

محاضرات الأستاذ فرجي بن سنوسي في مقياس قانون الأسرة لطلبة السنة الثانية (السداسي الثالث) .

مقدمة :

الحمد لله الذي بنعمته تم الصالحات و الصلاة و السلام على أشرف المرسلين و رحمة الله للعالمين سيدنا محمد الصادق الوعد الأمين وعلى آله و جميع صحابته الغر المحجلين و التابعين و من بعدهم بإحسان إلى يوم الدين أما بعد :

فهذه محاضرات في مقياس قانون الأسرة ( الأحوال الشخصية ) أقدمها لأبنائي و بناتي ، طلبة السنة الثانية حقوق ( السداسي الثالث ) . و إن كانت لا غني عن التعليم الحضوري في المدرجات .

و نظرا لأن الحجم الساعي المخصص لهذه المادة ( ساعة و نصف في الأسبوع ) ، يعتبر قليلا بالمقارنة مع طول البرنامج المقرر عليكم في هذا السداسي و الذي يتناول عقود الزواج و آثاره في الباب الأول و حلال الرابطة الزوجية و آثاره في الباب الثاني ، لهذا فإننا و خينا الإختصار غير المخل و المؤدي للغرض المنشود في عرض هذه المحاضرات . و الله سأل أن يكتب لنا و لكم التوفيق و السداد في القول و العمل و أن يهدينا سبل الرشاد به و ولي ذلك و القادر عليه أمين .

**الباب الأول : انعقاد الزواج و آثاره :**

صت المادة الثانية من ق أ على أن الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع و تكون من أشخاص جمع بينهم صلة الزوجية و صلة القرابة . يستنتج من هذه المادة أن الزواج الشرعي هو الإطار القانوني الصحيح لبناء الأسرة ، كما عرف المشرع الزواج في المادة الرابعة من قانون الأسرة بأن : " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي ، من أهدافه كوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحصان الزوجين و المحافظة على الأساب ."

**الفصل الأول : انعقاد الزواج :**

ظرا لأهمية عقد الزواج فإن المشرع جعل له شروطا موضوعية بحيث لا ينعقد صحيحا إلا بتوافرها مجتمعة أدرجها ضمن المادتين 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة ، ولما كان عقد الزواج بالنظر إلى كونه رباطا و ميثاقا غليظا ، فإن القانون جعله مسبقا بفترة مهيدية تسمى الخطبة جعل لها أحكام خاصة بها .

مبحث مهيدي : أحكام الخطبة :

تعريف الخطبة : الخطبة بكسر الخاء في اللغة هي طلب التزوج بالمرأة .

أما في الاصطلاح فالخطبة هي واعد متبادل بين رجل و امرأة يحل له العقد عليها على إبرام عقد الزواج في المستقبل . و عرفها مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية في مادته الأولى بقوله : " الخطبة طلب التزوج و الوعد به و يدخل في حكمها قراءة الفأحة و بادل الهدايا ."

أما قانون الأسرة فقد نص في المادة الخامسة على أن : " الخطبة وعد بالزواج...."

الطبيعة القافية للخطبة : إن الخطبة هي مجرد وعد غير ملزٍ يعد فيه كل واحد من الطرفين الطرف الآخر بإبرٍ عقد الزواج في المستقبل مع احتفاظهما بحق العدول في أي وقت و هذا ما صت عليه المادة الخامسة من ق أ : " الخطبة وعد بالزواج . يجوز للطرفين العدول عن الخطبة . "

إن فكرة عد الإلزام في الخطبة كوعد بالزواج يتماشى مع الحكمة من شريعها ، لأها ما شرعت ليوازن فيها الخاطب و المخطوبة الأمور بحكمة و روية فإذا أزمناهما بإبرٍ عقد الزواج لمجرد الخطبة فإن في ذلك إخلال بركن الرضا . و هذا خلافا للوعد بالتعاقد المنصوص عليه في المادة 72 من القانون المدني فإنه ملزٍ للواعد .

إلا أن الخطبة و إن كانت مجرد وعد بالزواج و أن هذا الوعد غير ملزٍ بحيث يمكن العدول عنه ، إلا أنها يمكن أن تحول إلى عقد زواج وفقا لنص المادة 6 ق أ التي قضت بأن : " اقتران القافة بالخطبة لا يعد زواجا . غير أن اقتران القافة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى وافر ركن الرضا و شروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون . " من خلال ص هذه المادة يتبين أن القافة إذا اقترنت بالخطبة يمكن أن تكون عقدا إذ م بادل الرضا في مجلس العقد و وافرت شروط الزواج من ولي وشاهدين و صداق و تفاء الموانع . ويمكن إثباته بعد ذلك بحكم قضائي طبقا لنص المادة 22 ق أ .

#### الآثار القافية المترتبة على العدول عن الخطبة :

إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة فإن هناك بعض الإشكالات القافية ثار كالحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر و الحق في استرداد الهدايا و حكم الصداق .

أولا: التعويض عن الضرر المادي و المعنوي :

صت المادة 5 من ق أ على أ ه : " إذ ب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي جاز الحكم له بالتعويض . " و الضرر المادي هو الخسارة المالية التي صيب المضرور كأن يعد الخاطب جهازا على مقياس المخطوبة أو يشترط عليها رك الوظيفة ثم يقع العدول ، أما الضرر المعنوي فهو الضرر الذي يصيب الشخص في عاطفته و شعوره كأن يثير الطرف الذي عدل شائعات و أقاويل سيء إلى سمعة الطرف الآخر ، فالمضرور أعطاه المشرع الحق في المطالبة بالتعويض سواء أصابه ضرر مادي أو معنوي ، و ذلك على أساس المسؤولية التقصيرية لأن الخطبة هي وعد بالزواج و ليست عقدا .

غير أن المشرع ب الحق في المطالبة بالتعويض على العدول مع أ ه حق لكل واحد من الطرفين فكيف يكون الإنسان مسؤولا عن استعمال حقه ما لم يكن متعسفا . فالمسؤولية التقصيرية ينبغي أن تكون على وقائع مصاحبة للعدول و ليس عن العدول في ذاه لأه حق .

ثانيا حكم الهدايا :

قد يتبادل الخاطب و المخطوبة بعض الهدايا في فترة الخطبة ثم يحدث العدول فما هو حكم الهدايا ؟ هل يكون من حق من أعطى الهدية أن يستردها ؟

صت المادة 5 من ق أ في فقرتها 3 ، 4 لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه ، و عليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهداه له أو قيمته.

و إن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن رد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته .

فالقاعدة طبقا لما قضت به الفقران 4،3 من المادة 5 من ق أ، أن من عدل يرد و لا يسترد و إن كانت صياغة المادة الخامسة يشوبها بعض الغموض و لكن عموماً قول أن المشرع ساوى بين الخاطب و المخطوبة و جعل لمن لم يعدل الحق في استرداد الهدايا التي قدمها للطرف الآخر و له الحق أيضا في عدل رد الهدايا التي كان قد سلمها من الطرف الآخر . فالذي يعدل هو الذي يفقد الهدايا التي قدمها و يلتزم برد لك التي سلمها .

أما في يخص طبيعة الأشياء التي رد فقد ص المشرع على أن الأشياء الإستهلاكية والتي كون قد استهلك لا رد أما الأشياء القيمة فترد بعينها إن كانت قائمة أو قيمتها إذا هلكت أو صرفت فيها وإن كانت صياغة الفقرة قول ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته يمكن أن يستفاد منها رد حتى قيمة ما استهلك.

### ثالثا: حكم الصداق:

قد يقدر الخاطب للمخطوبة في فترة الخطبة جزء أو كل الصداق قبل إبراء العقد، ثم يحدث العدول سواء منه أو منها فهل له أن يسترد هذا الصداق؟

إن كل ما قدمه الخاطب للمخطوبة قبل إبراء عقد الزواج لكي يحسب من الصداق فإنه يسترده في حالة فصل الخطبة سواء كان العدول منه أو منها، لأن الصداق لا يجب إلا بالعقد و في فترة الخطبة لا يوجد عقد الزواج وبالتالي لا حق للمخطوبة فيه وذلك طبقا لنص المادة 16 ق أ: "ستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج." فالصداق هو من حق الزوجة و ليس من حق المخطوبة فمن حق الخاطب في حالة فسخ الخطبة أن يسترد كل ما قدمه على أنه من الصداق إن كان قائما بعينه أو قيمته إذا هلك أو استهلك.

### المبحث الأول : الشروط الموضوعية لإعقاد الزواج :

الشروط الموضوعية لعقد الزواج تتمثل في ركن الرضا طبقا لنص المادتين 9 و 10 من قانون الأسرة ، و الأهلية و الشاهدين و الصداق و الولي في حالة وجوبه و إتيان المولع الشرعية و هذا طبقا لنص المادة 9 مكرر من قانون الأسرة ، و بالنظر إلى أهمية عقد الزواج باعتبار أن محله هو حياة الإنسان لأهله إرباط بين رجل و امرأة يفترض أن يكون لمدى حياتهما ، فإن الشرع و القانون جعلاه مسبوqa بفترة مهيدية سمي بفترة الخطبة و جعلها أحكاما خاصة درسها في المطلب الأول ثم درس الشروط الموضوعية في مطالب مستقلة .

### المطلب الأول : ركن الرضا :

الرضا هو الركن الأساسي لإعقاد عقد الزواج و بدونه يكون الزواج باطلا فقد نصت المادة 9 من ق أ على أن : " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين."

و المقصود برضا الزوجين هو اقتران الإيجاب بالقبول على حو يدل على راضي الطرفين و إيجاب إرادتهما إلى إبراء العقد .

طرق التعبير عن الإرادة صت المادة 10 ق أ على أن : "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين و قبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا.

و يصح الإيجاب و القبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة و الإشارة."

من خلال ص هذه المادة يتبين أن المشرع وضع قاعدة عامة بالنسبة لغير العاجز عن الكلا فاشتراط بالنسبة له أن يكون التعبير بالألفاظ ولم يشترط عليه ألفاظ محددة بل يمكن أن يكون بأي لفظ يدل على معنى الزواج في العرف أو اللغة أو الشرع.

أما في الفقرة الثانية من المادة 10 ق أ فقد وضع استثناء بالنسبة للعاجز عن الكلا فأجاز له التعبير عن إرادته بكل ما يفيد معنى الزواج كالكتابة و الإشارة.

شروط الصيغة التي ينعقد بها العقد:

1- أن كون الصيغة منجزة: أي فيد عقد العقد في الحال فور اقتران الإيجاب بالقبول و بيه لآثاره و من ثم لا يجوز أن كون الصيغة مضافة إلى المستقبل وهي الصيغة التي فيد يب العقد لآثاره في الزمن المستقبل كما لا يجوز أن كون الصيغة معلقة على شرط احتمالي وهي الصيغة التي جعل عقد الزواج معلق على حدوث امر احتمالي قد يقع و قد لا يقع.

2- ألا كون الصيغة دالة على أقبيت عقد الزواج: و كون الصيغة مؤقتة إذا كانت مؤقتة بما يدل على أقبيت الزواج بمدة محددة إما صراحة أو ضمنا فالزواج المؤقت هو زواج باطل.

3- أن كون الصيغة صادرة عن إرادة سليمة من العيوب كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو الإستغلال

4- أن يقترن الإيجاب بالقبول في مجلس العقد قبل رجوع الموجب في إيجابه أو فضااض مجلس العقد.

5- مطابقة الإيجاب للقبول وذلك بأن يتناول القبول جميع عناصر الإيجاب فإذا عدل القابل في الإيجاب لا ينعقد العقد و ما يعتبر التعديل في الإيجاب ، إيجابا جديدا يحتاج إلى قبول .

الاشتراط في عقد الزواج:

هل يجوز لأحد الزوجين أن يشترط على الزوج الآخر بعض الشروط التي حقق له منفعة معينة؟

جاء في المادة 19 ق أ: " للزوجين أن يشترط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يربها ضرورة لاسيما شرط عدد الزوجات و عمل المرأة ما لم تنافى هذه الشروط مع أحكام قانون الأسرة."

قرر المشرع الجزائري في المادة 19 ق أ مبدأ حرية الإشتراط فأجاز للزوجين وضع ما شاءوا من الشروط التي حقق مصالحهم و أعطى أمثلة منها شرط عدد الزوجات و عمل المرأة وبذلك يكون المشرع قد وسع في إباحة الشروط في عقد الزواج.

إلا أن المشرع قيد حرية الزوجين في الإشتراط بأن لا كون هذه الشروط مخالفة لنصوص قانون الأسرة و من ثم إذا كان الشرط يتعارض مع ص من صوص قانون الأسرة فهو شرط باطل.

وقت الإشتراط: إن وقت الإشتراط إما أن يكون عند إبراء عقد الزواج بحيث درج هذه الشروط في ملخص عقد الزواج و إما أن يكون بعد إبراء عقد الزواج و ذلك بعقد رسمي يسمى عقد المشاركة دون فيها الشروط المتفق عليها.

### جزاء الإخلال بالشروط الصحيحة:

إذا فاق الزوجان على شروط لا تعارض مع قاون الأسرة ثم أدخل الملتزم بما التزم به من الشروط فإن المشرع ص في المادة 53 ق أ الفقرة 9 على حق الزوجة في طلب التطلق بسبب إخلال الزوج بالشروط المتفق عليها في عقد الزواج ولم ينص المشرع على حالة إخلال الزوجة بالشروط ويمكن تفسير ذلك بأن الزوج له الحق في الطلاق بإرادته المنفردة بخطأ من الزوجة في هذه الحالة طبقاً لنص المادة 48 ق أ.

أثر اقتران عقد الزواج بالشروط الباطل: إذا اقترن عقد الزواج بشرط باطل وهو الشرط الذي يتعارض مع قاون الأسرة يمكن التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان الشرط الباطل يمس شروط الإعتقاد فإنه يؤدي إلى بطلان العقد طبقاً لنص المادة 32 ق أ: "يبطل الزواج إذا اشتمل على ما مع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد."

الحالة الثانية: إذا كان الشرط الباطل لا يمس شروط الإعتقاد و ما يتعلق بآثار العقد فإن الشرط يبطل ويبقى العقد صحيحاً طبقاً لنص المادة 35 ق أ: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلاً و العقد صحيحاً."

### المطلب الثاني : الأهلية:

صت المادة 7 من ق أ على أهلية الزواج بقولها "كتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتماماً 19 سنة و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى أكدت قدرة الطرفين على الزواج .

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات ."

الملاحظ على هذه المادة أن المشرع وحد سن أهلية الزواج فجعلها 19 سنة لكل من الزوجين و ذلك بموجب تعديل 27 فبراير 2005 ، بعد أن كانت سن الأهلية قبل التعديل 21 سنة للرجل و 18 سنة للمرأة .

و حسناً فعل المشرع لأن و حيد الأهلية بالنسبة للجنسين و جعلها 19 سنة مكن من فادي المشاكل القانونية التي كانت موجودة خاصة في العلاقة بين قاون الأسرة و القاون المدني و قاون الإجراءات المدنية ، حيث كان الرجل يعتبر بالغاً في القاون المدني و لكنه قاصر في قاون الأسرة وكذلك المرأة كانت تعتبر بالغة في قاون الأسرة و لكنها قاصرة في القاون المدني ، فجاء التعديل و رفع هذا الإشكال .

كما سمح المشرع للقاضي أن يرخص بالزواج لمن لم يبلغ سن 19 سنة لمصلحة أو ضرورة .

غير أن المشرع لم يحدد الحد الأدنى للسن الذي يتوقف عنده القاضي عند منح الترخيص ، كما أن المصلحة و الضرورة لهما مفهوم مطاط و واسع ، مما قد يجعل القاضي يتوسع في منح الترخيص بالزواج ، هذا فضلاً على عدم حديد من هو القاضي المختص بمنح الترخيص . كما أن ص المادة 7 ق أ

لم ينص على التكيف القانوني لعقد الزواج الذي يبرأ دون بلوغ أحد الزوجين السن القانونية و دون رخص قضائي .

و إذا كان مشكل أهلية التقاضي يطرح قبل تعديل 2005 بالنسبة لمن يتزوج دون السن القانوي بترخيص قضائي، فإن المشرع قد عالج هذا المشكل بعد التعديل حيث أضاف الفقرة الأخيرة من المادة 7ق أ و التي قضت بأن: " يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات . " و هذا يعتبر رشيد جزئي خاص بالتقاضي حول آثار عقد الزواج و إن كنا فضل اعتبار الزوج المرخص له بالزواج في حكم الراشد.

### المطلب الثالث : الصداق :

صت المادة 9 مكرر من ق أ على أنه يجب أن توفر في عقد الزواج الشروط الآتية :

-أهلية الزواج

- الصداق .....

تعريف الصداق :

الصداق أو المهر هو ذلك المال الذي يجب في ذمة الزوج حقا لزوجته بناء على عقد الزواج . و عرفتة المادة 14 ق أ بقولها: " الصداق هو ما يدفع حلة للزوجة من قود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا و هو ملك لها تصرف فيه كما شاء . "

من خلال هذه المادة يمكن أن سنتنبط الشروط الواجب وافرها في ما يصلح أن يكون صداقا .

شروط الصداق : يشترط في ما يعتبر صداقا ما يلي :

1 – أن يكون الصداق مالا و المال هو كل ما يتموله الناس وكون له قيمة مادية في ظرهم فيشمل المال كل الأعيان سواء كانت عقارات أو منقولات ، و المنافع ، كل حق له قيمة مالية كحقوق الملكية الفكرية و الصناعية و ما يكون للشخص من حقوق شخصية على الغير .

2 – أن يكون مالا مباحا شرعا و المال المباح هو المال المتقو في ظر الشارع بحيث يمكن الإقناع به شرعا و الأصل في الأشياء هو الإباحة ، أما إذا كان المال مما لا يباح الإقناع به شرعا كالخمر و المخدرات و عوائد القمار و الملاهي فإنه لا يجوز أن يكون صداقا .

3 – أن يكون معلوما و محددًا بدقة فإذا كان عينا يجب أن يكون محددة بوضوح و إذا كان منفعة يجب أن تكون محددة المدة و إذا كان مالا يجب أن يكون محدد المقدار ، فإن المال المجهول المقدار لا يصلح أن يكون صداقا .

4 – أن يكون المال مقدورا على سليمة ، فإذا كان المال مملوكا للزوج و لكنه غير قادر على سليمة لكوه مغتصبا أو مسروقا أو ضاع منه ، فإنه لا يكون صداقا .

الطبيعة القانوية للصداق :

من خلال مراجعة صوص قانون الأسرة لا سيما المادان 9 مكرر و 33 يمكننا القول بأن المشرع اعتبر الصداق شرط من شروط صحة عقد الزواج و هو ما صت عليه المادة 9 مكرر بقولها : " يجب أن توفر

في عقد الزواج الشروط الآتية : ----- - الصداق " ، ثم أي المادة 33 ق أ فتبين الجزاء الفاق في المتزوّج على خلف شرط الصداق في العقد بقولها : " إذ لم عقد الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه ، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه و يثبت بعد الدخول بصداق المثل . "

فالمشرع قد اعتبر الزواج بدون صداق – أي في حالة الإيفاق بين الزوجين على أن الزوجة لا صداق لها-

فإن هذا الزواج يكون فاسدا طبقا لمقتضيات المادة 33 ق أ السالفة الذكر، و يبدو أن المشرع قد أخذ هذا الحكم من الفقه المالكي ، لأن القاعدة عندهم أن " الفاسد لصداقه يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه و يثبت بعد الدخول بصداق المثل. "

أواع الصداق في قانون الأسرة وعين من الصداق و هما الصداق المسمى و صداق المثل شرحهما فيما يلي :

أ – الصداق المسمى : وهو الصداق الذي لم الإيفاق عليه بين الزوجين وراضيا عليه و سجل في ملخص عقد الزواج من طرف الموظف المختص و هو ما صت عليه المادة 15 ق أ بقولها : " يحدد الصداق في العقد ... " و هذا الصداق المسمى يجب في ذمة الزوج بعقد الزواج الصحيح ، متى كانت التسمية صحيحة ، بأن وافرت فيها الشروط التي ذكرها سافا .

و يأخذ الصداق المسمى حالتين ذكرهما المادة 15 ق أ و هما الصداق المعجل وهو الصداق الذي يلتزم الزوج بأن يدفعه قبل الدخول . أما الصداق المؤجل فهو الذي يتم الإيفاق بين الزوجين على أن يدفع بعد الدخول في خلال أجل يتم حديده بالإيفاق بين الطرفين .

و في حالة سكوت الطرفين فتتم الاستعانة بالعرف السائد في مكان إبرام العقد .

ب – صداق المثل : و هو صداق امرأة مائل الزوجة في بعض الاعتبارات التي رغب في الزواج كالسن و الدين و الجمال و العلم و غيرها ، و القاضي هو الذي يقدر صداق المثل عندما يطلب منه إصدار حكم بإثبات الزواج الذي لم فيه الدخول دون حديد الصداق .

و يجب صداق المثل في عقد الزواج الفاسد بسبب خلف الصداق والذي لم فيه الدخول ، كما يجب في حالة بطلان الصداق المسمى لتخلف شرط من شروط الصداق التي ذكرها سابقا .

