

# أحكام الزواج والطلاق وإثباتهما في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن



أحكام الزواج والطلاق وإثباتهما في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن

## أحكام الزواج والطلاق وإثباتهما في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن

الأستاذ الدكتور خلف بوبكر  
أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة الوادي



الأستاذ الدكتور خلف بوبكر  
أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة الوادي  
2022



# أحكام الزواج والطلاق وإثباتهما في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن

إصدارات مهبر التحولات القانونية الدولية  
وانعكاساتها على التشريع الجزائري

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة الشهيد حمه لخضر

الوادي، الجزائر



طبعة 2022



## مطبعة منصور

شارع القدس – الأعشاش الوادي

تلفاكس: 032 24 97 45

البريد الإلكتروني: [imp\\_mansour@yahoo.fr](mailto:imp_mansour@yahoo.fr)



– عنوان الكتاب: أحكام الزواج والطلاق وإثباتهما

في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن

– النوع: مؤلف

– المؤلف: أ.د خلف بوبكر

– ردمك (ISBN): 978-9931-276-02-9

– الإيداع القانوني: أبريل 2022

– الطباعة: مطبعة منصور الوادي

جميع الحقوق محفوظة

1443 هـ / 2022 م

أحكام الزواج والطلاق وإثباتهما  
في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن  
الأستاذ الدكتور  
بويكر خلف

قال الله عز وجل:

"ومن آياته أن خلق لكم من انفسكم أزواجا لتسكنوا إليها  
وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون "  
سورة الروم، الآية: 21.

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

"تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها فاظفربذات الدين  
تربت يداك "

رواه البخاري في صحيحه تحت رقم: 5090



## شكر وتقدير

من لم يشكر الناس لم يشكر الله

أتقدم بالشكر إلى هؤلاء الذين بذلوا جهداً في رقع هذا الكتاب، وإلى الذين راجعوه سواء من الناحية اللغوية أو الشكلية أو من الناحية المنهجية أو الشرعية، وإلى الذين سعوا في طباعته حتى أخرج إلى النور.

إلى كل أولئك لهم مني جزيل الشكر والعرفان والتقدير

## إهداء

أهدي هذا العمل العلمي المتواضع إلى:

روح والدي الذي لم يأل جهداً في تعليمي وبذل الغالي والنفيس من أجل ذلك

كما أهديه إلى روح والدي التي لم تفتأ تشجعني على تلقي العلم حتى انتقلت إلى الرفيق الأعلى

عليها رحمة الله ورضوانه

### مقدمة:

لقد نظمت الشريعة الإسلامية الزواج والطلاق تنظيماً دقيقاً بقواعد يمكن وصفها بالمصطلح القانوني الحالي بالقواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، وترك الفقهاء في مختلف الأقطار والأعصر الإسلامية تراثاً فقهياً زاخراً لا ينفد، طال تنظيم حتى المسائل الاحتمالية أو غير الواقعية. تلتها في العهد المعاصر قوانين الأسرة والأحوال الشخصية<sup>(1)</sup> في مجمل البلدان العربية والإسلامية بما فيها الجزائر بقواعد مطابقة لأحكام هذه الشريعة السمحاء وإن كانت قد تختلف فيما بينها في الجزئيات وهذا راجع لطبيعة كل مجتمع وظروفه الزمكانية وللمذهب الفقهي الذي يتبعه كل منها<sup>(2)</sup>. في الجزائر بعد الاستقلال بقي القضاء يطبقون أحكام الشريعة الإسلامية على قضايا الأسرة، بما فيها الزواج والطلاق، حتى سنة 1984 عندما أصدر المشرع القانون رقم: 84/11 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المنظم لشؤون الأسرة، تلاه الإتمام والتعديل بالأمر رقم: 05/02 المؤرخ في: 15 فيفري 2005، والدارس لقانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم يجد أن المشرع قد حاول جمهده تنظيم أهم قضايا الأسرة إلا أنه كجهد كل البشر بقيت فيه ثغرات ونقائص حاول استدراكها إجمالاً في المادة: 222 منه التي تنص على أن: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

إلا أن التعميم لا يكفي خاصة في المسائل القانونية ذات الطابع التقني أو الإجرائي، التي تقتضي التحديد والتدقيق وإكمال ما نقص، لأن من شأن ذلك توسيع المجال أمام السلطة التقديرية للقضاء وإثقال كاهل القاضي بمسائل هي من اختصاص السلطة التشريعية، مما يبنى على اختلال في توازن السلطات والمس بمبدأ الفصل ما بينها.

وما من شك في أن الكثير من الكتاب والباحثين قد كتبوا في أحكام الأحوال الشخصية عموماً ومسائل الزواج والطلاق خصوصاً، إلا أنه يبدوا غوجياً وعملياً وإكمال ما بدا منقوصاً في قانون الأسرة الجزائري، اتجهنا إلى قوانين الأسرة العربية لإجراء مقارنة بينها وبين ما ورد فيه لسد هذه الثغرات وللتسهيل على كل من المشرع والباحث ورجل القانون والطالب والشخص العادي على حد سواء، للحصول على مبتغاه.

(1) الأحوال الشخصية تخص الأحكام المتعلقة بالإنسان من حيث ذاته وأهليته وزواجه وطلاقه وميراثه، أنظر: عبد الله المرابي، الزواج والطلاق في جميع الأديان، بدون دار النشر، الجمهورية العربية المتحدة، 1966، ص: 169.

(2) المذاهب الفقهية السنية الأربعة المشهورة هي المذهب الحنفي والمذهب المالكي والمذهب الشافعي والمذهب الحنبلي.

ولجعل هذه الدراسة أكثر أهمية وأوسع فعالية وأعم فائدة دعمناها ببحث في الإثبات للمسائل والشؤون المتعلقة بقانون الأسرة عموماً وبالزواج والطلاق خصوصاً والآثار المترتبة عليهما. كل ذلك ضمن الإشكالية التالية وهي: إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في تنظيم أحكام الزواج والطلاق وإثباتها؟ وما هو الواقع التشريعي المقابل في القوانين الإسلامية والعربية المقارنة؟ طبيعة الدراسة إذن تتطلب منا انتهاج المنهجين: التحليلي لتحليل المواد القانونية المبنية على الأحكام الفقهية، والمقارن للمقارنة بين ما توصل إليه المشرع الجزائري ونظراؤه في البلدان العربية. الأمر الذي ستم دراسته في المحاور الثلاثة التالية:

المحور الأول: الزواج وآثاره.

المحور الثاني: الطلاق وآثاره.

المحور الثالث: الإثبات في الزواج والطلاق.

## المحور الأول

### الزواج وآثاره

الزواج تكوين أسرة أو النواة الأولى للمجتمع بناء على عقد شرعي، تنص المادة: 2 من القانون رقم: 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 27 فيفري 2005 على ما يلي: " الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة ".  
فصلة الزوجية أي وجود زوج وزوجة وكلاهما زوج للآخر، وصلة القرابة أي الأب والأم والأبناء.

كما تنص المادة: 3 من نفس القانون على إن: " تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية "، بناء على المادتين المذكورتين يمكن تقسيم هذا المحور إلى فصلين:

الفصل الأول وتتناول فيه بالبحث الزواج.

الفصل الثاني ندرس فيه آثاره

## الفصل الأول:

### الزواج

كرم الله الإنسان وجعله خليفة في الأرض، وجعل استمراريته في تناسله، وحرّم عليه التفاح<sup>(1)</sup> أو الزنا، وأمره بالنكاح وحثه على إحسان العلاقة بين الرجل والمرأة، وتعظيم الأنساب<sup>(2)</sup>، ولقد عرفت المادة: 4 من قانون الأسرة الجزائري الزواج بنصها على أنه: " عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب"، إلا أنه نتيجة أهمية الرابطة الزوجية وخطورتها على الزوجين أباحت كل من الشريعة الإسلامية والقانون القيام بخطوة تمهيدية قبل الإقدام عليه وهي الخطبة، ليتم تأسيسه على أسس متينة وهو ما سيتم توضيحه في المباحث التالية:

### المبحث الأول:

#### الخطبة والعدول عنها

إبرام عقد الزواج يتطلب دراسة واسعة بأحوال الرجال وكذلك النساء لمعرفة من يصلح منهم للحياة الزوجية وللمصاهرة ومن لا يصلح قبل إتمام الزواج، وعقد الزواج ليس بالإجراء البسيط كسائر العقود لأن التراجع عنه يترتب نتائج خطيرة، أقلها تشتت الأسرة وضياع الأبناء، ولهذا ندب الشارع الحكيم والقانون إلى المرور بخطوات ومراحل قبل إتمام الزواج أهمها الخطبة.

#### المطلب الأول: الخطبة

##### أولاً: تعريفها

1- لغة: الخطبة بكسر الخاء هي طلب الرجل الزواج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية<sup>(3)</sup>، وهي مرحلة تمهيدية ومقدمة من مقدمات الزواج. أما الخطبة بضم الخاء هي الكلمة الذي يلقيها الإمام الخطيب على المسلمين في صلاة الجمعة أو في صلاة العيدين.

في حين أن الخطب بفتح الخاء وسكون الطاء معناه الأمر الجلل، وعلى كل حال فإن جذر الكلمة المتكون من الخاء والطاء والباء يدل على الأمر المهم.

(1) السفاح من الصب أو الإهراق على الأرض وهو إشارة إلى إهراق ماء الحياة في غير المحل المشروع وفي غير المصلحة.

(2) عبد الله المراغي، المرجع السابق، ص: 171.

(3) المرجع نفسه، ص: 180.

2- اصطلاحاً: هي الإجراءات التي يقوم بها الرجل عند طلبه يد امرأة للزواج، وقد يكون الطلب منه شخصياً أو ممن ينوب عنه<sup>(1)</sup>.

3- قانوناً: نصت عليه المادة: 5/1 من قانون الأسرة الجزائري: "الخطبة وعد بالزواج"، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة، ولا يمكن للقاضي إجبار أحدهما على إتمام عقد الزواج".  
ثانياً: حكمها شرعاً:

الجواز لقوله تعالى: "لا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء"<sup>(2)</sup>، يرى جمهور الفقهاء بما فيهم المالكية أن الخطبة ليست بواجب شرعاً وإنما هي مستحبة،<sup>(3)</sup> بينما يذهب الفقيه داود الظاهري من المالكية إلى أن الخطبة واجبة، وتكون بالتصريح إذا كانت حالة المرأة خالية من موانع الزواج، وقد تكون بالتعريض أو بالتلميح إذا كان للمرأة مانع مؤقت كحالة كونها في العدة<sup>(4)</sup>.

ثالثاً: الحكمة من الخطبة:

الخطبة هي طريق لتعرف كل من الخاطبين على الآخر، فهي سبيل لدراسة أخلاق وطبائع وميول كل من الطرفين، وتفهم نفسيته ولكن بالقدر المسموح به شرعاً.

رابعاً: شروط الخطبة:

1- عدم إيقاع خطبة على خطبة: لقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه الإمام مسلم في صحيحه والإمام أحمد في مسنده: "المؤمن أخ المؤمن فلا يحل له أن يبتاع على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر"<sup>(5)</sup>، أي يترك البيع أو يعدل عن الخطبة.

وللمالكية قولان في المسألة، إذا لم يدخل بها يفسخ العقد، أما إذا دخل بها فلا يفسخ، بينما يرى داود الظاهري بإمكانية فسخ العقد، في حين الشافعية والحنابلة قالوا بعدم فسخ العقد.

(1) عادة ما يبدأ الخاطب بجمع المعلومات عن المخطوبة وعن أسرتها، كالعقل والنسب والأخلاق والصحة والجمال والمستوى العلمي والإقامة، وذلك عن طريق الأصدقاء أو الأقارب أو الجيران أو الاتصال المباشر، ثم ينتقل إلى المخطوبة عن طريق الأب أو الأم أو الإخوان أو الخاطب نفسه، فإذا تم التوافق يتم الإعلان حتى لا يتقدم للخطبة شخص آخر، ويتم تبادل الهدايا والزيارات العائلية.

(2) سورة البقرة، الآية: 235.

(3) أبو القاسم محمد بن جزي، القوانين الفقهية، تصحيح محمد بن الموهوب، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2000، ص: 304.

(4) رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص:

30.

(5) أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، ج 1، دار الفكر، د ب ط، د ت، ص: 592.

أما إذا خطبها رجل صالح على شخص فاسد فيصبح العدول عن الخاطب الأول جائز لأن الثاني أصلح لها حسب رأي المالكية والحنفية، وكذلك في حالة السكوت وعدم التصريح بالقبول أو الرفض يجوز خطبتها.

2- خلو المرأة من الموانع الشرعية سواء كانت محرمة تحريماً أبدياً، لصلة القرابة كالأخت أو المصاهرة مثل أم الزوجة أو الرضاع كالأم من الرضاع، أو محرمة تحريماً مؤقتاً، كالمحصنة أي المتزوجة، والمعتدة من وفاة أو من طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى أو كبرى، أو زواج المسلمة من غير المسلم.

#### خامساً: آثار الخطبة:

1- يمكن لكل من الخطابين أن ينظر أحدهما إلى الآخر في حدود أحكام الشريعة الإسلامية، ليقع الميل والرغبة لقوله عليه الصلاة والسلام للمغيرة بن شعبة، لما كلمه في خطبة امرأة: " اذهب فانظر إليها فإنه أجد أن يؤدم بينكما"<sup>(1)</sup>، أي يجمع بينكما وتحصل الألفة والمحبة، وفيه اختلاف في ذلك، فرأي جمهور الفقهاء والمالكية يذهب إلى أن ينظر إلى وجه المخطوبة وكفيها دون غيرها<sup>(2)</sup>، تمسكا بقوله تعالى: " ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها"<sup>(3)</sup> ، وقياساً على كشفها في الحج.

أما رأي الحنفية فقد زاد إمكانية رؤية القدمين بالنسبة للمرأة.

2- يجوز أن يجتمع الخاطب بخطيبته في ظل وجود محرم لها<sup>(4)</sup>.

3- لكن الخاطب والمخطوبة يقيان غريبين وأجنبيين عن بعضهما البعض ما لم يتم إبرام عقد

الزواج.

4- ليس للخاطب ساطة على خطيبته.

#### المطلب الثاني: العدول عن الخطبة:

##### أولاً: مفهوم العدول

1- لغة: العدول هو التراجع أو الرجوع أي عدل عن الشيء أو عدل عن طريقه أي رجع

عنه<sup>(5)</sup>.

(1) رواه ابن ماجه وأحمد في صحيحهما.

(2) الوجه للاستدلال على الجمال والكفين على امتلاء الجسم.

(3) سورة النور، الآية: 31.

(4) رمضان علي السيد الشرناصي، المرجع السابق، ص: 36.

(5) د إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، الجزء 21، بدون دار الطباعة، القاهرة، 1972، ص: 617.

2- اصطلاحاً: هو أن يتراجع الخاطبان كلاهما أو أحدهما عن الخطبة ويفسخانها بعد تمامها وحصول الرضا والقبول، ولا يجوز لأحدهما طلب إتمام عقد الزواج.

### ثانياً: حكم العدول شرعاً وقانوناً

- 1- شرعاً جائز، لقوله صلى الله عليه وسلم سالف الذكر: "حتى ينذر"<sup>(1)</sup>.
- 2- قانوناً كذلك، ما نصت عليه المادة: 5/ف2 "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة".

### ثالثاً: آثار العدول

1- بالنسبة للخاطب: نصت على ذلك المادة: 5/ف4 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته".

2- بالنسبة للمخطوبة: نصت على ذلك المادة: 5 / ف 5 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "إن كان العدول من المخطوبة فعلياً أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته " بمفهوم المخالفة، لا ترد ما يستهلك بل لا يتسنى أن يطالب به الخاطب أصلاً.

### المطلب الثالث: في القانون المقارن

**أولاً:** -القانون الجزائري لم ينص على صفة العدول هل هو مبرر أو غير مبرر عكس قانون الأحوال الشخصية الكويتي المادة: 5 / ف: أ التي نصت على أنه: "إن كان عدوله بغير مقتضى، لم يسترد شيئاً مما أهداه إلى الآخر"، كما نصت المادة: 5/ف ب منه بقولها: "إن كان العدول بمقتضى، استرد ما أهداه إن كان قائماً أو قيمته يوم القبض إن كان هالكا أو مستهلكاً"، والفصل الثاني من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بقولها: "لكل واحد من الخطيبين أن يسترد الهدايا التي يقدمها إلى الآخر، ما لم يكن العدول من قبله أو وجد شرط خاص".

**ثانياً:** - القانون الجزائري لم ينص على قيمة الهدايا المستردة، هل تقوم بقيمتها يوم العدول عن الخطبة أم يوم القبض للهدية، عكس قانون الأحوال الشخصية الأردني المادة: 4 / ف د منه، التي تنص على أن: "يرد من عدل عن الخطبة الهدايا إن كانت قائمة وإلا فمثلها أو قيمتها يوم القبض ولا تسترد الهدايا إذا كانت مما تستهلك بطبيعتها ما لم تكن أعيانها قائمة".

(1) سبق تخريجه.

كما نصت المادة: 3/ف ب من قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان على أن: " يرد من عدل عن الخطبة دون مقتضى الهدايا بعينها، إن كانت قائمة وإلا فمثلاها أو قيمتها يوم القبض ما لم يقض العرف بغير ذلك أو كانت مما تستهلك بطبيعتها".

**ثالثا:** - القانون الجزائري لم ينص على حالة ما إذا انتهت الخطوبة بالوفاة عكس قانون الأحوال الشخصية الأردني المادة: 4 / ف: هـ منه بقولها: " إذا انتهت الخطبة بالوفاة أو بسبب عارض حال دون عقد الزواج لا يد لأحد الطرفين فيه فلا يسترد شيء من الهدايا " .

- في حالة إذا لم يحصل عدول من أي من الطرفين ولكن وقع زواج الخطوبة بشخص آخر غير الخاطب فلا يفسخ الزواج حسب قانون الأحوال الشخصية الكويتي المادة: 3 / ف: ب منه.

**رابعا:** - بالنسبة للمهر الذي يدفع للمخطوبة خلال فترة الخطوبة لم يتطرق إليه المشرع الجزائري عكس قانون الأحوال الشخصية الكويتي المادة: 4 منه، وقانون الأحوال الشخصية الأردني المادة: 4/ف: ب،

ج.

**خامسا:** - بالنسبة للتعويض نص عليه قانون الأسرة الجزائري في المادة: 5/ف3 فقط<sup>(1)</sup> ولم تتطرق إليه بقية القوانين الأخرى، فمجرد العدول لا تترتب لا مسؤولية تقصيرية ولا تعاقدية، إلا أنه بناء على مبدأ التعسف في استعمال السلطة ومبدأ لا ضرر ولا ضرار والقاعدة الفقهية التغير موجب للضان، فالمالكية يقولون بضرورة التعويض للمتسبب في الضرر، على أساس أن كل وعد يلحق ضررا، على صاحبه التعويض، ولهذا يمكن للمتضرر أن يطلب التعويض، ويجوز للقضاء الحكم بهذا التعويض.

## المبحث الثاني:

### الفاتحة

خطوة أخرى من خطوات الزواج عادة ما يتم في المسجد وقد يكون في بيت العريس أو مكان حفل الزفاف، سيتم توضيحه في المطالب التالية:

### المطلب الأول: مفهوم الفاتحة

**أولا:** - لغة: من الكتاب الكريم سورة الحمد، وفاتحة كل شيء: أوّله ومبتدؤه والجمع: فواتح.

**ثانيا:** - اصطلاحا: هي إجراء يتم بحضور ولي الزوجة والزوج أو وليه وإيجاب وقبول وحضور شهود وذكر الصداق بالإضافة إلى الدعاء وتلاوة الآيات القرآنية والأحاديث النبوية ذات الصلة وهي تختلف عن الخطبة.

<sup>(1)</sup> بن شوّح الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري العدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص: 33 وما بعدها.

**ثالثا:** - قانونا: نصت عليها المادة: 6/1 من قانون الأسرة الجزائري: "إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا"، ففي هذه الفقرة فرق المشرع بين عقد الزواج الذي يجمع فيه ركن الزواج رضا الزوجين وشروطه الأهلية والولي والصداق والشهود، والفاتحة التي هي وعد بالزواج إضافة إلى التبرك والدعاء.

**رابعا:** - عرفا: المجتمع الجزائري يعتبر أن الفاتحة هي العقد الحقيقي للزواج، وما العقد الرسمي المدني إلا كاشف لذلك العقد الشرعي والمضفي للرسمية عليه، والزواج بالفاتحة صحيح شرعا لأنه مستوفي لجميع الشروط والأركان المنصوص عليها قانونا وهو ما نصت عليه المادة: 09 من قانون الأسرة الجزائري و09 مكرر منه أيضا<sup>(1)</sup>.

إن الفاتحة من هذه الناحية هي عقد صحيح تنقصها شكلية التوثيق، وهذا ما نصت عليه المادة: 6/2. **خامسا:** - قضاء: أحكام المحكمة العليا سارت في هذا الاتجاه، قرارها في 04/04/1995، نص على أن اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد يعتبر زواجا صحيحا متى توافرت أركانه طبقا للمادة: 09 من قانون الأسرة الجزائري<sup>(2)</sup>.

لكن نتيجة الواقع المرير وما فيه من نقص الوفاء الاجتماعي وتلاعب أصحاب الضائر الميمنة بالزواج جعل الطرف الضعيف ضحية هذه التصرفات، وهم النساء والأولاد فهناك حوالي أربعة آلاف قضية تعرض على المحاكم سنويا نتيجة هذه الأعمال، لهذا منعت وزارة الشؤون الدينية الزواج بالفاتحة، وإن كان هذا المسلك مازال ملجأ الذين يقصدون التعددية الزوجية، في إبرام عقد زواج عرفي تهربا من القوانين والرسمية، ثم يتم توثيقه لاحقا عن طريق حكم قضائي<sup>(3)</sup>.

### المطلب الثاني: في القانون المتقارن

**أولا:** - وجد في قانون الأحوال الشخصية الأردني المادة: 03 التي نصها: "لا ينعقد الزواج بالخطبة ولا بقراءة الفاتحة".

(1) - المادة: 9 تنص على أن: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

أما المادة: 9 مكرر فتتص على أن: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية".

(2) - يوسف دلاندة، قانون الأسرة، مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية والموارث، دار هومة، الجزائر، 2005، ص: 14.

(3) - يرفع أحد الطرفين عادة صاحب المصلحة دعوى قضائية ضد الطرف الآخر بحضور النيابة العامة، وبعد إثبات الزواج عن طريق شهادة الشهود الذين حضروا العقد العرفي، يتم الحكم بهذا الزواج والأمر بتسجيله في سجل الحالة المدنية، وبالتالي يصبح الزواج موثقا بصفة رسمية منتجا لكل آثاره الشرعية والقانونية.

ثانياً: - وفي القانون السوري نصت المادة: 2 منه على أن: "الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجا "

ثالثاً: - والمادة: 05 من مدونة الأسرة المغربية نصت على أن الخطبة وعد بالزواج ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا، فهذه القوانين الثلاثة اعتبرت الفاتحة مجرد تبرك، أما بقية القوانين المقارنة فلم تنطرق لذكر الفاتحة.

### المبحث الثالث:

#### ماهية الزواج

تنطرق في هذا المطلب إلى مفهوم الزواج وحكمه شرعا وأقسامه وفي القانون المقارن في المطلب التالية:

#### المطلب الأول: مفهوم الزواج

أولاً: - لغة: هو الاقتران والاختلاط، ومنه أخذ اقتران الرجل بالمرأة، ويسمى الزوج زوجا من الأزواج وهو الاشتباه فالزوجان معناه المتشابهان، والزوجان أصبح كل منهما زوجا للآخر بعد أن كان كل منهما فردا، لأنه يمثل الآخر ويحمل في ثناياه آماله وآلامه<sup>(1)</sup>.

ثانياً: - اصطلاحاً: هو رابطة شرعية وقانونية بين رجل وامرأة وفق عقد رسمي يجلان لبعضهما شرعا، مبني على التأييد بقصد إحصان الزوجين وإنجاب الأولاد وتربيتهم التربية الصالحة. ويستعمل لفض النكاح في الشرع والفقه أكثر من لفظ الزواج، لأن معناها واحد<sup>(2)</sup>.

ثالثاً: - قانوناً: الزواج رابطة شرعية قانونية بناء على المادة: 04 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أن: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي".

- عقد الزواج: عقد رسمي مشتمل على أركان وشروط الزواج محرر من طرف موثق أو ضابط عمومي للتحقق من وقوع الزواج وكدليل إثبات الزواج، وهو رابطة شرعية، قال تعالى: "وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإيمانكم إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله والله واسع عليم"<sup>(3)</sup>، وقال أيضا: " فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع، فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة"<sup>(4)</sup>، ولقوله صلى

(1) يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، دار المعرفة، النار البيضاء، المغرب، 1998، ص: 195.

(2) رمضان علي السيد الشرنباوي، مرجع سابق، ص: 18.

(3) سورة النور، الآية: 32.

(4) سورة النساء، الآية: 3.

الله عليه وسلم: " يا معشر الشباب من استطاع الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء"<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني: حكم الزواج شرعا:

الزواج تعتره أحكام الشرع الخمسة<sup>(2)</sup> وهي:

**أولاً:** - الوجوب بالنسبة للشخص القادر على الباءة وخاف على نفسه من الوقوع في المحذور، فيكون واجبا إذا كان الشخص قادرا على الزواج ماديا كالنقطة وجسديا كعدم المرض أو العيب إضافة إلى التأكد أنه إذا لم يتزوج سيقع في الحرام والزنا فهنا حكمه الوجوب.

**ثانياً:** - الندب لمن قدر على مؤنه ولم يخش على نفسه الوقوع في الحرام<sup>(3)</sup>.

**ثالثاً:** - الإباحة، يكون الزواج مباحا إذا لم يكن الشخص خائفا من الوقوع في الحرام بالإضافة إلى القدرة المادية والجسمية فهذا الشرط أساسي في كلا الحكيمين (الواجب والمباح).

**رابعاً:** - الكراهة عند خوف ظلم الغير خاصة الزوجة أو الأبناء لاحقا.

**خامساً:** - التحريم بالنسبة للشخص الغير قادر على مؤنه ولم يخش على نفسه العنت، والوقوع في المحذور، كأن يغلب على ظن الشخص بأنه سيعظم زوجته إن تزوج ظلم مادي أو ظلم معنوي، مثلا ظلم مادي كونه غير قادر على تكاليف الزواج وأعبائه، وظلم معنوي كونه سكير فهذا الزواج حرام.

### المطلب الثالث: أقسام الزواج شرعا:

وهو ينقسم إلى نوعين: زواج صحيح وزواج غير صحيح.

**أولاً:** - الزواج الصحيح: هو كل زواج استوفى جميع أركانه وشروطه وخالي من الموانع الشرعية.

**ثانياً:** - الزواج غير الصحيح: ينقسم إلى قسمين: زواج باطل وزواج فاسد<sup>(4)</sup>.

1 - الزواج الباطل: هو كل عقد فقد ركنه الأساسي، فلا يترتب عليه أي أثر شرعي ولا قانوني

ويفسخ قبل الدخول وبعده ولو طال الزمن، إلا حق النسب للطفل وواجب الاستبراء أو العدة.

### مثلا:

- الزواج بالمحرمات، نصت عليه المادة: 34 من قانون الأسرة الجزائري.

(1) أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، تحقيق أحمد زهوة وأحمد عناية، دار الكتاب العربي، بيروت، 2005، ص: 1066 و1067. الباءة هي القدرة الجسمية والمادية والوجاء: المضعف والقاطع للشهوة.

(2) عبد الله المراغي، مرجع سابق، ص: 176.

(3) أبو القاسم محمد بن جزي، المرجع السابق، ص: 304.

(4) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 1996، ص: 187.

