المحاضرة الخامسة:

أقسام الزواج:

الزواج عقد رضائي له أركانه وشروطه متى توافرت كان العقد صحيحا وترتبت عليه آثاره الشرعية، فإذا تخلفت كلها أو بعضها أعتبر العقد باطلا أو فاسدا، وقد لا تترتب عليه آثاره الشرعية لخلل فيه أو نقص في استيفاء شرائطه.

1- الزواج الصحيح: عقد الزواج الصحيح هو: الذي استوفى شروطه وأركانه سواء تلك التي نص عليها الشارع أو التي جاء بها ولي الأمر بما له من سلطة فمتى توافرت الأركان واستوفيت الشروط كان العقد صحيحا.

حكمه:إذا جاء العقد على هذا النحو أعتبر العقد صحيحا وهو الذي ترتبت عليه آثاره الشرعية، وقد أطلق المشرع الجزائري هذه التسمية على عقد الزواج في نص م 40 بقوله" **يثبت النسب بالزواج الصحيح** ".

آثـاره:

إذا صح عقد الزواج ترتبت عليه آثاره الشرعية بمجرد العقد ومن هذه الآثار :

1- وجوب المهر المسمى.
2- النفقة الزوجية الواجبة.
3- التوارث بين الزوجين.
4- حرمة المصاهرة.
5- ثبوت نسب الأولاد.

2- الزواج الباطل:

حسب نص المادة32 ق.(معدلة)" يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط نافي ومقتضيات العقد المادة 33 من ق .أ " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا " .

فمن خلال المادتين يتضح أن الزواج يبطل إذا باشر المسلم عديم الأهلية عقد الزواج بنفسه .

إذا تزوج المسلم من المحرمات إذا تضمن العقد شرطا منافيا لمقتضيات العقد .

حكمه: الزواج باطل معدوم لا يوجد به عقد كما لا تترتب عليه آثار.

آثاره:

إذا أصبح الزواج الباطل واقعة اجتماعية أي حدث بالفعل بين رجل وامرأة فيترتب عليه ما يلي :

1- الزواج الباطل وجوده كعدمه فلا قيمة له في نظر المشرع.

2- إذا دخل الرجل بالمرأة في الزواج الباطل وجب عليهما الفرقة في الحال فإن لم يفرق بينما وجب على مسلم يعلم بذلك رفع أمرهما إلى القضاء ليفرق بينهما في الحال فالزواج الباطل لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح .

3- ثبوت النسب.

4- وجوب الاستبراء (العدة) فيما إذا كان بطلانه بسبب وجود مانع (زواج المحارم) من 34 ق .أ

الزواج الفاسد: التفريق بين الفساد والبطلان لا يعرفه إلا المذهب الحنفي وجمهور الفقهاء يرون ترادف البطلان والفساد .

ويقصد بالزواج الفاسد عند الأحناف العقد الذي تم فيه ركن الإيجاب والقبول ولكنه فقد شرطا من شروطه كان يتم العقد من غير شهود.

حكمه: الزواج الفاسد كالزواج الباطل لا يحل به الدخول وتجب الفرقة بين أطرافه لأن الشريعة لا تعترف به ولا يترتب عليه آثار العقد صحيح .

حالاته: ذكر المشرع حالات الزواج الفاسد في المادة 2/33 ق أ بقوله" **إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول صداق المثل**" .

آثار الزواج الفاسد: ترتبط آثار الزواج الفاسد بالدخول الحقيقي فإذا وقع الدخول ترتب عليه الآثار التالية :

- وجوب مهر المثل عند عدم التسمية أو المسمى إن سمي.
- يثبت النفقة الزوجية.
- ثبوت النسب مراعاة لحق الأولاد.

ملاحظة: المواد المتعلقة بالزواج الفاسد والباطل مسها التعديل وصارت كالآتي:

المادة 32 ق. أ" **يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول صداق المثل"** .

المادة 34 ق.أ " **كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء** ".

المادة 35 ق. أ ": **إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطل والعقد صحيح"** وبهذا يكون الشرع قد أزال كثيرا من التناقضات التي كانت حاصلة في هذا الموضوع في المواد السابقة.

تعدد الزوجات:

أباح المشرع الجزائري تعدد الزوجات في المادة 8 ق.أ غير أنه وضع شروطه لابد من إستيفائها وعلى رأس هذه الشروط: العدل بين الزوجات كما أنه جعل العدل بين الزوجات من واجبات الزوج ومن حقوق الزوجة وأنه في حالة الضرر المعتبر شرعا والناتج عن مخالفة أحكام العدل بين الزوجات يجوز للزوجة أن تطلب بالتطليق.