مؤكدات الصداق :

إذا كان الصداق يجب بعقد الزواج الصحيح ، إلا أن الزوجة لا ستحقه كاملا إلا إذا حقق أحد أمرين صت عليهما المادة 16 ق أ بقولها : " ستحق الزوجة الصداق كاملا ، بالدخول ، أو بوفاة الزوج ... "

1 – دخول الزوج بزوجه :

إذا عقد الرجل على المرأة عقد الزواج و دخل بها استحققت بذلك كامل الصداق و إن كان المشرع قد ذكر كلمة الدخول دون فصيل فيما إذا كان المقصود به الدخول الحقيقي - الذي يراد به حقق المعاشرة بين الزوجين – أو الدخول الحكمي الذي يطلق عليه الخلوة الصحيحة ، إلا أن المحكمة العليا فصلت هذا الإجمال فقضت بأن كلمة الدخول شمل أيضا الخلوة الصحية في عدة قرارات منها مثلا القرار الصادر بتاريخ 08 / 05 / 2002 حيث قررت المبدأ الآتي : الخلوة الصحيحة ، بعد وافر أركان الزواج جعل

الدخول قدّم شرعا . و جاء في حيثيات هذا القرار : " و حيث أن الزوج طلب الطلاق قبل الدخول و لكن ثبت للمجلس أن الدخول قدّم فعلا و قد تج عنه طفل سمي ( أ. ) نتيجة الخلوة بالزوجة في بيت أهلها مما يجعل الدخول قدّم شرعا . "

## 2 – وفاة الزوج :

ستحق الزوجة أيضا كامل الصداق في حالة ما إذا مات الزوج قبل الدخول ، بالإضافة إلى صيبتها في الميراث من ركة زوجها المتوفى ، لأن سبب التوارث بين الزوجين هو عقد الزواج الصحيح المادة 126 ق أ . إلا أن المشرع سكت عن الحالة التي موت فيها الزوجة قبل الدخول هل يكون من حق وراثتها مطالبة الزوج بكامل الصداق ؟ معتقد أن لهم الحق في ذلك لأن الموت أمر لا دخل لإرادة الزوجة فيه و يمكن إجراء مقاصة بين حق الزوج في ركة زوجته و حق وريثة الزوجة في كامل الصداق .

## نصيف الصداق :

لا ستحق الزوجة إلا نصف الصداق المسمى و يكون هذا في حالة الطلاق قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة ، طبقا لنص المادة 16 ق أ و التي جاء فيها : " ..... ، و ستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول . " و هذا الحكم مأخوذ من قوله برك و عالي : " و إن طلقتموهن من قبل أن مسوهن و قد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم . " سورة البقرة – الآية 235 .

و إذا كان الصداق المسمى و المحدد في العقد هو الذي ينصف في حالة الطلاق قبل الدخول ، فإن المشرع لم يبين في المادة 16 ق أ حكم الحالة التي لا يسمى فيها صداق في العقد الصحيح و يقع الطلاق قبل الدخول و يرى أن يقدر لها القاضي مبلغا من المال يسمى المتعة و ذلك عملا بقوله عالي : " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم مسوهن أو فرضوا لهن فريضة و متوهن على الموسع قدره و على المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين . " سورة البقرة الآية 234 .

مسقطات الصداق : يسقط الصداق و لا يطالب به الزوج في الحالات الآتية :

1 – إذا وهبت الزوجة لزوجها كل الصداق قبل الدخول أو بعده .

2 – إذّم فسخ الزواج الفاسد لتخلف الشاهدين أو الصداق أو الولي في حالة وجوبه و كان الفسخ قبل الدخول . (المادة 33 ق أ )

3 – في حالة عدّ المأّم الزواج بالدخول لسبب راجع إلى الزوجة ، و هو ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرارها 1988 / 11 / 21 و الذي جاء فيه : " ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الأب لم يستعمل ولايته كما هو مطلوب منه شرعا بل هو الذي رفض المأّم الزواج فإن المجلس بقضائه برد ما قبضته من الصداق الذي ثبتت مسؤوليته فيه طبق صحيح القاون . "

## النزاع حول الصداق :

قد يثور أحيانا النزاع بين الزوجين حول مقدار الصداق المسمى أو حول تسليم و استلام الصداق فكيف يحل هذا النزاع ؟ نصت المادة 17 ق أ على أنه : " في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو وراثتهما و ليس لأحدهما بينة و كان قبل الدخول ، فالقول للزوجة أو وراثتها مع اليمين و إذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو وراثته مع اليمين . "

فالمشرع قد وضع خطوات قانوية لحل النزاع تمثل فيما يلي :

1 – إذا وجدت البينة لدى أحد الخصمين ولم يجد لدى الخصم الثاني أي بينة فإن القاضي يقضي لمن معه البينة .

2 – إذا لم يجد أي بينة لدى الخصم فإن المشرع فرق بين أن يكون النزاع قبل الدخول أو بعد الدخول.

أ – إذا كان النزاع قبل الدخول فالقول قول الزوجة بيمينها .

ب – إذا كان النزاع بعد الدخول فالقول قول الزوج مع أداء اليمين وذلك لأن الأصل أن الزوج لا يدخل بزوجه إلا بعد دفع الصداق.

المطلب الرابع : الولاية في الزواج :

أعاد المشرع تنظيم موضوع الولاية في الزواج بموجب الأمر رقم 05 – 02 المؤرخ في 27 - 02 - 2005 ( ج ر 15 ) ، فأدخل عدليات جوهرية مست موضوع الولاية في الزواج في الصميم .

تعريف الولاية :

لم يعرف المشرع الولاية في قانون الأسرة ، أما في الاصطلاح الفقهي فنجد الفقهاء يعرفونها بأنها : " سلطة جعل لمن تثبت له القدرة على إتيان التصرفات والعقود ونفيها في حق نفسه أو في حق من هو

تحت ولايته . "

وإذا كانت الولاية على الغير تقسم إلى ولاية على النفس و ولاية على المال ، فإن الولاية في الزواج ندرج ضمن الولاية على النفس . ( لمزيد من التفاصيل راجع الإملأ محمد أبو زهرة - الولاية على النفس - دار الفكر العربي - القاهرة - سنة 1994 ).

الطبيعة القانونية للولاية في الزواج :

أدرج المشرع الولي ضمن الشروط الواجب وافرهما في عقد الزواج وذلك في الفقرة الثالثة من المادة 9 مكرر ق أ ، و إن كانت كلمة الولي جاءت في نص هذه المادة مجملة بدون تفصيل ، إلا أن المادة 11 ق أ ولت تفصيل وشرح هذا الإجمال حيث نصت على ما يلي :

" عقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر يختاره .

دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون ، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له . "

يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع فرق في موضوع الولاية بين المرأة الراشدة والفتاة القاصرة :

أ – المرأة الراشدة : لها الولاية الكاملة في إبرام عقد زواجها بنفسها لأن المشرع أضاف العقد إليها بقوله " عقد المرأة الراشدة " ، أما الولي فدوره هو حضور مجلس العقد فقط دون أن يكون له رأي في الموضوع هذا من جهة و من جهة أخرى فإن القانون لم يشترط في الشخص الذي يحضر مجلس العقد كولي أن يكون هو الأب أو أحد الأقارب إذا لم يوجد الأب و ما استعمل حرف " أو " الذي يفيد

التخيير، فالمرأة الراشدة مخيرة بين أن حضر أبها أو أحد الأقارب أو أي شخص آخر و لو من غير الأقارب . مع وجود الأب و هذا أمر مستقب و غريب عن الدين الإسلامي الذي يدعو إلى بر الوالدين .

إذن سنتج من الفقرة الأولى من المادة 11 ق أ أن الولاية ليست لا ركن ولا شرط من شروط صحة العقد بالنسبة للمرأة الراشدة ، فهي التي زوج نفسها .

ب- الفتاة القاصرة : استعمل المشرع في الفقرة الثانية من المادة 11 ق أ لفظ القصر و هو لفظ يفيد العموم أي أنه يشمل الذكور و الإناث القصر و هؤلاء يزوجهم أولياؤهم مع مراعاة وجوب الحصول على رخيص من القاضي ، و لما كان من النادر جدا في الواقع العملي أن يتزوج الفتى دون السن القانوني فسنعصر حديثنا حول الفتاة القاصرة .

1 – أسند القانون زواج القاصرة إلى الولي و ذلك في قوله : " يتولى زواج القصر أولياؤهم " و هذا يعني أن الولي هو شرط صحة في إبرام عقد الزواج بالنسبة للفتاة القاصرة و لعل مما يوضح الأمر أكثر ص المادة 33 ق أ : " ..... إذ م الزواج بدون شاهدين أو صدق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول و لا صدق فيه و يثبت بعد الدخول بصدق المثل . " و لما كان الولي غير واجب بالنسبة للراشدة فهذا يعني أنه لا يكون واجبا إلا بالنسبة للقاصرة و ب القانون على خلف الولي في هذه الحالة فساد عقد الزواج و الجزء هو فسخ العقد قبل الدخول بدون استحقاق الزوجة للصدق ، أما إذ م الدخول فيثبت مع استحقاق الزوجة لصدق المثل و هذا حكم شاذ لا أصل له لا في الفقه الإسلامي ولا في القانون المدني الجزائري إذ كيف يثبت عقد الزواج و يعتبر في حكم العقد الصحيح مع خلف شرط الأهلية و شرط الولي و شرط الترخيص القضائي ؟

2 – في باب الأولياء جعل المشرع الأب في المرتبة الأولى وبعده أحد الأقارب الأولين بدون ريب و كان من الأفضل لو أنه ربهم كتر بينهم في الميراث .

حدود سلطة الولي : هل للولي الحق في أن يمنع موليته من الزواج إذا كانت رغبة فيه و هل له الحق في إجبارها على الزواج إذا لم تكن رغبة في ذلك ؟

أ – المنع من الزواج : كان ق أ ينص في المادة 12 منه قبل التعديل على أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان أصلح لها و إذا وقع المنع للقاضي أن يأذن به مع مراعاة المادة 9 من هذا القانون . غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت .

إذن كانت المادة 12 ق أ سمح للولي أن يمنع موليته من الزواج إستثناء بالشروط الآتية :

1 – أن يكون الولي هو الأب . 2 – أن تكون البنت المولى عليها بكرا . 3 – أن يكون في المنع مصلحة للبنت .

إلا أن هذه المادة ألغيت بموجب الأمر رقم 05 – 02 الصادر في 27 – 02 – 2005 و يمكن تفسير هذا الإلغاء بأن الراشدة ليس للولي عليها سلطان طبقا للفقرة الأولى من المادة 11 ق أ ، لكن الأمر يبقى غامضا بالنسبة للقاصرة ، إلا إذا فسرنا عبارة " و القاضي ولي من لا ولي له " الواردة في الفقرة الثانية من المادة 11 ق أ بأن رفع أمرها للقاضي في حالة المنع و هي بصدد طلب الترخيص القضائي .

ب – الإيجار على الزواج : ص المشروع صراحة على عدّ جواز إيجار المولى عليها على الزواج في المادة 13 ق أ التي بآه : " لا يجوز للمولى أبا أو غيره ، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها . " و بذلك كون ولاية الإيجار لا وجود لها في قانون الأسرة سواء كان المولى هو الأب أو غيره و سواء كانت المولى عليها بالغة أو قاصرة ، فلا يجوز إجبارها على الزواج .

و إذا كان ص المادة 13 ق أ قد ذكر القاصرة فقط فذلك لأن الراشدة لا سلطان للمولى عليها بموجب الفقرة الأولى من المادة 11 ق أ .

#### المطلب الخامس : الشهادة على الزواج :

ص المشروع على شرط الشهود ضمن الشروط الواجب وإفراها في عقد الزواج بصفة مجملة وفي كلمة واحدة في العنصر الرابع من المادة 9 مكرر ق أ بقوله : " – شاهدان " . ولهذا أدرجنا الشهود في عقد الزواج مع الشروط الموضوعية ماشيا مع النص القانوني و الفقه الإسلامي الذي يعتبرهما كذلك .

الطبيعة القانونية للشهادة على الزواج :

من خلال الجمع بين المادتين 9 مكرر التي ذكرت الشاهدين ضمن شروط الصحة كما أسلفنا ، و المادة 33 ق أ التي صت على آه : " ..... إذ م الزواج بدون شاهدين .... يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه و يثبت بعد الدخول بصداق المثل . " يمكن القول بأن المشروع اعتبر الشاهدين شرط من شروط الصحة و ب على خلفهما فساد العقد و الجزاء هو الفسخ قبل الدخول بلا صداق وإذ م الدخول بلا إسهاد يثبت و يعتبر في حكم العقد الصحيح و يستحق الزوجة صداق المثل . وهذا الحكم مخالف ماما لما هو ثابت في الفقه الإسلامي ، فجمهور الفقهاء يشترطون لصحة الزواج الإسهاد عند العقد و حتى علماء المالكية الذين أجازوا أن يتأخر الإسهاد إلى ما قبل الدخول ، قالوا إذا دخل الزوج بزوجه بدون إسهاد لا عند العقد و لا عند الدخول يفسخ العقد ، قال الشيخ خليل في المختصر ص 112 : " و إسهاد عدلين غير المولى بعقده و فسخ إن دخلا بلاه . " و الضمير في " بلاه " يعود على الإسهاد .

شروط الشاهدين :

لم ينص قانون الأسرة على الشروط الواجب وإفراها في الشاهدين و عملا بنص المادة 222 ق أ لابد من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لسد هذا الفراغ .

1 – كمال الأهلية و هو الذي يعبر عنه الفقه الإسلامي بقوله العقل و البلوغ ، فيشترط في الشاهد أن يكون عاقلا بالغا ، و في قانون الحالة المدنية الصادر بالأمر رقم 70 – 20 بتاريخ 19 – 02 – 1970 صت المادة 33 منه و المعدلة بالقانون رقم 14 – 08 – 09 مؤرخ في 09 – 08 – 2014 على آه : " يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين سن 19 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم . "

2 – سماع الشاهدين كلا العاقدين عند تبادل صيغة الإيجاب و القبول مع فهم المراد من هذه الصيغة و هو إبراء عقد الزواج و ليس خطبة أو وليمة أخرى . فإن الأصم لا صح شهادته لفقدانه السمع .

3 - التعدد وهو أن يكون عدد الشهود إثنين ، فقد نصت المادة 9 مكرر ق أ على "شاهدان " بصيغة المثني و يجب ألا يكون أحد الشاهدين هو الولي على ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 10 - 02 - 2011 حيث قررت المبدأ الآتي : " لا يجوز أن يكون الولي أحد شاهدي عقد الزواج "

4 - الذكورة : يشترط جمهور الفقهاء ما عدا الحنفية أن يكون الشاهدان رجلين عدلين و أجاز الحنفية شهادة رجل و امرأان ، أما المادة 33 من قانون الحالة المدنية فقد أجازت شهادة النساء حيث نصت على أنه : " يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين سن 19 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم دون تمييز فيما يخص الجنس . "

و المتتبع لقضاء المحكمة العليا يلاحظ حول جذري في موقفها من شهادة النساء في الزواج ، فيعد أن كانت رفض شهادة النساء في قرارها مماثلاً جاء في قرارها الصادر بتاريخ 15 - 12 - 1986 قولها : " و الشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين . ولما كان من الثابت في قضية الحال أن القرار المطعون فيه جاء خالياً من أية حجة دل على وجود الزواج سوى أقوال امرأتين لا يعتد بشهادتهما في إثبات الزواج شرعاً . " ثم عدلت عن هذا القضاء و أجازت شهادة النساء مثلاً في القرار الصادر في

14 - 02 - 2007 قالت المحكمة العليا : " حيث أن شهادة شاهد و امرأتين و هما قريبتين للطاعة هي مقبولة شرعاً و قانوناً وفق أحكام المادة 64 / 2 من ق أ . " و الملاحظ أن المحكمة العليا استندت إلى قانون الإجراءات المدنية و لم تستند إلى قانون الحالة المدنية ، فالشهادة المذكورة في القرار هي وسيلة من وسائل الإثبات و ليست كشرط من شروط صحة عقد الزواج .

#### المطلب السادس : مواعيد الزواج :

يشترط لصحة عقد الزواج أن لا يتعلق بأحد الزوجين ماع من الموانع الشرعية و إلا كان باطلاً ، فقد نصت المادة 23 من ق أ على أنه : " يجب أن يكون كل من الزوجين خلواً من الموانع المؤبدة و المؤقتة . " و الموانع الشرعية هي تلك الأوصاف التي إذ حلت بأحد الزوجين امتنع إبراء عقد الزواج بينهما لوجود الحرمة بينهما و هذه الأوصاف قد تكون مؤبدة و قد تكون مؤقتة .

أ - مواعيد الزواج المؤبدة : يكون المانع مؤبداً إذا كان التحريم بين الطرفين لا يزول مع الوقت و لا يبقى بصفة مؤبدة ، و أسباب أبعاد الموانع الثلاثة هي القرابة و المصاهرة و الرضاع . ( المادة 24 ق أ )

#### 1 - المحرمات بسبب القرابة : ( المادة 25 ق أ )

و قصد بالمحرمات بسبب القرابة أن تكون بين الطرفين درجة قرابة نص عليها القانون جعل العقد ممنوع بينهما ، و المحرمات بالقرابة هن :

- أصول الرجل من النساء و هن الأجددة و الجددة مهما علت الدرجة سواء كانت من جهة الأب أو من جهة الأم
- فروع الرجل من النساء و هن البنات و بناتهن و بنات الأبناء مهما زلت الدرجة .

- فروع الأبوين و هن الأخوات من جميع الجهات وبناتهن و بنات الإخوة من جميع الجهات مهما كانت الدرجة زولا .

- الدرجة الأولى فقط من فروع الأجداد و الجدات و هن العمات و الخالات .

و الدليل على حريم هذه الأصناف هو قوله بارك وعالى : " حرمت عليكم أمهاتكم و بناتكم و أخواتكم و عماتكم و خالاتكم و بنات الأخ و بنات الأخت . " الآية 23 سورة النساء  
و صت المادة 25 ق أ على أن: " المحرمات بالقرابة هي : الأمهات ، و البنات ، و الأخوات ، و العمات ، و الخالات ، و بنات الأخ ، و بنات الأخت . "

2 – المحرمات بسبب المصاهرة: ( المادة 26 ق أ )

حرمة المصاهرة هي لك التي يربها عقد الزواج الصحيح ، فإذا عقد الرجل على المرأة عقد زواج صحيح ، حر عليه الزواج بأصولها و فروعها من النساء و حر عليها الزواج بأصوله و فروعها من الرجال حرمة مؤبدة على النحو الآتي فصليه . و المحرمات بالمصاهرة هن :

-أصول الزوجة من النساء كأمها و جدتها مهما علت بمجرد العقد و لو لم يتم الدخول بها .

- فروع الزوجة من النساء كبناتها أو بنات بناتها أو بنات أبنائها مهما زلت الدرجة بشرط الدخول بالزوجة ، فإن لم يكن دخل بها فلا يحرم عليه الزواج بهن .

- أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علو بمجرد العقد .

- أرامل أو مطلقات فروع الزوج و إن زلوا بمجرد العقد .

و الدليل على هذه المحرمات قوله عز و جل : " و لا تكحوا ما كح أبائكم من النساء... " الآية 22 سورة النساء و أيضا قوله عز و جل : " و أمهات سائكم و ربائكما اللاتي في حجوركم من سائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكحوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم... " الآية 23 سورة النساء... " و هو فس الحكم الذي صت عليه المادة 26 ق أ .

3 – الرضاع المتبع من الزواج :

تعريف الرضاع : الرضاع في الإصطلاح الفقهي هو : وصول حليب المرأة المرضعة إلى جوف الطفل الرضيع في خلال مدة مخصوصة .

الشروط المعتبرة في الرضاع : لكي يعتبر الرضاع متبع من مواعع الزواج لابد من أن توافر فيه الشروط الآتية :

1 – مقدار الحليب الذي ينشأ الحرمة :

إذا كان الفقه الإسلامي قد نوعت آراؤه حول مقدار الرضاع المحرم لا يتسع المقام لشرحها ، فإن المشرع عندما قد أخذ برأي المالكية و الحنفية ، فلم يشترط أي مقدار معين من الحليب، فإذا وصل الحليب إلى

جوف الرضيع كان مباحا من الزواج مهما كان المقدار و هذا ما نصت عليه المادة 29 ق أ التي جاء فيها " لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا ."

2 - مدة الرضاع : قصد بمدة الرضاع الزمن الذي حقق فيه الرضاع من عمر الطفل الرضيع ، و في هذه المسألة أخذ المشرع أيضا برأي المالكية ، فنص في المادة 29 السابق ذكرها على أنه : " لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين ..."

من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع جعل للرضاع مدة قياسية و مدة قصوى ، فالمدة الدنيا هي ما كان قبل الفطام و ذلك عندما يفطم الطفل قبل الحولين ويستغني عن الحليب بالطعام ، ففي هذه الحالة يشترط أن يكون الرضاع قبل الفطام حتى يكون مباحا من الزواج أما إذا وقع بعد الفطام فلا يكون مباحا من الزواج و لو وقع في الحولين الأولين .

أما المدة القصوى فهي العامين الأولين من عمر الطفل الرضيع عندما يتأخر الفطام إلى ما بعد العامين بقليل ، فإذا وقع الرضاع في أثناء العامين الأولين كان مباحا من الزواج و إذا حدث بعد العامين الأولين لا يعتد به و لا يكون مباحا من الزواج .

طاق التحريم بالرضاع :

لا يسري التحريم بسبب الرضاع إلا على الطفل الرضيع و فروعه فقط دون إخوته وأخواته من النسب فإذا أرضعت امرأة طفلا ، صار ابنا لها و لزوجها و أبا لجميع أبنائها و بناتها ، و يمكن أن تقول القاعدة

الآية : كل طفلين اجتمعا على ثدي واحد سري حرمة الرضاع عليهما و على فروعهما ، فقد نصت المادة 28 ق أ على أن : "أن يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته و أخواته ولدا للمرضعة و زوجها و أبا لجميع أولادها ، و يسري التحريم عليه و على فروعه ."

المحرمات بسبب الرضاع :

نصت المادة 27 ق أ على أنه : "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب . و طبقا لنص هذه المادة فإنه يحرم بسبب الرضاع الأصناف الآتية :

- 1 - أصول الرجل من الرضاع و هن الأبا المرضعة و أمها و أبا أبيه من الرضاع وإن علون .
- 2 - فروعه من الرضاع و هن بنته الرضاعية و فروعهما من الإناث و فروع ابنه من الرضاع مهما زلن
- 3 - أخواته من الرضاع و بناتهن و بنات إخوته من الرضاع مهما زلت درجاتهن .
- 4 - العمات و الخالات من الرضاع فقط دون فروعهن .

إن مصدر المادة 27 ق أ السالفة الذكر جده في القرآن و السنة ، أما القرآن فقوله تعالى : " و أمهاتكم اللاتي أرضعنكم و أخواتكم من الرضاعة . " الآية 23 سورة النساء . أما السنة فقول الرسول صلى الله عليه و سلم : " يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب . "

مواع مع الزواج المؤقتة :

على خلاف المواع المؤبدة فإن الماع هنا هو ماع مؤقت لأنه مبني على سبب مؤقت ، فيزول التحريم إذا زال السبب و هذه المواع صت عليها المادة 30 ق أ و شمل :

1 – المحصنة : وهي زوجة الغير ، فإذا كات المرأة في عصمة رجل بموجب عقد الزواج فلا يجوز لغيره أن يتزوجها لأنها كون في هذه الحالة بصدد عدد الأزواج و هو ممنوع شرعا و قاقا .