- الزواج بدون رضا يبطل حسب نص المادة: 33 من نفس القانون.
- زواج الشغار<sup>(1)</sup>: وهو أن ينكح الرجل وليته لرجل آخر بدون صداق مقابل أن ينكحه هذا الأخير وليته بدون صداق أيضا.
- وللشغار صورتان: شغار صريح وشغار ضمني.
- الشغار الصريح: هو أن يزوج الرجل ابنته أو من هي تحت ولايته على أن يزوجه الرجل الآخر ابنته أو من هي تحت ولايته وليس بينهما صداق فالعقد هنا يكون خاليا من الصداق وهو باطل طبعاً.
- الشغار الضمني: وهو أن يسمي كل منهما صداقا، كأن يقول زوجني ابنتك بمائة ألف دج على أن أزوجك ابنتي بمائة ألف دج، وفي الأصل الصداق غير موجود في هذا النكاح.
- زواج المتعة: وهو زواج لأجل محدود لسنة أو سنتين أو أقل أو أكثر، فهو عبارة عن اتفاق بين رجل وامرأة تحل له شرعا على التمتع بها في مدة معينة مقابل أجر معين، ولا يقصد به دوام العشرة، وإنما يراد به مجرد الاستمتاع الوقتي، وهذا الزواج يعتبر زواجا محرما عند جمهور الفقهاء إلا عند بعض الشيعة فهو حلال.
- زواج الخامسة لمخالفته صريح الآية المذكورة أعلاه.
- نكاح المحلل: هو أن يتزوج الرجل المرأة المطلقة ثلاثا أو المبتوتة ليحللها لزوجها الأول الذي طلقها، فحكم هذا الزواج منهي عنه لقوله صلى الله عليه وسلم: " لعن الله المحلل والمحلل له "، وهذا النهي يقتضي بأنه زواج باطل.
- زواج المسلمة بغير المسلم والمسلم بغير الكتابية: يجرم على المسلمة الزواج بأي شخص لا يدين بالإسلام لقوله تعالى: " ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا"<sup>(2)</sup>، كما يجرم على المسلم الزواج بغير الكتابية لقوله تعالى أيضا: " ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن"<sup>(3)</sup>.
- 2- الزواج الفاسد: هو كل عقد وجد فيه إيجاب وقبول ولكنه فقد شرطا من شروطه الأساسية التي نصت عليها المادة: 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، فقط اختل فيه شرط من شروط الصحة.

(1) الشغار: مشتق من كلمة شجر الكلب أي رفع رجله في التبول عند بلوغه، واستدل به لرفع الصداق عن الزوج، وهو زواج باطل.

(2) سورة البقرة، الآية: 221.

(3) السورة نفسها، الآية نفسها.

وهو أقل خطورة من الزواج الباطل يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل<sup>(1)</sup>، كأن يتم الزواج بدون شاهدين أو صدق أو ولي في حالة وجوبه، وهو ما نصت عليه المادة: 33/2 من نفس القانون، فالشاهدان قد يكونان غير مؤهلين شرعا كأن تكون صحيفتهما القضائية غير نظيفة، وقانونا لنقص أهليتهما، والصدق كأن يكون مجهول القيمة، وهو أيضا الزواج الذي يشتمل على شرط يتنافى مع العقد أو لا يحقق مبتغاه حسب ما قضت به المادة: 35 من قانون الأسرة الجزائري، كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا.

في كلا النوعين الباطل والفاقد ما نستنتجه من نصوص المواد 32، 33، 34 و35 من القانون نفسه يترتب عليها ثبوت النسب والعدة للمرأة.

#### المطلب الرابع: في القانون المقارن:

أولاً: - كان المشرع الجزائري مقتضيا ومختصرا وغير دقيق في صياغة المواد 32، 33، 34 و35 فالمادتين 32 و35 أتتا متناقضتين في فحواهما، ذلك لأن المشرع الجزائري لم ينص على النكاح الفاسد على خلاف قانون الأحوال الشخصية الأردني الذي نص في المادة: 30/ف أ منه على أن: "يكون عقد الزواج باطلا في الحالات التالية:

- 1- زواج الرجل بمن تحرم عليه على التأيد بسبب النسب أو المصاهرة.
  - 2 - زواج الرجل بزوجة الغير أو معتدته.
  - 3- زواج المسلم بامرأة غير كتائية.
  - 4 - زواج المسلمة بغير المسلم.
- كما نصت المادة: 31 منه على الحالات التالي: "يكون عقد الزواج فيها فاسدا:
- 1- زواج الرجل بمن تحرم عليه بسبب الرضاع.
  - 2- زواج الرجل بامرأة يحرم عليه الجمع بينها وبين زوجته.
  - 3- زواج الرجل بامرأة فوق أربع زوجات.
  - 4- زواج الرجل بمطلقة ثلاثا ما لم تنكح زوجا غيره.
  - 5- الزواج بلا شهود أو بشهود غير حائزين للأوصاف المطلوبة شرعا.
  - 6- زواج المتعة والزواج المؤقت.

(1) صداق المثل يقصد به الذي يعطى لمثلها.

ثانياً: - الزواج بأكثر من أربع لم يتكلم عنه المشرع الجزائري عكس قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة: 21 منه التي تنص على أنه: " لا يجوز أن يتزوج الرجل بخامسة قبل أن ينحل زواجه بإحدى زوجاته الأربع وتنقضي عدتها".

ثالثاً: - كما نص قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة: 18/ف 4 منه التي تنص على أنه: " لا يعتقد زواج المرتد عن الإسلام أو المرتدة، ولو كان الطرف الآخر غير مسلم"، فالمرتد<sup>(1)</sup> لا يجوز تزويجه بالمسلمة.

رابعاً: - نص قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة: 20 منه على أنه: " لا يجوز الجمع ولو في العدة بين امرأتين لو فرضت كلا منهما ذكراً حرمت عليه الأخرى"، وكذلك النظام الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون الخليجي المادة: 28 منه، كالجمع بين البنت وبنت أخيها أو أختها.

خامساً: - نص قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة: 33 منه على أنه: " إذا وقع العقد باطلا سواء أتم به دخول أم لم يتم لا يفيد حكماً أصلاً ولا يرتب أثراً من نفقة أو نسب أو عدة أو إرث" عكس المادة: 34 من قانون الأسرة الجزائري: " كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده، ويرتّب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء"، وقد نص قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة: 34 منه على العقد الفاسد بقولها: " إذا وقع العقد فاسداً ولم يتم به دخول لا يفيد حكماً أصلاً ولا يرتب أثراً، أما إذا تم به دخول فيلزم به المهر والعدة ويثبت به النسب وحرمة المصاهرة ولا تلزم به بقية الأحكام كالإرث والنفقة".

### المبحث الرابع:

### موانع الزواج

حفاظاً على الروابط الأسرية والنظم الشرعية نصت الشريعة والقانون على موانع للزواج سنتضح

في المطالب التالية:

### المطلب الأول: تعريف المانع:

أولاً: - لغة: حرم أو منع، والحرام هو الممنوع فعله، ومن هنا جاءت كلمة البلد الحرام والشهر الحرام، ومنها كذلك الحريم، ما حرم فلا ينتهك، حريم الدار وحريم المسجد فالمحرمات هي الممنوعات.

ثانياً: - اصطلاحاً: المحرمات من النساء أي اللواتي لا يمكن التزوج بهن سواء أبدياً أو مؤقتاً<sup>(2)</sup>.

(1) المرتد من كان مسلماً ثم كفر عقوبته القتل لقوله عليه الصلاة والسلام: "لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث ... والتارك لدينه". أخرجه البخاري ومسلم في صحيحهما.

(2) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص: 76 وما بعدها.

**ثالثا:** - قانونا: نصت القوانين الأخرى على المحرمات أبديا أو مؤقتا، أما المشرع الجزائري فنص على موانع الزواج في المادة 23 من قانون الأسرة بقولها: "يجب أن يكون كلا من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة"،

والمادة: 9 مكرر/ف 5 من نفس القانون بقولها: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: (...)  
انعدام الموانع الشرعية للزواج".

### المطلب الثاني: موانع الزواج المؤبدة

نصت عليها المادة 24 من قانون الأسرة وهي القرابة، المصاهرة، والرضاع، والحكمة منها الحفاظ على النظام الأسري وعدم إفساء القوضى فيه.

**أولا:** - المحرمات بالقرابة: نصت المادة 25 من قانون الأسرة على سبعة أطراف وهن: "الأعمات، والبنات، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت".

لقوله تعالى في كتابه الكريم: "حزمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت" (1).

فالأعمات هن الأصول وإن علون والبنات وهن الفروع وإن نزلن والأخوات وبنات الأخ وبنات الأخت هن الحواشي وإن نزلن والعمات والخالات فيكتفي بهن فقط دون فروعهن.

**ثانيا:** - المحرمات بالمصاهرة:

- تعريف المصاهرة:

- لغة: المصاهرة مصدر الفعل صاهر وهي قرابة ناتجة عن الزواج، صاهر القوم أي تزوج منهم فصار صهرا لهم.

- عرفا: تطلق على زوج البنت أو الأخت فقط.

- شرعا ميز الله بين النسب والمصاهرة في قوله تعالى في كتابه الكريم: "وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا" (2).

- قانونا: نصت المادة 26 من قانون الأسرة الجزائري على أربعة وهم:

- أصول الزوجة بمجرد العقد عليها، فبمجرد العقد على البنات تحرم الأعمات، لقوله تعالى: "وأُمَّهات نساءكم" (3).

(1) سورة النساء، الآية: 23.

(2) سورة الفرقان، الآية: 54.

(3) سورة النساء، الآية: 23.

- فروع الزوجة إن حصل الدخول بها، فبمجرد الدخول بالأعضاء تحرم البنات.  
- أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علو، فأرملة أو مطلقة الأب تحرم على الابن، لقوله تعالى: "ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا"<sup>(1)</sup>.  
- أرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلو، فأرملة أو مطلقة الابن تحرم على الأب لقوله تعالى في كتابه الكريم: "حرمت عليكم... وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم"<sup>(2)</sup>.  
ثالثا: - المحرمات من الرضاع: نصت على ذلك المادة 27 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب".  
لقوله تعالى: "...وأُمَّهَاتِكُمُ الَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتِكُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ"<sup>(3)</sup>, وقوله عليه الصلاة والسلام: "الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة"<sup>(4)</sup>.

- والحكمة من ذلك أن المرضع تغذي الرضيع بجزء منها اللبن، الذي يساهم في تكوين الإنسان مثله مثل الدم<sup>(5)</sup>، ولهذا فهي محرمة عليه أبديا كالأم النسبية.  
والطفل الذي رضع هو وحده دون إخوته وأخواته الذي يسري عليه حكم التحريم وعلى فروع حبه ما جاء في نص المادة 28 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته ولدا للرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها ويسري التحريم عليه وعلى فروع".  
ويشترط في الرضاع المعتد به شرعا وقانونا الذي حصل أثناء فترة الرضاعة بغض النظر على كون اللبن قليلا أو كثيرا حسب نص المادة 29 من قانون الأسرة الجزائري: "لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا".  
وتقع الحرمة بالرضاع إذا توفرت الشروط التالية:  
1- أن تكون المرضعة امرأة سواء كانت صغيرة أو كبيرة.  
2- أن يدوم رضاع الصغير حولين حتى وإن زاد شهرا أو شهرين أو ثلاثة شهور، وإن فطم قبل الحولين واستغنى عن الرضاع، فلا يحرم رضاعه بعد ذلك، خلافا للشافعية والحنفية، ولا يحرم رضاع الكبير عند الجمهور خلافا للظاهرية.

(1) نفس السورة، الآية: 22.

(2) السورة نفسها، الآية: 23.

(3) سورة النساء، الآية: 23.

(4) أبو عبد الله محمد بن إساعيل البخاري، صحيح البخاري، المرجع السابق، ص: 1073.

(5) لقوله عز وجل: "وإن لكم في الأنعام لعبرة نسيتكم مما في بطونه من بين فرث ودم لنا خلاصا صائغا للشاربين"، سورة النحل، الآية: 66.

- 3- أن يصل اللبن إلى الحلق أو الجوف من الفم خلافا لأبي حنيفة مصة واحدة تكفي للتحريم.
- 4- أن يكون اللبن صرفاً أو مخلوط بماء، ولا يكون مميعاً.
- 5- يصبح زوج المرضعة أبا للطفل الذي أرضعته زوجته من الرضاع، واللبن الذي شربه الرضيع يسميه الفقهاء القدامى لبن الفحل<sup>(1)</sup>.
- 6- إذا طلق الرجل المرأة المرضعة أو مات عنها، وتزوجت رجلاً آخر، فإن لم ينقطع لبنها الأول فهو للزوجين معاً، وكل واحد منها فحل لمن ترضعه، وإن انقطع ثم حدث لبن ثان، فالأول للزوج الأول والثاني للزوج الثاني.
- 7- يثبت الرضاع بشهادة شاهدي عدل اتفاقاً، واشترط الشافعي أربعة نسوة.
- 8- اختلف الفقهاء في عدد الرضعات، فقد ذهب الشافعية والحنابلة على أن المحرم خمس رضعات متينقات مشبعات، وقد نعى المشرع الجزائري منحى الأحناف والمالكية.

### المطلب الثالث: موانع الزواج المؤقتة

- وهي التي يكون فيها التحريم مؤقتاً، فإذا زال السبب الذي أدى إلى وجودها زال التحريم.
- أولاً: - نص عليها المشرع الجزائري في المادة: 30 من قانون الأسرة وحصرتها في خمسة أصناف هي: "يحرم من النساء مؤقتاً، المحصنة المعتدة من طلاق أو وفاة، المطلقة ثلاثاً، كما يحرم مؤقتاً: الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع، زواج المسلمة من غير المسلم"
- المرأة المتزوجة أو المحصنة: فلا يجلب لأحد أن يعقد عليها ما دامت متزوجة.
  - المرأة المعتدة من طلاق أو وفاة: وهي التي تكون في أثناء العدة من زواج سابق سواء كانت العدة بسبب الطلاق أو بسبب الوفاة، ويشمل في ذلك أيضاً عدة الزواج الفاسد ليثبت نسب الولد.
  - المطلقة ثلاثاً: تكون محرمة على زوجها الأول حتى تنكح زوجاً غيره.
  - الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع، والحكمة من ذلك هو اجتناب ما يقع بين الضرائر عادة من شجار ونزاع وكيد وغيره، وبالتالي تعريض علاقات القرى والرحمة والمودة التي جعل الزواج من أجلها، إلى القطع.<sup>(2)</sup>
  - زواج المسلمة من غير المسلم، يعني زواج المسلمة من الرجل الكافر.

(1) لأنه لولاه ما حملت المرأة ولا در ثديها اللبن.

(2) رمضان علي السيد الشرنباصي، مرجع سابق، ص: 99.

وهناك حالات لم يذكرها المشرع في هذه المادة من بينها: حالة الجمع بين أكثر من أربع زوجات، والزواج في حالة الإحرام بالحج أو العمرة، والمرأة التي ليس لها دين أي ليست من أهل الكتاب.

ثانياً: - حكم الزواج بإحدى المحرمات:

يعتبر الزواج بإحدى المحرمات أو وجود أحد الموانع باطلاً بعد الدخول أو قبله ويفسخ قبل الدخول وبعده، المشرع الجزائري نص في المادة 32 من قانون الأسرة على أن: "يبتل الزواج إذا اشتمل على مانع، فحكم الزواج باطل".

والمادة 34 من نفس القانون: يترتب على الزواج بإحدى المحرمات آثار، فيفسخ عقد الزواج قبل الدخول وبعده.

كاستثناء في الزواج الباطل يثبت النسب ووجوب الاستبراء أي يجب عليها أن تعتد، للتأكد من براءة الرحم.

المطلب الرابع: في القانون المقارن:

أولاً: - موانع الزواج المؤبدة:

نصت المادة: 27/ف ب من قانون الأحوال الشخصية الأردني بقولها: "الرضاع المحرم هو ما كان في العامين الأولين، وأن يبلغ خمس رضعات متفرقات، يترك الرضيع الرضاعة في كل منها من تلقاء نفسه دون أن يعود إليها قل مقدارها أو أكثر".

ونصت المادة: 46 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي: "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب أو المصاهرة إلا ما استثني شرعاً، وذلك بشرطين:

- أن يقع الرضاع في العامين الأولين.

- أن يبلغ الرضاع خمس رضعات متفرقات.

- النظام الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي نص في المادة: 25 منه: "يحرم على الشخص فرعه من الزنا وإن نزل، كذا ابنته المنفية بلعان".

ثانياً: - موانع الزواج المؤقتة:

النظام الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي في المادة 28/2 و6 منه نص على أن: "المحرمات بصورة مؤقتة وهن:

2- الجمع بين أكثر من أربع نسوة ولو كانت إحداهن في عدة.

6- المحرمة بحج أو عمرة."

كما جاء في المادة: 28 من قانون الأحوال الشخصية الأردني بقولها: "يحرم بصورة مؤقتة مايلي:

- أ- زواج المسلم بإمرأة غير كفاية.
  - ب - زواج المسلمة بغير المسلم.
  - ج- زواج المرتد عن الإسلام أو المرتدة ولو كان الطرف الآخر غير مسلم.
  - د- زوجة الغير أو معتدته، وهذا الزواج موجب للفسخ<sup>(1)</sup>.
  - هـ - الجمع ولو في العدة من طلاق رجعي بين إمرأتين لو فرضت أي منهما ذكرا لحرم عليه التزوج بالأخرى.
  - و- الجمع بين أكثر من أربع زوجات أو معتدات من طلاق رجعي.
  - ز- زواج الرجل لإمرأة طلقت منه طلاقا بائنا بينونة كبرى، إلا بعد انقضاء عدتها من زوج آخر دخل بها دخولا حقيقيا في زواج صحيح<sup>(2)</sup>.
  - ح- الزواج ممن لاعنها، إلا إذا أكذب نفسه وتحقق القاضي من ذلك".
- المبحث الخامس:

### عقد الزواج ركنه وشروطه

**العقد:** اتفاق بين طرفين، يلتزم كل واحد منهما بمقتضاه تنفيذ ما اتفق عليه، كعقد البيع أو عقد الإيجار أو عقد الزواج، وصيغته هي جمل تنشأ العقد، كالقول: ملكتك أو زوجتك أو أنكحتك... الخ، وعقد الزواج يتكون حسب قانون الأسرة الجزائري من ركن واحد ومجموعة شروط<sup>(3)</sup>، تتم دراستها في المطالب التالية:

### المطلب الأول: ركن عقد الزواج

**أولاً:** - نصت عليه المادة: 4 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين

(1) أبو زكريا يحيى ابن موسى المغيلي المزوني، الدرر المكنونة في نوازل مازونة، تحقيق د مختار حساني، ج 2، دار الكتاب العربي، الجزائر، 2009، ص: 110.

(2) والحكمة من هذا التحريم هو تجريب المطلق للغيرة بزواج مطلقته من زوج غيره، والموصل لذلك هو مجرد تفوهه بالطلاق، ومن جهتها تجرب المطلقة عشرة رجل آخر قد يكون أسوأ خلقا من زوجها الأول. أنظر: رمضان علي السيد الشرنباصي، مرجع سابق، ص: 92.

(3) الركن هو الذي إذا خلا منه العقد بطل، أما الشرط إذا نقص لا يبطل العقد ولكن يمكن فسخه ويمكن اقراره بإتمام الشرط المنقوص.

والمحافظة على الأنساب"، كما نصت المادة: 9 من نفس القانون على أنه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"

من خلال المادتين السابقتين نستنتج أن الركن الوحيد في عقد الزواج هو الرضا وهو الإيجاب والقبول وهو شيء معنوي وداخلي، والتعبير عنه يكون باللفظ أي بالإيجاب والقبول، وهو شرط انعقاد أي لا يصح العقد إلا به وهو الركن الأساسي في عقد الزواج، وهو لازم ليس فيه خيار، ويجب فيه الفور لا التراخي إلا لوقت يسير للمشورة<sup>(1)</sup>

ثانيا: - ونصت المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا.

ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة".

ثالثا: - التعبير الصريح عن الرضا في عقد الزواج هو ما يعبر عنه بالإيجاب والقبول، أما التعبير الضمني فهو الذي يعبر عنه بالكتابة أو الإشارة أو كل ما يفيد معنى الزواج.

رابعا: - أثر تخلف الصيغة في عقد الزواج: إذا اختل ركن الرضا يبطل العقد، وهو ما نصت عليه المادة: 33/1 من ق أ ج بقولها: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا"، فمجرد اختلال هذا الركن يقع البطلان في عقد الزواج الذي هو فسخ عقد الزواج قبل وبعد الدخول.

### المطلب الثاني: شروط عقد الزواج

حدد المشرع الجزائري شروط عقد الزواج بخمسة وهي حسب نص المادة 9 مكرر من ق أ ج

بقولها: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

#### أولا: الأهلية في الزواج

##### مفهوم الأهلية:

- لغة: هي الصلاحية للشيء أي صلاحية القيام بشيء ما.

- اصطلاحا: قدرة الشخص على القيام بالتصرف القانوني وتحمل المسؤولية المترتبة عليه

- قانونا: تختلف الأهلية باختلاف القانون المنظم لها، فبالنسبة للأهلية الجزائرية نصت المواد من: 47 إلى 51 من الأمر رقم: 66 - 156 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري<sup>(2)</sup> المعدل و المتمم، على أنه قبل سن ثلاثة عشر سنة لا توقع على القاصر الجانح إلا تدابير الحماية أو التربية، ومن ثلاثة عشر إلى ثمانية عشر سنة توقع عليه تدابير الحماية أو التربية أو عقوبات مخففة،

(1) أبو القاسم محمد بن جزي، المرجع السابق، ص: 205.

(2) الجريدة الرسمية، عدد: 49، الصادرة في: 11/06/1966.

ومن ثمانية عشر سنة كاملة يعاقب عقاب الراشد، كما نصت عليها المواد من 40 إلى 44 من الأمر رقم 75/58 في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني<sup>(1)</sup> المعدل والمتمم ، نصت المادة : 40/ف 2 مدني بقولها: "وسن الرشد تسعة عشر سنة كاملة " ، كما نصت المادة : 42/ ف 2 مدني بقولها: " يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشر سنة " .

أما أهلية الزواج فقد نصت عليها المادة: 07 من قانون الأسرة بقولها: " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتام تسعة عشر سنة " .

#### - ملاحظات:

1- عدل المشرع الجزائري المادة: 07 السابقة الذكر، التي كانت تميز بين أهلية الرجل في الزواج بتام 21 سنة والمرأة بتام ثمانية عشر 18 سنة، والآن أصبحت تسعة عشر سنة لكليهما.

2- يمكن للقاضي أن يرخص بالزواج لمن لم يبلغ سن تسعة عشر سنة كاملة، وذلك لضرورة أو مصلحة، ومتى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، القدرة الجسدية والمالية، وهذا مراعاة للأعراف التي مازالت سائدة في بعض الجهات من تزويج الأبناء في سن مبكرة.

3- المشرع الجزائري لم يحدد الحد الأدنى للزواج عكس بعض القوانين المقارنة.

4- يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج كأنه راشد من حقوق وواجبات.

5- المادة : 07 مكرر نصت على تقديم الوثيقة الطبية، التي تم تحديد كيفية تطبيقها وفقا للمرسوم التنفيذي رقم: 06/154 المؤرخ في 11ماي 2006.

#### في القانون المقارن:

1- لم ينص قانون الأسرة الجزائري على الحد الأدنى لسن الإعفاء الذي لا يمكن النزول عنه عكس القانون السوري الذي نص في المادة : 18 منه على بلوغ الزوج خمسة عشر سنة والزوجة ثلاثة عشر سنة ، والقانون الأردني المادة : 10/ف ب منه ، يجوز للقاضي الترخيص بالزواج لمن أكمل خمسة عشر سنة شمسية لضرورة المصلحة ، والقانون المصري الجديد الذي نص في المادة : 02 منه بقولها : "تثبت أهلية التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية للولاية على النفس لمن أم خمسة عشر سنة ميلادية كاملة متمتعاً بقواه العقلية" ، والقانون الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون الخليجي المادة : 10 منه بقولها : " لا يزوج من لم يكمل خمسة عشر من عمره إلا بإذن القاضي وبعد التحقق من المصلحة .

(1) الجريدة الرسمية، عدد:78، الصادرة في: 30/09/1975.

2- لم ينص القانون الجزائري على الفارق القانوني المقبول بين الزوجين، بينما القانون الأردني في المادة: 11 نصت على أنه: " يمنع إجراء العقد على امرأة إذا كان خاطبها يكبرها بأكثر من عشرين سنة، إلا بعد أن يتحقق القاضي من رضاها واختيارها "، وكذلك قانون الأحوال الشخصية الكويتي المادة: 36 منه بقولها: " التناسب في السن بين الزوجين يعتبر حقا للزوجة وحدها ".

3- لم يتطرق القانون الجزائري خاصة المادة: 07 مكرر منه صراحة على حالة المجنون والمعتوه<sup>(1)</sup> عكس القانون الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون الخليجي المادة: 07 منه بقولها: " لا يعقد زواج المجنون أو المعتوه إلا بعد توفر الشروط التالية:

1. قبول الطرف الآخر التزوج منه بعد اطلاعه على حالته.

2. كون مرضه لا ينتقل منه إلى نسله.

3. كون زواجه فيه مصلحة له.

و يتم التثبت من الشرطين الأخيرين بتقرير لجنة من ذوي الاختصاص".

أهلية الزواج: الأهلية هي صلاحية الشخص لتلقي الحقوق وتحمل الواجبات وتعرف أهلية الزواج بأنها تمتع الشخص بالحقوق والالتزامات ابتداء من اللحظة التي يبلغ فيها الشخص

السن المعين للزواج، وهو تسعة عشر سنة حسب نص المادة: 7 من قانون الأسرة الجزائري: "تكمثل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

فالقاعدة العامة في قانون الأسرة الجزائري في سن الزواج تسعة عشر سنة كاملة، أما الاستثناء هو طلب ترخيص قاضي شؤون الأسرة أي ترشيد القاصر حتى يمكن له إبرام عقد الزواج لمصلحة أو ضرورة والتأكد من قدرته على الزواج، وهي سلطة تقديرية للقاضي حسب نص المادة: 480 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه: " يقرر قاضي شؤون الأسرة ترشيد القاصر بأمر ولائي حسب الشروط المنصوص عليها قانونا".

- أثر تخلف الأهلية: إذا تم الزواج بدون ترخيص أو تمام تسعة عشر سنة، لم يشر إلى ذلك المشرع الجزائري وعليه نرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب نص المادة: 222 من قانون الأسرة

(1) العته: نقصان في العقل بدون جنون، يظهر خاصة عند كبار السن في فقدان الذاكرة قد يصل إلى عدم الانتباه إلى الجوع أو العطش وهذا نتيجة خلل في الدماغ أو خلل عضوي.

الجزائري هذه الأحكام التي ترى بأنه عقد صحيح لأن الفقهاء قد حددوا سن الزواج بالبلوغ، وحسب القرار الصادر عن المحكمة العليا تحت رقم: 96238 بتاريخ 1993/9/28 فمضمون القرار أنه من المقرر شرعا أن عدم توافر أهلية الزواج ينتج عنها بطلان الزواج. وتكتمل أهلية الشخص بتمام تسعة عشر سنة أي بالخروج منها.

ثانيا: الصداق أو المهر ذكره المشرع الجزائري في أربعة مواد، فقد عرفته المادة: 14 أسرة بقولها: " هو ما يدفع نحلة<sup>(1)</sup> للزوجة من النقود وغيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء "

مصداقا لقوله تعالى: " وآتوا النساء صدقاتهن نحلة فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا"<sup>(2)</sup>.

وحكمة وجوب الصداق على الرجل مثله مثل النفقة لأن قوة السعي منحت له بينما منحت المرأة جلادة الصبر على المكوث في البيت لتهيئة أسباب الراحة داخل المنزل وتربية الأبناء<sup>(3)</sup>.  
- تحديده من الجهتين:

من جهة تعجيله وتأجيله، نصت عليه المادة: 15/1 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا"، ومن جهة قيمته، نصت عليه نفس المادة 15/2 بقولها: " في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل<sup>(4)</sup>".  
- من حيث استحقاقه:

نصت عليه المادة: 1 أسرة بقولها: " تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول"، مصداقا لقوله تعالى: "وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم"<sup>(5)</sup>، وهذا ما قال به الفقه<sup>(6)</sup>.  
والمغالاة في المهور غير محبذة لأنها تعطي بعض الشباب فرص التعلل بها للإحجام عن الزواج.

(1) التحلة: بكسر النون العطاء الخاص بالمعطي، نحله شيئا من ماله أعطاه وخصه به، ويقال انتحل الشيء ادعاه لنفسه وهو لغيره كالشعر.

(2) سورة النساء، الآية: 4.

(3) رمضان علي السيد الشرباصي، مرجع سابق، ص: 163.

(4) صداق المثل: ما تستحقه مثلها من مثله أي الزوج، أو يقال ما تستحقه قريناتها من جهة أبيها أو ما تستحقه قرينتها من بنات بلديتها.