معنى العدل شرعا:

يقصد بالعدل عدم الوقوع في معصية الظلم والتسوية بين الزوجات في الأمور المطلوبة شرعا والممكن طبيعيا وهذا حتى لا تؤول حياة الأسرة إلى انشقاق وأحقاد قال

تعالى ﴿**فانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلاَّ تَعُولُواْ**﴾[1] .

فقد أمر عز وجل بالاقتصار على زوجة واحدة إذا خاف الزوج الوقوع في الظلم والأمر بالعدل في آية يحمل على الوجوب وهذا ما نلمسه في أدلة السنة النبوية في حديثه ﷺ: (**من كان له امرأتان فمال لأحدهما جاء يوم القيامة وشقه مائل**)[2] ولا يجب التسوية في الميل القلبي لأنه حالة طبيعية تبعث إلى إرادة طبيعة من الشخص ونجد هذا في قوله تعالى ﴿**وَلَن تَسْتَطِيعُواْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ النِّسَاء وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلاَ تَمِيلُواْ كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِن تُصْلِحُواْ وَتَتَّقُواْ فَإِنَّ اللّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا**﴾[3]وقوله صلى الله عليه و سلم بعد أن كان يقسم ويعدل بين زوجاته " **اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك و لا أملك** "[4] وتجدر الإشارة هنا إلى أن قوانين الأحوال الشخصية العربية نصت على إباحة التعدد مع وضع قيود قانونية متعدد ة كما تجدر الإشارة أيضا إلى أن المادة المتعلقة بالتعدد في القانون الأسرة الجزائري شملتها التعديلات الأخيرة حيث أصبح النص على الموضوع كما يلي : (**يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية التعدد يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي تقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب كترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة بمكان مسكن الزوجية**) .

ويمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتها .

- وإثبات الزواج لمبرر شرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية .
- في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق .

---

[1] - النساء3

[2] - النسائي (63/7) رقم 3942 ط2: مكتب المطبوعات الاسلامية-حلب-1986/1406

[3] - النساء129

[4] - أبي داود (242/2) رقم 2134 ط: المكتبة العصرية بيروت

– يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في 08 ق. أ .

. الشروط الموضوعية في إباحة التعدد .

– ضرورة وجود المبرر الشرعي .

– نية العدل والقدرة على توفير ضرورات الحياة .

– علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة.

– استصدار ترخيص من رئيس المحكمة.

كما يلاحظ أيضا أنه يمكن إنهاء العقد الثاني للزوجة الثانية في حالة التدليس أو في حالة عدم الأخذ بالإذن القاضي.

و يلاحظ[5] أن الجديد في التعديل هو:"طلب الترخيص بالزواج" الذي يعتبر كإجراء يهدف لحماية الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل على الزواج بها، و نلاحظ أن المشرع استعمل عبارة غير واضحة هي:" رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية" و الأصح هو عبارة "رئيس الحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية" فحسب التعديل الجديد يجب على الزوج الذي يرغب بالزواج بأخرى أن يقدم طلبا للترخيص أمام رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية، و بعدها يقوم رئيس المحكمة بالترخيص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما أي موافقة الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل عليها بالزواج، و على الزوج أن يثبت المبرر الشرعي وقدرته على توفير الشروط الضرورية للحياة الزوجية، ويقصد بالمبرر الشرعي عادة، مرض الزوجة مرضا مزمنا يعطلها عن القيام بواجباتها الزوجية أو العقم أو غير ذلك.

وإن كان من الممكن إثبات المبرر الشرعي و الشروط الضرورية للحياة الزوجية نتساءل عن معايير توفير العدل.

ولكن ما مصير الزواج الجديد إذا لم يستصدر الزوج طلب الترخيص بالزواج؟

---

[5] – فضيل العيش: مرجع سابق 15/14

الجواب نجده في المادة 8 مكرر 1،إذا رتب المشرع فسخ الزواج الجديد قبل الدخول و سكت في حالة ما إذا تم الدخول،و قياسا على ما جاء في المادة 33 من قانون الأسرة يمكن القول حسب رأينا ثبوت الزواج بعد الدخول إذا لم يستصدر الزوج طلب الترخيص مع حق كل زوجة المطالبة بالتطليق على أساس التدليس، أما المادة القديمة فكان للزوجتين السابقةّ أو اللاحقة طلب التطليق على أساس الغش أو عدم الرضا.

