنى المادة 09. فهنا لابد من معرفة قصد المتعاقدين هل اتجه إلى الخطبة أم اتجه إلى الخطبة والعقد معا.

فإذا تبين أن الغرض المقصود هو الخطبة فتبقى خطبة حتى وإن تحدث الأطراف بمناسبة الخطبة عن عناصر عقد الزواج. لأنه في العديد من مناسبات الخطبة يتم التحدث فيه عن كل الشروط اللازمة للعقد بتحديد المهر مثلا. بل قد يتم دفع المهر بصورة مسبقة وأثناء الخطبة لإبراز الجدية في الزواج.

غير أنه إذا كان قصد المتعاقدين هو إجراء الخطبة والعقد معا فهنا يعتبر زواجا صحيحا⁽¹⁾.

(1) رشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة القديمة، الجزائر،

المطلب الثاني

أثار العدول عن الخطبة

إن العدول عن الخطبة يعني تراجع أحد الخاطبين وتخلي نهائياً عن مشروع الزواج بالخطيب الآخر، والتوقف تماما عن السير في متابعة الأعمال والإجراءات المؤدية إلى تحقيق إبرام عقد الزواج كما كان مخططا في أول الأمر بعد إتمام الخطبة⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة هنا أن المشرع الجزائري قبل التعديل استعمل عبارة (ولكل) أي للمرأة والرجل على حد سواء حق العدول عن الخطبة في أي وقت شاء.

إلا أن المشرع الجزائري تدارك عمومية هذا اللفظ في التعديل الذي لحق بقانون الأسرة فاستعمل المشرع عبارة (يجوز) وذلك للدلالة على أن العدول عن الخطبة ليس حق مطلقا يستعمله صاحبه كيفما شاء، وإنما هو حق مقيد بالغاية التي وضع من أجلها.⁽²⁾

ويجوز في رأي أكثر الفقهاء العدول للخاطب أو المخطوبة عن الخطبة وهو ما اعتمده قانون الأسرة الجزائري، فكل منهما أن يعدل عن الخطبة وينقض وعده. على أساس عدم وجود فكرة العقد أو الإلزام.⁽³⁾

الفرع الأول: حكم الصداق عند العدول

في حال انقضاء الخطبة أو فسخها من الطرفين، أو من أحدهما، وكان الخاطب قد دفع الصداق كله أو بعضه معجلا. وجب على المخطوبة أن ترد ما قبضته عينا إن وجد، أو قيمته إن تلف أو استهلك بعض النظر عن مسألة العدول وأسبابها، لأن الصداق لا علاقة له

(1) مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق - دراسة مقارنة - رسالة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2009، ص 63.

(2) المرجع نفسه.

(3) ا عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة القديمة، الجزائر، 2007، ص42.

بالخطبة ولأن المخطوبة قد تستعجل التصرف في الصداق بشراء جهاز البيت، بقصد تهيئة الزفاف. كأن تشتري به فراشا أو لباسا أو حليا، فإن المشرع الجزائري لم يحدد أحكاما خاصة بالصداق المقدم إلى المخطوبة، مما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي أشارت إليها المادة: 222 من قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الثاني: حكم الهدايا عند العدول

بالنسبة للهدايا المتبادلة (les cadeaux) في فترة الخطبة، فإن أغلب الفقهاء متفقون في الجملة على ردها، وإن اختلفوا في التفاصيل.

ذهب الحنفية إلى أن حكمها حكم الهبة، يرد منها ما كان قائما ولم يستهلك دون النظر إلى المتسبب في العدول عن الخطبة، وقال الشافعية بوجوب ردها مطلقا سواء كانت باقية أم هالكة، لأنها في حكم المهر وما دام الزواج لم يتم وجب ردها بعينها أو بقيمتها أو بمثلها، سواء كان العدول من جانب الخاطب أو المخطوبة، وقال الحنابلة بعدم استرداد شيء من هذه الهدايا لأنها هبة عندهم، والقبض يمنع الرجوع بالهبة، ويستوي ما إذا كان العدول من جهة الخاطب أو المخطوبة، لأن هذه الهدايا قدمت على سبيل التبرع.

أما السادة المالكية فيذهبون إلى أنه إذا كان العدول من جانب الخاطب فلا يحق له أن يسترد شيئا من الهدية، سواء كانت مثلية أم قيمية، وسواء كانت قائمة أم مستهلكة، و أما إذا كان العدول من جانب المخطوبة، فللخاطب أن يسترد جميع ما قدمه من هدايا، فإن كانت قائمة استردها وإن كانت مستهلكة استرد قيمتها. وهذه الأحكام تسري في حال عدم وجود شرط أو عرف ينافي ذلك.

وقد سار المشرع الجزائري في هذه المسألة على مذهب الإمام مالك، فجاء في الفقرتين 4 و 5 من المادة 5 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر 02/05 على أنه «لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداه إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما

أهدته أو قيمته. وإن كان العدول من المخطوبة فعلية أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته».

فالهدايا وفقا للتعديل الجزئي للمادة 5 من قانون الأسرة الجزائري تُردُّ بعينها إن كانت قائمة، وبقيمتها إذا استهلكت أو أتلفت.

كما أن تعديل عام 2005 للمادة أقر مبدأ المساواة بين الخطيبين في استرداد الهدايا بنصه في المادة 4/5 ق.أ على أنه للخاطب أن يرد هو الآخر للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له. وهي إضافة صائبة، لإلغاء أشكال التمييز تجاه المرأة.

الفرع الثالث: حكم التعويض على العدول عن الخطبة

قد يترتب على العدول عن الخطبة ضرر يلحق أحد الطرفين ماديا أو معنويا وخاصة إذا استمرت الخطبة لفترة طويلة. كما لو طالب الخاطب المخطوبة بالاستقالة من وظيفتها أو كما لو طالبته بإعداد مسكن في مكان معين، أو بصورة معينة فهذه تكاليف صاحبت الخطبة، وهي لا تمنح قانونا الحق في العدول عنها غير أن العدول التعسفي يوجب إلزام العادل بالتعويض. متى تسبب في خسارة الطرف الآخر ومن الأضرار المعنوية نذكر: خيبة الأمل لدى الطرف الآخر أو تأخير زواج المخطوبة مدة ارتباطها بالخطبة معه، وتقويت فرصة خاطب أفضل، أو ضياع فرصة الزواج كليةً، دون نسيان ما يمس لحرمة الطرف الآخر من إثارة الألسنة بالتجريح والتشهير بسمعة المخطوبة نتيجة مخالطته لها والتردد على بيتها.

وقد ذهب المشرع الجزائري في المادة 3/5 ق.أ المعدلة بالأمر رقم 02/05 بقوله «إذا تترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض» وقد جاء هذا النص عاما ومطلقا معتبرا التعويض ليس عن العدول وإنما عن الضرر (le dommage) الناجم عن العدول عن الخطبة وذلك بإقرار جواز الحكم به. إذا ظهرت للقاضي المبررات المقنعة.⁽¹⁾

(1). العربي بلحاج، لمرجع السابق، ص96، 98، 101، 103.

المبحث الثاني

ركن وشروط عقد الزواج

لقد كانت المادة التاسعة من قانون الأسرة قبل التعديل تنص على أن يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصداق ولما وقع تعديل هذه المادة بموجب الأمر رقم 05-02 سنة 2005 قسمت هذه المادة إلى ثلاثة مواد هي المادة 9 ونصت على أن ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين - وهو ما سنتناوله في المطلب الأول تحت عنوان: الرضا كركن في عقد الزواج والمادة 9 مكرر ونصت على أنه يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط les conditions الآتية: وهي أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدين، انعدام الموانع الشرعية والمادة 11 التي جاء فيها أن المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره⁽¹⁾. وهذا ما سنتناوله في مطلب ثاني تحت عنوان: شروط عقد الزواج.

(1). عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2013، ص38.

المطلب الأول

الرضا كركن في عقد الزواج

الحديث عن التراضي أو الرضا يستلزم وجود الإرادة وليس هذا فحسب، بل يستلزم بالإضافة إلى ذلك أن تكون هذه الإرادة معتبرة وخالية من أي عيب يؤثر في صحتها، وهذا ما تمت دراسته في فرعين كالتالي:

الفرع الأول: مفهوم التراضي

إن معنى أن تكون الإرادة معتبرة، أن تصدر من شخص ذي أهلية، أي يكون الشخص الذي يعبر عن إرادته أهلا لهذا التعبير، أي يكون بالغاً راشداً يمكنه أن يبرم عقد الزواج بنفسه. بمعنى أن يكون قد أكمل سن 19 بالنسبة للرجل والمرأة.

ولما كان موضوع التراضي يتطلب وجود العاقدین بالأصالة أو بالوكالة و كذا وجود الصيغة أي الإيجاب والقبول، فإننا نبدأ بالحديث عن الإيجاب والقبول ومواصفات كل منهما. **أولاً: الإيجاب:** هو ما يصدر أولاً من أحد المتعاقدين للدلالة على إرادته في إنشاء عقد الزواج، وهذا الإيجاب يتطلب مواصفات معينة وهي:

أ- أن يكون باتاً بمعنى نهائياً وصريحاً.

ب- أن يصل إلى علم الطرف الآخر، كي يصلح أن يقترن فيما بعد بقبول.

ثانياً: القبول: هو ما يصدر ثانياً من المتعاقد الآخر للدلالة على رضاه وموافقته على ما أوجبه الأول وينبغي أن تتوفر فيه مايلي:

أ- أن يكون باتاً وصريحاً.

ب- أن يكون متطابقاً مع الإيجاب حتى ينعقد العقد.

وقد نصت المادة 10 من قانون الأسرة: « يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر، بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة».

أي أن طرق التعبير عن الإرادة في الإيجاب والقبول لا تخرج عن القواعد العامة وهي التعبير بالكتابة أو الإشارة، أو بأي طريقة تفيد معنى النكاح مع خلاف في ترتيبها.⁽¹⁾

وأما صيغة العقد فيشترط فيها جملة من الشروط، منها أن تكون بعبارتين أحدهما للماضي والآخر للمستقبل، وأن تكون منجزة غير معلقة ولا مضافة إلى المستقبل كأن يقول:

" زوجني ابنتك"، فيقول الآخر: "قبلت". أو يقول الأول أزوجك ابنتي فيقول الآخر "قبلت".

أما اشتراط التجيز، لأن عقد الزواج يترتب عليه آثاره في الحال. ولا بد أن تكون الصيغة المستعملة قاطعة الإنشاء في الحال، غير منصرفة للمستقبل.

ومن الشروط أيضا صيغة التأييد في عقد الزواج، لأن مقتضى عقد الزواج حل العشرة ودوامها، ويعني ذلك أن تنتج إرادة المتعاقدين إلى إنشاء عقد الزواج بلفظ يفيد الدوام.

ومن أجل هذا فإن الفقهاء قد حكموا ببطلان نوعين من العقود لتناقضهما مع التأييد، وهما: المتعة والنكاح المؤقت.

وقال جمهور الصحابة والتابعين والفقهاء، أن نكاح المتعة باطل، لا ينعقد أصلا، ولأنه لم يكن زواجا بإجماع علماء المسلمين، لأنهم لا يرتبون للزوجة حقوقها منه من نفقة و ميراث.

وأما النكاح المؤقت فهو الذي ينشأ بلفظ من الألفاظ التي يعقد بها الزواج، ولكن بلفظ يفيد توقيت الزواج بوقت معين محدود طال أو قصر.

(1). المادة 59 من الأمر رقم 78-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

وقال جمهور الفقهاء أن الزواج المؤقت باطل، لأنه من زواج المتعة أو على الأقل هو معناه، لأن الغرض أو الهدف من النكاح المؤقت هو ذلك ونفس الغرض من المتعة، ولذا فإن اقتران الصيغة بما يدل على التوقيت جعلها غير صالحة لإنشاء الزواج.

وقد حاول بعض الفقهاء التفريق بين النكاح المؤقت ونكاح المتعة، وحقبة الأمر حسب الدكتور بن شويخ رشيد أنه لا فرق بينهما.

فالنكاح إلى أجل هو نكاح متعة، وليس من الضروري الإتيان بلفظ المتعة، بل تحقيق معناه، لأن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

ومما يتصل بهذا الموضوع كذلك ما يسمى بزواج المحلل، وهو أن يتزوج رجل مطلقة غيره ثلاثاً بعد انقضاء عدتها، ليجعلها لزوجها الأول، فالمحلل أيضاً لم يقصد من هذا الزواج الدوام، وإنما يريد به تحليل الزوجة لمطلقها واتخذ زواجه بها طريقاً إلى ذلك.

وحكم هذا الزواج أنه حرام بإجماع مذاهب المسلمين، لما رواه عقبه بن عامر أن الرسول الله قال: "ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا بلى يا رسول الله، قال: هو المحلل، لعن الله المحلل، والمحلل له".⁽¹⁾

الفرع الثاني: أن يكون التراضي خالياً من عيوب الإرادة

إن الرضا الذي تكلمنا عنه في الفرع الأول قد تشوبه عيوب تعرض للعقد للبطلان كلياً - المادة 33 من قانون الأسرة - دراسة هاته المادة أو القانون بأكمله لا تعطي إجابة أو تعريف للرضي المعيب مما يجعلنا نغوص في الأحكام القانونية والفقهية العامة بحثاً عن تعريف دقيق للرضا المعيب، لأنه وبصفة عامة لا يمكن الحديث عن تعاقد سليم إذا كان الطرفان لحظة إبرام العقد موجودين بعيداً عن أي إكراه أو ضغط يجعل إرادتهما غير حرة، لأن مشروعية أي تعاقد تفترض مسبقاً أن تكون إرادة أطرافه سليمة قبل كل شيء، فإرادة معيبة بالغلط أو الإكراه أو

(1). الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 56-60.