(5) سورة البقرة، الآية: 237.

(6) أبو القاسم محمد بن جزي، المرجع السابق، ص: 207.

### - النزاع حول الصداق:

نصت عليه المادة: 17 من قانون الأسرة بقولها: " في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتها وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين".

ثالثا: الولي نصت عليه المادة: 11/ف 2 من القانون نفسه: " يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"، والمادة: 87: " يكون الأب وليا على أولاده القصر"، ويشترط في الولي أن يكون ذكرا، عاقلا، بالغاً، غير محرم بحجة أو عمرة، مسلماً، إذا كان وليا على مسلمة على التفصيل التالي:

- المرأة الراشدة: تعقد زواجهما بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره، وهذا ما نصت عليه المادة: 11/ف 1 من قانون الأسرة الجزائري.

- القصر: يتولى أولياؤهم تزويجهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"، وهذا ما نصت عليه المادة: 11/ف 2 من قانون الأسرة الجزائري.

وليس للولي حق إجبار من في ولايته من القصر دون موافقتهم، وهذا ما نصت عليه المادة 13 من قانون الأسرة الجزائري.

فيما يتعلق بإجبار الولي لمن في ولايته على الزواج أو عدمه اختلف الفقه إلى اتجاهين هما:

- الاتجاه المؤيد لجبر الولي من في ولايته على الزواج، لكونه شرطا واجبا ويفسخ الزواج بدونه قبل الدخول وبعده وإن طالت المدة وولدت، وفيه الصداق المسمى<sup>(1)</sup>، اعتمدوا على قوله سبحانه وتعالى: "فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن"<sup>(2)</sup>، وقوله تعالى: "ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا"<sup>(3)</sup>.

- الاتجاه المعارض لجبر الولي من في ولايته على الزواج: اعتمدوا على أقوال النبي صلى الله عليه وسلم فيما رواه ابن عباس: "الثيب<sup>(4)</sup> أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر وإذنها سكوتها"<sup>(5)</sup>.

(1). أبو القاسم محمد بن جزي، المرجع السابق، ص: 208.

(2). سورة البقرة، الآية: 232.

(3). سورة نفسها، الآية: 221.

(4). الثيب: المرأة التي سبق لها الزواج بخلاف البكر.

(5). رواه مسلم.

## رابعاً: الشهود

الشهادة المعتبرة في الزواج في القانون الجزائري هي شهادة عدلين ذكّرين وهم الأشخاص الذين لم يجرب عليهم الكذب، وفي وقتنا الحاضر هم من تكون شهادة سوابقهم العدلية نظيفة، فقد روي عن ابن عباس: " لا نكاح إلا بشاهدي عدل"، ولقوله صلى الله عليه وسلم: "أعلنوا هذا النكاح ... واضربوا عليه بالدفوف"<sup>(1)</sup>، والشهادة واجبة في الدخول لنفي التهمة وظن السوء، وأما في العقد فهي مندوبة لقول مالك: " لا يبنى بزوجه حتى يشهد لئلا يشته بالزنا"<sup>(2)</sup>، وقضاء يجوز سماع شهادة الأقارب باستثناء الأبناء.

## المبحث السادس:

### الاشتراط في عقد الزواج

لأن عقد الزواج عقد على وجه التأييد وللحفاظ عليه أجاز الشرع والقانون للزوجين الاشتراط فيه، درءاً لأسباب الطلاق، سيتين ذلك في المطالب الموالية:

#### المطلب الأول: طبيعته

يمكن للزوجين المتعاقدين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي مرفق له ما شاء من الشروط التي لا تتنافى مع طبيعة الزواج مثل شرط عدم الإنجاب،<sup>(3)</sup> وأحكام قانون الأسرة<sup>(4)</sup>، كشرط عدم تعدد الزوجات، وشرط عمل أو عدم عمل المرأة حسب ما نصت عليه المادة: 19 أسرة، أما إذا كانت الشروط متنافية مع طبيعة عقد الزواج، فإنها تبطل ويثبت العقد، وهو ما نصت عليه المادة: 35 من قانون الأسرة بقولها: " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلاً والعقد صحيحاً".

#### المطلب الثاني: في القانون المقارن

أولاً: فيما يتعلق بالرضا: القانون الجزائري نص على ركن الرضا، المتجسد في الإيجاب والقبول، في المادة: 9 أسرة، أما المادة: 11 من مدونة الأسرة المغربية فقد فصلت فيه ونصت على أنه: "يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا شفويين عند الاستطاعة وإلا فبالكتابة أو الإشارة المفهومة - متطابقين وفي مجلس واحد - باتين غير مقيدتين بأجل أو شرط واقف أو فاسخ"، كما نصت المادة: 8 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي بقولها: " ينعقد الزواج بإيجاب من ولي الزوجة وقبول من الزوج أو ممن

(1) رواه الترمذي والبيهقي.

(2) - أبو زكريا يحيى ابن موسى المغيلي المزوني، المرجع السابق، ص: 82 وما بعدها.

(3) وكشرط عدم المعاشرة الزوجية.

(4) - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص: 178.

يقوم مقامهما" ، ونصت المادة : 18 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: " ليس للقاضي أن يتولى بنفسه تزويج من له الولاية عليه من نفسه ولا من أصوله ولا من فروعه".

ثانيا: فيما يتعلق بالشهود: نصت المادة: 8/ف أ من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أنه: "يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين من المسلمين"، كما نصت المادة: 8/ف ب من نفس القانون على أنه: "تجوز شهادة أصول كل من الخاطب والمخطوبة وفروع كل منهما على عقد الزواج"، والمادة 11 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أنه: "يشترط في صحة الزواج حضور شاهدين مسلمين بالغين، عاقلين، رجلين، سامعين معا كلام المتعاقدين، فاهمين المراد منه.

ثالثا: فيما يتعلق بالولي: نصت المادة: 31 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أنه: "إذا عضل الولي الفتاة، فلها أن ترفع الأمر إلى القاضي ليأمر أو لا يأمر بالتزويج، وكذلك إذا تعدد الأولياء وكانوا في درجة واحدة، وعضلوا جميعا أو اختلفوا"، والمادة: 32 من نفس القانون على أنه: "للولي غير المحرم أن يزوج نفسه نفسه موليته برضاها" كما نصت المادة 19 من قانون الأحوال الشخصية الأردني بقولها: "لا تشترط موافقة الولي في زواج المرأة الشيب العاقلة المتجاوزة من العمر 18 سنة".

رابعا: فيما يتعلق بالمهر: نصت عليه المواد 52 حتى 71 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي فقد نصت المادة 53 منه على أنه: " لا حد لأقل المهر ولا لأكثره" والمادة : 54 منه على أنه: "كل ما صح التزامه شرعا يصلح أن يكون مهرا، مالا كان أو عملا أو منفعة ، مما لا ينافي قوامه الزوج" ، كما نصت المادة 55/ب منه كذلك على أنه: "إذا لم يسم المهر أو كانت التسمية غير صحيحة ، أو نفي أصلا ، وجب مهر المثل" ، المادة 61 كويتي نصت على أنه: " يتأكد المهر كله بالدخول الحقيقي أو بالخلوة الصحيحة أو بموت أحد الزوجين" ، كما نصت المادة 9 من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أنه: "لا ينعقد الزواج المضاف إلى المستقبل ولا المعلق على شرط غير متحقق" ، والمادة 41 كويتي نصت على أنه: "يجب أن يكون الشرط مسجلا في وثيقة العقد".

### المبحث السابع:

### الكفاءة في الزواج

مسألة أخرى نص عليها الشرع والقانون لبناء الزواج على قواعد متينة وللحفاظ على ديمومته وهي الكفاءة بين الزوجين، ذلك ما سيتضح في المطالب الآتية:

المطلب الأول: ماهية الكفاءة

أولا: لغة: الكفاءة هي المماثلة.

**ثانياً:** اصطلاحاً: عدة عوامل تدخل في مقومات الكفاءة، كالتدين ابتغاء الصلاح والاستقامة والحالة المادية لضمان المهر والنفقة، وأساساً هي الكفاءة في الدين والتقوى وهو ما ذهب إليه المالكية، وهي لازمة فلا يحق للولي أن يزوج وليته من فاسق، بل يبطل هذا الزواج<sup>(1)</sup>. والكفاءة معتبرة في جانب الرجل وهي حق للمرأة ولوليتها<sup>(2)</sup>، ولم يتكلم عنها المشرع الجزائري وإنما وردت في قوانين أخرى والسبب الذي أدى به إلى عدم التطرق لها هو أن المجتمع الجزائري متقارب بين جميع فئاته وهو كله مسلم لذا لم يلتفت إليها ويوليها أهمية.

### المطلب الثاني: في القانون المقارن

نصت المادة 21/ف أ من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أنه: "يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤاً للمرأة في التدين والمال، وكفاءة المال أن يكون الزوج قادراً على المهر المعجل ونفقة الزوجة"، كما نصت المادة: 22/ف ب منه على أنه: "إذا اشترطت الكفاءة حين العقد أو قبله، أو أخبر الزوج أو اصطنع ما يوهم أنه كفؤ ثم تبين انه غير ذلك فلكل من الزوجة والولي حق طلب فسخ الزواج، فإن كان كفؤاً حين الخصومة فلا يحق لأحد منها طلب الفسخ"، ونصت المادة: 23 أردني على أنه: "يسقط حق فسخ عقد الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج إذا حملت الزوجة أو سبق الرضا أو مرت ثلاثة أشهر على علم الولي بالزواج".

### المبحث الثامن:

#### توثيق عقد الزواج وإثباته

حفاظاً على حقوق الزوجين وكذلك الأبناء نص القانون على توثيق عقد الزواج أمام الجهات الرسمية، إذا لم يتم ذلك يقوم صاحب المصلحة باستصدار حكم قضائي لإضفاء الرسمية على الزواج، ستم دراسة ذلك في المطالب الموالية:

#### المطلب الاول: توثيق عقد الزواج:

نصت عليه المادة: 18 من ق أ ج بقولها: " يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانوناً مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون"، يفهم من هذه المادة مسألتان وهما:  
أولاً: يتم عقد الزواج أمام الموظف العمومي ضابط الحالة المدنية بالبلدية المختصة أو أمام الموثق<sup>(3)</sup>.

(1) - أبو زكريا يحيى ابن موسى المغيلي المزوني، المرجع السابق، ص: 99.

(2) رمضان علي السيد الشرنباصي، مرجع سابق، ص: 147.

(3) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص: 140 وما بعدها.

ثانيا: لا بد أن يشتمل العقد على ركن الرضا وشروطه حتى ولو لم يتم أمام الموظف العمومي أو الموثق إذا اشتمل العقد عليها فينتج آثاره، أما المادة 21 من قانون الأسرة الجزائري فيفهم منها أنه في حالة تسجيل عقد الزواج بالبلدية يطبق عليه قانون الحالة المدنية.

### المطلب الثاني: إثبات عقد الزواج

نصت عليه المادة: 22 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي، يجب تسجيل حكم تثبت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة ".

أولاً: نصت الفقرة الأولى من هذه المادة على أنه سواء بالنسبة للزوج أو الزوجة بمجرد إبرام العقد المدني يتم توثيقه عن طريق الموظف المؤهل قانوناً بالبلدية في سجل الحالة المدنية، وبناء عليه يتم استخراج عقد الزواج، وفي حالة عقد القران عرفياً عن طريق الجماعة أو ما يعرف بالفاتحة، فإنه على صاحب المصلحة أن يلجأ إلى القضاء بالتدليل على توافر ركنه وشروطه ليحصل على حكم قضائي يكشف عن هذا العقد، ويقر ما ترتب عليه من آثار كالنسب والحضانة والنفقة والميراث وغيرها

ثانياً: أما الفقرة الثانية من نفس هذه المادة فقد نصت على وجوب تسجيل حكم تثبت الزواج بمصلحة الحالة المدنية بسعي من النيابة ليصبح العقد رسمياً، ويحق لكل ذي مصلحة استخراج نسخة منه.

ثالثاً: ملاحظة: مثل هذه الدعوى لتثبيت العقد ليست محددة بمدة زمنية معينة فقد ترفع بعد مرور عشرات السنين أو حتى بعد وفاة الزوجين لأن حجية الأمر المقضي فيه لا تطبق على قضايا الحالة المدنية هذه مثل إثبات العقد والنسب وذلك طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي.

### المطلب الثالث: في القانون المقارن:

أولاً: نصت المادة: 36 من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أنه:

أ- (...)

ب- "يوثق القاضي أو من يأذن له عقد الزواج بوثيقة رسمية".

ج- " إذا أجري عقد الزواج ولم يوثق رسمياً يعاقب كل من العاقد والزوجين والشهود بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات وتغرم المحكمة كل واحد منهم بغرامة مائتا دينار".

د- يعاقب كل مأذون لا يسجل العقد في الوثيقة الرسمية المعدة لذلك بالعقوبتين المنصوص عليهما في الفقرة ج من هذه المادة مع العزل من الوظيفة".

ثانياً: نصت المادة: 68 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: "يسجل نص العقد في السجل المعد لذلك لدى قسم قضاء الأسرة، ويوجه ملخصه إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين".

## الفصل الثاني:

### آثار الزواج

تنبني على الزواج عدة آثار كحقوق وواجبات الزوجين تجاه بعضها البعض، وحقوق الأطفال كالنسب والتبني والكفالة والنفقة، والتلقيح الاصطناعي، سنتناولها بالبحث في المباحث الآتية:

### المبحث الأول:

#### حقوق وواجبات الزوجين

نصت المادة: 36 من قانون الأسرة الجزائري على الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين وهي أحكام عامة فجاء فيها: "يجب على الزوجين

1- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.

2- المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة.

3- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهن.

4- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات.

5- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم.

6- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الولدين والأقربين بالحسنى والمعروف.

7- زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف".

إلا إنه يمكن تفصيل هذه الحقوق والواجبات بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، في المطالب

التالية:

#### المطلب الأول: حقوق الزوجة وواجباتها

أولاً: الحقوق وتتحدد في مجموعة نذكر أهمها:

- الحق في ذمة مالية مستقلة<sup>(1)</sup>: وهو ما نصت عليه المادة: 37 من قانون الأسرة الجزائري: " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر " ، وهو حق تميزت به الشريعة الإسلامية منذ ظهورها، ما لم تعرفه القوانين المقارنة إلا في العقود الأخيرة ، وإن كانت المادة: 37 أرادت أن تضيف تنظيماً للأموال التي يكتسبها الزوجان خلال الحياة الزوجية بقولها: " غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في

(1) بلعاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص:164.

عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق ، حول الأموال المشتركة بينهما ، التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية و تحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منها".

- السكن المستقل: درء للمشاكل التي ستحدث مستقبلا، لها الامتناع عن أن تسكن مع أقاربه، وقد أقره الفقه الشرعي وعمل به القضاء واعتادت المحكمة العليا الحكم على هذا النحو.

ثانيا: الواجبات وأهمها:

- الطاعة بالمعروف: يجب على الزوجة أن تطيع زوجها في غير ما نهى الله عنه<sup>(1)</sup>، لأنه لا طاعة لمخلوق فيما حرم الخالق، وتحفظه في نفسها وماله حال حضرته وغيبته، وهذا حفاظا على الروابط الزوجية ومصصلحة الأسرة التي يجب أن تؤول الرئاسة فيها لأحدهما، وهو شرعا الزوج للأدلة الواردة لاحقا.

- إتباع الزوج في حله وترحاله: خاصة إذا كان هذا السفر من أجل العلم أو العمل أو الوظيفة.

- إرضاع الأولاد: لقوله تعالى: " والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف"<sup>(2)</sup> ولكن يمكن للأُم ألا ترضع إذا كانت من طبقة لا يرضعون أبناءهم، حسب ما جاء به المذهب المالكي، وفي هذه الحالة على الزوج أن يختار مرضعة له.

المطلب الثاني: حقوق الزوج وواجباته

أولا: الحقوق

1- حق القوامة:

- لغة: القيام على الشيء وحفظه ورعايته.

- اصطلاحا: قيام الرجال على النساء بالنفقة والعناية والتوجيه، كما يقوم الولاية على مصالح

الرعية لقوله تعالى: " الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم"<sup>(3)</sup> ، وقوله تعالى: " وللرجال عليهن درجة والله عزيز حكيم"<sup>(4)</sup> ،

لأنه لكي تستقر الأسرة لابد أن يقر لأحدهما بالإشراف وتحمل المسؤولية بعد وجوب النفقة والرعاية، وهذا لا يتعارض مع الاستشارة لهم قال تعالى: " وشاورهم في الأمر"<sup>(5)</sup>، وليس معنى هذا أن الرجل مفضل على المرأة.

(1) - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص: 199.

(2) - سورة البقرة، الآية: 231.

(3) - سورة النساء، الآية: 34.

(4) - سورة البقرة، الآية: 228.

(5) - سورة آل عمران، الآية: 159.

2- حق القرار في البيت<sup>(1)</sup> إن وظيفة المرأة الأساسية هي القيام على شؤون البيت وتربية الأبناء، لقوله تعالى: "وقرن في بيوتكن ولا تبرجن تبرج الجاهلية الأولى"<sup>(2)</sup>، وليس التبرج هو مغادرة بيت الزوجية والذهاب إلى حيث لا يريد الزوج، إلا إذا كان لتأدية عمل أو وظيفة لا تتنافى مع مقتضيات الزواج ولا طبيعة المرأة، وبعد إذن الزوج، على أن تعود للبيت مباشرة بعد تمام العمل.

3- حق التأديب: عرفا وقانونا هو إجراء لعلاج العصيان والتمرد والنشوز، وفي نفس الوقت هو عقاب لخطأ يرتكبه الإنسان من خطأ متعمد، فالزوجة التي خرجت عن طاعة زوجها يمكن له علاجها بالتدرج في الإجراءات والتدابير التالية:

- الوعظ: وهو الإرشاد إلى السلوك القويم بأسلوب لائق والتنبيه إلى الخطأ، وإلى آثاره الضارة بكيان الأسرة وتلاحمها وتربطها.

-الهجر في المضجع: وهو الوسيلة الثانية، ويتم لمدة مؤقتة لإرجاع الزوجة الناشز عن كبريائها<sup>(3)</sup>.  
- الضرب : يلجأ إليه الزوج كآخر حل على أن لا يطال الوجه ولا يسهل دما ولا يחדش لحمًا ولا يهشم عظامًا ولقد نصت عليه الشريعة الإسلامية، وبياب أولى لتنظيمه وليس لاستحداثه كما يحاول البعض الذهاب إليه ، وإذا تجاوز الحد فإنه يمكن للزوجة رفع دعوى جزائية ضد الزوج ، فضلا عن دعوى التطليق للضرر، قال تعالى : "واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا"<sup>(4)</sup> ، إذا لم تنفع هذه الأساليب يلجأ إلى الصلح، فيعين حكما من أهلها وحكما من أهله للإصلاح أو التفريق (الطلاق) ، وهو أبغض الحلال عند الله.  
ثانيا: الواجبات وأهمها:

1- النفقة: نصت عليها المواد من: 74 حتى 80 من قانون الأسرة الجزائري، سوف نتطرق لها بالتفصيل لاحقا.

2- العدل في حالة تعدد الزوجات: نصت على ذلك المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري،

### المطلب الثالث: في القانون المقارن

أولا: نصت المادة: 36 من قانون الأحوال الشخصية اللبناني على أنه: "لكل من الزوجين أن يتعاطى العمل والمهنة التي يشاء من دون حاجة إلى شرط موافقة الزوج الآخر، إلا إذا كان في معاطاة العمل

(1) - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص: 204.

(2) - سورة الأحزاب، الآية: 33.

(3) - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص: 206.

(4) - سورة النساء، الآية: 34.

أو المهنة ما يسيء إلى الزوج الآخر مادياً أو معنوياً إساءة بالغة أو يحول دون القيام بالواجبات الزوجية الأساسية".

ثانياً: نصت المادة: 2/37 من نفس القانون على أنه: "يُعتبر العمل المنزلي للزوجة، مورداً أساسياً للإنفاق المنزلي وتُحسب قيمته في التعويض في حالة الطلاق وتقدير الإرث وما سواها".

ثالثاً: نصت المادة: 72 من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أنه: "يهيئ الزوج المسكن المحتوي على اللوازم الشرعية حسب حاله وفي محل إقامته أو عمله وعلى الزوجة بعد قبض مهرها المعجل متابعة زوجها ومساكنته فيه وعليها الانتقال إلى أي جهة أرادها ولو خارج المملكة، بشرط أن يكون مأموناً عليها وألا يكون في وثيقة العقد شرط يقتضي خلاف ذلك، فإذا امتنعت عن الطاعة يسقط حقها في النفقة".

رابعاً: كما نصت المادة: 77 من نفس القانون على أنه: "على كل واحد من الزوجين أن يحسن معايشة الآخر، ومعاملته بالمعروف وإحسان كل منهما للآخر".

خامساً: نصت المادة: 53 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: "إذا قام أحد الزوجين بإخراج الآخر من بيت الزوجية دون مبرر تدخلت النيابة العامة من أجل إرجاع المطرود إلى بيت الزوجية حالاً مع اتخاذ الإجراءات الكفيلة بأمنه وحمايته"، ونصت المادة 4/54 من نفس المدونة: "للأطفال على أبويهم الحقوق التالية:

إرضاع الأم لأولادها عند الاستطاعة".

سادساً: نصت المادة: 84/أ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أنه: "على الزوج إسكان زوجته في مسكن أمثاله".

كما نصت المادة: 89 من نفس القانون: "لا يكون نشوزاً، خروج الزوجة لما هو مشروع، أو لعمل مباح ما لم يكن عملها منافياً لمصلحة الأسرة".

## المبحث الثاني:

### النسب

تناولت النسب المواد من: 40 إلى 45 من قانون الأسرة الجزائري، سيتم تحليل ذلك في المطالب الآتية:

#### المطلب الأول: مفهومه:

هو نسبة الولد لأبيه أو لأمه لقوله تعالى: " ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم"<sup>(1)</sup>، حتى لا تختلط الأنساب، ولأن الأسرة تقوم على وحدة الدم لقوله تعالى: "وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا"<sup>(2)</sup>، والنسب من أهم آثار الزواج ومن ثمرته تبنى عليه أحكام النفقة والرضاع والحضانة والميراث وإتباع الأب في الدين وموانع الزواج وحقوق وواجبات أبويه وابنيه، أما النسب غير الشرعي فلا يترتب عليه أي أثر شرعي أو قانوني.

#### المطلب الثاني: إثباته

وتتناوله في جزئيتين: وسائل إثبات النسب - شروط إثبات النسب.

**أولاً: وسائل إثبات النسب:** إثبات النسب للأُم سهل بسبب الحمل ووضع المرأة إلا أن إثبات النسب للأب ليس دوماً بالأمر البسيط، ولهذا حددت الشريعة الإسلامية وسائل لذلك، ذكرتها المادة 40 من ق أس بنصها: " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32، 33 و34 من هذا القانون، يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ".

- 1 - الزواج الصحيح: المكتمل الأركان والشروط وهو ما نصت عليه المادة 9 و9 مكرر.
- 2- نكاح الشبهة: مثل الزواج بإحدى المحرمات ما نصت عليه المادة: 34 من قانون الأسرة الجزائري وكذلك النكاح على الزواج أو تصور الزوج لزوجة ليست زوجته، أو الزواج بإمرأة مازالت في عصمة زوج آخر.
- 3- كل زواج تم فسخه بعد الدخول وفقاً للمواد 32، 33، 34 من نفس القانون مثل الزواج مع عدم الرضا.

(1) - سورة الأحزاب، الآية: 5.

(2) - سورة الفرقان. الآية: 54.

4 - الإقرار: عرفته المادة 341 من القانون المدني بأنه: اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه أثناء سير الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة، وهذه الوسيلة تفهم من المادة: 44 التي نصت على أن: " يثبت النسب بالإقرار بالبنة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل والعادة".

5 - البينة: تفهم من المادة: 336 من القانون المدني وهي كل دليل يؤكد وجود واقعة مادية وجودا ماديا بواسطة السمع أو البصر مما نص عليه قانون الإجراءات المدنية مثل شهادة الشهود.

6 - الطرق العلمية: مثل تحليل الجينات الوراثية أو فصائل الدم وهي لدى القضاء كالحبرة

ثانيا: شروط إثبات النسب: وهي تتحدد فيما نصت عليه المواد: 41 و42 من قانون الأسرة الجزائري.

1- أن يكون الزواج شرعيا: كما نصت عليه المادة: 40، إذ يفترض فيه حسن النية، أي عدم العلم بتحريم هذا الزواج.

2- إمكانية الاتصال أو التلاقي بين الزوجين لقوله صلى الله عليه وسلم: " الولد للفراش وللعاهر الحجر"<sup>(1)</sup>، وأن يتولد مثل هذا الولد من مثل هذا الوالد، أو أثبت بأنه غير عقيم أي لا يستطيع نفي الاتصال.

3- عدم نفي نسبة الولد بالطرق الشرعية وهي اللعان بأن يتهم الزوج زوجته بالخيانة الزوجية أثناء قيام الرابطة الزوجية مع عدم توفر أربعة شهود على ذلك<sup>(2)</sup>، فيتم اللعان بالطريقة الشرعية في المسجد العتيق خلال ثمانية أيام من العلم بالحمل ويثبت ذلك بحكم قضائي<sup>(3)</sup>، وحكمه التفريق الأبدي بين الزوجين المتلاعنين ومنع التوارث بينها وبين الإبن والزوج ولكنه يرث أمه ما نصت عليه المادة 138 من قانون الأسرة الجزائري، أما المادة 41 من القانون نفسه فقد نصت على أن: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"، كما أشارت المادة 138 من نفس القانون بقولها: " يمنع من الإرث اللعان والردة" أي عدم النسب والإرث.

(1) - حديث صحيح متفق عليه.

(2) - لقوله تعالى: " والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم فشهدوا أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين "، سورة النور، الآيات: من 6 إلى 9.

(3) - بلحاج العربي، أحكام الموارث في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص: 97.

4- أن تقع الولادة بين أدنى وأقصى مدة الحمل: أي ستة أشهر وعشر أشهر لقوله تعالى: "وحمله وفصاله ثلاثون شهرا"<sup>(1)</sup>، وقوله أيضا: "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة"<sup>(2)</sup>، وما نصت عليه المادة: 42 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر" والمادة: 43 بقولها: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة".

5- ألا يكون الولد متأتيا من زنى، في هاته الحالة لا يمكن نسبته لأبيه لاشرا ولا قانونا بل ينسب إلى أمه.

ملاحظة: القضاء عادة ما يتسامح في إثبات النسب ما أمكن وحتى مع الشك لأنه من حقوق الله ولأن فيه تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لأن إثبات النسب إحياء له وعدم إثباته كالقتل له.

### المطلب الثالث: في القانون المقارن

أولا: نصت المادة: 166 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أنه: "أقل مدة الحمل ستة أشهر قمرية، وأكثرها 365 يوما"، ونصت المادة 176/ف2 من نفس القانون على أنه: "يجوز للرجل أن ينفي عنه نسب الولد خلال سبعة أيام من وقت الولادة أو العلم بها، بشرط ألا يكون قد اعترف بالنسب صراحة أو ضمنا".

ثانيا: كما نصت المادة: 177 من نفس القانون أيضا على أنه: "يجب أن تتخذ إجراءات دعوى اللعان خلال خمسة عشر يوما من وقت الولادة أو العلم بها".

ثالثا: ونصت المادة 178 منه كذلك على أنه: "إذا جرى اللعان بين الرجل والمرأة، نفى القاضي نسب الولد عن الرجل ولا تجب نفقته عليه، ولا يرث أحدهما الآخر، وألحق الولد بأمه".

رابعا: ونصت المادة 168 منه كذلك: "لا يثبت النسب من الرجل إذا أثبت أنه غير مخصب، أو لا يمكن أن يأتي منه الولد لمانع خلقي أو مرضي، وللمحكمة عند النزاع في ذلك أن تستعين بأهل الخبرة من المسلمين".

خامسا: نصت المادة: 92 من قانون الأحوال الشخصية اللبناني: "للزوج أن ينفي الأبوة إذا حصلت ولادة الطفلة أو الطفل بعد انقضاء أكثر من 300 يوم على الانفصال الفعلي عن زوجته المقرر في دعاوى الطلاق أو الهجر".

(1) - سورة الاحقاف، الآية: 15.