ولتحديد مفهوم التدليس وشروطه نعود للقواعد العامة المقررة في القانون المدني خاصة المادة 2/86 منه:" و يعتبر التدليس السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

حقوق وواجبات الزوجين:

هي موضوعات شملها تعديل 2005 وردت في المادة 36ق. أ وهي:

– المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.

– المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة والتعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.

– التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات.

– حسن معاملة كل واحد منهما الأبوي الآخر.

– المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسن والمعروف .

– زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف.

المادة 37 ق. أ " كل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما".

. إثبـات النسب .

يعتبر النسب من الحقوق الأساسية للطفل نتيجة عقد الزواج الشرعي إذ يسمح له بإيجاد الإطار الذي سيخوض فيه حياته الجديدة سواء دينا أو قانونا أو حضاريا فضلا عن

الحقوق التي تنتج عنه وقد تعرض المشرع الجزائري لهذا الموضوع في المواد 40 . 46 ق أ مبينا شروط وقوعه وطرق إثباته في حالة النزاع.

شروط النسب:

يستنتج من المواد 41 . 42 . 43 ق أ إذ أن المشرع الجزائري يستوجب في حق النسب عدة شروط:[6]

1 – أن يكون الزواج شرعيا:

أي أنه استوفى جميع أركانه وشروطه الشرعية والقانونية.

لاسيما تلك الوارد في المادة 09 ق أ .ويلاحظ أن قرارات المحكمة العليا ترى أنه لا يثبت النسب بالعلاقة الغير الشرعية ، وإن أقر الطرفان بذلك (قرار المحكمة الصادر في 27 نوفمبر 1998) كما أعتبر إثبات النسب مخالفا للشروط وللقانون إذا تم الزواج بامرأة وهي في عدة الحمل لأن الزواج في هذه الحالة باطل شرعا.

2 – أن تكون العلاقة الزوجية ممكنة :

وتكون هذه العلاقة غير ممكنة في حالة الوفاة أو مرض الزوج أو غيابه كالحبس أو السفر الطويل ومن الملاحظ أن المحكمة لا تأخذ بهذا الشرط إلا إذا كان مقرونا بشرط عدم نفي نسب الولد بالطرق الشرعية حيث نصت المحكمة العليا في القرار الصادر في 08 . 07. 1998 أنه لا تأثير لغيبة الزوج مادامت العلاقة الزوجية قائمة ولو أن ولادة الطفل جاءت بعد 16 شهرا من غيبته، باعتباره لم ينف نسب الولد بالطرق الشرعية وهذه الطرق تتمثل في اللعان.

ومع أن المشرع الجزائري لم يخصص مواد تنظم الطرق المتبعة في إجراء اللعان فإن القضاء وضع قواعد إجرائية لتلقي دعوى اللعان وأصبح من المستقر قضاء أنه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في أجل محدد بـ: 08 أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا (قرار المحكمة العليا الصادر في 28 أكتوبر 97)، ومنه يستوجب القضاء الجزائري لقبول

---

[6] – عبد القادر بن حرز الله: مرجع سابق 351.

دعوى اللعان أو نفي النسب شرطا أساسيا وهو المدة (8 أيام) بين العلم بالحمل أو رؤية الزنا وبين رفع الدعوى ، وقد يفهم من هذا الشرط أن اللعان إجراء يتم أمام المحكمة لكن الاجتهاد استقر على أنه لا يتم أمام المحاكم وإنما في المساجد (ق – م – ع) .

ويرفض القضاء دعوى اللعان في حالة تجاوز 08 أيام ولو كان الزواج عرفيا (ق. م. ع، الصادر في 08 . 07 . 97)، والملاحظ أن المحكمة لم تقبل نفي النسب إلا عن طريق اللعان الذي لم يجد في قرارها الصادر بتاريخ 15 جوان 99 إثبات النسب عن طريق تحليل الدم.

3. أن تكون مدة الحمل بين 6 أشهر و10 أشهر : وهذا الشرط مقرون كما رأينا بعدم نفي النسب عن طريق اللعان، وقد استنتجت هذه المادة من خلال الجمع بين الآيتين الكريمتين الأولى قوله تعالى: ﴿ **حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا**﴾[7].

أما الثانية فقوله تعالى: ﴿ **حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ**﴾[8].