التدليس، قد تجعل التعاقد بأكمله محل شك وتأرجح بين الصحة والبطلان ليس بالأمر الهين أو البسيط.

لأنه يضع استقرار المعاملات والعلاقات في مهب الريح، ويعرض بالنتيجة العقد للقضاء أين يكون للقاضي حينها النظر إلى شخص المتعاقد ومدى جسامته وأهمية الغلط أو التدليس أو الإكراه الذي جعله يقبل على هذا التعاقد. (1)

ولأن انعقاد الزواج لا بد له من إرادة واعية وجدية، في جو من الاطمئنان والحرية الكاملة بمحض إرادة الطرفين في تقبل العقد وآثاره كلها، وهذا هو المقصود من المواد 09 و 09 مكرر و 10 من قانون الأسرة.

ولم توضح مواد القانون صراحة حكم عقد الزواج الذي كان الإيجاب فيه أو القبول أو هما معا مشوبا بغلط أو تدليس أو إكراه كما أن التعديل الجزئي لقانون الأسرة عام 2005 لم يتعرض لهذه العيوب ما عدا في المادة 08 مكرر من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 وسنتعرض لهذا في بحثنا بشيء من التفصيل.

أولاً: الغلط

يشير الفقهاء إلى الغلط كعيب من عيوب الإرادة بتسميات مختلفة تدور حول الاشتباه والنسيان و الخطأ والجهل. (2)

تنص المادة 33 / 01 من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا"، وهنا تجدر الإشارة إلى أن عقد الزواج المشوب بغلط في شخص الزوج

(1) منير مزعاش، (رؤية نقدية لعقد الزواج التوثيقي)، مجلة الموثق، دورية متخصصة تصدر عن الغرفة الوطنية للموثقين، بن عكنون، الجزائر، 2015، العدد الرابع الصادر، ص 30.

(2) مازن مصباح صباح، (عيوب الرضا وأثرها على الإرادة العقدية)، مجلة جامعة الاقصى، 2014، العدد الأول، ص

أو الزوجة المتعاقد معها أو في صفة من صفاتها الأساسية باطلاً للانعدام تطابق الإرادتين في الإيجاب والقبول.

كما أن المادة 02/53 من قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/07 جعلت من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج سبباً لطلب التطلق من جانب المرأة، فإنه كذلك يجوز للزوج الذي كان ضحية عيب مرضي أو جنسي ما عند إبرام العقد، طلب إبطال العقد للغلط ما دام لم يطلع عليه وقت التعاقد.

ثانياً: التدليس

وأما التدليس فهو إخفاء العيب أي كان، باستعمال الحيلة أو الخديعة أو الغش، فإن المدلس عليه يملك الخيار في فسخ الزواج وطلب التعويض العادل.

والخيار يثبت للمتضرر بشرطين هامين: أن يكون العيب أو المرض موجود قبل الزواج وأن لا يكون الطرف الآخر على علم به.

فالتدليس هو غلط مدبر باستعمال الحيل والخداع والغش والإخفاء، للتأثير في إرادة المتعاقد ودفعه لإبرام عقد الزواج، ومنه فإنه التدليس هو خطأ عمدي يستوجب التعويض عن الضرر الناتج عنه.⁽¹⁾

كما أن الفقه الإسلامي خول للمدلس عليه، حق طلب فسخ عقد الزواج قبل الدخول وبعده، لأنه منشوب يعيب من عيوب الرضا، وأصبح مفروضاً على إرادته، ويجوز للطرف الآخر (الزوج أو الزوجة) ضحية هذا التدليس طلب التعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء ذلك.

(1). العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 159.

- نصت المادة 08 مكرر من الأمر رقم: 05-02 المؤرخ في 2005/02/27

"في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق".

جاءت هذه المادة في مسألة التعدد، حيث أنه يفترض التدليس بمجرد الكتمان أو السكوت العمدي أو التصريح الكاذب عن حالة الزوجية السابقة عمدا وتضليلا قصد الحصول على قبول الزوجة الجديدة المدلس عليها إبطال العقد للغش أو الخديعة أو التدليس، وكذا طلب التعويضات الناجمة عن الضرر، دون نسيان حقها في طلب التطليق للضرر حسب المادة 06/53 المعدلة بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27.

ثالثا: الإكراه

إن الإكراه هو ضغط غير مشروع يمارس على إرادة الشخص فيولد حالة من الرهبة أو الخوف الأمر الذي يحمله على التعاقد وقد يكون الإكراه ماديا (كالضرب أو العنف مثلا) أو معنويا (كالتهديد بإيقاع ضرر ما).

فإذا كان أحد الزوجين تحت طائلة الإكراه، قد يتعاقد توكيا لهذا الضرر فإرادة المتعاقد معيبة، والعقد يستوجب الإبطال، (المواد 09-10 و 01/33 ق.أ).

وفي زواج المكره، قال جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة لا يجوز نكاح المكره ولا يصح، بل هو لغو مما يجعل تصرف المكره باطلا فلا ينشأ عنه زواج وإطلاق، ودليلهم من الكتاب في قوله تعالى: ﴿... وَلَا تُكْرَهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِيَبْتِغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَنْ يُكْرِهِنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بَعْدِ إِكْرَاهِهِنَّ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (1).

(1). سورة النور، الآية 33.

وأما السنة النبوية فحديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه".

ولقد أخذ المشرع الجزائري بما قال به الأئمة الثلاثة، معتبر أن أساس الزواج هو الرضا والاختيار (م 04 و 09 من قانون الأسرة المعدلة) وعليه فإنه لا ينعقد الزواج بالإكراه أو بالضغط، باعتبارهما مساسا بقاعدة الحرية الكاملة في التراضي (م 33 ق. أ المعدلة) لأن الرهبة أو الخوف لا تترك للمكره أي اختيار بإجباره على التعاقد خوفا وتوقيا من الضرر الذي قد يلحقه وهي أمور لا تتسجم مع طبيعة عقد الزواج التي تقوم على الرضا حر فإن إكراه أحد الزوجين على الزواج يجعل تصرف المكره قابلا للإبطال، فلا ينشأ عنه تصرف المادة 33 ق. أ.

كما أن حق المرأة في اختيار الزوج هو أمر لا نزاع فيه، كما أن رضاها هو ركن من أركان العقد الأساسية طبقا للمادتين 09 و 01/33 من قانون الأسرة المعدلتين ومن ثم فإنه لا يجوز لوليها أن يزوجه دون موافقتها.⁽¹⁾

المطلب الثاني

الشروط الشرعية لعقد الزواج

لكي لا تخضع الرابطة الزوجية لأهواء الناس ويخرج الزواج عن غايته ومعناه فقد أحيط عقد الزواج بجملة من الشروط ذكرها المشرع الجزائري في المادة 09 مكرر من الامر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27، وهي خمسة شروط شرعية سنخصص فرعا لكل منها، ونشير هنا أن المشرع الجزائري نص في المادة 19 من هذا القانون على " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

أي أنه بالإضافة إلى شروط اتفاقية في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، وهذا إن دل على شيء إنما يدل على بذل السبل من أجل الحفاظ على استقرار وديمومة هذه الرابطة

(1). العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 160-165.

المقدسة ودرء عنها كل ما يحول دون استمرارها وهذا من خلال الاتفاق الرسمي على كل الشروط التي يريانها ضرورية.

الفرع الأول: أهلية الزواج

والأهلية إذا كانت معناها الصلاحية: يقال فلان أهلا لكذا إذا كان صالحا له، فإنها تنقسم في العموم إلى قسمين، أهلية وجوب وأهلية أداء فأهلية الوجوب هي أهلية تثبت حتى للجنين والمجنون والصبي غير المميز أما أهلية الأداء، هي صلاحية الشخص للقيام بنفسه بالأعمال القانونية وتدخل تحت هذا الإطار أهلية الزواج.⁽¹⁾

إن هذه الأهلية يقصد بها تلك الوضعية القانونية التي تسمح للشخص بإبرام التصرفات المختلفة والتي ترتب أثارا صحيحة ومعتبرا بها قانونا، وقد اشترط المشرع الجزائري عند إبرام عقد الزواج توافر الأهلية في كل من الزوجين، وتم تناولها في مختلف قوانين الأسرة السابقة ابتداء من الأمر الصادر في 1959/04/04 والذي نص في المادة 05 منه على أن أهلية الزواج بالنسبة للرجل هي 18 سنة كاملة وبالنسبة للمرأة هي 15 سنة كاملة ومع ذلك لرئيس المحكمة بناء على دوافع قوية الإعفاء من شرط السن.

وجاء القانون رقم 63-224 لينص في المادة الأولى منه على أن أهلية الزواج للرجل هي 18 سنة كاملة أما المرأة فهي 16 سنة كاملة، وإجاز كذلك لرئيس المحكمة الترخيص للزواج قبل ذلك السن لدوافع قوية بعد اخذ رأي وكيل الدولة ووكيل بالنيابة.

ثم جاء قانون الأسرة رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 ليعدل بدوره من أهلية الزواج وذلك في المادة السابعة منه والتي تنص على أن أهلية الزواج للرجل هي 21 سنة كاملة وللمرأة 18 سنة كاملة، وللقاضى الإعفاء من شروط السن لمصلحة أو ضرورة.

(1) د. جيلالي تشوار ، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2001، ص 47.

وأخيرا جاء الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27 والذي عُدل بموجبه سن أهلية الزواج، إذا تنص المادة 07 منه على أنه: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بأثار عقد الزواج من حقوق والتزامات⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد أثار الأستاذ مزعاش منير - وهو موثق، في مقال له منشور في مجلة الموثق، العدد الرابع، نوفمبر 2015 تحت عنوان: رؤية نقدية لعقد الزواج التوثيقي-إشكال بخصوص السن المحددة ب 19 سنة كاملة يتمثل في كيفية حساب سن المولودين "خلال" أي بحكم متى يكمل 19 سنة كاملة.⁽²⁾

حيث أنه يتردد في مصالح الحماية المدنية ولدى بعض الموثقين، اعتبار تاريخ الفاتح جويلية، هو تاريخ الميلاد المفترض، وهو تفسير يعتمد على أساس منتصف السنة، ربما المنطق يحكمه أكثر من القانون لأنه لا يوجد تبرير قانوني لذلك، وهنا تجدر الإشارة إلى قرار صادر عن المحكمة العليا ملف رقم 548029 بتاريخ 2010/03/11 اعتبر ضمنيا أن عدم ورود الشهر واليوم في شهادة ميلاد شخص ما خطأ يمنح لصاحبه الحق في اللجوء إلى القضاء لتصحيح شهادة الميلاد وهو قرار يوجه الشخص المولود "خلال السنة" للقضاء ليحدد له يوما وشهرا يدرجان في شهادة الميلاد رفعا لكل لبس.

وهنا نتحدث عن الشخص الذي يطرح تاريخ ميلاده شكا حول بلوغه السن القانونية.

(1). نسرين شريقي وكمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى دار بلقيس للنشر، باب الزوار، الجزائر 2013، ص

29-28.

(2). منير مزعاش، المرجع السابق، ص 30.

كما أن المادة السابعة السابق الإشارة إليها، قد وضعت تعريف الأهلية للزواج وحصرتها في السن لا غير، وأهملت شروطاً أخرى يجب أن تتوفر في الشخص المقبل على الزواج أهمها: الإسلام والجنسية الجزائرية وخلوه من كل عوارض الأهلية التي تضمنتها المادة 81 من نفس القانون (من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانوناً ولي أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون)

وهنا يجب الإشارة إلى افتراض أن كل الجزائريين مسلمون ولكن إذا تقدم للزواج شخص جزائري يعلن أمام الموثق أنه ليس على دين الإسلام، هل يبرم عقد زواجه؟ الإجابة ستكون الرفض بالطبع تطبيقاً لأحكام المادة 222 من قانون الأسرة⁽¹⁾.

بالنسبة لترخيص القاضي فنشير إلى أن القاضي يستند عند تقديمه للتريخ بالزواج قبل السن القانونية على جملة من الظروف يقدرها وفقاً لسلطته التقديرية كالخوف من الوقوع في الزنا مثلاً.

ولكن هل يمكن للقاضي منح تريخ للزوجين القاصرين مجتمعين؟ وإن حدث هذا وعلى افتراض أن الزوجين كانا في سن السابعة عشر مثلاً، ورزقا بإبن في السنة الموالية، وهما لا يزالان قاصران فمن ولي هذه المجموعة من القصر، وما مصير أملاكهم العقارية والمنقولة إذا رغبا مثلاً في بيعها؟ ولمن يمنح الإذن بالتصرف؟ لأب الزوج القاصر؟ ومن هو ولي الحفيد؟ هل هو الأب القاصر أم الجد الذي سيتولى الجميع؟

للعلم فقط، القانون منح الزوجين أهلية التقاضي فقط فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات حيث لهما حق المثل أمام القضاء بدون ولي في القضايا المتعلقة بالزواج

(1). مزعاش منير، المرجع السابق، ص 31.

فقط، وما دون ذلك فمازالا في نظر القانون قاصرين يحتاجان لحضور الولي وإجازته لكل تصرفاتهما القانونية (1).

الفرع الثاني: الصداق

عرفت المادة 14 من قانون الأسرة الصداق بأنه ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء.

ويسمى الصداق صداقا لما فيه من معنى صدق الرغبة عند باذله في النكاح الذي هو الأصل في إيجاب المهر.

وحكمه واجب وهذا الوجوب على الرجل لا على المرأة والدليل على وجوب المهر قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً...﴾ (2).

وينقسم الصداق أو المهر إلى:

- **المهر المسمى:** وهو ما يسمى في العقد، أو بعده بالتراضي، كان يتزوجها ولا يسمى لها مهرا عند العقد، ثم يتفقان على أم المهر ألف دينار مثلا وبناءا على هذا، لو طلقت المرأة قبل الدخول كان للزوج أن يرجع بنصف ما أهداه.
- **مهر المثل:** وهو الصداق الذي يعطي عادة لمثل المرأة المعنية بالأمر، أي الذي يبذل لامرأة تضاهيها وقت إبرام العقد من جميع الأوصاف والصفات فيما يتعلق بالسن والجمال والعقل والعلم والمال والبركة والتسوية وغيرها (3).

(1). مزعاش منير، المرجع نفسه، 32.

(2). سورة النساء، آية (04).

(3). عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وأثارهما، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر، ص 189.

ولقد استدرک المشرع الجزائري حالة عدم تسمية المهر من خلال تعديل المادة 15 بإضافة الفقرة 2: " في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل." أما عن استحقاق الصداق فقد نصت عليه المادة 16 بقولها:

" تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحقه نصفه عند الطلاق قبل الدخول".

أي أنه هناك حالتين:

الأولى: استحقاق الصداق كاملا

فالدخول الحقيقي يؤكد استحقاق الصداق كاملا سواء كان المهر مسمى أو كان مهر المثل، وسواء كانت وقت العقد أم إتفقا عليها بعد العقد وكذلك الخلوة الصحيحة. تؤكد استحقاقها المهر كاملا. وحسب الفقهاء فالخلوة الصحيحة هي التي يجتمع فيها الزوجان في مكان يأتين فيه من إطلاع الغير عليهما وكذلك استحقاق الصداق كاملا بوفاة الزوج.

الثانية: استحقاق الزوجة نصف الصداق

حسب المادة 16 السابق ذكرها: فإن المرأة إذا طلقت قبل الدخول وتم تسمية الصداق تسمية صحيحة فإنها تستحق نصفه (1).

وتجدر الإشارة في هذا الموضوع إلى ما نصت عليه المادة 15 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر 02/05، "بأنه يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا" معناه أنه لا يجوز إسقاطه باعتباره من شروط انعقاده شرعا وقانونا.

(1). الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008،

في مقابل هذا تنص المادة 33 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر 02/05، في فقرتها الثانية على أنه: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداقه أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

ومنه فإن الصداق في عقد الزواج وفقا لتعديلات عام 2005 له خصائص كل من الشرط والأثر، فمن خصائصه كشرط فساد العقد المنعقد من دون تسمية للصداق. (م 9 مكرر و 15 قانون الأسرة) و أما من خصائصه كأثر لعقد الزواج صحة العقد الذي لم يتعرض فيه المتعاقد للصداق. ونفاد العقد الفاسد لصداقه بالدخول تستحق الزوجة حتما صداق المثل طبقا للمادة 02/33 من قانون الأسرة المعدلة. (1).

الفرع الثالث: الولاية في الزواج

الولاية سلطة شرعية على النفس أو على المال يترتب عليها نفاذ التصرف فيها شرعا، ولا يكون الشخص ذوا ولاية إلا إذا كان له أهلية أداء ، ولكن قد يكون الشخص أهلا للتعاون إلا أن عبارته لا يترتب عليها التزام لانعدام الولاية في موضوع التعاقد. كمن يتصرف بالبيع في مال غيره ممن ليست له عليه ولاية، وتكون الولاية ذاتية وهي ولاية الشخص على نفسه مادام أهلا للتعاقد فالولاية الذاتية لا تنفك عن الأهلية، وتكون مطلقا. فمادام الإنسان أهلا للتعاقد كانت له ولاية من الشارع على جميع شؤونه مالية كانت أم غير مالية. وقد تكون الولاية متعدية وهي ولاية الشخص على غيره. سواء كان قد استمد هذه الولاية من الشارع ابتداء بناء على أمر عارض جعله علة وسببا لثبوتها كولاية الأب والجد الصحيح.

كما قد تكون مستمدة من الغير وهذه قد تكون عامة كولاية الحاكم على المحكوم ومنها ولاية القاضي فيما له من الولاية العامة جعله الشارع ولي من لا ولي له، وقد تكون خاصة

(1). العربي بلحاج. المرجع السابق. ص 202.

كولاية الوصي والوكيل. فالوصي إنما يستمد ولايته من الشارع بواسطة أحد الأولياء السابقين والوكيل إنما يستمد ولايته من الموكل نفسه (1).

والولاية في الزواج هي السلطة أو الصلاحية القانونية المخولة للولي بشأن قبول أو رفض زواج المولى عليها، وتولي إبرام العقد عليها. (2)

والولاية نوعان:

- ولاية إجبار: وهي التي يستبد الولي فيها بتزويج من تحت ولايته بغير أذنه ورضاه، وهي التي تعتبر ولاية كاملة، فولاية الإيجار تثبت على الصغير أو من في حكمه بالنسبة للذكر، وتثبت للصغيرة بالنسبة للبنات كانت بكرًا أو ثيبًا.

- ولاية اختيار: وهي التي لا يستطيع الولي أن يستبد بتزويج المولى عليه بل لابد من مشاركة الزوجة وليها في إختيار الزوج، ويتولى الولي عقد الزواج (3).

وعن عائشة أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) قال: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإذا دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا (4) فالسلطان ولي من لأولي له." رواه أحمد وأبو داود، وابن ماجة الترميذي وقال حديث حسن. قال القرطبي: وهذا الحديث صحيح.

ويرى أبو حنيفة وأبو يوسف أن المرأة العاقلة البالغة لها الحق في مباشرة العقد بنفسها، بكرًا كانت أو ثيبًا ويستحب لها أن تكل عقد زواجها لوليها، صونا لها عن التبذل إذا هي تولت العقد بمحضر من الرجال الأجانب عنها وليس لوليها حق الاعتراض عليها إلا إذا زوجت

(1) محمد سلام مذكور، المدخل للفقهاء الإسلاميين، بدون طبعة، دار الكتاب الحديث، السالمية، الكويت، بدون سنة نشر، ص

473-472.

(2) العربي بلحاج، نفس المرجع السابق، ص 238.

(3) الرشيد بن شريح، المرجع السابق، ص 66.

(4) أي امتنعوا عن التزويج.

نفسها من غير كفاء أو كان مهرها أقل من مهر المثل. فإن زوجت نفسها بغير كفاء وبغير رضا وليها. فالمروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف، والمفتي به في المذهب عدم صحة زواجها.

ومهما يكن من خلاف في ولاية المرأة فإنه يجب على الولي أن يبدأ بأخذ رأي المرأة ويعرف رضاها قبل العقد، إذ أن الزواج معاشرة دائمة، وشركة قائمة بين الرجل والمرأة. ولا يدوم الوثام ويبقى الود و الانسجام ما لم يعلم رضاها، ومن ثم منع الشرع إكراه المرأة بكر كانت أو ثيبا على الزواج، وإجبارها على من لا رغبة لها فيه، وجعل العقد عليها قبل استئذنها غير صحيح، ولها حق المطالبة بالفسخ إبطالا لتصرفات الولي المستبد إذا عقد عليها، وفيما يلي جملة من الأدلة من السنة النبوية الشريفة على هذا:

1. عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " الثيب أحق بنفسها من ووليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها." (1). رواه الجماعة إلا البخاري. وفي رواية لأحمد ومسلم وأبي داود والنسائي: " والبكر يستأمرها أبوها". أي يطلب أمرها قبل العقد عليها.
2. وعن أبي هريرة رضي الله عنه - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: لا تتكح الأيم . حتى تستأمر ولا البكر حتى تستأذن." قالوا يا رسول الله كيف إذن...؟ قال: " أن تسكت" (2)
3. وعن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال: "جاءت فتاة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع خسيسته. قال فجعل الأمر إليها، فقالت: قد أجزت ما صنع أبي. ولكن أردت أن أعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء" رواه ابن ماجة (3).

وقانون الأسرة الجزائري وفقا لتعديلات الأمر 02/05 جعل الولاية شرط صحة في عقد الزواج (المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، غير أنه ترك الاختيار للمرأة لممارسة

(1). أي أن سكوتها إذن.

(2). الأيم: من لا زوج لها. ولا بد من تصريحها بالرضا بما يدل عليه من نطق أو غيره

(3). السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني نظام الأسرة، الحدود والجنايات دار الجيل، دار الفتح للإعلام العربي، ص 89-

الولاية، بحيث تمكنها لأبيها أو لأحد أقاربها أو لأي شخص تختاره (المادة 11 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري) كما أن انعدام الولي (المنصوص عليه كشرط صحة في المادة 9 مكرر المضافة) قد لا يؤدي إلى انعدام الزواج لأن المادة 9 مكرر من ق.أ. تطبق في حدود المادة 33 منق.أ. المعدلة هي أيضا (1).

الفرع الرابع: الإشهاد على الزواج

قال صلى الله عليه وسلم رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لانكاح إلا بولي وشاهدي عدل" وفي حديث آخر: " لا نكاح إلا ببينه" ويكمن دور الشاهدين في تحقيق أقل قدر من الإعلان لأن الإسلام في جوهره ضد الزواج السري، وحضورها واجب امتثالا لأحكام الشريعة الإسلامية.

فقد ذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن الإشهاد شرط صحة في عقد الزواج، يجب أن يتوافر أثناء إبرام الزواج وفي مجلسه، وإن اختلفوا في أوصاف الشهود كالمالكية، الشافعية والحنابلة. قالوا بعدم صحة شهادة رجل وامرأتين فهم يشترطون الذكورة فقط. إلا أن قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض لهذه المسألة، بل اكتفى في المادة التاسعة مكرر المضافة بذكر شاهدين دون تحديد هل من الذكور فقط. أم يصح من الذكور والإناث.

ويرى المالكية بأن الإشهاد عند العقد مندوب. ولكنه عند الدخول واجب فالإشهاد شرط في الدخول لا في العقد فإن دخل ولم يشهد كان نكاحه فاسدا.

فالزواج يعود صحيحا وناظرا عند المالكية، متى وقع الإشهاد على الزواج وقت إبرامه غير أنه يشترط الإشهاد انتهاء لا ابتداء أي أثناء الدخول ودليلهم في ذلك، قوله صلى الله عليه وسلم: " أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف". كذلك قوله صلى الله عليه وسلم: " أو لم ولو بشاة".

(1). العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 250.

فبالنسبة للمالكية يتم إعلان العقد بالإشهاد وبغيره، من وسائل الإشهار كإقامة الوليمة وضرب الدفوف وفي هذا يقول صلى الله عليه وسلم: " فصل ما بين الحلال والحرام الدف والصوت".

ومناط الخلاف بين الفقهاء يرجع لمن اعتبر الإشهاد شرطاً من شروط الصحة (الحنفية، الشافعية والحنابلة) ومن اعتبروا أن الإشهاد من شروط الإتمام مركزاً على الإشهار والعلانية وهم المالكية.⁽¹⁾

أما قانون الأسرة الجزائري وما مسّه من تعديل في هذا الموضوع نجده من خلال قراءتنا للنص القديم للمادة التاسعة من قانون الأسرة حيث نجد أنها تنص على أن يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة وشاهدين، وصدّاق، وعندما نقرأ هذه المادة بعد تعديلها بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 نجد أنها قسمت إلى مادتين المادة 9 وتنص على أنه يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية وهي أهلية الزواج والصدّاق والولي والشاهدين وانعدام الموانع الشرعية للزواج.

ومعنى هذا الكلام هو أن التعديل جعل من الرضا ركناً لانعقاد الزواج، وأن الزواج لا ينعقد إلا بالرضا المتبادل بين الزوج والزوجة أما حضور الشاهدين فجعل منه شرطاً لصحة عقد الزواج مثله الولي والصدّاق ونفهم من ذلك أن تخلف شرط وجود الشاهدين في مجلس عقد الزواج لا ينتج عنه البطلان المطلق مثلما هو الحال بالنسبة إلى تخلف ركن الرضا وإنما يمكن أن ينتج عنه الفسخ في بعض الحالات والنفاد في بعض الحالات الأخرى⁽²⁾.

(1). العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 254-255.

(2). عبد العزيز سعد، نفس المرجع السابق، ص 44.

الفرع الخامس: انعدام الموانع الشرعية للزواج

إن من شروط إنعقاد الزواج خلو كل من الزوجين من الموانع الشرعية، وهذا لقوله تعالى:

﴿...وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِينَ غَيْرَ مُسْفِحِينَ...﴾⁽¹⁾.

ولقد تناول المشرع الجزائري أحكام موانع الزواج في قانون الأسرة من المادة 23 إلى

المادة 31، كما نصت المادة 9 مكرر من قانون الأسرة المضافة بالأمر 02/05 على أنه

يجب أن تتوفر في عقد الزواج انعدام الموانع الشرعية للزواج.

وقسمت المادة 23 من قانون الأسرة الموانع إلى: مؤيدة مذكورة في المواد من 24-30،

وتتمثل موانع النكاح المؤيدة في: القرابة، المصاهرة، الرضاع (المادة 24 من قانون الأسرة).

والمحرمات بالقرابة هن: الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات

الأخت (المادة 25 من قانون الأسرة)، أما المحرمات بالمصاهرة هي:

- أصول الزوجة بمجرد العقد عليها.

- فروعها إن حصل الدخول بها.

- أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علو.

- أرامل أو مطلقات الزوج وإن نزلوا.

ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب المادة 27.

أما موانع النكاح المؤقتة فقد نصت عليها المادة 30 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر رقم

02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 وهي: المحصنة وهي المرأة المتزوجة، المعتدة من

(1).سورة النساء، الآية 24.

طلاق أو وفاة حتى تنتهي عدتها، المطلقة ثلاثاً، وهي التي طلقها زوجها ثلاث مرات فلا تحل له حتى تتكح زوجاً آخر، كما يحرم موافقاً حسب نفس المادة الجمع بين الأجنبيين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع.

- زواج المسلمة من غير المسلم.

كما كانت تنص المادة قبل التعديل أنه من بين النساء المحرمات حرمة مؤقتة التي تزيد على العدد المرخص به شرعاً لأن الشريعة الإسلامية أباحت للرجل أن يتزوج أربع زوجات ليس بينهن قرابة محرمية، وحرمت عليه زواج الخامسة حتى يطلق إحدى زوجاته، وتمضي عدتها سواء كانت العدة من طلاقه رجعي أو بائن وهذا لقوله تعالى: ﴿...فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِّنَ

النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَّةً وَرُبْعًا ۚ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً...﴾ (1).

وقد أيدت السنة النبوية ذلك لما روى مالك الترميذي وابن ماجة وأحمد والشافعي عن ابن عمر قال: "أسلم غيلان بن سلمة الثقفي، وعنده عشر نسوة تزوجهن في الجاهلية، وأسلمت معه فقال له النبي (صلى الله عليه وسلم): "أمسك أربعاً وفارق سواهن". (2)

وقد نص قانون الأسرة على موضوع التعدد في المادة الثامنة المعدلة حيث جاء فيها مايلي "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لكان مسكن الزوجية.

يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية".

(1). سورة النساء، الآية 03.

(2). العربي بلحاج ، نفس المرجع السابق، ص 188.

وتم اضافة المادة 8 مكرر في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق".

والمادة 8 مكرر 1" قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه".

ويستخلص من هذه النصوص أن القانون وبمقتضى التعديل الجديد قد سمح بالزواج بأكثر من واحدة لكنه فرض جملة من الضوابط والإجراءات لا يمكن إبرام الزواج إلا من خلالها وهي:

1- وجود المبرر الشرعي: وهي عبارة عامة لم تحدد المقصود بالمبرر الشرعي لأن المبررات الشرعية كثيرة وتختلف بحسب الوجهة التي ينظر إليها ويبقى هذا الأمر متروك لتقدير المحكمة بناء على السلطة التقديرية للقاضي وما يقدمه أمامه من إدعاءات.

2- توفر شروط ونية العدل: بمعنى أن يثبت الزوج قدرته على توفير العدل من الناحية، المادية كقدرته على النفقة وتوفير المسكن وغير ذلك من الأمور المادية.

3- يجب عليه إخبار الزوجة السابقة واللاحقة: إذ العلم بهذا الزواج أمرا وجوبيا حتى لا تتفاجأ الزوجة الأولى أو الثانية أو هما معا.

4- تقديم الشهادة الطبية التي تثبت الخلو من الأمراض التي تشكل خطرا على الحياة الزوجية⁽¹⁾.

5- تقديم ما يثبت موافقة الزوجين على هذا الزواج، ولم يحدد القانون طريقة التعرف على هذه الموافقة في شكل مكتوب أم يتم ذلك شفويا.

(1). المرسوم التنفيذي رقم 06-154 الصادر في 11 مايو 2006 المحدد لكيفيات تطبيق المادة 7 مكرر من قانون الأسرة الجريدة الرسمية عدد 31، بالتاريخ 14 مايو 2006.

6- تقديم طلب الترخيص المسبق بالزواج لرئيس المحكمة الكائن بمكان مسكن الزوجية

يثبت فيه ما تم ذكره أعلاه.

إذا توافرت الضوابط السابقة جاز لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج ولا يتحقق ذلك إلا بعد أن يتأكد من موافقة الزوجة السابقة واللاحقة على الزواج بالإضافة إلى المبرر الشرعي وثبوت قدرة الزوج من الناحية المادية على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة.

وفي حالة التدليس من الزوج بأن أخفى على إحدى الزوجات حقيقة أمره، فيجوز للزوجة المتضررة رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطليق كما نص القانون على ضرورة فسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا تزوج بدون ترخيص من القاضي بناء على الشروط الواردة في المادة 08 من قانون الأسرة. وهو ما يعني أنه إذا حصل دخول فلا يمكن فسخ الزواج، وبالتالي لا يكون أمام الزوجة، إذا لم تكن راضية سوى المطالبة بالتطليق والتعويض عن الضرر اللاحق بها وفقاً للقواعد العامة⁽¹⁾.

(1). الرشيد بن شويخ ، نفس المرجع السابق، ص 113.

الفصل الثاني

التعديلات المتعلقة بآثار عقد الزواج

نظرا لأن عقد الزواج يربط بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي فإنه من المنطقي - بعد انعقاده صحيحا أن يرتب جملة من الآثار الشرعية تناولتها المواد من 36 إلى 46 من قانون الأسرة الجزائري.

وسنتناول في هذا الفصل مجمل التعديلات الموضوعية المتعلقة بآثار عقد الزواج وذلك في مبحثين المبحث الأول بعنوان الحقوق والواجبات الزوجية والمبحث الثاني بعنوان ثبوت النسب.

المبحث الأول

الحقوق والواجبات الزوجية

تتاولنا في الفصل الأول العناصر الأساسية التي يتطلبها عقد الزواج لكي يكون صحيحاً مرتباً لأثاره.

لأن عقد الزواج الصحيح يترتب حقوقاً للزوجة على زوجها وحقوقاً للزوج على زوجته. وحقوقاً مشتركة بينهما، أي قيام محل من الزوجين بما عليه نحو الآخر، لضمان استقرار الحياة الزوجية بين الطرفين.

ولأن قانون الأسرة قبل التعديل كان يميز بين واجبات الزوج وبين حقوق وواجبات الزوجة (المواد، 37، 38 و 39 القديمة). فقد جاء بتعديلات الأمر رقم 02/05 التي أزاحت هذا التقسيم بإلغاء المادتين 38 و 39 من قانون الأسرة الجزائري، كما أن هذه التعديلات قامت بدمج الواجبات المشتركة للزوجين، من خلال المادة 36 من قانون الأسرة المعدلة وهذا ما سنتناوله في المطلب الأول تحت عنوان: الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين.

أما المطلب الثاني فندرس فيه حقوق وواجبات كل من الزوجين تجاه الآخر.

المطلب الأول

الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين

ضم هذا المطلب فرعين، الفرع الأول درسنا فيه الحقوق والواجبات الشخصية المشتركة بين الزوجين. أما الفرع الثاني فقد خصص لدراسة الحقوق والواجبات المالية المشتركة بين الزوجين.

الفرع الأول: الحقوق والواجبات الشخصية المشتركة بين الزوجين

لقد تعرض المشرع الجزائري إلى الحقوق الزوجية الشخصية في الفصل الرابع من قانون الأسرة، المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر رقم 05-02، حيث دمجت هذه المادة من خلال تعديل الأمر رقم 05-02 المذكور أعلاه الحقوق والواجبات المشتركة لكل من الزوجين، ونتج عن هذا الدمج إلغاء كل من المادة 38 و المادة 39.

حيث تكلمت المادة 38 السابقة عن حق الزوجة في زيارة أهلها من المحارم واستضافتهم بالمعروف في الفقرة الأولى وهذه الفقرة تم تعديلها وإدماجها في المادة 36 في الفقرة 07 حيث تكلمت على زيارة كل من الزوجين لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف، أما الفقرة الثانية والتي تكلمت عن حرية الزوجة في التصرف في مالها فقد عالجها المشرع من خلال المادة 37 والتي سنتناولها لاحقاً.

أما المادة 39 فقد تم إلغاؤها بالكامل ما عدا في فقرتها الثالثة التي تنص على احترام والدي الزوج وأقاربه فقد تم إدماجها في المادة 36، لكن تم تغيير صياغتها كالتالي: "حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم"، وهذا تكريسا لمبدأ المساواة بين الطرفين، أما فقرة طاعة الزوج باعتباره رئيس العائلة فقد تم إلغاؤها مما يخلق عندنا فراغا قانونيا يحيلنا للمادة. 222 من قانون الأسرة.

كذا الفقرة الثانية منها التي تنص على إرضاع الأولاد عند الاستطاعة فنكون بذلك أمام نفس الوضع، المتعلق بالفقرة الأولى و(فقرة طاعة الزوج)، ونرجع مرة أخرى للمادة 222 ملاذنا في ظل وجود الكثير والكثير من الفراغات التشريعية وبعد هذا العرض عما أحدثته التعديل من إلغاء وإضافة نعود لخطتنا للتكلم عن الحقوق والواجبات الشخصية المشتركة بين الزوجين:

(1) المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة: فهذا الواجب يخص معاملة كل من الزوج نحو الزوج الآخر في إطار الحياة المشتركة، ومن ثم يجب على الزوجين أن يعملوا ما باستطاعتهم ليجعلا الحياة الزوجية سعيدة تسودها المودة والاحترام.

وأن هذا الواجب يتعلق أساسا بحسن المعاشرة و لا يكون ذلك إلا بالتسامح والإخلاص والقول الحسن.

(2) التعاون على مصلحة للأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم: وهذا ما تناوله المشرع في م 3/36 ق.أ. المراد من هذه المادة أنه يجب على الزوجين المحافظة على أفراد العائلة والمقصود بهم الأولاد فينبغي على الزوجين توفير بيئة صحية وأمنة تضمن لهم الاستقرار والطمأنينة وهذا لا يكون إلا إذا كان الزوجين متفقيين ومتفاهمين، لأن فاقد الشيء لا يعطيه. فإذا كان الزوجين لم يتصفا بالانسجام والتناغم في علاقتهما، من أين لهما أن يعطيا ذلك لأولادهما.

(3) التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات: إذا كانت المادة 39 من قانون الأسرة الملغاة. نصت على أنه: "يجب على الزوجة طاعة زوجها ومراعاته باعتباره رئيس العائلة" وهو ما قرره الفقه الإسلامي وذلك حتى لا يكون هناك اضطراب داخل العائلة بسبب تعدد مراكز إصدار الأوامر لكن المشرع الجزائري بإلغائه لهذه المادة أصبح لا يعترف بالزوج كرئيس الأمر بل نص صراحة على التشاور في تسيير شؤون الأسرة ومن ثم فإنه لا يجوز للزوج أن ينفرد بإصدار القرارات داخل الأسرة بل ينبغي عليه أن يشاور في ذلك زوجته، وكذلك ركز المشرع في المادة 4/36 ق.أ. على اتفاق الزوجين على تباعد الولادات وذلك حتى لا تصاب الزوجة بالأضرار نتيجة للولادات المتكررة.

4) المحافظة على روابط القرابة بالحسنى أو المعروف: م. 63 / 5.6. ق. أ. ويقصد بذلك من حيث القرابة المعنى الواسع لها بحيث أن هذه الأخيرة تثبت بالدم والمصاهرة و الرضاعة. فعلى كل من الزوجين احترام وتقدير أقارب الزوج الآخر ومن ثم فإنه لا يمكن للزوج أن يحرم زوجته من زيارة واستضافة والديها والأقربين لها (1).

الفرع الثاني: الحقوق والواجبات المالية المشتركة بين الزوجين

إن قيام علاقة زوجية صحيحة يترتب عليها بعض الحقوق المادية ومن بينها نجد حق الزوجين في الميراث. فهذه العلاقة تعطي لكلا الطرفين الحق في أن يرث الطرف الآخر وهذا ما نصت عليه المادة 126 قانون الأسرة وكذلك المادة 130 قانون الأسرة غير أن هذا الحق لا يترتب إلا إذا توفرت في العلاقة ذاتها شروط معنية منها، أن تكون صحيحة أن تكون قائمة وقت الوفاة، وأن لا يكون هناك مانع من موانع الميراث كقتل الزوجة لزوجها ويثبت حق التوارث بين الزوجين بمجرد إتمام عقد الزواج ولو لم يتم دخول.

