

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد بوضياف - المسيلة -

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

الميدان: الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

المستوى: السنة الثانية ليسانس

مطبوعة بيداغوجية

محاضرات في قانون الأسرة الجزائري

" أحكام الزواج "

من اعداد الدكتورة طرطاق نورية

السنة الجامعية 2025/2024

## الجهات المستهدفة من المطبوعة

هذه المطبوعة موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس تخصص حقوق وعلوم سياسية  
(قسم الحقوق)

## الهدف من المقياس

يهدف المقياس الى:

- تعرف الطلاب على مختلف المفاهيم المتعلقة بقانون الأسرة وكذا أهم الإشكالات والقضايا المحيطة بها.
- اكتساب الخبرات اللازمة التي تمكنه من فهم طبيعة النزاعات التي تنشأ داخل الأسرة.
- امتلاك القدرة على تفسير النصوص والتمكن من توظيفها بشكل سليم بما يحقق المنفعة والمصلحة داخل الأسرة.
- تقدير الأخطاء الحقيقية التي تهدد الأسرة والمجتمع عموماً.

## الأدوات المعتمدة في التدريس

المراجع العلمية حول الموضوع من كتب و قوانين و مقالات

قال تعالى: "يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ"

سورة الحجرات الآية 13

بسم الله الرحمن الرحيم

والصلاة والسلام على سيد المرسلين محمد وعلى اله وصحبه أجمعين

تمهيد:

يهتم القانون بتنظيم السلوك الفردي داخل الجماعة ، ولعل من أهم العلاقات الاجتماعية التي تحتاج إلى التنظيم هي علاقة الزواج ، ولذلك فإن نظام الأسرة له أهمية بالغة باعتباره القاعدة الأساسية لتكوين المجتمعات القديمة و المعاصرة على حد سواء، لذلك فإن كل تشريعات الدول والأنظمة تعرضت لهذا الموضوع بشكل مفصل حسب طبيعتها وخصوصيتها.

الأسرة في الإسلام نظام شرعي، فالزواج ليس مجرد عقد بين الرجل والمرأة على الوجه المشروع، بل يعتبر ميثاقا غليظا بين الزوجين، لقوله تعالى (وأخذنا منكم ميثاقا غليظا)، بل أكثر من ذلك فهو عقد بين أسرتين تتعدى آثاره إلى أقاربهما، من خلال حرمة المصاهرة التي تعتبر كحرمة النسب في وجوب الرعاية والتقديس والبر والإحسان.

و قد حرصت الشريعة الإسلامية على إبراز مكانة النظام الاسري ، ورسمت أهداف الزواج و معاملته ، كما أحاطته بسلسلة من الضمانات للحفاظ على العلاقات الاسرية من الضياع ،وعلى هذا فإن أول هذه العلاقات الاجتماعية ظهورا علاقة الزواج بين سيدنا آدم وحواء.

يحتاج طرفي هذه العلاقة إلى قانون حاسم وحازم ، ينظم حقوق وواجبات كل من الزوجين ،بما يحقق العدل بينهما في ظل عقيدة ونظام معين وهذا ما تكفل به قانون الأسرة في الجزائر، و الذي يهتم بتنظيم نواة المجتمع وخليته الأساسية وهي الأسرة ، هدفه إقامة العدل والتقليل من نسب التفكك الأسري ، و نجد المشرع الجزائري بإصداره لقانون الاسرة ، قد خطى خطوة موفقة، بالرغم من بعض النقائص الموجودة فيه.

وقد اعتبر المشرع الجزائري الشريعة الإسلامية مصدرا أصليا لقانون الأسرة طبقا لأحكام المادة 222 من قانون الأسرة رقم 84 - 11 المؤرخ في 09 /06 /1984، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05 - 02 المؤرخ في 27 /02 /2005

وعلى هذا يعتبر قانون الأسرة أو الأحوال الشخصية ( الاصطلاح الشائع في قوانين الدول العربية) أحد أهم فروع القانون الخاص ،كونه يهتم بالخلية الأساسية للمجتمع ( الأسرة)، من خلال وضع الاطار القانوني المناسب للعلاقات الاسرية ، و تقنين محكم يعالج مختلف أحوالها بما يحفظ بقاءها وفعاليتها في صلاح المجتمع.

و بعد ان نستعرض في المحاضرة التمهيدية مفهوم قانون الاسرة ، جاءت المحاضرات الموالية من المحاضرة الاولى الى المحاضر الثالثة عشر لتلقي الضوء على احكام الخطبة ، أركان عقد الزواج و شروط صحته ، الشروط الاجرائية و الشكلية لعقد الزواج ، و آثار عقد الزواج.

### المحاضرة التمهيدية

أولاً - مفهوم قانون الأحوال الشخصية: اتفقت اغلب الدول الاسلامية العربية على مصطلح الاحوال الشخصية ، و اول من استعمله هو الفقيه المصري قنري باشا ، الذي وضع مجموعة فقهية سماها " الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية " <sup>1</sup> ، فهو مصطلح حديث النشأة ولم تعرفه الشريعة الإسلامية كنظام تشريعي سماوي هذا المصطلح ، و لم يكن معروفا عند الفقهاء المسلمين الاولين <sup>2</sup>

و يقصد به الأوضاع التي تكون بين الإنسان وأسرته، وما يترتب على هذه الأوضاع من آثار قانونية و التزامات معنوية و مادية و الفقه الإسلامي لم يعرف هذه التسمية إلا حديثاً، حيث أطلق الفقهاء اسم " الأحوال الشخصية" على نظام الأسرة و أحكامها الحقوقية، في مقابلة الأحوال المدنية أو العينية التي تحكم علاقة الإنسان بأفراد المجتمع خارج حدود أسرته.

فالمراد بالأحوال الشخصية هو مجموعة القواعد القانونية ، التي تنظم علاقات أفراد الأسرة ، بوصفهم أعضاء في أسرة واحدة تجمعهم علاقات النسب أو المصاهرة، فهي مسائل ( الزواج والطلاق وآثارهما، والولادة وتناجها، و الأهلية والنيابة الشرعية، والوصية، والميراث <sup>3</sup>

وفي قانون الأسرة الجزائري تطلق على مجموعة الأشخاص الذين تجمع بينهم صلة الزوجية والقربا طبقا لأحكام المادة 02 من قانون الأسرة رقم 84 - 11 المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05- 02.

ثانيا: تطور قانون الأسرة الجزائري: يعتبر قانون الاسرة الجزائري من بين القوانين العربي التي تأخر صدورها ، فقد خضعت الأسرة الجزائرية قبل الاحتلال الفرنسي لأحكام وقواعد الفقه الإسلامي، وللمعاملات والأعراف، غير أنه ابتداء من سنة 1830، عمدت الأيديولوجية الاستعمارية إلى محاولة يائسة هدفها دمج نظريات الفقه الإسلامي في منظومة القانون الفرنسي.

ومن جهة أخرى قام المشرع الفرنسي، بالتدخل في قانون الأسرة الإسلامي ونظام الأسرة الجزائرية، عن طريق سلسلة من التشريعات الاستعمارية، نذكر منها على سبيل المثال:

1-بن شويخ الرشيد، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، الطبعة الاولى ، دار الخلدونية لنشر و التوزيع، 2008-1429، ص6

2-بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص6

3-بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 2012، ج 01، ص 21.

\* القانون الصادر بتاريخ 02 / 05 / 1930 :الخاص بالخطبة وسن الزواج

\*المرسوم الصادر بتاريخ 19 / 05 / 1931 المتعلق بالحالة القانونية للمرأة الجزائرية

\*القانون الصادر بتاريخ 11 / 07 / 1957 المتعلق بأحكام المفقود والوصاية والحجر وكيفية إثبات الزواج  
\*الأمر رقم 274 / 59 المؤرخ في 04 / 02 / 1959 المتضمن أحكام الزواج والطلاق في الجزائري.

أما بعد الاستقلال فقد استمر العمل القضائي قبل صدور قانون الاسرة ، وفق قواعد النظام الفرنسي فيما عدا نصوصه الاستعمارية أو العنصرية أو المخالفة للحقوق والحريات العامة، سداً للفراغ التشريعي والقانوني، الى غاية صدور قانون رقم 63/224 المتعلق بتنظيم سن الزواج و إثبات العلاقة الزوجية المؤرخ في 29 / 06 / 1963<sup>(1)</sup>، ثم الأمر رقم 71/65 الخاص بكيفية إثبات الزواج الصادر بتاريخ 22 / 09 / 1971 و بمقتضى الأمر الصادر في 05 / 07 / 1973 ، ألغى المشرع الجزائري القوانين الفرنسية ابتداء من 01 / 07 / 1975.

لقد قام المشرع بحركة تشريعية شاملة ، بهدف القضاء على التبعية القانونية الاستعمارية ، الى غاية صدور قانون الأسرة الجزائري رقم 84 / 11 ، الصادر بتاريخ 09 / 06 / 1984<sup>(2)</sup> ، والذي اعتمد على مصادر الشريعة الإسلامية المتفق عليها ( القرآن والسنة النبوية ، الإجماع والقياس)، بتقنينها في شكل نصوص قانونية عامة مجردة وملزمة، فقد تم الاعتماد فيه على الفقه المقارن و لم يتقيد بمذهب محدد ، و انما اخذ من المذاهب الاخرى ، حيث أحال القضاة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها دون إلزامهم بمذهب معين طبقاً لأحكام المادة 222 من قانون الأسرة المعدل والمتمم ، مما يعني تحرير قاضي شؤون الأسرة من قيود التعصب المذهبي ، والانفتاح على الآراء الفقهية الأخرى .

كما شكل صدور هذا القانون أهمية بالغة، إلا أن صدوره تأخر نسبياً بسبب تردد المشرع الجزائري في كتابة تقنين شامل لأحكام الزواج والطلاق، لأن هذه الأحكام كانت تسير وفق العرف، فضلاً عن وجود صراع حول هوية هذا القانون.

الا أن دخول الجزائر مرحلة التعددية السياسية والنقابية، اثار نزاع حول طبيعة هذا القانون ، وتباينت وجهات النظر حوله، بين مؤيد يرى أن هذا القانون مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، فلا ضرورة لتعديله، وبين معارض يرى تعديله ضروري بإلغاء هذا القانون جملة وتفصيلاً، وبين الراي الاول و الراي الثاني ظهر اتجاه ثالث ، يدعو لتعديل قانون الأسرة ليكون مسيراً لتطور المجتمع الجزائري ، و أكثر انسجاماً في جوانبه القانونية والشرعية ، و مراعاة ما أفرزه الاجتهاد القضائي من ملاحظات حول هذا

<sup>1</sup> - حدد سن الزواج بالنسبة للرجل بثماني عشرة 18 سنة، أما بالنسبة للمرأة بستة عشر 16 سنة.

<sup>2</sup> - قانون الأسرة الجزائري رقم 84 – 11 الصادر بتاريخ 09 / 06 / 1984؛ المنشور بالجريدة الرسمية في 12 / 06 / 1984.

القانون من حيث : الصياغة العامة، غموض بعض نصوصه، تعارض بعض نصوصه مع مقررات الشريعة الإسلامية، وتناقض بعض مواد.

كل هذه الانتقادات أدت الى تدخل تشريعي، جاء في صورة الأمر رقم 02 - 05 المؤرخ في 2005/02/27، والذي تضمن أحكام جديدة مست قانون الأسرة في شقيه الموضوعي والإجرائي.

ثالثا . محتوى قانون الأسرة الجزائري: قانون الأسرة الجزائري هو أول قانون في الوطن العربي، تضمن جميع أحكام الأحوال الشخصية من زواج، طلاق، أهلية، ميراث، وعقود تبرعات، فقد احتوى على 224 مادة مقسمة إلى: مقدمة والتي تحتوي على الأحكام العامة من المادة الأولى إلى المادة الثالثة مكرر.

و أربع كتب هي:

الكتاب الأول: الزواج وانحلاله من المادة 04 إلى المادة 80، وبه مسائل الزواج والطلاق، وحقوق وواجبات الزوجين، والنسب والعدة، والحضانة والنفقة.

الكتاب الثاني: النيابة الشرعية من المادة 81 إلى المادة 125، وبه مسائل الولاية والوصاية، والتقديم، والحجر، والمفقود والغائب والكفالة.

الكتاب الثالث: الميراث من المادة 126 إلى المادة 183، وبه مسائل التركات والمواريث.

الكتاب الرابع: التبرعات من المادة 184 إلى المادة 220، وبه مسائل الوصية، والهبة و الوقف.

وفي الأخير تناول المشرع الجزائري أحكام ختامية من المادة 221 إلى 224.

رابعا : مضمون تعديل قانون الأسرة الجزائري رقم 84 – 11 بموجب الأمر 05 – 02: اقتصر التعديل على أحكام الزواج والطلاق، ليمس 42 مادة بين الإلغاء والإضافة والتعديل الجزئي: منها إلغاء 05 مواد وهي ( 12، 20، 38، 39، 63)، إضافة 08 مواد جديدة وهي ( 03 مكرر، 07 مكرر، 08 مكرر، 08 مكرر 1، 09 مكرر، 45 مكرر، 53 مكرر، 57 مكرر)، وتعديل 29 مادة وهي ( 04، 05، 06، 07، 08، 09، 11، 13، 15، 18، 19، 22، 30، 31، 32، 33، 36، 37، 40، 48، 49، 52، 53، 54، 57، 64، 67، 72، 87).

خامسا: مصادر قانون الأسرة الجزائري: يستمد قانون الأسرة الجزائري معظم أحكامه من الشريعة الإسلامية بأدلتها الكلية المتفق عليها، وتعتبر المصدر الأصلي للدين الإسلامي الحنيف، إضافة الى بعض الاحكام التي استمد ها من الفقه المالكي و البعض الآخر من المذاهب الاخرى، وأخذ بعض الآراء من غير المذاهب الأربعة للحاجة إلى ذلك، فضلا عن أخذه عن بعض القوانين العربية للأحوال الشخصية التي سبقته، مع بعض التعديل أحيانا ومخالفتها أحيانا أخرى، بما يوافق الأعراف التي تعارف عليها الناس في

المجتمع الجزائري، وتبعاً لسياسته التشريعية في حماية الأسرة والسهر على ترقية بكافة الوسائل وفي جميع المجالات.

سادساً : طبيعة قانون الأسرة الجزائري: بالرجوع إلى أحكام المواد 01 و 02 و 03 من قانون الأسرة الجزائري رقم 84 - 11 المعدل والمتمم، فإننا نجد مرتبط بمفاهيم اجتماعية وحضارية ، وبالقيم الأخلاقية والدينية، وعلاقته الشديدة بالمعطيات الاقتصادية والسياسية، وكذا بالعادات و الأعراف والتقاليد السائدة في المجتمع الجزائري.

هذا ويعتبر قانون الأسرة فرعاً من فروع القانون الخاص ، له ذاتية مستقلة ملؤها المرونة والملاءمة والانسجام، بعيداً عن الصرامة والتعقيد، و بما انه يعتمد على أحكام الشريعة الإسلامية، وقواعد الأعراف والتقاليد، فهي دلالات تجعله يتميز عن غيره فروع القانون المختلفة<sup>1</sup>.

ومن هنا فقانون الأسرة مستقل بذاته و يأخذ من القسمين، القانون الخاص " من حيث إن العلاقات الأسرية ذات طابع شخصي، مما تنظمه أحكام الشريعة الإسلامية"، والقانون العام " من حيث تدخل الدولة في العلاقات الأسرية من أجل حمايتها"<sup>2</sup>، وعلى هذا فإن أغلب قواعده هي قواعد أمرة تتصل بالنظام العام، لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

سابعاً: علاقة قانون الأسرة بالقوانين الأخرى: لا يمنع طابع الاستقلالية التي يتميز بها قانون الأسرة الجزائري، من وجود علاقة وثيقة بينه وبين القوانين الأخرى ، نذكر منها ما يلي:

1 - علاقة قانون الأسرة بالقانون المدني: يعتبر القانون المدني الشريعة العامة ، ومن بينها قانون الأسرة الذي تربطه به علاقة وطيدة ومتكاملة، حيث يشير قانون الأسرة في بعض موادها باللجوء إلى القانون المدني<sup>3</sup> ، كما يحيلنا القانون المدني في كثير من المسائل على أحكام الفقه الإسلامي المنصوص عليها في قانون الأسرة، خاصة فيما يتعلق بالأهلية والنيابة الشرعية، والوصية والهبة والوقف، كما نجد المادة 31 من قانون المدني تشير إلى أحكام المفقود والغائب، والمادة 44 من نفس القانون تخص أحكام الولاية، والمادة 408 من قانون المدني تتعلق بتصرف الشخص في التركة وهو في مرض الموت، والمادة 467 من نفس القانون تتكلم عن كيفية الانتفاع بحق الإيجار بعد حالة الطلاق، والمادة 774 تتعلق بالميراث، وغيرها من المواد التي تحيل صراحة إلى الرجوع لأحكام قانون الأسرة الجزائري.

2-علاقة قانون الأسرة بقانون الحالة المدنية: تعتبر علاقة قانون الأسرة الجزائري بالحالة المدنية الصادر بتاريخ 19/02/1970 ، حقيقية وذات ارتباط وثيق وقوي ، خاصة فيما يتعلق ببيانات عقد الزواج تقييده في سجلات الحالة المدنية ، وإثباته ، ولتدعيم العلاقة بين القانونين نص المشرع في المادة 22 في

<sup>1</sup> - بلجاج العربي، المرجع السابق، ص 45.46.

فقرتها الثانية من قانون الأسرة المعدل والمتمم، على أنه يسجل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة، كما نص في المادة 49 في فقرتها الثالثة على تسجيل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية تحت إشراف النيابة العامة.

3- علاقة قانون الأسرة بقانون الإجراءات المدنية والإدارية: رغم أن قانون الأسرة الجزائري لم يحل على قانون الإجراءات المدنية، قواعد رفع الدعوى والتنفيذ وطرق الطعن، فيما يتعلق بتطبيق أحكام الأحوال الشخصية، فإن هناك علاقة وثيقة بين التشريعين، فالمادة 03 مكرر من قانون الأسرة المعدل والمتمم تجعل النيابة العامة طرفا أصليا في جميع قضايا قانون الأسرة، والمادة 49 تلزم قاضي شؤون الأسرة بالقيام بإجراء الصلح بين الزوجين قبل الحكم بالطلاق، والمادة 57 التي تنص على أن أحكام الطلاق والتطليق والخلع لا تقبل الطعن بالاستئناف ما عدا في جوانبها المادية..

كما أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08 – 09 الصادر بتاريخ 25 /02 /2008<sup>1</sup>، قد نص على أن الإجراءات الخاصة المطبقة في قسم شؤون الأسرة من صلاحيات، واختصاص إقليمي، وإجراءات الطلاق والصلح، والولاية بأنواعها، والنسب، والكفالة، والتركعة، وذلك في المواد من 423 إلى 499 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

4 - علاقة قانون الأسرة بالقانون الدولي الخاص: إن علاقة قانون الأسرة و القانون الدولي الخاص قوية بين لذي ينظم زواج الأجانب والزواج المختلط، ونطاق تطبيق قانون الأسرة الجزائري، وتنازع القوانين من حيث نظام الأسرة.

5 .علاقة قانون الأسرة بقانون العقوبات: تظهر العلاقة الوثيقة بين القانونين ، في الحماية القانونية التي يكفلها قانون العقوبات للمنظومة الأسرية، فالمادة 330 من قانون العقوبات الجزائري تعاقب جريمة هجر الأسرة، المادة 331 تعاقب كل من امتنع عمدا ولمدة تجاوز شهرين من أداء النفقة، والمادة 363 تعاقب كل من استولى بطريق الغش على كامل الإرث أو على جزء منه قبل القسمة الشرعية<sup>2</sup>.

## المحاضرة الاولى

### مفهوم الزواج

لقد اهتم الاسلام بالأسرة واعتبرها اساس المجتمع ، وهو ما جعله يدعوا الى الزواج الاسلامي، و الترغيب فيه ، من خلال العديد من الآيات القرآنية و الاحاديث النبوية .

يعتبر الزواج مؤسسة قانونية ، تنشأ بواسطة عقد يبرم بين رجل وامرأة ، ولعقد الزواج مفهوم محدد وأركان وشروط يغلب عليها طابع الأمر حيث تقتصر حرية المتعاقدين على إبرامه أما فيما يخص مختلف آثاره فهي من وضع المشرع.

و سنتناول بداية في هذه المحاضرة مفهوم الزواج الشرعي والحكمة من تشريعه وحكمه، أما ثانيا فكتيرا ما تسبق عقد الزواج مرحلة تعارف بين الطرفين يصطلح على تسميتها الخطبة لذلك سندرس الخطبة وما يرتبط بها من إشكالات قانونية.

### أولا . تعريف الزواج:

1. لغة: يعرف الزواج لغة بانه : اقتران أحد الشخصين بالآخر وارتباطهما بعد أن كان كل منهما منفصلا عن الآخر<sup>1</sup> ، و من قوله تعالى: "وإذا النفوس زوجت" أي قرنت ببعضها البعض، أو هو الاقتران والاختلاط، كقول العرب "زوج فلان ابله" أي قرن بعضها ببعض.

2. الاصطلاح الشرعي : يعرف الزواج في الفقه الاسلامي بعدة صيغ تتفق في الغالب من حيث المعنى رغم اختلافها في الظاهر<sup>1</sup> ، و التعريف الذي يمكن اعتماده هو انه :عقد بين الرجل والمرأة، يترتب على إبرامه مباشرة حل استمتاع كلا من الزوجين بالآخر على الوجه المطلوب شرعا، ويجعل لكل منهما حقوقا وواجبات اتجاه الطرف الآخر، أو هو عقد يفيد حل العشرة بين الرجل و المرأة بما يحقق ما يقتضيه الطبع الانساني وتعاونهما مدى الحياة ويحدد ما لكل منهما من حقوق وما عليهما من واجبات<sup>2</sup>.

3. الاصطلاح القانوني: عرفته المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005<sup>2</sup>، و الملاحظ ان كلمة رضائي التي وردت في التعديل الجديد تدل على ان عقد الزواج يقوم على الرضا كأساس للعقد.

ثانيا. طبيعة عقد الزواج: من خلال تعريف الزواج حسب نص المادة 04 من قانون الأسرة المعدل والمتمم، نستخلص أن المشرع الجزائري يسمو بالزواج، عن مجرد عقد يحصل منه كل طرف على حقوق ومصالح مادية أو منفعية مقابل ما يلتزم به الطرف الآخر، و انما هو ترابط معنوي بين رجل وامرأة على وجه الدوام و الاستمرار لبناء الأسرة وتحمل أعبائها.

وبقراءتنا لنص المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري ، والرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، يتضح لنا أن للزواج بعض الخصائص، المتمثلة في :

1. الزواج نظام إلهي: إن الزواج في الشريعة الإسلامية هو نظام إلهي شرع لمصلحة المجتمع، وحفظا لكيان الأسرة ، وهو وحده مناط التمييز بين الشرعي والغير الشرعي في العلاقات الجنسية، وبالرغم من الصفة التعاقدية للزواج ، غير أن أحكامه والآثار الناتجة عنه ، تتحدد بمجرد انعقاد عقد الزواج، فلا تترتب على رضا المتعاقدين، وإنما تكون محددة سلفا بأحكام إلهية لا تثبتها إرادة المجتمع، ولا تستبعد رغبة الطرفين<sup>1</sup>.

1- بن الشويخ الرشيد، المرجع السابق، ص23

<sup>2</sup> بقولها: "الزواج عقد رضائي يتم بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة، أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الإنسان"

2 . اختلاف الجنس: يتم الزواج بين رجل وامرأة وهما طرفا العقد، لذلك فإنه يمنع اللواط ، الزنا والعلاقات الجنسية الحرة، و لتي يعاقب عليها في القانون ، صيانة للأسرة والمجتمع<sup>2</sup>

3 . الديمومة: وجوب أن يكون الزواج على سبيل الدوام والاستقرار لتكوين أسرة، و لما يترتب عليه من آثار تتعلق بالزوجين وأبناءهم طول مدى الحياة، مالم ينحل هذا الزواج بالوفاة أو الطلاق، وذلك لأن جمهور الفقهاء يحرمون زواج المتعة والزواج المؤقت، لتنافيها مع شرط التأييد في الزواج<sup>3</sup>.

4 . أحادية الزواج: لا تقر الشريعة الإسلامية للزوجة إلا زوجا واحدا، واعتبار كل علاقة جنسية للزوجة برجل آخر علاقة غير مشروعة ، حتى ولو جاء في صورة زواج بزواج ثان<sup>(4)</sup>.

5. الزواج عقد من العقود: يقوم الزواج على أركان وشروط، ويترتب عليه آثار قانونية معينة، فهو ينعقد بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر في مجلس واحد، وهو أيضا من العقود الفورية حيث تسري آثاره على الطرفين بمجرد انعقاده أمام الموظف الموهل قانونا أو الموثق.

6 . عقد الزواج قائم على المودة والرحمة والتعاون وإحصان النفس وابتغاء الولد: يقوم الزواج على الاحترام المتبادل ، لا على الظلم والقهر ، كما أن الغاية من الزواج هو إحصان النفس وبقاء النوع الإنساني.

ثالثا. حكم الزواج: الزواج مشروع بالكتاب و السنة النبوية ،فما هو حكمه الشرعي ؟

يقصد بالحكم الشرعي للزواج ، الوصف الذي يعتبر يعقد الزواج من بين الصفات الشرعية كالوجوب والحرمة والندب والكراهة.

1- الوجوب: يكون الزواج واجب اذا كان الشخص قادرا على تحمل أعباء الزواج المعنوية والمادية ، (صداق ونفقة)، مع تأكده من سقوطه في الحرام إن لم يتزوج، و من واجب المسلم ترك الزنا ، وهو ما يؤدي بالزواج في هذه الحالة إلى القيام بهذا الواجب ويساعد عليه(ما أدى إلى الواجب فهو واجب).

2-الاباحة: إذا كان الشخص معتدل الطبيعة فان الزواج يكون مباحا بالنسبة له ، وهذا هو الأصل، فلا يخشى على نفسه الوقوع في المحذور اذا لم يتزوج، ولا يخشى أن يظلم زوجته لو تزوج.

3-مكروه: يكون مكروها اذا ظهر للشخص من غير يقين ، أنه قد يظلم زوجته ماديا أو معنويا أثناء معاشرته لها.

4 -حرام: إذا اتضح للشخص يقينا أنه سيظلم زوجته فان يكون حراما بالنسبة له ، أي أنه لن يستطيع مطلقا القيام بالأعباء المادية والمعنوية التي تفرضها عليه الحياة الزوجية<sup>(1)</sup>.

<sup>1</sup> د. محمد كمال الدين إمام، المرجع نفسه، ص 67. 68.

<sup>2</sup> د. محمد الكشيور، المرجع السابق، ص 159. 160.

رابعا أدلة مشروعية الزواج :لقد ثبتت مشروعية الزواج في الكتاب والسنة النبوية والإجماع.

1- الكتاب: قوله تعالى: "فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع، فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة"<sup>1</sup> وقوله أيضا: "يأبىها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا"

2- السنة النبوية: قوله ﷺ: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم، فإنه له وجاء"<sup>2</sup>.

3.الإجماع: الزواج مباح ومشروع، كما أجمع عليه جمهور الفقهاء.

خامسا. الحكمة من تشريع الزواج: يهدف الزواج لغرض معين في المجتمع الإسلامي ، و هو تكوين أسرة متماسكة تكون بمثابة الشجرة المثمرة في المجتمع ، ولذلك حرص الشارع الحكيم على تنظيم الرابطة الزوجية وشدد على تماسكها، وتكمن حكمة تشريع الزواج في السكينة والطمأنينة في النفس، وذلك لقوله تعالى: "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون"<sup>3</sup>، الإبقاء على النوع البشري الناتج عن الزواج الشرعي، تكوين سلالة بشرية طاهرة ونظيفة تعاون الزوجين في المحافظة على النسل ، تنظيم العلاقة بين الزوجين على أساس المودة والمحبة، تبادل الاحترام و الحقوق وأداء الواجبات، و تقاسم الأعباء و والتقدير المتبادل<sup>4</sup>

فالأسرة هي اللبنة الأولى في بناء المجتمع ،إذا صلحت صلح المجتمع وإذا فسدت فسد المجتمع.

## المحاضرة الثانية

### أحكام الخطبة

يعتبر عقد الزواج من أهم و اخطر العقود التي يبرمها الشخص، في حياته وأعزها شأنًا وأرفعها مكانة عند الله عز و جل ، احاطه المشرع الاسلامي بمجموعة من المبادئ لاستمراره الاسرة و بقاءها ،ومن مظاهر اهتمام الشارع الحكيم والمشرع الوضعي به ، وضع مقدمات تمهد له، وخصها بأحكام شرعية تخصها، فإذا ما تم عقد الزواج بين الرجل والمرأة بعد تلك المقدمات، كان أدعى إلى الوفاق ودوام العشرة بين

<sup>1</sup> - سورة النساء، الآية 03

<sup>2</sup> - البخاري، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار الريان للتراث، القاهرة، ط 01، 1987، ج 09، ص 08.

<sup>3</sup> - سورة الروم، الآية 20

<sup>4</sup> - بن الشويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل " دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية"، دار الخلدونية، الجزائر، ط 2008، ص 25.

الزوجين، والمقصود بالمقدمات في هذا الصدد الخطبة التي تسبق عقد إبرام الزواج وتمهد له، فالغاية منها الكشف عن حقيقة رغبة احد المتعاقدين في ابرام عقد الزواج الذي يستمر مدى الحياة .

وتتمثل وظيفة الخطبة في بحث الرجل غالبا عن المرأة التي تناسبه ،وبحث المرأة عن الرجل الذي يناسبها، وهي ليست لازمة لعقد الزواج إذ من الممكن تصور هذا الأخير بدونها .

أولا . تعريف الخطبة: للخطبة تعريفا لغويا يشبه التعريف الاصطلاحي الشرعي و هو نفسه التعريف الذي اخذ منه المشرع الجزائري التعريف القانوني .

1 . لغة: الخطبة - بكسر الخاء - مصدر خطب، يقال: خطب المرأة خطبة وخطبا، و اختطباها، إذا طلب أن يتزوجها، واختطب القوم فلانا إذا دعوه إلى تزوج صاحبته<sup>1</sup> كما يقال خطب الرجل المرأة يخطبها خطبا وخطبة أي طلبها للزواج، ويسمى الرجل خاطبا والمرأة خطيبة (أو مخطوبة).

2 . الاصطلاح الشرعي: عرفها فقهاء الشريعة الاسلامية بتعاريف متقاربة، فهي طلب الرجل التزوج وإبداء الرغبة في امرأة معينة وقع عليها اختياره، خالية من الموانع الشرعية، بالتقدم إليها أو إلى وليها، ببيان حاله والتفاوض معهم في أمر العقد<sup>2</sup>، أو هي: "توافق أو تواعد صريح متبادل بين رجل وامرأة، تحل له شرعا في الحال، أو بين من ينوب عنها من الأولياء بإبرام عقد الزواج مستقبلا"<sup>3</sup>

3 - الاصطلاح القانوني: لقد اكتفى المشرع الجزائري بوصف طبيعتها بأنها وعد بالزواج ،بالنص عليها في نص المادة 01/ 05 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر 05 - 02 على أن: "الخطبة وعد بالزواج". فالخطبة بهذا هي اتفاق تمهيدي (وعد بالزواج في المستقبل) ، تنتج أثارها باقتران الإيجاب بقبول، و لتجنب الخلط بين الوعد بالزواج و بين الوعد بالتعاقد المنصوص عليه في القانون المدني الوارد في المادتين 71 و 72 فان الخطبة وعد غير ملزم حسب نص المادة 2/05 من قانون الاسرة الجزائري.

ثانيا . مشروعية الخطبة: الخطبة مشروعة بالكتاب والسنة

1. الكتاب :قوله تعالى: " ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكنتم في أنفسكم"<sup>4</sup>  
2. السنة النبوية :قوله ﷺ: " لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه"، وقوله أيضا: " إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعو إلى نكاحها فليفعل"<sup>5</sup>

ثالثا .أنواع الخطبة: الخطبة نوعان:

<sup>1</sup> - محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 42.

<sup>2</sup> - الشيخ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 28

<sup>3</sup> - فتحي الدبريني، دراسات وبحوث في الفقه الاسلامي المعاصر، دار قتيبة، بيروت، بيروت، ج 02، ص 726.

<sup>4</sup> - سورة البقرة، الآية 235.

<sup>5</sup> - صحيح مسلم، ج 01، ص 591؛ ابن العربي المالكي، عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي، مكتبة المعارف، بيروت، ج 04، ص 303.

1 .خطبة بطريق التصريح: يقصد بها الإفصاح عما في النفس ، بلفظ يدل صراحة على إرادة الخطبة كقول الرجل لمن يرغب في الزواج بها ، أريد أن أخطبك أو أتزوجك فلا يحتمل غيرها ، أو قوله أني أرغب في الزواج منك.

2. الخطبة بطريق التعريض: وهي عبارة عن الخطبة بطريق التلميح ، كأن يقول الرجل للمرأة التي يرغب في الزواج منها ، أني أرغب في أن الزواج بامرأة صالحة وجميلة ، و لديها صفات مثل صفاتك ، أي أن يذكر الرجل للمرأة كلاما يفهم منه ضمنا ، الرغبة في الخطبة دون أن يصرح بها ، أو ان يقول للمرأة التي يرغب في خطبتها انه يبحث عن فتاة لكي يخطبها تكون في مثل أخلاقها، وما أشبه ذلك من العبارات التي يفهم منها أن الشخص يقصد الخطبة، وقد عرف الشافعية الخطبة بالتعريض بأنها ما يحتمل الرغبة في النكاح وغيره<sup>1</sup>

رابعا. شروط صحة الخطبة: وهي تتمثل في شرطين أساسيين هما:

1- أن تكون المخطوبة صالحة للزواج: يشترط في المخطوبة أن تكون ممن تحل شرعا للخاطب، لأن الخطبة مقدمة للزواج، فمن لا يصح زواجها لا تصح خطبتها، وعليه يشترط خلو المخطوبة من الموانع الشرعية وسائر المحرمات المؤبدة والمؤقتة لجواز الخطبة ، وأن لا تكون المخطوبة محصنة (في عصمة رجل آخر)، وأن لا تكون معتدة من طلاق رجعي أو طلاق بائن ، أما المعتدة من وفاة زوجها، و المعتدة من الطلاق بائن بينونة كبرى، فإنه يجوز خطبتها تعريضا فقط ولا تباح بالتصريح، لقوله تعالى: "ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء"<sup>2</sup>

2. أن لا تكون المرأة مخطوبة للغير: من شروط الخطبة ألا تكون المرأة مخطوبة للغير خطبة شرعية، لأن في ذلك اعتداء على الخاطب الأول وإيذاء له، اضافة على ما يترتب عليه من الضغينة بين الخاطبين وإيقاع العداوة بينهما، فإذا خطب الرجل امرأة ما ،ورضيت بهذه الخطبة فلا يجوز لغيره أن يخطبها مادامت الخطبة الأولى قائمة ولم تنته<sup>3</sup> ، والأصل الذي بني عليه هذا الحكم قوله ﷺ: "المؤمن أخ المؤمن فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه"<sup>4</sup>

خامسا. حدود النظر المباح إلى المخطوبة: لقد اتفق جمهور الفقهاء على أن الخاطب ينبغي أن ينظر إلى مخطوبته في حدود الشرع والآداب العامة ، لكي يقدم على عقد الزواج عن بصيرة وإدراك، و حتى يعرف كل منهما الآخر، والدليل على ذلك ما روي عن جابر أن الرسول ﷺ قال: "إذا خطب أحدكم المرأة استطاع أن ينظر منها ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل".

<sup>1</sup> - جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة " الزواج، الفرقة بين الزوجين، حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، مطابع السعدني، الاسكندرية، بدون سنة الطبع، ص 43

<sup>2</sup> - سورة البقرة، الآية 235.

<sup>3</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، 108

<sup>4</sup> - رواه أحمد و مسلم؛ وفي رواية للبخاري عن أبي هريرة: "لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك".

و الإمام مالك أجاز ﷺ النظر إلى وجه المخطوبة وكفها، وهو ما مال إليه أكثر الفقهاء، لما في ذلك من دلالة على الصحة والخصوبة وعلى حال الجسم من النحافة والامتلاء.

كما يجيز بعض الأحناف نظر الرجل إلى قدمي مخطوبته لزيادة على التعرف عليها، كما اشتهر مذهب الامام أحمد في أنه يصح للرجل أن ينظر إلى ما يظهر من الجسم غالبا كالوجه والرقبة والكفين والقدمين، اضافة الى اشتراط الفقهاء مجالسة المخطوبة والنظر إليها بحضور محارمها<sup>1</sup>

سادسا. الطبيعة القانونية للخطبة: لا يثور أي إشكال إذا ما تمت الخطبة و أبرم عقد الزواج ، أما إذا لم تنتهي هذه العلاقة بإبرام عقد الزواج ، فما هي الطبيعة القانونية للخطبة هل تعد عقد أم وعدا ؟

تعد الخطبة في الشريعة الإسلامية من حيث طبيعتها ، وعدا بالزواج لإنشاء عقد الزواج وليست عقدا حتى وإن تمت باتفاق الطرفين، ومنه ثم ليست لها قوة الإلزام (غير ملزمة على الإطلاق) حتى و ان اقترنت بمظاهر أخرى كقراءة الفاتحة وتقديم بعض الهدايا ودفع المهر، مما يترتب عليه جواز العدول عنها ، و بهذا قال الفقهاء "الجواز الشرعي ينفي الضمان"، فلو عدل الخاطب عن الخطبة لا مسؤولية عليه، ما لم يتعسف في استعمال الحق، وهو ما أكدته المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 05/1 من قانون الأسرة المعدل والمتمم<sup>2</sup>.

و كما قلنا سابقا فإنه اذا كانت وعدا بإبرام عقد الزواج، لا تطبق عليها أحكام المادتين 71 و 76 من القانون المدني، لأنها وعد ذو طبيعة خاصة من حيث الشروط، ومن حيث الآثار، و ليست عقدا ملزما، اضافة الى أن العدول عنها لا يكون سببا موجبا للتعويض، ما لم يقترن بأفعال أخرى، فيكون سبب التعويض هو المسؤولية التقصيرية<sup>3</sup>، أي أن عبئ الإثبات يقع على الطرف المضروب، طبقا لنص المادة 05/3 من قانون الأسرة المعدل والمتمم، والمادتين 124 و 124 من قانون المدني

وبذلك يجب على المضروب ان يثبت الخطبة بأي وسيلة من وسائل الإثبات، و بعدها إثبات الضرر أي إثبات العلاقة السببية بين الخطأ الصادر عن الطرف الآخر والضرر الذي أصابه نتيجة لذلك.

قد تتخلل الفترة التي تمتد بين الخطبة الصحيحة و العدول عنها تبادل الهدايا بين الطرفين (الخاطب و المخطوبة)، فما مصير المهرة الهدايا اذا تم العدول و هل يجوز طلب التعويض في هذه الحالة ؟

<sup>1</sup> - محمد الكشور، المرجع السابق، ص 181. 182.

<sup>2</sup> المادة 05 الفقرة الأولى: "الخطبة وعد بالزواج؛ ويجوز للطرفين العدول عن الخطبة".

<sup>3</sup> - شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات "دراسة فقهية ونقدية مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2010، ص 30. 31.

سابعاً. آثار العدول عن الخطبة: إذا أخذنا بطبيعة الخطبة - وعد بالزواج - فإن العدول عنها لا يترتب عليه أي أثر ، لأن الذي يعدل عن الخطبة قد استعمل حقه المشروع ، ورغم ذلك يمكن القول أن العدول عن الخطبة قد ينتج عنه بعض الاشكالات ، خصوصاً إذا اقترنت بدفع جزئه من المهر أو كله ، أو في حالة تقديم هدايا ، أو أن أحد الخاطبين لحقه ضرر من جراء العدول.

1. حكم المهر في حالة العدول: يرتبط الصداق أو المهر بعقد الزواج فهو يعتبر من مقومات الزواج ، ذلك أن الصداق شرط من شروط صحته ، وهو ما أكدته المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 09 مكرر من قانون الأسرة المعدل والمتمم ، غير أنه قد يقدم الخاطب لمخطوبته المهر كله أو جزءاً منه قبل إبرام عقد الزواج لأسباب تظهر لها ، وهو شرط لا يخالف فيه الخاطب النظام العام.

لا يوجد خلاف بين الفقهاء في وجوب ردّ الصداق أو ردّ الجزء الذي قدم منه في حال انقضاء الخطبة أو فسخها ، وأساس هذا القول هو أن الصداق يجب بعقد الزواج لأنه شرط من شروط صحته ، وبما أن الزواج لم يتم فعلاً فلا يحق للمرأة الاحتفاظ به ، تطبيقاً لمبدأ "عدم الاثراء بلا سبب مشروع على حساب الغير" ، مالم يتنازل عنه الخاطب عن طيب خاطر ، أي من دون ضغط أو إكراه<sup>1</sup>.

أما المشرع الجزائري فلم يعالج مسألة المهر المقدم خلال فترة الخطوبة وقبل انعقاد العقد بالنص عليها صراحة ، إلا أنه بالرجوع إلى أحكام المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري<sup>2</sup> ، التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، نجد أن الفقه الإسلامي اجمع على أنه يجب على المخطوبة ردّ المهر كله سواء كان العدول من قبلها أو من الخاطب ، لأن المهر شرط من شروط صحة الزواج وأثر من أثاره عند بعض الفقهاء ولا دخل للخطبة فيه<sup>3</sup>.

2. حكم الهدايا في حالة العدول عن الخطبة: اختلف الفقهاء في هذا الحكم فقد تضارب آراءهم في حالة العدول عن الخطب

\* الشافعية: ذهب الشافعية إلى وجوب ردّ الهدايا سواء كانت موجودة أم غير موجودة ، فإن كانت باقية ردت بعينها وإن هلكت أو استهلك وجب رد مثلها أو قيمتها سواء أكان العدول من قبل الخاطب أو من قبل المخطوبة.

\* الحنفية: يرى الحنفية وجوب رد الهدية إذا كانت موجودة بعينها ، و عدم ردها متى ضاعت أو استهلك ، ذلك أنهم " أعطوا الهدية حكم الهبة والهبة يتمتع الرجوع فيها بموانع منها الهلاك والاستهلاك والخروج عن الملك والزيادة المتصلة التي لا يمكن فصلها".

<sup>1</sup> - د. محمد الكشور ، المرجع السابق ، ص 183 . 184.

2- المادة 222: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى احكام الشريعة الاسلامية"

<sup>3</sup> - شامي أحمد ، المرجع السابق ، ص 39.

\* الحنابلة: لا يجوز عندهم استرداد شيء من هذه الهدايا ، لأنها هبة عندهم والقبض يمنع الرجوع بالهبة، ويستوي في ذلك فيما ما إذا كان العدول من جهة الخاطب أو من جهة المخطوبة، لأن هذه الهدايا قدمت على سبيل التبرع<sup>1</sup>، و لم يفرق بين عدول الخاطب او عدول الخاطبة .

\* أما المالكية: يرى المالكية في هذا الصدد أن العدول إذا كان من جانب الخاطب، فلا يجوز له أن يسترد من الهدية شيئاً ، سواء أكانت قيمة أو مثلية ، قائمة أم مستهلكة، أما إذا كان العدول من طرف المخطوبة، فللخاطب أن يسترد جميع ما قدمه من هدايا، فإن كانت قائمة استردها وإن كانت مستهلكة استرد قيمتها ، و تسري هذه الأحكام في حالة عدم وجود شرط أو عرف ينافي ذلك<sup>2</sup>، هذا و لقد تميز هذا الرأي بأن المالكية فرقوا بين عدول الخاطب و عدول المخطوبة .

والمشروع الجزائري أخذ برأي المالكية ، فهو الرأي الغالب في الفقرتين 4 و 5 من نص المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بموجب الأمر 05 - 02<sup>3</sup>، فقد فرق بين :

**الحالة الاولى :** التي يكون فيها العدول عن الخطبة من الخاطب، وكان قبل ذلك قد أهدى إلى مخطوبته بعض الهدايا، فلا يحق له طلب إرجاع ما أهداها إياه ، وعليه أن يردّ للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، وهو ما قضت به المحكمة العليا في غرفة الاحوال الشخصية بأنه لا يسترد الخاطب شيئاً ما أهداه ان كان العدول منه و من ثم فان النعي على القرار المطعون فيه بتناقض الاسباب غير سديد يستوجب رفضه و لما كان الثابت في قضية الحال ان الطاعن تراجع عن اتمام اجراءات الزواج والدخول على الرغم من طلبه من طرف الزوجة فان قضاة الموضوع برفضه مطلب الطاعن لاسترجاع الهدايا طبقوا صحيح القانون<sup>4</sup>

**الحالة الثانية :** أما إذا كان العدول أو التخلي عن الخطبة قد حصل من المخطوبة نفسها فعليها فقط أن ترد إلى الخاطب ما لم يستهلك مما كان قد أهداها من هدايا أو قيمته

**3. حكم التعويض في حالة العدول عن الخطبة:** قد يترتب العدول عن الخطبة بعض الاضرار ، فما حكم التعويض عن الضرر الذي ينتج عنه؟

لم يتعرض الفقهاء القدامى لمبدأ التعويض عن الضرر الناتج على العدول عن الخطبة ، و يرجع ذلك لعدة أسباب منها: اختلاف الحياة الاجتماعية ، الأعراف والعادات، او لاعتبارهم بأن التعويض لا يكون إلا لسبب من أسباب الالتزام، و بما ان الخطبة ليست عقداً، فلا يترتب عليها أي أثر.

<sup>1</sup> - الشيخ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 40.39؛ د. محمد الكشور، المرجع السابق، ص 185.

<sup>2</sup> - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 02، ص 223.

3: المادة 05: "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يردّ للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته؛ وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".

<sup>4</sup> - المحكمة العليا، غ. أ.ش، 23/04/1991، ملف رقم 73919، م - ق، عدد 02، 1993، ص 58

أما بالنسبة للفقهاء المعاصرين فقد انقسمت آراء الفقهاء في حالة العدول عن الخطبة بالنسبة لمسألة التعويض عن الضرر إلى أربعة آراء هي :

**\*الرأي الأول :** يرى أصحابه ان العدول عن الخطبة يوجب التعويض مطلقا، وممن تبني هذا المبدأ الشيخ محمود شلتوت<sup>1</sup>، إذا لحق أحد الطرفين بسبب عدول الآخر عن الزواج ضرر، لأنه من المقرر في الشريعة الإسلامية أنه "لا ضرر ولا ضرار"، وطريقة إزالة هذا الضرر هو التعويض<sup>2</sup>.

**\*الرأي الثاني:** يتجه أصحاب هذا الرأي الى مبدأ عدم التعويض عند العدول عن الخطبة، وممن ذهب إلى هذا الرأي الشيخ محمد بخيت المطيعي، وذلك لأن الخطبة ليست بعقد بل وعدا بالعقد، ولا إلزام في هذا الوعد، كما أنه من المقرر في الفقه الإسلامي "أن الجواز ينافي الضمان"، أي أن من يمارس حقا مشروعاً له لا يكون مسؤولاً عما يترتب على ذلك من ضرر، لأن الجواز ينافي المسؤولية، وإنما تنشأ المسؤولية عن المجاوزة والاعتداء، والخاطب لا يعتبر معتدياً إذا استعمل حقه في العدول<sup>(3)</sup>، فالخطبة ليست عقداً، و الطرفين يتوقعان العدول في كل مرحلة من مراحلها.

**\*الرأي الثالث:** وهو ما اتجه إليه الشيخ محمد أبو زهرة، و يفرقون بين ما اذا ترتب عن العدول ضرر مادي، فانه يستوجب التعويض، أما إذا لم يترتب على العدول ضرر مادي، أو ترتب ضرر معنوي فلا تعويض<sup>(4)</sup>.

**\*الرأي الرابع:** أخذ بهذا الرأي أغلب الفقهاء المعاصرين، وهو أن يترتب على العدول عن الخطبة التعويض، إذا نتج عن ذلك ضرر مادي أو معنوي، فإذا كان لأحد الطرفين دخل في الضرر الذي أصاب الطرف الآخر، بسبب عدوله عن الخطبة، في هذه الحالة يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر الحاصل، لأنه لا ضرر ولا ضرار.

أما إذا لم يكن لمن عدل عن الخطبة دخل في الأضرار الناتجة عن العدول عن الخطبة، فهذا لا يلزمه التعويض عن الضرر الحاصل، لأنه لم يكن متسبباً بوقوعه، وعلى هذا يكون الضرر قسمين: ضرر ينشأ وللخاطب دخل فيه غير مجرد الخطبة والعدول، وضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير عمل من جانب العادل، فالأول يعوض والثاني لا يعوض كما هو مقرر في قواعد الفقه الحنفي، إذ الأول كان فيه تغير والتغير يوجب الضمان، والثاني لم يكن فيه تغير، بل اغترار ممن وقع الضرر عليه و الاغترار لا يوجب الضمان؛ والتعويض في الحالة الأولى يكون ذلك على أساس المسؤولية التقصيرية<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، مطبعة جامعة دمشق، ط06، 1962م، ج01، ص 64.  
<sup>2</sup> - محمد عبد الفتاح النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط 2002، ص 163.

<sup>3</sup> .د. فتحي الدبريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط01، 1994م، ج02، ص 541.

<sup>4</sup> .الشيخ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 37، 38.

<sup>3</sup> - توفيق حسن فرج، الطبيعة القانونية للخطبة وأساس التعويض في حالة العدول عنها، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، السنة 11، 1961 - 1962م، ص 134.

4-موقف المشرع الجزائري : لقد عالج المشرع مسألة التعويض عن الضرر الناجم عن العدول ، من خلال أحكام المادة 03/05 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم<sup>1</sup>، و نلاحظ أن موقف المشرع الجزائري في هذا الشأن جاء على إطلاقه دون تحديده للأضرار المادية و المعنوية، على أساس أن التعويض سببه إلحاق الضرر بالطرف الآخر ، وليس استعمال الحق في العدول في حد ذاته، لأن الخطبة لا تعدو أن تكون مجرد وعد غير ملزم بالزواج، وهو ما أكدته المادة 01/05 من نفس القانون بالنص على: " الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عنها".

ومنه فأن المشرع الجزائري قد أخذ بمبدأ التعويض ، عند العدول عن الخطبة إذا نشأ عن ذلك ضرر مادي أو معنوي قائم على أساس المسؤولية التقصيرية، لا المسؤولية العقدية لأن الخطبة ليست بعقد<sup>(2)</sup>.

فالمشرع الجزائري فصل في مسألة التعويض عن الضرر، بإقراره جواز الحكم به، إذا ظهرت للقاضي أسباب مقنعة<sup>3</sup>، و يشترط أن يكون هذا الضرر على صلة مباشرة مع الخطأ الذي ارتكبه الخاطب الذي عدل عن الخطوبة، أما إذا كان الضرر ناجماً عن فعل المتضرر نفسه، ففي هذه الحالة إما أن تنتفي المسؤولية كلياً عن العادل، أو توزع المسؤولية بين المخطوبين

و لا يعتبر مجرد الوعد ملزماً للوفاء به، فالوفاء هنا هو من مكارم الأخلاق عند المالكية، علماً أن الشريعة الإسلامية توجب الضمان، وتحرم كل ما فيه غرر، فإذا حدث ضرر بسبب العدول عن الخطبة، أو بدون سبب، أو كان العدول بدون مبرر شرعي، وجب على من تسبب أن يضمن الفعل الضار بإزالته أو التعويض عنه ، أي تعسف المعتدي في استعمال حقه؛ د. محمد رياض، التعسف في استعمال الحق في ضوء المذهب المالكي<sup>(3)</sup> ، ومن بين الأضرار المعتد بها قانوناً الاستهواء والتغيير بالطرف الآخر، أو التماطل عن إتمام الزواج بالدخول، وكذا العدول التعسفي بدون مبرر شرعي أو قانوني، وعدول الخاطب عن الخطبة بعد مضي زمن طويل على الخطبة، إضافة إلى الأضرار المعنوية كخيبة الأمل والمساس بسمعتها وكرامتها نتيجة مخالطتها لها ، أو ترك المخطوبة لوظيفتها أو دراستها بطلب من خاطبها<sup>(4)</sup>.

تقدير الضرر من اختصاص قضاة الموضوع ( قاضي شؤون الأسرة) حسب ما نصت عليه المادة 423 من

<sup>1</sup> - المادة 05 الفقرة الثالثة: "إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو ضرر معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض"

<sup>2</sup> - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، ج02، المرجع السابق، ص 23 - 24؛ على أساس نص المادة 05 من قانون الأسرة، لأن المحكمة العليا سبق أن قررت عدم تطبيق المادة 124 من قانون المدني: على قضايا الأحوال الشخصية؛ المحكمة العليا، غ، أ، ش، 22/02/2000، ملف رقم 235456، م - ق، عدد01، 2001، ص 281.

<sup>3</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، بيروت، ط07، 1996، ج07، ص 430.

<sup>4</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 139.

قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08 - 09<sup>(1)</sup>، وذلك بأن يتناسب مقدار التعويض وحجم الضرر الذي لحق بالمضرور، فلا يجوز الحكم بالتعويض عن العدول عن الخطبة بأكثر مما يدفعه المطلق، فيما لو تم العقد بينهما وطلق زوجته قبل الدخول، لأن الزوج إذا طلق زوجته قبل أن يدخل بها، يترتب عليه دفع نصف الصداق لزوجته طبقاً لأحكام المادة 16 من قانون الأسرة، أما فيما يخص الاختصاص الإقليمي في دعاوى العدول عن الخطبة، فيكون بمكان وجود موطن المدعى عليه طبقاً لأحكام المادة 426/1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>(2)</sup>.

و الخطبة بحكم طبيعتها، تفرض عدم إمكانية التعويض عن الأضرار العادية، لأن العدول عنها هو حق شرعي، وأمر أن يجب أن يكون متوقعاً من الخاطبين عند إبرامها. ومن الطبيعي أن ينجر عن العدول المعاناة وشيء من إثارة الألسنة، بالتشهير والتجريح<sup>(3)</sup>.

يقع عبء إثبات ضرر العدول عن الخطبة على المدعي (الشخص الذي يطالب بالتعويض عن الضرر) و ضرورة إثبات الخطبة بجميع الوسائل (البينة أو القرائن أو الإقرار)، تطبيقاً للقاعدة الفقهية: "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"، و يستوجب على قاضي شؤون الأسرة التأكد أولاً من قيام الخطبة، لأن إثبات الخطبة أو نفىها يخضع لتقديره، و يمكن إثبات الخطبة بشهادة العيان (حضرها الخطبة)، أو بشهادة السماع (سمعوا من الشهود أن الطرفين مخطوبين)<sup>(4)</sup>، أو بالصور الفوتوغرافية المأخوذة بالأجهزة الحديثة (كالكاميرا، والهاتف النقال) والأجهزة الرقمية وغيرها، كما أن إقرار أحد الخطبيين بواقعة الخطبة المدعى بها عليه أمام القضاء، دليل قاطع على المقر بقيام الخطبة<sup>(5)</sup>.

و بالنسبة لأساس التعويض عن العدول عن الخطبة فهو الفعل الضار، و يجوز إثباته بجميع الطرق لأنه واقعة قانونية، وسواء كان الضرر مادياً أو معنوياً، فالمرجع الجزائي يجيز ذلك طبقاً لأحكام المادة 03/05 من قانون الأسرة، إضافة إلى ذلك يمكن التعويض عن تفويت فرصة الزواج، إذا مضى زمن طويل على الخطبة، مما يسبب ضرراً للطرف الآخر

<sup>1</sup> - المادة 423/1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08. 09 بقولها: "ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية؛ الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة"

<sup>2</sup> - نصت المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "تكون المحكمة مختصة إقليمياً في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه".

<sup>3</sup> - عبد الله مبروك النجار، التعويض عن أضرار فسخ الخطبة، دار النهضة العربية، ط3، 03، 2010، ص 111.

<sup>4</sup> - المحكمة العليا، غ، أ، ش، 1998/12/25، ملف رقم 56097، م - ق، عدد 04، 1991، ص 102.

<sup>5</sup> - فقد حكمت المحكمة العليا، بأنه يجوز في مسألة إثبات أو عدم إثبات واقعة الزواج العرفي سماع الشهود، لأول مرة على مستوى الاستئناف؛ فذلك يدخل في إطار مهام قضاة المجلس، متى رأوا أن ذلك يفيد الإجراءات المتخذة من قبلهم؛ المحكمة العليا، غ، أ، ش، 23/02/2005، ملف رقم 315403، م - م - ع، عدد 01، 2005، ص 275.

كما يجب التحقيق في ادعاءات الطرفين ، ومناقشة الوثائق والأشياء المقدمة وتكاليفها ، والفصل في جميع الأوجه والدفع بقبولها أو رفضها و كذا تحديد مسؤولية كل طرف من قبل قاضي شؤون الأسرة<sup>2</sup> ، و التحقق من أن الضرر المادي أو المعنوي الذي أصاب الطرف الآخر هو ضرر أكيد ترتب عن فعل الخطأ.

و يمكن القول إن تقدير التعويض هو مسألة موضوعية من يختص بها قاضي شؤون الأسرة، غير أنه يجب إخضاعه إلى ضوابط موضوعية (بعيداً عن كل تعسف أو مغالاة)، و معنى ذلك أنه لا يجوز التعويض عن الضرر المادي أو المعنوي ، إلا إذا بلغ الضرر حداً من الجسامة، بحيث لا يستطيع الشخص العادي أن يتحمل ذلك الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة ، فإن الخطبة بحكم طبيعتها تفرض عدم إمكانية التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية المألوفة، لأن التعويض شبه إكراه على الزواج، وهذا لا ينسجم مع مبادئ الرضا والحرية التي تقوم عليها الخطبة<sup>1</sup>

ثامنا . اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد: طبقا لنص المادة 06 / 1 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05 – 02<sup>2</sup>، لا يعتبر المشرع الجزائري الخطبة المقترنة بالفاتحة زواجا، اذا لم تقترن بركن الرضا وشروط صحة عقد الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر، فإذا تم قراءة الفاتحة بإيجاب وقبول ، و حضرها شاهدين ، وذكر الصداق بحضور الولي، كما جرت العادة والعرف الاجتماعي، فهو عقد لم ينفذ قانونا و نافذ شرعا، وهو ما أكدته المشرع من خلال أحكام المادة 06 / 2<sup>3</sup>

فالخطبة ما هي إلا تمهيد لعقد الزواج، إلا إذا اقترنت بالفاتحة أثناء مجلس العقد، و بحضور الشهود والولي وتحديد الصداق، وتوافر الرضاء الكامل ، في هذه الحالة تعتبر عقدا شرعيا (زواجا صحيحا من الناحية الشرعية)، لكنه غير مسجل من الناحية القانونية ، يمكن بعد ذلك إثباته وتصحيحه قانونا، بموجب حكم قضائي وفقا لأحكام المادة 22 من قانون الأسرة المعدل والمتمم<sup>4</sup>

### المحاضرة الثالثة

#### ركن الرضا في عقد الزواج

لما كان عقد الزواج من أهم العقود التي يقدم عليها الرجل والمرأة في الحياة ، فقد احتاط له الشارع والمشرع بضرورة توافر أركان وشروط ، حتى يكون منتجا لأثاره ، و يعرف الركن بأنه قوام الشيء

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 111.

<sup>2</sup> -المادة 06 الفقرة الاولى: " إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا"

<sup>3</sup> -المادة 06 / 2 بقولها: " غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من هذا القانون".

<sup>4</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 119. 120.

ووجوده، فلا يتحقق إلا به، أو لأبد منه، فلا توجد الماهية الشرعية إلا به، أو هو ما يتوقف عليه الشيء، أو كان جزءا من ماهيته، فالركن في الاصطلاح الفقهي هو ما يكون به قوام العقد، بحيث يعد جزءا داخلا في حقيقته، ومن ذلك مثلا الإيجاب الذي يعد جزءا من كينونة العقد، لا يتصور وجوده بدونه.

وقد اختلفت المذاهب الفقهية في تحديد أركان الزواج، إلا أن القانون الجزائري حسم الأمر من خلال أحكام المادة 09 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر 05 - 02 على أن إبرام عقد الزواج يقوم على ركن وحيد هو رضى الزوجين، أما الولي والصدّاق والشهود والأهلية وانعدام الموانع الشرعية، فتعتبر شروط صحة لعقد الزواج طبقا لأحكام المادة 09 مكرر من قانون الأسرة.

عقد الزواج كباقي العقود المدنية الأخرى التي نظمها كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، فلا ينعقد إلا بتراضي طرفيه (الزوج والزوجة) عند انعقاده

والتراضي يقتضي وجود ارادتين متطابقتين (إيجاب وقبول مطابق له)، ثم التعبير عنهما وتبادلتهما من قبل الأطراف، لتكون بعد اندماج بعضهما ببعض ارادة مشتركة<sup>1</sup>، وهو ما يمثل رضا كل طرف بالزواج من الآخر، ويعرف العقد قانونا بأنه: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة اشخاص نحو شخص أو عدة اشخاص آخرين، بمنح أو فعل، أو عدم فعل شيء ما"<sup>2</sup>، فالعقد تطابق إرادتين من أجل إحداث أثر قانوني معين إعمالا له، ويتمثل الأثر القانوني هنا في إنشاء العلاقة الزوجية المشروعة، بين رجل وامرأة طبقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري.

فالإيجاب هو التعبير الذي يصدر عن إرادة شخص يعرض على غيره أن يتعاقد معه، ويسمى موجبا، وغالبا ما يتمثل في الخاطب، أما القبول فهو التعبير الصادر عن إرادة من وجه إليه الإيجاب وصدوره مطابقا للإيجاب يتم إبرام عقد الزواج، فيسمى الشخص الذي صدر عنه القبول قابلا، وغالبا ما يتمثل في المخطوبة، حيث يرى الحنفية أن الإيجاب هو ما صدر أولا من أحد العاقدین سواء أكان الزوج أو الزوجة أو من ينوب عنهما؛ أما القبول عندهم: هو ما صدر ثانيا من الطرف الآخر أو من ينوب عنهما؛ أما جمهور الفقهاء فيرون أن الإيجاب: هو اللفظ الصادر من قبل الولي أو من يقوم مقامه كوكيل لأن القبول إنما يكون للإيجاب فإذا وجد قبله لم يكن قبولا لعدم معناه؛ والقبول هو اللفظ الدال على الرضا بالزواج الصادر من الزوج فإذا قال الرجل للمرأة: زوجيني نفسك، فقالت، قبلت كان الأول عند الحنفية إيجابا، والثاني قبولا؛ أما عند الجمهور عكس ذلك<sup>1</sup>، فأول الكلام إيجاب سواء صدر عن الخاطب أو عن المخطوبة، و حتى يعتبر الرد الآخر قبولا ينعقد به العقد يجب أن يصدر في مجلس العقد، وأخيرا يجب أن يكون مطابقا للإيجاب تمام المطابقة وإلا عد رفضا ضمنيا للإيجاب.

1- علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص 82.

2- المادة 54 من القانون المدني 10/05، المؤرخ في 20 يونيو 2005.

أولاً. الصيغة اللفظية: الأصل في العقود انعقادها بكل ما يدل على توافق إرادتي المتعاقدين في إنشاء العقد، لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، و الزواج من العقود الثنائية، التي تتم بإيجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر، وقد اتفق الفقهاء على أن الزواج ينعقد بلفظي "الزواج" و "النكاح"، بما يصاغ منهما لفظ الإيجاب والقبول، لأنهما اللفظان الموضوعان في اللغة الشرعية للدلالة على هذا العقد تخصيصاً، أما المالكية والحنفية فقد أجازوا عقد النكاح بألفاظ أخرى كالهبة، الصدقة و التملك إن قامت قرينة تدل على الزواج<sup>1</sup>، واستدلوا بقوله تعالى " وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين"<sup>2</sup>.

أما الشافعية والحنابلة فلا ينعقد الزواج عندهم إلا بلفظ النكاح أو التزويج لورودهما في القرآن الكريم، ولا يصح بغيرهما من الألفاظ لأن الزواج عقد يعتبر فيه النية مع اللفظ الخاص به<sup>3</sup>.

ويرى جمهور الفقهاء أن الصيغة يشترط فيها أن تدل على إرادة الزواج، دون لبس أو غموض وأن يصدر التعبيران في صيغة الماضي، لأن الغرض من الصيغة هو التعبير عن حصول رضى الزوجين وتطابق إرادتهما، أما المشرع الجزائري فلا يشترط إذنه في الإيجاب أن يصدر من جانب معين، بل اللفظ الذي يقع أولاً يكون إيجاباً والثاني قبولاً، حسب ما نصت عليه المادة 10/1 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 02 – 05<sup>4</sup>

وعليه يشترط لصحة عقد الزواج رضى الطرفين، بواسطة ألفاظ تفيد معنى النكاح لغة أو شرعاً أو عرفاً في مجلس واحد، وبحضور شاهدين، وتسمية صداق للزوجة، أما إذا تخلف ركن الإيجاب والقبول، فإن الزواج يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لاختلال أحد أركانه الأساسية<sup>(1)</sup>.

وقد أخذ المشرع الجزائري برأي الحنفية بالنسبة للركن الوحيد لعقد الزواج والمتمثل في رضى الزوجين طبقاً لأحكام المادة 09 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بقولها: " ينعقد الزواج بتبادل رضى الزوجين".

1- انعقاد الصيغة باللفظ العربي: انطلاقاً من مكانة الإيجاب و القبول القانونية في انعقاد الزواج، فإن جمهور الفقهاء لا يشترطون اللغة العربية في ألفاظ العقد، بل يصح بأي لغة كانت سواء كان طرفاً عقد الزواج عالين باللغة العربية أم غير عالين بها، لأن المقصود هو التعبير عن الإرادة، و يجوز بكل لغة يمكن

<sup>1</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع، ج 02، ص 344؛ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 02، ص 04.

<sup>2</sup> - سورة الأحزاب، الآية 50.

<sup>3</sup> - الشربيني، مغني المحتاج، ج 03، ص 140.

4-المادة 10الفقرة الأولى: " بقولها: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً" وذلك طبقاً لأحكام المادة 33/ من قانون الأسرة المعدل والمتمم: " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا".

التفاهم بها، وبالألفاظ التي تفيد معنى الزواج لغة أو عرفاً<sup>1</sup>، بخلاف الشافعي الذي يرى بأن عقد الزواج لا ينعقد إلا باللغة العربية إذا كان الزوجان يفهما<sup>2</sup>.

والمشرع الجزائري يجيز الفاظ العقد، بكل لغة تفيد معنى الزواج لغة أو عرفاً، وهو ما نصت عليه المادة 10/1 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

2. انعقاد الصيغة بالكتابة والإشارة (التعبير عن الإرادة): الأصل في إبرام عقد الزواج هو اللفظ، غير أن حالة أحد الزوجين أو كلاهما قد تحول ذلك، فإذا كان العاقدان حاضرين بمجلس العقد، تكون العبارة الواضحة لأنها أقوى طرق الدلالة، ولا يجوز انعقاد العقد بالكتابة، لأنه لا يلجأ إليها إلا إذا تعذرت المشافهة بالعبارة، فيتم الزواج بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين<sup>3</sup>، فالكتابة لا تكون كأصل بل استثناء فإذا تعذر التعبير عن الإرادة بطريق اللفظ عدل إلى الكتابة وهو ما اتجه إليه المشرع الجزائري في نص المادة 10 من خلال الفقرة الثانية بالسماح لكل من له مانع أن يبرم العقد بالكتابة.

أما إذا كان الزوجان أو أحدهما يعجز عن التعبير (كالمريض أو الأخرس والأبكم مثلاً)، فإنه يصح التعبير عن الإرادة، بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو شرعاً كالكتابة أو الإشارة المعلومة طبقاً لأحكام المادة 10/2 من قانون الأسرة المعدل والمتمم<sup>4</sup>، غير أنه لا يصح العقد بالإشارة ممن يحسن الكتابة، لأن الكتابة أبين في الدلالة، فإنه من يستطيع الأعلى لا يقبل منه الأدنى.

وبناء على هذا، فإنه يصح زواج الأخرس بإشارته المفهومة إن فهمت، لأن الإشارة معنى مفهوم، وإذا لم تفهم إشارته لا يصح منه وفقاً لنص المادة 10/2 من قانون الأسرة، وذلك لأن العقد بين شخصين لا بد من فهم كل واحد منهما لما يصدر من صاحبه.

ثانياً. أن يكون الرضا خالياً من عيوب الإرادة: يستدعي انعقاد الزواج إرادة جديّة وواعية، طبقاً لأحكام المواد 09 و 09 و 10 من قانون الأسرة المعدل والمتمم، غير أنه يعاب على المشرع الجزائري عدم نصّه صراحة على حكم الزواج الذي كانت الإرادة فيه مشوبة بغلط أو تدليس أو إكراه، عقد الزواج يشترط أن يكون غير معيباً من عيوب الإرادة.

1- الغلط: إذا كان عقد الزواج مشوباً بالغلط في حالتين هما:

\*الغلط المانع للإرادة: ويتم ذلك في صورتين:

<sup>1</sup> - ابن قدامة، المغني، ج 06، ص 534، حاشية الصاوي على شرح الصغير، ج 01، ص 354

<sup>2</sup> - الشربيني، مغني المحتاج، ج 03، ص 140

<sup>3</sup> - يلحاج العربي، المرجع السابق، ص 191

4- المادة 10 الفقرة الثانية: "و يصح الايجاب و القبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة او عرفا كالكتابة و الإشارة"

الغلط في ذاتية الشخص: يعد عقد الزواج من العقود التي تكون فيها ذاتية الشخص محل اعتبار، فيكون عقد الزواج باطلا اذا كان الغلط في شخص الزوج أو الزوجة المتعاقد معها، لانعدام تطابق الارادتين في الايجاب والقبول طبقا لأحكام المادة 33 من قانون الأسرة، والمادة 82/3 من القانون المدني<sup>1</sup>.

الغلط في ماهية العقد: يشوب عقد الزواج الغلط في موضوع العقد في حد ذاته، و يكون ذلك في حالة عدم اتجاه إرادة الطرفين في إبرام نفس العقد، ويترتب عنه لامحالة عدم اقتران الإيجاب بالقبول، وبالتالي يكون العقد باطلا، ويجوز أن يطلب المتعاقد المتضرر إبطال العقد وقت إبرامه<sup>2</sup>، وذلك كمن يريد الزواج عن طريق إيجابه بينما كان القبول يتجه نحو علاقة حرة، ومن ثم عدم تطابق الارادتين.

\*الغلط المفسد للإرادة: الغلط هنا يكون في صفة من الصفات الأساسية للمتعاقدين، كان يكون الغلط في الحالة المدنية للشخص، أو في صفاته الجسمانية أو في صفة من صفاته الخلقية، فيجيز المشرع هنا للمتضرر طلب فسخ هذا الزواج.

2-التدليس: التدليس في عقد الزواج هو إخفاء العيوب أو يكون باستعمال الحيلة أو الخديعة أو الغش أو الخيانة، فللمدلس عليه الخيار في فسخ الزواج وطلب التعويض، و يثبت للمتضرر ذلك بشرطين هما :

أن يكون العيب ( أو المرض) موجودا قبل الزواج، وألا يكون الطرف الآخر عالماً بها، فالتدليس طبقا لأحكام المادتين 81 و 82 من القانون المدني هو تضليل أو تمويه للحقيقة، باستعمال الطرق الاحتيالية للوصول إلى غرض غير مشروع، كاستخدام الخديعة والغش، أو مجرد السكون لإخفاء الحقيقة لدفع الطرف الآخر للتعاقد<sup>3</sup>.

3-الإكراه: الإكراه في عقد الزواج هو استعمال ضغط غير مشروع على إرادة الشخص، يترتب عليه حالة من الرهبة أو الخوف، ويكون الإكراه ماديا ( كالضرب أو التعنيف)، او معنويا (كالتهديد بإيقاع ضرر ما)، فإذا كان أحد الزوجين تحت طائلة الإكراه، فالإرادة هنا تكون معيبة، والعقد يستوجب الإبطال طبقا لأحكام المادة 33/1 من قانون الأسرة، وهو ما قال به جمهور الفقهاء ( المالكية والشافعية والحنابلة) بأن زواج المكره لا يجوز، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 12/03/2008 بقولها: "يبطل الزواج بانعدام ركن الرضى، ولا يحق للقضاة إجبار المرأة غير الراضية به على إتمام إجراءات الزواج"<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - تنص المادة 82/3 من القانون المدني على أنه: "إذا وقع الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

<sup>2</sup> - وذلك طبقا لأحكام المادة 81 من القانون المدني التي تنص على أنه: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله".

<sup>3</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 214.

<sup>4</sup> - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 12/03/2008، ملف رقم 415123، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2008، ص 275.

ثالثا .الاشتراط في عقد الزواج: طبقا لأحكام المادة 19 من قانون الأسرة المعدل والمتمم التي تقضي بأنه للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج، أو في عقد رسمي لاحق، كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانوني، ويقصد بالاشتراط في عقد الزواج تلك الشروط التي تجد أساسها في إرادة الطرفين معا، أو تلك التي يشترطها أحدهما على الآخر، فإذا كانت القاعدة هي أن تعليق الزواج على شرط واقف أو فاسخ مما يجعله باطلا، فإنه لا مانع يمنع من تضمين عقد الزواج نفسه لبعض الشروط الإرادية التي لا تتنافى مع أحكام العقد ومقاصده الشرعية.

1- الشروط الصحيحة: من بين الشروط الصحيحة في عقد الزواج، اشتراط الزوجة على زوجها وعدم الزواج عليها، أن يعجل لها كل صداقها، أو لا يضر بها، أو اشتراطها مواصلة الدراسة أو العمل، و أن ألا يسكنها مع أهله أو مع ضررتها، أو كاشتراط الزوج على زوجته عدم العمل خارج البيت الزوجية، أو السكن مع أهله، فهذه الشروط لازمة و لا تتنافى مع مقتضى عقد الزواج، ولا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية، و تدخل في إطار حرية الاشتراط في العقد، تطبيقا لقوله ﷺ " أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج"<sup>(1)</sup>، وقوله أيضا: " المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو حلل حراما"<sup>(2)</sup>.

2- الشروط غير الصحيحة: و منها اشتراط الزوج على زوجته تنفق عليه أو ألا ينفق عليها، أو أن تكون نفقتها على أبيها، أو كأن تشترط الزوجة على زوجها أن لا يعدل بينها وبين ضررتها في المبيت، واشتراطها ألا يجامعها إلا مرة واحدة في الشهر أو لا تلد أو أن يتبنى أحد أبنائها من زوج سابق، أو الاتفاق على أنه إذا توفي أحدهما لا يرثه الباقي على قيد الحياة، فمثل هذه الشروط تخالف أحكام الشريعة الإسلامية و يتنافى مع ما تقتضيه طبيعة عقد الزواج في مقصوده الأصلي، فإن وقعت هذه الشروط في عقد الزواج، كان الشرط باطلا والعقد صحيحا، طبقا لأحكام المادة 35 من قانون الأسرة المعدل والمتمم<sup>(3)</sup>، هذا ويجوز في التشريع الجزائري اشتراط الزوجة على زوجها عدم الزواج عليها، أو العمل خارج البيت الزوجي، طبقا لأحكام المادة 19 من قانون الأسرة المعدل، ويجوز لها أن تطلب التطلق عند مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج طبقا لأحكام المادة 9/53 من قانون الأسرة المعدل<sup>(4)</sup>.

وبهذا يمكن القول، أنه للزوجين الاشتراط، اذا لم تخالف هذه الشروط أحكام الشريعة الإسلامية والقانون، ( الشروط باطلة أو ماسة بالنظام العام)، تطبيقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين طبقا لنص

<sup>1</sup> .سنن الدرامي، ج 02، ص 143.

<sup>2</sup> .حديث أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الإجازة، باب أجر السمسرة والمسلمون على شروطهم.

<sup>3</sup> .تنص المادة 35 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05 – 02 بقولها: " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا".

<sup>4</sup> .تنص المادة 9/53 من قانون الأسرة المعدل بقولها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب الآتية: . مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج".

المادة 106 من القانون المدني الجزائري ، وعلى هذا فإن فقهاء الشريعة الإسلامية يرون ان اشتراط الزوجة على زوجها أن لا يتزوج عليها مشروع، لأنه لا يتعارض مع مبدأ تعدد الزوجات المشروع في الشريعة الإسلامية، ولأن الأمر ليس واجبا، كما أن الشارع أباح للمكلف إنشاء عقد الزواج بالكيفية الشرعية، التي من صورها إنشاء عقد الزواج المقترن بالشرط الذي لا يخالف الشارع في أمر و نهيه<sup>(1)</sup>.

3- بطلان الزواج المربوط بأجل أو معلق على شرط :تجد الشروط مصدرها في أحكام الشرع، اوفي إرادة المتعاقدين ، فالعقد قد يكون منجزا ، فتكون صيغته غير مقيدة بأمر من الأمور كالشرط والأجل، وحكم هذا العقد أنه ينعقد ويرتب كل آثاره في الحال، بمجرد تطابق الارادتين (الإيجاب والقبول) على موضوعه، وتوافر الشروط القانونية التي تم الاتفاق بشأنها.

وقد يعلق العقد على شرط او ان يرتبط بأجل معين، فالعقد المعلق على شرط هو ما علق إبرامه على شيء مستقبل قد يقع وقد لا يقع، كأن يقول شخص لامرأة تزوجتك إن حصلت على وظيفة، و قد يضاف إلى أجل معين و هو ما كانت صيغته مضافة إلى زمن مستقبل، كأن يقول الرجل لامرأة تزوجتك بعد مرور سنتين من اليوم، و هو ما لا ينسجم مع طبيعة وحقيقة الزواج القانونية والشرعية، كما أن طبيعة عقد الزواج لا تتفق مع الرضى الاحتمالي الذي لا يؤدي إلى إنشائه في الحال وبصفة فورية، كما أن عقد الزواج الذي لا تراخى أحكامه عن أسبابه، لا يمكن أن يضاف إلى المستقبل، لأن آثاره يجب أن تطبق حالا وفور إنشائه.

وعلى هذا الأساس، فإن عقد الزواج يشترط فيه أن يكون باتاً (نهائياً)، غير مقيد بأجل ولا معلقا على شرط واقف أو فاسخ، ويستوي في ذلك أن يكون الشرط محتمل الوقوع، أو أن يكون شرطا مستحيلا، لأن الشارع الحكيم وضع هذا العقد لتترتب عليه آثاره في الحال، فتأخيره إلى المستقبل من الزمان تعطيل له و إهمال المقصود منه وهو إفادة الملك حالا<sup>(2)</sup>، و قد نصت المادة 32 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 02 – 05 على أنه يبطل الزواج إذا اشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات العقد.

رابعا . الوكالة في عقد الزواج: اذا امتنع احد اطراف العقد من الحضور الى مجلس العقد ، فانه يمكن ان يقوم بتوكيل غيره لينقل ارادته الى المجلس الذي غاب عن حضوره ، و التوكيل في الزواج له مفهوم خاص ، فالتوكيل في عقد الزواج يكون بتوكيل الغير لنقل ارادته المجسدة في الصيغة الى مجلس العقد.

1-المقصود بالوكالة في عقد الزواج :يقصد بها تفويض أحد في امر معلوم من المعاملات مع بقاء حق تصرف في يده، وذلك مما يجوز له التصرف فيه بنفسه ، ويكون فيه مالكا للتصرف ومقتدرا عليه بالنسبة إلى أهلية نفسه وأصل التصرف في ذلك الشغل مقام نفسه، أو هي إقامة الوكيل مقام موكله في العمل

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 206.

<sup>2</sup> -بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 199. 200.

المأذون فيه<sup>1</sup>، كما أنه من ملك تصرفا من التصرفات جاز له أن يباشره بنفسه، أو أن يوكل عنه بمباشرته، كالبيع والشراء، والتزويج والطلاق، وغير ذلك من العقود التي تقبل النيابة.

وقد أجاز الفقهاء التوكيل للرجل في عقد الزواج، لأن الواقع المعتاد أن لا يباشر الرجل والمرأة العقد بنفسهما، لغلبة الحياء على الناس في مثل ذلك، إلا أن الفقهاء اختلفوا في مسألة الوكالة في عقد الزواج، فالحنفية يرون بأن التوكيل في عقد الزواج يصح من الرجل والمرأة إذا كان كل منهما كامل الأهلية، لأن المرأة عند هم تستطيع أن تزوج نفسها، ولها أن توكل غيرها في العقد، عملا بالقاعدة الفقهية القائلة، كل ما جاز للإنسان أن يباشره من التصرفات بنفسه، جاز له أن يوكل غيره فيه، إذا كان التصرف يقبل النيابة، أما جمهور الفقهاء ( المالكية، الشافعية، الحنابلة) فلا يصح للمرأة عندهم توكيل ولها في الزواج، لأنها لا تملك إبرام العقد بنفسها فلا تملك توكيل غيرها فيه<sup>2</sup>

2- موقف المشرع الجزائري: نص المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 20 الملغاة بموجب التعديل رقم 05 – 02، على الوكالة في عقد الزواج<sup>3</sup> فأخذ بأحقية الرجل في التوكيل دون المرأة على أساس أن المرأة لا تستطيع أن تبرم عقد زواجها بدون حضور ولها، وبما ان الغاء النص دون اصدار حكم اخر يمنع التوكيل، فيه سعة امام اللجوء لأحكام الشريعة الاسلامية، اذ يجوز التوكيل قانونا بالاستناد لنص المادة 222 من قانون الاسرة الجزائري.

و رغم وجود فائدة طفيفة للزواج بالتوكيل، وخاصة في حال غياب أحد الزوجين عن مجلس العقد لأسباب قاهرة، إلا أن مفهوم الوكالة لا ينسجم كثيرا مع طبيعة عقد الزواج ونظامه القانوني، ذلك أن عقد الزواج من العقود الرسمية والشكلية الخطيرة، التي تقوم على الاعتبار الشخصي وعلى مبادئ الرضا في العقد والحرية في الاختيار.

اضافة إلى ان عقد الزواج عقد أبدي بين الرجل والمرأة، وما تقتضيه طبيعته من التزامات و مسؤوليات خطيرة، الأمر الذي يستوجب تولي المعني بالأمر شخصا مباشرة العقد، وهذا كله تفاديا للمشاكل والمنازعات التي قد تحدث بعد إبرام عقد الزواج<sup>4</sup>.

## المحاضرة الرابعة

### الاهلية والولاية في عقد الزواج

لقد بين المشرع الجزائري من خلال نص المادة 09 مكرر من قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب

<sup>1</sup> - علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، كتاب الشركات والوكالة، منشورات مكتبة النهضة، بيروت، لبنان، بغداد، ص 523.

<sup>2</sup> - الشربيني، مغني المحتاج، ج 03، ص 147.

<sup>3</sup> - المادة 20 من من قانون الأسرة رقم 84 – 11: "يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة"

<sup>4</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 220. 221.

الأمر 05 - 02<sup>1</sup> ، ما يعد ركنا في عقد الزواج وما يعد شرطا فيه ، و نظرا لخصوصية عقد الزواج فان الولاية لها دور مهم في انعقاده الى الحد الذي يعتبر فيه الزواج غير صحيح بتخلفها ، خلافا لذلك لا تجد الاهلية نفس المكانة فقد يتم العقد رغم تخلفها في احد الزوجين او كليهما ، ذلك ان اهلية الولي في معظم العقود تكفي لانعقاده ، و على هذا فقد لا يكون للأهلية دور مهم كتزويج المجنون مثلا.

**أولا. الأهلية في عقد الزواج:** تختلف الأهلية باختلاف العقود والتصرفات التي يباشرها الإنسان فمن كان أهلا لعقود المعاوضات، قد لا يكون أهلا لعقود التبرعات، ومن يكون أهلا للأخذ والتمليك، قد لا يكون أهلا للإعطاء والتمليك ، و تعتبر أهلية المتعاقدين من الشروط العامة لكل عقد فيشترط في العاقد أهلية التصرف.

**1- الأهلية في اللغة:** و يقال فلان أهل لهذا العقد، إذا كان صالحا للقيام به، أو لطلبه منه، أو لاستحقاقه<sup>(2)</sup> ، و الاهلية هي: صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحا، لثبوت الحقوق له ووجوب التزامات عليه وصحة التصرفات عنه، أو هي صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلا صالحا للخطاب بالأحكام الشرعية<sup>(3)</sup>، وتنقسم الأهلية إلى:

**أ- أهلية وجوب:** وهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق و التحمل للالتزامات، مما يجعلها مطابقة للشخصية القانونية، حيث تدور وجودا وعدما مع الحياة لأنها تثبت لكل شخص.

**ب- أهلية الأداء:** وهي صلاحية الشخص لإبرام التصرفات القانونية، أي القدرة على التعبير بنفسه عن إرادته منتجا لآثاره القانونية في حقه وذمته<sup>(4)</sup>.

وبما أن عقد الزواج عقد كباقي العقود ، ينتج آثارا والتزامات بين طرفيه، فإن الأهلية شرط لازم فيه، وهو ما نصت عليه أحكام المادة 09 مكرر من قانون الأسرة المعدل والمتمم.

**2- أهلية الزواج في الفقه الإسلامي:** لم يحدد فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى سن البلوغ الذي تتم به أهلية المرأة والرجل للزواج، وقالوا بأن مرحلة البلوغ هي تلك الفترة التي تأتي بعد مرحلتها الطفولة و التمييز، وهي تظهر بعلامات طبيعية للشخص حيث يعتبر الشخص بالغاً بوجود واحدة من هذه العلامات ، ويشترك في علامتان كل من الفتى والفتاة وهما: الإنزال وإنبات شعر العانة ، كما توجد علامات في الفتى كالاحتلام، وعلامات في الفتاة كالحيض، وفي حالة ما إذا تأخرت هذه العلامات حدد الفقهاء حينها أهلية الزواج بسن معينة، بحيث قدرها جمهور الفقهاء ( الشافعية والحنابلة) بخمسة عشر (15) سنة للذكور

1- المادة 09 مكرر: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج".

<sup>2</sup> - رمضان على الشرنباصي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، ط 2003، ص 73.

<sup>3</sup> - أحمد شامي، المرجع السابق، ص 62.

<sup>4</sup> - حسين توفيق رضا، أهلية العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مطابع أمون، القاهرة، ط 2000، ص 23، 24؛ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 01، ص 265.

والإناث<sup>1</sup>، والحنفية ببلوغ الثامنة عشرة (18) سنة بالنسبة للفتى والسابعة عشرة (17) سنة بالنسبة للفتاة<sup>2</sup>، في حين ذهب المالكية إلى أن سن البلوغ بالنسبة للفتى والفتاة هو ثمانية عشر (18) سنة<sup>3</sup>.

و الصبي المميز عند أغلب الفقهاء، يكون موقوفاً على إجازة وليه الشرعي<sup>4</sup>، على أنه متى ظهرت فيه إحدى علامات البلوغ الطبيعية، جاز له أن يعقد الزواج بنفسه<sup>5</sup>، وهو دلالة على أن بلوغ سن النكاح هو علامة انتهاء الصغر، وقال بعض فقهاء الشريعة الإسلامية بعدم صحة زواج الصغار قبل البلوغ، باعتبارهم غير قادرين على تحمل أعباء الزوجة المادية منها والمعنوية<sup>5</sup>، أما بالنسبة للصغير غير المميز لا ينعقد الزواج بعبارة قول واحد.

3- أهلية المجنون والمعتوه: يقع زواج المجنون والمعتوه باطلاً، لفقدان القوى العقلية التي تجعل الشخص فاقداً الإدراك والتمييز حكماً، غير أنه إذا كان زواج المجنون أو المعتوه محققاً لمصلحة له (أي مفيداً في علاجه) كان زواجهما صحيحاً ويتولاه وليهما، على أن يتم العقد بإذن القاضي<sup>6</sup>.

وذهب المالكية إلى أن المجنون (سواء كان أصلياً أو طارئاً) لا خيار له بعد الإفاقة، ويكون تزويجه نهائياً منذ انعقاده، في حين يرى الحنفية بثبوت الخيار للمجنون بعد الإفاقة، وذلك لقيام الزواج على التراضي والاختيار الحر للمتعاقدين.

4. أهلية الزواج في التشريع الجزائري: حدد المشرع الجزائري سن الزواج في ظل القانون رقم 224 - 63 المؤرخ في 29/06/1963 بالنسبة للرجل ببلوغه سن ثمانية عشر (18) سنة، أما المرأة فببلوغها سن ستة عشر (16) سنة، أما قانون الأسرة رقم 84 - 11 فلم تكن مسألة الأهلية منسجمة ما بين القانون المدني وقانون الأسرة، حيث كان سن الرشد المدني تسعة عشر 19 سنة<sup>7</sup>، بينما في قانون الأسرة رقم 84 - 11 فقد كانت أهلية الرجل ببلوغه واحد وعشرون 21 سنة كاملة، و المرأة ببلوغها سن ثمانية عشر 18 سنة<sup>8</sup>، ونتيجة لذلك فإن الشخص قد يبلغ سن الرشد طبقاً للقانون المدني في حين أنه غير مؤهل للزواج طبقاً لقانون الأسرة، كما أن المرأة تكون كاملة وفقاً لقانون الأسرة دون أن تبلغ سن الرشد المدني، إلا أنه بتعديل قانون الأسرة بالأمر 05 - 02 فقد حدد المشرع الجزائري أهلية الزواج بتسعة عشر 19 سنة كاملة

<sup>1</sup> - ابن قدامة، المغني، ج 04، ص 513

<sup>2</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع، ج 09، ص 4471

<sup>3</sup> - الأزهري، جواهر الإكليل، ج 02، ص 97؛ الخطاب، مواهب الجليل، ج 03، ص 428.

<sup>4</sup> - عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 04، ص 29

<sup>5</sup> - ابن حزم، المحلى، ج 09، ص 458؛ السرخسي، المبسوط، ج 04، ص 212.

<sup>6</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 157.

<sup>7</sup> - حيث تنص المادة 40 من القانون المدني على أنه: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر سنة كاملة".

<sup>8</sup> - المادة 07 من قانون الأسرة رقم 84 - 11 بقولها: "تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة، وللمرأة 18 سنة...".

بالنسبة للرجل والمرأة من خلال أحكام المادة 07<sup>1</sup>، وهو في ذات الوقت سن الرشد المدني على أن يكونا كاملي الأهلية، ودون أي عارض من عوارضها طبقاً لأحكام المادة 81 من قانون الأسرة.

و بهذا فقد ساوى المشرع بين الجنسين، لاعتبارات منها: سن الرشد القانوني والمالي، وتبعات الحياة الزوجية المادية والمعنوية، ومسؤوليات الزواج الجسدية والخطيرة، وكذا العوامل البيولوجية والنفسية، فأهلية الزواج تستوجب البلوغ والعقل، وقد أخذ المشرع الجزائري تحديد السن الأدنى للزواج من آراء المالكية والحنفية، ومن هنا يكون تقدير سن الزواج وقت إبرام عقد الزواج، وليس وقت الدخول، ويعتمد في ذلك على دفتر الحالة المدنية عند وجوده، أو شهادة الميلاد المستخرجة من سجلات الحالة المدنية للزوجين<sup>2</sup>.

و استثنى نص المادة 07 حالة الترخيص بالزواج قبل بلوغ السن القانونية، و القاضي هو الذي يقوم بتقدير حالة الضرورة أو المصلحة، التي تمنح الرخصة (تعفي من شرط السن القانونية) بموجبها للإعفاء من شرط السن القانونية، و المشرع اراد ان يتخذ للأهلية في الزواج معيارين: الاول و هو السن القانونية 19 كحد اقصى، و المعيار الثاني و هو الجاهزية النفسية و الجسدية لمباشرة الزواج.

ثانيا. **الولاية في عقد الزواج:** الولاية في الزواج مخولة لعدة اشخاص شرعا قانونا، فهي ليست حكرا على شخص معين، على ان تتوفر فيهم مجموعة من الشروط، و الولاية في الزواج من المواضيع التي كانت محل جدل في الفقه الاسلامي، وضغطا واسعا من بعض الجمعيات النسائية، و قد حاول التقنين تكييف الولي كشرط صحة وفقا لقانون الأسرة الجزائري المعدل بموجب الأمر 05 – 02، حيث تحولت الولاية من ركن إلى شرط من شروط صحة في حالة وجوبه، وإلى حق من حقوق المرأة الراشدة ولها أن تستعمله أو تزوج نفسها.

### 1. تعريف الولاية:

أ- لغة: الولاية بكسر الواو في اللغة هي المحبة والنصرة، منه قوله تعالى: "قال تعالى: {أَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ اللَّهَ لَهُ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا لَكُمْ مِنْ دُونِ اللَّهِ مِنْ وَلِيٍّ وَلَا نَصِيرٍ}"<sup>3</sup>

ب- اما اصطلاحا: فهي تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه، أو سلطة شرعية تمكن صاحبها من مباشرة العقود، وترتب آثارها عليها دون توقف على إجازة أحد، أو هي: فهي سلطة تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء التصرفات القانونية وتنفيذها نيابة عن المولى عليه<sup>4</sup>، و للولاية عدة اقسام منها ما ذكره المشرع الجزائري في نص المادة 11 الفقرة الاولى و المادة 13 في تزويج المرأة، كما نجده لم ينص على الكثير

<sup>1</sup> - المادة 07 من قانون الأسرة المعدل و المتمم: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة..."

<sup>2</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 158.

<sup>3</sup> - سورة البقرة الآية 107

<sup>4</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 308؛ د. عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري "الزواج و آثاره، منشورات

جامعة دمشق، ط 07، 1996، ج 01، ص 164

من الاحكام على الولي ك شروط الولي ، ما عدا الفقرة الثانية من المادة 11 التي ترتب الاولياء بالنسبة الى زواج القصر .

2. أقسام الولاية: قسم الفقه الولاية الى ثلاثة أقسام: ولاية على النفس، وولاية على المال، وولاية النفس والمال معا.

أ. الولاية على النفس: هي التي تهمنا في هذا الشأن، باعتبارها سلطة إنشاء عقد الزواج، وتكون للأب والجد وسائر الأولياء من العصبات حسب ترتيبهم في الميراث.

ب. الولاية على المال: وهي قدرة الولي على انشاء العقود الخاصة بالمال بما فيها مصلحة الولي كعقد بيع عقار مملوك للقاصر

ت. الولاية على المال و النفس: وهي تضم الولاية على النفس و ولاية على المال

وتنقسم الولاية في الزواج إلى نوعين هما:

\* ولاية إجبار: هي ولاية الأب أو الجد أو المقربين على الفتاة البكر، والصغير والمجنون، وفيها يكون للولي إنشاء العقد على المولى عليه ولا يشاركه أحد، لعدم توافر شرط العقل والبلوغ المولى عليه في أهلية الزواج، فهي السلطة التي يملك بها الولي تزويج من هم في ولايته .

\* ولاية الاختيار: وهي ولاية المشاركة، تثبت للولي على المرأة البالغة العاقلة، ويقوم وليها بإجراء عقد زواجها ويكون الخيار لها ، غير أنه يستحسن أن تستشيرها حتى لا توصف المرأة بالخروج عن التقاليد والأعراف.

3. شروط الولي وترتيب الأولياء:

أ. شروط الولي:

-الاهلية الكاملة: اي أن يكون الولي كامل الأهلية ( العقل والرشد) ، فلا يصح للصبي ولا للمجنون أو المعتوه أن يكون وليا على المرأة، و اجاز جمهور المالكية ولاية السفية، لأن الحجر في هذه الحالة إنما يمس تصرفاته المالية دون غيرها<sup>1</sup>.

-اتحاد الدينين الولي والمولى عليه: يجب أن يكون الولي مسلما إذا كانت المرأة مسلمة، فلا ولاية لكافر لزواج المسلمة لقوله تعالى: " لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين"<sup>2</sup>، ويصح أن يكون الولي كتابيا متى كانت المولى عليها كتابية.

<sup>1</sup> - ابن جزى، القوانين الفقهية، ص 148

<sup>2</sup> - سورة آل عمران، الآية 28

- أن يكون الولي ذكرا: وهذا شرط عند جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة)، بخلاف الحنفية الذين يجيزون ولاية المرأة البالغة، لأن المرأة لا تستطيع أن تتولى زواج نفسها بدون ولي، وقد نهى الرسول ﷺ على أن تزوج المرأة المرأة أو المرأة نفسها، وقال بأن الزانية هي التي تتولى زواجها.

- العدالة: لا تثبت الولاية للفاسق، إلا أن الفقهاء اختلفوا في اشتراط العدالة في الولي، والراجح أنها ليست شرط صحة لانعقاد الزواج، وإنما شرط كمال لا غير، أي ان ولايته صحيحة.

ب. ترتيب الأولياء: الولاية في الزواج عند أغلب الفقهاء تثبت للعصبات على حسب ترتيبهم في الميراث، وهم: الابن وإن نزل، ثم الأب والجد، ثم الأخ وابن الأخ، ثم العم، فالأقربون بالترتيب، ويقدم الشقيق على غيره، فإذا لم توجد العصبه تنتقل الولاية إلى ذوي الأرحام وتنتهي إلى السلطان لأن السلطان ولي من لا ولي له، لقوله ﷺ: "... فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له" (1).

3. التكيف الفقهي والقانوني للولاية في الزواج: لقد شرعت الولاية في الشريعة الإسلامية رعاية لمصالح العاجزين عن التصرف وشؤونهم و حفظا لحقوقهم، بسبب فقدهم الأهلية أو نقصها، فلا تضيع حقوقهم ولا تهدر، و لذلك أقام الشارع لمن عجز عن رعاية مصلحته من يتولى أمره، ويحقق له النفع ويدفع عنه الضرر (2).

أ. التكيف الفقهي للولاية في الزواج:

الرأي الأول: اتجه أبي يوسف من الحنفية و جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة)، إلى أن المرأة لا يجوز لها ان تباشر عقد الزواج بنفسها ولا لغيرها، حتى وإن وكلت رجلا غير وليها بتزويجها كان هذا التوكيل باطلا، والزواج المبني عليه فاسدا، واستدل جمهور الفقهاء بالأدلة الآتية:

- من الكتاب: قوله تعالى: (وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم) (3)، وقوله أيضا: (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) (4)، فالله سبحانه وتعالى قد خاطب في الآيتين معا الرجال، ولم يخاطب النساء، وكأنه يقصد في الآية الثانية لا تنكحوا أيها الأولياء مواليكم للمشركين.

- من السنة النبوية: عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل، فإن دخل بها لها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي

1. فتح الباري، شرح صحيح البخاري، ج 09، ص 987.

2. د. مصطفى السباعي، المرجع السابق، ج 01، ص 152.

3. سورة النور، الآية 32.

4. سورة البقرة، الآية 221.

من لا ولي له"، وقوله ﷺ: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"<sup>1</sup>.

يستنتج من هذه الأحاديث ، أن ولاية إبرام عقد الزواج قد حصرها الشارع الحكيم في الأولياء دون النساء.

- **من المعقول:** إن من فطرة النساء الحياء، والابتعاد عن مجالس الرجال، والتسرع في اختيار الزوج، لذا أوجب الشرع اشتراط الولي معها في اختيار الزوج الأصلح، فالولاية لم تشرع في الفقه الإسلامي لاعتبار المرأة ناقصة أو فاقدة أهلية، فالمرأة مثل الرجل لها أهلية بدليل أن لها ذمة مالية مستقلة عن أبيها أو زوجها و أقاربها، فهي ترث وتورث، تبرم عقودها المدنية وتفسخها ولا معقب لحكمها، غير أن أمر الزواج ليست لها دراية بأمور هذا العقد الذي سماه الله عز وجل "بالميثاق الغليظ" الذي إذا فشلت فيه كان سببا في الشقاوة الأبدية، وإن نجحت كان سببا في سعادتها<sup>2</sup>.

**الرأي الثاني:** يرى الحنفية في هذا الرأي أنه يحق للمرأة البالغة و العاقلة بكرا كانت أم ثيبا ، مباشرة عقد زواجها بنفسها، أو أن تولى في عقد زواج غيرها من النساء، وإن كان يستحب لها أن تستأذن وليها، ويبقى للولي فقط حق الاعتراض على الزواج متى كان الزوج غير كفاء، أو متى قدم لها مهر لا يليق بمقامها، ما دام الكفاءة حق يتقاسمه كل من المرأة و الولي، واستدل الحنفية بما يلي:

- **من الكتاب:** قوله تعالى: (فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره)<sup>3</sup> ، وقوله أيضا: (وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف)<sup>4</sup>.

فقد وجه الخطاب في هاتين الآيتين إلى النساء مباشرة وليس إلى الرجال، فلها الحق أن تنشأ عقد زواجها بمفردها دون إذن وليها.

- **من السنة النبوية:** عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: "الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها"<sup>5</sup> ، وفي هذا الحديث استئذان البكر هو في نظر الحنفية هو من باب الاستحباب.

- **من المعقول:** تصرف المرأة حين تزوج نفسها هو خالص حقها ، لأن نفسها مملوكة لها وهي بالغة و عاقلة، و بما انها تتصرف في مالها متى كانت راشدة، فكذلك الزواج بل هو أولى لأنها هي التي تتزوج لا وليها<sup>6</sup>.

**ب. التكييف القانوني للولي في التشريع الجزائري:** قام المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 09 قانون الأسرة رقم 84 – 11 بتكييف الولي في عقد الزواج على أنه ركن من أركانه<sup>7</sup> ، وهو ما أكدته المادة 11 من

<sup>1</sup> - سنن الدرامي، باب النهي عن النكاح بغير ولي، ص 137؛ ابن العربي، صحيح الترمذي، ج 05، ص، ص 13، 26.

<sup>2</sup> - شامي أحمد، المرجع السابق، ص 78.

<sup>3</sup> - سورة البقرة، الآية 288

<sup>4</sup> - سورة البقرة، الآية 232.

<sup>5</sup> - أخرجه جماعة إلى البخاري

<sup>6</sup> - محمد الكشور، المرجع السابق، ص 302.303.

<sup>7</sup> - المادة 09 " يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، وبولي الزوجة..."