فالأولى ذكرت الحمل والفصال (30 شهرا) والثانية ذكرت فصاله في سنتين (24 شهر) فالفارق هو ستة أشهر وهي أقل مدة للحمل.

طرق إثبات النسب:تحدثت عليها المواد 40_44_45 ق.أ وهي المواد التي تنص على طرق إثبات النسب وهي:

1- **الزواج** : سواء كانت صحيحة أو غير صحيح (قد فسخه بعد الدخول)

2- **الإقرار** : فحسب نص المادة 44 ق.أ المتعلقة بالإقرار أنها وضعت له شرطين أساسيين هما:

- أن ينص الإقرار على شخص مجهول النسب .

---

[7] – الاحقاف15

[8] – لقمان14

- أن يصدقه الفعل والعادة.

3- **البينة:** وهي الأدلة والوسائل التي بموجبها يتم إثبات وجود واقعة وتعد الشهادة من وسائل الإثبات في الأحوال الشخصية.

التعديلات المتعلقة بإثبات النسب:

أصبح للمادة 40 ق.أ فقرة ثانية 2 تنص على أنه ((**يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.**

لقد كان من قبل عدم قبول لإثبات النسب أو نفيه إلا عن طريق اللعان لذا لم تجد المحكمة في قراراها الصادر 1999/06/15 إثبات عن طريق تحليل الدم وقد نص المشرع م 45 (**معدلة**) على إحداث هذه المسائل العلمية وهي التلقيح الاصطناعي " **ويجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي**".

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط التالية:

- أن يكون الزواج شرعيا .
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.
- أن يتم بمني الزوج وبويضة الزوجة دون غيرهما.
- لا يجوز اللجوء التلقيح الاصطناعي باسم الأم البديلة.

وهناك وسائل علمية أخرى سكت عنها المشرع ولعل عدم تعرضه لها راجع إلى عدم استقرار الحكم الشرعي بالجواز أو عدمه وعلى رأسها البصمة الوراثية فهذه الوسيلة محل جدل بين علماء الشريعة لجعلها وسيلة لإثبات النسب وذلك لبعض الإشكالات التي تثيرها ومنها اللعان.

ولذلك قرر المجتمع الفقهي في دورته الختامية بمكة المكرمة ما يلي:

لا مانع شرعي من اعتماد البصمة في التحقيق الجنائي.

- لا يجوز الاعتماد عليها في نفي النسب وتقديمها على اللعان.
- لا يجوز استخدامها بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعا.

ويجوز الاعتماد عليها في الحالات التالية:

- حالة التنازع على مجهول النسب .
- حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز الولادة.
- حالات ضياع الأولاد و اختلاطهم بسبب الحوادث.

على أن يتم استعمالها بشروط هي :

- أن لا يتم إجراء التحليل إلا بإذن من الجهة المختصة .
- أن يجري التحليل في مخبرين على الأقل .
- يفضل أن تكون المخابر تابعة للدولة.

التبني : هو أن يدعي شخص أبوة ولد معروف النسب أو مجهوله دون رباط زوجي بينه و بين أم هذا الولد.[9]

آثار تحريم التبني [10]:

- حل زوجة المتبنَى للمتبنِي.
- عدم ثبوت النسب.
- بطلان التوارث.
- اعتبار المتبني غير محرم.

وقد منعت التشريعات العربية كلها نظام التبني سواء بالنسبة للأطفال المعلومين الوالدين أو لمجهوليها، ولم يشد عن هذا إلا المشرع التونسي.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 46 على أنه:" **يمنع التبني شرعا وقانونا** " وقد أعطى المشرع البديل لنظام التبني وهو الكفالة حيث تعد في المادة 116 ق. أ والمادة 125 . وهي إلزام على وجه التبرع بالعناية لولد قاصر من نفقة ورعاية . وتتم بعقد شرعي أمام المحكمة أو الموثق ويستوي في ذلك أن يكون الولد المكفول مجهول النسب أو معلومه.

---

[9] – عبد الرحمان الصابوني: مرجع سابق 180

[10] – محمد محي الدين عبد الحميد: مرجع سابق 373

اللقيط :

وهو مولود حديث الولادة نبذه أهله فرارا من تهمة الزنا أو غير ذلك والنظام المتبع في الجواز للتعامل مع هذا النوع من الأطفال هو ما نص عليه قانون الحالة المدنية م 67 "على كل شخص وجد مولودا حديث الولادة أن يصرح به إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه.