وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة لونيسي علي – البليدة 2–

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

دور الإثبات في حل النزاعات الأسرية

(الزواج و الطلاق)

أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه ل م د

تخصص: قانون الأحوال شخصية

إعداد الطالبة: **إشراف الأستاذ الدكتور:** صارة بن شويخ

أمينة مساعدية **المشرف المساعد:** الدكتور شاكر المازوغي

لجنة المناقشة			
أ.د شريف هنية	**أستاذ التعليم العالي**	**جامعة البليدة 2**	**رئيسا**
أ.د صارة بن شويخ	**أستاذة التعليم العالي**	**جامعة البليدة2**	**مشرفا ومقررا**
أ.د جميلة جبار	**أستاذة التعليم العالي**	**جامعة خميس مليانة**	**عضوا مناقشا**
د. محي الدين اسطنبولي	**أستاذ محاضر أ**	**جامعة البليدة 2**	**عضوا مناقشا**
د. سفيان بوط	**أستاذ محاضر أ**	**جامعة تيبازة**	**عضوا مناقشا**
د. رمضان قنفود	**أستاذ محاضر أ**	**جامعة المدية**	**عضوا مناقشا**

السنة الجامعية: 2022/2021


بسم الله الرحمن الرحيم

إهـــــداء

أهدي عملي المتواضع إلى:

أغـــلـــى الـحبايـب أمـــي الكـريـمـــة

لكي يا من تملكين جنة تحت القدم، يا نور عيني و أعظم و أطيب إنسانة في الوجود، يا معنى الحب و الحنان، يا مصدر العطاء و التضحية، يا من كان دعائك سر نجاحي، يا من استندتُ عليك في كل مراحل حياتي، أنا جزء من قلبك و أنت كلُ القلبِ يا أمي، اللهم اجعل عافيتَك تسري بجسد أمي، و بارك في عمرها و اغفر لها.

إلى أعـزّ و أحـنّ والـد فـي الـدّنيـا أبـي صـديـقي

أبي علمتني المثابرة و الثقة بالنفس و الصمود أمام كل عواقب الحياة، كان حلمك الوحيد نجاح أبنائك، فحاولتُ تحقيق حُلمك و إسعاد قلبك، يا رب اغفر لأبي جميع ما مضى من ذنوبه، و اعصمه فيما بقي من عمره، و ارزقه الصحة و العافية.

إلى أبوي زوجي

إلى أعمدة البيت و بهجته و نوره، إلى من ساعدان بنصائحهم و آرائهم و لم يبخلوا عليا بشيء محبتي لهما بمحبة الوالدين، اللّهم احفظهما و بارك لهما في صحتهما.

إلـى زوجـي الغـالـي

إليك يا من شجعتني في دراستي و ساندتني في أسوء حالاتي، زوجي رفيق دربي، اللهم أحسن إليه و بارك له في عمره و ماله.

إلى من حبّهم يجري في عروقي، إلى إخوتي كل باسمه، إلى زوجة أخي حفظها الله .

إلى أخوات زوجي وفقهم الله فيما يسعون إليه و سهل لهم أمورهم.

إلى كل من ساعدني في إخراج هذا البحث من قريب أو بعيد أهديه ثمرة جهدي.

الشكر و التقدير

أسجد حمدا و شكرا لله سبحانه و تعالى، لما أنعم عليا من فضل و كرم لإتمام هذا البحث العلمي المتواضع، و ما توفيقي إلا بالله عليه أتوكل و هو رب العرش العظيم.

و لا يسعني في هذا المقام إلا أن أتقدم بأسمى معاني الشكر و التقدير إلى معلمتي و أستاذتي الفاضلة " **البروفيسور صارة بن شويخ** " التي قبلت الإشراف على هذه الأطروحة و التي لم تبخل عليّ بالعون و التوجيه و النصيحة، كان العمل تحت إشرافها متعة فكرية و راحة نفسية، جزاها الله كل الخير.

كما أتوجه بخالص شكري إلى أستاذي الفاضل "**البروفيسور الرشيد بن شويخ**" على كل ما قدمه لي من دعم لا يعد و لا يحصى، فكل معاني و كلمات الشكر لا توفيه حقه، أتمنى له التوفيق و السداد و أسأل الله أن يكرمه بشفاعة العلم و أن يرقيه في درجات الجنان.

و أتوجه بالشكر و العرفان إلى أستاذي الفاضل " **الدكتور شاكر المازوغي** " بدولة تونس الشقيقة على الثقة التي منحها لي و على كل إرشاداته القيمة لإعداد هذا البحث العلمي .

كما أتقدم بالشكر الجزيل للأساتذة الأفاضل أعضاء اللجنة الموقرة على قبولهم مناقشة هذه الأطروحة، و على ما بذلوه من جهد و وقت في قراءتهم بحثي و تصحيحه، رغم أشغالهم الكثيرة فلهم مني خالص التقدير و الاحترام.

كما أتقدم بشكري الجزيل لكل أساتذة لجنة التكوين في الدكتوراه، الذين تعبوا من أجل إيصال المعلومة لنا و لم يبخلولنا طوال سنوات التكوين، و على كل ما قدموه لنا من نصائح و إرشادات، داعية المولى عز وجل أن يجازيهم و أن يلبسهم ثوب الصحة و العافية و أن يوفقهم لما فيه كل الخير.

مـــقـــدمة

مقدمة

تعتبر الأسرة نواة المجتمع، واللبنة الأولى والأساسية في بنائه، فكلما اشتدت أواصر الأسرة، إلا وتقوى ذلك المجتمع، وإذا تدهورت وانحلت روابطها، انعكس ذلك سلبا عليه بتفككه وانحلاله.

إذ يعد الزواج المكوّن الأساسي للأسرة باعتباره الوسيلة الوحيدة للتكاثر و عمار الأرض و حفظ النوع الإنساني، فقد أولت الشريعة الإسلامية عناية خاصة برابطة الزواج، من خلال التنظيم الدقيق و المحكم الذي حث عليه الله سبحانه و تعالى في القرآن الكريم، من أجل استقرار واستمرار العلاقة الزوجية، ضمانا لإنشاء أسرة مستقرة ومحمية من التفكك والانحلال، إذ جعل الشارع الحكيم الزواج ميثاقا غليظا ومقدسا يربط بين الرجل والمرأة، قائما على أساس المودة والرحمة، في إطار احترام الحقوق والالتزام بالواجبات في تكامل بين الزوجين لتحقيق التوازن والتماسك لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[1].

قد أخذ المشرع الجزائري هذه الأحكام من خلال نصوص قانون الأسرة[2]، ويبدو ذلك جليا ضمن مقتضيات المادة الرابعة[3] من هذا القانون، التي تضمنت تعريفا قانونيا للزواج، بين فيها المشرع طبيعة عقد الزواج و أطراف هذا العقد، و كذا بين الغايات والأهداف المرجوة من الزواج.

إلا أن كل هذا لا يكفل بالضرورة التوافق والانسجام المنشودين، فقد تصير الحياة الزوجية عبارة عن جحيم ونقمة لطرفيها، في حالة اختلاف طباعهما و شخصيتهما، مما يؤدي إلى حصول

---

[1]– سورة الروم، الآية21.

[2]– قانون رقم 84–11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[3]– نصت المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري على:" الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب".

خلافات وصراعات بين الزوجين، وتحل الكراهية والبغضاء والعداوة محل المحبة والمودة، والخلاف والنفور بدل الانسجام والوئام، الأمر الذي يجعل من مواصلة الحياة الزوجية أمرا مستحيلا، مما يتعذر معه الإمساك بالمعروف، ولا يبقى إلا التسريح بالإحسان مصداقا لقوله تعالى: ﴿**فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾[1]، وبالتالي إنهاء العلاقة الزوجية هو الحل لإنقاذ ما يمكن إنقاذه من كيان الأسرة، خاصة في حال وجود الأطفال فعلى الطرفين مراعاة مصلحتهم في كل قرار يتخذانه، على أساس الموازنة بين ضرر استمرار العلاقة الزوجية و تجنب إلحاق أي أذى بالأطفال من شأنه أن يعكر نفسيتهم و حياتهم من كل جوانبها، وصولا إلى اتفاق لطريقة فك الرابطة الزوجية بأقل الأضرار.

غير أن العلاقات الأسرية تمتاز بنوع من الخصوصية تجعلها تختلف عن باقي العلاقات التي تنظمها النصوص القانونية، ذلك أن الأسرة مبنية على ركائز حسية معنوية أساسها المحبة و المودة والثقة و الاحترام المتبادل، وأيضا الآثار المترتبة عن هذه العلاقة الزوجية و الأسرية بشكل عام، من حقوق و التزامات سواء فيما بين الأزواج أو فيما بينهم و بين أبنائهم، سواء في حال قيام الرابطة الزوجية أو في حال انتهائها، الأمر الذي يجعل مسألة الإثبات في النزاعات المتعلقة بقضايا الأسرة معقدة و تخضع في بعض الأحيان لإجراءات خاصة.

إذ يكتسي موضوع الإثبات أهمية بالغة في المجال القانوني، و نظرا لكون أغلب الدراسات القانونية في هذا الموضوع تتعلق بالمسائل المدنية و التجارية أو الجزائية، ارتأينا الاهتمام بموضوع الإثبات في مجال التشريع الأسري و دوره في حل النزاعات الأسرية، لاسيما ما يتعلق بأحكام الزواج و الطلاق و آثارهما، خاصة أن الإثبات في المنازعات الأسرية بالرغم من أنه منظم في بعض

[1]– سورة البقرة، الآية 229.

مسائل قانون الأسرة إلا أنه غير كافي، لأن التطرق لدراسة معظم الأحكام المتعلقة بالإثبات في قضايا الأسرة يجعلنا نلجأ إما للشريعة الإسلامية أو للقانون المدني.

لما كان موضوع حل النزاعات بالإثبات موضوعا قانونيا قضائيا، و من أهم النظريات القانونية و أكثرها تطبيقا من الناحية العملية، حسب ما يظهر بشكل ملموس في مختلف النزاعات المعروضة أمام المحاكم[1]، فإن المعول عليه في تفعيل قواعده و حسن تطبيقها هو القضاء.

فالإثبات في المجال القانوني يقصد به الإثبات القضائي، أي إقامة الدليل أمام القضاء على وجود حق أو صحة واقعة متنازع فيها بقصد الوصول إلى نتائج قانونية معينة، ويتمثل الإثبات القانوني في تأكيد حق متنازع عليه أمام القضاء و ذلك بإقامة الدليل على الواقعة مصدر هذا الحق، فهو إثبات يرمي إلى تحقيق غايات عملية هي الفصل في المنازعات و حماية الحقوق لأصحابها، يقوم به الخصوم أمام القضاء بطرق محددة رسمها القانون[2].

غير أنّ هناك تعاونا وثيقا في الإثبات بين القانون و القاضي و الخصوم، فالقانون يبين طُرق الإثبات و يحدد قيمة كل منها، والقاضي يطبق القواعد التي يقررها القانون في ذلك، و يتمتع في تطبيقها بشيء غير قليل من حرية التقدير، و الخصوم هم الذين عليهم أن يقدموا الأدلة على صحة دعواهم، و ذلك على الوجه الذي رسمه القانون، و لكل خصم الحق في مناقشة الأدلة التي

---

[1]- Magdalina Tekely – le particularisme des modes de preuve en droit de travail , mémoire en vue de l 'obtention d’études approfondies en droit privé -2001-2002 faculté de droit, sciences et gestion, Université nancy 2 , p10.

[2]– محمد حسين منصور، قانون الإثبات (مبادئ الإثبات و طرقه)، د ط، 2004،دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ص7.

يقدمها خصمه و في تفنيدها و في إثبات عكسها، و عليه فالحقيقة لا تثبت إلا عن طريق قضائي رسمه القانون[1].

إن موضوع دور الإثبات في حل النزاعات الأسرية خاصة في قضايا الزواج و الطلاق و آثارهما من المواضيع التي كانت و لازالت تثير الكثير من المشاكل في الواقع العملي، و كذا الجدل بين رجال الفقه و القانون، حول كيفية إثبات بعض القضايا الأسرية ذات الطبيعة الخاصة، كالدعاوى المتعلقة بإثبات و نفي النسب و اللعان و إثبات الزوجية و الحقوق التي تتعلق بالزوجية، التي أصبحت ترهق كاهل القضاء لكثرتها، و ما انجر عن سوء تنظيمها من آثار وخيمة ألقت بظلالها على الأسرة و المجتمع.

لهذا سعينا قدر الإمكان لتدعيم البحث بكل ما اطلعنا عليه من اجتهادات وقرارات قضائية، محاولين ربط الكثير من المسائل العملية بالنصوص القانونية ذات الصلة، مشيرين في نفس الوقت إلى ما تتسم به هذه النصوص من دقة ووضوح أو ما يشوبها من خلل وغموض.

يعد الإثبات عمل قضائي يتطلب ذكر الآليات الضرورية لحل النزاع، خاصة و أن الإثبات في قضايا الأسرة، يتسم بالمرونة و يتسع لأكثر من دليل، فإننا فضلنا دراسة هذا الموضوع من الناحية القانونية و الإجرائية بشكل أساسي و التطرق في بعض الأحيان إلى آراء فقهاء الشريعة الإسلامية في المسائل التي تستدعي ذلك، و استعنا بالتشريع التونسي في بعض المواضيع من خلال النصوص القانونية و كذا القرارات القضائية، ليس على سبيل المقارنة و إنما إثراءً للبحث و تدعيما له.

[1]– عبد الرزاق احمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات و آثار الالتزام ، المجلد 2، د ط ،1968، دار النشر العربية، القاهرة، مصر، ص 26 و 27.

من هنا تظهر أهمية الإثبات في قضايا الأسرة، إذ هو الأداة الضرورية التي يعتمد عليها القاضي في التحقيق في الدعوى، وفض النزاعات لاسيما في مجال العلاقات الأسرية التي غالبا ما تميزها الثقة بين أفرادها، زِدْ على ذلك أنها من العلاقات الداخلية التي يصعب الإثبات فيها، لذلك نجد دوما أمام المحاكم صعوبة في إثبات المنازعات المتعلقة بالأسرة.

فدور الإثبات في النزاعات الأسرية تظهر مزاياه بشكل واضح، إذ من خلاله يمكن المحافظة على الحقوق و صونها من الضياع، سواء كانت هذه الحقوق تتعلق بقضايا الزواج بدءا من الخطبة وصولا إلى توثيق عقد الزواج، أو بالقضايا المتعلقة بآثار الزواج خاصة ما تعلق منها بالنفقة الزوجية و ثبوت النسب، أو ما تعلق بقضايا الطلاق بمختلف طرقه و أقسامه، و النزاعات القائمة حول آثاره بداية من العدة و قضايا متاع البيت، و ثبوت و نفي النسب و النفقة إلى الحضانة و إشكالاتها.

فأهمية الإثبات الأسري تظهر من خلال ما أضفاه المشرع الجزائري من حماية قانونية و قضائية للأسرة، بتمكين ذوي الحقوق من المطالبة و المحافظة على حقوقهم، من خلال الاعتماد على وسائل و طرق الإثبات التي أقرها القانون أمام القضاء لتأكيد حق متنازع عليه و ذلك بإقامة الدليل على الواقعة مصدر هذا الحق.

كما يمكن رصد تطور العمل القضائي الجزائري، في كيفية تعامله مع المستجدات التشريعية التي مست وسائل الإثبات من خلال إدراج تقنيات علمية حديثة يمكنها الفصل بدقة و جزم في بعض القضايا الأسرية، ومحاولة توجيهه نحو التفاعل الإيجابي معها بما يخدم مصالح المتقاضين في المجال الأسري.

تنحصر أسباب اختيار هذا الموضوع، الرغبة في بيان دور الإثبات في الحل و الحد من النزاعات الأسرية حفاظا على كيان الأسرة من التفكك و الضياع، خاصة ما تعلق بمصالح الأطفال

و حقوقهم، كذلك اتساع الموضوع و تشعبه و خصوصيته تفرض البحث فيه، كذلك الدعوة إلى سد الثغرات والفراغات القانونية للوصول لمنظومة قانونية متكاملة.

أما الصعوبات التي واجهتنا في إنجاز هذا الموضوع ليس لقلة المراجع كما اعتاده الباحثون، ولكن لكثرتها هذه المرة، وكثرة الآراء مع تضاربها حينا وغموضها حينا آخر، فضلا عن غزارة القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، حيث في الموضوع الواحد تُصدر المحكمة العليا قرارين أو أكثر، بأحكام تختلف عن كل واحد منهما و تتضارب معه في المعنى و القصد، إلا أن هذا التضارب هو مُنطلق بحثي للوصول إلى الحلول و البدائل لسد الثغرات القانونية و القضائية.

إن دراسة هذا الموضوع تقتضي إتباع مقاربة تعتمد على الإحاطة بمختلف جوانبه، لأجل هذا سيتم الاعتماد على عدّة مناهج، بدءا بالمنهج الاستقرائي والتحليلي و الاستعانة بالمنهج المقارن أحيانا، وصولا للمنهج النقدي لإبداء الرأي أحيانا أخرى، بهدف الوقوف عند كل التفاصيل المتعلقة بالموضوع و الوصول إلى نتائج هادفة تثري البحث العلمي.

من خلال ما تم عرضه، لنا أن نثير إشكالية محورية التي من خلالها سيتم معالجة هذا البحث وهي: إلى أي حد يمكن اعتبار النصوص القانونية المنظمة لقواعد الإثبات كفيلة بحل النزاعات الأسرية؟ وما الدور الذي تؤديه في توفير الحماية اللازمة لضمان الحقوق الأسرية ؟

لدراسة موضوع " دور الإثبات في حل النزاعات الأسرية " ارتأينا تحليل موقف القضاء من المقتضيات التشريعية المنظمة للموضوع، بالاعتماد على مجموعة من الأحكام والقرارات القضائية ومناقشتها والتعليق عليها مع نقدها في الحالات التي تستوجب ذلك، دون إغفال الآراء الفقهية التي قيلت بهذا الخصوص في بعض المواضيع التي تتطلب ذلك.

حتى يُحقق هذا البحث أهدافه آثرت تبني التقسيم الثنائي الذي يعتمد على بابين و كل باب يحتوي على فصلين، فقد تم تقسيم موضوع دور الإثبات في حل النزاعات الأسرية إلى قسم يتعلق بالمبادئ العامة للإثبات و إسقاطها على النزاعات المتعلقة بإنشاء الرابطة الزوجية و الآثار المتعلقة بها(الباب الأول)، ثم التطرق لدراسة قسم الإثبات في النزاعات المتعلقة بإنهاء الرابطة الزوجية وآثارها (الباب الثاني).

البـــاب الأول

دور الإثبات في حل النزاعات المتعلقة بإنشاء الرابطة الزوجية و آثارها

الباب الأول

دور الإثبات في حل النزاعات المتعلقة بإنشاء الرابطة الزوجية و آثارها

إن الشريعة الإسلامية لم تترك جانبا من جوانب الحياة إلا وأحاطته بكامل العناية وفائق الرعاية، خاصة ما يتعلق بشؤون العباد، فيما تولى الفقهاء تبيان كل الأحكام الخاصة بالفرد سواء تلك المستنبطة من القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة، التي تحث على ضرورة حفظ الأسرة عن طريق تنظيم العلاقة التي تجمع الرجل بالمرأة في إطار شرعي يضمن ذلك، انطلاقا من الخطبة وما يرتبط بها من أحكام وصولا إلى الزواج ذلك الميثاق الغليظ، وقيام كل طرف بواجباته واحترام حقوق الطرف الآخر حتى يتم خلق نوع من التوازن في أدوارهما، بهدف الحفاظ على استقرار حياتهما المشتركة.

كما أن الآثار الناتجة عن قيام العلاقة الزوجية أولاها الشارع الحكيم عناية خاصة و أحاطها باهتمام بالغ، و هو ما ترجمه المشرع الجزائري في القوانين الوضعية حفاظا على كيان الأسرية و حماية حقوق كل أطرافها من الضياع.

و عليه في حال نشوب نزاع بين الزوجين، على المتضرر اللجوء للقضاء و رفع دعوى قضائية يطالب من خلالها بحقوقه، إلا أن العمل القضائي يتطلب ذكر الآليات الضرورية لحل النزاع، التي يبني القاضي وفقها قناعته و يصدر حكمه بناءا عليها، و يقصد بها الإثباتات التي يقدمها المدعي وفق ما أقره القانون، فالإثبات له أهمية كبيرة في فض النزاعات المرتبطة بقضايا قسم شؤون الأسرة.

طبعا في قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري حدد مسار الإثبات كيف يكون من خلال آليات معينة لابد من التقيد بها، و في حالات معينة ترك المجال للأطراف أن يقدموا الدليل على

ادعاءاتهم و بكافة طرق الإثبات، و في بعض الأحيان نجد أن المشرع خاصة في بعض المواضيع التي لم يطرق إلها إغفالا منه أو سهوا منه، ربطها بما قد نص عليه في المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيلنا في حال غياب النص القانوني إلي أحكام و مبادئ الشريعة الإسلامية، الأمر الذي يثير عدّة مشاكل نظرا لاختلاف الآراء الفقهية و تشعبها، مما يصعب مهام القاضي ويعرقله في عمله.

لمعالجة هذه الإشكالات ارتأينا تقسيم هذا الباب إلى قسمين يتضمن موضوعين يتم من خلالها دراسة أحكام الإثبات و طرقه و كيفية الاعتماد عليها في حل النزاعات المتعلقة بقضايا إنشاء الرابطة الزوجية(الفصل الأول)، ثم التطرق لدراسة دور الإثبات في حل النزاعات المتعلقة بآثار إنشاء الرابطة الزوجية(الفصل الثاني).

الفصل الأول

دور الإثبات في حل النزاعات المتعلقة بقضايا إنشاء الرابطة الزوجية

الفصل الأول

دور الإثبات في حل النزاعات المتعلقة بقضايا إنشاء الرابطة الزوجية

مما لا شك فيه أن العلاقات الأسرية هي من أسمى وأقدس العلاقات، لهذا أولتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية اهتماما كبيرا، إذ قررت لها العديد من المبادئ والقواعد التي تؤسس عليها، و بالتالي تكفل لها حياة تقوم على الوجه المشروع.

لقد أولى المشرع الجزائري عناية بالغة بعقد الزواج باعتباره أساس تكوين الأسرة، و اللبنة الأولى في قيامها فقد نظم أحكامه وفق الشريعة الإسلامية، بداية من الخطبة وصولا إلى مرحلة إبرام عقد الزواج، فقد فصل المشرع كل مرحلة و جعل لها شروط و ضوابط تحكمها لقيام العلاقة الزوجية بشكل صحيح.

هذا الاهتمام لم يكن محل الصدفة و إنما بهدف المحافظة على الأسرة و حماية حقوق أطرافها من الضياع، في حال وقع نزاع بين طرفي العقد أو ورثتهما قبل انعقاد الزواج أو حال انعقاده أو بعده، فقد جعل المشرع الجزائري الإثبات الحل الوحيد لاسترجاع الحقوق.

ذلك من خلال إقامة الدليل أمام القضاء على وجود حق أو صحة واقعة متنازع فيها بقصد الوصول إلى نتائج قانونية معينة، يتمثل الإثبات القانوني في تأكيد حق متنازع عليه أمام القضاء وذلك بإقامة الدليل على الواقعة مصدر هذا الحق، فهو إثبات يرمي إلى تحقيق غايات عملية هي الفصل في المنازعات و حماية الحقوق لأصحابها، يقوم به الخصوم أمام القضاء بطرق محددة رسمها القانون[1] .

[1]– محمد حسين منصور ،المرجع السابق،ص7.

يتجلى دور الإثبات في حل النزاعات المتعلقة بقضايا إنشاء الرابطة الزوجية، في النصوص القانونية التي أقرها المشرع الجزائري بهدف تكريس مبدأ الحماية القانونية و القضائية للأسرة، بداية بالنصوص القانونية المتعلقة بقضايا الخطبة باعتبارها تمهيدا للزواج و كل إشكالاتها، و كذا كيفية حل النزاعات القائمة بشأنها و كيفية إثباتها(المبحث الأول)، و وصولا إلى القضايا المتعلقة بانعقاد الزواج بشروطه الموضوعية و الشكلية و كيفية إثباتها أمام القضاء(المبحث الثاني).

المبحث الأول

أحكام الإثبات في النزاعات المتعلقة بقضايا الخطبة

يعتبر الإثبات الأداة الضرورية التي يعول عليها القاضي عند التحقق من الوقائع القانونية والحقوق التي يدعيها أطراف الخصومة، والبحث في مدى صحتها وسلامتها، و من الملاحظ أن المشرع الجزائري قد أورد القواعد الموضوعية للإثبات في القانون المدني الجزائري، في القسم الأول منه المتعلق بالالتزامات و العقود في الباب السادس منه (المواد من 323-350)، و الهدف من ذلك أن قواعد الإثبات لا يقتصر نطاقها على الالتزامات، فهي قواعد عامة التطبيق و تتميز بالعمومية بحيث تسري على جميع أنواع الحقوق شخصية كانت هذه الحقوق أو عينية أو معنوية، كما تطبق على كافة المنازعات المدنية و التجارية أيًا كان مصدر الحق المتنازع عليه.

و عليه يعتبر عقد الزواج من أهم العقود المدنية و أعظمها شأنا و أثرا في حياة الفرد و في بناء المجتمع، بالإضافة إلى أنه عقد قلما يقدم عليه الشخص، ذكرا كان أم أنثى، أكثر من مرة واحدة طوال حياته[1].

تتجلى أهمية الزواج من خلال اهتمام الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي لكل تفاصيل ومراحل إبرام عقد الزواج، و يتجلى ذلك في وضع مقدمات للزواج تُمهد له و تُحضر طرفي العقد لهذا المشروع الكبير الذي يستوجب تحضير خاص و مسؤولية خاصة تشمل عدّة جوانب، بهدف دوام العشرة بين الزوجين.

[1]- محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة ،الزواج،ج1، ط1،2006، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، المغرب، ص122.

إلا أن المشرع الجزائري لم يتطرق لموضوع الإثبات في هذه القضايا الأسرية، فأحكام الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني عامة و يمكن اللجوء إليها، إلا في بعض القضايا الأسرية الخاصة التي حددت الشريعة الإسلامية كيفية إثباتها، في حل النزاع القائم حولها.

يقصد بمقدمة عقد الزواج، الخطبة التي تتقدم على العقد و تكون بمثابة تمهيد له، و الهدف منها اختيار كل من الطرفين لشريكه وفق ما يناسبه و ما يرتاح إليه.

قد نظم المشرع الجزائري أحكام الخطبة ضمن قانون الأسرة في الفصل الأول تحت عنوان الخطبة و الزواج، في القسم الأول منه بعنوان: "في الخطبة" في المادتين الخامسة و السادسة، و عليه سوف نتطرق لدراسة كيفية إثبات واقعة الخطبة(المطلب الأول)، وقد تضمنت هذه النصوص القانونية ما يتعلق بالخطبة و طبيعتها القانونية و أثار العدول عنها، بالنسبة لاسترداد الهدايا و مصير الصداق و كذا التعويض المترتب عن الضر الناتج عن العدول(المطلب الثاني).

المطلب الأول

إثـبـات واقـعـة الخـطـبة

تشمل النصوص المنظمة للإثبات نوعين من القواعد، قواعد موضوعية و قواعد إجرائية فالقواعد الموضوعية هي التي تحدد الأدلة و تبين الحالات التي يستعمل فيها كل دليل كما تبين محل الإثبات و الخصم الذي يقع عليه عبأ الإثبات، أما القواعد الإجرائية فهي التي تحدد الإجراءات التي تتبع في إقامة الأدلة عندما يكون النزاع معروضا أمام القضاء[1].

أما الإثبات الذي نتناوله بالدراسة و التحليل هو الإثبات بالمعنى القانوني، و لهذا سمي بالإثبات القضائي لأنه يتم عن طريق تقديم الدليل أمام القضاء على حقيقة واقعة متنازع فيها.

فالإثبات بمعناه القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء، بالطرق التي حددها، فهو قوام الحق الذي يتجرد من قوته ما لم يقم الدليل عليه.[2]

منه نستنتج أن المنفعة التي يجنيها الفرد هي سلطة تمتعه والانتفاع بهذا الحق، و أما المصلحة العامة فيمثل الإثبات ضرورة اجتماعية يستطيع القاضي من خلالها حسم النزاع بين الأفراد والأشخاص عموما، وبهذا تستقر المعاملات ويطمئن الناس إلى حقوقهم، و لما كان موضوع الدراسة إثبات واقعة الخطبة التي تعد من المواضيع المهمة في قضايا الزواج فإن صلحت الخطبة التي تعتبر تمهيدا للزواج صلح الزواج و العكس صحيح.

---

[1]- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (الإثبات في المواد المدنية و التجارية)،دج، دط، دار الهدى، 2011، الجزائر، ص 11.

[2]- محمد شتا أبو سعد، الإثبات في المواد المدنية و التجارية و الشرعية،ج1، د ط،1997، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ص4.

حيث نص المشرع الجزائري في المادة الخامسة من قانون الأسرة على أن الخطبة وعد بالزواج، و ما يمكن استنتاجه من هذا النص أن الخطبة أولا لا تشكل أي التزام بين طرفيها و ثانيا يمكن العدول عنها إن أراد الطرفين أو أحدهما ذلك.

إلا أن الإشكالات المترتبة عن الخطبة قد تطفوا على السطح في حال نشوب نزاع بين طرفيها بسبب العدول عنها، مما يتوجب بداية على الطرف المتضرر في حال ما نكر الطرف الآخر وجود الخطبة أصلا، أن يلجأ للقضاء و يثبت أمام القاضي عكس ما يدعيه، بإقامة الدليل على صحة قوله، مستندا على وسائل الإثبات التي أقرها القانون

باعتبار أن الخطبة لا تعتمد في قيامها على شكل معين لإثباتها لأنها تبنى من منطلق الرضا بين الطرفين فيمكن الاستناد إلى وسائل الإثبات الأخرى و في مقدمتها الإقرار و شهادة الشهود(الفرع الأول) و أيضا اليمين و القرائن(الفرع الثاني).

الفرع الأول: إثبات الخطبة بالإقرار و شهادة و الشهود

كما ذكرنا سابقا تعد الخطبة تمهيدا للزواج ربما الهدف منها تعرف طرفي عقد الزواج على بعضهما البعض، فلا يجوز الزواج من شخص غير معلوم، كما يمكن من خلالها التعرف على جدية الطرفين و نيتهما في الزواج، باعتبار أن الزواج من أقدس العلاقات الأسرية و نظرا لخطورته و ما يترتب عنه من آثار تم إحاطته بجملة من الإجراءات لضمان إنشائه على الوجه الصحيح، و لدراسة هذا الموضوع سنتطرق إلى بيان الطبيعة القانونية للخطبة (أولا)، ثم التطرق إلى كيفية إثبات الخطبة في الزواج بالإقرار (ثانيا) ثم كيفية إثباتها بشهادة الشهود(ثالثا).

أولا: الطبيعة القانونية للخطبة

سنتعرض لتعريف الخطبة وسندها الشرعي ثم التكييف القانوني للخطبة.

أ- تعريف الخطبة و سندها الشرعي

في أول الأمر نتطرق لتعريف الخطبة من الجانب اللغوي ثم التطرق إلى بيان معناها من الجانب الفقهي، وكذا المقصود منها في الاصطلاح القانوني .

1. التعريف اللغوي للخطبة

الخطبة بكسر الخاء هي التماس الزواج من امرأة معينة، بتوجيه هذا الالتماس إليها و إلى وليها، و هي طلب الرجل التزوج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية، و ذلك بأن يتقدم إليها مباشرة، أو إلى أهلها، أو عن طريق أجانب يبعثهم للتفاهم و التفاوض في أمر العقد و المطالب الخاصة بهذا الشأن، فإذا أجيب إلى طلبه تمت الخطبة بينهما[1].

2. التعريف الفقهي للخطبة

عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الخطبة بمفهوم متقارب بل و متطابق مع معناها اللغوي،

حيث عرفها الحنفية على أنها : إظهار الرغبة و إبدائها في الزواج ممن تحل شرعا بكل ما يفيد التعبير عن الإرادة من وسائل التعبير[2].

أما المالكية فقد عرفوها على أنها: "التماس التزويج و المحاولة عليه"[1].

---

[1] – محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج1، ط1، 1997، دار صادر للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، ص 362.

[2] – محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود و علي محمد معوض، ج4، دط، 1415،1هـ/1994م، دار الكتب العلمية، دون مكان نشر، ص66.

أما الشافعية فعرفوها بأنها : الخطبة هي التماس النكاح تصريحا و تعريضا، أي إظهار الرغبة في النكاح بالتعبير عن الإرادة تعبيرا صريحا أو ضمنيا [2].

في حين الحنابلة عرفوا الخطبة على أنها: أنها طلب المرأة للزواج[3].

بالتالي يتبين لنا أن جل التعاريف المذكورة متقاربة من حيث المعنى و لا ضرورة لتفضيل تعريف عن الآخر ما دام أنها تصب في نفس السياق.

3. التعريف القانوني للخطبة

في الاصطلاح القانوني الخطبة، "وعد بالزواج"[4] و لا تعتبر عقدا و إن تمت باتفاق و رضا الطرفين و عليه فالخطبة بعد تمامها لا تعتبر عقدا و لا زواجا ،و لا يترتب عليها شيء من الإلزام .

لكل من الخاطب و المخطوبة حق العدول عن الخطبة لأن الأمر لا يعدو أن يكون وعدا بالزواج، و الوعد في العقود ليست له قوة العقد ذاته، و لا يترتب عليه أي أثر[5] .

هو ما أكده قانون الأسرة الجزائري[1]، في المادة الخامسة الفقرة الأولى المعدلة بالأمر 02/05 حيث جاء فيها :" الخطبة وعد بالزواج ".

---

[1]– محمد الخرشي المالكي، شرح مختصر خليل، ج3، دط، د س ن، دار الفكر للطباعة، بيروت، لبنان، ص167.

[2]– شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، دط، 977هـ، مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين، اعتنى به : محمد خليل عيتاني، ج3، ط1،1418هـ/1997م، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ص170.

[3]– بدر الدين محمد بن علي البعلي، ت 778هـ، فقه الدليل شرح التسهيل، شرحه : عبد الله صالح الفوزان، ج4، ط2، د ت، مكتبة الرشد، د م ن، ص294.

[4]– دليلة فركوس و جمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة (انعقاد الزواج)، دج، ط1، 2016، دار الخلدونية، الجزائر، ص 50.

[5]– العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد،ج1، ط1، 2012،دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن ، ص114.

هذا ما أقرته المحكمة العليا في أحد قراراتها حيث جاء فيه :"إن الخطبة هي وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها"[2].

أقرها المشرع التونسي وجعلها مقدمة تمهد للزواج ،و استعمل المصطلحات المترادفة المتمثلة في "المراكنة" و "الوعد و المواعدة بالزواج" و "الخطبة " باستعماله مصطلح الخطيبين، دون أن يتولى تعريفها مقتصرا على التنصيص على بعض آثارها.

و لكنها لا تصل إلى مرحلة التعاقد فهي لا تتجاوز مرحلة تبادل الوعد بالزواج[3].

ب-السند الشرعي للخطبة

لقد شرع الله عز وجل الخطبة و نص عليها في كتابه الكريم، فنجد قوله تعالى:﴿ **وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِي أَنفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَن تَقُولُوا قَوْلًا مَّعْرُوفًا**... ﴾[4]، و بالتالي فالخطبة مشروعة لمن أراد الزواج.

وردت الخطبة في السنة النبوية،فعن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: قال رسول الله عليه الصلاة و السلام :" إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر منها ما يدعو إلى نكاحها فليفعل، ذلك أقرب إلى أن يؤدم بينكما"[5].

---

[1]- قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

[2]- قرار صادر عن المحكمة العليا، المؤرخ في 1992/03/17، ملف رقم 81129 ،صدر عن مجلة المحكمة العليا ، العدد3،ص62.

[3]- فاطمة الزهراء بن محمود، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية (قراءة في فقه القضاء)، دج، ط1،2015 ، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ص25 و 26.

[4]- سورة البقرة، الآية 235.

[5]- أبو داود سليمان ابن لأشعث السجستاني، سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب في الرجل ينظر إلى المرأة و هو يريد تزويجها، تحقيق: محمد الصباغ، دط، دت، دار العربية ، بيروت، لبنان، حديث رقم 1820، ص219.

فالنظر إلى المخطوبة لا بأس به، من غير خلوة بل مع وجود محرمها أو أمها و نحو ذلك ممن حضوره ينافي الخلوة[1].

ت-التكييف القانوني للخطبة

لقد أثارت مسألة الطبيعة القانونية للخطبة جدلا فقهيا و حول تكييفها القانوني هل هي عقد أم واقعة؟ كما ثار النقاش حول التمييز بينها و بين عقد الزواج.

حيث نجد المشرع الجزائري في قانون الأسرة المعدل كيفها على أنها وعد بالزواج طبقا لنص المادة الخامسة منه الفقرة الأولى و الثانية التي جاء فيها:"الخطبة وعد بالزواج. يجوز للطرفين العدول عن الخطبة".

واضح من خلال النص أنه حدد الطبيعة القانونية للخطبة بأنها وعد بالزواج من جهة، ومن جهة أخرى اعتبر هذا الوعد غير ملزم، أي أجاز لكلا الطرفين العدول عنها[2].

لذا فإن الخطبة وعد و من نوع خاص ،يخضع لأحكام خاصة من حيث الشروط و الآثار، مما يستوجب إبعاد الأحكام الواردة في المادتين 2/71 و 72 من القانون المدني الجزائري[3]، و ضرورة تحقيق الانسجام و التنسيق بين أحكام المواد 5 ، 6 ، 9 مكرر و 18 من قانون الأسرة

---

[1]- https : //binbaz.org.sa/fatwas/1120,vu le 02/05/2019 , 12h :30.

[2]- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (/دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)،ط1،2008، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، القبة الجزائر ،ص 30.

[3]- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني ،المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007.

حيث نصت المادة 2/71 منه:"و إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الإتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد".

و المادة 72 منه نصت على :"إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل و قاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد و كانت الشروط اللازمة لتمام العقد و خاصة ما تعلق منها بالشكل متوافرة،قام الحكم مقام العقد".

الجزائري[1]، لأن الخطبة وسيلة تمهيد لعقد الزواج، لها نظام مستقل و متميز عن الوعد بالتعاقد، لأن الواعد من الناحية القانونية ملزم بإبرام العقد النهائي طبقا لنص المادة 72 من القانون المدني الجزائري، في حين أنه ليس من شأن الخطبة الإلزام بإنجاز عقد الزواج ،فإنها لا تنشئ التزاما بالزواج، و أن العدول عنها حق مشروع، و تظهر هذه الاستقلالية في الصياغة اللازمة لصحتها و في أحكام تكوينها، وآثارا الفقهية و القانونية[2].

هذا ما أكدته المحكمة العليا بالقرار[3]، أهم ما جاء في حيثياته:من المقرر كذلك أن الأصل في الخطبة و في غالب الأحيان هي مقدمة للزواج و ليست زواجا.

أما المشرع التونسي قد نفى عن الوعد و المواعدة صفة الإلزام و أبقائهما في درجة الوعد المجرد قانونا [4].

بالتالي أكد المبدأ العام المنصوص عليه بالفصل 18 من مجلة الالتزامات و العقود التي جاء فيها أن "مجرد الوعد لا ينتج عنه التزام"[5].

---

[1]– نصت المادة 6 من قانون الأسرة الجزائري على: "إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا، غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا و شروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون "، و نصت المادة 9 مكرر على : يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:
أهلية الزواج ،الصداق،الولي،شاهدان ،انعدام الموانع الشرعية للزواج"، ونصت المادة 18 على:"يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و 9 مكرر من هذا القانون".

[2]– العربي بلحاج ، أحكام الزواج في قانون الأسرة الجديد (وفق آخر التعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، ج1، ط1،2012، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان، الأردن، ص 98 و99.

[3]– قرار رقم 81877 صادر في 1992/04/14 عن مجلة المحكمة العليا سنة 2001 ،عدد خاص ،ص33.

[4]– حامد الجندلي، قانون الأحوال الشخصية التونسي و علاقته بالشريعة الإسلامية، دج، د ط،2011، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس،ص112 و113.

[5] – أمر مؤرخ في 15 ديسمبر 1906 (منشور بالرائد الرسمي ملحق عدد 100) المتضمن مجلة الالتزامات و العقود التونسية، و المنظمة وفقا للقانون عدد 87 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005، المتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام هذه المجلة.

ثانيا: إثبات الخطبة بالإقرار

للإثبات أهمية بالغة في العلاقات القانونية، ذلك أن الحق إذا كان في الناحية النظرية مستقلا عن إثباته فإنه في الحياة العملية يستوي حق معدوم و حق لا دليل له[1].

حيث يقصد بالإثبات في اللغة الدوام و الاستقرار و هو مشتق من الفعل الثلاثي ثبت، كأن يقال ثبت فلان في المكان يثبت ثبوتا ،فهو ثابت إذا قام به و الثبت – بفتح الباء – أي الحجة و البينة و أثبت حجته :أقامها و أوضحها ،و التثبيت :الثابت العقل[2].

باعتبار الخطبة تواعد بالزواج كما أسلفنا، و قد سبق تكييفها بأنها تواعد بالزواج و ليست بزواج، و هي وعد من الجانبين بالزواج في المستقبل، على ما يتضح من المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري.

بحيث لم يشترط المشرع شكلا خاصا أو محددا للخطبة، إنما هي الرضائية في أكمل صورها و متى ثار النزاع بشأن الخطبة جاز لمن يدعيها أن يثبتها بكافة الوسائل، طبقا للقاعدة الأصولية التي تقضي بأن البينة على المدعي، ذلك أن رضائية الخطبة تفرض استعمال كافة الوسائل الثبوتية و في مقدمتها الإقرار[3].

فالإقرار هو اعتراف مقصود من الشخص بواقعة يترتب عليها أثر قانوني معين في مواجهته، و يتمثل ذلك غالبا في التسليم بما يدعيه الخصم، و هو بذلك طريق غير عادي للإثبات حيث يجعل

[1]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص7 و 8.

[2]– إبن منظور الإفريقي، المرجع السابق، ص 325.

[3] محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة، الزواج، ج1،المرجع السابق،ص 147.

الواقعة أو التصرف القانوني في غير حاجة للإثبات[1]، ما يميز الإقرار أنه يحسم النزاع و بالتالي يعفي الخصم من الإثبات.

قد عرفه الفقيه المصري عبد الرزاق السنهوري على أنه :"اعتراف شخص بحق عليه لآخر،سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصده"[2].

أما المشرع الجزائري فقد عرف الإقرار في المادة 341 من القانون المدني على النحو التالي:

"الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه و ذلك أثناء سير الدعوى المتعلقة بها الواقعة ".

من خلال هذا التعريف نستنتج أن الإقرار نوعين، إقرار أمام القضاء أي إقرار قضائي و إقرار خارج القضاء أي إقرار غير قضائي، و استخلصنا أيضا مجموعة من **الشروط** خاصة بالإقرار القضائي تتمثل في :

- **صدور الإقرار من الخصم:** طبقا لنص المادة 341 من القانون المدني الجزائري التي تأكد أن الإقرار هو (...اعتراف الخصم...) أمام القضاء، باعتبار أن الخصم في الدعوى هو من يملك الاعتراف بالواقعة المتنازع عليها.
- **صدور الإقرار أمام القضاء:** و حتى يعتبر الإثبات قضائيا يجب أن يصدر من الجهات القضائية المكلفة بفصل النزاع المثار أمامها، طبقا لنص المادة 341 من القانون المدني (...أمام القضاء...).

[1]– محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 201.

[2]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 440 .

- **صدور الإقرار أثناء سير الدعوى المتعلقة بالواقعة:** لا يكفي أن يصدر الإقرار من الخصم أمام القضاء فقط، بل يلزم أن يتم أثناء سير الدعوى، قبل إقفال باب المرافعة.

طبقا لنصت المادة 342 من القانون المدني التي نصت على حجية الإقرار القضائي حيث جاء فيها : "الإقرار حجة قاطعة على المقر و لا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة و كان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى".

فالإقرار القضائي يعتبر حجة قاطعة على المقر أي لا يجوز إثبات عكسها، و لا يتوجب تجزئته.

أما الإقرار غير القضائي يقصد به ذلك الإقرار الذي يصدر خارج مجلس القضاء، أو أمام القضاء و لكن خلال دعوى غير متعلقة بالواقعة التي حصل الإقرار بها.

الإقرار غير القضائي مثل الإقرار القضائي يخضع للقواعد العامة في الإقرار فهو تصرف قانوني بالإرادة المنفردة، و يعتبر من أعمال التصرف و لهذا يجب أن تتوافر فيه شروط التصرف القانوني، و يستوي أن يكون شفويا أو يرد في ورقة مكتوبة كرسالة أو أي ورقة أخرى غير معدة لإثبات الواقعة محل النزاع[1]، غير أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة في القانون المدني على حجية الإقرار غير القضائي في الإثبات،و من جهة أخرى ذهب جانب من الفقه إلى أن هذا النوع من الإقرار لا تكون له حجية الإقرار القضائي و يخضع لتقدير القاضي في الأخذ به من عدمه[2].

---

[1]– عابد فايد عبد الفتاح فايد، نظم الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دج، د ط، 2008، مطبعة المنزلاوي مصر، ص 174.

[2]– محمد حزيط ، الإثبات في المواد المدنية و التجارية في القانون الجزائري، الإثبات في المواد المدنية و التجارية في القانون الجزائري، دج، د ط ،2007، دار هومه، الجزائر، ص 204.

و منه نستنتج أن إثبات الخطبة يكون إما بإقرار المدعى عليه بوجودها صراحة، وكما نعلم فإن الإقرار يعتبر طريقا من طرق الإثبات، وقد يكون ضمنيا يستخلص من مذكرات الرد في الدعوى، فعندما يناقش المدعى عليه مسألة التعويض عن العدول فيعني ذلك ضمنا أنه أقر وجود الخطبة، أما إذا كانت مذكرة الرد تتعلق بإنكار وجود الخطبة فهنا يتوجب على القاضي التأكد من وجود الخطبة من عدمها.

ثالثا: إثبات الخطبة بشهادة الشهود

إن موضوع النزاع في وجود أو عدم وجود الخطبة لا يطرح إلا عندما يحصل العدول عنها، فيلجأ المتضرر إلى رفع دعوى يطالب بحقوقه المترتبة عن العدول[1].

الغالب من الأحوال بشأن موضوع الخطبة ، فإن إثباتها يكون بواسطة شهادة الشهود ، لأنها في الغالب تتم حسب العرف الجاري بين جماعة من الناس، بين أهل الخاطب و المخطوبة، وبحضور الأصحاب والجيران، وبالتالي فإن شهادتهم قد يكون لها أثر في إثبات الخطبة.

فقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي على أن الشهادة من طرق القضاء، ودليل من أدلة الإثبات، لكن الحق لا يثبت بها حتى يتصل بها حكم القضاء[2].

الشهادة من بين الأدلة التي تكون بصفة مباشرة لأنها تقع على الواقعة المراد إثباتها مباشرة، و عليه فحجيتها غير ملزمة باعتبارها من الأدلة الأصلية للإثبات، فهي تقوم بذاتها و لا تكون كافية

---

[1] الرشيد بن شويخ ، قواعد الإثبات في النطاق المدني و قضايا الأسرة، ط1،2019، دار الخلدونية ، القبة ،الجزائر، ص 122.

[2]– تحسين حمد سمايل،الأدلة الناقصة و دور القاضي المدني في إكمال حجيتها القانونية، دج، ط 1،2013، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، ص 61 .

لوحدها لإثبات الواقعة المدعى بها و قد تكون أدلة تكميلية تكمل أدلة أخرى و كذلك فإن قوتها محدودة في الإثبات لأنها لا تصلح إلا لإثبات بعض الوقائع القانونية[1].

حيث اعتبر المشرع الجزائري الشهادة من طرق الإثبات، و نظم أحكاها الموضوعية في القانون المدني، فيما نظم أحكامها الإجرائية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و هي تتميز بالخصائص التالية :

- **الشهادة حجة مقنعة غير ملزمة:** فتقدير قيمة الشهادة يخضع لتقدير القاضي، أيا كان عدد الشهود و أيا كانت صفاتهم و هو لا يخضع في تقديره هذا إلى رقابة المحكمة العليا[2]، وبالتالي حجيتها غير قاطعة و ذات قوة محدودة في الإثبات.
- **الشهادة حجة غير قاطعة :** إن حجية الشهادة في الإثبات غير قاطعة إذ أنها تقبل إثبات عكس دلالتها بكافة طرق الإثبات، فما يثبت بها يعتبر صحيحا ما لم يثبت عكسه[3]، و بهذا فإن الإثبات بالشهادة يتميز عن الإثبات بالطرق الأخرى، بحيث يجوز للخصم نفيها بالطرق المتاحة للإثبات.
- **الشهادة حجة متعدية :** أي أن ما يثبت بها يتعدى إلى الكافة[4]، فإذا اقتنعت القاضي بالشهادة، تصح حجة بذاتها و حجيتها تتعدى الخصوم إلى الغير.
- **الشهادة حجة مقيدة:** تعتبر الشهادة دليل مقيد لأنه لا يجوز الإثبات بها إلا في حالات معينة، فهي تحتمل الكذب[5].

---

[1]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، ص 311.

[2]– محمد حزيط، الإثبات في المواد المدنية و التجارية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 153.

[3]– محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 09 .

[4]– تحسين حمد سمايل، المرجع السابق، ص 64.

[5]– محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 09.

قد عالج المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية القواعد الإجرائية المتعلقة بتأدية الشهادة و إجراءاتها في المواد من 150 إلى 163منه، فبين الأهلية اللازمة للشاهدة و حدد الأشخاص الممنوعين من الشهادة، كما بين القواعد التي يجب مراعاتها عند إحالة الدعوى للتحقيق بسماع الشهود، و كيفية سماعهم و سنعرض هذه المساءل على النحو التالي:

- **التأكد من توفر الأهلية اللازمة لأداء الشهادة**

يجب أن يكون الشخص أهلا لأداء الشهادة، و تتحقق هذه الأهلية من عدة وجوه، فيجب أن يبلغ سنا معينا، كما يجب أن لا يكون محكوما عليه بعقوبة جناية، و أخيرا يجب أن يكون قادرا على التمييز[1].

قد نصت الفقرتين 5 و 6 من المادة 153 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على مايلي :

"يجوز سماع القصر الذين بلغوا سن التمييز على سبيل الاستدلال .

تقبل شهادة باقي الأشخاص، ما عدا ناقصي الأهلية ."

ما نستخلصه من النص ضرورة أن يكون الشاهد كامل الأهلية وقت الإدلاء بالشهادة، و سن الرشد محدد في القانون المدني الجزائري ب19 سنة كاملة، و أن لا تشوب أهليته أي عارض أو مانع قد ينقص أهليته أو يعدمها، طبقا ما نصت عليه المادة 40 من القانون المدني ليكون أهلا لتأدية الشهادة.

إلاّ أنه يجوز بصفة استثنائية أن تسمع شهادة القاصر الذي لم يبلغ سن التمييز، على سبيل الاستدلال، وهذا ما أقرته المادة 42 من القانون المدني.

- **التأكد من أن الشاهد ليس من الأشخاص الممنوعون من أداء الشهادة**

[1]– أشرف جابر السيد، موجز أصول الإثبات، دج، د ط، 2003، دار النهضة العربية، مصر، ص 210.

حدد المشرع الجزائري بعض الفئات من الأشخاص الذي يمتنع عليهم أداء الشهادة و ذلك لاعتبارات معينة، حيث نصت المادة 158 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على ما يلي:

"لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم.

لا يجوز سماع شهادة زوج أحد الخصوم في القضية التي تعني زوجه، و لو كان مطلقا.

لا يجوز أيضا قبول شهادة الإخوة و الأخوات و أبناء العمومة لأحد الخصوم.

غير أن الأشخاص المذكورين في هذه المادة باستثناء الفروع، يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص و الطلاق".

من خلال هذه المادة يتضح لنا شرط آخر له علاقة بالشاهد، بحيث يستوجب على القاضي التأكد من أن الشاهد لا يمد بأي صلة قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم.

أيضا يجب التأكد من أن الشاهد ليس زوج أحد الخصوم في القضية المتنازع فيها التي تعد زوجته طرفا فيها حتى و لو كان مطلقا.

على القاضي أيضا التأكد من أن الشاهد ليس من إخوة أو أخوات أو أبناء عمومة أحد الخصوم فلا تقبل شهادتهم.

لكن هناك استثناء يرد على الحالات السابقة بحيث يجوز لكل الفئات المذكورة أن تقبل شهادتها باستثناء الفروع في القضايا المتعلقة بحالة الأشخاص و الطلاق.

نظمت المواد 152 و 158 و 159 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، كيفية تلقي الشهادة حيث جاء في المادة 152 :"يسمع كل شاهد على انفراد في حضور أو في غياب الخصوم،

و يعرف قبل سماعه، باسمه و لقبه و مهنته و سنه و موطنه و علاقته و درجة قرابته و مصاهرته أو تبعيته للخصوم.

يؤدي الشاهد اليمين بأن يقول الحقيقة و إلا كانت شهادته قابلة للإبطال .

يجوز إعادة سماع الشهود و مواجهة بعضهم البعض".

أما المادة 158 فقد نصت على:"يدلي الشاهد بشهادته دون قراءة لأي نص مكتوب.

يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم أو من أحدهم، أن يطرح على الشاهد الأسئلة التي يراها مفيدة".

نصت المادة 159 على أنه:"لا يمكن لأي كان، ما عدا القاضي، أن يقاطع الشاهد أثناء الإدلاء بشهادته أو يسأله مباشرة".

يستخلص من هذه المواد أنه على القاضي سماع الشاهد على انفراد سواء حضر الخصم أم لم يحضر، كما يجوز للقاضي إعادة سماع الشهود و مواجهة بعضهم البعض، و قبل البدء بإدلاء الشهادة لابد على الشاهد من أن يعرّف من نفسه و ذلك من خلال ذكر اسمه و لقبه و مهنته و سنه و موطنه وعلاقته و درجة قرابته و مصاهرته أو تبعيته بالخصوم، لكي يتسنى للقاضي التأكد من أن الشاهد تتحقق فيه الشروط الواجب توافرها لصحة الشهادة، و بعدها مباشرة يؤدي الشاهد اليمين القانونية و ذلك بأن يحلف يمينا بأنه سيقول الحقيقة دون سواها، فإذا قام بالشهادة دون إدلاء اليمين كانت شهادته قابلة للإبطال، و عند إدلاء الشاهد للشهادة يشترط أن تكون شفاهة أي دون قراءة لأي نص مكتوب، و يجوز للقاضي أو لأحد الخصوم سواء بطلب منهم أو من تلقاء نفسه أن يطرح على

الشاهد بعض الأسئلة التي يراها تفيد القضية المتنازع فيها، و لا يجوز إلا للقاضي مقاطعة الشاهد أثناء الإدلاء بشهادته أو يسأله مباشرة.

طبقا للمادة 160 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتوجب تحرير محضر سماع أقوال الشاهد حيث تدون فيه البيانات التالية:

- مكان و يوم و ساعة سماع الشاهد.
- حضور أو غياب الخصوم.
- اسم و لقب و مهنة و موطن الشاهد.
- أداء اليمين من طرف الشاهد، و درجة قرابته أو مصاهرته مع الخصوم أو تبعيته لهم.
- أوجه التجريح المقدمة ضد الشاهد عند الاقتضاء.
- أقوال الشاهد و التنويه بتلاوتها عليه.

تتلى عل الشاهد أقواله من طرف أمين الضبط فور الإدلاء بها ثم يتم التوقيع على المحضر من طرف القاضي و أمين الضبط و الشاهد و يلحق مع أصل الحكم، إذا كان الشاهد لا يعرف أو لا يستطيع التوقيع أو يرفضه، ينوه عن ذلك في المحضر، و يجوز للخصوم الحصول على نسخة من محضر السماع طبقا للمادتين و161 و 162 من القانون السالف الذكر.

قد أعطت المادة 163 من نفس القانون الصلاحية للقاضي في أن يفصل في القضية فور سماع الشهود أو يؤجلها إل جلسة لاحقة.

الفرع الثاني: إثبات الخطبة باليمين و القرائن

مما لا خلاف عليه أن أهمية الإثبات قد تعاظمت في المجتمعات الحديثة التي يسودها مبدأ أن الشخص لا يستطيع أن يقتضي حقه بيده بل يتعين عليه في سبيل الوصول إليه اللجوء إلى القضاء الذي سيطلب منه أن يقيم الدليل على ما يدعيه، فإذا عجز عن تقديمه خسر دعواه، و بداهة فإن قوله المجرد لا يكفيه كدليل، و من هنا نرى أن الإثبات يقوم من الحق مقام الروح من الجسد ، فالإثبات هو قلب الحق النابض[1].

فواقعة الخطبة تبدو من الوهلة الأولى موضوعا بسيطا، لكن يحمل في طياته العديد من المسائل الشائكة التي يصعب إثباتها في حال ما إذا تم نزاع بين المخطوبين قبل الزواج.

باعتبار أن القضايا الأسرية تتميز المرونة و تتسع لأكثر من دليل، بمعنى يمكن الاستناد إلى مختلف وسائل الإثبات في حال ما إذا ثار نزاع بين الخصوم، لهذا سنتطرق لكيفية إثبات واقعة الخطبة باليمين(أولا)، ثم التطرق لبيان كيفية إثباتها بالقرائن(ثانيا).

أولا: إثبات الخطبة باليمين

يمكن للقاضي اللجوء إلى اليمين لإثبات واقعة الخطبة في حال ما إذا ثار نزاع بين الأطراف، لحل الخصومة وفق ما يقتضيه القانون، والذي يعنينا هي يمين الإثبات التي يؤديها الحالف على واقعة معينة، أي اليمين القضائية التي نص عليها المشرع الجزائري في المواد من 343 إلى 350 من القانون المدني.

فاليمين هي إشهاد الله على صحة ما يدعيه الحالف أو عدم صحة ما يدعيه الخصم الآخر

[1]– جلال محمد إبراهيم، نجوى أبو هيبة، شرح قانون الإثبات، دج، دط، 2007، د م ن ، ص 4 و 5.

و يمكن تأدية اليمين بأن يقول الحالف " أحلف " و يذكر الصيغة التي أقرتها المحكمة، و لما كانت اليمين تحمل طابعا دينيا فإنه يجوز لمن يُكلف بحلفها أن يؤديها وفقا للأوضاع المقررة في ديانته إذا طلب ذلك و اليمين إما أن تكون قضائية تؤدى أمام القضاء، و إما غير قضائية تؤدى أو يتفق على تأديتها خارج مجلس القضاء[1].

اليمين غير القضائية هي تلك اليمين التي يتفق أصحاب الشأن على أن يؤديها أحدهما خارج مجلس القضاء حسما للمنازعات، و تخضع في تأديتها و نُكولها و نتائجها إلى القواعد العامة التي تضبط العقود، و اليمين التي يؤديها من يتقلدون بعض المناصب، كالقضاة و الخبراء والمحامين، و هذا النوع من اليمين لا يهمنا في هذا المقام، و إنما الذي يعنينا هي يمين الإثبات التي يؤديها الحالف على واقعة معينة، أي اليمين القضائية التي نص عليها المشرع الجزائري في المواد من 343 إلى 350 من القانون المدني[2].

و اليمين القضائية تنقسم إلى قسمين:

يمين حاسمة[3]، تكون موجهة من قبل أحد الخصوم إلى خصمه حيث يحتكم فيها إلى ضميره من أجل حسم النزاع الذي تتوافر فيه دليل الإثبات.

و يمين متممة[4]، هذه الأخيرة يوجهها القاضي إلى أحد الخصمين لتكملة الأدلة من أجل تكوين قناعته للفصل في النزاع المثار أمامه.

---

[1]– محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 223.

[2]– محمد حزيط ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في القانون الجزائري، المرجع السابق ،ص 207.

[3] – محمد عزمي البكري، الإثبات باليمين الحاسمة و اليمين المتممة في المواد المدنية و التجارية في ضوء الفقه و القضاء، دج، دط، 2008، دار محمود للنشر و التوزيع، القاهرة، مصر، ص9.

[4]– المرجع نفسه، ص9.

بالرغم من أن المشرع الجزائري لم يعرف اليمين الحاسمة إلا أنه نص عليها في المادة 343 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري حيث نصت على أنه: "يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك .

و لمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه، غير أنه لا يجوز ردها إذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها خصمان بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين".

الملاحظ من هذا النص أن اليمين الحاسمة ليست من الطرق العادية للإثبات و إنما تعد آخر وسيلة يتوجه إليها الخصم لعدم توفره على الدليل، يخاطب بها ضمير خصمه لقول الحق، و يمكن توجيهها من المدعي أو من المدعى عليه و فق ما أقرت به المادة 343 من القانون المدني الجزائري.

أما طبقا لنص المادة 344 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها : "لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام، و يجب أن تكون الواقعة التي تقوم عليها اليمين متعلقة بشخص وجهت إليه اليمين فإن كانت غير شخصية له قامت اليمين على مجرد علمه بها.

و يجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى".

من هذه المادة نستمد شروط قبول اليمين الحاسمة فيشترط المشرع أن تكون الواقعة تتضمن موضوع اليمين و أن تكون الواقعة متعلقة بشخص من وجهت إليه اليمين.

قد أورد المشرع الجزائري الآثار المترتبة عن توجيه اليمين الحاسمة في المادة 345 من القانون المدني التي نصت على:"لا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه حلف تلك اليمين".

الحالة الوحيدة التي يجوز فيها الرجوع عن توجيه اليمين استثناءا، هي إذا كان من وجهها ناقص الأهلية، أو كان قد دفعه إلى هذا التوجيه غلط في الوقائع أو تدليس أو إكراه أي كانت إرادته معيبة[1].

أما بالنسبة لمن وجهت إليه اليمين لا يستطيع أن يرفضها و إنما يكون له أن يحلف اليمين و ينكل عنها فإذا لم يشأ هذا و لا ذاك استطاع أن يرد اليمين على خصمه.

إن إجراءات تأدية اليمين قد حددها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري[2]، فطبقا لنص المادة 191 منه التي جاء فيها : " فإن القاضي يحدد اليوم و الساعة و المكان الذي تؤدى فيه اليمين و يحدد القاضي الصيغة التي تؤدى بها اليمين، و ينبه الخصوم إلى ما يترتب من عقوبات جزائية عن اليمين الكاذبة" و عليه نلاحظ أن المشرع الجزائري ترك السلطة التقديرية للقاضي في تحديد مكان أداء اليمين، و في حالة ثبوت كذب اليمين رتب عقوبة جزائية في حق صاحبها.

لقد حددت المادة 193 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية كيفية أداء اليمين، حيث ألزمت على الخصم الذي وجهت له شخصيا الحضور الإجباري للجلسة أو في المكان الذي يحدده القاضي، كما أجازت للقاضي الانتقال إلى مكان وجود الخصم في حالة تعذر أو استحالة تنقله وبرر الخصم استحالة تنقله يمكنه حينئذ و بموجب إذن من القاضي أداؤها إما أمام قاض منتدب

[1]– محمد حزيط ،الإثبات في المواد المدنية و التجارية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 218.

[2]– قانون رقم 09–09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

لهذا الغرض ينتقل إلى مكان وجوده بحضور أمين الضبط أو إمام المحكمة الموجود بدائرة اختصاصها محل إقامته، و تؤدى اليمين بحضور أمين الضبط أو المحضر القضائي الذي يحرر محضرا عن ذلك، و في جميع الحالات تؤدى اليمين بحضور الخصم الآخر أو بعد صحة تبليغه .

لا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذي وجهت إليه أو ردت عليه، بمعنى أنه ليس لمن خسر الدعوى أن يحاول إثبات كذب اليمين أو إعادة طرح النزاع من جديد أمام القضاء المدني، فلا يجوز رفع عوى مبتدئة لأن الحكم الصادر يحوز حجية الأمر المقضي فيه، و لا يجوز استئناف الحكم الصادر بناءا على حلف اليمين استنادا غلى كذبها[1].

أما بخصوص النكول عن اليمين طبقا لنص المادة 347 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها :"كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه و كل من ردت عليه اليمين فنكل عنها، خسر دعواه"، و طبقا للمادة 192 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي نصت على :"إذا امتنع الخصم عن أداء اليمين التي وجهت إليه دون ردها للخصم الآخر سقط ادعاؤه، إذا رفض من ردت عليه اليمين أدائها، سقط ادعائه".

في حالة نكول الخصم الذي وجهت إليه اليمين عن تأديتها فإنه سيخسر دعواه، و النكول بمثابة إقرار، بحيث يصبح القاضي مقيد بأن يحكم لصالح الخصم الذي وجه اليمين الحاسمة و إذا كانت اليمين قد ردت على الخصم الذي وجهها و نكل عنها فإنه يخسر دعواه

أما بخصوص اليمين المتممة فطبقا لنص المادة 348 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها :" للقاضي أن يوجه اليمين تلقائيا غلى أي من الخصمين ليبني على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في ما يحكم به.

[1]– محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 232.

يشترط في توجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل و ألا تكون الدعوى خالية من أي دليل ".

فاليمين المتممة هي يمين يوجهها القاضي من تلقاء نفسه لأي من الخصمين، عندما يرى أن هذا الخصم قدم دليلا غير كاف على دعواه، ليتمم الدليل باليمين، و قد جعل القانون للقاضي هنا دورا إيجابيا في الإثبات، فأباح له إذا لم يقدم أي من الخصمين دليلا كافيا على ما يدعيه، أن يختار منهما من يرجح عنده صدق قوله، فيوجه إليه يمينا يتمم بها أدلته غير الكافية[1].

لذلك تعتبر اليمين المتممة من إجراءات التحقيق و هي من العناصر التكميلية للإثبات التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه و له كامل السلطة في تقدير نتيجتها.

طبقا لنص المادة 349 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها:" لا يجوز للخصم الذي وجه إليه القاضي اليمين المتممة أن يردها على خصمه" و بناءا على النص القانوني فالخصم الذي وجه إليه القاضي اليمين لا مناص له إلا الحلف أو النكول و لا يجوز له ردها على الخصم الآخر، و هذه القاعدة تمليها طبيعة اليمين المتممة باعتبارها وسيلة تكميلية لاقتناع القاضي.

من جهة أخرى إذا حلف من وجهت إليه اليمين المتممة فإن هذا لا يؤدي إلى حسم النزاع، فالقاضي لا يتقيد بنتيجتها و له أن يقضي بموجبها كما له أن يرفض الأخذ بها بناءا على عناصر أخرى توفرت لديه[2]، كما أنها لا تقيد الخصوم، إذ يستطيع خصم الحالف أن ينقض دلالة اليمين

[1]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، ص 581.

[2]– محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 291.

ويثبت كذبها بإثبات العكس شأن أي دليل في الدعوى، كما أن الحكم الصادر بناءا عليها يكون قابلا للاستئناف[1].

ثانيا: إثبات الخطبة بالقرائن

يمكن للقاضي إثبات الخطبة من خلال الاستعانة بالقرائن، فله تقدير الوقائع المعروضة أمامه وله سلطة اختيار ما يراه مناسبا من الوقائع التي يرى أنها تصلح لاستخلاص القرينة من خلالها.

حيث نص المشرع الجزائري على القرائن في المواد من 337 إلى 340 من القانون المدني الجزائري و لم يتطرق إلى تعريف القرائن .

نستطيع أن نعرف القرائن بأنها عملية إثبات لواقعة مجهولة من واقعة أخرى معلومة وثابتة بالفعل، والقرائن تعد من وسائل الإثبات التي يستخدمها القاضي من خلال النظر في الدعاوى المعروضة عليه، وهي من الوسائل غير المباشرة التي يقام فيها الدليل من خلال الاستنباط والاستنتاج من وقائع معلومة [2].

القرائن تنقسم إلى قسمين أساسيين ، الأولى تسمى قرائن قانونية يقصد بها بصفة عامة تلك التي يستنبطها المشرع من حالات يغلب وقوعها ويضعها في قالب معين غالبا ما تكون عامة ومجردة، فهي تعطي حكما مسبقا للدلالة على بعض الحالات والتصرفات، سواء بصورة قطعية ، أو بإضفاء بعض المرونة عليها ، بعبارة أخرى القرينة هي ما يستنبطه المشرع أو القاضي من أمر معلوم للدلالة عن أمر مجهول[3]، والثانية قرائن قضائية يستخلصها القاضي من وقائع القضية المعروضة أمامه و يقصد بالقرائن القضائية في المجال القانوني هي قيام القاضي أثناء نظره

---

[1]– محمد حزيط، الإثبات في المواد المدنية و التجارية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 231.

[2]– محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 162.

[3]– عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص171.

الدعوى المعروضة أمامه باستنباط أمر غير معلوم من واقعة معلومة وثابتة لديه من ظروف القضية و ملابساتها [1] .

نص عليها المشرع الجزائري في المادة 340 من القانون المدني على أنه : " يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ، ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة".

هذا والقاضي ليس حرا في اللجوء لاستخلاص القرائن القضائية ، بل إن القانون رسم له المجالات التي يلجأ إليها لتطبيق القرائن القضائية. وهي الحالات التي يجوز الإثبات فيها بشهادة الشهود دون غيرها حسب ما نصت عليه المادة 340 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها :"و لا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة" .

يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في استعمال القرائن التي استخلصها من وقائع الدعوى لتكوين اقتناعه الشخصي ، فله تقدير الوقائع المعروضة أمامه ، وله سلطة اختيار ما يراه مناسبا من الوقائع التي يرى أنها تصلح لاستخلاص القرينة من خلالها.

في النهاية يكون للقاضي كل السلطة في تقدير حجية القرائن ، كما أنه لا يتقيد بعدد القرائن ولا بتطابقها ، فقد تكفيه قرينة واحدة يستخلصها من أوراق القضية ووقائع الدعوى ، إذا كون من خلالها قناعته الشخصية .

إلا أنه يتوجب على قاضي الموضوع أن يكون استنباطه سائغا وله سنده من الأوراق، ومؤديا إلى النتيجة التي انتهى إليها.

[1]– محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 165.

بناء على ما سبق ذكره يظهر في مجال القرائن القضائية أن للمحكمة الحرية المطلقة في تكوين قناعتها عن طريق القرائن القضائية، سواء تعددت هذه القرائن، أو تم الاكتفاء بقرينة واحدة، إذا كانت كافية بذاتها لحسم الموضوع.

المطلب الثاني

إثبات العدول عن الخطبة و آثاره

إن الغرض من الخطبة هو التهميد لإبرام عقد الزواج، و التأكد من مقدرة طرفي العقد على رغبتهما في إنشاء العلاقة الزوجية بينهما من عدمها، و أيضا التأكد من مقدرة و مسؤولية كل من هما لأعباء الحياة الزوجية و ما ينتج عنها من آثار.

إلا أنه قد تنتج بعض المشاكل بين الخاطب و المخطوبة قبل الزواج ما ينجر عنها عدول أحدهما عن الخطبة أو كليهما، إلا أن المشكل المثار كون العدول عن الخطبة يرتب آثار قانونية في حال ما ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي،حيث يلزم إثباته أمام القضاء لإمكانية طلب التعويض عن هذا الضرر الناتج عن العدول(الفرع الأول)، و للعدول عن الخطبة آثار ناتجة عنه تتعلق بمصير الهدايا المقدمة فترة الخطبة و كذا المهر في حال ما قدمه الخاطب للمخطوبة، مما يتطلب على الطرف المتضرر اللجوء للقضاء مع تقديم إثباتات تتعلق بتقديم المهر و الهدايا فترة الخطبة لاسترجاعهما(الفرع الثاني).

الفرع الأول: إثبات الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة

إن أحكام الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة، يدخل ضمن إطار المسؤولية التقصيرية، في حال ما تم إثبات هذه الأخيرة يستلزم التعويض للطرف المتضرر، و لقيام المسؤولية التقصيرية في العدول الخطبة يترتب عن ذلك توفر عناصرها، وضمانا للحق الناشئ بسبب العدول يتوجب إثبات هذه المسؤولية أمام الجهات القضائية، و هذا ما سنوضحه على النحو التالي:

أ- مدى جواز طلب التعويض عن الضرر

يتضح من خلال المادة الخامسة الفقرة الثالثة من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على:"إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض"، أنها أقرت حق طلب التعويض عن الضرر لمجرد العدول عن الخطبة، بعدما كرست الفقرة الأولى من النص على اعتبار العدول حق قانوني للخاطب.

فمن جهة يعطى للخاطب الحق في العدول ،و من جهة أخرى يطالب بالتعويض عما يترتب على العدول من نتائج، و أساس هذا العدول مبني على أنه ما دام لم يوجد هناك عقد فلا التزام فيه و لا يرتب شيئا لأن العادل عن الخطبة لم يستعمل سوى حقه المقرر قانونا[1].

إلا أن قانون الأسرة الجزائري في المادة الخامسة منه قد كرس مبدأ الحق في طلب التعويض شريطة حصول الضرر، وترك المسألة تقديرية للقاضي، إذ أنه لم يدرج ضوابط تفصل و تحدد الضرر الذي أدى إلى العدول عن الخطبة.

في الحقيقة، فإن أي عدول عن الخطبة لابد أن يصاحبه ضرر سواء كان هذا الضرر مادي أو معنوي كما أشار النص القانوني.

على المستوى العملي للقاضي يستوجب عليه ألا يكتفي بموضوع الضرر وحده و إنما عليه البحث عن المتسبب في العدول في المقام الأول أي البحث عن عنصر الخطأ و مدى صلته بموضوع الضرر و العلاقة السببية بينهما و هو الأمر المستتر في الصياغة القانونية.

[1]- الرشيد بن شويخ، قواعد الإثبات في النطاق المدني و قضايا الأسرة، المرجع السابق، ص124.

من هذا المنطلق و لانسجام النص القانوني نقترح إعادة صياغته كما يلي :" إذا تبين للقاضي تعسف الطرف العادل عن الخطبة جاز الحكم عليه بالتعويض"، وبهذا نخرج العدول المجرد ولو حصل فيه ضرر، لنقيم المسؤولية التقصيرية فقط في مجال التعسف في استعمال الحق ، أو سوء استعماله حيث يثبت الخطأ[1] .

بالنسبة للقانون التونسي لم ينص على مسالة التعويض عن الضرر المترتب عن العدول، فهل يجوز لأحد الخطيبين قانونا أن يطالب الآخر بجبر الضرر الذي قد يحصل له جراء نكوله عن الخطبة و عدوله عن إتمام الزواج؟

مبدئيا و باعتبار الخطبة مجرد تعهد معنوي بإتمام الزواج فإن التراجع عن إتمام الزواج لا يرتب أية آثار مالية و لا يمكن المطالبة بالتعويض عن الضرر الناجم عن النكول عملا بمبدأ حرية الزواج، لكن الخطبة تصرف و العدول عنها تنتج عنه أضرار اجتماعية و مادية[2].

لذلك وجدت محكمة التعقيب في نظرية عدم جواز التعسف في استعمال الحقوق التي تبناها التشريع التونسي سند لإقرار إمكانية المطالبة بجبر الضررين المادي و المعنوي الناجمين عن النكول عن الخطبة و ذلك بقولها :

"الوعد بالزواج و إن كان غير ملزم بإتمامه لكنه من قبيل الحق الذي ينبغي عدم إساءة استعماله،و إساءة استعماله تمكن من حق المطالبة بجبر الضرر على قاعدة الجنحة المدنية لا من الغرم الناتج من عدم الوفاء بالالتزام"[3].

---

[1]– الرشيد بن شويخ، قواعد الإثبات في النطاق المدني و قضايا الأسرة، المرجع السابق، ص126.

[2]– فاطمة الزهراء بن محمود، المرجع السابق، ص33.

[3]– قرار تعقيبي مدني عدد 1556مؤرخ في 03 مارس 1959،ق.ت عدد 2 لسنة 1959 ،ص30.

يجب الإشارة هنا إلى مسألة مهمة تطرق إليها المشرع الإماراتي في نص المادة 1/18 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي[1] على أنه" لكل من الطرفين العدول عن الخطبة ، وإذا ترتب ضرر من عدول أحد الطرفين عن الخطبة بغير مقتض كان للطرف الآخر المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر ، ويأخذ المسبب للعدول حكم العادل".

كرس المشرع الإماراتي الحق في المطالبة بالتعويض في حالة حدوث الخطأ الذي يؤدي إلى حصول الضرر، وهذا التعويض مبني على قواعد المسؤولية التقصيرية.

كما أن القانون الإماراتي أضاف شيئا جديدا لم نجد له نظيرا لا في القانون الجزائري، ولا التونسي وهو استعماله لعبارة " ويأخذ المسبب للعدول حكم العادل". وهو في اعتقادي حكم وجيه يحقق الغرض المقصود في باب المسؤولية وتقرير التعويضات، ويمنع التحايل بأن يتعمد الخصام مع الطرف الآخر فيدفعه دفعا للعدول ، وبالتالي يتملص من المسؤولية والتعويضات[2].

ب- إثبات عناصر المسؤولية في العدول عن الخطبة

إن المسؤولية عن الأفعال الشخصية، إما أن تقوم أثناء ممارسة الشخص لحرية من حرياته أو رخصة من رخصه و ذلك بواسطة ما يسمى المسؤولية التقصيرية، أو بمناسبة استعمال حق من حقوقه و ذلك عن طريق ما يسمى بالتعسف في استعمال الحق، لأن التعسف في استعمال الحق هو عمل يترتب عليه ضرر يصيب الغير و يولد التزاما بالتعويض على عاتق المتعسف[3].

---

[1]- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، قانون اتحادي رقم 28 لسنة 2005، في شأن الأحوال الشخصية الإماراتي، المعدل بموجب مرسوم بقانون رقم 8 لسنة 2019، و مرسوم بقانون رقم 5 لسنة 2020.

[2]- الرشيد بن شويخ، قواعد الإثبات في النطاق المدني و قضايا الأسرة، المرجع السابق،130.

[3] مصطفى بوبكر، المسؤولية التقصيرية بين الخطأ و الضرر في القانون المدني الجزائري، دج، دط، 2015،دار الجامعة الجديدة، السكندرية، مصر، ص67.

و عليه فالمسؤولية التقصيرية تنشأ بسبب الإخلال بواجب عام لا يتغير و هو الالتزام بعدم الإضرار بالغير، فمن أخل بهذا الواجب يكون مسؤول عن تعويض ما يحدثه من أضرار .

و المسؤولية لا تقوم إلا بثبوت الخطأ، ويدخل ضمن الخطأ مسألة التعسف في استعمال الحق في نطاق المسؤولية عن الأعمال الشخصية، و يقع عبء الإثبات على من يدعي أن الضرر أصابه، فعليه أن يقدم الدليل على وجود الخطأ، و يعتبر الخطأ واقعة مادية تثبت بكل طرق الإثبات و التقدير في النهاية يعود لقاضي الموضوع بناءا على ما يعرض أمامه من إثباتات .

من خلال ما سبق يتضح بأن العدول عن الخطبة وإن كان حقا مشروعا لكلا الطرفين، فيجب استعماله في الحدود المرسومة حتى لا تترتب المسؤولية، وفي حال الخروج عن هذه الحدود يكون هناك تعسف، وبالتالي أمكن الحكم بالتعويض كلما ثبت الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، بحيث الضرر ناشئا عن ذلك الخطأ وحده و أن يكون هو السبب المباشر للضرر و إن تدخلت عوامل أخرى يمكن للقاضي أن يستأنس بها، ومن ضمنها مثلا معيار عدم جدية الخاطب أو المخطوبة، ومعيار التغرير، ومعيار قصد الإضرار والضرر الفاحش، وغيرها من المسائل التي يستعملها قاضي الموضوع لاستجلاء الحقائق بوضوح[1].

على المدعي إثبات الضرر الذي حصل جراء العدول عن الخطبة، وليس هذا فحسب بل يتوجب على المدعي في المقام الأول إثبات حصول الخطبة، وأن لهذا العدول غير المبرر صلة وثيقة بالضرر الحاصل، وبعبارة أخرى إقامة الدليل على عناصر المسؤولية التقصيرية.

[1] – الرشيد بن شويخ، قواعد الإثبات في النطاق المدني و قضايا الأسرة، المرجع السابق،ص 134.

الفرع الثاني: إثبات آثار العدول عن الخطبة

إن إثبات آثار العدول عن الخطبة يعتبر من المشاكل المعقدة التي تواجه القاضي المعروض أمامه النزاع، نظرا للخصوصية التي تتميز بها هذه القضايا، وكذا صعوبة إثباتها مما، باعتبار أن الخطبة لا تعتمد في قيامها على عقد مكتوب و إنما تكتفي بالرضائية بين طرفيها، مما يجعل الإثبات صعب، خاصة في ما يتعلق بالهدايا المقدمة من قبل الخاطب، وكذا المهر في حال تقديمه قبل مجلس العقد، و هذا ما سنوضحه على النحو التالي:

أولا: إثبات الهدايا بعد العدول عن الخطبة

بالنسبة للهدايا المتبادلة في فترة الخطوبة فإن أغلب الفقهاء يرون بوجوب استرداد الهدايا في هذه الحالة، فإن كانت قائمة يجب ردها بعينها،وإن كان هالكة أو مستهلكة يجب رد مثلها إن كان من المثليات أو وقيمتها إن كانت من القيميات، و عليه فهم متفقون في الجملة على ردها و إن اختلفوا في التفاصيل.

فقد ذهب الحنفية إلى أن حكمها حكم الهبة، يرد منها ما كان قائما و لم يستهلك دون النظر إلى المتسبب في العدول عن الخطبة[1].

أما المالكية فيذهبون إلى أنه إذا كان العدول من جانب الخاطب فلا يحق له أن يسترد شيئا من الهدية سواء أكانت مثلية أو قيمية و سواء أكانت قائمة أو مستهلة و أما إذا كان العدول

[1]– ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار،ج4، حققه، أبو بلال جمال بن عبد العال، عبد المجيد طعمة حلبي، عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، دط، دت، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص304.

من جانب المخطوبة فللخاطب أن يسترد جميع ما قدمه من هدايا فإن كانت قائمة استردها و إن كانت مستهلكة استرد قيمتها و هذه الأحكام تسري في حال عدم وجود شرط أو عرف ينافي ذلك [1].

أما الشافعية ذهبوا إلى وجوب ردها مطلقا سواء كانت باقية أم هالكة لأنها في حكم المهر و ما دام الزواج لم يتم وجب ردها مطلقا سواء كانت باقية أم هالكة لأنها في حكم المهر و ما دام الزواج لم يتم وجب ردها بعينها أو بقيمتها أو بمثلها سواء كان العدول من الخطب أو المخطوبة[2] .

أما الحنابلة ذهبوا إلى عدم استرداد شيء من هذه الهدايا لأنها هبة عندهم و يستوي ما إذا كان العدول من جهة الخاطب أو المخطوبة لأن هذه الهدايا قدمت على سبيل التبرع[3].

قد أخذ المشرع الجزائري في هذه المسألة رأي المذهب المالكي، فقد جاء في الفقرتين الرابعة و الخامسة من المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05 ما يلي :"لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه ،وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.

وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".

الملاحظ هنا أن المشرع الجزائري أخذ برأي المالكية بصفة عامة مع بعض التعديل في هذا الرأي، والملفت للانتباه أن النص القانوني بدايته كانت متطابقة مع رأي المالكية ، أما نهاية الفقرة فقد خالفت رأي المالكية في الموضوع حينما لا يقع الرد في حالة الاستهلاك، وهذا الرأي هو للأحناف حيث يعد من موانع الرجوع في الهبة.

---

[1]– شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، حققه، محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بوخبزة، ج4، ط1،1994، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ص 366.

[2]– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج8، ط2، 1985، دار الفكر، دمشق،سوريا، ص227.

[3]– موفق الدين ابن قدامى، المغني، ج8، دط، 1968، مكتبة القاهرة، مصر، ص277.

من المستحسن لو أن المشرع أخذ برأي المالكية على إطلاقه، لأنه رأي وجيه، لكونه يحمّل الطرف العادل عن الخطبة قدرا من المسؤولية بتحمل تبعة خسارة الهدايا المقدمة، وأما إذا عدل من تسلم الهدايا فمن المنطقي أن يرد ما أخذه على سبيل الهدية، إذ لا يعقل أن يعدل عن الخطبة ثم يحتفظ بالهدايا حتى وإن استهلكت، وعبارة (الاستهلاك) في الحقيقة تثير غموضا كبيرا، إذ أنها توحي بأن المخطوبة إذا استهلكت الهدية، أو تصرفت فيها بأي شكل من الأشكال الناقلة للملكية، كالهبة والبيع، فإنها لا ترد الهدية إذا عدلت عن الخطبة، لأن الهدية المقدمة من الخاطب لم يعد لها وجود فهي مستهلكة، إلا إذا قصد المشرع عدم رد الهدايا التي تستهلك بطبيعتها أو لقلة قيمتها[1] .

وعليه يصبح كل طرف على علم مسبق بأنه يقع عليه رد الهدايا في جميع الأحوال في حالة العدول .

على المستوى التطبيقي نجد في الموضوع قرار المحكمة العليا، جاء في ملخصه ما يلي:

"من المقرر قانونا أنه لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إذا كان العدول منه.

متى تبين – في قضية الحال– أن الطرفين جرت بينهما خطبة زواج،ثم وقع العدول عن الخطبة من طرف الخاطب، فإن القضاة بقضائهم بتأييد الحكم المستأنف والقاضي برفض إتمام الزواج وإلزام المدعى عليها بردها إلى المدعي ما قدمه لها من هدايا وحلي ونقود واعتبروها صداقا دون الرد على دفوع الطاعنة، أخطأوا في تطبيق القانون، وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[2].

---

[1]– الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)، المرجع السابق ، ص42.

[2]– قرار صادر عن المحكمة العليا، بتاريخ 1999/03/16 غرفة الأحوال الشخصية، منشور بالمجلة القضائية ،عدد خاص لسنة 2001.ص39.

في قرار آخر جاء فيه:"المبدأ : من المقرر قانونا أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج أن ترد ما لم يستهلك من هدايا و غيرها ، و لا تستحق الزوجة نصف الصداق إلا عند الطلاق قبل الدخول ، و لما كان الثابت في قضية الحال أن الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج و بدون مبرر شرعي لأو قانوني فإنه لا يمكن و الحال هذه تحميل المطعون ضده بالخسائر والأضرار المترتبة عن ذلك ،و أن دفع الطاعنة المتعلق بأحقيتها في نصف الصداق إنما يتحقق لو تم الطلاق بإرادة الزوج ، مما يتعين معه القول أن قضاة الموضوع أصابوا في قضائهم و يتوجب رفض الطعن"[1].

أما المشرع التونسي فقد نص في الفصل الثاني من مجلة الأحوال الشخصية على ما يلي :

" لكل واحد من الخطيبين أن يسترد الهدايا التي يقدمها إلى الآخر، ما لم يكن العدول من قبله أو وجد شرط خاص".

نرى أن موقف المشرع التونسي الذي تبناه في مسألة استرداد الهدايا هو موقف الفقه المالكي على العموم.

اشترط المشرع التونسي لاسترجاع الهدايا أن لا يكون العدول من طرف الخطيب طالب الاسترجاع، و قد جاءت عبارة العدول مطلقة بحيث يمكن القول أنها تشمل كذلك العدول الذي له أسباب تبرره،كذلك الشأن بالنسبة عند وجود شرط خاص التي جاءت بدورها مطلقة بما يجعلها تتعلق

[1]– قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1993/07/13،فصلا في الطعن رقم 92714 المنشور في المجلة القضائية ،العدد 1995/1، ص 128.

بكل شرط مكتوب أو غير مكتوب صريح و ضمني و حتى الشروط العرفية التي اقتضتها التقاليد و الأعراف الاجتماعية [1].

أما على المستوى التطبيقي فنجد قرارا لمحكمة التعقيب التونسية جاء فيه:" إذا تراكن رجل وامرأة على الخطوبة ثم نكلت هذه الأخيرة، وجب عليها إرجاع الهدايا أو قيمتها إلى الخطيب"[2].

في قرار تعقيبي أخر جاء فيه :"الهدايا المقدمة للخطيبة لا يستردها الخطيب منها إذا ما نكل عن خطبتها أما إذا مات و استحال الزواج بهذه الحادثة الطبيعية فإن من حق ورثته استرداد تلك الهدايا و بذلك فإن الحكم لهم باسترجاعها أو قيمتها في طريقه و لا مطعن فيه"[3].

أما من حيث الإثبات فعلى المدعي أن يثبت بأن العدول كان من طرف خصمه في القضية، وليس هذا فحسب، بل عليه أن يثبت بأن المتسبب في العدول كان المدعى عليه أيضا، حتى يمكنه طلب استرداد الهدايا أو قيمتها حسب الأحوال و له في ذلك كافة طرق الإثبات. بتقديم الفواتير والأدلة الكتابية، أو بالإقرار أو بالبينة ، أو باليمين الحاسمة أو المتممة التي قد يلجا إليها القاضي في حالة عدم وجود الدليل. أو عدم كفايته[4].

غالبا يكون الإثبات بالبينة للاستحالة الأدبية والمعنوية في تقديم أدلة مكتوبة. وفي هذا قررت محكمة التعقيب التونسية[5]، بأن تحرير كتب في ما يقدم من هدايا في الخطوبة فيه استحالة أدبية تمنع من ذلك ، إذ لا يستساغ عرفا أن يطلب الخاطب من مخطوبته تقديم كتب في ما اتصلت به

---

[1]– فاطمة الزهراء بن محمود، المرجع السابق، ص 37.

[2]– قرار تعقيبي مدني تونسي، عدد 318 مؤرخ في 1977/10/27.

[3]– قرار تعقيبي مدني تونسي،عدد 4146 مؤرخ في 1982/03/11 ،نشر سنة 1982 ج2،ص 209.

[4]– الرشيد بن شويخ، قواعد الإثبات في النطاق المدني و قضايا الأسرة، المرجع السابق، ص147.

[5]– قرار تعقيبي مدني تونسي،عدد 12671 ،مؤرخ في 05 نوفمبر 1985.

من هدايا . وترتيبا على ذلك لا مانع من سماع البينة في تقديم الهدايا إذا كان سماعها على أساس إثبات وقائع مادية وتحقق حالة واقعية.

الملاحظ هنا أن للقاضي دور كبير في التعامل مع مثل هذه القضايا، له السلطة الواسعة في الفصل في النزاع المطروح وفق ما تم تقديمه من إثباتات في ملفات القضايا المعروضة، و عليه فالأمر متروك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع حسب ظروف كل قضية.

ثانيا: إثبات المهر بعد العدول عن الخطبة

لم يتطرق المشرع الجزائري لمسألة المهر في فترة أو أثناء الخطبة، بحيث أخذ ما هو متعارف عليه في المجتمع الجزائري على أن المهر لا يقدم في فترة الخطبة و إنما بعد أو أثناء العقد.

ليس للمهر علاقة بالخطبة إذ يعتبر من مقومات الزواج ، و عليه يجب رده إن كان الخاطب قد سلمه للمخطوبة قبل إبرام عقد الزواج لأن المهر يقدم على أساس إتمام عقد الزواج ،و في هذه الحالة لم يتم العقد فلزم رده كاملا بحسب طبيعة محله، فإن كان المهر مثليا استرد الخاطب مثله، و إن كان المهر قيميا استرد عينه إلا إذا هلك فيسترد قيمته[1].