كما يعتبر الزوج والزوجة من أصحاب الفروض أي من بين الورثة الذين يتمتعون بحكم مفروض بحكم الشرع فالتوارث بين الزوجين حق من حقوق الله التي لا يجوز إسقاطها أو الاتفاق على تعديلها أو التنازل عنها للغير.

كما أنه لا يحجب أي من الزوجين حجب حرمان وإنما يحجب حجب نقصان بوجود الفرع الوارد للميت منهما. فإذا ماتت الزوجة أخذ الزوج نصف تركتها إن لم يكن لها فرع وارث منه أو من غيره وأخذ ربع تركتها إن كان لها منه أو من غيره.

(1) الجبلاي تشوار. محاضرات في قانون الأسرة الجزائري جزء الأحوال الشخصية، جامعة تلمسان، ص 42.

وإذا مات الزوج أخذت الزوجة ربع تركته إن لم يكن له فرع وارث منها أو من غيرها وأخذ ثمن تركته إن كان له فرع وارث منها أو من غيرها.⁽¹⁾ قال تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وُلْدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وُلْدٌ فَلَكُمْ الرَّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوَصِّينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ...﴾⁽²⁾.

المطلب الثاني

حقوق وواجبات كل من الزوجين تجاه الآخر

شمل هذا المطلب فرعين: الفرع الأول تناولنا فيه حقوق الزوجة على زوجها أما الفرع الثاني فقد تناولنا فيه حقوق الزوج على زوجته.

الفرع الأول: حقوق الزوجة على زوجها

أولاً: الحقوق الشخصية:

تشمل حقوق الزوجة على زوجها، الحقوق الشخصية التي تتمثل في العدل، فعلى الرجل المتزوج من زوجة واحدة أن يكون عادلاً معها، والعدل معناه أن يعاشرها بالمعروف ويعاملها بما يجب أن تعامله به قال تعالى: ﴿... وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ...﴾⁽³⁾ ويجب عليه بذل ما يجب من حقها من غير مماطلة ولا إظهار كراهية بل يؤديه وهو طليق الوجه، لأنه من العشرة بالمعروف. وقد أباح الله تعالى للرجل أن يجمع في عصمته أربع زوجات بشرط العدل بينهم فإذا خاف من الجور والظلم وعدم الوفاء بحقوقهن جميعاً، وجب الاقتصار على الحد الذي يتمكن معه

(1). د. جميل فخري محمد جانم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2009،

عمان، الأردن، ص 83.

(2). سورة النساء، الآية 12.

(3). سورة النساء، الآية 19.

العدل بينهما، وإلا وجب الاقتصار على واحدة خشية الوقوع في الظلم⁽¹⁾ فقد قال تعالى: ﴿...فَإِنَّ

خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾⁽²⁾

ثانيا: الحقوق المالية

كما تشمل الحقوق المالية المتمثلة أساسا في النفقة" واستقلال ذمتها المالية.

والمراد بنفقة الزوجة عند الفقهاء ما تحتاج إليه من طعام وكسوة ومسكن وخدمة وكل ما يلزمها من أفرشة وغطاء وأدوات منزلية حسب ما يقتضيه العرف⁽³⁾.

وهي حق من الحقوق الثابتة للزوجة على زوجها بمقتضى العقد، ولذلك تجب ولو كانت الزوجة غنية، وسواء أكانت مسلمة أم كانت غير مسلمة، لأن سبب الوجوب هو الزواج الصحيح⁽⁴⁾.

أما في حالة ما إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته بدون سبب لا قانوني ولا شرعي، في هذه الحالة للزوجة الحق بطلب استصدار حكم إلزامية الزوج بالإنفاق على زوجته، وأن ترفع أولا دعوى قضائية طالبة بمقتضاها التطليق، طبقا للمادة 53/قانون الأسرة كما يجوز لها تقديم شكوى إلى وكيل الجمهورية من أجل تحريك دعوى عمومية وهذا ما نصت عليه المادة 331 قانون العقوبات على أنه:

(1). د. جميل فخري محمد جانم، نفس المرجع السابق، ص 99.

(2). سورة النساء، الآية 03.

(3). محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وأثاره، دار الفكر العربي، ص 295.

(4). أيت شاوش دليلة، (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية) (رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم تخصص القانون)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص 75.

" يعاقب بالحبس من 06 أشهر إلى 03 سنوات وبغرامة من 500 دج إلى 5000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن تقديم النفقة المقررة قضاء"⁽¹⁾ وعلى هذا الأساس قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في: 1991/01/23 على الشروط الخاصة برفع الدعوى الجنائية في هذه الحالة وهي على النحو التالي:

- ضرورة الحصول على حكم مدني صادر عن محكمة الأحوال الشخصية بدفع النفقة.
- أن يبلغ الحكم إلى الزوج ويمتنع رغم ذلك عن تنفيذه على أساس تقرير محضر قضائي.
- أن يصبح هذا الحكم حائزا على قوة الشيء المقضي فيه.
- أن لا تكون الزوجة عالمة بإعسار زوجها وبقره أثناء الزواج.

وفي هذا الصدد نستدل بقرار للمحكمة العليا صادر عن غرفة القانون الخاص للمحكمة العليا بتاريخ 1971/02/03، النشرة القضائية لعام 1972، عدد 2، ص 41.

" حيث أن قضاة الأساس استنتجوا من وقائع الدعوى بمالهم من سلطة تقديرية مطلقة، بأن بقاء الزوج مع زوجته الثانية بعيدا عن الزوجة الأولى فيه ضرر وأن بقاء الزوجة الأولى وحدها في الواحات بينما يسكن الزوج في العاصمة مع الزوجة الثانية مخالف لأحكام العدل المأمور بها شرعا، فليس في هذا رقابة للمحكمة العليا عليهم كما أن القرار المطعون فيه لهذا الاعتبار ليس فيه أي تناقض"⁽²⁾.

أما عن حالات سقوط حق النفقة، فإن المشرع الجزائري لم يتعرض له خاصة أن القانون رقم 05-02 قد عدل بالكامل المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري التي كانت تنص على أن النشوز من مسقطات النفقة" حيث لا نجده ينص في هذا التعديل الأخير على النشوز سوى في

(1) قانون العقوبات: أمر رقم 66-156، المؤرخ في 18 صفر عام 1386، الموافق 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمنتم، ص 127.

(2) د. بلحاج العربي، (قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائية وفقا لقرارات المحكمة العليا)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 42.

المادة 55 من هذا التقنين والتي تقضي بالطلاق في حالة حصول نشوز الزوجة، ويفهم من المادة المذكورة أعلاه إنه إذا كان يترتب على النشوز الطلاق، فإنه يترتب عليه أيضا إسقاط حقها في النفقة بسبب امتناعها عن استئناف الحياة الزوجية شريطة أن تحمل الزوج عبئ إثباته، ولا يثبت إلا بعد تبليغها بالحكم الصادر ضدها عن طريق المحضر القضائي بالرجوع إلى بيت الزوجية، فإذا رفضت ذلك فعلى المحضر تحرير محضر امتناع الزوجة عن الرجوع إلى بيت الزوجية، ويسلم نسخة منه للزوج حتى يتمكن من تقديمه كدليل إثبات نشوز الزوجة لإسقاط حقها في النفقة (1).

2. استقلال الذمة المالية:

أما عن استقلال الذمة المالية للمرأة، فإن هذه الأخيرة تتمتع في الشريعة الإسلامية بالأهلية الشرعية والقانونية الكاملة وباحترام إرادتها وباستقلال ذمتها المالية، فلها أن تبيع وتشتري وتقايط وتهب وتوصي وتقرض وتقترض، وتصرفاتها نافذة بإرادتها الذاتية ولا يتوقف شيء من ذلك على رضا أب أو أخ أو زوج، وليس لأحدهم أي أثر على استقلال أهليتها في التملك والتعاقد، قال الإمام الشافعي -رحمة الله عليه-: "فمن بلغ راشدا من الرجال والنساء أيهما صار إلى ولاية ماله فله أن يفعل في ماله ما يفعل غيره من أهل الأموال وسواء في ذلك المرأة والرجل وذات زوج كانت أو غير ذات زوج وليس الزواج من ولاية مال المرأة بسبيل".

قوله تعالى ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۗ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا

(1) بوخلف الزهرة، (حق الزوجة المالي الثابت يفقد الزواج)، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية العلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، 2013/2012، ص 86.

تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ^١ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ ذَيْنَ... ﴿٧٢﴾. (1)

وجه الاستدلال: أن مال المرأة يورث عنها، وإنها توصي لمن شاءت، وأن دين المرأة لازم لها في مالها، مما يعني أن لها أهلية التملك والتصرف. وأن نتائج تصرفها لازمة لها في مالها.

قوله تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ

الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ (2)

والاكتساب هنا هو العمل كما ذكر المفسرون.

وكانت أم المؤمنين السيدة زينب بنت جحش-رضي الله عنها- تدعى (أم المساكين) سماها بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لأنها تغزل الصوف وتدبغ وتبيعه في السوق وتتصدق بالثمن على المساكين، فكل هذه تصرفات مالية من قبل (أم المساكين) من بيع وصدقة وما إلى ذلك.

حديث ابن عباس قال: "فصلى ثم خطب (أي الرسول صلى الله عليه وسلم)، ثم أتى النساء، ومعه بلال فوعظهن وذكرهن وأمرهن بالصدقة فرأيتهن يهوين بأيديهن يقذفنه في ثوب بلال"

وجه الاستدلال: أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قبل صدقة النساء يوم العيد ولم يسأل ولم يستفسر منهن عما إذا كان متزوجات أم لا، وهل إذن لهن آباؤهن أو أزواجهن أم لا، فيستدل بذلك على جواز صدقة المرأة من مالها من غير توقف على إذن احد.

(1). سورة النساء، الآية 12.

(2). سورة النساء، الآية 07.

وقد اتفق الفقهاء على أهلية المرأة الراشدة للتملك والتعاقد كالرجال واختلفوا في مسألة الهبة والتبرع بأموالها بعد الزواج، فذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى إطلاق حريتها كالرجل فتتبرع بما تشاء ولمن تشاء قبل الزواج وبعده، إعمالاً لعموم النصوص السالفة الذكر، في حين انفرد المالكية برأي مفاده تقييد تبرع المرأة- ذات للزوج- بأموالها بالثلث وما زاد عن الثلث يتوقف على إذن الزوج⁽¹⁾.

الفرع الثاني: حقوق الزوج على زوجته

لم ينص القانون الجزائري في تعديله الأخير على أي حق يختص به الزوج تجاه الزوجة، بعد إذ كان حق الطاعة مجسداً في المادة 39 الملغاة⁽²⁾.

وهذا ما يجعلنا نلجأ إلى ملاذنا في قانون الأسرة الجزائري في حالة عدم وجود نص ألا وهي المادة 222 التي تحيلنا إلى أحكام التشريعية الإسلامية، فنجد أن حقوق الزوج أجملتها الآية القرآنية في قول الله عز وجل: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ...﴾⁽³⁾.

وهي حق القوامة، وهي المسؤولية على شؤون الأسرة، وهذه القوامة يقصد بها الحفظ والصيانة وتولى أمر الزوجة والأولاد وأهم أسباب تحمل الرجل لمسؤولية القوامة هو الانفاق على البيت بما يحتاجه من النفقات الضرورية للحياة الزوجية، واستقرارها ودوامها على نحو مرضي أساسه الإخلاص والصدق والوفاء وهدفه المودة والرحمة، قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِمْ أَنْ

(1) زوييدة إقروفة، (النظام المالي للزوجين الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري)، المجلة الأكاديمية لبحث القانوني، السنة

الثالثة، الجزائر 2012، عدد 01، ص 49-50.

(2) بن شوريخ الرشيد، نفس المرجع السابق، ص 164.

(3) سورة النساء، الآية 34.

خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ

لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْتَكِرُونَ ﴿١٠٦﴾ (1).

فالزوج رئيس البيت، يدبر أمره، ويصرف شؤونه، والمرأة تتعاون معه بتوازن البيت وتربية الأولاد ولهذا كان عليها الطاعة والقرار في البيت وحفظ غيبة الرجل، والخدمة في البيت والاستجابة لنصائحه وإرشاداته.

وهذا الحق المشروع للرجل لا للقهر والسلطة ولا للعقوبة والإهانة والإذلال، فقد منع الشارع الرجل من التعسف في استعمال هذا الحق وحتى لا يكون مطية الأضرار بالمرأة أو وسيلة لإهانتها.

وكذا حق الطاعة فعلى الزوجة طاعة زوجها في كل شؤون الزوجية وأن تكون الطاعة ضمن الحدود التي شرعها الله أي في غير معصية قال الله عز وجل: ﴿...فَإِنْ أَطَعْتُمْ

فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا ۝﴾ (2).

وقد فاضت السنة النبوية بالأحاديث المرغبة الحاثثة على طاعة الزوجة لزوجها منها: قول عليه الصلاة والسلام: "أيما امرأة ماتت وزوجها عنها راض دخلت الجنة".

وتقتضي الطاعة أن تقيم الزوجة مع زوجها في المسكن الذي أعده لها ولا تدخل فيه أحدا إلا بإذنه. (3)

(1). سورة الروم، الآية 21.

(2). النساء، الآية 34.

(3). حمزة جبايلي، ضوابط الزواج في المجتمع الجزائري بين قانون الأسرة والأعراف الاجتماعية، مذكرة ماجستير، القانون الخاص، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009/2008.

وأن لا تعط شيئاً من بيته إلا بإذنه، وأن لا تصوم يوماً واحداً تطوعاً إلا بإذنه ولا تمنعه نفسها، فعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "إذا دعا الرجل امرته إلى فراشه، فلم تأت، فبات غضبان عليها، لعنتها الملائكة حتى تصبح"⁽¹⁾.

وبالرغم من إلغاء المشرع الجزائري لحق القوامة من قانون الأسرة الجزائري المعدل، إلا أن الواقع في المجتمع الجزائري يثبت عكس ذلك، فما زال المجتمع متمسكاً بتعاليم الشريعة الإسلامية في تطبيق حق القوامة للزوج والطاعة من الزوجة، وبالتالي فالمشرع الجزائري لم يعتبر العرف الصحيح المستتب من تطبيق الشريعة الإسلامية في حق طاعة الزوجة لزوجها، حيث يقول حسن ملحم: "إن السلطة في الأسرة قائمة على سيطرة تقليدية مستتبّة من العادات والتقاليد، حيث أن صاحب السلطة يطاع بناءً على تقاليد أو عادة قد يسير عليها زمناً طويلاً"⁽²⁾.

وقد نصت الفقرة الرابعة من المادة 36 من قانون الأسرة المعدل "التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات" وتعتبر هذه الفقرة من أهم تعديلات قانون الأسرة، وذلك لكونها رسخت تحمل الزوجة مسؤولية تسيير شؤون الأسرة إلى جانب الزوج وحرص المشرع على عدم تبين أفراد أحدهما بالمسؤولية، بل حركها على مستوى واحد من التكافل في اقتسامها، وغدت شريكا رئيسيا فيها والذي، يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري جمع الحقوق المشتركة في مادة واحدة ولم يبين حقوق الزوجة ووحدها وحقوق الزوج وحده، كما فعل الفقه الإسلامي، حيث فصل بين الحقوق حتى يتضح حق كل طرف ومسؤوليته، وتبعد الأسرة عن خطر الخلاف، والمشرع الجزائري قام بإلغاء المادتين 38 و 39 من القانون 11/84 القديم التي تفصل بين

(1). صحيح مسلم، كتاب النكاح، ج2، باب تحريم امتناعها من فراش زوجها، المحقق: نظر بن محمد الفاريابي أبو قتيبة، دار طيبة، 2006، حديث رقم 1436، ص 1060.

(2). حسن ملحم، التحليل الاجتماعي السلطة الطبعة الأولى، منشورات دحلب، الجزائر، 1993، ص 258.

حقوق كل من الزوجين، لعله بهذا الفعل كرس مبدأ المساواة حتى يعمل على رعاية الأسرة والبيت⁽¹⁾.

(1) عماد شريقي، إعتبار العرف في مسائل الزواج وأثاره في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2014-2015، ص 154.

المبحث الثاني

ثبوت النسب

يعتبر النسب أول ثمرة من ثمرات الزواج، فالحمل والولادة من النتائج الطبيعية والشرعية للعلاقة الزوجية التي تربط كلا من الرجل والمرأة برباط الألفة والمودة والرحمة، وتزداد هذه الرابطة قوة ومتانة بالولد الذي هو ثمرة الزواج⁽¹⁾.

وتختلف طرق إثبات النسب بين التقليدية المذكورة في المادة 40 من قانون الأسرة الجزائرية والتي سنتناولها في المطلب الأول و الطرق الحديثة التي تم إضافتها بموجب الأمر رقم 02-05 فقرة ثانية للمادة 40 من قانون الأسرة الجزائرية والتي سنتناولها في المطلب الثاني.

المطلب الأول

الطرق التقليدية لإثبات النسب

وتتمثل في الزواج الصحيح والزواج الفاسد والدخول بشبهة والإقرار والبينة، وهذا ما نتناوله في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: إثبات النسب بالزواج الصحيح

إن العقد الصحيح سبب شرعي لثبوت نسب الولد، ولقوله صلى الله عليه وسلم: "الولد الفراش وللعاهر الحجر"، ومعنى الحديث الشريف أن الولد ثمرة الفراش وهو الزواج، فمن أراد

(1). جميل فخر محمد جانم، المرجع السابق، ص 61.

أولادا ينسبون إليه فعليه بالزواج، وأما العاهر، أي الزاني، فلن يجني أية ثمرة من زناه ولن ينسب إليه ولد. (1)

وقوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ

وَحَفَدَةً...﴾ (2).

وقد أجمع العلماء على ثبوت النسب بفراش الزوجية الصحيح، وذلك على أساس أن الزواج الصحيح يحلل للرجل مخالطته المرأة ويقصرها عليه وحده فهو إذن الذي به تعتبر المرأة فراشا، ولذا يسمى بالفراش الصحيح، ومن ثمة فإن جاءت بولد فهو منه، وأما احتمال أنه من غيره فهو أمر مرفوض لأن الأصل حمل أحوال الناس على الصلاح إلى أن يثبت العكس. وعليه يثبت نسب الولد إلى التزوج دون حاجة إلى إقراره أو بينه يقيمها الزوجة، ولا ينتقي إلا بتمام الملائمة الشرعية. (3) ويشترط في ثبوت النسب بالزواج الصحيح مايلي:

- 1- إبرام عقد زواج صحيح: وهو الزواج الشرعي الصحيح الذي استوفى جميع أركانه وكل شروط صحته (شروط صحته المواد من 7 إلى 31 من قانون الأسرة) وهو زواج مرتب لكافة آثاره الشرعية والقانونية في الحال ومن أهم هذه الآثار ثبوت نسب الأولاد.
- 2- إمكان المعاشرة (الوطء) بعد العقد: وهو أن يثبت التلاقي بين الزوجين من حين العقد، ذلك أن العقد وحده لا يكفي، إذ لا بد من الدخول فإذا تأكد عدم اللقاء بينهما لا يثبت الولد إلى الزوج، كما لو كان أحد الزوجين سجيناً أو غائبا في بلد بعيد غيبة امتدت الى أكثر من أقصى مدة الحمل.

(1) حسين طاهري ، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، 2009، ص 71.

(2) سورة النحل، الآية 72.

(3) عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، القاهرة، 2000، ص 25.

ومن هنا يشترط المشرع الجزائري في المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري بالإضافة الى عقد الزواج الصحيح ضرورة ثبوت إمكان التلاقي بين الزوجين بعد العقد، أي بمعنى تحقق الدخول أو إمكانية الاتصال الجنسي وهذا ما قال به جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة من أن عقد النكاح وإن كان سببا لثبوت النسب، غير أنه لا بد فيه من الدخول فلو تزوج مشرقي بمغربية وثبت أنه لم يصل إليها لم يثبت النسب منه⁽¹⁾.

وعلى هذا يجب أن يكون الزوج بالغاً وفقاً للنص المادة 07 من قانون الأسرة الجزائرية. المعدلة بالأمر رقم 02/05. فإنه لا يثبت النسب من الصغير الذي لا يتصور منه الحمل، لقيام القرينة القاطعة على أن التولد ليس منه.

3- أن تتحقق مدة الحمل المفروضة قانوناً: بالإضافة إلى الشرطين السابقين، فإنه يجب لثبوت النسب أن تتحقق مدة الحمل المفروضة شرعاً وقانوناً طبقاً لأحكام المادة 42 من قانون الأسرة والتي تقضي بأن: أقل مدة لكامل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، لستة أشهر من عقد الزواج (سواء كان عقد الزواج صحيحاً أو فاسداً).

وهي أدنى مدة الحمل وأقصى مدة أكمل هي عشرة أشهر - وفي كل الأحوال أقل مدة الحمل إبتداءً من إبرام عقد الزواج (المادة 42 من قانون الأسرة الجزائرية) وتعتمد وأقصى الحمل (أي عشرة أشهر) من تاريخ انتهاء عقد الزواج، سواء كان طلاقاً، فسخ أو وفاة (م. 43 قانون الأسرة، الجزائري)، وقد قرر الطب في العصر الحاضر، أن الجنين الأدمي لا يزيد مكثه في رحم أمه عن تسعة أشهر وأسابيع قليلة، ما لم تقرر لجنة طبية مختصة خلاف ذلك.⁽²⁾

(1). أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، بدون طبعة، القاهرة. 203، ص 39.

(2). العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 373.

الفرع الثاني: إثبات النسب بالزواج الفاسد وبنكاح الشبهة

أولاً: إثبات النسب بالزواج الفاسد

ألقى الشارع الحكيم والقانون الزواج الفاسد بالزواج الصحيح في ثبوت النسب، لأن القاعدة أن النسب يحتاط في إثباته إحياء لولد⁽¹⁾. وهذا بموجب المادة 40 من قانون الأسرة التي تنص: (يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بالنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون...). ومن خلال مراجعة المواد 32، 33، 34 يتضح أن المادة الأولى المعدلة بموجب الأمر رقم 02/05 نصت على بطلان الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد، بعد أن تنص على فسخ النكاح أي فسادة إذا اختل أحد أركانه أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبت ردة الزوج، أما المادة 33 المعدلة فقد نصت في فقرتها الأولى على بطلان الزواج وفساده، فبالنسبة للزواج الباطل يكون إذا اشتمل عقد الزواج على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياته أو إذا اختل ركن الرضا أما الزواج الفاسد فهو الذي فقد شرطاً من شروط الصحة⁽²⁾.

ويتحقق ثبوت النسب في فراش الزوجة في النكاح الفاسد بالدخول الحقيقي، لذا تحسب مدة الكل من تاريخ الدخول، لأنه لو حسبت من تاريخ العقد لكان في هذا الترتيب آثار على العقد الفاسد، وهو قول جمهور الفقهاء والمشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة.

وبالتالي إذا ولدت المتزوجة زواجا فاسدا لأقل من ستة أشهر من حين الدخول الحقيقي فلا يثبت نسبه من الزواج، لأنها ولدته بأقل مدة الحمل، فلا بد أن تكون حملت به قبل أن تصير زوجة في العقد الفاسد، أما لو أتت به لستة أشهر، فأكثر من تاريخ الدخول، فإنه يثبت نسبه من الزوج، أما أقصى فترة الحمل بالنسبة للزواج الفاسد فإنها تحسب من تاريخ التفريق

(1). أحمد نصر الجندي، نفس المرجع السابق، ص 81.

(2). محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، (شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية)، الطبعة الأولى، 2002، ص 375.

بين الزوجين فإذا جاءت الزوجة بولد قبل مضي عشرة أشهر اعتبار من يوم التعريف ثبت نسبة من أبيه ويرى الحنيفة أن الولج، إذا ثبت نسبة بالزواج الفاسد فلا يمكن نفيه أصلاً، لأن النفي يستدعي اللعان وهو لا يكون إلا بين زوجين في عقد زواج صحيح⁽¹⁾.

ثانياً: إثبات النسب بنكاح الشبهة

يثبت نسب المولود من الوطاء بشبهة إذا ولدته المرأة ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها، ونكاح الشبهة هو نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص والشبهة في عقد الزواج تظهر بأشكال مختلفة- كالشبهة في الحكم كما لو جهل الزوج حكماً من أحكام الزواج ونشأ عنه الدخول بالمرأة والشبهة في العقد على امرأة وبعد الدخول تبين أنها أخته من الرضاع أي المحرمات، وهو مانص عليه القانون الجزائري في المادة 34 من قانون الأسرة الجزائري، والشبهة في الفعل كما لو دخل شخص على امرأة ضناً منه، أنها زوجته. ثم تبين له أنها غير زوجته.

إن الوطاء المستند إلى نكاح الشبهة، لا هو زنا يجب فيه الحد، ولا هو دخول حقيقي يرتكز إلى عقد نكاح ولذلك يلحق فيه الولد بأبيه لأنه نكاح مختلف فيه، والاختلاف شبه، والشبهة تفسر لصالح الولد إذا ولد بين أقل مدة الحمل وأقصاها من تاريخ الدخول.

والحقيقة أن الشبهة تثير الكثير من المشاكل في إثباتها من الناحية القانونية لأن الزاني قد يحاول التمويه أو التستر بالشبهة وعلى هذا الأساس يؤكد الفقهاء (ومن ضمنهم المالكية) على ضرورة إثباتها وله في ذلك جميع الوسائل الشرعية في الإثبات.

وقد ساءرت المحكمة العليا موقف جمهور الفقهاء عندما قررت بأنه لا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل عقد إبرام عقد الزواج من علاقات بنسبة بل هو عمل غير شرعي لا يثبت

(1). إبراهيم أحمد إبراهيم، في شرح قانون الأحوال الشخصية، الوسيط، القسم الثاني، الفرقة وحقوق الأقارب، 1991، ص

عنه نسب الولد. ومن ثمة فإن الاتصال الجنسي بين المخطوبين قبل توثيق عقد الزواج يعد زنا وأن ابن الزنا لا ينسب إلى أبيه شرعا وقانونا، وأن مجرد العزم على الزواج لا تأثير له على جريمة الواقعة⁽¹⁾.

الفرع الثالث: إثبات النسب بالإقرار والبينة

أولا: الإقرار

إذا كان الفراش في المرتبة الأولى لإثبات النسب على نحو ما سبق بيانه فيأتي بعد الفراش في المرتبة الثانية إقرار الشخص بثبوت النسب إليه وفقا لنص المادة 40 من قانون الأسرة التي تنص (يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار...)، ويعد الإقرار أحد الطرف غير المباشرة أو الكاشفة للنسب، لأن المقر يخبر بالحق لغيره ولا ينشئ ذلك الحق ومعنى الإقرار بالنسب إخبار الشخص بوجود القرابة منه و بين تخص آخر⁽²⁾.

وينقسم الإقرار المثبت للنسب إلى: إقرار الشخص بالنسب على نفسه وإقرار الشخص بالنسب على الغير.

وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري بموجب المادتين 44 و 45 من قانون الأسرة الجزائري حيث يتضح أنه أباح للشخص أن يدعي نسبة شخص آخر منه⁽³⁾.

فأما إقرار الشخص بالنسب على نفسه هو الأصل في الإقرار بالنسب ولذلك يقول الفقهاء أنه "الإقرار بأصل النسب"⁽⁴⁾.

(1) العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 375.

(2) محمد نبيل سعد الشاذلي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 349.

(3) فضيل سعد الشاذلي، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية وللكتاب، الجزائر، بدون سنة نشر، ص 213.

(4) يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة 1992، ص 390.

وهذا يكون بالولد الصلبي إنا أو بنتا، وبالوالدين المباشرين له كأن يقول هذا إبنى أو أبى وهذه إبنتي أو أمى، ونص عليه المشرع بالمادة 44 من قانون الأسرة الجزائرية. بقوله: "يثبت النسب بالإقرار بالنبوة أو الأبوة، أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى وصدفة العقل أو العادة".

وانطلاقاً من نص المادة فإنه يشترط لثبوت النسب في حالة الإقرار بالنبوة الشروط الآتية:

1- أن يكون المقر له بالنبوة مجهول النسب حتى يمكن إثبات بنوته لمقر، فلو كان له نسب معروف لم يصح الإقرار، ونسبه الثابت قبل الإقرار لا يقبل الفسخ⁽¹⁾.

2- ألا يذكر المقر أنه ولد من الزنا، لأن الزنا جريمة لا تصلح أن تكون سبب للنسب، الذي

هو نعمة من نعم الله التي امتن بها على عباده، يقول جال شأنه: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ

أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً...﴾⁽²⁾.

3- أن يكون المقر له بالنبوة مما يولد لمثل المقر، بأن تكون بينهما تحتل ذلك فلو كان في سنين متساويين أو متقاربين بحيث لا يولد أحدهما للأخر بطل الإقرار لاستحالة هذه الولادة ولا يثبت النسب.

4- أن يصدق المقر له المقر في هذا الإقرار إن كان مميزاً أهلاً للمصادقة لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر فلا يتحدى إلى غيره إلا بينه أو تصديق من الغير وهذا الإقرار يتضمن دعوى النبوة على المقر له، ويترتب على هذا النسب حقوق لكل من المقر والمقر له على الآخر، وإذا كان المقر له غير مميز ثبت النسب دون حاجة إلى تصديق لأن هذا الإقرار فيه منفعة أدبية لهذا الصغير بإثبات نسبه بعد أن كان مجهولاً، ومنفعة مادية غالباً لحاجيته إلى من يقوم بشؤونه والإنفاق عليه، وإذا بلغ وأذكر هذا النسب فلا يسمع لأن النسب متى ثبت لا تقبل

(1). محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 396.

(2). سورة النحل، الآية 72.

الإبطال من الأب أو الابن، مع ملاحظة أن المادة 44 لم تفرض تصديق المقر له بالنبوة. سواء كان مميزاً أو غير مميز فإذا توافرت هذه الشروط تثبت النسب وصار المقر له أبناء للمقر، ومن ثمة تكون له جميع ما لأبناء من حقوق على والديهم ومنها النفقة والميراث.

وأما الإقرار بالنوع الثاني من القرابة ويسمى الإقرار بفرع النسب كالإقرار بالأخوة والعمومة فإذا قال هذا أخي كان إقراراً بالنسب على أبيه لأن معناه هذا ابن أبي فيشترط الثبوت نسبة مع الشروط السابقة أن يصدقه أبوه في ذلك.

ولقد تطرق المشرع الجزائري إلى هذا النوع من الإقرار في المادة 45 من قانون الأسرة التي تنص على: (الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه).

فالإقرار بالأخوة والعمومة يشترط فيه أن يصدقه المقر عليه. الأب عند الإقرار بالأخوة، والجد عند الإقرار بالعمومة. وأن يقيم المقر البينة على إقراره فيعامل المقر بمقتضى إقراره في حق نفسه، فيطالب بالحقوق المالية بحسب إقراره، وليس لذلك أثر في حق غيره⁽¹⁾.

ثانياً: ثبوت النسب بالبينة

يثبت النسب بالبينة كما يثبت بالفراش والإقرار وفقاً للمادة 40 من قانون الأسرة الجزائرية المعدلة بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27، سواء كان النسب المدعي به أصلياً مباشراً كالبنوة والأبوة والأمومة، أو غير ذلك من أنواع القرابة الفرعية كالأخوة والعمومة.

والمراد بالبينة هي شهادة رجلين عدلين، أو رجل وامرأتين بتقديم الدلائل والحجج التي تؤكد وجود واقعة مادية، وجوداً حقيقياً بواسطة السمع، أو البصر أو غيرهما.

فإن البينة بشهادة الشهود في إثبات النسب أمر كاشف له وهي أقوى من الإقرار به سواء تعلق بثبوت الزوجية الصحيحة أو بإثبات النسب بعد الوطء بشبهة وتجاوز الشهادة بالتسامح عند بعض الفقهاء في مواضع منها النسب من طرف جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب،

(1). بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 389.

كما أن الشهادة بالشهرة جائزة في إثبات النسب (فإذا سمع الشاهد من الناس أن فلان ابن فلان جاز له أن يشهد ولو لم يعاين الولادة على فراشه)⁽¹⁾.

المطلب الثاني

إعتماد التعديل للطرق العلمية لإثبات النسب

وتناولنا في هذا المطلب أهم الطرق العلمية في إثبات النسب والمتمثلة في إثبات النسب بالبصمة الوراثية والتلقيح الاصطناعي من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: إثبات النسب بالبصمة الوراثية.

البصمة لغة: هي لفظ عامي يعني العلامة وهي مشتقة من البصم و هو ما بين الخنصر إلى طرف البنصر وهي أيضا أثر الختم بالإصبع.

والوراثة هي علم يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل إلى آخر وتفسير الظواهر المتعلقة بهذا الانتقال.

و أما البصمة الوراثية في معناها الإصلاحي: فقد عرفها الدكتور سعد الدين الهلالي بأنها "العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الأصول إلى الفروع أي أنها المادة الحاملة للعوامل الوراثية والجينات في الكائنات الحية"⁽²⁾.

ولقد نصت المادة 40 من قانون الأسرة الجزائرية في فقرتها الثانية المضافة بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 بأنه: (يجوز للقاضي اللجوء الى الطرف العلمية لإثبات النسب).

وتطبيقا لهذه المادة فإنه يمكن إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية أي عن طريق البصمة الوراثية أو التحليل الجيني للحمض النووي (ADN).

(1). بلحاج العربي، نفس المرجع السابق، ص 389.

(2). سعد الدين الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، الطبعة الأولى مكتبة الكويت الوطنية، الوطنية 2001، ص 25.

لكن وكما أشرنا في المطلب الأول فإن إثبات النسب الشرعي في القانون الجزائري يكون بالفرش الناتج عن عقد زواج صحيح أو زواج فاسد وكذا بالإقرار والبينة وهذا وفقا للمواد 32، 33، 34 و 40 من قانون الأسرة الجزائري.

كما أنه يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في إثبات النسب. أي أنه لا يجوز للبصمة الوراثية أن تتقدم على الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب التي أوردها المشرع في المادة 1/40.

كما أنه لا يمكن اللجوء للبصمة الوراثية لإبطال الأبوية الثابتة بهذه الطرق الشرعية أو التشكيك فيها، بل إن البصمة الوراثية تعتبر كخبرة طبية أو كدليل علمي لإثبات البنوة أو الأبوة بيولوجيا وفقا للمادة 2/40 المضافة عام 2005، لحل قضايا التنازع على النسب في عدة حالات منها:

- حالة الولد مجهول النسب أو اللقط لمعرفة والده الحقيقي.
- حالات اختلاط المواليد في مستشفيات الولادة.
- الاشتباه في حالة أطفال الأنايب.
- حالات نسب الولد الناتج عن الوطء بشبهة، أو من زواج فاسد (كزواج المطلقة أو والأرملة قبل انقضاء عدتها).

وبصفة عامة كل حالات الشك في النسب للوصول إلى حقيقة نسب الولد، أو إذا دعت الضرورة الشرعية لذلك.

كما أن هناك ضوابط لإجراء تحاليل البصمة الوراثية نذكرها فيما يلي:

- أن يكون إجراء البصمة الوراثية بأمر من القضاء في مختبرات مختصة و معتمدة، لضمان صحة النتائج وحيادها، على أن تؤخذ الاحتياطات اللازمة وسرية المعلومات الطبية الوراثية، كما يمكن للنيابة العامة أيضا طلب اللجوء إلى تحاليل البصمة الوراثية في قضايا التنازع على النسب (المادة 3 مكرر من قانون الأسرة).

- جواز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في قضايا التنازع على النسب شرط ثبوت الفراش، فلا يجوز أن تتقدم البصمة الوراثية على الطرف الشرعية التي نص القانون على ثبوت النسب بها.
- لا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان: كما أنه لا يجوز الاستعانة بها عن اللعان لأن الطريق الشرعي والقانوني لنفي النسب الثابت هو واللعان وفقا للمادة 41 من قانون الأسرة الجزائري، وفي هذا ذهب بعض الفقه الجزائري إلى القول أن المشرع رباح اللجوء إلى الطرف العلمية لإثبات النسب فقط وفقا للمادة 2/40 من قانون الأسرة الجزائري وكان يستوجب عليه أن يطبق ذلك، في كلتا الحالتين سواء تعلق الأمر بإثبات النسب أو بنفيه⁽¹⁾.

الفرع الثاني: ثبوت النسب بالتلقيح الاصطناعي.

إن المشرع الجزائري لم يتناول عملية التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة 845-11 لأنه لم يظهر في الجزائر إلا مع بداية التسعينات. إلا أنه- المشرع الجزائري- تدارك ذلك من خلال تعديل 02/05 بإضافة المادة 45 مكرر إلى تنص على: (يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:

- أن يكون الزواج شرعيا.

- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.

- أن يتم الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها.

لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة).

وهذا لا يعني أن العمليات لم تكن موجودة قبل التعديل بل كانت موجودة في الواقع لكنها غير منظمة بنصوص قانونية واضحة باعتبار أن هذه الحالة من مستجدات العصر ومن

(1). بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 399.

أمهات مسائل الفقه الجديد، حيث اعتمدت معايير لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ولا مع الطب.

ويمكن حصر شروط التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري في النقاط التالية:

أولاً: أن يكون الزواج شرعياً: وذلك لأن الزواج الشرعي هو أساس النظام الأسري حسب مفهوم المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري، في يشترط في التلقيح الاصطناعي وقوعه ضمن رابطة زوجية صحيحة أخذاً بنص المادة 45 مكرر المذكورة سابقاً حيث يمكن تشبيهه في هذه الحالة بالتلقيح الناتج عن الجماع الطبيعي بين الزوجين⁽¹⁾.

ثانياً: أن يكون التلقيح الاصطناعي برضا الزوجين وأثناء حياتهما إن إجراء عملية التلقيح الاصطناعي على النحو السابق يستلزم بالضرورة رضا كل من الزوجين، ويجب أن يكون الرضا سليماً خالياً من عيوب الإرادة.

ويجب كذلك أن يكون التلقيح أثناء حياة الزوجين، لأن التلقيح الاصطناعي بمني الزوج بعد الوفاة يتعارض مع أحكام الميراث، وذلك بخلاف ما إذا تم التلقيح ثم مات الزوج فينسب الولد لأبيه⁽²⁾.

ثالثاً: أن يتم التلقيح الاصطناعي بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها، وهذا استناداً إلى اجتهاد مجلس المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد بالعاصمة الأردنية عمان في دورته الثالثة أيام 11-16 أكتوبر 1986م فإنه لا حرج من اللجوء إلى الطرف العلمية الحديثة مع مراعاة شرطين:

1- أن تؤخذ نطفة من الزوج، وبويضة من زوجته، ويتم التلقيح خارجياً ثم تزرع القريحة في رحم الزوجة.

(1) مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن و الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الديوان الوطني الأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص 207.

(2) العربي شحط عبد القادر، الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب للصناعي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة وهران، 1999-2000، ص 259.

2- أن تؤخذ بذرة الزوج وتحقن في الموضع المناسب في مهبل زوجته أو رحمها تلقيا داخليا⁽¹⁾.

رابعاً: لا يجوز اللجوء إلى التلقيح باستعمال الأم البديلة.

لقد كان لظهور اصطلاح "الحمل لصالح الغير" أو إيجار الرحم أثر في بروز مشكلة تحديد صفة الأم الحقيقية للطفل أي تحديدها ما إذا كانت هذه الصفة تقرر للأم صاحبة البويضة المخصبة أم أنها تتوافر في تلك إلى تم نقل البويضة المخصبة إلى رحمها وقيامها بحملها لها لغاية الوضع⁽²⁾.

ودرء لهذا الأشكال منع المشرع الجزائري استعمال الأم لبديلة و هو موقف يساير أحكام الشريعة الإسلامية لأن هذه الوسيلة فضلا عن كونها ذريعة إلى اختلاط الأنساب نتيجة الازدواج في التكوين والنشأة والخلقة فهي وسيلة إلى الشر والفساد والشبهات التي لا حصر لها⁽³⁾.

(1) بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، الطبعة الثانية، دار الهلال للخدمات الإعلامية، موسوعة الفكر القانوني، بدون سنة نشر، ص 65.

(2) العربي شحط عبد القادر، المرجع السابق، ص 269.

(3) العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 410.

خاتمة:

من خلال دراستنا للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في الشق الموضوعي لعقد الزواج وآثاره خلصنا إلى النتائج التالية:

إن صدور قانون الاسرة الجزائري سنة 1984 في شكل نصوص قانونية محدودة العدد قد سهل على القاضي والمتقاضين معرفة الاحكام الخاصة بالنزاع، وأصبح كل فرد في الاسرة يعرف ما له وما عليه من حقوق وواجبات، ووفر على المشتغلين في الحقل القانوني من الخوض في أمهات الكتب الفقهية المتناثرة والتي لا حصر لها.

وهذه كلها ميزات تحسب للمشرع الجزائري، ولكن بعد صدور قانون الاسرة توالى ردود الفعل وتوالى الانتقادات عليه.

ولقد أظهرت الجوانب التطبيقية النقائص والثغرات القانونية إلى جانب سوء صياغة المواد القانونية، ومن ثم استجاب "المشرع" لضرورة التعديل من خلال الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق 2005/02/27م، لكن من خلال دراسة التعديل وخاصة ما تعلق بموضوع البحث هذا المنصب حول الزواج وآثاره، ظهر أن المشرع الجزائري اعتبر عقد الزواج يقوم على ركن واحد، وهو الرضا مع إغفاله لموضوع مهم جدا هو مسألة عيوب الرضا وما يترتب عليها من آثار.

أما فيما يتعلق بالسن القانونية للزواج 19 سنة فهو منطقي تماشيا مع التقنين المدني، إلا أن الإشكال يقع في حالة الترخيص بالزواج دون السن القانونية لأن النص لم يحدد السن الأدنى.

وثارت ضجة من خلال مسألة الولاية في الزواج، فالمشرع الجزائري تناقض في كثير من الاحكام الخاصة بها، فلا هو ألغى الولي ولا هو اعتبره مشاركا للزوجة في العقد وبالتالي أحدث شرخا واسعا داخل الأسرة.

ولقد أغفل المشرع في التعديل حق الزوج في الطاعة وألغى القوامة على الزوجة وبالتالي استجاب إلى طلبات المساواة بين الجنسين.

وبناء على هذه النتائج نقترح التوصيات التالية:

- إعادة صياغة المادة 11 معدلة بموجب الأمر 02-05 والتي تنص على الولاية في الزواج، وذلك بحذف عبارة " أي شخص تختاره" وتغييرها بعبارة " والقاضي ولي من لا ولي له" وذلك لأن الزواج ليس علاقة فردية بين الرجل والمرأة، فوجود رضا الولي لا بد منه وضروري.

- مسألة التعبير عن الإرادة لدى العاجز الذي منحه قانون الأسرة الحق في إبرام عقد زواجه بنفسه" ويصح الايجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة دائما المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري" وهي فحوالمادة 80 من

القانون المدني⁽¹⁾، فعقد الزواج بأهميته العظيمة والتي تجعل آثاره تتعدى طرفيه إلى عائلتين وأجيال تعقبه، لم يحظ بالحماية اللازمة مثلما حظيت العقود المدنية الأخرى وربما قانون الأسرة منح للعاجز في إبرام زواجه بنفسه تماشياً مع أحكام الشريعة الإسلامية التي رخصت ذلك، ولكن كان من الأجدى ان تحدد طبيعة العجز وحدوده التي تمكن صاحبه من إبرام زواجه بنفسه ولا تتركها مفتوحة الباب على مصراعيه هكذا، لأنه وببساطة وبإعمال نص المادة 222 من قانون الأسرة والتي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية تعتبر إحالة واسعة جداً.

- استحداث آليات قانونية تحدد السن الدنيا للقاصر الراغب في الزواج، ولا يمنح هذا الترخيص إلا للزوجة فقط استثناء.
- إعادة صياغة المادة 32 من قانون الأسرة المعدل بموجب الامر رقم 05-02 والتي تنص على إبطال الزواج إذا اشتمل على مانع او شرط يتنافى ومقتضيات العقد، وذلك بحذف عبارة " يبطل " وتغييرها بعبارة " يفسخ".
- إعادة إدراج فقرة طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيساً للعائلة وذلك مراعاة للنصوص الشرعية والأعراف.

(1). المادة 80 من الأمر رقم 78-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

وفي الأخير فإنه جهد متواضع من مقلّ يرجوا إقالة عثرته وتعويض نقصه وتقريطه بالنصح والتقويم والتوجيه والتشجيع، راجيةً من الله جل وعلا أن يكرمنا بالعلم والتقوى وأن يهدينا سواء السبيل ويزيننا بأخلاق المتعلمين والحمد لله رب العالمين.

قائمة المراجع

القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم

أولاً: الكتب:

1. إبراهيم أحمد إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية القسم الثاني، الفرقة وحقوق الأقارب. 1991.

2. أبو زهرة محمد ، محاضرات في عقد الزواج وأثاره، دار الفكر العربي.

3. أحمد نصر الجندي ، النسب في الإسلام والأحكام البديلة بدون طبقة القاهرة. 2003.

4. بن حرز الله عبد القادر ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة القديمة، الجزائر، 2007.

5. بن ملحّة الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

6. جميل فخري محمد جانم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.. 2009.

7. جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2001.

8. حسن ملحّم، التحليل الاجتماعي السلطة الطبعة الأولى، منشورات د حلب، الجزائر، 1993 .

9. حسين طاهري ، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري الطبعة الأولى، دار الخلدونية،
القبة القديمة، الجزائر، 2009.

10. الرشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الطبعة الأولى، دار الخلدونية
للنشر والتوزيع، القبة القديمة، الجزائر، 2008.

11. سعد الدين الهاللي ، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، الطبعة الأولى، مكتبة الكويت
الوطنية، الوطنية 2001.

12. سعد الشاذلي فضيل ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول،
المؤسسة الوطنية وللكتاب .

13. سعد الشاذلي محمد نبيل، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي- دار النهضة العربية،
القاهرة، 1989.

14. السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني نظام الأسرة، الحدود والجنايات دار الجيل، دار
الفتح للإعلام العربي.

15. صحيح مسلم، الطبعة الأولى، المحقق: نظر بن محمد الفاريابي أبو قتيبة، دار طيبة،
2006.

16. عبد الحميد الجياش ، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وأثارهما، الطبعة الاولى، دار
النهضة العربية، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.

17. عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، الطبعة الرابعة، دار هومة،
الجزائر، 2013.

18. عبد القادر بن داود ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، الطبعة الثانية، دار الهلال للخدمات الاعلامية، موسوعة الفكر القانوني.
19. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، أحكام الزواج، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012.
20. العربي بلحاج، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائية وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
21. قاسم يوسف ، حقوق الأسرة في الفقه الاسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة 1992.
22. محمد سلام مذكور ، المدخل للفقه الإسلامي، بدون طبعة، دار الكتاب الحديث، السالمية، الكويت، بدون سنة نشر.
23. محمد سمارة ، أحكام وأثار الزوجية، (شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية)، الطبعة الأولى، 2002، ص 375.
24. نسرين شريقي وكمال بوفرورة ، قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الاولى دار بلقيس للنشر، باب الزوار، الجزائر 2013.
25. نصر الدين مروك ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن و الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر. 2003.

ثانيا: الرسائل والمذكرات:

أ. الرسائل:

1. إلياس مسعودة نعيمة، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة

مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد،

تلمسان، 2010/2009.

2. آيت شاوش دليلة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض

تشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم تخصص القانون،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.

3. العربي شحط عبد القادر، الأحكام القانونية العامة لنظام الانجاب للصناعي دراسة مقارنة،

رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2000/1999.

4. المرزوقي عائشة سلطان إبراهيم، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة،

رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، القاهرة، 2000.

ب. المذكرات:

1. بوخلف الزهرة، حق الزوجة المالي الثابت بعقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماستر في

القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية العلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج،

2013/2012.

2. شريقي عماد، اعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2014-2015.

3. صبايلي حمزة. ضوابط الزواج في المجتمع الجزائري بين قانون الأسرة والأعراف الاجتماعية مذكرة ماجستير، 2008/2009، جامعة الحاج لخضر باتنة.

ثالثا - المقالات:

1. زوييدة إقروفة، النظام المالي للزوجين الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، السنة الثالثة، الجزائر 2012، عدد 01.

2. مازن مصباح صباح، عيوب الرضا وأثرها على الإدارة العقدية، مجلة جامعة الأقصى، 2014، العدد الأول.

3. منير مزعاش ، رؤية نفسية لعقد الزواج التوثيقي، مجلة الموثق، دورية متخصصة تصدر عن الغرفة الوطنية للموثقين، بن عكنون، الجزائر، 2015، العدد الرابع الصادر نوفمبر 2015.

رابعا - المحاضرات:

1. الجيلالي تشوار. محاضرات في قانون الأسرة الجزائري جزء الأحوال الشخصية، جامعة تلمسان.

خامسا - المعاجم:

1. ابن منظور، لسان العرب، تحقيق عبد الله الكبير، الجزء الثاني، دار لسان العرب، لبنان.

سادسا - النصوص القانونية:

1. القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404، الموافق 09 يونيو 1984

والمتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في

27 فبراير 2005، ج. ر 15 عدد 15 مؤرخ في 27 فبراير 2005.

2. الأمر رقم 78-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975،

المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

3. الأمر رقم 66/165 المؤرخ في 18 صفر عام 1386، الموافق لـ 08 يونيو سنة

1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

4. المرسوم التنفيذي رقم 06-154 الصادر في 11 مايو 2006 المحدد لكيفيات تطبيق

المادة 7 مكرر من قانون الأسرة الجريدة الرسمية عدد 31، بتاريخ 14 مايو 2006.

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
	إهداء
	كلمة شكر
	مقدمة
05	الفصل الأول: الأحكام الموضوعية المستحدثة بشأن انعقاد الزواج
06	المبحث الأول: أحكام الخطبة وأثار العدول عنها
07	المطلب الأول: أحكام الخطبة
07	- الفرع الأول: تعريف الخطبة
08	- الفرع الثاني: اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد
11	المطلب الثاني: أثار العدول عن الخطبة
11	- الفرع الأول: حكم الصداق عند العدول
12	- الفرع الثاني: حكم الهدايا عند العدول
13	- الفرع الثالث: حكم التعويض عن العدول عن الخطبة
14	المبحث الثاني: ركن وشروط عقد الزواج
15	المطلب الأول: الرضا كركن في عقد الزواج
15	- الفرع الأول: وجود التراضي
17	- الفرع الثاني: صحة التراضي
21	المطلب الثاني: شروط عقد الزواج

22	- الفرع الأول: أهلية الزواج
25	- الفرع الثاني: الصداق
27	- الفرع الثالث: الولاية في الزواج
30	- الفرع الرابع: الإشهاد على الزواج
32	- الفرع الخامس: انعدام الموانع الشرعية للزواج
36	الفصل الثاني: التعديلات المتعلقة بآثار عقد الزواج
37	المبحث الأول: الحقوق والواجبات الزوجية
38	المطلب الأول: الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين
38	- الفرع الأول: الحقوق والواجبات الشخصية المشتركة بين الزوجين
40	- الفرع الثاني: الحقوق والواجبات المالية المشتركة بين الزوجين
41	المطلب الثاني: حقوق وواجبات كل من الزوجين تجاه الآخر
41	- الفرع الأول: حقوق الزوجة على زوجها
46	- الفرع الثاني: حقوق الزوج على زوجته
50	المبحث الثاني: ثبوت النسب
50	المطلب الأول: الطرق التقليدية لا تثبات النسب
50	- الفرع الأول: إثبات النسب بالزواج الصحيح
53	- الفرع الثاني: إثبات النسب بالزواج الفاسد وبنكاح الشبهة
55	- الفرع الثالث: إثبات النسب بالإقرار والبيئة
58	المطلب الثاني: الطرق العلمية لإثبات النسب

58	- الفرع الأول: إثبات النسب بالبصمة الوراثية
60	- الفرع الثاني: ثبوت النسب بالتلقيح الاصطناعي.
63	خاتمة
67	قائمة المصادر والمراجع
73	فهرس المحتويات