غير الأمور قد ختلط على الناس أحيانا بسبب وجود الزواج و الطلاق العرفيين ، فقد تزوج المرأة زواجا رسميا مسجلا ثم طلق عرفي غير ثابت بحكم ثم تزوج زواجا عرفيا بعد مدة عقد أن عداها من الطلاق العرفي قد تهت و في هذه الحالة كون من الناحية القاقاوية بصدد العقد على زوجة الغير .

2 – المعتدة من طلاق أو وفاة : فالعدة تعتبر ماع من مواع مع الزواج و هي مدة زمنية محددة شرعا و قاقا لتنت المرأة بعد الزواج قبل انتهاءها و إلا كان زواجها باطلا .

و باختصار فإن مدة العدة كون كما يلي :

أ – المتوفى عنها زوجها سواء كات الوفاة حقيقية أو حكمية عند بأربعة أشهر و عشرة أيانا (المادة 59 )

ب- المطلقة المدخول بها إذا كات حيض فعداها ثلاثة قروء ، أما التي يئست من المحيض فعداها ثلاثة أشهر . ( المادة 58 ق أ ) أما المطلقة غير المدخول بها فلا عدة عليها .

ج- عدة المرأة الحامل أن ضع حملها ( المادة 60 ق أ )

3 – المطلقة ثلاثا : إذا طلق الزوج زوجته ثلاث طلاقات متتالية فإنها بين منه بينونة كبرى بحيث لا يحل له العقد عليها مجددا إلا بعد أن تزوج غيره و طلق منه أو يموت عنها بعد الدخول (المادة 51 ق أ) .

4 – الجمع بين محرمين : كل امرأة ربطها بأخرى رابطة قرابة محرمية لا يجوز للرجل الجمع بينهما في عصمته في وقت واحد و القاعدة في هذا الشأن أن كل امرأين لو فرضنا إحداهما رجلا حر الزواج بينهما لم يجز الجمع بينهما . وقد صت المادة 30 ق أ على أنه لا يجوز الجمع بين الأختين أو بين المرأة و عمتها أو خالتها ، سواء كات شقيقة أو لأب أو لأخ أو من رضاع .

5 – زواج المسلمة بغير المسلم : لا يجوز للمرأة المسلمة أن تزوج بغير المسلم سواء كان من أهل الكتاب أو كافرا لا يؤمن بأي دين و ذلك لقوله عز و جل : " يا أيها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله أعلم بايمانهن فإن علمتموهن مؤمنات فلا رجعهن إلى الكفار لا هن حل لهم و لا هم يحلون لهن . " سورة الممتحنة الآية 10 ، وهو فس الحكم الذي صت عليه المادة 30 ق أ فقرة أخيرة .

المبحث الثاني : الشروط الشكلية في عقد الزواج وكيفية إثباته :

هل الشكل في عقد الزواج هو ركن أو شرط لصحة العقد هو مجرد وسيلة من وسائل الإثبات ؟ إن الدارس لمواد قاقا و الأسرة لا سيما المادة السادسة التي تعتبر الخطبة زواجا إذا لم يبادل الرضا في مجلس العقد و وافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التاسعة مكرر ، والمادة 22 ق أ التي نص

على أنه: "..... و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم". و المادة 33 ق أ التي قضي بأنه في حالة خلف الولي في حالة وجوبه أو الشاهدين أو الصداق ، يثبت بعد الدخول بصداق المثل .

هذه المواد مجتمعة قضي صراحة بأن المشرع يعترف بالزواج العرفي و هو الزواج غير المسجل مما يعني أن الشكل في الزواج هو وسيلة للإثبات و ليس ركن أو شرط لصحة العقد .

المطلب الأول : إجراءات تسجيل عقد الزواج .

أحالت المادة 21 ق أ في كل ما يتعلق بإجراءات تسجيل عقد الزواج على قانون الحالة المدنية المعدل و المتمم .

أولا : الموظف المختص بتسجيل عقود الزواج :

صت المادة 18 ق أ على أن : " يتم عقد الزواج أملاً الموثق أو أملاً موظف مؤهل قانوناً...." وإن كانت عبارة الموظف المؤهل قانوناً يكتنفها الكثير من الغموض فإن المادة 71 من قانون الحالة المدنية المعدل والتي ناولها تعديل جزئي بالمادة 5 من القانون رقم 08 / 14 مؤرخ في 09 / 08 / 2014 والتي صت على أن ستبدل عبارة " القاضي " المستعملة في المواد 71.....بعبارة " موثق " ، قد فسرت هذا الغموض ، فتصبح الصياغة الجديدة بعد التعديل للمادة 71 ق ح : " يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج..."

من خلال الجمع بين المادة 18 ق أ و المادة 71 ق ح ، فإن الموظف المختص بتسجيل عقود الزواج هو الموثق أو ضابط الحالة المدنية .

أما ضابط الحالة المدنية فقد عرفته المادة الأولى من ق ح بعد التعديل بقولها : " إن ضباط الحالة المدنية هم رئيس المجلس الشعبي البلدي و في الخارج رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفون على دائرة قنصلية و رؤساء المراكز القنصلية ."

أما الموثق فقد عرفته المادة الثالثة من القانون رقم 06 – 02 مؤرخ في 20 – 02 – 2006 متعلق بتنظيم مهنة الموثق بقولها : " الموثق ضابط عمومي ، مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية ..."

غير أنه إذا كان كل من الموثق و ضابط الحالة المدنية مختصين بتسجيل عقود الزواج ، فإن الموثق يتمتع باختصاص يمتد إلى كامل التراب الوطني طبقاً لنص المادة الثمانية من القانون 06 – 02 المذكور أعلاه أما ضابط الحالة المدنية فله اختصاص إقليمي ينحصر في إقليم البلدية أو الدائرة القنصلية التي يرأسها طبقاً لنص المادة 71 ق ح .

ثانيا : الوثائق المطلوبة لإبرام عقد الزواج : لإبرام لابد من تقديم الوثائق الثبوتية الآتية :

أ – شهادة ميلاد كل من الزوج و الزوجة .

ت- شهادة ثبت محل الإقامة ، إذا أبرم العقد أملاً ضابط الحالة المدنية أما الموثق فاخصاصه يمتد إلى كامل التراب الوطني . المادة 75 ق ح ، أيضا المادة 02 من قانون تنظيم مهنة الموثق .

ب - الترخيص القضائي بالزواج بالنسبة للزوج القاصر المادة 07 ق أ .

ج - الترخيص الإداري من الجهات الوصية بالنسبة لأفراد الجيش و الدرك و الأمن .

د - الترخيص الصادر عن والي الولاية بعد أخذ رأي مديرية الأمن الوطني بالنسبة للطرف الأجنبي .

و - رخيص قضائي من رئيس المحكمة لمن يريد عدد الزوجات .

ن - شهادة وفاة الزوج السابق إذا أرادت الزوجة المتوفى عنها أن يعيد الزواج .

ز - إذا كانت الزوجة قد تهمت زوجها السابقة بالطلاق فيجب عليها إحضار إمساخ من الحكم القاضي بالطلاق أو شهادة الميلاد مشار في هامشها إلى الطلاق أو الدفتر العائلي الذي يتضمن هذه العبارة .

ي - شهادة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر ثبت خضوع كل طالب من طالبي الزواج للفحوصات الطبية طبقا للمادة 07 مكرر ق 1 و المادان 2 و 6 من المرسوم التنفيذي رقم 06 - 154 مؤرخ في 2006 / 05 / 11 .

ثالثا : البيئات التي درج في ملخص عقد الزواج :

□ صت المادة 73 ق ح □ على البيئات الضرورية التي سجل في العقد بصفة صريحة وواضحة و هي :

1 - الإشارة إلى أن الزواج قد تم ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون .

2 - ألقاب و أسماء و واريخ و محل ولادة الزوجين .

3 - ألقاب و أسماء أبوي كل من الزوجين .

4 - ألقاب و أسماء و أعمار الشهود .

5 - الإشارة إلى الترخيص بالزواج المنصوص عليه بموجب القانون .

6 □ حديد الصداق المتفق عليه طبقا لنص المادة 15 ق أ ز

7 - الشروط الصحيحة المشترطة من قبل الزوجين إن وجدت المادة 19 ق أ .

8 - التأشير بعلم كل واحد من الزوجين بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل واحد منهما ، المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 06 - 154 مؤرخ في 11 - 05 - 2006 .

رابعا : الإجراءات التي لي الفراغ من إمساخ إبرام العقد :

أ - إن أم العقد أمساخ ضابط الحالة المدنية ، فإنه يقو بتسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية و يسلم للزوجين دفترا عائليا مثبتا للزواج . المادة 72 ق ح □ فقرة أولى .

ب - إن أم إبرام عقد الزواج أمساخ الموثق فإنه يحرر عقدا بذلك و يسلم للطرفين شهادة و يرسل ملخصا عن العقد في أجل ثلاثة أيام إلى ضابط الحالة المدنية الذي يقو بنسخه في سجل الحالة المدنية خلال مهلة

خمسة أيا] ابتداء من [اريخ استلامه للملخص و يسلم للزوجين دفترًا عائليًا و يكتب ملاحظة الزواج في السجلات على هامش عقد ميلاد كل واحد من الزوجين . المادة 72 ق ح [ فقرة ثاوية .

ما هو الجزاء المتر[ب على إغفال الموثق إرسال ملخص عقد الزواج إلى ضابط الحالة المدية في الأجل القاوي و هو ثلاثة أيا] ؟

في هذه الحالة [طبق أحكام] المادة 39 ق ح [ التي نص على [4 : " ..... عندما لا يصرح بالعقد لضابط الحالة المدية في الأجل المقررة ..... يصار إلى قيد عقود ... الزواج عن طريق صدور حكم بسيط من رئيس المحكمة .... "

المطلب الثاني : إثبات الزواج .

[ظرا لأهمية الآثار القاوية التي تر[ب على عقد الزواج ، فإن على من يدعي وجود الزوجية أن يثبت ذلك ، فكيف يتم إثبات الزواج ؟

[صت المادة 22 ق أ على أن : "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدية ، وفي حالة عد[ سجله يثبت بحكم قضائي . " و بالنظر إلى [ص هذه المادة [جدها [تحدث عن [وعين من عقود الزواج ، و هما الزواج الرسمي و الزواج العرفي و بينت طرق إثبات الزواج في الحالتين :

أ – إثبات الزواج الرسمي :

[قصد بالزواج الرسمي ، عقد الزواج المسجل في سجلات الحالة المدية سواء [م أملا] الموثق أو ضابط الحالة المدية ، وفي هذه الحالة يسهل على من يدعي الزوجية إثباها إذ يكفي أن يتوجه إلى مصالح الحالة المدية ويستخرج [سخة من عقد زواجه من السجل المعد لهذا الغرض ، ويقدمها كدليل رسمي على وجود الزوجية .

ب – الزواج العرفي : و هو الزواج بالقاحة و البعض يطلق عليه إسم العقد الشرعي الذي يتم بين ولي

الزوجة وائب عن الزوج في حضور إمل[ المسجد و جماعة من المدعوين كشهود ، و قد يكون في المسجد مثل ما هو جاري به العمل في مدينة [لمسان و قد [كون للإمل[ سجلات عرفية يدون فيها عقود الزواج التي [تم أمامه .

إذن الزواج العرفي هو زواج غير مسجل في سجلات الحالة المدية ، فكيف يتم إثبات هذا الزواج قاوا] ؟

[ختلف إجراءات إثبات الزواج العرفي بحسب ما إذا كان الزوجان أو ورتتهما متفقين على وجود الزوجية ولا يوجد [كار من أي طرف ، [ وجد الإدعاء من أحدهما و الإكار من الآخر .

أ – إثبات الزواج العرفي في حالة [صادق الزوجين أو ورتتهما على وجود الزوجية :

[صت المادة 22 ق أ على [4 : " ..... و في حالة عد[ سجله ( أي الزوج ) يثبت بحكم قضائي . " لكن ما هي إجراءات استصدار هذا الحكم ؟ و من هو القاضي المختص بإصدار هذا الحكم ؟

1 - القاضي المختص بإصدار الحكم بإثبات الزواج في حالة [ ] فاق الطرفين على وجود الزوجية طبقا لنص المادة 39 ق ح [ ] هو رئيس المحكمة بناء على طلب من وكيل الجمهورية لهذه المحكمة ، لكن من الناحية العملية فإن رئيس المحكمة غالبا ما يفوض هذا الإختصاص إلى قاضي شؤون الأسرة .

2 - إجراءات استصدار الحكم القضائي :

أولا [ ] قديم عريضة مختصرة إلى وكيل الجمهورية : على المعني بإثبات الزواج العرفي سواء كان أحد الزوجين أو ورثته أن يتفق [ ] بعريضة إلى وكيل الجمهورية يطلب فيها إثبات زواجه العرفي ، كما عليه أن يرفق هذه العريضة بالوثائق والمستندات و البيئات القاوية و المادية التي [ ] ثبت [ ] عقاد هذا الزواج ( المادة 39 ق ح [ ] ) .

ثانيا - يقول [ ] وكيل الجمهورية بفحص هذه الوثائق و المستندات و جميع الأدلة من أجل التأكد من [ ] وافر جميع الشروط الموضوعية المنصوص عليها في المادة 9 و 9 مكرر من ق أ ، وقد يتطلب الأمر منه إجراء [ ] تحقيق لهذا الغرض .

ثالثا - إذ [ ] أكد وكيل الجمهورية من [ ] وافر شرائط الصحة في العقد العرفي ، فإنه يطلب من رئيس المحكمة أو القاضي المفوض بذلك ، إصدار حكم قضائي بإثبات هذا الزواج .

رابعا - بمجرد إصدار رئيس المحكمة للحكم القضائي القاضي بإثبات الزواج ، يقول [ ] وكيل الجمهورية فورا بإرسال هذا الحكم إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية المكان الذي كان ينبغي أن يسجل فيها هذا العقد ، قصد [ ] سجله في سجلات الحالة المدنية . ( المادة 41 ق ح [ ] )

من الجدير بالذكر أن [ ] يشير إلى أن الحكم الذي يصدره رئيس المحكمة في هذه الحالة غير قابل للطعن بأي طريق من طرق الطعن و لهذا فإن منطوقه يسجل في سجلات الحالة المدنية فور استلامه من طرف ضابط الحالة المدنية . و إذ [ ] تج عن هذا الزواج أطفال يثبت [ ] سبهم بنفس الحكم و يسجلون في سجلات الحالة المدنية بموجب هذا الحكم .

ب - إثبات الزواج العرفي في حالة [ ] كار الزوجية : إذا كان أحد الزوجين أو ورثته يدعي الزوجية والآخر أو ورثته ينكر ، ففي هذه الحالة [ ] كون بصدد خصومة قضائية ، يختص بالفصل فيها قسم شؤون

الأسرة طبقا لنص المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، التي [ ] صت على أن : " ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية : 1 - ..... -2 ..... -3 - دعاوى إثبات الزواج والنسب "

فالإختصاص النوعي في النظر في دعاوى إثبات الزواج يكون لقسم شؤون الأسرة . أما الإختصاص الإقليمي فيكون للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه طبقا لنص المادة 426 ق [ ] إ

الإجراءات القضائية المتبعة في إثبات الزواج في هذه الحالة :

1 - يتقدم [ ] مدعي الزوجية بعريضة افتتاح دعوى إثبات الزواج أم [ ] قسم شؤون الأسرة لدى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه ، طبقا للماد [ ] ين 14 و 15 من ق [ ] إ .

2 - يقول [ ] كاتب الضبط لدى قسم شؤون الأسرة بقيد العريضة حالا في سجل خاص و يسجل رقم القضية و يحدد [ ] تاريخ أول جلسة . المادة 16 ق [ ] إ

3 – يقول المدعي بتكليف المدعى عليه بالحضور في التاريخ المحدد للجلسة عن طريق المحضر القضائي طبقاً لنص المادتين 18 و 19 ق إ ق . ! .

4 – يحضر الخصم في التاريخ المحدد للجلسة و يشرع قاضي شؤون الأسرة في نظر الدعوى وعلى المدعي تقديم كافة الأدلة و الإثبات على وجود عقد الزواج و يمكن المدعى عليه من الرد عليها .

5 – يصدر قاضي شؤون الأسرة الحكم في القضية و يكون هذا الحكم ابتدائياً يمكن الطعن فيه بالمعارضة والإستئناف .

6 – لا يبلغ هذا الحكم إلى ضابط الحالة المدنية و لا يسجل في سجلات الحالة المدنية ، إلا بعد أن يصبح هائياً ، هذا إذا كان الحكم الصادر في القضية يقضي بإثبات الزواج .

### المبحث الثالث : قسيمات عقد الزواج في قانون الأسرة :

يقسم قانون الأسرة عقد الزواج من حيث الصحة و البطلان قسماً ثلاثياً ، فيوجد العقد الصحيح و العقد الباطل و العقد الفاسد . و فيما يلي تولى شرح هذه الأقسام الثلاثة .

أولاً : العقد الصحيح : يكون عقد الزواج صحيحاً طبقاً لنصوص قانون الأسرة إذا وافق فيه ركن الرضا وفقاً لنص المادة 9 من ق 1 و اكتملت شروط صحته حسب المادة 9 مكرر ق 1 و تفتت الموانع الشرعية وإذا كان مسجلاً في سجلات الحالة المدنية يكون حجة فيما بين الزوجين و على الغير ، و من ثم يمكن المطالبة بجميع الحقوق التي يربها العقد و هي :

حق الزوجة في النفقة الشرعية – الحق في الميراث لكل من الزوجين – الحق في النسب و النفقة و الحضانية للأطفال – شؤء حرمة المصاهرة على النحو الذي شرحناه ، وجوب الصداق للزوجة .... إلخ.. كما سوف ندرس في الفصل الثاني .

ثانياً : الزواج الباطل :

يكون الزواج باطلاً حسب قانون الأسرة في الحالات الآتية :

1 – إذا اشتمل عقد الزواج على مانع من موانع الزواج ، سواء كانت مؤبدة أو مؤقتة كما لو عقد الرجل على أخته من الرضاع ، أو عقدت المرأة زوجها قبل انتهاء عدوها أو تزوجت بغير مسلم أو عقد الرجل على أخت زوجته التي مازالت في عصمته أو عقد على التي طلقها ثلاثاً ... إلخ. (راجع موانع الزواج التي سبق شرحها ) ، ففي كل الحالات التي يوجد فيها مانع من موانع الزواج يكون العقد باطلاً و يجب فسخه قبل الدخول و بعد الدخول ، طبقاً لنص المادة 32 ق 1 التي نصت على أنه : " يبطل الزواج ، إذا اشتمل على مانع ... " و أيضاً نص المادة 34 ق 1 التي نصت على أن : " كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول و بعده ... "

2 – إذا اشتمل الزواج على شرط يتنافى و مقتضيات العقد : أجاز المشرع للزوجين أن يشترطاً في عقد الزواج كل الشروط ما عدا تلك التي تعارض مع نصوص قانون الأسرة ، أما إذا كانت الشروط الواردة في عقد الزواج تتنافى مع مقتضيات العقد ، كأن يشترط الزوج شرطاً يتضمن إقويت عقد الزواج بمدة إما صراحة أو ضمناً أو أن يعلق صيغة العقد على شرط واقف أو غير ذلك من الشروط التي مس العقد

العقد ، فإن هذه الشروط تؤدي إلى بطلان الزواج طبقاً لنص المادة 32 ق أ : " يبطل الزواج ..... أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد . "

أما إذا كان الشرط الوارد في العقد لا يمس عقد العقد وما يتعلق بالآثار المترتبة على الزواج ، كأن يشترط الزوج على زوجته عقد الإيجاب أو عقد التوارث بينهما... ألخ ، ففي هذه الحالة يبطل الشرط و يصح العقد طبقاً لنص المادة 35 ق أ التي جاء فيها : " إذا اقترن عقد الزواج بشرط يتنافى كان ذلك الشرط باطلاً و العقد صحيحاً . " و إن كان حديد مفهوم الشرط الذي يتنافى و مقتضيات العقد حسب المادة 32 ق أ ومفهوم الشرط الذي يتنافى عقد الزواج حسب المادة 35 ق أ و حديد الفرق بينهما ليس بالأمر الهين خاصة في غياب الاجتهاد القضائي مما يتطلب دخل المشرع بتفسير شرعي .

3 – إذا اختل ركن الرضا كما عدل رضا الفتاة بالزواج ، أو كأن يشوب اقتران الإيجاب بالقبول خلل كما لو صدر القبول بعد سقوط الإيجاب ، ب رجوع الموجب في إيجابه أو بفضاض مجلس العقد ، أو عد مطابقة القبول للإيجاب أو عد الأهلية... ألخ في كل الحالات التي يختل فيها ركن الرضا يكون الزواج باطلاً بموجب ص المادة 33 ق أ : " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا . "

و جدر الإشارة إلى أن المشرع لم ينص على عيوب الإرادة و أثرها على عقد الزواج و في ظل غياب النصوص في قانون الأسرة ، هل طبق القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني ، أو رجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية . الأمر الذي يترجح عندي هو الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية للأسباب الآتية : أ - طبقاً لنص المادة 222 ق أ التي جاء فيها : " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية . "

ب – لا يوجد في قانون الأسرة قسم العقد القابل للإبطال ، فقد قسم المشرع الزواج غير الصحيح إلى زواج فاسد و زواج باطل فقط على خلاف القانون المدني .

ج – إن بعض تطبيقات العقد القابل للإبطال في القانون المدني لا تماشى مع طبيعة عقد الزواج ، كالغلط في شخص المتعاقد فيه في القانون المدني يجعل العقد قابل للإبطال إذا كان الغلط جوهرياً ولكنه يبطل الزواج عند فقهاء الشريعة الإسلامية ، لأن الإيجاب وجه إلى غير الشخص المقصود فإذا صدر القبول يكون قد صدر من غير أهله رجو أن يتدارك المشرع هذا الموضوع بالمعالجة المفصلة .

كما يجب أن ننبه إلى أن المشرع قد ألغى بموجب الأمر رقم 05 – 02 المؤرخ في 27 / 02 / 2005

جزء من المادة 32 ق أ ، المتعلق بفسخ الزواج إذا ثبتت ردة الزوج ، و هذا الإلغاء لا يوجد له أي مبرر و خاصة بعد انتشار حملات التبشير و التنصير في مناطق عديدة من الوطن ، لاسيما أنه أبقى على النص على الردة كما مع من مواع الميراث في المادة 138 ق أ ، و كنا نأمل لو أن المشرع عدل الصيغة لتشمل الزوجين معا بحيث يكون على النحو الآتي : " يفسخ الزواج ..... أو ثبتت ردة أحد الزوجين . " فإذا به يلغي الردة كلية كسبب من أسباب الفسخ .

آثار الزواج الباطل في قانون الأسرة : إذا كان الزواج باطلاً على النحو الذي سبق شرحه ربت عليه

الآثار الآتية :

1 - وجوب فسخ الزواج قبل الدخول وبعد الدخول و التفريق بين الزوجين لأن الزواج الباطل لا يحل المعاشرة بينهما .

2 - ثبوت النسب للأطفال : إذا تج عن الدخول في الزواج الباطل أطفال ، فإن سبهم يثبت و يلحقون بالزوج استنادا إلى المادة 34 ق أ التي صت على أن كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده و يتز ب عليه ثبوت النسب ... و أيضا المادة 40 ق أ التي صت على أن : " يثبت النسب .... أو بكل زواج م فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون ."

3 - وجوب الإستبراء لأن العدة لا يجب إلا بالدخول استنادا إلى عقد زواج صحيح أما الدخول في الزواج الباطل فهو علاقة غير شرعية و بالتالي يجب على المرأة استبراء رحمها قبل إعادة الزواج (المادة 34 ق أ) .

4 - لا ستحق الزوجة الصداق إذا م فسخ الزواج الباطل قبل الدخول و ذلك لأن الصداق لا يجب إلا بالزواج الصحيح .

5 - لا ستحق الزوجة النفقة ، لأها لا يجب إلا بالدخول أو بدعواها إليه في الزواج الصحيح .

6 - لا وارث بين الزوجين طبقا لنص المادة 131 ق أ التي صت على أنه : " إذا ثبت بطلان الزواج فلا وارث بين الزوجين ."

ثالثا : الزواج الفاسد في قانون الأسرة :

الزواج الفاسد حسب ما ورد في قانون الأسرة هو الزواج الذي وافر فيه ركن الرضا و تفتت فيه الموع الشرعية و لكن خلف فيه شرط من الشروط الثلاثة الآلية : الشاهدان أو الصداق أو الولي في حالة وجوبه وهو مضمنته المادة 33 ق أ . و عليه فإن الزواج يكون فاسدا في هذه الحالات :

1 - إذا فق الزوجان على إسقاط الصداق بحيث يتم الزواج بدون صداق للزوجة .

2 - إذا م الزواج بدون ولي وكالات الزوجة قاصرة ، لأن المشرع استعمل عبارة " في حالة وجوبه " و بالرجوع إلى المادة 11 فقرة 2 ق أ لاحظ بأن الولي لا يكون واجبا إلا بالنسبة للزوجة القاصرة .

3 - إذا م إبرم عقد الزواج بدون حضور شاهدين .

آثار الزواج الفاسد : يمكن إجمال الآثار المترتبة على الزواج الفاسد فيما يلي :

أ - يفسخ عقد الزواج الفاسد قبل الدخول ولا يتز ب عليه أي أثر قانوني ، فلا ستحق الزوجة صداقا و لا نفقة و هذا طبقا لنص المادة 33 ق أ الذي جاء فيه : " إذا م الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه ، يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه ..."

ب - إذا م الدخول في الزواج الفاسد ، فإن هذا الدخول تز ب عليه الآثار الآلية :

1 - يثبت عقد الزواج الفاسد بحكم قضائي و يسجل في سجلات الحالة المدنية و من ثم ير ب جميع آثار العقد الصحيح ، و كأن المشرع وضع قاعدة مفادها أن الدخول في الزواج الفاسد يصححه ، إذا كان سبب الفساد هو خلف الشاهدين أو الصداق أو الولي في حالة وجوبه .

2 - ستحق الزوجة بالدخول صدق المثل طبقا لنص المادة 33 ق أ : ".....و يثبت بعد الدخول بصدق المثل ."

3 - ينشئ الدخول في العقد الفاسد حرمة المصاهرة بين الزوجين و حق الزوجة في النفقة و التوارث بين الزوجين و سائر الآثار التي يربها العقد الصحيح وهذا بعد أن يثبت العقد .

### الفصل الثاني : الآثار القانونية المترتبة على الزواج الصحيح :

يمكن تصنيف الآثار المترتبة على الزواج الصحيح إلى صنفين و هما الآثار غير المالية و الآثار المالية و سنتناول كل صنف في مبحث مستقل :

#### المبحث الأول : الآثار غير المالية :

و هي التي تناول حقوقا و واجبات لا قو بالمال بل هي حقوق معنوية ، و هذه الحقوق و الواجبات منها ما هو مشترك بين الزوجين ومنها ما هو خاص بكل واحد منهما فما يعتبر حقا للزوجة يكون واجبا على الزوج و ما يكون حقا للزوج يكون واجبا على الزوجة ، إلا أن المشرع ألغى المادتين 38 و 39 من ق أ . و اللتان حددان حقوق و واجبات الزوجة و عدل المادة 37 ق أ التي حدد واجبات الزوج و بهذا يكون المشرع قد جعل الواجبات التي يربها عقد الزواج كلها مشتركة بين الزوجين بموجب المادة 36 ق أ و هذا مسلك منتقد لأن كل عقد من العقود يرب التزامات متقابلة بسبب الإختلاف في المراكز القانونية . كما يرب عقد الزواج حقوق غير مالية للأطفال منها الحق في النسب .

#### المطلب الأول : حقوق و واجبات الزوجين :

صت المادة 36 ق أ على أنه يجب على الزوجين :

1 - المحافظة على الروابط الزوجية و واجبات الحياة المشتركة : فيجب على كل من الزوجين القيا بكل ما من شأنه أن يوثق الرابطة الزوجية ويؤكد لها و يضمن استمراريتها ، و القيا بما فرضه عليه الحياة المشتركة من واجبات طوعية و اختيارا .

2 - المعاشرة بالمعروف ، و بادل الإحترام و المودة و الرحمة :

و المعاشرة بالمعروف عني المعاملة بالحسنى و مراعاة كل طرف للظروف النفسية و الصحية للطرف الآخر دون إجهاد ، و هذا في حالة الرضا و الغضب لقوله تعالى : " و عاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن كرهوا شيئا و يجعل الله فيه خيرا كثيرا . " سورة النساء الآية 19 .

كما يجب عليهما الكف عن كل ما من شأنه إلحاق الأذى النفسي كالإهانة و الكلابي البذيء ، فالأسرة أساسها المودة و الرحمة ، فحتى لو غابت المودة ينبغي أن يبقى الرحمة .

3 - التعاون على مصلحة الأسرة و رعاية الأولاد و حسن رببتهم : فيجب على الزوجين دعم و رقية مكاة أسرهما بالإبتعاد عن كل ما يسيء إلى سمعتها ، كما يجب على كل منهما رعاية الأطفال كل حسب ما هيء له ، حتى ينشأ الأطفال التنشئة السليمة على القيم و الأخلاق الإسلامية و ذلك بالقدوة الحسنة .

#### 4 - التشاور في سبب شؤون الأسرة وبعاد الولادات :

أضيفت هذه الفقرة بموجب تعديل 05 / 02 / 2005 الذي سبقته الإشارة إليه ، و في المقابل ألغيت المادة 39 ق أ التي كانت نص في فقرتها الثانية على واجب الزوجة في طاعة الزوج و مراعاة باعباره رئيس العائلة . إذن فالهدف من هذا التعديل هو إلغاء فكرة قوامة الرجل على الأسرة ، وهذا أمر منتقد و مسلك معيب لأن كل عاقل لا يخالف في أن كل جماعة بشرية لا يستقيم أمرها إلا بوجود قائد يتولى إدارتها و الأسرة باعتبارها جماعة بشرية لا يخرج عن هذا الإطار ، فقد قال الله عز و جل : " الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض و بما أفقوا من أموالهم ... " سورة النساء الآية 34 .

و قوامة الرجل على لا يعني الأفراد يأخذ القرارات التي تعلق بشؤون الأسرة و إنما التحاور و التشاور من أجل الوصول إلى أفضل الحلول التي تحقق مصلحة الأسرة ، بعيدا عن التسرع الذي يؤدي إلى أخذ حلول ظرفية لا تحل مصلحة الأسرة . و قد كان الرسول صلى الله عليه و سلم يستشير زوجته أمهات المؤمنين في كثير من المسائل لا يتسع المقام لبسطها .

#### 5 - حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر و أقاربه و احترامهم و زيارتهم :

و هنا أيضا أدرج المشرع هذه الفقرة في المادة 36 ق أ ، بعد أن ألغى المادة 39 ق أ التي كانت نص في فقرتها الثالثة على واجب الزوجة في احترام والدي الزوج و أقاربه ، و جعله واجبا مشتركا . و هذا التعديل أيضا ليس له مبرر ، لأن العادة عند المجتمع الجزائري جرت على أن تنتقل الزوجة إلى بيت زوجها الذي يكون في الغالب الأعم هو بيت والديه ، و من ثم يكون هناك صال يومي بين الزوجة و والدي زوجها و أقاربه مما يتطلب منها معاملتهم بالحسنى و تجنب الخلافات و النزاعات . أما الزوج فقد لا يلتقي بوالدي زوجته و أقاربها إلا في المناسبات و بالتالي ففكرة الاختلاف و النزاع غير مطروحة .

#### 6 - المحافظة على روابط القرابة و التعامل مع الوالدين و الأقربين بالحسنى و المعروف :

ينبغي أن لا تكون الرابطة الزوجية سببا في عقوق الوالدين و قطيعة الرحم ، فمن يسأل كبار السن الموجودين في دور العجزة يجد إجابات صادمة عن زوجة استغلت ضعف شخصية زوجها لتدفع بوالديه إلى ذلك المكان الذي لا يتمناه أي إنسان لنفسه .

و في المقابل يجب على الزوج أن يسعى و يوثق روابط القرابة بين زوجته و أهلها و زيارتهم .

#### 7 - زيارة كل منهما لأبويه و أقاربه و استضافتهم بالمعروف : هذه الفقرة تفرض أن للزوجين مسكن

منفرد ، و هذا غير متيسر دائما خاصة في بداية الحياة الزوجية حيث يكون مسكن الزوجية عند والدي الزوج ، فلا طرح فكرة الزيارة و الإستضافة إلا بالنسبة للزوج . و في جميع الحالات فإن زيارة الزوجين لوالديهما و استضافتهم دخل ضمن صلة الرحم و بر الوالدين المطلوبين شرعا .

#### المطلب الثاني : ثبوت النسب :

من أهم الآثار غير المالية التي يربطها الزواج ثبوت نسب الأولاد إلى الزوج فيكون هو أبوهم و يحملون اسمه شرعا و قائلوا . و قد بين المشرع الأسباب التي يثبت بها النسب في المادة 40 ق أ ، التي نصت على أنه : " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج مفسوخ بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون .

يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب .

و فيما يلي تناول هذه الأسباب بالشرح .

أولا : ثبوت النسب بالزواج الصحيح :

الزواج الصحيح هو الزواج الذي استوفى جميع شروطه الموضوعية كالرضا و الشاهدين و الصداق و الولي في حالة وجوبه و كان مسجلا في سجلات الحالة المدنية ، فإذا تج عن هذا الزواج أولاد فإنهم ينسبون إلى الزوج ، بالشروط الآتية :

1 - حقق الدخول أو إمكانية الإصال بين الزوجين : وهذا الشرط صت عليه المادة 41 ق أ بقولها : " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الإصال .... " فالزواج الصحيح وحده غير كاف لإثبات النسب و إنما يجب بالإضافة إلى العقد الصحيح أن يتحقق الدخول أو على الأقل الخلوة الصحيحة بين الزوجين و قد استعمل المشرع لفظ "إمكانية الإصال " للدلالة على أن مجرد الخلوة بين الزوجين بعد العقد تعتبر قرينة على الدخول و يثبت بها النسب و ستحق بها الزوجة كامل الصداق .

2 - أن لا ينفي الزوج سب الولد بالطرق المشروعة :

و هذا الشرط صت عليه أيضا المادة 41 ق أ بقولها : " ينسب الولد لأبيه ..... و لم ينفيه بالطرق المشروعة . " و المقصود بالطرق المشروعة هو لجوء الزوج إلى اللعان من أجل في النسب .

إذا كان الزواج صحيحا ، و لم دخول الزوج بزوجه أو الخلوة بينهما فإن سب الولد يثبت و لا يمكن فيه إلا باللعان ، و مصدر اللعان هو قوله عز و جل : " و الذين يرمون أزواجهم و لم يكن لهم شهود إلا أنفسهم فشهدوا أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين و الخامسة أن لعنت الله عليه إن كان من الكاذبين و يدرو عنها العذاب أن شهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين و الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين . " سورة النور الآيات من 6 إلى 9 .

إذن فاللعان يكون من أجل في الزوج لنسب حمل جاءت به زوجته ، فيقول برفع دعوى قضائية سمي دعوى في النسب باللعان ، و صيغته أن يقسم الزوج أربع مرات بالله أن الحمل أو الولد الذي ولد له زوجته ليس منه ، و الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما يدعيه ، ثم قسم الزوجة أربع مرات بالله أن زوجها كاذب فيما يدعيه و الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين .

شروط اللعان لنفي النسب : لكي يلجأ الزوج إلى اللعان من أجل في النسب يجب وافر الشروط الآتية :

أ - أن يكون الزواج صحيحا فإذا كان الزواج غير صحيح فلا يجوز اللجوء إلى اللعان .

ب - أن لا يكون قد سبق للزوج أن اعترف بنسب هذا الحمل أو المولود صراحة أو ضمنا . فالإعتراف الصريح كأن يقول الزوج هذا ابني أو ابنتي ، و الإعتراف الضمني كأن يحتفل بهذا المولود و يتلقى التهنئة أو يشتري مستلزمات المولود الجديد .

ج - أن رفع دعوى اللعان في أجل لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل وإن كان المشرع لم يحدد أجل لدعوى اللعان إلا أن المحكمة العليا قد استقر قضاؤها على حديد مدة ثمانية أيام لقبول دعوى اللعان ،

فقد جاء في قرارها الصادر بتاريخ 28 / 10 / 97 قولها : " و من المستقر عليه قضاءه يمكن في النسب عن طريق اللعان في أجل محدد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل . "

د- أن ودي صيغة اللعان على النحو الذي سبقت الإشارة إليه من طرف كل من الزوجين في المسجد العتيق ، و ذلك حتى يستشعرا عظمة الأمر الذي يقدمان عليه .

آثار اللعان : إذا وافرت في دعوى اللعان الشروط التي ذكرها فإنها يربى الآثار الآتية :

أ - فسخ الزواج و التفريق بين الزوجين : فاللعان يؤدي إلى حلل الرابطة الزوجية بواسطة الفسخ و التفريق بين الزوجين .

ب - عد ثبوت سب الحمل أو المولود إلى الزوج و يلحق بأمه .

ج - اللعان يمنع التوارث بين الزوجين طبقا لنص المادة 138 ق أ .

د - جب على الزوجة العدة .

هذا فيما يخص الشرط الثاني لثبوت النسب بالزواج الصحيح و هو أن لا ينفيه بالطرق المشروعة أما الشرط الثالث هو :

3 - أن يوضع الحمل في المدة القياسية :

حدد المشرع أقل مدة للحمل بستة أشهر من تاريخ الزواج ، بحيث إذا وضع الحمل لأقل من ستة أشهر من تاريخ الزواج فإن النسب لا يثبت . فقد نصت المادة 42 ق أ على أن : " أقل مدة الحمل ستة أشهر ..... " و هو فس الحكم في الفقه الإسلامي ، استنادا إلى الجمع بين الآيتين في قوله عز و جل : " وحمله و فصاله ثلاثون شهرا . " سورة الأحقاف ، فقد حددت هذه الآية الكريمة مدة الحمل و الرضاع بثلاثين شهرا و الآية الثانية هي : " و فصاله في عامين " سورة لقمان . و هذه الآية حددت مدة الرضاع بعامين فإذا خصمنا مدة الرضاع و هي 24 شهرا من مدة الحمل و الرضاع و هي 30 شهرا كون النتيجة ستة أشهر و هي أقل مدة الحمل . إذن لكي يثبت النسب بالزواج الصحيح يشترط أن يوضع الحمل بعد ستة أشهر فأكثر من تاريخ الزواج أما إذا وضع قبلها فلا يثبت النسب .

أما أقصى مدة للحمل فقد حددها المشرع بعشرة أشهر حسب من تاريخ الطلاق أو الوفاة و هذا بموجب المادة 43 ق أ التي نصت على أنه : " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الإيفصال أو الوفاة . " ففي حالة حلل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة ، فيجب - لكي يثبت النسب - أن يوضع الحمل في خلال مدة أقصاها عشرة أشهر ، أما إذا وضع بعدها فلا يثبت النسب .

ثانيا : ثبوت النسب بالزواج الباطل :

إذا ثبت بطلان الزواج بسبب اختلال ركن الرضا أو اشتماله على ما ع من الموانع الشرعية التي سبقت الإشارة إليها أو اشتمال على شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو بسبب الزواج بإحدى المحرمات وكان هذا بعد الدخول وفتح عنه حمل فإن سب هذا الحمل يثبت استنادا إلى ص المادة 40 ق أ : " يثبت النسب ..... بكل زواج مفسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون . "

كما نصت المادة 34 ق 1 على ثبوت النسب بالدخول في الزواج الباطل بقولها: " كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول و بعده و يترتب عليه ثبوت النسب ...."

**ملاحظة:** في الحقيقة إن الزواج الباطل في ذاته لا يترتب عليه ثبوت النسب إلا إذا حصل الدخول ، و من ثم فإن النسب يترتب على الدخول في الزواج الباطل .

وقد سبقت الإشارة إلى أن الزواج الذي يفسخ بعد الدخول هو الزواج الباطل أما الزواج الفاسد فإنه يثبت بعد الدخول بصدق المثل و يترتب عليه الآثار التي يترتب بها الزواج الصحيح و منها ثبوت النسب .

ثالثا: ثبوت النسب بنكاح الشبهة :

نكاح الشبهة هو معاشرة غير مشروعة تقع بين الرجل و المرأة و لكن يترتب بها شبهة جعلها يعتقداً لها مشروعة . فهو إذن غلط يقع فيه الرجل و المرأة يجعلهما يتصوران الحرمان حلالاً .

و الأمثلة على ذلك أن يأتي الرجل المرأة التي طلقها طلاقاً بائناً في العدة ظناً منه أن الطلاق هو طلاق رجعي ، أو أن يتزوج الرجل أخته من الرضاع و هو لا يعلم . وهكذا كل فعل هو في الأصل محرّم اقتربت به شبهة قوية فإذا ثبت عليه حمل فإن النسب يثبت استناداً إلى المادة 40 ق 1: " يثبت النسب ....  
... أو بنكاح الشبهة ....."

رابعاً: ثبوت النسب بالإقرار :

الإقرار هو اعتراف الشخص أمماً القضاء بواقعة قانونية مدعى عليه بها، كأن يدعي شخص أمماً القضاء بأن فلان من الناس هو أبوه و يقر هذا الشخص ببنيته .

و الإقرار حسب قانون الأسرة ينقسم إلى قسمين : إقرار محمول على النفس و إقرار محمول على الغير .

أ – الإقرار المحمول على النفس : و هو الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة ، و في هذه الحالة يحمل المقر هذا الإقرار على نفسه و لا يضيفه إلى الغير ، فيقول مثلاً عم هذا ابني أو هذا أبي أو هذه أُمي .

ب – ص المشرع على ثبوت النسب بالإقرار في المادة 40 ق 1 ، و نص على الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة و هو الإقرار المحمول على النفس و بين شروطه في المادة 44 ق 1 ، التي نصت على أن : " يثبت النسب بالإقرار بالبنوة ، أو الأبوة أو الأمومة ، لمجهول النسب و لو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة . " من خلال هذه المادة يمكن أن يستخرج شروط الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة و هي:

1 – أن يكون المقر له مجهول النسب : فلا يجوز الإقرار بالنسب لشخص معلوم النسب ، فإذا أقر الأب

ببنوة شخص فيجب أن يكون هذا الشخص مجهول الأب و إذا أقرت الأم ببنوة طفل فيجب أن يكون هذا الطفل غير معلوم الأب .

2 – أن يكون هذا الإقرار يصدق العقل أو العادة : و معنى هذا يشترط أن يصدق العقل هذا الإقرار و ذلك بأن يكون بين المقر و المقر له فارق في السن بحيث يمكن أن يكون للمقر أبناء في مثل سن المقر له ، كأن يكون سن المقر أربعون سنة و سن المقر له عشر ( 10 ) سنين .

□شير هنا إلى أن هذا الإقرار المحمول على النفس يسري في مواجهة الغير و لو كان المقر في مرض الموت .

ب – الإقرار المحمول على الغير : و هو الإقرار بغير البنوة أو الأبوة أو الأمومة ، كأن يقر الرجل بأن فلان أخوه فهنا حمل المقر الإقرار على الأب لأن الأخ هو ابن الأب، و إذا أقر بأن فلان عمه يكون قد حمل الإقرار على الجد لأن العم هو ابن الجد وهكذا . وقد ص المشرع على الإقرار المحمول على الغير في المادة 45 ق أ التي جاء فيها : " الإقرار بالنسب في غير البنوة ، و الأبوة ، و الأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه . "

من خلال هذه المادة فإن المشرع اشترط من أجل ثبوت النسب المحمول على الغير ،بالإضافة إلى الشرطين المشار إليهما سابقا و هما أن يكون المقر له مجهول النسب و أن يكون هذا الإقرار يصدقه العقل و العادة ، أضاف شرطا ثالثا و هو :

□صديق الغير على هذا الإقرار حتى يسري في مواجهته و بدون هذا التصديق لا يطالب الغير بآثار هذا الإقرار ، مثلا إذا أقر شخص بأن فلان أخوه و كان للمقر ثلاثة إخوة فيشترط لسريان هذا الإقرار في مواجهتهم أن يصدقوا عليه ، أما إذا صدقه إثنان و رفضه الثالث فإنه لا يسري في مواجهة من رفضه و يبقى أثر الإقرار قاصرا على المقر و من صدقه .

#### خامسا : ثبوت النسب بالبينة :

وردت البينة كدليل إثبات للنسب في المادة 40 ق أ بقولها : " يثبت النسب .....أو بالبينة ..... " إلا أن المشرع لم يقد أي فاصيل حول مدلول البينة في إثبات النسب .

فالبينة كوسيلة من وسائل إثبات النسب هي كل الأدلة التي يمكن أن يعتمد عليها المدعي في إثبات النسب ، إلا أنه أصبح من الشائع استعمال مصطلح البينة للدلالة على شهادة الشهود .

وقد ص المشرع على الشهادة كوسيلة من وسائل الإثبات في المادة 150 ق إ ، و ما بعدها فقد صت هذه المادة على أنه : " يجوز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي كون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود ... " ، كما سبق أن أشرا بأنه لا يميز من الناحية القانونية في قبول الشهادة بين الرجال و النساء ، إذ لا يوجد ص قانوني يمنع شهادة النساء في إثبات النسب ، بل إن المشرع أجاز قبول شهادة الأصهار و الأقارب باستثناء الفروع في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص والطلاق في المادة 153 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

فيجوز للمدعي أن يعتمد على شهادة القابلات أو الأطباء الذين أجروا عملية الولادة ، أو شهادة الأقارب رجالا و نساء ماعدا الفروع في إثبات النسب أمما القاضي .

سادسا : إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية ( الدليل العلمي ) :

أضاف المشرع إلى المادة 40 ق أ، فقرة ثالثة بموجب الأمر 05 – 02 المؤرخ في 27 / 02 / 2005 ، و التي ص فيها على أنه : " يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب . "

و المقصود بالطرق العلمية هو لك التحاليل المخبرية التي جرى على المادة الوراثية التي تحتوي عليها  
□ واة الخلية من أجل التأكد من المطابقة بين البنية الجينية للطفل و والديه ، و هو ما يعرف بتحاليل البصمة  
الوراثية .

#### □ تعريف البصمة الوراثية :

لم يعرف المشرع البصمة الوراثية و لا قد □ لنا المراد بالطرق العلمية و لا مجالات استخدامها أما الفقه فقد  
عرف المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي البصمة الوراثية بقوله : " البصمة الوراثية هي البنية الجينية  
(سبة إلى الجينات أي المورثات ) التي □ دل على هوية كل □ سان بعينه .. "

كما جاء في □ وصية □ دوة الوراثة و الهندسة الوراثية المنبثقة عن المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية :  
البصمة الوراثية من الناحية العملية وسيلة لا □ كاد □ خطىء في التحقق من الوالدية البيولوجية و التحقق من  
الشخصية و لاسيما في مجال الطب الشرعي .. "

البصمة الوراثية وسيلة إثبات للنسب :

من خلال الفقرة الثائية من المادة 40 ق □ قول بأن البصمة الوراثية □ ستخد □ كوسيلة لإثبات النسب وليس  
لنفيه ، لأها □ صت صراحة على □ ه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ولم □ نص  
على الإعتماد عليها كوسيلة للنفي ، ومن ثم يجب الإقتصار على ما ورد به النص .

فلا يمكن للزوج إذا أراد □ في النسب أن يلجأ إلى البصمة الوراثية ، لكن الزوجة يمكنها أن □ طلب اللجوء  
إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ، و يمكن أن يكون طلب إجراء □ حاليل البصمة الوراثية من الزوجين معا  
من أجل إثبات □ سب الطفل إليهما كما لو □ عرض الطفل للإختطاف و وقع □ زاع بين الزوجين و المختطف  
حول □ سب الطفل .

والبصمة الوراثية هي وسيلة إثبات فيما بين الزوجين في حالة النزاع أما إذا كانت بين الرجل و المرأة  
مجرد علاقة غير شرعية فإنه لا يمكن اللجوء إلى البصمة الوراثية لأن العلاقات غير الشرعية لا يثبت  
بها النسب .

سابعاً: ثبوت النسب في حالة الإجاب عن طريق التلقيح الصناعي :

أجاز المشرع للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي في المادة 45 مكرر من ق أ ، و ذلك إذ □ عذر  
عليهما الإجاب الطبيعى بسبب مرض يعا □ ي منه أحدهما أو كلاهما يحول دون ذلك .

غير أن المشرع وضع بعض الشروط التي □ جب مراعاتها لمن يريدان إجراء هذه العملية ويمكن □ لخيصها  
في الآ □ :

1 – أن يكون الزواج شرعياً : يشترط أن يكون بين الرجل و المرأة عقد زواج صحيح ، فإذا كان الزواج

باطلاً يجب فسخه و التفريق بينهما ، لأن العلاقة بينهما في هذه الحالة □ كون غير شرعية و من ثم لا يجوز  
التلقيح الإصطناعي استناداً إلى العلاقات غير الشرعية و من باب أولى لا يجوز إجراء التلقيح  
الإصطناعي بين رجل و امرأة لا يربطهما عقد زواج أصلاً .

كما لا يجوز إجراء التلقيح بعد [حلال] الرابطة الزوجية بالطلاق أو التطليق أو الخلع ، لأن الطلاق في قانون الأسرة هو دائما طلاق بائن ، إذ بعد صدور الحكم بالطلاق لا يجوز للزوج أن يراجع زوجته إلا بعقد جديد طبقا لنص المادة 50 ق أ ، و بناء عليه لا يجوز إجراء التلقيح بعد صدور الحكم بالطلاق .

2 – أن يكون التلقيح برضا الزوجين : لا يمكن إجراء التلقيح إلا بموافقة و رضا كل من الزوجين إلا أن القانون لم يشترط شكل معين لهذه الموافقة كأن [كون مكتوبة مثلا و لهذا] كفي الموافقة الشفهية على إجراء التلقيح .

3 – أن يتم التلقيح أثناء حياة الزوجين : و هذا الشرط يستبعد فكرة [جميد النطف و الأجنة إلى ما بعد وفاة الزوج ، لأن التلقيح لا يجوز بعد وفاة الزوج و لو في فترة العدة ، فالنص يشترط أن يجرى التلقيح في حياة الزوجين . أما إذا ماتت الزوجة فيصبح إجراء التلقيح مستحيلا ، لعد [إمكانية زرع النطفة الملقحة في الرحم .

4 – أن يتم التلقيح بدون مشاركة طرف ثالث في عناصر الإ [جاب : فيجب أن يتم التلقيح بالسائل المنوي للزوج دون غيره و بويضة الزوجة دون غيرها و أن [زرع بويضة الزوجة الملقحة بماء الزوج في رحم الزوجة و ليس في رحم غيرها . و من هنا يكون المشرع قد منع التبرع بالسائل المنوي أو البويضة ، كما منع استئجار الأرحا] أو التبرع بحمل البويضة الملقحة من غير الزوجة . و هذه الفكرة أكد عليها المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة 45 مكرر من ق أ التي [صت على]ه : " لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي باستعمال الأ [البديلة] .

ثامنا : التبني :

[عريفه : التبني هو أن يتخذ الإنسان ابن غيره ابنا له و يلحقه بنسبه كأنه ابنه من صلبه بحيث [ترب عليه ما يتر [ب على البنوة الحقيقية من آثار كوجوب النفقة على الأب و الحق في الميراث و حرمة المصاهرة .

حكم التبني :

التبني ممنوع شرعا و ق [أ طبقا لنص المادة 46 ق أ . و لهذا لا يمكن وجود التبني إلا في حالة مخالفة القانون عن طريق التصريح الكاذب و هو ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 20/06/2001 بقولها : " لا [كون شهادة الميلاد في حالة التبني دليلا قاطعا على النسب ، إذ ما هي إلا [صريح يمكن إبطاله بجميع وسائل الإثبات ."

كما أبطل القرآن الكريم [ظنا] التبني في قوله [عالي] : " و ما جعل أدياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم و الله يقول الحق و هو يهدي السبيل ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله فإن لم [علموا آباءهم فأخو]كم في الدين و مواليكم." سورة الأحزاب الآية 4 .

الكفالة كنظا] بديل للتبني :

إذا كان المشرع قد منع التبني ، فإ [قد فتح الباب أملا] الكفالة كنظا] ق [أ ي بديل للتبني الممنوع ، و ذلك

في المواد من 116 إلى 125 من قانون الأسرة .

□ تعريف الكفالة : عرفها المشرع في المادة 116 ق أ : " الكفالة إنتزاعاً على وجه التبرع بالقبيل بولد قاصر من فققة و ربية و رعاية قبيل الأب بابنه و تم بعقد شرعي . "

فالكفالة هي عقد رسمي يتم أملاً الموثق أو أملاً المحكمة ، و هذا العقد ملزماً لجاب واحد يتبرع بموجبه الكافل بأن يقو بكل ما تقتضيه كفالة الصغير من فققة و ربية و رعاية .

شروط الكفالة :

1 – أن يكون الكافل مسلماً ، فغير المسلم لا يقو من على دين الصغير الذي يجب أن ينشأ نشئة إسلامية .

2 – كمال الأهلية : يشترط في الكافل أن يكون لديه الأهلية الكاملة طبقاً لنص المادة 40 من القانون المدني ، بأن يكون بالغاً سن 19 سنة كاملة فأكثر و أن يكون متمتعاً بقواه العقلية ، غير محجور عليه .

3 – أن يكون الكافل قادراً على متطلبات الكفالة من الناحية المالية و الجسمية ، فيكون لديه مداخيل مالية كفي للإيفاق على المكفول و أن يكون لديه القدرة الجسمية على رعاية الصغير من نظافة و أكل و لباس .

هذه الشروط صت عليها المادة 118 ق أ التي جاء فيها : " يشترط أن يكون الكافل مسلماً ، عاقلاً أهلاً لقبيل بشؤون المكفول و قادر على رعايته . "

4 – الأهلية : يشترط في الكافل أن يكون أميناً في ربية الطفل المكفول و نشئته على الأخلاق الإسلامية .

آثار الكفالة :

إذ و افرت في الكفالة شروطها القاقوية فإيها راب الآثار الآتية :

1 – كون للكافل الولاية القاقوية على الطفل المكفول و على أمواله ، فتكون للكافل ولاية على فس المكفول من ربية و رعاية و عليم و زويج ، كما كون له ولاية قاقوية على أموال المكفول التي يكتسبها عن طريق الميراث أو الوصية أو الهبة ، بالمحافظة عليها و إدارها و نميتها ، مع مراعاة التصرفات التي يجب على الكافل أن يستأذن فيها القاضي و التي صت عليها المادة 88 ق أ .

2 – يستفيد الكافل من جميع المنح العائلية و الدراسية التي يستفيد منها الولد الصلبي .

3 – يحتفظ الطفل المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلو النسب ، أما إذا كان مجهول النسب فتعطى له عدة أسماء يكون آخرها لقباً له و بالتالي فإن الكفالة لا لحق المكفول مجهول النسب بنسب الكافل و إن كان المرسوم التنفيذي رقم 92 – 24 مؤرخ في 13 / 01 / 1992 في مده الأولى قد سمح للكافل أن يمنح لقبه للطفل المكفول إذا كان مجهول النسب من الأب و إذا كانت له معلومة ، فينبغي أن رفق موافقتها المقدمة في شكل عقد رسمي ، فإن منح لقب الكافل للطفل المكفول طبقاً لهذا النص لا يعني استلحاق المكفول بنسب الكافل ، لأن المادة 5 مكرر 1 من هذا المرسوم قضي بوجوب الإشارة على الهامش في سجلات و عقود و مستخرجات عقد الحالة المدنية بآه مكفول .

4 – ليس للمكفول الحق في الميراث من أموال الكافل إلا إذا كان معلو النسب و كانت بينهما قرابة و لم يوجد من يحجبه ، كأن يكون المكفول هو ابن أخ الكافل و لم يكن للكافل إخوة على قيد الحياة عند موته .

غير أن القاون أجاز للكافل أن يتبرع أو يوصي للمكفول بماله في حدود الثلث فقط أما ما زاد على الثلث فيبقى موقوفا ولا ينفذ إلا إذا أجازته الورثة . المادة 123 ق أ .

### المبحث الثاني : الآثار المالية المترتبة على الزواج :

الآثار المالية المترتبة على عقد الزواج يمكن إجمالها فيما يلي : - النفقة الزوجية استنادا إلى المواد من 74 إلى 80 ق أ ، التوارث بين الزوجين استنادا إلى المادة 130 ق أ ، الأموال المشتركة استنادا إلى المادة 37 ق أ ، أما الصداق و إن كان البعض يعتبره من الآثار المالية ، إلا أننا فضلنا دراسته مع شروط الصحة طببقا لنص المادة 9 مكرر و لهذا فإن دراستنا للآثار المالية سوف يقتصر على حق الزوجة في النفقة و سبب الأموال المكتسبة .

المطلب الأول : حق الزوجة في النفقة :

#### تعريف النفقة الزوجية :

لم يرد في قاون الأسرة تعريف للنفقة الزوجية ، أما في اصطلاح الفقهاء فإن النفقة الزوجية هي ذلك المال الذي يجب في ذمة الزوج حقا لزوجته من أجل غطية مصاريف الطعنا و الملابس و المسكن و العلاج و كل ما يعتبر من الضروريات حسب العرف و العادة .

و النفقة يجب على الزوج حقا لزوجته مصداقا لقوله تعالى : " و على المولود له رزقهن و كسوهن بالمعروف . " سورة البقرة ، و قوله عليه الصلاة و السلام : " و لهن عليكم رزقهن و كسوهن بالمعروف . " و في قاون الأسرة فإن النفقة أيضا واجبة على الزوج بموجب المادة 74 ق أ ، التي نصت على أن : " يجب نفقة الزوجة على زوجها ..... "

و سبب وجوب النفقة على الزوج هو عقد الزواج الصحيح ، لأن النفقة هي أثر من آثار الزواج الصحيح أما إذا كان الزواج فاسدا و لم يفسخه قبل الدخول ، أو كان الزواج باطلا و لم يفسخه أيضا سواء قبل الدخول أو بعده فإن النفقة لا يجب على الزوج إلا بالزواج الصحيح .

#### شروط استحقاق الزوجة للنفقة :

1 - الدخول بالزوجة أو بدعواها إليه ببينة :

لكي يستحق الزوجة النفقة و يمكنها المطالبة بها قضاء يشترط أن يكون قد دخل بها الزوج ، بأن لم الزواج و نقلت الزوجة إلى بيت زوجها أما بعد العقد و قبل الدخول فلا يمكنها المطالبة بالنفقة ، إلا إذا كانت الزوجة قد دعت الزوج إلى الزواج الذي هو الذي قاعس عن الزواج ولكنه رفض دعواها ففي هذه الحالة يجب النفقة على الزوج و إن لم يتم الدخول لأنه هو الذي قاعس عن الزواج ، لكن على الزوجة أن تثبت دعواها بالدليل و هذا ما نصت عليه المادة 74 ق أ بقولها : " يجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو بدعواها إليه ببينة ... "

2 - عدو شوز الزوجة : يقصد بالنشوز في الفقه عدو طاعة الزوجة لزوجها فيما هو حق شرعي له بمقتضى عقد الزواج ، كأن يدعوها إلى الزواج و الدخول ولكنها رفض ، أما قاون الأسرة و إن كان قد أعاد صياغة المادة 37 ق أ ، بحيث حذف الفقرة الأولى التي كانت نص على أن : " يجب على الزوج حو زوجته : 1 - النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت شوزها . " إلا أن المحكمة العليا

اعتبرت أن المرأة لا تكون في حالة شوز إلا إذا غادرت مسكن الزوجية بدون عذر شرعي و صدر ضدها حكم قضائي يلزمها بالرجوع إلى مسكن الزوجية بناء على طلب الزوج ورفض تنفيذ الحكم بالرجوع ، فمنذ هذا التاريخ تعتبر اشرا و لا يجب لها النفقة .

مشمات النفقة و كيفية قديرها و اريخ استحقاقها :

إذا كانت النفقة واجبة على الزوج فعلى ماذا شتمل النفقة و كيف يتم قديرها و منذ متى سنحق؟

1 – عناصر النفقة :

صت المادة 78 ق أ على عناصر النفقة التي يحق للزوجة المطالبة بها و هي : " الغذاء و الكسوة و العلاج ، و السكن أو أجره ، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة ."

و هذه العناصر التي ذكرها المشرع في المادة 78 ق أ هي الأمور الضرورية التي لا قف حياة الناس إلا بها ، بل إن هذه النفقة كتسي الطابع الإستعجالي بحيث صت المادة 57 ق أ على ه : "يجوز للقاضي الفصل على وجه الإستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة و لاسيما ما علق منها بالنفقة ... " فالإسان لا يمكنه الإستغناء عن الغذاء أو الملابس أو العلاج أو السكن .

و لما كانت الضروريات مسألة سببية ختلف من شخص إلى آخر فإن المشرع أوجب حكيم العرف و العادة ، فلو فرضنا أن العرف يقضي في منطقة من المناطق أن تكون للزوجة خادمة ساعدها ، فإن فقمة الخادمة صبح واجبة ، أو ثمن ذكرة الطائرة من أجل سفر الزوجة لزيارة أهلها إذا كانا و يقيمون في مكان بعيد و هكذا .

2 – كيفية قدير النفقة :

إن الذي يقدر النفقة هو القاضي في ضوء المعايير التي وضعتها المادة 79 ق أ التي جاء فيها : "يراعي القاضي في قدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش و لا يراجع قديره قبل مضي سنة من الحكم ."

وضع المشرع في المادة 79 ق أ معايير يستهدي بها القاضي في قدير النفقة وهي :

أ – مراعاة حال الزوج و الزوجة من العسر أو اليسار و هنا ينظر القاضي إلى الظروف المادية للزوج و مداخيله المالية و يأخذ بعين الإعتبار أيضا حال الزوجة فيما إذا كانت غنية أو فقيرة ، ففي حالة ساويهما في الفقر أو الغنى لا يطرح المشكل فالنفقة كون حسب مستواهما ، أما في حالة الإختلاف في الغنى و الفقر فالواجب على الزوج هو حالة وسطى بين مستوى الغنى و الفقر .

ب – ظروف المعاش : المعيار الثاني الذي يستهدي به القاضي هو مستوى المعيشة لدى المجتمع و يدخل فيه قيمة الدينار في سوق الصرف ، وأسعار السلع و الخدمات .

لكن في جميع الحالات ينبغي أن لا قل النفقة عن الحد الضروري الذي يسد حاجة المرأة . كما لا يجوز للزوجة التي قدر لها القاضي النفقة ، أن رجع إليه قبل مضي سنة من صدور الحكم القاضي بالنفقة من أجل طلب إعادة النظر في قديرها .

### 3 - تاريخ استحقاق النفقة :

صت المادة 80 ق أ على أن : "ستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى و للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بيينة لمدة لا تجاوز سنة قبل رفع الدعوى ."

إن المشرع قد وضع قاعدة عامة و استثناء فيما يخص تاريخ استحقاق النفقة .

القاعدة العامة : مفادها أن الزوجة لا تستحق النفقة إلا من تاريخ تسجيل دعوى المطالبة بها أمام المحكمة و بهذا النص يكون المشرع قد ألغى فكرة متجمد النفقة التي كان قد جرى بها العمل القضائي ، فقد كيات الزوجة إذ وقف الزوج عن الإفاق عليها مكث عدة سنوات لا طالبه بالنفقة ، حتى إذا رفع دعوى الطلاق طالبته بديون النفقة عن جميع السنوات الماضية ، الأمر الذي قد يدفعه إلى العدول عن فكرة الطلاق .

و بإلغاء فكرة متجمد النفقة بموجب المادة 80 ق أ ، فإنه يتعين على الزوجة أن بادر إلى المطالبة بالنفقة فور وقف الزوج عن الإفاق عليها و إلا فقدت حقها في النفقة عن المدة السابقة على رفع الدعوى .

الإستثناء : أجاز المشرع استثناء للقاضي أن يحكم للزوجة بالنفقة لمدة سنة واحدة سابقة على رفع الدعوى بشرط أن ثبت بالبيينة امتناع زوجها عن الإفاق عليها طول هذه المدة ( سنة ) و شمل البيينة كل دليل ثبت به الزوجة دعواها .

### 4 - الضمانات القانونية لحق الزوجة في النفقة :

وضع المشرع مجموعة من القواعد القانونية التي تحمي حق الزوجة في النفقة تناولها فيما يلي :

1 - اعتبار النفقة و السكن من الأمور ذات الطابع الإستعجالي التي يفصل فيها القاضي بموجب أمر على عريضة طبقاً لنص المادة 57 ق أ التي قضت بأه : "يجوز للقاضي الفصل على وجه الإستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة و لاسيما ما علق منها بالنفقة و الحضرة و الزيارة و المسكن."

2 - اعتبار الحق في النفقة من الحقوق الممتازة التي كون لها الأسبقية في التحصيل استناداً إلى المادة 993 من القانون المدني التي صت على أن : " يكون للديون التالية امتياز على جميع أموال المدين من منقول و عقار :

\_ النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الأشهر الستة الأخيرة ."

و معنى هذا أن جميع أموال المدين بالنفقة من عقارات و منقولات ضامنة للوفاء بدين النفقة و يقع عليها امتياز لمصلحة هذا الدين الذي حدده المشرع بنفقة الأشهر الستة الأخيرة ، و كون لهذا الدين الأولوية في التحصيل .

### 3 - الحق في طلب التطلق :

أعطى المشرع للزوجة الحق في طلب التطلق إذا امتنع الزوج عن دفع مبالغ النفقة المحكوك بها لمصلحتها بمقتضى ص المادة 53 ق أ التي جاء فيها : " يجوز للزوجة أن طلب التطلق للأسباب الآتية :

1 - عد الإفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم يكن عالمة بإعساره وقت الزواج ."

لكن المشرع اشترط على الزوجة لكي طلب التطلق لعد الإفاق الشروط الآتية :

أ - أن كون الزوجة قد حكم لها القاضي بمبالغ النفقة الواجبة على الزوج ، و هذا يعني أن الزوجة قبل أن طلب التطلق لعد الإفاق عليها أن رفع دعوى فقة من أجل الحصول على حكم قضائي يلز الزوج بدفع النفقة الواجبة عليه و المقدرة من طرف القاضي .

ب - أن يكون الحكم بالنفقة قد أصبح هائيا وحاز قوة الشيء المقضي فيه .

ج - أن يبلغ الزوج بالحكم القاضي بالنفقة و يمتنع عن نفيذ هذا الحكم و يكون هذا الإمتناع ثابت بمحضر يحرره المحضر القضائي ، إلا أن المشرع لم يحدد هنا مدة الإمتناع التي ستطبع بعدها الزوجة أن طلب التطلق ، و لكن جرى العمل على حديدها بشهرين طبقا لنص المادة 331 من قاون العقوبات .

د - أن لا كون الزوجة علم بإعسار زوجها وقت الزواج ، فإن كانت على علم بظروفه المادية فهذا يعني أنها رضيت بالعيش معه في مثل هذه الحالة من الإعسار و لا يمكنها حينئذ المطالبة بالتطلق .

4 - العقوبة الجنائية :

اعتبر المشرع الإمتناع عمدا عن دفع النفقة الواجبة على الزوج جاه زوجته و أسره ، جريمة و وضع لها عقوبة مشددة بمقتضى المادة 331 من قاون العقوبات المعدلة بالقاون رقم 06 - 23 المؤرخ في 20 / 12 / 2006 و التي صت على أنه : " يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات و بغرامة من 50000 د ج إلى 300000 د ج كل من امتنع عمدا و لمدة جاوز شهرين عن قديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسره و عن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجته أو أصوله أو فروعه و ذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع فقة إليهم .

و يفترض أن عد الدفع عمدي ما لم يثبت العكس ...."

هذا بالإضافة إلى العقوبة التكميلية التي صت عليها المادة 332 من قاون العقوبات .

و قد اشترط المشرع من أجل المتابعة الجزائية بسبب الإمتناع العمدي عن دفع النفقة وافر الشروط التي سبق أن أشرا إليها و المتمثلة في أن يكون لدى الزوجة حكم قضائي يلز الزوج بدفع مبالغ النفقة لفائدتها و أن يكون هذا الحكم قد أصبح هائيا و أن يبلغ الحكم إلى الزوج عن طريق المحضر القضائي و أن يكون هناك امتناع من طرف الزوج لمدة جاوز شهرين و أن يكون هذا الإمتناع عمدي ، و اعتبر المشرع أن الإمتناع عمدي حتى يثبت العكس .

5 - إنشاء صندوق النفقة :

أصدر المشرع في الجزائر القاون رقم 15 - 01 مؤرخ في 04 / 01 / 2015 يتضمن إنشاء صندوق النفقة ، و بموجب هذا القاون يتولى هذا الصندوق دفع النفقة المحكوك بها للمطلقة و الأطفال المحضون في الحالة التي يتعذر عليهم نفيذ الحكم القاضي بالنفقة ، على أن يتولى أمين الخزينة للولاية حصيل المستحقات المالية لصالح صندوق النفقة من المدينين بها .

فقصدت المادة 03 من هذا القانون على أن : " يتم دفع المستحقات المالية للمستفيد إذل عذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة بسبب امتناع المدين بها عن الدفع أو عجزه عن ذلك أو لعد معرفة محل إقامته . يثبت عذر التنفيذ بموجب محضر يحرره محضر قضائي . "

كما صت المادة 09 من فس القانون على أن : " يتولى أمين الخزينة للولاية حصيل المستحقات المالية لصالح صندوق النفقة من المدينين بالنفقة ... "

المطلب الثاني : لأموال المشتركة :

صت المادة 37 ق أ على أن : " لكل 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 و حديد النسب التي وول إلى كل واحد منهما . "

من خلال هذه المادة وضع المشرع تنظيم قانوني للنظا المالي للزوجين فوضع قاعدة عامة و استثناء :

القاعدة العامة : ضمنتها الفقرة الأولى من المادة 37 ق أ و تمثل في ظا استقلال الذمة المالية ، فمن حيث المبدأ للزوجة أموالها الخاصة بها و للزوج أمواله الخاصة به و لكل واحد منهما حرية التصرف في ماله ما دلا كامل الأهلية . و هذه الأموال قد يكتسبها الزوجان من مربا هما الشهرية أو من الميراث أو عن طريق الوصية أو من التجارة إلى غير ذلك من المصادر .

الإستثناء : الأموال المشتركة :

قد يشترك الزوج و الزوجة في شراء المسكن أو في شراء قطعة أرض أو في سيارة فكيف حدد ملكية كل منهما في هذه الأموال المشتركة ؟

وضع المشرع حلا يضمن حقوق كل طرف، من خلال إفاق الزوجين على حديد النسبة التي شارك بها كل منهما ، فلو فرضنا أنهما اشتركا في شراء قطعة أرض بمائة مليون سنتيم ، ساهم الزوج بسبعين مليون و ساهمت الزوجة بثلاثين مليون ، فتكون النسبة التي وول إلى الزوج هي سبعون بالمائة و النسبة التي وول إلى الزوجة هي ثلاثون بالمائة .

زمن الإفاق على الأموال المشتركة :

أ – يمكن للزوجين الإفاق على الأموال المشتركة و حديد النسب التي وول إلى كل واحد منهما عند إبرال عقد الزواج في إطار حرية الإشتراط التي صت عليها المادة 19 ق أ .

ب – بعقد رسمي لاحق و ذلك إذا اكتسب الزوج أو الزوجة أموال خلال الحياة الزوجية و أرادا الإشتراك في ملكية عقار أو منقول ، فيتوجهان إلى الموثق من أجل حريير عقد رسمي يثبت سبة الملكية لكل واحد منهما .

و الجدير بالذكر أن المشرع قد وضع بالمادة 37 ق أ حلا للمنازعات التي كالت ثور بين الزوجين حول الملكية ، فقد يشترى الزوج سيارة و ساهم معه الزوجة لكن بدون وثيقة رسمية بناء على الثقة المتبادلة

بينهما ، فإذا وقع الطلاق عجز الزوجة عن إثبات سبة ملكيتها في السيارة لأبها مسجلة باسم الزوج و ليس لها دليل كتابي رسمي .

فوجود الإيفاق بين الزوجين إما في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق على حديد النسب التي وول إلى كل منهما ، ينتفي النزاع فيما بعد .

و بهذا كون قد تهيأنا من الباب الأول الخاص بأعقاد الزواج و آثاره .

## الباب الثاني : انحلال الزواج و آثاره :

حصرت المادة 47 ق أ طرق حلل الرابطة الزوجية في الطلاق أو الوفاة ، فقضت بأن : "نحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة . " و الملاحظ أن المشرع قد أغفل النص على الفسخ كطريق من طرق حلل الزواج . كفسخ الزواج بسبب اللعان و فسخه بسبب الردة ، فهتان حالتان طرآن على الزواج الصحيح و وديان إلى فسخه ، إلا أن المشرع قصر الفسخ في قاون الأسرة على الزواج الفاسد و الباطل و هذا مسلك منتقد ، خاصة و أنه أشار إلى اللعان كوسيلة لنفي النسب و ص على الردة كما ع من مو مع الميراث .

و إذا حللت الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة ربت على ذلك آثار قاونية ، كوجوب العدة على المرأة و استحقاق الزوجة لتوابع العصمة و حضنة الأطفال القصر إلى غير ذلك . لهذا درس حلل الرابطة الزوجية في الفصل الأول و درس آثار الإحلل في الفصل الثاني .

### الفصل الأول : حلل الرابطة الزوجية :

نحل الرابطة الزوج بالطلاق و الذي جمع المشرع حته : الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج و الطلاق بالتراضي و الطلاق بطلب من الزوجة و هو ما صت عليه المادة 48 ق أ بقولها : " مع مراعاة أحكام المادة 49 أ ه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القاون . "

### المبحث الأول : الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج :

خول المشرع للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة و لو بدون موافقة الزوجة ، لأن العصمة بيده فنص في المادة 48 ق أ التي سبقت الإشارة إليها على أن : " ... يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج .. "

### تعريف الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج :

لم يرد في قاون الأسرة تعريف شامل للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ، إلا ما جاء في المادة 48 ق أ . أما المحكمة العليا فقد عرفته في قرار قديم بقولها : " الطلاق هو حل عقد الزواج و يتم بإرادة الزوج الذي يملك وحده فك عصمة النكاح و لا ينوب عنه في ذلك إلا من فوض لهم أمره ... "

أما في اصطلاح الفقهاء فالطلاق هو حل رابطة الزوجية الصحيحة من جانب الزوج بألفاظ صريحة أو ضمنية في الحال أو في المال .

شروط الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج : يشترط لكي يقع الطلاق من الزوج ما يلي :

1 – أن يكون المطلق هو الزوج : فلا يقع الطلاق من غير الزوج بغير وكيل ، فيشترط لكي يقع الطلاق من الرجل على المرأة أن يكون بينه و بينها عقد زواج ، فنص المادة 48 ق أ يقضي صراحة بأن يكون الطلاق بإرادة الزوج ، و هو ما قضت به المحكمة العليا بقولها : " .. و لم يثبت من ادعاءات الزوج و لا من محضر الشهود أن الزوج لفظ بالطلاق أو صرح به بل بالعكس أنه ما زال يطالب برجوع زوجته .. و ثبت أن أولياء الزوج هم الذين منعوا الزوجة من زوجها و طردوها من محل الزوجية و الحال أن عصمة النكاح بيد الزوج وحده .... "

2 – أن يكون الزوج المطلق كامل الأهلية : لأن الطلاق هو من التصرفات القاونية التي يشترط لصحتها

كمال الأهلية بأن يكون الزوج قد بلغ 19 سنة كاملة وأن يكون متمتعاً بكواه العقلية و غير محجور عليه .

و إذا كان المشرع قد حدد سن الزواج في المادة 7 ق أ ب 19ها سنة ، فإنه يفترض في الزوج أن يكون كامل الأهلية ، إلا أن الإشكال المطروح يبقى بالنسبة للقاصر الذي يتزوج بترخيص قضائي هل يقع منه الطلاق ؟ إن الفقرة الثاوية من المادة 7 ق أ صت على أنه : " يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات . " لكن و بالنظر إلى أن الطلاق ليس من آثار الزواج و إنما هو صرف قانوني يهدف إلى حل عقد الزواج و بالتالي لا يحكمه الفقرة الثاوية من المادة 7 ق أ .

و إن كان المشرع قد أراد استدراك الأمر في المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي صت على أنه : " عندما يكون الزوج ناقص الأهلية ، يقدر الطلب باسمه ، من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة . " و هنا ناقض المشرع مع ص المادة 48 ق أ التي صت على أن الطلاق يكون بإرادة الزوج ، كما ناقض مع أحكام الشريعة الإسلامية لقوله عليه الصلاة و السلام : " ما الطلاق لمن أخذ بالساق . " قال الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله : " ليس لغير الزوج من ولي أو وصي أن يوقع الطلاق لأن أحكام عقد الزواج كلها رجوع إلى الزوجين . "

لهذا فإنه اقترح أن يعتبر المشرع ناقص الأهلية المرخص له بالزواج بحكم قضائي كامل الأهلية ، و أصبح صياغة الفقرة الثاوية من المادة 7 ق أ كما يلي : " يصبح الزوج القاصر المأذون له بالزواج كامل الأهلية بموجب هذا الإذن . "

أما إذا أصيب الزوج بالجنون فإنه لا يقع منه الطلاق ، و يبقى الأمر في يد الزوجة إن هي أرادت أن طلب التطليق استناداً إلى الفقرة الثاوية من المادة 53 ق أ .

### 3 – أن يكون عقد الزواج صحيحاً :

يشترط لكي يقع الطلاق أن يكون عقد الزواج صحيحاً أما إذا كان باطلاً فإن الجزاء القانوني هو الفسخ قبل الدخول و بعده و التفريق بين الزوجين ، أما إذا كان عقد الزواج فاسداً بسبب خلف الشاهدين أو الصداق أو الولي في حالة وجوبه ، فإنه يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه و يثبت بعد الدخول بصداق المثل . و بناء عليه فإن الطلاق لا يقع إذا كان الزواج باطلاً كما لا يقع في الزواج الفاسد قبل الدخول و إنما يفسخ .

### 4 – أن يكون الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية :

يجب على الزوج عندما يرفع دعوى الطلاق أن يثبت صفته كزوج ، و يكون ذلك بإرفاق عريضة الدعوى بمستخرج من عقد الزواج . فقد صت المادة 429 من قانون الإجراءات المدنية في فقرتها الأخيرة على أنه : " يجب أن يرفق مع العريضة شهادة عائلية و مستخرج من عقد زواج المعنيين . " و إن كانت هذه الفقرة جاءت في سياق بيان إجراءات الطلاق بالتراضي ، إلا أن هذا الإجراء مطلوب في جميع دعاوى الطلاق من أجل إثبات الصفة التي هي شرط في قبول الدعوى .

أما إذا كان الزواج غير مسجل في سجلات الحالة المدنية ، فيتعين على الزوج قبل أن يرفع دعوى الطلاق أن يباشر إجراءات إثبات الزواج التي سبق أن أشرنا إليها في كيفية إثبات الزواج العرفي .

و بعد أن يسجل الزواج العرفي في سجلات الحالة المدنية ، يمكن للزوج أن يرفع دعوى الطلاق .

هل يشترط في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أن يكون مؤسسا ؟

للإجابة على هذا السؤال قول إن العصمة بيد الزوج فإذا أراد أن يوقع الطلاق بإرادته المنفردة فلا يجب عليه تأسيس دعواه لأن المشرع لم يحدد أسباب قايية للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ، ولا يملك القاضي رفض دعوى الطلاق و إجبار الزوج على البقاء مع زوجته حتى ولو كان الطلاق بغير سبب . إلا أن الزوج في هذه الحالة يعتبر متعسفا في استعمال الحق في الطلاق و بالتالي فإنه يكون مسؤولا و هذا ما صت عليه المادة 52 ق أ بقولها : " إذ بين للقاضي عسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها . "

مشكلة الطلاق العرفي :

قصد بالطلاق العرفي ذلك الطلاق الشفهي الذي يتلفظ به الزوج في مواجهة زوجته دون أن يكون ثابتا بحكم قضائي ، فهل يقع هذا الطلاق و يعتبر الزوجة مطلقة من تاريخ لفظ الزوج بالطلاق لا بد من أن يكون الطلاق أميا المحكمة ؟

صت المادة 49 ق أ على أنه : " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي... "

إن هذه المادة يكتنفها الكثير من الغموض و لا عطينا إجابة واضحة عن السؤال الذي طرحناه لأنها تحدث عن الوسيلة التي يتم بها إثبات الطلاق ، و اشترطت أن تكون هذه الوسيلة هي الحكم القضائي.

غير أن الحكم القضائي يمكن أن ثبت به الطلاق العرفي كما يمكن أن ثبت به الطلاق الواقع أميا المحكمة . لهذا لا بد من الإستعانة بقضاء المحكمة العليا في تفسير هذه المادة .

إن من يتتبع قضاء المحكمة العليا يلاحظ أنها تجتهد إلى الإعراف بالطلاق العرفي و جيز إثباته بحكم قضائي و هذا المبدأ سارت عليه في سلسلة من قراراتها ذكر منها على سبيل المثال :

قرارها الصادر بتاريخ 17 / 02 / 1998 و الذي جاء فيه :

" و لما كان الثابت من القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس لما قضاوا بالطلاق البائن بناء على صريح الزوج أمامهم بطلاقه لزوجته ثلاثا فإنهم طبقوا القانون طببقا سليما . " فقد اعتبرت المحكمة العليا إثبات القاضي للطلاق الثلاث الواقع من الزوج خارج المحكمة بحكم طببقا صحيحا للقانون .

قرارها الصادر في 16 / 02 / 1999 و الذي جاء فيه : " من المقرر شرعا أنه يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود أميا القضاء .

ومتى بين في قضية الحال أن الطلاق وقع بين الطرفين أميا جماعة من المسلمين وأن المجلس أجرى حقيقا و سمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج فعلا طلق المطعون ضدها و بالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق و عليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون . "

و وجد قرارات أخرى في فس الإجاه مما يجعلنا قول بأن المادة 49 ق أ شمل إثبات الطلاق العرفي بحكم ، فالطلاق الشفهي الذي يقع من الزوج بعيدا عن المحكمة لا يحتج به في مواجهة الزوجة و لا في مواجهة الغير ما لم يكن ثابتا بحكم قضائي .

## أنواع الطلاق :

ينقسم الطلاق بالنظر إلى إمكانية مراجعة الزوج لزوجته من عدمها إلى طلاق رجعي و طلاق بائن .

الطلاق الرجعي : هو الطلاق الذي يملك فيه الزوج مراجعة زوجته قبل نهاية العدة دون حاجة إلى عقد جديد فتكون الرابطة الزوجية قائمة حكما في فترة العدة بحيث لو وقعت الوفاة أثناء العدة يرث الحي منهما الميت لكنه ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج .

وتم الرجعة بأن يراجع الزوج زوجته بالقول الصريح و يكون بألفاظ صريحة في الدلالة على المراجعة كراجعتك كما كون ضمنا إذا عاد الزوج إلى معاشرته زوجته بنية المراجعة .

فقدت المادة 50 ق أ على أنه : " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ... " و هذا النص يفترض أن يكون الزوج قد طلق زوجته طلاقا لفظيا ثم رفع دعوى الطلاق قبل نهاية العدة و أثناء محاولة الصلح التي يجريها القاضي بين الزوجين يراجع الزوج زوجته فلا يحتاج إلى عقد جديد .

غير أن المشرع وقع في ناقض مع ما صت عليه المادة 49 ق أ التي نص على أن يثبت الطلاق بحكم ، و في محاولة الصلح لا يوجد حكم بالطلاق ، إذن فلا مجال للحديث عن المراجعة و ما استتفان الحياة الزوجية في حالة جاح محاولة الصلح .

الطلاق البائن : هو الطلاق الذي لا يملك فيه الزوج مراجعة زوجته إلا بعقد جديد و ينقسم إلى طلاق بائن بينونة صغرى و طلاق بائن بينونة كبرى .

أ – الطلاق البائن بينونة صغرى و هو الذي يحتاج الزوج الذي يرغب في مراجعة زوجته إلى عقد زواج جديد ، فيتقيد إليها كخاطب إن شاءت زوجته وإن شاءت رفضت الزواج به . و هذا النوع من الطلاق هو الذي صت عليه المادة 50 ق أ في المقطع الثاني : " و من راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد . " وبناء عليه إذا فصل القاضي في الدعوى و أصدر الحكم بفك الرابطة الزوجية ، فلا يمكن للزوج أن يراجع زوجته إلا بعقد جديد . و من ثم فإن الطلاق في قانون الأسرة هو دائما طلاق بائن ، لأن المادة 49 ق أ قضي بأنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم و المادة 50 ق أ قضي بأنه إذا صدر الحكم بالطلاق فلا يمكن للزوج أن يراجع زوجته التي طلقها بحكم إلا بعقد جديد .

ب – الطلاق البائن بينونة كبرى : يكون الطلاق بائن بينونة كبرى في حالة الطلاق المكمل للثلاث بمعنى أن يطلق الزوج زوجته ثم يراجعها ثم يطلقها الطلقة الثانية ثم يراجعها ثم يطلقها الطلقة الثالثة وهنا بين منه بينونة كبرى بحيث لا يمكنه أن يراجعها حتى تزوج رجلا غيره و انتهى زواجها مع الزوج الثاني بالطلاق أو الوفاة بعد الدخول ، و هذا ما صت عليه المادة 51 ق أ بقولها : " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تزوج غيره و طلق منه أو يموت عنها بعد البناء . "

الإجراءات القضائية للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج : إذا أراد الزوج استصدار حكم بفك الرابطة الزوجية بينه وبين زوجته فعليه باع الإجراءات الآتية :

1 – المحكمة المختصة رفع دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أملا قسم شؤون الأسرة لدى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها المسكن الزوجي ، و هو ما صت عليه المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية في فقرتها الثالثة بقولها : " كون المحكمة المختصة إقليميا : 3 – في موضوع الطلاق

و الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي ..."

فعلى الزوج إذن أن يرفع الدعوى أملاً قسم شؤون الأسرة لدى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية ، فإذا كان هذا المسكن يقع في الرمشي مثلاً كون محكمة الرمشي هي المختصة ، و إذا كان المسكن الزوجي يقع في سبدو كون محكمة سبدو هي المختصة و هكذا .

2 - قديم العريضة و بليغ الخصم :

على الزوج أن يتقد إلى قسم شؤون الأسرة لدى المحكمة المختصة إقليمياً بعريضة افتتاح دعوى طلاق بإرادة الزوج وفق الأشكال المنصوص عليها في المادتين 14 و 15 من قانون الإجراءات المدنية .

يقول أمين الضبط لدى قسم شؤون الأسرة بجدولة القضية و ذلك بقيد العريضة في سجل خاص بعبارة لترتيب ورودها و يبين أسماء و ألقاب الخصوم و إعطاء رقم للقضية و يحدد تاريخ أول جلسة . المادة 16 من ق إ .

يقول المدعي و هو الزوج الذي رفع دعوى الطلاق بتبليغ الخصم و هو الزوجة بالتكليف بالحضور مرفوقاً بنسخة من العريضة الإفتتاحية المشار فيها إلى رقم القضية و تاريخ أول جلسة ، مع وجوب احترام أجل 20 يوماً على الأقل بين تاريخ التكليف بالحضور و تاريخ أول جلسة . ( المادة 16 ق إ )

3 - جلسات الصلح : ألز المشرع القاضي قبل أن يشرع في طرد دعوى الطلاق أن يجري عدة محاولات صلح بين الزوجين و هو إجراء يهدف إلى المحافظة على الأسرة من خلال محاولة إقناع الزوج بالعدول عن الطلاق ، و الصلح هو إجراء و جوبي بحكم المادة 49 ق أ التي صت على أنه : " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تجاوز مدة ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى . " و أيضاً ما صت عليه المادة 439 ق إ بقولها : " محاولات الصلح و جوبية ... "

فالصلح إذن هو إجراء قاي إذا أغفله القاضي يكون قد أخطأ في تطبيق القانون الأمر الذي يعرض حكمه للطعن بالنقض أملاً المحكمة العليا .

و كون جلسات الصلح سرية ، لا يحضرها إلا الزوجين و القاضي و أمين الضبط و يمكن بناء على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة من أجل المشاركة في محاولة الصلح . يستمع القاضي إلى كل واحد من الزوجين على أفراد ثم يستمع إليهما مجتمعين . ( المادة 440 ق إ )

إذ جح القاضي في الإصلاح بين الزوجين يقول أمين الضبط بتحرير محضر يثبت ما م الاتفاق عليه بين الزوجين تحت إشراف القاضي ، و يتم توقيع المحضر من طرف الزوجين و القاضي و أمين الضبط .

يعتبر محضر الصلح سنداً تنفيذياً يمكن لكل واحد من الزوجين المطالبة بموجبه بتنفيذ الحقوق و الالتزامات الواردة فيه دون الرجوع إلى القاضي من أجل استصدار حكم قضائي آخر . ( المادة 443 ق إ )

أما إذا لم يتوصل القاضي إلى الإصلاح بين الزوجين رغم كراهه أو في حالة رفضه من أحد الأطراف رغم بليغه بتاريخ جلسات الصلح ، يشرع القاضي في طرد موضوع الدعوى .

4 - صدور الحكم بالطلاق : بعد ينتهي القاضي من طرد موضوع الدعوى من خلال التأكد من إرادة الزوج في طلب الطلاق ويستمع إلى حجج الخصوم و دفوعهم و بعد خاذا كل التدابير التي يراها لازمة

يصدر الحكم بفك الرابطة الزوجية بين الزوجين و يفصل في الآثار المترتبة على ذلك .

طبيعة الحكم بالطلاق : يكون الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية بين الزوجين ابتدائياً و هائياً، بحيث لا يمكن الطعن فيه بالإستئناف أملاً المجلس القضائي ، لكن يمكن الطعن فيه بالنقض أملاً المحكمة العليا إذا أخطأ القاضي في تطبيق القانون . إلا أن الطعن بالنقض لا يوقف تنفيذ الحكم بالطلاق . فقد نصت المادة 57 ق أ على أن : "كون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق و التطلق و الخلع غير قابلة للإستئناف فيما عدا جوارها المادية ككون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للإستئناف ."

فقد فرق المشرع في منطوق الحكم القاضي بالطلاق بين الحكم بفك الرابطة الزوجية فهو غير قابل للطعن بالإستئناف ، و بين الحكم في المسائل المالية و الحضانة الذي هو قابل للطعن بالإستئناف .

### المبحث الثاني : الطلاق بالتراضي :

إن كل عقد ينشأ بتراضي الطرفين يمكن أن ينتهي و يحل بالتراضي أيضا ، ومن ذلك عقد الزواج فكما ينعقد برضا العاقدين يمكن أن ينحل بتراضييهما على ذلك . لهذا جعل المشرع الطلاق بالتراضي صورة من صور حللال الزواج فنص في المادة 48 ق أ على أنه : " يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين ...."

□ تعريف الطلاق بالتراضي :

عرف المشرع الطلاق بالتراضي في المادة 427 ق إ □ بقوله : " الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة ."

فالطلاق بالتراضي هو اتفاق يتم بين الزوجين و يتضمن هذا الاتفاق فك الرابطة الزوجية بينهما و الفصل في الآثار المترتبة على ذلك .

### الطبيعة القانونية للطلاق بالتراضي :

ذهبت المحكمة العليا إلى كيفية الطلاق بالتراضي على أنه صلح بين الزوجين في قرارها الصادر بتاريخ 03 / 06 / 2002 حيث جاء فيه : " إن اتفاق الزوجين على الطلاق يعد بمثابة صلح لا يستطيع المحكمة إلا الإشهاد عليه . " و موضوع الصلح الذي قصده المحكمة العليا هنا هو طريق من طرق إنهاء النزاع فقد عرف المشرع الصلح بهذا المعنى في المادة 459 من القانون المدني بقوله : "الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً ... " إلا أن الصلح بهذا المعنى قد يختلط مع الصلح الوارد في المادة 49 ق أ ، لهذا □ قول من أجل معرفة الطبيعة القانونية للطلاق بالتراضي لابد من تحليل عناصره . فهو أولاً ينشأ بتوافق إرادتين ، وثانياً □ جد موضوع التوافق هو حل عقد الزواج ، وهذه هي عناصر العقد لأن العقد هو اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني . فالطلاق بالتراضي في الحقيقة هو عقد على حل عقد الزواج .

غير أن الاتفاق المتضمن الطلاق بالتراضي لا ينهي الرابطة الزوجية و لا يرب آثاره في مواجهة الزوجين و لا في مواجهة الغير، إلا من تاريخ صدور حكم القاضي الذي يتضمن المصادقة على الاتفاق النهائي و التصريح بالطلاق .

شروط الطلاق بالتراضي : يشترط في الطلاق بالتراضي الشروط الآتية :

1 - يجب أن توافر في كل من طرفي الإفاق صفة الزوجية و ذلك بأن يكون بينهما عقد زواج صحيح ، أما الزواج الباطل فيجب فسخه و لا يرد عليه الطلاق .

2 - اشترطت المادة 429 ق ١١ إ أن يرفق مع عريضة الطلاق بالتراضي شهادة عائلية و مستخرج من عقد زواج المعنيين. و هذا يعني أن عقد الزواج يجب أن يكون رسميا مسجلا في سجلات الحالة المدنية أما إذا كان الزواج عرفيا فيجب على الزوجين السعي لاستصدار حكم من أجل تسجيله .

3 - اشترطت المادة 432 ق ١١ إ أن لا يكون أحد الزوجين محجور عليه أو يعاى من اختلال في قدره الذهنية منعه من التعبير عن إرادته ، إلا أن هذا الإختلال يجب إثباته من طرف طبيب مختص . و هذا أمر بديهي لأن الطلاق بالتراضي هو صرف قاءى يهدف إلى حل عقد الزواج و بالتالي لا بد فيه من كمال الأهلية .

إجراءات الطلاق بالتراضي :

إن إفاق الزوجين على الطلاق بالتراضي لا يكون له أي أثر إلا من تاريخ مصادقة القاضي عليه ، و من أجل الحصول على صديق القاضي يجب إباع الإجراءات الآتية :

أ - المحكمة المختصة :

صت المادة 426 ق ١١ إ في الفقرة الثالثة على أن كون المحكمة مختصة إقليميا : ..... و في الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما . فقسم شؤون الأسرة لدى المحكمة التي يقيم في دائرة اختصاصها الزوج أو الزوجة يكون مختصا بنظر الدعوى ، و من أجل التخفيف عليهما رك لهما المشرع الإختيار ، إن شاء أقدم أملا محكمة إقامة الزوج و إن شاء أقدم أملا محكمة إقامة الزوجة .

ب - عريضة الطلاق بالتراضي :

يتقد الزوجان بعريضة وحيدة موقعة من طرفهما تضمن بنود الإفاق الحاصل بينهما على فك الرابطة الزوجية بالتراضي إلى أمين الضبط لدى قسم شؤون الأسرة للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إقامة الزوج أو الزوجة حسب اختيارهما . و غني عن البيان أنه في الطلاق بالتراضي لا داعي إلى بلوغ الطرف الثاني بالتكليف بالحضور مرفقا بنسخة من العريضة كما هو الشأن في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ، لأن في الطلاق بالتراضي يقدر طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة . المادة 428 ق ١١ إ .

و لكي كون العريضة مقبولة شكلا يجب أن تضمن البيانات التي صت عليها المادة 429 ق ١١ إ :

1 - بيان الجهة القضائية المرفوع أمامها الطلب .

2 - إسم و لقب و جنسية كلا الزوجين و موطن و تاريخ و مكان ميلادهما .

3 - تاريخ و مكان زواجهما و عند الاقتضاء عدد الأولاد القصر .

4 - عرض موجز يتضمن جميع شروط الإفاق الحاصل بينهما حول وابع الطلاق .

يجب أن يرفق مع العريضة شهادة عائلية و مستخرج من زواج المعنيين . "

بمجرد تقديم العريضة إلى أمين الضبط ، يسلم لهما استدعاء يتضمن تاريخ حضورهما أمام القاضي .  
سلطة القاضي في الطلاق بالتراضي : بينت المادة 431 ق 1 سلطه القاضي في الطلاق بالتراضي .  
يتأكد القاضي من استيفاء العريضة للجواب الشكلية ، ثم يجري محاولة الصلح بينهما فيستمع إلى كل واحد منهما منفردا ثم يستمع إليهما مجتمعين .

يجب أن يتأكد القاضي من رضا الزوجين بالطلاق وفاقهما على ذلك ، وإلا كان حكمه قابلا للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا لخرق القانون . وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 08 / 12 / 2011 حيث قضت حكم المحكمة القاضي بالإشهاد بفك الرابطة الزوجية بالتراضي رغم غياب الزوجة عن جلسة الصلح وعدا أكد المحكمة من رضائها بالطلاق .

يناقش القاضي مع الزوجين أو وكلائهما بنود الإفاق الحاصل بينهما ليتأكد من عدم الإضرار بمصلحة الأولاد أو مخالفة أحد البنود للنظام العام ، فمصلحة الأولاد تمثل في المسائل المتعلقة بالحضانة و النفقة والسكن والحق في التمدرس و الولاية على المال . فيجب أن يكون الإفاق غير مخل بهذه الحقوق و إلا فإن القانون أعطى للقاضي سلطة إلغاء أو تعديل البند المضر بمصلحة الأولاد . أما عدم مخالفة الإفاق للنظام العام فيتمثل في عدم مخالفة القواعد القانونية الآمرة التي لا يجوز الإفاق على مخالفتها .

صدور الحكم بالطلاق بالتراضي :

بعد مناقشة بنود الإفاق و التوصل مع الزوجين أو وكلائهما إلى الإفاق النهائي ، يصدر القاضي حكما يتضمن المصادقة على الإفاق النهائي و يصرح بالطلاق بالتراضي بين الزوجين .

طبيعة الحكم بالتراضي :

صت المادة 433 ق 1 إ على أن : " أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف . " و هو فس الحكم الذي تضمنته المادة 57 ق 1 . وهذا يعني أن الأحكام بالطلاق بالتراضي صدر ابتدائية هائية .

و إذا كان الحكم بفك الرابطة الزوجية بالطلاق بالتراضي لا يقبل الطعن بالاستئناف ، فإن المحكمة العليا أجازت في قرارها الصادر في 14 / 02 / 2007 استئناف الحكم الناطق بالطلاق بالتراضي في جابه المخل بالإفاق الحاصل بين طرفي الطلاق .

غير أن الحكم بفك الرابطة الزوجية بالتراضي بين الزوجين و إن كان لا يقبل الطعن بالاستئناف إلا أنه يقبل الطعن بالنقض إذا خالف القاضي أحكام القانون ، خاصة أحكام المادة 431 ق 1 و يبدأ أجل الطعن بالنقض من تاريخ صدور الحكم و هو ما صت عليه المادة 434 ق 1 إ بقولها : " يسري أجل الطعن بالنقض من تاريخ النطق بالحكم . "

و لما كان الحكم بالطلاق بالتراضي يصدر ابتدائيا هائيا فإن الطعن بالنقض لا يوقف تنفيذ الحكم و هذا ما صت عليه صراحة المادة 435 ق 1 إ .

## المبحث الثالث : التطلاق بطلب من الزوجة :

أعطى المشرع للزوجة الحق في أن تطلب من القاضي فك الرابطة الزوجية إذا وجد سبب من الأسباب التي نصت عليها المادة 53 ق أ على سبيل الحصر ، تولى شرحها فيما يلي :

1 – التطلاق لعدا الإفاق : أجازت المادة 53 ق أ للزوجة طلب التطلاق لعدا الإفاق في فقرتها الأولى بقولها : " عدا الإفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج ... " من خلال نص الفقرة الأولى من المادة 53 ق أ يتبين لنا أن المشرع قد وضع شروطا لا بد من وافرها ، حتى تتمكن الزوجة من طلب التطلاق لعدا الإفاق و هي :

أ – أن يكون لدى الزوجة حكم قضائي يلزم الزوج بدفع مبالغ النفقة المحكوم بها لصالح زوجته ، فعلى الزوجة قبل أن ترفع دعوى تطلق لعدا الإفاق أن ترفع دعوى نفقة و بعد صدور الحكم بالنفقة الواجبة على الزوج ، فتؤيد بتبليغ هذا الحكم إلى الزوج عن طريق المحضر القضائي .

ب – امتناع الزوج عن تنفيذ الحكم بالنفقة : إذا قبال المحضر القضائي بتبليغ الزوج بالحكم القضائي الذي يلزمه بدفع النفقة لصالح الزوجة ولكنه امتنع عن التنفيذ ، فإن المحضر القضائي يحرر محضرا قضائيا يثبت واقعة امتناع الزوج عن تنفيذ الحكم بدفع النفقة ، إلا أن المشرع لم يشترط مرور مدة محددة على امتناع الزوج عن دفع النفقة ، لكن العمل جاري على أن تطار مدة شهرين عملا بنص المادة 331 من قانون العقوبات التي حدد العقوبة الجزائية للزوج الممتنع عمدا و لمدة فوق شهرين عن دفع النفقة المحكوم بها عليه لصالح زوجته .

ج – أن تكون الزوجة غير عالمة بإعساره وقت الزواج ، كأن يعتقد أن الرجل الذي قد إليها ميسور الحال أو على الأقل ليس في هذا المستوى من الفقر ثم يظهر الأمر بخلاف ذلك . أما إذا كانت الزوجة تعلم بحاله من العسر و مع ذلك رضيت بالزواج به ، فهنا نشأ قرينة قافية على أنها رضيت بالعيش معه في هذا المستوى من العسر و بالتالي لا يجوز لها طلب التطلاق . ويقع عبء إثبات علم الزوجة على الزوج . فإذا وافتت للزوجة هذه الشروط مجتمعة جاز لها أن ترفع دعوى تطلق لعدا الإفاق .

## 2 – التطلاق للعيوب :

أجازت الفقرة الثانية من المادة 53 ق أ للزوجة أن تطلب التطلاق للعيوب بقولها : " العيوب التي حول دون تحقيق الهدف من الزواج . "

و المقصود بالعيوب هي لك الإختلالات الخلقية ( بكسر الخاء ) التي تكون في الزوج والتي لا يمكن علاجها و التي حول دون تحقيق الهدف من الزواج كأن يكون الزوج غير قادر على إحصان زوجته أو أن يكون به عيب يجعل الزوجة تأذى منه إلى درجة كبيرة نعدا معها المودة و الرحمة .

و الملاحظ أن المشرع لم يحدد عيوباً بعينها على سبيل الحصر و إنما ركها مفتوحة فكل عيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج يعطي للزوجة الحق في طلب التطلاق . كما أن المشرع لم يذكر حكم الأمراض المنفرة و الخطيرة التي لا يمكن احتمالها إلا بضرر كبير كالجنون و الجذام و السيدا و غيرها و يعتقد أن الصحيح هو إضافتها إلى الفقرة الثانية من المادة 53 ق أ لتصبح صياغتها كما يلي : " العيوب و الأمراض التي حول دون تحقيق الهدف من الزواج . "

شروط التطلاق للعيب : لكي طلب الزوجة التطلاق للعيب يجب وافر الشروط الآتية :

أ – أن يكون العيب أو المرض مستحكما لا يمكن علاجه و لا يرجى الشفاء منه ، أو يمكن الشفاء منه ولكن بعد مدة طويلة تضرب فيها الزوجة ضررا كبيرا . أما إذا كان العيب أو المرض يمكن علاجه في مدة يسيرة فلا يجوز للزوجة طلب التطلاق وهذه مسألة فنية يستعين فيها القاضي برأي الطبيب الخبير ، عملا بنص المادة 451 فقرة 3 من ق إ التي نص على ه : " يمكن للقاضي أن يتخذ كل التدابير التي يراها ملائمة ، لاسيما الأمر بالتحقيق أو بخبرة طبية أو الإقتال للمعاينة ."

ب – أن يكون العيب أو المرض يحول دون تحقيق الهدف من الزواج و الأهداف من الزواج ذكر منها المشرع على سبيل المثال في المادة الرابعة من قانون الأسرة إحصان الزوجين ، المحافظة على النسل ، بناء أسرة على أساس المودة و الرحمة ، ومن ذلك مثلا مرض العقم فإن المحكمة العليا اعتبر ه من الأمراض التي حول دون تحقيق الهدف من الزواج في قرارها الصادر بتاريخ 13 / 01 / 2011 الذي قالت في حيثيا ه : " و حيث أن مرض العقم و عدا القدرة على الإجاب ، و إن كان فعلا يشكل سببا من أسباب التطلاق طبقا لأحكام المادة 53 ق أ ، و يخول الزوجة الحق في المطالبة به فهو لا يحمل الزوج المصائب به أية مسؤولية عن دفع التعويض ."

ج – عدا رضا الزوجة بالبقاء مع الزوج بعد علمها بالعيب أو المرض ، و من الجدير بالذكر أن المشرع خفف من حدة مشكل إخفاء العيوب و الأمراض التي حول دون تحقيق الهدف من الزواج عندما أوجب في المادة 7 مكرر ق أ على طالبي الزواج قديم شهادة طبية لا يزيد إاريخها عن ثلاثة أشهر ثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج . كما صت المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 06 – 154 المؤرخ في 11 / 05 / 2006 على ه : " يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدية التأكد من خلال الاستماع إلى كلا الطرفين في أن واحد من علمهما بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما و بالأمراض أو العوامل التي قد شكل خطرا يتعارض مع الزواج و يؤشر بذلك في عقد الزواج . إلا أن العيب أو المرض قد يطرأ على الزوج بعد الزواج و هنا أيضا يجوز للزوجة طلب التطلاق إذا لم رض به ."

و في جميع الحالات إذا رضيت المرأة بالزواج مع الرجل أو بالبقاء مع زوجها بعد علمها بالعيب السابق أو الطارئ فلا يجوز لها طلب التطلاق . فقد صت الفقرة الثانية من المادة السابعة من المرسوم 06 – 154 على ه : " لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدية رفض إبراء عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين ."

### 3 – التطلاق للهجر في المضجع :

صت الفقرة الثالثة من المادة 53 ق أ على حق الزوجة في طلب التطلاق للهجر في المضجع بقولها : "الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر . " و يتحقق هجر الزوج لزوجته في المضجع بإهمالها و عدا الالتفات إلى أوتتها و عدا معاشها المعاشرة التي كون بين الزوجين بدون عذر و لمدة زيد على أربعة أشهر سواء كان امتناع الزوج عن إيان زوجته بناء على يمين أو بدوها . و يبدو أن هذا الحكم مأخوذ من قوله بارك و عالى : " للذين يولون من سائهم ربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم و إن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم . " الأيتان 226 و 227 من سورة البقرة .

و حتى يمكن للزوجة أن طلب التطلاق للهجر في المضجع لابد من وافر الشروط الآتية :

أ – هجر الزوج لزوجته وإعراضه عن الوفاة وتثاقلها سواء كان ذلك في المضجع أو رك الفراش و نقل إلى غرفة أخرى وهذا من باب أولى .

ب – أن يستمر هذا الهجر لمدة تزيد على أربعة أشهر و هي المدة المحددة أيضا في القرآن الكريم و التي لا يجوز للزوج أن يجاوزها ، لأن الزوجة تضرر كثيرا بسبب الهجر لأكثر من هذه المدة ، فتصبح كالمعلقة لا هي متزوجة و لا هي مطلقة .

ج – أن يكون الهجر بنية الإضرار بالزوجة فقط و ليس له أي عذر ، أما إذا كان الهجر بسبب المرض أو ظروف العمل ، فلا يجوز لها طلب التطلاق لأنه ليس بقصد الإضرار بها .

و يقع على الزوجة عبء إثبات واقعة الهجر و أنه استمر لأكثر من أربعة أشهر و أنه بقصد الإضرار بها و هذه المسائل يصعب على الزوجة إثباتها لأنها من الأسرار التي لا يطلع عليها إلا الزوجان ، إلا إذا كان الهجر خارج مسكن الزوجية ، أو أقر الزوج بواقعة الهجر .

#### 4 – التطلاق لإيذاء الزوج في جريمة مخلة بشرف الأسرة :

أجازت الفقرة الرابعة من المادة 53 ق أ للزوجة طلب التطلاق في حالة الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة و استحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية .

من خلال مضمون الفقرة الرابعة من المادة 53 ق أ يتضح لنا و لتتمكن الزوجة من طلب التطلاق على هذا الأساس يشترط وافر العناصر الآتية :

أ – صدور حكم جزائي بإيذاء الزوج بسبب إيذائه لجريمة ، و هذا يعني أن إيذائه الزوج للجريمة ثابت بالحكم القضائي و ليس مجرد مهمة . و كان ص هذه الفقرة قبل التعديل يشترط أن يكون الحكم يتضمن عقوبة مقيدة للحرية لمدة تزيد عن سنة و لكن بعد التعديل في 27 / 02 / 2005 ألغى المشرع هذين القيدين و عليه أصبح المهم هو صدور حكم يدين الزوج سواء بعقوبة مقيدة للحرية أو بالغرامة المالية و سواء كان الحبس لمدة سنة أو أقل أو أكثر .

ب – أن يكون الجريمة التي حكم فيها على الزوج فيها مساس بشرف الأسرة و استحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية ، و إن كانت كل الجرائم هي أفعال تنافى مع الأخلاق و بالتالي يكون فيها مساس بشرف الأسرة إلا أنه يبدو من خلال إضافة عبارة " و استحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية " أن المقصود بها لك الجرائم التي مس الثقة المتبادلة بين الزوجين كجريمة الربا و هتك العرض و الفعل المخل بالحياء و الاغتصاب و الجرائم ضد الأصول و الفروع و جارة المخدرات و غيرها .

و في هذه الحالة يسهل على الزوجة الإثبات لوجود الحكم القضائي الذي يدين الزوج بسبب إيذائه للجريمة .

#### 5 – التطلاق بسبب غيبة الزوج :

صت الفقرة الخامسة من المادة 53 ق أ على أنه يجوز للزوجة طلب التطلاق بسبب : " الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لافقة . " فالزوجة تضرر كثيرا بسبب غياب الزوج عن مسكن الزوجية لمدة فوق سنة بدون أي عذر و يشتد الضرر أكثر إذا كان هذا الغياب بدون الإفاق عليها لهذا أعطاهم القانون الحق في

طلب التطلاق ، لكن لكي مارس الزوجة هذا الحق ينبغي أن توافر العناصر الآتية :

أ – واقعة الغياب بأن يترك الزوج مسكن الزوجية و يغادر إلى وجهة سواء كانت معلومة أو مجهولة بصفة مستمرة .

ب – أن يستمر هذا الغياب عن مسكن الزوجية لمدة سنة فأكثر بدون إقطاع ، أما إذا كانت مدة الغيبة أقل من سنة فلا يقبل طلب الزوجة .

ج – أن يكون غياب الزوج عن مسكن الزوجية بدون عذر بحيث لا يوجد أي داعي لهذا الغياب و على الزوج أن يثبت المبرر الذي دفعه إلى الغياب كل هذه المدة و إلا فإنه يفترض أنه قصد الإضرار بالزوجة و بالتالي يحق لها طلب التطلاق .

د – أن لا يترك الزوج مالا لزوجته نفق منه على فسها مدة غيبته التي جاوز السنة وهذا مفهوم من قول المشرع بدون عذر و لا نفقة ، أما إذا ترك الزوج الغائب لزوجته مالا نفق منه فلا يجوز لها طلب التطلاق ، و هذا أمر منتقد لأن الزوجة تضرر كثيرا من غياب زوجها بدون مبرر لمدة فوق سنة و لو ترك لها مالا فوجوده إلى جانبها قد يكون أهم عندها من النفقة ، و لهذا فإننا نرى أن غياب الزوج بدون عذر لمدة سنة وحده يكفي لطلب التطلاق .

#### 6 – التطلاق بسبب مخالفة الأحكام المتعلقة بتعدد الزوجات :

إذا خالف الزوج الأحكام القانونية المتعلقة بتعدد الزوجات و التي نصت عليها المادة الثامنة من قانون الأسرة و المتمثلة في وجوب إخبار الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل على الزواج بها و أن يقبل طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية .

و نصت الفقرة الأخيرة من المادة الثامنة على أنه : " يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا أكد من موافقتها و أثبت الزوج المبرر الشرعي و قدره على توفير العدل و الشروط الضرورية للحياة الزوجية . "

فإذا زوج الزوج بزوجة ثانية زواجا عرفيا بدون الحصول على رخص من رئيس المحكمة ودون إخبار الزوجة الأولى و الثانية بحالته الاجتماعية الجديدة ، فإن الفقرة السادسة من المادة 53 ق 53 عطي للزوجة الحق في طلب التطلاق لعدم احترام الأحكام القانونية لتعدد الزوجات .

و الحق أن النص على حق الزوجة في طلب التطلاق بسبب مخالفة الزوج للأحكام القانونية المتعلقة بتعدد الزوجات في الفقرة السادسة من المادة 53 ق 53 هو طویل لا داعي له ، لأن المشرع سبق له و أن نص على هذا الحق في المادة الثامنة مكرر من قانون الأسرة بقولها : " في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطلاق . " فهذه المادة كافية لتقرير هذا الحق دون حاجة لتكرار ذلك في المادة 53 ق 53 أ .

#### 7 – التطلاق بسبب إكساب الزوج فاحشة مبينة :

أجازت الفقرة السابعة من المادة 53 ق 53 أ للزوجة طلب التطلاق إذا إكسب الزوج فاحشة مبينة ، و المقصود بالفاحشة هنا الأفعال التي يمكن أن تصنف ضمن الخيانة الزوجية ، فيندرج ضمنها الربا و الأفعال المخلة بالحياء و الاغتصاب و هناك الأعراض و المشاركة في شبكات الدعارة و غير ذلك .

إلا أن المشرع اشترط أن يكون الفاحشة مبينة و هذا يعني أن على الزوجة أن تثبت بكافة الأدلة أن كآب الزوج للفعل المعتبر فاحشة ، فإذا عجزت عن الإثبات رفضت دعواها لأن الأصل في الإنسان البراءة .

و الفرق بين ما جاء في هذه الفقرة السابعة من المادة 53 ق أ و الفقرة الرابعة من فس المادة ، هو أن الفقرة الرابعة شترط صدور حكم يدين الزوج في جريمة مخلة بشرف الأسرة ، أما الفقرة السابعة فلا شترط صدور الحكم بالإدانة ضد الزوج بل يكفي أن تثبت الزوجة أن كآب الفعل . كما أن الفقرة الرابعة كيف الفعل على أنه جريمة بينما الفقرة السابعة كيف الفعل على أنه فاحشة وهذا يعني أنه إذا ثبت أن كآب الزوج للفعل المعتبر فاحشة جاز للزوجة طلب التطلق و لو لم توافر فيه أركان الجريمة .

#### 8- التطلق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين :

أضاف المشرع الفقرة الثامنة إلى المادة 53 ق أ بموجب تعديل 27 / 02 / 2005 ، و التي ص فيها على أنه يجوز للزوجة طلب التطلق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين .

و المقصود بالشقاق هو الخلاف الشديد الذي يصل إلى درجة الخصام و ليس مجرد اختلاف في الرأي ، فإذا كان هذا الخصام دائما و يستغرق معظم أوقات الزوجين بحيث كآد نعد الطمأينة و الراحة و السكنية داخل البيت فإنه يمكن للزوجة أن طلب التطلق للشقاق المستمر .

و من يتتبع قضاء المحكمة العليا يلاحظ أنها كآت سمح للزوجة بطلب التطلق بسبب طول الخصام وكآت اعتبره من قبيل الضرر المعتبر شرعا قبل تعديل 2005 ، من ذلك مثلا قرارها الصادر بتاريخ

15 / 06 / 1999 حيث جاء فيه : " من المستقر عليه قضاء أنه يجوز طلق الزوجة لاستفحال الخصام و طول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا . "

غير أنه من الجدير بالذكر أن المشرع أوجب على القاضي في حالة اشتداد الخصام بين الزوجين تعيين حكمين للتوفيق بينهما بموجب ص المادة 56 ق أ التي صت على أنه : " إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما . يعين القاضي الحكمين ، حكما من أهل الزوج و حكما من أهل الزوجة ، و على هذين الحكمين أن يقدموا قريرا عن مهمتهما في اجل شهرين . "

فالتحكيم بين الزوجين من خلال تعيين القاضي لحكم من أهل الزوج و حكم من أهل الزوجة ، يهدف من جهة إلى الوقوف على أسباب الخصام و الضرر الحاصل و من جهة أخرى يهدف إلى الإصلاح بين الزوجين من خلال إزالة أسباب الخصام و رفع الضرر .

ويعمل الحكمان تحت إشراف القاضي الذي عينهما و يطلعاه بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة ، المادة 447 ق إ . و إذا جح الحكمان في الإصلاح بين الزوجين فإنهما يحرران محضرا بذلك يتضمن فاق الصلح الحاصل بين الزوجين و يرفعا إلى القاضي الذي يصادق عليه بموجب أمر غير قابل لأي طعن ، المادة 448 ق إ .

أما إذا لم ينجح الحكمان في الإصلاح بين الزوجين أو اعترضتهما صعوبات في تنفيذ المهمة فإن القاضي يمكنه إنهاء مهلة الحكمين و يعيد القضية للجلسة و يفصل في طلب التطلق للشقاق المستمر .

## 9 – مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج :

هذه الفقرة أضافها المشرع إلى المادة 53 ق أ بموجب تعديل 2005 ، و أجاز للزوجة طلب التطلق إذا خالف الزوج الشروط المتفق عليها في عقد الزواج .

فقد سبق لنا أن درسنا في الباب الأول من هذه المحاضرات موضوع الاشتراط في عقد الزواج ، و قلنا أن المشرع قرر مبدأ حرية الاشتراط في المادة 19 ق أ بحيث أجاز للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريها ضرورية وحق مصالحتها المشروعة ، بشرط أن لا تعارض هذه الشروط مع أحكام قانون الأسرة و الإكيات باطلة .

فإذا اشترطت الزوجة شروطا صحيحة لا تعارض مع قانون الأسرة ، كأن تشرط مواصلة دراستها بعد الزواج أو العمل خارج البيت أو عن إخراجها من بلدها إلى بلد آخر و وافق الزوج على هذه الشروط ، و بعد الزواج لم يلتزم بالشروط التي وافق عليها ، فمنعها من مواصلة الدراسة أو من العمل أو ألزمها بالإتقال معه إلى بلد آخر ، فإنه يجوز للزوجة طلب التطلق طبقا لنص الفقرة التاسعة من المادة 53 ق أ و يمكنها إثبات إخلال الزوج بالشروط المتفق عليها من خلال نسخة من ملخص عقد الزواج أو العقد الرسمي اللاحق الذي يتضمن هذه الشروط .

## 10 – التطلق للضرر المعتبر شرعا :

أعطى المشرع للزوجة الحق في طلب التطلق إذا ضررت من سلوك الزوج في حياتها معها فنص في الفقرة العاشرة و الأخيرة من المادة 53 ق أ : " كل ضرر معتبر شرعا . "

و السلوك الضار بالزوجة قد يكون فعلا كالضرب الشديد بصفة اعتيادية ، و هو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 23 / 01 / 2001 بقولها : " إن ضرب الزوجة المبرح يعتبر من الأضرار المعتبرة شرعا التي تستوجب التطلق دون اشتراط صدور حكم جزائي ... " و قد يكون الفعل الضار الاعتياد على السكر ، كما قد يكون السلوك الضار قولا صادرا عن الزوج كالسب و الشتم و الكلال الفاحش و كل لفظ يتضمن إهانة للزوجة .

و يعتقد أن المعيار المعتمد من أجل التمييز بين يعتبر ضرر و ما لا يعتبر ضرر هو معيار شخصي يختلف من زوجة إلى أخرى بحيث دخل فيه اعتبارات ثقافية و اجتماعية و بيئية و اختلاف الأعراف و العادات و التقاليد و السلطة التقديرية بقى لفاضي الموضوع .

و عموما من أجل طلب التطلق للضرر المعتبر شرعا يجب وافر العناصر الآتية :

أ – وجود سلوك ضار بالزوجة سواء كان فعلا كالضرب و الجرح أو قولا يتضمن إيذاء و إهانة للزوجة ، و هذا السلوك الضار يجب على الزوجة إثباته بكل وسائل الإثبات لأه واقعة مادية .

ب – أن يكون الضرر الذي لحق الزوجة ضرر معتبر شرعا بمعنى ليس له أي مبرر أو سبب قانوني أو شرعي ، فيكون الضرر اللاحق بالزوجة ظلما و عدوا .

ج – أن يكون الضرر اللاحق بالزوجة ضرر مستمر أو متكرر بحيث يترب عنه استحالة مواصلة الحياة الزوجية بصفة هادئة و مطمئنة أما إذا كان الضرر يشكل استثناء في حياة الزوج فلا يجوز طلب التطلق

لأن حياة الناس لا تخلو من ضرر عابر . و يقع عبء إثبات الضرر المعتبر شرعا على عاتق الزوجة المدعية . أما إذا عجزت عن إثبات الضرر وكررت منها الشكوى فهنا يتعين على القاضي تعيين حكمين حكم من أهل الزوج وحكم من أهل الزوجة طبقا لنص المادة 56 ق أ على الوجه الذي سبق شرحه في التطبيق للشقاق المستمر .

**الإجراءات القضائية لطلب التطلق :** هي فس إجراءات الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ، و لهذا أحيلكم إلى ما سبق شرحه . إلا أن الفرق هنا هو أن الزوجة هي التي رفعت الدعوى القضائية بتقديم عريضة افتتاح دعوى تطلق أمّا أمين الضبط لدى محكمة مسكن الزوجية ، و هي التي بلغ الزوج بالتكليف بالحضور مرفوقا بنسخة من العريضة عن طريق المحضر القضائي .

كما أن الحكم بالتطبيق غير قابل للطعن بالاستئناف ماعدا في المسائل المتعلقة بالحضانة و الجوارب المادية طبقا للمادة 57 ق أ ، لكن يمكن الطعن فيه بالنقض إذا أخطأ القاضي في تطبيق القانون و خاصة المادة 451 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية . إلا أن الطعن بالنقض لا يوقف تنفيذ الحكم بالتطبيق طبقا لنص المادة 452 ق إ .

#### المبحث الرابع : حلال الزواج عن طريق الخلع :

أجاز المشرع للزوجة أن خالغ فسها من زوجها مقابل مبلغ من المال يتم الاتفاق عليه ، بصريح ص المادة 54 ق أ التي قضت بآه : " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن خالغ فسها بمقابل مالي .

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع ، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم . "

#### تعريف الخلع :

لم يعرف المشرع الخلع في قانون الأسرة و ما ذكره ضمن صور الطلاق الذي نحل به الرابطة الزوجية و بين كيفية وقوعه .

أما المحكمة العليا فقد عرفت الخلع في قرارها الصادر بتاريخ 16 / 03 / 1999 بقولها : " الخلع رخصة للزوجة استعمالها لفدية فسها من الزوج مقابل مبلغ مالي عرضه عليه .. "

فقد استعملت المحكمة العليا مصطلح الفدية الوارد في قول الله عز و جل : " فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به . " سورة البقرة .

و لهذا يمكن تعريف الخلع بآه : " فدية الزوجة لنفسها بفك الرابطة الزوجية بينها وبين زوجها بحكم قضائي مقابل مال دفعه للزوج . "

#### الطبيعة القانونية للخلع :

ظلت المحكمة العليا قبل صدور قانون الأسرة وبعده إلى وقت قريب كيف الخلع على آه عقد ينعقد بإفاق الطرفين على حل عقد الزواج مقابل مال دفعه الزوجة إلى الزوج ، بحيث لا يمكن للزوجة أن خالغ فسها من زوجها إلا بموافقتها و في هذا الإجاه جد قرارها الصادر بتاريخ 11 / 06 / 1984 الذي قررت فيه المبدأ الآي : " متى كان من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا ، و لا يجوز حينئذ

للقاضي أن يحكم به من لقاء نفسه ، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد تهكاً لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع . "

و استمرت المحكمة العليا على هذا المبدأ حتى بعد صدور قانون الأسرة ، خاصة و أن المادة 54 منه صت على أنه يجوز للزوجة أن خالع نفسها من زوجها ولم نص صراحة على جواز الخلع و لو بدون موافقة الزوج ، فكان تفسير المحكمة العليا لهذه المادة هو وجوب موافقة الزوج فعلى سبيل المثال أكدت فس المبدأ في قرارها الصادر بتاريخ 23 / 04 / 1991 بقولها : " من المقرر شرعا و قانوناً أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج و لا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الخلع و خطأ في تطبيق القانون . "

إلا أن المحكمة العليا عدلت عن قضائها هذا ( حتى قبل تعديل المادة 54 ق أ في سنة 2005 حيث أجاز المشرع للزوجة مخالعة نفسها ولو بدون موافقة الزوج ) ، من ذلك مثلاً قرارها الصادر في 21 / 07 / 1992 الذي جاء فيه : " إن المادة 54 ق أ سمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال يتم الإفاق عليه و في حالة عدم الإفاق عليه يحدده القاضي على أن لا يتجاوز صدق المثل وقت الحكم دون الإلتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي طلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للإبتزاز و التعسف الممنوعين شرعا و عليه فإن قضاة الموضوع عندما قضوا بالخلع دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون . "

هذا الاجتهاد الجديد للمحكمة العليا في تفسير المادة 54 ق أ هو الذي قننه المشرع فعدل هذه المادة في 2005 لينص صراحة على أنه : " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن خالع نفسها بمقابل مالي .. "

بل إن المحكمة العليا و بعد تعديل المشرع للمادة 54 ق أ ذهبت إلى أبعد من تفسيرها السابق بحيث اعتبرت الخلع هو طلاق بالإرادة المنفردة للزوجة ، من ذلك مثلاً قرارها الصادر بتاريخ 15 / 09 / 2011 و الذي جاء فيه : " الخلع حق إرادي للزوجة يقابل حق العصمة للزوج .. "

### شروط الخلع :

يشترط للمطالبة بالخلع وافر الشروط الآتية :

أ – أن يكون الزواج صحيحاً و رسمياً مسجلاً في سجلات الحالة المدنية ، أما إذا كان الزواج باطلاً فيجب فسخه قبل الدخول وبعده ، و أما إذا كان عرفياً غير مسجل فيجب على الزوجة قبل أن رفعت دعوى قضائية للمطالبة بالخلع أن تسعى في استصدار حكم قضائي من أجل إثبات عقد الزواج و تسجيله في سجلات الحالة المدنية .

ب – كمال الأهلية : يشترط لرفع دعوى الخلع أن تكون للزوجة أهلية التقاضي بأن تكون بالغة 19 سنة كاملة متمتعة بكامل قواها العقلية . أما إذا كانت قاصرة و زوجت بترخيص قضائي فإن هذا الترخيص و إن كان يمنحها أهلية التقاضي فيما يخص آثار الزواج من حقوق و التزامات ، إلا الخلع ليس من آثار الزواج لهذا قد المشرع الحل في المادة 437 ق أ التي قضت بأنه : " عندما يكون الزوج ناقص الأهلية يقبل الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة . " فكلمة الزوج تشمل الطرفين ، و إن كنا نرى أن الترخيص القضائي بالزواج يرشد الزوج القاصر رشيداً كلياً .

ج – أن يكون طلب الخلع بعد الدخول وليس قبل الدخول ، لأن الخلع يقو على أساس فور الزوجة من زوجها و بغضها له إلى درجة أنها لا تقيم معه حدود الله . و هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها

الصادر بتاريخ 14 / 06 / 2006 و الذي جاء فيه : " طلب الخلع بعد الدخول و ليس قبل الدخول .... بل يمكن لها المطالبة به بعد الدخول و عند بلوغ حياتها الزوجية مع زوجها حالة من الكراهية و النفور يتعذر معه مواصلة العشرة الزوجية . "

فقبل الدخول لم تكن الزوجة قد عرفت على طباع الزوج و أخلاقه و لم يحدث عامل بينهما عن قرب و بالتالي لا يتصور عقلا وجود الكراهية و البغض و النفور من الزوجة لزوجها قبل الدخول .

د – أن يكون طلب الخلع بدعوى أصلية رفعتها الزوجة ابتداء و ليس بطلب مقابل ، فإن الخلع لا يقبل قضاء بطلب مقابل و هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 12 / 06 / 2006 الذي جاء في حيثياته ه : " و حيث أن الطاعن أقام الدعوى من أجل رجوع المطعون ضدها إلى بيت الزوجية إلا أنها قابلت طلبه بالفرض و طالبت بخلعها منه مقابل عشرة آلاف دينار . و من ثم يكون القاضي الأول لما استجاب لطلب المطعون ضدها الخلع بمراد طلب مقابل قد أضر بالطاعن و خالف القانون . "

و – أن يتم الخلع بمقابل مالي : وهذا ما يفرق بين الخلع و التطلق ، فالتطلق يكون بدون مقابل مالي و لأسباب محددة قانونا كما سلف معنا ، أما الخلع فيكون بمقابل مالي يتم حديده إما بإفاد الطرفين و في حالة عدم الإفاد يحدده القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم . و هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 17 / 10 / 2001 و الذي جاء في حيثياته ه : " حيث بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن قاضي الموضوع عندما قضى بالطلاق عن طريق الخلع و قضى بحفظ حق الطاعن في طلب مقابل الخلع فإنه يكون قد جاب الصواب لأن حديد مقابل الخلع عنصر أساسي من عناصر الطلاق بواسطة الخلع إذ يتعين في مثل هذه الحالة دخول القاضي في حديد مبلغ الخلع إن لم يتفق الطرفان عليه . "

و مقابل الخلع يمكن أن يكون مبلغا من المال ، كما يمكن أن يكون شيئا عينيا سواء كان عقارا أو منقولا ، كما يمكن أن يكون دينيا في الذمة كما لو كان على الزوج مؤخر الصداق الذي لم يدفعه للزوجة فتتفق معه على أن يكون هذا المؤخر هو مقابل الخلع . إلا أن مقابل الخلع يجب أن يكون محددًا بدقة و أن يكون مشروعًا ، و يمكن القول بأن كل ما يصلح أن يكون صداقا يمكن أن يكون مقابل الخلع . أما إذا لم يتفق الزوجان على مقابل الخلع فإن القاضي هو الذي يحدده مستهديا في ذلك بصداق امرأة مماثلة للزوجة وقت صدور الحكم ، و قد سبق أن أشير إلى معايير المماثلة عند الحديث عن صداق المثل .

#### الإجراءات القضائية لطلب الخلع :

المادة ١٠٠ راجع إجراءات الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج لأنها هي فسها المتبعة في دعوى التطلق و الخلع إلا أن الفرق هنا كما في التطلق فإن الزوجة هي التي تقبل بطلب الخلع عن طريق عريضة افتتاح دعوى طلاق بالخلع لدى أمين الضبط لدى قسم شؤون الأسرة لمحكمة مسكن الزوجية ، و هي ( الزوجة ) التي تولى ببلغ الزوج بالتكليف بالحضور مرفق بنسخة من العريضة عن طريق المحضر القضائي . و باقي الإجراءات هي فسها .

و هنا أيضا الحكم بالطلاق عن طريق الخلع غير قابل للطعن بالاستئناف طبقا للمادة 57 ق أ ماعدا المسائل المتعلقة بالحضانة و معلق بالجواب المادية . إلا أنه يقبل الطعن بالنقض في حالة الخطأ في تطبيق القانون . و يبدأ أجل الطعن بالنقض من تاريخ صدور الحكم .