(2) - سورة البقرة، الآية: 233.

### المبحث الثالث:

#### التبني

تناولته المادة: 46 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "يمنع التبني شرعا وقانونا"، ما سيتم تجليلته في المطالب التالية:

#### المطلب الأول: مفهومه:

##### أولا: تعريفه:

لغة: من البناء أي ضم بعض الشيء إلى بعض ومنه ضم الولد إلى الرجل.

اصطلاحا: عقد بين شخصين ينشئ علاقات صورية ومدنية محضة لأبوة وبنوة مفترضة.

ثانيا: حكمه شرعا: كان التبني معروفا في الحضارات القديمة لقوله تعالى: "و قال الذي اشتراه من مصر لامرأته أكرمي مثواه عسى أن ينفعنا أو نتخذه ولدا" (1) ، وفي الجاهلية وحتى الصدر الأول من الإسلام، إذ تبني النبي صلى الله عليه وسلم زيدا ابن حارثة وكان مملوكا له وأراد أبو زيد افتدائه فأثر وخير البقاء مع الرسول صلى الله عليه وسلم فأعتقه وتبناه أي جعله ابنا له ونادى به على رؤوس قريش بأنه ابنه يرثه ويورثه وزوجه من بنت عمته زينب بنت جحش ، وكان زيد يدعى زيد ابن محمد ، وفي السنة الخامسة من الهجرة أبطل الله التبني بقوله تعالى: "وما جعل ادعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل، أدعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم" (2) ، وقوله سبحانه وتعالى: " ما كان محمد أبا احد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين" (3) ، ولهذا قال صلى الله عليه وسلم: " من أدعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام" (4) ، وقال صلى الله عليه وسلم أيضا: " من أدعى إلى غير أبيه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ، لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا" (5).

من الآيات والأحاديث الواردة سالفًا يتضح أن التبني حرام في الإسلام وهذا حفاظا على

الأنساب والأعراض

(1) - سورة يوسف الآية: 20.

(2) - سورة الأحزاب، الآيتان: 4- 5.

(3) - السورة نفسها، الآية: 40.

(4) حديث متفق عليه.

(5) حديث صحيح متفق عليه.

**ثالثا:** حكمه قانونا: تنص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يمنع التبني شرعا وقانونا"، وهذا سواء تعلق بشخص معروف النسب أو مجهول النسب، وسواء تم إجراء التبني أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق أو بموجب حكم قضائي، بل ويتابع المرتكب له أو القائم له بناء على جريمة التزوير المنصوص عليها في قانون العقوبات.

### المطلب الثاني: في القانون المقارن

أغلبية القوانين العربية حرمت التبني باستثناء قانونين وهما:

**أولا:** القانون التونسي رقم: 27/58 الصادر بتاريخ 1958/03/04 الذي نص في المواد من 8 إلى 16 على جواز التبني بمقتضى حكم قضائي بناء على اتفاق مع الأبوين أو أحدهما إذا كان الطفل معلوم النسب أو مع الولي العمومي، مديري المستشفيات أو مديري الإصلاحات، إذا كان مجهول النسب، يكتسب المتبني لقب المتبني وكل الحقوق والواجبات المتبادلة بين الآباء والأبناء من نفقة وحضانة وميراث ومسؤولية مدنية على الإضرار بالغير، وهذا الاتجاه يكاد يتطابق مع القانون المدني الفرنسي خاصة المادة 170 منه وما بعدها.

**ثانيا:** القانون اللبناني للأحوال الشخصية المادة: 101/ف 1 منه، عرفت التبني بقولها: "التبني عقد قضائي ينشأ بين المتبني والمتبني، للحصول على الحقوق والواجبات العائدة للبنوة الناتجة من زواج في إطار عقد قانوني رسمي".

ونصت المادة 101/ف 5 على أنه: "يجب أن يزيد عمر المتبني عن عمر المتبني 18 سنة على الأقل".  
والمادة: 101/ف 8: "لا يصح تبني الوالدين أولادهما ثمرة علاقة من خارج إطار العقد القانوني الرسمي للزواج".

والمادة: 101/ف 9 على أنه: "يحمل المتبني اسم المتبني وشهرته".

- المادة 102 منه على أنه: "يتم عقد التبني بقرار تتخذه المحكمة المدنية المختصة".

## المبحث الرابع: الكفالة واللقيط

نصت عليها المواد من: 116 إلى 125 من قانون الأسرة الجزائري، وتم دراستها في المطالب  
الموالية:

### المطلب الأول: الكفالة

أولاً: عرفتها المادة: 116 من نفس القانون بقولها: "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية، قيام الأب بابنه وتم بعقد شرعي"، وتكون أمام المحكمة أو أمام الموثق وبرضا من له أبوان حسب ما نصت عليه المادة: 117.

والكفالة مقررة بالكتاب لقوله تعالى: " وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم" (1)، وبالسننة لقوله صلى الله عليه وسلم: " أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا وأشار بأصبعيه السبابة والوسطى" (2) هي عمل لوجه الله ومصلحة المجتمع يقوم به الشخص تجاه طفل مجهول أو معلوم الأبوين حسب ما نصت عليه المادة 119، فيقوم برعايته والإنفاق عليه وتربيته، ويكون مسلماً عاقلاً أهلاً لذلك وقادراً عليه، ما نصت عليه المادة 118.

ثانياً: نسب المكفول: يحتفظ المكفول بنسبه الأصلي إذا كان معلوم النسب وإذا كان مجهول النسب تطبق عليه أحكام المادة: 64 من قانون الحالة المدنية وما نصت عليه المادة: 120 من قانون الأسرة الجزائري.

ثالثاً: رعاية المكفول: يتولى الكافل كل الأمور المالية للمكفول من منح عائلية أو دراسية حسب ما نصت عليه المادة 121 من ق أس.

ويدير الكافل كل الأموال المتحصلة من إرث أو وصية أو هبة لصالح المكفول حسب ما نصت عليه المادة 122 من ق أس.

ويمكن للكافل أن يوصي للمكفول من ماله في حدود الثلث فإن زاد بطل إلا إذا أجازته الورثة حسب ما نصت عليه المادة 123 من ق أس.

وإذا رغب الأبوان أو المكفول في العودة إلى ذويه، يتم بناء على إذن من القاضي حسب ما نصت عليه المادة 124 من ق أس.

(1) سورة آل عمران، الآية: 44.

(2) أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، جزء 3، دار بن الجوزي، القاهرة، مصر، 2011، ص: 117.

رابعا: تغيير لقب المكفول: المرسوم التنفيذي رقم: 24/92 مؤرخ في 13/01/1992 المتمم للمرسوم 157/71 المؤرخ في 03/06/1971 المتعلق بتغيير اللقب والذي مكن الكافل من تغيير لقب المكفول والمجهول النسب وإعطائه لقبه عن طريق طلب إلى المحكمة التي تأمر بذلك ويسجل في الحالة المدنية هذا المرسوم الذي أتي مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية واتجاه القانون إلى التبني، وللخروج من هذا الإشكال اقترح البعض عبارة مولى.

### المطلب الثاني: اللقيط

أولا: تعريفه: وهو المولود حديث العهد بالولادة أو مجهول الأبوين، طرح خارجا خوفا من الفضيحة أو الفقر أو غيرها<sup>(1)</sup>.

ثانيا: وجوب التصريح به، نصت المادة 67 من قانون الحالة المدنية الجزائري على واجب كل من وجد مولودا حديث الولادة أن يصرح لضابط الحالة المدنية التابع لمكان وجوده، لأن القانون يعاقب على مخالفة ذلك.

ثالثا: الإقرار بنسبه: إذا اقر أحد بنسب هذا اللقيط وأثبت ذلك بدلائل شرعية، تم نسبه إليه، وهذا ما ذهب إليه فقهاء المالكية وتبناه المشرع الجزائري.

### المبحث الخامس:

#### النفقة

هي من أهم آثار الزواج وكذلك الطلاق تناولتها بالتنظيم المواد من: 74 إلى 80 من قانون الأسرة الجزائري، ستم دراستها في المطالب التالية:

#### المطلب الأول: أحكام النفقة

أولا: تعريفها

1- لغة: من أنفق المال أي أنفده وأفناه.

2- اصطلاحا: هو بذل المال على الأسرة أو الأقارب أو من تجب النفقة عليهم قانونا.

#### ثانيا: مشتملاتها

نصت المادة: 78 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " تشمل النفقة، الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"، أي على ضروريات الحياة التي لا تستقيم المعيشة العادية بدونها والتي تمكن من دفع الهلاك عن الشخص، وحسنا فعل المشرع الجزائري

(1) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص، ص: 202، 203.

بنصه على وجوب توفير المنفق للغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، حيث تكلم عن الضروريات وما يلزم للمعيشة حسب ما تعارف عليه الناس<sup>(1)</sup>.

### ثالثا: وجوبها

نصت المادة: 74 على ذلك بقولها: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه بينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون"، إذن تجب النفقة بتوافر الشرطين التاليين:

1- انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية.

2- اختلاء الزوج بالزوجة بالدخول الفعلي أو الخلوة الصحيحة أو إرخاء الستور مع غياب مسقطات النفقة.

كما يجب بناء عليها كامل الصداق، والعدة ولو اتفقا على عدم الاتصال أو الوطء. والنفقة مقررة للزوجة<sup>(2)</sup> مقابل الاحتباس أو المكوث في البيت حتى ولو كانت موسرة.

### رابعا: دعاوى قضائية بسبب النفقة

نصت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية: عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون".

كما نصت المادة: 57 مكرر من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن".

من هاتين المادتين نستنتج أنواع الدعاوى التي ترفع بسبب النفقة الزوجية.

1- دعوى النفقة: هي الدعوى التي ترفعها الزوجة على زوجها أمام القضاء للمطالبة بمبلغ مالي يمكنها من المعيشة.

2- دعوى التطليق: وترفعها الزوجة إذا امتنع واستمر الزوج في عدم الإنفاق على الرغم من صدور حكم من المحكمة بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج.

(1)- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 2005، ص: 169.

(2)- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص: 222 وما بعدها.

3- الدعوى الجزائية: نصت عليها المادة: 331/ ف1 من قانون العقوبات بقولها: " يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من خمسين ألف دج إلى ثلاثمائة ألف دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعوه وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم".

4- الدعوى الاستعجالية: نصت عليها المادة: 57 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، حيث يجوز للقاضي الفصل في مسائل النفقة بموجب أمر على عريضة فيما يتعلق بالتدابير المؤقتة.

خامسا: استحقاقها ومراجعتها

1- نصت على ذلك المادة 80 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى".

2- تقدير ومراجعة النفقة: نصت على ذلك المادة: 79 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

سادسا: أنواعها تتحدد في نوعين:

1- النفقة على الفروع: نصت عليها المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"، وكذلك إذا كان بطالا بشرط أنه بحث عن عمل ولم يجده.

ويمكن أن تنتقل نفقة الأولاد إلى الأم إذا كانت قادرة على ذلك في حالة عجز الأب حسب ما نصت عليه المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري.

2- النفقة على الأصول: نصت المادة 77 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: " تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث".

من هاتين المادتين نستنتج أن المالكية ضيقوا من هذا الحكم وجعلوا الأصول مقتصرة على الأب فقط واعتمدوا على ذلك في قوله تعالى: " وبالوالدين إحسانا "(1)، ولقوله صلى الله عليه وسلم: "أنت ومالك لأبيك"(2)، كما جعلوا الفروع تقتصر على الأبناء فقط لقوله تعالى: " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن "(3).

(1) - سورة الإسراء، الآية: 23.

(2) - رواه الإمام أحمد في مسنده وابن ماجه.

(3) - سورة البقرة، الآية: 233.

أما الشافعية فقد وسعوا في الحكم ونحو منحى المواد المذكورة سابقا.

#### المطلب الثاني: في القانون المقارن:

أولا: عرفت المادة: 72 من قانون الأحوال الشخصية اللبناني على أن: " النفقة هي ما ينفقه المرء على أصحاب الحق بها عليه وهي تشمل المسكن والطعام والملبس والعلاج والخدمة والتعليم والعناية الترفيية".

ثانيا: نصت المادة 76 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أن: " تقدر النفقة بحسب حال الزوج يسراً وعسراً، مهما كانت حال الزوجة، على ألا تقل عن الحد الأدنى لكفاية الزوجة ".  
ثالثا: كما نصت المادة 178 ف أمنه على أن: " تعتبر نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع عن الإيقاع مع وجوبه ديناً على الزوج لا يتوقف على القضاء أو التراضي، ولا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء". أي تبقى في ذمته حتى ولو توفي.

رابعا: ونصت المادة 82 منه كذلك على أن: " تقدم نفقة الزوجة في التنفيذ على مال الزوج، وإن لم يتسع لسواها"، حتى ولو لم يبق للدائنين شيء.

خامسا: نصت المادة 73 منه على أن: " كلا الزوجين ملزم بالنفقة بحسب موارده".

#### المبحث السادس:

#### التلقيح الاصطناعي

لأن ثمرة الزواج هي إنجاب الأبناء لهذا رخص القانون استنجاب الأطفال بالطرق الاصطناعية العلمية بشرط أن يكون من ماء الزوجين، ذلك ما سيتين في المطالب الآتية:

#### المطلب الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي

أولا: في اللغة: التلقيح مصدر لَقَحَ، تَلْقِيحٌ شَجَرَةٌ: لَقَحُهَا، تَلْقِيحُ الْعُقُولِ: تَطْعِيمُهَا بِالْأَفْكَارِ وَالْمَعَارِفِ. لَقَّحَ النَّخْلَةَ وَنَحَوَهَا: أَلْقَحَهَا، لَقَّحَهَا، أَدخَلَ فِيهَا طَلْعَ الذَّكَرِ لِنُثْمِرِ، فَزَرَّتْ وَزَارَةُ الصِّحَّةِ تَلْقِيحٌ كُلُّ الْأَطْفَالِ: وَضَعَ لِقَاحَ فِي الْجِسْمِ بِوَسِطَةِ إِبْرَةٍ لِإِكْسَابِهِ مَنَاعَةً، وَهُوَ عِبَارَةٌ عَن مَصْلٍ مُضَادٍّ لِلْأَمْرَاضِ، التَّلْقِيحُ صَّرُورِيٌّ لِكُلِّ طِفْلِ .

تلقيح اصطناعي: عملية طبية نقل السائل المنوي إلى البويضة لغرض التلقيح عن طريق الاتصال اللاجنسي حيث ينتقل السائل المنوي من الزوج إلى الرحم ويتم الإخصاب والحمل.

ثانيا: في الاصطلاح: هو كل طريقة أو صورة يتم بها التلقيح والإنجاب بغير الاتصال الجنسي الطبيعي أي بوسائل مخبرية أو طبية بين الرجل والمرأة.

## المطلب الثاني: شرعية التلقيح الاصطناعي

أولاً: أورد الإمام احمد والمقدسي والبزار وغيرهم عن انس بن مالك رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لو أن الماء الذي يكون منه الولد أهرقته على صخرة، لأخرج الله منها ولداً، وليخلقن الله تعالى نفساً هو خالقها." وقال أيضاً: " ما من نسمة كائنة إلى يوم القيامة إلا هي كائنة " (1) ثانياً: فيما يخص مسألة علاج المرأة على أساس أن العقم مرض والتلقيح الاصطناعي هو أحد علاجاته، وبالتالي فإن الأم في التلقيح الاصطناعي، في الحالات الجائزة شرعاً، هي التي ولدت استناداً إلى قوله تعالى: " إن أمهاتهم إلا اللاتي ولدنهم " (2)، وقوله تعالى أيضاً: " لا تضارّ والدة بولدها " (3) وكذلك قوله تعالى: " حملته أمه كرها ووضعته كرها " (4)، إضافة إلى قوله عز وجل: " والله أخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمون شيئاً " (5).

وبالتالي فإن الأم في التلقيح الاصطناعي - في الحالات الجائزة شرعاً هي التي ولدت استناداً إلى الآيات السابقة لأن الأم في الإسلام ثلاثة أنواع وهي: أمهات المؤمنين وهن زوجات الرسول صلى الله عليه وسلم، الأم الحقيقية وهي التي تحمل وتضع المولود، ونجد في الأخير الأم من الرضاع وهي التي تتولى إرضاع الطفل.

## المطلب الثالث: أساليب التلقيح الاصطناعي

اختلف الباحثون في أساليب التلقيح الصناعي الطيبية إلى طريقتين هما:  
الطريقة الأولى: جعلت كل تلقيح من غير جماع تلقيحاً صناعياً سواء أكان التقاء ماء الرجل وماء المرأة في داخل الرحم أو في خارجه، وعليه فعرفوا التلقيح الصناعي بأنه: " تكون النطفة الأمشاج نتيجة التقاء النطف الذكرية بالنطف الأنثوية عن غير طريق الجماع "، وعلى هذا فالتلقيح الصناعي يتم عبر نوعين :

الأول: التلقيح الصناعي الداخلي: وهو استدخال ماء الرجل إلى رحم المرأة ويكون تلقيح البويضة داخل رحم المرأة، وهو ما يعرف عند الفقهاء باستدخال المتي.

(1) - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار الكتاب العربي، بيروت، 2005، ص: 1094.

(2) - سورة المجادلة، الآية: 2.

(3) - سورة البقرة، الآية: 233.

(4) - سورة الاحقاف، الآية: 15.

(5) - سورة النحل، الآية: 78.

الثاني: التلقيح الصناعي الخارجي: وهو تلقيح بويضة المرأة بماء الرجل خارج الرحم في أوانٍ طبية مخبرية.

الطريقة الثانية: قصر أصحابها التلقيح الصناعي على النوع الأول عند أصحاب الطريقة الأولى وهو التلقيح الصناعي الداخلي: وهو استدخال ماء الرجل إلى رحم المرأة لغرض التلقيح داخل الرحم، فعرفوه بأنه: إدخال سائل الرجل المنوي إلى رحم زوجته بغير الاتصال الجنسي. أما التلقيح الصناعي الخارجي فيسميه أصحاب هذه الطريقة، طفل الأنايب، لأنه يتم عبر وسائل تقنية طبية اصطناعية.

#### المطلب الرابع: شروط التلقيح الاصطناعي

اتفق فقهاء الإسلام على أن للتلقيح الاصطناعي شروطا وقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة وهي:

أولاً: ألا يتم اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي إلا إذا دعت الحاجة إليه، لأن الضرورات تبيح المحظورات، أي يستحيل على المرأة أن تحمل من زوجها عن الطريق الطبيعي أي الاتصال الجنسي.

ثانياً: أن يكون الزواج شرعياً، أي تتوافر فيه أركان عقد الزواج الصحيح وشروط صحته، ووفق القانون خاصة ما نصت عليه المادتان: 09 و09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

ثالثاً: أن يتم التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما<sup>(1)</sup>، والا كان تدليسا أو تلاعبا بحياتهما رابعاً: أن يتم بمبي الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها، أي الأم الحقيقية وليست الأم البديلة أي الأجنبية.

خامساً: ألا يكون باستعمال الأم البديلة، ما نصت عليه المادة: 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري في الفقرة الأخيرة منها على أنه لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة أو الأم المؤجرة وهو منع صريح.

#### المطلب الخامس: آثار التلقيح الاصطناعي

من الآثار التي يترتبها اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي أن ينسب الجنين إلى أمه وأبيه بعد ولادته، وذلك في إطار العلاقة الزوجية الصحيحة نتيجة للمعاشرة الجنسية الطبيعية، لكن في التلقيح الاصطناعي يمكن للزوجة أن تأتي بولد بغير هذه المعاشرة مما يثير الكثير من المشاكل في تحديد نسب المولود إلى والديه، فإن المشرع الجزائري بموجب المادة 45 مكرر من قانون الأسرة أجاز التلقيح

(1) - غني عن التبيين انه يمكن الاحتفاظ بالحيوانات المنوية الذكرية والبويضات الأنثوية لمدة طويلة في ثلاجات طبية خاصة، مما أصبح يتكلم عن بنوك في هذا المجال.

الداخلي الذي يتم فيه إدخال مني الزوج إلى فرج أو رحم الزوجة وهو يأخذ حكم نسب المولود من الاتصال الجنسي الطبيعي أي ينسب لأبيه وأمه، وكذلك الأمر في حالة التلقيح الخارجي لما يتم بين بويضة الزوجة ومني زوجها ثم تزرع اللقيحة في رحمها. وبصفة عامة فإن المجمع الفقهي الإسلامي قرر أن نسب المولود يثبت من الزوجين مصدري البدرتين، ويتبع الميراث والحقوق الأخرى بثبوت النسب، ويجرم به ما يحرم من النسب.

### المحور الثاني:

### الطلاق وآثاره

تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة حسب ما نصت عليه المادة: 47 من قانون الأسرة الجزائري.

بالنسبة لوفاة أحد الزوجين: عندها ينحل عقد الزواج تلقائياً وبدون حاجة إلى حكم قضائي وتترتب عليه آثار كل عقد زواج صحيح من عدة لمدة أربعة أشهر وعشرة أيام لغير الحامل، والحامل عدتها حتى تضع حملها، ومؤجل الصداق والنسب والتوارث.

أما الطلاق وهو الصورة الغالبة في الواقع لإنهاء الزواج، وهو رفع عقد الزواج الصحيح ووقوع الفقرة بين الزوجين في الحال أو المآل سواء تم صراحة أو كتابة أو إشارة أو كناية، كما تترتب عليه عدة آثار، وذلك ما ستم دراسته في الفصلين التاليين:

#### الفصل الأول: الطلاق

#### الفصل الثاني: آثار انحلال عقد الزواج

## الفصل الأول:

### الطلاق

لقد أقرت الشريعة الإسلامية الطلاق ولكنها أبغضته لقوله عليه الصلاة والسلام: " أبغض الحلال إلى الله الطلاق"<sup>(1)</sup> وجعلت دونه حواجز كوعظ الزوج لزوجته والهجر في المضجع والضرب غير المبرح والصلح والتحكيم والعدة، وجعلت عقد الزواج عقدا مقدسا، لقوله عز وجل: " وأخذن منكم ميثاقا غليظا"<sup>(2)</sup>، وأباح الطلاق حفاظا على الزوجين عند تأزم واستحالة الحياة الزوجية، وأجمع الفقهاء على أن الطلاق بغير سبب حرام وإن كان واقعا، سيتضح ذلك في المباحث التالية:

### المبحث الأول:

#### النشوز

عادة ما يبدأ تأزم العلاقة بين الزوجين بنشوز أحدهما، فإذا تمكن الزوجان من تدارك الوضع عادت الحياة إلى طبيعتها ولا زاد الوضع تعقيدا، ذلك ما سيتم إظهاره في المطالب التالية:

#### المطلب الأول: تعريف النشوز:

أولا: لغة: نشز ارتفع وعلا، نشز المكان أو نشز العرق أي علا، والشئ الناشز الذي لا يكون في مستوى غيره.

بالنسبة للزوج والزوجة إذا استعصى وأساء العشرة وخرج عن الطاعة، ويقال هو ناشز وهي ناشز أو ناشرة، قال تعالى: " واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واحجروهن في المضاجع واضربوهن، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا"<sup>(3)</sup>.

ويقول تعالى أيضا: " وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يَصَالِحا بينهما صلحا والصلح خير"<sup>(4)</sup>.

ثانيا: اصطلاحا: هو امتناع الزوجة عن أداء حق زوجها وعدم طاعته، أو عصيانه فيما فرض الشرع عليها تجاهه وإساءة عشرتها له.

(1) - رواه أبو داود وابن ماجه وصححه الحاكم.

(2) - سورة النساء، الآية: 21.

(3) - نفس السورة، الآية: 34.

(4) - السورة نفسها، الآية: 128.

## المطلب الثاني: مظاهر النشوز

أولاً: مظاهر نشوز الزوجة:

1 - امتناع الزوجة عن المعاشرة الزوجية إلا إذا كان بسبب مرض أو عذر شرعي كالحيض والنفاس، يقول الرسول صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبو هريرة: " إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه فأبت أن تجيء لعنتها الملائكة حتى تصبح " (1)، وفي رواية أخرى: " ما من رجل يدعو امرأته إلى فراشه فتأبى عليه إلا كان الذي في السماء ساخطا عليها حتى يرضى عنها " (2) ولهذا يجب على الزوجة أن تستجيب لزوجها راضية محتسبة الأجر على الله.

2 - عدم طاعة الزوج في أوامره مثل الخروج بدون إذنه والسفر وزيارة من منع زيارته أو إدخالها لبيته من يكرهه وقد قال صلى الله عليه وسلم فيما رواه جابر بن عبد الله: " إن لكم عليهن ألا يوطئن فروشكم أحد تكرهونه، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضرباً غير مبرح " (3).

3- معصية الزوج في المعروف كالخدمة والقيام على مصالح البيت وتربية الأولاد والسفر معه إلى بلد آخر لمزاولة عمل أو وظيفة مشروعة، ما لم تكن قد اشترطت ذلك في عقد الزواج أو عقد آخر، أو من شأن ذلك السفر يلحق بها أذى كبير هنا لا يكلف الله نفساً إلا وسعها.

وقد قال صلى الله عليه وسلم فيما رواه عبد الرحمان بن عوف: " إذا صلت المرأة خمسها وصامت شهرها وحفظت فرجها وأطاعت زوجها قيل لها أدخل الجنة من أي الأبواب شئت " (4).

4- سوء العشرة في المعاملة كالتلفظ بالألفاظ البذيئة تجاهه أو اتجاه أقاربه أو الإغضاب لأشياء تافهة لسوء عشرة في المعاملة، ولقد مكن المشرع الزوج لمعالجة مظاهر نشوز زوجته من إجراءات كالوعظ والهجر والضرب غير المبرح ويمكن هجرها في الكلام والأكل، وهناك بعض الأفعال لا تعد نشوزاً:

- قدوم الزوج مع المحضر إلى بيت الزوجة لإرجاعها.
- امتناع الزوجة السكن مع أقارب الزوج.
- عدم الطاعة في معصية الله.
- أمرها بترك الحجاب أو شرب الخمر أو ارتكاب محرم.

(1) - رواه البخاري في صحيحه.

(2) - رواه مسلم في صحيحه.

(3) - رواه مسلم في صحيحه.

(4) - رواه أحمد والطبراني.

- السفر لأداء فريضة الحج.

ثانياً: مظاهر نشوز الزوج:

ما قيل بالنسبة للزوجة ينطبق على الزوج خاصة مسألة الفراش أو الأخلاق السيئة أو ضربها بدون مبرر أو إهانتها أو عدم توفير السكن أو النفقة.

ثالثاً: آثار النشوز

- 1- قانوناً: تنص المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر"، لكن بعد محاولة إجراء التحكيم والقيام بالصلح.
- 2- عملياً: تسقط عن الناشز النفقة والسكن والمبيت عندها والقسم لها أي في حالة التعدد.

المطلب الثالث: في القانون المقارن:

المادة: 75 من قانون الأسرة السوري نصت على أن المرأة الناشز هي التي تترك بيت الزوجية دون مسوغ شرعي، أو تمتع زوجها من الدخول إلى بيتها قبل طلبها إلى بيت آخر.

المبحث الثاني:

التحكيم

إذا ساءت الأحوال بين الزوجين لكن بقي فيه أمل لحل المشاكل القائمة بينهما، يستحسن لها شرعاً وقانوناً اللجوء إلى التحكيم، سيتضح ذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف التحكيم

أولاً: لغة: يدور المعنى حول المحاصمة والتفويض والإلتقان.

1- المحاصمة إلى الحاكم لقوله تعالى: " فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا

في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً" (1).

2- التفويض إذ جعل أمره إليه أو جعل الحكم إليه فيه لقوله تعالى: " وأفوض أمري إلى الله إن

الله بصير بالعباد" (2).

3- الإلتقان والإحكام لقوله تعالى: " الر كتاب أحكمت آياته ثم فصلت من لدن حكيم خبير" (3).

(1) - سورة النساء، الآية: 65.

(2) - سورة غافر، الآية: 44.

(3) - سورة هود، الآية: 1.

ثانيا: اصطلاحا: عرفه ابن فرحون من فقهاء المالكية أن الخصمين إذا حكم بينهما رجل وارتضياه بأن يحكم بينهما، لقوله تعالى: " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان علما خيرا"<sup>(1)</sup>، والتحكيم مشروع

ثالثا: قانونا: تنص المادة: 56 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكيم للتوفيق بينهما.

يعين القاضي الحكيم، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكيم أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين "

المطلب الثاني: شروط التحكيم:

من خلال نص المادة السابقة نستنتج شروط التحكيم وهي:

أولاً: تفاقم النزاع بين الزوجين.

ثانيا: عدم ثبوت ضرر لأي منهما.

ثالثا: تعيين القاضي لحكيم من أقارب الزوجين على أن يكونا رجلين عدلين يعرفان أسباب الشقاق ويبدلان قصارى جهدهما لإصلاح ذات البين.

رابعا: تقديم الحكيم لتقرير خلال شهرين من توليها التحكيم (هذا التقرير ليس ملزما للقاضي وإنما للاستئناس)

وهذا كله للحفاظ على سلامة الأسرة التي هي لبنة المجتمع الأساسية.

بعد إتمام إجراء التحكيم يستلم القاضي التقرير ويمكنه استدعاء المتنازعين لإجراء الصلح بينهما بناء على ما تضمنه التقرير فإذا فشل القاضي في إبرام الصلح يدعوها لجلسة لاحقة ليحكم في الموضوع بناء لما يقتضيه القانون.

(1) - سورة النساء، الآية: 35.

### المبحث الثالث:

#### الصلح

محاولة سابقة لحكم الطلاق، يقوم به القاضي سعياً لإقناع الطرفين بالمصالحة أو التسوية قدر المستطاع، وذلك ما سوف نتعرف عليه في المطالب الموالية:

#### المطلب الأول: تعريف الصلح

أولاً: لغة: إزالة الفساد، والدليل قوله تعالى: "إنما نحن مصلحون"<sup>(1)</sup>، إزالة الشقاق والعداوة ما بين المتخاصمين لقوله تعالى: "وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما"<sup>(2)</sup>، وقوله تعالى: "إلا أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير"<sup>(3)</sup>.

ثانياً: اصطلاحاً: هو تدبير يتم تحت رقابة القضاء وبسعي منه لرفع النزاع بالتراضي وينعقد بإيجاب وقبول من الزوجين.

ثالثاً: قضاء: هو عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن جزء من حقه وتشهد عليه المحكمة.

رابعاً: قانوناً: نصت المادة: 49 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين"، كما نصت المادة: 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية".

#### المطلب الثاني: شروط الصلح

من المادتين السالفتي الذكر نستنتج شروط الصلح وهي:

أولاً: وجود نزاع بين الزوجين أو تلفظ بالطلاق.

ثانياً: توافر الدعوى القضائية بشروطها.

ثالثاً: يتم تحت إشراف قاضي المحكمة.

رابعاً: يحرر في محضر نتائج الصلح يمضيه القاضي وكاتب الضبط والطرفان.

(1) - سورة البقرة، الآية: 11.

(2) - سورة الحجرات، الآية: 9.

(3) - سورة النساء، الآية: 128.

خامسا: لا تتجاوز مدة إجراء الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى، وهي مدة المراجعة<sup>(1)</sup>، التي نصت عليها المادة: 50 من قانون الأسرة الجزائري.

### المطلب الثالث: كيفية إجراء الصلح وحكمه

أولا: **كيفية** يتم استدعاء المتخاصمين من قبل القاضي دون المحامين، وتذكيرهم بضرورة التسامح والتفاهم والتوافق وتذكيرهم بمراعاة مصلحة الأبناء... الخ.

ثانيا: **حكمه قانونا** الوجوبي، حكم الطلاق بدون صلح يمكن أن يخضع أو يتم نقضه إذا تغيب أحد الأطراف عن حصة الصلح، يمكن للقاضي تأجيله إلى جلسة لاحقة أو جلسات أخرى على ألا تتجاوز مدة الثلاثة أشهر المنصوص عليها قانونا، وإلا اضطر القاضي إلى الفصل في الدعوى وفقا لما نصت عليه المادة: 49 من قانون الأسرة الجزائري، وإذا وفق في إبرام الصلح يجرر محضرا بذلك وفي الجلسة اللاحقة يصدر حكما بمقتضى الصلح وعودة الزوجين إلى الحياة الزوجية.

### المبحث الرابع:

#### أنواع الطلاق

ينقسم الطلاق إلى عدة أقسام حسب الشرع والقانون، يتضح ذلك في المطالب التالية:

#### المطلب الأول: تعريفه

أولا: لغة: الطلاق من طلق طلوفا تحرر من قيده، والمرأة من زوجها أي خرجت من عصمته.

ثانيا: اصطلاحا: رفع قيد الزواج في الحال، الطلاق البائن، أو في المال، الطلاق الرجعي، بلفظ مخصوص صريح أو كتابة<sup>(2)</sup>.

ثالثا: قانونا: يتم الطلاق بإرادة الزوج المنفردة حسب ما نصت عليه المادة: 48 من قانون الأسرة الجزائري، بخلاف التطليق والخلع، ولكن لا بد أن يثبت بحكم قضائي، ومن حق الزوج قانونا ألا يفصح للقاضي عن المبررات أو الأسباب التي دفعته للطلاق وذلك دفعا للحرج وتخطيا لقواعد الإثبات. ويختلف الطلاق عن انحلال الزواج بالوفاة فقط في العدة بثلاثة أشهر، أما الوفاة فبأربعة أشهر وعشر، والحامل حتى تضع حملها، والتوارث، أما بقية الآثار فنفسها.

(1) - مع مراعاة المدد الفعلية للطلق بالطلاق، لأنه قد يتأخر الزوجان في رفع دعوى الطلاق فيصبحان خارج المدة الشرعية.

(2) - رمضان علي السيد الشرنباصي، مرجع سابق، ص: 228.

## المطلب الثاني: شروط الزوج المطلق

أولاً: شروطه:

- 1- أن يكون بالغاً.
- 2- عاقلاً وقت توقيعه للطلاق.
- 3- أن يكون مختاراً غير مكره.
- 4- يمكنه أن يوقع الطلاق بنفسه أو بواسطة نائب عنه وفقاً للإبادة القانونية.

ثانياً: الأشخاص الذين لا يقع منهم الطلاق هم:

1- المجنون: لفقدانه الأهلية وليس له قصد وكذلك الصبي والمعتوه والمغمى عليه والنائم والمختل عقلياً لكبر سنه.

2- الغضبان: إذا كان في حالة إطباق لقوله عليه الصلاة والسلام فيما روته عائشة: "لا طلاق في إغلاق"<sup>(1)</sup>، أي عدم الوعي والإدراك لشدة الانفعال والهيجان، أما إذا لم يبلغ تلك الدرجة وقع طلاقه.

3- المكره: قال بعدم وقوع طلاقه الأئمة مالك والشافعي وابن حنبل لقوله عليه الصلاة والسلام: "رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"<sup>(2)</sup> أما الحنفية فقد أقروا وقوعه.

4- السكران: والسكر هو الذي يجعل الإنسان لا يدري ما يقول ولا يتذكر ما قال بعد صحوه، وطلاق السكران غير نافذ، وهذا ما ذهب إليه المالكية والشافعية والحنابلة وواقع القضاء الجزائري والعربي، أما أبو حنيفة فقد أقر وقوعه عقاباً له وزجراً لغيره.

5- الهازل: يقع، والهازل هو العالم بما يقول غير مرید له، هذا ما قال به الإمام مالك والشافعي وأبو حنيفة لقوله عليه الصلاة والسلام فيما رواه أبو هريرة: "ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، النكاح والطلاق والرجعة"<sup>(3)</sup>.

6- المريض مرض الموت: يقع طلاقه كما يقع من الشخص السليم ما دام المرض لم يؤثر على عقله.

ثالثاً: كيفية إيقاع الطلاق

يقع بالكلام مثل قولهم طلقتك أو بالكتابة أو بالإشارة من الأخرس والمعبرة عن الطلاق.

(1) - أخرجه بن ماجه وأحمد في مسنده.

(2) - رواه بن ماجه والبيهقي وغيرهما.

(3) - رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه والحاكم وصححه.

### المطلب الثالث: إجراءات دعوى الطلاق:

ترفع دعوى الطلاق من أحد الزوجين وفق عريضة مطابقة للأشكال المقررة لرفع الدعوى أمام قسم شؤون الأسرة حسب نص المادة: 436 ق م ا .

**أولاً:** يبلغ المدعي رسمياً المدعى عليه والنيابة العامة عن طريق المحضر القضائي بنسخة من العريضة ويجوز له أيضاً تبليغ النيابة العامة عن طريق أمانة الضبط حسب نص المادة: 438 ق م ا .

**ثانياً:** في حالة كون الزوج ناقص الأهلية يقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة طبقاً لما نصت عليه المادة: 436 ق م ا .

**ثالثاً:** عند رفع دعوة الطلاق يتأكد القاضي جيداً من إرادة الزوج في طلب الطلاق ويأمر باتخاذ كل التدابير التي يراها ضرورية لذلك حسب نص المادة: 450 ق م ا ثم يحكم بالطلاق حسب نص المادة: 49 من قانون الأسرة.

### المطلب الرابع: أقسام الطلاق

ينقسم الطلاق إلى عدة أقسام هي:

**أولاً:** الطلاق البدعي: وهو الطلاق المخالف للشريعة الإسلامية وينقسم إلى قسمين:

1- بدعي وقتي: كأن يطلقها في حيض أو نفاس أو في طهر مسها فيه لم يتبين حملها وهو واقع ولكنه حرام ويؤثم فاعله، ويجب عليه مراجعتها إن لم يكن الطلاق ثلاثاً فعن ابن عمر رضي الله عنهما لما طلق زوجته وهي حائض قال الرسول صلى الله عليه وسلم لعمر: " مره فليراجعها ثم لمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء" (1).

2 - بدعي العدد: كأن يطلق ثلاثاً بكلمة واحدة، بلغه عليه الصلاة والسلام أن رجلاً طلق زوجته ثلاثاً جمعاً فغضب وقال: " أتلعبون بكتاب الله عز وجل وأنا بين أظهركم" (2) ويلزمه الطلاق في المشهور من المذهب، وقيل طلقة واحدة (3).

**ثانياً:** الطلاق السنوي: هو أن يطلق الزوج زوجته المدخول بها طلقة واحدة عن طهر لم يمسه فيها أو يطلقها بعد ما تبين حملها.

(1) - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، المصدر السابق، ص: 1102.

(2) - رواه النسائي في سننه.

(3) - أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، الثمر الداني في تقريب المعاني، شرح رسالة أبي زيد القيرواني تحقيق د يحيى مراد، دار البصائر، الجزائر، ص: 383.

**ثالثا:** الطلاق الرجعي: وهو الذي يطلق زوجته الطلاق الذي تحل به زوجته في وقت لاحق والذي تظل فيه بحكم الزوجة ويستطيع الزوج مراجعة زوجته في عدتها ثلاثة قروء أو ثلاثة أشهر بدون مهر ولا عقد جديد، ولكن بالنية مع القول كراجعتك أو أمسكتك أو بالعمل كالوطء أو مقدماته<sup>(1)</sup>. ويعتبر الطلاق الرجعي طلقة واحدة وتظل العصمة قائمة ويمكن مراجعة المطلقة بدون عقد ولا مهر جديدين وتبقى الحقوق قائمة كالتوارث والنفقة والسكن.

**رابعا:** الطلاق البائن: وهو الطلاق الذي يرفع النكاح حالا بمجرد انتهاء العدة ولا تحل له من جديد إلا بشروط وينقسم بدوره إلى قسمين:

1- الطلاق البائن بينونة صغرى: وهو الطلاق دون ثلاث والذي يمكن للمطلق فيه استرجاع زوجته لكن بدون مهر، كما يكون في حالة الطلاق قبل الدخول لأنها لا عدة عليها ولها نصف المهر.

وأحكام الطلاق البائن بينونة صغرى

- يقطع الحقوق الزوجية ما عدى المكوث في البيت والنفقة في العدة.

- زوال العصمة مباشرة.

- التوارث ما دامت في العدة.

2 - الطلاق البائن بينونة كبرى: وهو المكمل لثلاثة طلاقات لا يمكن للمطلق مراجعة مطلقة إلا بعد أن تنكح زوجا غيره ويدخل بها ويطلقها وبعد أن تنقضي عدتها ويمكن له حينئذ مراجعتها بزواج جديد وأحكام الطلاق البائن بينونة كبرى:

- ليس لها حق السكن بل تعتد في بيت أهلها.

- تصبح محرمة عليه مؤقتا.

- لها الحق في النفقة والميراث في طلاق الفرار.

**ملاحظة:**

- الحكمة من تعدد الطلقات هي كثيرا ما يندم الزوج على إيقاع الطلاق ولهذا قرر الشارع والقانون ثلاث مرات حتى يتدارك المطلق ما وقع فيه من سوء الطلاق.

- المذاهب الأربعة اعتبرت الطلاق بالثلاث واقعا أي ثلاث مرات هناك رأي مخالف أنه إذا تم في مجلس واحد يعتبر طلقة واحدة لقوله تعالى: " الطلاق مرتان "<sup>(1)</sup>.

(1) - أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، المرجع السابق، ص: 384.

## المطلب الخامس: التمييز بين الطلاق وما يشابهه:

### أولاً: الطلاق والفسخ:

- 1- الطلاق يقع على عقد صحيح أما الفسخ فيقع على عقد فاسد.
- 2- في الطلاق قد تعود الزوجة إلى عصمة الزوج إن لم يكن الطلاق بائناً بينونة كبرى أما في الفسخ لا تعود الزوجة لعصمة الزوج إذا كانت من إحدى المحرمات.

### ثانياً: الطلاق والبطان:

البطان لا يترتب عليه أي أثر، ماعدا الاستبراء والنسب المادة: 33 من قانون الأسرة.

### ثالثاً: الطلاق واللعان:

اللعان فرقة نهائية وفورية وأبدية.

### رابعاً: في القانون المقارن:

أغلبية القوانين المقارنة اعتبرت الطلاق بالثلاث طلقة واحدة، مثلاً المادة: 92 من المدونة المغربية والمادة: 92 من القانون السوري وكذلك المادة: 100 من القانون المصري.

## المبحث الخامس:

### الخلع

نوع آخر من أنواع الفراق بين الزوجين، يسمى الخلع سيتجلى بحثه في المطالب التالية:

### المطلب الأول: تعريف الخلع وحكمه

#### أولاً: تعريفه

- 1- الخلع لغة: يقال خُلع الملك نزع من مكانه، خلع السيد من الطاعة، وهو تطليق الزوجة مقابل مبلغ من المال تدفعه إلى زوجها.
- 2- فقهاً: وهو عقد اتفاق بموجبه تدفع الزوجة مبلغاً من المال إلى الزوج مقابل فك الرابطة الزوجية.
- 3- قضاءً: وهو رخصة خولتها الشريعة للزوجة تستعملها لتخلع نفسها عن الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه بموافقتة أو بدونها.

(1) - سورة البقرة، الآية: 229.

ثانيا: حكمه

1- في الشريعة الإسلامية: القاعدة أنه لا يحق له أخذ شيء من مهر زوجته إلا في حالة إرادتها فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع.

2- في القانون: نصت المادة: 54 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

هذه المادة تكشف لنا ما يلي:

- أن الخلع تطلبه عادة الزوجة ضد الزوج التي لم تعد ترغب في العيش معه.

- يتم الخلع ولو بدون موافقة الزوج وهذا بمقابل نقدي.

- إن لم يتفق الزوجان على المبلغ المالي يتدخل القاضي ويحدد هذا المبلغ على ألا يتجاوز مهر المثل.

- كل ما يصلح أن يكون صداقا شرعا يصلح أن يكون مقابلا للخلع.

**المطلب الثاني: آثار الخلع:**

**أولا:** يكون الخلع بطلقة بائنة.

**ثانيا:** يسقط الخلع حقوق الزوجية كمؤجل الصداق والنفقة.

**ثالثا:** لا يكون الخلع مقابل سقوط حق الحضانة على أحد الزوجين.

**المطلب الثالث: في القانون المقارن:**

**أولا:** المادة: 120 من المدونة المغربية اتجهت إلى أن الخلع يتم باتفاق الطرفين، وكذلك المشرع السوري الذي نظم الخلع في عشر مواد.

**ثانيا:** القانون الجزائري على العكس ذهب إلى إمكانية إيقاعه بإرادة الزوجة دون مراعاة رغبة الزوج<sup>(1)</sup>.

**المبحث السادس:**

**الطلاق بالتراضي**

قد يتفق الزوجان على الطلاق بدون اللجوء إلى النزاع، عندها يلجآن إلى القضاء لفك الرابطة

الزوجين بالطريق الرسمي حفاظا على الحقوق، يتبين ذلك فيما يلي من المطالب:

(1) - الواقع المعيش في الجزائر أن الزوجات أصبحت تلتجئ إلى طلب الخلع لافتكها من الزوج الذي لم تعد ترغب في مواصلة الزواج معه، حتى في حالة عدم استجابة المحكمة لطلب التلطيق الذي ترفعه إليها.

## المطلب الأول: تعريف الطلاق بالتراضي:

المادة 427 من ق ا م ا عرفته بقولها: " الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة

الزوجية بإرادة الزوجين

المشتركة " أي يتم ذلك برضاءهما دون خصام<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني: إجراءات رفع دعوى الطلاق بالتراضي:

أولاً: يقدم طلب مشترك في شكل عريضة واحدة موقعة من الزوجين تودع لدى كتابة الضبط في المحكمة المختصة الواقعة بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما.

ثانياً: تتضمن هذه العريضة على بيان الجهة القضائية المختصة، اسم ولقب الزوجين وموطن وتاريخ ومكان ميلادهما، وتاريخ ومكان زواجهما، وعدد الأولاد القصر، وعرض موجز يتضمن شروط الاتفاق محل توقيع الطلاق، كما يرفق مع العريضة شهادة عائلية ومستخرج من عقد زواجهما.

ثالثاً: يستدعى الطرفان إلى المحكمة ويسمع إليهما من قبل القاضي ويجاوب إبرام الصلح بينهما، وينظر في الاتفاق وله أن يلغي أو يعدل في شروطه إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت النظام العام. رابعاً: يثبت القاضي إرادة الزوجين بإصدار حكم قضائي يتضمن المصادقة على الاتفاق النهائي ويصرح بالطلاق بالتراضي حسب نص المادة 431 من ق ا م ا.

خامساً: حكم الطلاق بالتراضي هو مجرد إسهاد من المحكمة على رغبة الطرفين في فك الرابطة الزوجية برضاءهما وأحكام الطلاق قابلة للطعن بالنقض فقط، الذي يسري أجله من تاريخ النطق بالحكم.

## المبحث السابع:

### التطليق

صيغة أخرى لفك الرابطة الزوجية تكون من طلب الزوجة، ستجتلى في المطالب الموالية:

## المطلب الأول: حالات التطليق

لم يقتصر الشرع ولا القانون حق فك الرابطة الزوجية على الرجل، بل أباح للزوجة كذلك مصداقاً لقوله تعالى: " ولا تمسكوهن ضراراً لعتدوا "<sup>(2)</sup>، وقوله عليه الصلاة والسلام فيما رواه أبو

(1) - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص: 247.

(2) - سورة البقرة، الآية: 231.

سعيد الخديري: " لا ضرر ولا ضرار"<sup>(1)</sup>، وقد نصت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري على حالات التطليق وهي:

**أولاً:** عدم الإنفاق، أي نفقة المثل لمدة تزيد عن شهرين، وهذا ما قال به الفقيه عاصم وما نصت عليه كذلك المادة: 331 من قانون العقوبات، وهذا بعد صدور حكم بوجوبه ولم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78,79, 80 من قانون الأسرة والمتعلقة بمشتملات وتقدير واستحقاق النفقة، نصت عليه المادة 1/53 من قانون الأسرة، إذا تحققت هذه الشروط على القاضي إزالة هذا الضرر على الزوجة والحكم بالتطليق.

**ثانياً:** العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، نصت عليه المادة 2/53 العبارة وان كانت فضفاضة وغامضة، إذا يمكن حصر أهمها وهي العيوب الجنسية، والتي لا يمكن معها إنجاب الأولاد كالعقم، إضافة إلى عيوب أخرى كالجذام والجنون والصرع المتكرر والسيدا، يتأكد القاضي من ذلك ويأمر بالتدابير اللازمة ويمكن إهمال الزوج مدة زمنية لمعالجة نفسه، سنة كاملة وتكون الزوجة خلال تلك المدة بجانبه، فإذا لم تتم المعالجة يحكم بالتطليق، ومدة السنة تبدأ تسري من تاريخ الحكم بها.

**ثالثاً:** الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، نصت عليه المادة 3/53 وذلك للإضرار بالزوجة وللتشفي فيها وليس لمبرر شرعي أو قانوني أو للعمل أو السفر للدراسة أو للاستشفاء، يمكن حصر شروط الهجر في شرطين هما:

1- الهجر لمدة تزيد عن أربعة أشهر.

2- أن يكون للإضرار بالزوجة.

وهذا الهجر يشبه الإيلاء الذي جاء في قوله تعالى: " للذين يولون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم، وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم"<sup>(2)</sup>. والطلاق هنا يكون رجعياً.

**رابعاً:** الحكم على الزوج بسبب جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية نصت عليه المادة: 53/ف4 ولتوافر ذلك يشترط ما يلي:

**خامساً:** الحكم عليه بسبب جريمة بحكم حاصل على قوة الشيء المقضي فيه كأن تكون الجريمة مشينة كالاعتصاب أو الاحتيال أو الزنا ويستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية.

(1) - رواه ابن ماجه والدارقطني، ومالك في الموطأ وغيرهم.

(2) - سورة البقرة، الآيتان: 225 و226.

سادسا: الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة نصت عليه المادة: 53/ف5 من هذه الفقرة نستنتج الشروط التالية:

- 1- الغيبة لمدة سنة وبالتالي لا ترفع الزوجة الدعوى إلا بعد مرور سنة من غيبته.
  - 2- أن تكون الغيبة بدون عذر شرعي أو قانوني.
  - 3- ألا يكون قد ترك مالا تنفق الزوجة منه.
- ولقد أحالت المادة: 112 من قانون الأسرة الجزائري والمتعلقة بالمفقود والغائب إمكانية التطبيق بناء على هذه الفقرة من المادة 53 من نفس القانون.
- 1- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري والمتعلقة بتعدد الزوجات خاصة عدم إخطار الزوجتين، وعدم العدل أو عدم وجود مبرر شرعي للتعدد أصلا، عندها يمكن للزوجة طلب التطبيق طبقا لنص المادتين 8 و8 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.
  - 2- ارتكاب فاحشة مبينة نصت عليها المادة 53/ف7، والمقصود به حالة الزنا، والبعض أضاف أفعالا أخرى لتعاطي شرب الخمر والإساءة للزوجة وأولادها وإن كان يمكن ضم هذا البند إلى ما تضمنته الفقرة 4 من المادة 53 إلا أنه هناك بعد الحكم المحكمة.
  - 3- الشقاق المستمر بين الزوجين، أي الخصام المتواصل نتيجة نشوز الزوج أو كلاهما والذي يجعل من الحياة الزوجية صراعا وشجارا دائما وتعدي على حدود الله، وربما أدى إلى أمراض مزمنة كالسكري أو الضغط أو الأعصاب بدل الاستقرار والسكينة والاطمئنان، كما يمكن للزوجة طلب التطبيق إذا أكدت أن الزوج هو المتسبب في ذلك.
  - 4- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، نصت عليها المادة: 19 من قانون الأسرة الجزائري، والتي لا تتنافى مع مقتضيات الزواج كعدم التعدد للزوجات أو عمل الزوجة، أما الشروط التي تتنافى مع مقتضيات الزواج فتبطل ويثبت العقد.
  - 5- كل ضرر معتبر شرعا، هذه الفقرة كذلك أتت مرنة وبالتالي أوكلت للقاضي سلطة تقديرية وفيها يخرج من الحالات التسعة السابقة كالضرب المبرح والإهانة والسب والشتم والتخلي عن الواجبات وكل تعد للزوج على الزوجة.

### المطلب الثاني: أحكام خاصة بالتطليق

أولاً: بالنسبة لإثبات هذه الوقائع فإنه يتم بجميع وسائل الإثبات التي نص عليها القانون.

ثانياً: بالنسبة للتعويض يمكن للقاضي الحكم للزوجة بالتعويض إضافة إلى التطليق إذا أثبتت الزوجة ضررها المادي والمعنوي حسب ما نصت عليه المادة: 53 مكرر..

ثالثاً: عدم قابلية الحكم بالطلاق والتطليق والخلع للاستئناف ما عدى في جوانبه المادية المادة: 57 من قانون الأسرة الجزائري وإمكانية الطعن فيه بالنقض.

### المطلب الثالث: في القانون المقارن:

أولاً: بعض القوانين اعتبرت التطليق خاصة لعدم النفقة طلاقاً رجعياً كلقانون الإماراتي المادة: 127، والمدونة المغربية في المادة: 122، والقانون الموريتاني المادة: 110 منه.

ثانياً: بقية أوجه التطليق فإن معظم التشريعات المقارنة تعتبرها مثل المشرع الجزائري، طلاقاً بائناً.

### الفصل الثاني:

#### آثار انحلال عقد الزواج

تترتب على إجراء فك الرابطة الزوجية عدة آثار منها العدة والحضانة والسكن للحاضنة ومخضونيتها والزياره للمخضون والتعويض عن الطلاق التعسفي، ستم دراستها في المباحث الآتية:

#### المبحث الأول:

##### العدة

مظهر من مظاهر الوفاء لعشرة الزوجية أقره كل من الشرع والقانون وهو العدة يتضح مدلوله وأحكامه في المطالب التالية:

#### المطلب الأول: تعريف العدة

أولاً: لغة: مأخوذة من العد والإحصاء لقوله تعالى: " لقد أحصاهم وعدهم عدا، وكلهم آتية يوم القيامة فرداً " (1) وقوله عز وجل: " يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة واتقوا الله " (2)، وجمعها عدد بكسر العين.

ثانياً: اصطلاحاً: هي المدة الزمنية التي أوجب الشارع والقانون على الزوجة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها أو المفسوخ عقدها بسبب فساد العقد زواج الشبهة، التريص فيها وعدم الزواج. أو هي الأجل المطلوب لإنقاض ما بقي من آثار عقد الزواج.

(1) - سورة مريم، الآيتان: 94 و95.

(2) - سورة الطلاق، الآية: 1.

## المطلب الثاني: أنواع العدة

أولاً: عدة المطلقة المدخول بها وغير الحامل مدتها ثلاثة قروء وهي الطهر، لقوله تعالى: "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء"<sup>(1)</sup>، والقراء هو الطهر من الحيض وهو ما أقرته المادة: 58 من قانون الأسرة الجزائري بنصها: "تعدت المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاث قروء، واليائس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق" أما المطلقة غير المدخول بها فلا عدة لها.

ثانياً: عدة المتوفى عنها زوجها، أربعة أشهر وعشر، لقوله تعالى: "والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً"<sup>(2)</sup>، نفس العدة تعتدها زوجة المفقود وهو ما أقرته المادة: 109 من قانون الأسرة بعد صدور الحكم بالوفاة الذي يكون بطلب من الورثة أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة حسب المادة: 114 من نفس القانون.

ثالثاً: عدة اليائسة والمريضة والصغيرة، هي ثلاثة أشهر لقوله تعالى: "واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن"<sup>(3)</sup> وهو ما نصت عليه المادة: 58/2 من قانون الأسرة الجزائري.

رابعاً: عدة الحامل مدة وضع حملها لقوله تعالى: "وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن"<sup>(4)</sup>، وهو ما أقرته المادة: 60 من قانون الأسرة بنصها: "عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

## المطلب الثالث: آثار العدة

أولاً: لا يجوز للمعتدة أن تخطب وبالأحرى أن تتزوج.

ثانياً: استبراء الرحم للتأكد من شغور الرحم للحيلولة دون اختلاط الأنساب بين الزوج الأول والزوج الثاني.

ثالثاً: الاحتباس والمكوث في بيت الزوجية لقوله تعالى: "واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة"<sup>(5)</sup>، أي لا تخرج إلا لحاجة ضرورية أو وقعت في فعل فاحشة أو وقعت الفاحشة عليها حسب ما نصت عليه المادة: 61 من قانون الأسرة بنصها: "لا تخرج الزوجة

(1) - سورة البقرة، الآية: 228.

(2) - السورة نفسها، الآية: 234.

(3) - سورة الطلاق، الآية: 4.

(4) - سورة الطلاق، الآية: 4.

(5) - سورة الطلاق، الآية: 1.

المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

رابعا: الإحداد في عدة الوفاة، ألا تتزين ولا تتبرج، بل تظهر الحداد وفاء للزوج وحفظا لشرف وكرامة الأصل.

خامسا: النسب، إذا ولد للزوجة في العدة ولد ينسب لأبيه، إذا كان بين أقل وأقصى مدة الحمل وهي ما بين ستة أشهر وعشرة أشهر حسب المادة: 60 من قانون الأسرة.

سادسا: النفقة واجبة على الزوج للمطلقة سواء كانت ظالمة أو مظلومة، يحكم فيها القاضي طبقا لنص المادة: 61 من قانون الأسرة، أما بالنسبة للعدة من وفاة لا نفقة لها لأنها تترث.

سابعا: الإرث، يتوارثان في الطلاق الرجعي، أما البائن فلا إلا إذا كان في طلاق الفرار، المقصود به الطلاق الذي أراد به المطلق حرمان المطلقة من الميراث، وحكمه معاملته بعكس إرادته أي توريث هذه المطلقة.

الحكمة من العدة هي:

- 1- براءة رحم المرأة
- 2- إظهار الحزن والتفجع عن الزوج.
- 4- ضرب مدة لعل الزوج يرجع خاصة في حالة الطلاق.<sup>(1)</sup>

## المبحث الثاني:

### الحضانة

الحضانة وهي أثر من أهم آثار انحلال الزواج، ستم دراسته في المطالب الموالية:

#### المطلب الأول: تعريف الحضانة وحكمها

أولا: تعريفها:

1- الحضانة لغة من حضن حضنا وحضانا وجعله في حضنه، حضن الطائر البيض، وحضنت المرأة الولد أي رعته وربته ومنه جاءت مدرسة الحضانة.

2- اصطلاحا: عرفتها المادة: 62 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً".

(1) - رمضان علي السيد الشرنباصي، مرجع سابق، ص: 289.

**ثانياً: حكم الحضانة:** هي حق مقرر للولد على الحاضن على حد السواء إضافة لكونه واجبا على هذا الأخير ولهذا منح الفقهاء مختلف المجامع الفقهية على اختيار الأم ما لم يوجد حاضن آخر يضمن له الرعاية الكافية.

المادة: 64 من قانون الأسرة نصت على أن الأم أولى بحضانة ولدها لو كانت كفئة إلا إذا خفنا على دين المحضون ثم الأب في حالة إذا تزوجت الأم بغير قريب محرم أو إذا تنازلت عن ذلك المادة: 66 من قانون الأسرة، ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العممة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون.

من خلال نص المادة المذكورة تتبين لنا مسألتان هما:

1- الفقه الإسلامي غلب جانب النساء في الحضانة على جانب الرجال لأن الطفل في الأشهر الأولى يكون في حاجة لرعاية النساء لأنهن أكثر حنانا وعاطفة وقدرة على التحمل والصبر، روى عبد الله بن عمرو أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت له: "يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله: "أنت أحق به ما لم تنكحي"<sup>(1)</sup>.

2- نفس المادة رتبت من لهم حق الحضانة أولاً بأول ولا يمكنه تعديده إلى الذي يليه بلا مبرر شرعي ونصت بذلك أنه الأجدر بالقيام بدور الحضانة ولأن هذا الترتيب ليس من النظام العام ويمكن الاستعانة بالخبرة أو المرشدة الاجتماعية للوصول إلى ذلك، تحقيقاً لمصلحة المحضون.

**ثالثاً:** - شروط الحاضن: لا بد من توافر شروط في الحاضن ليكون أهلاً لأن الحضانة حق واجب حسب نص المادة: 2/62 من قانون الأسرة.

1- أي يكون عاقلاً ليس مجنوناً ولا سفياً ولا معتوهاً وأن يكون راشداً ليس من الممكن أن يكون صغيراً أو هو نفسه يحتاج إلى الحضانة.

2- أن يكون قادراً مادياً وجسدياً ليس عاجزاً في حاجة إلى من يقوم بشؤونه.

3- أن يكون أميناً على تربية ورعاية الطفل خلقياً ولا يكون الأب سكيراً أو الأم مومساً (داعرة).

**رابعاً:** - تحديد مدة الحضانة: المادة: 1/65 من قانون الأسرة نصت على انقضاء مدة الحضانة بقولها:

تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه عشر سنوات والأنتى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية".

(1) - رواه أحمد في المسند وأبو داود في السنن والحاكم في المستدرک وصححه وغيرهم.

إذن يمكن للحاضنة إذا كانت أما أن يتم تمديد الحضانة إلى ستة عشر سنة بشرط ألا تكون قد أعادت الزواج بأجنبي عن المحضون هذا بالنسبة للذكر أما البنت فلا يجوز للحاضنة طلب الحضانة بعد بلوغها السن القانونية للزواج، ويبقى للمحضون بعد بلوغه السن القانونية ستة عشر للذكر وتسعة عشر سنة للأنتى، حق أن يكون عنده الوالد الذي يعتقد أنه أصلح له ذلك لمصلحة المحضون وقد أكدها المشرع في العديد من مواد قانون الأسرة، على أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون واستماع القاضي له والاستعانة والقيام بتحقيق.

### المطلب الثاني: مقومات مصلحة المحضون:

تستنتج من أحكام الشريعة الإسلامية ومن نص المادة: 62 من قانون الأسرة الجزائري، وتتجلى

في الآتي:

**أولاً: تربية الولد على دين أبيه:** إذا كان الأب مسلماً يجب أن يربّي الولد على مبادئ وقيم الدين الإسلامي، ولما كان زواج المسلم بغير المسلمة جائزاً، فإن القاضي يمنح الحق في الحضانة للأم غير المسلمة، إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك، فهي كالمسلمة<sup>(1)</sup> على أن تراعي أحكام الشرع والقانون في تربية الطفل.

ما جسده قضاء المحكمة العليا في إحدى قراراتها: "من المقرر شرعاً وقانوناً أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنتى حتى سن الزواج، ومن ثمة فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً للأحكام الشرعية والقانونية. ولما كان قضاء الاستئناف في قضية الحال قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة ومن جديد إسنادها إلى الأب، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين، باعتبار أنها أصحبا يافعين، إلا أنهم أخطئوا بخصوص البنت، خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة: 64 من قانون الأسرة.

ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئياً فيما يخص حضانة البنت دون إحالة"<sup>(2)</sup>.

**ثانياً: تعليم الولد:** ويقصد به التعليم الأساسي أو التمدرس، وما دام التعليم إجبارياً ومجانياً فكل طفل له الحق وعلى وليه وحاضنه واجب تمكينه من أن ينال نصيبه من التعليم حسب استطاعته وإمكانياته

(1) - فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص: 371.

(2) - قرار المحكمة العليا، الغرفة الشخصية، بتاريخ: 13\03\1989، الملف رقم: 52221، انظر: يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص:

الذهنية وقدراته العقلية واستعداده الجسمي والنفسي، ليكون مستقبلا عنصرا نافعا لنفسه وأسرته ومجتمعه.

**ثالثا: رعاية الطفل خلقيا:** بتنشئته على مكارم الأخلاق وإعداده ليكون فردا صالحا سويا، لأن الحماية الخلقية لها ارتباط وثيق بمدى تهذيبه وحسن تأديبه ليكون مفيدا، وألا يترك عرضة لتأثير الشارع وقرناء السوء.

وتدعيا لحقوق المحضون وصونا لها من أي تهديد، أولى القضاء الجزائري تطبيقا للقواعد الشرعية والقانونية أهمية بالغة لكفاءة الحاضن، أثنى كانت أو ذكرا، ومدى تحمله للمسؤولية والشروط التي ينبغي أن تتوفر فيه، خاصة الاستقامة الخلقية ضمانا لتربية الطفل تربية سوية.

وقد أكدت المحكمة العليا في أحد قراراتها ذلك والذي جاء فيه: " من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضنة مع مراعاة مصلحة المحضون.

ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضنة الأبناء الثلاثة للأُم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا قد خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة: 62 من قانون الأسرة.

ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص الأولاد الثلاثة" (1).

**رابعا: العناية بالمحضون صحيا:** تعتبر العناية بصحة الطفل حقا لا يستهان به خاصة في السنوات الأولى من حياته، ويعتبر هذا الحق لصيقا بشخصه وكيانه المادي والمعنوي مما يوجب حفظ صحته الجسدية والنفسية معا، ويجب أن يلقي الطفل العناية الصحية الكاملة، ذلك أن عافية البدن هي الضامن الأساسي للسلامة العقلية ولتنشئة الطفل النشأة السوية خلقيا وصحيا، وكل ذلك يقع على عاتق الحاضن وولييه وهو واجب عليهما، وكذلك تلقي كل التلقيحات اللازمة والدورية، وأن يُعرض على الطبيب كلما استدعت الضرورة الصحية ذلك،

مع مراعاة الجانب النفسي للطفل والحرص على نموه في بيئة نفسية سليمة، وتتجلى مظاهر هذه الحماية من خلال مبدأ السكن اللائق الآمن والصحي والنظافة الجسمية التي يتحقق من خلالها حماية الطفل من الأمراض تبعا لقاعدة الوقاية خير من العلاج، حتى يشب معافى، قويا سليم البنية والعقل.

(1) - قرار المحكمة العليا، الغرفة الشخصية، بتاريخ: 1997\09\30، الملف رقم: 171684، أنظر: يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص: 107 و 108.

**خامسا: السهر على حماية المحضون:** إذا كانت الحضانة رعاية وحماية، فلا بد أن تتخذ هذه الحماية كل أشكالها، سواء كانت مادية أو معنوية، فيجب ألا يكون الطفل عرضة لأي اعتداء مادي كالضرب أو معنوي كالإرهاب والتخويف والشتم، مما يؤدي إلى زعزعة انضباط الطفل نفسيا وعاطفيا أو عقليا، وليس معنى ذلك أن يترك للطفل الحبل على الغارب وألا يُؤدّب كلما استدعت الحاجة، ثم إنّ الحماية لا تكون من الغير فقط، بل لا بد من حماية الطفل حتى من نفسه.

#### المطلب الثالث: إسقاط حق الحضانة وإعادتها:

**أولا:** تسقط الحضانة لعدة أسباب، هذه الأسباب جاءت متفرقة في قانون الأسرة، لذا يمكن إجمالها فيما يلي:

1- إذا اختلفت الشروط المنصوص بها في المادة: 62 من قانون الأسرة أي إهمال الحاضن بواجبات الحضانة المنصوص عليها شرعا المادة: 67/1 من قانون الأسرة.

2- إذا تزوجت الأم الحاضن بزواج غريب عن المحضون غير محضن له، بمفهوم مخالفة المادتين: 65 و66/1 من قانون الأسرة.

3- إذا استوطن الشخص الموكل بالحضانة في بلد أجنبي مع الرجوع للقاضي لإثبات ذلك قد يضر بمصلحة المحضون، ولا يمكن للأب زيارته أو الإشراف عليه ولا مراقبته.

4- الجدة أو الخالة الحاضنتان والساكنتان مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم.

5- إذا تنازل من له حق الحضانة فيها بغير مبرر قانونا على أن تحكم به المحكمة إذا لم يكن فيه ضرر للمحضون فإن المحكمة تجبره على ذلك إذا حكمت به المحكمة.

6- إذا لم يطلب من له الحق بالحضانة حقه بالقيام بها لمدة سنة، فإن حقه فيها يمكنه أن يتقدم نهائيا، ولا يمكنه إرجاع هذا المحضون هذا ما نصت عليه المادة: 68 من قانون الأسرة.

**ثانيا: عودة الحق في الحضانة:** إذا زال سبب سقوط حق الحضانة يعود حق الحضانة لصاحبه هذا ما قضت به المادة: 71 من قانون الأسرة.

**ثالثا: نفقة الحضانة:** مقررة على أبيه لأن واجب الحضانة على الأم ومع الأم واجب الحضانة وواجب النفقة والسكن على الأب ما نصت عليه المواد: 72/1 و75 و77 من قانون الأسرة، ويمكن الرجوع إلى محاضرات السداسي الأول فيما يخص النفقة والنسب.

**رابعا: معاقبة من لم يسلم المحضون:** نصت على ذلك المادة: 328 من قانون العقوبات بمعاقبة الأب أو الأم أو غيرهما ممن لا يقومون بتسليم المحضون الذي قضى في شأن حضانته بحكم مشمول بالتنفيذ المعجل

أو بحكم نهائي إلى من له الحق بحضانته، حيث يتبين لنا أن الغاية من الحكم بالحضانة هو ضرورة توفير أمن المحضون وسلامته ومعاقبة من يخالف هذا الحكم.

### المبحث الثالث:

#### السكن

من التعديل الوارد على قانون الأسرة وإضافة إلى ما استقر العمل به قضائياً من خلال اجتهادات المحكمة العليا، تتضح نية المشرع في الاتجاه إلى أن مسكن الحضانة هو حق مقرر صراحة لمصلحة المحضون بالدرجة الأولى، ومن جهة أخرى يصبح الأب مطالباً بتوفير المسكن الملائم لممارسة حق الحضانة للمحضون أو الالتزام بدفع بدل الإيجار إذا تعذر عليه ذلك، ومنه سنتطرق إلى مفهوم سكن الحضانة ومواصفاته وشروطه أو أجرته ومتى يسقط هذا الحق بالنسبة إلى الحاضنة في المطالب الآتية:

#### المطلب الأول: تعريف السكن

**أولاً:** لغة السكن وهو من السكون ضد الحركة، وسكن الشيء يسكن سكونا إذا ذهبته حركته، سكن الرجل أي سكت، والمسكون والمسكن هو المنزل أو البيت، والسكن هو كل ما سكنت إليه واطمأنت به من أهل وغيره، والسكن أيضاً سكن الرجل في الدار<sup>(1)</sup>، والمسكن هو البيت والجمع مساكن، وهو مصدر سكنت إلى الشيء من باب الطلب<sup>(2)</sup>، والسكن، المرأة لأنها يسكن إليها، إلا أن هناك من يرى بأن المفهوم اللغوي للمسكن يقصد به المكان المشغول فعلاً بالسكن.

**ثانياً: اصطلاحاً:** إن السكن في الاصطلاح العام يعطي معنيين مختلفين أحدهما مجرد وهو ربط الشخص قانوناً بمكان معين فيصبح ذلك المسكن هو المركز القانوني الذي تجتمع فيه مصالحه، والآخر ملموس أو مادي ويقصد به مكان السكن الحقيقي للشخص، أي الموضع أو المكان الذي يستقر ويقوم فيه<sup>(3)</sup>.

وفي تعريف للسكن: "هو المأوى الذي يقيم فيه الإنسان، والمكان الذي يعده لسكنائه حتى ولو لم يكن يقيم فيه، وهو مستودع أسراره ومكان راحته"، واختلف جمهور الفقهاء في تعريف مسكن الحضانة، كما اختلف فقهاء المالكية أيضاً في إيجاد تعريف لسكن الحضانة فيما بينهم، فمنهم من قال بأن سكن المحضون والحاضنة على الأب بغض النظر عن امتلاك الحاضنة لسكن أم لا، ومنهم من قال إذا

(1) ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ص 311.

(2) - الفيومي، المصباح المنير، ج 1، مكتبة لبنان، لبنان، 2001، ص 303.

(3) - أم الخير بوقره، مسكن الزوجية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص 2.

كانت الحاضنة موسرة فلا يكون على الأب توفير سكن والعكس إذا كان الأب موسرا دون الحاضنة فلا يكون على الحاضنة شيء.

**ثالثا: قانونا** لم يعط المشرع الجزائري تعريفا دقيقا لسكن الحضنة، وإنما أشار إليه في المادة: 72 من قانون الأسرة بقولها: " في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضنة سكنا ملائما للحضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار"، فقد ألزم المشرع الأب بتخصيص مسكن لممارسة الحضنة، بشرط أن يكون ملائما لممارستها، كما جاء في قرار المحكمة العليا: "أنه لا يعنى الوالد من توفير السكن، أو دفع بدل الإيجار، باعتبارها من مشمولات النفقة، حتى وإن كان للحاضنة سكن".<sup>(1)</sup>

### المطلب الثاني: وجوب السكن

السكن من آثار انحلال الزواج، والحق في السكن واجب شرعا وقانونا على المحضون له للمطلقة مع محضونها، وهذا ما نصت عليه المادة: 72 من قانون الأسرة بقولها: " في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضنة سكنا ملائما للحضنة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار. وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

إذن على الأب أن يوفر للأب مسكن الحضنة، واشترطها أن يكون في الحضرة حق<sup>(2)</sup> أو يدفع بدل الإيجار، وزيادة في تأكيد المشرع على هذا الحق مكن الحضنة من البقاء في سكن الزوجية حتى يوفر لها سكن أو بدل الإيجار.

وفقهاء الحنفية اختلفوا هم أيضا على قولين، فيرى الرأي الأول أنه إذا كان للحاضنة سكن فلا يجب على الأب أجره المسكن الذي يحضن فيه الصغير، أما إذا لم يكن لها سكن يفرض لها أجره السكن، والرأي الآخر تجب على الأب أجره المسكن سواء كان المحضون مقيما بملك الحاضنة الخاص بها أو بسكن مؤجر.

في حين فقهاء الشافعية والحنابلة اتفقوا على حق الصغير الفقير في أجره المسكن على أبيه إن كان موسرا، ولم يكن للأب مسكن مملوك لها تحتضن فيه الصغير.

وحرصا من المشرع على مصلحة المحضون من التشرّد، وعلى عدم وجود مأوى يؤدي إلى زعزعة استقراره، تبقى الحاضنة في مسكن الزوجية حتى ينفذ الأب الحكم القضائي المتعلق بسكن المحضون،<sup>(1)</sup> فالسكن يعتبر من الضرورات الأساسية للمعيشة، كما يعتبر من أهم عناصر النفقة لتحقيق مصلحة المحضون والمحافظة على حياته وترتيبه جسميا وعقليا وروحيا.

(1) - العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقاته عليه بقرارات المحكمة العليا، د م ج، الجزائر، 2012، ص 384.

(2) - أبو زكريا يحيى ابن موسى المغيلي المزوني، المرجع السابق، ص: 113.

### المطلب الثالث: مواصفات السكن وشروطه

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على مواصفات محددة أو معينة في المسكن الذي تمارس فيه الحضانة، ولكنه اكتفى بأن يكون سكنا ملائما، وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية واعتمادا على نص المادة (222) من قانون الأسرة، فإنه يشترط في المسكن مواصفات واضحة حددها فقهاء الشريعة الإسلامية وتمثل هذه الشروط في<sup>(2)</sup>:

**أولاً:** أن يكون المسكن يحتوي على باب له، وأن يكون محتويا على المرافق الضرورية حسب حال الزوج، ويتوفر على مطبخ ومرحاض وغيره.

**ثانياً:** أن يكون المسكن مستقلا خاليا من الغير إلا برضى الزوجة أو الحاضنة<sup>(3)</sup>.

**ثالثاً:** أن يحتوي المسكن على مستلزمات العيش الضرورية، من طعام وكسوة، وكذلك الأثاث المخصص للجلوس والنوم، وما تحتاجه الزوجة من أدوات الطبخ والأكل، وكل ما يعتبر ضروريا عرفا.

**رابعاً:** أن يكون موقع السكن بين جيران صالحين في مكان غير منقطع، وغير موحش أو مخيف تأمين فيه الحاضنة على نفسها وعلى محضونها، وأن يكون بعيدا عن اللصوص وأهل الفساد.

**المطلب الرابع: سكن ممارسة الحضانة:** إن مسألة مكان ممارسة الحضانة مهمة جدا لأنها مرتبطة بحق الزيارة بالنسبة لأحد الوالدين الذي لم يستفد من حق الحضانة، فكان حضانة المحضون إن كانت الزوجة معتدة هو مكان قضاء العدة ولا يجوز أن تخرج منه، كما نصت المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري على: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

والحاضنة لا يمكنها أن تنتقل إلى بلد لم يكن عقد زواجهما فيه، أو ليس بلدها ولو كان بلدها ولم يعقد عليها فيه، ولا إلى البلد الذي عقد عليها فيه ولم يكن أصلا بلدها، خاصة إذا كان هذا البلد بعيدا، فلا تنتقل بالمحضون إلا بإذن من الأب أو الولي.

فعند انقضاء عدة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها فيمكنها أن تنتقل بالمحضون إلى مكان آخر من نفس البلد الذي بدأت فيه الحضانة، والمشرع الجزائري لم ينص صراحة على المكان الذي يجب أن تمارس فيه الحضانة وبسكوته هذا ترك الأمر للقضاء ومنحه الحرية في اتخاذ ما يراه مناسبا ويكون فيه مصلحة المحضون، نصت المادة: 69 من قانون الأسرة: " إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن

(1) - نسرين شريفي وكال بوفوروة، قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار بلقيس، الجزائر، 2013، ص113.

(2) - عبد الفتاح تقيّة، قضايا شؤون الأسرة من منظور التشريع والقضاء، دار ثالة، الجزائر، 2011، ص132.

(3) رمضان علي السيد الشرباصي، مرجع سابق، ص: 209.

يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون".

أما تحديد درجة البعد فهي مسألة واقع متروكة للسلطة التقديرية للقاضي الموضوع،<sup>(1)</sup> وهو ما ذهب إليه الفقه المالكي.

### المطلب الخامس: سقوط حق السكن

تفقد الحاضنة السكن للأسباب التالية:

أولاً: زواج المطلقة الحاضنة بزواج آخر لأن هذا الأخير وفر سكناً لها.

ثانياً: إذا ثبت أن الحاضنة حولت مكان الحضانة إلى خلوة، على الأب أن يرفع دعوى يطلب فيها إسقاط حق السكن عن الحاضنة بل حتى الحضانة.

ثالثاً: عند انتهاء الحضانة وصدور حكم بسقوطها.

### المطلب السادس: في القانون المقارن

ونصت المادة 148/2 من ق 1 ش الإماراتي: " يجب على من يلزم بنفقة المحضون أجره مسكن حاضنة، إلا إذا كانت الحاضنة تملك مسكناً تقيم فيه أو مخصصاً لسكنائها، ولا تستحق الحاضنة أجره حضانة إذا كانت زوجة لأي المحضون أو معتدة تستحق في عدتها نفقة منه".

كما أن المشرع التونسي نص في الفصل 56 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه: " إذا لم يكن للحاضنة مسكن فعلى الأب إسكانها مع المحضون"، إذن فالأب ملزم بتوفير المسكن لأولاده، وهذا عندما لا يكون للمحضون مال ولا للحاضنة مسكن، جاء في قرار عن محكمة التعقيب في 1963/03/19 بقولها: "نفقة المحضون واجبة قانوناً على الأب سواء كان المحضون عند الحاضنة أو غيرها".

## المبحث الرابع:

### الزيارة

من الآثار المترتبة عن الطلاق والحضانة حق وواجب الزيارة، وهو ما سيتبين في المطالب

الآتية:

### المطلب الأول: حكم الزيارة

نصت عليه المادة: 64/2 من قانون الأسرة بقولها: "وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"، يفهم من هذه المادة أن حق الزيارة مقرر للطرف الذي لم يحكم له بالحضانة تلقائياً

(1) - تقدر مسافة البرد الواحد بجوالي 20 كيلومتر.

حتى ولو لم يطلبه، وعلى القاضي أن يحدد الزمان والمكان وكيفية ممارسة الزيارة، وتكون الزيارة في خلال العطل الوطنية والأسبوعية والذي يريد الزيارة عليه الانتقال إلى من أسندت له الحضنة لزيارة المحضون.

### المطلب الثاني: في القانون المقارن

نظم القانون المغربي حق الزيارة في المواد من: 180 إلى 186 وتناول من لهم حق الزيارة وكيفية ممارستها بالاتفاق بين الطرفين وإلا بحكم قضائي مع مراعاة مصلحة المحضون. عدم التمكين من ممارسة الزيارة يثبت بمحضر معاينة محرر من قبل المحضر أو بالبينة شهادة الشهود أو بالاعتراف.

### المبحث الخامس:

#### التعويض عن الطلاق التعسفي

التعويض هو تطيب نفس المطلقة، بتعويض مادي، مبلغ من المال، لأن التعويض عن الضرر وحتى المعنوي لا يكون إلا ماديا بسبب تعسف الزوج في استعمال الحق في الزواج ذلك ما سيوضح في المطلبين التاليين.

#### المطلب الأول: حكمه في الشريعة والقانون

نصت عليه المادة: 52 من قانون الأسرة الجزائري، وهو مقرر أيضا في أحكام الشريعة الإسلامية عموما حول مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق، والقاعدة الشرعية تقرر أن لا ضمان على من يستعمل حقه لكن بدون تعسف، فإذا كان فيه نشوز للزوج هو تعسف وإضرار للزوجة كأن يقتنع القاضي أن الزوج طلب الطلاق ليتزوج مرة أخرى أو قد كان اشترط على زوجته ترك عملها وبعده يقع الطلاق عليها، في مثل هذه الحالات للقاضي سلطة واسعة في تقرير ما إذا كان هناك ضرر ثم تعويض.

وإن كان الضرر المعنوي واقعا لا محال في كل أحوال الطلاق،<sup>(1)</sup> ويتم تقدير قيمة الضرر بالنسبة لحال الزوج والزوجة، وقد لا يحكم لها بالتعويض إذا ثبت لديه عدم تعسف الزوج في الطلاق ولا قصده للإضرار بالزوجة.

(1) - الضرر المعنوي أو الأدبي هو الذي يتمثل في الحسرة والألم الذي يلحق الزوجة من الفراق، أو هو الذي يصيب الشخص في شعوره أو كرامته أو شرفه أو احساسه، وهو غير الضرر المادي، أنظر: عصام أحمد البهجي، أحكام عبء الإثبات، في نطاق المسؤولية المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014، ص: 136.

### المطلب الثاني: علاقة التعويض بالمتعة:

علاقة التعويض بالمتعة المنصوص عليها في القرآن الكريم: "وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين"<sup>(1)</sup>، وضحا قرار محكمة استئناف الجزائر الصادر في 1924: "إن الطلاق لغير سبب مشروع يوجب على المطلق التعويض"، وأن الضرر الذي افترض جبره الفقهاء بالمتعة هو الضرر المعنوي المحض.

### المحور الثالث:

### الإثبات في الزواج والطلاق

نظرية الإثبات تصاغ في كل فرع من فروع القانون بما يتفق وظروف ذلك الفرع وطبيعة الدعوى القضائية التي ينظمها<sup>(2)</sup>، ففي المسائل المدنية نظمها القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية وفي القضايا التجارية القانون التجاري وفي الدعاوى الجنائية قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية، والإثبات في شؤون الأسرة عموما وفي مسائل الزواج والطلاق خصوصا نظمها قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، الذي له مميزاته ووسائله وتطبيقاته، سنتناول دراسة ذلك في الفصلين التاليين:

الفصل الأول: مفهوم الإثبات

الفصل الثاني: وسائل الإثبات

### الفصل الأول:

### مفهوم الإثبات

الإثبات هو وسيلة الوصول للحقيقة في الدعوى عن طريق تقديم طرفي الخصومة ما يثبت حقه في مواجهة بعضها البعض لإقرار الحكم العادل وإرساء الحقوق للأطراف، يتم توضيح ذلك في المباحث الآتية:

(1) - سورة البقرة، الآية: 241.

(2) - محمد علي محمد عطا الله، الإثبات بالقرائن في القانون الإداري والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه في القانون العام، منشورة، جامعة أسيوط، كلية الحقوق، مصر، 2001، ص: 18.

## المبحث الأول:

### تعريف الإثبات

الإثبات تأكيد الحق المتنازع عليه بالدليل والحجة بقصد عزوه لأحد أطراف الخصومة عن طريق القضاء بعد اتباع إجراءات حددها القانون للوصول إلى الحقيقة، وهو ما ستم دراسته في المطلبين التاليين:

### المطلب الأول: في اللغة

الإثبات من فعل ثبت ثبوتاً، وثباتاً بمعنى دام واستقر، ثبت زيد على موقفه واستقر الحق لصاحبه بعد ما كان متأرجحاً بين المدعين وبمعنى الحجة المسكنة للقلب، لقوله تعالى: " **وَكَلَّا نَقْصُ عَلَيْكَ مِنْ أَنْبَاءِ الرُّسُلِ مَا نَثَبْتَ بِهِ فَؤَادَكَ** " (1)، وتثبيت الفؤاد تسكين القلب، ولفظة ثبت بسكون الباء تطلق على كل من كان حجة وثقة في روايته، فهو إذن الاستقرار، السكينة، الحجة، الدليل، البينة (2).

### المطلب الثاني: في الاصطلاح

إقامة الدليل بالطرق القانونية أمام القضاء بوجود واقعة قانونية محل نزاع (3)، أو هو الوسائل التي يتدرج بها أطراف الرابطة الإجرائية للوصول إلى الدليل بالمعاينة أو الخبرة أو الكتابة أو الشهادة أو القرائن أو غيرها من وسائل الإثبات، والراجح أن الإثبات يعني النتيجة التي تحققت باستعمال هذه الوسائل أي إنتاج الدليل (4).

## المبحث الثاني:

### عناصر الإثبات وأهميته

### المطلب الأول: عناصره

من التعريف السابق نستنتج عناصر الإثبات التي هي:  
**أولاً:** يتم بالطرق القانونية، والإجراءات المحددة مسبقاً.

(1) - سورة هود، الآية: 120.

(2) - نبيل صقر ومكاوي نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، دار الهدى، الجزائر، 2009 ص: 7.

(3) - أسامة أحمد شوقي، شرح القواعد الإجرائية في الإثبات، دار الفكر، مصر، 1997، ص: 2.

(4) - الطراوشة حسن عوض سالم، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2005، ص: 10.

**ثانيا:** ينصب على واقعة قانونية مثل الزواج إذا ثبتت دلت على وجود الحق كالنقطة ولمن ترجع أي الزوجة والأولاد وهي محل الإثبات.

**ثالثا:** يكون أمام القضاء المختص بالنظر في الدعوى، هنا هو قسم شؤون الأسرة بالمحكمة ذات الاختصاص ثم أمام الغرفة المختصة بالمجلس وأخيرا الغرفة المختصة بالمحكمة العليا.

**رابعا:** هذا الإثبات هو ترجيحي وليس يقيني فهو يعكس حقيقة قضائية وليس حقيقة واقعية<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني: أهميته

للإثبات أهمية بالغة أمام القضاء بصفة عامة، وقاضي الأحوال الشخصية خصوصا لأنه الكاشف للحق والواقف لاستمرار الدعوى الكيدية، وكما قيل: "لا دعوى بدون دليل" والإثبات هو الوسيلة الأساسية لإحقاق الحقوق والزام الغير بالواجبات، وصاحب الحق إذا لم يتمكن من إثباته أمام القضاء بالطرق القانونية هو والعدم سواء<sup>(2)</sup>، حتى لو كان موجودا في الواقع المعيش.<sup>(3)</sup>

### المبحث الثالث:

#### محل الإثبات (الواقعة القانونية)

إن الموضوع الذي يجب إقامة الدليل والحجة على وجوده هي الواقعة القانونية التي تدل على وجود الحق، والتي يجب أن تكون متنازعا عليها حتى يتسنى إثباتها، وعلى الأطراف التقيد في إثباتها بالوسائل التي حددها القانون ليعتمدها القضاء، ذلك ما سيتضح في المطالب التالية:

#### المطلب الأول: تعريفها

وهي كل سبب منشئ للحق المدعي بوجوده أو وصفه أو عدمه، وهي إما واقعة مادية أو تصرف قانوني، أو هي مصدر الحق وعلامة دليل وجوده وإثباته يثبت وجود الحق<sup>(4)</sup>.  
أولا: الواقعة المادية كالقوة القاهرة، الموت أو الحادث أو الزلزال أو الحريق أو الفيضان، وهي عادة لا دخل للإنسان في وقوعها.

(1) - نبيل صقر ومكاوي نزهة، المرجع السابق، ص: 20.

(2) - إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 1993، ص: 334.

(3) - محمد حسين منصور، قانون الإثبات، مبادئ الإثبات وطرقه، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص: 7.

(4) - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص: 335.

ثانيا: التصرف القانوني سواء كان عقدا تبادليا أو تصرفا انفراديا فمناطه الإرادة الإنسانية التي تتوجه إلى إحداث أثر قانوني معين كالزواج والطلاق أو الرجعة وكالوصية أو الهبة.

### المطلب الثاني: شروطها

**أولاً:** أن تكون متعلقة بالحق المطالب به ووثيقة الصلة<sup>(1)</sup>، مثلا إذا تمسكت الزوجة بعقد الزواج في النفقة، فيكون هذا العقد نفسه هو مصدر التزام الزوج بالنفقة.

**ثانيا:** أن تكون منتجة في الإثبات وبالتالي مؤدية إلى قيام الأثر القانوني الذي يوصل إلى اقتناع القاضي، مثلا إذا رفعت مطلقة دعوى السكن ولإثبات ذلك تتقدم بواقعة الطلاق وحضانتها للأبناء فهي واقعة منتجة في الإثبات<sup>(2)</sup>.

**ثالثاً:** أن تكون جائزة الإثبات بمعنى أن القانون لا يعترض ولا يمنع من إقامة الدليل على وجود الواقعة<sup>(3)</sup>، مثلا أن تكون العلاقة الأصلية علاقة زنا وتريد الزوجة منها إثبات النسب أو النفقة، فهذا غير ممكن.

### المطلب الثالث: عبء الإثبات

القاعدة أن يقع عبء الإثبات على المدعي لكن مع سير الدعوى القضائية يصبح متنقلا بين المدعي والمدعى عليه.

**أولاً:** يقع عبء الإثبات على المدعي، وفقا للقاعدة المشهورة المستمدة من قوله تعالى: " قل هاتوا برهانكم إن كنتم صادقين"<sup>(4)</sup> وقوله عليه الصلاة والسلام: " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر"<sup>(5)</sup>، والبينة هي كل ما يبين الحق ويظهره من شهادة أو يمين أو أمانة أو غيرها،<sup>(6)</sup> خاصة في دعاوى المدنية بصفة عامة بما فيها دعاوى الأحوال الشخصية، لأن موقف القاضي على العموم الحياد فيها، ولا يجوز له أن يقضي بعلمه الشخصي في القضية المعروضة عليه، وإن كان القانون قد مكنه من بعض الإيجابية في الدعوى كاستدعاء الشهود

(1)- الغوثي بن ملحمة، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، ط 1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص: 16.

(2) - نبيل صقر ومكلاوي نزهة، المرجع السابق، ص: 52.

(3) - محمود الكيلاني، قواعد الإثبات وأحكام التنفيذ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص: 26.

(4) - سورة البقرة، الآية: 111.

(5) - أخرجه البيهقي في السنن الصغرى وفي الكبرى والدارقطني في السنن، وأخرج البخاري الشطر الثاني من الحديث.

(6) - عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، 2014، ص: 88.

لسماعهم أو إلزام شخص بتقديم وثيقة لديه أو توجيه اليمين الحاسمة من تلقاء نفسه لأحد الخصمين أو الانتقال للمعاينة أو انتداب خبير<sup>(1)</sup>.

والمدعي إذا لم يستطع إثبات دعواه يحكم عليه القاضي برفض الدعوى لعدم التأسيس<sup>(2)</sup> قانونا ، المادة: 323 من القانون المدني تنص على ما يلي: " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه" ، وهذا إيجابا كإثبات الزواج أو الطلاق وسلبا كإثبات عدم النسب لعدم إمكانية المعاينة الزوجية.

ثانيا: تنقل عبء الإثبات بين المدعي والمدعى عليه، الحقيقة أن عبء الإثبات أثناء سير الدعوى يصبح متنقلا بين

المدعي والمدعى عليه<sup>(3)</sup>، وهذا لتحقيق العدالة، كما أنه لا يعد مساسا بقواعد النظام العام،<sup>(4)</sup> مثلا إذا ادعت الزوجة المطلقة بعدم دفع الزوج للنفقة المحكوم بها عليه، على الزوج المطلق أن يثبت عكس ذلك بتقديم وصلات الدفع، فإذا ردت الزوجة بأدلة تدحض ادعاءات الزوج، على هذا الأخير أن يقدم ما يدحض أدلة مطلقته حتى يعجز أحد المتخاصمين عن الإثبات فيخسر الدعوى ويحكم القاضي للطرف الآخر.<sup>(5)</sup>

## الفصل الثاني:

### وسائل الإثبات

يتم الإثبات أمام قضاء الأحوال الشخصية بسائر الوسائل المنصوص عليها شرعا وقانونا<sup>(6)</sup>، كالكتابة وشهادة الشهود أو البينة والقرائن والأحكام الحاصلة على حجية الأمر المقضي فيه والإقرار أو الاعتراف واليمين والمعاينة وتقرير الخبراء، سيتبين ذلك في المباحث التالية:

(1) - عبد الحكم فوده، الأحكام العامة في الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشريعة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 2006، ص: 9 وما بعدها.

(2) - الغوثي بن ملحمة، المرجع السابق، ص: 25.

(3) - إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص: 339.

(4) - عصام أحمد الديهي، المرجع السابق، ص: 105.

(5) - عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص: 90.

(6) - رمضان علي السيد الشرنباصي، مرجع سابق، ص: 113.

## المبحث الأول:

### الكتابة

منذ القديم كانت الكتابة أهم وسيلة لإثبات الوقائع بما فيه القانونية سواء أكانت على الأحجار أو الألواح أو الورق والآن أصبحت إلكترونية، وهي توفر من الضمانات الإثباتية ما لا يوفره غيرها من الإثباتات، سيوضح ذلك في المطالب التالية:

#### المطلب الأول: مفهومها

أولاً: لغة: كتب، فرض، كتب الله الشيء فرضه وأوجهه وقضاه يقول عز وجل: "كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون" (1)، كما تعني خطأً، كتب الكتاب أي عقد القران وهي من أهم طرق الإثبات في عهدنا الحاضر.

ثانياً: اصطلاحاً: الكتابة هي الورقة المكتوبة التي حررها المتعاقدان على ما اتفقا عليه وقد تكون رسمية، وقد تكون عرفية وقد تكون في شكل عقد محرر وقد تكون ذات طبيعة خاصة كالرسائل والبرقيات والدفاتر التجارية والمنزلية وحتى الكتابات الإلكترونية واصلها الشرعي قوله تعالى: "يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه" (2).

#### المطلب الثاني: أنواعها

أولاً: العقد الرسمي، عرفته المادة: 324 من القانون المدني الجزائري بأنه: "عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقاً للإشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصاته".

وتخضع العقود الرسمية لشكليات قانونية أهمها:

- 1 - توقع من قبل الأطراف أو توضع بصماتهم والشهود عند اقتضاء القانون ذلك، ما نصت عليه المادة: 324 مكرر 2 من القانون المدني، ويؤشر الضابط العمومي بذلك في آخر العقد.
- 2 - يتلقى الضابط العمومي العقود الرسمية بحضور شاهدين تحت طائلة البطلان، المادة: 324 مكرر 3.
3. تعتبر العقود الرسمية حجة وناظفة في كامل التراب الوطني إلا إذا طعن فيها بالتزوير، المادة: 324 مكرر 5 ومكرر 6.

ثانياً: أمثلة للعقود الرسمية:

(1) - سورة البقرة، الآية: 183.

(2) - سورة البقرة، الآية: 282.

1- العقود المسجلة تحت رقابة الموظفين الرسميين ضباط الحالة المدنية بالبلديات.

2- العقود المسجلة تحت رقابة الموثقين وكذلك المحضرين.

3- العقود المسجلة في سجلات الحالة المدنية.

أبرز عقد رسمي في الأحوال الشخصية هو العقد الرسمي للزواج.

**ثالثا:** العقد العرفي: هو الذي يكتبه الأفراد فيما بينهم دون إدخال الموثق أو الموظف الرسمي<sup>(1)</sup> على ما تم الاتفاق عليه بينهم، ويلجأ إليه المتعاقدون لسرعة تحريره وسهولة إعداده وخاصة لقلّة تكاليفه<sup>(2)</sup>، إلا أنه يجب أن يكون له تاريخ ثابت حتى يكون له حجة على الغير ابتداء من يوم تسجيله، أو ثبوت مضمونه في عقد آخر رسمي، أو التأشير عليه من ضابط عام مختص، أو وفاة أحد الممضين عليه.<sup>(3)</sup> كما ليس للورقة العرفية الصبغة التنفيذية، ولا بد من اللجوء للقضاء للحصول على حكم يثبت محتوى الورقة العرفية في حكم قضائي، على خلاف الورقة الرسمية.

### المبحث الثاني:

#### الإقرار

الإقرار أو اعتراف الشخص بالوقائع المنسوبة إليه سواء أكانت لصالحه أو العكس أمام القضاء، وهو وسيلة إثبات قاصرة على المقر، ذلك ما سيتضح في المطالب الموالية:

#### المطلب الأول: تعريفه

**أولاً:** لغة: مصدر لفعل أقر مثلاً بالمنزل سكن وثبت واستقر به، فهو السكنون والثبات ومن قره العين، أي سكنون النفس وعدم طمعها في شيء آخر.<sup>(4)</sup>

**ثانياً:** قانوناً عرفته المادة: 341 من القانون المدني الجزائري على أنه: "اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة"

**ثالثاً:** قضاء: في حين عرفه القضاء بأنه تصريح يقر به الشخص بثبوت واقعة في حقه من شأنها أن تحدث ضده آثاراً قانونية<sup>(5)</sup>، وما دام الحال هكذا فهو في غير مصلحة المقر بل هو في مصلحة الخصم لهذا اعتبر سيد الأدلة.

(1) - إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص: 343.

(2) - بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقته الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1981، ص: 126.

(3) - محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص: 62، 63.

(4) - عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص: 147.

(5) - تعريف محكمة النقض الفرنسية، أنظر: الغوثي بن ملحمة، المرجع السابق، ص: 74.

## المطلب الثاني: طبيعته وأنواعه

**أولاً:** طبيعته: وبناء على ما سبق فالبعض لا يعتدّ بالإقرار كوسيلة إثبات لأن الخصم إذا اعترف بالواقعة أصبحت الدعوى بدون جدوى، لأن الحق لم يثبت بالحكم القضائي بل باعتراف هذا الخصم، ولهذا فهو حجة قاطعة على المقر المادة: 342 ف1 من القانون المدني الجزائري، وفي نفس الوقت يعني الخصم من عبء الإثبات.

**ثانياً** أنواعه: ينقسم إلى قسمين صريح وضمني

1- الصريح ويتم شفويًا<sup>(1)</sup> أو كتابيا كالأقوال التي يتفوه بها أثناء جلسة المحاكمة، والكتابة في المراسلة، غير أنه يشترط ألا يكون الإقرار تحت الإكراه بل صادر عن إرادة سليمة وحرّة، ولهذا يصير قانون الإجراءات المدنية والإدارية على الحضور الشخصي أثناء الاستجواب.

2- الضمني: الذي يستنتج من تصريحات ومواقف الخصم.

يعتمد على الإقرار في مسألة النسب المادة: 40 من قانون الأسرة الجزائري نصت على أنه: يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار، وكذلك المواد: 44 و45 من نفس القانون، وذلك بأن يقر شخص بنسب صغير مجهول النسب إليه ولا يكذب ذلك لا الحس ولا الشرع، يلحق حينئذ بالمقر.<sup>(2)</sup>

### المبحث الثالث:

#### شهادة الشهود أو البينة

وسيلة أخرى تقليدية للإثبات وهي الشهادة، وذلك بأن يشهد الشاهد بحق لغيره على غيره دون مصلحة شخصية له، ولهذا احتمال الصدق فيها هو الغالب خاصة إذا كانت مقرونة بأداء اليمين على قول الحق، ستم دراستها في المطالب التالية:

#### المطلب الأول: مفهومها

**أولاً:** لغة: من شاهد أي عاين اطلع شهد شيئاً أخبر خبراً قطعياً عن أمر حضره كإبرام عقد أو فعل آثم<sup>(3)</sup>، أقر بما علم.

**ثانياً:** اصطلاحاً: الإثبات بسماع الشهود أمام القضاء عما شهدوه عياناً أو سمعوه شخصياً<sup>(4)</sup>. أو هي قيام شخص من غير خصوم الدعوى بالإخبار أمام القضاء عما أدركته حاسة من حواسه كالسمع أو البصر

(1) - عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص: 153 وما بعدها.

(2) - المرجع نفسه، ص: 183 وما بعدها.

(3) - عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص: 21 وما بعدها.

(4) - الغوثي بن ملحّة، المرجع السابق، ص: 66.

بشأن الواقعة المتنازع عليها، ويترتب عنها حق لغيره.<sup>(1)</sup> وأصلها الشرعي مستمد من قوله تعالى: " واستشهدوا شهيدين من رجالكم "<sup>(2)</sup> وقوله أيضا: " ولا تكتموا الشهادة "<sup>(3)</sup> وقوله: " وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله "<sup>(4)</sup>.

وتسمى كذلك البينة، ويكون بالإثبات أو النفي لواقعة قانونية أيا كان نوعها أمام القضاء، هنا يمكن الكلام عن عقد الزواج العرفي الذي يتم عن طريق الجماعة دون إضفاء الصبغة الرسمية عليه بين يدي الموظف العمومي أو الموثق، ويستدل عليه بشهادة الشهود، إضافة إلى كون الشهادة في الزواج شرط من شروط العقد المادة: 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائي، وكذلك في إثبات العقد العرفي، وتكون بشهادة رجلين عند المالكية، نفس الحكم بالنسبة لإثبات النسب،<sup>(5)</sup> أما الرضاع فيكتفى بشهادة رجل وامرأة إن فشا أمره.<sup>(6)</sup>

قد تكون الشهادة بالكتابة كالتقارير أو الأوراق الإعرافية أو الليف أو الرسائل أو الوسائل السمعية البصرية والأشرطة، وإن كان القضاء ما زال يتحفظ تجاهها.

**ثالثا:** قانونا: يجوز الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة في حالتين:

الحالة الأولى: إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على الدليل الكتابي.

الحالة الثانية: إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب خارج عن إرادته، المادة: 336 من القانون المدني، إلا أن المادة: 333 ف 1 منه ذهبت إلى أنه لا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجود أو انقضاء الدين غير التجاري إذا تجاوز مئة ألف دج أو كان غير محدد القيمة، إلا أنه إذا اتفق الطرفان المتخاصمان على خلاف هذه القاعدة القانونية فيمكن الإثبات بالبينة،<sup>(7)</sup> ولهذا الإثبات بشهادة الشهود ذو قوة محدودة<sup>(8)</sup>.

### المطلب الثاني: إجراءات سماع الشهود في الحضانة

للقاضي المختص سلطة تقديرية واسعة في سماع شهادة أي شخص إذا كان ذلك ضروريا، وتخضع هذه الشهادة لتقدير القاضي الذي يستطيع أن يأخذ بها، كما له أن يرفضها إذا لم يطمئن لها

(1) - عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص: 23.

(2) - سورة البقرة، الآية: 282.

(3) - السورة نفسها، الآية نفسها.

(4) - سورة الطلاق، الآية: 2.

(5) - رمضان علي السيد الشرنباصي، مرجع سابق، ص: 386.

(6) - المرجع نفسه، ص: 87.

(7) - عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص: 148، 149.

(8) - الغوثي بن ملحمة، المرجع السابق، ص: 73.

مراعيا في ذلك الشروط القانونية المتعلقة بالشهادة حسب ما جاء في المادة: 150 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بجواز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون طبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود، ويكون التحقيق فيها جائزا ومفيدا للقضية، على أن يؤدي الشاهد اليمين على أن يقول الحقيقة، والا كانت شهادته قابلة للإبطال.

كما أن القاضي يجوز له إعادة سماع الشهود ومواجهة بعضهم البعض، ويجوز له أيضا أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو أصحابهم أو أزواجهم بالإضافة إلى أخواتهم وأبناء عموماتهم في حين لا يتم سماع شهادة الأبناء أو الأطفال المحضون، لأنهم لا يستطيعون تقدير ما هو أصلح لهم، وفي هذا الشأن صدر قرار عن المجلس الأعلى بتاريخ 1982/01/11 جاء فيه: "من المقرر أن رغبة المحضون لا تأخذ بعين الاعتبار في تعيين الحاضن، ومن ثم يجوز للحاضن وهو الأب المقيم بفرنسا بعد أن تنازلت الأم عن حضانة الأولاد أن يضع أولاده عند من يثق بهم من أهله وأقاربه"<sup>(1)</sup>.

والاستماع للمحضون يخضع لشروط، فهو جوازي بالنسبة للقاضي، وأن يكون الاستماع ضروريا أمام القاضي وعلى انفراد وبمكتبه، وأن يكون التخيير من بين أصحاب الحق في الحضانة المنصوص عليهم قانونا، وأن يكون الطفل المحضون ناضجا ومميزا، وأن يأخذ رأيه على سبيل الاسترشاد، والقاضي هو الذي يقدر مدى قدرة تمييز المحضون.

المادة: 153 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>(2)</sup> نصت على أنه: " لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم. "

قضائيا لا قيد على القاضي في عدد الشهود ولا في جنسهم ولا في سنهم، الذين يريد السماع إليهم فقد تقنعه شهادة شاهد واحد وقد يأخذ بشهادة امرأة وقد يستدل بشهادة طفل.<sup>(3)</sup>

(1) - قرار المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ: 1982/01/11، الملف رقم: 26503، أنظر: جبال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص: 145.

(2) - القانون رقم: 08 / 09، مؤرخ في: 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فيفري سنة 2008، المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الجريدة الرسمية العدد: 21 بتاريخ 23 أبريل 2008.

(3) - بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، المرجع السابق، ص:

## المبحث الرابع: القرائن

### المطلب الأول: ماهيتها

أولاً: لغة: جمع قرينة وهي جمع الشيء بالشيء ووصله به، لقوله تعالى: "قال قرينه ربنا ما أطغيته"<sup>(1)</sup> والقران: جمع العمرة بالحج وعقد القران بين الرجل والمرأة، أي الزواج.  
ثانياً: اصطلاحاً: الاستدلال على واقعة غير ثابتة من واقعة ثابتة على أساس أن ارتباطها وثيق وجوداً وعدمًا،<sup>(2)</sup> وذلك تيسيراً على المضرور للوصول إلى الحق في الدعوى.<sup>(3)</sup>

ثالثاً: قانوناً: لم يعرف القانون المدني الجزائري القرائن ولكن عرفها القانون المدني الفرنسي في المادة: 1349 بأنها النتائج التي يستخلصها القانون أو القضاء من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة.

### المطلب الثاني: أقسامها

وهي تنقسم إلى قرائن قانونية وأخرى قضائية:

أولاً: القرائن القانونية: هي التي يقوم المشرع باستنباطها وتقنينها، وهي افتراض قانوني يجعل من الشيء المحتمل أمراً مؤكداً.<sup>(4)</sup>

المادة: 337 من القانون المدني نصت على أن القرينة تعني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك وبناء على هذه المادة فإن القرائن القانونية تنقسم إلى قرائن قطعية أو مطلقة وأخرى بسيطة.  
1- القرائن القطعية: وهي التي لا يمكن استبعادها بأي دليل مخالف لها، أمثلة من قانون الأسرة الجزائري، المادة: 46 التي تمنع التبني، والمادة: 85 التي تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت منهم وهم في حالة جنون أو عته أو سفاهة<sup>(5)</sup>، وأمثلة من القانون المدني الجزائري المادة: 332 ف1 التي تنص على أن السند المؤشر عليه يستفاد منه براءة ذمة المدين.

(1) - سورة ق، الآية: 37.

(2) - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص: 162.

(3) - عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص: 107.

(4) - المرجع نفسه، ص: 167.

(5) - الغوثي بن ملحمة، المرجع السابق، ص: 96.

2- القرائن البسيطة: وهي التي تقبل إثبات العكس مثلاً المادة: 824 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه يفترض حسن النية فبمن يجوز حقا وهو جاهل لتعديه على حق الغير.

**ثانياً:** القرائن القضائية: وهي القرائن التي يستنبطها القاضي من الظروف التي تحيط بالقضية وسلطة القاضي في استنباطها واسعة وهي علامات يستخلصها تساعد على كشف الحقيقة وتأسيس القناعة لديه، مثلاً: المعلومات التي ترد في الخبرة أو التصريحات للشهود أو الإثباتات المستخلصة من معاينة المحضر القضائي.<sup>(1)</sup>

إلا أنه لا يجوز الإثبات بالقرائن القضائية إلا في الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالبينة، سماع الشهود، ذلك ما نصت عليه دائماً المادة: 340 والمواد من: 333 إلى 336 من القانون المدني الجزائري.

### المبحث الخامس:

### الأحكام القضائية

#### المطلب الأول: مفهومها

وهي الأحكام النهائية الفاصلة في موضوع الدعوى و التي تدرجت عبر كل درجات التقاضي، الابتدائية الاستئنافية والنقض، الحاصلة على حجة الشيء المقضي فيه، ولا تكون تحضيرية أو وقتية أو استعجالية، ولا يمكن رفع نفس الدعوى مرة أخرى أمام أية حجة قضائية أخرى ما دامت أطراف ومحل سبب الدعوى لم تتغير<sup>(2)</sup>، ولهذه الأحكام الحجية في مواجهة أطراف الخصومة وهي عنوان الحقيقة والعدالة، إذ في الغالب تطابق الحقيقة القضائية الحقيقة الواقعية، واعتبارات الصالح العام تقتضي وضع حد للنزاعات والخصومات،<sup>(3)</sup> وهي كذلك سبب من أسباب انقضاء الخصومة وحسم الدعوى، المادة : 338 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن: " الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي فيه تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجة إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم و تتعلق بحقوق لها نفس المحل و السبب و لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائياً "

(1) - الغوثي بن ملحمة، المرجع السابق، ص: 99.

(2) - إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص: 344 , 345.

(3) - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص: 174.

## المطلب الثاني: شروطها وآثارها

من المادة المذكورة نستنتج ما يلي:

- أولا شروطها: أي الأحكام الحاصلة على حجية الشيء المقضي فيه تتحدد في<sup>(1)</sup>:
  - 1- اتحاد الخصوم أي نفس المدعي ونفس المدعى عليه ونفس النيابة العامة.
  - 2- اتحاد المحل أي نفس الحق المدعي أو المطالب به، الزواج وليس النسب.
  - 3- اتحاد السبب: وهو أساس الحق المدعي به.

ثانيا: آثارها وتتجلى في:

- 1 - لا يمكن التراجع عنها بحكم آخر بل لا يمكن النظر في الدعوى أصلا مرة أخرى حتى ولو صدر قانون آخر مخالف أو كان الحكم معطلا لقاعدة من النظام العام وقت صدوره.
  - 2- الأحكام الحاصلة على حجية الأمر المقضي فيه ليست من النظام العام المادة: 338 ف الأخيرة، ولهذا يمكن للأطراف التنازل عن الدفع بها صراحة أو ضمنا.
  - 3 - يمكن تصحيح الأخطاء المادية التي وردت بهذه الأحكام.
- مثلا: الأحكام الحاصلة على حجية الأمر المقضي فيه يثبت بها الزواج العرفي المواد: 22 من قانون الأسرة، و39 من قانون الحالة المدنية.

والطلاق المادة: 49 من قانون الأسرة، لا يثبت الطلاق إلا بحكم

- بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتعدى 3 أشهر.
- تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية سواء كانت طلاقا أو تطليقا أو خلعاً.
- هذا الحكم نهائي باستثناء جوانبه المادية.

نفس الشيء بالنسبة للحضانة، السكن، الزيارة والنفقة.

## المبحث السادس:

### اليمين

من وسائل الإثبات في القانون عموما وقانون الأسرة خصوصا، اليمين أو القسم وهو إجراء ديني لقوله تعالى: " لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان "<sup>(2)</sup> ومدني نصت عليها

(1) بكوش بيجي، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 394 وما بعدها.

(2) - سورة المائدة، الآية: 89.

مواد كل من القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية، في نفس الوقت،<sup>(1)</sup> عادة يطلب من منكر الادعاء، وهو ما سيتجلى في المطالب التالية:

### المطلب الأول: تعريفه

وهو الحلف بالله العظيم أو بصفة من صفاته أمام القاضي أن يقول الحق كل الحق ولا شيء إلا الحق، كأن يقول: " أقسم أو أحلف بالله الذي لا إله إلا هو على كذا " <sup>(2)</sup> أو أحلف برب العالمين، واتفق جمهور العلماء على الاكتفاء بلفظ الجلالة،<sup>(3)</sup> ويتم أيضا مع رفع الحالف يده اليمنى وقد تكون بوضعها على المصحف، فالحلف إذن هو إشهاد الخصم الله على أنه صادق في دعواه في وقت أعوزه الدليل المادي على البرهنة على ذلك أو وسيلة إثبات حقه.