مع ذلك كان من المستحسن لو تعرض المشرع الجزائري لهذا الموضوع، فقد تكون هناك حالات معينة يتم فيها دفع الصداق أو المهر أثناء الخطبة لإبراز الجدية في الزواج[2].

أما القانون التونسي أيضا لم يتطرق لمسألة المهر أثناء الخطبة، و لكن قد يحدث أن يقدم المهر بناءا على اتفاق الخطيبين أو أسرتيهما قبل إبرام عقد الزواج ، و هذا ما أقره القضاء بحيث يمكن

[1]– دليلة فركوس و جمال عياشي، المرجع السابق، ص61.

[2]– الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع سابق ، ص48.

اعتماد جميع وسائل الإثبات للتمييز بين الهدايا و المهر معتبرا أن كل ما يعتبره العرف جزءا من المهر لا يأخذ حكم الهدية[1].

هذا ما أكده القرار التعقيبي المدني[2] الذي أقر بأن كل ما يعتبره العرف جزءا من المهر لا يأخذ حكم الهدية التي يقدمها الخطيب من تلقاء نفسه تودد و مجاملة و تأسيسا على ذلك يتوجب على حكام الأصل التعرف على نوع الأشياء التي يقدمها الخطيب هل هي من قبيل "الشوار" و الشرط المتعارف عليه أو أنها قد سلمت على سبيل الهدية .

أما قضايا الإثبات في الموضوع فإنها تخضع لجميع وسائل الإثبات، كالدليل الكتابي، والإقرار والبينة، واليمين. على ما تم بيانه في بعض الأحكام القضائية السابقة.

يقع على عاتق المدعي الذي قدم المهر عند الخطبة أن يقيم الدليل على أن ما قدمه للمخطوبة يعد مهرا كاملا أو جزء منه حتى يمكن تمييزه عن الهدايا الأخرى التي قد تتزامن معه. وله في ذلك جميع طرق الإثبات كالكتابة أو البينة بواسطة الشهود أو الإقرار من الطرف الآخر أو اليمين الحاسمة أو المتممة حسب الأحوال، و قد يتدخل العرف في بعض الأحيان في حسم الموضوع فما يعتبر في العرف من المهر يأخذ حكمه و ما يعتبر من الهدايا يأخذ حكمه[3].

---

[1]– فاطمة الزهراء بن محمود، المرجع سابق، ص37.

[2]– قرار تعقيبي مدني تونسي، عدد 6924، مؤرخ في 14 أفريل 1970.

[3]– بن شويخ الرشيد ، قواعد الإثبات في النطاق المدني و قضايا الأسرة ، المرجع السابق ، ص155 و 156.

المبحث الثاني

الإثبات في النزاعات المتعلقة بقضايا انعقاد الزواج

أولت الشريعة الإسلامية للأسرة عناية فائقة ورعاية قل نظيرها باعتبارها من أقدم وأعظم المؤسسات، وذلك بسن العديد من الأحكام الضابطة للعلاقات الأسرية ونظمت الروابط بين أفرادها حتى تتحقق المودة والرحمة والتعاون الذي يهدف إليه الشارع الحكيم.

يعد عقد الزواج من أهم التصرفات القانونية في مجال الأسرة حيث تترتب عليه الكثير من الآثار و الحقوق و تتعلق به أحكام شرعية ثابتة لا تتغير بتغير الزمان والمكان.

لذلك تم إحاطته بجملة من الضوابط التي أقرها الشارع الحكيم و كذا المشرع الجزائري في القوانين الوضعية و بصفة خاصة في قانون الأسرة لقيامه على الوجه الصحيح، و ليصبح حجة قاطعة بذاته و أمام الغير.

قد أوجب حث المشرع الجزائري من خلال ما ورد في العمل القضائي على ضرورة إثبات كل الإجراءات التي من خلالها تم إبرام عقد الزواج و توثيقه، في حال نشوب نزاع حول عدم صحة الزواج أو في حال وفاة أحد الزوجين على سبيل المثال و تنازعا أحد طرفي العقد مع الورثة حول الميراث أو حقوق الزوجين المقررة قانونا، فالإثبات يعد سبيل لفك النزاع القائم.

نبدأ في دراسة موضوع انعقاد الزواج من خلال التعرف على الضوابط الأساسية التي يتركب منها هذا العقد، وهي الضوابط الموضوعية، و كيفية إثباتها ثم التطرق للضوابط الشكلية، أي لكيفية إبرامه أمام الجهات الرسمية، وفي الأخير كيفية إثباته أمام الجهات القضائية(المطلب الأول)، و

بعدها التطرق لموضوع العقود المقترنة بعقد الزواج و المتمثلة في عقد الاتفاق المالي و عقد الاشتراط و كيفية إثباتهما في حال نشوب النزاع حولهما(المطلب الثاني).

المطلب الأول

إثبات الضوابط المتعلقة بانعقاد الزواج

يقصد بالضوابط المتعلقة بانعقاد الزواج، هي العناصر الأساسية التي ينعقد بها الزواج صحيحا، على الوجه الشرعي و القانوني، و تنقسم هذه الضوابط إلى قسمين ضوابط موضوعية و هي بدورها قد قسمها المشرع الجزائري إلى قسمين، الأول ركن التراضي، حيث ينعقد الزواج و اعتبره المشرع أساس قيام عقد الزواج، إذا اختل ركن الرضا يبطل الزواج، و الثاني شروط صحة الزواج و يفسخ الزواج في حال تخلفهم(الفرع الأول)، وهناك ضوابط شكلية لإبرام عقد الزواج إذ لا بد من التقييد بسلسلة من الإجراءات و الإدلاء بمجموعة من الوثائق والمستندات، أمام جهات إدارية خولها القانون للإبرام مثل هذه العقود، و تعتبر مسألة توثيق عقد الزواج من المسائل المهمة التي من خلالها يتم حفظ حقوق طرفي العقد في حال نشوب نزاع بين الزوجين(الفرع الثاني).

الفرع الأول

إثبات الضوابط الموضوعية لانعقاد الزواج

الضوابط الموضوعية التي يتركب منها عقد الزواج وهي على نوعين، النوع الأول يسمى ركن الزواج، والنوع الثاني يسمى شروط صحة الزواج، ونظرا لأهمية عقد الزواج وخطورته في المجتمع لكونه يتعلق بأعراض الناس، فقد أحاطه الشارع الحكيم بجملة من الضوابط والمقومات لا ينعقد إلا من خلالها.

يمكن تقسيم هذه المقومات إلى قسمين هما مقومات للانعقاد، ومقومات صحة، فالأولى تسمى أركان عقد الزواج و هو ركن التراضي في الزواج(أولا)، والثانية تسمى شروط صحة و هم

أهلية الزواج والصداق و الولي و الشاهدان و انعدام الموانع الشرعية(ثانيا).

أولا: إثبات التراضي في الزواج

الرضا بالزواج هو عموده الذي لا يقوم إلا بتوافره و هو الركن الأساسي في صحته ،إذ اتفق الفقهاء جميعا على ركن واحد و هو الرضا[1]، و الاختلاف كان في تحديد شروط عقد الزواج.

للحديث عن التراضي أو الرضا يستلزم وجود إرادة حقيقية نفسية كامنة في نية صاحبها و ضميره، فإنه يتعين التعبير عنها لتظهر في العالم الخارجي، لكي يعتد بها القانون إذا تطابقت مع إرادة أخرى[2]، و يتم ذلك بإتباع إحدى سبل التعبير عن الإرادة بالكلام أو بالكتابة أو الإشارة صراحة أو ضمنا ، و هذا ما أكده القانون المدني في المادة 59 منه على أنه :" يتم العقد بمجرد أ يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية ".

نصت المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري على أنه :" ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" و عليه فمن محاولة تحليل المادة تحليلا مبسطا نستنتج أن التعبير عن رضا كل واحد من الزوجين في الاقتران بالآخر رضاً علنياً تاماً دون غش أو إكراه أو تهديد هو أمر لابد من توفره صراحة لإمكانية قيام عقد الزواج و سلامته ، و بدون توفر عنصر الرضا في عقد الزواج يكون العقد منعدم الركن الأساسي لانعقاده ، و سيكون عقدا باطلا ،و يجوز لكل واحد من الزوجين أن يدفع ببطلانه[3] .

يتحلل التراضي في الواقع من الأمر إلى إيجاب و قبول مطابق له يمثل رضا كل طرف ،

---

[1]– الرشيد بن شويخ، الأحكام الثابتة و المتغيرة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب1، البليدة1، السنة الجامعية 2001–2002، ص 197.

[2]– محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ،النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ، العقد و الإرادة المنفردة، دج، ط4، 2008، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص79.

[3]– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل،دج، دط، 2007، دار هومه، بوزريعة، الجزائر، ص38.

فالإيجاب هو التعبير الصادر عن إرادة شخص يعرض على غيره أن يتعاقد معه، أما القبول هو التعبير الصادر عن إرادة من وجه إليه الإيجاب و الذي بصدوره مطابقا لذلك الإيجاب تتم عملية إبرام العقد، فأول الكلام إيجابا سواء كان صادرا عن الزوج أم الزوجة ،و لكي يعتبر الرد الآخر قبولا ينعقد به العقد لابد من أن يصدر في مجلس العقد، و في وقت مازال الإيجاب فيه قائما، و أخيرا يجب أن يكون مطابقا للإيجاب تمام المطابقة و إلا عد رفضا ضمنيا للإيجاب متضمنا إيجابا جديدا يحتاج _لكي يبرم به العقد_ لقبول من الطرف الآخر[1].

أما ما يمكن ملاحظته من خلال التعديل الجديد، هو أن عقد الزواج أصبح يقوم على ركن واحد وهو الرضا، فإذا اختل ركن الرضا لم ينعقد العقد أصلا، ويكون باطلا بطلانا مطلقا.

نصت على هذا الحكم المادة 33 فقرة1 المعدلة حيث جاء فيها ما يلي:"يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا".

فيما يتعلق بتخلف ركن التراضي فإن العقد يكون باطلا لانعدام الرضا وهو ما نجده في المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري.

أما إثبات انعدام الرضا فيقع على من يدعي ذلك، وله في ذلك كافة طرق الإثبات، ومثال ذلك أن ترفض الزوجة الزواج فيقوم الولي بتزويجها دون رضاها.

فهذا الزواج باطل، لعدم وجود الرضا، والأمر ذاته في حالة الإكراه المادي فهو يسلب الإرادة تماما، ومعه يكون الزواج باطلا أيضا، وللمكره بهذه الصورة أن يقيم الدليل على عدم وجود الرضا كما يمكن للقاضي أن يقضي ببطلان العقد من تلقاء نفسه إذا تبين له ذلك من أوراق الدعوى دون

[1]– محمد الكشبور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، ط5، 2003، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، المغرب ، ص 135.

حاجة لطلبه، لأن المسألة تتعلق بالنظام العام.

ثانيا: إثبات شروط صحة انعقاد الزواج

نصت المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

1- أهلية الزواج

2- الصداق

3- الولي

4- شاهدان

5- انعدام الموانع الشرعية ".

لكي ينعقد الزاج من الناحية القانونية استلزم القانون جملة من الشروط نص عليها في المادة التاسعة مكرر. غير أنه لم يحدد طبيعتها ، وعلى الأرجح هي شروط صحة.

أ- إثبات الأهلية في الزواج

الأهلية هي صلاحية الإنسان لما يجب له من حقوق و ما يلزمه من واجبات بعد توفر الشروط اللازمة في المكلف لصحة ثبوت الحقوق له و الواجبات عليه[1].

المقصود بأهلية الزواج هنا صلاحية الشخص لإبرام عقد الزواج، إذ تنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد تسعة عشرة (19) سنة كاملة ".

[1]- خالد بوشمة، نظرية الأهلية في الفقه الإسلامي، دج، دط، دت، منشورات بغدادي ،الجزائر، ص13.

قد كانت أهلية الزواج قبل تعديل قانون الأسرة محددة بسن 21 سنة للرجل وسن 18 سنة للمرأة غير أنه وأمام الانتقادات التي وجهت للقانون تم تعديل النص القانوني، و أصبحت أهلية الزواج موحدة بين الجنسين بتمام سن الرشد المدني أي 19 سنة كاملة. حيث جاء النص المعدل كما يلي:" تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

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

أما فيما يتعلق بالسن القانونية للزواج (19 سنة)، فهو منطقي تماشيا مع سن الرشد المدني، إلا أن الإشكال يقع في حالة الترخيص بالزواج دون السن القانونية، لأن النص لم يحدد السن الأدنى الذي يمكن للقاضي أن يصل إليه مع مراعاة الضوابط الأخرى المنصوص عليها في القانون، وهى القدرة الجسدية والمادية،بالإضافة إلى القدرة على تحمل المسؤولية[1].

فإن تخلف شرط الأهلية في الزواج يؤدي إلى إبطاله، و يجب توافر شرط الأهلية في الزواج وقت إبرام العقد و ليس وقت الدخول ،و هذا ما أكدته التطبيقات القضائية[2].

أما مجلة الأحوال الشخصية التونسية فنصت في الفصل الخامس على موضوع الأهلية في الزواج بحيث أقرت أن كل من لم يبلغ 18 سنة كاملة لا يمكنه أن يبرم عقد زواج، و إبرام عقد الزواج دون السن المقرر يتوقف على إذن خاص من المحاكم و لا يعطى الإذن المذكور إلا لأسباب خطيرة و للمصلحة الواضحة للزوجين.

---

[1]– الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص61.

[2]– قرار صادر عن قسم القانون الخاص بالمجلس الأعلى الجزائري (سابقا)، صادر بتاريخ 1966/12/18، منشور صادر بالمجلة القضائية ، عدد 1 ، لسنة 1968 ،ص138، و قرار آخر صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا في الملف رقم 255711 صادر بتاريخ 2001/02/21، منشور بالمجلة القضائية عدد 2، لسنة 2002،ص425.

بالنسبة لموضوع إثبات الأهلية في الزواج فإنه لا يثير إشكالا، لأن المعني بتوثيق الزواج يطلب إحضار جملة من الوثائق الرسمية من بينها شهادة ميلاد الأطراف، وبطاقاتهم الشخصية ومن خلالها يتحقق من توافر أو عدم توافر الأهلية.

أما بالنسبة للقصر فإن جميع التشريعات العربية قد قيدت زواجهم بالحصول على رخصة من الجهات المختصة، وهذا بعد التحقق من توفر المصلحة والقدرة على الزواج ، وهي مسألة تتطلب إثباتها أمام الجهات المختصة بكافة طرق الإثبات ، وإذا رأى أصحاب الشأن أن المصلحة متوفرة ولم يرخص لهم بالزواج ، فيمكن لهم رفع دعوى قضائية للحصول على إذن القاضي بالزواج ، ويقع عليهم واجب إثبات توفر المصلحة بكافة الطرق، كما يكون على القاضي التحقق من المصلحة المدعى بها من أصحاب الشأن، ولو تطلب الأمر الاستعانة بمرشدين اجتماعيين.

فيما يخص القدرة على الزواج من الناحية الفيزيولوجية، فيمكن للقاضي الاستعانة بالخبرة في هذا المجال للتأكد البلوغ .

ب-إثبات الولاية على الزواج

الولاية هي سلطة تجعل لمن ثبت له القدرة على إنشاء التصرفات القانونية ة تنفيذها نيابة عن المولى عليه، فإن كانت متعلقة بشؤون الشخص نفسه كانت ولاية قاصرة عليه وحده تتداخل مع أهلية الأداء،و إن كانت متعلقة بشؤون غيره كأن يتصرف في أموال أبنائه القصر أو يقوم بحضانتهم أو بتزويجهم كانت ولاية متعدية[1] .

الولاية في الزواج هي السلطة أو الصلاحية القانونية المخولة للولي بشأن قبول أو رفض

[1]- محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة، الزواج، ج1، المرجع السابق، ص 219.

زواج المولى عليها و تولي إبرام العقد عليها[1].

فقهاء الشافعية و المالكية اصطلحوا على عد الولي ركنا من أركان النكاح لا يتحقق عقد النكاح بدونه، و اصطلح الحنابلة و الحنفية على عده شرطا لا ركنا ، و قصروا الركن على الإيجاب و القبول ، إلا أن الحنفية قالوا: إنه شرط لصحة زواج الصغير و الصغيرة و المجنون و المجنونة و لو كبارا، أما البالغة العاقلة سواء كانت بكرا أو ثيبا فليس لأحد عليها ولاية النكاح، بل لها أن تباشر عقد زواجها ممن تحب بشرط أن يكون كفأً، و إلا كان للولي حق الاعتراض و فسخ العقد[2].

استدل الفقهاء إلى قوله تبارك و تعالى:﴿ فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ ﴾[3]، و قوله سبحانه أيضا:﴿إِنَّمَا وَلِيُّكُمُ ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥ وَ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱلَّذِينَ يُقِيمُونَ ٱلصَّلَوٰةَ وَيُؤْتُونَ ٱلزَّكَوٰةَ وَهُمْ رَٰكِعُونَ﴾[4]،و كذا قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِٱلْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ ٱلْمُنكَرِ وَيُقِيمُونَ ٱلصَّلَوٰةَ وَيُؤْتُونَ ٱلزَّكَوٰةَ وَيُطِيعُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥٓ أُو۟لَٰٓئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ ٱللَّهُ إِنَّ ٱللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾"[5]، و كذلك قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ...﴾[6].

في السنة النبوية ما رواه أبو موسى الأشعري عن الرسول صلى الله عليه و سلم أنه قال:"لا

---

[1]– محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دج، دط،1971، دار الفكر، بيروت، لبنان، ص108.

[2]– عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ،كتاب النكاح– كتاب الطلاق،ج4، ط2، 2002، دار الكتب العلمية ،بيروت لبنان، ص46.

[3]– سورة البقرة، الآية 282.

[4]– سورة المائدة، الآية 55.

[5]– سورة التوبة، الآية 71.

[6]– سورة البقرة، الآية 232.

نكاح إلا بولي"[1]و عن السيدة عائشة رضي الله عنها قالت:"أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها ،فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"[2].

بناءا عليه لابد للمرأة من ولي يقوم بشأنها، و لا يصح لها أن تتصرف بدون إذنه في النكاح فلا تزوج نفسها دون إذن وليها، و إلا كان زواجها باطلا.

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري فقد نص قبل التعديل الجديد في المادة 12 على أن يتولى زواج المرأة وليها، و منع المرأة من أن تنفرد بإبرام العقد، إلا أن المشرع ألغى هذه المادة بموجب التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري، و عوضها بالمادة 11 المعدلة فنصت على ما يلي: " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره".

ما يمكن ملاحظته من الوهلة الأولى من هذا النص أنه ألغى شرط الولي بصفة غير مباشرة فمن خلال التمعن بين السطور نجد أن المغزى من النص أنه كرس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في إبرام عقد الزواج، بمقتضى التعديل الجديد، لأن المشرع ذكر مجموعة من الأشخاص بصفة التخيير بينهم دون إجبارها على التقيد بهذا الترتيب الوارد في المادة، مما يمكنها أن تذهب للخيار الأخير فتبرم عقد زواجها بأي شخص تختاره و حتى و إن جاءت به من الشارع.

لأن "أو " المذكورة في النص تفيد التخيير، ومن هنا تستطيع المرأة بسهولة الاستغناء عن الولي(الأب) إلى شخص آخر قد يكون من الغير، وهذا الأمر يعد غريبا في مجتمعنا، لأنه يتناقض

---

[1]– الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، المجلد الثاني، ج2، ط1، دت، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، حديث رقم 1880، ص127.

[2]– محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ط1، 1399هـ، المكتب الإسلامي، بيروت لبنان، رقم الحديث 1840، ص287.

مع العرف الجاري في هذا الشأن[1].

أما فيما إذا كان طرفي عقد الزواج أو أحدهما قاصر، فاستنادا للفقرة الثانية من المادة 11 المعدلة فنصت على:" يتولى زواج القصر أوليائهم و هم الأب، فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له"، فزواج القاصر يكون بترخيص من القاضي بحضور الولي و هو الأب فأحد الأقارب الأولين و في حال عدم توفرهم القاضي ولي من لا ولي له، متى دعت المصلحة إلى ذلك.

قد أخذ المشرع الجزائري في المادة 13 المعدلة التي تنص على أنه: " لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها"، بولاية الاختيار بشأن القاصرة، إلا أنه يمكن للولي إجبار من تحت ولايته على الزواج رغما عنها،و العكس يمتنع عن تزويجها دون أسباب معقولة، و قد كانت المادة 12 قبل إلغائها قد تطرقت لهذا الموضوع حيث منعت الولي من عدم تزويج ابنته القاصر إن رغبت به و كان أصلح لها، فإن وقع هذا المنع فللقاضي أن يأذن به مراعاة لأحكام المادة 9 من هذا القانون، و أجازت المنع للأب إن كان هذا الزواج لا يصب في مصلحة البنت، إلا أنه بعد إلغاء هذه المادة خلفت فراغ تشريعي يحيلنا بقوة القانون لنص المادة 222 من نفس القانون، التي بدورها تحيلنا في حال عدم وجود نص لأحكام و مبادئ الشريعة الإسلامية، التي لا تجيز عضل الولي لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ...﴾[2].

أما بخصوص القانون التونسي فنص على موضوع الولاية في الفصل 9 من مجلة الأحوال الشخصية، ونصها كما يلي:"للزوج والزوجة أن يتوليا زواجهما بأنفسهما، وأن يوكلا من شاءا، وللولي

[1]– الرشيد بن شويخ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص66.

[2]– سورة البقرة، الآية 232.

حق التوكيل أيضا"، فالمشرع أقر بمبدأ المساواة بصفة مباشرة بين الرجل و المرأة في إبرام عقد الزواج و أجاز لكل منهما بإمكانية إبرامه دون الحاجة للولي، و في نفس السياق أقر بجواز التوكيل في الزواج.

كما أن الفصل 8 من نفس القانون حيث جاء فيها:"الولي هو العاصب بالنسب و يجب أن يكون عاقلا ذكرا رشيدا و القاصر ذكرا كان أو أنثى وليه وجوبا أبوه أو من ينيبه، و الحاكم ولي من لا ولي له" من خلال هذا النص تحدث المشرع التونسي عن الولي و صفاته، واشترط وجوده في زواج القصر.

نص في الفصل 6 /2 على: " وإن امتنع الولي أو الأم عن هذه الموافقة، وتمسك القاصر برغبته لزم رفع الأمر للقاضي ، والإذن بالزواج لا يقبل الطعن بأي وجه"، فالمشرع التونسي هو أيضا جعل المسألة بيد القضاء في حالة النزاع بين المرأة ووليها.

نتساءل عن السبب الذي جعل المشرع الجزائري يُلغي نص المادة 12 سالفة الذكر، مع أنها تكرس الحماية القانونية للمرأة سواء كانت راشدة أو قاصرة، من تعسف الولي في استعمال سلطة التزويج.

تعد الولاية في الزواج من القضايا الهامة والحساسة في نفس الوقت، لكونها تعد من شروط صحة الزواج، فبمجرد تخلفها قد يختل العقد، و يمكن فسخه قبل الدخول، طبقا لنص المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري، ولذلك فإن على الجهات المختصة في إبرام عقود الزواج أن تتأكد من وجود الولي قبل إبرام عقد الزواج.

في حالة امتناع الولي عن تزويج المولى عليها وهي راشدة، أو على الجنسين في حالة القصر، فيمكن لأصحاب الشأن رفع دعاوى قضائية، وهنا يتوجب على القاضي النظر في أسباب

الامتناع عن التزويج، فإن ثبت له تعسفا من الولي أسقط القاضي الولاية عنه ويقوم هو بتزويج المعني أو الإذن له بالزواج، لأن القاضي ولي من لا ولي له.

كما أن مسألة الرضا بالزواج من صاحب الشأن تعد مسألة مهمة، فكون الولي يقوم بالتزويج، فيفترض بأنه يأخذ رأي المعني بالزواج ويتولى إبرام العقد نيابة عنه على هذا الأساس.

فإذا قام الولي بالتزويج بدون رضاء المعني، أو أجبر المعني على الزواج، فهنا يحق للمتضرر أن يرفع أمره إلى القاضي لمنع قيام الزواج قبل انعقاده، أو لفسخه بعد العقد سواء قبل الدخول أو بعده، وله أن يثبت هذه الوقائع بكافة طرق الإثبات، بما في ذلك شهادة الشهود أو الإقرار، ولقاضي الموضوع سلطة التقدير في الأمر.

ت-إثبات الصداق

الصداق هو اسم للمال الذي يجب للمرأة في عقد النكاح في مقابل الاستمتاع بها [1]،و له أسماء كثيرة منها المهر أو الأجر، أو الفريضة ونحو ذلك مما ذكر في القرآن الكريم، نذكر منها:

قوله تعالى :﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾[2]، وقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ كِتَٰبَ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَٰضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴾[3].

من السنة النبوية عن محمد بن عبد الرحمان بن ثوبان قال: قال رسول الله صلى الله عليه

---

[1]- عبد الرحمن الجزيري، ج4، المرجع السابق، ص89.

[2]- سورة النساء، الآية4.

[3]- سورة النساء، الآية 24.

سلم " من كشف خمار امرأته، ونظر إليها وجب عليه الصداق، دخل بها أو لم يدخل بها "[1].

فالصداق واجب في التشريع الإسلامي و هو حق من حقوق الزوجة ، لا حق أوليائها و لا يجوز لهم التصرف بشيء منه من غير علمها أو موافقتها ، و هو رمز للعناية و التكريم للزوجة من زوجها ،و ليس ثمنا للمرأة كما يتوهم بعض المستشرقين أو ثمنا لجمالها أو الاستمتاع بها كما يعتقد بعض العامة، و إنما هو في الشرع الإسلامي رمز معنوي للرغبة في الاقتران و تقديرا للمرأة[2].

قد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد طبيعة الصداق، فاعتبر الأحناف و الشافعية و الحنابلة على أنه أثر من آثار الزواج، و ليس ركنا من أركان عقد الزواج و لا شرطا من شروط صحة العقد[3].

أما المالكية يعتبرون الصداق في الزواج ركن من أركان العقد، و لا يحق اشتراط إسقاطه و أنه يفسد الزواج بشرط نفي الصداق[4].

الحكمة في تقرير مشروعية المهر هي إظهار لمكانة هذا العقد وتقديرا للمرأة، ولإشعارها بأنها موضع حبه وعطفه ورعايته، وأنه سيتحمل عنها تكاليف الحياة.

يشترط في الصداق أن يكون مشروعا و يصلح أن يكون مقوما بالمال سواء كان عقارا أم

---

[1]– أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي الدارقطني، سنن الدارقطني، كتاب النكاح، باب المهر، دط، 1993، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان،حديث رقم 3349، ص236.

[2]– العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 269.

[3]– محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 305.

[4]– محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،ج2، دط، دت، مطبعة الحلبي، القاهرة، مصر، ص294.

منقولا وإما منفعة إذا كان من المنافع المباحة التي تقيم بالمال كزراعة الأرض مثلا[1].

قد نص قانون الأسرة الجزائري على أحكام الصداق في المواد من 14 إلى17، فقد نصت المادة 14 على معنى الصداق باعتباره ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا و هو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء، حيث اقتصر المشرع الجزائري على تعريف الصداق دون أن يتناول الهدف من تشريعه و لا قيمته المعنوية .

قد تطرق المشرع الجزائري في المادة 15 من قانون الأسرة على مسألة تحديد الصداق بحيث استلزمت تحديده وقت إبرام العقد أي تسمية المهر في العقد سواء أكان معجلا أو مؤجلا، غير أنه في حالة عدم تحديد قيمة الصداق فإنه تستحق الزوجة صداق المثل، أما في حالة الاتفاق على إسقاطه فإنه تطبيقا لنص المادة 33 /2 من قانون الأسرة فإنه يفسخ الزواج قبل الدخول و لا صداق فيه و يثبت بعد الدخول بصداق المثل.

أما بخصوص القانون التونسي نص في الفصل 12 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه:

" كل ما كان مباحا و مقوما بمال تصلح تسميته مهرا و هو ملك للمرأة"، و نص في الفصل 13 على أنه:" ليس للزوج أن يجبر المرأة على البناء إذا لم يدفع المهر ويعتبر المهر بعد البناء دينا في الذمة لا يتسنى للمرأة إلا المطالبة به فقط ولا يترتب عن تعذر الوفاء به الطلاق"، حيث اعتبر المشرع التونسي المهر ملك للزوجة و حق لها قبل الدخول، أما بعده يصبح دينا على الزوج مجبر بتقديمه وقت ما أمكنه ذلك وهو كل ما يمكن أن يكون مالا حلالا.

بالعودة لقانون الأسرة الجزائري تحديدا في نص المادة 16 التي جاء فيها:" تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول".

[1]– فركوس دليلة و جمال عياشي، المرجع السابق، ص122.

الملاحظ من هذا النص القانوني أن المشرع استعمل لفظ الطلاق بصيغة العموم فلم يحدد بدقة من تسبب في الطلاق، كما أنه لم يحدد الشخص الذي طلق هل الزوج أم الزوجة، أم أن الطلاق وقع بالاتفاق بينهما، خصوصا وأن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي، والمفروض أن المشرع في النص المذكور عليه أن يحدد بدقة الشخص الذي طلق وهو الزوج لأن هذه هي الحالة المقصودة، إذ من غير المعقول أن يتسبب الزوج في الطلاق ثم يسترد المهر كله[1].

في حال ما إذا كان سبب الطلاق من الزوجة أو كان التطليق منها قبل الدخول، فليس من المعقول أن تأخذ نصف المهر. بل عليها إرجاعه كاملا إن كانت قد استلمته، أما إذا لم تستلمه بعد فلا يحق لها المطالبة به ، والغريب أن قانون الأسرة أغفل هذه المسألة، وكان من المفروض أن ينص عليها لأنها كثيرة الحدوث في المجتمع[2].

من خلال قراءة المادة 17 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على:" في حال النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما و ليس لأحدهما بينة و كان قبل الدخول ، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين و إذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين"، يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد ميز بين حالتين من النزاع حول الصداق هما حالة وقوعه قبل الدخول و حالة وقوعه بعد الدخول

وهذا ما سنتطرق إليه وفق كل حالة.

فبالنسبة إلى حالة وقوع النزاع من الزوجة أو ورثتها بشأن الصداق و أنكرت أو أنكروا ما إذا كان الزوج قد سلمه إلى الزوجة نفسها أو إلى نائبها كله أو بعضه، و ادعى الزوج أنه سبق له و أن سلم الصداق كله أو بعضه إلى ولي الزوجة أو إلى شخص آخر مؤهل لتسليم الصداق إلى الزوجة و

[1]– الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص 78.

[2]– المرجع نفسه، ص،79.

ليس له أي بينة لإثبات واقعة التسليم و لتدعيم ادعائه و كان ذلك قبل الدخول فإن على الزوجة أن تحلف بالله العلي العظيم بأنها لم تستسلم قيمة الصداق لا بنفسها و لا بواسطة غيرها و تستحق الصداق ، و نفس الإجراء فيما يتعلق بالورثة عندما يتعلق الأمر بإنكار استلام الصداق عندما الزوجة قد توفيت قبل البناء و هذا ما أكدته التطبيقات القضائية الصادرة في الموضوع[1] .

أما بالنسبة إلى حالة وقوع النزاع بشأن الصداق من الزوج أو ورثته، فقد أقرت المحكمة العليا حول ما إذا كان قد سلمه إلى الزوجة مباشرة، أو إلى وليها أو ممثلها و ليس له أية بينة لإثبات ادعائه [2]، و كان ذلك بعد الدخول فإن عليه أن يحلف بالله العلي العظيم أو يحلف ورثته عن وفاته بأن الصداق قد نسلم إلى الزوجة و يعفى من إلزامه بدفع قيمة الصداق[3].

أما في ما يخص مكان أداء اليمين يحدده القاضي وفق القضية المطروحة أمامه، طبقا لنص المادة 193 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص على أن تؤدى اليمين من قبل الخصم الذي وجهت له شخصيا بالجلسة أو في المكان الذي يحدده القاضي، و هذا ما أكده القرار الصادر من المحكمة العليا و قد جاء فيه :يؤدي الخصم اليمين في الجلسة أو في مكان يحدده القاضي و عليه فإن القاضي حين أمر بأداء اليمين القانونية في المسجد فإن قراره مطابق للقانون

---

[1]– قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1989/06/05،فصلا في الطعن رقم 54198 ، منشور بالمجلة القضائية العدد 4/1990، ص80.

قرار أخر صادر عن المحكمة العليا عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1991/06/18 ، فصلا في الطعن رقم 73515،منشور في بالمجلة القضائية العدد 4/1992،ص69.

[2]– قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2012/01/12، فصلا في الطعن رقم 671539، منشور في المجلة القضائية العدد 2/2012، ص252.

[3]– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 49.

ولم يخالف أية قاعدة جوهرية في الإجراءات [1].

نظرا لتشعب القضايا المتعلقة بالمهر وبالمنازعات التي تحدث بين الزوجين بشأنه أو بين ورثتهما، إلا أننا يمكن أن نقول بأنها تخضع للقواعد العامة للإثبات، كتقديم البينة بالكتابة، أو بشهادة الشهود، أو بالقرائن، و المسألة تقديرية للقاضي، في النهاية يحكم فيها للزوج أو للزوجة بحسب طبيعة الأدلة المعروضة أمامه.

أما بخصوص القانون التونسي لم ينظم حكم النزاع بشأن الصداق، وبالتالي الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي في الموضوع.

ث-إثبات شرط الشاهدان في الزواج

إن اشتراط الشهادة في عقد الزواج دليل على مدى الأهمية التي يتمتع بها عقد الزواج في الشريعة الإسلامية و في القانون الوضعي، و حفاظا على العلاقة الزوجية لأي إنكار استلزم تشريع الشهادة في عقد الزواج[2].

باعتبار عقد الزواج له خطورته ومكانته في الإسلام. فكان من الواجب إعلانه للناس، وإخراجه عن حدود الكتمان، استوجب الإشهاد عليه حماية له من الإنكار و ضياع الحقوق لما ينتجه عقد الزواج من آثار تمس الزوجة و الأطفال.

---

[1]- قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2011/12/08،فصلا في الطعن رقم 666627، منشور بالمجلة القضائية ، العدد 2/2012،ص248.

قرار آخر المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2012/11/14، فصلا في الطعن رقم 702617،منشور بالمجلة القضائية العدد 1/2013، ص257.

[2]- سبق دراسة موضوع الشهادة في الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الأول من هذه الرسالة.

قال بعض الفقهاء بعدم صحة الشهادة من النساء في عقد الزواج مهما بلغ عددهن، فشهادتهن وحدهن لا تقبل إلا فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة، كما أن المالكية والشافعية والحنابلة قالوا بعدم صحة شهادة رجل وامرأتين، فهم يشترطون الذكورة فقط، على عكس الحنفية بحيث أجازوا في النكاح شهادة رجلين أو رجل و امرأتين[1]، استنادا لقوله تعالى :" **فَإِنْ لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى**"[2].

لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري لهذه المسألة، فاكتفى في المادة التاسعة مكرر المعدلة بذكر شاهدين دون تحديد هل من الذكور فقط، أم يصح من الذكور والإناث، استنادا للتقاليد السائدة في المجتمع الجزائري، التي لا تسمح بشهادة النساء في عقود الزواج.

أما بالنسبة للشروط الواجب توفرها في الشاهد لم يتطرف إليها قانون الأسرة الجزائري، سواء كان هذا الشاهد مسلما أو غير مسلم يصلح أو لا يصلح شرعا للشهادة بشأن عقد الزواج، رجلا أو امرأة ، صغيرا أو كبيرا، و هذا إهمال غير مبرر له[3].

مع العلم أن قانون الحالة المدنية تطرق لموضوع الشهادة في المادة 33 منه التي جاء فيها : "يجب على الشهود المذكورين في شهادة الحالة المدنية ، أن يكونوا بالغي سن 19 سنة على الأقل ، سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم، دون تمييز فيما يخص الجنس و يتم اختيارهم من قبل الأشخاص المعنيين"[4].

---

[1]– عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية، ج1، دط،1984، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ص42.

[2]– سورة البقرة، الآية 282.

[3]– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، المرجع السابق، ص 45.

[4]– الأمر رقم 70–20 المؤرخ في 1970/02/19 و المتعلق بالحالة المدنية المعدل و المتمم بالقانون رقم 14–08 المؤرخ في 09 غشت سنة 2014.

أما ما يمكن أن يترتب من آثار على الإخلال بشرط الإشهاد في عقد الزواج فيمكن القول أن إغفال الإشهاد في عقد الزواج سيترتب عليه ذلك الجزاء المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري، التي أقفرت صراحة أنه في حال ما إذا تم الزواج بدون شاهدين يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه.

نص القانون التونسي في الفصل 3 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه:" لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين، ويشترط لصحة الزواج إشهاد شاهدين من أهل الثقة وتسمية مهر للزوجة".

حيث أن القانون التونسي لم يفصل في مسألة الشهادة في الزواج، فقد تم النص عليها كشرط صحة لانعقاد الزواج.

أما بخصوص تخلف الشهادة في الزواج، فالقانون التونسي اعتبره فاسدا بمقتضى الفصل 21 الذي اعتبر الزواج فاسدا في حال ما اقترن بشرط يتنافى مع جوهر العقد أو انعقد بدون مراعاة أحكام الفصل الثالث من مجلة الأحوال الشخصية و يعاقب بالسجن مدة ستة أشهر الزوجان اللذان يستأنفان أو يستمران على المعاشرة رغم التصريح بفساد زواجهما .

كذلك فإن محكمة التعقيب التونسية تعتبر العقد فاسدا ، حيث جاء في أحد قراراتها ما يلي: الزواج عقد رضائي كسائر العقود يتم بمجرد حصول الإيجاب والقبول إلا أن العقد لا يكون صحيحا إلا إذا وقع إشهاد شاهدين من أهل الثقة وسمي مهر للزوجة ، وعلى ذلك إذا حصل القبول والإيجاب اعتبر الزواج موجودا فعلا بين الزوجين إلا أن فقده شروط الصحة يصيره عقدا فاسدا[1].

الشهادة شرط في صحة عقد الزواج، وبالتالي لا بد من توفرها في العقد، وعلى من يدعي حصول العقد دون أن يشهد عليه إقامة الدليل على دعواه.

[1]– قرار تعقيبي مدني تونسي، عدد 6924 مؤرخ في 14 أفريل 1970.

قَلَّ ما يحصل في عقد الزواج عدم الإشهاد عليه بسبب أن القوانين تشترط توثيق الزواج ، والجهة المختصة في إبرام وتوثيق الزواج لا يمكن لها أن تبرم عقدا بدون شهود، وكذلك الحال إذا أبرم عقد الزواج بالفاتحة بواسطة الإمام أو أي شخص من الغير، فلا يمكن له إبرام عقد زواج بدون شهود لأنها مسألة شرعية في المقام الأول.

أما مسألة الإثبات في موضوع الشهادة فيقع على كل ذي مصلحة أن يقيم الدليل على انعقاد الزواج بدون شهود أصلا، أو تخلف العدد المطلوب في الشهادة، كأن يشهد رجل واحد، أو رجل وامرأة واحدة خلافا لما تقضي به النصوص من ضرورة توفر النصاب في الشهادة.

كما أن شهادة النساء في هذا المقام وحدها لا تكفي، والمطالب بإثبات هذه الوقائع هم أطراف الدعوى أي الزوج والزوجة في المقام الأول، وكل من له الصفة والمصلحة، كالولي بالنسبة للمرأة، أو النيابة العامة باعتبارها طرف أصلي في جميع الدعاوى في قضايا الأسرة، لأن المسألة تتعلق بالنظام العام.

أما وسائل الإثبات فجميعها تكون متاحة أمام المدعي وبكافة طرق الإثبات، كالكتابة والبينة والإقرار واليمين.

ج- إثبات شرط انعدام الموانع الشرعية للزواج

الأصل يقضي أن المرأة من حيث كونها امرأة يحل العقد عليها و الزواج بها، و لكن قد يحدث تحريم و يكون مانعا من الزواج بها خلافا لهذا الأصل، و يجب أن يفهم المسلم الغاية من هذا التحريم و وضع قيود على سلوك الإنسان هو لتحقيق مصلحة البشر حتى يسلكوا بذلك الطريق

المستقيم و يبتعدوا عن الخبائث و ما يلحق ضررا بهم[1].

تطرق المشرع الجزائري في قانون الأسرة في الفصل الثاني تحت عنوان موانع الزواج من المواد 23 إلى 31[2] التي حدد من خلالها موانع الزواج بكل تصنيفاتها.

فإن أي عقد زواج يقع بين رجل و امرأة من النساء المحرمات شرعا يمكن اعتباره عقدا غير صحيح و يطبق بشأنه ما ورد النص عليه في المادة 34 من قانون الأسرة الجزائري ،والتي جاء فيها أن كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول و بعده، و يترتب عليه ثبوت النسب و وجوب الاستبراء (العدة) [3].

أما القانون التونسي فلم ينص على هذه الحالة وإنما نجد بعض التطبيقات القضائية التي عالجت الموضوع، كقرار لمحكمة التعقيب التونسية جاء فيه:

---

[1]– الهادي علي زبيدة، أحكام الأسرة في التشريع الليبي، الزواج و أحكامه،ج1، ط1، 2013، دار البدر للنشر و التوزيع ،المنصورة، ص189.

[2]– المادة 23:" يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة و المؤقتة".

المادة 24:" موانع النكاح المؤبدة هي:القرابة،المصاهرة،الرضاع".

المادة 25:" المحرمات بالقرابة هي:الأمهات ، البنات، و الأخوات، العمات، و الخالات، و بنات الأخ، و بنات الأخت".

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

المادة 27:" يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب."

المادة28:" يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته و أخواته ولدا للمرضعة و زوجها و أخا لجميع أولادها ، و يسري التحريم عليه و على فروعه".

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

المادة 30:"يحرم من النساء مؤقتا :المحصنة،المعتدة من طلاق أو وفاة،المطلقة ثلاثا،

كما يحرم مؤقتا:الجمع بين الأختين أو بين المرأة و عمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع،زواج المسلمة من غير المسلم".

المادة 31:"يخضع زواج الجزائريين و الجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية."

[3]– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، المرجع السابق، ص 51.

– زواج المسلمة بغير المسلم يعتبر زواجا باطلا من أصله.

– تزوج المسلمة بغير المسلم إن وقع لا يوجب ردتها إلا إذا اعتنقت دين زوجها غير المسلم.

– المسلم الذي يتجنس اختيارا منه بجنسية تخرجه عن أحكام دينه يكون مرتدا[1].

وأيضا ما ورد في الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية التونسي، جاء فيه:

" المبدأ: عرف الفصل 14 من مدونة الأحوال الشخصية الموانع الشرعية للزواج بأنها مؤبدة ومؤقتة ولا وجود لزواج المسلمة بغير المسلم ضمن موانع الزواج"[2].

إن الإثبات في هذه المسألة يقع على عاتق المدعي بذلك، وله في ذلك كافة طرق الإثبات بواسطة إثبات نسخة من عقد الزواج إذا كان موثقا، أو بواسطة شهادة الشهود إذا كان غير موثق أو شهادة ميلاد أو بواسطة الإقرار، و يمكن للقاضي كشف ذلك من خلال ملف القضية و الأوراق المرفقة معه تجسيدا لمبدأ حماية النظام العام .

أما إذا أبرمت مواطنة جزائرية مسلمة في الخارج عقد زواجها مع أجنبي فرنسي مثلا غير مسلم، فالزواج وفقا للقانون الفرنسي صحيح، غير أنه وفقا للقانون الجزائري فهو باطل لمخالفته أحكام القانون الجزائري لأنه يعد من موانع الزواج ، فإذا طرح النزاع أمام القضاء الجزائري، فإن القضاء الجزائري سوف يقضي ببطلان الزواج لمخالفته للنظام العام[3].

هذا ما نصت عليه المادة 24 من القانون المدني الجزائري في إطار تنازع القوانين على ما يلي: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون .

---

[1]– قرار تعقيبي مدني تونسي عدد 3384 مؤرخ في 31 جانفي 1966.

[2]– حكم ابتدائي مدني تونسي عدد 26855 بتاريخ 02 جوان1999.

[3]– الرشيد بن شويخ ، قانون الأسرة المقارن ، دراسة في قانون الأسرة الجزائري مقارنا بمجموعة من التشريعات العربية ،الكتاب الأول ، الزواج و آثاره، ط1،2019، دار الخلدونية ،القبة القديمة، الجزائر، ص120.

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة".

أيضا مسألة تغيير الديانة لأحد الزوجين، كأن تدخل الزوجة في الإسلام وزوجها مسيحي فهنا يجب التفريق بينهما لحصول المانع من الزواج، وواقعة الدخول في الإسلام بالنسبة للزوجة واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق.

قد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا[1]، حيث قضت بأنه يحق للزوجة المسلمة طلب التطليق في حالة ارتداد الزوج عن دين الإسلام، و يحكم القاضي فورا بالفرقة بين الطرفين مراعاة للنظام العام، و في قضية الحال اعترف الطاعن بالردة و اعتناقه للدين المسيحي و اعتبر أن ذلك من الحريات المضمونة دستوريا.

قد كان رد المحكمة كالتالي: " لكن حيث أنه بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة و خاصة الفصل المتعلق بموانع الزواج يتبين أن زواج المسلمة من غير المسلم محرم مؤقتا وفقا لنص المادة 30، و يبقى هذا المانع أو التحريم قائما ما بقي السبب، و بالتالي فإن ارتداد الزوج عن الإسلام تقع به الفرقة في الحال، لأن الردة كما تمنع الزواج ابتداءً فإنها تمنعه بقاءً، و يكون من حق الزوجة الالتجاء أمام المحكمة للمطالبة بالفرقة و هي غير ملزمة بالبقاء مع الزوج المرتد الذي استعمل حريته في تغيير معتقده، بل أن بقاءها معه مخالف للنظام العام طالما أنها أصبحت محرمة عليه وفق المعتقد الذي تُدين به و تزوجته على أساسه و وفق أحكامه، و كذا وفق نص المادة 30 من قانون الأسرة فضلا عن أن بقائها معه يُلحق بها أفدح الضرر من الجانب المعنوي، و أن المحكمة بقضائها بالتطليق قد طبقت صحيح القانون و أوردت أسبابا كافية و سائغة تبرر ما انتهت إليه من قضاء، و أن مسألة المساواة بين المواطنين و حرية المعتقد و الفكر وفقا لنص المادتين 29 و 36

[1]– قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2012/04/12، فصلا عن الطعن رقم 699785، منشور بالمجلة القضائية ، العدد2012 /02، ص274.

من الدستور القائم عليها الوجه لا علاقة لها بقضية الحال، مما يجعل الوجهتين غير مؤسستين و ينعدم معهما أي مخالفة للقانون أو قصور في التسبيب.

من القضاء التونسي ما جاء عن محكمة التعقيب ما يلي:" المبدأ: زواج المسلمة بغير المسلم يعتبر زواجا باطلا من أصله، تزوج المسلمة بغير المسلم إن وقع لا يوجب ردتها إلا إذا اعتنقت دين زوجها غير المسلم، المسلم الذي يتجنس اختيارا منه بجنسية تخرجه عن أحكام دينه يكون مرتدا"[1].

وأما بخصوص ثبوت الرضاع فيتم بالطرق العامة المعروفة في الإثبات كالإقرار أو البينة ، والأصل أن يتم الإثبات بالإقرار من المرضعة التي أرضعت إن كانت على قيد الحياة ، أو من ذويها ممن كانوا على دراية بموضوع الرضاع، وقد يكون الإقرار من أبوي الرضيع أو من أحدهما حسب الأحوال، والمعلوم أن الإقرار حجة على المقر، وقد يحسم النزاع أمام القضاء، والطريق الثاني لإثبات الرضاع هو شهادة الشهود الذين كانوا على علم بحصول الرضاع، كأن تكون الشهادة من أهل المرضعة باعتبارهم كانوا على علم بالرضاع ، كما قد تكون الشهادة من أهل الرضيع باعتبار أن الشهود كانون على علم بحصول الرضاع[2].

بعد تحقق القاضي من حصول الرضاع عن طريق إما الإقرار أو الشهادة أو هما معا ، فقد يلجأ القاضي لاستعمال الشهادة من باب تدعيم دليل الإقرار.

نص القانون التونسي في الفصل 17 على أنه:" يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب والمصاهرة، ويقدر الطفل الرضيع خاصة – دون إخوته وأخواته– ولدا للمرضعة وزوجها، ولا يمنع

[1]– قرار تعقيبي مدني تونسي عدد 3384 بتاريخ 31 جانفي 1966.

[2]– الرشيد بن شويخ ، قانون الأسرة المقارن ، دراسة في قانون الأسرة الجزائري مقارنا بمجموعة من التشريعات العربية،الكتاب الأول : الزواج و آثاره، المرجع السابق، ص130.

الرضاع من النكاح إلا إذا حصل في الحولين الأولين"، الملاحظ أن القانون التونسي لم يحدد عدد معين للرضعات للتحريم، فالنص جاء مطلقا.

الفرع الثاني: إثبات الضوابط الشكلية لانعقاد الزواج

المقصود بالشروط الشكلية هي تلك الضوابط القانونية التي فرضها القانون لإبرام عقد الزواج من الناحية القانونية، وهي على العموم تتلخص في تحديد الجهات الرسمية الموكل لها قانونا إبرام عقد الزواج، علاوة على الشروط الشكلية الأخرى الواجب توفرها لتوثيق عقد الزواج الذي يعد حجية قوية في إثباته(أولا)، وفي حال عدم توثيق الزواج تصعب عملية إثباته(ثانيا).

أولا : إثبات عقد الزواج الموثق

إن مرحلة توثيق عقد الزواج من أهم مراحل إنشاء الزواج، و عليه سنتطرق للتنظيم الإجرائي لتوثيق عقد الزواج ثم الوقوف على دور التوثيق في إثبات عقد الزواج.

أ- التنظيم الإجرائي لتوثيق عقد الزواج

إن التنظيم الإجرائي لتوثيق عقد الزواج مرتبط أولا بالمستندات و الوثائق الإدارية التي يجب توفرها لإبرام عقد الزواج على الوجه القانوني، ثم الجهات المكلفة بدراسة هذه الوثائق التي من خلالها يقوم بتوثيق عقد الزواج، و هذا ما سنتطرق إليه في دراستنا وفق التقسيم التالي:

1- الوثائق المشترطة لتوثيق عقد الزواج

يقصد بالوثائق الإدارية هي تلك الوثائق التي يكون على طالبي الزواج الإدلاء بها وجوبا، بحيث لا يتصور إعفاء أي شخص منها، أو خاصة تشترط في بعض أنواع الزواج ، وذلك تفاديا لأي

تلاعب أو أخطاء تؤدي إلى بطلانه ، كل هذا من أجل حماية حقوق طرفي العلاقة الزوجية، و كذا تعد تعبيرا لأهمية و مكانة عقد الزواج[1]، و تتمثل في :

- **الوثائق الإدارية**

لقد نصت المادة 74 من قانون الحالة المدنية على ضرورة إثبات الحالة المدنية لطالبي الزواج و ذلك بتقديم مستخرج مؤرخ بأقل من ثلاثة أشهر إما لشهادة الميلاد و إما لتسجيل الحكم الفردي أو الجماعي المثبت للولادة، و دفتر عائلي يتعلق بزواج سابق، أما في حال ما إذا تعذر عل أحد طالبي الزواج تقديم إحدى الوثائق المذكورة، فيمكنه أن يقدم بدلا عن ذلك عقد إشهاد يحرر بدون نفقة وعند الاقتضاء بعد كل التحقيقات الضرورية من قبل رئيس المحكمة حول تصحيح مؤيد بيمين الطالب و ثلاثة شهود، أو حول تقديم الوثائق المبينة للحالة المدنية للمعني كالدفتر العسكري أو بطاقة التعريف أو الدفتر العائلي للأبوين .

كما أن المشرع الجزائري اشترط على طالبي الزواج تقديم ورقة تثبت وجود مسكنه أو محل إقامته و إلا فيوقع على تصريح بشرفه طبقا لنص المادة 1/75من قانون الحالة المدنية الجزائري.

أما بالنسبة للمرأة التي حُل زواجها السابق أن تقدم حسب الحالة، إما نسخة عن عقد وفاة الزوج السابق أو نسخة عن عقد ميلاد يشار فيها على وفاته أو الدفتر العائلي الذي قيد فيه عقد الوفاة، و إما ملخصا عن عقد الزواج أو الولادة يتضمن عبارة الطلاق أو الدفتر العائلي الذي يتضمن هذه العبارة أو نسخة عن حكم الطلاق مرفقا بشهادة القاضي أو كاتب الضبط المختص يشهد بأنه صار نهائيا، و هذا ما أكدته المادة 2/75 من قانون الحالة المدنية الجزائري.

[1]– صارة بن شويخ ، نظام توثيق الزواج بين الثبات و التطور ،دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي (المغرب– الجزائر –تونس)، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص ، جامعة محمد الأول ،كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ، وجدة، المغرب ، السنة الجامعية ، 2013–2014، ص14.

- **رخصة إبرام عقد زواج الأجانب**

لقد نظم المشرع الجزائري زواج الأجانب بجملة من الضوابط الواجب توفرها من أجل إبرام عقد زواجهم أمام ضابط الحالة المدنية،و ذلك من خلال التعليمة رقم 2 التي صدرت بتاريخ 1980/02/11، من قبل وزارة الداخلية، بحيث وزعت على كل من الولاة و المديرين العامين للأمن الوطني، تتعلق بوجوب الحصول على رخصة لإبرام عقد زواج الأجانب أمام ضابط الحالة المدنية الجزائري و جاء في هذه التعليمة أن الأجنبي لا يجوز له إبرام عقد الزواج إلا بعد الحصول على رخصة كتابية مسلمة من طرف الوالي[1].

من خلال تحليل النصوص المتعلقة بهذه التعليمة، فإذا أراد أجنبي مقيم بالجزائر أن يبرم زواجه في التراب الجزائري مع مواطن جزائري أو أجنبي يستلزم عليه الحصول على رخصة من والي الولاية التي يقيم بها بناءا على طلب خطي[2]، و بعد أن تحقق مصالح الأمن بالولاية حول وضعية الأجنبي و ظروف إقامته، و من جهة أخرى توصي ضابط الحالة المدنية بعدم تحرير عقد زواج يكون أحد طرفيه أجنبيا أو كلاهما إلا بعد استظهار الرخصة الصادرة عن الوالي.

هذا ما نص عليه المشرع التونسي في الفصل 38 من قانون الحالة المدنية[3]، حين أقر بأن تحرير عقد زواج الأجانب بالبلاد التونسية يكون طبقا للقوانين التونسية، استنادا على بينة من قنصلهم تشهد لهم بإمكانية عقد الزواج و يمكن لأجنبيين من جنسية واحدة أن يتزوجا أمام الأعوان الدبلوماسيين و القناصل الممثلين لبلادهما بتونس، و في هذه الصورة يعلم العون الدبلوماسي أو القنصل ضابط الحالة المدنية الذي بمنطقته بانعقاد الزواج.

---

[1]– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 62.

[2]– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص62.

[3]– القانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في أول أوت 1957 و المتعلق بتنظيم الحالة المدنية التونسي.

مع تقديم شهادة من قبل الأجنبي تبين عدم زواجه داخل تونس أو خارجها، و في حال ما كان معتنقي الإسلام راغبين بإبرام زواجهم مع تونسيات مسلمات حصولهم على شهادة اعتناق الدين الإسلامي إذا كان الزوج غير مسلم[1] .

- **رخصة الزواج الخاصة بموظفي الأمن الوطني و العسكريين**

ذلك استنادا إلى المرسوم رقم 83-481 الصادر في 1983/08/13 المتعلق بالأحكام والقواعد المطبقة على موظفي الأمن الوطني في المادة 23 منه التي نصت على: " لا يمكن لموظفي الأمن الوطني إبرام عقد زواجهم دون ترخيص بالزواج يكون قد وقع طلبه و الحصول عليه من الجهة التي لها سلطة التعيين و ذلك ثلاثة شهور قبل الاحتفال بالزواج ".

حيث ورد في نفس المادة على أنه إذا أبرم موظف الأمن الوطني عقد زواجه مخالفا لأحكام هذا المرسوم أو بالرغم من رفض طلبه ، فإن للجهة التي لها سلطة التأديب أن تتخذ أي إجراء خاص يحمي مصالح المؤسسة الأمنية بعد أخذ رأي اللجنة المتساوية الأعضاء[2].

كذلك استنادا إلى المنشورين الصادرين عن وزارة العدل أحدهما بتاريخ 1967/06/13 رقم 329 و الثاني بتاريخ 1968/06/25 رقم 364، تقر أن أي زواج لأحد أفراد الجيش الوطني الشعبي لا يمكن إبرامه أو عقده إلا بعد تقديم رخصة لذلك ممنوحة من مصالح الدفاع الوطني، وهذا يشمل العسكريين الذين هم في الخدمة الفعلية و يشمل كذلك رجال الدرك الوطني و كل المجندين الخاضعين لنظام الخدمة الوطنية.

---

[1]- صارة بن شويخ ، نظام توثيق الزواج بين الثبات و التطور ،دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي (المغرب-الجزائر-تونس)، المرجع السابق، ص27.

[2]- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص64.

كما أن أصحاب السلك الدبلوماسي أيضا يشترط لزواجهم استصدار ترخيص يكون صادر عن وزارة الداخلية بالنسبة للدبلوماسيين في حالة تواجدهم داخل التراب الوطني أو صادرة عن وزارة الخارجية في حال الدبلوماسيين المتواجدين خارج التراب الجزائري كالسفراء و القنصليين[1].

- **الشهادة الطبية**

طبقا لنص المادة 7 مكرر من قانون الأسرة الجزائري يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية و عن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، و يؤشر بذلك في عقد الزواج .

قد تم تحديد شروط و كيفية تطبيق المادة السابعة مكرر بواسطة مرسوم تنفيذي رقم 06-154 الذي يضم ثمانية (8) مواد تنظم كيفية إجراء الفحص الطبي، و الذي يشترط أن يكون شاملا مع تحديد فصيلة الدم، و كذا يمكن أن ينصب الفحص على السوابق الوراثية و العائلية قصد الكشف عن بعض العيوب أو القابلية للإصابة ببعض الأمراض، خاصة الأمراض التي تنتقل إلى الزوج أو الذرية و ذلك بعد إعلامه بمخاطر العدوى، و على الطبيب تبليغ الشخص الذي خضع للفحص بملاحظاته و نتائج الفحوصات التي تم إجرائها .

[1]- صارة بن شويخ ، نظام توثيق الزواج بين الثبات و التطور ،دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي (المغرب-الجزائر-تونس)، المرجع السابق، ص 30.

الهدف من إخضاع الطرفين للفحص الطبي هو التأكد أولا من صحة الطرفين و كذا تجنب انتقال الأمراض المعدية للطرفين و للأطفال مستقبلا ، و أيضا تفاديا لإنجاب أطفال معاقين ذهنيا أو جسديا، ذلك من خلال الكشف عن هذه الأمراض التي تنتقل من خلال الممارسة الجنسية، خاصة مرض فقدان المناعة المكتسبة بالإضافة إلى بعض الأمراض التناسلية المعدية.

كذلك مسألة عقم أحد الأطراف الذي يتم كشفه من خلال الفحص الطبي، بحيث يستوجب إعلام الطرف الآخر بنتائج الفحوصات لأن الهدف و المقصد من الزواج هو تكوين أسرة و الأطفال هم ثمرة هذا الزواج، وبالتالي الفحص الطبي يزيل الكثير من المشاكل التي قد تعتري الطرفين بعد الزواج و التي قد تسبب أذى نفسي و معنوي للطرفين، يمكن تفاديها من خلال الفحص الطبي السابق لانعقاد الزواج.

- **الترخيص بزواج التعدد**

نص قانون الأسرة على موضوع التعدد في المادة 8 المعدلة و المادة 8 مكرر و المادة 8 مكرر 1 على مسألة التعدد وضواطها، وهذا ما سنوضحه بعد سرد هذه النصوص القانونية على النحو التالي:

المادة 8 المعدلة نصت على: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يُقبل على الزواج منها، وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي

وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية".

المادة 8 مكرر نصت على أنه: في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق.

المادة 8 مكرر 1 نصت على أنه: يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول،إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه.

فإنه يتضح لنا من خلال تحليل النصوص السابقة بشكل بسيط و مختصر، أن المشرع الجزائري قد أخذ بتعدد الزوجات، لكنه اشترط ضوابط و إجراءات لا يمكن إبرام الزواج إلا من خلالها وهذه الضوابط هي :

وجود المبرر الشرعي: لم يحدد المشرع الجزائري نوع المبرر بل ذكره بشكل عام ،و لأن المبررات الشرعية كثيرة ومختلفة ترك المجال مفتوح و السلطة التقديرية للقاضي في قبوله أو رفضه، وعادة ما يتمحور المبرر الشرعي في حالة العقم المثبت علميا ، أو الأمراض المزمنة التي تؤثر على سير العلاقة الزوجية.

توفر شروط ونية العدل: أي أن يثبت الزوج قدرته على توفير العدل من الناحية المادية، كقدرته على النفقة وتوفير المسكن وغير ذلك من الأمور المادية، مرفق بإثبات كسند الملكية للمسكن أو كشف الراتب ، و كذا أن يصرح بالنية في العدل المعنوي و لم يبين المشرع الجزائري كيفية التصريح.

يجب عليه إخبار الزوجة السابقة واللاحقة : يستوجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة و اللاحقة بالزواج، حتى لا تفاجئ الزوجة الأولى أو الثانية أو هما معا، ولم يتطرق القانون إلى الكيفية التي

بواسطتها يتم الإخبار، هل بشكل شفوي أم برسالة،أم تتولى الجهات المراد إبرام العقد أمامها إخبار الزوجتين بذلك؟[1].

تقديم الشهادة الطبية: من خلالها يثبت الخلو من الأمراض التي قد تشكل خطرا على الحياة الزوجية.

تقديم ما يثبت موافقة الزوجتين على هذا الزواج: ولم يحدد القانون طريقة التعرف على هذه الموافقة في شكل مكتوب أم يتم ذلك شفويا.

تقديم طلب الترخيص المسبق بالزواج: يتم تقديمه لرئيس المحكمة الكائن بمكان مسكن الزوجية، يثبت فيه ما تم ذكره أعلاه، و في حال توفر كل الشروط المنصوص عليها جاز لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج.

في حالة التدليس من الزوج بأن أخفى على إحدى الزوجات حقيقة أمره، فيجوز للزوجة المتضررة رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطليق، و لم ينص المشرع على إمكانية مطالبتها بالتعويض للضرر الذي لحق بها.

في حال ما إذا تزوج الزوج دون الحصول على ترخيص من القاضي بناءا على الشروط المذكورة أعلاه، يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، وهو ما يفهم بأنه إذا حصل دخول فلا يمكن فسخ الزواج، وبالتالي لا يكون أمام الزوجة إذا لم تقبل بزواجه سوى المطالبة بالتطليق والتعويض عن الضرر اللاحق بها وفقا للقواعد العامة.

ما يمكن ملاحظته من المواد السالفة الذكر أن المشرع باشتراطه لموافقة الزوجة السابقة، أمر

[1]– الرشيد بن شويخ ، قانون الأسرة المقارن، دراسة في قانون الأسرة الجزائري مقارنا بمجموعة من التشريعات العربية ،الكتاب الأول:الزواج وآثاره، المرجع السابق، ص 133.

يصعب تحقيقه مما يفتح المجال لانتشار الزواج العرفي ليثبت لاحقا بحكم قضائي و يتم تسجيله وفقه و هذا ما أكدته المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري.

أما في حالة اعتراض الزوجة السابقة على التعدد باعتباره شرطا في العقد[1]، فإن مسألة إثبات الشرط يقع على عاتق الزوجة حسب الأحوال، فإن كان مكتوبا في العقد فعليها تقديم نسخة من العقد كدليل إثبات أمام القضاء، وإذا لم يكن الشرط مكتوبا في العقد، فما عليها سوى اللجوء لشهادة الشهود الذين حضروا عقد الزواج.

أما القانون التونسي اعتبر التعدد جريمة يعاقب عليها القانون، و يعتبر القانون الوحيد من بين القوانين العربية الذي جرم التعدد بصفة عامة بدون أي استثناء، ولم يأخذ بعين الاعتبار وجود أسباب تحول دون تحقيق المقصد من الزواج كالعقم أو الأمراض الجنسية المعدية، و هذا ما أكده الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية ، حيث جاء نصه كما يلي: " تعدد الزوجات ممنوع.

كل من تزوج وهو في حالة الزوجية وقبل فك عصمة الزواج السابق يعاقب بالسجن لمدة عام وبخطية قدرها مائتان وأربعون ألف فرنك أو بإحدى العقوبتين ولو أن الزواج الجديد لم يبرم طبق أحكام القانون.

ويعاقب بنفس العقوبات كل من كان متزوجا على خلاف الصيغ الواردة بالقانون 3 لسنة 1957و المتعلق بتنظيم الحالة المدنية ويبرم عقد زواج ثان ويستمر على معاشرة زوجه الأول... ".

- **وثيقة الإذن بزواج القاصر**

القاصر هو كل من لم يبلغ سن الرشد و قد حدده المشرع الجزائري ب19 سنة للجنسين، وفق

[1]– الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص113.

ما نصت عليه المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري، و عليه من يرغب بالزواج دون السن القانونية يتوجب عليه تقديم طلب من قبل ولي القاصر أو نائبه للجهة القضائية المختصة بذلك من أجل الحصول على إذن بالزواج.

بعد أن يستمع القاضي للقاصر و وليه و ينظر للأسباب التي طرحت أمامه والتأكد من القدرة على تحمل تبعات الزواج المادية و المعنوية و كذا يجب أن يراعي مصلحة و ضرورة القاصر التي من خلالها يرخص بالزواج متى تأكدت له قدرة الطرفين على الزواج[1].

مع العلم أن المشرع الجزائري لم ينص على إجراء تقديم طلب للإذن بزواج القاصر في قانون الأسرة و إنما أورده في خضم المقتضيات التي أدرجها ضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد تحت عنوان الولاية على النفس، لذلك ليس هناك ما يمنع تعميم هذه الإجراءات على زواج القاصر، خاصة و أن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لاحق على قانون الأسرة و مضيفا له بعض الإجراءات الخاصة بشؤون الأسرة[2].

- **الترخيص بزواج المصاب بإعاقة ذهنية**

لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري لزواج المصاب بإعاقة ذهنية، مما يستوجب علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة التي جاء فيها :" كل ما لم يرد نص عليه في هذا القانون يرجع فيه غلى أحكام الشريعة الإسلامية".

[1]– العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، 164.

[2]– صارة بن شويخ ،نظام توثيق الزواج بين الثبات و التطور،دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي (المغرب–الجزائر–تونس)، المرجع السابق، ص63.

قد اتفق الفقهاء على جواز تزويج المصاب بإعاقة ذهنية [1]، معنى ذلك أن المشرع الجزائري يجيز زواج المصاب بإعاقة ذهنية بصفة غير مباشرة ، إذ أن المصاب بخلل عقلي كالجنون و العته يعتبر عديم التمييز فاقدا حرية الاختيار و يتعذر عليه التعبير عن الإرادة ن لذلك فإن كل تصرف قانوني يجريه يعد باطل بطلان مطلقا، و لو تعلق الأمر بعقد الزواج، و لأن الضروريات تقدر بقدرها فإنه يجوز استثناء تزويج كل من المجنون و المجنونة و المعتوه و المعتوهة، إذا كان الزواج أمرا مفيدا في علاجه و وجدت المصلحة التي تقتضي الزواج[2].

على أن يتم الزواج بإذن من القاضي بناءا على طلب من الولي يقدم للجهة المختصة و يقرر القاضي على حسب ما تقدم إليه من مبررات من بينها وثيقة طبية صادرة من طبيب مختص في الأمراض العقلية يؤكد أن صاحب الإعاقة سيساعده الزواج في علاجه ،وأنه تم إبلاغ الطرف الآخر و قبوله الزواج،و أن ولي المصاب بإعاقة قادر على تحمل الالتزامات الناتجة عن الزواج من مسكن و نفقة وغيرها من متطلبات الحياة ،و عليه بناءا على هذه الشروط يمنح القاضي الرخصة بالزواج[3].

- **وثيقة التوكيل في الزواج**

الوكالة هي تفويض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل و باسمه، بحيث يجب أن يوفر فيها الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك.

المشرع الجزائري حذف نص المادة 20 من قانون الأسرة الجزائري المتعلق بالزواج بالوكالة الخاصة، و في ذات الوقت لم ينص صراحة على منعها و بالتالي أوجد فراغا قانونيا بمقتضى

[1]– وهبة الزحيلي، الفقه المالكي و أدلته ،الأحوال الشخصية، ج8، المرجع السابق، ص85.

[2]– العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص166.

[3]– العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص166.

التعديل الجديد، ما يحتم على القاضي في حال النزاع من الرجوع إلى أحكام المادة 222 من قانون الأسرة ، أي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية مما يعني العودة مجددا إلى الوكالة.

الملاحظ عند العودة لمبادئ الشريعة الإسلامية، أن أحكام الفقه الإسلامي كلها تجيز التوكيل في الزواج[1].

لتطبيق قواعد الكفالة من الناحية القانونية يتوجب علينا العودة للقانون المدني الجزائري، في باب الوكالة، وهي لا تمنع الوكالة في الزواج.

أما القانون التونسي فقد نص صراحة على الوكالة في الزواج في الفصل 9 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية التي جاء فيها :" للزوج و الزوجة أن يتوليا زواجها بأنفسهما و أن يوكلا به من شاءا و للولي حق التوكيل أيضا".

لا يشترط في وكيل الزواج المشار إليه في الفصل السابق شرط خاص و لكن ليس له أن يوكل غيره بدون إذن موكله أو موكلته ،و يجب أن يحرر التوكيل في حجة رسمية و يتضمن صراحة تعيين الزوجين و إلا عد باطلا، طبقا لأحكام المادة 10 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

يتعين إثبات الوكالة أمام جهة التوثيق، حتى تكون للوكيل الصفة في إبرام عقد الزواج، وأما إذا وقع نزاع أمام القضاء بشأن صفة العاقد كونه وكيلا بدون وثيقة رسمية ، فيقع على من يدعي ذلك أن يثبت بكافة الطرق ، ويمكن للقاضي فحص ملف الزواج للتأكد من الموضوع ، والتأكد من

[1]– عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، المرجع السابق، ص 42.

التوقيعات وغيرها[1].

2- الجهات المكلفة بتوثيق عقد الزواج

حدد قانون الأسرة الجهات المختصة في إبرام عقود الزواج في المادة 18، حيث نصت على ما يلي:« يتم عقد الزواج أمام الموثق، أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون» ،و عليه لابد من التطرق بالدراسة لكل من ضابط الحالة المدنية و الموثق.

- **توثيق الزواج بواسطة ضابط الحالة المدنية:** طبقا للمادة الأولى من قانون الحالة المدنية الجزائري إن ضباط الحالة المدنية هم رئيس المجلس الشعبي البلدي، و في الخارج رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفون على دائرة قنصلية و رؤساء المراكز القنصلية، و عليه فإن ضباط الحالة المدنية المختصون بتوثيق عقود الزواج داخل الوطن هو رئيس المجلس الشعبي البلدي.

غير أنه يمكن لرئيس المجلس الشعبي البلدي و تحت مسؤوليته أن يفوض إلى نائب أو عدة نواب أو إلى المندوبين البلديين أو إلى المندوبين الخاصين و إلى أي موظف بلدي مؤهل، المهام التي يمارسها كضابط للحالة المدنية لتلقي التصريحات بالزواج و تسجيل و قيد جميع العقود أو الأحكام في سجلات الحالة المدنية، و كذلك لتحرير جميع العقود المتعلقة بتصريحات الزواج ، هذا ما أكدته المادة الثانية من قانون الحالة المدنية الجزائري.

يرسل القرار المتضمن التفويض إلى الوالي و إلى النائب العام بالمجلس القضائي الذي توجد في دائرة اختصاصه البلدية المعنية ، كما يمكن للموظفين المفوضين بهذا الشكل ، تسليم كل نسخ و

[1]- الرشيد بن شويخ ، قواعد الإثبات في النطاق المدني و قضايا الأسرة، المرجع السابق، ص 112.

مستخرجات مهما كان نوع هذه العقود، و في حال شغور منصب رئيس المجلس الشعبي البلدي بسبب الوفاة أو الاستقالة أو التخلي عن المنصب أو لأي سبب آخر منصوص عليه في التشريع المعمول به، يمارس الأمين العام للبلدية مهام ضابط الحالة المدنية بصفة مؤقتة، و هذا ما نصت عليه المادة الثانية من قانون الحالة المدنية الجزائري.

يكلف ضابط الحالة المدنية بتحرير عقد الزواج الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار، و يتلقي أذون الزواج الخاص بالقصر.

يقوم ضابط الحالة المدنية بتسجيل عقد الزواج في سجلاته حال إتمامه أمامه و يسلم إلى الزوجين دفترا عائليا مثبتا للزواج، و يجب أن يبين ضابط الحالة المدنية في عقد الزواج بصراحة بأن الزواج قد تم ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون، و هذا ما أكدته المادة 73 من قانون الحالة المدنية الجزائري.

لقد أقرت المادة 77 من قانون الحالة المدنية على معاقبة القاضي الشرعي أو ضابط الحالة المدنية المكلف بتحرير عقد الزواج دون رخصة الأشخاص المؤهلين لحضور عقد أحد الزوجين بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 441 من قانون العقوبات[1]، غير أن ما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يحدد المقصود برخصة الأشخاص المؤهلين لحضور عقد أحد الزوجين ، هل يقصد أنه على الولي استحضار رخصة أم يقصد الرخص الممنوحة من قبل الهيئات القضائية أو الإدارية المتعلقة بالفئات التي يشترط لزواجهم هذه الرخص كزواج موظفي مصالح الأمن أو زواج القاصر .

يعاقب ضابط الحالة المدنية إذا خالف الإجراءات المنصوص عليها في المادة 77 من

[1]– الأمر رقم 66–156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 الذي يتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل و المتمم .

قانون الحالة المدنية بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر و بغرامة من 100 إلى 1.000 دج ، و يعاقب أيضا في حال تقييده وثيقة للحالة المدنية في ورقة عادية مفردة و في غير السجلات المعدة لذلك، و الذي لا يتحقق من موافقة الوالدين أو غيرهما من الأشخاص إذا اشترط القانون هذه الموافقة لصحة الزواج،و الذي يتلقى عقد زواج امرأة سبق زواجها و ذلك قبل مضي الميعاد الذي حدده القانون.

الملاحظ من خلال هذه العقوبة المقررة في حق ضابط الحالة المدنية حال مخالفته للقوانين التي تحدد مهامه، أنها مهزلة إن صح التعبير، فالمقدار المالي للغرامة أقل بكثير من الضرر والخطر الذي ينجم عن خطأ صادر عن ضابط الحالة المدنية في موضوع الزواج و ما يتعلق بصحته لأن أي خطأ في جوهر عقد الزواج قد يؤدي بالعقد إلى البطلان .

نظرا لأهمية عقد الزواج و خطورته فإن المشرع الجزائري مطالبا بإلغاء مهام تحرير و توثيق عقود الزواج التي هي من اختصاص ضابط الحالة المدنية لعدم كفاءته و درايته بأحكام الزواج وشروطه و العلم بأحكام التوثيق[1]، و أن يعين بدلا عنهم أصحاب الاختصاص كخريجي العلوم القانونية تخصص قانون أسرة .

أما القانون التونسي فإن الفصل الرابع من مجلة الأحوال الشخصية أحال تحرير و توثيق عقود الزواج إلى قانون الحالة المدنية، وبالرجوع إليه نجده قد نظم الموضوع من الفصل 31 إلى 36.

نص في الفصل 31 على أنه: يبرم عقد الزواج بالبلاد التونسية أمام عدلين أو أمام ضابط الحالة المدنية بمحضر شاهدين من أهل الثقة ، ويبرم عقد زواج التونسيين بالخارج أمام الأعوان

[1]– صارة بن شويخ، نظام توثيق الزواج بين الثبات و التطور،دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي (المغرب–الجزائر–تونس)، المرجع السابق، ص137.

الدبلوماسيين أو القنصليين التونسيين أو يبرم العقد طبق قوانين البلاد الذي يتم فيها"، ومن خلال النص يتضح بأن الجهات المختصة في إبرام عقد الزواج تتحدد في جهتين بالداخل وهما : العدلين أو ضابط الحالة المدنية. وبالخارج تتم أمام الأعوان الدبلوماسيين أو القنصليين.

كما نص في الفصل 36 على أنه:" يعتبر الزواج المبرم خلافا لأحكام الفصل31 أعلاه باطلا ويعاقب الزوجان زيادة على ذلك بالسجن مدة ثلاثة أشهر، وإذا وقعت تبعات جزائية بمقتضى أحكام الفقرة السابقة يقع البث بحكم واحد في الجريمة وإبطال الزواج، وإذا استأنف أو استمر الزوجان على المعاشرة رغم التصريح بإبطال زواجهما يعاقبان بالسجن مدة ستة اشهر ، ولا ينطبق الفصل 53 من المجلة الجنائية على المخالفات المقررة بهذا الفصل".

يتضح من خلال هذا النص أن القانون التونسي أنه أكثر تشددا في عدم السماح بالزواج خارج الدوائر الرسمية، و قد صدر قرار عن محكمة التعقيب الجزائي، جاء فيه : " المبدأ، لقيام جريمة الزواج على خلاف الصيغ القانونية لابد أن تكون هناك معاشرة تامة بين الطرفين كمعاشرة الأزواج خاصة فيما يتعلق بالمضاجعة والإنفاق والإقامة تحت سقف واحد"[1].

- **توثيق الزواج بواسطة الموثق:** الموثق ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الطبيعة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصيغة[2].

[1]– قرار تعقيبي جزائي عدد 3334 مؤرخ في 9جانفي 2001.

[2]– المادة الثالثة من قانون 06–02 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق ل 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، المادة الثالثة من قرار 14 نوفمبر 1992 المتضمن النظام الداخلي للغرفة الوطنية للموثقين/ منشور بالجريدة الرسمية عدد 92 لسنة 1992.

ويشترط في الموثق ما يلي[1] :

- التمتع بالجنسية الجزائرية.

- حيازة شهادة ليسانس على الأقل أو ما بعدها.

- بلوغ خمسة وعشرين سنة (25).

- التمتع بالحقوق المدنية والسياسية.

- التمتع بشروط الكفاءة البدنية الضرورية لممارسة المهنة.

أما عن كيفية الالتحاق بمهنة التوثيق يكون عن طريق مسابقة، تنظمها وزارة العدل للالتحاق بالتكوين للحصول على شهادة الكفاءة المهنية للتوثيق[2].

في حال إتمامه التربص يكون عندئذ حائزا لشهادة الكفاءة المهنية للتوثيق من ثمة يتم تعيينه موثقا بقرار من وزير العدل حافظ الأختام، يؤهله بأن يفتح مكتبا عموميا للتوثيق يتولى الموثق تسييره لحسابه الخاص وتحت مسؤوليته، على أن يخضع مكتب التوثيق لشروط ومقاييس خاصة محددة عن طريق التنظيم [3].

لا يستأنف الموثق مهنته بهذه الصفة إلا بعد تأديته اليمين أمام المجلس القضائي لمحل تواجد مكتبه[4].

الموثق رغم كونه مؤسسة مستقلة بذاتها مصنفة في خانة المهن الحرة، بمقتضى هذا القانون،

---

[1]- المادة السادسة من القانون المنظم لمهنة التوثيق الجزائري.

[2]- المادة السابعة من القانون المنظم لمهنة التوثيق الجزائري .

[3]- المادة التاسعة من القانون المنظم لمهنة التوثيق الجزائري.

[4]- المادة التاسعة من القانون المنظم لمهنة التوثيق الجزائري.

إلا أن القانون ذاته أضفى عليه صفة الضبطية العمومية، بأن منحه اختصاص السلطة العمومية في توثيق العقود عامة و عقد الزواج خاصة [1].

هذا ما أقرته المحكمة العليا في قرار صادر عنها بأنه " عدم قيام الموثق بتسجيل عقد الزواج المبرم أمامه بدفتر الحالة المدنية بالبلدية لا يؤثر على صحة الزواج"[2]

هذا و ينعقد الاختصاص للموثق في توثيق عقود الزواج فوق كامل التراب الوطني دون تحديد لمحل معين بغض النظر عن موطن طرفي العقد أو محل إقامتهما و يخضع في ذلك لرقابة إدارية و قضائية الغرض منها حسن تطبيق القانون ، و باعتبار التوثيق مهنة خاصة فإن الموثق يتقاضى أتعابا على توثيق عقد الزواج[3].

ب- دور التوثيق في إثبات عقد الزواج

إذا ثار نزاع بين الأشخاص على وجود أو عدم وجود الزواج، فإنه يتوجب على المدعي بوجود عقد الزواج أن يقدم الدليل على وجوده.

لقد نصت المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي،

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

---

[1]- صارة بن شويخ، نظام توثيق الزواج بين الثبات و التطور،دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي (المغرب-الجزائر-تونس)، المرجع السابق، ص142.

[2]- قرار المحكمة العليا صادر عن فرقة الأحوال الشخصية بتاريخ ن 2007/06/13، فصلا في الطعن رقم 396339، منشور بالمجلة القضائية، العدد 1/2008، ص253.

[3]- صارة بن شويخ، نظام توثيق الزواج بين الثبات و التطور، دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي (المغرب-الجزائر-تونس)، المرجع السابق، ص143.

في نفس الاتجاه سار المشرع التونسي في الفصل الرابع من مجلة الأحوال الشخصية على أنه "لا يثبت الزواج إلا بحجة رسمية يضبطها قانون خاص"

من خلال تحليل هذه النصوص نجد أن المشرع الجزائري في المادة 22 لم يذكر عقد الزواج و جعل إثبات الزواج مرتبط بمستخرج من سجل الحالة المدنية بعد تسجيله و لم يتطرق لإبرامه أمام الموثق باعتباره هيئة مخول لها إبرام عقد الزواج طبقا للمادة 18 من قانون الأسرة، على عكس المشرع التونسي الذي حسم الأمر و اعتبر أنه لا بديل عن وثيقة الزواج في إثباته.

1- إثبات عقد الزواج بالكتابة الرسمية

تحتل الكتابة مكانة رئيسية بين أدلة الإثبات في الأنظمة الحديثة و لها أهمية بالغة لإثبات التصرفات التي يقوم بها الأشخاص، و باعتبار أن عقد الزواج ذو طبيعة خاصة فإن إضفاء الرسمية عليه يجعل منه حجة قاطعة على صحة البيانات التي يحملها،و لا يمكن الطعن في مصداقيتها إلا بالتزوير هذا ما أكدته المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني الجزائري.

ولفظ الورقة لا يعبر عن جوهر الإثبات بالكتابة لأنه تعبير يطلق على أي كتابة و لو لم تكن معدة للإثبات، لذلك فإنه من الأدق استعمال تعبير" المحرر" لأنه يعبر عن الدليل الكتابي سواء أكان معدا للإثبات أم غير معد لذلك[1].

فالمحررات الرسمية هي التي ثَبَتَ فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يده أو ما تلقاه من ذوي الشأن، و ذلك طبقا للأوضاع القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه.

هذا ما أكدته المادة 324 من القانون المدني الجزائري بقولها :"العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن

[1]- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 45 و ما يليها.

ووذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه" ،و بناءا على نص المادة يلاحظ أن المشرع الجزائري عبر عن الورقة الرسمية أو المحرر الرسمي بالعقد الرسمي[1]، و قد كانت المادة المذكورة قبل التعديل بموجب القانون رقم 88-14 المؤرخ في 03-05-1988 المعدل و المتمم للقانون المدني تتضمن كلمة الورقة الرسمية بدلا من العقد الرسمي، و بالتالي يتبين أن صيغة المادة القديمة كانت صائبة على خلاف الصيغة الجديدة التي غيرت كلمة الورقة الرسمية إلى العقد الرسمي و هو تعبير منتقد لا معنى له، لأن العقد هو الاتفاق الذي يتم بين المتعاقدين و الورقة أو المحرر الذي يحرره الموظف هو مستند دلك الاتفاق الذي يتم بين المتعاقدين[2]، و عليه سنوضح الشروط الواجب توافرها لصحة الورقة الرسمية و بعدها التطرق إلى جزاء الإخلال بهذه الشروط و بيان حجية الورقة الرسمية في الإثبات .

حددت المادة 324 من القانون المدني الجزائري على ضرورة صدور الورقة من موظف عام أو ضابط عمومي أو من شخص مكلف بخدمة عامة.

المقصود بالموظف العام أو الضابط العمومي كل شخص تعينه الدولة للقيام بعمل من أعمالها، فيدخل في هذا النطاق كل موظف عام يتعلق بالأوراق التي يختص بتحريرها كالقاضي بالنسبة للأحكام التي يقوم بتحريرها، و كاتب الجلسة يعتبر موظفا عاما بالنسبة لحاضر الجلسات[3].

تتصف الورقة بالرسمية نتيجة تحريرها بمعرفة موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة و أن تكون الورقة صادرة باسمه و أن يوقعها بنفسه ، لذلك يشمل المحرر الرسمي ما

---

[1]- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني(الإثبات في المواد المدنية و التجارية)، المرجع السابق، ص 48 و 50 و 51.

[2]- محمد حزيط، الإثبات في المواد المدنية و التجارية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 67 و 68.

[3]- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (الإثبات في المواد المدنية و التجارية)، المرجع السابق، ص 51 و52.

كان محررا و موقعا بمعرفة موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ،و ما كان موقعا منه دون أن يكون مكتوبا بمعرفته ، إذ يتسع لفظ "الصدور"للصورتين معا[1].

طبقا لنص المادة 04 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، التي جاء فيها:"يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة و رسم في رتبة في السلم الإداري"[2] و عليه فالموظف العام هو كل من يمارس مهامه في المؤسسات و الإدارات العمومية .

و المادة 324 من القانون المدني الجزائري لم تقتصر على صفة الموظف العام لإصباغ صفة الرسمية على الورقة ،بل اتسعت لتشمل الضباط العموميين و المكلفين بخدمة عامة ،فالضباط العموميون يقصد بهم بالدرجة الأولى الموثقين و المحضرين و ضباط الحالة المدنية و القناصل كل في حدود اختصاصه

يجب أن يكون للشخص الذي يصدر الورقة الرسمية سلطة و ولاية في إصدارها ،و تنقسم هذه الولاية أو هذا الاختصاص إلى اختصاص موضوعي و اختصاص زماني و اختصاص مكاني، كما ينص القانون على أوضاع و قواعد معينة بجب على الموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عامة الالتزام بها عند تحرير الورقة الرسمية ،حتى تثبت لها صفة الرسمية و ترتب كل آثارها القانونية .

فالقضاة في تحريرهم للأحكام و موظفو المحاكم في كتابتهم للإعلانات و محاضر التنفيذ عليهم مراعاة هذه الأوضاع[3]، فقد أوجبت المادة 276 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أن تتضمن

---

[1]– محمد حزيط، الإثبات في المواد المدنية و التجارية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 69 و 70 .

[2]– الأمر رقم 06–03 المؤرخ في 15 يونيو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية المنشور في الجريدة الرسمية، العدد 46 المؤرخة في 16 يوليو 2006.

[3]– محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (الإثبات في المواد المدنية و التجارية)، المرجع السابق ص 53.

الأحكام التي يصدرها القضاة على مستوى المحاكم مجموعة من البيانات ،كبيان الجهة القضائية التي أصدرته و بيان أسماء و ألقاب و صفات القضاة الذين تداولوا في القضية و تاريخ النطق به و اسم و لقب أمين الضبط الذي حضر مع تشكيلة الحكم و أسماء و ألقاب الخصوم و موطن كل منهم و غيرها من البيانات[1].

بالنسبة للعقود التي يحررها الموثق فيجب عليه أولا أن يتأكد من أن الخدمات التي طلبها منه المتعاقدين لا تخالف القانون و الأنظمة المعمول بها ،و إن تبين له ذلك يستوجب عليه رفض توثيق ذلك التصرف القانوني و إلا تعرض للمسائلة ،ثم بعدها يتأكد من شخصية المتعاقدين بمستند رسمي[2].

قد بين القانون المنظم لمهنة التوثيق[3]، أشكال العقود التوثيقية و مضمونها فقد جاء في نص المادة 26 منه على أن :"تحرر العقود التوثيقية تحت طائلة البطلان، باللغة العربية في نص واحد و واضح تسهل قراءته و بدون اختصار أو بياض أو نقص، و تكتب المبالغ و السنة و الشهر و يوم التوقيع على العقد بالحروف و تكتب التواريخ الأخرى بالأرقام، و يصادق على الإحالات في الهامش أو في أسفل الصفحات و على عدد الكلمات المطلوبة في العقد بالتوقيع بالأحرف الأولى من قبل الموثق و الأطراف و عند الاقتضاء الشهود و المترجم" .

أيضا ما أقرته المادة 27 من نفس القانون حيث جاء فيها:"يجب أن لا تتضمن العقود أي تحوير أو كتابة بين السطر أو إضافة كلمات، تعتبر الكلمات المحورة أو المكتوبة بين السطور أو المضافة باطلة نتكون الكلمات المشطوبة غير المتنازع في عددها مكتوبة بشكل لا يشوبه أي شك أو التباس، و يصادق عليها في آخر العقد "

---

[1]– محمد حزيط، الإثبات في المواد المدنية و التجارية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 74.

[2]– ميدي أحمد، الكتابة الرسمية كدليل إثبات، دج، د ط ،2008، دار هومه، الجزائر، ص27 و 28.

[3]– القانون رقم 06–02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن مهنة التوثيق الجزائري.

قد أكد المشرع الجزائري حسب ما ورد في النصوص القانونية السابقة الذكر على ضرورة تحرير الورقة الرسمية و فق الأشكال المقررة قانونا لتكتسي الصفة الرسمية مما يترتب بطلان الورقة كلها و تفقد حجيتها في الإثبات.

خلاصة القول الزواج الموثق هو الذي يتم أمام الجهات الرسمية و المختصة بالصورة والكيفية التي سبقت دراستها أعلاه، فوثيقة الزواج التي تستخرج من سجل الحالة المدنية هي الدليل الرسمي على وجود الزواج، وهي حجة على الجميع في إثبات الزواج.

فقد ترفع دعوى إثبات الزواج من ورثة أحد الزوجين إذا توفي الزوج أو الزوجة حسب الأحوال، وعليه تقديم الدليل على دعواه بالطرق السابقة، في حالة الإنكار من الخصم أو ورثته حسب الأحوال، على القاضي توجيه اليمين إلى من ينكر وجود العقد إذا لم يكن هناك دليل على ثبوت الزواج.

على المستوى التطبيقي قررت المحكمة العليا في هذا الشأن ما يلي:" المبدأ: يتعين على القاضي في حالة إنكار أحد الورثة وجود عقد عرفي، توجيه اليمين للوارث المنكر"[1].

كما اعترفت المحكمة العليا بزواج عرفي تم بناء على شهادة الشهود باعتباره طريقا من طرق الإثبات.

مما جاء في هذا القرار: وحيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه تبين وأن المستأنفة أتت بشهود أكدوا واقعة الزواج مبينين في شهادتهم أركان الزواج من ولي وشهود وصداق، ومن ثم فقضاة الموضوع طبقوا القانون تطبيقا سليما وخاصة المادة22 من قانون الأسرة لما قضوا بإثبات الزواج

[1]– ملف رقم 351676 بتاريخ 2006/01/04، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد01، لسنة2006، ص463.

العرفي بين (ب. ق) و (ب. ب) في04 فبراير1993، كما أعطوا لقرارهم السند القانوني والشرعي، والنعي عليهم بخلاف ذلك بالوجه المثار من الطاعنة غير مؤسس ويرفض[1].

2- حجية وثيقة عقد الزواج في إثباته

إن الغرض الأساسي من تشريع توثيق عقد الزواج هو حيازة الزوجين لما يثبت قيام العلاقة الزوجية بينهما رسميا أمام الغير، و قد وردت المادة 324 مكرر5 من القانون المدني الجزائري بصيغة مطلقة في نصها على حجية العقد الرسمي، و من هذه المادة نستخلص أن السند الرسمي حجة على الكافة و ليس على أطراف العقد و خلفهم فقط .

أما فيما يخص حجية النسخ المأخوذة من أصل عقد الزواج الرسمي و التي تحمل إمضاء و ختم الموظف أو الضابط العمومي بحيث تتضمن المستخرج النص الكامل للسند الرسمي المحفوظ قانونا ملخص يشمل كل البيانات الرئيسية و تسلم عادة للأطراف عند كل طلب من أجل الاستعمال عند الحاجة ، و الحجة ذاتها أضفاها المشرع الجزائري على النسخ المأخوذة من أصل العقد الرسمي [2]، طبقا لنص المواد 325 و 326 من القانون المدني الجزائري.

حيازة الدفتر العائلي من خلال تسجيل عقد الزواج يعتبر وسيلة إثبات إضافية و هو ما نصت عليه المادة 72 من قانون الحالة المدنية و كذا المواد من 112 على 123 منه .

حيث نصت المادة 112 منه على:" يسلم ضابط الحالة المدنية بعد إتمام الزواج أو عقده دفترا عائليا للزوجين يثبت قرانهما" حيث يتضمن الدفتر العائلي ملخصا لعقد الزواج .

---

[1]- ملف رقم188707، المحكمة العليا بتاريخ 1998/03/17، نقلا للمنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، لحسين بن الشيخ آث ملويا،ج1 دارهومة2005،ص71.

[2]- صارة بن شويخ، نظام توثيق الزواج بين الثبات و التطور،دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي (المغرب-الجزائر-تونس)، المرجع السابق، ص 269.

من خلال هذه الأحكام منح المشرح الجزائري طبقا لنص المادة 2/118 من قانون الحالة المدنية القوة الثبوتية بالنسبة لكل البيانات التي يتضمنها الدفتر العائلي باعتباره وثيقة رسمية مثبتة للزواج.

ثانيا : إثبات الزواج غير الموثق

لمعالجة موضوع إثبات الزواج غير الموثق يستوجب علينا التطرق لإجراءات إثبات الزواج غير الموثق غير المتنازع فيه و بعدها التطرق لإجراءات إثبات الزواج غير الموثق المتنازع فيه على النحو التالي:

أ- إجراءات إثبات الزواج غير الموثق غير المتنازع فيه

الزواج غير الموثق هو الزواج مستوفي لأركانه الشرعية و شروط صحته دون أن يوثق رسميا،و شاعت تسمية هذا النوع من الزيجات بالزواج العرفي[1]، و عليه فإن الزواج غير الموثق غير المتنازع فيه لا بد له من إثباته أمام القضاء بإقامة الدليل على وجوده و صحته و بما أن القواعد العامة المتعلقة بالتقاضي لا يمكن أن تطبق عليه ، كان لزاما على المشرع الجزائري أن يجد طريقا مغايرا يتماشى مع الوضع ، فقرر أن تكون الإجراءات فيه برفع طلب من كلا الزوجين أو أحدهما يرمي إلى تسجيل العقد، يكون مكتوب و موقع منهم[2] .

هذا طبقا لما نصت عليه المادة 40 من قانون الحالة المدنية على أن يرفق الطلب بكل البيانات التي تثبت هوية الزوجين و العنوان الشخصي و ذكر التاريخ الذي أبرم فيه الزواج بالفاتحة

---

[1]- محمد حجازي، نظام الإثبات في أحكام الأسرة ، رسالة دكتوراه جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، مصر، السنة الجامعية 1428-2007.

[2]- صارة بن شويخ، نظام توثيق الزواج بين الثبات و التطور،دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي (المغرب-الجزائر-تونس)، المرجع السابق، ص 283.

و يبن فيه الطالب أن الزواج تم و فق أحكام الشريعة الإسلامية و منسجم و أحكام المادتين 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة مع ذكر سبب عدم تسجيل الزواج أمام الجهات المكلفة بذلك قانونا ، و يرفق الطلب بكل الإثباتات التي تبين قيام و استمرار العلاقة الزوجية و صحتها ، بالإضافة إلى إحضار شاهدين[1] بالغين عاقلين مما حضروا الزواج و إثبات هويتهما و يرفع الطلب إلى وكيل الجمهورية التابع للمحكمة الابتدائية الواقع في دائرة اختصاصها الإقليمي مكان إبرام العقد الشرعي[2]، و في حال ما كان الزوجين مقيمين بالخارج يقدم الطلب إلى رئيس محكمة مدينة الجزائر ثم يسجل تلقائيا بطلب من النيابة العامة في السجلات القنصلية طبقا لما حددته المادة 100 من قانون الحالة المدنية الجزائري.

بعدها يعد وكيل الجمهورية عريضة مختصرة بالاستناد للوثائق و الإثباتات المادة التي قدمت إليه طبقا لما أكدته المادة 39 من قانون الحالة المدنية ، بحيث يلتمس فيها من رئيس المحكمة بإصدار أمر بتسجيل الزواج في سجلات الحالة المدنية .

يجري رئيس المحكمة تحقيقا في الموضوع بعد التأكد من صحة الوثائق المقدمة و من صحة الزواج بتوافر كل الشروط و الأركان طبقا لأحكام الشريعة و القانون فيكون القاضي قناعة بصحة الزواج من عدمه بحسب ما نتج عن بحث و تحقيق ، فإذا تبين له صحة الزواج يصدر أمر بتسجيله و يكون على وكيل الجمهورية إرسال الحكم لمصالح الحالة المدنية بالبلدية التي أبرم العقد الشرعي

[1]– قرار صادر عن المحكمة العليا عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1989/03/27 فصلا في الطعن رقم 53272 منشور بالمجلة القضائية العدد 3/1990،ص 82.

[2]– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 72 و 73.

في إقليمها، و يسجل في مدة أقصاها ثلاثة أيام[1]، و يرسل الأمر القاضي بتسجيل الزواج إلى وزارة الخارجية و التي تقوم بتسجيل العقد في السجلات المعدة لذلك المودعة نسخة منها بالقنصلية [2].

ب- إجراءات إثبات الزواج غير الموثق المتنازع فيه

في حال ما كان الزواج العرفي محل نزاع بأن أنكر أحد الزوجين أو الورثة قيامه أو يطعن في شرعيته و صحته فعلى الأطراف رفع دعوى قضائية أمام المحكمة و ذلك بإيداع عريضة مكتوبة من أحد الزوجين تتضمن بيانات الهوية و موقعة من طرف أحد الزوجين لدى مكتب الضبط بالمحكمة بعدها يقوم كاتب الضبط بتقييد العريضة في سجل خاص مع بيان أسماء الأطراف و رقم القضية و تاريخ الجلسة [3].

أثناء الجلسة يبدأ القاضي في التحقيق في مكتبه بمساعدة أمين الضبط فيتأكد أولا من هوية الخصوم و ولي الزوجة و الشهود من خلال بطاقة التعريف و عن درجة القرابة بينهم ، ثم يقوم بسماع الشهود كل على حدة بهد التأكد من هوية الشاهد ، يوجه له اليمين القانونية و يكتب كاتب الضابط محضرا بذلك ثم يستفسر عما إذا كانا قد حضرا مجلس عقد الزواج ، و من تولى العقد كالولي أو غيره و تاريخ الزواج و مقدار المهر و إذا ما كام معجلا أو مؤجلا و رضا الزوجين و إن لازالت الزوجة في ذمة الزوج ،ثم يوقع الشاهد و القاضي و أمين الضبط على محضر التحقيق،

---

[1]- كريمة محروق، دور القاضي في حماية الأسرة على ضوء المستحدثات من تشريعات الأسرة ،ط1، 2019، ألفا للوثائق ، قسنطينة الجزائر، ص66

[2]- صارة بن شويح، نظام توثيق الزواج بين الثبات و التطور،دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي (المغرب-الجزائر-تونس)، المرجع السابق، ص287.

[3]- المادة 12 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

و بعد الانتهاء يحدد القاضي جلسة للنظر في الدعوى قصد تقدير أدلة الإثبات المقدمة ، و قبل إصدار الحكم يعرض الملف على النيابة العامة لإبداء طلباتها و إجراء جوهري من النظام العام[1] .

بعدها يصدر القاضي حكما بتثبيت الزواج العرفي أو عدم تثبيته وفق ما تقدم أمامه من أدلة إثبات و وفق قناعاته الشخصية حول موضوع القضية .

لأي من الزوجين الذي صدر حكم ضده لا يرتضيه و رأى أنه مجحف بحقه أو أن المحكمة أخطأت في تطبيق القانون أو صدر حكم في غيبته أن يطعن فيه بطرق الطعن المعروفة و هي الطعن بالمعارضة و الطعن بالاستئناف و الطعن بالنقض على أن الطعن بهذه الطرق يوقف تنفيذه[2].

[1]– كريمة محروق، دور القاضي في حماية الأسرة على ضوء المستحدثات من تشريعات الأسرة، المرجع السابق، ص73.

[2]– المرجع نفسه، ص74.

المطلب الثاني

إثبات العقود المقترنة بعقد الزواج

إن عقد الزواج كغيره من العقود له أركان و شروط يقوم عليها و يتحقق بها، غير أن المشرع الجزائري أقر بإمكانية اقترانه بمجوعة من العقود قد تكون بصفة الاشتراط أو بصفة الاتفاق المالي، وقد تكون هذه العقود المقترنة بالزواج وقت إبرام عقد الزواج و قد تكون في عقد رسمي لاحق، هذا ما أكدته المادتين 19 و 37 من قانون الأسرة الجزائري، غير أن المشرع قيد هذا الحق بجملة من الضوابط الموضوعية و الإجرائية التي تأثر على صحة عقد الزواج و العقود المقترنة به في حال التعدي عليها.

لدراسة هذا لموضوع ارتأينا التطرق لأنواع العقود المقترنة بعقد الزواج(الفرع الأول)، ثم التطرق لكيفية إثبات العقود المقترنة بعقد الزواج(الفرع الثاني).

الفرع الأول : أنواع العقود المقترنة بعقد الزواج

إن العقود المقترنة بعقد الزواج من أهم الحقوق التي نص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة، إلا أنه قيدها بمجموعة من الضوابط التي تلزم المتعاقدين أثناء إبرامهما لأحد هذه العقود حرصا على عدم مخالفتها للقانون و النظام العام، حيث نص المشرع بإقرار حق الزوجين في إقران عقد الزواج بعقود قد تكون للاشتراط (أولا)، أو للاتفاق المالي(ثانيا)، تحقق مصلحتهم و غايتهم و تحمي حقوقهم من الضياع.

أولا: عقد الاشتراط بين الزوجين

إن الاشتراط في العقود بصفة عامة عمل جائز ،و ذلك تطبيقا للمبدأ المعروف القائل بأن : "العقد شريعة المتعاقدين" ،أما بشأن الزواج فالأمر يختلف نوعا ما، فقد أجاز المشرع الجزائري حق الزوجين في تضمين عقد الزواج بجملة من الشروط، شريطة أن لا تتنافى مع مبادئ الشريعة الإسلامية و القانون و ما يحقق المصلحة المشتركة للزوجين.

سيقتصر بيان تصنيفات الشروط المقترنة بالزواج من خلال استقراء و تحليل المواد القانونية و عليه :

بالرجوع إلى نص المادة 35 من قانون الأسرة الجزائري نجدها تنص على : " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا و العقد صحيحا " ، و بمفهوم المخالفة لهذه المادة نستنتج أن الشرط يكون صحيحا في نظر قانون الأسرة الجزائري متى كان لا ينافي مقتضيات عقد الزواج ،و قانون الأسرة نجده يؤكد على المسائل التي تعد من مقتضيات عقد الزواج أي الشروط المتفقة مع أهداف الزواج و التي تعد في الأصل شروط صحيحة لا غبار عليها في كثير من النصوص لأنها شروط يتطلبها العقد دون حاجة إلى اشتراطها ،إذ أن الاشتراط لا يزدها إلا تأكيدا ،و نأخذ على سبيل المثال النفقة الزوجية إذ تنص المادة 74 من قانون الأسرة : " تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة ..." و هذا ما يؤدي إلى القول أنه سواء اشترطت المرأة النفقة الزوجية أو لم تشترطها ،وجبت نفقة الرجل على زوجته و هذا ليس من باب التفضل و الإحسان وإنما من باب تقابل الحقوق و الواجبات ،باعتبار أنها من أهم الالتزامات الملقاة على عاتقه.

هناك نوع من الشروط لا يقتضيه عقد الزواج و لا ينافيه بحيث به منفعة أو مصلحة غير محظورة و منها ما أدرجه المشرع الجزائري في المادة 19 من قانون الأسرة على سبيل المثال و ليس الحصر كشرط عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة[1].

أيضا اشتراط الزوج أن تسكن الزوجة معه في البلد الذي يعمل به خاصة لمن يشغلون وظائف دبلوماسية كالسفراء مثلا لأن وظائفهم تقتضي التنقل و عدم الاستقرار ،أو أن لا تسافر وحدها ، أن لا تخرج من البيت في غيابه ، أو أن يشترط شروط معينة فيمن يريد الارتباط بها كشرط البكارة ، فمثل هذا الشرط جائز لأنه لا يخالف الشرع ، لكن يجب أن يكون هذا الشرط قبل البناء ،إذ حدد اشتراطه بزمن معين و لم يترك الأمر على يد الزوج ، معنى ذلك أنه إذا تم البناء ثم ادعى الزوج أنه لم يجد زوجته بكرا و قام بطلاقها معتمدا على هذا السبب هو هروب من المسؤولية و يعتبر طلاق تعسفي[2].

على المستوى التطبيقي نجد أن المحكمة العليا[3]، أكدت أن من حق الزوج أن يشترط على الزوجة ما يشاء من الشروط، منها شرط البكارة على شرط أن يكون قبل البناء و إلا يسقط كل ادعاء بعدم عذريتها أو رغبة في إسقاط حقوقها، و منها قرار المحكمة العليا القاضي بالمبدأ التالي:" يعد مخالفا للقانون حرمان الزوجة من التعويض عن الطلاق التعسفي ما دام عقد الزواج لا يتضمن شرط البكارة ".

---

[1]– لعريبي إيمان، الشروط المقترنة بعقد الزواج ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2013–2014،ص24.

[2]– عيسى حداد، عقد الزواج، دراسة مقارنة، دط، دت، منشورات جامعة باجي مختار، الجزائر ،ص197.

[3]– قرار صادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 11/02/2009 رقم 480264 عن المجلة القضائية عدد1/2009، ص283.

في قرار آخر جاء فيه: " تقيم الزوجة كقاعدة عامة حيث يقيم زوجها ،يحق لها اشتراط تحديد مكان الإقامة الزوجية عند أو بعد إبرام الزواج"[1]، فنجد أن هذا المبدأ يقر بأحقية المرأة في الاشتراط في عقد الزواج، أو في العقد الرسمي اللاحق به تحديد مكان الإقامة و هو المعمول به حاليا في القضاء.

ثانيا:عقد الاتفاق المالي بين الزوجين

إن التطور الحاصل في العلاقات المالية بين الزوجين في المجتمع الجزائري ،أدى إلى حتمية اختلاط أموالهما فجاء التعديل الجديد الذي أجاز لطرفي العلاقة الزوجية الاتفاق حول الاشتراك في مكتسباتهما المالية خلال الحياة الزوجية و يتم ذلك أثناء إبرام عقد الزواج سواء في عقد الزواج نفسه أو في عقد رسمي مستقل عنه ، كما يجوز الاتفاق لاحقا بعد تحرير عقد الزواج في ظل زوجية قائمة على كيفية تسيير هذه الأموال طبقا لنص المادة 73 الفقرة الثانية من قانون الأسرة ،التي أقرت بإمكانية الاتفاق المالي بين الزوجين و كذا ما يتضمنه الاتفاق المالي.

أ- إمكانية الاتفاق المالي بين الزوجين

لقد نص المشرع الجزائري على حق الزوجين في إبرام اتفاق مالي حول تدبير الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية من خلال نص المادة 37 الفقرة الثانية من قانون الأسرة التي تنص على :"غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما ، التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية و تحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما"

[1]- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 12/04/2006 ملف رقم 358665 عن المجلة القضائية ، عدد 1/2006 ، 191.

الملاحظ من نص المادة أن المشرع الجزائري سوى بين أن يضمن الاتفاق في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، تاركا الخيار للمتعاقدين، و كذا نلمس رغبته في ضمان الحقوق المالية للزوجين المساهمين في تنمية أموال الأسرة ،فقد كان المسعى الحقيقي من وراء تنصيص المشرع على فتح مجال الاتفاق هو ضمان الحقوق المالية للزوجة على وجه الخصوص لإنصافها نظير ما تساهم به من أموال في تسيير شؤون الأسرة بجانب زوجها[1].

يتجلى الدور الحمائي الذي تكرسه الفقرة الثانية من المادة 37 أعلاه من خلال مايلي:

-أنها كرست مبدأ استقلالية الذمة المالية بين الزوجين.

-أنها مزجت بين عقد الزواج و عقد تدبير الأموال المشتركة بين الزوجين.

- أنها جعلت إبرام عقد الاتفاق المالي بين الزوجين مسألة اختيارية.

- أنها أوردت إمكانية الاتفاق حول الاشتراك في الأموال التي ستكتسب خلال الحياة الزوجية. مع إمكانية تأجيل إبرام الاتفاق إلى مرحلة لاحقة للزواج.

- أنها حددت الفترة الزمنية التي تقودنا إلى تحديد الأموال التي تدخل في دائرة الاشتراك، و هي الأموال التي يتم اكتسابها بعد الزواج.

- أنها فتحت المجال واسعا أمام الزوجين لإبرام الاتفاق المالي كمكمل لمبدأ استقلالية الذمة المالية و ليس استثناء منه.

- أنها اشترطت في عقد الاتفاق المالي المبرم بين الزوجين أن يكون مكتوبا في عقد رسمي.

[1]- العربي بلحاج ،بحوث قانونية في قانون الأسرة ، المرجع السابق، ص151.

– أنها سوت بين أن يكون الاتفاق المالي في وثيقة الزواج ذاتها أو في عقد لاحق بها، حتى يفتح المجال لإمكانية اتفاق الأزواج الذين أبرموا عقود زواجهم قبل 2005، أي قبل تعديل قانون الأسرة و التنصيص على إمكانية الاتفاق.

على الرغم من الحماية التي كرستها هذه المادة للذمة المالية للزوجين إلا أنها في الوقت ذاته لم تخلو من بعض النقائص التي قد تعيق تطبيق نص المادة تطبيقا سليما، و من جملة هذه النقائص رصدنا الآتي:

ما يعاب على المشرع في هذه المادة أنه لم يحدد بدقة فحوى الاتفاق الذي يفترض أن يشمل إدارة الأموال المشتركة بين الزوجين وكيفية استثمارها أثناء قيام العلاقة الزوجية وصولا إلا توزيعها واقتسامها بتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما[1].

ما يعاب عليه أيضا أنه لم ينص على ضرورة إخطار القائمين على توثيق عقد الزواج للزوجين بوجود مثل هذا الاتفاق وأنهما يحق لهما بأن يتضمناه في وثيقة الزواج أو في عقد لاحق شرط أن يتسم بالرسمية.

ب– شكل و مضمون عقد الاتفاق المالي

لقد منح المشرع الجزائري حرية إفراغ اتفاق الزوجين حول المكتسبات المالية الزوجية، و كيفية إدارتها و استثمارها و نسب الاستحقاق في الربح في قالب شكلي قانوني يتمثل في وثيقة

[1]– صارة بن شويخ، الحماية القانونية للذمة المالية للزوجين، مداخلة ألقيت في الملتقى الدولي :الحماية القانونية للأسرة، يومي 18و19 نوفمبر 2018، كلية الحقوق، جامعة زيان عاشور، الجلفة، ص2.

تتضمن شروط الاتفاق المبرم بينهما، هذا الاتفاق يكون ملازما ومصاحبا لواقعة إبرام عقد الزواج[1] أو يأتي لاحقا من غير تحديد الأجل و هذا ما تضمنته أحكام المادة 37 من قانون الأسرة .

بما أن عقد الاتفاق المالي بين الزوجين هو عقد رضائي ينصب حول الأموال فإنه يخضع للقانون المدني و يتولى تحريره الموثق أو ضابط الحالة المدنية و ذلك بإفراغ إرادتهما في عقد مكتوب يتفق فيه الزوجان حول تحديد الأموال التي ستدخل في نطاق الاتفاق المالي، مع بيان مساهمة كل طرف في الأموال المكتسب خلال الحياة الزوجية مع تحديد نوع المساهمة مالية أو عينية أو التزام بأعمال معينة، خصوصا من جانب الزوجة[2].

كما يمكن للزوجين المتفقين تحديد طرق تسيير الأموال المشتركة بينهما عن طريق مختلف التصرفات القانونية، مع تحديد نسب المساهمة تحديدا دقيقا حتى يتمكن كل طرف من استفاء حقه حال قسمتها.

كما يمكن لهم إدراج مختلف الشروط التي يريانها مناسبة لضمان حقهم بشرط أن لا يتنافى مع مقتضيات عقد الزواج و لا يتعارض مع القواعد القانونية التي تحكم العقود المالية في القانون المدني و غيره من القوانين.

---

[1]– فضيلة فضلة، نظام انفصال الذمة المالية للزوجين في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري ،مداخلة للمشاركة في الملتقى الوطني : الذمة المالية بين الزوجين في التشريع الجزائري المقارن يومي 09–08 ديسمبر 2015، جامعة محمد الصديق بن يحي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،2015–2016 ، ص13.

[2]– صارة بن شويخ ، نظام توثيق الزواج بين الثبات و التطور ،دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي (المغرب–الجزائر–تونس)، المرجع السابق،ص 180.

الفرع الثاني: كيفية إثبات العقود المقترنة بعقد الزواج

إن الأصل في قانون الأسرة الجزائري هو حرية الاشتراط في عقد الزواج و حرية الاتفاقات المالية المبرمة بين طرفي العقد مع وجوب الوفاء بكل ما يشترط في العقد من قبل المتعاقدان، إلا أن المشرع الجزائري قد اعترف بحرية الإرادة في إنشاء العقود المقترنة بالزواج لكنه قيدها بشرط عدم مخالفتها أحكام قانون الأسرة و مبادئ النظام العام و الآداب العامة، و على ضرورة توثيقها ليسهل إثباتها في حال ما ثار نزاع بين الزوجين أو ورثتهما سواء ما تعلق بالشروط المقترنة بعقد الزواج(أولا)، أو الاتفاقات المالية(ثانيا).

أولا: كيفية إثبات الشروط المقترنة بعقد الزواج

يكون إثبات الشروط المقترنة بعقد الزواج بكافة وسائل الإثبات، فإن ثار نزاع بين الطرفين بشأن الشروط و عدم الوفاء بها، فعلى من يدعي حصول ذلك أن يثبت في المقام الأول وجود الشرط بتقديم الدليل الكتابي إن كان موجودا، و عادة ما يكون الدليل الكتابي الرسمي مرفقا لعقد الزواج و يحرر عند إبرام عقد الزواج من قبل الموظف المؤهل قانونا إما ضابط الحالة المدنية أو الموثق بحيث يقوم أحد الزوجين من يود الاشتراط بأن يعلم ضابط الحالة المدنية أو الموثق على أن يدونه في الخانة المخصصة له، و يكون الشهود على اطلاع به، و يوقع الزوج أو الزوجة على قبوله هذا الشرط.

وعادة ما يقوم ضابط الحالة المدنية بكتابة الشروط في ورقة عادية مستقلة[1]، و يوقع عليها الزوجين و الشهود و ولي الزوجة أو من يوكله و يختم عليه الموظف و يوقع عليه، فمعظم البلديات

[1]– نقلا على ما هو معمول به في بلدية الصومعة، وبلدية أولاديعيش، و بلدية بوفاريك، ولاية البليدة، الجزائر، بتاريخ 9/05/2019.

يعتمدون هذه الطريقة، بحيث لا توجد ورقة مخصصة للشروط وفق بيانات محددة و قالب خاص بها، و هذا ما يعاب على المشرع الجزائري فهل هو إهمال منه أم ماذا؟

قد يكون الإثبات عن طريق البينة أو الإقرار الصريح أو الضمني من الطرف الآخر كما يمكن للقاضي أن يستخلص قرينة على وجود الشرط من خلال وقائع الدعوى و من مناقشة أصحاب الشأن.

هذا ما أكده قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه تقيم الزوجة كقاعدة عامة حيث يقيم زوجها ويحق لها اشتراط تحديد مكان الإقامة الزوجية عند أو بعد إبرام عقد الزواج و في قضية الحال الزوجة تطالب بالبقاء في فرنسا أين وقع الزواج و الإقامة لمدة 15 عاما غير أنها لم تستطع إثبات أنها اشترطت على الزوج تحديد الإقامة في ذلك البلد و بالتالي استجاب قضاة الموضوع لطلب الزوج بأن ترافقه الزوجة إلى مسكن الزوجية الجديد بأرض الوطن و أيدتهم المحكمة العليا[1].

قد نص القانون التونسي على الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفصل 11 من مجلة الأحوال الشخصية على انه يثبت في الزواج خيار الشرط و يترتب على عدم وجوده أو على مخالفته إمكانية طلب الفسخ بطلاق من غي أن يترتب على الفسخ أي غرم إذا كان الطلاق قبل البناء.

ثانيا: كيفية إثبات الاتفاقات المالية المقترنة بعقد الزواج

في حال ما إذا كانت الاتفاقات المالية مكتوبة، فإن الوسيلة المعتمدة للإثبات هي الكتابة التي تبرهن وجود هذا الاتفاق، لكن يثار النزاع في حال عدم توثيق هذه الاتفاقات، بسبب المانع الأدبي الذي يفرض نفسه بين الزوجين.

[1]– قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 12/04/2006، فصلا في الطعن رقم 358665 منشور بالمجلة القضائية العدد1/2006، ص 491.

على هذا الأساس يثار مشكل الإثبات إذا قام النزاع بين الزوجين، حول هذه المسائل فهل يجوز الإثبات بكافة الطرق في هذه الحال[1]؟أم أننا سنصطدم بنص المادة 333 من قانون المدني التي تقضي بأنه :" في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على مائة ألف(100.000) دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"، غير أن نص المادة 336 من القانون المدني جاءت بتعديل جديد أيضا في هذه المسألة اعتبرت بمثابة استثناء من القاعدة سالفة الذكر ن حيث نصت على ما بلي: " يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة.

- إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي.
- إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته".

هذا النص جاء لحل العديد من القضايا المتعلقة بالمعاملات المالية الأسرية .

أما إذا كان النزاع منصبا على تأسس شركة تجارية أو مدنية فإن عقد الشركة هو الذي يحدد حقوق الطرفين و التزاماتهم[2]، و بالتالي يكون الإثبات بواسطة عقد الشركة عند النزاع أو حين المطالبة بالحقوق.

أما القانون التونسي نص في الفصل 24 على أنه لا ولاية للزوج على أموال زوجته الخاصة بها، و لم يتطرق لموضوع الاتفاقات المالية بين الزوجين في مجلة الأحوال الشخصية التونسي، و إنما يوجد قانون خاص يتعلق بنظام الأموال المشتركة بين الزوجين[3].

---

[1]– الرشيد بن شويخ، قواعد الإثبات في النطاق المدني و قضايا الأسرة، المرجع السابق ، ص213.

[2]– المرجع نفسه، ص 214.

[3]– قانون عدد 91 لسنة 1998 مؤرخ في 9 نوفمبر 1998 يتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين التونسي.

حيث اعتبر المشرع التونسي نظام الاشتراك في الأملاك هو نظام اختياري يجوز للزوجين اختياره عند إبرام عقد الزواج أو بتاريخ لاحق، و هو يهدف إلى جعل عقار أو جملة من العقارات ملكا مشتركا بين الزوجين متى كانت من متعلقات العائلة، و في حال ما إذا صرح الزوجان بأنهما يختاران نظام الاشتراك في الأملاك فإنهما يخضعان إلى أحكام هذا القانون إلا أنه يحق لهما الاتفاق على توسيع نطاق الاشتراك بشرط التنصيص على ذلك صراحة بالعقد، هذا طبقا لما نص عليه الفصل الأول و الثاني من قانون الاشتراك في الملكية بين الزوجين التونسي.

يجب على المأمور العمومي المكلف بتحرير عقد الزواج أن يذكِر الطرفين بأحكام الفصلين الأول و الثاني من هذا القانون و أن ينص على جوابهما بالعقد، و على المأمور العمومي المحرر للحجة توجيه مضمون منها إلى ضابط الحالة المدنية بمكان ولادة كل من الزوجين في أجل عشرة أيام من تحريرها و لهذا الأخير إدراج ذلك بدفاتره، و يعتبر الزواج المبرم دون تنصيص على رأي الزوجين في نظام الأملاك الزوجية بمثابة اختيار لنظام التفرقة في الأملاك، هذا ما أكده الفصل السابع من قانون الاشتراك في الملكية بين الزوجين التونسي.

يشترط المشرع التونسي في حال ما تم اختيار النظام الذي يتبناه الزوجان في تنظيم علاقاتهم المالية بعد إبرام الزواج أن يقع الاتفاق وفق شكليات معينة ضمن حجة رسمية، على أن تقع المصادقة عليها بعد ذلك من طرف رئيس المحكمة[1].

[1]– نجيبة الشريف، حول قانون الاشتراك في الملكية بين الزوجين، دراسة قانونية، ط1، 2010، الشركة التونسية للنشر والتوزيع، تونس، ص12.

الفصل الثاني

دور الإثبات في حل النزاعات

المتعلقة بآثار الرابطة الزوجية

الفصل الثاني

دور الإثبات في حل النزاعات المتعلقة بآثار الرابطة الزوجية

إن الشريعة الإسلامية لم تترك جانبا من جوانب الحياة إلا وأحاطته بكامل العناية وفائق الرعاية، خاصة ما يتعلق بشؤون العباد، فيما تولى الفقهاء تبيان كل الأحكام الخاصة بالفرد سواء تلك المستنبطة من القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة، التي تحث على ضرورة حفظ الأسرة عن طريق تنظيم العلاقة التي تجمع الرجل بالمرأة في إطار شرعي يضمن ذلك، انطلاقا من الخطبة وما يرتبط بها من أحكام وصولا إلى الزواج ذلك الميثاق الغليظ، وقيام كل طرف بواجباته واحترام حقوق الطرف الآخر حتى يتم خلق نوع من التوازن في أدوارهما، بهدف الحفاظ على استقرار حياتهما المشتركة.

للرابطة الزوجية مجموعة من الآثار الناتجة عنها، منها ما هو متعلق بالحقوق الزوجية المادية التي تعنى بكل الآثار المالية للزوجين في حياتهما أو بعد وفاتهما أو وفاة أحدهما، و تجنبا للنزاعات القائمة في هذا الشأن أوجب المشرع الجزائري على ضرورة توثيق المعاملات المالية بكل تفاصيلها، تجنبا للصراعات التي يمكن أن تحدث بسببها، خاصة في حال فك الرابطة الزوجية فيشتد الخصام بين الزوجين مما يؤول إلى ضياع الحقوق في حال عدم توثيقها، فسندات التوثيق تعتبر الدليل الذي يثبت الحق المتنازع فيه و يعتبر الوسيلة التي يبني عليها القاضي قناعته و المصدر الذي يؤسس عليه حكمه(المبحث الأول).

و حقوق أخرى معنوية، تقسم لحقوق معنوية مشتركة بين الزوجين تعنى بالحقوق و الالتزامات المتبادلة بين الزوجين و كيفية إثباتها أمام القضاء في حال نشوب النزاع بين الطرفين، و كذا قضايا نسب الأولاد و طرق الإثبات وفق ما نص عليه القانون و الشريعة الإسلامية.

و حقوق معنوية منفصلة تخص كل زوج لوحده، تنقسم لحقوق معنوية خاصة بالزوجة و أخرى خاصة بالزوج، و كيفية إثباتها أمام القضاء(المبحث الثاني).

المبحث الأول

الإثبات في القضايا المتعلقة بالحقوق الزوجية المادية

تطرق قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل إلى الحقوق و الواجبات الزوجية و نص عليها في المادتين 37 و 38 منه، وتمثلت في النفقة، العدل في حالة التعدد، حق زيارة أهلها واستضافتهم، حرية التصرف في مالها، وهذه الحقوق مستمدة أساسا من أحكام الشريعة الإسلامية.

أما من خلال التعديل الجديد الذي طرأ على قانون الأسرة الجزائري فإن المشرع قد غير في تقسيم و تحديد الحقوق و الواجبات الزوجية، وأدرجها ضمن المادة 36 التي تتحدث عن الحقوق و الواجبات المشتركة بين الزوجين، لأن التعديل الجديد ركز على هذه المسألة فقط.

أما بخصوص الحقوق الزوجية المادية، فهي تتعلق بموضوع النفقة الزوجية التي تعد محل الدراسة من خلال التطرق لمسائل الإثبات فيها، في حال ما ثار نزاع بين الزوجين حول تقديم النفقة الزوجية من عدمها، و كيفية إثبات تهاون الزوج عن النفقة أمام القضاء(المطلب الأول).

كذا موضوع الحقوق المالية للزوجين، من خلال التطرق لكيفية إدارة الأموال المشتركة بين الزوجين و قضايا الإثبات فيها، و حق التوارث الذي يعتبر حق شرعي و قانوني يفرض نفسه على الزوجين و كيفية الحصول عليه حال نشوب نزاع بين أحد الزوجين و الورثة، أمام القضاء بهدف حماية الحقوق من الضياع، و التطرق للحقوق المالية للزوجة، و المتمثلة في حرية الزوجة في التصرف في مالها، و كذا حقها في المطالبة في توفير السكن لممارسة الحياة الزوجية، و مسائل الإثبات فيهما(المطلب الثاني).

المطلب الأول

الإثبات في قضايا النفقة الزوجية

لما شرع الله عز وجل الزواج الصحيح وفرض على الرجل النفقة على الزوجة بحسب وسعه على أمور المسكن والكسوة والطعام، والنفقة فرضت على الزوج حكما شرعيا في مقابل حبس الزوجة واستمتاعه بها و ولادة أولاده وقيامها على خدمته والترويح عنه ومواساته وإرخاء الود والسكينة عليه وقد فرضها الشارع الحكيم بنصوص من الكتاب والسنة وانعقد الإجماع على ذلك، بالتأمّل في نصوص المواد القانونية نجدها مستمدة من أحكام الشّريعة الإسلاميّة، فالمادّة 74 نصّت على وجوب النفقة، والمادّة 78 تناولت مشمولات النفقة، أمّا المادّة 79 فذكرت تقدير النفقة، أمّا المادّة 80 فتعرضت لتاريخ استحقاق النفقة.

حاول المشرع الجزائري التفصيل في موضوع النفقة فقد تطرق لمفهوم النفقة من خلال تحديد مشتملاتها وما يتضمنها(الفرع الأول).

ذلك أن النزاعات الأسرية في وقتنا الحاضر متعلقة بالنفقة بشكل كبير، خاصة حين يتعلق الأمر بمسألة إثبات هذه الواقعة القانونية التي تستوجب تقديم دليل قانوني يثبت صحة الإدعاء أمام القضاء، و القاضي يطلع على كل الإثباتات المعروضة أمامه و يبني حكمه وفقها(الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم النفقة الزوجية

نصت المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري على وجوب النفقة الزوجية بالدخول وهو مبدأ مستمد من الشريعة الإسلامية ومبني على الواقع المعيشي، ويعد سبب إستحقاق الزوجة نفقتها على

زوجها، ونص المشرع الجزائري في المادة 78 من قانون الأسرة:" تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

بناءا عليه سنتطرق لتعريف النفقة من الناحية اللغوية والقانونية ومشروعيتها، ثم التطرق لموضوع شروط وجوب النفقة.

أولا : تعريف النفقة

للوصول لتعريف النفقة على الوجه الصحيح يتوجب علينا التطرق لتعريفها من الجانب اللغوي، ثم التطرق للتعريف القانوني لها و هذه ما سنوضحه من خلال دراستنا.

أ- التعريف اللغوي للنفقة

أنفق المال، صرفه، أي أطعموا وتصدقوا، ورجل منفاق أي كثير النفق، وهي في اللغة الإخراج والذهاب[1]، وفي القرآن الكريم :﴿ وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ أَنفِقُوا مِمَّا رَزَقَكُمُ اللَّهُ﴾[2].

ب- التعريف القانوني للنفقة

لم يعرف المشرع الجزائري النفقة في قانون الأسرة، غير أنه حدد ما يعتبر من مشتملاتها في المادة 78 التي جاء فيها: " تشمل النفقة: الغذاء و الكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة".

فالنفقة هي ما تحتاج إليه الزوجة في معيشتها اليومية من طعام و كسوة و مسكن و علاج حسب العرف و العادة.

---

[1]- ابن منظور، لسان العرب، ج14، المرجع السابق، ص316.

[2]- سورة يس، الآية 47.

ت- مشروعية النفقة الزوجية

النفقة واجبة للزوجة على زوجها و ثابتة بالكتاب و السنة .

ففي الكتاب يقول الله تعالى:﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْراً﴾[1].

و قوله أيضا:﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا﴾[2].

وقوله عز و جل: ﴿ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[3]، دلت الآية على وجوب النفقة على المطلقة الحامل، فكانت النفقة على الزوجة من باب أولى.

أما دليلها من السنة النبوية فنجد ما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه قال في خطبة حجة الوداع: «اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»[4].

النفقة بهذا المعنى واجبة فهي أثر من آثار عقد الزواج الصحيح، وهي حق واجب للزوجة على زوجها، ولو كانت غنية، مسلمة كانت أو غير مسلمة [5].

---

[1] – سورة الطلاق، الآية 6-7.

[2] – سورة البقرة، الآية 233.

[3] – سورة الطلاق، الآية 06.

[4]– أخرجه مسلم بن الحجاج، في الجامع الصحيح، حديث رقم 1218، في باب حجة النبي صلى الله عليه و سلم، من حديث نقلا عن: ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج5، حقق نصوصه، شعيب الأرنؤوط و عبد القادر الأرنؤوط، ط15، 1987، مؤسسة الرسالة، مكتبة المنار الإسلامية، بيروت، لبنان، ص 490.

[5]– عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، دج، دط،2000، دار تالة، الجزائر، ص170 .

ثانيا: شروط وجوب النفقة

نصت المادة 74 من قانون الأسرة على وجوب النفقة الزوجية بالدخول وليس بإبرام العقد وهو مبدأ مستمد من الشريعة الإسلامية ومبني على الواقع المعيشي، ولما كان سبب إحقاق الزوجة نفقتها على زوجها هو الاحتباس المشروع والمؤدي إلى تحقيق مقاصد الزواج، ومن دراستنا للمادة 74 من قانون الأسرة نستخلص بأنه تجب نفقة الزوجة على زوجها إذا توافرت الأمور التالية:

أ- **العقد الصحيح:** يجب أن يكون الزواج صحيحا مستوفيا لأركانه طبقا للمادة 09 من قانون الأسرة، ولكن بشرط وجوب الاحتباس الذي يكون من الزوج على زوجته أو الاستعداد له، ولهذا كان المعقود عليها عقدا فاسدا وباطلا لا تجب لها نفقة الزوجية طبقا للمادة 32 من قانون الأسرة، وعليه فإن المعتدة بعد عقد صحيح تجب لها النفقة، أما عدة الدخول بعد زواج فاسد فلا تجب لها حين الدخول بالزوجة، أي الخلوة الصحيحة سواء تمت المخالطة الجنسية فعلا أم لم تتم متى كان المانع يعود لضعف أو لعجز في أحدهما .

ب- **أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة ولتحقيق الأغراض الزوجية:** فإن كانت الزوجة صغيرة لا تصلح للاستمتاع بها أو الخدمة فلا تجب لها النفقة، وإن كان العقد صحيحا لفوات الانتفاع بثمرة الزواج.

إذ من المقرر شرعا بأن النفقة حق ثابت من حقوق الزوجية يتعين على القاضي الحكم بها[1].

ومن هنا يشترط المشرع الجزائري لأهلية الزواج سن19 سنة طبقا للمادة 07 من قانون الأسرة، مما سيمكنها من معرفة و إدراك حقوقها وواجباتها الزوجية.

[1] – قرار صادر بتاريخ 1971/02/10، منشور بالمجلة القضائية، العدد 02 لسنة 1972، ص66.

ثالثا: مشتملات النفقة الزوجية

نص المشرع الجزائري في المادة 78 من قانون الأسرة:" تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

وعليه يتبين بأن النفقة تشمل الطعام بمختلف مكوناته، وتشمل أيضا اللباس، وقد اتفق الفقهاء على أن تكون كسوة للصيف وأخرى للشتاء من كل ما يستر الجسم ويحميه من المؤثرات الخارجية، والمسكن اللائق أو أجرته على حسب يسار الزوج، والعلاج حسب قدرته لأن هذه الأمور كلها من الضروريات في العرف والعادة التي تحتاجها الزوجة دون إفراط ولا تفريط لقوله تعالى:﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[1].

من مشتملات النفقة أيضا السكن، وقد أوجبه الله تعالى كما أوجب النفقة بقوله تعالى:

﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ﴾[2]، أي من طاقتكم؛ أي مما تطيقونه ملكا أو إجارة أو عارية.

فالسكن هو من جملة مكونات النفقة الواجبة على الزوج،و يشترط في المسكن الذي يجب على الزوج توفيره للزوجة، أن تؤمن فيه الزوجة على نفسها ومالها.

أما الذي عليه الاجتهاد القضائي الجزائري؛ هو الاعتراف بالسكن المنفرد، والقضاء للزوجة به، ولو لم تتمسك به ابتداءً، حيث جاء في قرار المحكمة العليا ما نصه:

---

[1] – سورة البقرة، الآية 233.

[2] – سورة الطلاق، الآية 06.

من المقرر شرعا بأنه للزوجة حق في مطالبة زوجها بإسكانها منفردة ومستقلة عن أهله، ولو لم تكن قد احتفظت بهذا الحق حين إبرام عقد الزواج، أو سبق أن سكنت مع أقارب زوجها، ثم اشتكت بسبب الضرر الذي لحق بها منهم"[1].

تجدر الإشارة في الأخير إلى أنه انطلاقا من نصوص المواد أعلاه، يجب على قاضي الموضوع في حالة النزاع حول النفقة الزوجية أن يراعي كل هذه العناصر مجتمعة ويدخلها كلها في اعتباره عندما يقرر الحكم بالمبلغ المناسب للنفقة المطلوبة.

القانون التونسي نص في الفصل 50 على أن النفقة تشمل الطعام والكسوة والمسكن والتعليم وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

رابعا: وقت وجوب النفقة للزوجة

يرى الأحناف أن النفقة تجب إذا سلمت المرأة نفسها إلى الزوج، قالوا نعني بالتسليم – التخلية – أي أن تخلي بين نفسها وبين زوجها لرفع المانع من وطئها أو الاستمتاع بها حقيقة إن كان المانع من قبلها أو من قبل غير الزوج، فإن لم يوجد التسليم على هذا التفسير وقت وجوب التسليم فلا نفقة لها[2].

[1]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 04-11-1985، ملف رقم: 38331 المجلة القضائية 1989، عدد01، ص101.

[2] – علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، دط، 1982، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ص19.

أما المالكية فيرون أن النفقة تجب للزوجة على زوجها بثلاثة شروط : تتمثل في التمكين، و البلوغ، و قدرة الزوج على الوطء[1].

يرى الشافعية أن النفقة لا تجب إلا بعد أن تمكنه من نفسها ومثلها يوطأ، أما الزوج فتجب عليه النفقة سواء كان يطيق الوطء أم لا، لصغره أو مرضه أو كبره، فالنفقة واجبة عليه جزاء احتباسه لها في بيته[2].

أما الحنابلة فيرون أن النفقة تجب للزوجة على زوجها إذا سلمت نفسها إليه ومكنته من الاستمتاع بها، فإن منعت نفسها عن التسليم فلا نفقة لها[3].

قد نصت المادة74 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي:" تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون".

و هذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها بأن:"حق النفقة مرتبط بحق التمتع بالزوجة ولو حكما[4].

نصت مدونة الأحوال الشخصية التونسية في الفقرة 4 من الفصل23 على أنه:" على الزوج بصفته رئيس العائلة أن ينفق على الزوجة والأبناء...".

والفصل 38 نص على أنه: يجب على الزوج أن ينفق على زوجته المدخول بها وعلى مفارقته مدة عدتها.

---

[1]– الدسوقي محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، تخريج: محمد بن عبد الله شاهين، ط1، 1996م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص 508.

[2] – الشافعي محمد بن إدريس، الأم،ج5، دط، 1393هـ، دار المعرفة، بيروت، لبنان ،ص 95.

[3] – ابن قدامة عبد الله بن أحمد المقدسي ، المغني، ج7، المرجع السابق، ص 564.

[4] – قرار صادر بتاريخ 1986/02/10 ، في الملف رقم39394، منشور بالمجلة القضائية، العدد 4، لسنة 1989 ص151.

خامسا: وقت المطالبة بالنفقة الزوجية

تنص المادة 80 من قانون الأسرة على:" تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى، وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى".

ويفهم من هذه المادة أن المشرع وضع حدا للخلافات حول تاريخ استحقاق النفقة المطلوب الحكم بها، فقرر أن يبدأ حسابها من تاريخ رفع الدعوى، كما يمكن له أن يحكم بها بأثر رجعي على أن لا يتجاوز في ذلك مدة سنة.

و بهذا الخصوص، جاء في أحد القرارات الصادرة عن المحكمة العليا مايلي:" الحكم بالنفقة يكون من تاريخ رفع الدعوى"[1].

كما يجوز للقاضي أن يحكم بنفقة مؤقتة للزوجة بموجب حكم تمهيدي، وذلك أثناء إجراءات المرافعة والمحاكمة، ثم تفصل فيها بصفة نهائية مع الفصل في موضوع النزاع.

النفقة ليس لها حد فهي تكون واجبة على الزوج ما دامت الحياة الزوجية قائمة ومستمرة،وهي واجبة على الزوج نحو زوجته حتى ولو كان الزوج فقيرا والزوجة غنية . وفضلا عن ذلك يجب أن يكون الزواج صحيحا.

لا خلاف بين الفقهاء في أن النفقة واجبة للزوجة على زوجها بالعقد عليها،وإنما الخلاف في وقت

[1]– قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 25–12–1989، المجلة القضائية لسنة 1991 عدد 3، ص 65، وأيضا: 25 أكتوبر 1989، ملف رقم: 70 غير منشور.
ملاحظة: القرار جاء معاكس لنص المادة 80 من قانون الأسرة الجزائري.

اعتبارها دينا على ذمة الزوج[1].

سادسا: تقدير النفقة

من الناحية القانونية نجد نصّت المادّة 79 من قانون الأسرة الجزائري:" يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و الظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم" .

وهو ما كرسه العمل القضائي من خلال قرارات المحكمة العليا، جاء في أحدها بأنه: "من المقرّر فقها و قضاء أن تقدير النفقة المستحقة للزوجة يعتمد على حال الزوجين يسرا أو عسرا ثم حال المعيشة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية، كما كانت جهة الاستئناف في قضية الحال قامت بتخفيض النفقة المحكوم بها للزوجة ابتدائيا دون أن تبحث عن دخل الزوج و حالة معيشة الزوجة، ودون حساب مستوى المعيشة السائدة في المكان الذي يعيش فيه الزوجان فإنها بقضائها كما فعلت خالفت القواعد الشرعية ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه"[2].

يفهم من نص المادة سالفة الذكر أنّ القانون منح للقاضي سلطة واسعة في مجال تقدير المبلغ المطلوب كثمن أو أجر للنفقة، ولم يقيده أو يلزمه بشيء إلا بمراعاة حالة كل واحد من الطرفين، أي حال طالب النفقة وحال المطلوب بالنفقة، وبمراعاة ظروف المعيشة وغلاء الأسعار، وعليه رغم أن الخصوم تعودّوا أن يطلب المدعي منهم مبالغ ضخمة و أحيانا خيالية لا يحكمها عقل ولا منطق، ولا يراقبها وجدان ولا ضمير، فإنّ مهمة القاضي في تقدير قيمة النفقة وفق ميزان عادل، بحيث ستكون

---

[1]– عبد الرحمان الصابوني، نظام الأسرة و حل مشكلاتها في ضوء الإسلام، ج1، دط، 2001، دار الفكر، دمشق، سوريا ، ص315.

[2]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 09-02-1987 ملف رقم 44630 ،المجلة القضائية 1990 ،عدد3،ص 55 .

مهمّته صعبة وشاقة، ومع ذلك فإنها ستكون سهلة نوعا ما إذا حكم ضميره واعتمد على هذين العنصرين اللّذين هما حال الطّرفين وظروف المعاش.

و قرار للمحكمة العليا جاء أنه: "من المقرّر شرعا أن تقرير ما يفرض للزوجة من الحقوق على الزوج لا يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسبيبه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإنّ القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعدّ انتهاكا للقواعد الشرعيّة المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، فإذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبرير ما حكموا به على الإشارة إلى حالة الطرفين وطبقتهما الاجتماعية، دون الاعتبار لطبقة وحالة كل منهما وغناهما وفقرهما، أو غبن أحدهما وفقر آخر، أو دون الاعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية، لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف أن يعطى عادة بما يتناسب مع إمكانية الزوج المادية، إن هؤلاء القضاة قد فصلوا بدون تسبيب وإعطاء شيء غير مألوف، دون الاستناد على أي قاعدة شرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا، فيما يتعلق برفع مبلغ المتعة دون إحالة"[1].

في جميع الأحوال، فإن النفقة الشهريّة التي يقدّرها القاضي اليوم ويمنحها لطالبها بموجب حكم فلا يجوز له أن يراجعها بعد ذلك فيرفعها أو يخفض منها تبعا لارتفاع أو انخفاض الأسعار، إلا بعد مرور عام كاملا ابتداء من تاريخ تقريرها والحكم بها[2].

مما تجدر الإشارة إليه أن تقدير النفقة طبقا للقانون الأسرة الجزائري تخضع للسلطة التقديرية للقاضي المختص على حسب حال الطرفين، اعتبارا من يوم الطلب.

---

[1]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 32779 ، المجلة القضائية، 1989 عدد 2، ص 61 .

[2]– عبد العزيز سعد، الزواج والطّلاق في القانون الأسرة الجزائري، ص 199_200.

قد صدر بهذا الشأن حكم جاء فيه: "بأنّ نفقة المنفق لهم واجبة شرعا ومراعاة الظروف المادية والاجتماعية للمنفق و حاجة المنفق لهم، والحال أن المدّعي المذكور موسر، وقد كانت الآية صريحة في تحديد حال الزوج وأخذه بعين الاعتبار في قوله تعالى: ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا ءَاتَاهُ ٱللَّهُ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا ءَاتَاهَا سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾[1].

كما أن المحكمة العليا قررت نفس الاتجاه، بأن تقدير النفقة موكول لرأي القاضي على أساس إمكانيات الزوج المادية و الاجتماعية، بعد مراعاة العادة والعرف والأسعار الجارية في البلد[2].

ونصت مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الفقرة 4 من الفصل23 على أنه على الزوج بصفته رئيس العائلة أن ينفق على الزوجة والأبناء على قدر حاله وحالهم في نطاق مشمولات النفقة، وعلى الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال.

كما نص القانون التونسي ايضا على معايير تقدير النفقة في الفصل 52 ، حيث جاء فيه ما يلي: تقدر النفقة بقدر وسع المنفق وحال المنفق عليه وحال الوقت والأسعار.

سابعا: سقوط النفقة

في حال ما إذا خرجت الزوجة عن طاعة الزوج ولم تستجب إلى ما تقتضيه الحياة الزوجية فلا تستحق النفقة، كما لو كانت ناشزا، أي رفضت الانتقال إلى بيت الزوجية[3]،أو منعته من الدخول

---

[1]– سورة الطّلاق، الآية 7.

[2]– حكم صادر عن محكمة سيدي امحمد مؤرخ بتاريخ 11–11–1984 غير منشور.

[3]– قرار المحكمة العليا بتاريخ 1984/07/09 ومما جاء فيه:" متى كان من المقرر شرعا أن سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت أنها بلغت بالحكم النهائي القاضي برجوعها لمحل الزوجية وبعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم مما يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها ...".

عليها في بيتها الذي يقيمان فيه بدون مبرر شرعي ، شريطة أن يكون السكن لائقا للحياة الزوجية.

بالتالي إن تخلت الزوجة عن القيام بواجباتها الزوجية الخاصة أو العامة دون مبرر مقبول، فإن واجب النفقة يسقط على الزوج، وتعتبر ناشزا و قد كانت المادّة 37 من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل تنصّ على أن النشوز من مسقطات النفقة لأن هذا الحكم مستمد من الفقه الإسلامي، لكن بعد التعديل ألغيت المادّة المذكورة و تركت فراغا تشريعيا في الموضوع، وبالتالي لا نجد في حالة النشوز إلاّ المادّة 55 من القانون الأسرة الجزائري التي نصت على: " عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطّلاق وبالتعويض لطرف المتضرر"، فهذه المادّة تقضي بالطلاق فقط في حالة النشوز.

قد قررت المحكمة العليا بأنه: " من المقرّر قانونا أن استئناف الزوجة الحياة الزوجية المحكوم بها بأحكام أصبحت نهائية يعتبر نشوزا منها، وبالتالي تسقط حقوقها الزوجية من النفقة وغيرها[1].

تبقى قضية عمل المرأة من المسائل ذات الأهمية بالنسبة إلى هذا الموضوع حيث نجد جل التشريعات التي تطرقت إليه اعتبرت الزوجة غير ناشز، و إن كان المشرع الجزائري لم ينص على المسألة إلا أن المنطق يقتضي أنه إذا مارست العمل برضا الزوج، فإن ذلك يخرجها من دائرة النشوز. خصوصا و أن المشرع منح الحق للمرأة لاشتراط العمل، حينما نصت المادّة 19 من قانون الأسرة الجزائري على:" للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيمَا شرط عدم تعدّد الزوجات و عمل المرأة ما لا تتنافى مع أحكام هذا القانون".

[1]– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 24-02-1986 ملف رقم 39941 غير منشور، و قرار آخر بتاريخ 09-03-1987، ملف رقم 45311 ، صادر عن المجلة القضائية لسنة 1990 ،عدد 3، ص61.

القانون التونسي نص على حكم عام شامل في الموضوع في الفصل51 كما يلي:

"تسقط النفقة بزوال سببها ويرد إلى المنفق ما أجبر على دفعه بدون سبب"، المشرع التونسي لم يفصل في موضوع مسقطات الحضانة و نص على زوال النفقة بزوال السبب المؤدي لها، و منه سبب النفقة هو الزواج و المقصد من الزواج يتحقق بالدخول و المساكنة، فإن لم يتوفر الشرطان زال سبب الإنفاق.

ثامنا: العجز عن دفع النفقة

في حال ما عجز الزوج عن أداء النفقة المفروضة لأسباب موضوعية ، مما يتحتم إيجاد آلية معينة تمكن الزوجة من الحصول على النفقة لتغطية حاجاتها الضرورية من باب الحماية القانونية للأسرة. لأنه لا يجوز تضييع الزوجة بسبب عجز الزوج عن أدائها[1].

حيث عالج هذه المسألة في نص المادة76 ونصها:" في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إن كانت قادرة على ذلك". فهل يفهم من هذا النص أنها ملزمة بالنفقة على نفسها متى كانت قادرة على ذلك.

أما المشرع الجزائري فقد أغفل هذا الموضوع المهم ، فقد نصح حول مسألة عجز الأب عن دفع نفقة الأولاد، في حين كيف سيتعامل القضاء مع القضايا المعروضة أمامه من هذا النوع .

أما القانون التونسي، فقد نص على أن الزوجة القادرة مطالبة بالمساهمة في الإنفاق حسب ما نص عليه في الفصل 23" وعلى الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال".

ونص الفصل39 على أنه :"لا يلزم الزوج بالنفقة إذا أعسر إلا أن الحاكم يتلوم له بشهرين فإن عجز

[1] الرشيد بن شويخ ، قانون الأسرة المقارن، الكتاب الأول: الزواج و آثاره، المرجع السابق، ص180.

بعد إتمامهما عن الإنفاق طلقت عليه زوجته و إذا كانت الزوجة عالمة بعسره حين العقد فلا حق لها في طلب الطلاق".

كما نص في الفصل40 على أنه :"إذا غاب الزوج عن زوجته ولم يكن له مال ولم يترك لها نفقة ولم يقم أحد بالإنفاق عليها حال غيابه ضرب له الحاكم أجلا مدة شهر عسى أن يظهر ثم طلقه عليه بعد ثبوت ما سلف وحلف المرأة على ذلك".

ونصت المادة41 على أنه:" إذا أنفقت الزوجة على نفسها بقصد الرجوع على زوجها الغائب فلها مطالبته بذلك".

الملاحظ أن القانون التونسي قد عالج موضوع عجز الزوج عن الإنفاق حيث أقر في حال يسر الزوجة ماديا، يستوجب عليها الإنفاق إلى حين قدرة الزوج عليه، على عكس المشرع الجزائري الذي أغفل الموضوع بالرغم من أهميته .

الفرع الثاني: كيفية إثبات النفقة الزوجية

النفقة من الحقوق المالية الثابتة المؤكدة شرعا و قانونا، و تعد من القضايا المهمة التي يستوجب العناية بها من طرف المشرع الجزائري و ذلك من خلال ضبط أحكامها بجملة من القوانين و الإجراءات التي تسهل عمل القضاة في حل النزاعات المطروحة أمامهم وفق ما يقتضيه القانون.

و قضايا النفقة متعددة و النزاعات المثارة في شأنها كثيرة مما يستلزم على من يدعي حقا أن يثبته وفق ما نص عليه القانون، و لهذا سنتطرق لكيفية إثبات قضايا النفقة في القانون الجزائري و ما أقرته التطبيقات القضائية.

أولا: إثبات قضايا وقت وجوب النفقة و تقديرها

إن مسألة الإثبات في وقت وجوب النفقة و تقديرها، يقع على عاتق المطالب بالنفقة حيث يجب تقديم الدليل على امتناع الزوج عن أدائها، فالزوجة ملزمة بتقديم وثيقة الزواج الرسمية لإثبات صحة الزواج و باعتبار أن المشرع الجزائري يأخذ بمبدأ الدخول أو الدعوة إليه للمطالبة بالنفقة .

فيقع على الزوجة إثبات هذه الحالات، أي تاريخ الدخول أو تاريخ الدعوة إلى الدخول لاستحقاق النفقة، ولها أن تثبت ذلك بكافة طرق الإثبات[1]، و فضلا عن ذلك عليها أن تثبت امتناع الزوج عن أدائها من ذلك الحين.

بعد أن اطلاع القاضي على ملف الدعوى المطروحة أمامه و يتفحص الوثائق المرفقة بالملف، يجري تحقيقا لتأكد من صحة ما عرض عليه من قبل سلطة مختصة و يتأكد من الدخل المعيشي للزوج من خلال طلب مستندات تثبت راتبه الشهري أو السجل التجاري أو ممتلكاته العقارية أو المنقولة و غيرها مما يثبت دخله المادي.

يمكن الاستعانة بخبراء في المجال، و تقرير الخبرة يكون للاستئناس دون أن تكون ملزمة للقاضي[2] .

هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار صادر لها جاء فيه من المقرر فقها وقضاء أن تقدير النفقة المستحقة للزوجة يعتمد على حال الزوجين يسرا أو عسرا حال مستوى المعيشة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الشرعية[3].

---

[1]– الرشيد بن شويخ، قانون الأسرة المقارن، الكتاب الأول: الزواج وآثاره، المرجع السابق، ص 125.

[2]– محمد الكشبور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص301

[3]–قرارا المحكمة العليا رقم 44630 بتاريخ 1987/02/29.

أما القضاء التونسي فقد قررت محكمة التعقيب فيما يلي:" لا يشترط الدخول الفعلي لاستحقاق الزوجة الإنفاق، بل أن الدخول الحكمي يوجب على الزوج الإنفاق وذلك إذا طلبت الزوجة من زوجها الدخول بها بواسطة عدل منفذ وامتنع هذا الأخير عن ذلك"[1].

في قرار آخر جاء فيه: " إن الزوج مطالب بالإنفاق على زوجته المدخول بها ولو كانت خارج محل الزوجية مادام لم يقم بمطالبتها بالمعاشرة أو اعتبارها ناشزا عند امتناعها عن الرجوع ، فمن باب أولى أن يلزم الزوج بالإنفاق على زوجته التي دعته لإتمام الدخول ورفض ذلك ضرورة أن ركني الدخول والمساكنة قد توافر في قضية الحال اعتبارا للدخول الحكمي وأساسه انحباس الزوجة"[2].

في قرار آخر صادر عن محكمة التعقيب التونسية التي اعتبرت تقدير النفقة بحسب وسع المنفق وحال المنفق عليه وحال الوقت والأسعار وهذه العناصر أساسية تعتمدها محكمة الأصل من خلال وقائع الدعوى والمؤيدات المستدل بها والأبحاث التي أذنت بها ولها حق الاجتهاد في استخلاص الحقائق من خلال تفحصها لهذه المؤيدات ولا معقب لحكمها إذا كان معللا تعليلا سليما ومستمدا مما له أصل ثابت بأوراق الملف[3].

مما سبق فإنه يحق للزوجة في حال عدم إنفاق الزوج عليها المطالبة بحقها أمام الجهات المختصة، و يقع عليها عبأ الإثبات و ذلك بتقديم وثيقة عقد الزواج الرسمية الصادرة من الجهات المخولة لها قانونا إبرام عقد الزواج وفق أحكام المادة 9 و المادة 9مكرر و الدخول بها ثم إثبات امتناع الزوج عن الإنفاق و لها في ذلك جميع طرق الإثبات.

إذا كان الزوج غائبا عن الزوجة ولم يترك لها نفقة كافية ولم يرسل لها النفقة، فلها أن تطلب

---

[1]- قرار تعقيبي مدني عدد 1229 مِرخ في 15 جويلية 1977.

[2]- قرار تعقيبي مدني عدد 863 مِرخ في 11 اكتوبر 1996.

[3]- قرار تعقيبي مدني عدد61092 مؤرخ في 12 جانفي 1998.

من القاضي فرض نفقة لها، لأن النفقة تكون واجبة عليه سواء كان حاضرا أم غائبا، فإن كان له مال كالنقود والغلال، وهي في يد الزوجة فرض القاضي لها نفقة مناسبة، و إذا كان هذا المال لدى الغير، كأن يكون بنكا مثلا فرض القاضي لها من هذا المال ما يكفيها، وهذه المسائل تخضع للقواعد العامة في الإثبات و على الزوجة أ ن تقوم بالتصريح بغياب الزوج و عدم نفقته لها أمام القاضي حتى يتمكن من الحكم لها بالنفقة، وللقاضي أن يستعين بشهادة الشهود، كما يمكن للقاضي توجيه اليمين في الموضوع[1].

ثانيا:الإثبات في موضوع العجز عن النفقة

إن مسألة عجز الزوج من المسائل المهمة و الشائكة في نفس الوقت حيث أن المشرع من خلال نص المادة 76 من قانون الأسرة حين تطرق لموضوع عجز الزوج عن الإنفاق و أجوب النفقة على الأولاد للزوجة إن كانت قادرة على ذلك ، و عليه لم يتطرق لنفقة الزوجة ولم يحدد فيما كانت الزوجة بدون دخل مادي ، ما مصير الزوجة و الأبناء؟ هناك الكثير من المسائل حول الموضوع أغفلها المشرع مما يستوجب عليه إعادة النظر فيها حماية للأسرة .

يقع على عاتق الزوجة إثبات عجز الزوج عن النفقة، و لها كافة طرق الإثبات، و ذلك من خلال تقديم وثائق و مستندات تدل على ذلك ، كوثيقة التسريح من العمل، أو وثيقة فسخ عقد العمل، أو أصيب بمرض مزمن حال دون قيامه بأنشطة تجارية، كونه يمارس أعمالا حرة ، و كل ما يقوم مقامه في الكشف عن الحالة المادية للزوج، مما يمكن إقامة الدليل عليه أمام القضاء [2].

في حالة غياب الزوج فيمكن الإثبات بكافة الطرق، أما حالة الفقدان فيمكن إثبات واقعة

[1]– الرشيد بن شويخ، قواعد الإثبات في النطاق المدني و قضايا الأسرة ، المرجع السابق ، ص237 وما يليها.

[2]– صارة بن شويخ، خصوصية لنفقة الزوجة بين معايير التقدير و تسريع التطبيق ، مقال منشور في مجلة حوليات جامعة الجزائر، ج2،العدد 26، نوفمبر 2014 ، ص66.

الفقدان بمحاضر الجهات المختصة أو بأحكام قضائية بشأن الفقدان، أو كان مسجونا يتم الإثبات بنسخة من الحكم القضائي.

ثالثا: إثبات قضايا مسقطات النفقة

إذا خرجت الزوجة عن طاعة الزوج و لم تستجب للحياة الزوجية فلا تستحق النفقة، أي في حال رفضت الانتقال إلى بيت الزوجية أو منعته من الدخول عليها، بدون مبرر شرعي ، يسقط حقها في النفقة، و تعتبر ناشزا.

في حالة الإثبات فإن على المدعي بأي حق اتجاه الآخر عليه أن يقيم الدليل على دعواه وبكافة طرق الإثبات، فإذا طالبت الزوجة بالنفقة الزوجية، وامتنع الزوج عن أدائها بسبب خروجها للعمل بغير إذن منه ، فلها أن تثبت العكس عليها بأن تقيم الدليل على وجود شرط في عقد الزواج يقضي بعدم منعها من العمل، أو أن الزوجة كانت تعمل عند زواجها منه ولم يعارض عملها.

إذا أثبت الزوج ذلك أمام القضاء فالقاضي في حال تبين له نشوز الزوجة، فإنه يأمر الزوجة القيام بالواجبات الزوجية المقررة لها شرعا و قانونا، فإذا امتنعت يقضي القاضي بنشوزها وفق حكم قضائي، وبناءا عليه تسقط النفقة.

وإذا امتنع الزوج دفع النفقة بحجة أن الزوجة رفضت الانتقال معه إلى مسكن الزوجية دون عذر، فما عليه سوى إقامة الدليل على ذلك وبكافة الطرق، وللقاضي السلطة التقديرية في هذه المواضيع بحسب الوقائع المعروضة أمامه[1]، و على الزوج واجب الإنفاق على زوجته المقيمة عند

[1]– صارة بن شويخ ، خصوصية نفقة الزوجة بين معايير التقدير و تسريع التطبيق، المرجع السابق، ص68.

أهلها حتى ثبوت نشوها بحكم قضائي[1].

بخلاف القانون التونسي كما رأينا لم ينص على النشوز باعتباره من مسقطات النفقة، وإنما وجد نص عام يتعلق بسقوط النفقة بزوال سببها نص عليها في الفصل51 كما يلي:"تسقط النفقة بزوال سببها ويرد إلى المنفق ما أجبر على دفعه بدون سبب".

الملاحظ من القرارات الصادرة عن القضاء التونسي، وجود رأيين مختلفين فأحيانا يعتبر النشوز من مسقطات النفقة، وأحيانا يعتبره إخلالا بالواجبات الزوجية.

جاء في قرار محكمة التعقيب أن الزوج مطالب بالإنفاق على زوجته المدخول بها ولو كانت خارج محل الزوجية مادام لم يقم بمطالبتها بالعاشرة أو اعتبارها ناشزا عند امتناعها عن الرجوع[2].

وجاء في قرار آخر لمحكمة التعقيب أن مسألة النشوز خارجة عن اختصاص حاكم النفقات وأن تحقيق مدى قيام الزوجة بواجباتها من مسائل الواقع الخاضعة لاجتهاد محكمة الموضوع.

إن تقدير النفقة من اختصاص محكمة الموضوع دون رقابة عليها في ذلك من لدن محكمة التعقيب طالما كان حكمها معللا بما له سند صحيح من الواقع و القانون[3].

في حال نشوب التنازع بين الزوجين في الموضوع ، فيقع على من يدعي حقا معينا أن يثبت بكافة طرق الإثبات أمام القضاء، كإثبات حالة امتناع الزوجة عن الانتقال لبيت الزوجية دون عذر،أو إثبات حالة امتناع الزوجة عن السفر مع زوجها دون مبرر وأما حالة الوفاة فإنها عادة تثبت بشهادة الوفاة.

---

[1]- قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2008/11/12، فصلا في الطعن رقم 466390 المنشور في المجلة القضائية، العدد 2/2008، ص 317.

[2]- قرار تعقيبي مدني عدد 794 مؤرخ في 1961/3/22.

[3]- قرار تعقيبي مدني عدد 2796 مؤرخ في 21 ديسمبر/2000.

على الطرف الآخر أن يفند ادعاءات الخصم ، بجميع طرق الإثبات ،كأن تثبت الزوجة بأن عدم انتقالها لبيت الزوجية كان بسبب عدم التزام الزوج بتوفير المسكن الذي وعد به.

المطلب الثاني

إثـبات الحـقـوق المـاليـة للزوجـيـن

تعتبر مسألة تنظيم سير الأموال بين الزوجين من المسائل المهمة التي يجب على الزوجين ترتيبها و العناية بها، تفاديا للمشاكل حال الحياة أو بعد وفاة أحدهما تجنبا للصراعات التي يمكن أن تثور مع الورثة، و يصعب حلها إن كانت هذه الأموال التي بينهما لم يتو توثيقها في مستندات تبين لكل واحد منهما لم له و ما عليه، و في حال الشراكة بينهما النسب التي تؤول لكل منهما، حيث من خلال هذه المستندات يمكن إثبات حق كل منهما أمام القضاء في حال نشوب نزاع بينهما أو بين ورثتهما، ولدراسة هذا الموضوع سنتطرق لدراسة موضوع الحقوق المالية للزوجة إثباتها(الفرع الأول)، ثم التطرق لموضوع تنظيم الأموال المشتركة للزوجين و إثباتها (الفرع الثاني).

الفرع الأول :إثبات الحقوق المالية للزوجة

تعد الحقوق المالية للزوجية من المواضيع المهمة التي يجب التكفل بها من قبل المشرع الجزائري حماية لها من الضياع ، باعتبار المرأة عموما تنقصها الخبرة في المعاملات المالية و كذا المانع الأدبي قد يشكل عائقا بالنسبة لها في المطالبة بحقوقها أو التصرف فيها كما تشاء، قد تجد صعوبة في المطالبة به في حال ما ثار نزاع بينها و بين الزوج في حال ما لم يكن لها ما يثبت هذا الحق مما يؤدي إلى هدره و ضياعه، لذلك أعطى المشرع الجزائري للزوجة الحرية الكاملة في التصرف في مالها(أولا)، و كذا أقر بحقها في المطالبة في سكن تمارس فيه الحياة الزوجية(ثانيا).

أولا: إثبات **حرية الزوجة في التصرف في مالها**

من المعلوم أن الذّمة المالية للزوج والزوجة مستقلتان في شريعة الإسلام، فالزوج مطالب

بالنفقة على زوجته ولو كانت غنية، ولا يجوز له إجبارها على إخراج شيء من مالها الخاص سواء كان عبارة عن مال ورثته عن أبيها أو كان عن طريق هبة، أو كان عبارة عن صداق أعطاه لها أثناء العقد.

بالتالي فإن للزوجة مطلق الحرية في التصرف في مالها الخاص، فلها أن تدخر هذا المال،أو أن تتصدق به أو بجزء منه. ولها أن توصي به، أو أن تهبه إلى الغير وهكذا.

أما الدليل على استقلالية الذمة المالية بين الزوجين نجد قوله تعالى:﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾[1].

فعبارة " بما أنفقوا من أموالهم " عامة تشمل النساء والرجال وتدل على أنه يمكن أن يكون لكل منهم رجالا ونساء أموالا.

قد نص قانونا الأسرة على هذا الحكم في المادة 37 المعدلة، حيث نصت على أنه: لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر.

كما أضاف في الفقرة الثانية إمكانية أن يتفق الطرفان سواء في عقد الزواج أو في عقد لاحق حول الأموال المشتركة بينهما، ونصيب كل طرف. ولم ينص القانون قبل التعديل على هذا الحكم .

القانون التونسي نص في الفصل 24 على أنه:" لا ولاية للزوج على أموال زوجته الخاصة بها"، فقد رأينا سابقا بأنه نظم في قانون خاص متعلق بنظام الاشتراك بين الزوجين(قانون عدد91 لسنة1998) مسألة النظام المالي المشترك بين الزوجين، فإذا اتفق الزوجان عليه عند العقد فإنه يطبق بينهما، وإذا لم يختارا هذا النظام فإن استقلالية الذمة المالية هي التي يعمل بها. وذلك وفقا

[1]- سورة النساء، الآية34.

للفصل7 فقرة3 من القانون المذكور: يعتبر الزواج المبرم دون تنصيص على رأي الزوجين في نظام الأملاك الزوجية بمثابة الاختيار لنظام التفرقة في الأملاك.

بالإضافة إلى أن القانون التونسي أوجب على الزوجة المساهمة في الإنفاق على الأسرة متى كانت قادرة على ذلك. والمعنى واضح بأن للزوجة حرية التصرف في أموالها الخاصة.

في حال ما إذا حدث نزاع بين الزوجين فيما يخص المساس بأملاك الزوجة الخاصة، فما عليها إلا إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات. فعليها أولا إثبات ملكيتها للمال محل النزاع او اشتراكها فيه بنسبة محددة في الاتفاق مثلا.

وعليها إثبات تعدي الزوج على أملاكها الخاصة، أو أنها تثبت تعرض الزوج دون رضاها للمساس بأموالها الخاصة، كأن يقوم بسحب جزء من مالها لدى مصرف معين بغير إذنها ودون علمها.

إذا منعها من التصرف في أموالها الخاصة بالبيع أو الشراء أو الهبة أو الوصية او الاستثمار في المشروعات المباحة شرعا، فما عليها سوى أن ترفع أمرها إلى القضاء وتقديم الدليل على دعواها بكافة طرق الإثبات.

ثانيا: إثبات حق الزوجة في السكن

من حقوق الزوجة على زوجها وجوب توفير المسكن الملائم و المحترم لممارسة الحياة الزوجية فلا يمكن الاستغناء على المسكن لضرورة السترة و حفظ المتاع[1]، بنا يتناسب مع وضعه المالي و الاجتماعي و لا يلزم بإسكان أحد أقارب زوجته معه إلا برضاه، و أما بالنسبة لأقاربه فيجوز له أن

[1]– ربيحة إلغات، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2010–2011، ص174.

يسكن أطفاله من زوجة أخرى إن كانوا دون سن التمييز، و يحق للزوجة أن تعارض في إسكان ضرتها في بيتها بل على الزوج أن يسكن كلا منهما في منزل خاص و أن يعدل بينهما في سائر الحقوق[1] .

لقوله تعالى :﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾[2]، أي ضرورة توفير مسكن الزوجية بحسب القدرة المالية للزوج .

لكن في واقعنا المعاش العديد من الزوجات يسكن مع أهل الزوج و أن هذه الوضعية مرتبطة – حسب أقوال الأزواج – بغياب الإمكانيات المادية لتأمين سكن مستقل و لائق لزوجاتهم [3].

قد اعتبر المشرع الجزائري السكن من مشتملات النفقة الواجبة على الزوج طبقا لنص المادة 78 من قانون الأسرة التي نصت على:"تشمل النفقة : الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرته ، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة".

يجب على الزوج أن يوفر لزوجته مسكن على حسب استطاعته و قدرته المالية شريطة أن يكون محترم و لائق ن سواء كان ملكه أو استأجره، و ليس من حق الزوجة أن تمتنع عن الإقامة فيه.

حيث جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا ما نصه : "من المقرر شرعا بأنه للزوجة حق في مطالبة زوجها بإسكانها منفردة و مستقلة عن أهله ، و لو لم تكن قد احتفظت بهذا الحق حين إبرام عقد الزواج ، أو سبق أن سكنت مع أقارب زوجها ، ثم اشتكت بسبب الضرر الذي لحق

---

[1]– عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص109.

[2]– سورة الطلاق، الآية06

[3]– عائشة الحجامي، مدونة الأسرة على ضوء الممارسة القضائية ط1، دت، مطبعة الوراقة الوطنية، مراكش المغرب، ص 201.

منهم"[1].

أما المشرع التونسي قد أكد في حال عدم وجود مقر للزوجية ينفي النشوز المدعى به و لا يعتبر معه تصرف الزوجة إخلالا بواجباتها الزوجية المفروضة عليها بالفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية و بالتالي ضرورة توفير مسكن الزوجية لممارسة الواجبات المقررة للزوجة [2].

الفرع الثاني:إثبات الحقوق المالية المشتركة للزوجين

إن مسألة تنظيم الأموال المشتركة بين الزوجين و قضايا الإثبات فيها، من المسائل الحساسة و الشائكة في نفس الوقت، فقد يعترض عملية توثيق المعاملات المادية بين الزوجين مبدأ المانع الأدبي الذي يشكل عائق بينهما، خاصة من جانب الزوجة، و تتجنب حماية حقوقها المادية من خلال مراعاة شعور الزوج و حساسيته من موقفها الذي قد يفسره من نطلق عدم ثقتها به، إلا أن الزوجة قد تصطدم بالمشاكل حال فك الرابطة الزوجية بينهما و تطالب بالأموال الخاصة بها و يمتنع الزوج عن تقديمها فتلجأ للقضاء الذي بدوره يطلب منها تقديم إثباتات على ما تدعيه، فيصعب عليها ذلك(أولا)، أما مسألة التوارث بينهما حق لكل واحد منهما(ثانيا).

أولا: إثبات الأموال المشتركة بين الزوجين

المقصود بالملكية المشتركة بين الزوجين هي جميع الأموال المكتسبة بعد الزواج، و التي يكتسبانها الزوجان من عملهما و كذلك إيراداتهم الشخصية من الرواتب و الكسب، أثناء قيام الحياة

[1]– قرار صادر عن المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 04/11/1985، ملف رقم:38331المجلة القضائية 1989،عدد01،ص101.

[2]– قرار تعقيبي مدني تونسي، عدد 49225 مؤرخ في 1996/04/30.

الزوجية مشتركة بينهما، أما الأموال الأخرى التي يتملكها كل من الزوجين فتبقى أموالا خاصة بكل منهما و تكون مستقلة عن أموال الزوج الآخر[1].

قد سبق أن أشرنا بأن المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري أقرت باستقلالية الذمة المالية للزوجين، وأجازت في الفقرة الثانية منها للطرفين تخصيص أموالا مشتركة بينهما يديرانها خلال الحياة الزوجية سواء تم ذلك في عقد الزواج أو في اتفاق مستقل بعد الزواج، مع تحديد النسب التي تعود لكل طرف حسب مشاركته.

هذه المادة مستوحاة من التشريع الفرنسي الذي تطرق لموضوع النظام المالي المشترك بين الزوجين، و نظمه تنظيما دقيقا في المواد 1400 و 1401و 1403 و1408 من القانون المدني الفرنسي، التي أقرت بأن الملكية تكون مشتركة بين الزوجين في حالتين : الأولى إذا صرح الزوجان بأن زواجهما يخضع لنظام الاشتراك في الأموال المكتسبة، و الثانية إذا سكت الزوجان عن اختيار نظام مالي لحياتهما الزوجية، في حين لا تكون الملكية مشتركة بين الزوجين إذا صرح الزوجان بأن زواجهما يخضع لنظام مالي آخر عن طريق اتفاق خاص يعقد بينهما و يقترن بعقد الزواج [2].

غير أن المشرع الجزائري لم تتطرق إلى وضع نظام قانوني للملكية المشتركة بين الزوجين، بل اكتفى بالفقرة الثانية من المادة 37 من قانون الأسرة التي أشارت للموضوع بتفاصيل بسيطة، إذ أنه لكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة و مع هذا يجوز لهما أن الاتفاق حول الأموال المشتركة بينهما المكتسبة أثناء قيام العلاقة الزوجية .

و يكون عن طريق رضا كل من الزوجين و ليس بنص قانوني ملزم، غير أن الواقع أصبح

---

[1]– العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص420.

[2]– رعد مقداد الحمداني، النظام المالي للزوجين ،ط2، 2010، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان، الأردن، ص60.

يفرض نفسه خاصة باقتحام المرأة سوق العمل و التجارة مما جعلها صاحبة أموال، و عليه أصبح لزاما على المشرع ضبط هذه المسألة ضبطا دقيقا يتماشى و قضايا العصر و هذا حماية لحقوق المرأة المالية بصفة خاصة و للأسرة بصفة عامة.

باعتبار أن القانون الجزائري لم يفصل في الموضوع، فالمسألة تخضع لاتفاق الطرفين في المقام الأول، وإلا فإنها تخضع للأحكام العامة في القانون المدني والتجاري حسب طبيعة الاتفاق.

أما مسألة إثبات و جود أموال مشتركة بين الطرفين و حسن إدارتها من عدمه ، يطرح مشاكل خطيرة في حال الخصومة أو النزاع، فعلى من يدعي من الزوجين ملكية شيء معين من الأشياء أن يثبت تلك الملكية بكافة الوسائل المقررة شرعا للإثبات كالكتابة إن تم توثيق الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية، مع تحديد نسبة كل منهما فيعتبر هذا العقد سند في الإثبات كما يمكن إثبات الحق بشهادة الشهود و غيرها من وسائل الإثبات الأخرى.

أما القانون التونسي الذي يعرف بدوره هذا النظام المالي المشترك المنظم بمقتضى القانون عدد 91 لسنة 1998 المؤرخ في 9 نوفمبر، المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين وبشكل مفصل كما سبق الإشارة إليه.

قد أقرت محكمة التعقيب التونسية في قرار تعقيبي[1]، جاء فيه :"ثبوت الضرر الصادر عن الزوجة التي أدينت بموجب حكم جزائي من أجل الاستلاء على مشترك قبل القسمة، بعد أن ثبت اختيارها مع زوجها نظام الاشتراك في الملكية الذي يفترض علم الطرفين بعدم التصرف في الأملاك المشتركة بأي وجه دون إرادة قرينه، و اعتبرت المحكمة أن ما أتته الزوجة من فعل إجرامي من شأنه أن يولد لدى قرينها شعور بالخيانة و عدم الثقة الذي يؤدي إلى زعزعة كيان العلاقة الزوجية بشكل

[1]– قرار تعقيبي عدد 32135.2015 صادر بتاريخ 20/04/2016.

يجعل استمرار المعاشرة الزوجية بينهما أمرا مستحيلا.

ثانيا: إثبات حق التوارث بين الزوجين

إذا عقد الرجل على امرأة معينة فقد حلت له و حل لها و تكونت بذلك صلة قوية و متينة تربط بين الزوج و زوجته هي رابطة المصاهرة، و قد جعل الله سبحانه و تعالى لكل من الزوجين أن يرث الآخر حالة وفاته ن شريطة أن تكون الزوجية قائمة حقيقة أو حكما ، و شريطة ألا يكون هناك مانع شرعي يمنع من الإرث كالقتل العمد و الاختلاف في الدين، و يعتبر حق التوارث حقا من حقوق الله أي من صميم النظام العام بحيث يمتنع على أحد الزوجين أن يمنعه أو يغير في أنصبته بأي وجه من الوجوه[1].

دليله من القرآن الكريم قوله عز و جل :﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَ لَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾[2].

قد نظم المشرع الجزائري الميراث في الباب الثالث من قانون الأسرة حيث بدأ الفصل ألأول بأحكام عامة و نص في المادة 126 منه على أن :" أسباب الإرث : القرابة و الزوجية".

من المستقر عليه شرعا و قضاءا أن العلاقة الزوجية هي سبب من أسباب الإرث و تستحق الزوجة الإرث بموت مورثها و كذا الزوج و من المعروف في القواعد الإجرائية أن تقديم مستخرج من عقود الزواج هو دليل من أدلة الإثبات[3]، و عند وفاة أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق،

---

[1]– محمد الكشبور ، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية ، المرجع السابق، ص287.

[2]– سورة النساء، الآية 12.

[3]– قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1993/04/27، فصلا في الطعن رقم 91664 منشور بالمجلة القضائية، العدد 1994/1، ص68.

يستحق الحي منهما الإرث و للزوجة نفس الحق إذا حصلت الوفاة أثناء عدة طلاقها و تستحق ميراثها و تعتبر و كأنها مازالت زوجة حتى و لو كان الطلاق صحيحا، أما إذا طلقها و هو مريض مرض الموت و لو كان طلاقا بائنا و مات أثناء عدتها و ثبت أنه قصد حرمانها من الميراث فإنها تعتد بأطول الأجلين : الطلاق أو الوفاة[1]، و تؤدي وفاة الزوج بعد رفعه دعوى الطلاق إلى انقضاء الخصومة بسبب الوفاة و لا يتم حرمان الزوجة من الإرث[2] .

[1]– قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1993/12/21، فصلا في الطعن رقم 101444، منشور بالمجلة القضائية، العدد 2/1996، ص73.

[2]– قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 10/11/2011، فصلا في الطعن رقم 653324، منشور بالمجلة القضائية، العدد 2/2012، ص238.

المبحث الثاني

الإثبات في القضايا المتعلقة بالحقوق الزوجية المعنوية

يقصد بالحقوق المعنوية المشتركة هي تلك الحقوق الثابتة للزوجين معا، و عليهما معا، فهما يمتلكانها معا و لهما حق الاستفادة منها معا، و هذا النوع من الحقوق لا يقدر بالمال، و يعرف أيضا بالحقوق غير المالية للزوجين، وبالرغم من اختلاف الأسماء إلا أن هذه الحقوق شرعية أجازها الله سبحانه و تعالى في كتابه الحكيم و أقرها القانون الوضعي، لما لها من آثار حسنة في حياة الزوجية و الأسرة بصفة عامة.

الحقوق المعنوية بين الزوجين تنقسم إلى حقوق معنوية مشتركة بين الزوجين وقد نصت المادة 36 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري عليها، حيث يشترك الزوجان في تحقيقها، و يندرج ضمنها الحقوق و الالتزامات المتبادلة بين الزوجين و حق الأطفال في النسب(المطلب الأول)

و حقوق معنوية منفصلة منها ما هو خاص بالزوجة حيث على الزوج أن يعدل في حال التعدد بين زوجاته، كما لها الحق في عدم إلحاق الضرر بها، أما الحقوق المعنوية الخاصة بالزوج تتمثل في حق الطاعة و القوامة و حقه في قيام زوجته على خدمته(المطلب الثاني)

إلا أن المشكل المثار هو حال فك الرابطة الزوجية و قيام النزاع حول ما إذا كان أحد الزوجين يُخل بواجباته اتجاه الآخر، مما انجر عن هذا الإخلال ضرر معنوي أدى إلى إنهاء العلاقة الزوجية هنا يستوجب على الطرف المتضرر إقامة الدليل على ما يدعيه أمام القضاء.

المطلب الأول

إثبات الحقوق المعنوية المشتركة بين الزوجين

إن مسألة إثبات الحقوق المعنوية المشتركة بين الزوجين من بين المسائل التي يصعب إقامة الدليل عليها، لأنها تتعلق بالأمور الخاصة بين الزوجين و كيفية تنظيمها، ففي حال ما ثار نزاع حولها بين الزوجين يستوجب على الطرف المتضرر أن يثبت ما يدعيه أمام القاضي، للفصل في المنازعة و حماية أصحاب الحقوق بما حدده القانون، باعتبار أن الإثبات هو الأداة التي يعتمد عليها القاضي عند التحقق من الادعاءات و الوقائع المعروضة أمامه، و البحث في مدى صحتها و سلامتها قبل إصدار الحكم و الفصل في النزاع.

و لدراسة موضوع الحقوق المعنوية المشتركة بين الزوجين و قضايا الإثبات فيها يتوجب علينا التطرق للحقوق والالتزامات المتبادلة بين الزوجين و إثباتها(الفرع الأول)، ثم التطرق لموضوع حق الأطفال في النسب و قضايا إثباته(الفرع الثاني).

الفرع الأول: إثبات الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الزوجين

نصت المادة 36 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري على مجموعة من الحقوق و الالتزامات المتبادلة بين الزوجين يشتركان في تحقيقها لتدعيم العلاقة الزوجية و استمرارها على النحو الصحيح و في حال ما إذا تقاعس أحد الزوجين و أخل بما عليه من التزامات و سبب ضرر للطرف الآخر يتوجب على الطرف المتضرر إثبات ذلك أمام القضاء بالوسائل التي أقرها القانون

أ- المحافظة على الروابط الأسرية و واجبات الحياة المشتركة

معنى هذا أنه يجب القيام بكل ما من شأنه أن يؤدي إلى تدعيم العلاقات الزوجية و استمرارها في حب و سعادة و احترام و استعمال كل الوسائل الممكنة المادية منها و المعنوية للوصول إلى هذه الغاية النبيلة، فلكل من الزوجين حق الاستمتاع بالآخر بما في ذلك النكاح و مقدماته لتحقيق مقاصد[1]، الزواج طبقا لنص المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري و تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب، و عدم الامتناع عن ذلك إلا لعذر شرعي .

يحق لكل الزوجين الاستمتاع بالآخر على الوجه الشرعي،و هذا الحق فيه يعف كلا الزوجين من الوقوع في الرذيلة، و لا ينبغي للزوجة الامتناع عن الزوج إذا طلبها،و كذلك الزوج يحرص أن يعف زوجته و يحافظ على استقرار العلاقة الجنسية بينهما، من آداب العلاقة الزوجية الحميمة عدم إفشاء أسرارهما الزوجية، و الحفاظ على خصوصيتهم قدر الإمكان.

هذا ما أكدته المحكمة العليا حين أقرت أنه يجوز طلب التطليق من الزوجة لكل ضرر معتبر شرعا، و متى تبين في قضية الحال أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة و لم يقم بإتمام الزواج بالبناء بها، فإن الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا و معنويا مما يثبت تضررها شرعا طبقا لنص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري و عليه فإن قضاة الموضوع بتطليقهم الزوجة و إلغاء عقد الزواج و تعويضها على أساس تعسف الزوج طبقوا صحيح القانون[2] .

---

[1]- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص367.

[2]- قرار صادر عن المحكمة العليا غرفة الحوال الشخصية ، بتاريخ 16/03/1999 ملف رقم 217179 عدد خاص من المجلة القضائية ص 122.

ب- المعاشرة بالمعروف و تبادل الاحترام و المودة و الرحمة

على كلا الزوجين أن يحسنا المعاشرة والمعاملة بينهما بالمعروف و التعاون و الاحترام وتجاوز الخلافات، والإخلاص في أداء الواجب، والتشاور و تبادل الآراء في شؤون الأسرة، وهذا من شانه أن يحافظ على الروابط الزوجية، في جو من السعادة و المودة و الإحسان ينعكس على الزوجين بالاستقرار النفسي و كذا الأسري .

إن من عظيم إعجاز الله في كتابه الكريم و واسع حكمته أنه لما ذكر علاقة الزواج وصفها بالمودة و الرحمة فقال جل جلاله :﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَ جَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَ رَحْمَةً﴾[1]، و قوله تعالى :﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَ أَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾[2]، قوله تبارك و تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالمَعْرُوفِ﴾[3].

أكدت السنة النبوية الشريفة هذا المعنى في حجة الوداع عندما توجه الرسول صلى الله عليه و سلم إلى الرجال وقال: " من كان يؤمن بالله و اليوم الآخر فلا يؤذي جاره، واستوصوا بالنساء خيرا، فإنهنَّ خلقن من ضلع، و إن أعوج شيء في الضلع أعلاه، فإن ذهبت تقيمه كسرته، و إن تركته لم يزل أعوج، فاستوصوا بالنساء خيرا "[4] .

معالم العشرة الحسنة بين الزوجين إحسان الزوج معاملة زوجته و رعايتها رعاية حسنة يقابل ذلك طاعة المرأة لزوجها، و لو قام كل منهما بما يجب عليه بإحسان و إتقان فإنهما يعيشان حياة سعيدة و يصبح كل منهما بالنسبة للآخر نصفه الذي لا غنى عنه، و لا يستطيع أن يحيى من دونه، و

---

[1]- سورة الروم، الآية 21

[2]- سورة البقرة ،الآية 187.

[3]- سورة النساء، الآية 19.

[4]- محمد بن اسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، المترجم: محمد الدين الخطيب، ط1، 1400هـ،المكتبة السلفية، القاهرة، مصر، الحديث رقم 5186، ص320.

بذلك يتحقق بينهما حسن العشرة و صونها الذي هو أهم الحقوق المشتركة بين الزوجين[1].

ت- التعاون على مصلحة الأسرة و رعاية الأولاد و حسن تربيتهم

حثت المادة 37 في فقرتها الثالثة على التعاون على مصلحة الأسرة و رعاية الأولاد و حسن تربيتهم،بحيث يجب على كل من الزوجين مساعدة الآخر و التعاون معه في كل ما فيه مصلحة للأسرة و لأفرادها و ذلك لخلق جو التعاون فيما بينهم الذي بدوره يزرع الحب و التفاهم فيما بينهم و يعزز روح المسؤولية، و تحمل أعباء الحياة و مشاكل الأسرة .

إن مسؤولية الأولاد و رعايتهم و تربيتهم و تعليمهم تحتاج جهدا من الطرفين من أجل اختيار منهجا سليما ينهض عليه الطفل بحيث يؤثر إيجابا عليه و ينعكس ذلك في سلوكه و أفكاره و أخلاقه.

فالزوجة ملزمة بالإقامة في بيت الزوجية لتنظيم و رعاية الأبناء و كذلك الزوج لا يمكنه مغادرة بيت الزوجية دون عذر مقبول لتوفير جو يسوده الهدوء و الطمأنينة بين الزوجين.

ث- التشاور في تسيير شؤون الأسرة و تباعد الولادات

نصت الفقرة الرابعة من المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري على:" التشاور في تسيير شؤون الأسرة و تباعد الولادات".

تشير هذه الفقرة إلى تحديد المسؤوليات بين الزوجين على أساس التشاور و التفاهم لأن الزواج كما سبق و أن بينا يقضي بتنظيم الفطرة الخاصة و يحقق للإنسان بواسطة النسل البقاء ، و من جهة أخرى يهيأ له جو الشعور بالمسؤولية في إدارة و تنظيم الأسرة، على أساس من الشورى و

[1]- ربيحة إلغات، المرجع السابق، ص31

تبادل الرأي حيث قرر الإسلام هذا و جعله شئنا من شؤون المسلمين في مجتمعهم[1]، فقال تعالى في كتابه الكريم:﴿وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ﴾[2]،

مسألة التشاور بين الزوجين في تسيير شؤون الأسرة هو أساس الحياة الزوجية و يعتبر بمثابة المفتاح السري إن صح القول في استمرار و نجاح العلاقة الزوجية فهو يعزز الروابط الأسرية و يقوي و يوطد حياتهم فهو تعبير صادق للاشتراك و تقاسم مهام الحياة الزوجية.

الاهتمام المتبادل بين الزوجين حول تفاصيل حياتهم و حياة أبنائهم يقرب بينهم، و يسهل حل مشاكلهم، فالمناقشة و تبادل الحديث لهما دور كبير في الوصول إلى الحلول بهدوء و سعة نفس.

أما مسألة تباعد الولادات يقصد بها تنظيم النسل أي المباعدة بين فترات الحمل و الأخذ بأسباب منع الحمل حتى لا يكون الإنجاب متتابعا و قد يرى الزوجان في ذلك مصلحة كراحة الأم من أتعاب الحمل مدة قبل أن تحمل بآخر، أو لمزيد من التفرغ للعناية بالطفل قبل أن يأتي له أخ جديد[3].

فقد أجاز ذلك مجمع الفقه الإسلامي حيث نص في هذا الشأن :"يجوز التحكم المؤقت في الإنجاب بقصد المباعدة بين فترات الحمل ، أو إيقافه لمدة معينة من الزمان إذا دعت حاجة معتبرة

[1]– ربيحة إلغات، المرجع السابق، ص47.

[2]– سورة الشورى، الآية 38.

[3]– ربيحة إلغات، المرجع السابق ، ص49.

شرعا، بحسب تقدير الزوجين عن تشاور بينهما و تراض بشرط أن لا يترتب على ذلك ضرر، و أن تكون الوسيلة مشروعة و أن لا يكون فيها عدوان على حمل قائم"[1].

ج- المحافظة على القرابة

على الزوجين حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر و أقاربه و احترامهم و زيارتهم و التعامل معهم بالحسنى للمحافظة على روابط القرابة، فالإسلام يأمر بحسن معاملة الوالدين و طاعتهما و الإحسان إليهما و الإنفاق عليهما لقوله تعالى:

﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِندَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُل لَّهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا ﴾[2].

أيضا أكدت السنة النبوية على مسألة صلة الرحم و حثت على زيارة الأقارب و الاطمئنان عليهم و عدم قطعهم حفاظا على الروابط العائلية، على أساس المودة الدائمة، لقول رسول الله صلى الله عليه و سلم:" لاَ يَدْخُلُ الجَنَّة قَاطِعُ رَحِمْ"[3].

إن المحافظة على روابط القرابة ينصرف أيضا إلى ضرورة خلق التعاطف و التآلف في إطار المجتمع المتماسك و القوي، بما يضمن المودة و الرحمة بين الزوجين و يكفل لهما الانسجام و لأسرتهما التضامن و الاستقرار[4].

على الزوجين أيضا استضافة كل منهما لوالديه و أقربائه بالمعروف في بيت الزوجية، و

---

[1]- مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المؤتمر الخامس بالكويت من 10-15 ديسمبر 1988 ، قرار 39، بشأن تنظيم النسل، منقول من الرابط: http.//www.fiqhacademy.org.sa,Vu le 05/05/2019,12h55

[2]- سورة الإسراء، الآية 23

[3]- محمد بن اسماعيل البخاري، المرجع السابق، حديث رقم 5984، ص245.

[4] العربي بلحاج ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ن المرجع السابق ، ص 405.

القيام بواجب الضيافة نحوهم و للزوجة أن تزور أهلها في إطار المعقول و وفق ما تقتضيه الحاجة وليس على حساب مصلحة الأسرة.

من الحقوق المشتركة بين الزوجين تعامل كل من هما بالمعروف اتجاه والدي الآخر فهذا السلوك الحسن ينشر المحبة و التفاهم في نفوسهم و يقوي علاقتهم، و ينشر الاستقرار داخل الأسرة، فمعظم المشاكل التي تؤدي غلى الطلاق مصدرها سوء معاملة الزوجة لعائلة زوجها أو سوء معاملة الزوج لعائلة زوجته، مما يجعل التفاهم منعدم و السلوك عدواني الذي يؤدي إلى التنافر فيما بينهم و بالتالي النزاع الدائم بين الزوجين قد يؤدي إلى الطلاق .

في حال نشوب نزاع بين الزوجين فيما يخص الحقوق و الالتزامات المشتركة بين الزوجين، فلكل واحد منهما رفع دعوى قضائية ضد الزوج الآخر للمطالبة بها أمام القضاء، وله في ذلك جميع طرق الإثبات، فإذا شكت الزوجة سوء معاملة الزوج لها بتعنيفها سواء كان هذا العنف لفظيا أو جسديا، أو التضييق عليها أو منعها من زيارة أهلها واستضافتهم ، كان لها أن تقيم الدليل على ما تدعيه وبكافة الطرق بما في ذلك البينة والإقرار أو تقديم شهادات طبية صادرة من طبيب شرعي تأكد تعرضها للضرب من طرف الزوج .

وقد يستخلص القاضي قرينة من وقائع الدعوى عند مناقشته الخصوم، أو من خلال الاستماع إلى الشهود، أو من خلال التحقيقات التي يجريها القاضي بحكم سلطته التقديرية في الموضوع[1].

كما نص القانون التونسي أيضا على جملة من الواجبات والحقوق المشتركة في نفس السياق في الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية التي نصت على :"على كل واحد من الزوجين أن

[1] الرشيد بن شويخ، قانون الأسرة المقارن، الكتاب الأول: الزواج و آثاره، المرجع السابق، ص150.

يعامل الآخر بالمعروف و يحسن عشرته و يتجنب إلحاق الضرر به.

و يقوم الزوجان بالواجبات الزوجية حسبما يقتضيه العرف و العادة.

و يتعاونان على تسيير شؤون الأسرة و حسن تربية الأبناء و تصريف شؤونهم بما في ذلك التعليم و السفر و المعاملات المالية.

و على الزوج بصفته رئيس العائلة أن ينفق على الزوجة و الأبناء على قدر حاله و حالهم في نطاق مشمولات النفقة و على الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال".

ما يمكن استخلاصه من المادة السالفة الذكر أن المعاشرة الزوجية قوامها المودة و التحابب و الانسجام و المكارمة ، و يجب على الزوجين أن يتعاونان على تسيير شؤون الأسرة بما تقتضيه من تشاور و تحاور حول المواضيع التي تهم الأسرة[1].

على الزوجة أن ترعى زوجها و تطيعه فيما يأمرها به في هذه الحقوق و تقوم بواجباتها الزوجية حسبما يقتضيه العرف و العادة[2].

تعتبر المعاشرة الجنسية من الشروط الجوهرية لعقد الزواج و أن بقاء الزوجة عذراء دون إتمام العلاقة الجنسية التي هي من مسؤولية الزوج ، بحيث يعتبر ما صدر منه إخلالا بالواجبات الزوجية المفروضة عليه و أنه ألحق ضررا جسيما بزوجته[3] .

[1]– قرار تعقيبي مدني تونسي، عدد 50099، مؤرخ في 04/11/2010.

[2]– قرار تعقيبي مدني تونسي، عدد 1884 مؤرخ في 04/12/1984.

[3]– قرار تعقيبي تونسي، عدد 2014/18056 صادر بتاريخ 2016/01/12.

الفرع الثاني: إثبات حق الأطفال في النسب

تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر الأصلي لقانون الأسرة و يتجلى ذلك من خلال القوانين التي وضعها المشرع الجزائري و التي استمدها بالأساس من مبادئ و أحكام الشريعة الإسلامية ، و باعتبار النسب من المواضيع الحساسة التي أولاها الله سبحانه و تعالى مكانة خاصة و أحاطها بمجموعة من الأحكام الشرعية التي من خلالها استنبط المشرع الجزائري القواعد الأساسية التي نظم بها موضوع النسب في التشريع الأسري.

من خلال نص المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري فإنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة، فالزوجية إذا السبب الرئيسي في ثبوت النسب من جهة الأبوة ، و نشير إلى أن نسب الولد من الأم يثبت في جميع الحالات سواء من علاقة شرعية أو غير شرعية فهي التي حملت و هي التي وضعت بالتالي تحمل صفة الأم و تسري بينهما سائر الحقوق[1]،و تعد مسألة إثبات النسب من الآثار المهمة التي تترتب عن الزواج ،و لتفصيل هذه المواضيع سنتعرض للشروط الواجب توفرها لثبوت النسب (أولا)، ثم نتطرق لكيفية إثبات النسب(ثانيا).

أولا: شروط ثبوت النسب

إذا وقع الزواج صحيحا و حدث تلاق بين الزوجين و نتج عن ذلك حمل، فإن النسب يكون ثابتا للأب و الأم على السواء، و هذا الحكم من قواعد النظام العام[2].

[1]– الرشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص231.

[2]– الهادي علي زبيدة ، أحكام الأسرة في التشريع الليبي، ج1، المرجع السابق، ص356 .

فإن أهم حق للأولاد على أبيهم هو ثبوت نسبهم منه لأنهم ثمرة الزواج المقدس بين أبويه[1].

كما أن النسب حق مشترك بين الزوجين فإنه يكون فيه حق الله و حق الأولاد، و لأهمية هذا الحق وضعت شروط وضوابط يستوجب توفرها لثبوت النسب حفاظا من الضياع و الاختلاط، و هذا ما سندرسه على النحو التالي:

أ- واقعة الزواج

لدراسة واقعة الزواج يجب التطرق للزواج الصحيح و الزواج الفاسد و نكاح الشبهة.

1- الزواج الصحيح

يعرف الزواج في اللغة بأنه الاقتران و الاختلاط[2]، و منه قوله سبحانه و تعالى :﴿وَإِذَا النُّفُوسُ زُوِّجَتْ﴾[3] و قوله تبارك و تعالى : ﴿ وَقُلْنَا يَٰٓـَٔادَمُ ٱسْكُنْ أَنتَ وَزَوْجُكَ ٱلْجَنَّةَ وَكُلَا مِنْهَا رَغَدًا حَيْثُ شِئْتُمَا وَلَا تَقْرَبَا هَٰذِهِ ٱلشَّجَرَةَ فَتَكُونَا مِنَ ٱلظَّٰلِمِينَ ﴾[4].

يطلق على الزواج لفظ النكاح و هو متداول بكثرة عند فقهاء الشريعة الإسلامية،و منه قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ۚ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ ﴾[5] و قوله تعالى: ﴿إِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا۟ فِى ٱلْيَتَٰمَىٰ فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾[6].

---

[1]- عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص176.

[2]- محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، ج2، المرجع السابق، ص291.

[3]- سورة التكوير، الآية 7.

[4]- سورة البقرة، الآية 35.

[5]- سورة البقرة، الآية 221.

[6]- سورة النساء، الآية 3.

قد عَرَّفَ أغلب الفقهاء الزواج بتعاريف متقاربة على أنه عقد يتضمن ملك الوطء بمعنى إباحة المتعة هذا و قد اختلفت فيه عبارات الفقهاء و لكنها كلها ترجع إلى معنى واحد و هو أن عقد النكاح وضعه الشارع ليرتب عليه انتفاع الزوج ببضع الزوجة و سائر بدنها من حيث التلذذ[1]،على الوجه المشروع ، و إلى أن الغرض منه في عرف الناس و الشرع هو جعل هذه المتعة حلالا، و لا شك أن ذلك من أغراضه ، بل أوضح أغراضه عند عامة الناس ،و لكن ليست هي كل أغراضه و لا أسمى أغراضه في نظر الشارع الإسلامي ، بل إن غرضه الأسمى هو التناسل و حفظ النوع الإنساني، و أن يجد كل من المتعاقدين في صاحبه الإنس الروحي الذي يؤلف الله تعالى به بينهما و تكون به الراحة وسط متاعب الحياة و شدائدها[2].

قد عرفه المشرع الجزائري في المادة 4 من قانون الأسرة على أنه:" الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي ، من بين أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب" و من خلال تحليل هذه المادة، نستخلص منها أن الزواج عقد من العقود[3]، مبني على الرضا بإيجاب و قبول يتم بين طرفين هما الرجل و هو الزوج و المرأة و هي الزوجة بصفتهما طرفا العقد، الملاحظ أن المشرع الجزائري حدد نمط واحد للزواج و بالتالي ألغى أنماط الزواج الأخرى و جسد عقوبات في حال مخالفته، و يقوم على أركان و شروط حددها قانون الأسرة ، من أجل تكوين أسرة على الوجه المشروع، مبنية على الرحمة والاحترام و التعاون، و الغاية منه إحصان الزوجين و المحافظة على النسل.

[1]– عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، المرجع السابق، ص7.

[2]– محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص17.

[3]– العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص76.

قد اتفق الفقهاء استنادا لقول رسول الله صلى الله عليه و سلم :"الولد للفراش، و للعاهر الحجر"[1]، على أن ثبوت النسب بفراش الزوجية، أي أن الولد الذي تأتي به المرأة المتزوجة زواجا صحيحا ينسب إلى زوجها و معناه أن الولد يلحق للأب الذي له زوجية صحيحة[2].

الملاحظ أن إثبات نسب الولد بالفراش لا يحتاج إلى إقرار أو بينة لأن الزوج و هو مع زوجته بعقد صحيح يملك وحده حق الاستمتاع بها، و حرام عليها أن تمكن غيره من هذا الاستمتاع و الأصل في الإنسان الأمانة و الإستقامة [3].

إذ يثبت النسب بالزواج سواء كانت عرفيا أو كان رسميا و كان صحيحا مستوفي أركانه وشروطه الشرعية و ما نص عليه القانون في المادة 9 و المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

من خلال تحليل المادة المادة 1/40 من قانون الأسرة التي نصت على:"يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون"، يتبين لنا أن المشرع أقر بالنسب بناءا على الزواج سواء كان الزواج صحيحا أو فاسدا أو بنكاح الشبهة ، و بكل زواج تم فسخه بعد الدخول شريطة أن لا يكون قد اشتمل على مانع أو شرط ينافي و مقتضيات العقد أو اختل ركن الرضا بعيب من العيوب أو تم بدون شاهدين أو صداق أو ولي .و قد يثبت النسب بكل زواج تم فسخه بعد الدخول لأنه يلحق بالزواج الصحيح.

---

[1]- رواه البخاري، المرجع السابق، الحديث رقم 6818.

[2]- وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و أدلته، ج 7، المرجع السابق، ص681.

[3]- علال برزوق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري و القانون الفرنسي _دراسة مقارنة_،أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2014-2015، ص17.

2- الزواج الفاسد و نكاح الشبهة

سنتطرق لبيان كل من الزواج الفاسد و نكاح الشبهة وفق قانون الأسرة الجزائري و كيفية إثبات كل منهما.

- الزواج الفاسد

الزواج الفاسد هو ما فقد شرطا أو أكثر من شروط صحته، و هو إما فاسد من جهة الصداق كأن يكون حراما (كالخنزير و الخمر)، أو في مقتضى العقد كأن يذكر الأجل، أو يكون من جهة المحل كالعقد على المعتدة، أو من لا تحل له بسبب المصاهرة أو الرضاع، و هو ما اتفق على فساده[1].

اتفق جمهور الفقهاء أن الزواج الفاسد هو ما استوفى أركانه و اختل فيه شرط من الشروط الصحة، أما الزواج الباطل فهو ما اختل فيه ركن من أركان الزواج[2].

قد نص المشرع الجزائري على الزواج الفاسد في المادة 2/33 من قانون الأسرة بحث اعتبر أن كل زواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه ،يفسخ قبل الدخوله و لا صداق فيه،و يثبت بعد الدخول بصداق المثل .

بالتالي لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف الزواج الفاسد و إنما اكتفى بالحالات التي إن توفرت اعتبر الزواج فاسد، و هي فقدان عقد الزواج لأحد شروطه المذكورة في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة .

[1]- علال برزوق أمال، المرجع السابق، ص102.

[2]- عبد الرحمن الجزيري، ج4، المرجع السابق، ص107.

بالرجوع إلى المادة 9 مكرر نجد أنها اعتبرت الأهلية و انعدام الموانع الشرعية شرطين للصحة بالإضافة للشروط الأخرى التي ذكرناها يترتب على تخلفها الفساد، إلا أن الأهلية تعتبر جزءا من الرضا يترتب على تخلفها بطلان عقد الزواج[1]، و هذا ما أكده قرار صادر عن المجلس الأعلى آنذاك حيث جاء فيه :"من المقرر شرعا و قانونا أن عدم توافر أهلية الزواج ينتج عنها بطلان الزواج"[2]

بالرجوع إلى نص المادة 8 مكرر 1 نصت على فسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط النصوص عليها في المادة 8 من قانون ألأسرة وسبق لنا التطرق إليها.

يمكن القول أن المشرع الجزائري أقر بثبوت الزواج بعد الدخول في حال ما لم يستصدر الزوج رخصة قضائية تسمح له بالتعدد، لأن حقيقة الفسخ تكمن قبل الدخول ، أما بعد الدخول فيثبت و لا يفسخ، و منح للزوجة حق التطليق في حالة التدليس عليها طبقا للمادة 8 مكرر من قانون الأسرة.

الملاحظ أن المشرع الجزائري ترك النصوص غامضة و يفصل فيها إغفالا منه أم تهاونا ، و في تلك الحالتين هناك عبأ على القضاء في محاولة منهم حل النزاعات المعروضة أمامهم و هناك هدر للحقوق و ضياعها، مما يستوجب عليه تدارك الموضوع بإعادة ضبط و صياغة للنصوص القانونية.

---

[1]- علال برزوق أمال، المرجع السابق، ص108.

[2]- قرار صادر عن المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية ، بتاريخ،25/06/1984، ملف رقم 33715 ، م ق، 1989،عدد04،ص99، نقلا عن: علال برزوق أمال، المرجع السابق، ص 109.

- نكاح الشبهة

أما نكاح الشبهة هو الاتصال الجنسي غير الزنا ، و ليس بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد مثل المرأة المزفوفة إلى بيت زوجها دون رؤية سابقة ، وقيل : إنها زوجته، فيدخل بها ،ومثل وطء امرأة يجدها الرجل على فراشه ،فيظنها زوجته[1].

فإن أتت المرأة بولد بعد مضي ستة أشهر أو أكثر من وقت الوطء ثبت نسبه من الواطئ لتأكد أن الحمل منه، و إن أتت به قبل مضي ستة أشهر لا يثبت النسب منه، لتأكد أن الحمل حدث قبل ذلك، إلا أنه إذا ادعاه ثبت نسبه منه، إذ قد يكون وطئها قبل ذلك بشبهة أخرى[2].

في حال كان الوطء بغير شبهة و إنما بالزنا،فلا يثبت نسب الولد للزاني، لقول رسول الله صلى الله عليه و سلم " الولد للفراش و للعاهر الحجر "، لأن الزنا محظور شرعا و لأن ثبوت النسب نعمة و الجريمة لا تثبت النعمة ، بل يستحق صاحبها النقمة ، و الزنا الذي لا يثبت نسبا هو الفعل الخالي من أي شبهة مسقطة للحد، فإذا كان ثمة شبهة تمحو وصف الجريمة أو تسقط الحد فقط فإن النسب يثبت على الراجح في الحالة الثانية و بالإجماع في الثانية [3].

غير أن قرار الحكمة العليا[4]، كان مخالفا تماما لمعنى نكاح الشبهة حيث جاء فيه :"الاغتصاب الثابت بحكم قضائي يعد وطأ بالإكراه و يكيف بكونه نكاح شبهة ، يثبت به النسب"، و في قضية الحال كان المطعون ضده هو الذي اغتصب الطاعنة و لكي يتهرب من المتابعة الجزائية

---

[1]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق، ص688.

[2]- المرجع نفسه، ص689.

[3]- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص112، و محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص389.

[4]- قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2011/05/12 ،فصلا في الطعن رقم 617374 ، منشور بالمجلة القضائية ، العدد 2012/1، ص294.

تزوجها فولدت بعد شهر و أيام ببنت قام هو بتسجيلها في مصالح الحالة المدنية ، و بعد مدة رفع دعوى إنكار النسب مستدلا بأن البنت ولدت بعد شهر من إبرام عقد الزواج ، و قد سايره قضاة الموضوع و ألغوا نسب البنت غير أن المحكمة العليا نقضت قرارهم على أساس وقوع الاغتصاب الذي هو بمثابة نكاح شبهة أيضا على أساس إقرار الأب بالنسب من خلال التصريح به لدى مصالح الحالة المدنية .

السؤال المطروح : هل يمكن تكييف الاغتصاب الثابت بحكم قضائي على أنه نكاح شبهة يثبت به النسب، طبقا لنص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري؟

"و عليه فإن ما ذهبت إليه المحكمة العليا في الشق المتعلق بتكييف الاغتصاب بأنه وطء بالإكراه يكيف على أنه نكاح شبهة يثبت به النسب من الواطئ ، أمر غير صحيح ،و لا يوجد له مثيل في الفقه الإسلامي محملا و لا مستندا ، إذ نكاح الشبهة الذي يثبت به النسب في الفقه الإسلامي و الذي عنته المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري هو ما كان متعلقا بالرجل (الواطئ) و المرأة (الموطوءة) ، أما الاغتصاب فالشبهة الواردة فيه متعلقة بالمرأة تدرأ عنها العقوبة هي فقط ، و لا علاقة لها بالرجل المغتصب ، و الظاهر أن هذا التكييف مرده إلى ما ذهب إليه قضاة المحكمة العليا من إثبات نسب أطفال نتجوا من عملية اغتصاب مجموعة من الإرهابيين لنساء القرى و المداشر التي عانت ويلات الإرهاب، و كذا مراعاة مصلحة الأطفال ، فتم تكييف الاغتصاب الإرهابي بأنه نكاح شبهة وهذا يؤدي إلى تبرير الفعل الإرهابي و بالتالي تبرير الاغتصاب الإرهابي و هذا ما لا يقول به أحد"[1] .

[1]– بلقاسم مطالبي، مقاربة نقدية للقرار رقم 617374 الصادر عن المحكمة العليا (اعتبار الاغتصاب نكاح شبهة يثبت به النسب) ، مقال منشور في مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية ، العدد 12، صادرة عن جامعة البليدة 2 ، ص179.

في قرار أخر صادر عن المحكمة العليا جاء فيه :" من المقرر قانونا أن النسب يثبت بالزواج الصحيح و بالإقرار و بالبينة و بنكاح الشبهة ، و من ثمة فإن القضاء بهذا المبدأ يعد تطبيقا سليما للقانون ، و لما كان الثابت في قضية الحال أن الطاعنة لم تثبت أية حالة من الحالات التي نص عليها قانون الأسرة ، فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلبها الرامي إلى تسجيل الزواج و إثبات نسب البنت قد طبقوا صحيح القانون"[1]

طبقا لما أقرت به المحكمة العليا و من خلال المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري نلاحظ أن المشرع الجزائري نص على نكاح الشبهة و اعتبره سببا من أسباب إثبات النسب و بالتالي أقر ثبوت النسب في نكاح الشبهة مع مراعاة مدة الحمل المنصوص عليها في المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري ، حيث أقل مدة حمل ستة أشهر و أقصاها عشر أشهر.

ب- إمكانية الاتصال بين الزوجين

هو أن يُثبت التلاقي بين الزوجين من حين العقد ، ذلك أن العقد وحده لا يكفي ، إذ لابد فيه من الدخول الفعلي، فإن تأكد عدم اللقاء بينهما لا يثبت نسب الولد إلى الزوج، كما لو كان أحد الزوجين سجينا أو غائبا،في بلد بعيدة غيبة امتدت إلى أكثر من أقصى مدة الحمل[2].

قد اتفق الفقهاء على شرط التلاقي بين الزوجين، إنما الخلاف في المراد به أهو الإمكان و التصور العقلي، أو الإمكان الفعلي و العادي؟ حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى اشتراط إمكان التلاقي بالفعل أو الحس و العادة ، و إمكان الوطء و الدخول، لأن الأحكام تبنى على الكثير الغالب و الظاهر

[1]- قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1991/05/21 فصلا في الطعن رقم 74712 منشور بالمجلة القضائية ، العدد 2/1994، ص56.

[2]- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق،ص471.

المشاهد، لا القليل النادر، أو غير المحتمل عادة ،فلو تأكد عدم اللقاء بين الزوجين فعلا ن لم يثبت نسب الولد من الزوج[1].

أما الحنفية فقد اشترطوا التصور و الإمكان العقلي فمتى أمكن التقاء الزوجين عقلا ثبت نسب الولد من الزوج إن ولدته الزوجة لستة أشهر من تاريخ العقد ، حتى لو لم يثبت التلاقي حسا، و الصحيح أن الحنفية يثبتون النسب من تاريخ العقد[2].

الملاحظ أن المشرع الجزائري أخذ برأي الجمهور حيث اشترط التلاقي الفعلي بين الزوجين لثبوت نسب الولد ، و هذا الرأي المعقول و ما أكده في المادة 41 من قانون الأسرة حيث أقر بنسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال بين الزوجين بمعنى الدخول الفعلي و حصول الاتصال الجنسي.

ت- مدة الحمل

إن عقد الزواج الصحيح و تلاقي الزوجين بعد العقد بالدخول الفعلي لا يكفيان لإثبات نسب الولد لأبيه و إنما ضرورة توفر مدة الحمل اللازمة، المنصوص عليها شرعا و قانونا .

لا يثبت نسب الحمل بصفة عامة إلا إذا أتى في فترة واقعة بين أقل الحمل و أكثرها ، و قد اتفق الفقهاء على أن أقل مدة للحمل ستة أشهر من وقت الدخول و إمكان الوطء في رأي الجمهور، و من وقت عقد الزواج في رأي أبي حنيفة ، لأن المرأة هي فراش للزوج و يلحقه الولد لعموم الحديث

[1]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق، ص682.

[2]- المرجع نفسه، ص683.

المتقدم "الولد للفراش"، و دليل الجمهور أن المرأة ليست بفراش إلا بإمكان الوطء، و هو مع الدخول[1].

و دليل ذلك الآيتان الكريمتان من القرآن الكريم قوله تعالى : :﴿حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَ وَضَعَتْهُ كُرْهًا وَ حَمْلُهُ وَ فِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾[2] و قوله تعلى :﴿حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ و فِصَالُه فِي عَامَيْنِ﴾[3].

من خلال ضم الآيتين الكريمتين لبعضهما البعض نستنتج أن الآية الأولى ثبتت مدة الحمل و الرضاع بثلاثين شهرا أي خلال سنتين و نصف السنة ، و حددت الآية الثانية مدة الرضاع بعامين[4]، أي أربعة و عشرون شهرا ،فبإسقاط مدة الرضاع من مدة الحمل و الرضاع بقيت مدة ستة أشهر و هي أقل مدة حمل.

أما أقصى مدة حمل لم يرد ذكرها في القرآن الكريم و لا في السنة النبوية الشريفة [5]،و عليه اختلف الفقهاء و تضاربت الآراء حولها ، فقال مالك خمس سنين، و قال الشافعي أربع سنين و هو رأي عند المالكية ، و رأى الحنابلة و عن أحمد أن أقصى مدة للحمل سنتان و هو رأي الحنفية وقال محمد بن الحكم من المالكية إن أقصى مدة الحمل سنة قمرية ن و قال الظاهرية أقصى مدة الحمل تسعة أشهر، و لا يزيد على ذلك[6].

---

[1]– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته ، المرجع السابق، ص676.

[2]– سورة الأحقاف، الآية 15.

[3]– سورة لقمان، الآية 14.

[4]– العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص474.

[5]– عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص210.

[6]– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق، ص 677 و ما بعدها.

الحق في هذه القضية أن هذه التقديرات لم تبنى على النصوص بل على ادعاء الوقوع في هذه المدد، و إن الاستقراء في عصرنا الحاضر لا يجد من الوقائع ما يؤيد التقدير بخمس و لا أربع و لا سنتين، و إنما الوقائع تؤيد التقدير بتسعة أشهر، و قد وجب الاحتياط و التقدير بسنة[1].

أما بخصوص المشرع الجزائري و ما أخذ به واضعوا قانون الأسرة الجزائري ، عندما قرروا من خلال مقتضيات المادتين 42 و 43 أن أقصى مدة الحمل عشرة أشهر و هو أقرب إلى المعتاد، إضافة إلى أنه يقوم على أساس علمي ، فإن الجنين لا يمكث في بطن أمه أكثر من تسعة أشهر إلا نادرا و الحكم إنما يجب بالمعتاد لا بالنادر، و لعله أن يكون مستحيلا[2].

هذا ما أكدته المحكمة العليا بقرار[3] صادر لها أنه من المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر، و من ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون، و لما كان الثابت في قضية الحال، أن مدة حمل المطعون ضدها أقل من الحد الأدنى المقرر قانونا و هي خمسة أشهر فإن قضاة المجلس بقضائهم إلحاق نسب الطفل لأبيه خرقوا القانون.

بناءا على ما سبق تعد مدة الحمل شرط من شروط ثبوت النسب بحدّيها الأدنى و الأقصى، سواء جاءت الولادة أثناء قيام الفراش الصحيح أو الفراش الفاسد أو النكاح بشبهة.

ث- عدم نفي الولد بالطرق المشروعة

يثبت نسب الولد للأبوين متى تم الزواج صحيحا و أمكن التلاقي بين الزوجين بالدخول الفعلي مع مرور مدة الحمل المنصوص عليها شرعا و قانونا.

---

[1]- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص387.

[2]- العربي بلحاج ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق،ص 473.

[3]- قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 22/01/1990 ، فصلا في الطعن رقم 57756 ،منشور في المجلة القضائية ، العدد 2/1992، ص71.

طبقا لنص المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري ينسب الولد لأبيه ما لم ينفه بالطرق المشروعة.

إن عبارة " و لم ينفه بالطرق المشروعة" تحمل عدة معان و توحي بأن هناك عدة طرق لم يذكرها المشرع الجزائري على سبيل الحصر، مما يستوجب علينا العمل بنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي بدورها تحيلنا إلى أحكام و مبادئ الشريعة الإسلامية.

المقصود بالطرق المشروعة هي كل الطرق المؤدية شرعا و قانونا لنفي النسب و يمكن إجمالها فيمايلي:

1- نفي النسب عن طريق إنكار الولادة

يجوز للزوج أن ينكر ولادة زوجته إذا كان لا يعلم أو لم يعلم في غيابه عنها بأنها حامل قبل ولادتها ، أو يقيم الدليل على عدم ولادتها، و إذا عجز الزوج عن إقامة الدليل فالقول قول الزوجة، لأن الأصل هو صحة النسب بصحة الولادة في الزواج الصحيح، كما يجوز للزوجة إقامة الدليل على صحة الولادة بشهادة القابلة ، أو شهادة المستشفى أو العيادة التي وضعت فيها الحمل ، أو بشهادة الشهود إذا لزم الأمر على الحمل و الوضع[1].

2- نفي النسب لعدم إمكانية الإنجاب (الإثبات بالخبرة)

في حال ما تبين للزوج عدم قدرته على الإنجاب و ثبت عقمه، أو كان مصابا بمرض جنسي لا يستطيع الإنجاب بسببه، أو كان طاعنا في السن و لا يقوى على الإنجاب، جاز له نفي

[1]- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص 238.

النسب، فإذا وضعت الزوجة مولودا كان للزوج نفي النسب للأسباب السابقة، لكن يستحسن أن لا ينفي النسب إلا بتقرير خبرة احتياطا[1].

حيث تعتبر الخبرة إحدى الطرق المهمة في قضايا الإثبات، التي يلجأ إليها القاضي لتكوين قناعته الشخصية في الدعوى المعروضة أمامه، نظرا لما تحمله من مسائل غالبا ما تكون فنية، لا يتيسر للقاضي الإلمام بها لدقتها ولتعقيداتها، كإجراء التحاليل العلمية، وتقدير نسبة العجز، وغيرها من المسائل الفنية [2].

قد نصت المادة 125 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: "تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي".

بهذا تعد الخبرة نوع من أنواع المعاينة الفنية، غاية ما في الأمر أن المعاينة في الأحوال العادية تكون من هيئة المحكمة أو أحد قضاتها، والخبرة يقوم بها أهل الاختصاص بعد أن يندبهم القاضي لهذه المهمة[3].

مهمة تعيين خبير تعتبر من الرخص الممنوحة لسلطة المحكمة، فلها أن تعين خبيرا من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم في الدعوى، ولها ألا تستجيب لهذا الطلب إذا رأت ذلك غير ضروري لتكوين قناعتها في الموضوع، هذا ما أكدته المادة 126 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة".

من خلال ما سبق من نصوص يتبين بأنه للقاضي سلطة تقديرية في اللجوء للخبرة

---

[1]– الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص 238.

[2]– محمد حزيط، الخبرة القضائية في المواد المدنية و الإدارية في القانون الجزائري، دج، ط2،2015، دار هومة الجزائر، ص 15.

[3]– عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص 256.

وتعيين خبير من عدمه، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصوم، وللمحكمة أيا كانت درجتها محكمة ابتدائية أو محكمة استئناف، أو حتى محكمة الأمور المستعجلة يجوز لها اللجوء للخبرة.

أما مباشرة الخبير لأعماله بعد تعيينه فإنه يقوم بها وفق ما تحدده له المحكمة والقيام بالإجراءات اللازمة لإحاطة الأطراف بما يلزم لتقديم ملاحظاتهم، وتقديم المستندات المطلوبة للقيام بالخبرة، لإعداد تقريره في هذا الشأن.

إلا أن المشكل المثار حول الموضوع هو حال اكتشاف الزوج بعد فترة من زواجه أنه غير مؤهل للإنجاب بدليل علمي من ذوي الاختصاص لا ريب فيه، و بعد أن أنجبت زوجته أكثر من ولد أنسب إليه فما مصير هؤلاء الأولاد؟و هل ينفى النسب بأثر رجعي أم لا؟ [1].

للإجابة على هذا الإشكال يجب مراعاة عدة جوانب، من بينها التأكد من أن الفحوصات التي أقامها الزوج وثبت له من خلالها عدم قدرته على الإنجاب كانت قبل الزواج، و لا علاقة لها بمرض أصيب به له تأثير مباشر على القدرة الإنجابية أو قيامه بعملية جراحية على مستوى الأعضاء التناسلية التي قد تكون سببا في العقم، أو تناوله أدوية تحبط قدرته الجنسية كالعلاج الكيميائي مثلا بعد ولادة أولاده.

أما الجانب الثاني للإشكال أن عبارة "النفي بالطرق المشروعة " التي أوردها المشرع في المادة 41 من قانون الأسرة واسعة و يصعب ضبطها، و بالتالي مسألة التأكد من عدم الإنجاب في استطاعت الطب الحديث أن يثبتها و عليه يمكن إدخالها ضمن الوسائل المشروعة الصالحة لنفي النسب[2].

[1]– الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة المعدل ، المرجع السابق، ص239.

[2]– المرجع نفسه ، ص239.

غير أن التطبيقات القضائية و في قرار صادر عن المحكمة العليا التي أجازت للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ، مقررة لإثباته و ليس لنفيه، و في قضية الحال طالب الأب باللجوء إلى الخبرة العلمية لإثبات أن أولاده الثلاثة نتاج زواجه بالمطعون ضدها ليسوا من صلبه و بأنه عقيم لا يلد، و قد رفض قضاة الموضوع دعواه لعدم التأسيس لأنه لم يقم بالملاعنة في الوقت اللازم طبقا للقانون، و قد أيدتهم المحكمة العليا في ذلك و جاء في حيثيات قرارها : " لكن حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المستأنف و القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الموضوع أثبتوا أن طرفي النزاع مرتبطين بعلاقة شرعية وفق عقد الزواج و أثمرت هذه العلاقة عن الأبناء الثلاثة حال قيام العلاقة الزوجية، و أن الطاعن أقر بنسبهم إليه وفق الثابت من الحكمين، و لم يصدر منه نفي بالطرق المشروعة، و بالتالي فإن نسب الأبناء الثلاثة ثابت من والدهم الطاعن بالزواج الصحيح بمفهوم المادة 40 من قانون الأسرة، و هو يعد للإثبات غير القابل للنفي لا بالبصمة الوراثية و لا باللعان و لا بأي طريق، و أن قضاة الموضوع باستبعادهم طلب إجراء التحاليل المؤسس على المادة 2/40 من القانون المذكور، و رفضهم الدعوى، قد طبقوا صحيح القانون لأن هذا النص مقرر للإثبات و ليس للنفي، وفي قضية الحال أن النسب ثابت بالزواج الصحيح مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب الرفض "

3- نفي النسب عن طريق اللعان

إذا حدث الملاعنة بين الزوجين أدت إلى الفرقة بينهم ، ليس هذا فحسب بل يتعدى إلى المساس بنسب الولد و الوصول إلى نفيه.

- **مفهوم اللعان**

فاللعان في اللغة هو مصدر لاعن، ملاعنة،و هو من اللعن أي الطرد و الإبعاد من رحمة الله تعالى[1].

سمي به ما يحصل بين الزوجين تلاعنا لأن كل واحد منهما يلعن نفسه في الخامسة إن كان كاذبا[2].

عرفه الحنفية و الحنابلة بأنه شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة باللعن من جهة الزوج و بالغضب من جهة الزوجة ، قائمة مقام حد القذف في حق الزوج، و مقام حد الزنا في حق الزوجة، أما المالكية فقد عرفه بأنه حلف زوج مسلم مكلف على رؤية زنا زوجته ، أو على نفي حملها منه ، و حلف الزوجة على تكذيبه أربعة أيمان ، بصيغة ،" أشهد بالله لرأيتهما تزني و نحوه" و بحضور حاكم يشهد التلاعن و يحكم بالتفريق، أما الشافعية عرفوه بأنه كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه و ألحق العار به،أو إلى نفي الولد[3].

مشروعية اللعان ترجع للقرآن الكريم لقوله عز و جل:﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ،وَ الْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ، وَيَدْرَؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ،و الْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾[4].

---

[1]- ابن منظور، المرجع السابق، ص120.

[2]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق، ص556.

[3]- المرجع نفسه ، ص557.

[4]- سورة النور، الآيات من 06 إلى09.

أما من السنة النبوية الشريفة، عن ابن العباس رضي الله عنه :"أن ابن هلال بن أمية قذف زوجته عند النبي صلى الله عليه و سلم بشريك بن سحماء ، فقال له النبي صلى الله عليه و سلم البينة أو الحد في ظهرك، فقال : يا نبي الله ، إذا رأى أحدنا على امرأته رجلا ينطلق ، يلتمس البينة، فجعل النبي صلى الله عليه و سلم يكرر ذلك ، فقال هلال :و الذي بعثك بالحق نبيا إني لصادق و لينزلن الله ما يبرئ ظهري من الحد"[1]، فنزلت الآيات فكان هذا أول لعان في الإسلام .

أما قانون الأسرة الجزائري لم ينص على اللعان صراحة في المادة 41 أدرجه ضمن عبارة "ما لم ينفه بالطرق المشروعة " كما أنه يفهم من نص المادة 222 التي تحيلنا في كل ما لم يرد النص عليه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

بناءا على ما سبق اللعان هو الشهادات المؤكدة بالأيمان بالكيفية المنصوص عليها شرعا عندما يرمي الزوج زوجته بالزنا، أو بأن الحمل ليس منه، و ليس لديه دليل و تنكر الزوجة ذلك ، فيتلاعنان و يفرق بينهما على التأبيد ، و تنتفي نسبة الولد الذي لاعنا فيه عن الزوج، و لا عقوبة على أي من الطرفين لا من أجل القذف و لا من أجل الزنا[2].

غير أن المشرع الجزائري لم يبين الإجراءات الواجب إتباعها في كيفية نفي نسب الولد باللعان ، و لم ينص على موضوع التفريق بسبب اللعان مع أنه معتمد من الناحية القضائية .

ترفع دعوى اللعان وفقا لمبادئ قانون الإجراءات المدنية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية [3]، و طبقا للمواد 2/40 و3/426 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي توضح الاختصاص القضائي في قضايا شؤون الأسرة .

---

[1]– محمد بن إسماعيل البخاري، رقم الحديث4747، المرجع السابق، ص 580.

[2]– نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي و المحامي، دط، 2016، دار هومة، الجزائر، ص94.

[3]– قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية رقم 44041 صادر عن المجلة القضائية العدد 2 سنة 1994 ص51 ، جاء فيه :" من المقرر قانونا أن الاختصاص المحلي للجهة القضائية في دعاوى الطلاق أو العودة إلى

- **شروط وقوع اللعان**

يشترط للجوء إلى اللعان إلى قيام الزوجية الصحيحة و تكون ثابتة و معترف بها من طرف الزوج، أن يكون كلا الزوجين عاقلا بالغا و أن لا يكون هذا نفي الولد قد سبقه إقرار به [1]، و أن لا يتصل الزوج بزوجته بع استقراره على ملاعنتها ، و أن يقوم باستبرائها و إنه ما لم يقم بالاستبراء لا يجوز له الحكم بنفي النسب[2].

و يشترط في اللعان التقيد بالمدة التي يتم فيها رغم أن المشرع لم يحددها إلا أن التطبيقات القضائية نجدها حددت مدّة اللعان و هذا ما أكده قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه:" مدّة اللعان حسبما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا هي أسبوع (8 أيام) من يوم رؤية الزنا أو العلم بالحمل"[3] .

في قرار آخر جاء فيه:"من المبادئ الشرعية أن دعوى اللعان لا تقبل إذا تأخرت و لو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا ،يكون باطلا القرار الذي يقضي قبل البت في الدعوى الخاصة بنفي النسب بتوجيه اليمين لكلّ واحد من الطرفين إذا رفع الزوج دعواه بعد مضي (12) يوما من علمه بوضع زوجته حملها "[4].

غير أنه قد يتعرض الزوج لظروف طارئة تمنعه من رفع دعوى اللعان في المدة المقررة شرعا و قانونا فإن قدم مسوغ شرعي أثبت من خلاله سبب التأخير فقد تقبل دعوى اللعان و هذا ما أكده

مسكن الزوجية ، يكون أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية و من تم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدد خرقا للقانون".

[1]– علال برزوق أمال، المرجع السابق، ص 62.

[2]– العربي بلحاج ،أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 478.

[3]– قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية ،بتاريخ 25/12/2002، فصلا في الطعن رقم 296020، منشور في المجلة القضائية، العدد 1/2004، ص289.

[4]– قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية ،بتاريخ 1985/02/25،فصلا في الطعن رقم 35934،منشور في المجلة القضائية ،العدد1، 1989، ص83.

قرار المحكمة العليا[1] الذي جاء فيه: " من المقرر شرعا و فقها وجوب التعجيل غير أن هذا لا يمنع من تأخيره لظروف خاصّة ، و من ثمَّ فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقواعد الشرعية ،و لما كان الثابت في قضية الحال ن أن قضاة المجلس لما قضوا بنفي اللعان دون مراعاة الظروف الخاصة للزوج خرجوا عن القواعد الشرعية " .

يشترط أن يتم اللعان بناءا على دعوى يقيمها الزوج، و بواسطة حكم قضائي يصدره القضاء، و لا يجوز التوكيل أو النيابة في اللعان[2]، فإنه لا يمكن نفي النسب إلا باللجوء إلى القضاء الذي يصدر حكم بإثبات أو نفي النسب.

أما عن مكان اللعان فقد أجمع الفقهاء على أن لعان المسلم في المسجد، لأنه أشرف الأماكن و فيه تأثيرا في الزجر عن اليمين الفاجرة، و تلاعن المرأة الحائض أو نفساء عند باب المسجد[3].

غير أن المشرع الجزائري لم يحدد مكان إجراء اللعان، غير أن التطبيقات القضائية حددت مكان إجراء اللعان في قرار صادر عن المحكمة العليا الذي جاء فيه:" و من الثابت في قضية الحال أن الولد وُلد في مدة حمل أكثر من ستة أشهر و أن القضاة أخطئوا كثيرا عندما اعتمدوا على الخبرة و وزن الولد و اللعان الذي لم تتوفر شروطه و الذي لا يتم أمام المحكمة بل في المسجد العتيق "[4] .

أما عن كيفية اللعان فهي أن يبدأ القاضي بالزوج فيقول أمامه أربع مرات " أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا أو نفي الولد " ، بأن يحدد المقصود بالإشارة إليها إن كانت

---

[1]– قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية ، بتاريخ 1990/07/16 فصلا في العن رقم 76343، منشور في المجلة القضائية ، العدد 3/1991، ص75.

[2]– بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص477.

[3]– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق، ص575.

[4]– قرار صادر عن المحكمة العليا من غرفة الأحوال الشخصية، في 1998/10/28، ملف رقم 172379، منشور في المجلة القضائية 2001،عدد خاص، ص70.

حاضرة، أو بالتسمية ثم يقول في الخامسة :" لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من زنا أو نفي للولد "، و يشير الزوج إليها في جميع ما ذكر، ثم تقول المرأة أربع مرات أيضا : " أشهد بالله ، إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا أو نفي الولد" و تقول في الخامسة :" أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا أو نفي الولد"[1]، و دليل هذه الكيفية قوله تعالى في آيات اللعان السابق ذكرها في سورة النور.

فإذا تم اللعان بين الزوجين ، حكم القاضي بالتفريق بينهما (طلاقا بائنا) ، فإنها لا تحل له بعد ذلك أبدا، إلا إذا كذب الملاعن نفسه، و حينئذ يقام عليه حدُّ القذف شرعا (و هو ثمانون جلدة وفقا للآية 4 من سورة النور)، فيجوز له أن يعقد عليها من جديد[2].

تجدر الإشارة إلا أن نسب الولد من أمه ثابت في جميع الأحوال، و كل حقوقه عليها و حقوقها عليه محفوظة.

ثانيا: طرق إثبات قضايا النسب

سنتطرق لبيان طرق إثبات النسب من خلال إثبات النسب بالإقرار والبينة و إثباته بالطرق العلمية.

أ- إثبات النسب بالإقرار و البينة

إن موضوع إثبات النسب من المواضيع المهمة و الحساسة، و لذلك سنتطرق لإثبات النسب بالإقرار وبعدها إثباته بالبينة.

[1]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق، ص572.

[2]- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 480.

1- إثبات النسب بالإقرار

الإقرار بمفهومه العام هو اعتراف مقصود من الشخص بواقعة يترتب عليها أثر قانوني معين في مواجهته،و يتمثل ذلك غالبا في التسليم بما يدعيه الخصم، و هو بذلك طريق غير عادي للإثبات حيث يجعل الواقعة أو التصرف القانوني في غير حاجة للإثبات[1].

أما المشرع الجزائري فقد عرف الإقرار في المادة 341 من القانون المدني التي نصت على أن:"الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه و ذلك أثناء سير الدعوى المتعلقة بها الواقعة ".

اعتبر المشرع الجزائري الإقرار طريقة لثبوت النسب في المادة 40 من قانون الأسرة: " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار"، لاعتبار واقعة الإقرار لإثبات النسب لها مصلحة عظيمة في الإسلام و هي إحياء الولد عن طريق إلحاقه بأبيه.

فالإقرار بالنسب هو إخبار الشخص بوجود القرابة بينه و بين شخص آخر[2].

من شروط صحة الإقرار بالنسب أن يكون المقر بالغا عاقلا طائعا، و أن يكون نسب الولد المستلحق مجهولا، وفقا للمادة 44 من قانون الأسرة التي نصت على:" يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة، أو الأمومة، لمجهول النسب و لو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة" ، فإذا كان الولد معلوم النسب، فلا يصح استلحاقه بغير أبيه، و كذلك إذا كان مقطوع النسب كولد الزنا،

[1]- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص201، للمزيد من التفاصيل في موضوع الإقرار أنظر إلى الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الأول الفصل الأول من الباب الأول من هذه الأطروحة.

[2]- محمد نبيل سعد الشاذلي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دط،1989، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،ص349.

فلا يجوز استلحاقه شرعا و قانونان لا من الزاني و لا من غير، لأن الزنا مانع من لحوق النسب بالزاني[1].

يعتبر الإقرار حجة قاصرة على المقر[2]، أي لا يسري إلا على المقر إذا تعلق الأمر بالبنوة و الأبوة و الأمومة ، و في غيرها لا يسري الإقرار على الغير إلا بتصديقه و هو ما نصت عليه المادة 44 و 45 من قانون الأسرة الجزائري.

قد أكدت المحكمة العليا ما نص عليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة باعتبار الإقرار من طرق إثبات النسب، حيث جاء في قرار[3] صادر لها، أنه يثبت النسب بالإقرار بالبنوة و يكون حجة على المقر حال حياته و بعد وفاته، حتى و لو ثبت خلاف ذلك بطريق آخر، و لا يحتمل الإقرار النفي لا بشهادة الشهود و لا بالخبرة العلمية أو تحت أي ادعاء بالتبني أو بغيره.

من خلال استقراء المادتين 44 و 45 من قانون الأسرة في حين نصت الأول على:" يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب و لو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة" و نصت الثانية على أن :" الإقرار بالنسب في غير البنوة و الأمومة لا يسري على الغير إلا بتصديقه"، و عليه نستنتج نوعين من الإقرار بالنسب :

- **الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة:** كأن يقول هذا ابني أو هذا أبي أو هذه أمي[4]، فإن المشرع الجزائري يشترط لصحة اعتباره شرطين مهمين و هما: أن ينصب الإقرار على شخص مجهول النسب، فإن كان له نسب معروف لا يصح إقراره، و أن يكون فارق السن بينهما يقبل

---

[1]- العربي بلحاج ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص486.

[2]- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص234.

[3]- قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 14/11/2012، فصلا في الطعن رقم 0761943 ،منشور بالمجلة القضائية ، العدد 2/2013، ص284.

[4]- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص488.

البنوة[1]، فإن كان فارق السن لا يقبل البنوة، فلا يقبل إقراره لأن الواقع يكذبه عقلا و عادة، و أن يكون المقر بالغا و كامل الأهلية.

لا يجوز الرجوع في الإقرار بالنسب و في حال ثبوت القرابة ترتبت عليها كل الآثار من حقوق مادية كحق الميراث و النفقة و حقوق معنوية كتربية الأبناء و السهر على حمايتهم، و غيرها من الصلات النسبية الأخرى من أخوة و عمومة، و غيرها.

غير أنه لا يثبت نسب الولد بإقراره كأن يقول هذا أبي غلا أن يصدقه الأب، فيكون ذلك إقرارا منه ببنوته[2].

- **الإقرار في غير البنوة و الأبوة و الأمومة:** و هو ما يعرف بالإقرار بنسب محمول على الغير أو إقرار بنسب غير مباشر، أي يكون هذا الإقرار بالنوع الثاني من القرابة، كالإقرار بالأخوَّة و الأعمام و الأخوال والأجداد و غيرهم، و هو صادر عن غير الأب والأم و الابن، أي لا يأتي عن أطراف أصلية في العلاقة النسبية و إنما عن غيرهم[3] ،

و نفس الشروط المتعلقة بالإقرار المباشر تسري أيضا على الإقرار غير المباشر، غير أن المشرع الجزائري أضاف إليها شرطا آخر، و هو أن يصدقه المقر عليه، و هذا ما نصت عليه المادة 45 من قانون الأسرة الجزائري حيث جاء فيها:" الإقرار بالنسب في غير البنوة و الأبوة و الأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه".

---

[1]- دليلة فركوس، جمال عياشي، المرجع السابق، ص246.

[2]- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص489.

[3]- دليلة فركوس، جمال عياشي، المرجع السابق، ص244.

من ناحية أخرى لم يحدد المشرع الجزائري في قانون الأسرة كيفية إجراء الإقرار بالنسب، هل يكون كتابيا أو شفويا؟ و لم يحدد مضمونه و لا الجهة المختصة بتلقي الإقرار بالنسب، و إنما ترك الأمر مبهما و غامضا.

لكن بالرجوع إلى التطبيقات القضائية نجد قرار صادر عن المحكمة العليا جاء فيه[1]: " من المقرر قانونا أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر، و أقصاها عشرة أشهر، و متى تبين – من قضية الحال – أن مدة الحمل المحددة قانونا، و شرعا متوافرة لأن الزواج تم في 02-05-1994ن و الولد قد ولد في 07-05-1994، كما أن إقرار المطعون ضده بأبوته للولد أمام مديرية الصحة والحماية الاجتماعية لا يؤخذ لأن الإدارة غير مؤهلة قانونا لتلقي الإقرار، و عليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا برفض دعوى النسب ، لأن النسب لا يتبين بالعلاقة الشرعية غير الشرعية طبقوا صحيح القانون"

بناءا عليه يتبين لنا من هذا القرار أن هناك جهة مختصة لتلقي الإقرار، بمفهوم المخالفة للقرار، لكن لم يحدد القانون ذلك على سبيل القطع.

في قرار[2] آخر جاء فيه:" من المقرر شرعا أنه يثبت النسب بالإقرار، لقول خليل في باب بيان أحكام الإقرار، "و لزم الإقرار لحمل في بطن امرأة"، و متى تبين – من قضية الحال – أن المطعون ضده أقر بحمل الطاعنة بشهادة جماعية أمام الموثق بتاريخ 06-04-1997، فإن هذه الشهادة لا تعتبر صلحا، بل هي توثيق لشهادة جماعة عن إقرار المطعون ضده بحمل الطاعنة، كما

[1]– قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 210478، الصادر بتاريخ 17/11/1998، المجلة القضائية ، عدد خاص، 2001،ص577.

[2]– قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 202430، الصادر بتاريخ 15-12-1998ن المجلة القضائية لسنة 1999 ، العدد 1، ص122.

أن المادتين 341 و 461 من القانون المدني، لا تنطبق على قضية الحال التي يحكمها قانون الأسرة .

كما أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل، و الدفع بالمادة 41 من قانون الأسرة التي تحدد مدة الحمل، لأن الإقرار في حالة ثبوته يغني عن أي دليل آخر، و لا يحق للمقر أن يثير دفع لإبطال مفعول هذا الإقرار.

وعليه فإن القضاة لم ينتبهوا إلى وجوب سماع الشهود، الذين حضروا إقرار المطعون ضده أمام الموثق فإنهم خالفوا الشرع و القانون، و عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب.".

ما نستنتجه من هذا القرارين السابقين، أن المحكمة العليا لم تستقر على رأي واحد ففي القرار الأول رفضت الإقرار من إدارة غير مخولة قانونا و لم تبين الإدارة المخولة قانونا، و لم تشترط أن يكون الإقرار قضائي أو غير قضائي، و لم تحدد شكل معين للإقرار، و في القرار الثاني حين تم الإقرار أمام الموثق أخذت به، و اعتبرته صحيحا، بالرغم من أنه خارج الهيئات القضائية،و بالتالي فتح المجال للسلطة التقديرية للقاضي، نجم عنه تضارب في القرارات.

أصبح لزاما على المشرع الجزائري رفع اللبس و الفراغ التشريعي بخصوص الجهة المخولة لها قانونا تلقي الإقرار بالنسب و تحديد شكل و مضمون معين له، لتسهيل عمل القاضي والمتقاضين، وإثراء منه للمنظومة القانونية.

أما عن كيفية رفع دعوى إثبات النسب بالإقرار، فترفع دعوى الاعتراف بالنسب، بالبنوة أو بالأبوة أو بالأمومة لشخص مجهول النسب أو إنكار الأبوة، أمام محكمة موطن المدعى عليه، ونظرا للطبيعة الخاصة لمثل هذه القضايا التي تتعلق بحالة الأشخاص، و حفاظا على سمعتهم و شرفهم،

يتم النظر فيها بحضور ممثل النيابة العامة لكن في جلسة سرية، طبقا لنص المادة 490 و 491 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

2- إثبات النسب بالبينة

المراد بالبينة هي شهادة رجلين عدلين أو رجل و امرأتين، بتقديم الدلائل و الحجج التي تؤكد وجود واقعة مادية، وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما[1].

تعتبر الشهادة دليل من أدلة الإثبات، و محل إجماع فقهاء الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ،و قد كان لها دور بارز في الشرائع القديمة ،فتعد من أهم وسائل الإثبات التي استعان بها أصحاب الحقوق في حفظ حقوقهم ،على خلاف ما هو سائد في العصر الحالي إذ لا يجوز اللجوء إلى الشهادة لإثبات أي نوع من التصرفات القانونية فهي ذات قوة محدودة في الإثبات[2] ،و إنما حدد المشرع الجزائري الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود و قد نظم أحكامها الموضوعية في المواد من 333 إلى 337 من القانون المدني ،أما أحكامها الإجرائية فقد نص عليها في المواد من 150 إلى 163 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

والبينة حجة متعدية لا يقتصر أثرها على المدعى عليه، بل يثبت في حقه و حق غيره، أما الإقرار فهو كما عرفنا حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلى غيره، و ثبوت النسب بالبينة أقوى من الإقرار، لأن البينة أقوى الأدلة، لأن النسب و إن ظهر بالإقرار لكنه غير مؤكد، فاحتمل البطلان بالبينة[3].

---

[1]- العربي بلحاج ،أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص488.

[2] - للمزيد من التفاصيل في موضوع الشهادة أنظر إلى الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الأول الفصل الأول من الباب الأول من هذه الأطروحة.

[3]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق، ص695.

قد أورد المشرع الجزائري البينة في المادة 40 من قانون الأسرة و اعتبرها وسيلة من وسائل إثبات النسب، و هذا ما أكدته التطبيقات القضائية، و اعتبرت شهادة الشهود حجة كافية في إثبات النسب، و هي أقوى من الإقرار من حيث إثبات النسب[1].

القاعدة العامة أن شهادة الشهود التي يثبت بها النسب في الفقه الإسلامي عموما و الفقه المالكي على وجه الخصوص، هي شهادة رجلين أو شهادة رجل و امرأتين[2].

على أنه متى تعلق الأمر بإثبات الولادة، و هي قد تؤدي أحيانا إلى إثبات النسب و خاصة بالنسبة للمرأة فيمكن مبدئيا أن يقع الإثبات عن طريق شهادة امرأتين فقط، على أساس الولادة مما لا يطلع عليه الرجال[3]، و عليه فإن واقعة الولادة تثبت في سجلات الحالة المدنية و تظهر في عقد الميلاد و يذكر التوقيت و التاريخ الذي تمت فيه، و كذا المكان و الجنس و الاسم و اللقب والمولود و والديه، طبقا لقانون الحالة المدنية ن و بالتالي حال نشوب النزاع تعد شهادة الميلاد قرينة غير قاطعة في إثبات النسب.

الملاحظ أنه إذا كانت الدعوى بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة، و كان المدعى عليه حيا ، فإن الدعوى تسمع و لو كانت مجردة عن أي حق مادي، و يثبت بها النسب لكل من الطرفين و تجب بها جميع الحقوق التي لكل منهما،و أما إذا كانت الدعوى بغير النسب الأصلي المباشر، وجب

---

[1]– قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1997/10/28 ، ملف رقم 172333،صادر عن المجلة القضائية 1997، عدد1،ص42.

[2]– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق، ص695.

[3]– محمد الكشبور، الوسيط في قانون الحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 529.

سماع الدعوى مصحوبة بحق مالي و هو محل الخصومة الحقيقي، و في معرض إثبات الحق المالي المدعى به يصادر إلى إثبات النسب [1].

ب- إثبات النسب بالطرق العلمية

إن ما يميز عصرنا الراهن التطور المذهل الذي شاهدته مختلف المجالات لاسيما ما يتعلق بمجال الطب و العلم البيولوجي و علم الوراثة، و من بين هذه التقنيات اكتشاف ما يسمى بالبصمة الوراثية و كذلك التلقيح الاصطناعي الذي يعد تقنية حديثة تساعد على الإنجاب التي بدورها تثير عدّة إشكالات قانونية في حال ما إذا ثار نزاع بين الزوجين حول ثبوت النسب الناتج عن هذه التقنية و هذا ما سنوضحه على النحو التالي:

1- إثبات النسب بالبصمة الوراثية وإشكالاته

لقد كانت الاستخدامات الأولى للبصمة الوراثية في مجال الإثبات مرتبطا أساسا بمكتشفها الدكتور "أليك جيفرس" ، حيث ساهمت تجاربه العلمية في إعطاء مصداقية للبصمة الوراثية ،فقد نشر سنة 1984 بحثا أوضح فيه أن البصمة الوراثية قد تتكرر عدة مرات و تعيد نفسها في تبعات عشوائية غير مفهومة و واصل أبحاثه حتى توصل بعد عام إلى أن هذه التبعات مميزة لكل فرد، ولا يمكن أن تتشابه بين اثنين إلا في حالة التوأم المتطابقة فقط ،وسجل الدكتور "أليك" براءة اكتشافه سنة 1985 و أطلق على هذه التبعات إسم "البصمة الوراثية" للإنسان[2] .

[1]- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق ، ص491.

[2]- سفيان بن عمر بورقعة، النسب و مدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، دج، ط1، 2007، دار كنوز، إشبيليا، الرياض، السعودية، ص323 و 324.

البصمة الوراثية من حيث التعريف اللغوي هي عبارة عن مركب وضعي من كلمتين البصمة و الوراثية ،فالبصمة لغة هي أثر ختم الإصبع[1] ، أما الوراثية فهي من الوراثة من مصدر ورث و هو الانتقال ،و علم الوراثة هو العلم الذي يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل لآخر ،و تفسير الظواهر المتعلقة بهذا الانتقال[2].

أما في الفقه الإسلامي فلا يوجد تعريفا لمصطلح "البصمة الوراثية" نظرا لحداثته ،إلى أن هذا لم يمنع من وضع تعريف فقهي للبصمة الوراثية لاسيما وأن الفقه الإسلامي يتعامل مع الواقع في ضوء القواعد و الأدلة الشرعية.

فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي اعتمد في دورته الخامسة عشرة على تعريف للبصمة الوراثية و نصه:" البصمة الوراثية هي البِنْيَة الجينية (نسبة إلى الجينات، أي المورثات)، التي تدل على هوية كل إنسان بعينه، و أفادت البحوث و الدراسات العلمية أنها من الناحية العلمية وسيلة تمتاز بالدقة ، لتسهيل مهمة الطب الشرعي، و يمكن أخذها من أي خلية (بشرية) من الدم، أو اللعاب، أو المني ، أو البول،أو غيره "[3].

حيث أقر المجمع الفقهي الإسلامي أنه لا مانع شرعا من الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال النسب، غير أنه لابد أن يحاط بمنتهى الحذر و الحيطة و السرية، و لذلك لابد أن تقدم

---

[1]– ابن منظور، ج12، المرجع السابق، ص50.

[2]– معجم اللغة العربية ، المعجم الوسيط، دط، 2004، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر، ص60.

[3]– عرفت ندوة الوراثية و الهندسة الوراثية –التي انعقدت بالكويت برعاية المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية – بتاريخ 1998/10/15، البصمة الوراثية و أقر المجمع الفقهي الإسلامي الدولي في دورته 15، هذا التعريف، منقول من الرابط: www.qaradaghi.com/chapterDetails.aspx,Vu le04/08/2019,14h30

النصوص و القواعد الشرعية على البصمة الوراثية، و لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب و لا يجوز تقديمها على اللعان[1].

تتمتع البصمة الوراثية بمجموعة من الخصائص التي جعلت منها فريدة من نوعها من حيث بنيتها و تركيبتها وهي:

- إنها لا تتشابه بين اثنين إلا في حالة التوائم المتماثلة فقط ،بل إن احتمال تشابه بصمتين وراثيتين بين شخص و آخر هي 1 من64 مليار إنسان، وهو ما يجعل التشابه مستحيلا لأن سكان الأرض لا يتعدون المليارات الستة[2].
- إن البصمة الوراثية لا تتغير من مكان إلى آخر في جسم الإنسان ،فهي ثابتة بغض النظر عن نوع النسيج فالبصمة الوراثية التي في العين تجد مثيلاتها في الكبد و القلب و الشعر[3].
- أظهرت الدراسات العلمية قدرة البصمة الوراثية على تحمل الظروف الجوية السيئة ،من حرارة و رطوبة و جفاف كما يمكن معرفة البصمة الوراثية بعد وفاة صاحبها بواسطة تحليل بقايا العظام و خصوصا عظام الأسنان[4].

و قد أجاز المجمع الفقهي الإسلامي[5]، الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات التالية:

---

[1]– قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، دورة 16، مكة المكرمة، 1422هـ/2002م، منقول من الرابط: iso-tec-demos.com/islamfiqh/dataentry/ar/content ,Vu le 25/08/2019 ,20h10.

[2]– زبيري قويدر ،النسب في ظل التطور العلمي و القانوني– دراسة مقارنة –، رسالة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ،السنة الجامعية 2011–2012،ص239.

[3]– المرجع نفسه، ص240.

[4]– ماينو الجيلالي، الإثبات بالبصمة الوراثية – دراسة مقارنة–، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2014–2015 ، ص65.

[5]– قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، دورة 16، مكة المكرمة، 1422هـ/2002م، منقول من الرابط: iso-tec-demos.com/islamfiqh/dataentry/ar/content,Vu le 26/08/2019,10h22.

- حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء سواء أكان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها، أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة و نحوه.
- حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات، و مراكز رعاية الأطفال و نحوها، و كذا الاشتباه في أطفال الأنابيب.
- حالات ضياع الأطفال و اختلاطهم بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب، و تعذر معرفة أهلهم، أو وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها، أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحروب و المفقودين .

إلا أن جل التشريعات العربية لم تتطرق إلى سن تعريف للبصمة الوراثية في قوانينها بالرغم من أنها اعتمدت تقنية البصمة الوراثية في إثبات النسب

وهو حال المشرع الجزائر لم يتطرق لتعريف البصمة الوراثية بصفة خاصة، و إنما أجاز الاعتماد على الطرق العلمية في إثبات النسب، و بالرجوع للمادة 40 من قانون الأسرة الجزائري، أقر المشرع بثبوت النسب الشرعي في قانون الأسرة الجزائري بالفراش الناتج عن عقد زواج صحيح أو زواج فاسد ، أو بنكاح الشبهة و كذا بالإقرار و البينة و هذا وفقا للمواد 32و33 و 34 و 40 من قانون الأسرة الجزائري.

و الملاحظ أن إضافة فقرة ثانية جديدة للمادة 40 بموجب تعديل 2005 لقانون الأسرة التي تنص على أنه: " يجوز للقاضي اللجوء إل الطرق العلمية لإثبات النسب " ،عبارة عن إقرار منه لإمكانية استعمال الطرق العلمية الحديثة في مجال العلوم الطبية في إثبات النسب،

من ثمَ فإنه لا يجوز للبصمة الوراثية أن تتقدم على الطرق الشرعية و القانونية لثبوت النسب التي أوردها المشرع في المادة 1/40 من قانون الأسرة الجزائري ،كما أنه لا يمكن اللجوء للبصمة الوراثية لإبطال الأبوة الثابتة بهذه الطرق الشرعية أو التشكيك فيها.

قد تعرض المشرع الجزائري للانتقاد من حيث كون هذه الفقرة جاءت مقتضبة و غامضة بنصها على جواز اللجوء إلى الطرق العلمية التي لم يتم تحديدها ولا الحديث عن حجيتها، بل أخضعها للسلطة التقديرية للقاضي في إصدار الأمر بإحالة أطراف الخصومة على المعمل الجنائي لإجراء الاختبارات الجينية على عينات لهم ، فهو صاحب القرار إن تبين له من خلال ملابسات القضية دواع لذلك لبناء قناعته التامة[1].

بالرجوع إلى الفقرة التي استحدثها المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة نجد أنها تتضمن أمرين أحدهما أن إجراء خبرة التحاليل البيولوجية يتم بإشراف القاضي و توجيهه، و لا معنى لشهادات الخبرة المقدمة من طرف الخصوم، و ثانيها البصمة الوراثية قرينة كسائر القرائن تخضع للسلطة التقديرية للقاضي ،مثلها مثل بقية الأدلة الفنية، واعتبارها دليلا مساعدا أو احتياطيا يأخذ به القاضي متى أمر بإجراء البصمة الوراثية من تلقاء نفسه أو بناءا على طلب أطراف الدعوى[2]، للكشف عن حقيقة النسب فإن له أن يأخذ بما ورد في تقرير البصمة الوراثية أو يستبعده و لا معقب عليه في ذلك متى كان حكمه مبنيا على أسباب سائغة ، تكفي لتكوين قناعته و الفصل في الموضوع.

---

[1]– إقروفة زبيدة ، الاكتشافات الطبية و البيولوجية و أثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري (التلقيح الاصطناعي و البصمة الوراثية نموذجا)، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية . تخصص:أصول الفقه، جامعة الجزائري ،كلية العلوم الإسلامية ،قسم الشريعة، السنة الجامعية ، 2008–2009، ص240.

[2]– كريمة محروق ،الحماية القانونية للأسرة بين ضوابط النصوص و اجتهادات القضاء،رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه علوم في القانون ،كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية 2014–2015،ص100 و 101.

ما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يبين الحالات التي يسمح فيها للقاضي اللجوء إلى استعمال الطرق العلمية في إثبات النسب، باعتبارها استثناء للطرق الشرعية المنصوص عليها في المادة 1/40 من قانون الأسرة.

فقد ترك المشرع السلطة التقديرية للقاضي بدون تحديد قد يثير نزاعات بين القضاة لاختلاف أوجه النظر و قناعات كل واحد منهم، مما يؤدي إلى تضارب الأحكام[1]، الصادرة من الجهات القضائية المعنية بحل النزاعات المتعلقة بقضايا النسب.

أما بخصوص التطبيقات القضائية فقد أكدت المحكمة العليا في قرار صادر لها[2]،على إمكانية إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي ADN) و لا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي و بين إلحاق النسب في العلاقة غير الشرعية.

حيث جاء في حيثيات القرار:{ و بالإطلاع على القرار المطعون فيه الذي تبنى الحكم المستأنف يتبين منه أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود للمطعون ضده باعتباره أبا له كما أثبتته الخبرة الطبية، ADN، معتمدين في ذلك على المادة 40 من قانون الأسرة رغم أن هذه الأخيرة تفيد و أنه يثبت النسب بعدة طرق و من منها البينة، و لما كانت الخبرة العلمية ADN ، أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده و من صلبه بناءا على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه و هو الطاعن، و لا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 من قانون الأسرة و بين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية و خاصة و أن كلاهما يختلف عن الآخر و لكل واحد منهما آثار

---

[1]– العربي بلحاج ، أحكام الزواج على ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، المرجع السابق، ص506.

[2]– قرار المحكمة العليا مؤرخ في 2006/03/05 ملف رقم 355180، منشور في المجلة القضائية ، العدد 2006/1،ص469.

شرعية كذلك، و لما تبين في قضية الحال أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة فإنه يلحق به ،الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه.}

فقد أحسنت المحكمة العليا صنعا في هذا القرار الاجتهادي التاريخي، عندما اعترفت بدور الخبرة العلمية الطبية، و بالقوة الثبوتية لهذه الوسيلة في إثبات النسب و دون منازع[1]، نظرا لدقة البصمة الوراثية التي تعطي نتائج مؤكدة لا تدع مجالا للشك.

تأكيدا للقرار السابق صدر قرار آخر للمحكمة العليا حيث جاء في حيثياته: { من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح و الإقرار و البينة و شهادة الشهود و نكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لأن ثوت النسب يعد إحياء له و نفيه قتلا له.

لما كان في قضية الحال أن المطعون ضده هتك عرض الطاعنة و هي قاصر و تمت إدانته بجرم هتك العرض، و نتج عن هذه الجريمة حمل الطاعنة و إنجاب بنت بتاريخ 2009/01/02، فإن النسب يلحق بالطاعن متى ثبت ارتكابه لجرم هتك العرض على شخص الطاعنة، و أن هذا الفعل يعد من قبيل البينة طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة، خلافا لما ذهب إليه قضاة الموضوع بحيث أن الأصل هو اللجوء إلى الطرق العلمية في مثل قضية الحال، و ليس في الزواج الصحيح الذي لا يكون في حالة نفي النسب إلا عن طريق اللعان، و قضية الحال تتعلق بإثبات النسب يجوز إثباتها بالطرق العلمية، مما يتعين قبول الوجه المثار لوجاهته}[2].

أما بخصوص مكانة البصمة الوراثية من اللعان باعتباره الدليل الشرعي لنفي النسب، فقد وضحت التطبيقات القضائية ذلك من خلال القرارات الصادرة عن المحكمة العليا، التي أكدت أنه

---

[1]– العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص504.

[2]– قرار صادر للمحكمة العليا عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2012/03/15، فصلا في الطعن رقم 734072، منشور بالمجلة القضائية، العدد 2013/1، ص124.

يجوز للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب و هي مقررة لذلك و ليس لنفيه[1]،و في حال عدم نفي النسب بالطرق المشروعة طبقا للمادة 41 من قانون للأسرة يحول دون اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب[2].

قد جاء في قرارا صادر عن المحكمة العليا: " أن النسب الثابت بالفراش لا ينتفي إلا باللعان المقصود في المادة 41 من قانون الأسرة ، و لا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان بطلب من الزوج، و أن نص المادة 2/40 من قانون الأسرة مقرر للإثبات و ليس للنفي"[3].

في قرار آخر جاء فيه: " من المقرر قانونا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار وبالبينة و بنكاح الشبهة و بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32-33-34 من قانون الأسرة و من ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفة للقانون، و متى تبين في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد إثبات النسب المسطّرة شرعا و قانونا طبقا لأحكام المادة 40 و ما بعدها من قانون الأسرة فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم و عرّضوا قرارهم للنقض"[4].

الملاحظ أن أهم حالات الأخذ بالبصمة الوراثية، نراها في حالة اللجوء إلى إجراء اللعان لنفي النسب و هنا يجوز للقاضي أن يطبق اللعان وفقا للنصوص الشرعية و القانونية للتفريق بين

---

[1]- قرار للمحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2012/03/15 ، فصلا في الطعن رقم 690718 ، منشور بالمجلة القضائية ، العدد 2013/2،ص268.

[2]- قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2012/03/15، فصلا في الطعن رقم 704222،منشور بالمجلة القضائية العدد 1/2013، ص262.

[3]- قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ، 2012/12/13، فصلا في الطعن رقم 828820، منشور بالمجلة القضائية ، العدد 1/2014، ص 323.

[4]- قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1999/06/15، فصلا في الطعن رقم 222674، منشور بالمجلة القضائية ، العدد 1/1999،ص126.

الزوجين كما يستطيع في نفس الوقت أن يأمر بإجراء اختبار البصمة الوراثية كقرينة من القرائن للوصول إل حقيقة نسب الولد[1].

إن إجراء تحاليل و اختبارات البصمات الوراثية تخضع لضمانات و ضوابط قانونية لغلق باب المشاكل الناجمة عن اللجوء إلى هذا الدليل العلمي ،لإظهار الحقيقة البيولوجية في قضايا ومنازعات النسب و سنتطرق إليها على النحو التالي:

- **أن يكون إجراء تحليل البصمة الوراثية بأمر من القضاء**

في حال ما رأى القاضي ضرورة الاستعانة بالبصمة الوراثية يعين خبير مختص في المجال الطبي للقيام بها في مختبرات معتمدة و موثوق بها لضمان النتائج و سريتها.

كما يجوز للنيابة العامة طلب اللجوء إلى تحاليل البصمة الوراثية في قضايا التنازع على النسب[2] وفقا للمادة 3 مكرر كن قانون الأسرة باعتبارها طرفا أصليا في جميع قضايا الأسرة.

-لا يجوز استخدام البصمة الوراثية لغرض التأكد من الأنساب الثابتة بالفراش الصحيح

يعتبر الفراش الصحيح من الأدلة الشرعية و القانونية لثبوت النسب ،فالشخص الثابت نسبه بالفراش الصحيح، لا يجوز إجراء البصمة الوراثية لنفي نسبه، و لا يجوز للبصمة الوراثية أن تتقدم الطرق الشرعية في إثبات النسب التي نص عليها قانون الأسرة في المادة 1/40 ،و لا للتأكد من نسبه الثابت بالفراش الصحيح، حفاظا على الأسر من التفكك و الضياع.

[1]– بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد،المرجع السابق،ص 503.

[2]– المرجع نفسه، ص499.

- الحصول على موافقة من يخضع لهذه الخبرة الطبية و حماية معلوماته

استنادا إلى مبدأ حرمة الجسد البشري و الحق في السلامة الجسدية طبقا للمادة 161و ما يليها من القانون رقم 05/85 المؤرخ في 1985/02/16 المعدل بالقانون رقم 09/98 المؤرخ في 1998/08/19 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها ،و تختلف شروط هذه الموافقة وفقا لما إذا كانت الخبرة الطبية ستجري على شخص حي أم على جثة الميت[1]، و كذا حماية المعلومات الوراثية باعتبارها حقا من الحقوق الشخصية و هي حماية قانونية من خلال المبدأ العام المتعلق بالحق في الحياة الخاصة ،و عدم إفشاء السر المهني طبقا لنص المادة 207 من القانون المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها و حسب المادة 37 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06/ 1992/07 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب .

- التزام الطبيب بالآداب العامة

ذلك بمراعاة تنفيذ كافة المعايير العلمية و الضوابط الشرعية و القانونية و الأخلاقية و القيم الدينية و الاجتماعية التي تضعها السلطات المختصة لإجراء التجارب و الاختبارات و الفحوصات الطبية على الإنسان .

و عليه لا يجوز التلاعب بالبصمات الوراثية و الجينات البشرية و العينات الخاضعة للفحص البيولوجي الجيني بالخصوص في قضايا إثبات النسب الشرعي كما أنه لا يجوز استعمال أو المتاجرة بهذه الجينات الوراثية ،أو استخدامها للعبث بشخصية الإنسان أو للمساس بحقوقه و شرفه وكرامته الآدمية.

[1]- القانون رقم 85/05 المؤرخ في 1985/02/16، المعدل بالقانون رقم 98/09 المؤرخ في 1998/08/19، المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها.

2-الإشكالات المتعلقة بأثر التلقيح الاصطناعي على إثبات النسب

من بين وسائل العلاج اللجوء إلى تقنية التلقيح الاصطناعي لحالات العقم التي فشل العلاج الطبي العادي في القضاء عليها، و التي يمكن من خلال هذه التقنية علاج مشكلة العقم و إتاحة الفرصة للإنجاب و تذوق طعم الأمومة و الأبوة و كذا تجنب الكثير من المشاكل الأسرية التي يمكن أن تؤدي إلى تفكيك الأسرة.

إلا أن التلقيح الاصطناعي مازال يثير بعض الإشكالات الشرعية و القانونية خاصة حول مدى مشروعيته من عدمها، خاصة المتعلقة بموضوع إثبات النسب و نفيه و الإشكالات المرتبطة به.

فالتلقيح الاصطناعي هو:" الجمع بين خلية جنسية مذكّرة و خلية جنسية أنثوية بغير الطريق الطبيعي، برعاية طبيب مختص قصد الإنجاب"[1]، و قد يكون التلقيح الاصطناعي داخل الجسم عن طريق نقل الحيوانات المنوية من الزوج ووضعها في رحم الزوجة لتلتقي بعدها بالبويضة و ثم تتابع رحلتها عبر مختلف مراحل النمو التي تمر بها كما في حالة الاتصال الجنسي الطبيعي، كما قد يكون خارج الجسم عن طريق وضع بويضة الزوجة في أنبوب زجاجي يضاف إليه مني الرجل، و بعد أن تلقح و تتابع انقساماتها المتتالية ثم تعاد بعد ذلك إلى الرحم و تستكمل نموها الطبيعي[2].

لاستقراء موقف المشرع الجزائري فيما إذا كان يجيز اللجوء إلى استعمال تقنية الإنجاب

---

[1]- آمال علال برزوق، المرجع السابق، ص400.

[2]- يوسف مسعودي، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، مقال منشور في مجلة دراسات و أبحاث ، العدد 24 ، سبتمبر 2016، صادرة عن جامعة الجلفة ، ص64، و أيضا : قرار المجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان عاصمة المملكة الأردنية ،بتاريخ 08-13صفر 1407هـ الموافق 11-16 تشرين الأول 1986، قرار رقم 16 بشأن أطفال الأنابيب، نقلا من الرابط:
https://www.iifa-aifi.org/ar/1661.html , vu le 05/03/2020 , 15h :37

الاصطناعي من عدمه، نجد أن المشرع قد أضاف مادة جديدة و وحيدة من خلال التعديل الجديد بموجب الأمر 05/02، و هي المادة 45 مكرر على إثرها تمت مواكبة التطور التكنولوجي في الميدان الطبي في المجال المتعلق باالطرق الحديثة للإنجاب، فقد أجازت هذه المادة صراحة على إمكانية اللجوء إلى استعمال التلقيح الاصطناعي بغرض الإنجاب و إنما قيدته بمجموعة من الضوابط الواجب توفرها لكي يعتبر شرعيا و صحيحا.

قد نصت المادة 45 مكرر على ما يلي:" يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية،

- أن يكون الزواج شرعيا،
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما،
- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما،

لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة."

فقد سن المشرع مجموعة من الشروط من أجل القيام بالتلقيح الاصطناعي على الوجه المشروع من خلال قيام علاقة زوجية صحيحة وفق ركن التراضي و شروط الصحة المنصوص عليها في قانون الأسرة و سبق و أن أشرنا إليها سابقا، و كذا أن يكون التلقيح مبني على مبدأ التراضي بين الزوجين و الموافقة التامة بينهم على القيام به، و أن يكون أثناء حياتهما و لا يجوز استعمال التلقيح الاصطناعي في حال وفاة أحد الزوجين و إن كانا قد قاما بتجميد البويضة أو المني فهذا لا يجوز شرعا و لا قانونا خوفا من اختلاط الأنساب و ضياع الحقوق، و أن يتم بمني الزوج وبويضة الزوجة بمعنى في حال ما إذا كانت الزوجة تعاني من مرض له أثر سلبي على جودة البويضات فلا يجوز لها أو لزوجها أن يجلب بويضة من امرأة أخرى من أجل التلقيح، و نفس

الشيء بالنسبة للزوج فلا يجوز جلب مني رجل آخر من أجل القيام بالتلقيح الاصطناعي فالأصل في العملية أن يتم بماء الزوج و بويضة الزوجة فقط.

قد استبعد المشرع اللجوء إلى الأم البديلة في حال ما إذا كانت المرأة تعاني من أمراض على مستوى الرحم تحول دون المقدرة من التصاق البويضة بجدار الرحم و التعشيش فيها من أجل اكتمال النمو، أو بسبب مرض خطير لأجله تم استئصال الرحم من الزوجة و لم يعد لها القدرة على الحمل، أو أي أمراض أخرى لها علاقة بعدم القدرة على استكمال مراحل التلقيح، فيمنع اللجوء إلى استئجار امرأة من أجل استعمال بويضتها أو رحمها لاستكمال التلقيح الاصطناعي.

هذا ما أكده مجمع الفقه الإسلامي في قرار صادر له جاء فيه:" يمنع منعا باتا أن يجرى التلقيح بين نطفة مأخوذة من زوج وبويضة مأخوذة من امرأة ليست زوجته ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم زوجته، أو أن يجرى التلقيح بين نطفة رجل غير الزوج وبويضة الزوجة ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم الزوجة، أو أن يجرى تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة متطوعة بحملها، أو أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي رجل أجنبي وبويضة امرأة أجنبية وتزرع اللقيحة في رحم الزوجة، أو أن يجرى تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى، و تعتبر هذه الطرق محرمة شرعا لما يترتب عليها من اختلاط الأنساب و ضياع الأمومة و غير ذلك من المحاذير الشرعية".[1]

متى تحققت الشروط السابقة الذكر فإن النسب يكون ثابتا، مادام المني من الزوج و البويضة

[1]– مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان عاصمة المملكة الأردنية ،بتاريخ 08–13صفر 1407هـ الموافق 11–16 تشرين الأول 1986، قرار رقم 16 بشأن أطفال الأنابيب، نقلا من الرابط: https://www.iifa-aifi.org/ar/1661.html , vu le 17/03/2020, le 22h:03

من الزوجة[1]، ولا يطعن فيه لا أثناء العلاقة الزوجية و لا بعد انتهاء العلاقة الزوجية إما بالطلاق أو بوفاة أحد الزوجين.

3- سلطة القاضي في تقدير الطرق العلمية لإثبات النسب

إن السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي في اللجوء إلى الخبرة العلمية في مجال إثبات النسب، تجعله يلجأ إليها للاستعانة و الاسترشاد للوصول لحل النزاع المعروض أمامه، و ذلك عن طريق تعيين خبير مختص يوكل له مهام اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب، عن طريق تحديد المهام و التعليمات الواجب إتباعها بكل حذر و مسؤولية.

إلا أن المشكل المثار في حال طلب القاضي إجراء الخبرة العلمية، من قبل خبراء مختصين في المجال البيولوجي، و تُعرض أمامه يكتفي بالنتيجة و يبني حُكمه على أساسها؟ أم يناقش النتيجة التي وصل إليها الخبير ؟ أم يمتنع عن مناقشتها باعتبارها مسألة علمية ذات نتائج قطعية؟

أم أن جهله بهاته الطرق و مصطلحاتها العلمية قد يقف عائقا أمام مناقشته لها، و أظن أنه على هذا الأساس ترك المشرع الجزائري اللجوء إلى الطرق العلمية أمر جوازي للقاضي، و له أن يأخذ بما جاء بالخبرة العلمية بشكل مباشر و قطعي، كما له أن يعتمد عليها على سبيل الاستئناس فقط.

وعليه يتمتع القاضي بالسلطة في تقدير الخبرة العلمية، بمعنى له السلطة التامة في الاعتماد على الطرق العلمية في حل النزاعات المثارة في قضايا إثبات النسب أو استبعادها.

أما بخصوص سلطة القاضي في إجبار الشخص للخضوع للخبرة العلمية في قضايا إثبات النسب، فلا يمكنه إلزام أي شخص للخضوع لتحليل الحمض النووي إذا رفضه،احتراما لمبدأ حرمة الحياة الخاصة التي أكدها دستور 1966 في مادته 34 ، و عليه لا يستطيع القاضي أن يفرض و

[1]- يوسف مسعودي، المرجع السابق، ص 116.

يرغم أحدا على الخبرة العلمية، لذا يستلزم موافقة صريحة و مسبقة للحصول على البصمات الوراثية للأشخاص المعنيين.

فإنه يستحسن أن يتدخل المشرع الجزائري باستصدار نصوص تسمح بالحكم قضائيا و فرض تهديدات مالية على الأشخاص الرافضين لجبرهم على الانصياع لحكم القضاء، خاصة إذا كانت عملية تحليل البصمة الوراثية هي الوسيلة الوحيدة لدى القضاء للفصل في نزاع يتعلق بتحديد نسب الطفل، و ذلك من أجل حماية حقوق بقية الأطراف، و لاسيما حق الطفل في النسب و معرفة والديه[1]

[1]– علال برزوق أمال، المرجع السابق، ص391.

المطلب الثاني

إثبات الحقوق المعنوية المنفصلة بين الزوجين

يقصد بالحقوق المعنوية المنفصلة تلك الحقوق الخاصة بكل زوج، بمعنى تنقسم إلى قسمين الأول يتضمن الحقوق المنفصلة الخاصة بالزوجة، و التي تشمل العدل بين الزوجات في حال التعدد و كذا عدم الإضرار بالزوجة(الفرع الأول)، و الثاني الحقوق المعنوية للزوج و تشمل حق الطاعة و القوامة، و أيضا حق الزوج في قيام زوجته على خدمته(الفرع الثاني)، و مسألة إثبات الحقوق المعنوية المنفصلة، تقع على عاتق الطرف المتضرر بكل الوسائل التي أقرها القانون.

الفرع الأول:إثبات الحقوق المعنوية للزوجة

أقرت الشريعة الإسلامية و كذا القانون الوضعي مجموعة من الحقوق المعنوية الخاصة بالزوجة حماية لحقوقها من الضياع و توفير الحياة الكريمة لها، فألزمت الزوج على ضرورة توفير العدل بين الزوجات في حال التعدد، و على الزوجة اللجوء للقضاء في مخالفة ذلك و تقديم الإثباتات التي تقر بذلك(أولا)، و أيضا تجنب إلحاق الضرر بها (ثانيا).

أولا:إثبات العدل بين الزوجات في حال التعدد

سبق و أن أشرنا لموضوع التعدد و شروطه ، يعني إذا قام الزوج بالتعدد، وجب عليه أن يعدل بين زوجاته في المأكل، والملبس، والمسكن و غيرها من مستلزمات الحياة، فإن فضل زوجة على غيرها في شأن من الشؤون مما يدخل في مقدرته كان آثما، و العدل بين الزوجات يكون في الأمور المادية و المعنوية، أما المحبة القلبية يصعب على الإنسان تحقيقها بصورة متساوية ، لكن عليه أن يبذل جهد في إيجاد التوازن .

المشرع الجزائري سمح بالزواج بأكثر من واحدة في نص المادة 8 من قانون الأسرة وفق

شروط ينبغي على الزوج التقيد بها، الحرص على تجسيدها، فإن لم يلتزم الزوج بها جاز لكل متضررة أن ترفع أمرها للقاضي للمطالبة بحقها الشرعي والقانوني، حسب نص المادة 8 مكرر من قانون الأسرة، و لها حق طلب التطليق أمام القضاء إذا لم يلتزم بأحكام التعدد، و لها إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات.

على الزوج الحرص على توفير ما يثبت أنه يعدل بين زوجاته و ذلك من خلال المساواة المادية و المعنوية حرصا على توفير الاستقرار و الاحترام داخل الأسرة لتفادي الصراعات و الخلافات التي قد تؤدي إلى الكره و الحقد فيما بين أفراد الأسرة و بالتالي قد يهدمها و يشتتها.

فما على الزوجة المتضررة إخلال زوجها بمبدأ العدل بين زوجاته سوى رفع دعوى قضائية للمطالبة بحقوقها، و يمكنها الاعتماد على كل وسائل الإثبات التي تساعدها في أن تثبت مثلا إخلال الزوج بحق المبيت أو الإخلال بموضوع التسوية بالنفقة، أو الإخلال بموضوع السكن ونوعيته، أو الإخلال بموضوع السفر، أو المعاملة بشكل عام وهي عبارة عن وقائع مادية تتطلب الإثبات بكافة الطرق، وللقاضي سلطة التحقق في ادعاءات الأطراف والوصول إلى حكم يراه مناسبا في حل النزاع المعروض أمامه[1].

و شرط العدل وضعه المشرع الجزائري من باب الحماية القانونية للزوجة من تعسف الزوج في استعمال حقه،و من خلاله نص المشرع على ضرورة موافقة الزوجة السابقة لزواجه .

و أكدته قرار المحكمة العليا و قد جاء فيه :"لا يكفي لرفض دعوى التطليق من أجل الضرر

[1]– الرشيد بن شويخ، قانون الأسرة المقارن، الكتاب الأول: الزواج وآثاره، المرجع السابق، ص110.

علم الزوجة (السابقة) بزواج زوجها من امرأة أخرى، و يجب إثبات رضاها بهذا الزواج"[1].

و يعتبر القانون التونسي هو القانون الوحيد في البلاد العربية الذي جرم موضوع التعدد، وبالتالي فإن هذا الموضوع غير مطروح في القانون التونسي.

ثانيا: إثبات عدم الإضرار بالزوجة

مثلما تجب حقوق غير مالية لصالح الزوج ، فإنه في المقابل تجب حقوق أيضا لصالح الزوجة ، أهمها عدم إلحاق ضرر بها ماديا كان أو معنويا ، لأن عقد الزواج في جوهره ما بينته الآية الكريمة فله تعالى:﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾[2].

لا يصح للزوج أن يؤذي زوجته سواء بالفعل، أو القول ونحو ذلك مما يخدش شعورها ويؤذي كرامتها، وذلك لقوله تعالى:﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ﴾[3].

كما أن المشرع الجزائري حينما عرف الزواج في المادة 4 من قانون الأسرة بقوله:" الزواج عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة و التعاون و إحصان الزوجين و المحافظة على النساب" ، أكد على تلك القيم و الحكام التي نصت عليها النصوص الشرعية ، و لا تتحقق تلك المودة و الرحمة إذا ألحق الرجل بزوجته أي ضرر سواء أكان ماديا أو معنويا.

---

[1]– قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية ،بتاريخ 2005/01/19فصلا في الطعن رقم 334060 منشور بالمجلة القضائية العدد 2005/1، ص326.

[2]– سورة الروم، الآية 21.

[3]–سورة البقرة، الآية231.

على أن هذا الضرر الذي تحدث عنه المشرع في مضمون المادة 4 و المادة 36 من قانون الأسرة ليست له صورة واحدة ، و إنما تتعدد صوره بحسب نوع الضرر، إذ ربما تكون صورته الضرب و الشتم و قد تكون عدم اتفاق، و لربما يكون في عدن العدل بين زوجاته و أخرى[1].

الملاحظ أن المشرع قد رتب جزاء على الزوج في حال ألحق ضرر بالزوجة لم يلتزم الزوج بهذه التعاليم وآذى زوجته بالقول أو بالفعل ، فلها أن ترفع دعوى أمام القاضي لطلب إلزام الزوج بالكف عن إيذائها،أو لطلب التطليق.

هذا ما أكده قرار المحكمة العليا[2] الذي اعتبر ضرب الزوجة المبرح يعد من الأضرار المعتبرة شرعا التي تستوجب التطليق دون اشتراط صدور حكم جزائي ، حيت أن المتهم اعترف أمام المحكمة بضرب زوجته و قاضي الموضوع غير ملزم في مثل هذه الحالات بإرجاء الفصل في دعوى التطليق على حين صدور الحكم الجزائي.

نص القانون الجزائري في التعديل الجديد في المادة 36 وهي جملة الحقوق المشتركة باعتبارها حقوقا وواجبات في نفس الوقت للطرفين ويأتي على رأسها حسن المعاملة والمعاشرة، وبالتالي تجنب الإضرار بها.

القانون التونسي نص في الفصل23 على أنه: على كل واحد من الزوجين أن يعامل الآخر بالمعروف ويحسن عشرته وتجنب إلحاق الضرر به.

القضاء التونسي في موضوع عدم إلحاق الضرر بالطرف الآخر جاء عن محكمة التعقيب

---

[1]– الهادي علي زبيدة ، أحكام الأسرة في التشريع الليبي، الزواج و أحكامه، ج1، المرجع السابق، ص352.

[2]– قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ ،23/01/2001 فصلا في الطعن رقم 258555 منشور بالمجلة القضائية ن العدد 2/2002 ، ص 417.

ما نصه: لا جدال في أن الفصل 23 م ا ش في صيغته الجديدة بموجب تنقيح 1993 تخلى عن واجب الطاعة الذي كان محمولا على الزوجة وأسس العلاقة الزوجية على قيم أخرى مبناها التعاون والتآزر بين الزوجين كما وضع على كاهل كل واحد منهما واجب عدم إلحاق الضرر بقرينه[1].

هذا ويقع على عاتق الزوجة إثبات أمام القضاء بأن الزوج قد أضر بها ماديا أو معنوية بالنسبة للوقائع التي حدثت، ولها في ذلك كافة طرق الإثبات.

فإذا تعرضت للضرب وسبب لها جروحا عليها تقديم الدليل أمام القضاء، كالشهادة الطبية التي تؤكد الجروح من طبيب شرعي مرفقة بشكوى لدى مصالح الأمن، أو من خلال شهادة الشهود، ولو كانوا من الأقارب والجيران.

من صور الضرر أيضا ان يمنعها من مزاولة مهنتها أو دراستها بعد أن اشترطتها عليه و وافق عليها، أو أنه يؤذيها بالكلام كالإهانة أمام الناس، أو السباب والشتائم وما إلى ذلك من أمور يمكن إثباتها بكافة الطرق.

كذلك يكون لها إثبات الوقائع المستمرة أو التي ستحدث، كحالة الضرب المستمر والإهانة أو التضييق اليومي عليها ،أو كحالة التهديد بإيقافها عن العمل أو الدراسة أو التهديد بمنعها من زيارة أهلها ونحوها من وقائع يصعب حصرها. وما على القاضي سوى التحقق من هذه الادعاءات والوصول إلى حلول ملائمة[2].

[1]– قرار تعقيبي مدني 43623/2009 مؤرخ في 11 مارس 2010.

[2]– الرشيد بن شويخ، قانون الأسرة المقارن، الكتاب الأول: الزواج و آثاره، المرجع السابق، ص130.

الفرع الثاني : إثبات الحقوق المعنوية للزوج

نصت المادة 36 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري على مجموعة من الحقوق و الواجبات المشتركة بين الزوجين، و من خلال تحليل هذه المواد يتبين لنا أن للزوج مجموعة من الحقوق المعنوية الخاصة، على الزوجة احترامها من أجل حياة أسرية مستقرة، و في حال ما إذا أخلت الزوجة بواجباتها تجاه الزوج على هذا الأخير في حال ما ثار نزاع بينهما اللجوء للقضاء و إثبات ذلك وفق ما أقره القانون.

سنتطرق لدراسة حق الطاعة و القوامة (أولا)، ثم التطرق لحق الزوج في قيام زوجته على خدمته(ثانيا).

أولا:إثبات حق الطاعة و القوامة

طاعة الزوج واجبة على الزوجة بمجرد إبرام عقد الزواج ودعوة الزوج الزوجة إلى بيت الزوجية فعلى الزوجة أن تطيع زوجها في الأمور التي أباحها الله تعالى.

و مع تقرير القاعدة الأصولية التي تقضي بأنه لا تكليف بمستحيل و أنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق ، فعلى الزوجة أن تطيع زوجها بالمعروف[1] .

قد أحاط الإسلام الزوجة بشرف كبير كونه اعتبرها مجاهدة في سبيل الله إن أطاعت زوجها و أحسنت إليه ، و في ذلك قول الرسول صلى الله عليه و سلم " جهاد المرأة حسن التبعّل "[2]، أي حسن معاملة ومعاشرة زوجها و تأمين كل حاجاته المادية و العاطفية .

---

[1]– محمد الكشبور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 328.

[2]– محمد ناصر الدين بن الحاج نوح بن نجاتي أبو عبد الرحمن الألباني، سلسلة الأحاديث الضعيفة و الموضوعة و أثرها السيء في الأمة، ط1، دت، دار المعارف، الرياض، السعودية، رقم الحديث 1490، ص75.

كما قلنا سابقا أنه إذا أعد الزوج المسكن الشرعي لزوجته وكان أمينا عليها وأوفاها معجل صداقها، يجب عليها أن تقيم معه في هذا المسكن ، و ملزمة بطاعته و خدمته على الوجه المشروع.

على الزوجين أن يتفقا فيما بينهما على نظام حياتهما بما يريانه مناسبا لهما ، كخروجها من المنزل بإذنه و إن اقتضت الضرورة أن تخرج دون علمه لا جناح عليها ، كذهابها للمستشفى في حال ما تعرض أحد أبنائها للمرض و لم يكن الزوج موجود .

قد خول الله تعالى للزوج سلطة تأديبية على زوجته في الحالة التي تنشق فيها عليه و تتمادى في ذلك دون عذر ظاهر، لقوله تعالى : ﴿وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّ فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيّٗا كَبِيرٗا ﴾[1].

الجدير بالذكر أن الضرب الذي تتحدث عنه الآية الكريمة يجب أن يكون آخر إجراء تأديبي بعد الوعظ و الهجر،و من المجمع عليه فقها و قضاء أن الضرب يجب أن يكون في حدود معقولة، فلا يكون مبرحا و لا مهينا و لا جارحا[2].

أما مسألة القوامة فقد أعطيت بصورة تتماشى مع الفطرة والتكوين الجسدي، فكل منهما له مميزات تخصه، فالمرأة وهبها الله أشياء لا توجد في الرجل، والرجل وهبه الله أشياء لا توجد في المرأة.

لذلك أعطى الإسلام الرجل حق القوامة والرياسة في البيت كفاء مسؤولياته المختلفة تجاه الأسرة لقوله تعالى ﴿ ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ

[1]– سورة النساء، الآية 34.

[2]– محمد الكشبور، الوسيط في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص328.

أَمۡوَٰلِهِمۡۚ فَٱلصَّٰلِحَٰتُ قَٰنِتَٰتٌ حَٰفِظَٰتٞ لِّلۡغَيۡبِ بِمَا حَفِظَ ٱللَّهُۚ ﴾[1].

لم يتطرق المشرع الجزائري في التعديل الجديد لقانون الأسرة على أي حق يختص به الزوج اتجاه الزوجة، بعد أن كانت بعض الحقوق مجسدة في المادة 39 الملغاة، كحق الطاعة و إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وغيرها.

نص في المادة36 على جملة من الحقوق والواجبات المشتركة بينهما في هذا الموضوع، أي أن القانون الجزائري أحدث تعديلا في تقسيم الحقوق والواجبات بين الزوجين، إلى ما يسمى بالحقوق والواجبات المشتركة تحقيقا لمبدأ المساواة بين الجنسين.

أما القانون التونسي أيضا لا يعرف نص على الحقوق والواجبات المتبادلة في الفصل23 منه، مع النص صراحة بأن الزوج هو رئيس العائلة و المسؤول عن أفراد الأسرة و عن كل حاجياتهم.

في حال حدوث نزاع بين الزوجين، وخصوصا في مسالة الطاعة، فإنه يتوجب على الزوج إثبات الخروج عن الطاعة، كأن يثبت أنها لم تستجب للمعاشرة والمطاوعة بغير عذر، أو خرجت إلى بيت أهلها ورفضت العودة دون مبرر، أو رفضت السفر معه دون عذر، وغيرها مما يمكن حصوله بين الزوجين حسب الوقائع والظروف[2].

في المقابل على الزوجة أن تفند ادعاءات الزوج ، ولها في ذلك كافة طرق الإثبات، كان تثبت أن رفضها العودة كان بسبب الضرب الذي حصل عليها أو بسبب الإضرار بها بالقول والفعل، أو أن الزوج لم يوفر لها سكنا مستقلا لائقا كما وعد بذلك أثناء الزواج، وغيرها من المسائل التي

[1]– سورة النساء، الآية 34.

[2] الرشيد بن شويخ، قانون الأسرة المقارن، الكتاب الأول: الزواج و آثاره، المرجع السابق، ص135.

تتطلب الإثبات أمام القضاء وبكافة طرق الإثبات، وللقاضي السلطة التقديرية في هذا الأمر بحسب ما يقتنع فيه من أدلة مقدمة من الطرفين.

من القرارات الصادرة في شأن الطاعة، ما جاء في قرار المحكمة العليا الذي أقر بأن الأمر بالرجوع إلى بيت الزوجية والدخول في الطاعة يكون من طرف القاضي بعد أن يتبين له من خلال وقائع الدعوى أن الامتناع عن الرجوع غير مؤسس، وقد يكون أمر الرجوع القضائي بناء على طلب الزوج.

حيث يكون أمر الرجوع إلى بيت الزوجية بمقتضى حكم أو أمر قضائي، و أن الزوجة المحكوم عليها بالرجوع إلى بيت الزوجية إذا امتنعت من تنفيذ الحكم تسقط نفقتها و تعتبرا ناشزا.

ثانيا : إثبات حق الزوج في قيام زوجته على خدمته

على الزوجة أن تقوم بما يحتاج إليه الزوج و الأولاد و البيت من طبخ و غسل و تنظيف وغير ذلك من الأعمال مما يليق بحال زوجها من عسر و يسر و يحقق الحياة الكريمة للأسرة داخل البيت و يجعلها تعيش في مودة و رحمة و سكينة.

قد حث الله سبحانه و تعالى على العمل في كتابه الكريم و بيّن منزلة و مكانة العمل ورتب على من يعمل صالحا الجزاء الحسن، حيث قال تعالى في كنابه الكريم:﴿ مَنْ عَمِلَ صَالِحًا مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهُ حَيَاةً طَيِّبَةً وَ لَنَجْزِيَنَّهُمْ أَجْرَهُمْ بِأَحْسَنِ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ ﴾[1].

قوله تعالى:﴿فَاسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ أَنِّي لَا أُضِيعُ عَمَلَ عَامِلٍ مِّنكُم مِّن ذَكَرٍ أَوْ أُنثَىٰ بَعْضُكُم

[1]– سورة النحل، الآية 97.

﴿مِّن بَعْضٍ﴾[1].

روى البخاري في صحيحه أن السيدة أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنهما قالت : تزوجني الزبير و ما له في الأرض من مال و لا مملوك و لاشيء، غير ناضج و غير فرسه، فكنت أعلف فرسه وأستقي الماء و أخرز غربه و أعجن، و لم أكن أحسن أخبز، و كان يخبز جارات لي من الأنصار، و كن نسوة صدق، و كنت أنقل النوى من أرض الزبير التي أقطعه رسول الله صلى الله عليه و سلم على رأسي، و هي مني على ثلثي فرسخ، قالت: حتى أرسل إلي أبو بكر بعد ذلك بخادم تكفيني سياسة الفرس فكأنما أعتقني[2].

أما فقهاء السلف لم يتفقوا على رأي واحد في هذا الموضوع، و إن كانت نصوص الكثير منهم تتجه على عدم إيجاب الخدمة و على ضرورة توفير خادم للزوجة لإعانتها و خدمتها و هم فقهاء المذاهب الإسلامية[3].

أما الفقه الحديث فقد رجح رأيا مغايرا بقوله أنه ليس من الشرع الإسلامي في شيء من يقول إن المرأة ليست عليها خدمة بيتها و القيام على شؤونه و طهي طعامها و هو بعيد عن الإسلام بعده عن المألوف المعروف[4].

الأساس الذي وضعه الإسلام للتعامل بين الزوجين و تنظيم الحياة بينهما هو أساس فطري و طبيعي فالرجل أقدر على الكسب و العمل و الكدح خارج المنزل، و المرأة أقدر على تدبير المنزل و تربية الأولاد و تيسير أسباب الراحة البيتية و الطمأنينة المنزلية، فيكلف الرجل ما هو مناسب له

---

[1]- سورة آل عمران، الآية 195.

[2]- رواه البخاري، حديث رقم 5224، المرجع السابق، ص 281-282.

[3]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته ، ج7، المرجع السابق، ص805.

[4]- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص192.

وتكلف المرأة ما هو من طبيعتها و بهذا ينظم البيت من الناحية الداخلية و الخارجية ، دون أن يجب أي واحد من الزوجين سببا من أسباب انقسام البيت على نفسه[1].

لمن يتطرق المشرع الجزائري من خلال إعادة تقسيمه للحقوق الزوجية في التعديل الجديد لقانون الأسرة لموضوع حق الزوج في قيام زوجته بخدمته، و لكن ما يستشف من نص المادة 36 الفقرة 2و3 التي نصت على المعاشرة بالمعروف و ضرورة التعاون على مصلحة الأسرة ،أن الزوجة تشارك زوجها في الأعمال و الأعباء الناتجة عن الحياة الزوجية ، و أولها خدمة البيت و تنظيمه وإعداد الطعام و السهر على توفير الجو المناسب داخل البيت الذي يعكس طاقة إيجابية على أفراد الأسرة

[1]– السيد سابق، فقه السنة ،ج2، دار الفكر ، ص174، نقلا عن ربيحة إلغات ، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري ، المرجع السابق، ص 241، و الرابط:
le 04/02/2020,11h35.https://www.dar-alifta.org/ar,Vu

الباب الثاني

دور الإثبات في حل النزاعات المتعلقة بإنهاء الرابطة الزوجية و آثارها

الباب الثاني

دور الإثبات في حل النزاعات المتعلقة بإنهاء الرابطة الزوجية و آثارها

الأصل في الزواج، أنه يبرم على وجه الدوام والاستمرار لإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين، غير أن هذه الغاية قد ينتابها عدم الوفاق، ويتسع الخلاف بين الزوجين، و يصبح سريان ميثاق الزواج مستحيلا داخل الأسرة، ويكون آنذاك من مصلحة الطرفين إنهاء الرابطة الزوجية.

إذ يعتبر الطلاق في قانون الأسرة الطريقة الأساسية التي تنحل بها الرابطة الزوجية طبقا للمادة 48 من قانون الأسرة الجزائري، و يعد من المواضيع التي أولتها الشريعة الإسلامية عناية خاصة فقد شرعه الله عز و جل علاجا للخلافات الزوجية، و جعله آخر الحلول و أبغضها، لما ينتج عنه من آثار سلبية في حياة الأفراد، و لما يحدثه من تفكك أسري و انهيار للوحدة الأسرية.

إلا أن الطلاق غالبا ما ينجم عنه نزاعات بين الزوجين حول الطريقة التي يقع بها، أو حول الحقوق المرتبطة به ، و كذا الآثار الناجمة عن فك الرابطة الزوجية المتعلقة بالزوجين أو المتعلقة بالأطفال، و من أجل حل هذه النزاعات يتوجب على الطرفين إقامة الدليل أمام القضاء، بطريقة من الطرق التي نص عليها القانون، على صحة الواقع القانونية المتنازع فيها، لكي يترتب على آثار قانونية .

باعتبار أن الإثبات الأداة الضرورية التي يعول عليها القاضي عند التحقق من هذه الوقائع القانونية والحقوق التي يدعيها أطراف الخصومة، والبحث في مدى صحتها وسلامتها.

إلا أن الإثبات في قضايا الأسرة يتميز عن نظيره في القانون المدني، على أن هذا التمييز يظهر أكثر باعتبار أن المجال الأسري يعرف ازدواجية في القواعد القانونية المطبقة، تجمع بين قواعد الفقه الإسلامي و قانون الأسرة، و هو ما أضفى خصوصية على الإثبات في المادة الأسرية.

وعليه يتجلى لنا الدور الكبير الذي يلعبه الإثبات في حل النزاعات المتعلقة بإنهاء الرابطة الزوجية و آثارها، و كذا دوره في الحفاظ على الحقوق من الضياع.

تفصيلا لكل هذا قسمنا هذا الباب إلى فصلين نتعرض إلى إنهاء الرابطة الزوجية و مسائل الإثبات فيها في الفصل الأول، أما الفصل الثاني فنتحدث عن دور الإثبات في حل النزاعات المتعلقة بآثار إنهاء الرابطة الزوجية.

الفصل الأول

إنهاء الرابطة الزوجية وقضايا الإثبات فيها

الفصل الأول

إنهاء الرابطة الزوجية وقضايا الإثبات فيها

يوجد سببان هامان لانحلال الرابطة الزوجية الأول ليس **لأي** من الزوجين دخل فيه وهو الوفاة إذ بالوفاة تنحل الرابطة الزوجية، وأما الثاني فلإرادة الطرفين دخل في إنهاء الرابطة الزوجية، ولا يهم إن كان الإنهاء بإرادة الزوج وحده، أو باتفاق الطرفين، أو بطلب من الزوجة، وقد نصت المادة47 من قانون الأسرة الجزائري على أنه : "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة".

ما يلاحظ على القانون الجزائري أنه لم يدرج الفسخ كواحد من أسباب انحلال عقد الزواج، بالرغم من وجود بعض النصوص تتحدث عن الفسخ ، ومنها المادة 8 مكرر 1، حيث تقضي بفسخ الزواج الجديد في حالة التعدد دون ترخيص من القاضي.

أيضا في حالة اختلال بعض شروط صحة الزواج والمنصوص عليها في المواد33 تقضي بالفسخ قبل الدخول في حالة تخلف شرط الصداق أو الشاهدان أو الولي والمادة 34 تقضي بفسخ عقد الزواج في حالة الزواج بالمحارم قبل الدخول وبعده.

يعتبر الإثبات في قضايا فك الرابطة الزوجية العنصر الجوهري في حل النزاعات، فكل من الطرفي عند ادعائه بحق لدى الآخر، أو في حال ما حدث تعدي جسدي على بعضهما البعض أو غيره، يستلزم إثبات ما يدعيانه و إقامة الدليل على أقوالهم، و على القاضي التحقق من كل الأدلة ليصل لقناعة تمكنه من الفصل في القضية، و عليه لدراسة هذا الموضوع ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى المبحث الأول و نتولى الإثبات في القضايا المتعلقة بالطلاق بالإرادة المشتركة للزوجين،أما المبحث الثاني نتحدث على الإثبات في القضايا المتعلقة بالطلاق بالإرادة المنفردة لكل من الزوجين.

المبحث الأول

الإثبات في القضايا المتعلقة بالطلاق بالإرادة المشتركة للزوجين

قد يطرأ ما يحول الحياة الزوجية إلى جحيم لا يطاق، ويستفحل الخصام بصفة دائمة، مما يستدعي البحث عن حل، خاصة إذا لم يتم التوصل إلى الصلح بسبب الشقاق المستمر، ليتم حل هذا الميثاق بالطلاق.

غالبا ما يتم حل هذا الزواج دون إرادة أحد الطرفين أو بإرادتهما لكن مع تعميق الخلاف بينهما، فإنه مع ذلك، قد يتم عن طريق اتفاقهما وإرادتهما المشتركة في توقيعه، وهو ما يصطلح عليه الطلاق بالتراضي، و هو من الطرق الهامة لفك الرابطة الزوجية نظمه قانون الأسرة كتعبير صريح منه لنظام التراضي بين الزوجين على إنهاء الرابطة الزوجية بينهما، وكاستجابة لرغبة الزوجين اللذين لا يودان إشهار أسباب الخلاف والنزاع بينهما عن طريق خصومة قضائية قد تطول.

قد نص المشرع الجزائري على الطلاق بإرادة الزوجين المشتركة في المادة 48 من قانون الأسرة التي نصت على:" مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، 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 القانون".

الملاحظ من النص أن المشرع أخص الطلاق بالتراضي بين الزوجين بكلمتين من مادة غير مستقلة و إنما لكي يحدد من خلالها طرق الطلاق، و عليه ما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يولي موضوع الطلاق بالتراضي عناية كافية، حيث لم ينظم الموضوع بمواد قانونية تفصل و تحدد ضوابط و شروط و أحكام الطلاق بالتراضي، و إنما اكتفى بما ورد في قانون الإجراءات المدنية و

الإدارية في القسم المخصص لشؤون الأسرة، الذي تطرق للإجراءات المتبعة لرفع الدعوى القضائية و كذا إجراءات الصلح و التحكيم، إلى غاية صدور الحكم القضائي بالطلاق.

للمزيد من التفاصيل ارتأينا دراسة هذه المواضيع بتقسيم المبحث إلى مطلب أول يتضمن مفهوم الطلاق وأقسامه و مطلب ثاني يتضمن الطلاق بالتراضي و قضايا إثباته.

المطلب الأول

مـفـهـوم الـطــلاق وأقـسـامــه

لقد أثبت المشرع و القانون حق الزوج في الطلاق باعتباره صاحب العصمة، و يملك حق المفارقة الزوجية من خلال التلفظ بالطلاق، إلا أنه تم تقييد هذا الحق بأسس شرعية و قانونية و كذا ضوابط ترسم حدود هذا الحق بهدف عدم التعدي على مشاعر و عواطف الزوجة و كذا حماية لحقوقها من الضياع.

لذلك من الأهمية تحديد المصطلحات المتعلقة بالموضوع المراد دراسته بصفة دقيقة حتى يسهل التعامل معه، وإزالة أي التباس أو غموض يكتنفه، الأمر الذي يتطلب تحديد مفهوم الطلاق(الفرع الأول) ثم التطرق لبيان أقسام الطلاق(الفرع الثاني).

الفرع الأول: تــــعـريــف الــطـلاق

لقد أقر الله سبحانه و تعالى الطلاق في كتابه الكريم، و قيده بمجموعة من الضوابط و الأحكام حتى لا يخرج عن إطاره الشرعي و نفس الهدف سعى إليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة في القسم الخاص بانحلال الرابطة الزوجية، و لدراسة موضوع الطلاق سنتعرض للتعريف اللغوي الطلاق(أولا) ثم التعريف الفقهي للطلاق(ثانيا) ثم مشروعية الطلاق (ثالثا) ثم الحكمة من تشريع الطلاق(رابعا) ثم دراسة مفهوم الطلاق من الناحية القانونية(خامسا).

أولا: التعريف اللغوي للطلاق

الطلاق في اللغة له عدة معاني[1]:

- الترك: و منه طلّق البلاد تركها و طلّقت القوم تركتهم.
- الفراق: و منه طلّقت البلاد فارقتها.
- التخلية: و منه أطلقت الأسير أي خليته
- الإرسال: و منه ناقة طالق بلا خصام، و هي التي تُرسل في الحي فترعى من جانبهم حيث شاءت لا تعقل إذا راحت و لا تنحى في المسرح.
- و طلاق النساء: يأتي في اللغة بمعنيين أحدهما حَلُ عقدة النكاح، و الآخر بمعنى التخلية و الإرسال.

ثانيا: التعريف الفقهي للطلاق

لقد عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الطلاق بتعاريف مختلفة تتفق في بينها على المعنى المقصود شرعا و تختلف في الصياغة اللغوية، و سنذكرها على سبيل الحصر:

- فقد عرفه الحنفية على أنه إزالة النكاح الذي هو قيد معنى.[2]
- عرفه المالكية على أنه حل العصمة المنعقدة بين الزوجين بطريق مخصوص [3].
- عرفه الشافعية على أنه حل عقد النكاح بلفظ الطلاق و نحوه[4].

---

[1]– ابن منظور، مجلد 10، المرجع السابق، ص229.

[2]– الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، تحقيق الشيخ علي محمد معوض و الشيخ عادل أحمد عبد الموجود ،ج4، ط1، 1997، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص182.

[3]– محمد محمد سعد، دليل السالك لمذهب الإمام مالك في جميع العبادات و المعاملات و الميراث، دط،2001،دار الندوة، د م ن، ص81.

[4]– الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي،العزيز في شرح الوجيز ، تحقيق الشيخ محمد معوض و الشيخ عادل عبد الموجود ،ج8،ط1،1997، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان، ص479.

- عرفه الحنابلة على أنه حل قيد النكاح أو بعضه[1].

و يلحق بلفظ الطلاق لفظ " الخلع" و قول القاضي " فرقت " في التفريق للغيبة أو الحبس، أو عدم الإنفاق أو لسوء العشرة ، و قد أخرج باللفظ المخصوص: الفسخ فإنه يحل رابطة الزواج في الحال ، لكن بغير لفظ الطلاق و نحوه، و عليه فحل رابطة الزواج في الحال يكون بالطلاق البائن و في المآل أي بعد العدة يكون بالطلاق الرجعي[2]، و الطلاق يقع على عقد زواج صحيح ويراد منه إنهاء الرابطة الزوجية بعد قيامها بصورة صحيحة[3].

ثالثا: مشروعية الطلاق

حرصت الشريعة الإسلامية كل الحرص للإبقاء على كيان الأسرة، و الحفاظ عليها و حمايتها، و اعتبرت الزواج أهم علاقة ينشئها الإنسان في حياته، لذلك تولاها الشارع الحكيم بالعناية و التنظيم المحكم و قد وصفه القرآن الكريم بالميثاق الغليظ، واعتبر فك هذه العلاقة جائزا في حالات معينة، تحول دون تحقيق المقصد من الزواج، فجعل الله عز و جل الطلاق في هذه الحالة مشروعا، وفق أحكام و ضوابط يستوجب مراعاتها.

و عليه فالطلاق مشروع بالكتاب والسنة والإجماع.

فمن القرآن الكريم نجد قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ﴾[4].

---

[1]- الشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوني،كشاف القناع في متن الإقناع، تحقيق: محمد أمين الضناوي،ج4، ط1،1997،عالم الكتب،بيروت، لبنان، ص205.

[2]- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق، ص356.

[3]-عبد الرحمن الصابوني ،شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج2،المرجع السابق، ص 14.

[4]- سورة البقرة ،الآية 229.

وقوله تعالى:

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُواْ ٱلْعِدَّةَ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ رَبَّكُمْ...﴾[1].

وقوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾[2].

و قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[3].

من السنة النبوية نجد أحاديث كثيرة منها: ما رواه مالك عن نافع أن عبد الله ابن عمر طلق امرأته وهي حائض،على عهد رسول الله صلى الله عليه و سلم، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله عن ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " مُره فليراجعها، فليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء"[4].

روي عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال:" أبغض الحلال إلى الله هو الطلاق "[5]

قد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية أن الطلاق حق للرجل، و اتفقوا على أنه لا يكون إلا عند الحاجة إليه، قد اختلفوا في الأصل في الطلاق، أهو الحظر أم الإباحة و قد قال المحققون من الفقهاء أن الأصل في الطلاق المنع حتى توجد حاجة إليه، باعتبار الزواج نعمة و الطلاق قطع له،

---

[1]- سورة الطلاق، الآية 01.

[2]- سورة البقرة،الآية 236.

[3]- سورة البقرة، الآية 227.

[4]- الإمام أبو عبد الله مالك بن أنس،موطأ مالك، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الأقراء و عدة الطلاق و طلاق الحائض،دط، 1406هـ-1985م، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، حديث رقم 1216،ص445.

[5]- رواه أبو داود ، سنن أبي داود ، ج2، المرجع السابق، الحديث رقم 2178، ص 552.

و أيضا فإن الزواج عقد أبدي لازم، و القياس لا يوجب ألا ينهيه أحد المتعاقدين بإرادته المنفردة، ولكن أجيز للحاجة فقط،أما من الفقهاء الذين يرون أن الأصل في الطلاق الإباحة، و الحاجة التي يباح فيها الطلاق هي الحاجة النفسية و نحوها مما لا يقع تحت سلطان القضاء[1].

لهذا فإن الرأي الراجح عند الفقهاء هو حظر الطلاق، وبالأصح تقييده حتى لا يساء استعماله من طرف الناس. ورغم أن الطلاق قد أحله الله ، فإنه قد أبغضه .

رابعا: حكمة تشريع الطلاق

شرع الطلاق لحكم كثيرة نذكر منها ما يأتي:

- الأصل في الشريعة الإسلامية أن الزواج شرعه الله تعالى على وجه البقاء و الاستمرار و الدوام من أجل تأسيس الأسرة التي هي الخلية الأولى في المجتمع، و لذلك لا ينعقد على وجه التأقيت، لكن قد تتنافر القلوب بين الزوجين و تختلف طباعهما و يدب الخلاف و يستحكم أمره، بل قد يكيد كل منهما للآخر، و يتعذر الوفاق في ظل هذا الشقاق[2]،و تتحول حياتهما إلى جحيم لا يطاق، لذلك اعتبر الطلاق في هذه الحالة منفذا لهذا الوضع ،
- قد يجد الزوج في سلوك زوجته مالا يستطيع البقاء معه على معاشرتها فلو لم تبح الشريعة الإسلامية الطلاق لعمت الفوضى ولوقع الناس في حرج كبير. ولذلك أباحت الشريعة الإسلامية الطلاق للرجل، كما أباحت للمرأة إذا أرادت الطلاق من زوجها، لسوء خلقه، أو عيب فيه،أو تضررت منه، أن ترفع أمرها إلى القاضي ليفرق بينهما إذا وجد مبررا لذلك[3].

---

[1]- محمد أبو زهرة ،الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص284.

[2]- إدريس الفاخوري، انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة مع أحدث الاجتهادات القضائية، ط1،2012، دار أبي الرقراق للطباعة، الرباط، المغرب، ص13.

[3]- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص174.

- لقد أجازت الشريعة الإسلامية الطلاق، بعد عدة محاولات للإصلاح بين الزوجين، و بعد زوال كل الفرص التي أقرها الله سبحانه و تعالى في كتابه الحكيم من وعظ و هجران في المضجع و ما إلى ذلك، فقد جعلته في أضيق الحدود، أي بعد استنفاذ كل طرق الإصلاح بعدها يتم اللجوء للطلاق كحل أخير وفق ضوابط شرعية.

- هناك أسباب اجتماعية عديدة كعدم التعاون على الحياة الزوجية، و الإهمال و سوء المعاشرة الزوجية، و أسباب صحية كعجز أحد الزوجين على الإنجاب أو إصابة أحد الزوجين بعيب أو عاهة جسدية تحيل لعدم تحقيق الهدف من الزواج، و كذا أسباب نفسية كالنفور من بعضهما أو أحدهما ، و عدم توافر المحبة بين الزوجين.

خامسا:التعريف القانوني للطلاق

لقد عالج المشرع الجزائري الطلاق ضمن القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالقانون 05-09، إذ خصص الباب الثاني من القانون المذكور تحت عنوان:"انحلال الزواج ".

ولم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف الطلاق بصورة دقيقة و إنما اكتفى بذكره كسبب لإنهاء الرابطة الزوجية طبقا للمادة 47 من قانون الأسرة التي جعلت من الطلاق سببا لانحلال الرابطة الزوجية.

أما المادة 48 من نفس القانون أيضا فقد عرّف من خلالها المشرع الجزائري الطلاق بقوله:" يحل عقد الزواج بالطلاق"، و الملاحظ استعمال المشرع كلمة "يُحَلْ" لوصف الطلاق، و تشمل هذه

الكلمة طرق انحلال الزواج أو صور الطلاق[1]، سواء كان بإرادة الزوج أو بالتراضي بين الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون.

بناءا عليه يعد إغفال المشرع عن تعريف الطلاق تعريفا مفصلا و ملما لكل جوانبه، إهمالا للتملص من أي التزام قد يقع على عاتقه، لذا يستلزم تدارك الوضع و سن مادة تعرف الطلاق و تبين ضوابطه.

أما القانون التونسي فقد نص في الفصل 29 على معنى الطلاق بأنه: "الطلاق هو حل عقدة الزواج" و الملاحظ من هذه المادة تشابهها و المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري التي جعلت من الطلاق الوسيلة التي يلجأ إليها الزوجين في حال اختلافهما و استمرار الشقاق بينهما إلى فك عقد الزواج و حله عن طريق الطلاق للفرقة بينهما على الوجه الشرعي و القانوني.

الفرع الثاني:أقسام الطلاق

تعد أحكام الطلاق من الأحكام الثابتة التي أقرها الله سبحانه و تعالى في كتابه الشريف و أولاها عناية مشددة، و ينقسم الطلاق بالنظر إلى الآثار التي تترتب عليه إلى طلاق رجعي (أولا) و طلاق بائن(ثانيا).

أولا: الطلاق الرجعي

الطلاق الرجعي هو الطلاق الذي يستطيع الزوج فيه إعادة زوجته إلى عصمته قبل انتهاء عدتها، حيث تستأنف الحياة الزوجية بينهما، دون حاجة إلى عقد و مهر جديدين، و يمكن أن يتكرر

[1]– العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج و الطلاق، ج1، دط، 1994، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ص208.

هذا مرتين أمل في المرة الثالثة فإن الطلاق يفصل العلاقة الزوجية حالا و نهائيا[1].

الأصل في الطلاق الذي يوقعه الزوج يكون رجعيا ، وهذا في الطلقة الأولى والثانية مادامت الزوجة المطلقة لا زالت في عدتها. لقوله تعالى : ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ﴾[2].

إذ يستطيع الزوج أن يراجعها في أية لحظة دون قيد أو شرط . حتى ولو لم تكن الزوجة راضية، فباستعمال الرجعة تبقى الزوجية قائمة [3].

هذه ما أكدته التطبيقات القضائية من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا،و جاء فيه[4]:"

من المتفق عليه فقها و قضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي و إن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته لأنه إنما نزل على طلب الطلاق، أما الطلاق البائن هو الذي يقع ما قبل الدخول أو على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية، و كذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر.

إن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام و مبادئ الشريعة الإسلامية و لذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقا بائنا".

في حال انتهاء العدة دون المراجعة، أو تمت الرجعة بعد انتهاءها، فإننا نخرج من الطلاق الرجعي إلى القسم الثاني من الطلاق وهو الطلاق البائن.

---

[1]– إدريس الفاخوري، انحلال الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص90.

[2]– سورة البقرة، الآية 229.

[3]– بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص177.

[4]– قرار المحكمة العليا صار عن غرفة الأحوال الشخصية ،بتاريخ 10/02/1986 ،رقم الملف 39463، منشور بالمجلة القضائية، العدد1986/1،ص47.

ثانيا: الطلاق البائن

الطلاق البائن هو الطلاق الذي يرفع قيد الزواج في الحال، و لا تستأنف الحياة الزوجية بعده إلا بعقد جديد و مهر جديد و رضاء جديد[1] .

هذا النوع من الطلاق ينقسم بدوره إلى قسمين طلاق بائن بينونة صغرى ، وطلاق بائن بينونة كبرى.

أ- الطلاق البائن بينونة صغرى

هو الطلاق الذي يستطيع الزوج أن يراجع زوجته فيه بعد طلاقها وبعد انتهاء عدتها ، غير أنه لا يستطيع إرجاعها إلا بعقد ومهر جديدين، لأن العلاقة الزوجية قد انتهت وانقطعت بمجرد انتهاء العدة [2].

في حال ما إذا أراد الزوج إرجاع زوجته لعصمته يتوجب عليه إبرام عقد جديد وفقا لأركانه و شروطه، الشرعية و القانونية .

المطلقة بائنا تعد أجنبية عن المطلق فليس لهما الاستمتاع أو الخلوة ولو في العدة، و يحل بالطلاق البائن مؤخر الصداق و يمتنع التوارث بينهما حتى لو مات أحدهما في العدة، إلا إذا تم الطلاق في مرض الموت و قصد الرجل حرمان زوجته من الميراث[3]، و بالتالي يعتبر طلاقا فارا ويعامل بخلاف مقصوده فترث الزوجة من زوجها المتوفى بعد مرض الموت في عدة الطلاق البائن بينونة صغرى.

---

[1]- محمد كمال الدين إمام ،أحكام الأسرة _الخاصة بالفرقة بين الزوجين و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي و القانون و القضاء، دج، دط، 2007، دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية، مصر، ص،60.

[2]- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص 177.

[3]- محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 60.

ب-الطلاق البائن بينونة كبرى

الطلاق البائن بينونة كبرى هو الطلاق المكمل للثلاث، فالزوج إن طلق زوجته الطلقة الثالثة فإنها تكون محرمة عليه تحريما لا يزول إلا بزواجها من رجل آخر زواجا شرعيا و صحيحا و نافذا و يدخل بها زوجها الثاني دخولا حقيقيا بنية الزواج دون إرادة التحليل[1].

و بعدها إن طلقها أو توفي عنها و بعد تمام العدة، يمكن لمن طلقها الأول أن يعقد عليها مرة أخرى وفق أركان و شروط الزواج الصحيح بعد موافقتها.

و أصله في القرآن الكريم قوله تعالى:﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾[2].

هذا ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري في المادة 51 التي جاء فيها:" لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره و تطلق منه أو يموت عنها بعد البناء".

و أخذ به القضاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا الذي جاء فيه[3]:

"من المقرر شرعا و قانون أنه لا يمكن أن يراجع من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره و تطلق منه أو يموت عنها بعد البناء، و الثابت من القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس لما قضوا بالطلاق البائن بناء على تصريح الزوج أمامهم بطلاقه لزوجته ثلاثا، فإنهم لم يخرقوا أحكام القانون و طبقوه تطبيقا سليما مما يتعين رفض الطعن"

وقد اختلف الفقهاء في شأن هذا النوع من الطلاق إذا وقع باللفظ المتكرر ثلاث مرات أو إشارة

---

[1]- إدريس الفاخوري، إنحلال الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص101.

[2]- سورة البقرة، الآية 230.

[3]- قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 17/02/1998، رقم الملف 551176، منشور بالمجلة القضائية ،العدد2000/1،ص171.

فهل يقع بائنا أم لا ؟. كما إذا قال الرجل لزوجته أنت طالق بالثلاث،أو إذا تلفظ بالطلاق ثلاث مرات متتالية في وقت واحد.

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أنه إذا قال الرجل لغير المدخول بها :"أنت طالق ثلاثا" وقع الثلاث لأن الجميع صادف الزوجية فوقع الجميع، كما لو كان ذلك للمدخول بها، و اتفقوا أيضا على أنه إن قال الزوج لامرأته:" أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق"، و قعت الثلاث[1] .

و ذهبت طائفة من متأخري أهل العلم إلى أن الطلاق الثلاث في كلمة واحدة لا يقع إلا طلقة واحدة، و صح هذا عن ابن عباس و به قال أشهب و ابن المغيث من المالكية و لكنه عندهم قول ضعيف جدا لمخالفته للإجماع، و به قال ابن تيمية، و ابن القيم و الشوكاني و الألباني[2]، و دليلهم ما روى الإمام مسلم عن ابن العباس قال:" كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه و سلم و أبي بكر و سنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب: إن لناس قد استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيناه عليهم، فأمضاه عليهم"[3].

و هذا الحديث يدل على أن المسألة تخضع للتقدير و الاجتهاد حسب ما تقتضيه الظروف و الأحوال لتحقيق المصلحة و أن عمر رضي الله عنه إنما ألزم الناس به حينما رأى في ذلك مصلحة، فيجوز التراجع حينما تكون المصلحة في غيره.[4]وبه أخذت أغلب التشريعات العربية.

أما قانون الأسرة الجزائري فالنص مبهم وفقا للمادة 51:" لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها

---

[1]– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته ، المرجع السابق، ص392.

[2]– عبد الله ابن الطاهر السوسي التناني، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي و أدلته، الكتاب الثاني :الطلاق، ط1،إمارسي مطبعة فنون القرن21، الدار البيضاء المغرب،2007،ص136.

[3]– مسلم بن الحجاج القشيري، صحيح مسلم ، تحقيق، محمد فؤاد عبد الباقي، ط1، 1374ه، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، مصر، حديث رقم 1472، ص485.

[4]– عبد الله ابن الطاهر السوسي التناني،ا لمرجع السابق، ص136.

ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء".

ونرى أنه يعتبر اللفظ المقترن بعدد الثلاث لا يقع إلا طلقة واحدة. خصوصا وأن الطلاق لا يقع من الناحية القانونية إلا بواسطة حكم قضائي، و لا يثبت إلا من خلاله[1].

والقانون التونسي لم ينص على هذا الموضوع، لكن من استقراء نص الفصل 30 التي تنص على أنه :" لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة " أنه لا عبرة باللفظ المتكرر بالعدد ثلاث مرات.

[1]– الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري العدل ، المرجع السابق، ص178.

المطلب الثاني

الإثبات في قضايا الطـلاق بالتـراضي

إن إبرام عقد الزواج قائم على ركن التراضي حسب ما نصت عليه المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها : " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين "، و قد عرفت المادة 4 من نفس القانون الزواج و اعتبرته عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه المشروع ،من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون وإحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب .

و لما أسس المشرع الجزائري قيام الرابطة الزوجية على أساس التراضي بين الطرفين و فق النصوص السابقة، فإنه في الجهة المقابلة وضع نصوص قانونية لإنهاء الرابطة الزوجية على أساس التراضي، طبقا لما ورد في المادة 48 من قانون الأسرة التي نصت على حل الزواج بالطلاق و ذكرت صور الطلاق و التي من بينها الطلاق الذي يتم بتراضي الزوجين.

و للتفصيل في هذا الموضوع سنتطرق لإجراءات الطلاق بالتراضي (الفرع الأول) ثم التطرق لإثبات الطلاق بالتراضي بواسطة الحكم القضائي(الفرع الثاني).

الفرع الأول: إجـراءات الـطـلاق بالـتـراضـي

نظم قانون الأسرة الجزائري الصادر في 9 جوان 1984 و المعدل بالأمر 05-02 على المواضيع المتعلقة بالأسرة و الأحكام و الضوابط التي تنظمها بدءا من قيامها إلى غاية انتهائها و الآثار المترتبة عن كل منهما، إلا أن الإجراءات المتبعة لتطبيق هذا القانون كإجراءات المحاكمة و التقاضي و قواعد الاختصاص في مواضيع الزواج و الطلاق و آثارهما لم يتضمنها هذا القانون، و قد نص على بعض الإجراءات التي نجدها ضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي بينت لنا

كيفية رفع الدعوى القضائية و سير الخصومة إلى غاية صدور الحكم القضائي.

و لدراسة هذا الموضوع سنتحدث على المقصود بطلاق التراضي(أولا) ثم نتولى التطرق لإجراءات دعوى الطلاق بالتراضي(ثانيا).

أولا: المقصود بالطلاق بالتراضي

للوصول إلى المقصود بالطلاق بالتراضي يتوجب علينا تعريفه ثم بيان أسبابه.

أ- تعريف الطلاق بالتراضي

يقصد بطلاق التراضي ان كل من الزوجين يريد فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة، على أن استمراريتها أصبحت ضربا من المحال لأي سبب من الأسباب أو ظرف من الظروف التي تجعل أحدهما أو كليهما غير قادر على الاستمرار على هذه العلاقة، فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق[1]،غير أن مجرد الاتفاق على الطلاق لا ينهي الرابطة الزوجية ، بل أن هذا الأثر يبقى رهينا بصدور حكم من المحكمة[2].

و قد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 48 من قانون الأسرة على أن حل عقد الزواج تتم بتراضي الزوجين، غير أن المشرع لم يفصل في أحكام الطلاق بالتراضي في قانون الأسرة و اكتفى بما ورد في نص المادة 48 منه.

فقد عرفه المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، وفقا لنص المادة 427

---

[1]- باديس ذبياني، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دج، دط، دت، دار الهدى عين مليلة، الجزائر ،ص24.

[2]- هجيرة بن عزي، الطلاق الاتفاقي على ضوء مدونة الأسرة و العمل القضائي، رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة ،كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ،جامعة محمد الأول ،المغرب،السنة الجامعية 2008-2009، ص51.

على أن الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي على حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة.

و عليه للزوجين أن يتفقا معا على إنهاء العلاقة الزوجية بالتراضي كما في الزواج ، حيث تم بالتراضي بينهما، وهي قاعدة مستمدة من نظرية العقد ، حيث يكون الفسخ باتفاق الطرفين، كما هو منصوص عليه في أحكام القانون المدني.

و بالرجوع للتطبيقات القضائية نجد أن المحكمة العليا في قرار لها أقرت بأن للطلاق بالتراضي أحكام خاصة يجب مراعاتها من طرف القاضي، حيث يجب عليه التأكد من قبول العريضة المشتركة، و بعد ذلك الاستماع إلى الزوجين على انفراد، ثم مجتمعين، و يتأكد من رضائهما و يحاول الصلح بينهما إن كان ذلك ممكنا[1].

ب-أسباب الطلاق بالتراضي

إن نظام الأسرة مرتبط ارتباطا منقطع النظير بالأعراف و التقاليد السائدة في المجتمع، التي تعتبر نظام اجتماعي ينظم علاقات أفراد المجتمع فيما بعضهم، لذا يعتبر هذا النوع من الطلاق أكثر انتشارا في المجتمع قديما و حديثا، لأنه يعتمد على السرية ولا يعرض الحياة الخاصة للزوجين و أسرارها للانتشار و التشهير، و تداولها بين الناس.

أيضا الطلاق بالتراضي يأخذ بعين الاعتبار تقدير حق العشرة بين الزوجين و ما عاشاه معا في السراء و الضراء وفق مبدأ المعاشرة بالمعروف، و التسريح بإحسان، و كذا مراعاة الجانب الحسي و النفسي لكلاهما محاولة منهم بعدم إلحاق الضرر لكل منهما.

---

[1]- قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2011/12/08 فصلا في الطعن رقم 676898 ،منشور بالمجلة القضائية ،العدد1/2012،ص321, قرار آخر صادر بتاريخ،2013/07/11،رقم 0900166 ،منشور بالمجلة القضائية ،العدد 1/2014،ص314 جاء فيه :" يخضع الطلاق بالتراضي لشروط و إجراءات مقررة قانونا".

الحفاظ على العلاقة الطيبة بين عائلة الزوجين و تجنب الصراعات والنزاعات الأسرية، خاصة إذا كان زواج الأقارب، و ما يحمله من حساسية قد تؤدي إلى خصام أبدي بين العائلتين.

مراعاة مصلحة الأبناء التي هي فوق كل اعتبار، فالفرقة ين الزوجين لكن صلة الأبناء بوالديهم لا تسري عليها هذه الفرقة، لذا يستلزم على الوالدين مراعاة مشاعر أبنائهم و تحضيرهم نفسيا لمثل هذا القرار تفاديا لأي مشاكل نفسية قد تؤثر على حياتهم المستقبلية.

الطلاق بالتراضي يوفر الجهد و الوقت و المصاريف القضائية، التي قد يخسرها الزوجين في أروقة المحاكم و في مكاتب المحامين، لذا هذا النوع من الفرقة يصون كرامة الزوجين و يحافظ علهم ماديا و معنويا.

ثانيا:إجراءات دعوى الطلاق بالتراضي

يستند الاختصاص بالنسبة لقسم شؤون الأسرة إلى مضمون قانون الأسرة الذي يضبط الجانب الموضوعي المتعلق بقضايا الأسرة، في حين ينظم قانون الإجراءات الشق الإجرائي، هذا ما أكدته المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، حيث يتحدد الاختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة تبعا لطبيعة كل نزاع إما في موطن المدعى عليه، أو في موطن المدعي، أو بناءا على اختيار الطرفين، و هذا ما نينته المادة 426 من نفس القانون.

غير أن القضايا التي لم يرد ذكرها فيتم الرجوع فيها للقواعد العامة في الاختصاص[1]،غير أن إجراءات الطلاق بالتراضي غير الإجراءات بالدعاوى العادية.

[1]– بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص333.

أ- إجراءات رفع الطلب إلى المحكمة

نصت المادة 428 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه:" في حالة الطلاق بالتراضي يقدم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين تودع بأمانة الضبط"، و عليه للزوجين الحق في تقديم طلب الطلاق بالتراضي وفق شروط:

1- تقديم طلب مشترك في شكل عريضة مكتوبة

يعرض طلب الطلاق بالتراضي على المحكمة بموجب عريضة افتتاح دعوى، و هو الشكل الذي أوجبه القانون في كل عمل من الأعمال الإجرائية المكونة للخصومة القضائية، إذ أن الأصل في إجراءات التقاضي أن تكون كتابية لا شفوية و أن تكزن العريضة مكتوبة باللغة العربية ، مادام القانون قد أوجب تحرير العرائض و المذكرات بهذه اللغة تحت طائلة عدم قبولها[1].

و في دعوى الطلاق بالتراضي لا تقبل العريضة إن لم تكن محررة من طرف الزوجين على وجه الإشتراك و بتوقيع كل منهما .

لا يجوز تقديم طلب الطلاق بالتراضي، إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم أو إذا ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية تمنعه من التعبير عن إرادته ، و إثبات اختلال القدرات الذهبية يكون من قبل طبيب مختص، هذا ما أكدته المادة 428 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

2- مضمون العريضة

من خلال نص المادة 429 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يجب أن تتضمن العريضة الوحيدة مايلي:

[1]- حسين بلحيرش، محاضرات في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، _ التنظيم القضائي، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة، دج، دط، 2019، دار بلقيس،الدار البيضاء، الجزائر، ص130.

- بيان الجهة القضائية المرفوع أمامها الطلب.
- اسم و لقب و جنسية كلا الزوجين و موطن و تاريخ و مكان ميلادهما.
- تاريخ و مكان زواجهما و عند الاقتضاء عدد الأولاد القصر.
- عرض موجز يتضمن جميع شروط الاتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق.

مع ذكر اسم النيابة العامة المتمثلة بالسيد وكيل الجمهورية لدى المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى بصفته مدعى عليه مادام القانون ينص على أن النيابة تعد طرفا أصليا في جميع قضايا شؤون الأسرة، و ذلك تحت طائلة عدم قبوا الدعوى شكلا[1].

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

3- إيداع العريضة لدى أمانة الضبط

بعد تحرير عريضة الطلاق بالتراضي من قبل الزوجين معا تودع بأمانة الضبط من طرف الزوجين أو ممثلهما القانوني،طبقا لنص المادة 428 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،و بعد سداد الرسوم القضائية طبقا للمادة 17 من نفس القانون ،يخطر أمين الضبط في الحال بتاريخ حضورهما الجلسة أمام القاضي و يسلم لهما استدعاء لهذا الغرض هذا ما أكدته المادة 430 من القانون نفسه.

ب- دور القاضي في تحقيق دعوى الطلاق بالتراضي

يحتفظ القاضي بدوره الإيجابي حتى في قضايا الطلاق بالتراضي حيث يقوم بمحاولة الصلح بين الزوجين إذا كان ذلك ممكنا [2]، و وفقا لنص المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية و الإداري يجب على القاضي التأكد من التاريخ المحدد للحضور و يستمع للزوجين على انفراد ثم مجتمعين و يتأكد من رضائهما، و للقاضي أن يلغي أو يعدل في شروطه، إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت

[1]- حسين بلحيرش، المرجع السابق،ص 130.

[2]- عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق، ص 336.

النظام العام ،و بعدها يُثَبِتْ القاضي إرادة الزوجين بإصدار حكم يتضمن المصادقة على الاتفاق النهائي و يصرح بالطلاق.

أما بخصوص التشريع القانوني للصلح في دعوى الطلاق بالتراضي، لم ينص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على الصلح بخصوص الطلاق بالتراضي بنص صريح و إنما اكتفى بالمادة 49 منه التي نصت على الصلح في جميع قضايا الطلاق، إلا أن المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية ووالإدارية أعطت للقاضي بشكل مباشر الصلاحية في القيام بإجراءات الصلح بالنسبة للطلاق بالتراضي، و عليه سنوضح مراحل الصلح التي يتولاها القاضي ، من عدد محاولات الصلح، و مدى جواز الوكالة فيها .

1- إجراء محاولات الصلح

لقد عرف المشرع الجزائري الصلح في المادة 459 من القانون المدني على أنه عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا و ذلك بأن يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل عن حقه.

إلا أن قانون الأسرة اعتبر الصلح إجراء قضائي و ليس عقدا، بالرغم من أنه لم يتطرق لتعريف الصلح لا في قانون الأسرة و لا في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و ما يستشف من مضمون القوانين السالفة الذكر يتبين لنا أن الصلح إجراء قضائي مبني على النصح و الإرشاد و التوعية والتوجيه بهدف إعادة لم شمل الزوجين و الحفاظ على الرابطة الزوجية.

قبل أن يبت قاضي شؤون الأسرة في دعوى فك الرابطة الزوجية يقوم بإجراءات صلح في جميع الدعاوى استنادا إلى نص المادة 439 و ما بعدها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، لذلك لا يكون الطلاق بالتراضي استثناء،لأن هناك اتفاق متبادل بل يجب التأكد مرة أخرى في مدى صلاحية

الحياة الزوجية للبقاء و محاولة إيجاد خيط من المودة و لرحمة و لو كان رفيعا[1].

على القاضي القيام بعدد من محاولات الصلح يجريها ابتداءا من تاريخ رفع الدعوى، غير أن المشرع لم يحدد عدد محاولات الصلح في قانون الأسرة بل ترك نص المادة 49 عاما و مبهما.

لاسيما أن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري أقر بإجراء الصلح بين الزوجين إذا كان ذلك ممكنا، و بالتالي فتح المشرع باب التأويل على مصراعيه، مما يستوجب ضبط المادة و إعادة صياغتها على نحو يرفع اللبس عنها كموضوع و كإجراء قضائي جوهري ملزم التنفيذ.

غير أن التطبيقات القضائية في الموضوع لم تتفق على رأي واحد باعتبار أن محاولات الصلح تخضع للسلطة التقديرية للقاضي و بالتالي تختلف القناعات من قاض لآخر و هذا ما لمسناه في قرارات المحكمة العليا، فقد جاء في قرار لها[2]: " الإجراء المقرر في المادة 49 من قانون الأسرة تم استنفاده و لا يعيب الحكم اكتفاؤه بجلسة صلح واحدة طالما أن القاضي اقتنع بعدم جدوى عقد جلسات صلح أخرى".

جاء في قرار آخر[3]:"استقر اجتهاد غرفة شؤون الأسرة و المواريث بالمحكمة العليا على خضوع عدد محاولات الصلح للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع و لا رقابة للمحكمة العليا عليه".

2- إلزامية حضور الزوجين لإجراء الصلح

لقد أكد القانون و التطبيق القضائي على إلزامية الحضور الفعلي للزوجين جلسات الصلح التي يقرها

---

[1]- حكيم بن هبري، أحكام الصلح في شؤون الأسرة، دط،2018، دار هومة، الجزائر،ص136.

[2]- قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ2011/04/14فصلا في الطعن رقم 620084منشور بالمجلة القضائية ،العدد 1/2012،ص299.

[3]- قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ13/03/2014فصلا في الطعن رقم 0870291 منشور بالمجلة القضائية ،العدد 2/2014،ص268.

القاضي و له السلطة في تقدير عدد محاولات الصلح التي يجريها، وفق ما يقتضيه كل ملف.

هذا ما أكدته المحكمة العليا بقرار لها جاء فيه[1] :" يجب على الزوج طالب فك الرابطة الزوجية حضور جلسة الصلح شخصيا تحت طائلة رفض دعواه".

في قرار آخر جاء فيه[2]:" استقر اجتهاد غرفة شؤون الأسرة و المواريث بالمحكمة العليا على وجوب حضور طالب فك الرابطة الزوجية شخصيا جلسات محاولة الصلح".

إن مسألة حضور الزوجين لا تثير إشكالا إنما المشكل المثار هو تخلف أحد الزوجين عن الحضور

إلا أن المحكمة العليا في العديد من قراراتها أكدت على ضرورة حضور طالب فك الرابطة الزوجية لجلسة الصلح شخصيا تحت طائلة رفض دعواه.

إن قانون الأسرة الجزائري و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لم يتطرقا لحالة تخلف أحد الزوجين حضور محاولات الصلح و لا الجزاء المترتب على ذلك، غير أن التطبيقات القضائية تطرقت لموضوع عدم حضور محاولات الصلح من طرف أحد الزوجين من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا الذي جاء فيه[3]:" حيث و طبقا لأحكام المادة 49 من قانون الأسرة ، فإنها تقضي أنه لا يثبت الطلاق إلا بعد إجراء محاولة صلح بين الطرفين من طرف القاضي و حيث أنهما لم يحضرا، فحرر محضر عدم صلح إثباتا لذلك، و حيث أنه مادام قد ثبت أن المطعون ضده المدعي الأصلي قد تغيب

---

[1]– قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ2009/01/14 فصلا في الطعن رقم 474956 منشور بالمجلة القضائية ،العدد 2009/2،ص271.

[2]– قرار المحكمة العليا عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2013/05/09،فصلا في الطعن رقم 0798882 منشور بالمجلة القضائية ،العدد 2013/1، ص286.

[3]– المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث،قرار رقم 0851107، المؤرخ في 2013/05/09، غير منشور.

عن جلسة الصلح،فإن القضاء بالطلاق بين الزوجين دون إجراء محاولة الصلح يعد مخالفا لمقتضيات المادة 49 من قانون الأسرة مما يجعل الوجهين المثارين سديدين و منه يتعين نقض الحكم بدون إحالة".

الملاحظ من القرار المبين أعلاه أن محاولة الصلح إجراء جوهري في دعاوى الطلاق، من خلاله يتبن للقاضي رضا الطرفين و خلو إرادتهما من أي عيب و كذا محاولة منه في إبقاء الرابطة الزوجية قائمة بالرشد و التوعية خاصة حال وجود الأبناء مراعاة لمصلحتهم، فعدم حضور الزوجين أو أحدهما رغم إخبارهما من قبل أمين الضبط بتاريخ الجلسة، و بالتالي القاضي يقوم بتأجيل القضية ومنحهم آجال أخرى لجلسات الصلح و تخلفه يترتب عليه جزاء رفض الدعوى،و تحمل المصاريف القضائية و عدم صدور الحكم بالطلاق.

أما موضوع الوكالة في محاولات الصلح و طبقا للفقرة الثانية من المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية :" ينظر القاضي مع الزوجين أو وكلائهما في الاتفاق و له أن يلغي أو يعدل في شروطه إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت النظام العام"، ما يستشف من نص المادة أن المشرع أجاز الوكالة في الأمور المادية فقط كتصفية الأموال في حال الشراكة المالية أو نفقة الأولاد ، أما بخصوص الأمور الشخصية الخاصة بالزوجين فإنه يتطلب حضورهما الشخصي لجلسات الصلح لكي يتسنى للقاضي السماع بصفة شخصية لإرادة الزوجين في الطلاق بالتراضي و التأكد من خلوهما من أي عيب يحول دون التعبير الصحيح عن الإرادة و يحاول الإصلاح بينهم و إن ثبت له إصرارهما على الطلاق بعد استنفاذ محاولات الصلح يأخذ برغبتهما و بناءا عليه يحكم بالطلاق .

ت- إصدار القاضي حكم الطلاق بالتراضي

سنتطرق لدراسة موضوع الطعن في أحكام الطلاق بالتراضي ثم إلى الطبيعة القانونية للحكم الصادر بالطلاق بالتراضي

1- الطعن في أحكام الطلاق بالتراضي

إذا تعذر الصلح في الطلاق بالتراضي يثبت إرادة الزوجين بإصدار حكم يتضمن المصادقة على الاتفاق النهائي بينهما، و يصرح بالطلاق بالتراضي بإرادة الزوجين ، ثم يسجل الحكم وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة، و متى تراضا الزوجين على كل المسائل و التي يضمنها القاضي في محضر عدم الصلح و تكون كتسبيب للحكم فيما بعد التي تحول أمام الزوج عند ممارسته للطعن[1].

وفقا لنص المادة 433 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فإن أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف، لكنها قابلة للطعن بالنقض الذي يبدأ من تاريخ النطق بالحكم و هذا ما أكدته المادة 434 من نفس القانون،غير أن الطعن بالنقض لا يوقف تنفيذ الحكم، و إنما يتعلق بالجوانب التي يغفل عنها القاضي كالحق في الزيارة مثلا ففي هذه الحالة يطعن الطرف المعني بالنقض.

قد ورد في قرار للمحكمة العليا أن حكم الطلاق بالتراضي غير قابل للاستئناف حتى في جوانبه المادية بل تبقى خاضعة للطعن بالنقض[2] .

في الأخير و طبقا لنص المادة 48 من قانون الأسرة على حق الطرفين في إنهاء الرابطة الزوجية بالاتفاق بينهما، وتجلى ذلك بوضوح في عبارة "أو باتفاق الطرفين"، وهو تكريس للإرادة المشتركة وتحقيقا لمبدأ المساواة في إنهاء الرابطة الزوجية.

بخصوص القانون التونسي فقد نص في الفصل 31 فقرة أولى كما يلي: يحكم بالطلاق:

---

[1]- عبد الحكيم بن هبري، المرجع السابق، ص147.

[2]- قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 14/06/2012، فصلا في الطعن رقم 692661 ،منشور بالمجلة القضائية ،العدد 2/2012،ص265،و قرار آخر صادر بتاريخ 13/06/2013،فصلا في الطعن رقم 0813942،منشور بالمجلة القضائية ،العدد 1/2014،ص309.

بتراضي الزوجين.

قد تأكد هذا من خلال التطبيقات القضائية في القضاء التونسي من خلال ما أقرته محكمة التعقيب التونسية فيما يلي: " المبدأ: إن اتفاق الزوجين على الطلاق أمام القاضي الصلحي لا يمكن الرجوع فيه بعلة التغرير طالما لم تطلب الزوجة تدوين ما اتفقت عليه مع زوجها بمحضر الجلسة الصلحية ويعد من قبل السعي إلى نقض ما تم من جهتها"[1].

في قرار آخر جاء فيه: " المبدأ: إن الزوجين قد حضرا لدى قاضي الأسرة وأعربا عن إرادتهما المشتركة في حل الرابطة الزوجية بموجب الاتفاق واعتبارا لالتقاء إرادتهما فلقد انعقد بينهما بمثابة العقد لا يمكن لأحدهما الرجوع فيه دون موافقة الثاني وهو ما استقرت عليه محكمة التعقيب"[2].

2- الطبيعة القانونية للحكم الصادر بالطلاق بالتراضي

إن تحديد الطبيعة القانونية للحكم الصادر بالطلاق بالتراضي، فيه قولين:

القول الأول: يرى بأن الطلاق بالتراضي لا يكون له أثر إلا إذا تم الطلاق أمام القاضي من خلال عريضة مكتوبة من قبل الزوجين يطلبان من خلالها فك الرابطة الزوجية بالطلاق بالتراضي، و منه ينشأ المركز القانوني الجديد، فيكون حينها إذن الحكم الصادر بشأنه حكما منشئا لواقعة الطلاق[3].

القول الثاني: يرى أن الحكم الذي يؤكد الطلاق الناشئ من قبل نتيجة اتفاق الزوجين عليه في هذه الحالة يأتي تثبيتا لأمر حصل من قبل، و لم يقم إلا بدور كاشف للطلاق، و بالتالي الحكم

---

[1]- قرار تعقيبي مدني عدد 76239 مؤرخ في 9 مارس 2000.

[2]- قرار تعقيبي مدني عدد 34146 مؤرخ في 18 جوان2009.

[3]- عبد الحكيم بن هبري، المرجع السابق، ص122.

كاشف لواقعة الطلاق[1].

نخلص إلى القول أن الطلاق بالتراضي يتم بتطابق إرادتي الزوجين على فك الرابطة الزوجية، بمعنى الاتفاق على الطلاق الحاصل بين الزوجين نتيجة تشاور و تحاور فيما بينهما قبل أن يصلا إلى القضاء هذا من جهة ومن جهة أخرى الأصل في واقعة الطلاق تكون بشكل لفظي ، فاللفظ أو صيغة الطلاق هي المنشأة له و بها يتم حساب عدد الطلقات شرعا و قانونا، غالبا ما يكو الزوج قد تلفظ بالطلاق من ثم يتقدم و طليقته للقاضي، و بالتالي اللجوء للقضاء يكون من أجل تثبيت واقعة الطلاق و إضفاء الصبغة القانونية عليها، التي سبق حصولها باتفاق مسبق بين الزوجين، و بالتالي فالحكم الصادر عن القضاء ما هو إلا حكم كاشف لواقعة متفق عليها و جاء لتحصيل حاصل.

غير أن المشرع الجزائري لم ينص على هذا الموضوع، و إنما اكتفى باعتبار الطلاق بواسطة حكم قضائي طلاقا بائنا وفق ما نصت عليه المادة 50 من قانون الأسرة، بعد محاولات الصلح التي تُعتبر في الطلاق بالتراضي تقريبا غير مجدية، لأنه باتفاق مسبق، و قد نصت المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أن القاضي يحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكنا ، و بعد تأكده من أن إرادة الزوجين منصبة لفك الرابط الزوجية باتفاقهما المسبق فما عليه إلا أن يؤكد الطلاق، و بالتالي حكم القاضي يكون كاشفا للطلاق.

[1]– فضيل سعد، شرح قانون الأسرة في الزواج و الطلاق،ج1، دط، 1989،المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ص339.

الفرع الثاني: إثبات الطلاق بالتراضي بواسطة الحكم القضائي

إن إثبات الطلاق بالتراضي لا يثير إشكالا كبيرا أمام القضاء، فمتى تأكد ذلك من خلال إما الدعوى المشتركة بينهما أو من خلال أحدهما متى أقر الطرف الثاني بذلك أمام القضاء.

نظرا لأهمية الإثبات في حل النزاعات، من خلال إقامة الدليل أمام القضاء، بطريقة من الطرق التي نص عليها القانون، على صحة واقعة قانونية متنازع فيها، نظرا لما يترتب على ثبوتها من آثار قانونية.

وفقا للقاعدة العامة البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر ،فمن يدعي بحق له على خصمه فينبغي عليه إثباته ،ومن يدعي بنفي حق يدعيه خصمه فيجب عليه أن يقيم الدليل الذي يثبت هذا النفي و يؤكده، و يجب إقامة الدليل بالطرق المحددة قانونا لإثبات الحق المدعى به أو نفيه .

فالإثبات ليس واجبا على الخصوم فحسب بل هو حق لكل خصم و لذلك فإن الواجب يقتضي ألا يثبت ادعائه نفيا أو إثباتا بطريق لم يشرعه القانون و إنما عليه أن يلتزم باستعمال حقه في الإثبات بالطرق التي حددها القانون و متى التزم بذلك فلا يجوز للقاضي أن يمنعه من إثباته لأن ذلك يمثل إخلال بحق الدفاع المكفول دستوريا [1].

بناءا عليه لإثبات واقعة الطلاق بالتراضي يستلزم بيان الحكم القضائي الصادر بشأنه باعتباره الأداة القانونية و القاطعة في إثباته، و عليه سنتطرق لبيان المقصود بالحكم القضائي(أولا) و حجيته في الإثبات(ثانيا).

[1]– خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، شرح قواعد الإثبات الموضوعية، دج، ط 1،2014، مكتبة القانون و الاقتصاد، الرياض، السعودية، ص37.

أولا: مفهوم الحكم القضائي

الحكم معناه القضاء و أصله المنع يقال حكمت عليه بكذا إذا منعته من خلافه فلم يقدر على الخروج من ذلك[1]،و بمعنى آخر يقصد بالحكم القضاء و قد حكم بينهم يحكُم بالضم حكما و حكم له، و حكم عليه[2]، ما يستنتج أن معنى الحكم القضاء و المنع .

أما مفهوم الحكم القضائي عند فقهاء القانون هو القرار الذي تصدره المحكمة بطلبات المدعي كلها أو بعضها أو برفضها و هو بذلك يضع حدا للخصومة[3].

كما عرف بأنه الحكم القضائي بأنه القرار الصادر عن محكمة مشكلة تشكيلا صحيحا في خصومة رفعت إليها وفق قواعد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية سواء كان فاصلا في موضوع الدعوى أو في مسألة متفرعة عنه، و الحكم في الموضوع هو الخاتمة الطبيعية لكل خصومة عرضت على القاضي[4].

ما نستنتجه من التعريفين أن الحكم القضائي يمكن أن يصدر في مراحل مختلفة من الخصومة على غرار الحكم الصادر في موضوعها[5]، بمعنى دائرة الحكم القضائي تتسع لتشمل الجوانب الشكلية و الموضوعية للخصومة القضائية .

ثانيا: حجية الحكم القضائي في إثبات الطلاق بالتراضي

في حال ما إذا ثار نزاع بين أطراف واقعة الطلاق بالتراضي أو ورثتهما في فترة العدة أو وفاة

---

[1]– أحمد بن محمد بن علي الفيومي،المصباح المنير، دط، 1987، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، ص56.

[2]– الإمام الرازي، مختار الصحاح،دط، 1986، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، ص62.

[3]– عمارة بلغيث ، الوجيز في الإجراءات المدنية، دط، دت، دار العلوم، عنابة، ص114.

[4]– خليل عمرو، الطعن في الأحكام القضائية الصادرة بالطلاق، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية،ج1، 2011، جامعة سعد دحلب، البليدة،ص206.

[5]– روابح إلهام شهرزاد،الطعن بالنقض في الأحكام القضائية دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون من خلال المواد المدنية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة البليدة –2–، السنة الدراسية 2015–2016، ص92.

أحدهما في فترة العدة، في قضايا الميراث أو شراكة في الأموال أو غيرها من المسائل، و تم النزاع أيضا حول ما إذا واقعة الطلاق ثبت قيامها أم لا ، يظهر الأثر الذي يرتبه الحكم القضائي في الإثبات باعتباره سند قانوني رسمي يثبت واقعة متنازع فيها.

وعليه فإن كانت واقعة الطلاق بالتراضي أقامها أطرافها أمام القضاء وفق الإجراءات المنصوص عليها قانونا، و ثبت للقاضي أن الدعوى مستوفية الشروط الموجبة لقبولها و أنه لا وجود لأي مانع يحول دون رفعها، و بعد أن يثبت إرادة الزوجين في توقيع الطلاق بينهما بالتراضي أصدر حكما يقضي بالمصادقة على الاتفاق النهائي الحاصل بين الزوجين، و يصرح القاضي بالطلاق بين الزوجين و التأشير على هامش عقدي ميلادهما و عقد زواجهما لدى مصالح الحالة المدنية للبلدية المعنية[1].

الملاحظ أن إثبات واقعة الطلاق بالتراضي تكون بواسطة حكم قضائي و قد أجاز القانون الطعن فيه بطريق النقض و يسري ابتداء من تاريخ النطق بالحكم و ليس من تاريخ تبليغه.

يعتبر الحكم القضائي سند للإثبات في حال ما ثار نزاع و له قوة ثبوتية كبيرة إلا أن حجية الإثبات تقتصر على منطوق الحكم وما شمله من أمور متعلقة به .

لا تمتد الحجية لما تضمنه من أمور عارضة لم تتم مناقشتها، كما تمتد الحجية أيضا لما فصل فيه الحكم بصورة صريحة أو ضمنية [2]،فالحكم القضائي يشمل ما يصدر في موضوع الخصومة أو

[1]– حسين بلحيرش، المرجع السابق، ص133.

[2]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق ، ص 201.

في شق منه أو في مسألة متفرعة منه و الحكم ينشأ بمجرد النطق به ، وأما تحريره وتوقيعه فهو مجرد دليل إثبات على صدور الحكم بمضمون معين[1].

الملاحظ من نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري أن المشرع أقر بصريح العبارة أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي بعد محاولات الصلح،التي يجريها القاضي بين الزوجين بهدف إبقاء العلاقة الزوجية قائمة بينهما.

[1]– مراد كاملي، حجية الحكم القضائي – دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي–،أطروحة دكتوراه كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية، قسم الشريعة،جامعة الحاج لخضر باتنة، السنة الجامعية 2007–2008،ص38.

المبحث الثاني

الإثبات في القضايا المتعلقة بالطلاق بإرادة أحد الزوجين

إن حق الطلاق مقرر شرعا و قانونا لكل من الزوجين، فالزوج له الحق في أن يطلب الطلاق دون أن يشرك أحد، كما أن للزوجة اللجوء إلى القاضي لطلب فك الرابطة الزوجية نتيجة ضرر أُلحق بها من طرف الزوج، وقد نص قانون الأسرة الجزائري على هذه الطرق الثلاث في المادة 48 منه، حيث نصت على مايلي: 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 القانون.

فقد يكون الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج باعتبار أن العصمة بيده فله أن تلفظ بالطلاق مباشرة كما يمكن له أن يلجأ إلى المحكمة و يطلب من القضاء حل الرابطة الزوجية و الحكم بالطلاق بينه و بين زوجته شرط أن يرفق طلبه بأسباب شرعية و قانونية أدت به إلى الطلاق، وفق إجراءات خاصة أوردها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بداية من إجراءات رفع العريضة إلى المحكمة ثم إلى إجراءات محاولات الصلح، وصولا إلى صدور الحكم بالطلاق، و بالجهة المقابلة منح المشرع للزوجة حق المطالبة بالتعويض إن كان طلاق الزوج غير مبرر، و يكون الزوج قد تعسف في استعمال حقه في فك الرابطة الزوجية، من خلال إثبات هذا التعسف أمام الجهات القضائية (المطلب الأول)،كما منح القاضي للزوجة المتضررة من زوجها حق إنهاء الرابطة الزوجية بإرادتها من خلال اللجوء إلى القاضي عن طريق التطليق شرط توفر الأسباب الوارد ذكرها على سبيل الحصر في المادة 53 من قانون الأسرة ، أو عن طريق الخلع وفقا للمادة 54 من نفس القانون بمقابل مادي(المطلب الثاني).

المطلب الأول

إثبات الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

لقد اعترف المشرع من حيث المبدأ بأحقية الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، لكن من الناحية العملية والإجرائية قيده بأن يكون أمام المحكمة، وهذا الوضع يكون طبيعيا إذا لم يتلفظ الزوج بالطلاق واتجه إلى المحكمة رافعا دعوى الطلاق(الفرع الأول).

إنما المشكلة الأساسية تكمن فيما لو تلفظ الزوج بالطلاق خارج المحكمة وبعد مدة معينة يتجه إلى المحكمة ليصرح بهذا الطلاق، فهل يأخذ به من الناحية القانونية و القضائية و يثبت من تاريخ إيقاعه؟ ويبقى السؤال مطروحا حول مصير الطلاق الذي يقع من الزوج خارج الدوائر الرسمية وكيفية إثباته؟

من جهة أخرى يمكن للزوج أن يتعسف في استعمال حقه في إيقاع الطلاق، و حفاظا على حقوق الزوجة و حماية لها ضبط المشرع الجزائري حق الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة من خلال ضرورة تبرير هذا القرار بجملة من الأسباب و المبررات الجدية و الشرعية و القانونية التي أدت بالزوج إلى الطلاق، و عليه إقامة الدليل أمام القضاء على الوقائع التي يدعيها، و في حال ثبت للقاضي أن الطلاق الذي أوقعه الزوج عبارة عن طلاق تعسفي لا يستند لأي مبرر، يحكم ضده بالتعويض عن الضرر الذي ألحقه بالزوجة(الفرع الثاني) .

الفرع الأول: إجـراءات الطـلاق بـالإرادة المنفردة للـزوج

العصمة الزوجية كفلها الله سبحانه و تعالى للزوج وحده، و الحكمة من ذلك إنما لاعتبار الرجل أكثر مسؤولية و أكثر صبرا و أكثر تحملا طالما هو من أخذ بالساق و هو من ينفق، لذلك

كان من المفروض أن يكون الأحرص على حياة زوجية مستقرة[1].

لكن الواقع داخل المحاكم يقول عكس ذلك، حيث نجد أن الزوجة هي من تسعى للحفاظ على بيت الزوجية من التفكك و تستجيب في معظم الحالات لمحاولات الصلح، و إن كانت العصمة بيد الزوج غير أنه في معظم الأحيان يتعسف في استعمال حقه حين يقدم على الطلاق من غير أسباب و مبررات، و يتهرب من سد التعويض الذي يقدر القاضي إن تبين له تعسف و ألحق ضررا بالزوجة، و أيضا يتفادى في معظم الأحيان عن تسديد تبعات الطلاق.

القانون ينص على أن دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ترفع أمام قاضي قسم شؤون الأسرة وفق إجراءات ومراحل يستوجب تتبعها لكي لا ترفض الدعوى شكلا (أولا) و في حال وقوع الطلاق يسجل بوجوب الحكم القضائي الذي أصدره القاضي بعد مراحل الخصومة يصبح وسيلة إثبات للطلاق(ثانيا).

أولا: إجراءات رفع دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

سنتطرق لإجراءات رفع العريضة إلى المحكمة و بعدها لإجراءات محاولات الصلح قبل مناقشة دعوى الطلاق، وصولا إلى صدور حكم الطلاق.

أ- إجراءات رفع العريضة إلى المحكمة

تمر إجراءات رفع العريضة إلى المحكمة بعدة مراحل بدءا بمرحلة رفع دعوى الطلاق ثم مرحلة تبليغ أطراف الدعوى.

[1] باديس ديابي، المرجع السابق، ص17.

1- رفع دعوى الطلاق

ترفع دعوى الطلاق من الزوج بتقديم عريضة افتتاح حيث يفرض المشرع شكل معين في تحريرها و متضمن لعناصر محددة، باعتبارها العنصر المحرك للخصومة.

فالعريضة هي الورقة المحررة من طرف المدعي أو وكيله بالطلب القضائي المؤدي إلى إنشاء الخصومة[1]،

الملاحظ أن المشرع الجزائري طبقا لما نص عليه في المادة 436 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن تقديم العريضة يقتضي إدراج مجموعة من البيانات الخاصة طبقا للنص العام المنصوص عليه في المادة 15 من نفس القانون رغم أن طبيعة النزاع تستدعي إدراج البيانات التي أقرتها المادة 429 من نفس القانون، حيث يجب أن تتضمن العريضة ما يأتي:

- بيان الجهة القضائية المرفوع أمامها الطلب (العريضة الافتتاحية).
- إسم و لقب و جنسية كلا الزوجين و موطن و تاريخ و مكان ميلادهما.
- تاريخ و مكان زواجهما، و عند الاقتضاء عدد الأولاد القصر.
- عرض موجز يتضمن جميع شروط الاتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق.
- إرفاق العريضة بشهادة عائلية و مستخرج من عقد زواج المعنيين.

و أكدت المادة 437 من نفس القانون على أنه في حال ما إذا كان الزوج ناقص الأهلية يقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة .

يشكل تاريخ تقديم العريضة الافتتاحية للدعوى أحد البيانات الجوهرية التي أوجبها القانون لصحة

[1]- حسين بلحيرش، المرجع السابق، ص135.

العريضة[1]، و في حال عدم كتابة التاريخ تفقد العريضة الرسمية و لا يأخذ بها، و يجب أن يكتب التاريخ في العريضة الأصلية و في نسخها وقت إيداعها لدى أمانة الضبط بالمحكمة المرفوعة أمامها دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة.

2- تبليغ أطراف الدعوى

يجب على في دعوى الطلاق أن يبلغ رسميا المدعى عليه بتقديم نسخة من العريضة عن طرق المحضر القضائي، و يبلغ النيابة العامة باعتبارها طرف من الأطراف أمام القاضي عن طريق أمانة الضبط طبقا لما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 438 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

لأن النيابة العامة طرف منظم و ليست خصما في قضايا شؤون الأسرة[2]، و النيابة العامة تخطر من قبل الجهة القضائية المختصة، و لا يشترط تكليفها من قبل المحضر القضائي، خاصة و أن المادة 438 السالفة الذكر تنص على إجازة تبليغ النيابة العامة عن طريق أمانة الضبط.

على أن هذا التبليغ يجب أن يتم قبل ميعاد الحضور المحدد بعشرين يوما – على الأقل – من تاريخ الجلسة الأولى المحددة في الفصل في الدعوى[3]، و ذلك لكي تكون الزوجة على علم الزوج قدم دعوى الطلاق و يتسنى لها تحضير عريضة الدفاع و توكيل محامي .

ب- إجراءات محاولات الصلح قبل مناقشة دعوى الطلاق

طبقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلحين يجريها القاضي خلال مهلة لا تتجاوز ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، و

---

[1]- حسين بلحيرش، المرجع السابق، ص 136.

[2]- بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص338.

[3]- حسين بلحيرش، المرجع السابق،ص 142.

بالتالي فالقاضي ملزم بالصلح باعتباره إجراء جوهري و ضروري الهدف منه منع فك الرابطة الزوجية بالموعظة و الإرشاد، و منه سنتطرق لمباشرة الصلح أمام القاضي ، و بعدها مباشرة الصلح من قبل حكمين.

1- الصلح أمام القاضي

يعتير الصلح أمام القاضي إجراء جوهري و ضروري، يتميز بضوابط يستلزم التقيد بها و هذا ما سنوضحه على النحو التالي:

- وجوب و سرية جلسات الصلح بين الزوجين

نص القانون صراحة على أن محاولات الصلح وجوبية و سرية غي نفس الوقت طبقا لما ورد في المادة 49 السالفة الذكر، و كذا نص المادة 4 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي مكنت القاضي من إجراء الصلح بين الأطراف أثناء سير الخصومة و يسري على المواد المنصوص عليها في هذا القانون،

بالرجوع لنص المادة 439 من نفس القانون، تأكد على وجوبية الصلح و على أن يكون في جلسات سرية حفاظا على حرمة الحياة الخاصة للأفراد.

الملاحظ من نص المادة 440 و المادة 441 من نفس القانون أنه على القاضي تحديد تاريخ معين لجلسة محاولة الصلح، و يستمع إلى كل زوج على انفراد ثم معا و في حال ما إذا تعذر على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع، جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة أو ندب قاض آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية، غير أنه إذا تخلف أحد الزوجين حضور الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا، يحرر القاضي محضرا بالغياب، و يشرع في مناقشة الدعوى.

في حال ما لم يصل القاضي من خلال الجلسة الأولى للصلح إلى نتيجة يمكن له منح

الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة شرط ألا تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق، كما يجوز له اتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل لأي طعن[1]، من خلال الأمر بالنفقة و الحضانة و الزيارة و تخصيص مسكن لممارستها مؤقتا إلى غاية الفصل في الموضوع طبقا لما حددته المادة 442 من نفس القانون.

- تحرير محضر بنتائج محاولات الصلح

من خلال استقرار نص المادة 443 يتبين أنه في حال ما إذا توصل القاضي إلى الصلح بين الزوجين يحرر في الحال أمين الضبط محضرا تحت إشرافه و موقع من طرفه و من طرف أمين الضبط و الزوجين يثبت الصلح بينهم، و يودع بأمانة الضبط، و يعد محضر الصلح سندا تنفيذيا.

في حال عدم توصل القاضي للصلح يحرر القاضي محضرا بعدم الصلح، يثبت فيه عدم التوصل إلى صلح رغم المساعي التي قام بها، أو يثبت تخلف الزوجين أو احدهما عن جلسات الصلح ثم يشرع في مناقشة موضوع دعوى الطلاق، على غاية صدور الحكم فيها[2].

2- الصلح من طرف الحكمين

يعتبر الصلح من الطرف الحكمين مهم جدا و له فائدة كبيرة في إصلاح حال الزوجين والحفاظ على أسرتهما من الضياع و التفكك، و عليه سنتطرق لبيان معنى التحكيم قم التطرق لبيان كيفية التحكيم بين الزوجين

- معنى التحكيم بين الزوجين

لم يعرف المشرع الجزائري التحكيم بصفة عامة و لا التحكيم بين الزوجين بصفة خاصة، وإنا يتبين بنا من خلال النصوص القانونية التي أوردها المشرع في قانون الأسرة (المادة 56) كذا

---

[1]- المادة (442) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

[2]- حسين بلحيرش، المرجع السابق، ص147.

قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (من المادة 446 إلى غاية المادة 449)، أن المشرع أجاز اللجوء إلى التحكيم في القضايا الأسرية المتعلقة منها بقضايا فك الرابطة الزوجية.

لما كان التحكيم بين الزوجين يقوم بتوافر شروط معينة لا تقوم في سائر الاتفاقيات والعقود و حتى الخصومات، لخصوصية المنازعة في فك الرابطة الزوجية في حد ذاتها.

فإنه يمكن تعريف التحكيم بين الزوجين كالآتي: " هو تولية شخص أو اثنين على الأكثر من أهل الزوجين المتخاصمين، إن وجدا، و إلا فمن أهل الخبرة و الصلاح، مهمتهما القضاء على الشقاق المستحكم بينهما، بحكم ينفذ بعد رقابة القضاء على صحته"[1].

- **كيفية التحكيم بين الزوجين**

تحدث القرآن الكريم، عن ضرورة المبادرة والتصدي لمعالجة أي خلاف زوجي، يهدد باضطراب العلاقة الزوجية، وطرح مشروعاً للمعالجة والحل، يتمثل في اختيار حكم من عائلة الزوج، وآخر من عائلة الزوجة، ينتدبان لدراسة مشكلة الخلاف بينهما، ويقترحان ما يلزم للحل، وأمرهما يكون نافذاً على الزوجين[2].

مشروعية التحكيم من القرآن الكريم حيث يقول تعالى :﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[3].

إن اختيار الحكمين من أهل الزوجين، الهدف منه استغلال مشاعرهما و إرادتهما التي تهدف إلى لم شمل الأسرة و عدم تفكيكها من أجل مصلحة الزوجين باعتبارهما من عائلتهما و يريدان

---

[1]– بوزيد وردة، الصلح و التحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية – في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و الممارسة القضائية –،مذكرة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية ن جامعة العربي بن مهيدي ، أم البواقي، السنة الجامعية 2010–2011، ص107.

[2]– نقلا عن الرابط: https://www.saffar.org,Vu le 22/03/2020,14h22

[3]– سورة النساء، الآية35.

الخير لهما،و يحافظان على أسرارهما الخاصة إذ يطلعان عليها بغرض الوصول إلى حل مشاكلهما.

بما أن أحكام قانون الأسرة مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية فقد تطرق المشرع الجزائري إلى موضوع التحكيم من خلال نص المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري التي أجازت تعيين حكمين للتوفيق بين الزوجين إذا اشتد الخصام بينهما ، حيث يعين القاضي الحكمين ، حكما من أهل الزوج و حكما من أهل الزوجة ، و على هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين.

في حال عيّن القاضي حكمين اثنين لمحاولة الصلح بين الزوجين ، يجب أن يطلعانه بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة ، و في حال ما إن تم الصلح من طرف الحكمين يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن[1].

طبقا لنص المادة 449 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا إذا تبين له صعوبة المهمة، و في هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة و تستمر الخصومة.

ت- صدور حكم الطلاق

بعد المرور بكل الإجراءات الشكلية و الموضوعية لدعوى الطلاق و إذا لاحظ القاضي تمسك الزوج بالطلاق فليس له أن يطالبه بتبرير سبب الطلاق ما دامت عصمة النكاح بيده فهذا الأمر متفق عليه شرعا و قانونا، على أن الزوج غير ملزم بتقديم تبرير لذلك بصرف النظر عن كثرة وتعدد الحالات التي تدفع الزوج إلى الطلاق كالنفور و الكراهية و سوء العشرة الزوجية ، و عليه فصلا في الدعوى يصدر القاضي حكمه بالطلاق ثم يسجل الحكم وجوبا في الحالة المدنية بسعي

[1]- المواد 446 و447 و448 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

من النيابة العامة [1].

غير أن المشرع اعترف للزوج بهذا الحق في حل الزواج بالطلاق غير أنه ألزمه بالتعويض حينما يتعسف في استعمال حقه و ذلك بتعويض الزوجة عن الضرر اللاحق بها من جرائه

القانون الجزائري يعتبر طلاق الزوج بالإرادة المنفردة بائنا في حالة صدور حكم قضائي بحسب المادة50 المذكورة سابقا، أما قبل صدور الحكم وخلال مرحلة الصلح يكون الطلاق رجعيا.

ثانيا: كيفية إثبات الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

نصت المادة 49 المعدلة على أنه" لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة(3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".

أقر المشرع الجزائري بضرورة إجراء عدة محاولات صلح أملا في تجنب الطلاق، و يتعين على القاضي الذي يجري الصلح تحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح مع توقيع الطرفين وكاتب الضبط، يصدر حكمه بالطلاق، ثم يسجل الحكم وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة.

يمكن للمحكمة أن ترفض دعوى الطلاق المرفوعة من الزوج إذا لم يحضر جلسات الصلح بعد تبليغه قانونا، وفي هذا أكدت المحكمة العليا بأنه يجب على طالب فك الرابطة الزوجية حضور جلسة الصلح شخصيا تحت طائلة رفض دعواه[2].

ما يمكن ملاحظته على هذا النص أنه أقر بأن الطلاق لا يكون ثابتا ولا يعتد به إلا إذا صدر بشأنه حكم قضائي.

---

[1]– حسين بلحيرش، المرجع السابق، ص149.

[2]– قرار المحكمة العليا، ملف رقم 474956، بتاريخ 2009/1/14 غير منشور.

غير أن نص المادة 49 لم يشر إلى طبيعة حكم القاضي هل هو حكم منشئ للطلاق– بالرغم من أن الزوج قد أوقعه قبل الحكم بإرادته المنفردة– أم هو حكم كاشف لطلاق الزوج ؟ .

نعتقد بأن حكم القاضي يكون منشئا للطلاق، لأن النص أشار إلى ضرورة الصلح قبل الحكم وخلال ثلاثة أشهر قبل الحكم، واستعمال الصلح يكون خلال سير دعوى الطلاق وخلال الخصام بين الزوجين كما دلت على ذلك النصوص الشرعية، أما إن كان الزوج قد طلق بإرادته المنفردة فيصبح الصلح بلا فائدة، إلا إذا كان الطلاق رجعيا، فيستعمل الصلح قصد المراجعة بعد الطلاق، وليس تجنبا لحدوث الطلاق، ففي هذه الحالة ينبغي أن يكون حكم القاضي كاشفا للطلاق الذي أوقعه الزوج بإرادته المنفردة. وليس منشئا له، حتى ينسجم مع المقتضيات الشرعية ومع النصوص القانونية، بمعنى على القاضي عندما يؤكد الطلاق يضيفه إلى زمن حدوثه، لأنه وقع من الزوج. وبغير هذا يصبح نص المادة 48 الذي يعطي للزوج الحق في إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة في غير محله[1].

بخصوص ما تناولته المادة 50 من قانون الأسرة، نجد خلل في الصياغة، مما يؤدي إلى تناقض في بعض المسائل الشرعية، حيث نصت على: " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد " .

من خلال استقراء نص المادة نلاحظ استعمال لفظ المراجعة في غير محلها، لأن لفظ المراجعة لا يكون إلا في حالة صدور الطلاق، وهذا يعني أن المشرع اعترف مرة أخرى بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج خارج المحكمة بعد أن ألغاها في المادة 49 سالفة الذكر، كذلك استعماله لفظ

[1]– الرشيد بن شويخ، قانون الأسرة المقارن–دراسة في قانون الأسرة الجزائري مقارنا بمجموعة من التشريعات العربية الكتاب الثاني: الطلاق و آثاره،ط1، 2019، دار الخلدونية، القبة ،الجزائر، ص 185.

الصلح، إذ الصلح كما هو معلوم يتقرر في حالة الخصام بين الزوجين،وهو ما يتطلب بأن يكون الصلح بعد رفع دعوى الطلاق في حالة إذا لم يكن الزوج قد طلق زوجته[1].

إلا أن الصلح قد يفقد قيمته إذا الزوج قام بتطليق زوجته قبل رفع دعوى الطلاق، إلا إن كان الطلاق رجعيا أو في فترة العدة، فالصلح في هذه الحالة له أثر إيجابي في إعادة الحياة الزوجية، على أن تحتسب طلقة من الناحية الشرعية و القانونية، و في حال ما كان رفع دعوى الطلاق بعد انتهاء العدة فهنا لابد من عقد جديد لمراجعة الزوجة.

إلا أن النص قضى بأن المراجعة خلال مدة الصلح لا تتطلب عقدا جديدا وهو أمر لا يمكن قبوله شرعا وقانونا، كذلك فإن النص في الجزء الثاني منه يقضي بأن المراجعة إذا كانت بعد الحكم بالطلاق، فيتطلب الأمر عقدا جديدا، وهو ما يعني بأن الطلاق الذي أوقعه الزوج قبل ذلك وعلى أساسه تمت المراجعة لا قيمة له من الناحية القانونية، كذلك لا يعتد القانون بحساب العدة المترتبة عن طلاق الزوج، بحيث صار طلاق القاضي بائنا، في حين قد تكون العدة عند صدور الحكم لا زالت سارية، كما إذا كانت الزوجة المطلقة حامل لم تضع حملها بعد، والحكم الشرعي يقتضي بقاء الرابطة الزوجية إلى حين انتهاء العدة.[2]

قد قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها هذا النحو على ما يلي: من المقرر قانونا أنه من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد.

---

[1]– الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، المرجع السابق، ص182.

[2]– المرجع نفسه، ص183.

ولما كان ثابتا – في قضية الحال – أن الطاعن راجع مطلقته بعقد جديد متوفرا على جميع أركان الزواج حسب المادة 50 من قانون الأسرة اصبح واجبا نقض الحكم المطعون فيه بدون إحالة لعدم جدية بقائه[1].

عليه فإنه بالنسبة لإثبات الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، إذا كان أمام الجهات الرسمية، فإن إثباته يكون من المحكمة التي صدر منها الحكم القضائي بالطلاق، و بالتالي يكون سند الحكم القضائي هو دليل الإثبات في الموضوع.

في حال ما إذا وقع الطلاق خارج المحكمة، فإنه يتوجب إثباته بالطرق القانونية، كالبينة والإقرار إلى حين تثبيته بواسطة حكم قضائي.

هذا ما أكدته التطبيقات القضائية من خلال قرار المحكمة العليا في الجزائر صادر بتاريخ 1999/06/15 ومما جاء فيه: من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة. وفي قرار آخر جاء فيه: من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.
ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراءات محاولة الصلح بين الطرفين يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون، ومتى كان كذاك استوجب نقض القرار المطعون فيه[2].

أما القضاء التونسي، ما جاء عن محكمة التعقيب التونسية ما يلي:

[1]– القرار رقم 73630 المؤرخ في 1991/02/20، المجلة القضائية عدد03 لسنة1993، ص60.
[2]– القرار رقم75141 المؤرخ في 1991/09/16.المجلة القضائية عدد1 لسنة1993، ص65.

المبدأ: حكم الطلاق إنشاء من الزوج أو مطالبة الزوجة ومبناه إرادة منفردة صادرة عن أحد الزوجين نافذة الأثر وجوبا بحكم القانون ولا يملك الطرف المقابل أي حق في التصدي لها ولا كذلك المحكمة في أن تغير في الأمر شيئا، وتأسيسا على ذلك يكون مطلب استئناف الحكم مرفوضا شكلا[1].

في قرار آخر جاء فيه: المبدأ: لا وجه لإثارة الفصل103 من مجلة الأحوال الشخصية طالما أن الطلاق المؤسس على إرادة منفردة من أحد الزوجين هو حق خوله المشرع لكل من الزوجين ضمن أحكام الفقرة الأخيرة من الفصل31 م أ ش، ولا يمكن للطرف المقابل المعارضة في مبدأ الطلاق ولكن له طلب التعويض عن هذا الضرر مما يجعل معارضة الطاعنة في الطلاق في قضية الحال غير ذات جدوى[2]

أما القانون الجزائري فالوضع مختلف تماما إذ أن تاريخ الطلاق هو تاريخ الحكم ولو صدر من الزوج قبل ذلك، والسبب في ذلك أن القانون لم ينص على آلية معينة تجعل الزوج يصرح لدى المحكمة بالطلاق الواقع منه بالإرادة المنفردة، كي يتم اعتماده عند النظر في الدعوى، بصدور الحكم القضائي في الموضوع، فهو حكم منشئ للطلاق ومثبت له في نفس الوقت، ومن هذا المنطلق يصبح الطلاق بالإرادة المنفردة المقرر في النص بلا معنى في القانون الجزائري[3].

لكن المشكل المثار و بحدة في حال وقع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج في الزواج العرفي، و أخل الزوج بالتزاماته المترتبة عن فك الرابطة الزوجية من نفقة و مسكن و ما يترتب من تبعات الطلاق فالزوج يوقع الطلاق مادام العصمة بيده و لا يهتم لحال أبنائه من بعد، فتلجأ الزوجة للجهات القضائية لرفع دعوى قضائية للمطالبة بحقوق أبنائها فتواجهها مشكلة زواجها غير الموثق،

---

[1]– قرار تعقيبي مدني عدد 7665 مرخ في 1982/12/7.

[2]– قرار تعقيبي مدني عدد 5585 مؤرخ في 2006/1/12.

[3]– الرشيد ين شويخ، الأسرة المقارن–دراسة في قانون الأسرة الجزائري مقارنا بمجموعة من التشريعات العربية – الكتاب الثاني: الطلاق و آثاره، المرجع السابق، ص184.

فيطلب منها رفع دعوى إثبات الزواج العرفي و تسجيله، تلجأ بعدها لرفع دعوى ثبوت الطلاق، فإن استجاب الزوج لهذه الإجراءات فلا مشكلة تثار أما في حال عدم استجابته لهذه الإجراءات، هنا تدخل في صراعات مع الزوج إن أنكر هذا الزواج أو امتنع عن إثبات الزواج و بالتالي تفقد حقوقها و حقوق أبنائها.

الفرع الثاني: إثبات الـطـلاق التـعسفي

طبقا لنص المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري و التي جاء فيها:" إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

بناءا على النص القانوني فإنه في حال ما تبين للقاضي أم الزوج متعسف في طلاقه الذي أقامه بدون مبررات، و أن الزوجة قد لحقها ضرر من جراء هذا الطلاق جاز له الحكم بتعويض مالي يقدمه الزوج المتعسف للزوجة، و للقاضي السلطة في تقدير هذا التعويض المالي، وفقا لحالة الزوج المالية.

لدراسة هذا الموضوع سنتطرق إلى الإطار القانون للطلاق التعسفي (أولا) ثم التطرق لقضايا الإثبات في الطلاق التعسفي(ثانيا).

أولا: الإطار القانوني للطلاق التعسفي

إن توقيع الطلاق دون الاستناد إلى مبررات موضوعية و استثنائية يكون من أوقعه متعسفا في استعمال هذه الرخصة، و المشرع ألزم القاضي بالبحث عن أسباب الطلاق و مدى تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق[1].

نصت المادة 52 المعدلة من القانون الجزائري على ما يلي: " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

[1]– إدريس الفاخوري، انحلال الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص264.

الملاحظ من المادة أنها نصت على التعويض شريطة أن يكون الزوج متعسفا في طلب الطلاق حتى نكون أمام تعويض للمطلقة من طلاق غير مسبب.

الملاحظ أيضا أن هذا النص قد أعطى للقاضي السلطة التقديرية في الحكم على الزوج بالتعويض إذا تبين له بأن الزوج قد تعسف في الطلاق، بأن لم يقدم المبررات التي دعته لطلب الطلاق أو تبين له بأنه طلقها بقصد الإضرار بها.

فهنا لابد من حفظ حقوق المرأة بالكامل كالصداق والمتاع والأموال الخاصة بها، بالإضافة إلى التعويض عن الطلاق التعسفي، لجبر الضرر الذي لحق بها[1].

إلا أن الكثير من الأزواج من يبرر إقدامه على الطلاق بسبب النفور من الزوجة أو لاستحالة مواصلة العشرة لسوء التفاهم بينهما، و في الآونة الأخيرة أصبح الزوج يتهم زوجته بالخيانة الزوجية نتيجة شكوك أو وسوسة تراوده، فتستحيل الحياة الزوجية بعدها.

تبعا للحق الأصيل في إيقاع الطلاق فإن كل ما يدعيه الزوج في محاولة منه لتبرير طلاقه ينبغي أن يؤسسه بدليل و الإثبات القاطع و إلا عدّ متعسفا في طلبه الرامي للطلاق[2].

فالتعويض الذي أقره المشرع و منح للقاضي السلطة التامة لتقديره ما هو إلا جبرا لخاطر الزوجة من الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي الذي قام به الزوج، و محاولة منه صيانة كرامتها و المحافظة على مشاعرها .

تبقى مسألة أخرى ينبغي التنبيه إليها ، وهي أن المرأة قد تجد نفسها مرمية في الشارع بسبب تعسف الزوج في الطلاق خصوصا إذا لم يكن لها من الأهل من يقبل عودتها، ولم يكن لها دخل مالي لكونها لا تعمل ، وهي أكبر مشكلة تعانيها بعض الأسر العائلية وأما مسألة التعويضات التي

---

[1]– الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص187.

[2]– باديس ديابي، المرجع السابق، ص 92.

يمكن أن يحكم بها القاضي في حال الطلاق التعسفي، فلا ندري إلى أي حد يمكن أن تصل فقد لا تغطي شيئا بالنسبة لوضعها الاجتماعي[1].

قد أكدت التطبيقات القضائية من خلال القرارات الصادرة عن المحكمة العليا أن تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص قضاة الموضوع بها دون غيرهم[2].

أما بخصوص القانون التونسي فلم يتطرق لموضوع الطلاق التعسفي وإنما تحدث عن الطلاق للضرر في الفصل 31 منه، حيث يستلزم التعويض عنه، وقد يدخل ضمن الضرر الطلاق التعسفي.

إلا أن القضاء التونسي أقر موضوع الطلاق التعسفي في القرارات الصادرة عن محكمة التعقيب التونسية، حيث جاء في قرار لمحكمة التعقيب التونسية:

المبدأ: لا تقدر غرامة الطلاق التعسفي على أساس السبب أو الداعي إليه وإنما على أساس النتائج الناجمة عنه للطرف المكره على الطلاق وظروف كل من الطرفين[3].

في قرار آخر جاء فيه: إن تقدير مبلغ التعويض عن ضرر الطلاق التعسفي موكول لاجتهاد محكمة الموضوع بحسب ما تستشفه من الظروف الحافلة بالقضية بدون أن تكون خاضعة في ذلك

لمراقبة محكمة التعقيب إذا ما أوضحت بحكمها العناصر المؤسس عليها تقدير المبلغ المقضى به[4].

---

[1]– الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص187.

[2]– قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2006/07/12، فصلا في الطعن رقم 368660، منشور بالمجلة القضائية، العدد 02/2006، ص483.

[3]– قرار تعقيبي مدني عدد 11786، المؤرخ في 30 /04/ 1975.

[4]– قرار تعقيبي مدني عدد 3613، مؤرخ في 1981/03/10.

ثانيا: كيفية إثبات قضايا الطلاق التعسفي

المشرع الجزائري لم يعرف التعسف في استعمال الحق في قضايا شؤون الأسرة ذات الطبيعة الخاصة و بالتالي فرض علينا الاستناد لأحكام القانون المدني في المادة 41 منه التي وضحت مظاهره فقط و لم تتعرض لتعريفه و التي جاءت كما يلي :" يعتبر استعمال حق تعسفيا في الأحوال التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة."

من خلال استقراء المادة المذكورة أعلاه و التي يمكن إسقاطها على موضوعنا أن التعسف يعني:

" الانحراف في استخدام الحق بالشكل الذي يوقع الضرر بالغير عن قصد و تعمد أو الحصول على منافع ضئيلة قياسا بحجم الضرر الذي ينشأ للغير أو قصد الحصول على فائدة غير شرعية و لا قانونية"[1].

بناءا عليه عند استعمال الزوج حقه في الطلاق بالإرادة المنفردة ملزم بتقديم و إثبات التبريرات من الناحية الشرعية و القانونية، و إن كان لجوءه للطلاق بالإرادة المنفردة غير مسوغ شرعا و لا قانونا يعتبر متعسف في استعمال الحق المخول له لأنه مقيد بشرط التسبيب و إلا فقده، وبالتالي قد يلحق ضرر عمدي بزوجته يلزمه التعويض جبرا للضرر الناتج عن التعسف.

غير أن مسألة إثبات التعسف ملقاة على عاتق من ادعاه[1]، فعلى الزوجة طالبة التعويض جراء الطلاق التعسفي أن تقيم الدليل على وجود التعسف في الطلاق، وعليها أن تقيم الدليل على ذلك بكافة طرق الإثبات، بالكتابة أو بالبينة أو بالإقرار[2].

[1]– باديس ديابي، المرجع السابق، ص 95.

قد منح المشرع الجزائري طبقا للمادة 52 من قانون الأسرة السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في استخلاص التعسف من ملف القضية و كذا ما يستنتجه من جلسات القضية و محاولات الصلح و التحكيم التي تكون تحت سلطته، للكشف عن تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق، أيضا منح المشرع الجزائري للقاضي تقدير التعويض إذا ثبت التعسف من قبل الزوج في حق الزوجة.

يبقى السؤال المطروح عن إمكانية التعويض للمرأة عن الطلاق قبل الدخول إذا كان متعسفا فيه، فالنص في المادة 52 من قانون الأسرة جاء عاما وشاملا دون تخصيص، مما يوحي بشمولية التعويض في هذه الحالة[3].

حتى في حالة الطلاق قبل الدخول الذي يكون من الزوج بصورة لا يمكن وصفها بالتعسف، فهل يكون لها تعويضا أم لا؟

طبقا للنصوص الشرعية يكون لها الحق في المتعة و هي ما يعطيه الزوج لزوجته عند الطلاق في أحوال معينة جبرا لخاطرها و تعويضا لها عما يمكن أن يلحقها من ضرر[4].

نجد مشروعيتها في القرآن الكريم ، ما أشارت الآية الكريمة في قوله تعالى:﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾[5].

---

[1]– باديس ديابي، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ،المرجع السابق، ص 85.

[2]– الرشيد بن شويخ ، قواعد الإثبات في النطاق المدني و قضايا الأسرة، المرجع السابق، ص312.

[3]– الرشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة المعدل، المرجع السابق، ص183.

[4]– إدريس الفاخوري ، انحلال الرابطة الزوجية، المرجع السابق،ص 212.

[5]– سورة الأحزاب، الاية49.

لقد أقر الله عز و جل متعة للزوجة المطلقة بدون دخول، وحث الله سبحانه و تعالى على المعاملة الطيبة حتى وقت الفراق، فأمر بالتسريح الجميل بدون ضرر و لا تجريح.

أما بخصوص ما ورد في القانون الجزائري لم يتم التطرق لموضوع التعويض قبل الدخول وإنما اكتفى المشرع بالنص على التعويض في حالة الطلاق التعسفي من الزوج في المادة 52 و في حالة التطليق بطلب من الزوجة بحسب المادة 53 مكرر، وحالة نشوز الزوج بحسب المادة 55 من قانون الأسرة و هذه الحالات في الغالب تكون بعد الدخول.

لكن يمكن الرجوع لنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا لأحكام الشريعة الإسلامية التي أقرت بالمتعة و من ذلك ما أقرته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: " إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيضا عن ألم فراق زوجها لها، و هي في حد ذاتها تعتبر تعويضا، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية"[1].

يشترط للحكم بالمتعة أن تكون بعد زواج صحيح و ألا يكون الطلاق بسبب خطأ الزوجة أو بموافقتها، و يعود تحديد مبلغها للسلطة التقديرية للقاضي حسب ملابسات و ظروف كل قضية[2].

[1]– قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1985/04/08 فصلا في الطعن رقم 35912، منشور بالمجلة القضائية، العدد1/1989،ص89.

[2]– نجيمي جمال، المرجع السابق، ص133.

المطلب الثاني

إثبات الـطـلاق بإرادة الـزوجة

لقد شرع الله سبحانه و تعالى الطلاق و جعل العصمة بيد الزوج في حال أراد فك الرابطة الزوجية فالأصل الطلاق يقع بإرادة الزوج، إلا أنه و في بعض الحالات هناك استثناء حيث تكون للزوجة إمكانية فك الرابطة الزوجية بطلب منها إذا وجدت ضررا من زوجها استحالت من خلاله العشرة الزوجية.

لرفع هذا الضرر أباحت الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية طريقين لفك الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، الطريقة الأولى بطلب التطليق من القاضي دون الحاجة لرضا الزوج، حيث اشترط المشرع الجزائري توافر مجموعة من الأسباب تم ذكرها في المادة 53 من قانون الأسرة على سبيل الحصر، متوقف على إثبات أي شرط تدعيه الزوجة، أما الطريق الثاني هو فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع الذي يقوم على سبب نفسي و هو عبارة عن مبلغ مالي تدفعه للزوج ، سواء وافق الزوج أو لم يوافق على ذلك،و نص عليه المشرع الجزائري في المادة 54 من قانون الأسرة

عليه سنتطرق لدراسة موضوع التطليق و قضايا إثباته (الفرع الأول) ثم نتناول موضوع الخلع و إثباته (الفرع الثاني)

الفرع الأول: إثبات قضايا التطليق

أورت المادة 53 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري مجموعة من الأسباب، تستطيع الزوجة بواسطتها أن تطلب التطليق من القاضي، وهي أسباب مادية في الغالب تتطلب الإثبات لكي يحكم

القاضي لها بالطلاق، ويمكن إجمال هذه الحالات وفق التقسيم التالي:

أولا: التطليق لعدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج

نص المشرع الجزائري في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري على التطليق لعدم الإنفاق و اعتبره من أول الأسباب التي تمّكن الزوجة من طلب فك الرابطة الزوجية من القاضي، باعتبار النفقة الزوجية من بين أهم القضايا الأسرية، خاصة و أنها تمس الزوجة و الأطفال، خاصة أن النفقة تشمل الغذاء و العلاج و السكن، وهذه المتطلبات من الحاجات الضرورية اليومية التي لا يمكن الاستغناء عليها، حيث المشرع الجزائري أمر بالفصل فيها قضائيا على وجه الاستعجال.

1- شروط التطليق لعدم الإنفاق

سبقت الإشارة إلى أن النفقة واجبة على الزوج بمجرد قيام الزواج الصحيح و تثبت و تتأكد بمجرد الدخول أو بانتقال الزوجة إلى بيت الزوجية، ويستمر هذا الواجب طيلة الحياة الزوجية، ولا يجوز للزوج أن يمتنع عن الإنفاق على زوجته إلا لعذر مقبول شرعا و قانونا.

من خلال تحليل المادة 1/53 من قانون الأسرة الجزائري يتبين لنا أن حق الزوجة في طلب التطليق لعدم الإنفاق مقيد بشروط يتوجب توافرها و إلا فقد حقها إثر تخلف أحد هذه الشروط و هي:

- أن تكون قد رفعت دعواها من قبل إلى المحكمة تطالب فيها زوجها بالنفقة بكل مشتملاتها و يصدر في ذلك حكم قضائي يوجب في ;ه النفقة، و يقدر القاضي من خلال هذا الحكم المبلغ الذي يدفعه الزوج لزوجته و يمتنع هذا الأخير عن تنفيذ الحكم الصادر في حقه[1].

غير أن المشكل المثار أن المشرع الجزائري لم يذكر المهلة التي يمكن للزوجة أن تنتظرها لرفع

[1]- خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية – بناء على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري – دراسة مقارنة- ،دط، 2015، دار الجامعة الجديد للنشر ،الإسكندرية، مصر، ص 39.

دعوى التطليق بعد صدور الحكم القضائي بوجوب النفقة، إلا أن القاضي يمكن أن يرجعها لنص المادة 331 من قانون العقوبات التي نصت على مدة شهرين ابتداءا من تاريخ صدور الحكم بإلزامه بدفع النفقة[1].

فسر في هذا الشأن الأستاذ الرشيد بن شويخ بقوله : " إلا أن النص تَطَلَبَ في حالة الامتناع عن النفقة صدور الحكم بوجوب النفقة، وفي اعتقادي أنه لا ضرورة لهذا الحكم، لأن النفقة واجبة في الأصل وبحكم الشرع والقانون، فكان من المفروض أنه عندما تثبت الزوجة قيام الزوجية، وكذا امتناع الزوج عن النفقة ما لم تكن ناشزا ، يقوم القاضي مباشرة بتوجيه إعذار للزوج ينذره فيه بأن ينفق على زوجته فورا، أو يحدد له أجلا إن كان معسرا ، وإلا تعرض للمتابعة بإجباره على الإنفاق، وبإمكان الزوجة أن تطلب التطليق إذا لم ينفق عليها، كما يمكن متابعة الزوج جزائيا بتهمة ارتكاب جريمة الإهمال العائلي المنصوص عليها في قانون العقوبات "[2].

- أن لا تكون عالمة بإعسار الزوج وقت إبرام عقد الزواج، و بالتالي إذ استطاع الزوج إثبات أن الزوجة كانت على علم بأن قدرته المالية ضعيفة جدا وقت قبول زواجها منه، فلا يجوز لها طلب التطليق لأنها رضيت بالزواج منه و هو في حالة إعسار.

---

[1]- قانون العقوبات الجزائري المعدل و المتمم، نص المادة 331: (معدلة) " يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى (3) سنوات و بغرامة مالية من 50.000 دج إلى 300.000 دج كا من امتنع عمدا، و لمدة تتجاوز الشهرين (2) عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، و عن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، و ذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع النفقة إليهم.

و يفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، و لا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أية حالة من الأحوال.

دون الإخلال بتطبيق أحكام المواد 37 و 40 و 329 من قانون الإجراءات الجزائية ، تختص أيضا بالحكم في الجنح المذكورة في هذه المادة ، محكمة موطن أو محل إقامة الشخص المقرر له قبض النفقة أو المنتفع بالمعونة .

و يضع صفح الضحية بعد رفع المبالغ المستحقة حد للمتابعة الجزائية."

[2]- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص189.

لكن المشكل المثار في حال ما كانت الزوجة على علم بإعسار الزوج وقت الزواج و لكن أخبرها عطله عن العمل مسألة وقتية و بأنه سيحصل على منصب عمل بعد الزواج، إلا أنه لم يحصل عليه لأمر خارج عن إرادته و طال الوقت وتقاعس عن البحث عن عمل آخر و لم يتمكن من توفير النفقة لها، في هذه الحالة ألا يحق لها طلب التطليق؟.

فإن التمسك بحرفية النص السابق يؤدي إلى القول بأنه لا يحق لها طلب التطليق، لكن إذا أخذنا بروح النص نقول بأن لها الحق في طلب الطلاق، و لذلك كان على المشرع أن يعدل في النص بطريقة تجعله يطبق بصورة مرنة تجمع بين المبدأ والاستثناء، وخصوصا إذا تبين تقاعس الزوج عن طلب الرزق. ولا يمكن معاقبة الزوجة بمنعها من طلب الطلاق[1].

قد تطرق المشرع التونسي في الفصل 39 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه: " لا يلزم الزوج بالنفقة إذا أعسر إلا أن الحاكم يتلوّم له بشهرين فإن عجز بعد إتمامها عن الإنفاق طلقت عليه زوجته، وإذا كانت الزوجة عالمة بعسره حين العقد فلا حق لها في طلب الطلاق ".

فقد اعتبر المشرع التونسي حالة الإعسار من مسقطات النفقة، إلا أنه قدم له مهلة شهرين لتوفير النفقة فإن عجز عن توفيرها حكم القاضي بالتطليق، إلا أن المشرع أقر في حالة علم الزوجة بإعسار زوجها وقت الزواج يؤدي إلى إسقاط حقها في طلب الطلاق.

- يجب أن يكون الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة و التي يحق لها طلب التطليق بسببه هو إنفاق مثل زوجها على مثلها و بحسب دخله و وفق قدرته[2]، بمعنى لا يمكن للزوجة أن تطلب من الزوج الإنفاق عليها بما لا طاقة له ، كأن تطلب منه شراء سيارة خاصة بها أو تطلب منه قضاء

[1]- الرشيد بن شويخ ، قانون الأسرة المقارن ، الكتاب الثاني :الطلاق و آثاره، المرجع السابق، ص 115.

[2]- خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية _ بناء على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري-، المرجع السابق، ص41.

عطلة في بلد آخر و لا يستجيب لطلبها تعتبره امتنع عن الإنفاق عليها.

فإذا توفرت الشروط الثلاثة فإنه يجوز للزوجة أن تطلب من القاضي حقها في طلب التطليق لفك الرابطة الزوجية، و للقاضي أن يستجيب لها.

2- إثبات قضايا التطليق لعدم الإنفاق

تعد مسألة الإثبات غاية في الأهمية لأنه بناءا عليها يقوم الحق من عدمه، و بالتالي فإن قام الزوج بتوفير أدلة تثبت أن الزوجة كانت على علم بإعساره وقت إبرام عقد الزواج فهذا كفيل بأن يسقط عنها حقها في طلب التطليق، و من جهة أخرى إن قدمت الزوجة كل ما يثبت أن الزوج بتقاعس و إهمال منه لا ينفق عليها، أو أنه متعمد ذلك فلها أن تطلب من القاضي حقها في التطليق.

فيقع على عاتق الزوجة المدعية أن تثبت بكافة الطرق بأن الزوج ممتنع عن دفع النفقة الواجبة عليه شرعا وقانونا، مع قدرته على الإنفاق، وقبل ذلك عليها أن تثبت وجود عقد صحيح بينهما، كما تثبت أنها غير مطلقة ، ولا ناشز أو تثبت بأن الزوج لا يعطيها من النفقة ما يكفيها مع قدرته عليها[1].

في حال ما إذا كان الزوج متوقف عن النفقة لمدة طويلة بدون أي مبرر فللزوجة أن تطلع القاضي بذلك شرط أن تقيم الدليل على هذا الامتناع كي يحكم لها القاضي بأثر رجعي و يجب أن تحدد المدة الزمنية التي لم ينفق الزوج فيها و إثباتها بكل وسائل الإثبات، و للقاضي سلطة تقدير كل ما يقدم أمامه من وقائع الدعوى و بناءا عليه يبني قناعته و يصدر حكمه.

يمكن للقاضي أن يحكم للزوجة بالتعويض عن الضرر الناتج عن عدم النفقة و تقديره راجع

[1]- الرشيد بن شويخ، قواعد الإثبات في النطاق المدني و قضايا الأسرة، المرجع السابق، ص347.

للقاضي وفق معطيات كل قضية و هذا ما نصت عليه المادة 53 مكرر من قانون الأسرة التي جاء فيها:" يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

طبقا لنص المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري يعتبر التطليق لعدم الإنفاق، طلاق بائن بينونة صغرى لصدور حكم قضائي في الموضوع، و عليه إذا أراد الزوج إرجاع زوجته يكون بعقد جديد.

ثانيا: التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

نصت المادة 2/53 من قانون الأسرة على السبب الثاني الذي يمنح الزوجة الحق في طلب التطليق و هو التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، و ما يعاب على هذا النص من الوهلة الأولى أنه جاء عاما و فضفاضا، فلم يعرف المشرع في هذا النص و في غيره على المقصود بالعيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، و لو الشروط الواجب توافرها و لا معايير تقدير هذه العيوب .

كما أن القاضي المكلف بتطبيق هذا القانون المستمد من الشريعة الإسلامية فإذا عرضت عليه قضية في هذا المجال فإنه يرجع إلى النص فيجده عاما يحمل في طياتها خلافات فقهية كثيرة نتيجة عدم وجود نص قطعي يمكن الرجوع إليه[1].

1- أقسام العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

بالرجوع لما أقره الفقهاء وكذلك القانون لكلا الزوجين معا الحق في طلب الطلاق إذا تبين وجود

[1]- خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية – بناء على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري- المرجع السابق، ص69.

عيوب في أحد الزوجين من شأنها أن تؤثر على الحياة الزوجية ،وهذه العيوب تقسم إلى قسمين[1]:

- عيوب جنسية تشكل مانع للدخول بمعنى تكون مانعة للمعاشرة الزوجية كاستئصال العضو التناسلي أو ارتخاء في العضو يمنع القدرة على الاتصال الجنسي، أو تشوه خلقي لا يمكن الزوج من خلاله أن يجامع زوجته ، فيحق للزوجة بسبب هذه العيوب أن تطلب من القاضي التطليق

- عيوب لا تشكل مانع للدخول ولكنها تؤثر على الحياة الزوجية، كالأمراض المزمنة أو المعدية أو المنفرة ،كالجذام، والبرص، والجنون،والصرع، والسل ، وهذه الأمراض بلا شك تؤثر على الرغبة الجنسية و على الحياة الزوجية.

غير أن القانون الجزائري لم ينص على علم أحد الزوجين بهذه العيوب قبل الزواج أو رضاه به بعد الزواج، لأن الكثير من الفقهاء لا يعطون الحق في طلب الطلاق في هذه الحالة[2].

أما بخصوص القانون التونسي لم يفرد نصا خاصا بالتطليق للعيوب، لكن طبقا للفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية يمكن أن يتم تكييفه مع موضوع الضرر باعتباره معتمد كأحد أسباب الطلاق .

2- إثبات قضايا العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

في مسألة إثبات العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج يتعين، على الزوجة التي تدعي عيبا أو مرضا بالزوج إثبات ذلك بجميع وسائل الإثبات و يمكن للقاضي الاستعانة بأهل الخبرة من الأخصائيين في معرفة العيب أو المرض أي الإحالة على الخبرة الطبية لمعرفة درجة

[1]- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص355.

[2]- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة المعدل، المرجع السابق، ص 188.

خطورة العيب وهل يمكن الشفاء منه[1].

الجدير بالذكر أن القاضي يجب أن يصنف العيب أو المرض إلى صنفين، الصنف الأول الذي يكمن الشفاء منه حيث يمكن منح الزوج مدة زمنية للعلاج و يحكم بالتطليق إلى حين يتأكد من تجاوز مدة العلاج و لم يشفى الزوج من المرض أو لم يتخلص من العيب، أما الصنف الثاني هو الذي لا يمكن الشفاء منه بعد التأكد وفق خبرة طبية متخصصة فهنا القاضي يحكم بالتطليق .

لأن الهدف المتوخى من الزواج هو التناسل غير ممكن التحقيق بوجود عيب من العيوب التي تعد مزمنة و غير قابلة للعلاج و لا يمكن تجنب الحديث عن الضرر الناشئ عنها، إلا بالتطليق ولكون الزوجة لا تملك في الأساس حق طلاق بنفسها، فلها اللجوء إلى القضاء حتى يطلقها رفعا للضرر[2].

بالرجوع للتطبيقات القضائية نجد قرار المحكمة العليا الذي أقر أنه[3]:" متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي و على ما جرى به القضاء، أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجنه يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، و أن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلها، و بعد انتهائها إن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية، إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف لم يحترموا هذه القاعدة الشرعية و اعتبروا أن الفترة التي مكثت فيها الزوجة سابقا بسكن زوجها دون استطاعة هذا الأخير مباشرتها جسميا تعدّ كافية لإثبات عجزه المستمر عن ذلك، و الحال أن

---

[1]– إدريس الفاخوري، انحلال الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص183.

[2]– باديس ديابي، المرجع السابق، ص41.

[3]– قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1984/11/19،فصلا في الطعن رقم 34784، منشور بالمجلة القضائية ، العدد1989/3،ص 73.

الاجتهاد القضائي استقر على أن السنة التي تمنح للزوج يبدأ مفعولها من تاريخ تنفيذ الحكم القضائي بها، فإن هؤلاء القضاة خالفوا مبادئ و أحكام الشريعة الإسلامية فيما قضوا به".

أما القانون التونسي لم ينص على الموضوع، لكن محكمة التعقيب التونسية أصدرت قرار يقر بالطلاق للمرض الجنسي الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج بعد إثباته بخبرة طبية متخصصة.

حيث جاء فيه: استقر فقه القضاء على اعتبار أن مرض أحد الزوجين الذي يعيق المعاشرة الزوجية العادية يلحق ضررا بالقرين يمكنه من طلب الطلاق على معنى الفقرة الثانية من الفصل 31 دون إمكانية الحكم له بالغرامات باعتبار أن المرض أمر لا دخل لإرادة العليل فيه وهو بلاء سلط عليه ولا يتحمل أزره مرتين[1].

ثالثا:الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر

الحالة الثالثة التي نص عليها قانون الأسرة الجزائري كسبب لطلب التطليق هي حالة الهجر في المضجع أو الفراش فوق أربعة أشهر.

1- التفريق بين نوعين من الهجر في المضجع

في البداية ينبغي التفريق بين نوعين من الهجر المنصوص عليهما في القرآن الكريم.

الأول: جاء بغرض التأديب[2]، لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِى تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِى ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا۟ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا﴾[3]، وهذا النوع

[1]- قرار تعقيبي مدني عدد 59828، مؤرخ في 2011/6/16.

[2]- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص191.

[3]- سورة النساء، الآية 34.

من الهجر غير محدد المدة، و الثاني: جاء بغرض الإيلاء وهو الهجر المصحوب بالقسم،بمعنى أن يقسم الرجل على هجر زوجته في الفراش مدة من الزمن قد تطول أو تقصر[1]،والمشار إليه في قوله تعالى:﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُو فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ، وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[2].

الملاحظ مما سبق أن المشرع الجزائري طبقا لما ورد في المادة 3/53 من قانون الأسرة أن الهجر الذي قصده هو الذي جاء بغرض الإيلاء، طبقا للمدة التي حددها في حال الهجر في المضجع المستمدة من القرآن الكريم و تفاديا لعدم الإضرار بالزوجة منحها القانون حق طلب التطليق.

أما بخصوص القانون التونسي لم ينص على التطليق للهجر في المضجع و إنما أدرجه ضمن الضرر، فإذا تضررت الزوجة من الهجر مدة تتجاوز الأربعة أشهر جاز لها أن تطلب من القاضي حق التطليق.

2- إثبات الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر

إذ استطاعت الزوجة أن تثبت أن زوجها هجرها في الفراش و لم يقم بمعاشرتها لمدة تفوق الأربعة أشهر، بإمكانها أن تطلب من القاضي حقها في التطليق بسبب الأضرار النفسية و المعنوية التي لحقت بها و يقع عبأ الإثبات عليها.

يمكن للزوجة أن تثبت للقاضي هجر زوجها بكل وسائل الإثبات و للقاضي السلطة في تقدير و دراسة الأدلة و كل المعطيات التي بحوزته من أجل الفصل في القضية.

---

[1]- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص192.

[2]- سورة البقرة، الآية 226 و227.

تعد مسألة إثبات الهجر في المضجع صعبة في حال إنكار الزوج ذلك، حيث واجب الإثبات يقع على عاتق الزوجة و لها أن تثبت بكافة طرق الإثبات، بأن زوجها هجرها في المضجع أو الفراش بدون سبب من قبلها، فإذا كان إيلاء فعليها أن تثبت أن الزوج أقسم على عدم مباشرتها مدة تفوق أربعة أشهر وذلك حتى تكون الدعوى ناتجة، لأنه إن كانت المدة تقل عن ذلك، فلا حاجة لطلب التطليق[1].

لكن في معظم الأحيان يكون الحلف دون تحديد المدة، بمعنى أن الزوج في حال ما ثار مشكل بينه و بين زوجته أو لسبب نفسي بينه و بين نفسه يبتعد عن زوجته دون أن يربط هذا الابتعاد بمدة زمنية و بالتالي على الزوجة المتضررة أن تطلع القاضي على وقت القسم فإن رأى القاضي أن المدة الزمنية بين القسم و رفع الدعوى القضائية فاقت الأربعة أشهر يطلب منها إثبات حدوث القسم، و بعدها وفق المعطيات المطروحة أمامه يفصل في الدعوى، و في حال ما إذا كانت المدة الزمنية لا تفوق الأربعة أشهر يقوم بتأجيل البث في الموضوع إلى غاية انتهاء الأربعة أشهر من تاريخ القسم و يفصل في الدعوى.

الطريق العادي للإثبات في الموضوع هو الإقرار من الزوج في المقام الأول، والإقرار سيد الأدلة بالنسبة لموضوع الإثبات، والمسألة الثانية هي البينة أي شهادة الشهود ، وهنا تكون المسألة صعبة ودقيقة فقد يكون الشهود هم الأبناء كأن يثبتوا هجر الزوج للزوجة في الفراش كونه ينام وحده في بيت الزوجية بعيدا عنها، و المهم أن يثبت أمام القاضي هذه الحالة وبكافة الطرق ولو كانت البينة على سبيل الاستئناس[2].

للقاضي أن يعقد جلسات صلح بين الزوجين قبل الفصل في القضية في حال مل لن تنتهي

[1]– الرشيد بن شويخ، قانون الأسرة المقارن، الكتاب الثاني، الطلاق و آثاره، المرجع السابق، ص195.

[2]– الرشيد بن شويخ، قانون الأسرة المقارن، الكتاب الثاني، الطلاق و آثاره، المرجع السابق ،ص196.

مدة الأربع أشهر، بعد ثبوت الهجر محاولة في الإصلاح بين الزوجين و تفاديا لفك الرابطة الزوجية، و في حال فشلت محاولات الصلح بين الزوجين يحكم بالتطليق.

ما على القاضي الذي سيحكم بالتطليق، أن يحكم للزوجة بالتعويض تبعا لذلك و أن يسبب حكمه تسبيبا واضحا و جديا و صريحا، بحيث يتعين عليه أن يتأكد من تحقق الضرر و إلا فإن حكمه يكون ناقص للتسبيب و معرضا للإلغاء.

رابعا: الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية

لقد أجاز المشرع الجزائري في المادة 4/53 من قانون الأسرة، للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية و من خلال تحليل هذه الفقرة يتبن لنا وجوب توفر شروط لكي يحق للزوجة طلب التطليق على إثرها.

1- شروط طلب التطليق بسبب الحكم على الزوج بجريمة تمس شرف الأسرة

- أن يصدر حكم قضائي ضد الزوج حائز لقوة الشيء المقضي فيه
- أن تكون الجريمة المعاقب عليها مما يمس بشرف الأسرة و بالتالي يلحق العار بالأسرة كجريمة هتك العرض مثلا.
- أن تجعل الجريمة مواصلة العشرة بين الزوجين أمرا مستحيلا، حيث تحول الحب إلى كراهية و اشمئزاز يحول دون مواصلة الحياة الزوجية[1].

في حال ما توفرت هذه الشروط مجتمعة يحق للزوجة أن تطلب من القاضي التطليق، و

[1]- عبد الحكيم بن هبري، المرجع السابق، ص155 و 156.

للقاضي حق تقدير ذلك، و أما مسألة إجراء الصلح بالقاضي له كامل السلطة في تقدير ذلك ففي حال ما رأى أن الزوج في السجن و يمكن حضوره لجلسات الصلح أو أن يطلب القاضي منه أن ينوبه أحد الأشخاص و يطلع القاضي على ملفه و على العقوبة المقررة في حقه و يرى إن كان يريد الصلح و أنه يريد استمرار الحياة الزوجية، و أن الفعل الذي ارتكبه نادم عليه، و ينظر القاضي في رأي الزوجة إن كانت متمسكة بطلبها في التطليق أم اقتنعت بقول الزوج في حال تمسكه بالزوجية، و في حال ما لم تقتنع الزوجة و فشلت مساعي الصلح حكم القاضي بالتطليق.

أما بخصوص القانون التونسي لم ينص على الحبس كسبب للتفريق وإنما يدخله ضمن الضرر، وبالتالي يمكن للزوجة المتضررة من سجن زوجها أن تطلب الطلاق من القاضي.

2- إثبات الجريمة التي تمس بشرف الأسرة

إن إثبات الجريمة التي تمس بشرف الأسرة تكون بالحكم القضائي الصادر من الجهات المعنية بذلك وفق إجراءات قانونية متعلقة بالشخص المتهم و في حال ثبتت إدانته بالجرم المنسوب إليه، صدر في حقه حكم قضائي نهائي يؤكد الإدانة و يحدد العقوبة.

بالتالي الإثبات يقع على عاتق الزوجة و يكون بتقديم نسخة عن الحكم الصادر من القضاء الذي يثب إدانة الزوج بجريمة تمس شرف العائلة، الذي على إثره تطلب من القاضي التطليق.

القاضي لابد أن يتأكد أن الحكم الذي يدين الزوج به مساس بسمعة الأسرة و أن الزوجة متمسكة بالتطليق، و قد نتج عن هذه الجريمة ضرر للزوجة يقدره القاضي و يسببه تسبيبا صحيحا لكي لا يتعرض حكمه للإلغاء.

خامسا: الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة

لقد أجاز المشرع الجزائري في المادة 5/53 من قانون الأسرة، للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة، حيث الغياب لمدة طويلة يشكل ضررا للزوجة خاصة و إن كان مصحوب بعدم الإنفاق، و طبقا لنص المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري فقد منحت لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون، و بالتالي يمكن إدراج حالة الفقدان أيضا كسبب للتطليق و سنتطرق لدراسة الغياب و الفقدان على النحو التالي:

أ- شروط طلب التطليق بسبب الغياب و الفقدان

سنتطرق لتوضيح الشروط المتعلقة بالتطليق للغياب ثم للشروط المتعلقة بالتطليق للفقدان.

1- شروط طلب التطليق للغياب

- أن يغيب عنها زوج مدة تفوق السنة يجري اعتمادها بالتقويم الميلادي طبقا لنص المادة 3 من القانون المدني: "تحسب الآجال بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"، و هذه السنة تبدأ من تاريخ غيابه إلى يوم رفع الدعوى القضائية.

- أن يكون الغياب دون عذر مقبول و لم يترك لها مالا تنفق منه، أما لو غاب الزوج عن زوجته مدة سنة أو أكثر لعذر مقبول شرعا كطلب العلم أو كان في مهمة وطنية تستدعي بقائه أكثر من سنة مثل الغياب لأداء واجب الخدمة الوطنية و ترك لها مالا يكفيها للنفقة على نفسها فإنه ليس لها حق طلب التطليق[1].

لكي تستطيع الزوجة أن تطلب التطليق بحسب قانون الأسرة لابد من مرور سنة كاملة على

[1]- خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية -بناء على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري- المرجع السابق، ص 147.

الغياب، وأن يكون هذا الغياب غير مبرر مصحوب بعدم الإنفاق .

القانون التونسي، بالإضافة إلى ذلك يعرف التطليق للضرر نص عليه في الفصل 31 كقاعدة عامة للزوجين لطلب الطلاق كلما تحقق الضرر، والضرر المعنوي يكون متحققا في حالة الغياب لمدة تفوق السنة غير أن المشرع التونسي لم يحدد المدة.

2- شروط طلب التطليق للفقدان

إثبات الفقدان و لا يكون إلا بحكم قضائي وفقا للمادة 113 من قانون الأسرة الجزائري[1]، بمعنى أن الحكم القضائي هو شرط جوهري لاعتبار الشخص مفقودا و هو الوسيلة الوحيدة لإضفاء صفة المفقود على الشخص طبقا لما نصت عليه المادة 109 من قانون الأسرة[2] و لاستصدار هذا الحكم أجاز المشرع للورثة و النيابة العامة و لكل ذي مصلحة أن يرفع دعوى قضائية يطالب من خلالها الحكم بفقدان الشخص.

أما زوجة المفقود تبقى العلاقة الزوجية بينها و بين زوجها قائمة إلا أن المشرع الجزائري أجاز لها حقين، أولهما الحق في النفقة حيث يجوز لها رفع دعوى قضائية تطالب حقها بالنفقة ويقضي لها القاضي بذلك بعد التحقق من وجود مال لدى زوجها المفقود، أما الحق الثاني هو حق طلب التطليق طبقا للمادة 112 من قانون الأسرة السالفة الذكر التي تحيلنا للفقرة الخامسة من المادة 53 من نفس القانون، و ذلك مراعاة لمصلحة الزوجة و هذا الحق مقيد بثلاثة شروط:

- أن تستمر مدّة غيبة الزوج سنة كاملة

---

[1] – نصت المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري على:" يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب و الحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري و في الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض فيها الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربعة سنوات ".

[2] – نصت المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري على:" المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه و لا يعرف حياته أو موته و لا يعتبر مفقودا إلا بحكم ".

- أن غيابه بدون سبب مقبول
- أن لا ينفق الزوج على زوجته لمدة سنة كاملة

القاضي عندما يتأكد من توفر من هذه الشروط يصدر حكم التطليق.

أما بخصوص القانون التونسي لم ينص على حق الزوجة في طلب التطليق للفقدان، وبالتالي فإن هذه الحالة تدخل ضمن التطليق للضرر مثل حالة الغياب، بحيث يمكن للزوجة المتضررة من فقدان زوجها بعد التأكد من حالة الفقدان وبعد التحري عنه أن تطلب التطليق من القاضي.

ب- إثبات قضايا التطليق للغياب و الفقدان

إن إثبات قضايا التطليق للغياب و الفقدان تحتاج التوقف عند بعض النقاط المهمة، لذلك سنتطرق لقضايا الغياب و بعدها قضايا الفقدان.

1- إثبات قضايا الغياب

إذا رفعت الزوجة دعوى الطلاق بسبب الغياب عليها إثبات حالة الغياب لمدة تفوق السنة، وانتفاء عذر الغياب و الاستمرار فيه، فإذا كان للزوج مكان معلوم أرسل إليه القاضي للعودة إلى زوجته خلال مدة يحددها له، و إلا سيطلق عليه زوجته إذا رغبت في الطلاق منعا للضرر الذي أصابها مع حفظ حقوقها المادية[1].

في حال ما رفعت الزوجة دعوى التطليق بسبب الغياب أمام القاضي و قدمت الحكم القاضي الصادر في حق الزوج و كل الإثباتات التي يوحي لغياب الزوج دون مبرر و لا نفقة مستعملة كافة وسائل الإثبات، على القاضي التحقق من كل الإدعاءات التي عرضتها أمامه الزوجة، مستعملا كل الصلاحيات التي منحها له القانون و في حال ما مكان الزوج معلوم يجب على

[1]- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة ، الكتاب الثاني : الطلاق و آثاره، المرجع السابق، ص 196.

القاضي إعذاره منحه مهلة للعودة و في حال الامتناع عن العودة و النفقة قام بتطليق الزوجة منه .

2- إثبات قضايا الفقدان

للزوجة أو من له مصلحة من الأقارب التصريح أولا بالفقدان لدى الجهات المختصة، وهي في الجزائر أقسام الشرطة أو الدرك الوطني،و بعد البحث و التحري و لم يعثروا على الزوج يحرر محضر بالفقدان، و بعد مرور سنة من الفقدان يحق للزوجة رفع دعوى الحكم بالفقدان، لأن الحكم القضائي الصادر بهذا الشأن هو دليل للإثبات.

الزوجة التي تطلب التطليق لحالة الفقدان لا يمكن للقاضي الاستجابة لطلبها بحسب القانون الجزائري إلا بعد الإثبات بواسطة الحكم القضائي القاضي بالفقدان وتقديم نسخة من الحكم في ملف، وفي جميع الأحوال يقع على عاتق الزوجة أو من له مصلحة من أقارب المفقود أن يقيم الدليل بكافة الطرق أمام القضاء في المقام الأول على إثبات حالة الفقدان، لأنه بغير ثبوت حالة الفقدان لا يمكن الاستجابة لطلب الزوجة في التطليق[1].

سادسا: مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه

لقد أجاز المشرع الجزائري في المادة 6/53 من قانون الأسرة، للزوجة أن تطلب التطليق بسبب مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة التي جاء فيها :" يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي و توفرت شروط و نية العدل.

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل على الزواج بها و أن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية .

[1]- المرجع نفسه، ص199.

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما و أثبت الزوج المبرر الشرعي و قدرته على توفير العدل و الشروط الضرورية للحياة الزوجية."

أجاز القانون للزوجة طلب التطليق في حال ما أخل الزوج بضوابط التعدد التي أقرها القانون بمعنى إذا أراد الزواج من امرأة أخرى لابد له من إثبات المبرر الشرعي و لم يحدد المشرع الجزائري نوع المبرر بل ذكره بشكل عام و عادة ما يتمحور المبرر الشرعي في حالة العقم المثبت علميا ، أو الأمراض المزمنة التي تؤثر على سير العلاقة الزوجية، و أيضا توفر شروط ونية العدل أي أن يثبت الزوج قدرته على توفير العدل من الناحية المادية، كقدرته على النفقة مرفق بإثبات كسند الملكية للمسكن ، و كذا أن يصرح بالنية في العدل المعنوي و لم يبين المشرع الجزائري كيفية التصريح .

في حالة التدليس من الزوج بأن أخفى على إحدى الزوجات حقيقة أمره، فيجوز للزوجة المتضررة رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطليق، و لم ينص المشرع على إمكانية مطالبتها بالتعويض للضرر الذي مسها.

بخصوص القانون التونسي فقد اعتبر التعدد في الزواج جريمة يعاقب عليه القانون ويستحق صاحبه الحبس.

أما موضوع الإثبات فعلى الزوجة المتضررة أن تثبت الضرر اللاحق بها بكل وسائل الإثبات ، أو عليها أن تثبت عدم علمها بالموضوع أو تثبت عدم وجود المبرر الشرعي للزواج بأخرى، أو تقدم الدليل على عدم قدرة الزوج الوفاء بالتزاماته المالية بالنفقة ، عن طريق إثبات الضرر المترتب عن عدم العدل المادي و المعنوي.[1].

قد أعطى المشرع الجزائري السلطة التقديرية للقاضي من أجل التحقق من ادعاءات

[1]– باديس ديابي، صور و آثار فك الرابط الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص51.

المتضررة طالبة التطليق، فإذا تأكدت للقاضي هذه الادعاءات حكم لها بالطلاق[1]، و التعويض عن الضرر اللاحق بها .

سابعا:إثبات ارتكاب فاحشة مبينة

لم يحدد لنا المشرع من خلال المادة 7/53 من قانون الأسرة المقصود بالفاحشة المبينة التي من خلالها يحق للزوجة طلب التطليق، و باعتبار أن قانون الأسرة مستمد من الشريعة الإسلامية، و في حال غياب نص الرجوع لمبادئ الشريعة الإسلامية و بالتالي نجد قول الله سبحانه و تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَىٰ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾[2]، و قوله أيضا: ﴿وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾[3].

نعتقد أنها تنصرف إلى الخيانة الزوجية، أو الجرائم الأخلاقية، ولم يتحدث النص عن النتائج المترتبة عن هذا الفعل وهل يتطلب الأمر صدور حكم بالإدانة أم يكفي اكتشاف المرأة ارتكاب الزوج للفاحشة؟. خصوصا أنه من الناحية القضائية فإن الزوجة مطالبة بالإثبات[4].

للزوجة حق طلب التطليق لهذا السبب، و لها أن تثبت الفاحشة أمام القضاء، وذلك عن طريق حكم قضائي نهائي بإدانة الزوج، أو الاستعانة بالشهود في حال ما تم مشاهدة الفاحشة ، أو بالإقرار من الزوج، و في حال ما اقتنع القاضي بالمعطيات التي عرضت عليه حكم بالتطليق للزوجة

---

[1]– خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائي، المرجع السابق، ص116 و 117.

[2]– سورة الإسراء، الآية 32.

[3]– سورة الطلاق، الآية 1.

[4]– الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة ، الكتاب الثاني: الطلاق و آثاره، المرجع السابق، ص197.

و كذا التعويض عن الضرر اللاحق بها.

أما بخصوص القانون التونسي فإنه لم ينص في مجلة الأحوال الشخصية على إمكانية التطليق حال ارتكاب الزوج فاحشة مبينة.

ثامنا: إثبات الشقاق المستمر بين الزوجين.

لقد أجازت المادة 8/53 الزوجة في طلب التطليق لسبب الشقاق المستمر بين الزوجين، لأن الأصل في الحياة الزوجية المعاشرة بالمعروف، و تكون مبنية على المودة و الرحمة و التفاهم بين الزوجين.

من خلال هذه الفقرة يمكن القول بأن المشرع الجزائري قد أقر بأحقية الزوجة في طلب التطليق للشقاق الواقع فعلا بينها وبين زوجها مشترطا استفحال الخصام وطول مدته، والغرض من ذلك هو لتأكد القاضي من استحالة مواصلة العشرة والحياة الزوجية على الصورة المعتادة، وذلك يقتضي تكرار الشكوى من جانب الزوجة سواء أمام القضاء أو بشهادة الشهود[1].

قد نصت المادة 56 من قانون الأسرة على أنه: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما.

يعين القاضي الحكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

يجري القاضي جلسات صلح بين الزوجين و يحاول الإصلاح بينهم و إن تعذر عليه الصلح

[1]– صارة بن شويخ، دور إرادة الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية –بين مدونة الأسرة المغربية و قانون الأسرة الجزائري–،رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص،كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ،وجدة،المغرب،السنة الجامعية 2008–2009،ص86.

يقوم بتعيين وجوبا حكمين من أهل الزوجين بهدف التوفيق والإصلاح بينهما ويقدمان تقريرهما، فإذا لم يتوصل الحكمان في الإصلاح بينهما بعد أن يقدما تقريرهما وتبين ألا فائدة ترجى من هذا الصلح قضى القاضي بالطلاق بينهما[1].

بخصوص الإثبات في موضوع الشقاق، فلكل واحد من الزوجين أن يثبت بكافة طرق الإثبات ما يدعيه اتجاه الطرف الآخر، وما دمنا في مسألة التطليق الذي تطلبه الزوجة بسبب الشقاق المستمر بينها وبين زوجها فعليها إقامة الدليل بتكرر الشكوى القضائية أكثر من مرة ضد الزوج، أو تثبت بواسطة شهادة الشهود من الأقارب أو الجيران أن الخلاف بينهما مستفحل ومستمر، كما يمكن ثبوت الشقاق المستمر بالإقرار من الزوج .

على المستوى التطبيقي نجد بعض قرارات المحكمة العليا في الجزائر في موضوع التطليق للشقاق ومن هذه القرارات ما يلي:

من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا[2].

في قرار آخر قضى بأن النزاع بين الطرفين طال أمده وبقي كل منهما مصرا على موقفه،فإن قضاة الموضوع بقضائهم بالتفريق بين الزوجين كان قرارهم سليما [3]..

في قرار آخر جاء فيه "أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا[4].

---

[1]- باديس ديابي، المرجع السابق، ص55.

[2]- قرار المحكمة العليا بتاريخ 1999/6/15.

[3]- قرار المحكمة العليا بتاريخ 1987/01/12

[4]- قرار المحكمة العليا بتاريخ 1987/02/23

تاسعا: إثبات مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

أجازت المادة 9/53 من قانون الأسرة للزوجة طلب التطليق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، في حال ما إذا أقرنت الزوجة مجموعة من الشروط بعقد الزواج و وافق الزوج عليها فما عليه إلا تنفيذها بعد الدخول، و في حال ما استنكرها و تحايل عليها جاز للزوجة المطالبة بتنفيذ الشروط المتفق عليها و إلى اللجوء إلى القضاء و طلب التطليق، و التعويض لما لحقها من ضرر و للقاضي السلطة التقديرية في ذلك.

يقع على عاتق الزوجة عبء إثبات الشروط المتفق عليها في العقد، فإن كانت هذه الشروط مدونة في بنود عقد الزواج من طرف جهة مختصة حسب التشريعات فإن مشكل الإثبات يكون سهلا بالنسبة للزوجة فعليها تقديم نسخة من عقد الزواج المدون فيه هذه الشروط أو كانت هذه الشروط في اتفاق لاحق على عقد الزواج وتمت كتابته كتابة رسمية أو عرفية، فعليها تقديم ما تحت يدها من أوراق[1].

حال عدم كتابة الشروط في عقد الزواج و لا في عقد رسمي لاحق ، فيتعين عليها الإثبات بالشهادة، أو إقرار من زوج على وجود الشروط، وقد يستخلص القاضي وجود هذه الشروط بواسطة القرائن من وقائع الدعوى ومن مذكرات الدفوع أو من مناقشته للوقائع مع أطراف النزاع[2].

عاشرا: كل ضرر معتبر شرعا

لقد أجازت المادة 10/53 من قانون الأسرة للزوجة طلب التطليق بسبب كل الضرر معتبر شرعا باعتبار أن الشريعة الإسلامية أمرت بحسن المعاشرة بين الزوجين و على التفاهم لاستمرار

[1]– الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة ،الكتاب الثاني:الطلاق و آثاره، المرجع السابق، ص198.

[2]– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص125 و 126.

الحياة الزوجية، لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾[1].

للزوجة طلب التطليق للضرر و يعد كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية[2].

غير أن المشرع الجزائري لم يبين المقصود بالضرر المعتبر و ترك المجال واسع لأنه يصعب حصر كل أنواع الضرر، فترك المجال مفتوح أحسن.

أما بخصوص القانون التونسي في الفقرة الثانية من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه يحكم بالطلاق بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر، واعتبره حق لكلا الزوجين في حال ثبوت الضرر من أحدهما وجب رفع دعوى الطلاق من الرف المتضرر سواء كان الزوج أو الزوجة.

أما موضوع الإثبات في مسالة التطليق للضرر فإن واقعة الضرر يمكن إثباتها بكافة وسائل الإثبات و لا يشترط تكرار الضرر[3]، ففي حال ما قام الزوج بتعنيفها جسديا يمكن تقديم شهادة طبية صادرة من الطبيب الشرعي مثلا، أو بواسطة شهادة الشهود.

وما يلاحظ اشتراط ثبوت الضرر كي تستجيب المحكمة لطلب الزوجة في التطليق، لأن ثبوت الضرر يؤكد ادعائها، ومع فشل مساعي الصلح يكون قرار القاضي في النهاية هو الحكم

---

[1]- سورة البقرة، الآية 231.

[2]- إدريس الفاخوري، انحلال الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص157.

[3]- إدريس الفاخوري، انحلال الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 158.

بالطلاق رفعا للضرر الذي أصاب الزوجة[1]، و لها الحق في طلب التعويض و للقاضي السلطة التقديرية في ذلك.

أحدى عشر: إثبات أوجه أخرى للتطليق

لقد أورد قانون الأسرة الجزائري أوجه أخرى للتطليق لم يتم ذكرها ضمن المادة 53 من نفس القانون التي أخصها المشرع للأسباب التي تمكن الزوجة من طلب التطليق، و التي سنتطرق إليها وفق التقسيم التالي:

1- إثبات التطليق لنشوز الزوج

النشوز هو عدم امتثال أحد الزوجين لأحكام عقد الزواج و رفض تنفيذ أحكام القضاء الملزِمة بذلك[2].

بالرجوع لقانون الأسرة فإنه لم يعرف النشوز، بل اكتفى بالنص عليه و اعتبار سبب من أسباب فك الرابطة الزوجية، فقد نصت المادة 55 من قانون الأسرة على أنه "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر".

كذلك المادة 1/56 من نفس القانون نصت على: " إذا اشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما".

الملاحظ أن المشرع الجزائري اكتفى بالمادتين 55 و 1/56 من قانون الأسرة للتطرق لموضوع النشوز و دراسته لهذا الموضوع كانت بصفة عامة دون تعريف للموضوع و لا التفصيل فيه و بيان إجراءاته و ضوابطه، فهل هو تغافل من المشرع الجزائري ؟

---

[1]- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة ، الكتاب الثاني: الطلاق و آثاره، المرجع السابق، ص199.

[2]- فضيل سعد، المرجع السابق، ص140.

إلا أن المشرع بإدراجه للمادة 222 من قانون الأسرة التي تشير في حال غياب النص الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية، لتدارك قل فراغ تشريعي في أي موضوع، لكن المشكل المثار أن الآراء الفقهية تختلف من مذهب لآخر مما يشكل مرة أخرى صعوبة في تحديد و اختيار الرأي الواجب اتباعه.

إلا أن السائد في بلاد المغرب العربي اعتماد الفقه المالكي و آرائه في معظم الأحيان، لكن هذا لا يكفي مما يتوجب على المشرع تحديد المذهب الفقهي المتبع في تفسير أحكام الشريعة الإسلامية.

قد ورد النشوز في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾[1].

من خلال تفسير هذه الآية يتضح لنا أنه في حال خافت المرأة من زوجها التَرَفُّعَ عنها وعدم رغبته فيها فلا إثم عليهما أن يتصالحا خير لهما من الطلاق، و قد جبلت النفوس على الحرص و البخل فلا ترغب في التنازل عما لها من حق فينبغي للزوجين علاج هذا الخلق بتربية النفس على التسامح و الإحسان[2] .

قوله أيضا سبحانه و تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ

---

[1]– سورة النساء، الآية 128.

[2]– المختصر في التفسير ، إشراف مركز تفسير للدراسات القرآنية،الإصدار 13، ط3، 1436هـ– 2015م، الرياض، المملكة العربية السعودية، ص99.

﴿ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ﴾ [1].

من خلال تفسير هذه الآية يتضح لنا أن المرأة الناشز هي:" المرتفعة عن زوجها، التاركة لأمره المعرضة عنه، المبغضة له"[2].

في حين فقهاء الشريعة الإسلامية لم يختلفوا في تعريف النشوز بمعناه العام، فقد عرفه الحنفية على أنه " كراهية كل منهما لصاحبه" [3].

قد عرفه المالكية على أنه:" خروج الزوجة عن الطاعة الواجبة و منع لزوج التمتع بها، و أن يتعدى الزوج على زوجته و يضارها بالهجر و الضرب لغير موجب شرعي و الأذى و الشتم و غيره"[4].

عرفه الشافعية بأنه: " مخالفة كل منهما صاحبه"[5].

عرفه الحنابلة بقولهم: "هو كراهية كل واحد من الزوجين صاحبه و سوء عشرته"[6].

عند التدقيق في التعاريف السابقة نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية أجمعوا على أن النشوز

---

[1]– سورة النساء، الآية 34.

[2]– تفسير ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، ج2، ط2، 1420هـ– 1999م، دار طيبة للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ص294

[3]– زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المجلد الرابع، د ط، دت، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان ص16 .أشار إليه صالح بن غانم السدلان، النشوز ضوابطه حالاته أسبابه طرق الوقاية منه و وسائل علاجه في ضوء القرآن الكريم و السنة، ط4، 1417هـ– 1999م، دار بلنسية للنشر و التوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ص 26.

[4]– صالح عبد السميع الأبي الأزهري: جوهر الإكليل شرح مختصر خليل، د ط، دت، مطابع دار الفكر، لبنان، ص 318.

[5]– ابن بطال الشافعي، النظم المستعذب شرح المهذب، ج2، د ط،دت، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ص 12.

[6]– أبو إسحاق برهان الدين ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، د ط، المكتب الإسلامي، دمشق، لبنان، د س ن، ج7،ص121 ،أشار إلي صالح بن غانم السدلان، المرجع السابق، ص 26.

هو كراهية و بغض كل من الزوجين للآخر مما ينجم عنه سوء العشرة الزوجية بالتخلي عن الحقوق و الواجبات الزوجية الخاصة بكل منهما اتجاه الآخر، فتستحيل مواصلة الحياة الزوجية.

فمن الناحية القانونية إذا ادعت الزوجة نشوز زوجها وأثبتت حالة النشوز كان لها الحق في طلب الطلاق، كما يكون للزوج أن يطلب الطلاق في حالة نشوز زوجته أي خروجها عن الطاعة بلا مبرر شرعي و قانوني.

أما من الناحية القضائية فإن الأحكام القضائية لا تعتبر الزوج أو الزوجة في حالة نشوز إلا إذا كان أحد الزوجين خارج البيت، ويطلب منها أو منه الرجوع إلى بيت الزوجية أو بيت الطاعة كما يقال والقيام بالواجبات الزوجية خصوصا في جانبها المعنوي، أي العودة إلى المعاشرة الزوجية، ففي حال الامتناع سواء من الزوج أو الزوجة الزوج يؤدي ذلك إلى صدور حكم بالنشوز أولا وانطلاقا من هذه اللحظة يثبت النشوز ويقضي القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر منه[1].

لعل السبب الذي جعل القضاة لا يعتبرون النشوز – خصوصا إذا كان من الزوجة– إلا ما كان خارج البيت هو لمقتضيات الإثبات[2]، فعندما يطلب القاضي من الزوج أو الزوجة العودة إلى بيت الزوجية والقيام بالواجبات الشرعية ولا يستجيب المعني لهذا الأمر، فإن القاضي يأخذ هذا الامتناع ضده ويعتبره ناشزا، ومن ثم يحمله المسؤولية ويقضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر بعد الطلاق.

على المستوى التطبيقي نجد قرار المحكمة العليا جاء فيه:" لا نشوز إلا بعد تنفيذ الحكم القضائي بالرجوع و إعطاء مهلة للمحكوم عليها للانصياع له اختياريا، مع مراعاة الإجراءات

[1]– الرشيد بن شويخ، الإثبات في النطاق المدني و قضايا الأسرة، المرجع السابق، ص435.

[2]– الرشيد بن شويخ، قانون الأسرة المقارن،الكتاب الثاني : الطلاق و آثاره، المرجع السابق السابق،ص180.

المعمول بها قضاء"[1].

قرار آخر جاء فيه[2]:" متى كان من المقرر شرعا أن سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت أنها بُلغت بالحكم النهائي القاضي برجوعها لمحل الزوجية و بعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم مما يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها و من ثمَّ فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق الشريعة الإسلامية في غير محله و يتوجب الرفض، و لما كان من الثابت في قضية الحال، أن الزوجة طالبت الحكم لها بالرجوع إلى محل مستقل عن أهل زوجها تفاديا لكل ما عساهُ أن يلحقها من ضرر، و حُكم لها بمطالِبها من قضاة الموضوع، فإنه لا مبرر لاعتبار الزوجة في حالة نشوز و لا تستحق لنفقة لها ما دام لم يثبت نشوزها".

كما اعتبرت في قرار آخر جاء فيه[3]: " لا تتوفر حالة نشوز الزوجة عند إقامتها ببيت أهلها و عدم توفير الزوج السكن"، و في قضية الحال فإن الزوج هو الذي كان يقيم مع زوجته عند أهلها و لم يوفر سكنا زوجيا مستقا.

كما أصدرت المحكمة العليا قرارا آخر في الموضوع جاء فيه:" اشتراط الزوجة الأولى توفير مسكن لها لا للرجوع لا يشكل حالة نشوز"[4].

بخصوص القانون التونسي فإنه لم يتطرق لموضوع الطلاق للنشوز من خلال إدراج

---

[1]– قرار المحكمة العليا عن غرفة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ2009/01/14،فصلا في الطعن رقم 476387، منشور بالمجلة القضائية العدد 1/2008،ص261.

[2]– قرار المحكمة العليا عن غرفة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 1984/07/09،فصلا في الطعن رقم33762، منشور بالمجلة القضائية، العدد 04/1989،ص119.

[3]– قرار صادر عن المحكمة العليا عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ1008/10/15، فصلا في الطعن رقم 448305ن منشور بالمجلة القضائية ، العدد2/2010، ص251.1

[4]– قرار صادر عن المحكمة العليا عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ2006/07/12، فصلا في الطعن رقم 364855، منشور بالمجلة القضائية العدد 2/2006،ص469.

نصوص قانونية تنظمه، وإنما كيّفَ الموضوع ضمن الطلاق للضرر.

إلا أن محكمة التعقيب التونسية نصت على النشوز في أحد قراراتها حيث جاء فيه :" تبين من أسانيد الحكم أنه استجاب لدعوى الطلاق للضرر التي رفعها الزوج بناء على امتناع الزوجة من الاستقرار بمحل الزوجية بدون مبرر وإنها وإن عبرت عن استعدادها للاستقرار به، وبالتالي العودة إلى التراب التونسي فإنها لم تفعل ذلك وهو من شأنه أن يشكل نشوزا مستوجبا للطلاق المؤسس عليه الدعوى وبما تكون معه مستندات الطعن في غير طريقها[1].

أما مسألة الإثبات فإنها تخضع للقواعد العامة في الموضوع، فكل من يدعي النشوز في حق الطرف الآخر عليه أن يثبت بكافة طرق الإثبات حالة النشوز[2]، فعلى الزوج أن يثبت بالدليل القطعي و له استعمال كافة وسائل الإثبات التي تبين أن الزوجة قد هجرته دون مبرر و تخلت عن القيام بواجباتها الشرعية و القانونية الخاصة و العامة، لفترة زمنية معتبرة ، كما للزوجة أيضا أنتثبت نشوز زوجها بنفس الطريقة و تثبت عدم الإنفاق عليها و أو عدم توفير مسكن تمارس فيه الحياة الزوجية في حال ما ادعى الزوج أنه دعى الزوج لمواصلة الحياة الزوجية إلا أنه لم يوفر المسكن اللائق لذاك.

للقاضي السلطة التقديرية في دراسة الأدلة المعروضة أمامه و استخلاص القرائن على حالة النشوز من الملف المقدم له و المعطيات التي توصل إليها من خلال سماع أطراف الخصومة و الشهود فيكون قناعته في الموضوع و يصدر الحكم بفك الرابطة الزوجية .

أما بالنسبة لتقدير مبلغ التعويض فهو يخضع أيضا للسلطة التقديرية للقاضي، الذي يشير

---

[1]– قرار تعقيبي مدني، عدد 6450، مؤرخ في 2006/1/12.

[2]– الرشيد بن شويخ، الإثبات في النطاق المدني و قضايا الأسرة ، المرجع السابق، ص 436.

إليه في نفس الحكم باعتبار أن المشرع لم يحدد معيار تقدير التعويض، لأنه ما يمكن أن نعتبره ضررا بالنسبة لزوج معين لا يمكن اعتباره ضررا لزوج أخر، وهذا ما قررته المحكمة العليا في أحد قراراتها: " من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص و تقدير قضاة الموضوع"[1].

2- إثبات التطليق للردة و اختلاف الديانة

الردة في معجم الغة تعني الراء و الدال واحد و هو رَجْعُ الشيء، نقول: رَدَدْتُ الشَّيْءَ أَرُدُهُ رَدًا، و سُمِيَ المرتد لأنهُ رَدَّ نفسه إلى كفره[2].

أما الردة في القرآن الكريم ذكرت صراحة في عدة آيات على أنها الرجوع عن الإسلام أو ما يوحي إلى ذلك في معناه، و نجد ذلك في قوله تعالى: ﴿وَلَا يَزَالُونَ يُقَٰتِلُونَكُمْ حَتَّىٰ يَرُدُّوكُمْ عَن دِينِكُمْ إِنِ ٱسْتَطَٰعُوا۟ ۚ وَمَن يَرْتَدِدْ مِنكُمْ عَن دِينِهِۦ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُو۟لَٰٓئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَٰلُهُمْ فِى ٱلدُّنْيَا وَٱلْءَاخِرَةِ ۖ وَأُو۟لَٰٓئِكَ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ ۖ هُمْ فِيهَا خَٰلِدُونَ﴾[3].

و قال الله عز و جل أيضا: ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ بَعْدَ إِيمَٰنِهِمْ ثُمَّ ٱزْدَادُوا۟ كُفْرًا لَّن تُقْبَلَ تَوْبَتُهُمْ ۖ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلضَّآلُّونَ﴾[4].

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد اتفقوا على مفهوم الردة على أنها " هي قطع الإسلام بنية كفر أو قول أو فعل كفر سواء قاله استهزاء أو عناداً أو اعتقاداً"[5].

اتفق الفقهاء على أن المسلم إذا ارتد بانت منه امرأته، دخل بها أو لم يدخل بها، و

---

[1]- المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية، 2999/03/26 ،مل، رقم 126861 ،م ق عدد خاص، ص116.

[2]- بن فارس، معجم مقاييس اللغة، دط، دار الفكر، مصر، 1979،ص386.

[3]- سورة البقرة، الآية 217.

[4]- سورة آل عمران، الآية 90.

[5]- نعمان عبد الرزاق السّامرّائي، أحكام المرتد في الشريعة الإسلامية _دراسة مقارنة_،ط2، 1403هـ-1983م، دار العلوم للطباعة و النشر ،الرياض المملكة العربية السعودية، ص37.

الشافعية و المالكية اشترطوا انتهاء العدة لحصول الفرقة، و هي عنهم فسخ للنكاح و ليست بطلاق[1].

الملاحظ في تشريعاتنا الوضعية ليس هناك تعريف للردة، و الأغرب من هذا أن المشرع الجزائري لم يضف التفريق للردة ضمن أسباب انحلال الرابطة الزوجية و لم يحدد نوع الفرقة الحاصلة بسبب الردة ، إلا أنه اعتبر الردة من موانع الإرث في المادة 138 من قانون الأسرة الجزائري.

غير أنه بالرجوع لنص المادة 222 من قانون الأسرة التي من خلالها يمكن للقاضي الاستناد بأحكام الشريعة الإسلامية، و كما ذكرنا سابقا فأغلب الفقهاء اعتبروا الردة توجب الفرقة و اعتبروا الفرقة فسخا للنكاح.

فإذا تحول أحد الزوجين من الإسلام إلى الشرك وجب التفريق بينهما في الحال، و يتعين على القاضي أن يقضي به من تلقاء نفسهن لأنه لا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم و زواج المسلم بغير كتابية[2].

على اعتبار أن ردّة الزوج تشكل ضرراً للزوجة فقد كرس لها المشرع الحماية القانونية من خلال جواز طلب التطليق طبقا للمادة 10/53 التي نصت على:" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية... لكل ضرر معتبر شرعا".

هذا حاولت التطبيقات القضائية الصادرة من المحكمة العليا تكريسه في الواقع العملي فقد صدر قرار بتاريخ 2012/04/12 جاء فيه:" يحق للزوجة المسلمة طلب التطليق، في حالة ارتداد الزوج عن دين الإسلام، يحكم القاضي فوراً بالفرقة بين الطرفين، مراعاة للنظام العام"[3].

---

[1]– المرجع نفسه ، ص217 و ص220.

[2]– الرشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة المعدل، المرجع السابق، ص218

[3]– قرار صار عن المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية، رقم 699785 مؤرخ في 2012/04/12،صادر بمجلة المحكمة العليا ،العدد 2/2012،ص274.

إذا تحول دين المسلم إلى ديانة سماوية أخرى وجب التفريق بينهما في الحال لأنه لا ولاية لغير مسلم على المسلم، كذلك فإن نص المادة 5/30 من قانون الأسرة يقضي بأنه لا يجوز زوج المسلمة من غير مسلم، و إذا تحولت الزوجة من الإسلام إلى ديانة أخرى، فلا يفرق القاضي بينهما لأنه يجوز زواج المسلم بالكتابية إلا إذا تمسك الزوج بالطلاق فيتعين على القاضي الاستجابة له كون الزوج لا يرضى أن تبدل زوجته دينها[1].

في حال ما إذا المسيحي أو النصراني أو أي ديانة أخرى، إذا ترك دينه و دخل في دين الإسلام بشكل علني و واضح يزيل التحريم المؤقت[2]، و شرع في ممارسة الشعائر الدينية أصبح غير محرم على الجزائرية المسلمة و يجوز لها أن تتزوج معه.

أما مسألة الإثبات في الموضوع، فيمكن لأحد الأزواج المرتد عن دينه أن يقر بذلك أمام القاضي و الإقرار سيد الأدلة و حجة قاطعة في الإثبات، أو بواسطة الشهود في حال ما تمت رؤية أحد الأزواج و هو يمارس طقوسه الدينية، و تبقى كل طرق الإثبات متاحة للأطراف لإثبات الموضوع أمام القاضي.

أما مسألة اختلاف الدين التي قد تحصل من جراء اعتناق أحد الزوجين الدين الإسلامي فإثباتها ذو طبيعة خاصة و له طريقتين، الطرقة الأولى في حال ما أعتنق الإسلام أحد الزوجين داخل المسجد في حضرة الإمام و جماعة من المسلمين يكون الإثبات عن طريق شهادة الشهود، يمكن أين يكون الإمام أو أحد الحضور شاهدا على هذه الواقعة.

أما الطريقة الثانية فيمكن إثباتها عن طريق وثائق خاصة تقدم من قبل وزارة الشؤون الدينية

---

[1]– الرشيد بن شويخ، قواعد الإثبات في النطاق المدني و قضايا الأسرة ، المرجع السابق، ص442 و ص443.

[2]– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص56.

باعتناق أحد الزوجين الدين الإسلامي[1]، وتبقى الوثيقة صحيحة مادام لم يطعن فيها بالتزوير، و يثبت بالتلفظ بالشهادتين أمام الجهات المؤهلة لذلك.

عليه يمكن للقاضي حال علمه بالأمر أن يفسخ عقد الزواج إذا ارتد الزوج أو غير دينه، أو يستجيب لطلب الزوجة بالتطليق للضرر الذي نتج عن ردّة الزوج أو تغييره لعقيدته، بعد التحقق من السندات التي عرضت أمامه و التأكد من صحتها، فيصدر حكمه بالتطليق

طبقا للقرار السابق دراسته الذي جاء فيه يحق للزوجة المسلمة طلب التطليق في حال ارتداد الزوج عن دين الإسلام، يحكم القاضي فورا بالفرقة بين الطرفين مراعاة للنظام العام[2].

الفرع الثاني: إثبات الطلاق بواسطة الخلع

الأصل أن الزوج هو من يملك الطلاق إلا أن الزوجة و لأسباب نفسية تقع في كراهية الزوج و تود الخلاص من معاشرته و لكن الزوج قد يمتنع عن طلاقها[3]، لذلك وضعت الشريعة الإسلامية طريقا للخلاص من الرابطة الزوجية دفعا للضرر و الحرج عن طريق ما يسمى بالخلع و ذلك بأن تقدم لزوجها عوضا ماديا تفدي به نفسها مقابل حريتها.

للحديث عن الخلع يتوجب علينا تعريفه و بيان سنده الشرعي(أولا)، ثم التكلم عن بدل الخلع و إشكالاته(ثانيا)، ثم التطرق لقضايا الإثبات فيه(ثالثا).

---

[1]– الرشيد بن شويخ، قواعد الإثبات في النطاق المدني و قضايا الأسرة ، المرجع السابق، ص449.

[2]– قرار صار عن المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية، رقم 699785 مؤرخ في 2012/04/12،صادر بمجلة المحكمة العليا ،العدد 2/2012،ص274.سبق التطرق إليه.

[3]– إدريس الفاخوري ، انحلال الرابطة الزوجية ، المرجع السابق، ص 121.

أولا : تعريف الخلع و بيان سنده الشرعي

سنتطرق من خلال دراستنا لتعريف الخلع ثم بيان سنده الشرعي

أ- تعريف الخلع

لتعريف الخلع يتوجب علينا الوقوف على التعريف اللغوي و الفقهي و القانوني له.

1- التعريف اللغوي للخلع

الخلع في اللغة هو النزع و التجريد و الإزالة[1]، فالخَلْعُ (بفتح الخاء) مصدره قياسي، يستعمل في الأمور الحسية فيقال خَلَعَ ثوبه أي أزاله عن بدنه، و في الأمور المعنوية يقال خَلَعَ الرجل امرأته خلعاً أي أزال زوجيتها و خلعت المرأة في زوجها مخالعة إذا افتدت به[2].

2- التعريف الفقهي للخلع

الخلع فقها له عدة تعاريف في اصطلاح كل مذهب و هذا ما سنتطرق إليه وفقا للمذاهب الأربعة على النحو التالي: [3]

- عرف الحنفية الخلع بأنه إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه.
- عرفه المالكية على أنه الطلاق بعوض، سواء أكان من الزوجة أو من غيرها من ولي أو غيره، أو هو بلفظ الخلع ، و هو يدل على أن الخلع نوعان الأول و هو الغالب ما كلن في نظير عوض و الثاني ما وقع بلفظ الخلع، و لو لم يكن في نظير شيء، كأن يقول

---

[1]- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح،طبعة مدققة، 1986، مكتب لبنان، بيروت، لبنان، ص78.

[2]- محمد مصطفى شلبي،أحكام الأسرة في الإسلام ،دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون،دط، دت، الدار الجامعية للطباعة و النشر، د م ن، ص552.

[3]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج7، المرجع السابق، ص480 و 481.

لها: خالعتك أو أنت مخالعة، فالخلع عند المالكية يشمل الفرقة بعوض أو بدون عوض.

- عرفه الشافعية بأنه فُرقة بين الزوجين بعوض بلفظ طلاق أو خلع، كقول الرجل للمرأة طلقتك أو خالعتك على كذا، فتقبل.
- عرفه الحنابلة على أنه فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه منها أو من غيرها، بألفاظ مخصوصة، و فائدته تخليصها من الزوج على وجه لا رجعة له عليها إلا برضاها.

3- التعريف القانوني للخلع

لقد نص المشرع الجزائري في الماد 54 من قانون الأسرة على الخلع دون تفصيل في الموضوع و تعتبر هذه المادة الواحدة و الوحيدة التي تتكلم على هذا الموضوع، حيث جاء فيها: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

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

الملاحظ من خلال تحليل هذا النص أن المشرع في الفقرة الأولى قد أعطى الحق للزوجة في فك الرابطة الزوجية بواسطة الخلع دون أن تحتاج لموافقة مسبقة من الزوج،فموافقته لا يعتد بها في الخلع شرط أن تدفع له مقابل مالي .

أما الفقرة الثانية من المادة فقد حاول المشرع من خلالها حل إشكالية النزاعات التي تثور حول بدل الخلع، ففي حال ما لم يتفق الزوجان على المبلغ المالي الذي من خلاله يمكن للزوجة أن تخالع نفسها، فالقاضي من أجل فك الخصام بين الزوجين و محاولة منه في حماية حق الزوجة من طمع الزوج و كذا حماية الزوج من تعسف الزوجة في استعمال حقها في فك الرابطة الزوجية، له أن يحكم بينهم بتقدير مبلغ الخلع بما يساوي قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

قد أكدت التطبيقات القضائية حق الزوجة في الخلع في قرار صادر عن المحكمة العليا

وقد جاء فيه:"الخلع حق إرادي للزوجة يقابل حق العصمة للزوج"[1].

ب-السند الشرعي للخلع

الخلع مشروع من القرآن الكريم و من السنة النبوية الشريفة[2].

1- **من القرآن الكريم:** قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـٔٗا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾[3].

ورد في هذه الآية أن الأصل ألا يأخذ الزوج مما دفع إلى زوجته من المهر شيئا، إلا أن تكون الزوجة كارهة لزوجها بسبب خُلقه أو خَلقه و يظن الزوجان بسبب هذا الكره عدم وفائهما بما عليهما من الحقوق، فيعرضا أمرهما على من له بهما صلة قرابة أو غيرها، فإن خاف الأولياء عدم قيامهما بالحقوق الزوجية بينهما فلا حرج عليهما أن تخلع المرأة نفسها بمال تدفعه لزوجها مقابل طلاقها ، تلك الأحكام هي الفاصلة بين الحلال و الحرام، فلا يمكن تجاوزها و من يتجاوزها له غضب الله و عقابه[4].

2- **من السنة النبوية الشريفة** : وردت أحاديث كثيرة منها:

عن ابن عباس _رضي الله عنه_ قال: " جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم، فقالت: يا رسول الله إنّي ما أعتب عليه في خلق و لا دين و لكن أكره الكفر في الإسلام، فقال لها رسول الله صلى الله عليه و سلم: أتردين عليه حديقته، قالت: نعم، فقال

---

[1]- قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2011/09/15، فصلا في الطعن رقم 656259،منشور بالمجلة القضائية ، العدد 01/2012، ص318.

[2]- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص333.

[3]- سورة البقرة ، الآية 229.

[4]- المختصر في التفسير، المرجع السابق، ص 46.

رسول الله صلى الله عليه و سلم: إقبل الحديقة و طلّقها تطليقة"[1].

جاء في رواية أخرى، قال النبي صلى الله عليه و سلم لامرأة ثابت بن قيس: أتردين عليه حديقته التي أعطاك، قالت نعم و زيادة، فقال النبي صلى الله عليه و سلم: أما الزيادة فلا و لكن حديقته، فقالت: نعم، فأخذ ماله و خلّى سبيلها، و لمّا بلغ ذلك ثابت بن قيس قال: قد قبلت قضاء رسول الله صلى الله عليه و سلم"[2].

على الرغم من اختلاف الروايات لهذه القصة، إلا أن رسول الله صلى الله عليه أوجب التفريق في حال أبدت الزوجة كراهيتها لزوجها، بما أعطاها من مهر فإن أبى الزوج طلق عليه القاضي، و هذا أول خلع حسبما جاء في الأثر[3].

ثانيا: بدل الخلع و إشكالاته

الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يبين المقصود ببدل الخلع المنصوص عليه في المادة 54 من قانون الأسرة التي جاءت عامة و غير كافية لموضوع حساس، يحتاج لتفصيل و تدقيق، مما يستدعي تخصيص أكثر من مادة في الموضوع.

القاعدة أن كل ما لم يرد النص عليه في قانون الأسرة يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، و طبقا للمبادئ العامة للفقه الإسلامي فالبدل عند جمهور الفقهاء كل ما يصح تملكه، سواء أكان مالا عينا أو دينا أو منفعة، تحرزا من الخمر و الخنزير و ما أشبه ذلك، فإن خالعها

---

[1]– أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح،ج3، كتاب الطلاق،دط، 1400هـ، المكتبة السلفية،القاهرة ، مصر، حديث رقم 5273، ص406.

[2]– أبو بكر أحمد بن الحسين البهيقي، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، ج7، ط3، 2003، دار الكتب العلمية، بيروت،لبنان، حديث رقم 14849، ص514

[3]– خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص169.

بمحرم كالخمر أو مغصوب أو مسروق فلا شيء له عليها و بانت منه[1].

عليه يقصد ببدل الخلع هو المقابل المادي المشروع الذي تقدمه الزوجة للزوج في مقابل أن يطلقها، و بالتالي تخرج من عصمته و تفك على إثره العلاقة الزوجية التي كانت بينهما، و يستطيع الزوجان أن يتفقا على بدل الخلع، و في حال عدم الاتفاق يفصل القاضي بينهم و يقدر البدل بصداق المثل وقت صدور الحكم.

التسليم بهذا قد يضر بالزوج ، فمن جهة نجد الزوجة هي التي طلبت الخلع، ومن جهة لا تدفع إلا قيمة صداق المثل، فمادا لو تبين بأن الصداق الذي دفعه الزوج يفوق صداق المثل بأضعاف كثيرة وهنا يتضرر الزوج لمجرد أنهما لم يتفقا على المبلغ و ربما لم يبالغ الزوج فيه وإنما طالب برد ما دفعه كما قد يؤدي بالزوجة إلى أن تتعمد عدم الموافقة، لأنها ترى بأن دفع قيمة صداق المثل بحكم القاضي خير لها من أن ترد الصداق إذا كانت قيمته تتجاوز بكثير صداق المثل[2].

فبمجرد نشوب النزاع حول بدل الخلع يفصل القاضي فيه، سوى بتطبيق النص القانوني، وهو أن يفرض عليه دفع صداق المثل وقت صدور الحكم.

كما أن المشرع الجزائري لم يتعرض للأمور التي لا ينبغي أن تكون بدلا في الخلع كعدم جواز التنازل عن حضانة الأولاد أو نفقتهم[3]، لأن الواقع يشهد عدة مشاكل بين الزوجين من هذا النوع خاصة عندما تكون الزوجة لا تملك المال بحيث يتعذر عليها دفع بدل الخلع فيتفاوض الزوج معها

---

[1]– محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص494.

[2]– الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة المعدل، المرجع السابق، ص211.

[3]–دليلة آيت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة –دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية–رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2013–2014، ص353.

على تنازله لبدل الخلع مقابل تنازلها عن حضانة الأولاد مثلا.

أما بخصوص القانون التونسي فلا يوجد نصوص تنظم موضوع الخلع، فالطلاق عن طريق الخلع هو قسم من الطلاق بالتراضي طبقا للفصل 2/31 من مجلة الأحوال الشخصية، غير أن الزوجة هي طالبة الطلاق شريطة الاتفاق على مقابل للخلع، و أقر التعويض للزوج من ضرر المادي أو المعنوي من جراء الطلاق.

ثالثا:كيفية الإثبات في قضايا الخلع

بعد تعديل المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري سنة 2005، فالزوجة أصبحت تتمتع بممارسة حق فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع دون أن تحتاج لموافقة الزوج.

إن دور القاضي في دعوى الخلع أصبح يقتصر على التأكد من أن العريضة الافتتاحية للدعوى مستوفية للشروط الشكلية الموجبة لقبولها، و ن صحة تبليغها للزوج المدعى عليه و للنيابة العامة و من قيام عقد الزواج الرسمي بين الطرفين و من قيام الشرط المتعلق بأن يكون الزوج أهلا لوقوع الطلاق و أن تكون الزوجة محلا لهذا الطلاق[1].

حيث يتعين على القاضي تكييف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع طبقا لأحكام المادة 54 من قانون الأسرة، فدور القاضي يكون إيجابي في دراسة و معاينة الطلب المقدم له من قبل الزوجة، ففي الخلع العلاقة الزوجية تبقى قائمة إلى غاية صدور الحكم بالطلاق، و هذا ما أكدته المادة 4/451 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

أما بخصوص إجراء الصلح في دعوى الخلع، تطبق نفس أحكام الصلح التي سبق التعرض

[1]– حسين بلحيرش، المرجع السابق، ص 152.

إليها وطبقا لأحكام المادة 49 من قانون الأسرة لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي، بغية الحفاظ على العلاقة الزوجية من التفكك.

إذا توصل القاضي مع الزوجين إلى الصلح فإنه يثبت ذلك في محضر و هذا الأخير يعد سندا تنفيذيا، غير أنه قد لا تكلل محاولات الصلح دائما بالنجاح، مما يعني فشل القاضي في الإصلاح بين الزوجين نتيجة تمسك الزوجة بالخلع، فيباشر مناقشة الزوجين في بدل الخلع، و تحديده تحديدا دقيقا، بما يجعله قابلا للتنفيذ[1].

هذا ما أكدته قرارات المحكمة العليا حيث جاء في أحد قراراتها :" تحديد مبلغ الخلع عنصر أساسي في الطلاق بالخلع، يحدده القاضي وجوبا في حالة اتفاق الطرفين عليه"[2].

في قرار آخر[3]:" لا يمكن القضاء بحفظ بدل الخلع و القاضي ملزم بالحكم به عند النطق بالطلاق خلعا، سواء اتفق الطرفان عليه أم اختلفا".

الحقيقة أن الخلع يقوم على أسباب نفسية في الغالب يصعب إثباتها، ولذلك فإن الإقرار بالكراهية من الزوجة يشكل النقطة المفصلية في الموضوع، فيكفي الزوجة بحسب القانون الجزائري أن تصرح أمام القضاء بأنها لم تعد تطيق البقاء مع زوجها دون أن تطالب بتقديم سبب مادي في الموضوع[4].

ففي غالب الأحيان لا تستطيع الزوجة تقديم أدلة موضوعية على صحة دعواها و يضاف

---

[1]– عبد الحكيم بن هبري، المرجع السابق، ص194.

[2]– قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2001/10/17، فصلا في الطعن رقم 275497، منشور في المجلة القضائية، عدد 2/2004،ص353.

[3]– قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2006/10/11، فصلا في الطعن رقم 365244، منشور بالمجلة القضائية، العدد 1/2007، ص467.

[4]– الرشيد بن شويخ ، قواعد الإثبات في النطاق المدني و قضايا الأسرة ،المرجع السابق، ص 350.

إلى هذا أن النفور مسألة نسبية تختلف من شخص إلى آخر و ترتبط بالنواحي الوجدانية أكثر من النواحي العقلية المنطقية،و بناء على ما تقدم فالزوجة ليست مطالبة بتقديم أية مبررات لطلب الخلع[1].

أكدت ذلك المحكمة العليا في قرار لها،جاء فيه:" ...و كان على قاضي المحكمة التأكد من ذلك دون التطرق إلى الأسباب التي جعلت المطعون ضدها تطالب بالخلع و عليه هذا الفرع مؤسس و يترتب عنه نقض الحكم المطعون فيه"[2].

يقع بالخلع في جميع الأحوال طلاق بائن و يكون الحكم غير قابل للطعن بأي طريقة من طرق الطعن[3]، و يعد الحكم القضائي الصادر الذي يقضي بفك الرابطة الزوجية بالخلع بطلب من الزوجة، دليل إثبات يثبت واقعة الخلع بحد ذاتها من تاريخ صدوره.

[1]- عبد الحكيم بن هبري، المرجع السابق، ص198.

[2]- المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،قرار رقم 401330، مؤرخ في 2007/09/12، غير منشور.

[3]- محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص118.

الفصل الثاني

دور الإثبات في حل النزاعات المتعلقة بآثار إنهاء الرابطة الزوجية

الفصل الثاني

دور الإثبات في حل النزاعات المتعلقة بآثار إنهاء الرابطة الزوجية

يعد الإثبات من المواضيع المهمة، حيث من خلاله يتم الفصل في النزاعات المعروضة أمام الجهات القضائية، وفق ما يعرض لدى القاضي من إثباتات مختلفة، يعتمد عليها في بناء قناعاته لحل النزاعات المعروضة أمامه، بعد التحقق من صحتها.

خاصة و إن كانت المواضيع محل النزاع تتعلق بقضايا الأسرة ذات الطبيعة الخاصة، باعتبارها من المواضيع التي تستمد معظم أحكامها من مبادئ الشريعة الإسلامية، فمن المفروض على المشرع الجزائري أن ينشأ قانون متعلق بقواعد الإثبات في المجال الأسري، يضبط فيه قواعد الإثبات وفق الخصوصية التي يمتاز بها المجال الأسري.

باعتبار أن موضوع الدراسة يتعلق بدور الإثبات في حل النزاعات المتعلقة بآثار إنهاء الرابطة الزوجية، فنجد أنفسنا أمام موضوع متشعب يفتقر لقواعد و أحكام تفصيلية خاصة به في مجال الإثبات إلا ما تم النص عليه في القانون المدني في الأحكام العامة للإثبات.

و تعد مواضيع آثار الطلاق من المواضيع الشائكة في الواقع العملي، التي تحتاج لعناية كبيرة من طرف الجهات القضائية المكلفة بالفصل فيها، وفق ما يقدم أمام القاضي من إثباتات يبني قناعته الشخصية وفقها و يصدر حكمه القضائي.

لدراسة موضوع دور الإثبات في حل قضايا آثار الطلاق ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى

المبحث الأول الذي يتضمن الإثبات في قضايا آثار الطلاق الخاصة بالزوجين، و إلى المبحث الثاني الذي يتضمن الإثبات في قضايا آثار الطلاق الخاصة بالأطفال.

المبحث الأول

الإثبات في قضايا آثار الطلاق الخاصة بالزوجين

إن قضايا آثار الطلاق الخاصة بالزوجين من المسائل التي أولاها المشرع عناية و اهتمام باعتبارها من القضايا المهمة و الشائكة في نفس الوقت، فقد نظمها المشرع في قانون الأسرة و أخصها بجملة من القوانين المفصلة و المعالجة لها.

من المعلوم أن الطلاق يرتب عادة جملة من النتائج الخاصة بالزوجين، و سنتطرق لموضوع العدة أي الأجل الذي أوجبه الشارع على الزوجة التي طلقت بواسطة زوجها، أو بواسطة القاضي، أو حدثت الوفاة، إذ يتوجب عليها مراعاة العدة الشرعية بعد انتهاء الرابطة الزوجية، لقوله تعالى:

﴿يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ﴾[1].

الحكمة من وجوب العدة هي التأكد من براءة الرحم منعا لاختلاط الأنساب،وإعطاء فرصة للزوجين لمراجعة نفسيهما وإصلاح شؤونهما بعيدا عن الانفعالات التي أدت بهما إلى الطلاق، كذلك هي مهلة للحداد لمن توفي زوجها واحترام مشاعر الزوجة ومشاعر أهل الزوج(المطلب الأول).

سنتطرق أيضا لموضوع النزاع حول متاع البيت و مسائل الإثبات فيه، في حالة وجود الدليل في إثبات المتاع،الذي يكون بالإقرار أو البينة، و حالات انعدام الدليل في إثبات متاع البيت، فيكون القول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء و يكون القول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال، و في حال كان المتاع مشترك يقسم مع اليمين(المطلب الثاني).

[1]– سورة الطلاق، الآية01.

المطلب الأول

إثبات قضايا العدة

لقد تطرق المشرع الجزائري لموضوع العدة في الفصل الثاني المعنون بآثار الطلاق من الباب الثاني المعنون بانحلال الرابطة الزوجية، في المواد من 58 إلى 61 من قانون الأسرة،

غير أن المشرع الجزائري لم يتطرق لتعريف العدة في قانون الأسرة و إنما تطرق لبعض الأحكام التفصيلية في الموضوع، و لم يتطرق المشرع الجزائري لموضوع الإثبات في قضايا العدة في حال قيام نزاع بين الزوجة و ورثتها كيف يتم التعامل أمام الجهات القضائية و لدراسة الموضوع ارتأيت تقسيم هذا المطلب إلى قسمين يتضمن القسم الأول منه على أحكام العدة(الفرع الأول)، أما القسم الثاني فيتضمن أنواع العدة و كيفية إثباتها(الفرع الثاني).

الفرع الأول: أحكام العدة و سندها الشرعي

باعتبار العدة موضوع من مواضيع المتعلقة بآثار فك الرابطة الزوجية فقد أولت الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي عناية فائقة بأحكام العدة، لحساسية الموضوع و خطورته، و الهدف من ذلك التأكد من براءة الرحم تجنبا لاختلاط الأنساب، حماية للأسرة باعتبارها اللبنة الأساسية لبناء المجتمع، ولدراسة موضوع أحكام العدة سنتطرق لتعريف العدة (أولا) ثم التطرق للسند الشرعي للعدّة و الحكمة منها(ثانيا).

أولا: تعريف العدة

لتعريف العدة يتوجب علينا بيان تعريفها اللغوي و الفقهي و القانوني، على النحو التالي:

1- التعريف اللغوي للعدة

العِدَّة بكسر العين، من الفعل عد و هو إحصاء الشيء مثل قولهم "عده يعده عدا و تعدادا"، بمعنى أحصاه و عده، و عدة المرأة أيام قروئها و أيام حدادها و قد تكون العدة بالشهور أو الإقراء أو حتى تضع حملها[1].

2- التعريف الفقهي للعدة

ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى تعريف العدد كل حسب رأيه، فقد اختلفوا في التعبير لكن اتفقوا في المعنى، و لذلك فقد عرفها جمهور الفقهاء بأن العدة هي:" مدّة تتربص فيها المرأة، لمعرفة براءة رحمها، أو للتعبد، أو لتفجعها على زوجها، فهي نفس التربص"[2].

بمعنى آخر:" العدة شرعا أجل حدده الشارع لانقضاء ما بقي من آثار الزواج بعد الفرقة، فالزوجة المدخول بها بعد حل عقدة زواجها بأي سبب كان تتربص و تنتظر و لا تتزوج بغير زوجها الأول حتى تنقضي عدتها بانتهاء ذلك الأجل المحدود، أما الزوج إذا فارق زوجته بأي سبب فليس عليه أن يتربص أي مدة و يمتنع عن الزواج فيها، إلا إذا كانت من يريد الزواج بها محرما لمن طلقها، فإن عليه أن ينتظر حتى تنقضي عدة مطلقته لئلا يكون جامعا بين المحرمين، و كذلك إذا كانت له زوجات أربع و طلق واحدة منهن لا يحل له التزوج قبل انقضاء عدتها لئلا يكون جامعا بين أكثر من أربع"[3].

---

[1]- ابن منظور ، لسان العرب، ج3، المرجع السابق، ص284.

[2]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج7، المرجع السابق، ص625.

[3]- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة و ما عليه العمل بالمحاكم، ط2، 1410هـ-1990م، دار القلم للنشر و التوزيع، الكويت، ص168.

3- التعريف القانوني للعدة

لم يعرف المشرع الجزائري العدة في قانون الأسرة الجزائري، لا ندري هل إغفالا منه أو بشكل مقصود، لكن ما نستنتجه من المواضيع السابقة التي تمت دراستها أن المشرع الجزائري يتجنب التطرق إلى تقديم تعاريف للمواضيع التي تضمنها قانون الأسرة، ربما ترك ذلك لشراح القانون من أجل الخوض في هذه التفاصيل و البحث فيها، استنادا لنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تُحيل في حال غياب النص إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

لكن المشكل المثار أن المشرع لم يحدد لنا المذهب المعتمد عليه في الدولة، لأن الإحالة لأحكام الشريعة الإسلامية توقعنا في تعدد المذاهب و اختلاف الآراء حول الموضوع الواحد، و إن كان ما هو سائد و متعارف عليه اعتماد المذهب المالكي في المغرب العربي، لكن الملاحظ أن الأحكام الواردة في قانون الأسرة مستمدة من عدة مذاهب، لذلك كان لزاما على المشرع الجزائري تحديد المذهب المتبع لتسهيل مهام شراح القانون و كذا القضاء حال غياب أو غموض النص القانوني.

إلا أن المشرع الجزائري تطرق في المادة 58 و ما يليها من قانون الأسرة إلى أنواع العدة، و ما يستشف من هذه النصوص القانونية أن العدة أثر من آثار فك الرابطة الزوجية بين الزوجين و هي عبارة عن فترة زمنية تقضيها المرأة المطلقة المدخول بها و المتوفى عنها زوجها في مسكن الزوجية إلى غاية انتهاء عدتها، و تختلف المدة الزمنية باختلاف نوع العدة، و لها الحق في النفقة مدة عدتها.

ثانيا:السند الشرعي للعدّة و الحكمة منها

سنتطرق للتعرف على السند الشرعي للعدّة ثم الحكمة منها .

أ- مشروعية العدّة

لقد نص الله سبحانه و تعالى في القرآن الكريم على العدّة بأنواعها و التي من خلالها أجمع الفقهاء على مشروعيتها و جوازها، مستشهدين بقوله تعالى:﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾[1]، فالآية تأكد جواز العدة للمطلقة و حددها الله عز وجل بثلاثة قروء.

أجاز الله عدّة الزوجة المتوفى عنها زوجها فيول تعالى:﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَ يَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَ عَشْرًا﴾[2].

أما في حال ما كان فك الرابطة الزوجية بغير الوفاة قبل الدخول الحقيقي أو الحكمي و لم يختل الزوج بالزوجة فلا تجب عليه العدة لقوله تعالى:﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾[3].

أما مشروعية العدّة من السنة النبوية الشريفة فقد وردت عدة أحاديث عن النبي صلى الله عليه و سلم تأكد و تبين مشروعية العدّة نذكر منها:

أخبرنا محمد بن سلمة و الحارث قالا:" أنبأنا ابن القاسم عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن المسور بن مخزمة أن سبيعة الأسلمية نفست بعد وفاة زوجها بليال فأتت رسول الله صلى الله عليه و سلم فاستأذنت أن تنكح فأذن لها فنكحت"[4]، و بالتالي فإن عدة الحامل تنتهي بعد ولادتها و يجوز لها الزواج بعدها.

في حديث آخر: قالت زينب : دخلت على أم حبيبة زوجة النبي صلى الله عليه و سلم حين توفي أبوها فدعت أم حبيبة بطيب فيه صفرة خلوق أو غيره، فدهنت من جارية ثم مست

---

[1]- سورة البقرة، الآية 228.

[2]- سورة البقرة، الآية 234.

[3]- سورة الأحزاب، الآية49.

[4]- رواه البخاري، صحيح البخاري، حديث رقم 5320، المرجع السابق، ص369.

بعارضيها ثم قالت و الله مالي بالطيب من حاجة، غير أنني سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول:" لا يحل لامرأة تؤمن بالله و اليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة ليال إلا على الزوج أربعة أشهر و عشرا"[1].

يأخذ من هذا الحديث أن العدة على الزوج كما أقرها الله سبحانه و تعالى في الذكر الحكيم أربعة أشهر وعشرة أيام.

ب- الحكمة من وجوبها

حكمة إيجاب العدة التعرف على براءة الرحم للتأكد من عدم وجود حمل من الرجل، حتى لا تختلط الأنساب،و صون النسب و إعطاء الزوج فرصة يتمكن فيها من إعادة زوجيتها[2]، لقوله تعالى:﴿وَ بُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾[3]، فقد يراجع الزوجان نفسهما و يشعُران بالندم و أن القرار اللذان اتخذاه كان متسرعا و غير صائب، و بعد التفكير في مصير أولادهم و ما قد يسببانه لهم من ضرر، قد يتراجعان في قرارهم و هم في فترة العدة، أجاز لهم الشارع الحكيم الرجوع حال العدّة حرصا على إبقاء الرابطة الزوجية قائمة.

أما الحكمة من عدة الوفاة أيضا، هو تذكر نعمة الزواج، و رعاية حق الزوج و إظهار التأثر لفقده، و إبداء وفاء الزوجة[4]،ومظاهر حزن الزوجة على زوجها المتوفى تنعكس في احترامها له من خلال عدم خروجها من المنزل إلا للضرورة القصوى،و عدم إظهار زينتها حتى انتهاء عدتها.

---

[1]–رواه البخاري، المرجع السابق، حديث رقم 5345، ص409.

[2]– عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق،ص168.

[3]– سورة البقرة ، الآية 228.

[4]– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج7، المرجع السابق،ص625.

الفرع الثاني: إثبات أنواع العدة

عدة المرأة هي المدة التي تنتظرها بعد وفاة زوجها أو حدوث الطلاق و لا يحل لها أن تتزوج فيها، وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية

للعدة أنواع نصت عليها الشريعة الإسلامية على حسب حال المرأة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها، و كذا بحسب طبيعة الطلاق(أولا)، و محاولة إثبات العدة و مدتها من عدم مرتبط بطرق و ضوابط معينة يجب على أطراف الخصومة إثباتها أمام القاضي(ثانيا).

أولا: أنواع العدة

تختلف عدة المرأة بحسب الوضع الذي هي عليه،وكذا طبيعة الفرقة بينهما وهي:

أ- **العدة بالقروء**

لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾[1]، والقرء لفظ مشترك بين الحيض والطهر إلا أن إجماع الفقهاء أقروا أن المراد بالقرء الحيض، لأن الحيض مُعَرِّفْ لبراءة الرحم، و هو المقصود من العدة، فالذي يدل على براءة الرحم إنما هو الحيض لا الطهر[2]، و قد استعمل القرء بمعنى الحيض، في حديث الرسول صلى الله عليه و سلم عن عديّ بن ثابت عن أبيه عن جدّه عن النبي صلى الله عليه و سلم قال في المُسْتَحَاضَةِ:" تدع الصلاة أيام أقرائها، ثم تغتسل و تتوضأُ عند كل صلاة و تصوم و تصلي"[3]، و من هذا الحديث يستنتج أن المقصود بالقرء الحيض، لأنه مانع للصلاة و الصيام.

---

[1]- سورة البقرة الآية 228.

[2]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق، ص630.

[3]- أبو داوود سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، كتاب الطهارة، باب في المرأة تستحاض ،المرجع السابق، رقم الحديث 258، ص198.

لم يوضح قانون الأسرة المقصود بالقرء في المادة 58، لكن يمكن استنتاج بعض المفاهيم من المادة فقد نص المشرع على أن عدة المدخول بها غير الحامل ثلاث قروء، و بعدها نص المشرع في حال ما كانت المطلقة يائس من المحيض فتعتد بثلاث أشهر، من هنا نستخلص علاقة القرء بالحيض في الدلالة الزمنية، و كذا العبرة من احتساب العدة بالقرء أو الحيض تنصب في نفس المغزى و هو براءة الرحم الذي يرتبط بوجود الحمل من عدمه، و الدليل الوحيد لذلك هو الحيض وبالتالي لفظ القرء يتساوى مع الحيض.

إلا أن المشكل المثار عند احتساب العدة بالقرء أو بالحيض، هو أن الدورة الشهرية تختلف من امرأة إلى أخرى و هذا ما أثبته العلم الحديث، فهناك من دورتها (28) يوما و هناك من دورتها (30) يوما و هناك من دورتها (35) يوما، و هناك من النساء دورتهم الشهرية غير منتظمة لأسباب صحية، فنجد الدورة الشهرية عندهم تتجاوز الشهرين أو تحيض المرأة بعد تناولها دواء مخصص لذلك، فتجد المرأة نفسها في مشكل يصعب حله لسبب فوق طاقتها، فإن اعتمدت على الحيض في احتساب العدة نجد المدة الزمنية للعدة تختلف من امرأة لأخرى، و بالتالي يثار المشكل عند حمل المرأة في عدتها و يشكك في حملها لتجاوز فترة العدة المتعارف عليها لذلك يتوجب على المشرع إضافة بعض الاستثناءات الخاصة في حساب العدة بالقرء أو الحيض.

ب- العدة بالأشهر

تحتسب العدة هنا بمدة محددة نص عليها القرآن الكريم بصورة واضحة لا تقبل الزيادة ولا النقصان وهي على نوعين:

1-عدة اليائسة من الحيض : وهي ثلاثة أشهر لقوله تعالى:﴿**وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَ وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّ**

﴿وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجۡعَل لَّهُۥ مِنۡ أَمۡرِهِۦ يُسۡرٗا﴾[1].

النص يشمل المرأة التي لا تحيض لكبر أو لصغر سنها أو لمرض فيها، وإن كانت الصغيرة لا يجوز التزوج بها من الناحية القانونية، لأن سن الزواج محدد بنص قانوني[2]، وقد نص القانون على عدة اليائس من الحيض في المادة 58 من قانون الأسرة الجزائري.

قد نصت الشريعة الإسلامية و كذا قانون الأسرة على أن احتساب العدة سواء في القروء أو اليائس من الحيض يكون على المرأة المدخول بها فقط، وإلا فلا عدة لها. لقوله تعالى: : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [3].

قد تطرق المشرع في قانون الأسرة في المادة 58 على هذين النوعين من العدة، كما تطرق على حسابهما من تاريخ التصريح بالطلاق.

لكن حساب العدة من تاريخ التصريح بالطلاق ينجم عنه حالتين، الحالة الأولى إذا صدر الطلاق خارج دائرة المحكمة يكون في وقت سابق على التصريح به و بالتالي العدة تبدأ وقت التلفظ بالطلاق و لا يجوز حسابها وقت صدور الحكم القضائي، و هذا الأمر لا يأخذ به القانون لأن الطلاق قانونا يثبت بحكم قضائي، أما الحالة الثانية إذا أوقعه القاضي، فلا يحتاج إلى تصريح، وإنما تحسب العدة من تاريخ الحكم.

2-عدة المتوفى عنها زوجها: وهي أربعة أشهر وعشرة أيام، لقوله تعالى: **﴿وَالذِين يَتَوَفَوْنَ مِنْكُم**

---

[1]- سورة الطلاق، الآية04.

[2]- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة المعدل، المرجع السابق، ص220.

[3]- سورة الأحزاب، الآية 49.

وَيَذَرُون أَزْوَاجًا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا ﴾[1].

في حال ما توفي عن المرأة زوجها موتا حقيقيا أو موتا حكميا، أن تعتد مدة أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الوفاة، أو تاريخ صدور الحكم بالوفاة إذا كان الزوج غائبا أو مفقودا، سواء حصل الدخول أو لم يحصل، ولا يسقط حقها في الميراث بمجرد العقد دون دخول.

الملاحظ أن قانون الأسرة لم يحدد بعض المسائل الهامة في الموضوع وهي:

- لم ينص المشرع الجزائري على كيفية حساب مدة العدة هل بالتقويم الميلادي أو القمري، لأن الحساب يختلف بينهما فالقمرية تتراوح بين 29 أو30 يوما، أما الأشهر الميلادية فهي إما 30 أو31 ،ما عدا شهر فيفري فهو 28 يوما، والاختلاف يؤدي إلى ضياع الحقوق[2]، إلا إذا قصد قانون الأسرة اعتماد التقويم الميلادي المنصوص عليه في القانون المدني في المادة 3 منه، حيث جاء فيها: "تحسب الآجال بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".
- لم يبين المشرع متى يبدأ حساب العدة في حال الوفاة ، هل هي من تاريخ الوفاة أم من تاريخ العلم بالوفاة، سواء كانت وفاة طبيعية أو وفاة حكمية[3] .

إلا أن المادة 59 من قانون الأسرة حدد تاريخ حساب العدة بالنسبة لزوجة المفقود و هو من تاريخ صدور الحكم بفقده، و طبقا لنص المادة 113 من قانون الأسرة الحكم بوفاة المفقود لا يكون إلا بعد مرور أربع سنوات من تاريخ الفقدان، إذا كانت ظروف الفقدان ترجح الوفاة ،و عليه كان يتوجب على المشرع اعتماد الحكم بوفاة المفقود في احتساب العدة، و ليس الحكم بفقده.

---

[1]- سورة البقرة، الآية 234.

[2]- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص225.

[3]- المرجع نفسه، ص225.

ث-العدة بوضع الحمل

عدّة الحامل تكون بوضع حملها و هي العدة المشتركة بين المرأة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها، مصداقا لقوله تعالى:﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[1].

فإذا كانت الزوجة حاملا وقت الفرقة فسواء أكانت الفرقة بالوفاة أم بغيرها و سواء أكانت الفرقة من زواج صحيح أو فاسد أو وطء بشبهة فإن عدتها تنقضي بوضع حملها و لو كان الوضع بعد الفرقة بلحظة[2]،و كذلك تنتهي العدّة بوضع الحمل سواء كانت الولادة في ميعادها أو بالإجهاض قبل الآوان[3].

قد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة المادة 60 منه التي جاء فيها: "عدّة الحامل وضع حملها، و أقصى مدّة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

بمعنى أن المطلقة الحامل تعتد في المسكن الزوجية إلى حين الولادة، و بعدها مباشرة تزول عنها العدّة مع مراعاة أقصى مدة الحمل التي سنها المشرع في قانون الأسرة و قدرها بعشرة أشهر من تاريخ الحكم بالطلاق أو من تاريخ وفاة زوجها.

أما بخصوص القانون التونسي فقد نص على أحكام العدة في الفصل من34 إلى36 من مجلة الأحوال الشخصية، شملت كل الحالات، غير أن القانون التونسي قد سوى في الحكم بالنسبة للمرأة غير الحامل وهي ثلاثة أشهر سواء التي تحيض أو اليائسة من الحيض، لوجود فارق زمني بينهما.

---

[1]- سورة الطلاق، الآية04.

[2]- عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص170.

[3]- إدريس الفاخوري،انحلال الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص205.

ثانيا:كيفية إثبات القضايا المتعلقة بالعدة

سن المشرع الجزائري العدّة كأول أثر من آثار الطلاق في الفصل الثاني من الباب الثاني بعنوان "انحلال الزواج"، في المواد من 58 إلى 61 من قانون الأسرة المعدل، حيث حدد المشرع الجزائري أحكام العدة و أنواعها.

بخصوص النزاعات في قضايا العدة التي تشوب بين المطلقين أو ورثتهما في حال الرجعة أو وفاة أحد المطلقين في فترة العدة و يختلف الورثة حول أحقية كل منهما في الميراث، فيلجأ أطراف الخصومة للقضاء خاصة إذا ادعى أحد الأطراف انقضاء مدة العدّة قبل وفاة المورث، و ادعت المطلقة العكس،أو ادعت أن الزوج قد رجعها لعصمته في فترة العدّة فلها أن تثبت ما تدعيه بكافة وسائل الإثبات المقررة قانونا.

أول ما يثار حساب العدّة فهل يكون بداية من التصريح بالطلاق من قبل الزوج أو يبدأ حساب العدة مباشرة من تاريخ صدور الحكم القضائي بالطلاق؟

طبقا لما ورد في قانون الأسرة في المادة 58 التي جاء فيها "...من تاريخ التصريح بالطلاق." و المادة 60 من نفس القانون جاء فيها:"...من تاريخ الطلاق أو الوفاة."، المشرع لم يحدد المقصود بالتصريح و ترك العبارة الواردة في قانون الأسرة تحتمل المعنيين إما التصريح اللفظي للطلاق من قبل الزوج أو بصدور الحكم القضائي للطلاق، لذا كان بتوجب على المشرع تحديد معنى التصريح بالضبط تفاديا للخلط و اجتنابا للوقوع في المشتبهات باعتبار الحكمة من العدّة براءة الرحم منعا من اختلاط الأنساب.

بالرجوع للتطبيقات القضائية نجد قرار للمحكمة العليا جاء فيه:" من المقرر شرعا، و على ما جرى به قضاء المجلس الأعلى، أن تلفظ الزوج بالطلاق يُلْزمه، و من المقرر أيضا أن الرجعة لا

تعتبر شرعا إلا أثناء قيام العدّة، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خرقا لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية.

إذا كان الثابت في قضية الحال أن الزوج المطلّق ندِم أو تراجع في طلاقه، بعد انتهاء مدة العدة فإن هذا لا يشفع له شرعا في عدم احتساب الطلاق الذي تلفظ به، و بناءا عليه فإذا أراد أن يرجع زوجته كان عليه اتباع القواعد الفقهية كما فعل قاضي الدرجة الأولى، إلا أنهم بقضائهم برجوع الزوجة إلى بيت الزوجية خالفوا أحكام هذا المبدأ."[1]

فإن اعتمد القاضي تصريح الحكم القضائي في احتساب العدة، فلن يجد صعوبة في تحديد فترة العدّة فتاريخ الحكم القضائي بالطلاق يعد وسيلة استناد و إثبات لمن يقع على عاتقه عبأ الإثبات، لكن في حال ما احْتُسبت العدّة وقت وقوع التلفظ بالطلاق من قبل الزوج، أو كان الزواج عرفيا و الطلاق أيضا خارج الدوائر الرسمية يثار مشكل كيفية حساب العدّة، و كيف يتم إثباتها من قبل من وقع عليه عبأ الإثبات، لذلك حفاظا على الحقوق من الضياع أصبح لزاما على المشرع الجزائري إعادة صياغة النصوص النونية المتعلقة بالعدة، من خلال تحديد كيفية حساب العدة للقضاء على باب التأويل في الموضوع.

[1]– قرار المحكمة العليا عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1984/12/17، فصلا في الطعن رقم 35322، منشور في المجلة القضائية، العدد 4/1989،ص91.

المطلب الثاني

إثبات قضايا النزاع حول متاع البيت

إن إنهاء الرابطة الزوجية يترتب عنها عدة آثار، تخلف مجوعة من النزاعات بين الزوجين أو ورثتهما أو من له مصلحة، خاصة إذا ما تعلق الأمر بالأمور المادية التي كلفت الزوجين أحدهما أو كلاهما مبالغ مالية كبيرة، ورفض أحدهما تسليمها لصاحبها، فيلجأ الطرف المتضرر للقضاء من أجل استرجاع حقوقه، حسب ما يقدمه من إثباتات أمام القاضي و وفق ما يقتضيه القانون.

يعد النزاع حول متاع البيت من بين النزاعات المعقدة التي تثير عدّة إشكالات في أروقة المحاكم، باعتباره من آثار الطلاق الذي يولد الخصومة الشديدة بين الطرفان، فكل منهما يسعى لإثبات ما له من متاع و أنه من اقتناه إما قبل الزواج في مرحلة التحضير للزفاف، و إما أثناء الحياة الزوجية، فقد يسعى كل من الطرفين لاسترجاعه تجنبا للخسارة.

إلا أن المشكل المثار عند الفصل في القضايا المتعلقة بمتاع البيت حالات وجود الدليل وتضارب الإدعاءات من قبل الخصوم، الأمر الذي يشكل عائق أمام القاضي للفصل في النزاع المعروض أمامه(الفرع الأول)، وقد يترتب إشكال آخر في حال عدم حصول أحد أطراف الخصومة على الدليل الذي يثبت ما يدعيه، مما يصعب المهمة على القاضي من حل الخصومة(الفرع الثاني).

الفرع الأول: حالات وجود الدليل في إثبات متاع البيت

ويعتبر الإثبات الأداة الضرورية التي يعتمد عليها القاضي عند التحقق من الوقائع القانونية والحقوق التي يدعيها أطراف الخصومة، والبحث في مدى صحتها وسلامتها.

قد يتقيد القاضي في الإثبات بطرق معينة حددها القانون و بين كيفية تطبيقها، وهذا التحديد يتقيد به الخصوم أيضا.

قد تطرق المشرع الجزائري في قانون الأسرة لموضوع متاع البيت و حدد الوسائل التي من خلالها إثباته، إما بإقرار من المدعى عليه(أولا) أو عن طريق إثباته بالبينة(ثانيا).

أولا: إثبات المتاع بإقرار من المدعى عليه

يعتبر النزاع حول أثاث بيت الزوجية من بين النزاعات الشائكة و المنتشرة في أروقة المحاكم بشكل كبير، نظرا للحساسية بين أطراف الخصومة وعدم التفاهم المسبق حول هذا المتاع، و يشتد الصراع في حال ما إذا كان متاع البيت كلف الزوجين مبالغ مالية كبيرة فقد يسعى كل من الطرفين لاسترجاعه تجنبا للخسارة.

ففي حال ما ثار نزاع حول المتاع يستوجب القانون أولا أن يكون هذا المتاع موجودا و مشاهدا للجميع، بما فيها المطلقين أو ورثتهما، فلا يمكن بأي حال من الأحوال أن تنشأ خصومة قضائية حول متاع لا يوجد أصلا[1].

حيث يجب تحديد طبيعة المال المتنازع عليه إن كان من المعتاد للرجال أو للنساء[2]، أي على طرفي الخصومة تقديم قائمة تحتوي على الأثاث و المتاع الخاص بكل الطرفين و عادة تقدم هذه القائمة من طرف المطلقة فهي التي تخرج من بيت الزوجية لأنه ملك للمطلق في معظم الأحيان و تترك متاعها فيه فتطلب من القاضي استرجاعه.

---

[1]– باديس ديابي، المرجع السابق، ص164.

[2]– قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 04/01/1988، فصلا في الطعن رقم 47453، منشور بالمجلة القضائية ، العدد 3/1991، ص45.

في حالة ما أن يدعي المدعى بوجود الأثاث محل الدعوى و يقر المدعى عليه بوجوده كما ذكره المدعي[1]، ففي هذه الحالة إقرار المدعى عليه كافي لحل الخصومة، حيث أن القاضي يصدر حكم يلزمه من خلاله بتقديم المتاع للمدعي دون اللجوء لليمين لأنه أقر بما عليه.

أو في حالة ما إذا سكت المدعى عليه عن الرد أمام القضاء فإن ذلك يفيد صدق المدعية،و هذا ما أكده القرار الصادر عن المحكمة العليا الذي جاء فيه:" حيث أنه لم يثبت من القرار المطعون فيه أن الطاعنَ يكون قد أدلى بأيّ تصريح بشأن الأثاث المذكور و من ثم فإنَّ سكوته في حدّ ذاته يؤكد صحّة ادعائها بملكيتها له، و بالتالي فإن القضاء من قبل قضاة المجلس بتوجيه اليمين لها على أن تقسم بأنه ملك لها لم يعدّ تسبيبا مقنعا لقرارهم"[2]، و هذا الموقف مطابق للقاعدة القائلة بأن السكوت في معرض الحاجة بيان.

ثانيا: إثبات المتاع بالبينة

الملاحظ من ما يتداول في أروقة المحاكم أن قضايا النزاع حول متاع البيت من أصعب القضايا المثارة لما تشكله من نزاعات قائمة بين الطرفين حول كيفية إثبات هذا المتاع بالنسبة للمطلقة أو بالنسبة للمطلِق، خاصة أن المتعارف عليه في حال الطلاق المطلقة هي من تخرج من بيت الزوجية دون أن تأخذ معها لوازمها، و في معظم الأحيان يقوم المطلِق بالمماطلة في إعادة ما لها، انتقاما منها أو قد تصل إلى حد إنكاره أن لها شيء من لوازمها في بيت الزوجية، و إن وجدت المطلقة صعوبة في إثبات ما لها من متاع تركته في بيت مطلِقها، قد تفقد حقوقها.

بالرجوع لنص المادة 73 من قانون الأسرة التي جاء فيها : إذا وقع النزاع بين الزوجين أو

---

[1]– باديس ديابي، المرجع السابق، ص 165.

[2]– قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة شؤون الأسرة و المواريث بتاريخ 14/02/2013، فصلا في الطعن رقم 728882، منشور في المجلة القضائية، العدد 1/2014، ص304.

ورثتهما في متاع البيت و ليس لأحد بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، و القول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال، و المشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين".

ففي حال قيام النزاع حول المتاع و أنكر المدعى عليه وجود هذا المتاع، نكون أمام تطبيق قاعدة " البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر".

بالتالي يتطلب من كل مدعي بحق ما اتجاه الآخر أن يقيم البينة على ما يدعيه، أي تقديم الدليل على أن متاع معين في البيت يدخل في ملكه الشخصي و له في ذلك كافة طرق الإثبات[1].

يمكن إثبات ذلك عن طريق الفواتير التي مدوّن فيها صاحبها و ثمنها، أو بشهادة الشهود، و هذا ما أكده القرار الصادر عن المحكمة العليا الذي جاء فيه: " إن النزاع القائم بين الزوج والزوجة حول المصوغ الذي عجزت عن إثبات ملكيته لها بالكتابة سوى حيازتها لفواتير بعض منه دون تشكيل دليل كامل لملكيتها له كله، فإنه يجوز حسمه بوسيلة إثبات أخرى كاليمين المتممة، ما دامت الفواتير المذكورة تشكل لصالح الزوجة قرينة جديرة التعزيز بهذه الوسيلة إلى جانب المصوغات التي تنسب عادة بالنظر إلى طبيعتها إلى المرأة، و القضاة الذين استبعدوا طلب الزوجة الرامي إلى تثبيت ادعائها بالشهود يكونون قد خالفوا أحكام المادة 335 من القانون المدني التي تجيز في مقتضياتها حسم النزاع بوسائل إثبات أخرى غير الكتابة مما يتعين معه نقض القرار"[2].

---

[1]– الرشيد بن شويخ ، قواعد الإثبات في النطاق المدني و قضايا الأسرة، المرجع السابق، ص453.

[2]– قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 19/05/1982،فصلا في الطعن رقم 22117،منشور بالمجلة القضائية،العدد1/1989،ص29.

الفرع الثاني: حالات انعدام الدليل في إثبات متاع البيت

في حال انعدام الدليل لدى المدعي مهما كان هذا الدليل، كان لزاما على القاضي الفصل في النزاع و قد أورد المشرع الجزائري في المادة 73 من قانون الأسرة حل لهذه المشكلة، فقد يلجأ القاضي لمعرفة طبيعة المتاع الذي هو محل النزاع، فيحدد ما يخص النساء أو الرجال مع توجيه اليمين لكل منهما، و عليه فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء(أولا)، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال(ثانيا)، و في حال ما كان المتاع مشترك بينهما يتم قسمته عليهما مع أداء اليمين لكل منهما(ثالثا).

أولا: القول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء

في حال ما إذا ادعت المطلقة ملكية متاع البيت دون أن تُقدم أيّة إثبات على ما تدعيه و كان المتاع من المعتاد للنساء، وجب على القاضي أن يعتد بادعاء الزوجة أو ورثتها في حال وفاتها[1]، مع توجيه اليمين لها أو لورثتها، و الحكم لها أو لورثتها بالمتاع الذي ادعت ملكيته.

على أن يكون المتاع المتنازع عليه ضمن قائمة الأثاث التي تمت مناقشة محتواها، و أن توجيه اليمين يكون لمن أنكر طبقا للأحكام العامة لقواعد الإثبات[2].

قد أصدرت المحكمة العليا العديد من الاجتهادات في موضوع النزاع حول متاع البيت، الذي يعد من المواضيع الشائكة، و من بينها قرار حيث جاء فيه:" يعتبر المصوغ من متاع البيت ومن المعتاد للنساء، و إن القضاء بتطبيق القاعدة العامة للإثبات على المصوغ موضوع النزاع رغم

---

[1]– الرشيد بن شويخ، قواعد الإثبات في النطاق المدني و قضايا الأسرة، المرجع السابق، ص453.

[2]– قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2005/05/18، ملف رقم 330950، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث،منشور بنشرة القضاة،العدد 66، ص307، و قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2005/10/12، ملف رقم 335858،غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، منشور بنشرة القضاة، العدد63،ص 347.

عدم إنكار المطعون ضده له يعدّ خطأ في تطبيق القانون.(جاء في القرار أن المطعون ضده لم ينكر وجود المصوغ و إنما ادّعى أن الطاعنة أخذته دون أن يقدّم أي دليل على دعواه)"[1].

من خلال هذا القرار يثور التساؤل حول كيفية تطبيق قاعدة الإثبات في حال عدم الإنكار بوجود المصوغ من قبل المطلق و إنما الإدعاء بأن المطلقة قد أخذته دون وجود أي دليل على ما يقوله المطلق؟

ففي هذه الحالة يتم تطبيق نفس القاعدة العامة في الإثبات " البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر"، و يصبح المدعى عليه مدعيا بشيء جديد و هو تسلم المدعية لأثاثها، ف حين تصبح المدعية مدعى عليها في هذا الجانب[2]، و عليه يطلب القاضي من المطلق إثبات ما يدعيه فإن أثبت ذلك حكم القاضي لصالحه.

في حال ما عجز عن الإثبات يوجه القاضي يمين النفي للمطلقة و أنها لم تأخذ المتاع المدعى به ثم ينطق بالحكم لصالحها[3].

أما بخصوص مكان أداء اليمين، فالأصل فيها أن تؤدّى أمام الهيئة القضائية، وتغيير مكان أداء اليمين أو إلغائها من اختصاص القضاة و ما يرونه مناسبا لبلوغ نتيجة الأحكام القضائية[4].

في حين قد أجازت بعض التطبيقات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا أداء اليمين في

---

[1]– قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2001/02/21، فصلا في الطعن رقم 256672، منشور بالمجلة القضائية العدد 2/2001، ص304.

[2]– باديس ديابي، المرجع السابق، ص 167.

[3]– المرجع نفسه،ص167.

[4]– قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2000/02/23، فصلا في الطعن رقم 245065، منشور بالمجلة القضائية ن العدد 1/2002، ص297.

المسجد و اعتبرت الأمر مطابق للقانون[1]، و يمكن أداء اليمين بحضور الخصم أو محاميه، فإن حضور محامي الخصم يغني عن حضور الخصم[2].

ثانيا: القول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال

إذا ادعى المطلق أو ورثته في حال وفاته ملكيته للمتاع و كان من المعتاد للرجال و لم يقدم المطلق أو ورثته في حال وفاته بشأنه أي دليل يثبت هذا الإدعاء، توجه لهم اليمين للحصول على المتاع محل النزاع[3].

غير أن المشكل المثار أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يحدد المتاع المعتاد للنساء والمتاع المعتاد للرجال، بل ترك المجال مفتوح لما هو سائد عرفا و عادةً، غير أن ما يشهده المجتمع من تغيّر، نجد أن المرأة قد تساهم في تجهيز منزل الزوجية بتجهيزات اعتاد الزوج على اقتنائها، إما قبل الزواج أو بعده خاصة إن كانت الزوجة تعمل و لها راتب شهري، مما يدفعها لاقتناء كل ما تحتاجه في بيتها كاقتناء آلة لغسل الملابس مثلا أو تجهيز المطبخ و غيرها من الأمور، إلا أنها قد لا تلجأ لتوثيق كل ما تشتريه لعدة اعتبارات أولها المانع الأدبي، لذلك تجد صعوبة في إثبات ما تدعيه أمام القضاء في حال الطلاق، و التنازع حول المتاع حين المطالبة بحقوقها.

في قرار للمحكمة العليا جاء فيه:"من المستقر عليه قضاء و شرعا أن أثاث البيت المخصّص للاستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملكا للزوج ما لم تثبت الزوجة بالبينة أن ذلك ملك لها اشترته أو هو من جملة صداقها، فإن لم يكن هذا فالزوج أحق به مع يمينه، و من ثم فإن

---

[1]– قرار صادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2011/12/08،فصلا في الطعن رقم 66627، منشور في المجلة القضائية ، العدد 2/2012،ص248.

[2]– قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1987/12/17، فصلا في الطعن رقم 47284، منشور بالمجلة القضائية، العدد1/1993،ص 39.

[3]– الرشيد بن شويخ، قواعد الإثبات في النطاق المدني و قضايا الأسرة، المرجع السابق، ص453.

القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية، و لما كان في قضية الحال أن الزوج لئن اعترف ببقاء أمتعة زوجته عنده فإنه استثنى منها أشياء ادعاها لنفسه، فإن المجلس القضائي الذي اعتبر استثناء الزوج داخلا في أمتعة زوجته، و حكم لها بها دون أن يطالبها بإقامة البينة على أشياء هي للرجل، يأخذها بعد حلفه، يكون بقضائه كما فعل خالف القواعد الشرعية"[1].

من خلال تحليل هذا القرار أنه في الوقت الحالي لا يمكن القول أن الأثاث الموجود في بيت الزوجية هو ملك للزوج و أن الزوج أحق به، فكما سبقا الإشارة إليه أن المرأة تساعد الزوج في تجهيز بيت الزوجية و في بعض الأحيان البيت يكون ملكا لها أو هي من استأجره، فلا يمكن انتساب المتاع للزوج وحده، فهذا القرار غير صالح لهذا الزمان و لا يعتد به نظرا لتغير الظروف .

أما في حال ما نكل أحد أطراف الدعوى على اليمين الموجه له حول المتاع، يعد خاسرا لدعواه[2]، طبقا لنص المادة 347 من القانون المدني:" كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه و كل من ردت عليه اليمين فنكل عنها، خسر دعواه".

ثالثا: تقسيم المتاع المشترك مع اليمين

أما المتاع الذي يثبت أنه مشترك بينهما، أي أنهما ساهما فيه مناصفة، أو أن الأشياء المتنازع عليها من طبيعة مشتركة تصلح للرجال و النساء معا فيقتسمان هذه الأشياء مناصفة بينهما[3]، طبقا لما نصت عليه المادة 73 من قانون الأسرة التي أقرت في حال وجود متاع مشترك بين المطلقين يتوجب اقتسامه بينهما، و أوجبت نفس المادة ضرورة أداء اليمين .

---

[1]– قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ1989/01/16، فصلا في الطعن رقم 52212، منشور بالمجلة القضائية، العدد 3/1991،ص55.

[2]– باديس ديابي، المرجع السابق،ص169.

[3]– الرشيد بن شويخ، قواعد الإثبات في النطاق المدني و قضايا الأسرة، المرجع السابق، ص453.

قد صدرت في الموضوع عدة قرارات قضائية منها القرار الصادر عن المحكمة العليا الذي جاء فيه:" من المقرر قانونا أن يتقاسم الزوجان في حالة النزاع، الأثاث المشترك بينهما مع توجيه اليمين،و في قضية الحال اعتبر قضاة المحكمة العليا أن القرار المنتقد أساء تطبيق القانون و خاصة المادة 73 من قانون الأسرة، فيما يخص النزاع الخاص بالأمتعة بين طرفي القضية لكون كل من الطاعنة و المطعون ضده يدعيه لنفسه و يزعم بأنه له أو ساهم في شراءه و كان المفروض إزاء هذا الخلاف و انعدام أي حجة لكل منهما توجيه اليمين للمطلقة في المعتاد للنساء، أما المعتاد للرجال فتوجه اليمين بشأنه للزوج المطعون ضده، و المشتركات بينهما يتقسمانها مع يمينها و ذلك عملا بأحكام المادة 73 من قانون الأسرة"[1].

في حال ما اتفق الزوجان في عقد الزواج أو بعد الزواج في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما أو التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية،و تحديد النسب التي تؤول لكل منهما، طبقا لما ورد في المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري، فعلى الطرفين إثبات ما يدعيانه بتقديم العقد الرسمي المبرم حول الأموال المشتركة بينهم، و القاضي يفصل النزاع وفق ما ورد فيه بعد التأكد من صحته.

أما بخصوص تقادم دعوى المطالبة بالمتاع فإن المحكمة العليا قد حددت المدة الزمنية التي لا يمكن تجاوزها للمطالبة بالمتاع وفق ما أقره القرار الصادر عن المحكمة العليا الذي جاء فيه:" تتقادم دعوى المطالبة بالمتاع بمرور 15 سنة من تاريخ الحكم بالطلاق"[2].

---

[1]– قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية صادر بتاريخ، 2001/07/13، ملف رقم 277411، منشور بالمجلة القضائية العدد2/2004، ص259.

[2]– قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2010/11/11، فصلا في الطعن رقم 582154، منشور بالمجلة القضائية العدد 1/2011، ص255.

أما بخصوص القانون التونسي فقد أورد النزاع بين الزوجين حول المتاع في مجموعة من النصوص القانونية في مجلة الأحوال الشخصية التونسية، حيث نص في الفصل 26 منها على أنه: " إذا اختلف الزوجان في متاع البيت و لا بيّنة لهما فالقول للزوج بيمينه في المعتاد للرجال و للزوجة بيمينها في المعتاد للنساء و إن كان من البضائع التجارية فهو لمن يتعاطى التجارة منهما بيمينه أما في المعتاد للرجال و النساء معا فيحلف فيه كل منهما و يقتسمانه"، أما الفصل 27 فقد نص على:" إذا مات أحد الزوجين و وقع النزاع في متاع البيت بين الحي و ورثة الميت كان حكم الوارث حكم الموروث في الفصل المتقدّم"، و جاء في الفصل 28 على أن:" الهدايا التي يعطيها كل واحد من الزوجين للآخر بعد العقد يتم استرداد ما بقي منها قائما و لو تغير إذا وقع الفسخ قبل البناء بسبب الطرف الآخر، و لا يتم استرجاع شيء منها بعد الدخول"، و الملاحظ من هذه النصوص أن المشرع التونسي قد أدرج مجموعة من الأحكام تتشابه في مجملها مع الأحكام التي نص عليها المشرع الجزائري، بخلاف نص المادة 28 التي أقرت باسترداد الهدايا بعد العقد قبل الدخول ما بقي منها.

هذا ما أكدته محكمة التعقيب التونسية في قرار لها جاء فيه:"إذا تم الدخول و كان طلب الطلاق إنشاء من الزوج فإنه لا حق له في استرجاع ما قدمه من الهدايا"[1]، و في قرار آخر: " اقتضى الفصل 26 من مجلة الأحوال الشخصية أنه إذا اختلف الزوجان في متاع البيت و لا بينة لهما فالقول للزوج بيمينه في المعتاد للرجل و للزوجة بيمينها في المعتاد للنساء، و القضاء بحفظ الح ق في العارفة بناء على عدم إدلاء الزوجة بالبينة أ توجيهها اليمين على الزوج يكون خارقا للقانون و موجبا للنقض"[2].

[1]– قرار تعقيبي مدني عدد 70432 مؤرخ في 1999/05/18.

[2]– قرار تعقيبي مدني عدد 6391 مؤرخ في 1982/07/13.

المبحث الثاني

الإثبات في قضايا آثار الطلاق الخاصة بالأطفال

الطلاق يرتب مجموعة من الآثار، منها ما هو خاص بالزوجين، ومنها ما ينصرف إلى الأطفال، إلا أن هناك بعض الآثار المتعلقة بالأطفال يستوجب طرحها في الزواج والطلاق معا، و يتعلق الأمر بقضايا النسب و النفقة و إثباتهما، لهذا أردنا الحديث عنهما في آثار الزواج و في آثار الطلاق، من خلال تقسيمهما إلى جزأين، جزء خاص بآثار الزواج و قد تم التطرق إليه، و جزء خاص بآثار الطلاق و الذي يتضمن إثبات القضايا المتعلقة بالنسب بعد الطلاق و الوفاة و كذلك موضوع النفقة بعد فك الرابطة الزوجية، ما يتعلق بموضوع الاستعجال بالفصل في موضوع النفقة في دعاوى الطلاق، وأيضا أثر تغير الظروف على تقدير النفقة و إثباته(المطلب الأول).

كما سنتطرق لموضوع الحضانة و قضايا الإثبات فيه من خلال التعرض لمفهوم الحضانة وشروطها و التطرق لإثبات الإشكالات المتعلقة بآثار الحضانة، و التي أولاها المشرع الجزائري عناية خاصة في قانون الأسرة حيث نظمها في القوانين من المادة 62 إلى المادة 72 منه.

لدراسة موضوع الحضانة ارتأينا البدء بمفهومها، ثم محاولة دراسة الإشكالات المرتبطة بها بداية بموضوع الإثبات المتعلق بترتيب الحاضنين، ثم الإشكالات المتعلقة بمدة الحضانة، و حق الزيارة، بعدها ما يتعلق بنفقة المحضون و سكناه، و كذا ما يتعلق بسقوط الحضانة و انتهائها، وأخيرا سقوط الحضانة باختلال الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الإثبات في القضايا المتعلقة بالنسب و النفقة

لقد أشرت سابقا بأن الطلاق يرتب نتائج منها ما هو خاص بالزوجين، ومنها ما هو خاص بالأطفال كموضوع النسب و النفقة، وإن كانا هذان الموضوعان يطرحان في آثار الزواج والطلاق معا، وقد سبق و أن تحدثُ عنهما في آثار الزواج، إلا أنني ارتأيت التطرق إليهما في باب الطلاق و آثاره و تسليط الضوء على بعض النقاط المهمة من زاوية أخرى مدعمة بالتطبيقات القضائية الفاصلة في موضوع النسب و النفقة.

إذ يعتبر النسب و النفقة من أهم النتائج التي تترتب على الزواج والطلاق، لأن نسب الأولاد له أهمية كبيرة في قيام شخصية الأولاد، وقد أحاط الشارع الحكيم النسب وأولاه مكانة كبيرة لقوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَٰجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً﴾[1]. وقوله تعالى:﴿ وَهُوَ ٱلَّذِي خَلَقَ مِنَ ٱلْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾[2]، و ذلك منعا لاختلاط الأنساب، كما أن القانون الوضعي عمل على تكريس مبدأ الحماية القانونية للنسب من خلال سن مجموعة من النصوص القانونية التي قيدته بمجموعة من الضوابط و الشروط، و كذا نفقتهم التي من خلالها تقضى حاجيات و متطلبات الأولاد اليومية من أجل توفير حياة كريمة لهم.

لذا سأتطرق لموضوع النسب و إثباته (الفرع الأول)، و بعدها التطرق لقضايا النفقة و إثباتها (الفرع الثاني)

---

[1]– سورة النحل، الآية 72.

[2]– سورة الفرقان، الآية54.

الفرع الأول

الإثبات في القضايا المتعلقة بالنسب بعد الطلاق و الوفاة

يعتبر النسب من المواضيع المتشعبة و التي يصعب ضبطها و التحكم فيهان نظرا لأن أحكامها مستمدة من الشريعة الإسلامية، و ضبطها المشرع الجزائري بمجموعة من القوانين الوضعية و أضفى عليها مجموعة من التقنيات العلمية من حيث الإثبات و من حيث طريقة الإنجاب و التي أحدثت عدّة إشكالات قانونية و شرعية في قضايا النسب.

إلا أن قضايا النسب قد تثار بعض الأحيان بعد الطلاق أو بعد الوفاة، و تثير عدة إشكالات قانونية(أولا)، الأمر الذي قد يشكل صعوبة كبيرة في عملية إثبات نسب الطفل الناتج ضمن هذه الظروف(ثانيا).

أولا: إشكالات النسب بعد الطلاق أو الوفاة

لقد نصت المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة ".

و ما يمكن ملاحظته من هذا النص أن القانون قد أقر على أن ثبوت النسب في حالة الوفاة أو الطلاق يعتمد على حساب الحد الأقصى للحمل و هو 10 أشهر و يبدأ سريانه من تاريخ صدور الحكم بالطلاق أو من تاريخ الوفاة.

عليه فإذا طلق رجل امرأته _ وسواء أكان الطلاق رجعيا أو بائنا_ أو توفي عنها و أتت

بولد داخل 10 أشهر من الفراق فالولد ولده.[1]

غير أن المشرع الجزائري لم يشر لعدّة مواضيع مهمة و إشكالات قانونية، قد تثار في حال الطلاق أو الوفاة بشأن حساب مدة الحمل المقيدة بعشرة أشهر طبقا لنص المادة السالفة الذكر.

ففي حال ما إذا تبين للزوج على سبيل المثال بأن الزوجة غادرت بيت الزوجية ولم تعد إليه مدّة من الزمن بأن اعتبرت ناشزا قانونا، وبناء عليه حكم القاضي بالطلاق فإن النص القانوني يسمح بثبوت النسب بعد 10 أشهر من تاريخ الطلاق، بل قد يكون الزوج طلقها قبل صدور الحكم، و بالتالي فإن اعتماد مدّة عشرة أشهر لا يفيد في هذه الحالة[2].

في حال ما إذا كان الطلاق قبل الدخول فهنا النسب لا يثبت لأن الدخول الحقيقي شرط عند إجماع الفقهاء لثبوت نسب الولد بمعنى حدوث التلاقي الفعلي بين الزوجين.[3]

ثانيا: كيفية إثبات النسب بعد الطلاق أو الوفاة

فيما يخص عملية الإثبات في الموضوع فإن جميع وسائل الإثبات تكون معتمدة لإقامة الدليل على النسب[4]، فيمكن تقديم بعض الوثائق الرسمية التي تعد كفيلة لإثبات ما يدعى به، كتقديم الحكم القضائي للطلاق المؤرخ فيه تاريخ الطلاق و شهادة ميلاد الطفل و حساب الفارق بينهما، أما في حال ما إذا كان الطلاق عرفي أي لم يتم اللجوء للهيئات القضائية للفصل في النزاع و استصدار حكم بفك الرابطة الزوجية، فالإثبات هنا يكون عن طريق شهادة الشهود أو الإقرار، و بعدها يمكن إثبات النسب كما في الحالة العادية السابقة، و يمكن إثباته إما عن طريق شهادة القابلة التي قامت

[1]– محمد الكشبور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 505.

[2]– الرشيد بن شويخ ، قواعد الإثبات في النطاق المدني و قضايا الأسرة، المرجع السابق، ص478.

[3]– محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص 143.

[4]– الرشيد بن شويخ، قواعد الإثبات في النطاق المدني و قضايا الأسرة، المرجع السابق، ص479.

بتوليد الزوجة و التي يمكن أن تقدم التاريخ الذي وضع فيه الطفل، أو تاريخ التسجيل الذي قامت به الزوجة عند الدخول للمستشفى من أجل الولادة،حيث يتفحص القاضي المعطيات المقدمة أمامه ووفقها يبني حكمه.

بالعودة لحالة الطلاق قبل الدخول فلم ينص عليها المشرع الجزائري، وهو ملزم بتدارك الوضع و ضبطه بنص قانوني من أجل سد باب التحايل، فإن ادعت المطلقة بأنها حامل من طليقها فعلى الأخير إثبات عدم التلاقي الفعلي بينهما بعد إبرام عقد الزواج الإداري و لم تحصل الخلوة بينهما بكافة طرق الإثبات.

إلا أن المشكل المثار في المادة 43 من قانون الأسرة عندما حُدِدَتْ المُدَّة من تاريخ الانفصال، فهل هو تاريخ الحكم القضائي بالطلاق، باعتبار أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم، أم من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق إذا أوقعه بإرادته المنفردة، لأنه يقع شرعا باتفاق الفقهاء وبهذه الصورة سيختلف حساب المدة[1].

فالطلاق الحقيقي طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية يبدأ من يوم تلفظ الزوج بالطلاق و فراقه لزوجته، بغض النظر عن الطلاق بحكم القاضي الذي قد يتأخر صدوره عن تاريخ الانفصال الحقيقي للزوجين[2]، فحساب مدة الحمل يبدأ من تاريخ التلفظ بالطلاق، ما لم يثبت مراجعته لها بأن عاشرها من جديد وليس من تاريخ الحكم، إلا في حال تزامن التلفظ بالطلاق من الزوج وقت صدور الحكم القضائي بالطلاق فهنا يتم الحساب من التاريخ الموجود في الحكم.

في حال وفاة الزوج و ثار النزاع حول نسب الطفل الناتج بعد الوفاة، فإن عملية الإثبات تقتصر على مستخرج شهادة الوفاة الصادرة من الجهات المختصة و يثبت الولد في حال تمت ولادته

[1]– الرشيد بن شويخ، قواعد الإثبات في النطاق المدني و قضايا الأسرة، المرجع السابق، ص480.

[2]– علال برزوق آمال، المرجع السابق، ص87.

ضمن العشر الأشهر من تاريخ الوفاة.

أما بخصوص المشرع التونسي فقد نص في الفصل 69 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه: " لا يثبت النسب عند الإنكار لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها ولا ولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها أو من وفاته أو من تاريخ الطلاق".

قد أكدت هذه المادة مجموعة من التطبيقات القضائية في الموضوع، الصادرة عن محكمة التعقيب التونسية في بعض قراراتها و منها قرار لها جاء فيه : "إذا ولدت الزوجة لتمام ستة أشهر فأكثر من حين عقد الزواج سواء كان العقد صحيحا أو فاسدا يثبت نسب المولود من الزوج"[1].

جاء في قرار آخر:"يستخلص من الفصل 69 من مجلة الأحوال الشخصية أنه إذا ولدت الزوجة قبل تمام السنة من تاريخ انفصام الرابطة الزوجية فإن نسب الولد يلحق بوالده"[2].

بالعودة لنص المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري لم يكن المشرع دقيقا في تحديد المقصود بمصطلح "الانفصال" رغم أن المشرع قد حدد وسائل انحلال الرابطة الزوجية في المادة 47 من قانون الأسرة إما بالطلاق أو الوفاة و لم يتم سرد مصطلح الانفصال في أي موضوع من مواضيع قانون الأسرة، فماذا قصد المشرع بمصطلح الانفصال؟

فهل المشرع قصد بالانفصال، الطلاق بمعنى الانفصال الجسدي (عدم الاتصال الجسدي) بين الزوجين مع بقائهما متزوجين، أم قصد به الطلاق بحكم القاضي؟ وعليه فإن كان يقصد بمصطلح الانفصال الطلاق بحكم القضائي فهنا نكون أمام إشكال يتعارض مع أحكام النسب الشرعية التي تأخذ بتاريخ التلفظ بالطلاق في حساب مدة العشرة أشهر كحد أقصى لمدة الحمل،

[1]– قرار تعقيبي مدني عدد 12799 مورخ في 5نوفمبر 1985.

[2]– قرار تعقيبي مدني عدد 21030 مؤرخ في 1991/02/03.

وإن قصد به الفراق و الانفصال الفعلي بين الزوجين قبل الحكم بالطلاق[1]، فإن اعتماد هذا الانفصال الفعلي لحساب العشرة أشهر كحد أقصى لمدة الحمل يتماشى مع أحكام النسب الشرعية.

مع تضارب هاذين الاحتمالين و اختلافهما في كيفية حساب العشرة أشهر كحد أقصى لمدّة الحمل و مدى ملائمة هاذين الاحتمالين لأحكام النسب الشرعية، أصبح لزاما على المشرع إزالة هذا اللبس و الغموض و تحديد المعنى المقصود بالضبط من مصطلح الانفصال لخطورة موضوع النسب و حفاظا على الحقوق و اجتنابا لاختلاط الأنساب.

سبب هذا الخلل هو عدم اعتماد القاضي طلاق الزوج بالإرادة المنفردة إذْ أنَّ القاضي المفروض عندما تُعرض عليه دعوى الطلاق من الزوج يسأله هل تلفظ بالطلاق أم لا، لكي يبني عليه حكمه لأنه بالتلفظ به يقع شرعا وينبغي أن يكون حكم القاضي موافقا للشرع أيضا، أي يضيف الطلاق إلى زمن حدوثه بأثر رجعي[2].

فإن أضيف حكم القاضي بأثر رجعي ففي هذه الحالة الحكم القضائي يعد مقرر أو كاشف للطلاق[3]، وكل نتائج الطلاق تترتب من هذا التاريخ أما في حال ما لم يتلفظ الزوج بالطلاق فهنا يكون حكم القاضي منشئا لواقعة الطلاق وتحسب مدة الحمل اعتبارا من تاريخ الحكم.

في حال ما حدث نزاع بين الطرفين بشأن موضوع النسب، فما على الطرف الذي يدعي عدم ثبوت النسب بسبب عدم مرور المدة القانونية وهو ستة أشهر كحد أدنى من تاريخ العقد، وعشرة أشهر كحد أقصى فإذا تأكد القاضي من عدم مرور المدة المقررة في القانون من تاريخ العقد أو

[1]– علال برزوق آمال، السابق، ص86 و 87.

[2]– الرشيد بن شويخ، قواعد الإثبات في النطاق المدني و قضايا الأسرة، المرجع السابق، ص479.

[3]– بن هبري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص84.

تجاوزتها، فإنه يحكم بعدم ثبوت النسب اعتمادا على ورد في قانون الأسرة[1].

فإذا كانت هذه الوقائع ثابتة التاريخ لدى القضاء والمولود جاء بعد مرور سنة كاملة من هذه الوقائع، فإن النسب لا يثبت أيضا لوجود قرينة قانونية بنص القانون، ماعدا بعض الحالات التي قد تتقرر بسبب متاعب صحية معلومة تمت مراقبتها من طرف مختصين[2].

هذا ما أقرته التطبيقات القضائية في قرارات المحكمة العليا حيث جاء في أحد قراراتها مايلي:" من المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون، ولما كان من الثابت – في قضية الحال– أن مدة حمل المطعون ضدها أقل من الحد الأدنى المقرر قانونا، فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلحاق نسب الطفل لأبيه خرقوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[3].

قد سبق التطرق لموضوع اللعان الذي يعد من طرق الفرقة بين الزوجين على وجه التأبيد، وطريق من طرق نفي النسب الشرعية، فالملاعنة بين الزوجين ينتج عنها الطلاق الفوري بين الزوجين و يتعدى ذلك للأولاد بحيث يمكن أن يتم نفي النسب لأن مشاهدة الزوج لزوجته متلبسة بفعل مخل بالحياء _قيامها بعلاقة جنسية مع غيره_ يجعله يشك بنسب الولد الذي تحمله و بالتالي يمكن له نفي نسبهم عن طريق اللعان بعد ثبوته و قيامه وفق الشروط المنصوص عليها شرعا و تم التطرق إليها سابقا.

استقر القضاء الجزائري على اعتماد اللعان كطريق مشروع لنفي النسب، ومما جاء فيه : من المقرر أيضا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها في

---

[1]– قرار المحكمة العليا رقم 330464، بتاريخ 2005/03/23،المجلة القضائية ،العدد 1/2005،ص293.

[2]– الرشيد بن شويخ، قواعد الإثبات في النطاق المدني و قضايا الأسرة، المرجع السابق، ص480.

[3]– قرار المحكمة العليا رقم 57756 المؤرخ في 1999/01/22، المجلة القضائية عدد2 لسنة1992 ،ص71.

الشريعة والاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا[1].

أما بخصوص المشرع التونسي فقد نص في الفصل75 على أنه:"إذا نفى الزوج حمل زوجته أو الولد اللازم له فلا ينتفي عنه إلا بحكم الحاكم وتقبل في هاته الصورة جميع وسائل الإثبات الشرعية".

نص الفصل 76 بأنه:" إذا أثبت الحاكم نفي الأبوة طبق أحكام الفصل السابق فإنه يحكم بقطع النسب والفراق الأبدي بين الزوجين".

ما يمكن ملاحظته من الفصلين هو الإقرار بالفراق الأبدي في حال ما إذا أثبت القاضي نفي الأبوة و بالتالي يعتبر هذا الحكم كبديل للعان فالنتائج المترتبة عن الدعوى هي نفسها المترتبة عن الملاعنة و هي نفي النسب و الفرقة الأبدية بين الزوجين.

إلا أن المشكل المثار حول هذا الموضوع حاليا، نظرا لخطورة اللعان على حق الولد في النسب لأبيه، لاحتمال كذب الزوج في اتهامه بالإضافة إلى أن هذه التهمة تصيب الزوجة في شرفها وتؤثر على حقوق ولدها المادية والمعنوية[2]، فعلى المشرع الجزائري السماح باستعمال تقنية البصمة الوراثة في إثبات نسب الطفل حفاظا عليه من الضياع و صون حقوقه و حسم الموضوع، ما دام أن المشرع قد أجاز في تعديله الأخير لقانون الأسرة اللجوء للطرق العلمية في إثبات النسب .

[1]– قرار المحكمة العليا بتاريخ 1998/10/20، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ص82.

[2]– الرشيد بن شويخ، قواعد الإثبات في النطاق المدني و قضايا الأسرة، المرجع السابق، ص482.

الفرع الثاني

الإثبات في القضايا المتعلقة بالنفقة

من المتفق عليه أن النفقة تعتبر من أهم الآثار التي تترتب عن عقد الزواج و الطلاق، ولذلك أولاها المشرع اهتمام و رعاية خاصة، وأحاطها بالعديد من مظاهر الحماية نظرا لطبيعتها المعيشية والاجتماعية،حيث نظمها المشرع الجزائري في الفصل الثالث من الباب الثاني المتعلق بانحلال الزواج، ضمن المواد من 74 إلى 80 من قانون الأسرة، كما أن المشرع أولى النفقة بميزة خاصة، حيث أقر بأن الأحكام الصادرة في النفقة مشمولة بالنفاذ المعجل القانوني، كما يمكن له الفصل في موضوع النفقة على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة الخاصة بالنفقة، و بهذا يكون قد أحاطها بحماية مستعجلة في الفصل فيها و في تنفيذ الحكم الصادر بشأنها، و هذا ما أكدته المادة 57 مكرر من قانون الأسرة.

قد سبق و أن تطرقت لموضوع النفقة ضمن هذه الرسالة، كونه موضوع يندرج ضمن القسم الخاص بآثار الزواج أيضا، و فصلت في مواضيع النفقة و كذا كيفية إثباتها، إلّا أن الجزء المتعلق بالنفقة المعجلة (أولا) و أثر تغير الظروف على تقدير النفقة و كيفية إثباته(ثانيا)، ارتأيت إدراجه ضمن القسم الخاص بآثار الطلاق.

أولا:إثبات النفقة المعجلة

على اعتبار أن الطابع المعيشي للنفقة يقتضي الخروج عن الإجراءات العادية للتقاضي في دعاوى الأسرة عامة، أكد المشرع الجزائري على ضرورة الإسراع في إصدار الأحكام الخاصة بها وضمان حسن واستمرار تنفيذها، لذلك نص في الفقرة الأخيرة من المادة 57 مكرر من قانون الأسرة

على ما يلي:" يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة لاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن".

قد أكد القضاء الجزائري اختصاص القضاء المستعجل بشأن النفقة المؤقتة وذلك طبقا للمادة 57 مكرر. حيث قضت المحكمة العليا بأن قاضي الاستعجال مختص للحكم للزوجة وللأبناء بنفقة قبل الفصل في الدعوى من حيث الموضوع[1].

ذلك أن النزاعات المتعلقة بالنفقة في وقتنا الحاضر نعتبر سببا رئيسيا للكثير من المشاكل الاجتماعية و الأخلاقية و التي يكون لها تأثير خطير على الأسرة التي هي نواة المجتمع، ففي حال لم يجد الأطفال ما يأكلون يتوجهون للتسول أو للبحث عن عمل مقابل دخل مادي بسيط من أجل سد جوعهم وحاجياتهم فتصادفون مع من يستغلهم في أعمال غير قانونية و غير أخلاقية مقابل مبلغ زهيد، أو تتجه الأم هي للتسول رفقة أبنائها أو تقصد أوكار الدعارة من أجل الحصول على المال و لا تهمها العواقب الناتجة عن كل هذا الانحطاط الأخلاقي الذي قد ينتج عنه أجيال ضائعة خالية من القيم و المبادئ.

على هذا الأساس أكد المشرع على ضرورة الإسراع في إصدار الأحكام الخاصة بالنفقة وضمان حسن و استمرار تنفيذها، كإجراء وقتي ذو صبغة استعجالية نظرا للدور الاجتماعي والإنساني و المعيشي لها.[2]

---

[1]– قرار في ملف رقم 333042 صادر بتاريخ 19–01– 2005 منشور بمجلة المحكمة العليا، العدد 1/2005 ص175.

[2]– محمد أمزيان، القضاء المستعجل في القضايا الأسرية – الحضانة و النفقة نموذجا– ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ، جامعة محمد الأول، وجدة ، المغرب، السنة الجامعية 2008–2009، ص72.

غير أن المشرع الجزائري لم يحدد لنا المقصود بالصفة الاستعجالية التي تتميز بها النفقة إلا أنه يمكن تفسير ذلك بأنها إحالة النفقة بموجب أمر على عريضة على أقرب جلسة ، و كذا تقريب الفترات التي تمنح للأطراف للإدلاء بأجوبتهم و وسائل دفاعهم إلى أقصى حد ممكن، و رفض طلبات التأخير غلا لأسباب جدية ترى المحكمة جدية يمس رفضها بحقوق الدفاع[1].

بخصوص الجدل الفقهي القائم بين صاحب الاختصاص في الفصل في دعاوى النفقة، نجد بأن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية قد منح رئيس قسم شؤون الأسرة ممارسة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، نظرا للخصوصية التي تنطوي عليها قضايا الأسرة و بالأخص دعاوى النفقة، و بهذا يكون قد تجاوز مسألة مدى كفاءة قاضي المستعجلات للحكم بالنفقة التي تكتسي خصوصية بالغة، خاصة إذا لم يكن مختصا في شؤون الأسرة.

ثانيا: إثبات أثر تغير الظروف على مراجعة مقدار النفقة

إن دعاوى النفقة كغيرها من الدعاوى الأخرى قد تتشعب لارتباطها بطلبات أخرى، وتستغرق وقتا طويلا، لا يستطيع خلالها طالب النفقة مواجهة ظروف الحياة، ولهذا كرس المشرع إمكانية الحكم بالنفقة المؤقتة ريثما يصدر الحكم في الموضوع.

أثناء تقرير النفقة المؤقتة يمكن للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار ما اتفق عليه الزوجان عند الأمر بالتدابير المؤقتة[2]، كما يجوز له في حالة ظهور واقعة جديدة، و حسب الظروف، أن يلغي أو يعدل أو يتمم التدابير المؤقتة التي يأمر بها، ما لم يتم الفصل في الموضوع[1].

---

[1]– أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، أثار الولادة و الأهلية و النيابة الشرعية، ج2، ط1، دار نشر المعرفة، الرباط، المغرب، 1994، ص206.

[2]– المادة 444 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

غير أن المشرع الجزائري نص على الطابع الاستعجالي لدعاوى النفقة من الخلال النصوص السابقة الذكر، و شمولها بالنفاذ المعجل، الذي كانت نتيجته تقرير النفقة المؤقتة ، غير أن المشرع لم يحدد أجل إصدار الأمر الاستعجالي، مما قد يفتح باب المماطلة أمام إصدار هذا الأمر، وبالتالي يضرب بعرض الحائط طابع الاستعجال فيها.

أقر المشرع السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تقدير النفقة، فإن هذه الحجية ليست مطلقة و إنما هي نسبية مؤقتة تخضع لتغير الظروف و الأحوال عبر الزمان و المكان، و بالتالي أمكن مراجعة الحكم القاضي بفرض النفقة أو إسقاطها تماشيا مع هذه الظروف و المنصوص عليها قانونا في أغلب التشريعات العربية عدا التشريع الجزائري[2]، الذي لم يتطرق لموضوع الظروف الطارئة في مراجعة النفقة بعد تحديدها، غير ما نص عليه في المادة 79 من قانون الأسرة التي حدد فيها مضي مدة سنة من الحكم بمقدار النفقة لكي يتمكن لصاحب الحق من أن يطلب مراجعة مقدارها بالزيادة أو بالنقصان على حسب الظروف، بعد تقديم الإثباتات الضرورية.

فقد يحدث لأحد الأولاد أمر طارئ على سبيل المثال كأن يحتاج للمال من أجل العلاج أو القيام بعملية جراحية طارئة، فهنا ترفع الأم طلب للقاضي من أجل الزيادة في النفقة بسبب هذا الطارئ المستعجل الذي لا يحتمل الانتظار، و عليه فالمشرع الجزائر مطالب بتدارك الوضع و سن قوانين تشمل هذا الموضوع.

المعلوم أنه يقع واجب إثبات هذه الظروف بكافة الطرق، فالمطلق له أن يطلب مراجعة النفقة بالنقصان و التحجج بإفلاسه مثلا أو تسريحه من وظيفته بحيث أصبح بدون راتب مالي،او أنه

---

[1]– المادة 445 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

[2]– الرشيد بن شويخ ، قواعد الإثبات في النطاق المدني و قضايا الأسرة ، المرجع السابق، ص238.

قد حصل له حادث عمل أطرحه الفراش و بالتالي أصبح غير قادر على العمل[1] .

كما يمكن للمطلقة أن تطلب مراجعة النفقة بالزيادة و تحتج بعدة ظروف كالارتفاع المفاجئ للأسعار، او أن تثبت أن المطلق قد تحسن راتبة الشهري بسبب ترقية تحصل عليها .

[1]– الرشيد بن شويخ، قواعد الإثبات في النطاق المدني و قضايا الأسرة ، المرجع السابق، ص 243.

المطلب الثاني

الإثبات في القضايا المتعلقة بالحضانة

تعتبر الحضانة واحدة من أهم المسائل التي أولتها الشريعة الإسلامية عناية خاصة لما تخلفه من آثار إيجابية أو سلبية في حياة الفرد والأسرة والمجتمع، لأنها تختص بالأبناء باعتبارهم اللبنة الأولى التي تتكون منها الأسرة.

موضوع الحضانة يطرح في حالة الطلاق بين الزوجين، وكثيرا ما يتنازع الزوجان على الحق في الحضانة، فكل واحد منهما يريد أن يحتفظ بحضانة أبنائه.

لهذا السبب نجد الشريعة الإسلامية قد ضبطت هذا الموضوع من خلال النصوص الشرعية واجتهادات الفقهاء، حتى لا يعيش الأبناء بين صراع الأبوين مما يؤثر سلبا على نفسيتهم و تربيتهم فإن كانت الحضانة حقا للأم قبل غيرها فقد اقتضى الشرع أن تكون للنساء قبل الرجال، واقتضى أيضا أن تكون قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب، إلا أن الفقهاء اختلفوا في ترتيبها، مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك.

هذا ما أخذ به المشرع الجزائري في قانون الأسرة، فالقاضي يسند الحضانة لمن تتوفر فيه الشروط اللازمة للرعاية و لتحقيق مصلحة المحضون، و في حال ما تم الاتفاق على من تسند إليه الحضانة، قد تثار عدّة إشكالات أخرى فيما يتعلق بمسكن ممارسة الحضانة و نفقة المحضون و السفر به و عدة إشكالات تابعة لها.

لدراسة هذا المواضيع سنتطرق للمقصود بالحضانة و شروطها(الفرع الأول)، ثم إثبات الإشكالات المتعلقة بآثار الحضانة(الفرع الثاني).

الفرع الأول: المقصود بالحضانة و شروطها

نظرا للأهمية الخاصة للحضانة، لكونها من أبرز النتائج المترتبة عن مسألة الطلاق، و لارتباطها بمصير الأطفال الذين لا يحق للوالدين تحميلهم تبعات النزاع الحاصل بينهما لأنه لا ذنب لهم فيه؛ نجد أن التشريع الإسلامي ضبط هذا الموضوع و وضع له أحكاما خاصة به ، حتى لا يعيش الصغار وسط صراع الأبوين، كما أن القوانين الوضعية حاولت جاهدة الإلمام به من الجوانب و بأقل الأضرار خاصة و أن الطفل الحلقة الأساسية فيه، و لدراسة الموضوع سنتحدث عن مفهوم الحضانة و سندها الشرعي(أولا)، ثم التطرق لشروط ممارسة الحضانة(ثانيا).

أولا: مفهوم الحضانة و سندها الشرعي

مفهوم الحضانة و سندها الشرعي من المسائل الهمة و التي سنتطرق إليها في دراستنا بكل تفصيل على النحو التالي:

أ- تعريف الحضانة

للتعريف بالحضانة تعريفا شاملا لابد من الجمع بين تعريفها اللغوي، و الاصطلاحي فقها و قانونا.

1- التعريف اللغوي للحضانة

الحضانة لغة مستمدة من الحِضن بالكسر ما دون الإبط إلى الكَشْحْ أو الصدر و العضدان وما بينهما ، و جانب الشيء وناحيته ، جمع أحضان و حضن الصبي حضنا و حضانة بالكسر

جعله في حضنه أو رباه ، والطائر بيضه حَضنًا و حِضنا و حِضانة بكسرهما و حضونا رخّم عليه للتفريخ "[1] .

2- التعريف الفقهي للحضانة

لقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الحضانة هي القيام بحفظ و رعاية الولد و تربيته و كان الاختلاف بينهم في الصياغة و التعبير، و سنتطرق لتعريف الحضانة عند فقهاء المذاهب الأربعة على النحو التالي:

- عرفها الأحناف على أنها: " حضانة الأم لولدها هي ضمها إياه إلى جنبها، واعتزالها إياه من أبيه ليكون عندها، فتقوم بحفظه و إمساكه و غسل ثيابه".[2]
- عرفها المالكية على أنها: " لحضانة هي حفظ الولد و القيام بمصالحه،أي من طعامه و لباسه و تنظيف جسمه و موضعه و ذهابه و مجيئه".[3]
- عرفها الشافعية على أنها: " الحضانة هي تربية من لا يستقل بأموره بما يصلحه ، ووقايته عمّا يؤذيه".[4]
- عرفها الحنابلة على أنها: " الحضانة هي حفظ الصغير و نحوه عمّا يضره، و تربيته بعمل مصالحه".[5]

---

[1]- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط ،فصل الحاء –باب النون ،ج4، ط2، 1952، مطبعة مصطفى الحلبي و أولاده، مصر، ص 217 .

[2]- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، دط، 1982م، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ص40.

[3]- الدردير ، الشرح الكبير على مختصر خليل، ج2، دط، دت، دار إحياء الكتب العربية، مصر، ص 526.

[4]- النووي ، المنهاج مع مغني المحتاج، ج3 ، دط، دت، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان ، ص 452.

[5]- ابن قدامة ، الشرح الكبير على مختصر خليل، ج2، دط، دت، دار إحياء الكتب العربية ، مصر، ص290.

3- التعريف القانوني للحضانة

على خلاف ما عاهدناه من المشرع الجزائري في النصوص القانونية، خاصة ما تعلق منها بأحكام الأسرة أنه يترك التعريف للاجتهاد من قبل القرارات القضائية أو شراح القانون، إلا أنه في موضوع الحضانة قد أورد نص المادة 62 التي حددت المقصود بالحضانة بأنها : رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا".

و انطلاق من التعريف يتضح لنا جليا أن الحضانة تتمثل أساسا في:

- **رعاية الولد:** تتمثل في الاعتناء بالطفل **و** تقديم المساعدة له و توفير كلّ ما يلزم لنموه بشكل سليم وطبيعي سواء كانت اللوازم معنوية أو مادية.
- **تعليم الولد:** و يقصد به أن يحرص الحاضن على أن يتلقى المحضون تعليمه الذي يعد حقا من حقوقه بضمانة قانونية، و ذلك لتطويره الذهني و الرفع من مستواه.
- **تربية الولد على دين أبيه:** إن اختلف دين الوالدين بأن أحدهما مسلما و الآخر كافرا ، فإن الولد يتبع والده في الدين، أي أن الحاضنة الأم قد تكون كافرة و لذلك أوجب عليها القانون أن تقوم بتربية المحضون على مبادئ و قيم الدين الإسلامي، و هو دين الأب في تنشئة الطفل[1]،و هذا ما أكده قضاء المحكمة العليا حيث جاء في أحد قراراته : "من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها و لو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه و أن حضانة الذكر للبلوغ و حضانة الأنثى حتى سن الزواج، و من ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية و القانونية"[2].

---

[1]- باديس ديابي، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص125.

[2]- قرار المحكمة العليا، ملف 52221 بتاريخ 1989/03/13.

- **توفير الحماية للولد:** و يقصد بها العمل على توفير الحماية من العنف و الاستغلال و سوء المعاملة و الإهمال[1]، و العنف اللفظي و الجسدي من أجل ضمان الاستقرار النفسي للطفل وتوفير الأمن له.
- **حفظ صحة الولد:**و يقصد به تلبية كافة احتياجاته من تغذية و نظافة، و العناية بمظهره الخارجي و التأكد من نمو الولد بطريقة طبيعية و سليمة، و مراقبة صحته بشكل مستمر، والانتباه لأي عارض مرضي قد يظهر عليه و مراجعة الطبيب بشكل فوري في حال حدوث ذلك.
- **حفظ أخلاق الولد:** بمعنى الحرص على تهذيب و تربية الولد على الأخلاق الحسنة و الطيبة، و ينعكس ذلك على قوله و فعله، و الحرص على نهوضه صالح فاعل في المجتمع و قادر على رعاية نفسه و نفع غيره.

أما بخصوص المشرع التونسي فقد نص في الفصل54 من مجلة الأحوال الشخصية على أن الحضانة حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته، ونلاحظ أن القانون التونسي اقتصر في تعريفه للحضانة على الحفاظ على الولد بتوفير مكان يبيت فيه، و القيام بتربيته على الشكل الصحيح و بقية التفاصيل تركها للاجتهاد.

فقد جاء في قرار صادر عن محكمة التعقيب التونسية، أن رعاية المحضون تشمل المحافظة على تنشئته تنشئة سليمة و تلقي الرعاية التامة في مبيته و في تربيته، لذلك فإن الحضانة يراعى في شأنها جميع الجوانب المتصلة بها من ذلك مشمولاتها، كسكن المحضون و حق الزيارة و الاستصحاب و كذلك مستحق الحضانة بالنظر إلى أهمية الدور الذي يقوم به الحاضن إلى وضع التوازن في الالتزامات و الحقوق، بين مختلف الأطراف، كل ذلك ضمانا لحماية مصلحة المحضون

[1]– نقلا عن الرابط: https://www.unicef.org/iraq/ar , Vu le 10/10/2020,10h30

الفضلى[1]، كما أن الحضانة يراعى في شأنها التوازن النفسي و العاطفي و تجنب كل ما يمكن أن يحدث اضطرابا نفسيا في حياة المحضون قد تكون نتائجه سلبية لا يمكن تفاديها في المستقبل.[2]

ب- السند الشرعي للحضانة

يستمد الحضانة مشروعيتها و سندها الشرعي من القرآن الكريم، في قوله تعالى :﴿وَقُل رَّبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا﴾[3]، و الآية تهدف إلى تذكير الابن بما قدمه والداه من تربية و حضانة و رعاية في مرحلة الطفولة، وقال تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾[4].

في السنة النبوية الشريفة ما رواه ابن عمر أن امرأة جاءت إلى النبي صلى الله عليه و سلم و قالت: « يا رسول الله هذا ابني , كان بطني له وعاء, و حجري له حواء ، و ثديي له سقاء، و إنّ أباه طلقني فأراد أن ينتزعه مني ، فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم: أنتِ أحقُّ بهِ ما لم تنكحي» [5].

ووجه الدلالة من الحديث أنه إذا افترق الأبوان ، وبينهما ولد ، فالأم أحق به من الأب ما لم يقم بالأم ما يمنع تقديمها، أو بالولد وصف يقتضي تخييره، فالأم أحق بحضانة ولدها إذا أراد الأب

---

[1]- قرار تعقيبي عدد 2014، رقم الملف 17535، بتاريخ 2015/01/29.