نفس القانون على أنه<sup>1</sup>، غير أن المشرع في المادتين 32 و 33 من نفس القانون، نجد أنه لا يعتبر الولي ركنا في عقد الزواج وإنما شرطا من شروط صحته فيفسخ الزواج بدونه قبل الدخول، ويثبت بعد الدخول بصداد المثل، ولا يختل الزواج إذا اختل ركن مضاف إليه، كاجتماع الولي مع الصداد أو الولي مع الشاهدين.

وبالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني، فإن اختلال ركن من أركان العقد يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا، وهو ما لم ينص عليه المشرع في قانون الأسرة رقم 84 - 11، هذا ما جعل المشرع يتدخل من خلال التعديل بموجب الأمر 05 - 02 في المادة 09 مكرر<sup>2</sup>، وجعل الولي شرطا من شروط صحته و لم يعد ركنا في عقد الزواج، و يترتب عن تخلفه أو تخلف أي شرط آخر فسخ العقد قبل الدخول، ويثبت بعد الدخول بصداد المثل، وهو ما يتعارض مع نص المادة 2/33 المعدل بموجب الأمر 05 - 02 والتي تنص على أن الزواج في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداد فيه، ويثبت بعد الدخول بصداد المثل إذا تم بدون شاهدين أو صداد أو ولي<sup>3</sup>

اما أحكام المادة 2/11 من قانون الأسرة المعدل<sup>4</sup>، فيفهم من خلالها أن الولي لا يكون واجبا إلا في زواج القصر ( أي المرأة التي لم تبلغ سن تسعة عشر 19 سنة)، وما عدا ذلك فإنه يجوز للمرأة الراشدة العاقلة أن تعقد زواجها بنفسها ولها الاختيار لممارسة الولاية، بحيث تمكنها لأبيها أو لأحد أقاربها، ويمكن أن يكون هذا الولي أي شخص آخر تختاره في حالة معارضة ولها الشرعي<sup>5</sup>، و انعدام الولي المنصوص عليه كشرط صحة في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة، قد لا يؤدي إلى انعدام الزواج، لأن المادة 09 مكرر تطبق في حدود المادة 2/33 من قانون الأسرة المعدل.

و يظهر من نص المادة 2/33 من قانون الأسرة المعدل أن المشرع الجزائري أخذ بما ذهب إليه الجمهور بأن الزواج إذا تم دون ولي ( في حالة وجوبه)، يفسخ قبل الدخول ولا صداد فيه، ويثبت بعد الدخول بصداد المثل إذا استوفى الأركان والشروط الأخرى المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة المعدل.

4. **صلاحيات الولي في عقد الزواج:** طبقا لأحكام المادة 11 من قانون الأسرة المعدلة فإن الفصل في القبول أو الرفض هو بيد المرأة وحدها فلا يملك الولي المعارضة في إبرام عقد الزواج، و تتمثل صلاحياته في:

1-المادة 11: " يتولى زواج المرأة ولها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له".

2-المادة 09 مكرر: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:..الولي..".

3-المادة 33 الفقرة الثانية: " إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداد أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداد فيه، ويثبت بعد الدخول بصداد المثل".

4-المادة 11 الفقرة الثانية: " دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له"

5-المادة 1/11 من قانون الأسرة المعدل " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور ولها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره".

الكفاءة لجميع بالنسبة لجميع النساء ( إذ يجوز له الاعتراض على زوج أقل منها كفاءة)، وصدّاق المثل ( إذا كان الصداق زهيدا وكانت المرأة دون سن الرشد القانوني، كما أنه لا يجوز له التدخل في الشروط التي تريد تسجيلها في العقد، أو في التي يشترطها الزوج وتقبلها هي.

وعليه فإنه إذا بذل الزوج صداق المثل و تحققت فيه الكفاءة ،و كانت المرأة راشدة، فإن امتناع الولي يكون عضلا، و يحق فيها للمرأة رفع الأمر إلى القاضي الذي يأمر الولي بتزويجها، وإلا تولى هو مباشرة عقد زواجها طبقا لأحكام المادتين 2/11 و 13 من قانون الأسرة المعدلة.

أما فيما يتعلق بزواج الصغار، فقد حدد المشرع الجزائري أهلية الزواج بـ 19 سنة طبقا لأحكام المادة 07 من قانون الأسرة، وأنه لا يجوز قانونا تزويج الصغار، قبل بلوغهم سن 19 سنة، إلا بترخيص من القاضي لمصلحة أو ضرورة، وبعد موافقة ولهم الشرعي وهو ما أكدته المادة 2/11 من قانون الأسرة المعدل ، و بخصوص الولاية على القاصر، نصت المادة 87 من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر 05 – 02، بأنه للأب ثم للأم، ثم للوصي الولاية القاصرة، ولا تبطل إلا بإذن من القاضي لأسباب شرعية<sup>(1)</sup>.

## المحاضرة الخامسة

### الصداق في عقد الزواج

من مميزات عقد الزواج انه يدخل فيه شيء من الاموال لبنائه ، و التي بتخلفها لا يصح معه الزواج ، اصطلاح القانون والفقه على تسميتها بعدة اسماء اشهرها الصداق.

شرع الصداق تكريما للمرأة وبياناً لنية الرجل على شراء مودتها ،وحسن التقرب منها لبناء الأسرة، ولقد قامت الأدلة من الكتاب والسنة على وجوبه ، وهذا ما أكدته المشرع الجزائري من خلال المواد من 14 إلى 17 من قانون الأسرة المعدل والمتمم.

### اولا. مفهوم الصداق:

1. تعريف الصداق :الصداق بفتح الصاد مشتق من الصديق ، و هو لغة : يراد به مهر المرأة اما اصطلاحا: فهو الحق المالي الذي يجب على الرجل لامرأته بالعقد عليها، أو بالدخول بها، رغبة منه للاقتران بها، وللصداق عدة أسماء مذكورة في القرآن الكريم منها: الأجر، والفريضة، والنحلة ، أو هو ما يبذله الرجل للمرأة من المال المشعر بالرغبة في عقد الزواج الصحيح، لأجل إنشاء أسرة وتثبيت أسس المودة والرحمة بين الطرفين<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 317.318.

<sup>2</sup> - محمد الكشيور، المرجع السابق، ص 318.

ولقد عرف المشرع الجزائري الصداق في المادة 14 من قانون الأسرة المعدل على انه ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها ، من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء<sup>1</sup>.

2. أدلة مشروعية الصداق: الصداق مفروض بكتاب الله تعالى وسنة نبيه.

- من الكتاب: قوله تعالى: "وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً"<sup>2</sup>، وقوله أيضا: "وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كِتَابَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَأُجَلَ لَكُمْ مِمَّا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا"<sup>3</sup>، دلت الآيتان بمقتضى صيغة الأمر فيهما على وجوب الصداق ، فالأجور المراد بهما المهور.

- من السنة النبوية: قوله ﷺ: "من كشف خمار امرأته ونظر إليها، وجب عليه الصداق دخل بها أم لم يدخل بها"<sup>4</sup>، وقوله ﷺ: "التمس ولو خاتما من حديد" رواه البخاري ومسلم.

3. التكييف الشرعي والقانوني للصداق:

أ- التكييف الشرعي: اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول التكييف الشرعي للصداق، فالمالكية اعتبروه ركنا من أركان عقد الزواج، ومعنى ذلك أنه لا يصح إسقاطه، لأنه لا يشترط تسميته عند العقد، كما أنه لا يجوز التواطؤ على تركه<sup>5</sup> وقوله أيضا: "فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ"<sup>(6)</sup>، لأن الصداق من حق للمرأة أو يثبت عليه في ذمته كدين من الديون، فلو تزوجها بشرط ألا صداق لها و قبلت يفسخ العقد إن وقع مثل ذلك، ولكن يجوز ترك التسمية أو السكوت عليه وعدم تحديده، لأنه يمكن اللجوء إلى صداق المثل في هذه الحالة، كما اتجه فقهاء الحنفية ، الشافعية والحنابلة الى أن الصداق هو حكم من أحكام الزواج وأثر من آثاره، فلا يعتبر شرطا ولا ركنا<sup>(7)</sup>، وحجتهم على ذلك قول الله تعالى: "لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً"<sup>(8)</sup>، فالله سبحانه و تعالى رفع الجناح عمن طلق في نكاح لا تسمية فيه، والطلاق لا يكون إلا بعد النكاح، ومن هنا يتضح أنه يجوز النكاح بلا تسمية، ويجب للزوجة على زوجها صداق المثل بمجرد العقد إذا لم يسمى لها

<sup>1</sup> -المادة 14 من قانون الأسرة المعدل: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود او غيرها من كل ما هو مباح شرعا و هو ملك لها تتصرف فيه بدون موافقتها"

<sup>2</sup> - سورة النساء، الآية 04.

<sup>3</sup> - سورة النساء، الآية 24.

<sup>4</sup> - رواه أبو داود والترمذي و ابن ماجه

<sup>5</sup> - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 02، ص 15

<sup>6</sup> .سورة النساء، الآية 25.

<sup>7</sup> .الكاساني، بدائع الصنائع، ج 02، ص 406.

<sup>8</sup> .سورة البقرة، الآية 236.

ب-التكليف القانوني: لقد كيف المشرع الجزائري الصداق ، على أساس أنه ركن من أركان عقد الزواج طبقا لأحكام المادة 09 من قانون الأسرة رقم 84 - 11<sup>1</sup> فإن عقد الزواج يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين، وصداق"، وقد رتب المشرع في المادة 32 قبل التعديل فسخ النكاح، إذا اختل أحد أركانه ، غير أن المادة 33 من نفس القانون نصت على أنه إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد، وأمام هذا التعارض الموجود بين المواد 09 و 32 و 33 من قانون الأسرة رقم 84 - 11، تدخل المشرع الجزائري بموجب الأمر 05 - 02 واعتبر الصداق شرط من شروط صحة عقد الزواج ، و هو ما أكدته المادة 09 مكرر المعدلة ، كما أنه إذا تخلف شرط الصداق عن إبرام العقد يفسخ العقد قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل، حسب ما أقرته أحكام المادة 2/33 من قانون الأسرة المعدل و المتمم.

4-تعجيل الصداق أو تأجيله: يتجه جمهور الفقهاء إلى عدم اشتراط تعجيل الصداق كله قبل الدخول، و انما يجوز تأخير بعضه أو كله إلى ما بعد الدخول، بشرط ألا يكون مجهولا جهالة فاحشة، وعند عدم ذكر الصداق على أنه معجل أم مؤجل في عقد الزواج، فإن العرف الجاري في البلاد هو الذي يتبع، ويسقط الأجل المعين في العقد لاستحقاق المهر بالطلاق أو الوفاة ، و أما المالكية فيتجهون الى كراهية تأجيل الصداق، لأن الصداق ركن من أركان عقد الزواج، فإن وقع شيء منه مؤخرا، فلا يجوز أن يطول الأجل، حتى لا يتحجج الناس إلى الزواج بغير الصداق، كما أنه لا يصح تأجيل الصداق إذا كان معينا، ولو اشترط قبضه بعد الدخول، وأن الأجل في غير المعين إذا كان مجهولا يفسخ العقد قبل الدخول، ويثبت بعده.

كما يرون أيضا، أنه يجب أن يكون الأجل معلوما إذا وقع تأجيل الصداق كله أو بعضه، (كالتأجيل إلى اليسر)، والأرجح عندهم تعجيل الصداق كله، و هو ما أخذ به المشرع الجزائري (رأي المالكية)<sup>2</sup> ، وبجواز تعجيل الصداق أو تأجيله لأجل المسمى، كله أو بعضه حين العقد، وهذا حسب العرف السائد في المكان الذي يوجد به الزوجان، والعرف المعمول به في الجزائر لا يقر بالمهر المؤجل<sup>3</sup>

5-مقدار الصداق: مما لا خلاف فيه عند الفقهاء هو أن الصداق ليس حد أعلى ، واستدل جمهور الفقهاء في ذلك بقوله تعالى في سورة النساء، الآية 20: "وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وأتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا"، لذلك يجوز ان يكون الصداق ما اتفق عليه الطرفان في القيمة ، أما الحد الأدنى للصداق فقد اختلف الفقهاء فيه، فاتجه المالكية إلى أن أقل المهر هو ربع دينار من الذهب

1 - المادة 09 من قانون الأسرة رقم 84 - 11 " يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين، وصداق"

2 - المادة 15 الفقرة الاولى من قانون الأسرة المعدل: " يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا"

3 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 276. 277

الخالص أو ثلاثة (03) دراهم من الفضة الخالصة، أو ما يساوي ذلك<sup>1</sup>، ويرى الحنفية أن أقل مقدار للصدّاق هو عشرة (10) دراهم<sup>2</sup>، بينما يرى الشافعية و الحنابلة والظاهرية أنه لا حد لأقله اذا كان له قيمة، وكل مال قل أو كثر يجوز أن يسمى صدّاقاً<sup>3</sup>، واستندوا بقوله ﷺ لحديث رواه البخاري ومسلم: "التمس ولو خاتما من حديد" فهذا دليل قاطع على أنه لا حد لأقل الصدّاق، لأنه لو كان له قدر لبيّنه ﷺ.

و نص المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 14 من قانون الأسرة وعليه، ان لا حد لأقل الصدّاق ولا لأكثره، وكل ما صح التزامه شرعا صلح أن يكون صدّاقا، سواء كان عقارا أو منقولا، أم نقودا أم منفعة مقومة بالمال.

ثانيا .أنواع الصدّاق : نصت المادة 15 من قانون الاسرة الجزائري في فقرتها الاولى و الثانية على الصدّاق المسمى و صدّاق المثل، فاذا سمي العقد في مجلس العقد نكون بصدد صدّاق المسمى ، و اذا لم يسمى الصدّاق في المجلس نكون بصدد صدّاق المثل

1 .الصدّاق المسمى: هو الصدّاق المتفق عليه عند العقد أو بعده، ويستحب تسميته عند العقد، وذلك من أجل تجنب الخلاف والنزاع، ويجب الصدّاق المسمى للمرأة ، سواء كان معجلا اي تقبضه قبل البناء او مؤجلا الى ما بعد الدخول ، و يشترط ان تتوافر في الصدّاق المسمى ما يلي :

- أن يكون الصدّاق مالا متقوما شرعا أكد المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 14 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بقولها ان الصدّاق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا

-ان لا ينقص الصدّاق عن اقل قيمة له

-ان تتوفر في الصدّاق الشروط الكافية

-ان يذكر الصدّاق في العقد تعيينا و تحديدا

2 . صدّاق المثل: هو الصدّاق الذي يعطى عادة لمثل المرأة المعينة بالأمر، أي الذي يبذل لامرأة تضاهيها وقت إبرام العقد، من حيث الأوصاف والصفات، فيما يتعلق بالسن والجمال والعقل والعلم والمال والبركة وغيرها ،و صدّاق المثل لا يشبه الصدّاق المسمى من حيث الاحكام فلا يتم تحديده في مجلس العقد ، كما انه لا يمكن ان تطبق عليه احكام المادة 17 من قانون الاسرة المتعلقة بالنزاع لعدم تسليم الصدّاق الا بعد تحديده و قد ذكر المشرع في نص المادة 15 م ن قانون الاسرة حالة من حالات وجوب صدّاق المثل و هي حالة عدم تسميته في مجلس العقد<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - ابن جزّي، القوانين الفقهية، ص 147.

<sup>2</sup> - ابن الهمام، فتح القدير، ج 02، ص 435.

<sup>3</sup> - ابن قدامة، المغني، ج 06، ص 680.

<sup>4</sup> - دليّة فركوس/جمال عياشي، محاضرات في قانون الاسرة، دار الخلدونية، 2016، صص 125، 126 .

ثالثا. استحقاق الصداق: تستحق الزوجات الصداق في بعض الحالات التي نص عليها صراحة في الاحكام القانونية المنصوص عليها في القانون ، كما اغفل ذكر البعض منها

1-استحقاق الزوجة للصداق كاملا: تستحق الزوجة الصداق بمجرد العقد في الزواج الصحيح، أو بالدخول الحقيقي في الزواج الفاسد، أو بوفاة أحد الزوجين، أو بالدخول الحكي وذلك عند إقامة الزوجة سنة عند زوجها حسب رأي المالكية.

-الدخول الحقيقي بالزوجة: لقد نص المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 16 من قانون الأسرة المعدل<sup>1</sup>، على أن الزوجة تستحق الصداق المسمى كاملا بمجرد الدخول الحقيقي، والصداق متى تأكد للزوجة لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء إذا دخل الزوج بزوجه دخولا حقيقيا بعد العقد عليها عقدا شرعيا، أي اتصاله اتصالا جنسيا بعد العقد، فإن الصداق يتأكد كله لهذه الزوجة، استنادا لقوله تعالى: "فما استمتعتم به منهن فأتوهن أجورهن فريضة"<sup>2</sup>.

-الخلوة الصحيحة بالزوجة: وهي أن يجتمع الزوجان بعد إبرام عقد الزواج بينهما منفردين في مكان معين آمنين من دخول الغير عليهما بدون إذن، ولا يوجد هناك مانع حسي أو شرعي أو طبيعي يمنع الزوج من الاتصال بزوجه أو على الأقل الاستمتاع بها<sup>3</sup>، ويعبر الفقهاء عن الدخول الحكي بالخلوة الصحيحة التي تقوم مقام الدخول ، وتؤكد وجوب الصداق بأكمله على الزوج في الزواج الصحيح طبقا لما أقره الحنفية و الحنابلة، و يرى المالكية والشافعية، بأنه لا يترتب على مجرد اختلاء الزوج بزوجه أي أثر بشأن تأكيد أحقيتها للصداق بأكمله، ما لم يدخل بها دخولا حقيقيا، الا أن إقامة الزوجين معا لمدة لا تقل عن سنة، هي كالدخول الحقيقي في استحقاق الصداق كاملا<sup>4</sup>.

-وفاة أحد الزوجين: نصت المادة 16 على انه إذا ما توفي أحد الزوجين بعد أن أبرم عقد الزواج وسمي الصداق ، فان الصداق يتأكد بأكمله للزوجة، لأن الموت يقرر جميع الأحكام المترتبة على عقد الزواج، ومنها الصداق، وقد زال ما يسقطه، فبوفاة الزوج تأخذ الزوجة من تركه زوجها ما تبقى من كامل الصداق، أو الصداق بأكمله إذا كان ديناً على ذمة الزوج الهالك طبقا لأحكام المادتين 126 و 130 من قانون الأسرة.

<sup>1</sup> -المادة 16 من قانون الأسرة المعدل بقولها " تستحق الزوجة كاملا بالدخول.."

<sup>2</sup> - محمد الكشور، المرجع السابق، 336.

3 - جميل فخري محمد جانم، مقومات عقد الزواج في الفقه و القانون، دار الحامد للنشر و التوزيع، عمان الاردن، الطبعة الاولى ، 2009، ص151

4-دليلة فركوس، المرجع السابق، ص133

أما إذا توفيت الزوجة، فإن ورثتها يطالبون الزوج بما تبقى في ذمته من صداق، والزوج واحد منهم، فيقسم عليهم جميعا حسب الأنصبة المقدرة شرعا، و هو ما اغفل المشرع ذكره ، فالمهر هنا يعتبر من الديون الممتازة<sup>1</sup>

كما أكدت المحكمة العليا أن وفاة أحد الزوجين قبل الدخول، دون أن يحكم بفسخ العقد أو بالطلاق، تستحق الزوجة الصداق كاملا بالوفاة طبقا لأحكام المادة 16 من قانون الأسرة، ومن ثم فإن قضية المجلس برفضهم طلب أب الزوج باسترجاع نصف الصداق بوفاة ابنه قبل الدخول، طبقوا المبادئ الفقهية تطبيقا سليما

- إقامة الزوجة سنة زوجها: يرى المالكية ان إقامة الزوجة في بيت زوجها لمدة سنة كاملة، مع انتفاء المانع الحس، واستمتع بها دون دخول حقيقي، فإن الزوجة تستحق الصداق كاملا، وذلك لإقامتها سنة كاملة في بيت الزوج ، أو هي خلوة صحيحة كالدخول الحقيقي في استحقاق المهر كاملا.

2. استحقاق الزوجة لنصف الصداق: إذا سمي الصداق و كان عقد الزواج صحيحا، وحصل طلاق من طرف الزوج دون دخول الزوج بها ، ولم تحصل خلوة بينهما، فللزوجة نصف الصداق المسمى في العقد، استنادا لقوله تعالى: " وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم"، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 16 من قانون الأسرة بقولها " ... وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول"، ولاستحقاق الزوجة نصف الصداق المسمى يجب توفر هذه الشروط:

- أن يكون عقد الزواج صحيحا ، أن تكون الفرقة قبل الدخول الحقيقي أو الحكمي بسبب من قبل الزوج، و أن يكون الصداق قد سمي في العقد ذاته تسمية صحيحة.

3. حالات عدم استحقاق الزوجة للصداق: لا تستحق الزوجة التي فارقها زوجها . دون أن يدخل بها . الصداق في الأحوال الآتية:

- إذا قتلت الزوجة زوجها عمدا قبل الدخول بها :تعتبر هذه المسألة محل خلاف في الفقه، ففي الظاهر لا تستحق أي صداق، بل تعامل بنقيض قصدها حتى لا يكون ذلك ذريعة لقتل النساء أزواجهن<sup>2</sup>

- إذا طلق الزوج زوجته قبل الدخول: وقبل أن يسمى لها صداق في نكاح التفويض، حيث تكون المرأة بسكوتهما، قد تركت للزوج تحديد ذلك، فإذا تم الطلاق قبل الدخول فالزوجة هنا لا تستحق أي شيء.

1- دليلة فلاكوس ، المرجع السابق، ص 130

2 - محمد الكشيبور، المرجع السابق، ص 343.

- إذا وقع الطلاق قبل الدخول اختيار الزوج: حتى وان ، كأن تبين أن بالزوجة عيبا و سمي للزوجة صداق فهذا يعطيه الحق في أن يردّها، لأن الفرقة تكون هنا معللة، والزوج لم يستمتع بزواجه، أو رده هي للعيب قبل أن يبني بها حقيقيا.

- إذا فسخ عقد الزواج قبل الدخول: و يكون ذلك لأي سبب من أسباب الفسخ، كما لو اتضح أن زوجته هي أخته من الرضاع ، أو هي بنت زوجته الأولى ، او ارتد أحد الزوجين قبل الدخول.

- في الزواج الفاسد: سواء فسخ بطلاق أو دون طلاق، لأن مجرد العقد الفاسد لا يثبت الصداق، وذلك لأن سبب وجود الصداق في الزواج الفاسد لا يكون إلا في الدخول الحقيقي<sup>1</sup>.

- الإبراء من كل الصداق: قيام الزوجة بإبراء زوجها من قيمة المهر بإرادتها ، سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده، (أي إذا كان الصداق ديناً في ذمة الزوج).

4. سقوط نصف الصداق: إذا سمي الصداق و كان عقد الزواج صحيحا، وحدث أن طلق الزوج زوجته قبل الدخول، فإن هذه الأخيرة تستحق نصف الصداق استنادا لقوله تعالى: "وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم"<sup>2</sup>، و هو الأساس الذي أخذ المشرع الجزائري به من خلال أحكام المادة 16 من قانون الأسرة المعدل بقولها " ... وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول".

## المحاضر السادسة

### الاشهاد وانعدام الموانع الشرعية في الزواج

#### اولا. الاشهاد في الزواج

#### 1- مفهوم الإشهاد على الزواج

أ-تعريف الشهادة في الزواج: الشهادة لغة من فعل الشاهد و عمله، و الشاهد هو الذي يبين ما علمه ، و قيل بان اصل الشهادة الاخبار بما يعلمه الشاهد<sup>3</sup>، و يمكن تعريف الشهادة على الزواج في غياب تعريفها التعاريف اقتصر على تعريف الشهادة بانها حضور شخصين كشاهدين على واقعة الزواج للاعلان عنها عند الاقتضاء .

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 294

<sup>2</sup> - سورة البقرة، الآية 237.

<sup>3</sup> - محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري ، الجزء الثالث، ص ص 240، 238.

لم يتعرض المشرع الجزائري للشهادة الا من خلال أحكام المادة 09 مكرر من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05 - 02 ، و اعتبرها شرطا لصحة عقد الزواج، وبذلك لا يصح عقد الزواج إلا بحضور شاهدي عدل ، و بما ان المشرع لم ينص من خلال تنظيمه لعقد الزواج لأحكام الشهادة ، فان الرجوع لأحكام الشريعة الاسلامية و استنباط الاحكام منها ، حسب نص المادة 222 من قانون الاسرة هو الاساس في غياب النص القانوني.

ب-التكليف الفقهي والقانوني لشرط الشهادة: يرى جمهور الفقهاء ( الحنفية، الشافعية، الحنابلة) أن الإشهاد شرط من شروط صحة عقد الزواج، أما المالكية فلا يشترطون الإشهاد بصحة عقد الزواج، بل يشترطون الإعلان عنه، ولكنهم استحبوا الإشهاد عند العقد، فإذا لم يكن كان واجبا عند الدخول، فإذا وجدت الشهادة عند العقد أو عند الدخول كان العقد صحيحا، وإذا لم توجد في الحالتين كان الزواج غير صحيح.

أما المشرع الجزائري فقد أخذ برأي جمهور الفقهاء ، حيث اشترط حضور شاهدين في مجلس العقد و هو ما نصت عليه المادة 09 مكرر من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05 - 02 لصحة عقد الزواج ، أثناء تبادل الإيجاب والقبول بين المتعاقدين.

ومنه فقد اعتبر المشرع الجزائري الاشهاد شرطا من شروط صحة الزواج، وإلا كان العقد فاسدا ، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل طبقا لأحكام المادة 2/33 من قانون الأسرة المعدل<sup>1</sup>.

ت- وقت وجوب الإشهاد :بعدها اتفق الفقهاء على وجوب الشهادة في النكاح فانهم اختلفوا حول الوقت الذي يجب أن يتوافر فيه ، فبينما يرى جمهور الفقهاء ( الحنفية و الشافعية و الحنابلة) أن الإشهاد يجب أن يتوافر أثناء إبرام عقد الزواج وفي مجلسه، فان المالكية يرون بأن عقد الزواج صحيح إذا أبرم بدون شهود عليه، شرط أن يتم ذلك الإشهاد أثناء الدخول تطبيقا لقوله ﷺ: " أعلنوا هذا النكاح وأضربوا عليه بالدف"، و أما المشرع الجزائري فأخذ برأي جمهور الفقهاء الذين يرون بأن شرط الإشهاد يجب أن يتوافر أثناء إبرام عقد الزواج، وهو ما يستشف من خلال أحكام المادة 09 مكرر من قانون الأسرة المعدل، وهو ما أكدته قانون الحالة المدنية الخاص بكيفية إبرام عقود الزواج.

<sup>1</sup> - المادة 2/33 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 02-05 " إذا تم بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه؛ ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

2. شروط الشهادة: الشهادة في الزواج لا تعم كل الناس فهم من لا يجوز له ان يكون شاهدا حتى و ان توافرت فيه الشروط كالولي مثلا و الوصي او أخوا الزوجة ، اما عن الشروط التي يجب أن تتوفر في الزواج فستتمثل فيما يلي:

أ- يجب أن يكون الشاهدين عاقلين وبالغين: ومن ثم فلا تصح شهادة الصبي وكذلك المجنون والمعتوه، و المشرع حدد سن 21 سنة كاملة للإدلاء بالشهادة في الزواج حسب ما نصت عليه المادة 33 من قانون الحالة المدنية الجزائري

ب- يجب أن يكون الشاهدين مسلمين: يتجه جمهور الفقهاء الى ان اسلام الشاهدين من شروط صحة الشهادة خاصة في حال الزوجين المسلمين، فلا شهادة غير المسلم ، ويصح النكاح عند أبي حنيفة وأبي يوسف أن يتزوج المسلم امرأة كتابية بشهادة كتابين<sup>1</sup>

ت- يجب أن يكون الشاهد عدلا : وهو ما أخذ به جمهور الفقهاء ( المالكية، الشافعية الحنابلة)، مصداقا لقوله تعالى: "وأشهدوا ذوي عدل منكم"<sup>2</sup>، بينما يرى الأحناف أن هذا شرط عندهم مجرد للإعلان فقط، ومن ثم فتجوز عندهم شهادة غير العدل كالفاسق مثلا.

ث- يجب إشهاد رجلين على الأقل: استقر رأي جمهور الفقهاء على إشهاد رجلين على الأقل، وهو ما سار عليه المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 09 مكرر، وما أكدته المحكمة العليا في قرار لها باشتراط الذكورة في الشاهدين على الزواج<sup>3</sup>، خلافا للحنفية الذين يجزون شهادة رجل وامرأتين طبقا للقواعد العامة المقررة في مجال البيئة<sup>4</sup>.

ثانيا . انعدام الموانع الشرعية للزواج: من شروط الزواج أن تكون الزوجة محلا للعقد، أي أن ألا يكون بين الزوجين مانع من موانع الزواج، والمحرمات من النساء من بين الأحكام التي لا تتغير بتغير الزمان والمكان، لأنها لا تقبل التغيير والتبديل، وقد تطرق المشرع الجزائري لأحكام موانع الزواج في المواد من 23 إلى 31 من قانون الأسرة المعدل، كما نصت المادة 09 مكرر من قانون الأسرة على أنه يجب يتوافر في عقد الزواج انعدام الموانع الشرعية للزواج.

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و ادلته، الجزء لتاسع ، ص 6556

<sup>2</sup> - سورة الطلاق، الآية 02.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 15/12/1986، ملف رقم 43889، مجلة القضائية، عدد 02، 1993، ص 37.

<sup>4</sup> - محمد الكشور، المرجع السابق، ص 314.

و تنقسم المحرمات من النساء طبقا لأحكام المادة 23 من قانون الأسرة إلى قسمين: المحرمات المؤبدة، وهو ما كان سبب التحريم فيها وصفا لازما، والمحرمات المؤقتة، وهي ما كان سبب التحريم فيها وصفا غير لازم، فيبقى التحريم ببقاء الوصف ويزول بزواله.

**1- المحرمات المؤبدة:** حاول المشرع من خلال نصه على اصناف المحرمات المؤبدة السير على المنهج الشرعي ، و تنحصر حسب نص المادة 24 في ثلاثة أصناف من النساء:

أ. محرمات بسبب النسب أو القرابة،

ب. محرمات بسبب المصاهرة،

ت. محرمات بسبب الرضاع.

أ . محرمات بسبب النسب أو القرابة :لقوله تعالى: " حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت"<sup>1</sup>، و تعتبر هذه الآية الكريمة أساسا لنص المادة 25 من قانون الأسرة المعدل<sup>2</sup>، وصنف الفقهاء المحرمات من النسب أو القرابة إلى أربعة الأصناف.

-أصول الرجل من النساء، ويبدأ هذا الصنف من الأم، ثم يستمر صاعدا إلى أعلى ليشمل جميع الجدات سواء كن من جهة الأب أو جهة الأم، ومهما علت درجتهم.

- فروع الرجل وفروع فروعه من النساء، مهما نزلت درجتهم، كالبنات، وبنات البنات، وبنات الابن وهكذا. -فروع أبوي الرجل من النساء، كأخواته وبناتهن مهما نزلت درجتهم، يستوي في ذلك الإخوة والأخوات الأشقاء أو الأب أو الأم.

-فروع أجداد وجدات الرجل المنفصلات بدرجة واحدة، أي الفروع المباشرة فقط وهن العمات والخالات، سواء أكن عمات وخالات للشخص نفسه أم كن عمات وخالات لأبيه أو أمه، أما فروعهن وهن بنات الأعمام والعمات وبنات الأخوال والخالات فيجوز للرجل التزوج بهن<sup>3</sup>.

ب . المحرمات بسبب المصاهرة: تطرق المشرع الجزائري إلى ذلك من خلال أحكام المادة 26 من قانون الأسرة المعدل<sup>4</sup> وهي أربعة أصناف:

<sup>1</sup> - سورة النساء، الآية 23.

2-المادة 25: " المحرمات بالقرابة هي: الأمهات، والبنات، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت"

<sup>3</sup> - محمد الكشيور، المرجع السابق، ص 325.326.

4-المادة 26: " المحرمات بالمصاهرة هي: أصول الزوجة بمجرد العقد عليها، وفروعها إن حصل الدخول بها، أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علوا، أرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا".

-أصول الزوجة من النساء، كأُمها وجداتها، من جهة الأم أو من جهة الأب في أي درجة كُنَّ فيها، سواء دخل الزوج بالزوجة أم عقد عليها فقط ولم يدخل بها دخولا شرعيا، وذلك تطبيقا لقوله تعالى: "وأُمهات نسائكم"<sup>1</sup>

- فروع الزوجة التي دخل الزوج بها من النساء، كبناتها وبنات أبنائها وبنات بناتها مهما نزلن، فإن لم يدخلها بها لا تحرم عليه فروعها، وهذا لقوله تعالى: "وربائبكم التي في حجوركم من نسائكم التي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم"<sup>2</sup>

وقد استنبط الفقهاء قاعدة فقهية تقضي بأن "العقد على البنات يحرم الأمهات، والدخول بالأمهات يحرم البنات"<sup>3</sup>.

- زوجات أصول الرجل كزوجة أبيه وزوجات أجداده من جهة الأب أو من جهة الأم، مهما علت مرتبتهم، سواء كان هناك دخول بهن أم لم يكن دخول بهن، وذلك لقوله تعالى: "ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا"<sup>4</sup>

- زوجات فروع الرجل، كزوجة ابنه وزوجات أبناء ابنه وزوجات أبناء بناته تم الدخول بأولئك الزوجات أو لم يتم، إذا كانت الفروع قد تفرعت من صلبه، أما البنوة بالتبني فلا أثر لها في التحريم لأن الشارع الحكيم يتحدث عن الأبناء الذين من صلب الرجل، وهو ما يتضح من قوله تعالى: "وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم"<sup>5</sup>

كما ينصرف التحريم إلى من كانت زوجة للابن من الرضاع، تطبيقا للقاعدة الفقهية التي تقضي بأنه "يحرم من الرضاع ما يحرم من المصاهرة".

ت. المحرمات بسبب الرضاع: يثبت تحريم المحرمات من الرضاع بالكتاب والسنة النبوية، وذلك مصداقا لقوله تعالى: "وأُمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة"، ومن السنة قوله ﷺ: "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب"، وهو ما أكدته المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 27 من قانون الأسرة المعدل<sup>6</sup>، و الرضاع حسب ما اتفق عليه الفقهاء هو مص الرضيع اللبن من ثدي أنثى آدمية، سواء قليلا أو كثيرا، ولو وقعت مرة واحدة، في وقت مخصوص هو مدة الرضاع أو الصغر، كما قرروا تحريم الأمهات والأخوات

<sup>1</sup> - سورة النساء، الآية 23.

<sup>2</sup> - سورة النساء، الآية 23.

<sup>3</sup> - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 03، ص 220

<sup>4</sup> - سورة النساء، الآية 22.

<sup>5</sup> - سورة النساء، الآية 23.

<sup>6</sup> - حيث تنص المادة 27 من قانون الأسرة بقولها: "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب".

والقريبات من الرضاعة، وتحريم الأصهار بالرضاعة أيضا، قياسا على النسب، وأخذا بمفهوم الآية والحديث السابقين.

وعملا بأحكام المذهب المالكي، نص المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 29 من قانون الأسرة<sup>1</sup>، وعليه يشترط لتحريم الرضاع أن يكون في العامين الأولين سواء قل مقداره أو أكثر<sup>2</sup>

و حسب ما اتفق عليه الفقه الإسلامي فالمحرمات بسبب الرضاع ثمانية أصناف، تتمثل فيما يلي:

- الأصول الرضاعية للرجل، وهن أمه التي أرضعته وجداته لأبوية، وجداته لكل من أبويه من الرضاع.
- الفروع الرضاعية للرجل، ويتمثلن في بنته من الرضاع وبنت ابنه أو بنت ابنته من الرضاع وذرياتهن.
- فروع أبوي الرجل من الرضاع وتضم زمريتين، أخواته من الرضاع وبناتهن وبنات إخوته من الرضاع، وذرياتهن مهما نزلن.

- فروع أجداد الرجل لكل من أبويه الرضاعيين اللائي ينفصلن عنهم بدرجة واحدة كعمته وخالته من الرضاعة، وعمات وخالات أبويه الرضاعيين، أما بنات الأعمام والعمات وبنات الأخوال والخالات، فإن التحريم لا يشملهن مطلقا.

- الأصول الرضاعية لزوج الرجل مهما علون، وهن أمها الرضاعية وجداتها من جهة كل من أبويها الرضاعيين سواء أكان هناك دخول أم لم يكن.

- الفروع الرضاعية لزوج الرجل مهما نزلن، وهن بنتها رضاعا وبنات هذه البنت، وبنات ابنها الرضاعي وحفيداتها، وإن كان يشترط لثبوت التحريم في هذه الحالة أن يكون هناك دخول حقيقي بالزوجة.

- من كن زوجات لأصول الرجل من الرضاع وإن علون، وهن من كن زوجات لأبيه الرضاعي أو لأجداده لكل من أبويه الرضاعيين، سواء أتم الدخول بالزوجة أم لم يتم.

- من كن زوجات لفروع الرجل من الرضاع وإن نزلوا، ويشملن من كن زوجات لأبنائه أو لأبناء بناته من الرضاع، تم الدخول بالزوجة أو لم يتم<sup>3</sup>

2. المحرمات المؤقتة: وهي الموانع التي يكون التحريم فيها غير مؤبد، لأن سبب التحريم مؤقت، فيبقى التحريم ببقاء الوصف أو السبب، ويزول بزواله.

1-المادة 29: "لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا"

2 - بلجاج العربي، المرجع نفسه، ص 231.

3 - محمد الكشيور، المرجع السابق، ص 245. 246.

وقد تطرق إلى ذلك المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 30 من قانون الأسرة المعدل<sup>1</sup> و المحرمات من النساء يتمثلن فيما يلي:

أ. المحصنة أو ( الزوجة الغير): يحرم على الرجل أن يتزوج من امرأة غيره، لقوله تعالى: "والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم"<sup>2</sup>، والمقصود بالمحصنات هنا المتزوجات ( ذوات الأزواج) بإجماع جميع الفقهاء، فتكون المحصنات كالأمهات في تحريم الزواج بهن<sup>3</sup>.

ب. المعتدة من طلاق أو وفاة: يحرم زواج المعتدة من الغير، سواء أكان السبب طلاقا رجعيا أم طلاقا بائنا أو المعتدة من الوفاة، حتى تنقضي العدة الشرعية، لقوله تعالى: "والمطلقات يتربص بأنفسهن ثلاثة قروء"<sup>4</sup>، وقوله تعالى: "وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن"<sup>5</sup>، وقوله تعالى: "والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا"<sup>6</sup>، فكل معتدة محرمة على الرجال، وبالتالي لا يجوز الزواج منها حتى تنقضي عدتها.

ت. المطلقة ثلاثا: إذا طلق الزوج زوجته طلاقا بائنا، بانت منه هذه بينونة كبرى، فلا تحل له حتى تتزوج شخصا آخر غيره زواجا صحيحا، ويدخل بها الزوج الثاني دخولا حقيقيا، ثم يطلقها بدوره أو يتوفي عنها وتنقضي عدتها، لقوله تعالى: "الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"<sup>7</sup>، ومن ثم فلا يجوز للزوج الأول أن يتزوج بها ولكن بعقد ومهر جديدين<sup>8</sup>.

ث. الجمع بين المحارم ( الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها من نسب أو من رضاع): يحرم على الرجل التزوج بالمرأة وأختها، من رضاع أو نسب ابتداء ودواما، لقوله تعالى: "وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف"<sup>(8)</sup>، ولقوله صلى الله عليه وسلم: "لا تنكح المرأة على عمتها، ولا خالتها، ولا على ابنة أخيها، ولا على ابنة أختها، إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم"<sup>9</sup>، ولا يوجد فرق بين أن يكونا محرمين بسبب النسب أو بسبب الرضاع، لأن الجمع بين المحرمين يؤدي إلى قطعية الرحم، "

1-المادة 30: "يحرم من النساء مؤقتا: المحصنة، المعتدة من طلاق أو وفاة، المطلقة ثلاثا؛ كما يحرم مؤقتا: الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع، زواج المسلمة من غير المسلم".

2 - سورة النساء، الآية 24.

3 - جابر عبد الهادي الشافعي، المرجع السابق، ص 139.

4 - سورة البقرة، الآية 228

5 - سورة الطلاق، الآية 04.

6 - سورة البقرة، الآية 234.

7 - سورة البقرة، الآية 227.

8 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 239.

8 .سورة النساء، الآية 23.

9 - رواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه.

فإذا توفيت الزوجة الأولى، زال المانع وكان له ان يتزوج أختها أو غيرها من محارمها المتقدم ذكرهن، وإذا بانّت منه، بطلاق أو فسخ، فإنه يحرم مادامت في العدة حتى تنقضي العدة، سواء كان طلاقاً رجعيّاً أم بائناً، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 30/4 من قانون الأسرة المعدل "يحرم من النساء مؤقتاً: الجمع بين الاختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع".

ج. زواج المسلمة بغير المسلم: اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز للمرأة المسلمة أن تتزوج برجل غير مسلم، سواء أكان كتابياً أم غير كتابي، لقوله تعالى: "ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم"<sup>1</sup>، ولقوله أيضاً: "ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً"<sup>2</sup>.

فزواج المسلمة بغير المسلم باطل غير منعقد أصلاً ويجب التفريق بينهما، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 30/5 من قانون الأسرة المعدل بأنه يحرم من النساء مؤقتاً زواج المسلمة بغير المسلم.<sup>3</sup>

ح. الجمع بين أكثر من أربع زوجات: أباحت الشريعة الإسلامية للرجل أن يتزوج أربع نساء، ولكن يحرم عليه الزواج بالخامسة حتى يطلق إحدى زوجاته، وتمضي عدتها سواء أكانت العدة من طلاق رجعي أو بائن، لقوله تعالى: "فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة"<sup>4</sup>، وقوله ﷺ: "أمسك أربعاً وفارق سواهن"<sup>5</sup>.

يتضح لنا مما سبق أنه من جمع أربع زوجات يحرم عليه أن يتزوج بخامسة تحريماً مؤقتاً حتى ينتهي زواجه من إحداهن إما بالوفاة أو بالطلاق البائن، فإذا ما خالف قاعدة التحريم هذه، كان العقد على الزوجة الخامسة فاسداً يجب عليه أن يفارقها، فإن لم يفعل فرق القاضي بينهما.

3. حكم الزواج بإحدى المحرمات: نصت المادة 34 من قانون الأسرة الجزائري<sup>6</sup> على كل الزواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء.

فوجود مانع من الموانع المؤبدة أو المؤقتة، يجعل الزواج باطلاً، ويكون منعداً شرعاً وقانوناً، والفسخ هنا واجب دون طلاق، ويحكم القاضي ببطالان الزواج تطبيقاً لأحكام المادة 34 من قانون الأسرة، ولو تلقائياً

<sup>1</sup> - سورة البقرة، الآية 221

<sup>2</sup> - سورة النساء، الآية 141.

<sup>3</sup> - حسب نص المادة 31 من قانون الأسرة، ووفقاً للإجراءات التنظيمية المجسدة في التعليمات الوزارية رقم 02 الصادرة بتاريخ 11 فبراير 1980 فإنه يشترط وجوب الحصول على رخصة إدارية يسلمها والي الولاية لإبرام عقد زواج طرفين أحدهما أو كلاهما أجنبي أمام ضابط الحالة المدنية الجزائري،

<sup>4</sup> - سورة النساء، الآية 03.

<sup>5</sup> - الإمام مالك، الموطأ، ج 02، ص 586

<sup>6</sup> - المادة 34: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء".

بمجرد اطلاعه عليه أو بطلب من كل ذي مصلحة في إثارته، ويترتب هذا الزواج بعد الدخول ثبوت النسب، وحرمة المصاهرة، ووجوب العدة لاستبراء الرحم الذي يكون من الزواج الفاسد المجمع على فساده، ونفقة العدة، وكذا صداق المثل طبقاً لأحكام المادة 2/33 و 34 من قانون الأسرة المعدل.

أما فيما يخص الزوجة الملعنة، يحرم على الرجل المسلم أن يتزوج زوجته التي لاعنها، وفرق القاضي بينهما مادام على اتهامه لها، فإذا اتهم زوجته بالزنى، أو نفي ولدها عن نفسه ولم يكن له شهود على ذلك، وكذبت الزوجة، فعلى كل واحد منهما أن يحلف أربع مرات هو بالإثبات وهي بالنفي، وإن حدث ذلك فرق القاضي بينهما، ويتم اللعان فتحرم عليه، ولا يجوز له أن يتزوجها إلا إذا كذب نفسه، وبعد أن يقام عليه الحد، فعندئذ يجوز له أن يتزوجها، وهذا رأي أبي حنيفة، بخلاف جمهور الفقهاء ( المالكية، الشافعية، الحنابلة) الذين يرون بأن الحرمة اللعان المؤبدة تثبت بينهما بالتلاعن<sup>(1)</sup>، مصداقاً لقوله صلى الله عليه وسلم: " المتلاعنان لا يجتمعان أبداً"<sup>(2)</sup>.

أما المشرع الجزائري فلم ينص على ذلك مع أن الطلاق بواسطة اللعان معمول به الناحية القضائية ويعتد به كسبب للطلاق، وكذلك لنفي النسب، وعليه لابد على المشرع الجزائري توضيح هذه الأحكام، وذلك بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لأحكام المادة 222 من قانون الأسرة، وبالتالي الأخذ بمبادئ الفقه المالكي الذي يقضي بأنه من لاعن زوجته فإنها تحرم عليه حرمة مؤبدة.

و فيما يخص النكاح الباطل فقد تطرق إليه المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 32 من قانون الأسرة المعدل، إذا اختل ركن الرضا، سواء كان قبل الدخول أو بعده، أما إذا تخلف شرط من شروط الصحة المتمثلة في الصداق والشهود والولي، فإذا تخلف إحدى هذه الشروط يعتبر عقد النكاح فاسداً قبل الدخول ولا صداق فيه، أما إذا تم الدخول بالزوجة، فيثبت العقد بصداق المثل، وهو ما أكدته أحكام المادة 2/33 من قانون الأسرة المعدل.

## المحاضرة السابعة

### الشروط الإجرائية لعقد الزواج

وضع المشرع الجزائري شروطاً إجرائية في عقد الزواج، وهي من المسائل المتعلقة بضرورة اتباع إجراءات الزواج الإدارية، والتنظيمية، فالشروط الإجرائية لإبرام عقد الزواج تتمثل في ترخيص بالترشيد طبقاً لأحكام المادة 07 من قانون الأسرة، والترخيص بالتعدد طبقاً لأحكام المادة 08 من نفس القانون، وإجراء الفحوصات الطبية قبل الزواج وذلك من خلال أحكام المادة 07 مكرر.

<sup>1</sup> -ابن جزي، القوانين الفقهية، ص 235.

<sup>2</sup> -رواه أبو داود عن سهل بن سعد، وأخرجه الدار قطني عن ابن عباس رضي الله عنه.

أولاً . الترخيص القضائي بزواج القصر: الأصل في الزواج هو بلوغ الرجل والمرأة سن الزواج (بتمام 19 سنة) ، حسب ما اشترطه المشرع الجزائري في المادة 07 من قانون الأسرة المعدل ، و هو نفسه سن الرشد القانوني، غير أن المشرع الجزائري أجاز للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك للضرورة ، إذا تأكد من قدرة الطرفين على الزواج ، ومن هنا فإن المشرع الجزائري منح سلطة تقديرية واسعة لرئيس المحكمة باعتباره المكلف بالإذن بزواج الفتى والفتاة دون السن المسموح به قانوناً بـ 19 سنة، بقرار مسبب يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك.

ويجب أن تكون المصلحة هي الدافع الأساسي لطلب الإذن بالزواج أكيدة ، و هو ما يجب على القاضي التأكد منه قبل منح الإذن.

و بما أن المشرع لم يبين هذه المصلحة، فإنها تستخلص بعد الاستماع إلى أبوي القاصر، و هو ما قضت به المحكمة العليا، في قرارها لها بتاريخ 17/05/1998 بقولها: "من المقرر قانوناً أنه يكون الأب ولياً على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانوناً"<sup>(1)</sup>، أو رأي الطبيب المختص أو بعد إجراء بحث اجتماعي في الموضوع، أو من لقاء قد يتم بين القاضي الراغب في الزواج (القاصر)، ومن باب المصلحة أيضاً القوة الجنسية الجامحة أو حمل الفتاة عن طريق الشبهة أو اغتصابها ، وبالتالي طلب زواجها ممن تسبب في حملها أو ممن اغتصبها.

ولإثبات صلاحية القاصر يأمر القاضي ،عرض المعني بالأمر على طبيب مختص، ليتأكد من بلوغه وضرره من تأخره في الزواج. فشهادة الطبيب هي أهم وسيلة يعتمد عليها القاضي لمنح الإذن بالزواج، ولهذا فإن الملفات التي توقع من طرف القاضي في هذا الصدد تتضمن شهادة طبية من طبيب مختص<sup>(2)</sup>، الأمر الذي يجعلها تحضى بالقبول، ولصعوبة إثبات القاضي المكلف بالزواج أن مراهقاً قادر على ضبط نفسه وآخر غير قادر على ضبطها، خصوصاً إذا كان الولي الشرعي رافضاً لهذا الزواج، أو نجده في معظم الملفات يأخذ في منح الإذن بين الخبرة الطبية والبحث الاجتماعي، في إطار السلطة التقديرية الواسعة التي يتمتع بها في هذا المجال، أي أنه يستوجب على القاضي ربط الإذن بوقائع قابلة للإثبات القضائي، بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي، وكذا الاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي حسب مقتضيات الحال، ويعتبر ترخيص القاضي بالترشيد بالزواج بات وغير قابل للطعن، لا يقبل الطعن بأي وجه من الوجوه<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ، م، القرار بتاريخ 17 / 05 / 1998، ملف رقم 167835، م - ق، عدد 02، 1997، ص 77.

<sup>2</sup> - وهذا ما نصت عليه أحكام المادة 07 مكرر من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم 05 - 02، بقولها: "يجب على طالي الزواج أن يقدم وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطراً يتعارض مع الزواج. ويتعين على الموثق أو ضابط الحالة، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهم بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطراً يتعارض مع الزواج. ويؤشر بذلك في عقد الزواج".

<sup>3</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 163؛ د. محمد الكشيور، المرجع السابق، ص 227.

و يتم زواج القاصر بموافقة الولي، طبقاً لأحكام المادة 02 / 11 من قانون الأسرة<sup>1</sup>، فإذا امتنع الولي عن الموافقة، وأصر القاصر على الزواج، ، يعود الأمر للقاضي (رئيس المحكمة) الذي يقرر إما إعطاء الترخيص بالزواج أو عدمه، وفقاً لما تأكد لديه عملياً من خلال أحكام المادتين 02 / 11 والمادة 90 من قانون الأسرة<sup>2</sup>، ويجب على القاضي التأكد من وجود الضرورة، والمصلحة الثابتة للزوجين، والقدرة على تحمل تبعات الزواج المادية والمعنوية، وغير ذلك من المبررات التي يرى معها القاضي التخلي عن شرط السن الذي فرضه القانون طبقاً لأحكام المادة 01 / 07 من قانون الأسرة المعدل.

ثانياً. الترخيص القضائي بتعدد الزوجات: يجوز شرعاً للزوج أن يتزوج أربع زوجات ليس بينهن قرابة محرمية، وحرمت عليه زواج الخامسة حتى يطلق إحدى زوجاته، وتمضي عدتها سواء أكانت العدة من طلاق رجعي أو بائن، لقوله تعالى من سورة النساء، الآية 03: "فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة"؛ وهو ما أيدته السنة النبوية لما روى مالك والترمذي وابن ماجه وابن حبان وأحمد الشافعي عن ابن عمر، قال: "أسلم غيلان بن سلمة الثقفي وعنده عشرة نسوة تزوجهن في الجاهلية، وأسلمن معه، فقال له النبي ﷺ: "أمسك أربعاً وفارق سواهن"<sup>3</sup>.

1. موقف الفقه تعدد الزوجات: قيد الفقه الإسلامي تعدد الزوجات و حصرها في أربع زوجات، شرط العدل بينهن، القدرة على الإنفاق، وحسن المعاشرة، لقوله تعالى: "فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة"، إن شرط العدل هنا، هو شرط ابتداء واستمرار، وبهذا فقد أجاز الفقهاء للزوجة الأولى أن تطلب الطلاق إن قصر الزوج بواجباته نحوها أو تضررت بزواج زوجها، ويمكن للقاضي أن يجيها إلى طلبها، كما أنه يجوز أن تطلب التفريق للتغيير لها، إن تفاجأت بأن زوجها متزوج دون أن يخبرها بذلك، لأنها تزوجته على أنه غير متزوج عرفاً وقانوناً<sup>4</sup>.

2. الحكمة من تشريع تعدد الزوجات: للتعدد دوافع كالمصلحة أو الحاجة الطبيعية، في مرض الزوجة بمرض مزمن أو عقم، ويمكن أن يكون علاجاً عند زيادة عدد النساء على الرجال، فالتعدد في التشريع الإسلامي هو علاج ووقاية، فالتعدد في الفقه الإسلامي، مشروط بشرطين هما، العدل بين الزوجات، والقدرة على الإنفاق من جانب الزوج.

1- المادة 11 الفقرة الثانية: "دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"

2- تنص المادة 90 من قانون الأسرة بقولها: "إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفاً خاصاً تلقائياً أو بناء على طلب من له مصلحة".

3- الإمام مالك، الموطأ، ج 02، ص 586.

4- بلجاج العربي، المرجع السابق، ص 247 - 248.

غير ان مسألة العدل المعنوي نسبية لأنه في الغالب يستحيل تحقيقه في الحياة العملية، و يصعب على الزوج إقامة التوازن العاطفي بينهما بدرجة متساوية وعادلة، اما العدل المادي فهو أمر يمكن تحقيقه، رغم أنه لا يمنع من حدوث العديد من المشكلات الاجتماعية والقانونية، لقوله تعالى: "ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة وإن تصلحوا وتتقوا فإن الله كان غفورا رحيمًا"<sup>1</sup>، وقوله صلى الله عليه وسلم: "اللهم هذا قسي فيما أملك فلا تؤاخذني فيما تملك ولا أملك".

و الأصل في التعدد الإباحة إلا أنه قد يكون مندوبا أو واجبا أو مكروها وقد يكون حراما في أحيان أخرى.

3. الترخيص بتعدد الزوجات في التشريع الجزائري: وضع المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 08 من قانون الأسرة المعدل<sup>2</sup> قيودا وشروطا على نظام تعدد الزوجات يجب توفره للتخصيص بالتعدد

أ-المبرر الشرعي: نص المادة 01/08 من قانون الأسرة على انه يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي، فالمشرع الجزائري يشترط على الزوج الذي يريد أن يتزوج بأكثر من واحدة أن يتوافر لديه المبرر الشرعي الذي دفعه إلى ذلك، اشتراط المبرر يؤدي إلى كثرة الطلاق والزواج العرفي، كما يفشل عند التطبيق، ذلك أن كثيرين ممن يرغبون في الزواج على زوجاتهم سيحجمون عن كشف المبرر الذي دفعهم إلى تعدد الزوجات، لما فيه من المساس بأسرارهم وعندئذ يقدمون على طلاق زوجاتهم ليتزوجوا من جديد، الأمر الذي سيؤدي إلى كثرة الطلاق، وليس في هذا مصلحة للمجتمع، ولا للمرأة ولا للأولاد، لأن تعدد الزوجات أقل؛ خطرا من الطلاق بلا شك<sup>3</sup>، غير انه لم يحدد المبرر الشرعي، و ذلك مثلا أن تكون الزوجة السابقة عاقرا، أو تنفر كثيرا من الاتصال الجنسي، أو ليست لها الرغبة مطلقا، أو تصاب بمرض عضال يقعدها في الفراش، أو تصير الزوجة طاعنة في السن خلافا للزوج، وغير قادرة على القيام بالالتزامات الزوجية<sup>4</sup>.

والزوج هنا هو من يقوم بإثبات المبرر الشرعي، و للقاضي تكييفه فالقاضي المختص هو رئيس قسم شؤون الأسرة المخولة له صلاحيات قاضي الاستعجال<sup>5</sup>،

<sup>1</sup> - سورة النساء، الآية 129.

<sup>2</sup> - المادة 08 من قانون الأسرة المعدل: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل؛ ويجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة بمكان مسكن الزوجية".

<sup>3</sup> - عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية، كلية الحقوق، أسبوط، مصر، ص 126.

<sup>4</sup> - محمد الكشور، المرجع السابق، ص 291.

<sup>5</sup> - طبقا لأحكام المادة 425 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية رقم 08 - 09، المؤرخ في 25/02/2008 م، الجريدة الرسمية رقم 21، لسنة 2008، ص 03.

، ومتى تعلق المبرر الشرعي بشخص الزوجة، فيجب استدعاؤها من جانب المحكمة قصد الاطلاع على حالتها والاستماع إليها ، وسواء قبل القاضي المبرر الشرعي الاستثنائي أو رفضه، فيجب عليه أن يبرر موقفه بالقبول أو بالرفض.

ب- أن يكون العدد مما حددته الشريعة: لقوله تعالى: " فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث وربيع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة"، و هو ما استند عيه المشرع الجزائري عند اشتراطه أن يكون تعدد أربع زوجات .

ت- إعلام الزوجة السابقة والزوجة اللاحقة: اشترط المشرع الجزائري على الزوج الذي يود الزواج بامرأة ثانية، أن يخطر كلا من الزوجة السابقة بأنه يرغب في الزواج، وإعلامها يتم عن طريق استدعائها من طرف القاضي المختص ، و النيابة العامة هي التي تقوم بإخطار الزوجة و ذلك في حالة استمرار غيابها، لأنها تعتبر طرفا أصليا في جميع قضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون طبقا لأحكام المادة 03 مكرر من قانون الأسرة المعدل ، و الاستدعاء يجب أن يكون شخصيا، فإذا توصلت شخصيا بالاستدعاء ولم تحضر أو امتنعت عن الحضور، يوجه إليها استدعاء آخر في أجل معقول من طرف مصلحة التبليغ بالمحكمة، تُشعر فيه بأنها إذا ما تغيبت عن الحضور فسيبت في طلب الزوج رغم ذلك الغياب<sup>1</sup>

ث- العدل لدى الزوج والشروط الضرورية للحياة الزوجية: اشترط المشرع الجزائري توفر نية العدل، دون تحديد المقصود به، لأن النية أمر داخلي يمكن للقاضي الاطلاع عليه والتأكد منه، فالعدل بين الزوجات تصرف مادي يتعلق بالمسكن والنفقة والمبيت، ويظهر بعد قيام الحياة الزوجية ، مما يؤدي إلى القول بأن شرط توفر نية العدل كشرط مسبق لإبرام عقد الزواج شرط في غير محله، ولا يسلم به كقيد على الزواج الثاني، لأن ما يشك في إثباته وتحققه لا يمكن جعله شرطا أو قيدا لما هو جائز شرعا، وواقع فعلا ، أما الشروط الضرورية للحياة الزوجية، فيجب على من يطلب الإذن بالتعدد أن يثبت القدرة المالية الكافية لإعالة أسرتين كاملتين للقاضي ، و يترك أمر تقديرها لهذا الأخير ، والذي يراعي فيه ظروف الزمان والمكان أثناء ذلك التقدير<sup>2</sup>، و بهذا يجوز للقاضي التأكد من القدرة المالية للراغب في التعدد على الإنفاق ( كشهادة الأجر أو بيان الوضع الضريبي)، ومقدرته في توفير مسكن لكل زوجة مع أولادها، وكذا التأكد من الامور اللازمة لتحقيق العدل والمساواة بين الزوجات<sup>3</sup>.

ويلزم القاضي بإجراء مقابلة بين الزوجين بخصوص التعدد، قابلة في جلسة سرية للاطلاع على موقف كل منهما عن التعدد ، فاذا اختلف الزوجان، قام القاضي بمحاولة التوفيق بينهما ، بعد تقديم البيانات

<sup>1</sup> - محمد الكشور، المرجع نفسه، ص 293.

<sup>2</sup> - محمد الكشور، المرجع السابق، ص 292.

<sup>3</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 192.

المطلوبة ، فإما أن يعدل الزوج عن طلب الإذن بالتعدد، أو تسمح له الزوجة بذلك، أو يستمر الخلاف قائما بينهما<sup>1</sup>

و في حال استمر الخلاف بين الزوجين، للقاضي أن يأذن بالتعدد، إذا أثبت أن الشروط المنصوص عليها ضمن مقتضيات المادة 01/08 من قانون الأسرة، و يجب أن يكون الإذن بالقبول أو رفضه مسببا، لان الطعن فيه من ذوي المصلحة مقبول ، والترخيص بالزواج الممنوح من طرف رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية ، يخضع للأحكام الإجرائية العامة طبقا لأحكام المادة 102 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، فإنه لا يحق للقاضي الامتناع عن الترخيص إذا استوفى الزوج شروط التعدد، من القدرة على الإنفاق، والعدل بين الزوجات<sup>3</sup>.

و قد أشارت المحكمة العليا إلى وجوب العدل بين الزوجات، والمساواة بين النساء في النفقة، كما أن إسكان الزوجة منفردة واجب لها كوجوب النفقة الشرعية، إذ أنه من اللازم على الزوج في حالة التعدد أن يوفر لكل زوجة مسكنا مستقلا مع أبنائها.

اما المرأة التي يُطلبُ الإذن من أجل الزواج بها فان المشرع الجزائري قرر إخطارها من طرف القاضي نفسه، بأن الزوج الذي سيتزوجها متزوج غيرها وأنها راضية بهذا الوضع، مع تضمين ذلك في محضر رسمي.

ويترتب على عدم الحصول على الترخيص المسبق للزواج الجديد الفسخ قبل الدخول طبقا لأحكام المادة 08 مكرر 01 من قانون الأسرة<sup>(2)</sup>، وفي حالة التدليس أو الغش يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج، للمطالبة بالتطليق لضرر تعدد الزوجات، طبقا لأحكام المادة 08 مكرر من ذات القانون<sup>(3)</sup>.

ثالثا . إجراء الفحوصات الطبية قبل الزواج:هو الفحص الذي يجب إجراؤه قبل الزواج بالكشف على الجسم بالوسائل المتاحة ( من الأشعة، والكشف المخبري، الفحص الجيني ونحوها) قصد معرفة ما بأحد الخاطبين من أمراض معدية أو مؤثرة في مقاصد الزواج.

#### 1- الفحص الطبي في التشريع الجزائري: يتضح لنا من خلال المادة 07 مكرر قانون الأسرة المعدل

<sup>1</sup> - محمد الكشيبور، المرجع نفسه، ص 294.

<sup>2</sup> المادة 08 مكرر 01 من قانون الأسرة على أنه: " يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 08 أعلاه".

<sup>3</sup> . محكمة سيق، 28/10/1984، رقم 84/184، غير منشور؛ نقلا عن: د. بلحاج العربي المرجع نفسه، ص 193.

بموجب الأمر 05 - 02<sup>1</sup>، بأن المشرع الجزائري قد ألزم المقبلين على الزواج بتقديم شهادة طبية لا يتجاوز تاريخ صدورها ( 03) ثلاثة أشهر يوم إبرام العقد، تثبت خلوهم من الأمراض أو العوامل التي قد تؤثر سلبا في العلاقة الزوجية، كما أن العون المختص بإبرام عقد الزواج ملزم التحري والتأكد من إجراء هذه الفحوصات الطبية الخاصة بالزواج، وعلم الأطراف المعنية بنتائجها التي قد تشكل مخاطر على مشروع هذا الزواج إن تم، وذلك قبل مباشرة أي إجراء لتحرير العقد التأشير فيه بذلك<sup>2</sup>، وتضمنت المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 24-366 المؤرخ في 7 نوفمبر 2024، أنه يتم إعداد الشهادة الطبية بعد فحص طبي إلزامي قبل الزواج، بهدف تقييم حالة طالبي الزواج والبحث عن الأمراض المتنقلة التي يمكن أن تنتقل من أحدهما إلى الآخر، إضافة إلى الكشف عن الأمراض أو عوامل الخطر التي من شأنها أن تسبب لطالبي الزواج مشكلة صحية عند الحمل المحتمل، وكذا الحصول على معلومة أوسع عن نمط الحياة والصحة الإنجابية والتنظيم الأسري، و يقوم طبيب ممارس بإجراء فحص طبي على كل من طالبي الزواج ثم تسليمهما شهادة طبية، من خلال استشارة طبية تسلم على إثرها لكل منهما شهادة طبية ما قبل الزواج يرفق نموذجهما في الملحق بهذا المرسوم.

وتثبت الشهادة الطبية أن طالبي الزواج قد خضعا للفحوصات والتحاليل المنصوص عليها في هذا المرسوم. كما توقع هذه الشهادة وتسلم لكل واحد من طالبي الزواج شخصا من طرف الطبيب، ويجب أن تشير هذه الشهادة إلى أن النتائج والتوصيات المرتبطة بالفحوص والتحاليل قبل الزواج قد تم شرحها لهما بطريقة مستنيرة وفردية.

وأحاط المشرع الجزائري هذه المسألة بتنظيمها من خلال المرسوم التنفيذي 06 - 154 المرسوم التنفيذي رقم 06 - 154 المؤرخ 11/05/2006، الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من قانون الأسرة، و المرسوم 24-366 مرسوم تنفيذي رقم 42-366 مؤرخ في 5 جمادى الاولى عام 1446

---

<sup>1</sup> - المادة 07 مكرر قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05 - 02: "يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن 03 ثلاثة أشهر تثبت خلوهم من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطراً يتعارض مع الزواج.

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

<sup>2</sup> - علاق عبد القادر، الفحص الطبي للمقبلين على الزواج، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014، ص 238.

الموافق 7 نوفمبر 2024، يتعلق بالشهادة الطبية و الفحوص و التحاليل قبل الزواج<sup>1</sup>

و قد منع المشرع الجزائري الجهات المختصة (موثقا أو ضابطا للحالة المدنية) من تحرير عقد الزواج دون تقديم طالبيه للشهادة الطبية، و هما ملزمان بالتأكد من خضوع الطرفين للفحوصات ومن علمهما بما قد تكشف عنه أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤثر في عقده، ويفترض أن الطبيب يكون قد تكفل بإعلام المعني على انفراد مُقدما وفقا لمقتضيات السر المهني، لأن تحرير شهادة طبية من صميم الأعمال الطبية ولم يلزم المشرع الجزائري الطبيب الفاحص بذلك، و يُحظر على الموثقين أو الضباط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية دون الاعتداد بإرادة المعنيين، كون عقد الزواج عقد رضائي، رغم إحاطته بترسانة من الشروط والإجراءات الإدارية والتنظيمية.

## 2-ضوابط وشروط تحرير عقد الزواج:

أوجب المشرع الجزائري على الموظف المختص (الموثق أو ضابط الحالة المدنية) بتحرير عقد الزواج مجموعة من الضوابط والشروط التي تتمثل فيما يلي:

أ -وجوب التأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع طرفي عقد الزواج للفحوص الطبية، و يقتصر التأكد على الوثيقة.

ب -وجوب تأكد الموثق طرفي عقد الزواج على علم بما تكشف عنه الفحوص الطبية، والتأكد يكون بعرض ما بالوثيقة الطبية من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج على الزوج الثاني، وتأشير ذلك في عقد الزواج، و يتعين عليه اثبات ذلك بوثيقة الزواج، و يتعين الإشارة الى أن المشرع لم يمنع الموثق عن إبرام عقد الزواج في حالة موافقة الزوج الآخر بهذا المرض أو العامل الذي يؤثر على مقاصد الزواج.

أما إذا تقدم الزوجان إلى الجهة المختصة لتحرير عقد الزواج، ولم يقدم أحدهما أو كلاهما الشهادة الطبية، يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية الامتناع عن تحرير مثل هذا العقد، و في حالة ما إذا تجاهل هذا الشرط و قام بتحرير عقد الزواج، فإنه يتحمل مسؤوليته عن مخالفة القانون، و يعرض نفسه للعقاب الإداري.

## 3- فوائد الفحص الطبي قبل الزواج: تتمثل فوائد الفحص الطبي قبل الزواج فيما يلي:

---

<sup>1</sup> - تم إصدار مرسوم تنفيذي رقم 24-366 مؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1446 الموافق لـ 7 نوفمبر 2024، والذي يتعلق بالشهادة الطبية والفحوص والتحليل قبل عقد القران بين الزوجين.، و وفقا للمرسوم الصادر في آخر عدد من الجريدة الرسمية، فقد تم ضبط كيفية إعداد الشهادة الطبية بعد الفحص الإلزامي، بهدف الكشف عن الأمراض المتنقلة أو عوامل الخطر التي قد تسبب لطالبي الزواج مشاكل صحية.

1- الحد من الأمراض الوراثية الشائعة في المجتمع.

2- التعرف على الصحة الخاصة لكل من الزوجين، و تفادي الأمراض المعدية والخطيرة طبقا لأحكام المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 24-366 ، وإخطار المعني بالأمر .

## المحاضرة الثامنة

### الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج

تتمثل الشروط الشكلية في توثيق عقد الزواج وتسجيله، ضمانا للحقوق الشرعية، و هي الجانب الرسمي التوثيقي للزواج للإثبات طبقا لأحكام المادة 18 و 22 من قانون الأسرة، والمادتين 71 و 77 من قانون الحالة المدنية.

لم يكن تسجيل عقد الزواج معروفا في الشريعة الإسلامية، فقد كان إبرام عقود الزواج يتم عرفا اي بالفاتحة ، و ذلك بحضور الشهود وأمام جماعة من المسلمين، فالعقد العرفي ( بالزواج بالفاتحة) هو عقد صحيح تترتب آثاره لأنه يتوفر على جميع أركانه وشروط صحته إلا أنه غير مسجل، و هو ما كان معمولاً به قديما بسبب الثقة بين الزوجين أو بين أسرتهما، غير أن كثرة الخيانات والتنكر لحقوق الطرفين وقلة الوازع الديني، فإن الفقهاء المعاصرين يتجهون الى ضرورة توثيق عقود الزواج

و لذلك دعت ضرورة الحياة وحفظا لمصالح الناس، توثيق العقد لحماية الحقوق المختلفة التي تثبت بها النفقة والنسب ، أو نفي ما ينقطع بالزوجية، وبالتالي أصبح عقد الزواج من العقود الرسمية التي لا بد فيها من التوثيق والشهود والإعلان لحماية العقد وترتيب آثاره.

أولا. الجهة المختصة بتوثيق عقد الزواج: طبقا لما نصت عليه المادة 18 من قانون الأسرة المعدل<sup>1</sup> و المادة 71 من قانون الحالة المدنية المؤرخ في 19/02/1970، فان ضابط الحالة المدنية أو الموثق المختص بتحرير عقد الزواج ، هو الذي يوجد بدائرة اختصاصه موطن الزوجين أو محل إقامة أحدهما، ومعنى ذلك، أن تحرير عقد الزواج من شخص غير الموثق، وغير ضابط الحالة المدنية يعتبر تحريرا غير قانوني، ولا يحتاج بهذا العقد أمام الجهات الادارية أو القضائية ، أما إذا انعقد الزواج في الخارج فإن هذا العقد يحرره الموظفون الدبلوماسيون أو القنصليون، أو السلطات المحلية التي لها حق تحرير العقود الرسمية<sup>2</sup>.

1-المادة 18: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا، مع مراعاة ما وردة في المادتين 09 و 09 مكرر من هذا القانون"

<sup>2</sup> - انظر المواد من 76 و 96 و 97 و 103 من قانون الحالة المدنية.

ويجب أن يبين في عقد الزواج المحرر من قبل الموثق أو ضابط الحالة المدنية، بأن الزواج قد تضمن الأركان والشروط المنصوص عليها في القانون، أي مع مراعاة ما ورد في المادتين 09 و 09 مكرر.

ثانيا. إجراءات توثيق عقد الزواج: بالرجوع الى المادة 21 من قانون الأسرة نجدها قد نصت على تطبيق أحكام قانون الحالة المدنية فيما يتعلق بإجراءات تسجيل عقد الزواج ، و الذي يلزم الموثق التحقق من هوية المتعاقدين ،ومن الوثائق التي اشتراطها القانون من أجل تسجيل الزواج ، و هي توفر رضا الطرفين، ولي الزوجة ، الشاهدين ،الصادق وانعدام الموانع الشرعية، بعدها يقوم بتسجيل العقد في سجلاته المعدة لذلك، ثم يسلم للزوجين نسخة تسمى ( بلفيف الزواج)<sup>1</sup> ، ليقوم بعد ذلك بإرسال ملخص إلى ضابط الحالة المدنية في أجل أقصاه (03) ثلاثة أيام، من تاريخ تسجيل العقد لتسجيله بسجلات الحالة المدنية خلال مهلة قدرها ( 05) أيام ابتداء من تاريخ استلامه الملخص، ثم يرسل للزوجين دفترا عائليا ويؤشر ببيان الزواج في السجلات على هامش عقد ميلاد كل واحد من الزوجين ، وهو ما نصت عليه المادة 72 / 2 من قانون الحالة المدنية ، أما إذا قام بإبرام عقد الزواج ضابط الحالة المدنية في البلدية المختصة محليا، فإنه يسجل عقد الزواج في سجلاته فورا، ويسلم إلى الزوجين دفترا عائليا مثبتا للزواج ،حسب ما نصت عليه المادة 72 / 1 من قانون الحالة المدنية.

ثالثا. إثبات الزواج: نصت المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري<sup>2</sup> على ان الزواج يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي، ويجب تسجيل حكم تثبت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة.

وعليه، فإن عقد الزواج الذي يقوم بتحريره وتسجيله الموثق أو ضابط الحالة المدنية، هو الوثيقة الرسمية لإثبات الزواج، و يعد الأداة الرسمية ذات حجة إثباتية قاطعة على الكافة، ولا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير.

ولقد اكتفت الشريعة الإسلامية بالشهادة كوسيلة للإشهار والعلنية، وكأداة للإثبات في حالة جحود الزوجية أو إنكارها من طرف أحد الزوجين، في حين أدخل الفقه الإسلامي المعاصر التوثيق الذي يدخل ضمن المصالح المرسله لتثبيت الحقوق، وإدخال الاطمئنان في نفوس الناس، ولقد أصبح عقد الزواج من العقود الشكلية أو الرسمية، والتي لا بد فيها من الإشهار والإعلان والتوثيق لحمايتها وترتيب أحكامها<sup>3</sup>

### المحاضرة التاسعة

1 - لفيف الزواج: هو الإشهاد يقدمه الموثق للزوجين للإثبات احتياطيا في حالة عدم استكمال الموثق إجراءات تسجيل أو أي لأي ظرف كان.

2-المادة 22:" يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي؛ ويجب تسجيل حكم تثبت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

<sup>3</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 353.

## الحقوق والواجبات المعنوية المالية المتبادلة بين الزوجين

### اولا. الحقوق والواجبات المعنوية بين الزوجين

إن من آثار عقد الزواج الصحيح في قانون الأسرة الجزائري هي، الحقوق والواجبات الزوجية التي تثبت بمجرد العقد ، و تتمثل في حقوق وواجبات لازمة، لا يمكن للزوجين ولا لأحدهما التنازل عن شيء منها أو التخلص منها، وقد نصت على ذلك أحكام المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري.

1. المحافظة على واجبات الحياة المشتركة والروابط الزوجية: وهو وجوب القيام بكل ما يؤدي إلى استمرار المودة والاحترام و تدعيم العلاقات الزوجية ، وهو ما أكدته المادة 36/1 من قانون الأسرة.

فيحق لكل واحد من الزوجين الاستمتاع بالآخر، لتحقيق مقاصد الزواج، وعدم الامتناع عن ذلك إلا لعذر شرعي ، وهو حق مشترك بين الزوجين لإحصان كل منهما الآخر ، بتمكينه من ممارسة ما تقتضيه الفطرة الإنسانية.

و يجب على كل من الزوجين تبادل الاحترام فالالتزام يقتضي حسن المعاشرة ، بل من علاقة الزواج نفسها لقوله تعالى: "وعاشروهن بالمعروف" ، فالحياة الزوجية لا تستقر ولا تطيب ، والأسرة لن تصبح مجالا لتربية الأولاد الصالحين إلا بحسن المعاشرة بين الأزواج، وانطلاقا من ذلك، يمتنع على كل من الطرفين أن يهين الطرف الآخر أو أن يحمله بما لا طاقة له به ، وعليه فيجب التعاون فيما بينهما على الخير ، والتسامح والاخلاص في أداء الواجب، والمحافظة على الروابط الزوجية،<sup>(1)</sup> وهو ما أكدته المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 36/2 من قانون الأسرة الجزائري.

2 . تحمل الزوجين مسؤولية تسيير شؤون الأسرة ورعاية الأولاد: يجب على كل واحد من الزوجين أن يساعد زوجه في كل ما يهم مصالح للأسرة، لتحقيق السعادة الأسرية ، والابتعاد عن كل ما يؤدي إلى شقاء الأسرة وتعاستها، والسهر على رعاية الأولاد وحسن تربيتهم، ورعايتهم جسميا وفكريا وخلقيا، وتوجيههم توجيها صحيحا ، لأنها مسؤولية الزوجين معاً، وهو ما أكدته المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 36/3 من قانون الأسرة الجزائري.

و يجب عليهم التشاور من اجل اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة، وهذا تبعا للأساس الذي قام عليه المشرع الجزائري، القاضي بالمساواة بين الزوجين

3. المحافظة على روابط القرابة بالحسن والمعروف وحسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم: وهنا يجب ان الزوجين أن يحافظ الزوجان على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسن والمعروف ، كما يجب على كل منهما مراعاة شعور الآخر واحترام عواطفه نحو أهلها

<sup>1</sup> .د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص ص 400 ، 401.

من زيارة كل منهما أبويهما وأبوي الآخر وأقاربه، وذلك لأن زيارة الأبوين يندرج ضمن حسن المعاملة والتبر بهم وهو ما أكدته المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 36/ 5 و 6 و 7 من قانون الأسرة من قانون الأسرة الجزائري.

## ثانيا. الحقوق والواجبات المالية بين الزوجين

عقد الزواج كباقي العقود ينتج آثارا قانونية بمجرد انعقاده، فهو ينتج آثارا تمس طرفيه، ومن بينها الحقوق المالية بين الزوجين، والمتمثلة في حق التوارث بين الزوجين، وحق استقلال كل من الزوجين بذمته المالية عن الزوج الآخر، وهناك حق تنفرد فيه الزوجة عن الزوج - أي هو واجب على عاتق الزوج - ألا وهو حق نفقة على الزوجة والأولاد.

**1- حق التوارث بين الزوجين:** يترتب على قيام علاقة زوجية صحيحة الحق في أن يرث كل منهما الآخر حالة وفاته، شرط أن تكون الزوجية قائمة حقيقة أو حكما، وان لا يكون هنالك مانع شرعي يمنع من الإرث كالقتل العمد والاختلاف في الدين، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال أحكام المادتين 126 و 130 من قانون الأسرة الجزائري.

و التوارث حق من حقوق الله تعالى فيمتنع على أحد الزوجين منعه أو تغيير الأنصبة بأي حال من الأحوال، لأنه من الحدود الشرعية الذي لا يمكن المساس به مطلقا.

**2- النظام المالي للزوجين:** يقصد به مجموعة الأحكام والقواعد التي تنظم العلاقات المالية بين الزوجين خلال مدة الزواج وبعده، فإن عقد الزواج يطرح عادة مشاكل تتعلق بتوزيع الثروة الزوجية، بما في ذلك نصيب كل واحد من الزوجين في الأموال المشتركة المكتسبة أثناء قيام الزوجية، وكذا بعد انحلال الرابطة الزوجية.

فالمشرع الجزائري خول لكلا الزوجين حق الاستقلال بالذمة المالية، وحق الاتفاق حول الأموال المشتركة بينهما، وهو ما سنحاول تحليله من خلال النقاط الآتية:

**أ. استقلال الذمة المالية للزوجين:** الذمة المالية هي مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية، وتتألف من عنصر إيجابي يتضمن الحقوق المالية التي تكون للشخص، و عنصر سلبي يتضمن الالتزامات المالية التي تترتب على الشخص.

فالذمة المالية هي أشبه ما تكون بوعاء تنصب فيه الحقوق والالتزامات المالية التي تعود للشخص، وانطلاقا من هذا التعريف فإن لكل شخص ذمة مالية مستقلة تمثل المظهر المالي لشخصيته القانونية، بغض النظر عما إذا كان لديه فعلا حقوق أو لم يكن لديه شيء<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - شامي أحمد، المرجع السابق، ص ص 144، 145.

وهنا، فإن كل من الزوجين يتمتع بأهلية قانونية كاملة، و لكل منهما الحق في التصرف بأمواله، بكافة أنواع التصرفات المالية المشروعة، كما أنه يلتزم كل منهما بوفاء الديون المترتبة بذمته.

والمشعر الجزائري حفظ الحقوق الشرعية للزوجة من خلال أحكام المادة 1/37 من قانون الأسرة المعدلة بنصها على ان لكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، وعليه فإن مطالبة الزوج لزوجته براتبها الشهري أو بأموالها الخاصة يعتبر خرقا للقانون.

ب. الأموال المشتركة للزوجين المكتسبة أثناء الحياة الزوجية: وهو ما نصت عليه المادة 2/37 من قانون الأسرة بجواز اتفاق الزوجين في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانهما خلال الحياة الزوجية، وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما، فقد يكتسب الزوجان أموالا أثناء الحياة الزوجية، الذي يطرح مشاكل خطيرة في حال الخصومة أو النزاع.

## المحاضرة العاشرة

### النفقة الزوجية

النفقة من الحقوق الزوجية المالية الثابتة للزوجة بمقتضى عقد الزواج الصحيح، فكما تجب نفقة الانسان على نفسه فهي تجب لغيره، و عليه فالزوج ملزم بنفقة الزوجة و كفايتها ما بقيت الزوجية قائمة بينهما

#### أولا. مفهوم النفقة

1. تعريف النفقة: النفقة في لغة الهلاك و الموت<sup>1</sup>، و هو المال الذي ينفق على الغير لما فيه من هلاك للمال.

اما اصطلاحا فهي ما يصرفه الزوج على زوجته، وأولاده، وأقاربه، من طعام وكسوة وعلاج، وكل ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف بين الناس وحسب وسع الزوج، أما بالنسبة للمشعر الجزائري لم يعرف النفقة غير أنه حدد ما يعتبر من مشتملاتها<sup>2</sup>، أمّا عن أسباب النفقة فالشريعة الإسلامية ذكرت قسمين: نفقة تجب للإنسان على نفسه، وهي مقدمة على نفقة غيره<sup>3</sup>، ونفقة تجب على الإنسان لغيره، وما يهمننا هو

1 - محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري، الجزء العاشر، ص 357

2 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 340

3 - عبد الله بن الشيخ الحسن الكوهجي، زاد المحتاج شرح المنهاج، تحقيق: عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، دار إحياء التراث الإسلامي، قطر، ط 02، ج 03، ص 563.

النفقة الزوجية التي يقصد بها إنفاق الزوج على زوجته، غنية كانت الزوجة أو فقيرة، مسلمة أو غير مسلمة<sup>1</sup>، فهي من حقوقها الأصلية على زوجها بسبب انحباسها لحق الزوج الثابت بالنكاح.

2. حكم النفقة الزوجية: من حقوق الزوجة على زوجها النفقة الزوجية ، سواء كانت غنية أو فقيرة، مسلمة أم غير مسلمة، زفت إليه أم لم تزف، حتى وإن كان الزوج فقيراً، أو مريضاً ، حاضراً أو غائباً ، لأن استحقاقها للنفقة ثابت لها باعتبارها زوجة، وقد ثبت وجوب نفقة الزوجة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أ-الكتاب :لقوله تعالى من سورة البقرة، الآية 233: وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ، والمراد بالمولود له الزوج والضمير في قوله رزقهن عائد على الزوجات.

ب- السنة النبوية: قوله ﷺ في حديث حجة الوداع عن جابر قال: "ألا واستوصوا بالنساء خيراً فإنما هن عوان عندهن، أخذتموهن بأمانة الله فاستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"<sup>2</sup>، وقوله ﷺ لهند بنت عتبة: "خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف"<sup>3</sup>

ت- الإجماع: اتفق الفقهاء على أن النفقة واجبة للزوجة على زوجها ،كما اتفقوا على أنه إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته من غير سبب شرعي كان ظالماً وفرض القاضي نفقتها عليه إذا رفعت دعوتها إليه.

ث- من المعقول: إن المرأة محبوسة على الزوج بمقتضى عقد الزواج فهي ممنوعة من التصرف والاكتساب لتفرغها لحقه فكان عليه أن ينفق عليها، وعليه كفايتها لأن العقل يقتضي الغنم بالغرم والخراج بالضمان فالنفقة جزاء الاحتباس فمن احتبس لمنفعة غيره وجبت نفقته في مال الغير، كما أن نفقة الزوجة تجب على زوجها لأمرين هما: استمتاع الزوج بزوجه ، تحتبس الزوجة من أجل زوجها

ثانياً. شروط وجوب النفقة الزوجية ومسقطاتها:

1-شروط وجوب النفقة تختلف شروط استحقاق النفقة الزوجية بحسب حالة الزوجة إذا ما كان مدخولاً بها أم لا.

أ- الزوجة المدخول بها : إذا كان الزوج موسراً وجب عليه نفقة زوجته التي دخل بها، ومكنته من نفسها، سواء كانت صغيرة أم كبيرة، صحيحة أم مريضة، ولا يسقطها شيء غير النشوز.

<sup>1</sup> - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 05 ص 278.

<sup>2</sup> - الترمذي، سنن الترمذي، باب ومن سورة التوبة، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع الرياض، الحديث رقم 3087، ص

<sup>3</sup> - البخاري، كتاب النفقات، باب: إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها من معروف، ج 05، الحديث رقم 5049، ص 5052.

ب- الزوجة غير المدخول بها: لا تجب نفقة إلا إذا دعت الزوجة الزوج للدخول بها، و كانت الزوجة تطيق الوطء، كما يجب ان يكون الزوج بالغاً، و موسراً بالنفقة على قدر حاله و ألا يكون أحدهما مشرفاً على الموت عند الدعوة إلى الدخول، وإلا فلا نفقة<sup>1</sup>

## 2- مسقطات النفقة: تسقط النفقة في حالات نذكرها :

-إذا كان العقد باطلاً أو فاسداً، حتى ولو بعد الاحتباس، لأن العقد واجب الفسخ، فيكون التسليم بعده غير مشروع.

-إذا كانت الزوجة صغيرة غير صالحة للمعاشرة الزوجية، أما في حالة مرض الزوجة بعد الانتقال إلى بيت الزوجية، فهنا النفقة واجبة لها على زوجها ما لم تكن ناشزا وقد ذكر الفقهاء حالات أخرى لا تجب فيها النفقة من أهمها: نشوز الزوجة أو حبسها أو سفرها بغير زوجها، أو عملها بغير رضا الزوج أو بسبب ردتها<sup>2</sup>

## ثالثاً. عناصر النفقة:

1- عناصر النفقة في الفقه في الفقه الإسلامي: اتفق جمهور الفقهاء حول عناصر النفقة و كانت اقوالهم كالآتي :

الحنفية اتجه الحنفية الى أنها تتكون من الخبز والملبس والمسكن والخادم ويشيرون إلى الإعفاف، وفي هذا يقول الكاساني: "وأما بيان مقدار الواجب من هذه النفقة فنفقة الأقارب مقدرة بالكفاية بلا خوف لأنها تجب للحاجة فتقدر بقدر الحاجة وكل من وجبت عليه نفقة غيره يجب عليه المأكل والمشرب والملبس والسكنى والرضاع أن كان رضيعاً، لأن وجوبها الكفاية والكفاية تتعلق بهذه الأشياء وما من للمنفقين عليه خادم يحتاج إلى خدمته تفرض له أيضاً لأن ذلك من جملة الكفاية"<sup>3</sup>، واستدلوا بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة: "خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف"

المالكية : يرون بأن النفقة مكونة من أربعة عناصر: "الطعام والشراب والكسوة والمسكن، فإذا أعطاهها هذه الأربعة فقد خرج إليها من نفقتها، فإن تفضل بعد ذلك فهو مأجور، فأما هذه الأربعة فلا بد منها لأن بها إقامة المهجة"<sup>4</sup>.

الحنابلة قالوا بأنها تتكون من الطعام والكسوة والسكنى والخادم و إعفاف من تجب له النفقة، وفي هذا

<sup>1</sup> - الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج 04، ص 256.

<sup>2</sup> - عبد العزيز رمضان سمك، المرجع السابق، ص 255 وما بعدها.

<sup>3</sup> - الكسائي، بدائع الصنائع، ج 05، ص 2246.

<sup>4</sup> - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 11، ص 253.

يقول ابن قدامة: "فإن احتاج إلى خادم فعليه خدمته كما قلنا في الزوجة لأن ذلك من تمام كفايته"<sup>1</sup>.

الشافعية اتجهوا الى ان عناصر النفقة خمسة أشياء وهي: "الطعام والإدام والكسوة والسكنى وآلة التنظيف كالمشط والدهن والخادم إن كانت ممن تخدم"<sup>2</sup>، ونفقة الزينة، ونفقة العلاج وقع خلاف كبير، بل غالب كلامهم أن هذين النوعين من النفقة لا يلزمانه.

2- عناصر النفقة في التشريع الجزائري: تناول المشرع الجزائري مسألة النفقة من خلال المواد من 74 إلى 80 من قانون الأسرة المعدل، وتنص المادة 78 من قانون الأسرة<sup>3</sup> على ان النفقة تشمل الغذاء، والكسوة، والعلاج، والسكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، و قد وردت عناصر النفقة الزوجية على سبيل المثال لا الحصر، و يظهر ذلك من خلال تقرير المشرع الجزائري امكانية أن يضاف الى النفقة كل شيء يعتبر ضرورياً في عرف الناس وعاداتهم، بما في ذلك المستجندات التي تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة، كمصاريف المدرسة وتعليم الأولاد، مع مراعاة مقتضيات توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارهما من مشتملات النفقة.

و ذكر المشرع الجزائري صراحة أن تطبيب الزوجة وعلاجها مما يجب على الزوج، لأن ضرورته أكثر من الطعام والشراب والزينة، و المتعارف عليه هو أن الإنفاق لا يكون إلا لدفع الضرر، فلا يمكن دفعه بالطعام والكسوة، و إنما يكون بالدرجة الأولى بالعلاج، وهذا مما تقره الأحكام الكلية للشريعة الإسلامية، والأعراف الصحيحة<sup>(1)</sup>، وهو ما أكدته المحكمة العليا أن مصاريف العلاج إذا مرض أحد أفراد الأسرة تدخل ضمن مشمولات النفقة طبقاً لأحكام المادة 78 من قانون الأسرة، ومن ثم يتحمل الزوج مصاريف علاج الزوجة<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - ابن قدامة، المغني، ج 07، ص 595

<sup>2</sup> - الغزالي، الوسيط، ج 06، ص 203

3- المادة 78: "تشمل النفقة الغذاء، والكسوة، والعلاج، والسكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

<sup>1</sup> .محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص 444 - 445.

<sup>2</sup> . المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 15/11/2006، ملف رقم 372292، م - م - ع، عدد 01، 2007، ص 493؛ كما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 10/02/1986 بقولها: "من المتفق عليه فقها وقضاء أن الحكم بنفقة الزوجة المريضة مدة سنة يتوقف تحديد أجل العلاج، ويتوقف كذلك على ضرورة بقاءها في بيت الزوجية ولو حكما. ولل قضاء بما يخالف ذلك، استوجب نقض القرار الذي بعد أن صرح بالتطبيق بطلب من الزوجة بسبب مرضها بدفع نفقة لها لمدة سنة"; المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 10/02/1986، ملف رقم 39394، م - ق، عدد 01، 1989، ص 111

و تدخل الزينة كذلك في الكسوة الواجبة على الزوج، و كذا أدواتها ، الكحل مثلا والحناء والدهن والمكياج وغيرها، وبما جرى به عرف الناس، وقال بعض المالكية: "ليس عليه أجره الزينة والماشطة، إلا إذا اشترطتها الزوجة في عقد النكاح"<sup>1</sup>

كما أضاف المشرع الجزائري ضمن النفقة الزوجية، ما يعتبر من الضروريات في العرف في إطار المستوى العام للحياة الاجتماعية ، و في حدود قدرة الزوج، بلا إسراف ولا تقصير، وفي حالة النزاع حول النفقة الزوجية يجب على القاضي أن يراعي كل هذه العناصر المجتمعة، ولا ينسى أن يدخلها في اعتباره عندما يقرر الحكم بالمبلغ المناسب للنفقة المطلوبة<sup>2</sup>

رابعا . تقدير النفقة الزوجية في التشريع الجزائري: يجب على قاضي شؤون الأسرة الذي يفصل في الدعاوى المتعلقة بالنفقة ، أن يضع عناصر النفقة التي تناولها المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 78 من قانون الأسرة في الحسبان ، و المتمثلة في الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، و ذلك عندما يقدر المبلغ المناسب للنفقة المطلوبة بالنفقة للزوجة<sup>3</sup>

قد منح المشرع الجزائري للقاضي السلطة الواسعة في تقدير النفقة على حسب عادات وأعراف المنطقة وكذا حالة الأطراف من عسر أو يسر ، من خلال أحكام المادة 79 من قانون الأسرة<sup>4</sup> ، وعليه مراعاة ظروف المعيشة وغلاء الأسعار من يوم الطلب، على أن لا تقل على حد الكفاية، تبعاً للمستجدات التي تطرأ على المعيشة بصفة عامة كمصاريف المدرسة وتعليم الأولاد و أجره السكن، ولا يعفى الوالد من توفير السكن، أو دفع بدل الإيجار، باعتبارهما من مشمولات النفقة، حتى ولو كان للحاضنة سكن، و عليه فإن تقدير النفقة هو مسألة تقديرية من اختصاص قضاة الموضوع.

و هو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 15/12/1998 بقولها: "ولكن وحيث أن القرار المنتقد قد أجاب الطاعن بأن المبالغ المحكوم بها غير مبالغ فيها، إضافة إلى أن تقدير التعويضات والنفقة ترجع لقضاة الموضوع، وعليه فالوجه غير مؤسس"<sup>5</sup>، انطلاقا من الوثائق والمستندات التي تحدد الوضعية المالية للزوج، تبعا لحال الزوجين يسراً أو عسراً، وظروف المعيشة زماناً ومكاناً<sup>6</sup>، ويجب على القاضي عند تقديره للنفقة أن يحددها من تاريخ رفع الدعوى القضائية، وأن يسار الزوجة لا يسقط حقها وحق أولادها في النفقة دون مبرر شرعي.

<sup>1</sup> - الدسوقي، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، ج 02، ص 510.

<sup>2</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 347.

<sup>3</sup> - المادة 5/426 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية، والتي تنص على أنه: "تكون المحكمة مختصة إقليمياً: - في موضوع النفقة الغذائية بموطن الدائن بها".

<sup>4</sup> - المادة 79: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين، وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

<sup>5</sup> - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 15/12/1998، ملف رقم 214290، إ-ق، عدد خاص، 2001، ص 195.

<sup>6</sup> - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 16/01/1989، ملف رقم 51715، م-ق، عدد 02، 1992، ص 55.

و يجوز المطالبة بزيادة النفقة تبعاً لتغير حال الزوج و الأسعار في الأسواق وظروف المعيشة، الا انه أنه لا تجوز دعوى الزيادة قبل مضي سنة على فرضها إلا في حالات استثنائية،

و حسب ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 23/04/1996 فانه: "من المقرر قانوناً أنه لا يجوز للقاضي مراجعة النفقة بعد مضي سنة من الحكم ولا يجوز الطعن بحجية الشيء المقضي فيه في النفقة تبعاً للمستجدات التي تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة"<sup>1</sup>، ويتبن من هذا القرار أن هذه المدة معقولة حيث أن الأسعار لا تتغير في أقل من مدة سنة حتى وإن كان هناك تغيير فإنه لا يكون تغيراً كبيراً<sup>2</sup>

اضافة الى ان القاضي له سلطة التقديرية في قبول طلب تعديل النفقة، على ان يكون حريصاً على مصلحة الزوجة بأن لا يقل قدر النفقة عن الحد الأدنى الكافي للقيام بالأمور الضرورية، كما يكون حريصاً على مصلحة الزوج في الإنقاص من قدر النفقة مراعاة لحاله وظرفه.

وعلى هذا الأساس ذهب الفقه إلى أنه يراعى في تقدير النفقة حال الزوج عسراً ويسراً، وما هو متوسط بينهما، أي الأيسر والأسهل للزوج في دفع النفقة، بقطع النظر عن حالة الزوجة غنية أو فقيرة، وكذا تزايد الأسعار في كل ما يتعلق بمشمولات النفقة، والوقوف على خصوصية المكان، على ألا تقل عن حد الكفاية.

وتطبيقاً لهذا، قررت المحكمة العليا بأن عدم الاطلاع على الوضعية المادية والاجتماعية للزوج، وعلى مرتبه الشهري، وإغفال ذكر المستندات التي اعتمد عليها قاضي الموضوع في تقدير مبلغ النفقة، كل ذلك يجعل القرار يستوجب النقض، وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 18/06/1991 بقولها: "من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع السلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاة بما يخاف هذا المبدأ يعد قصوراً في التعليل"<sup>3</sup>

**1- تاريخ استحقاق النفقة:** نص المشرع الجزائري على تاريخ استحقاق النفقة من خلال أحكام المادة 80 من قانون الأسرة<sup>4</sup>: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بيئة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى"، و لا يجوز للقاضي أن يحكم بالنفقة قبل رفع الدعوى، ولا لما بعد صدور الحكم إلا في الحالة التي يتضمن فيها الحكم القضاء بالطلاق، واسناد حق الحضانة إلى

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 23/04/1996، ملف رقم 136604، م - ق، عدد 02، 1997، ص 89

<sup>2</sup> - استقر اجتهاد المحكمة العليا على أن تقدير النفقة هو أمر موكل لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها، وذكر الوثائق والمستندات الإثباتية المعتمد عليها لتحديد الوضعية المالية والاقتصادية للزوج؛ وأنه حتى يتمكن القاضي من إعمال سلطته التقديرية وتبريرها، يجب عليه أن يراعى في تقدير النفقة أمران هما: حال الزوج ووضعه المالي، ومستوى الأسعار والوضع الاقتصادي زماناً ومكاناً؛ المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 13/03/2002، ملف رقم 276760، م - ق، عدد 01، 2004، ص 274.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 18/06/1991، ملف رقم 75029، م - ق، عدد 02، 1994، ص 65.

4- المادة 80: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بيئة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى".

المطلقة ، كما يجوز للقاضي أن يحكم بنفقة مؤقتة للزوجة أو للأولاد بموجب حكم تمهيدي أثناء إجراءات المرافعة، ثم يفصل القاضي فيها بصفة نهائية مع الفصل في موضوع النزاع<sup>3</sup>، و عليه فإن تاريخ استحقاق النفقة تبدأ من تاريخ رفع الدعوى إلى غاية تاريخ صدور الحكم.

وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 16 / 04 / 1990 بقولها: "من المقرر أنه ليس بالضرورة أن يكون تاريخ سريان النفقات في جميع الأحوال من يوم رفع الدعوى إذ يجوز للقاضي أن يحكم بها بأثر رجعي من يوم خروج الزوجة من بيت الزوجية"<sup>1</sup>

كما يجب ان يقوم على قاضي شؤون الأسرة بالفصل في دعوى النفقة بشكل استعجالي، حفاظا على مصالح الزوجة والأولاد، على أن تتبع فيها الإجراءات المستعجلة فيما يتعلق بالمواعيد وسرعة الفصل

فيها ، حيث كان قبل تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08 - 09 رئيس المحكمة هو الذي يقوم بإصدار التدابير الاستعجالية<sup>2</sup>، للحكم للزوجة وللأبناء بنفقة، قبل الفصل في الدعوى، من حيث الموضوع"<sup>3</sup>

و قد قام المشرع الجزائري بمنع القاضي من ان يُراجع حكمه قبل مرور سنة على الحكم طبقا لأحكام المادة 79 من قانون الأسرة المعدل، ولكن قبل الحكم بها من طرف القاضي ، فيجب ان تثبت الزوجة بأن زوجها لم ينفق عليها خلال مدة سنة قبل رفع الدعوى، فإذا انعدمت البيئة تعذر القول والإشهاد بادعاء الزوجة ، كما أنه يجوز للقاضي أن يحكم بأثر رجعي من يوم خروج الزوجة من بيت الزوجية، فليس بالضرورة أن يكون تاريخ سريان النفقات في جميع الأحوال من يوم رفع الدعوى، إذ فإنه يجوز للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بيئة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى.

فالأصل أن تثبت النفقة بمجرد امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته و لو امتد ذلك لسنوات، إلا أن المشرع الجزائري منع القاضي من الحكم بالنفقة لمدة سنة سابقة على الادعاء، حتى لا يترك مجالا لإرهاق الزوجة لزوجها، إذ تترك مطالبته بالنفقة سنوات كثيرة، ثم تطالبه بها مرة واحدة فيقع في الضيق والحرَج<sup>4</sup>.

2-مسقطات النفقة: إذا تحققت شروط وجوب النفقة و استحقاق الزوجة لها و لأولادها بالتراضي أو بالتقاضي، فلا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء، او بالمقاصة، فإذا كان للزوج دين ثابت على زوجته جاز أن

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 16 / 04 / 1990، ملف رقم 59967، غير منشور؛ نقلا عن: بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05 - 02، ج 01، المرجع السابق، ص 440

<sup>2</sup> - وهو ما نصت عليه أحكام المادة 1/425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال...".

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 19 / 01 / 2005، ملف رقم 333042، م - م - ع، عدد 01، 2005، ص 321.

<sup>4</sup> - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 148

يطلب منها إسقاط ما يقابل دينه من النفقة المفروضة، فنفقة الزوجة واجبة على زوجها بتوفر عقد صحيح طبقاً لأحكام المادة 74 من قانون الأسرة، فلا تستحق النفقة إذا فقد شرط من هذه الشروط:

- الزوجة الناشئة أي التي فوتت حق الاحتباس على الزوج، بان خرجت عن طاعة زوجها بدون مبرر شرعي، او خرجت من بيت زوجها بلا إذنه وبغير وجه شرعي، و لا يكون سقوط النفقة على الزوجة الناشئة إلا بعد تقدير القاضي النشوز من عدمه، و بعد تبليغها بالحكم النهائي القاضي وثبوت امتناعها عن تنفيذ الحكم برجعها لبيت الزوجية، ، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 12 / 11 / 2008 على أنه: "يبقى التزام الزوج بالإنفاق على زوجته، المقيمة عند أهلها، قائماً، مادام لم يثبت نشوزها بحكم قضائي"<sup>1</sup>

- الزوجة المريضة قبل أن يدخل بها، غير انها تستحقها عند بقائها في بيت الزوجية

- المدخول بها بناء على شبهة بغير عقد و المعقود عليها بعقد فاسد، ، فلا نفقة لهما لفقدان شرط من شروط وجوب النفقة الأساسية و هو عقد الزواج الصحيح، و ا انعدام الاحتباس المشروع.

### المحاضرة الحادية عشر

#### الطرق التقليدية لإثبات نسب أولاد

النسب مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية ، فهو اساس بناء الاسرة و تكوينها ، و حق من حقوق الاولاد ، فمن حق الولد ثبوت نسب ينتهي إليه و أصل يحتوي به ، لقوله تعالى "ادعوهم لأبائهم هو اقسط عند الله"<sup>2</sup> ، و اسباب ثبوت النسب عديدة و مختلفة ، فالشريعة الإسلامية جعلته يثبت بالفراش الصحيح، و النكاح بالشبهة، و الإقرار، و بالبينة، اما العلم الحديث فقد ألحق ثبوت النسب بالبصمة الوراثية و هي من الوسائل القطعية التي لا يدخلها شك في إمكانية إلحاق نسب شخص بأبيه أو نفيه عنه. أولاً تعريف النسب:

1. لغة: النسب لغة هو القرابة، وقيل هو في الآباء خاصة، واستنسب وانتسب ، ذكر نسبه، وانتسب إلى أبيه أي اعترى إليه<sup>3</sup>.

2. اصطلاحاً: هو الاتصال بين فردين بالاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة<sup>4</sup> ، ومن ذلك قوله تعالى: " .. فجعله نسبا وصهراً"<sup>5</sup> ، وقوله: "و هو الذي خلق من الماء بشراً فجعله نسباً وصهراً و كان ربك قديراً"<sup>6</sup>

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 12 / 11 / 2008، ملف رقم 466390، م - م - ع، عدد 02، 2008، ص 317.

2 - سورة الاحزاب الآية 5

3 - مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار إحياء التراث العربي، ط 2000، ص 229.

4 - محمود محمد حسن، النسب وأحكامه في الشريعة الإسلامية وفي قانون الكويتي، مطبعة الفجر الكويتية، ط 1999، ص 372.

5 - سورة الفرقان، الآية 54.

6 - سورة الفرقان الآية 45

كما نص المشرع الجزائري صراحة بحرمة التبني من خلال احكام المادة 46 من قانون الاسرة بقولها: "يمنع التبني شرعا و قانونا" ، كما يعرف بأنه: "صلة الشخص بغيره على أساس القرية القائمة على صلة الدم<sup>1</sup> ، وقيل بأنه: "عبارة عن صلة الإنسان بمن ينتهي إليه الآباء والأجداد"<sup>2</sup>.

ثانيا . طرق إثبات النسب: يعتبر الفراش الطريقة الاصلية في اثبات النسب القانوني و الشرعي معا ، و لخطورة مسالة نفي النسب فان القانون اقتبس من الشرع طرقا اخرى لإثباته و هي الاقرار و البينة فالنسب الشرعي يثبت بأحد الوسائل التي حددها فقهاء الشريعة الاسلامية و المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري<sup>3</sup> بنصها على ان النسب يثبت بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو ببنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول ، كما يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ، ومن هنا يتضح لنا أن طرق إثبات النسب تتمثل فيما يلي:

#### 1-ثبوت النسب بالفراش: يثبت النسب بالدخول الحقيقي في زواج صحيح او فاسد او الدخول بشبهة

ا- الزواج الصحيح: اذا كان بين الرجل و المرأة زواج شرعي صحيح، و كانت المعاشرة بين الزوجين ممكنة ، و تحققت الولادة بين أقل مدة للحمل وهي ستة أشهر، و مع وجود اختلاف فقهي في أقصى مدة لها ، فقد حددها المشرع الجزائري بعشرة أشهر، فإن النسب في هذه الحالة صحيح و لا يجوز أن ينفيه أو أن يتبرأ منه الرجل ، وذلك لقوله ﷺ: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"<sup>4</sup> ، والفراش هو الزواج الصحيح، و لا بد من توفر الشروط الآتية:

-إمكانية المعاشرة ( الوطء) بين الزوجين، وهو ما نصت عليه أحكام المادة 41 من قانون الأسرة.

-ولادة الولد بين أدنى مدة للحمل وأقصاها، وهو أكدته أحكام المادتين 42 و 43 من قانون الأسرة.

-عدم نفي الولد بالطرق المشروع، وهو ما تضمنته أحكام المادة 41 من قانون الأسرة.

ولا يقبل نفي النسب إذا توفرت هذه الشروط ، إلا بشرطين:

1 - عبد الكريم زيدان، المفضل في أحكام الأسرة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 03، 2000، ج 09، ص 315.

2 - أحمد فراج حسين، الولاية على النفس، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، 1972، ص 310.

3 -المادة 40: " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو ببنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون. يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"

4 - مسلم، باب الولد للفراش وتوفي الشبهات، ج 04، الحديث رقم 3286، ص 171.

الشرط الاول: التعجيل إلى نفيه بأن ينفيه عند علمه بالحمل أو وقت الولادة ، أو في أيام التهاني المعتادة، فإن سكت عن نفيه في هذه الأوقات اعتبر سكوته إقراراً، وذلك لما قد روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: "إذا أقر الرجل بولده طرفه عين، فليس له أن ينفيه"<sup>1</sup>.

الشرط الثاني: أن يلاعن الزوج زوجته، لأن بِنْفَيْهِ الولد، يكون قد اتهمها بالزنا، وهي ترميه بأنه قد قذفها، فمدة اللعان حسب استقرار اجتهاد المحكمة العليا هي أسبوع من يوم رؤية الزنا أو العلم بالحمل<sup>2</sup>.

ب- الزواج الفاسد: لا يرتب عقد الزواج الفاسد اثاره الا في حالة الدخول ، و من أبرز هذه الآثار ثبوت النسب بسبب الفراش ، فالنكاح الفاسد هو الذي فقد شرطاً أو أكثر من شروط الصحة ، كأن ينعقد النكاح من غير شهود أو بغير ولي، أو نكاح المعتدة، أو اقترن العقد بمدة معينة ، والفقهاء وإن كانوا متفقين على ثبوت النسب في النكاح الفاسد إلا أنهم اختلفوا في احتساب المدة فيه، فيما اذا كانت من وقت انعقاد العقد المشوب بالفساد، أو من وقت الدخول الحقيقي.

ولا يفرق المشرع الجزائري بين الزواج الفاسد، و الزواج الصحيح من حيث ثبوت النسب للأولاد طبقاً لأحكام المادتين 34 و 40 من قانون الأسرة، فكلاهما فيه إلحاق الولد بأبيه إذا جاءت به أمه لسته ( 06 ) أشهر فأكثر من تاريخ الدخول، ولمدة أقصاها عشرة ( 10 ) أشهر من تاريخ التفريق أو الانفصال بين الزوجين طبقاً لأحكام المادتين 42 و 43 من قانون الأسرة<sup>3</sup>.

و اختلف الفقهاء في ذلك حيث اتجه أبو حنيفة وأبو يوسف إلى اعتبار المدة من وقت العقد، مثلما هو في النكاح الصحيح ، ولأن أكثر صور النكاح الفاسد لا يكون سبب الفساد فيها ظاهراً وقت العقد<sup>4</sup>.

أما بالنسبة للجمهور فقد احتسبها من وقت الدخول لا العقد<sup>5</sup>، وهو قول محمد بن الحسن من الحنفية، وهو المفتى به ، ، لأن العقد الفاسد لا يحل به للمرأة أن تمكن زوجها من نفسها و لا تصير به المرأة فراشاً ، و من ثم لا يعد بمجرد سبب لثبوت النسب وإنما يتحقق ذلك بالدخول الحقيقي.

و منه فان النكاح الفاسد تثبت له بعض الآثار، منها ثبوت النسب، مع وجوب التفرقة، على ان يتوفر: الدخول الحقيقي، أن يمضي على الزواج أدنى مدّة الحمل، وهي ستة (06) أشهر.

ت- الدخول بشبهة : و الشبهة هي "ان يتصور الشخص ان اتصاله بالمرأة مباح و مشروع مع انه في الحقيقة غير ذلك"<sup>6</sup> ، و الدخول بشبهة هو اتصال الرجل بامرأة اتصالاً جنسياً غير مبني على عقد زواج صحيح أو فاسد أو ملك يمين، بل يكون مبنياً على شبهة عنده تفيد الحل والمشروعية مع أنه في الحقيقة

<sup>1</sup> - البيهقي، السنن الكبرى، ج 07، ص 421

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 25/12/2002، ملف رقم 296020، م - ق، عدد 01، 2004، ص 289.

<sup>3</sup> - بلحاج العربي، المراجع السابق، ص 381.

<sup>4</sup> - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 03، ص 516؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج 03، ص 171

<sup>5</sup> - ابن قدامة، المغني، ج 09، ص 149؛ ابن حزم، المحلى، ج 10، ص 36؛ الامام مالك، المدونة الكبرى، ج 02، ص 448.

<sup>6</sup> - محمد سلام مذكور ، الوجيز لأحكام الاسرة في الاسلام ، دار النهضة العربية القاهرة ، مصر، 1975، ص420

ليس كذلك ، و مثال ذلك ان يعقد الرجل على امرأة دون أن يراها ودخل بها امرأة أخرى ، وهو يعتقد أنها زوجته، فإنه يعتبر وطئاً بشبهة يثبت به النسب، وهذا إذا ولدته المرأة بين أقل مدة الحمل وأكثرها، لتأكد تولده حينئذ من ذلك الوطء، أما إذا أتت به قبل مضي أقل مدة للحمل من تاريخ المخالطة، فلا يثبت به النسب إلا إذا ادعاه ، و الوطء بشبهة مسقط للحد ، وتثبت به حرمة المصاهرة، فهو وطء اعتقد الواطئ حله فلحق به النسب كالوطء في النكاح الفاسد، وفارق وطء الزنا في أنه لا يعتقد الحل فيه <sup>1</sup> ، و الشبهة في عقد الزواج تظهر بأشكال مختلفة :

- الشبهة في الحكم: كجهل الزوج حكما من أحكام الزواج ( الزواج بالخامسة).

- شبهة في العقد: كالعقد على امرأة وبعد الدخول تبين أنها من المحرمات.

- شبهة في الفعل: كان يدخل شخص على امرأة ظنا منه أنها زوجته.

و من خلال أحكام المادة 40 من قانون الأسرة. فأن المشرع الجزائري اعتبر أن نكاح الشبهة وسيلة من وسائل اثبات النسب .

2- ثبوت النسب بالإقرار والبيئة: بما ان الفراش منشئ للنسب و مثبت له فان الاقرار و البيئة كاشفة له

أ- الإقرار:

أ-1 تعريف الاقرار: الإقرار لغة هو إثبات الشيء، والاعتراف به، أما اصطلاحا فهو إخبار الإنسان بحق عليه لآخر، فهو حجة قاصرة على المقر ، لأن الإقرار هو الإخبار عن فعل الإنسان نفسه، وأما الإخبار عن فعل الغير فهو شهادة .

و بما ان النسب موضوع حساس، قبل الفقهاء هذا التعدي فأصبح الإقرار حجة ، يثبت به النسب <sup>(1)</sup> ، والإقرار في النسب نوعان هما : الإقرار بالبنوة والأبوة والأمومة و هو ما يسمى بالإقرار المباشر كأن يقول شخص هذا إبنى أو هذا أبى، أو هذه أُمى، و الإقرار بغير البنوة والأبوة والأمومة، أو المحمول على الغير و هو ما يسمى بالإقرار الغير مباشر على هذا الإقرار، كان يقول شخص هذا أخي <sup>(2)</sup> ، ويضيف الفقهاء شرطين آخرين:

أ-2- شروط الاقرار يثبت النسب بالشروط الآتية:

-شروط صحة الاقرار المباشر:

1 - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 02، ص 607.

<sup>1</sup> - عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، دار النفائس، عمان، 1418 هـ، ص 133.

<sup>2</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 389.

- أن يكون الإقرار لشخص مجهول النسب (المادة 44)

- أن يكون الإقرار من شخص عاقل و بالغ ، وأن يكون مختارا

- أن يصدق المقر له على هذا الإقرار إذا كان بالغاً ، وإلا سقط

- أن يكون المقر له وقت الإقرار حيا

- شروط صحة الإقرار الغير المباشر: اضافة الى شروط الإقرار المباشر هناك شروط اضافية

- هو أن لا يدعي المقرُّ، أن ابنه من الزنا.

- أن يصدقه المقر له ، فإن كذبه كان الإقرار باطلا ، ولا يشترط التصديق في المجنون والصغير.

- أن يوافق المحمول له ، المحمول عليه بالنسب ، و هذا ما تبناه المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 45 من قانون الأسرة المعدل ، من أن المقر بالنسب في غير البنوة ، والأبوة و الأمومة ، لا يسري على غير المقر ، إلا بموافقة وتصديق المحمول عليه الأمر .

ب- البينة: يقصد بها كل حجة أو دليل يؤكد وجود واقعة وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما ، و هي من وسائل الإثبات المنصوص عليها في المواد من (150 - 163 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية).

و البينة هنا هي شهادة رجلين عدلين ، أو رجل وامرأتين ، لإثبات الزوجية الصحيحة أو لإثبات النسب بعد الوطء بشبهة ، و يجوز الأخذ بشهادة التسماع عند بعض الفقهاء من طرف جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب ، كما أن الشهادة بالشبهة جائزة و ذلك إذا سمع الشاهد من الناس أن فلان ابن فلان ، جاز أن يشهد ، حتى ولو لم يعاين الولادة على فراشه<sup>1</sup> ، فإذا انكر الزوج واقعة ولادة زوجته في ذاتها ، أو اعترف بالولادة و أنكر الولد نفسه بعد ان حملت المرأة ، و وضعت في غيابه ، فإنه يجوز في هذه الحالة إثبات الولادة عن طريق شهادة قابلة ، أو الطبيب ، أو الممرضات<sup>2</sup>

اما القيافة فالفقهاء يُقرُّون بالأخذ بها كوسيلة من وسائل إثبات النسب و تعتبر من أقدم الطرق التي عرفتھا الشريعة الإسلامية لمعرفة الأثر والشبه ، فالقائف هو من يلحق النسب بغيره عند الاشتباه بما خصه الله تعالى من علم ذلك<sup>3</sup> ، أو هم قوم يعرفون الأنساب بالشبه و لا يختص ذلك بقبيلة معينة ، بل من عُرف منه المعرفة بذلك وتكررت منه الإصابة فهو قائف<sup>4</sup> ، و لا يصح عند الحنفية الحكم بالقيافة

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 389.

<sup>2</sup> - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 190.

<sup>3</sup> - الشربيني، مغني المحتاج، ج 04، ص 488.

<sup>4</sup> - ابن قدامة، المغني مع الشرح الكبير، ج 08، ص 107.

لإثبات النسب<sup>1</sup> ، اما جمهور الفقهاء ( المالكية والشافعية والحنابلة) فقد أخذوا بها على اعتبار الحكم بالقيافة في إثبات النسب عند وجود نزاع و الاشتباه و عدم توفر الدليل الأقوى أو عند تعارض الأدلة الأقوى منها<sup>2</sup>

## المحاضرة الثانية عشر

### الطرق العلمية لإثبات النسب البصمة الوراثية كوسيلة

لم يبين المشرع الجزائري صور الطرق العلمية ، مع نصه على جواز الاستعانة بها من قبل القاضي لإثبات النسب، كما انه لم يبين حدوده عند اللجوء الى هذه الطرق ،رغم كثرتها فمنها الطرق الظنية (ظني) كفحص الدم ABO و منها الطرق القطعية (قطعي)كالبصمة الوراثية .

تعتبر البصمة الوراثية من أهم الاكتشافات في علم الأحياء ، فهي تساهم في اثبات النسب ونفيه ،و إن كان استعمال البصمة الوراثية من الناحية الشرعية لا يثير إشكالا في مجال الطب الشرعي و القضايا الجنائية الا ان الاعتماد عليها في مجال النسب قد كان محل اختلاف في مشروعيتها ، ليصبح موضوع بحث ودراسة من قبل المجامع الفقهية ،و ذلك لما للنسب من خصوصية في الشريعة الإسلامية.

### اولا. مفهوم البصمة الوراثية

#### 1-تعريف البصمة الوراثية:

أ. تعريف البصمة الوراثية لغة: كلمة البصمة مشتقة من البُصْم، وهو فوت ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر، يقال ما فارقتك شبرا، ولا فترا، ولا عتبا، ولا رتباً، ولا بصماً، ورجلٌ ذو بَصَم أي غليظ البصم<sup>(1)</sup> ، وبصم بصماً، إذا ختم بطرف إصبعه. والبَصْمَةُ أثر الختم بالإصبع<sup>(2)</sup> ، أما كلمة الوراثية فهي من الوراثة و هي من مصدر ورث و هو الانتقال، وعلم الوراثة هو العلم الذي يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل لآخر، وتفسير الظواهر المتعلقة بطريق هذا الانتقال<sup>(3)</sup> .

وعلى ذلك يكون المقصود بالبصمة الوراثية العلامة أو الأثر أو الصفة المنتقلة من الأصول إلى الفروع<sup>(4)</sup> .

ب. تعريف البصمة الوراثية اصطلاحاً: عرّفها البعض بأنها: "الصفات الوراثية التي تنتقل من الأصول إلى الفروع، والتي من شأنها تحديد شخصية كل فرد عن طريق تحليل جزء من حامض الدنا الذي تحتوي

<sup>1</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع، ج 08، ص 3967، السرخسي، المبسوط، ج 07، ص 83.

<sup>2</sup> - الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج 03، ص 319؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج 08، ص 351؛ ابن قدامة، المغني، ج 06، ص 395.

<sup>1</sup> .ابن المنظور، لسان العرب، ج 12، ص 50.

<sup>2</sup> .المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، دار المعارف، مصر، ط02، 1973، مادة بصم، ج 01، ص 60.

<sup>3</sup> .المعجم الوسيط، مادة ورث، ج 02، ص 1024.

<sup>4</sup> .حجاري محمد، المرجع السابق، ص 532.

عليه خلايا جسده"<sup>1</sup>، و هي المادة الوراثية الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية، كما أنها وسيلة من وسائل التعرف على شخص ما، ويطلق عليه اختصاراً DNA، كما

أما في الاصطلاح العلمي: "هي ما يتوارثه الأبناء عن آبائهم من صفات تحدد هويتهم بدقة وتميزهم عن غيرهم. فهي الجينات الوراثية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه، والتي تتحكم في صفات الشخص، والتي يختص بها دون سواه، وهي الوسيلة التي تمتاز بالدقة في التحقيق من النسب البيولوجي، والتحقق من الشخصية"<sup>2</sup>.

فالبصمة الوراثية هي للدلالة على هوية الشخص انطلاقاً من عينة حمض نووي موجود في خلايا جسمه، تنتقل من الأصول إلى الفروع، ووسيلة تحقيق ذلك بتحليل المادة الوراثية والصفات الوراثية بأجهزة ذات تقنية عالية<sup>3</sup>.

## 2. خصائص البصمة الوراثية: تتصف البصمة الوراثية بمجموعة من الخصائص تتلخص فيما يلي:

أ. انفراد كل شخص ببصمة لا يشاركه فيها شخص آخر في العالم إلا في حالة التوائم المتطابقة (الحقيقية)، فهي أدق وسيلة علمية تم اكتشافها لحد الآن في تحديد هوية الشخص وإثبات أو نفي الأبوة أو الأمومة في حالة النفي متى تمت بمعايير وضوابط معينة.

ب- البصمة الوراثية موجودة في كل خلايا الجسم، كما أنها متطابقة مع جميع خلايا جسم الإنسان، ولا تتغير أو تتبدل بمرور السن، وجزئ الحمض النووي ثابت في هذه الخلايا قدرة الحمض لتحمل أسوأ الظروف كارتفاع الحرارة والرطوبة و التلوث البيئية، فلا يفقد ماهيته ولو مضى عليه وقت طويل

ت- بصمة الحمض النووي تظهر على شكل خطوط عريضة يسهل قراءتها، والتعرف عليها، وحفظها إمكانية الاحتفاظ في الكمبيوتر أو في وسائل الحفظ المختلفة، واستحضارها كلما دعت الحاجة لذلك.

ث- البصمة الوراثية تتواجد منذ لحظة الإخصاب الأولى في جميع خلايا الإنسان، وتبقى ثابتة دون أن تتغير طوال حياته و حتى بعد مماته فهي تتميز بمقاومتها للعوامل المناخية من حرارة وبرودة وجفاف

<sup>1</sup> - أبو الوفا محمد إبراهيم، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي وفي الفقه الإسلامي، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون"، من 05 - 07 ماي 2002، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، ج 02، ص 685.

<sup>2</sup> - حسني محمود عبد الدايم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر العربي، ط 01، 2008، ص 683.

<sup>3</sup> - أبو الوفا محمد أبو الوفا إبراهيم، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، الكويت، 2000، ص 685

لفترات طويلة، و يمكن الحصول على البصمة الوراثية من الآثار القديمة والحديثة<sup>1</sup>

3- التكييف الفقهي للبصمة الوراثية في إثبات النسب : اختلف فقهاء العصر في مسألة البصمة الوراثية ومدى الاحتجاج إلى رأيين، رأي يجيز إثبات النسب بها، ورأي لا يجيز ذلك كما يلي :

أ-الرأي الذي يجيز إثبات النسب بالبصمة الوراثية: فقد اتجه اليه فريق من الفقهاء المعاصرين<sup>2</sup>، و استدل أصحاب هذا الرأي بقولهم ان البصمة الوراثية تفوق جميع الطرق الظنية في اثبات النسب (القيافة، الشهادة) ، لاستنادها على ضوابط علمية (المورثات الجينية) .

و تعتبر البصمة الوراثية تقنية صالحة لإثبات النسب و تؤدي إلى إظهار الحقيقة بصفة قطعية وجازمة، ، فاذا منع العمل بها فقد حرم المدعين من استخدام وسيلة علمية مضمونة النتائج في إثبات دعاواهم، وهو ما يتنافى مع مقصود الشرع الذي ربط إثبات النسب بأيسر الطرق<sup>3</sup> ، وقد اعتمد أصحاب هذا الرأي على:

قوله تعالى:( ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا أباؤهم فأخوانكم في الدين وموليككم...)<sup>4</sup>

حيث أمر الله تعالى بأن ينسب كل ولد لأبيه الحقيقي، فإن لم يعلم فيبحث عنه ويتحرى عنه بمختلف الوسائل و القرائن، و الله فتح علينا باكتشاف البصمة الوراثية، التي يمكن التعرف بها بما لا يدع مجالاً للشك على الأب الحقيقي، واعترض على هذا الدليل بأن البحث عن الوالدية الحقيقية ينبغي أن يكون وفقاً لطرق شرعية متفق عليها، كما أن قبول كل اكتشاف حديث واعتباره دليلاً قاطعاً في ثبوت النسب، فيه فتح باب الشر على مصراعيه، قد يؤدي إلى مفاسد وأضرار خطيرة تمس الأسرة والمجتمع<sup>5</sup> ومن السنة: قوله ﷺ عن عائشة أن أم سليم الأنصارية قالت: يا رسول الله إن الله لا يستحي من الحق، فهل على المرأة غسل إذا هي احتلمت؟ فقال النبي ﷺ: "نعم إذا رأت الماء". فقالت أم سليم: أو تحتلم المرأة؟ فقال: "تربت يداك فيم يشبهها ولدها"<sup>6</sup>

1 - حسني محمود عبد الدايم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الكفر الجامعي، الإسكندرية، 2007 ص 95.

2 - وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، ج 02، ص 513

3 - محمد حجازي، المرجع السابق، ص 540.

4 - سورة الأحزاب، الآية 05

5 - عيد الخياط، تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشريعة الإسلامية، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون،

أيام 05 - 07 / 05 / 2002، كلية الشريعة، جامعة الإمارات، ج 04، ص 1516

6 - صحيح البخاري، كتاب العلم، باب الحياء في العلم، ج 01، حديث رقم 130؛ صحيح مسلم، باب وجوب الغسل على المرأة بخروج المني منها، ج 01، حديث رقم 313، ص 251.

وبالرجوع لحديث النبي ﷺ فإنه لما كان ماء الأبوين اللذين يتكون منهما الجنين سبباً في إظهار شبهه بهما، فوجب أن يكون الشبه دليلاً لإثبات نسبه منهما، لأنه إلحاق للولد بأبيه الحقيقي<sup>1</sup>، وهذا هو معتمد ودليل البصمة الوراثية.

من القياس: يجوز إثبات النسب بالبصمة الوراثية قياساً على إثباته بالقيافة، بجامع الاعتماد على الصفات المتشابهة بين الآباء والأبناء في كل، وهو قياس جلي أو قياس أولوي، الحكم فيه في الفرع ( البصمة الوراثية) أولى من الأصل ( القيافة) وذلك نظراً لاعتماد القيافة على الشبه الظاهر في الأعضاء، كالأرجل، وفيها كثير من الظن الغالب، بينما تعتمد البصمة الوراثية اعتماداً كلياً على بيئة الخلية الجسمية الخفية، وهي تكون من أي خلية في الجسم ونتائجها تكون قطعية لكونها مبنية على الحس والواقع، وفي هذا يقول الشريبي: "ولو ألحقه قائف بالأشباه الظاهرة، وآخر بالأشباه الخفية، كالخلق وتشاكل الأعضاء، فالتالي أولى من الأول، لأن فيه زيادة حذق وبصيرة"<sup>2</sup>.

و دليلهم في ذلك انه :

- أجاز الفقهاء العمل بالبصمة الوراثية في العبادات و المعاملات و النكاح لإثبات النسب قياساً على الخبرة

- اتفق الفقهاء على جواز إثبات الشخصية بوسائل مستحدثة كبصمة الأصابع وتوقيع الخطوط والصور الشمسية، ولم ينكر ذلك أحد من أهل العلم والفقه، فصارت بذلك نوعاً من الإجماع العملي الذي تثبت به الأحكام الشرعية بأنه ثبت بالإجماع العملي من الأمة، فيصبح إثبات النسب بالبصمة الوراثية قياساً عليها، بجامع عدم التشابه والتطابق، بل إن البصمة الوراثية أقوى منها في الإثبات، وذلك لاحتمال تعرض تلك الوسائل للتزوير والتلف بمرور الزمن، خلافاً للبصمة الوراثية القائمة على الثبات وعدم التأثير بعوامل الزمن وحالات الطقس، كما أنها غير قابلة للتزوير، فكان قياسها على بصمة الأصابع والخطوط والصور الشمسية ومن باب القياس الجلي<sup>3</sup>.

- من المعقول: و استدل بحجية البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب بالمعقول بما يلي: أن أصول الشرع وقواعده يقتضي اعتبار الشبه في لحوق النسب، والشارع متشوف إلى اتصال الأنساب وعدم انقطاعها، ولهذا اكتفى في ثبوتها بأدنى الأسباب من شهادة المرأة الواحدة على الولادة، والدعوى المجردة مع

<sup>1</sup> - الشوكاني، نيل الأوطار، ج 07، ص 82.

<sup>2</sup> - الشريبي، مغني المحتاج، ج 04، ص 491

<sup>3</sup> - محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 01، 2001، ص 264.

الإمكان، وظاهر الفراش، فلا يستبعد أن يكون الشبه - الذي تقوم عليه البصمة الوراثية - الخالي عن سبب مقاوم له كافياً في ثبوته<sup>1</sup>

و. أن البصمة الوراثية يمكن أن تؤكد بيقين إثبات النسب أو نفيه بنسبة 100% والخطأ فيها ضئيل جداً، إن لم يكن مستحيلاً، كما اعترض على هذا الاستدلال بأن النظريات العلمية من طبية وغيرها مهما بلغت من الدقة والقطع بصحتها في نظر المختصين، إلا أنها تظل محل شك ونظر، لما علم بالاستقراء للواقع أن بعضها التي كان يجزم الأطباء بقطعيتها أصبحت ضرباً من الخيال؛ عمر السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجناية<sup>2</sup>، أما احتمال الخطأ والتشكيك في نتائج البصمة الوراثية فوارد ما دام هناك تدخل من البشر<sup>3</sup>.

ب-الرأي الذي لا يجيز إثبات النسب بالبصمة الوراثية: فالقول عندهم هو عدم اعتبار البصمة الوراثية وسيلة لإثبات النسب، و الظاهر أنهم تأثروا بما ذهب إليه فقهاء الحنفية من عدم جواز إثبات النسب بالقيافة، لأن الشرع حصر دليل النسب في الفراش، وغاية القيافة إثبات المخلوقية من الماء لا إثبات الفراش، فلا تكون حجة في إثبات النسب<sup>4</sup>، ودليلهم في ذلك:

- قوله تعالى: "الذي خلقك فسوك فعدلك، في أي صورة ما شاء ركبك"<sup>5</sup>، فالله عز وجل خلق الإنسان وركب شكله على الصورة التي يريد لها سبحانه وتعالى وليست على قاعدة التشابه بين الولد وأصوله ولو كان الإنسان يشبه أباه باطراد، لكان الناس كلهم على شبه صورة أبيهم آدم عليه السلام<sup>6</sup>.

-وقوله ﷺ لرجل من فزارة عندما أخبره بأن زوجته ولدت له غلاماً اسود، فقال له: "هل لك من إبل" قال الرجل نعم، فقال النبي ﷺ: "فما ألوانها" ؟ قال: حمر. "فهل فيها من أورك" قال: نعم إن فيها لورك. قال: "فأني لها ذلك" ؟ قال: عسى أن يكون نزعة عرق، قال: "وهذا عسى أن يكون نزعة عرق"<sup>7</sup>.

فالنبي ﷺ ألغى الشبه الذي تقوم عليه البصمة الوراثية في الحاق النسب، ولو كان الشبه دليل إثبات للنسب لما اثبتته الرسول ﷺ مع انتفائه.

- أن البصمة الوراثية هي قرينة من القرائن و تخضع لتقدير القاضي ولا تعتبر من الأدلة الشرعية القطعية، و القائمين عليها لم يصلوا فيها على درجة اليقين، فلا ينبغي ان تبني عليها أحكام بالحل والحرمة<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - الشريبي، مغني المحتاج، ج 04، ص 489؛ ابن القيم الجوزية، زاد المعاد، ج 05، ص 419؛ الأزهرى، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ج 02، ص 139.

<sup>2</sup> - سعد الدين مسعد هلالى، المرجع السابق، ص ص 27، 273.

<sup>3</sup> - وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، ج 02، ص 513؛ عمر السبيل، المرجع السابق، ص 27.

<sup>4</sup> - السرخسي، المبسوط، ج 17، ص 70.

<sup>5</sup> - سورة الانفطار، الآيتان 07 - 08.

<sup>6</sup> - أنور محمود دبور، إثبات النسب بطريق القيافة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة العربية بالقاهرة، عام 1985، ص 40.

<sup>7</sup> - صحيح البخاري، المرجع السابق، ج 06، حديث رقم 6884، ص 2667.

- القيافة تعتمد على الشبه، وهو أمر مدرك بالحس، فإن حصل بالمشاهدة فلا حاجة إلى القائف "البصمة الوراثية" وإن لم يحصل بالمشاهدة، لم يقبل إثبات النسب بها، لأنها تدعي أمراً غير مشاهد ولا يدرك بالحس. كما يرون أن العمل بالقيافة يؤول على مجرد الشبه، والشبه قد يقع بين الأجانب الذين لا تربطهم صلة قرابة، وقد ينتفي الشبه بين الأقارب. ولما كانت البصمة الوراثية تعتمد على الشبه في إثبات النسب، فإنه يسقط الاستدلال بها تبعاً لذلك.

- لا يجوز الأخذ بها لأنها وسيلة ظنية كما أن نتيجة البصمة الوراثية غير قطعية وقد لا تكون دقيقة، وهي ليست من البيانات الشرعية<sup>2</sup>.

الترجيح: إن وسائل إثبات النسب أموراً تعبدية حتى نتخرج من تأخيرها بعد ظهور نعمة الله تعالى بالبصمة الوراثية، ولن نهملها في الحقيقة لأنها حيلة المقل، فإذا لم تيسر الإمكانيات لتعميم البصمة الوراثية فليس أمامنا بد من الاستمرار في تلك الوسائل الشرعية المعروفة<sup>3</sup>.

و قد أوصت ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري بالكويت بخصوص البصمة الوراثية بأنها: "لا ترى حرجاً شرعياً في الاستفادة من هذه الوسيلة بوجه عام في إثبات النسب المجهول نسبه بناء على طلب الأطراف المعنية مباشرة بالأمر، فهي ترقى إلى مستوى القرائن القطعية التي يأخذ بها جمهور الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية"<sup>4</sup>.

4. ضوابط إجراء تحليل البصمة الوراثية: لضمان سلامة نتائج البصمة الوراثية، ذكر الفقهاء المختصون بعض الضوابط لا بد من توافرها، وهي كالآتي:

أ - اعتماد المختبرات المناسبة: أن تكون مختبرات التحاليل تابعة للدولة وتحت رقابتها وإشرافها، ومنع القطاع الخاص من إجراء عمليات الفحص والمتاجرة فيها، وأن لا تكون هذه المخبر للربح، و أن يكون الاعتماد على أشخاص أكفاء و أن تجرى هذه التحاليل بعيداً عن أي تلوث مهما كان، وأن تكون المقار المخصصة لحفظ المشععات و العينات البيولوجية، ونتائج التحاليل مجهزة بمنشآت تضمن الحماية ضد التلف.

ب . أن يشرف القضاء على إجراء تحليل البصمة الوراثية بانتدابه لأهل الخبرة، و يكون ذلك في مختبرات مختصة و معتمدة و موثوق بها، لضمان صحة النتائج وحيادها، على أن تؤخذ الاحتياطات اللازمة وسرية المعلومات الطبية الوراثية، لتعاملها في الجينات البشرية، وهو ما أشارت إليه المادة 40 / 2 من قانون الأسرة، من أنه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، ويمكن للنياية العامة أيضاً طلب

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية، المرجع السابق، ص 513، 529

<sup>2</sup> - حسني محمود عبد الدائم، المرجع السابق، ص 730 - 732.

<sup>3</sup> - سعد الدين مسعد هلال، المرجع السابق ص 315، 316.

<sup>4</sup> - علي يوسف المحمدي، المرجع السابق ص 357، 358.

اللجوء إلى تحاليل البصمة الوراثية في قضايا التنازع على النسب طبقا 03 مكرر من قانون الأسرة<sup>1</sup> ج. أن تزود المختبرات و المعامل بالتقنيات والمواصفات العلمية والمعملية.

د. أن تتوفر في القائمين على العمل في المختبرات الخاصة بتحليل البصمة الوراثية أهلية قبول الشهادة كما في القائف ،سواء كانوا من خبراء البصمة الوراثية، أو من المساعدين لهم في أعمالهم المخبرية، إضافة إلى معرفتهم وخبرتهم في مجال تخصصهم الدقيق في المختبر.

هـ. توثيق كل خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثية بدءاً من نقل العينات ، و انتهاء بظهور النتائج ، ، مع حفظها للرجوع إليها عند الحاجة<sup>2</sup>.

و. إجراء التحاليل بعدة طرق و من عينات مختلفة ، ضمانا لصحة النتائج قدر الإمكان.

إذا توفرت هذه الضوابط و الشروط ، فلا مجال للتردد فيما يظهر في مشروعية العمل بالبصمة الوراثية واعتبارها طريقاً من طرق المعتبرة لإثبات النسب كالقيافة، إن لم تكن أولى منها<sup>3</sup>

ثانيا. حالات استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب: تتمثل حالات استخدام البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب فيما يلي:

#### 1- حالات جواز اللجوء الى البصمة الوراثية:

أ. حالات التنازع على مجهول النسب واللقيط ، الذي يتنازع فيه أكثر من شخص للاستلحاق به، فهنا تستعمل البصمة الوراثية لترجيح أحدهم على الآخر.

ب. لإثبات و نفي القرابة في حالات الادعاء بها بغرض الإرث بعد وفاة الشخص الموروث.

ج. في حالة الاشتباه في المواليد في المستشفيات ، حيث يحدث الخلط واللبس فتثبت نسبة كل مولود إلي والديه<sup>4</sup>.

هـ. حالة انتفاء الأدلة أو تعارضها، اذا كان التنازع في الوطاء بشبهة من رجلين لامرأة، فتكون البصمة الوراثية مرجحا لعدم وجود ما يرجح سواها<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 398.

<sup>2</sup> - رشيد عمري، الاجتهاد المبني على السياسة الشرعية وتطبيقاتها في الأحوال الشخصية، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2010 ، ص 394.

<sup>3</sup> - علي محي الدين القره داغي؛ د. علي يوسف المحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط03، 2008، ص 363.

<sup>4</sup> - علي محي الدين القره داغي، د. علي يوسف المحمدي، المرجع السابق، ص 365.

و. حالة التحقق من الشخص الذي يدعي الانتساب إلى شخص آخر لا يقره و لا ينكره، (كفقدان الأطفال أو ضياعهم) ، أو يكون المدعون كثيرون ولا بينة لهم، فتكون البصمة الوراثية هي الوسيلة المناسبة للتحقق من النسب<sup>2</sup>.

م. حالات ضياع الأطفال واختلاطهم، بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب وتعذر معرفة أهلهم، أو وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحرب والمفقودين.

د. حالة منع الوصول إلى اللعان ، فحينما يشك الزوج في نسب ولده لأي سبب من الاسباب، تقوم المحكمة بعرض المرأة و الرجل للجوء إلى استخدام البصمة الوراثية فإذا كانت النتيجة ايجابية ينتهي أمر الشك، أما إذا كانت سلبية فلا ينتفي النسب إلا باللعان.

## 2-حالات عدم جواز اللجوء الى البصمة الوراثية : تكون في حالة الانساب الثابتة

لا يجوز قانونا و لا شرعا اللجوء الى البصمة الوراثية لإثبات النسب الثابت بالصور المحصورة في الفقرة الاولى من المادة 40 من قانون الاسرة الجزائري ، والهدف من المنع هو استقرار الاسرة وتجنب سوء المعاشرة بين لزوجين و صون اعراض الناس و انسابهم

ثالثا. البصمة الوراثية في التشريع الجزائري: لم يتضمن قانون الاسرة الجزائري رقم 84-11 نصا خاصا بالبصمة الوراثية ، و اكتفى بما هو متعارف عليه في الفقه الاسلامي من ادلة لإثبات النسب<sup>3</sup>، غير انه بعد تعديله الاخير اضاف البصمة الوراثية كوسيلة لإثبات النسب، من خلال الأحكام المادة 40 / 02 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05 – 02<sup>4</sup> فقد أجاز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ويمكن للقاضي اللجوء الى البصمة الوراثية ، كدليل احتياطي في حال النسب المجهول أو اللقيط او في حالة تعارض الادلة الشرعية ، و هو ما يتضح من نص المادة 40 من قانون الأسرة، من خلال إبقائه لتلك الطرق في الفقرة الأولى للمادة، فلو كان القصد اعتبار الطريقة العلمية دليلاً شرعياً قائماً بذاته لتم إدراجها ضمن الأدلة الشرعية في الفقرة الاولى معاً، اي أن المشرع الجزائري يعتبرها دليلاً احتياطياً يستعين به القاضي في حال غياب الطرق الشرعية ، الا ان المشرع الجزائري جاء بنص عام ، دون ان يوضح للقاضي الطرق العلمية التي يلجأ إليها و لا الى كيفية اللجوء إليها و لا نطاق سلطته اتجاهها.

<sup>1</sup> - محمد حجاري، نظام الاثبات في أحكام الأسرة دراسة فقهية قانونية مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المصري والجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، 2007 ، ص 542

<sup>2</sup> - عبد الهادي الحسين الشبيلي، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب نظرة شرعية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، عدد 35 مارس 2003، ص 390.

3 -المادة 40 الملغاة من القانون رقم 84-11: "يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار و ا البينة و بنكاح الشبهة و بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32،33،34 من هذا القانون"

4 -المادة 40 الفقرة الثانية: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب."

الا أن القاضي لا يمكن له الفصل في هذه الطرق لأنها تدخل ضمن المسائل التقنية، التي لا تكون الا بالاستعانة بأهل الخبرة المتخصصين، و منه فإن القاضي يلجأ إلى الخبرة القضائية، قبل الفصل في النزاع بتعيين خبير مختص ، يوكل له مهام اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات نسب الولد لأبيه أو نفيه<sup>1</sup>

و في حالة ما اذا أمر بإجراء خبرة البصمة الوراثية، من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم (احد اطراف الدعوى) للكشف عن حقيقة النسب<sup>2</sup>، له في الأخير أن يأخذ بما جاء في تقرير البصمة الوراثية أو يستبعده، غير أنه يجب على القاضي تسبيب استبعاد نتائج الخبرة وهذا ما نصت عليه<sup>3</sup>، ولا معقب عليه في ذلك متى كان حكمه قائماً على أسباب سائغة ، كما أن له السلطة الكاملة في قبول أو رفض طلب أحد احد اطراف الدعوى ندب خبير البصمة الوراثية متى كان في الأدلة القائمة في الدعوى ما يكفي لتكوين قناعته والفصل في الموضوع، وذلك عملاً بالمبدأ المستقر عليه قضاء أن محكمة الموضوع هي صاحبة السلطة الأولى والأخيرة في تقدير الأدلة والأخذ بها، ولا رقابة عليها في ذلك من المحكمة العليا.<sup>4</sup>

و تجدر الإشارة إلى أن أمر تعيين خبير أو طلبه من أحد أو بعض الخصوم يمكن اللجوء اليه خلال أي مرحلة من مراحل إجراءات الدعوى حتى ولو أمام جهة الاستئناف، وإذا كان طلب تعيين الخبير مقدماً من أحد الخصوم، فإن قاضي شؤون الأسرة غير ملزم بالاستجابة لهذا الطلب ،و يجب أن يسبب رفضه بأسباب مبررة ومقبولة إذا قضى برفض الطلب<sup>5</sup>، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 05/12/2011<sup>6</sup>، حيث يستنتج من ملف القضية أنه بتاريخ 18/09/2006 أقام المدعي (ب - أ) دعوى أمام محكمة غريس طالبا إسقاط نسب البنت عنه والحاقها بوالدتها، كونها ولدت قبل الدخول وبعد إبرام عقد الزواج بشهر، فيما أجابت المدعى عليها طالبة اجراء التحقيق مؤكدة أن المدعي هو من قام بتسجيل البنت باسمه والتمست رفض الدعوى واحتياطيا إجراء التحاليل، وهي الدعوى التي صدر بشأنها الحكم المؤرخ في 09/12/2006، القاضي بإسقاط نسب البنت (م - ن) عن المدعي اعتمادا على أنها ولدت بعد شهر من إبرام الزواج، وإثر استئناف المدعى عليها وتأكيدها على تعرضها للاغتصاب من المستأنف عليه، الذي حاول التهرب من المتابعة الجزائية بإبرامه لعقد الزواج وإقراره بالحمل ومطالبتها المستأنف عليه

<sup>1</sup> - المادة 128 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية، بقولها: "يجب أن يتضمن الحكم الأمر بإجراء الخبرة ما يأتي: أ- عرض الأسباب التي بررت اللجوء إلى الخبرة، وعند الاقتضاء تبرير تعيين عدة خبراء؛ ب- بيان اسم ولقب عنوان الخبير أو الخبراء المعينين مع تحديد التخصص؛ ج- تحديد مهمة الخبير تحديدا دقيقا؛ د- تحديد أجل إيداع تقرير الخبرة بأمانة الضبط".

<sup>2</sup> - ادة 126 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية: "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات المختلفة".

<sup>3</sup> - المادة 144/2 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية، بقولها: " القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة".

<sup>4</sup> - احمد شامي، قانون الاسرة طبقا لاحداث التعديلات -دراسة فقهية و مقارنة ، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية 2010، ص193

<sup>5</sup> - إبراهيم حسيني، أثر الدم والبصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه "دراسة مقارنة"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة معسكر، 2012 - 2013، ص 180

<sup>6</sup> - المحكمة العليا، غ، أ، ش، القرار بتاريخ 05/12/2011، ملف رقم 617374، م - م - ع، عدد 01، 2012، ص 294

بتأييد الحكم المستأنف، أصدر المجلس القرار المؤرخ في 28 / 03 / 2007 القاضي بتأييد الحكم وهو القرار المطعون فيه بالنقض".

حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الموضوع اسقطوا نسب البنت عن المطعون ضده، اعتمادا على أن البنت ولدت بعد شهر و ثلاثة أيام من انعقاد الزواج واستنتجوا من ذلك أنه كان نتيجة علاقة غير شرعية.

رابعا. شروط استخدام البصمة الوراثية وضع المشرع الجزائري شروطاً للقاضي لاستخدام البصمة الوراثية تتمثل فيما يلي:

أ. لا يجوز تقديم البصمة الوراثية على الطرق الشرعية التي نص المشرع الجزائري لثبوت النسب بها طبقاً لأحكام المادة 1 / 40 من قانون الأسرة، حتى لا يؤدي ذلك إلى إهمال النصوص الشرعية والقانونية<sup>1</sup>.

ب. أخذ الجينات بالقدر المسموح للعملية ، و لا يجوز التلاعب بالجينات والجينوم البشري (البيع ، التجارة ، الغش)<sup>2</sup>

ج. لا يجوز استخدام البصمة الوراثية لغرض التأكد من الأنساب الثابتة بالزواج الصحيح، لما قد يترتب عليه من سوء العشرة الزوجية وتفكك العلاقات الأسرية والاجتماعية، وذلك طبقاً لأحكام المادة 1 / 40 من قانون الأسرة،

و هو ما قرره المحكمة العليا في قرارها: "يمكن طبقاً للمادة 40 من قانون الأسرة، لإثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية ( الحمض النووي )، ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي (المادة 41 من نفس القانون )، وبين إلحاق النسب، في حالة العلاقة غير الشرعية"<sup>3</sup>.

هـ. لا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان، كما أنه لا يجوز الاستغناء بها عن اللعان، لأن الطريق الشرعي والقانوني لنفي النسب الثابت هو اللعان، طبقاً لأحكام المادة 41 من قانون الأسرة.

و يتم إجراء تحليل البصمة الوراثية بعيداً عن القاضي ، و بالتالي تفتقر إلى صفة التأثير في نفسه فهي مجرد ورقة مطبوعة تحمل رموزاً ومصطلحات علمية<sup>4</sup> ، لا ترقى لمرتبة القطع و اليقين، لأنها مجرد استنباط لواقعة معينة ، خلافاً لفراش الزوجية القائم، الشهادة ، الإقرار و اليمين.

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق ، ص 398

<sup>2</sup> - نزلة الصادق المهدي، المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام الهندسة الوراثية، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ماي 2002، ج 03، ص 389.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 05 / 03 / 2006، ملف رقم 355180، م - م - ع، عدد 01، 2006، ص 469.

<sup>4</sup> - خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2003، ص 94.

فمن بين السلبيات التي تقلل من أهمية تقنية البصمة الوراثية ، احتمال الخطأ والتشكيك في النتائج و من خلال تلوث العينة المشتبه فيها، أو المراد فحصها بعينات أخرى تحت الفحص في نفس الوقت أو ان يحدث الخطأ نتيجة نقص المعدات أو في المعمل عيوب في الطريقة أو الإحصاء ، كما يضيف أهل الاختصاص أنه يصعب التأكد من النتائج في حالة التقارب العائلي<sup>1</sup> ، و غير ذلك من الأخطاء البشرية والمعملية التي قد تؤثر على نتيجة البصمة الوراثية، وهو ما يولد الشك لدى القاضي، واختصر أهل الاختصاص ذلك في التعبير بأن: "الأصل في البصمة الوراثية القطع غير أن الظروف المحيطة بها أهدرت من قيمتها"<sup>2</sup>، و الأمر لا يتوقف عند مسائل فنية فقط، بل قد يقع التشكيك من طرف الدفاع بالقصور في جوانب إجرائية، بأن يكون الشخص الذي قام بأخذ العينة ليس نفسه الذي يشهد بذلك أمام القاضي، وغير ذلك من أساليب تشكيك الدفاع<sup>3</sup>

و يجوز له أن يأمر بإجراء اختبارات البصمة الوراثية للوصول إلى حقيقة نسب الولد الأخذ بالبصمة الوراثية ، فاللعان كإجراء لنفي النسب ، لا يتعارض مع اللجوء إلى الأدلة العلمية في سبيل الوصول إلى الحقيقة، فإن الأخذ بها يحقق مقصد الشارع في حفظ الأنساب من الضياع، ويحمي الأسرة من التشرذم<sup>4</sup> ، وهنا يجوز للقاضي أن يطبق اللعان وفقا للنصوص الشرعية والقانونية للتفريق بين الزوجين<sup>5</sup> ، فاللعان وسيلة لنفي النسب لانعدام الشهود، فالشاهد الوحيد هو إلا الزوج فقط، أما إذا كان مع الزوج بينة تثبت ما يدعيه، كالبصمة الوراثية تشهد لقوله أو تنفيه، فليس هناك موجب لللعان، ذلك أن البصمة الوراثية تقوم مقام الشهادة، مما يؤدي إلى معرفة الأب الحقيقي إلى حد بعيد.

و هو ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 05 / 03 / 2006 بقولها: "أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود ( ص - م ) للمطعون ضده باعتبار أب له، كما أثبتته الخبرة العلمية D N A ، من أن الطفل المذكور هو ابن المطعون ضده ومن صلبه، بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة، فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن، ولا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 من قانون الأسرة، بين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - إبراهيم صادق الجندي، المقدم حسين حسن الحصري، الفحص الجيني ودوره في قضايا التنازع على النسب وتحديد الجنس، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين البصمة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2002، ص 154 ، 155.

<sup>2</sup> - خليفة الكعبي، المرجع نفسه، ص 208.

<sup>3</sup> - إبراهيم صادق الجندي، المقدم حسين حسن الحصري، المرجع نفسه، ص 169.

<sup>4</sup> - المادة 41 من قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر 02-05

<sup>5</sup> - وهو ما أكدت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 15 / 10 / 2009 بقولها: "يحول رفع دعوى اللعان دون التذرع بالطرق العلمية لإثبات النسب". المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 15 / 10 / 2009، ملف رقم 605592، م - م - ع، عدد 01، 2010، ص 245.

<sup>6</sup> - المحكمة العليا، غ، أ، ش، القرار بتاريخ 05 / 03 / 2006، ملف رقم 355180، م - م - ع، عدد 01، 2006، ص 469.

من هنا يتضح لنا أن المحكمة العليا في هذا القرار عندما اعترفت بدور الخبرة العلمية الطبية، وبالقوة الثبوتية لهذه الوسيلة في إثبات النسب، بحيث تعطي نتائج ترتقي إلى درجة الجزم - التأكيد - لا تدع مجالاً للشك حول هوية والدي الصغير المتنازع عليه .

و ما يمكن قوله هو أن المشرع الجزائري أقر بإمكانية الاعتراد بالبصمة الوراثية أمام القضاء الجزائري في مجال قانون الأسرة منذ صدوره، والتي أورد اللجوء إليها ابتداء من التعديل بموجب الأمر 05 - 02 لسنة 2005، طبقاً لأحكام المادة 40 من قانون الأسرة. فقد أجاز للقاضي الاستعانة بها كوسيلة من وسائل إثبات النسب ونفيه، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم، و له أن يأخذ بما جاء في تقرير البصمة الوراثية أو يستبعده، غير أنه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة.

### المحاضرة الثالثة عشر

#### التلقيح الاصطناعي كوسيلة من وسائل الإنجاب

تعتبر مشكلة عدم الإنجاب من المشكلات التي تواجه الحياة الزوجية، التي تؤدي في الغالب لانفصال الزوجين.

وقد شهد عالم الطب و أبحاث الأجنة تطوراً كبيراً، خاصة في حل مشكلات أمراض العقم، بتوصله إلى أحدث الطرق لحل مشكل الإنجاب و هي " بالتلقيح الاصطناعي أو الانجاب الصناعي " الذي يعتبر وسيلة للإنجاب، إذا استحال التلقيح الطبيعي بواسطة المعاشرة الزوجية، أو بسبب مرض أو عقم أحد الزوجين أو كليهما .

أولاً - تعريف التلقيح الاصطناعي: يقصد به التنازل بمساعدة التكنولوجيا الحديثة، فهو عملية تجري لعلاج حالات العقم عند المرأة، وذلك بالتحقيق من إدخال مني الزوج إلى الزوجة - أو شخص أجنبي - في عضوها التناسلي بغير اتصال جنسي<sup>1</sup>.

و يقال أن التلقيح الاصطناعي هو عملية تلقيح بويضة الزوجة الشرعية بمنى الزوج التي تتم داخل " الأنابيب"، لكون الزوجة تعاني من العقم لانسد قناة " فالوب" لديها، وهي القناة الموصلة بين مبيضها وبين رحمها، ثم يعيد الأطباء الأمور إلى طبيعتها بنقل البويضة الملقحة إلى رحم المرأة داخل الإطار الطبي<sup>2</sup>.

ثانياً - الشروط القانونية لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي: أجاز المشرع الجزائري للزوجين استعمال التلقيح الاصطناعي، إلا أنه وضع له شروط قانونية يجب على الزوجين اتباعها و هي :

<sup>1</sup> - شامي أحمد، المرجع السابق، ص 165.

<sup>2</sup> - شامي أحمد، المرجع السابق، ص 165.

1 - أن يكون الزواج شرعياً: يتم التلقيح الاصطناعي الشرعي و القانوني بأخذ ماء الزوج، وبويضة صالحة للإخصاب من زوجته الشرعية، ثم تنقل بعد ذلك إلى رحمها، بعد تأكد الأطباء من وجود عقد زواج شرعي بينهما ، و التلقيح الاصطناعي طبقاً لأحكام المادة 45 مكرر من قانون الأسرة قاصر على الزوجين فقط،

2 - أن يكون التلقيح برضى الزوجين و أثناء حياتهما: يستلزم اجراء هذه العملية رضا كلا الزوجين، و أن يكون حال حياتهما، و أثناء قيام الرابطة الزوجية الصحيحة، فلا يجوز قانوناً استخدام ماء الزوج في تلقيح زوجته بعد انحلال الرابطة الزوجية بينهما بالفسخ أو بالطلاق أو بالموت.

ويشترط أن يكون الزوجان بالغين سن تسعة عشر 19 سنة كاملة، طبقاً لأحكام المادة 40 من القانون المدني، و أن يكون الرضى كتابياً وصريحاً ومستنيراً بعواقب التجربة، فإذا أعطى الزوجان موافقتهم المستنيرة على إجراء العملية، وظلاً على موافقتهم فإن الشرط الأساسي لإجراء التجربة يكون متوافراً وفقاً للمادة 45 مكرر من قانون الأسرة<sup>1</sup>

3 - أن يتم بمضي الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما: بالرجوع إلى اجتهاد المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد بالعاصمة الأردنية عمان في دورته الثالثة أيام 11 - 16 / 10 / 1986، فإنه لا حرج من اللجوء إلى الطرق العلمية الحديثة مع مراعاة شرطين:

أ - أن تؤخذ نطفة من الزوج، وبويضة من زوجته الشرعية، ويتم التلقيح خارجياً، ثم توضع في رحم الزوجة.

ب - أن تؤخذ بذرة الزوج، وتحقق في الموضع المناسب في مهبل زوجته، أو رحمها تلقيحاً داخلياً<sup>2</sup>

4 - لا يجوز اللجوء إلى التلقيح باستعمال الأم البديلة: نص المشرع الجزائري صراحة على ذلك<sup>3</sup>، و هو موقف صائب يسائر أحكام الشريعة الإسلامية، فلا يجوز للزوجين استعارة أو تأجير رحم امرأة أجنبية كحاضنة لمائها، حتى لو كانت المرأة صاحبة الرحم زوجة ثانية للرجل صاحب الحيوان المنوي، لما في ذلك من إشاعة للفاحشة وإثارة للمشكلات الاجتماعية.

1 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 510.

2 - شامي أحمد، المرجع السابق، ص 179.

3 - المادة 45 مكرر: أنه: "... لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة";

## 1-القران الكريم

## 2-قائمة المصادر والمراجع

### أ- الكتب الفقهية

1. ابن العربي المالكي، عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترميذي، مكتبة المعارف، بيروت، ج 04.
2. ابن الهمام، فتح القدير، ج 02.
3. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 02.
4. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 02.
5. ابن قدامة، المغني، ج 06.
6. ابن قدامة، المغني، ج 07.
7. الأزهرى، جواهر الإكليل، ج 02.
8. البخاري، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار الريان للتراث، القاهرة، ط 01، 1987، ج 09.
9. البيهقي، السنن الكبرى، ج 07.
10. الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج 04.
11. الدسوقي، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، ج 02.
12. الشربيني، مغني المحتاج، ج 08، ص 351، ابن قدامة، المغني، ج 06.
13. الشيخ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 02، 2005.
14. الكاساني، بدائع الصنائع، ج 02.
15. الكسائي، بدائع الصنائع، ج 05.
16. سنن الترميذي، باب ومن سورة التوبة، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع الرياض، الحديث رقم 3087.
17. صحيح البخاري، كتاب العلم، باب الحياء في العلم، ج 01، حديث رقم 130-الشوكاني، نيل الأوطار، ج 07.
18. عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 04.
19. عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية، كلية الحقوق، أسيوط، مصر.
20. محمد الكشبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة " عقد الزواج وآثاره"، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، ط 02، 2009.
21. محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي " دراسة تشريعية وفقهية"، منشأة المعارف و دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 1998.

22. محمود محمد حسن، النسب وأحكامه في الشريعة الإسلامية وفي قانون الكويتي، مطبعة الفجر الكويتية، ط 1999.

23. مسلم، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، ج 04.

24. - وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، ج 02.

25. 14-فتح الباري، شرح صحيح البخاري، ج 09.

26. 5-سنن الدرامي، باب النهي عن النكاح بغير ولي. 16- ابن العربي، صحيح الترميذي، ج 05.

27. -ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 03

28. -ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 05.

29. -ابن قدامة، المغني، ج 06، حاشية الصاوي على شرح الصغير، ج 01.

30. -ابن قدامة، المغني، ج 09

31. -ابن قدامة، المغني مع الشرح الكبير، ج 08.

32. -الامام مالك، الموطأ، ج 02.

33. -الحطاب، مواهب الجليل، ج 03.

34. -الشربيني، مغني المحتاج، ج 04.

35. -الشربيني، مغني المحتاج، ج 04.

36. -الغزالي، الوسيط، ج 06.

37. -القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 11.

38. -الكاساني، بدائع الصنائع، ج 08

39. -بن حزم، المحلى، ج 09. 13-السرخسي، المبسوط، ج 04.

40. -رمضان على الشرنباصي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، ط 2003.

41. -عبد الله بن الشيخ الحسن الكوهجي، زاد المحتاج شرح المنهاج، تحقيق: عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، دار إحياء التراث الإسلامي، قطر، ط 02، ج 03.

42. -وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و ادلته ،الجزء التاسع .

#### ب-الكتب العامة والمتخصصة

1-ابن المنظور، لسان العرب، ج 12.

2-أبو الوفا محمد أبو الوفا إبراهيم، مدة حجية البصمة الوراثية في الاثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقه الاسلامي، الكويت، 2000 .

3-بن شويخ الرشد، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل(دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية) ، الطبعة الاولى ،دار الخلدونية لنشر و التوزيع، 2008-1429

4-حسني محمود عبد الدايم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الاثبات- دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الكفر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

- 5-شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات " دراسة فقهية ونقدية مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2010.
- 6- عبد الله مبروك النجار، التعويض عن أضرار فسخ الخطبة، دار النهضة العربية، ط03، 2010 .  
فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط01، 1994م، ج02.
- 7-فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفقه الاسلامي المعاصر، دار قتيبة، بيروت، بيروت، ج 02  
مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار إحياء التراث العربي، ط 2000.  
مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، مطبعة جامعة دمشق، ط06، 1962م، ج01.
- 8-احمد شامي ،قانون الاسرة طبقا لأحدث التعديلات –دراسة فقهية و مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية 2010.
- 9-الالتزامات النظرية العامة للعقد ،علي فيلاي، وفم للنشر، الجزائر ، 2010 .
- 10-المعجم الوسيط، مادة ورث، ج 02.
- 11-المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، دار المعارف، مصر، ط02، 1973، مادة بصم، ج 01.
- 12-أنور محمود دبور، إثبات النسب بطريق القيافة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة العربية بالقاهرة، عام 1985
- 13-بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 2012، ج 01
- 14-بن الشويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل " دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية"، دار الخلدونية، الجزائر، ط 2008
- 15-جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة " الزواج، الفرقة بين الزوجين، حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، مطابع السعدني، الاسكندرية
- 16-جميل فخري محمد جانم ، مقومات عقد الزواج في الفقه و القانون ،دار الحامد للنشر و التوزيع ،عمان الاردن، الطبعة الاولى ، 2009.
- 17-حسني محمود عبد الدايم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر العربي، ط 01.
- 18د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 01.
- 19-سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزائر، ط 01، 2010
- 20-عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري " الزواج وآثاره، منشورات جامعة
- 21-عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، دار النفائس، عمان، 1418 هـ.

22-عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 03، 2000، ج 09.

23-علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، كتاب الشركات والوكالة، منشورات مكتبة النهضة، بيروت، لبنان، بغداد

24-محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، الجزء الثالث.

25-محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، الجزء العاشر

26-محمد سلام مدكور، الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 1975.

27-محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 01، 2001.

28-محمد عبد الفتاح النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط 2002

ت-الرسائل الجامعية (الدكتوراه والمجستير)

1.إبراهيم حسيني، أثر الدم والبصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه " دراسة مقارنة"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة معسكر، 2012 – 2013.

2.أبو الوفا محمد إبراهيم، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي وفي الفقه الإسلامي، بحث مقدم لمؤتمر "الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون"، من 05 - 07 ماي 2002، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، ج 02.

-أحمد فراج حسين، الولاية على النفس، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، 1972.

3.خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2003.

4.رشيد عمري، الاجتهاد المبني على السياسة الشرعية وتطبيقاتها في الأحوال الشخصية، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2010

5.علاق عبد القادر، الفحص الطبي للمقبلين على الزواج، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014

6.محمد حجاري، نظام الاثبات في أحكام الأسرة دراسة فقهية قانونية مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المصري والجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، 2007.

ث-المقالات والبحوث

1.عبد الهادي الحسين الشبيلي، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب نظرة شرعية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، عدد 35 مارس 2003.

2.إبراهيم صادق الجندي، المقدم حسين حسن الحصري، الفحص الجيني ودوره في قضايا التنازع على النسب وتحديد الجنس، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين البصمة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2002.

3. عيد الخياط، تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشريعة الإسلامية، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، أيام 05 - 07 / 05 / 2002، كلية الشريعة، جامعة الإمارات، ج 04.
4. نزلة الصادق المهدي، المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام الهندسة الوراثية، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ماي 2002، ج 03.

#### ج-القوانين

- 1- قانون الأسرة الجزائري رقم 84 – 11 الصادر بتاريخ 09 / 06 / 1984، المنشور بالجريدة الرسمية في 12 / 06 / 1984 المعدل و المتمم بموجب الامر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
- 2- قانون الاجراءات المدنية والادارية رقم 08 – 09 المؤرخ في 25 / 02 / 2008، الجريد الرسمية رقم 21، لسنة 2008.

## الفهرس

1.....	تمهيد:
2.....	المحاضرة التمهيديّة
2.....	أولا - مفهوم قانون الأحوال الشخصية:
2.....	ثانيا: تطور قانون الأسرة الجزائي
4.....	ثالثا . محتوى قانون الأسرة الجزائي
4.....	رابعا : مضمون تعديل قانون الأسرة الجزائي رقم 84 – 11 بموجب الأمر 05 – 02
4.....	خامسا: مصادق قانون الأسرة الجزائي:
5.....	سادسا : طبيعة قانون الأسرة الجزائي
5.....	سابعا: علاقة قانون الأسرة بالقوانين الأخرى:
6.....	المحاضرة الأولى مفهوم الزواج
7.....	أولا . تعريف الزواج:
7.....	ثانيا. طبيعة عقد الزواج
8.....	ثالثا . حكم الزواج
9.....	رابعا أدلة مشروعية الزواج
9.....	خامسا. الحكمة من تشريع الزواج
9.....	المحاضرة الثانية أحكام الخطبة
10.....	أولا . تعريف الخطبة.
10.....	ثانيا . مشروعية الخطبة
10.....	ثالثا . أنواع الخطبة :
11.....	رابعا. شروط صحّة الخطبة:
11.....	خامسا. حدود النظر المباح إلى المخطوبة.
12.....	سادسا. الطبيعة القانونية للخطبة
13.....	سابعا. آثار العدول عن الخطبة.
18.....	ثامنا . اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد
18.....	المحاضرة الثالثة ركن الرضا في عقد الزواج
20.....	اولا. الصيغة اللفظية:
21.....	ثانيا . أن يكون الرضا خاليا من عيوب الإرادة:
23.....	ثالثا . الاشتراط في عقد الزواج
24.....	رابعا . الوكالة في عقد الزواج

25.....	المحاضرة الرابعة الاهلية والولاية في عقد الزواج .....
26.....	أولا. الأهلية في عقد الزواج .....
28.....	ثانيا. الولاية في عقد الزواج .....
33.....	المحاضرة الخامسة الصداق في عقد الزواج .....
33.....	أولا. مفهوم الصداق:.....
36.....	ثانيا. أنواع الصداق .....
37.....	ثالثا. استحقاق الصداق .....
39.....	المحاضر السادسة الاشهاد وانعدام الموانع الشرعية في الزواج .....
39.....	أولا. الاشهاد في الزواج .....
41.....	ثانيا. انعدام الموانع الشرعية للزواج .....
47.....	المحاضرة السابعة الشروط الإجرائية لعقد الزواج .....
48.....	أولا. الترخيص القضائي بزواج القصر .....
49.....	ثانيا. الترخيص القضائي بتعدد الزوجات .....
52.....	ثالثا. إجراء الفحوصات الطبية قبل الزواج .....
5555.....	المحاضرة الثامنة الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج .....
55.....	أولا. الجهة المختصة بتوثيق عقد الزواج .....
56.....	ثانيا. إجراءات توثيق عقد الزواج .....
56.....	ثالثا. إثبات الزواج .....
57.....	المحاضرة التاسعة الحقوق والواجبات المعنوية المالية المتبادلة بين الزوجين .....
57.....	أولا. الحقوق والواجبات المعنوية بين الزوجين .....
58.....	ثانيا. الحقوق والواجبات المالية بين الزوجين .....
59.....	المحاضرة العاشرة النفقة الزوجية .....
59.....	أولا. مفهوم النفقة .....
60.....	ثانيا. شروط وجوب النفقة الزوجية ومسقطاتها: .....
61.....	ثالثا. عناصر النفقة: .....
63.....	رابعا. تقدير النفقة الزوجية في التشريع الجزائري: ي .....
66.....	المحاضرة الحادية عشر الطرق التقليدية لإثبات نسب أولاد .....
66.....	أولا. تعريف النسب: .....
67.....	ثانيا. طرق إثبات النسب: .....
71.....	المحاضرة الثانية عشر الطرق العلمية لإثبات النسب البصمة الوراثية كوسيلة .....

71.....	أولا. مفهوم البصمة الوراثية .....
77.....	ثانيا. حالات استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب: .....
78.....	ثالثا. البصمة الوراثية في التشريع الجزائي. ....
80.....	رابعا. شروط استخدام البصمة الوراثية :.....
82.....	المحاضرة الثالثة عشر التلقيح الاصطناعي كوسيلة من وسائل الإنجاب .....
83.....	أولا - تعريف التلقيح الاصطناعي.....
83.....	ثانيا - الشروط القانونية لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي: .....