### المطلب الثاني: أنواعه

يتنوع اليمين بحسب وجهة النظر إليه:

#### أولاً: من حيث طبيعته

- 1- فمن جهة إلى يمين تأكيد قول وإلى يمين تأكيد وعد بفعل، كاليمين التي يؤديها الموظفون وأعوان القضاء.
- 2- ومن وجهة أخرى إلى يمين تأكيد شهادة ويؤديها الحالف قبل إبداء أقواله أمام المحكمة، وإلى يمين تأكيد حق.
- 3- ومن وجهة نظر أخرى إلى يمين قضائية التي تؤدي أمام القضاء، ويمين خارجية<sup>(4)</sup> كالتي تؤدي أمام الموثق.

ثانياً: بالنسبة لليمين القضائية فإنها تنقسم إلى يمين مقيمة ويمين حاسمة:

- 1\_ اليمين المقيمة: وهي التي يوجهها القاضي إلى أحد طرفي الخصام لإتمام اقتناعه بقرينة معينة،<sup>(5)</sup> وهي ليست ملزمة له في الحكم ولا هي ملزمة لأطراف الخصومة، فبإمكانهم أداؤها أو الامتناع عنها، وهي ليست حاسمة للنزاع، المادة: 348 من القانون المدني الجزائري ولا يمكن ردها على الخصم المادة: 349 من نفس القانون على عكس اليمين الحاسمة.

(1) - بكوش يحي، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص: 304.

(2) - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص: 223.

(3) - عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص: 196.

(4) - بكوش يحي، المرجع السابق، ص: 306.

(5) - محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص: 138 وما بعدها.

2\_ اليمين الحاسمة: وهي التي يوجهها أحد الخصوم، المدعي، إذا عجز عن إثبات حقه في ادعائه إلى المدعى عليه طالبا منه إثبات أو نفي ما ادعى به<sup>(1)</sup>، فإذا أدى المدعى عليه هذه اليمين حسم النزاع لصالحه، أما إذا نكل عنها وامتنع عن أداءها، حسم النزاع لصالح المدعي المادة: 192 ف1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، واعتبر ذلك وسيلة إثبات وكذلك إذا ردها المدعى عليه إلى المدعي ونكل هذا الأخير خسر كذلك دعواه المادة: 192 ف2، أما إذا أداها حسمت الدعوى لصالحه المادة: 343 من القانون المدني.

### المطلب الثالث: إجراءات أداء اليمين

أولاً: قد تؤدي اليمين بأمر من القاضي في المواد التي يجيز القانون فيها ذلك المادة: 189 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، اليمين المتممة.

ثانياً: وقد تؤدي بطلب من الخصم المادة: 190 من نفس القانون، وهي ما تعرف باليمين الحاسمة.

ثالثاً: يحدد القاضي المكان والزمان والصيغة التي تؤدي بها، المادة: 191 ف1، ويبنه الخصوم إلى العقوبات المترتبة على اليمين الكاذبة م 191 من القانون ذاته، حتى يكونوا على بينة من أمرهم.

رابعاً: ويتم أداء اليمين بحضور أمين الضبط أو المحضر والخصم المادة: 193 ف2.

خامساً: ولا تؤدي اليمين في مسائل تخالف النظام العام المادة: 190 ف3 من نفس القانون، لقد نص قانون الأسرة في المادة: 73 منه على أنه يمكن أداء اليمين خاصة في النزاع حول متاع البيت أمام القضاء.

## المبحث السابع:

### المعاينة

#### المطلب الأول: تعريفها

هي الانتقال إلى مكان النزاع لمشاهدة الوقائع على طبيعتها للوصول إلى معرفة الحقيقة، ولبناء رأي واقعي والفصل في الدعوى بناء على نتيجة المعاينة<sup>(2)</sup>، وهو أقرب إلى حسن القضاء.

#### المطلب الثاني: أساليبها

وتكون المعاينة بأحد أسلوبين:

(1) - المرجع نفسه، ص: 131 وما بعدها.

(2) - إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص: 33.

**الأول:** انتقال المحكمة هيئتها القضائية لإجراء المعاينة<sup>(1)</sup> واستظهار أو إعادة تمثيل الوقائع، وهذا من تلقاء نفسها أو بطلب من الخصوم المادة: 146 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

**الثاني:** أن يأمر القاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم، المحضر القيام بالمعاينة وهذا هو الأسلوب الجاري به العمل ميدانيا.

### المطلب الثالث: إجراءاتها

**أولاً:** يحدد القاضي مكان ويوم وساعة المعاينة ويدعو الخصوم والشهود للحضور، المادة: 146 ف 2.

**ثانياً:** قد يسمع القاضي أو المحضر للشهود أو الخصوم بعين المكان المادة: 148.

**ثالثاً:** قد يستصحب القاضي معه أهل الخبرة للمساعدة من الناحية التقنية في حل الخصام المادة: 147.

**رابعاً:** يجر محضر بالمعاينة يوقع عليه القاضي وأمين الضبط ويودع بأمانة الضبط المادة: 149.

**خامساً:** مصروفات المعاينة تقع على عاتق الخصم الطالب للإجراء، وبمكتم الحصول على نسخة من هذا المحضر المادة: 149.

مثال : يمكن إجراء المعاينة لسكن المحضون و معرفة موقعه وظروفه و مدى قربه من المرافق , إذ ينتقل القاضي المختص إقليمياً إلى مكان ممارسة الحضانة للمعاينة ومعرفة الظروف المحيطة بالوسط الذي يعيش فيه المحضون , كمرعاة مدى ضيق المسكن أو اتساعه , ومدى قربه أو بعده عن المدرسة والمرافق الضرورية , وذلك وفقاً لنص المادة : 146 المذكورة أعلاه , التي جاء فيها : "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم , القيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك" , ويمكنه أن يأمر باصطحاب من يختاره من ذوي الاختصاص , وله اتخاذ كافة الإجراءات التي يراها ضرورية , كما له الاعتماد على الوثائق المقدمة له من كلا الطرفين والموازنة بينهما في الإثبات حتى يستطيع تكوين قناعته الكاملة حول إدعاءات الأطراف المختلفة في النزاعات المعروضة عليه .

(1) - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص: 244.

## المبحث الثامن:

### الخبرة

يعتمد تحديد مواقع أطراف الخصومة وتقديرها في الدعاوى المتعلقة بها على مدى إحاطة القاضي بالوقائع المطروحة عليه، مما قد يدفعه للاستعانة بالخبراء للتأكد من أمور تقنية واستجلائها. ولإيضاح بعض المعلومات الفنية التي يحتاج إلى فهمها من أجل تأسيس حكمه، وقد نصت المادة: 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، ويجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أي مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة".

فالخبرة تهدف إلى توضيح واقعة مادية، المادة: 75 من نفس القانون، أو علمية محضة للقاضي، المادة: 125 من القانون نفسه، وتتناول الوقائع التقنية دون المسائل القانونية التي تبقى من اختصاص القاضي وحده<sup>(1)</sup>، المكلف بتطبيق القوانين.

يعين الخبراء بطلب من الخصوم أو من تلقاء القاضي من بين جداول الخبراء المقيدتين في جدول الخبراء المعتمدين مثل الأطباء<sup>(2)</sup>، وتوضح لهم مهامهم بدقة في الحكم القضائي الناص على تعيينهم أو بموجب أمر على عريضة أو حكم استعجالي، المادة: 77 ف 3، على أن يقدم الخبير تقريراً عن المهمة المسندة إليه.

وللخبرة حجة فيما اشتملت عليه من معلومات، ولا يطعن فيها إلا بالتزوير، غير أنها غير ملزمة للقاضي.

مثال: للقاضي أن يطلب تعيين خبير مختص بدراسة حالة المحضون الصحية أو النفسية وجمع المعطيات المادية والاجتماعية قبل تحديد الحاضن الأصلح لإسناد الحضانة إليه، وهذا ما أكده القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 16/11/2005 الذي ورد فيه أنه: "إذا كان من المقرر قانوناً أن الحضانة تستحق بانحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة فإن على قاضي الموضوع أن يبحث أين تكمن مصلحة المحضون، بمختلف الوسائل ومن ضمنها تعيين مرشدة اجتماعية<sup>(1)</sup>".

(1) - عبده جميل غصوب، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية، دراسة مقارنة، ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2010، ص: 326.

(2) - علي عوض حسن، الخبرة في المواد المدنية والجنائية، دار الفكر الجامعي، مصر، 1998، ص: 6.

وكذلك في إثبات النسب، المادة: 40 من قانون الأسرة بنصها: " ... يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب" وذلك بإجراء خبرة طبية تتمثل في تحليل البصمة الوراثية خاصة التي أصبحت بعض القوانين المقارنة والقضاء يعتبرونها ذات حجة مطلقة في إثبات النسب<sup>(2)</sup>، وهي وإن كانت في التشريع والعمل القضائي الجزائريين ما زالت ذات حجة نسبية لا بد بتدعيمها بقريضة الفراش، إلا أنها قيمة مضافة إلى وسائل الإثبات المعروفة تقليدياً.

وإثبات الصحة العقلية والجسمية للزوجين، إذا كانت حالتها تتطلب خبرة طبية مثل الجنون الدائم أو المتقطع والجسمية مثل الأمراض المستعصية التي أصبحت تميز العصر والتي قد يكون فيها خطراً على الطرف الثاني أو الأولاد: المادة: 7 مكرر من نفس القانون.

(1) - قرار المحكمة العليا، الغرفة الشخصية، بتاريخ: 16\11\2005، الملف رقم: 337176، أنظر: جمال سايس الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 1527.

(2) - المشرع التونسي في الفصل الثالث مكرر من القانون رقم: 75 المؤرخ في: 28/10/1998 الذي ساوى بين وسائل الإثبات الشرعية والقانونية وتحليل الحامض النووي في إثبات النسب، وكذلك اتجه القضاء المصري بإضافة تحليل البصمة الوراثية. أنظر: عبد الرحمان أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة فقهية مقارنة، منشورات الحلبي، بيروت، 2013، ص: 233 , 24

### خاتمة:

من هذه الدراسة يتضح أن أحكام الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي وكذا قوانين الأسرة المقارنة أولت الزواج والطلاق أهمية بالغة واعتنت بتفاصيل أحكامها اعتناء كاملا، لتعلقها بمقاصد الشريعة الخمسة وهي الحفاظ على الدين والنفس والعرض والعقل والمال، تبنى هذه الأهمية والعناية الفقه والدراسات القانونية إلى جانب التشريعات العربية والإسلامية المقارنة بما فيها قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية، وزاد في تعميقها وتجديدها التطبيق القضائي في الواقع المعيشي، وهذا لتعلقها بالأسرة النواة الأولى للمجتمع ومحض مستقبله.

إلا أن التشريع الجزائري على الرغم من موافقته لأحكام الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها الفقهية في معظم قواعده على غرار التشريعات العربية المقارنة، وإن كانت جل مرجعيته هي أحكام المذهب المالكي، إلا أنه يؤخذ عليه أنه أتى في معظم المواد المنظمة لشؤون الأسرة مختصرا ومقتضبا، على الرغم من كونه أشار إلى إمكانية اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية المبثوثة في كتب الفقه الشرعي، عند غياب النص القانوني الواجب التطبيق في المادة: 222 من قانون الأسرة.

الأمر الذي فتح المجال واسعا جدا أمام السلطة التقديرية للقضاء، حتى ولو أدى ذلك إلى مخالفة القواعد القانونية، أو إلى تضارب الأحكام القضائية، والمطلوب دستوريا من السلطة القضائية هو تطبيق القوانين وليس وضعها، طبعاً مع حفظ حقها التقليدي في الاجتهاد القضائي.

ولما كان قانون الأسرة هو الذي يضم القواعد الموضوعية التي تحدد مراكز وحقوق وواجبات الأفراد داخل الأسرة عموماً وداخل العلاقة الزوجية خصوصاً، مما يجعل من الضروري سد هذه الثغرات بمجموعة مواد قانونية، تتضمن إكمال ما نقص في أحوال الزواج والطلاق وإثباتها، محددة عامة ومجردة وملزمة، ومرجعيتها في ذلك هو التراث الفقهي الإسلامي الضخم والقواعد القانونية المقارنة العربية والإسلامية.

ومن جهة أخرى ضبط قواعد إجراءات متابعة الزواج والطلاق عموماً، وخصوصاً قواعد الإثبات التي تبين كيف يطالب الأطراف في حالة عدم التفاهم وظهور الشقاق والتنازع بينهم بهذه الحقوق خاصة حقوق النفقة والسكن والزيارة طيلة فترة الحضانة وكيفية إلزام الأطراف الأخرى بالقيام بواجباتهم وبأدائها.

وأيضاً فإن لقواعد الإثبات في قضايا الأسرة عموماً والزواج والطلاق خصوصاً أهمية بالغة في الواقع العملي في كونها المعيار الذي يميز بين الحق والباطل بين الإدعاء والحقيقة وهي التي تنير الطريق أمام القاضي للوصول إلى إقرار الحقوق والواجبات العادلة.

ذلك حتى لو تطلبت الحاجة تقنين إجراءات للأحوال الشخصية الجزائرية على غرار بعض البلدان العربية.

## قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: قائمة المصادر

1 - المصادر الشرعية:

- القرآن الكريم

- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، تحقيق أحمد زهوة وأحمد عناية، دار الكتاب العربي، بيروت، 2005.

- أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، ج 1، دار الفكر، د ب ط، د ت.

2 - المصادر القانونية:

أ/ النصوص القانونية الوطنية:

- القانون رقم 84/11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05/02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق 27 فبراير 2005، ج ر، ع 15 بتاريخ 27 فبراير 2005.

- القانون رقم 08/09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، ع 21، الصادرة في 23/04/2008.

- الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم، ج ر، ع 48، الصادرة في 10/06/1966.

- الأمر رقم 66/156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ج ر، ع 49، الصادرة في 11/06/1966.

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر، ع 78، الصادرة في 30/09/1975.

ب- النصوص القانونية والتنظيمية الأجنبية:

- قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (59) بتاريخ 07/09/1953 المعدل والمتمم بتاريخ 05/04/2009.

- القانون رقم 84/51 لسنة 1984 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل والمتمم، ج ر، ع 1570 بتاريخ 23/07/1984.

- قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين لسنة 1991 المؤرخ في 24 جويلية 1991.

- القانون رقم 03/70 المؤرخ في 03 فبراير 2004 المتضمن مدونة الأسرة المغربية المعدل والمتمم بالقانون رقم 09/08 المؤرخ في 16 يوليو 2010، جريدة رسمية عدد 5859 بتاريخ 26 يوليو 2010.

- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28/2005 المؤرخ في 15/06/2005.

- قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 2010 المؤرخ في 26/09/2010.

- القانون رقم 93/22 بتاريخ 08/01/1993 المتضمن القانون المدني الفرنسي.

- الأمر المؤرخ في 13 أوت 1956 المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية المعدلة بالقانون رقم 08/20 المؤرخ في 04 مارس 2008، الصادر بالرائد الرسمي التونسي عدد 66 بتاريخ 17 أوت 1956.

### ثانيا: قائمة المراجع

- 1 - أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1999.
- 2 - أبو القاسم محمد بن جزري، القوانين الفقهية، تصحيح محمد بن المهوب، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2000.
- 3 - أبو زكريا يحيى ابن موسى المغيلي المزوني، الدرر المكنونة في نوازل مازونة، تحقيق د مختار حساني، ج 2، دار الكتاب العربي، الجزائر، 2009.
- 4 - أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، الثمر الداني في تقريب المعاني، شرح رسالة أبي زيد القيرواني، تحقيق د يحيى مراد، دار البصائر، دت، الجزائر.
- 5 - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، جزء 3، دار بن الجوزي، القاهرة، مصر، 2011.
- 6 - أسامة أحمد شوقي، شرح القواعد الإجرائية في الإثبات، دار الفكر، مصر، 1997.
- 7 - إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 1993.
- 8 - بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1981.
- 9 - بلحاج العربي، أحكام الموارث في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- 10 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- 11 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 2005.
- 12 - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري العدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- 13 - جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، الجزائر، 2013.
- 14 - يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، دار المعرفة، الدار البيضاء، المغرب، 1998.
- 15 - يوسف دلاندة، قانون الأسرة، مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية والموارث، دار هومة، الجزائر، 2005.
- 16 - محمد حسين منصور، قانون الإثبات، مبادئ الإثبات وطرقه، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.

- 17 . محمود الكيلاني، قواعد الإثبات وأحكام التنفيذ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
  - 18 . نبيل صقر ومكاوي نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، دار الهدى، الجزائر، 2009.
  - 19 . نسرین شریفی وكمال بوفروة، قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار بلقيس، الجزائر، 2013.
  - 20 . عبد الحكم فوده، الأحكام العامة في الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشريعة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 2006.
  - 21 . عبد الله المراغي، الزواج والطلاق في جميع الأديان، بدون دار النشر، الجمهورية العربية المتحدة، 1966.
  - 22 . عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
  - 23 . عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 1996.
  - 24 . عبد الفتاح تقيّة، قضايا شؤون الأسرة من منظور التشريع والقضاء، دار ثالة، الجزائر، 2011.
  - 25 . عبد الرحمان أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة فقهية مقارنة، منشورات الحلبي، بيروت، 2013.
  - 26 . عبده جميل غصوب، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية، دراسة مقارنة، ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2010.
  - 27 . علي عوض حسن، الخبرة في المواد المدنية والجنائية، دار الفكر الجامعي، مصر، 1998.
  - 28 . عصام أحمد البهجي، أحكام عبء الإثبات، في نطاق المسؤولية المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014.
  - 29 . العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012.
  - 30 . الفيومي، المصباح المنير، ج 1، مكتبة لبنان، لبنان، 2001.
  - 31 . فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
  - 32 . رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002.
  - 33 . الغوثي بن ملحة، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، ط 1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.
- أطروحات ورسائل:**
- 1 - محمد علي محمد عطا الله، الإثبات بالقرائن في القانون الإداري والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه في القانون العام، منشورة، جامعة أسيوط، كلية الحقوق، 2001.

- 2 - الطراوشة حسن عوض سالم، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2005.
- 3 - أم الخير بوقره، مسكن الزوجية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002.

الفهرس:

- مقدمة: ..... - 2 -
- المحور الأول الزواج وآثاره..... - 3 -
- الفصل الأول: الزواج..... - 4 -
- المبحث الأول: الخطبة والعدول عنها..... - 4 -
- المطلب الأول: الخطبة..... - 4 -
- المطلب الثاني: العدول عن الخطبة..... - 6 -
- المطلب الثالث: في القانون المقارن..... - 7 -
- المبحث الثاني: الفاتحة..... - 8 -
- المطلب الأول: مفهوم الفاتحة..... - 8 -
- المطلب الثاني: في القانون المقارن..... - 9 -
- المبحث الثالث: ماهية الزواج..... - 10 -
- المطلب الأول: مفهوم الزواج..... - 10 -
- المطلب الثاني: حكم الزواج شرعا..... - 11 -
- المطلب الثالث: أقسام الزواج شرعا..... - 11 -
- المطلب الرابع: في القانون المقارن..... - 13 -
- المبحث الرابع: موانع الزواج..... - 14 -
- المطلب الأول: تعريف المانع..... - 14 -
- المطلب الثاني: موانع الزواج المؤبدة..... - 15 -
- المطلب الثالث: موانع الزواج المؤقتة..... - 17 -
- المطلب الرابع: في القانون المقارن..... - 18 -
- المبحث الخامس: عقد الزواج ركنه وشروطه..... - 19 -
- المطلب الأول: ركن عقد الزواج..... - 19 -

- 20 - .....المطلب الثاني: شروط عقد الزواج.
- 25 - .....المبحث السادس: الاشتراط في عقد الزواج.
- 25 - .....المطلب الأول: طبيعته.
- 25 - .....المطلب الثاني: في القانون المقارن.
- 26 - .....المبحث السابع: الكفاءة في الزواج.
- 26 - .....المطلب الأول: ماهية الكفاءة.
- 27 - .....المطلب الثاني: في القانون المقارن.
- 27 - .....المبحث الثامن: توثيق عقد الزواج وإثباته.
- 27 - .....المطلب الأول: توثيق عقد الزواج.
- 28 - .....المطلب الثاني: إثبات عقد الزواج.
- 28 - .....المطلب الثالث: في القانون المقارن.
- 29 - .....الفصل الثاني: آثار الزواج.
- 29 - .....المبحث الأول: حقوق وواجبات الزوجين.
- 29 - .....المطلب الأول: حقوق الزوجة وواجباتها.
- 31 - .....المطلب الثالث: في القانون المقارن.
- 33 - .....المبحث الثاني: النسب.
- 33 - .....المطلب الأول: مفهومه.
- 33 - .....المطلب الثاني: إثباته.
- 35 - .....المطلب الثالث: في القانون المقارن.
- 36 - .....المبحث الثالث: التبني.
- 36 - .....المطلب الأول: مفهومه.
- 37 - .....المطلب الثاني: في القانون المقارن.

- 38 - .....المبحث الرابع: الكفالة واللقيط.
- 38 - .....المطلب الأول: الكفالة.
- 39 - .....المطلب الثاني: اللقيط.
- 39 - .....المبحث الخامس: النفقة.
- 39 - .....المطلب الأول: أحكام النفقة.
- 42 - .....المطلب الثاني: في القانون المقارن.
- 42 - .....المبحث السادس: التلقيح الاصطناعي.
- 42 - .....المطلب الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي.
- 43 - .....المطلب الثاني: شرعية التلقيح الاصطناعي.
- 43 - .....المطلب الثالث: أساليب التلقيح الاصطناعي.
- 44 - .....المطلب الرابع: شروط التلقيح الاصطناعي.
- 44 - .....المطلب الخامس: آثار التلقيح الاصطناعي.
- 45 - .....المحور الثاني: الطلاق وآثاره.
- 46 - .....الفصل الأول: الطلاق.
- 46 - .....المبحث الأول: النشوز.
- 46 - .....المطلب الأول: تعريف النشوز.
- 47 - .....المطلب الثاني: مظاهر النشوز.
- 48 - .....المطلب الثالث: في القانون المقارن.
- 48 - .....المبحث الثاني: التحكيم.
- 48 - .....المطلب الأول: تعريف التحكيم.
- 49 - .....المطلب الثاني: شروط التحكيم.
- 50 - .....المبحث الثالث: الصلح.
- 50 - .....المطلب الأول: تعريف الصلح.

- 50 - .....المطلب الثاني: شروط الصلح.
- 51 - .....المطلب الثالث: كيفية إجراء الصلح وحكمه.
- 51 - .....المبحث الرابع: أنواع الطلاق.
- 51 - .....المطلب الأول: تعريفه.
- 52 - .....المطلب الثاني: شروط الزوج المطلق.
- 53 - .....المطلب الثالث: إجراءات دعوى الطلاق.
- 53 - .....المطلب الرابع: أقسام الطلاق.
- 55 - .....المطلب الخامس: التمييز بين الطلاق وما يشابهه.
- 55 - .....المبحث الخامس: الخلع.
- 55 - .....المطلب الأول: تعريف الخلع وحكمه.
- 56 - .....المطلب الثاني: آثار الخلع.
- 56 - .....المطلب الثالث: في القانون المقارن.
- 56 - .....المبحث السادس: الطلاق بالتراضي.
- 57 - .....المطلب الأول: تعريف الطلاق بالتراضي.
- 57 - .....المطلب الثاني: إجراءات رفع دعوى الطلاق بالتراضي.
- 57 - .....المبحث السابع: التطليق.
- 57 - .....المطلب الأول: حالات التطليق.
- 60 - .....المطلب الثاني: أحكام خاصة بالتطليق.
- 60 - .....المطلب الثالث: في القانون المقارن.
- 60 - .....الفصل الثاني: آثار انحلال عقد الزواج.
- 60 - .....المبحث الأول: العدة.
- 60 - .....المطلب الأول: تعريف العدة.

- 61 - .....المطلب الثاني: أنواع العدة.
- 61 - .....المطلب الثالث: آثار العدة.
- 62 - .....المبحث الثاني: الحضانة.
- 62 - .....المطلب الأول: تعريف الحضانة وحكمها.
- 64 - .....المطلب الثاني: مقومات مصلحة المحضون.
- 66 - .....المطلب الثالث: إسقاط حق الحضانة وإعادتها.
- 67 - .....المبحث الثالث: السكن.
- 67 - .....المطلب الأول: تعريف السكن.
- 69 - .....المطلب الثالث: مواصفات السكن وشروطه.
- 69 - .....المطلب الرابع: سكن ممارسة الحضانة.
- 70 - .....المطلب الخامس: سقوط حق السكن.
- 70 - .....المطلب السادس: في القانون المقارن.
- 70 - .....المبحث الرابع: الزيارة.
- 70 - .....المطلب الأول: حكم الزيارة.
- 71 - .....المطلب الثاني: في القانون المقارن.
- 71 - .....المبحث الخامس: التعويض عن الطلاق التعسفي.
- 71 - .....المطلب الأول: حكمه في الشريعة والقانون.
- 72 - .....المطلب الثاني: علاقة التعويض بالمتعة.
- 72 - .....المحور الثالث: الإثبات في الزواج والطلاق.
- 72 - .....الفصل الأول: مفهوم الإثبات.
- 73 - .....المبحث الأول: تعريف الإثبات.
- 73 - .....المطلب الأول: في اللغة.
- 73 - .....المطلب الثاني: في الاصطلاح.

- 73 - .....المبحث الثاني: عناصر الإثبات وأهميته
- 73 - .....المطلب الأول: عناصره
- 74 - .....المطلب الثاني: أهميته
- 74 - .....المبحث الثالث: محل الإثبات (الواقعة القانونية)
- 74 - .....المطلب الأول: تعريفها
- 75 - .....المطلب الثاني: شروطها
- 75 - .....المطلب الثالث: عبء الإثبات
- 76 - .....الفصل الثاني: وسائل الإثبات
- 77 - .....المبحث الأول: الكتابة
- 77 - .....المطلب الأول: مفهومها
- 77 - .....المطلب الثاني: أنواعها
- 78 - .....المبحث الثاني: الإقرار
- 78 - .....المطلب الأول: تعريفه
- 79 - .....المطلب الثاني: طبيعته وأنواعه
- 79 - .....المبحث الثالث: شهادة الشهود أو البيينة
- 79 - .....المطلب الأول: مفهومها
- 80 - .....المطلب الثاني: إجراءات سماع الشهود في الحضانة
- 82 - .....المبحث الرابع: القرائن
- 82 - .....المطلب الأول: ماهيتها
- 82 - .....المطلب الثاني: أقسامها
- 83 - .....المبحث الخامس: الأحكام القضائية
- 83 - .....المطلب الأول: مفهومها

- 84 - .....المطلب الثاني: شروطها وآثارها
- 84 - .....المبحث السادس: اليمين
- 85 - .....المطلب الأول: تعريفه
- 85 - .....المطلب الثاني: أنواعه
- 86 - .....المطلب الثالث: إجراءات أداء اليمين
- 86 - .....المبحث السابع: المعاينة
- 86 - .....المطلب الأول: تعريفها
- 86 - .....المطلب الثاني: أساليبها
- 87 - .....المطلب الثالث: إجراءاتها
- 88 - .....المبحث الثامن: الخبرة
- 90 - .....خاتمة:
- 92 - .....قائمة المصادر والمراجع:
- 96 - .....الفهرس:

## الملخص:

غالبية الناس يتزوجون، والبعض يطلقون، ولكن الكثير لا يعلم أحكام الزواج والطلاق الشرعية والقانونية، فضلا على إثباتها والمشاكل التي يمكن أن تترتب عليها. هذا الكتاب يبين الثقافة الشرعية والقانونية للزواج والطلاق وكيفية إثباتها، وهذا تسهيلا للدارسين والعاملين في الميدان من محامين وقضاة وأساتذة وطلبة وكذلك القارئ العادي.

## Résumé :

La majorité des gens se marient, et certains divorcent, mais un grand pourcentage d'entre eux ne connaissent pas les dispositions du mariage et du divorce, qu'elles soient religieuses ou légales, ainsi que leurs preuves et les différends qui peuvent en résulter

Ce livre construit la culture religieuse et juridique du mariage et du divorce, comment les prouver et les problèmes qui en découlent

Ceci dans le but de préserver la famille, la pierre angulaire de la société, et de faciliter la tâche des universitaires et des gens du domaine juridique, y compris les avocats, les juges, les professeurs, les étudiants et même les observateurs ordinaires