[2]- قرار تعقيبي عدد2014، ملف رقم 19670 ، صادر بتاريخ 2015/10/21، و القرار التعقيبي العدد 2015، رقم 32177، صادر بتاريخ 2016/05/18.

[3]- سورة الإسراء، الأية 24 .

[4]- سورة البقرة، من الأية 233 .

[5]- أبو داود سليمان بن الأشعث، مختصر أبي داود، في الطلاق: باب من أحق بالولد، ج3، دط، 1980، دار المعرفة ، بيروت لبنان، الحديث رقم 2276، ص 185 .

أن ينتزعه منها ، و الحكم الذي في الحديث لا خلاف فيه فقد قضى به أبو بكر ثم عمر رضي الله عنهما.[1]

ثانيا: شروط ممارسة الحضانة

لممارسة الحضانة على الوجه الشرعي و القانوني لابد من توفر مجموعة من الشروط، حيث أن المشرع الجزائري كان مقتضبا في تحديد هذه الشروط، حيث خصص فقرة قصير و موجزة في المادة 62 من قانون الأسرة جاء فيها:"...و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، والسؤال الذي يطرح نفسه ماذا يقصد المشرع بأهلية الحاضن، إلا أن النقص و الغموض الوارد في النص يحيلنا لأحكام المادة 222 من قانون الأسرة و التي تحيلنا بدورها لأحكام الشريعة الإسلامية في حال ما لم يرد النص عليه في قانون الأسرة،.

للحضانة شروط تخص الرجال و النساء معا، بالإضافة إلى شروط يختص بها الحاضن من الرجال و الحاضنة من النساء.

أ- الشروط العامة للحضانة المتعلقة بالنساء و الرجال

- **البلوغ:** فالحضانة مهمة شاقة لا يتحمل تبعاتها إلا الكبار، و غايتها لا تتحقق بغير ذلك، ولا خلاف في الفقه على اشتراط البلوغ حتى تتوافر أهلية الحضانة.
- **العقل:** الحضانة نوع من الولاية على النفس، و غير العاقل لا ولاية له على نفسه فمن باب أولى لا تثبت له ولاية على غيره.

[1]- ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، حقق نصوصه، شعيب الأرنئوط و عبد القادر الأرنئوط، ج5، ط15،1987، مؤسسة الرسالة، مكتبة المنار الإسلامية، بيروت، لبنان، ص 435.

- **الأمانة والاستقامة:** و المقصود بها صفة في الحاضن يكون بها أهلا للحضانة، و بيئة مصاحبة تضمن حد أدنى من المعاملة الجيدة و التربية السليمة للصغير المحضون، فإذا كانت المرأة فاسقة وكان فسقها يشغلها عن العناية بالصغير ويؤدي إلى ضياعه إذا ترك عندها لم يكن لها حق الحضانة.
- **القدرة:** و يقصد بها إمكانية تربية الصغير وصيانته والقيام بشؤونه، فلا تثبت الحضانة للعاجز أو المريض.
- **ألا يكون الحاضن مرتدا:** يشترط في الحاضن ألا يكون مرتدا أي رجع عن الدين الإسلامي، حيث أن ردته قد تدفعه إلى أن يغير دين الصغير فلا يؤمّن عليه، فبالتالي يسقط حقه في الحضانة.[1]

ب- الشروط الخاصة بالنساء

إضافة إلى الشروط العامة السالفة الذكر التي ينبغي توفرها في الحاضنة لكي تكون أهلا لإسناد الحضانة هناك مجموعة من الشروط الأخرى الخاصة بالنساء فقط يجب أن تتوفر كي يسمح لها بممارسة الحضانة و سنوردها فيما يلي:

- أن تكون المرأة من محارم الصغير نسبا، كالأم و الخالة و الأخت و العمة والجدة، فلا حضانة لغير القرابة النسبية.
- ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم منه، و في حال ما تزوجت الحاضنة بقريب محرم من الصغير مثل عمه، فإن حضانتها لا تسقط لأن العم صاحب حق في الحضانة و قرابته للطفل تجعله يحسن رعايته[2].

---

[1]- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة -دراسة مقارنة- رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، السنة الجامعية 2005/2004، ص 317.

[2]- باديس ديابي، المرجع السابق، ص136.

- أن لا تقيم الحاضنة بالصغير في بيت من يبغضه حتى لا تتضرر نفس الصغير.
- ألا تكون الأم امتنعت عن حضانة الطفل مجانا عند إعسار الأب.
- أما الإسلام فقد اختلف الفقهاء بشأنه، فقد ذهب ابن القاسم من المالكية و أبي ثور من الحنفية إلى القول بثبوت الحضانة للكافرة لأن الحضانة عندهم لا تتجاوز إرضاع الطفل و خدمته وكلاهما يجوز من الكافرة، كما أن مناط الحضانة هي الشفقة والرحمة و لا تختلف باختلاف الدين.[1]

فيما يخص الإمام الشافعي و أحمد ابن حنبل فإنهما يشترطان الإسلام في الحاضن بأن يكون مسلما، لأن الكافر عندهم غير صالح للحضانة لأنه يفتن المحضون في دينه[2].

الملاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ برأي المذهب المالكي حين أكد في نص المادة 62 من قانون الأسرة على أن يربى الطفل على دين أبيه، ويبدو أنه لا فرق بين أن تكون حاضنته مسلمة أو غير مسلمة.

ت- الشروط الخاصة بالرجال

بالإضافة إلى الشروط العامة المذكورة سابقا، هناك شروط أخرى يجب أن تتوفر في الرجل حتى يتمكن من ممارسة حقه في الحضانة وهي:

- أن يكون الحاضن محرم للمحضون إذا كانت أنثى[3]
- إتحاد الدين بين الحاضن و المحضون: لأن حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث ولا توارث بين مسلم و غير مسلم[4].

---

[1]- سيد سابق ، فقه السنة ج2، ط3، 1977، دار الكتب العربية ، ، بيروت، لينان، ص 343.

[2]- المرجع نفسه، ص 343.

[3]- باديس ديابي، المرجع السابق، ص139.

[4]- المرجع نفسه، ص139.

الفرع الثاني: إثبات الإشكالات المتعلقة بآثار الحضانة

إن انحلال الرابطة الزوجية من شأنه أن يرتب إسناد حضانة الأولاد لأحد الأبوين أو غيرهما ممن هو أحق بها قانونا و شرعا، ولعلها تكون الأم مبدئيا لكونها الأنسب و الأجدر بها شرعا وقانونا، و ينتج عن ذلك آثار تتطلبها ممارسة الحضانة، مع مراعاة مصلحة المحضون لينشأ سليما، و يتجلى ذلك فيما تتطلبه الحضانة من مجهودات مادية و معنوية في سبيل تربية المحضون والسهر على مصالحه و من أجل تحقيق الغرض من الحضانة لابد من توفر آثار الحضانة وفق لما هو منصوص عليه في قانون الأسرة إلا أن بعض النقائص التي تكتسي على هذه النصوص القانونية أدى إلى ظهور بعض الإشكالات الخاصة بالموضوع و التي تثير عدّة نزاعات حول ولي الحضانة مما يلجا أطراف الخصومة إلى الجهات القضائية، و التي بدورها تحكم حول ما تقدم أمامها من إثباتات على الوقائع المدعى بها، للفصل في النزاع المعروض عليها.

سأتطرق لدراسة موضوع إثبات الإشكالات المتعلقة بمراتب الحاضنين(أولا)، ثم التطرق لموضوع إثبات الإشكالات المتعلقة بمدّة الحضانة(ثانيا) إثبات الإشكالات المتعلقة بحق الزيارة(ثالثا) ثم موضوع إثبات الإشكالات المتعلقة بنفقة المحضون و سكناه(رابعا)، ثم إثبات الإشكالات المتعلقة بسقوط الحضانة و انتهاؤها(خامسا)،ثم إثبات سقوط الحضانة باختلال الشروط المنصوص عليها في الماة 62 من قانون الأسرة(سادسا)

أولا:إثبات الإشكالات المتعلقة بمراتب الحاضنين

إن مراتب الحاضنين تتحدد بحسب القرابة وحسب الأولوية بما يتناسب مع مصلحة المحضون في تحقيق الأهداف من الحضانة.

من خلال الأحكام الفقهية والنصوص القانونية فإننا نجد بأن الأولوية تعطى للأم أولا باعتبار أن مسألة التربية والرعاية في المراحل الأولى للصغير تتطلب ذلك.

إن تقديم جهة النساء على الرجال في حضانة الصغار هي قاعدة شرعية تقتضيها طبيعة الحياة في المراحل الأولى من حياة الأطفال.

قد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على تحديد مراتب الحاضنين من خلال نص المادة 64 التي جاء فيها: "الأم أولى بحضانة ولدها ، ثم الأب، ثم الجدة لأم،ثم الجدة لأب،ثم الخالة ، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك .."

الملاحظ من هذه المادة أن المشرع الجزائري جعل الأم أولى بحضانة ابنها، و في حال تعذرها تسند للأب لأنه أحق برعاية ابنه و تربيته و توفير الحماية اللازمة له،، في حال تعذر الأب أو إسقاطها عنه جعل المشرع الحضانة للجدة لأم و إن تعذر قيامها بحضانة الطفل تسند للجدة لأب باعتبار أن الطفل وثيق الصلة بجداته و قد تعود عليهما ، وفي حال تعذر الجدات في حضانة الطفل تسند الحضانة للخالة و بعدها العمة إن أسقطت عن الخالة، و في حال غياب أو تعذر مما سبق ذكرهم عن المطالبة بالحضانة يمكن اللجوء إلى الأقربون درجة من الأهل، و على القاضي حال إسناد الحضانة مراعاة مصلحة المحضون في ذلك.

تجدر الإشارة إلى أن الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة بالنسبة للحاضنين لا يمكن مخالفته إلا إذا ثبت بالدليل على من هو أجدر للقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون[1].

[1]- قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة الأحوال الشخصية، رقم 89672 بتاريخ 1993/02/23 ، منشور بمجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية 2001عدد خاص، ص 166.

المهم أن يبحث القاضي عن الشخص والمكان الملائمين لإسناد الحضانة، وأن لا يتقيد بالترتيب الوارد في النص، كما أنه لا يسند الحضانة للقريب البعيد ويترك الأقرب منه درجة للصغير، مع توخي دائما مصلحة المحضون لأنها هي الأساس في الموضوع[1].

أما مسألة الولاية على المحضون فقد نص المشرع الجزائري عليها في المادة 3/87 من قانون الأسرة و جاء فيها:" وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له الحضانة"، وبالتالي منح المشرع حق الولاية لمن أسندت إليه الحضانة، لتسهيل مهمة الحاضن في رعاية شؤون المحضون و تولي أموره دون طلب الإذن من شخص آخر كلف بولايته خاصة في الأمور المستعجلة.

هذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها حيث جاء فيه:" إسناد الحضانة للأم ، بعد الطلاق بدون منح الولاية لها، خرق للقانون[2].

أما بخصوص القانون التونسي لم يحدد ترتيب من له الأولوية وإنما منح القاضي السلطة التقديرية في إسناد الحضانة للأم أو الأب أو لغيرهما متوخيا في ذلك مصلحة المحضون.

غير أن محكمة التعقيب التونسية في قرار لها جعل من الأم أولى النساء بحضانة الصغير، و اعتبرته حق للصغير على الأم، إلا أن مصلحة الصغير تغلب دائما ففي حال أسقطت الأم حقها في الحضانة، بقي حق الصغير قائما لذا فإنها تجبر عليها إذا لم يوجد غيرها.[1]

---

[1]– الرشيد بن شويخ، قانون الأسرة المقارن، الكتاب الثاني: الطلاق و آثاره، المرجع السابق، ص255.
و أيضا قرار المحكمة العليا بتاريخ 1990/02/19 " متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراع فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه ،ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغير إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون".

[2]– قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 476515، بتاريخ 2009/1/14 غير منشور.

بخصوص مسألة الإثبات أمام الجهات القضائية، فيكون بكافة طرق الإثبات، فكل ممن أقر القانون بحقهم في تولي الحضانة سوى تقديم صفتهم ومرتبتهم وفقا لما هو مقرر قانونا.

على القضاء توفر المصلحة فيه أكثر من غيره، لأن النصوص القانونية وان اجتهدت في وضع الترتيبات الضرورية لأصحاب الحق في الحضانة، فإن هذا الترتيب مرهون بتوفر مصلحة المحضون[2].

أكد المشرع في النصوص التي أقرها حول موضوع الحضانة، إعطاء الأولوية لمصلحة المحضون قبل الفصل في النزاع، بمعنى أن هذا الترتيب ليس مُلْزِمًا للقاضي، فعلى سبيل المثال قد تكون الأم لا تليق بحضانة الطفل لسوء أخلاقها، و تورطها في قضايا تمس بالشرف، ففي حال ما أسندت لها الحضانة يكون الطفل في موضع الخطر، خاصة و أن الحضانة تولي اهتمام كبير بتربية الطفل و بالتالي فمن مصلحته أن لا يكون مع أمه، فالقاضي إن أُثبت له وفق ما يُقدم أمامه من معطيات عدم توفر المصلحة في الأم أسقط عنها حق الحضانة، و أسنده للأب مراعاة للمصلحة الفضلى للطفل.

ثانيا: إثبات الإشكالات المتعلقة بمدّة الحضانة

طبقا لما ورد في المادة 65 من قانون الأسرة و التي جاء فيها:" تنقضي مدّة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، و للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أُما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون"، و هو ما كرسته المحكمة العليا في قراراتها جاء في أحدها أنه: " من المقرر شرعا

---

[1]– قرار تعقيبي مدني عدد 69523، مؤرخ في 1999/01/04.

[2]– الرشيد بن شويخ، قانون الأسرة المقارن، الكتاب الثاني: الطلاق و آثاره، المرجع السابق، 255.

وقانونا أن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج, ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية[1].

مدّة الحضانة مرتبطة بفترة زمنية حددها القانون بالنسبة للطفل حتى بلوغه العشر سنوات ويمكن أن تتمدد لستة عشر سنة إن لم تتزوج الأم، أما بالنسبة للطفلة فتبقى سارية حتى بلوغها سن الزواج.

إلا أن المشكل المثار أن المشرع لم يتطرق للتفاصيل في حال انتهاء المدة المحددة إلى من تسند الحضانة، بمعنى ما مصير الطفل الذي انتهت حضانته و لمن تؤول مسؤوليته؟ فهل يرجع لأبيه أم يُسأل مع من يريد البقاء؟ و هل يأخذ برأيه مراعاة لمصلحته؟

الملاحظ أن المشرع ترك المجال واسع جدًا للقاضي حيث ترك حيزا للسلطة التقديرية للحكم في الجوانب المتعددة التي قد تثار في حال النزاع على من يتولى الحضانة بعد انقضاء المدة ، لذلك قد يستعين القاضي بالأخصائيين الاجتماعيين للتعرف على مصلحة الطفل، كما قد يستمع إلى الشهود من الأقارب، وفوق ذلك كله قد يستمع القاضي إلى الطفل المعني بالحضانة لمعرفة اتجاه رغبته الملحة في البقاء مع الحاضن الأول أو الانتقال إلى حاضن غيره، و يبني القاضي حكمه وفق ما يستخلصه من نتائج التحقيق، و يفصل في النزاع مع مراعاة المصلحة الفضلى للطفل.

ثالثا: إثبات الإشكالات المتعلقة بحق الزيارة

حق الزيارة من الأمور التي تكتسي أهمية بالغة لأنها تساهم في تكوين شخصية الطفل المشمول بالحضانة وتجعله مرتبطا بأبويه، إلا أن حق الزيارة كثيرا ما يسيء الأبوين استخدامه

و أيضا قرار المحكمة العليا في الملف رقم: 52221 الصادر بتاريخ 13 مارس1989، المجلة القضائية العدد1، لسنة 1989ص112.

بسبب ما حدث بينهما من طلاق وخلاف حاد وكثيرا ما يذهب الأطفال المشمولون بالحضانة ضحية هذه الخلافات[1].

نص المشرع الجزائري على حق الزيارة في الفقرة الثانية من المادة 64 من قانون الأسرة، حيث جاء فيها : " وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

الملاحظ من النص هو أن المشرع لم يحدد المقصود من الزيارة بالضبط وأحكامها بل ترك ذلك بيد القضاء فهو المعني بتحديد أيام الزيارة في منطوق حكمه وكذا الساعات المسموح فيها بذلك و مكان ممارسة حق الزيارة.

فلو حدد المشرع هذه التفاصيل لتجنبنا الكثير من المشاكل التي قد تحدث بين الأبوين بسبب حق الزيارة و يتأثر بها الأطفال مما يزعزع استقرارهم النفسي و الاجتماعي، إذ من المفروض أن يسعى الآباء جاهدين على توفير الأمان و الجو الهادئ لأطفالهم رغم انفصالهم، ونشر المحبة ووالسعادة في حياتهم و أن لا يُدخلوا مشاكل بين أولادهم و يجعلونهم أداة انتقام بينهم.

يفضل أن يتم التفاهم بين الأبوين حول تحديد أيام الزيارة و مكانها، لأنه في الكثير من الأحيان لا يستطيع الأب زيارة أبنائه إن كان يعمل في مكان بعيدو يتعذر عليه الحضور بشكل مستمر، مما قد يتغيب عن الأيام المحددة للزيارة، و بالتالي قد يشعر الأطفال بأن والدهم قد أهملهم أو لا يريد زيارتهم، وعليه فقد تتعدد الظروف من شخص لآخر لذلك يجب على كل أبوين أن يتفقا على تحديد أيام الزيارة وفق ما يتماشى و ظروفهم، و تبليغ المحكمة بهذا الاتفاق ليتم تدوينه في منطوق الحكم.

[1]– الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة المعدل، المرجع السابق، ص258.

قد سكت المشرع عمن لهم الحق بالزيارة، سوى ما جاء به قرار المحكمة العليا القاضي بأن: "من المقرر شرعا أنه كما تجب النفقة على الجد لابن الابن يكون له حق الزيارة أيضا .ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والده المتوفى كما تجب عليه النفقة يكون له أيضا حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 من قانون الأسرة، فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون .ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن" .[1]

في قرار آخر جاء فيه:" للخالة حق الزيارة لأن القانون رتبها في المرتبة الثالثة بالنسبة لمن يستحقون حقوق الحضانة، و متى كان كذلك فإن لها الحق في الزيارة، مما يجعل القرار المطعون فيه قد وفق فيما قضى".[2]

يعد الحكم الصادر بحق الزيارة ملزم للطرفين بمعنى على الحاضنة تسليم المحضون وقت الزيارة، و على الملزم بالزيارة تنفيذ الحق و إعادة تسليم الطفل فور انتهاء مدة الزيارة، و إلا تعرض للمتابعة الجزائية.

يقع على عاتق من له الحق في الزيارة أن يثبت أمام القضاء عدم تمكينه من حق الزيارة المقرر قانونا وقضاء بالكيفية والصورة المطلوبة، وله في ذلك كافة طرق الإثبات، كما يمكن للقاضي إجراء تحقيق في هذا الشأن للتأكد من ادعاءات المعني[3].

أما بخصوص القانون التونسي فقد نص في الفصل 66 على أن:" الولد متى كان عند أحد الأبوين لا يمنع الآخر من زيارته ومن تعهده، وإذا طلب نقله إليه للزيارة فكلفة الزيارة عليه".

---

[1]– المحكمة العليا غ.أ.ش قرار في الملف رقم 189181 ، بتاريخ 1998/04/21 ،المجلة القضائية 2001 عدد خاص ،ص 192.

[2]– قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2001/01/23، فصلا في الطعن رقم 258479، منشور في المجلة القضائية ، العدد 02/2001، ص300.

[3]– الرشيد بن شويح، قانون الأسرة المقارن، الكتاب الثاني : الطلاق و آثاره، المرجع السابق، ص255.

الملاحظ من هذا النص أن حق الزيارة هو حق يتمتع به أحد الأبوين الذي لم تسند إليه الحضانة، و مدة الزيارة و الكيفية التي تقع عليها من مطلقات قاضي الموضوع، دون معقب عليه في ذلك.[1]

في حال غياب الأب عن البلاد التونسية، يكون الطفل القاصر في حاجة إلى المحافظة على الروابط العائلية مع جديه، لأن مصلحته تقتضي أن يتمكن من زيارة جديه و أن لا يحرم منهما.[2]

قد نص المشرع التونسي في حال ما توفي أحد والدي المحضون فلجدّيه ممارسة حق الزيارة و يراعي قاضي الأسرة في ذلك مصلحة المحضون طبقا للفصل 66 مكرر.

فالمحكمة لها حق إسناد الحضانة للجدة إذا رأت في ذلك مصلحة المحضون و ليس للوالد أن يعارض هذا الحكم إلا لأسباب يقيم الدليل على صحتها.[3]

رابعا: إثبات الإشكالات المتعلقة بنفقة المحضون و سُكناه

سنتطرق لموضوع إثبات الإشكالات المتعلقة بنفقة المحضون و سكناه على النحو التالي:

1- إثبات الإشكالات المتعلقة بنفقة المحضون

النفقة هي كل ما يحتاجه الإنسان في معيشته اليومية من طعام و كسوة و مسكن و تطبيب حسب العرف و العادة، إضافة إلى ما يتطلبه البيت من أفرشة و أغطية و أواني و أجهزة أخرى[4]، و

---

[1]- قرار تعقيبي مدني عدد3092 مؤرخ في 1964/10/26.

[2]- حكم استئنافي شخصي عدد 19565 /21122 المؤرخ في 2005/06/07.

[3]- قرار تعقيبي مدني عدد 8603 مؤرخ في 1973/07/03.

[4]- محمد الكشبور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية ، المرجع السابق، ص291.

يراعى في تقدير النفقة التوسط و دخل الملزم بالنفقة و حال مستحِقها و مستوى الأسعار و الأعراف و العادات [1].

قد تطرق المشرع الجزائري إلى مسألة نفقة المحضون في المادة 75 من قانون الأسرة المعدل و جاء فيها:" تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد، والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية، أو مزاولا للدراسة، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".

ما نستنتجه من النص أنه تجب النفقة على الولد في حال عدم قدرته على الكسب، أي أن الولد الذكر ينفق عليه والدة حتى سن الرشد، و في حال ما كان لا يستطيع أن ينفق على نفسه بسبب آفة عقلية أو بدنية أو مازال يدرس يستمر الأب في النفقة عليه، أما الإناث فيستمر الإنفاق عليهن إلى حين زواجها و تحقق الدخول فتنتقل النفقة للزوج.

في حال ما كان الأب عاجزا عن الإنفاق على أولاده و كانت الأم موسرة _قادرة على ذلك_ تنتقل النفقة إليها، و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 76 من قانون الأسرة حيث نصت على:" في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك".

غير أن المشرع الجزائري لم يحدد لنا ما إذا كان إنفاق الأم دين على الأب، بمعنى الأب ملزم بدفع ما أنفقته الأم في وقت إعساره، أم أن النفقة تصبح حقا على الأم إن كانت قادرة على ذلك.

كذلك لم يوضح المشرع مصير الحاضنة و المحضون في حال ما كانت عاجزة هي عن النفقة كونها ماكثة في البيت وليس لهاد دخل مادي، فما مصير الأولاد في هذه الحالة؟، في الحقيقة

[1]– إدريس الفاخوري، انحلال الرابطة الزوجية، المرجع السابق،ص 226.

هنا يجب أن يتكفل صندوق النفقات الذي أنشا مؤخرا لتغطية النفقة بالنسبة للأطفال المحضونين، ولا يجوز تحت أي ظرف تضييع الأطفال وتركهم بدون نفقة[1].

بخصوص القانون التونسي فقد نص في الفصل1/56 من مجلة الأحوال الشخصية، على أن مصاريف شؤون المحضون تقام من ماله إن كان له مال وإلا فمن مال أبيه.

هذا ما أكدته محكمة التعقيب التونسية في قرار لها جاء فيه:" المحضون الموسر و لو كان قاصرا ينفق عليه من ماله طبقا للفصل 56 من مجلة الأحوال الشخصية، و لا تحمل نفقته على جده و لو كان ثريا".[2]

تخضع نفقة المحضون للقواعد العامة في النفقة من حيث تقديرها، بحيث تنص المادة 77 من قانون الأسرة الجزائري على أنه تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث، وقد حدد المشرع مشتملات النفقة من خلال نص المادة 78 وهي: الغذاء و الكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش و لا يرتجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم[3]، و تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى و للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدّة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى[4].

أما مسألة الإثبات بخصوص موضوع النفقة فتقع على عاتق المدعي و له كافة لطرق الإثبات، ففي حال تهرب الأب من النفقة بسبب إهماله و عدم مسؤوليته يحق للأم أن ترفع ضده

---

[1]– الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق،ص147.

[2]– قرار تعقيبي مدني عدد 8378 مؤرخ في 1984/01/03.

[3]– المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري.

[4]– المادة 80 من قانون الأسرة الجزائري.

دعوى قضائية تطالبه بتسديد النفقة و تسديد الديون المترتبة عليه من جراء عدم دفعها، وتثبت ذلك أمام القاضي، فمثلا يمكن أن تثبت ذلك عن طريق شهادة الشهود، أو عن طريق تسجيل صوتي لحوار دار بينها و بين طليقها و هي تطالبه بدفع النفقة و هو يرفض صراحة و بصوته، و القاضي وفق المعطيات المقدمة أمامه و بعد التحقق منها ففي حال ما ثبت ما تدعيه الأم يصدر حكمه بإجباره على تسديد النفقة المترتبة عليه .

2- إثبات الإشكالات المتعلقة بسكن المحضون

يعتبر مسكن المحضون من الأمور الشائكة في الوقت الراهن، لصعوبة توفير مسكن لممارسة الحضانة نظرا لغلاء العقارات سواء قرر الأب اقتناء منزل أو كرائه، و أيضا لضرورة توفير المسكن باعتباره من أهم الأمور فمن خلاله يتم توفير الاستقرار الأسري، و كذا الاطمئنان على الأولاد و توفير الراحة و الحياة الكريمة لهم، تفاديا لوقوعهم في معانات اجتماعية و نفسية خطيرة قد تتسبب في انحرافهم.

من هذا المنطلق و حماية للطفل من التشرد أقر المشرع بضرورة توفير مسكن المحضون ضمانا لحقه في السكن بعد الطلاق أولا و حماية له من الضياع ثانيا، فقد نصت المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:" في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

الملاحظ من الفقرة الأول من النص أن توفير السكن أو بدل الإيجار ملزم للأب بتوفيهم لأنهم من أساسيات الحضانة.

إلا أن المشرع الجزائري لم موفق في الفقرة الثانية من النص، لما أقر ببقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الحكم القضائي المتعلق بالسكن لعدة اعتبارات قد تكون عائقا في ممارسة حق الحضانة، بالرغم من أن المحكمة العليا أكدت في قرارها تطبيق هذا النص ببقاء الحاضنة ببيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الحكم الناطق بحقها في السكن[1].

إلا أنه قد تكون الحاضنة أماً أو خالة أو الجدة لأم أو أي حاضنة أخرى من المقربون، يصعب عليها التنقل للعيش في مسكن واحد مع أب المحضون باعتباره أجنبيا عنها، فالأمر غير جائز شرعا و قانونا.[2]

هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها اعتبر أن الحكم على الطاعن بأن يسلم للحاضنة طابقا من الفيلا التي يقيم فيها لممارسة الحضانة، مع أنه أصبح أجنبيا عنها يعد خطأ في تطبيق القانون.[3]

أما بخصوص إقامة الحاضنة عند أهلها لا يسقط الحق في مطالبة والد المحضون بالسكن أو أجرته[4]، و في حال امتلاك الحاضنة لسكن لا يعفي الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارهما من مشمولات النفقة حتى و لو كان للحاضنة سكن[5].

---

[1]– قرار رقم 684955 بتاريخ 2011/04/16،مجلة المحكمة العليا عدد2 لسنة2011، ص176.

[2]– باديس ديابي، المرجع السابق، ص158.

[3]– قرار المحكمة العليا رقم 348644 مؤرخ في 2005/12/14، نشرة القضاة، العدد59،ص244، نقلا عن باديس ديابي، صور و أثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، المرجع السابق، ص158.

[4]– قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2002/05/08، فصلا في الطعن رقم 282052، منشور في المجلة القضائية،العدد 1/2004،ص279.

[5]– قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2002/07/31، فصلا في الطعن رقم 288072، منشور في المجلة القضائية،العدد 1/2004،ص285.

يتعين على الوالد عند تخصيص سكن لممارسة الحضانة مراعاة مصلحة المحضون، والأخذ بعين الاعتبار مكان مزاولتهم دراستهم[1].

أما قضايا الإثبات في الموضوع على المدعي اللجوء للقضاء و رفع دعوى قضائية على الوالد بعدم توفيره لمسكن ممارسة الحضانة و لا دفعه لبدل الإيجار، و للحاضنة أن تثبت صحة ما تدعيه بكل طرق الإثبات، كما لها أن تثبت أنه لم يتركا تقيم في بيت الزوجة إلى غاية توفير المسكن لممارسة الحضانة، و على القاضي التحقيق في المعطيات المقدمة أمامه، فإن استخلص من الإثباتات أن الوالد لم يوفر مسكن الحضانة و لا بدل الإيجار أصدر حكمه ضده و ألزمه بالقيام بواجباته وجه السرعة.

باعتبار أن سكن المحضون من القضايا الاستعجالية لأن الاستعجال في البت في الدعاوى المتعلقة بنفقة المحضون و سكناه مستمد من خلال نص المادة 57 مكرر من قانون الأسرة الجزائري و التي جاء فيها: "يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن".

أما بخصوص القانون التونسي فقد نص في الفصل 2/56 على أنه عند إلزام الأب بإسكان الحاضنة مع المحضون يترتب عليها حق البقاء في المسكن الذي على ملك الأب و يزول هذا الحق بزوال موجبه.

في صورة إلزام الأب بإسكان الحاضنة مع المحضون في المسكن الذي تسوغه يستمر الأب على أداء معينات الكراء إلى زوال الموجب.

---

[1]– قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2009/01/14، فصلا في الطعن رقم 477191، منشور في المجلة القضائية،العدد 2/2009،ص275.

عند إلزام الموجب بأداء منحة سكن لفائدة الحاضنة ومحضونها يتم تقديرها بحسب وسع الأب وحاجيات المحضون وحال الوقت والأسعار.

يمكن مراجعة الحكم المتعلق بسكنى الحاضنة إن طرأ تغيير في الظروف و الأحوال وتنظر المحكمة في مطالب المراجعة وفقا لإجرءات القضاء الاستعجالي و عليها عند البت في ذلك تقدير أسباب المراجعة مع مراعاة مصلحة المحضون.

على المستوى التطبيقي قررت محكمة التعقيب التونسية أن سكنى الحاضنة يعتبر من متعلقات الحضانة و القيام بشؤون المحضون و بهذا المعنى فإنه لا بد أن يكون مراعيا لمصلحته وذلك بتوفير محل لائق يحفظ مصلحة المحضون بتوفير الحد الأدنى من الضروريات عند الاقتضاء، و يتيح للحاضنة ممارسة مشمولات الحضانة بشكل يحفظ مصلحة الطفل[1].

في قرار آخر: اقتضى الفصل 56 من مجلة الأحوال الشخصية إلزام الوالد بإسكان الحاضنة إن لم يكن لها مسكن إطلاقا، فإذا كانت ساكنة بمحل والدها انتفى لزوم إسكانها[2]،و في قرار آخر: إن سكن الزوجة الحاضنة بمنزل والدها لا يحول دون الحكم لها بمنحة السكن[3].

في قرار آخر: إن عبارة الفصل 56 من مجلة الأحوال الشخصية واضحة في فهمها ومعناها بكون الحاضنة إذا لم يكن لها سكن فعلى الأب إسكانها مع المحضون، وعليه فإن الدفع بأن الأم تسكن مع والديها لا ينفي عن الأب لزوم إسكانها وعليه فإن قضاء المحكمة بإلزام الأب بأداء منحة سكن للحاضنة للإسكان مع محضونها مطابقا لحكام القانون الواضحة والصريحة[4].

---

[1]- قرار تعقيبي عدد 19213،2014،صادر بتاريخ 2015/03/05.

[2]- قرار تعقيبي مدني ، عدد2567 مؤرخ في 06 فيفري1997.

[3]- قرار تعقيبي مدني ، عدد2858 مؤرخ في 01 اكتوبر2004

[4]- قرار تعقيبي مدني عدد28614 مؤرخ في 04ديسمبر2008.

خامسا: إثبات الإشكالات المتعلقة بسقوط الحضانة و انتهاؤها

الحضانة هي رعاية الولد و تربيته على الوجه الصحيح و طبقا لما أقره القانون،في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، إلا أن الحضانة ليست مقررة على سبيل الدوام، وعليه فقد تنهي بانتهاء مدة معينة وقد تسقط لأسباب محددة قانونا، وقد يعود الحق في الحضانة لمن زالت عنه، إذا زال سبب سقوطها.

المعلوم أن الأحكام القضائية الصادرة في موضوع الحضانة تكتسي حجية مؤقتة، لأنها مما يقبل التغيير والتبديل بسبب تغير الظروف والدواعي التي أوجدت تلك الأحكام، غير أن هذه الحجية تبقى قائمة طالما لم تتغير ظروفها، فإذا تغيرت الظروف أمكن مراجعة تلك الأحكام تماشيا مع مصلحة المحضون[1].

قد أقر المشرع الجزائري حالات سقوط الحضانة و ربطها كلها بمصلحة المحضون و هذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها، حيث جاء في:" من المقرر شرعا أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية وواضحة ومضرة بالمحضون ومتعارضة مع مصلحته و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة الأحكام الشرعية في غير محله.

ولما كان ثابتا– في قضية الحال– أن المجلس القضائي لما قضى بإبقاء حضانة الولد لأمه باعتبار أن الأب لم يثبت إهمال الأم لولدها يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[2].

عليه سنتطرق لهذه الحالات على النحو التالي:

---

[1]– الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة المعدل، المرجع السابق، ص147.

[2]– قرار المحكمة العليا، ملف رقم 50270 بتاريخ 1988/11/07.

1- سقوط الحضانة بانتهاء المدة

إن انقضاء مدّة الحضانة يكون بانقضاء المدة المقررة قانونا، أي ببلوغ الذكر 10 سنوات و يمكن تمديدها إلى 16 سنة ما لم تتزوج الحاضنة ثانية، و الأنثى ببلوغها سن الزواج، و على القاضي أن يراعي في انتهائها مصلحة المحضون،بمعنى يمكن للقاضي تمديدها حسب ما يراه مناسبا وفي إطار ما ينُص عليه القانون.

هذا ما قد نصت عليه المادة 65 على أنه: " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى سن (16) سنة،إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون".

في حالة انتهاء مدة الحضانة يعود المحضون لحضانة والده، إلا أنه في بعض الحالات قد يرفض الطفل العودة إلى حضانة أبيه فهل يمكن إجباره على الذهاب لحضانة أبيه، أم لابد من مراعاة وأخذ رأيه ورغبته؟ وهي مسألة بالغة الأهمية لتعلقها بمصلحة المحضون، ونعتقد في حالة رفض الطفل العودة إلى حضانة أبيه رفضا قاطعا فيمكن تمديد مدة الحضانة لمدة أخرى ولو إلى سن الرشد المدني إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك[1]، غير أن هذه المسألة لم يعالجها المشرع الجزائري مما يتوجب عليه تدارك الوضع بنص قانوني يسد هذا الفراغ التشريعي نظرا لأهمية الموضوع.

قد عالجت موضوع انتهاء المدة التطبيقات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا في عدة قرارات صادرة لها، من أبزها نذكر:

[1]- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة المعدل ، المرجع السابق، ص152.

ما قررته المحكمة العليا في أحد قراراتها بأنه:" من المقرر قانون أنه تنقضي مدّة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج و للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى سن 16 سنة إذا كانت الحاضنة أمّا لم تتزوج مع مراعاة مصلحة المحضون، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد منعدما للأساس القانوني، و لما كان الثابتُ، من قضية الحال، أن المجلس القضائي لمّا لمْ يوضح في قراره عمر الأولاد الذين تشملهم الحضانة خالف القانون"[1].

في قرار آخر جاء فيه: " من المقرر شرعا و قانونا أن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج, ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية، ولما كان قضاة الاستئناف– في قضية الحال– قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة من جديد و إسنادها إلى الأب فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين باعتبار أنهما أصبحا يافعين إلا أنهم أخطئوا بخصوص البنت خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 64 من قانون الأسرة . ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة البنت دون إحالة"[2].

من الناحية الإجرائية فإن مسألة التمديد لا تتم بصورة آلية، وإنما تكون بناء على طلب من الجهة المعنية[3]، بمعنى للحاضنة الحق في طلب تمديد مدّة الحضانة بهدف تحقيق مصلحة المحضون، و في حال ما إذا ثار نزاع بين الحاضنة و الأب يفصل القاضي في النزاع وفق ما قدم له من معطيات و حسبما يراه مناسب، مراعيا في ذلك مصلحة المحضون.

---

[1]– قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1990/03/19، فصلا في الطعن رقم 59156، منشور بالمجلة القضائية، العدد 2/1991، ص76.

[2]– قرار المحكمة العليا، الملف رقم: 52221 الصادر بتاريخ 13 مارس 1989 ,المجلة القضائية العدد1 لسنة1989

[3]– الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة المعدل، المرجع السابق، ص 155.

إلا أن المحكمة العليا في أحد قراراتها أقرت بأن:" الحضانة لا تنتهي إلا بموجب حكم قضائي، و الحاضنة غير ملزمة بالمطالبة قضائيا بالتمديد، في حال تجاوز سن المحضون 10 سنوات، تبقى الحاضنة متوفرة على صفة التقاضي للمطالبة بالحقوق المقررة للمحضون، و في قضية الحال طالبت الحاضنة ببدل الإيجار بعد أن تجاوز المحضون سن العاشرة، و قد رفض قضاة الموضوع دفع الأب بسقوط الحضانة بسب السّن و استجابوا لطلب الحاضنة و أيدتهم المحكمة العليا"[1].

تجدر الملاحظة أن جميع حالات السقوط المقررة بالقانون أو المعمول بها قضاء يجب إثباتها أمام القضاء بكافة طرق الإثبات الممكنة لأنها تتعلق بالوقائع، والوقائع يجوز إثباتها بكافة الطرق، و السلطة التقديرية تكون لقاضي الموضوع وفق القرائن التي يبني عليها القاضي قناعته، وقد أكدت المحكمة العليا ذلك من خلال قرار لها جاء فيه: "حالات الإسقاط ليست من المسائل التي تقع بقوة القانون بل يجب على كل من يدعي بها إثباتها أمام القضاء، إذ أن القول بعدم أحقية الحاضن بالحضانة يجب أن يكون مبررا بسبب قانوني.[2]

2- سقوط الحضانة بالزواج بغير قريب محرم

نصت المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم, وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

الملاحظ من هذا النص أنه في حال ما تزوجت الحاضنة بشخص غير قريب محرم للمحضون، يسقط عنها مباشرة الحق في الحضانة.

---

[1]- قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2011/02/10، فصلا في الطعن رقم 599850، منشور بالمجلة القضائية العدد 1/2012، ص 281.

[2]- قرار رقم 178086 بتاريخ 1997/12/23، نشرة القضاة عدد 56 ص 33.

هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارا لها جاء فيه:" يسقط حق الأم في الحضانة بزواجها بغير قريب محرم"[1].

في قرار آخر جاء فيه:" من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية، أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما ، أن تكون خالية من الزواج بأجنبي، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون، لذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ وأسند حضانة البنت لجدتها لأم المتزوجة بأجنبي عن المحضونة[2].

بالتالي فإن القانون يخول لمن لهم حق في حضانة الطفل المحضون طبقا للترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، الحق في رفع دعوى قضائية ضد الحاضنة، في شكل عريضة حيث يطلب من القاضي إسقاط الحضانة عن الحاضنة بسبب زواجها بغير قريب محرم، و هذا مخالف للقانون، و عليه يستجيب القاضي لطلب المدعي لأن الحاضنة خالفت القانون، و عليه التأكد من ذلك، و يقضي بإسقاط حضانة الأم و منحها لمن طلبها و له الحق في ذلك طبقا لما نص عليه القانون، مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك.

خلاصة لما سبق فإن الزواج الحاضنة بأجنبي يسقط عنها الحضانة، بقوة القانون، لأن المشرع الجزائري و من منطلق الحفاظ على مصلحة المحضون، يجد في زواج الحاضنة ما يعيق تكريس هذا المبدأ، إلا أن هذا الشرط يعد إجحافا في حق الأم الحاضنة، و يحرمها من إعادة حياتها من جديد، و يعتبر هذا الأمر هدرا للحقوق، فمن الجهة المقابلة لا يتم حرمان الأب من الحضانة في

---

[1]– قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2005/05/18، فصلا في الطعن رقم 331058، منشور بالمجلة القضائية،العدد1/2005،ص383.

[2]– قرار المجلس الأعلى الجزائري، رقم 40438 بتاريخ 1986/5/5، المجلة القضائية العدد 2 لسنة 1989 ص 75.

حال ما أسندت إليه إذا تزوج مرة أخرى، ويشهد الواقع عدّة مشاكل بين المحضون و زوجة الأب أدت لهروب المحضون من المنزل .

لذلك كان على المشرع الجزائري الموازنة بين الطرفين باعتبار أن لكل طرف الحق في تكوين أسرة جديدة، فيمنح للأم الحاضنة حق الزواج بأجنبي إن كان لها من يعيل أبنائها المحضونين كالجدة أو الخالة في بيت مستقل عنها و زيارتهم بشكل مستمر و تسيير شؤونهم، دون حرمانها من الزواج مرة أخرى.

أما بخصوص القانون التونسي لم يتطرق لمسألة زواج الحاضنة، و لم يحدد في حال ما كان زواج الحاضنة يسقط الحضانة عنها، فسكوت المشرع التونسي على هذه المسألة ربما يعتبر جوازها بشكل ضمني.

بالعودة للمشرع الجزائري و طبقا لما ورد في المادة 71 من قانون الأسرة التي نصت على:" يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري"، و ما يمكن استنتاجه من النص إمكانية حالة عودة الحق في الحضانة بانتهاء الزواج.

لأن الأحكام الصادرة بإسقاط الحضانة بسبب الزواج بغير قريب ذات حجية مؤقتة تبقى قائمة طالما أن أسبابها باقية لم تتغير، فإذا تغيرت هذه الأسباب زال سبب السقوط وأمكنت العودة للمطالبة بحق الحضانة[1].

3- سقوط الحضانة بالتنازل عنها

نتناول في هذه الجزئية عنصرين أساسيين لهما أهمية خاصة وهما موضوع التنازل عن الحضانة وعودة الحق في طلبها من جديد بعد زوال أسبابها وتغير الظروف.

[1]- الرشيد بن شويخ، قانون الأسرة المقارن، الكتاب الثاني: الطلاق و آثاره، المرجع السابق، ص190.

- **التنازل عن الحضانة**

طبقا لنص المادة 66 من قانون الأسرة أقرت بحق الحاضنة في التنازل عن الحضانة بشرط أن يكون هذا التنازل لا يضر بمصلحة المحضون، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها، فقد جاء في أحد قراراتها :"من المقرر قانونا أنه يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، ولما كان الثابت في قضية الحال، أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم القاضي بإسقاط حضانة البنت عن أمها لتنازلها عنها و إسنادها لأبيها رغم أن الشهادات الطبية تثبت أن البنت مريضة مرضا يحتاج إلى رعاية الأم أكثر من رعاية الأب، فبقضائهم كما فعلوا خرقوا الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة"[1]، و في قرار آخر جاء فيه:" تنازل الأم عن الحضانة جائز إذا كان لا يضر بمصلحة المحضون"[2].

إلا أن التنازل عن الحضانة مشروط بوجود البديل، ففي حال ما تتنازل الأم الحاضنة عن حضانة أولادها، يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها و له القدرة على حضانتهم، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا، و تُعامَل معاملة نقيض قصدها[3].

أما القانون التونسي نص في الفصل64 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه:" يمكن لمن عهدت إليه الحضانة أن يسقط حقه فيها ويتولى الحاكم في هذه الصورة تكليف غيره بها".

---

[1]– قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ1989/07/03،فصلا غي الطعن رقم 54353، منشور بالمجلة القضائية العدد1/1992،ص45.

[2]– قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ2002/02/13،فصلا غي الطعن رقم 282153،منشور بالمجلة القضائية العدد1/2004،ص282.

[3]– قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ1988/12/19،فصلا غي الطعن رقم 51894، منشور بالمجلة القضائية العدد4/1999،ص70.

المشرع التونسي أقر بإمكانية سقوط الحضانة لمن منحت له، و يمكن للقاضي تعيين حاضن آخر، إلا أن محكمة التعقيب التونسية أقرت أنه في حال ما تنازلت الأم الحاضنة عن الحضانة، ولم يكن للمحضون غيرها فإن القاضي يجبرها بحضانة الصغير[1].

- **عودة الحق في الحضانة بعد التنازل**

قد يعترض القضاء في الجانب العملي بعض المسائل المعقدة و التي لم يتطرق إليها القانون، فقد يثور نزاع بين أطراف الخصومة على مدى إمكانية استعادة الحق في الحضانة بعد التنازل، فيمكن أن تتغير ظروف و أسباب التنازل التي أدت إلى سقوط الحق في الحضانة، مما يجعل الشخص المتنازل يطلب عودة الحق إليه من جديد، والنص القانوني لم يعالج هذه المسالة، و ترك الاجتهاد للقضاة.

من يطالب برجوع الحضانة إليه أن يثبت أمام القاضي بكافة وسائل الإثبات، أن السبب الذي أدى به إلى التنازل عن الحضانة لم يكن اختياريا و إنما كان لعدّة ظروف يبرر من خلالها سبب تنازله عن الحضانة، وعلى القاضي أن يتحقق من الظروف التي بسببها تم إسقاط الحضانة بالتنازل و البحث فيما إذا كان السبب اختياريا أم غير ذلك، فإذا كان اختياريا ليس له ما يبرره فالغالب أن الحق في الحضانة لا يعود إليه.

بالاعتماد على ما ورد في للتطبيقات القضائية نجد ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها مما جاء فيه:" من المقرر فقها وقانونا أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الفقهية والقانونية. لما كان من الثابت– في قضية الحال – أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها دون أن ترغم على ذلك فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء

[1]– قرار تعقيبي مدني عدد 69523، مؤرخ في 1999/01/04.

برجوع المطعون ضدها أم الأولاد عن تنازلها عن حقها في الحضانة وبإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الفقه و القانون. و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه دون إحالة".[1]

في قرار آخر صادر عن قضاء المحكمة العليا، ومما جاء فيها: "يجوز الرجوع في الحضانة المتنازل عنها إذا حدث أمر جديد".[2]

الملاحظ من التطبيقات القضائية أعلاه أن القرار الصادرة عن المحكمة العليا متناقضة مع بعضها، فالقرار الأول لا يجيز للمتنازلة عن الحضانة باختيارها عودتها إليها ولا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها، أما القرار الثاني فقد أجاز بصفة الجمع الرجوع في الحضانة المتنازل عنها في حال ما إذا طرأ ظرف جديد.

أصبح لزاما على المشرع الجزائري أن يفصل في الموضوع و يزيل هذا التناقض في القرارات من خلال سن قانون يحسم الموضوع و يضبطه.

4- سقوط الحضانة بعدم طلبها لمدة سنة

تنص المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:" إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها".

المقصود من هذا النص أن صاحب الحق في الحضانة وفق الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة السابقة الذكر، إن لم يطالب بحقه في الحضانة و مضى على ذلك أكثر من سنة، يسقط عنه حق الحضانة، إلا أن المشرع استثنى بعض الحالات التي حيث قيد النص بعدم

[1]- قرار رقم: 53340 بتاريخ 1989/03/27 المجلة القضائية العدد 3، لسنة 1990، ص 85.

[2]- قرار رقم 30575 بتاريخ 1983/06/06, نشرة القضاة العدد 46 لسنة1992, ص 51.

وجود عذر مقبول يمنع صاحب الحق في الحضانة من المطالبة بحقه، وللقاضي السلطة الكاملة في تقدير العذر وفق الإثباتات المقدمة للقاضي و يراعى في كل هذا مصلحة المحضون.

هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه:" متى كان من المقرر شرعا أن الحضانة تسقط على من كانت تجب له بمرور سنة كاملة دون المطالبة بها، و كان من المقرر قانونا كذلك أن القرار الذي لا تكون أسبابه كافية لمواجهة ما قدّم من أدّلة وما أُبديَ من طلبات و دفوع في الدعوى، فإن هذا القرار يكون مشوبا بالقصور في التسبيب و مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية في مقتضياته، إذا كان الثابت في قضية الحال أن الجدة للأم طالبت بإسناد الحضانة لها بعد مضي سنة كاملة من سبق إسنادها للأب مما يترتب عنه سقوط حقها في الحضانة فضلا عن كونها تسكن مع ابنتها أم البنت المحضونة فإن قضاة الاستئناف بعدم ردهم على الدفوع التي تمسك بها الطاعن وخاصة فيما يتعلق بتاريخ القيام رغم أن القيام القضائي جرى على أنه لا يقبل الطلب الذي يقدم بعد عام من تاريخ الفصل في الحضانة[1] .

في قرار آخر جاء فيه:"... أن الاجتهاد القضائي جرى على أنه لا يقبل الطلب الذي يقدم بعد عام من تاريخ الفصل في الحضانة".[2]

في قرار آخر جاء فيه:" من الحيثيات أن الجدة لأم لم تطالب بالحضانة إلا بعد أربع سنوات من وفاة الأبوين، والمحضون موجود لدى خاله، و أنها بذلك قد خالفت أحكام المادة 68 من قانون الأسرة".[3]

[1]– قرار رقم 33636 بتاريخ 1984/06/25، المجلة القضائية العدد 3 من سنة 1989 ص 65.

[2]– قرار رقم 32829 بتاريخ 1984/7/19، المجلة القضائية العدد 1 لسنة 1990، ص 60.

[3]– قرار رقم 364850 بتاريخ 2006/05/17، المجلة القضائية العدد 2 لسنة 2007،ص437.

أما بخصوص القانون التونسي فقد نص في الفصل 58 من مجلة الأحوال الشخصية على موضوع السكوت عن طلب الحضانة لمدة عام بعد علمه بالدخول، حيث أدرجها ضمن شروط مستحقي الحضانة.

5- سقوط الحضانة باختلال الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة

تنص المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه.

لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة.

غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون."

الملاحظ من هذا النص أن المشرع الجزائري عندما نص على مفهوم الحضانة في المادة 62 من قانون الأسرة قد بيّن ما يجب أن يوفره الحاضن للمحضون من رعاية و تعليم وتربية و دين و سهر و حماية و حفظ لصحة المحضون و لأخلاقه، كما بين الشروط الواجب توافرها في الحاضن لكي يكون أهلا للحضانة، كما سبق بيانه، و عليه فإن اختلال أو غياب أحد العناصر المذكورة يؤدي إلى سقوط الحضانة عن الحاضن بقوة القانون، شريطة ثبوت ذلك أمام القضاء، لأنها عبارة عن وقائع تكون قابلة للإثبات بكافة الطرق.

و هذا ما أقرته المحكمة العليا من خلال قراراتها، فقد جاء في قرار لها:" من المقرر شرعا أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية وواضحة ومضرة بالمحضون ومتعارضة مع مصلحته، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة الأحكام الشرعية في غير محله.

ولما كان ثابتا– في قضية الحال– أن المجلس القضائي لما قضى بإبقاء حضانة الولد لأمه باعتبار أن الأب لم يثبت إهمال الأم لولدها يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن."[1]

في قرار آخر جاء فيه: " من المقرر فقها وقانونا أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون. ولما كان ثابتا– في قضية الحال– أن المجلس عندما أسند حضانة البنات الثلاثة للأم على اعتبار عاطفي بالرغم من ثبوت سوء خلقها يكون قد خرق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[2].

من جهة أخرى فقد أغفل المشرع الجزائري على موضوع مهم يؤدي إلى إسقاط الحضانة، يتعلق بثبوت ارتكاب الحاضن جريمة الزنا، باعتبار أن من مبادئ الحضانة العمل على حفظ أخلاق المحضون، إلا أن المشكل المثار ما ورد من تناقض في قرارات المحكمة العليا بخصوص إسقاط الحضانة في حال ارتكاب الحاضن جريمة الزنا، و مراعاة لمصلحة المحضون، من المفروض أنه قد يتبين للقاضي خطر بقائه مع الحاضنة لما فيه من ضياع لخُلق الحاضن و انحرافه.

إلا أن المحكمة العليا فقد جاء في أحد قراراتها:" من المقرر شرعا و قانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة، مع مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبين – في قضية الحال – أن

[1]– قرار رقم 50270 قرار بتاريخ 11/07/ 1988 ، غير منشور

[2]– قرار في الملف رقم: 53578 صادر بتاريخ 1989/05/22، غير منشور.

قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا, فإنهم بقضائهم كما فعلو خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة "[1].

في قرار آخر جاء فيه: "يمكن إسناد الحضانة للأم، المدانة بجريمة الزنا، متى تحققت مصلحة المحضون"[2].

الحقيقة أنه يجب التحفظ على ما ذهبت إليه المحكمة العليا، في عدم إسقاط الحضانة أو إسنادها لمن ثبت عليه ارتكاب جريمة الزنا، إلا أن يكون حالة استثنائية كحالة عدم وجود حاضن آخر من الأقارب بالنسبة للصغير، زيادة على كون المحضون صغير السن دون سن التمييز، غير قادر على فهم الأمور[3].

كما نصت المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري على أن عمل الحاضنة لا يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا على أن لا يعتبر عمل المرأة مسقطا للحضانة[4].

حيث جاء في أحد قراراتها:"عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية و الرعاية"[5].

---

[1]- قرار رقم 171684 صادر بتاريخ 30-09-1997.

[2]- قرار رقم 564787 بتاريخ 2010/07/15 , مجلة المحكمة العليا, العدد 2 لسنة 2010 ، ص 262.

[3] الرشيد بن شويخ ، قانون الأسرة المقارن، الكتاب الثاني:الطلاق و آثاره، المرجع السابق، ص220.

[4]- قرار رقم 245156 بتاريخ 2000/07/18, الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية, ص 188.

[5]- قرار رقم 274207 بتاريخ 2002/07/03، المجلة القضائية العدد1 لسنة 2004, ص 271.

6- سقوط حضانة الجدة والخالة بالسكن مع أم المحضون المتزوجة بأجنبي

تنص المادة 70 من قانون الأسرة على أنه: "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".

الملاحظ الأولى من هذا النص هي عدم ذكر المشرع الفقرة الخاصة بمراعاة مصلحة المحضون، رغم أن كل المواد المتعلقة بالحضانة ترافقها في نهاية النص هذه العبارة، لا ندري الحكمة من هذا؟

أما الملاحظة الثانية تكمن في أن سقوط حضانة الجدة أو الخالة أو من أسندت الحاضنة إليهم في حال إقامتهما بمسكن واحد مع أم المحضون إن كانت متزوجة بغير قريب محرم للمحضون، ولا يسقط الحق في الحضانة لهذا السبب إلا بموجب حكم قضائي يصدره القاضي المختص بناء على طلب من له الحق في الحضانة وفق الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة.

بالنسبة للمدعي أن يثبت بكافة طرق الإثبات سكن الجدة أو الخالة الحاضنة مع أم المحضون المتزوجة من أجنبي عن المحضون، فإذا تبين له هذا الأمر فإن القاضي يقضي بإسقاط الحضانة عنهما.

هذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها حيث جاء فيه:" من المقرر شرعا أن يشترط في الجدة لأم الحاضنة أن تكون غير متزوجة و ألا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي، وأن قضاة الموضوع بإسنادهم الحضانة إلى الأب يكونوا قد راعوا شروط الحضانة و سببوا قرارهم تسبيبا كافيا"[1].

[1]- قرار المجلس الأعلى الجزائري رقم 50011 بتاريخ 1988/06/20، المجلة القضائية العدد 2 لسنة 1991، ص 57.

7- سقوط الحضانة بالتوطن في بلد أجنبي

تنص المادة 69 من قانون الأسرة على أنه: "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".

الملاحظ من النص أن المشرع جعل الأصل في ممارسة الحضانة أن تكون داخل التراب الوطني، ألا أن لكل قاعدة استثناء و الاستثناء دائما يتماشى و مصلحة المحضون، و بالتالي إن أراد من أسندت له الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي، أن يرجع أمره للقاضي في استمرارها له أو إسقاطها عنه، وفق ما يقدمه من إثباتات أمامه و للقاضي السلطة التقديرية فإذا كانت مصلحة المحضون مرتبطة بالتوطن بالخارج يحكم له باستمرار الحضانة و إن تبين له عكس ذلك يسقطها عن الحاضن، و يسندها طبقا لترتيب الحاضنين الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري.

إلا أن الملاحظ من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا هناك اختلاف بين القضاة في حال سقوط الحضانة إن توطن الحاضن في بلد أجنبي، إلا أن هذا الاختلاف مرهون بمصلحة المحضون.

ففي قرار صادر عن المحكمة العليا جاء فيه:" تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي و إقامة الوالد في الجزائر".[1]

في قرار آخر جاء فيه:" يمكن إسناد حضانة الأبناء للأم المقيمة خارج إقليم الجمهورية مراعاة لمصلحتهم، و في قضية الحال فإن الأم و أبنائها يقيمون بفرنسا أين يزاول الأبناء الدراسة

[1]- قرار المحكمة العليا بتاريخ 2001/12/26، رقم 273526، منشور بالمجلة القضائية، العدد 1/2004،ص 264.

هناك و لم يتمكن الأب من الالتحاق بهم، و قد تم إسناد الحضانة للأم من طرف قضاة الموضوع و أيدتهم المحكمة العليا على أساس مصلحة المحضونين، رغم تمسك الطاعن بأحكام المادة 62 من قانون الأسرة و إثارته لاجتهاد المحكمة العليا بأن بعد المسافة بين الحاضنة و صاحب الحق في الزيارة و الرقابة يعد مبررا لسقوط الحضانة إن كان يحول دون ممارستها بشكل عادي".[1]

في قرار آخر جاء فيه:" من المستقر عليه فقها و قضاء أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب الزيارة والرقابة على الأطفال المحضونين لا يكون أكثر من ستة برود, وفيما يرجع إلى قضية الحال فإن المسافة تزيد عن ألف كيلومتر وذلك يعد مانعا لوالد المحضونين من الرقابة عليهم, وبذلك وجب نقض القرار المطعون فيه القاضي بإسناد الحضانة للأم الساكنة خارج التراب الوطني."[2]

في قرار آخر جاء فيه:" لا تسقط الحضانة بسبب الإقامة خارج التراب الوطني إذا كان الزوجان يقطنان في البلد الأجنبي نفسه".[3]

غير أنه في حال وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، و تخاصما على الأولاد في الجزائر فإن من يوجد بها يكون أحقّ بهم و لو كانت الأم غير مسلمة، و من المقرر قانونا أن الأحكام و القرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم و تخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها.[4]

---

[1]– قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2008/03/12،رقم 426431، منشور بالمجلة القضائية، العدد 1/2008،ص271.

[2]– قرار رقم 43594 بتاريخ 1986/09/22, نشرة القضاة العدد 44 لسنة 1988, ص 175.

[3]– قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2002/05/08،رقم 282033،منشور بالمجلة القضائية ،العدد 2/2004،ص363.

[4]– قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1989/01/02، رقم 52207،منشور بالمجلة القضائية ،العدد4/1991 ص74.

أما مسألة اكتساب الحاضنة لجنسية أجنبية لا يسقط حقها في الحضانة طالما لم يثبت ردّتها عن الدين الإسلامي.[1]

أما بخصوص إشكالية السفر بالمحضون فإن المشرع لم يتطرق للتفاصيل المتعلقة بها سواء كان السفر داخل الوطن أو خارجه، سوى ما نص عليه في المادة المتعلقة بتوطن الحاضن ببلد أجنبي و اصطحاب المحضون معه، بالرغم من أن هذه الإشكالية أثارت عدّة نزاعات بين الأبوين، لخطورتها خوفا على المحضون من أي خطر قد يصيبه.

إلا ما تم النص عليه في المادة 69 من قانون الأسرة السالفة الذكر و حصر السفر من أجل التوطن في بلد أجنبي و التي اشترطت على الحاضن استصدار ترخيص قضائي من أجل تغيير إقامة الطفل المحضون إلى خارج الوطن، فالقاضي له أن يسمح للحاضن باصطحاب المحضون في السفر مغيرا إقامته، متى توفرت الشروط و الظروف المستوجبة لذلك بناء على قناعة القاضي.

القاضي أيضا مكلف بقوة القانون بمراعاة مصلحة المحضون، فإن كان الانتقال سواء داخل الوطن أو خارجه بهدف العلاج أو القيام بتربص علمي محدد المدة، فالقاضي هنا يجد الأسباب التي من خلالها سيسافر المحضون تصب لصالحه يرخص له بالسفر.

إلا أن هناك فرق بين حالة السفر بالمحضون للتوطن في بلد أجنبي، و بين السفر به بصفة عرضية لتحقيق مصلحة محددة بمدة زمنية معينة و لغاية معينة، مثل أن يقرر الحاضن السفر بالمحضون في رحلة سياحية خارج الوطن، أو بنية العلاج، أو لزيارة الأقارب، أو في إطار عمل،

[1]– قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2008/09/10، رقم 457038، منشور بالمجلة القضائية ، العدد 02/2008،ص313.

لأن هذه الحالات تعتبر من قبيل السفر المبرر، خاصة و أنه يمتاز بالعرضية و كونه مؤقت، على عكس حالة تغيير الإقامة[1].

إلا أن المشرع الجزائري لم يبين لنا باقي الإجراءات و كيفية تعامل الحاضن مع القضاء من أجل استصدار ترخيص بالسفر، يمكن القول باعتبار أن الحضانة من الدعاوى الاستعجالية على الحاضن إيداع طلب الإذن بالسفر بالمحضون مدعم بأسباب جدية، لدى الجهة المختصة بالنظر في مثل هذه الدعاوى، على وجه الاستعجال، إلا إذا اعترض من له حق الزيارة على ذلك، على اعتبار أن الأمر سيمس بممارسة حقه في زيارة المحضون.

من جهة أخرى إذا أراد الشخص الذي صدر لصالحه حكم الحضانة أن يستوطن ببلد أجنبي خارج الجزائر فإن حقه في الحضانة يسقط غالبا, إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون تتطلب أن يبقى مع حاضنه،[2] و من هذا المنطلق ترك المشرع الأمر بيد القاضي الذي يعمل جاهدا على أن يراعي مصلحة المحضون لخطورة المسألة لصعوبة مراقبة أحوال المحضون إذا انتقل لبلد أجنبي.

قد جاء في أحد قرار المحكمة العليا أن الحكم تلقائيا بمنع المحضون–ا لمسندة حضانته لأمه– من السفر من الجزائر إلى بلد أجنبي، حيث يقيم والداه بصفة قانونية، يعد خطأ في تطبيق القانون.

[1]– إدريس الفاخوري، انحلال الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص325

[2]– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 142.

الخاتمة

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة تبين لنا أن الفقه الإسلامي و القانون الوضعي كانا حريصان كل الحرص على تماسك بنيان الأسرة من خلال العمل على ضمان استقرارها، عن طريق الحث على المودة و الرحمة و المعاشرة بالمعروف، فإنه بالمقابل عملا على ضمان حقوق جميع أفراد الأسرة و خاصة الزوجين عند احتدام الخلاف و الشقاق.

الملاحظ من خلال ما تم دراسته تمسك المشرع الجزائري من خلال التشريعات التي أقرها ضمن قانون الأسرة بالمرجعية الدينية الإسلامية من خلال ما لمسناه من تشابه كبير في الأحكام الموضوعية المتعلقة بإنشاء الرابطة الزوجية و انقضائها، و ما لمسناه أيضا محاولة المشرع الجزائري مواكبة التطور الحاصل في المجتمع من خلال التعديل الذي طرأ على بعض أحكام قانون الأسرة، وفق مقاصد الشريعة الإسلامية، من أجل تطوير المنظومة القانونية المتعلقة بالأسرة.

رغم ذلك لم تسلم العلاقة الزوجية من النزاعات و المشاحنات للعديد من الأسباب، منها ما هو ذاتي يتعلق بالأخلاق و الوازع الديني، و منها ما هو موضوعي يتعلق بالوضع الاجتماعي و الاقتصادي للأسرة، و قد تصل هذه النزاعات إلى الجهات القضائية التي تجعل من قاعدة لا قضاء بدون إثبات بهدف الاستفادة من الحقوق، خاصة في المنازعات الأسرية ذات الطبيعة الخاصة.

إذ يعد الإثبات بصفة قانونية **و** بالحدود التي رسمها القانون، باستخدام الوسائل المقررة قانونا، أمام الجهات القضائية من المراحل المهمة في سير الدعوى القضائية، بمعنى أن أي شخص حقه مرهون بما يقدمه من دليل على ما يدعيه، فإذا فشل عن تقديم ما يثبت ادعاءاته خسر دعواه، فالحق موضوع التقاضي يتجرد من قيمته ما لم يقم الدليل على قيامه.

أما بخصوص القاضي فموقفه يكون محايدا في النزاع المعروض عليه، و بالتالي لا ينحاز لأحد الخصوم، بل يفصل في الطلبات التي يقدمها أطراف الدعوى على ضوء الأدلة التي يتقدمون بها لإثبات هذه الطلبات و الحقوق المتنازع عليها.

من بين النتائج المتوصل إليها في خلال هذا البحث، أن موضوع الإثبات في المجال الأسري يتميز بخصائص مهمة تتمثل في إمكانية الاعتماد على كل وسائل الإثبات كمبدأ عام، و كذا انفراده ببعض الوسائل التي لا نظير لها في القانون المدني، أو أنها تختلف عن تلك المنظمة في هذا الأخير، بالإضافة إلى إمكانية تطبيق الإجراءات الفقهية في بعض الحالات، دون تلك المضمنة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

انسجاما مع مبدأ حرية الإثبات في قضايا الأسرة، هناك نصوص قانونية صريحة واردة في قانون الأسرة الجزائري، تقيد هذا المبدأ، فقد أدرج المشرع في بعض المواضيع كيفية الإثبات كما هو الشأن بالنسبة لإثبات الزواج، حيث أقر النص القانوني مباشرة، بأنه يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي، أيضا قضايا إثبات الطلاق فقد أكد المشرع صراحة من خلال ما ورد في قانون الأسرة الجزائري بأنه لا يثبت إلا بحكم قضائي.

أيضا قضايا النسب و المشاكل العويصة المرتبطة بها، وكذا القضايا العالقة في المحاكم لسنوات، بسبب حساسية موضوع النسب و خطورته في نفس الوقت، إلا أن التماطل في حل النزاعات المرتبطة به ليس حلا و لا يعود بأية نتيجة، بالعكس قد يهدر الحقوق و يضيعها، كما أنه قد يشتت الأسرة و يفككها و يؤثرا سلبا على حياة الأطفال مستقبلا.

كما اتضح جليا من خلال هذا البحث ضعف التشريع القانوني الأسري، لأنه يتميز بالعمومية و عدم الدقة و التفصيل، كما أنه يتصف بالفراغ و النقص من الجانب الموضوعي و الإجرائي، فمن

خلال القضايا التي تم التطرق إليها، نجد أنفسنا دائما ملزمون بالرجوع لنص المادة 222 التي تحيلنا في كل ما لم يرد النص عليه في قانون الأسرة، إلى أحكام الشريعة الإسلامية، و الغوص في آراء الفقهاء المختلفة .

أما الجانب القضائي فلم يسلم أيضا من النقد، وما تم ملاحظته من خلال هذه الدراسة هو تضارب الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة العليا في الموضوع الواحد، الأمر الذي ينعكس سلبا على الجهة القضائية المصدرة لهاته الأحكام و على كفاءة القضاة.

و من بين النتائج المتوصل إليها أيضا في هذا البحث، بيان الدور الحمائي الذي حاول المشرع الجزائري تكريسه لحل النزاعات الأسرية ضمن الإطار القانوني المنظم لقواعد الإثبات، و ما منحه من سلطة للقضاء في التعامل مع الإثباتات المعروضة عليه، على اعتبار أن الإثبات عمل قضائي من الدرجة الأولى هذا من جهة، و من جهة أخرى الحفاظ على استقرار الأسرة بالقضاء على الخلافات الناشئة بين أطرافها الذي ينعكس على تنشئة الأطفال النفسية و الاجتماعية و الأخلاقية.

من خلال هذه الدراسة توصلنا لجملة من الإقتراحات و هي:

- تنظيم الإثبات في المسائل الأسرية خاصة ما تعلق بالقضايا ذات الطبيعة الخاصة.
- إعادة النظر في الإجراءات المتعلقة بالمسائل الأسرية و إعادة ضبطها.
- ضرورة إنشاء محاكم أسرية مستقلة و ضبطها بمختلف التجهيزات الحديثة لتسهيل عملية التقاضي و ضمان تنظيمها و سرعتها.
- توضيح نص المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري بخصوص الشاهدان عن طريق تعديلها بذكر: يثبت الزواج برجلين أو رجل و امرأتين.

- وضع ضوابط صارمة لإثبات الزواج العرفي، من خلال تقييده بمدة زمنية محددة من أجل توثيقه، وضرورة القضاء على هذه الظاهرة نهائيا لما انجر عنها من تجاوزات و أضرار مرتبطة بمصلحة الأطفال.
- ضرورة إعادة النظر في الهيئات المكلفة بتوثيق عقود الزواج، و ضبطها بقوانين صارمة تبين كيفية توثيق عقود الزواج، و التنصيص على عقوبات في حال ما إذا تبين تقاعس هذه الهيئات في القيام بمهامها، و كذا على المكلفين بهذه المهام إعلام المقبلين على الزواج بجميع حقوقهم الشرعية و القانونية قبل مباشرة عقد الزواج، خاصة ما تعلق بالشروط المقترنة بعقد الزواج و الاتفاقات المالية.
- النص على عنصر الخطأ مع معيار تقرير التعويض في إطار المسؤولية التقصيرية في العدول عن الخطبة.
- توسيع الطرق العلمية في إثبات و نفي النسب.
- سن قوانين تنظم بصفة دقيقة و واضحة المسائل المستحدثة للمساعدة على الإنجاب و عدم حصرها في التلقيح الاصطناعي و إنما التطرق للطرق الأخرى البديلة كالتلقيح المجهري و كذا أطفال الأنابيب، وبنوك تجميد الأجنة و غيرها، و ربطها بقانون الصحة حفاظا و حماية لحقوق الأشخاص من التلاعبات لحساسية هذه المسائل، و أيضا وضع جملة من الإجراءات المتبعة في حال نشوب نزاع ما، و كيفية إثباته، و كذا سن عقوبات جزائية في حال هدر حقوق الأشخاص أو التعدي عليها.
- ضرورة سن قوانين تتعلق بالعمل بتقنية البصمة الوراثية، تكون مسايرة و التطور الحاصل في العالم بخصوص هذه التقنية، حيث تكون هذه القوانين ملمة بكل التفاصيل و الإشكالات التي تطرحها هذه التقنية في كل المجالات.

- تنظيم أحكام اللعان و إجراءاته و آثاره ضمن قانون الأسرة الجزائري.
- ضرورة إعادة النظر في الأحكام المتعلقة بنفقة الزوجة و الأولاد فيما يضمن تحصيلها موضوعيا و إجرائيا.
- سن أحكام خاصة بالطلاق و إثباته، الواقع خارج أدراج القضاء.
- إلزام الزوج المطلق بالإبلاغ عن واقعة الطلاق خارج نطاق المحاكم خلال مدة محددة قانونا، تحت طائلة العقوبة الجزائية حفاظا على حقوق الأسرة.
- النص على حق الزوجة المطلقة خارج نطاق المحاكم برفع دعوى إثبات الطلاق حال تقاعس الزوج المطلق في الإبلاغ عن واقعة الطلاق منعا للإضرار بها.
- ضرورة التمييز بين الصلح الذي يجريه القاضي قبل وقوع الطلاق أثناء سير الدعوى، و الصلح الذي يجريه بعد وقوع الطلاق لاختلاف الآثار بينهما.
- تعديل الأحكام الخاصة بالتحكيم و الصلح مع توسيع تشكيلة مجلس الصلح ليشمل أقارب الزوجين و أعيان المنطقة.
- منح حق الخيار للابن المحضون في اختيار حاضنه مع مراعاة مصلحته.
- إعادة النظر في حق الزيارة بما يضمن حقوق الطرفين و مصلحة المحضون.

قائمة المراجع و المصادر

قائمة المراجع و المصادر

- **القرآن الكريم**

أولا: مصادر التفسير

- تفسير ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، ج2، ط2، 1420هـ-1999م، دار طيبة للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.
- المختصر في التفسير، إشراف مركز تفسير للدراسات القرآنية، الإصدار 13، ط3، 1436هـ-2015م، الرياض، المملكة العربية السعودية.
- المختصر في التفسير، إشراف مركز تفسير للدراسات القرآنية، الإصدار رقم 14، ط3، 1436 هـ-2015م، الرياض، المملكة العربية السعودية.

ثانيا: مصادر الحديث

- أبو داود سليمان ابن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب في الرجل ينظر إلى المرأة و هو يريد تزويجها، تحقيق: محمد الصباغ، دط، دت، دار العربية ، بيروت، لبنان.
- أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي الدارقطني، سنن الدارقطني، كتاب النكاح، باب المهر، دط، 1993، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، م2، ج2، ط1، دت، دار الكتب العلمية بيروت. لبنان.
- أبو عبد الله مالك بن أنس، الموطأ، إعداد أحمد راتب عرموس، ط4، 1980، دار النفائس، بيروت، لبنان.

- أبو عبد الله مالك بن أنس، موطأ مالك، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الأقراء و عدة الطلاق و طلاق الحائض،دط، 1406هـ-1985م، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- أبو بكر أحمد بن الحسين البهيقي، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، ج7،ط3، 2003، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، المترجم: محمد الدين الخطيب، ط1، 1400هـ، المكتبة السلفية، القاهرة، مصر.
- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح،ج3، كتاب الطلاق، دط، 1400هـ، المكتبة السلفية،القاهرة ، مصر.
- أبو داوود سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، كتاب الطهارة، باب في المرأة تستحاض، دار المعرفة ، بيروت لبنان.
- أبو داود سليمان بن الأشعث ، مختصر أبي داود، في الطلاق: باب من أحق بالولد، ، ج3، دط، 1980 ، دار المعرفة ، بيروت لبنان.
- مسلم بن الحجاج القشيري، صحيح مسلم ، تحقيق، محمد فؤاد عبد الباقي، ط1، 1374هـ، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، مصر.
- محمد ناصر الدين بن الحاج نوح بن نجاتي أبو عبد الرحمن الألباني، سلسلة الأحاديث الضعيفة و الموضوعة و أثرها السيء في الأمة، ط1، دت، دار المعارف، الرياض، السعودية.
- محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ط1، 1399هـ،المكتب الإسلامي، بيروت لبنان.

ثالثا:مصادر اللغة

- أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير،دط، 1987، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان.
- بن فارس، معجم مقاييس اللغة، دط، 1979، دار الفكر، مصر.
- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط ، فصل الحاء –باب النون،ج4، ط2، 1952، مطبعة مصطفى الحلبي و أولاده، مصر.
- محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج1، دط،1997، دار صادر للطباعة، بيروت، لبنان.
- محمد ابن مكرم ابن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، ج2، دار صادر، ط1، بيروت، لبنان.
- محمد ابن مكرم ابن منظور الافريقي المصري،لسان العرب، ج10، دار صادر، ط1، بيروت، لبنان.
- محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري ، لسان العرب ، ج14، دار صادر، بيروت، لبنان.
- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، طبعة مدققة، 1986، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان.
- معجم اللغة العربية ، المعجم الوسيط، دط،2004، مكتبة الشروق الدولية،القاهرة،مصر.

رابعا: المصادر الفقهية الخاصة

1- مصادر الفقه الحنفي

- الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، تحقيق الشيخ علي محمد معوض و الشيخ عادل أحمد عبد الموجود ،ج4،ط1،1997، دار الكتب العلمية ،بيروت، لبنان.
- زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المجلد الرابع، د ط، دت، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.
- محمد أمين ابن عابدبن ، رد المحتار على الدر المختار، ج4، حققه، أبو بلال جمال بن عبد العال، عبد المجيد طعمة حلبي، عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، دط، دت، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود و علي محمد معوض، ج4، ط1، 1415 ه/1994م، دار الكتب العلمية، لبنان.

2- مصادر الفقه المالكي

- الدردير ، الشرح الكبير على مختصر خليل ، ج2 ،دط، دت، دار إحياء الكتب العربية ، مصر .
- الدسوقي محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير تخريج: محمد بن عبد الله شاهين، الجزء الثاني، ط1، 1996م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان
- شهاب الدين القرافي ، الذخيرة ، حققه، محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بوخبزة، ج4، ط1، 1994، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان.
- صالح عبد السميع الأبي الأزهري، جواهر الإكليل شرح مختصر الإمام خليل، د ط، دت، مطابع دار الفكر، لبنان.

- محمد الخرشي المالكي، شرح مختصر خليل، ج3، دط، دت، دار الفكر للطباعة، بيروت، لبنان.
- محمد محمد سعد، دليل السالك لمذهب الإمام مالك في جميع العبادات و المعاملات و الميراث، دط، 2001، دار الندوة العالمية، السعودية.

3- مصادر الفقه الشافعي

- ابن بطال الشافعي، النظم المستعذب شرح المهذب، ج2، د ط، دت، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
- الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، العزيز في شرح الوجيز، تحقيق الشيخ محمد معوض و الشيخ عادل عبد الموجود ،ج8، ط1،1997، دار الكتب العلمية ،بيروت، لبنان.
- الشافعي محمد بن إدريس، الأم، ج5، دط، 1393هـ، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
- شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين ، اعتنى به : محمد خليل عيتاني، ج3،ط1، 1418هـ/1997م، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
- النووي ، المنهاج مع مغني المحتاج ، ج3 ، دط، دت، دار احياء التراث العربي ، بيروت لبنان.

4- مصادر الفقه الحنبلي

- ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، جزء5، حقق نصوصه، شعيب الأرنئوط و عبد القادر الأرنئوط، ط15، 1987، مؤسسة الرسالة، مكتبة المنار الإسلامية، بيروت، لبنان.

- ابن قدامة عبد الله بن أحمد المقدسي ، المغني، ج7 و8، ط1، 1405هـ، دار الفكر، بيروت، لبنان
- أبو إسحاق برهان الدين ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج7، د ط، المكتب الإسلامي، دمشق، لبنان.
- بدر الدين محمد بن علي البعلي، فقه الدليل شرح التسهيل، شرحه : عبد الله صالح الفوزان ، ج4، ط2، دت، مكتبة الرشد، د م ن.
- الشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع في متن الإقناع، تحقيق محمد أمين الضناوي، ج4، ط1، 1997، عالم الكتب، بيروت، لبنان.

خامسا: الكتب الفقهية العامة

- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، 1957، دار الفكر العربي، القاهرة مصر.
- نعمان عبد الرزاق السّامرّائي، أحكام المرتد في الشريعة الإسلامية _دراسة مقارنة_،ط2، 1983، دار العلوم للطباعة و النشر ،الرياض المملكة العربية السعودية.
- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون، الدار الجامعية للطباعة و النشر.
- عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة،ج4، كتاب النكاح، كتاب الطلاق، ط2، 2002، دار الكتب العلمية ،بيروت لبنان.
- سيد سابق ، فقه السنة ، ج2، ط3، 1977، دار الكتب العربية، بيروت، لبنان.
- وهبة الزحيلي، الفقه المالكي و أدلته ،الأحوال الشخصية ،ج7، ط2، 1985، دار الفكر دمشق، سوريا.

سادسا: الكتب القانونية

- أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، أثار الولادة و الأهلية و النيابة الشرعية،ج2، ط1، 1994،دار نشر المعرفة، الرباط، المغرب.
- أحمد ميدي، الكتابة الرسمية كدليل إثبات، دج، دط،2008، دار هومة، الجزائر.
- إدريس الفاخوري، انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة مع أحدث الاجتهادات القضائية، ط1، 2012، دار أبي الرقراق للطباعة، الرباط، المغرب.
- أشرف جابر السيد، موجز أصول الإثبات، دط، 2003، دار النهضة العربية، مصر.
- أنور العمروسي، أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، طبعة 1983، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر.
- باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ،دط، دت، دار الهدى عين مليلة، الجزائر.
- تحسين حمد سمايل ،الأدلة الناقصة و دور القاضي المدني في إكمال حجيتها القانونية، ط1، 2013، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر.
- جلال محمد إبراهيم و نجوى أبو هيبة، شرح قانون الإثبات، د ط، 2007، د م ن.
- جمال نجيمي، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي و المحامي، دط، 2016، دار هومة، الجزائر.
- حامد الجندلي، قانون الأحوال الشخصية التونسي و علاقته بالشريعة الإسلامية ،دط، 2011، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس.

- حسين بلحيرش، محاضرات في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية _ التنظيم القضائي، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة_، دط،2019، دار بلقيس،الدار البيضاء، الجزائر.
- حسين بن الشيخ آث ملويا،ج1، دط، 2005، دار هومة، الجزائر.
- حكيم بن هبري،أحكام الصلح في شؤون الأسرة، دط، 2018، دار هومة، الجزائر.
- خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، شرح قواعد الإثبات الموضوعية، ط 1، 2014، مكتبة القانون و الاقتصاد ،الرياض ،السعودية .
- خالد بوشمة، نظرية الأهلية في الفقه الإسلامي، دط، دت، منشورات بغدادي، الجزائر .
- خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية – بناء على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري– دراسة مقارنة– ، دط، 2015، دار الجامعة الجديد للنشر الإسكندرية، مصر.
- دليلة فركوس و جمال عياشي ، محاضرات في قانون الأسرة (انعقاد الزواج)، ط1، 2016، دار الخلدونية الجزائر.
- الرشيد بن شويخ ، قانون الأسرة المقارن ، دراسة في قانون الأسرة الجزائري مقارنا بمجموعة من التشريعات العربية ،الكتاب الأول ، الزواج و آثاره، ط1،2019، دار الخلدونية ،القبة القديمة، الجزائر.
- الرشيد بن شويخ ، قانون الأسرة المقارن–دراسة في قانون الأسرة الجزائري مقارنا بمجموعة من التشريعات العربية – الكتاب الثاني: الطلاق و آثاره، ط1، 2019، دار الخلدونية، القبة ،الجزائر.

- الرشيد بن شويخ ، قواعد الإثبات في النطاق المدني و قضايا الأسرة، ط1، 2019، دار الخلدونية، القبة القديمة ،الجزائر.
- الرشيد بن شويخ، دروس في النظرية العامة للالتزام، ط1، 2012، دار لخلدونية للنشر و التوزيع، القبة القديمة، الجزائر.
- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل،(دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)، ط1، 2008، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، القبة القديمة، الجزائر.
- الرشيد بن شويخ، الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري– دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية–، ط1، دت، دار لخلدونية للنشر و التوزيع، القبة القديمة، الجزائر.
- رعد مقداد الحمداني، النظام المالي للزوجين ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، ط2 ،2010، عمان الأردن.
- سفيان بن عمر بورقعة، النسب و مدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، ط1، 2007، دار كنوز، إشبيليا، الرياض، السعودية.
- صالح بن غانم السدلان، النشوز ضوابطه حالاته أسبابه طرق الوقاية منه و وسائل علاجه في ضوء القرآن الكريم و السنة، ط4، 1417هـ–1999م، دار بلنسية للنشر و التوزيع،الرياض، المملكة العربية السعودية.
- عابد فايد عبد الفتاح فايد، نظم الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دط، 2008، مطبعة المنزلاوي، مصر.

- عائشة الحجامي، مدونة الأسرة على ضوء الممارسة القضائية ، ط1، دت، مطبعة الوراقة الوطنية ، مراكش، المغرب.
- عبد الرحمن الصابوني، نظام الأسرة و حل مشكلاتها في ضوء الإسلام ،م1، دط، 2001، دار الفكر، دمشق، سوريا.
- عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ط2، 2009، منشورات بغدادي، الجزائر.
- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل،دط، 2007، دار هومه، بوزريعة، الجزائر.
- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية ، ج1، دط، 1984، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1984، مصر.
- عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، دط، 2000، دار تالة، الجزائر.
- عبد الله ابن الطاهر السوسي التناني، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي و أدلته، الكتاب الثاني: الطلاق،ط1، 2007، إمارسي مطبعة فنون القرن21، الدار البيضاء المغرب.
- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة و ما عليه العمل بالمحاكم، ط2، 1410هـ-1990م، دار القلم للنشر و التوزيع، الكويت.

- العربي بلحاج ، أحكام الزواج في قانون الأسرة الجديد (وفق آخر التعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، ج1، ط1، 2012، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن .
- العربي بلحاج ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج و الطلاق، ج1، دط، 1994، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون ،الجزائر.
- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ،ج 1، ط1، 2012، دار الثقافة للنشر ،عمان الأردن.
- عمارة بلغيث ، الوجيز في الإجراءات المدنية ،دط، دت، دار العلوم ، عنابة.
- عيسى حداد ، عقد الزواج ، دراسة مقارنة، دط، دت، منشورات جامعة باجي مختار، الجزائر.
- فاطمة الزهراء بن محمود، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية (قراءة في فقه القضاء)، ط1 2015، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس.
- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج و الطلاق، دط، 1986، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر.
- كريمة محروق ،دور القاضي في حماية الأسرة على ضوء المستحدثات من تشريعات الأسرة ،ط1، 2019، ألفا للوثائق، قسنطينة، الجزائر.
- محمد الكشبور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية ، ط5، 2003، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء، المغرب.
- محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة الأسرة، الطلاق، ج2، ط1، 2006،مطبعة النجاح، الدار البيضاء، المغرب.

- محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة، الزواج، ج1، ط1، 2006، مطبعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء، المغرب.
- محمد حزيط، الإثبات في المواد المدنية و التجارية في القانون الجزائري ،د ط ، 2017، دار هومه ،الجزائر.
- محمد حزيط، الخبرة القضائية في المواد المدنية و الإدارية في القانون الجزائري ، ط2، 2015، دار هومة، الجزائر.
- محمد حسين منصور ،قانون الإثبات (مبادئ الإثبات و طرقه)،دط، 2004،دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر.
- محمد شتا أبو سعد ،الإثبات في المواد المدنية و التجارية و الشرعية، م 2، دط، 1418 هـ -1997 م، دار الفكر العربي ، مدينة نصر، القاهرة، مصر.
- محمد شتا أبو سعد، الإثبات في المواد المدنية و التجارية و الشرعية، ج1، دط، 1997، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر.
- محمد صبري السعدي ،الواضح في شرح القانون المدني (الإثبات في المواد المدنية و التجارية)، دط، 2011، دار الهدى، الجزائر.
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ،النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ، العقد و الإرادة المنفردة، ط4، 2007-2008، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر.
- محمد عزمي البكري، الإثبات باليمين الحاسمة و اليمين المتممة في المواد المدنية و التجارية قي ضوء الفقه و القضاء، دط، 2008، دار محمود للنشر و التوزيع، القاهرة، مصر.

- محمد كمال الدين إمام ،أحكام الأسرة _الخاصة بالفرقة بين الزوجين و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي و القانون و القضاء_، دط، 2007، دار الجامعة الجديدة للنشر ،الإسكندرية، مصر.
- محمد نبيل سعد الشاذلي ،أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دط، 1989، دار النهضة العربية ، القاهرة، مصر.
- مصطفى بوبكر، المسؤولية التقصيرية بين الخطأ و الضرر في القانون المدني الجزائري، دط، 2015، دار الجامعة الجديدة،السكندرية ، مصر.
- نجيبة الشريف، حول قانون الاشتراك في الملكية بين الزوجين، دراسة قانونية، ط1، 2010، الشركة التونسية للنشر والتوزيع، تونس.
- الهادي علي زبيدة ، أحكام الأسرة في التشريع الليبي، إسناد الحضانة و انتهائها، ج4، ط1، 2013، دار الكتاب الوطني، بنغازي، ليبيا.
- الهادي علي زبيدة ، أحكام الأسرة في التشريع الليبي، الزواج و أحكامه ،ط1، 2013، دار البدر للنشر و التوزيع ، المنصورة ، مصر.

سابعا: الرسائل الجامعية

1- رسائل الدكتوراه

- إلهام شهرزاد روابح، الطعن بالنقض في الأحكام القضائية دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون من خلال المواد المدنية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة البليدة -2-، السنة الدراسية 2015-2016.

- آمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري و القانون الفرنسي _دراسة مقارنة_، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2014-2015.
- دليلة آيت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة –دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية– رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2013-2014.
- ربيحة إلغات ، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2010-2011.
- الرشيد بن شويخ ، الأحكام الثابتة و المتغيرة في قانون الأسرة الجزائري ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة سعد دحلب ، البليدة ،السنة الجامعية 2001-2002 .
- زبيدة إقروفة، الاكتشافات الطبية و البيولوجية و أثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري (التلقيح الاصطناعي و البصمة الوراثية نموذجا)، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية . تخصص:أصول الفقه، جامعة الجزائري ،كلية العلوم الإسلامية ،قسم الشريعة، السنة الجامعية ، 2008-2009.
- زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة –دراسة مقارنة–، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2005/2004.

- صارة بن شويخ ، نظام توثيق الزواج بين الثبات و التطور ،دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي (المغرب–الجزائر–تونس)، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، السنة الجامعية، 2013–2014.
- قويدر زبيري، النسب في ظل التطور العلمي و القانوني– دراسة مقارنة –، رسالة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان ،السنة الجامعية 2011–2012.
- كريمة محروق ،الحماية القانونية للأسرة بين ضوابط النصوص و اجتهادات القضاء، رسالة لنيل درجة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية 2014–2015.
- محمد حجازي ، نظام الإثبات في أحكام الأسرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية مصر، السنة الجامعية 1428هـ–2007م.
- مراد كاملي، حجية الحكم القضائي – دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي–،أطروحة دكتوراه ، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر باتنة، السنة الجامعية 2007–2008.

2– رسائل الماجستير

- إيمان لعريبي، الشروط المقترنة بعقد الزواج ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2013–2014.
- وردة بوزيد، الصلح و التحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية – في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و الممارسة القضائية –،مذكرة الماجستير في القانون

الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية ن جامعة العربي بن مهيدي ، أم البواقي، السنة الجامعية 2010-2011.

- هجيرة بن عزي، الطلاق الاتفاقي على ضوء مدونة الأسرة و العمل القضائي، رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة ،كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ،جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، السنة الجامعية 2008-2009.
- محمد أمزيان، القضاء المستعجل في القضايا الأسرية – الحضانة و النفقة نموذجا- ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ، جامعة محمد الأول، وجدة ، المغرب، السنة الجامعية 2008-2009.
- صارة بن شويخ، دور إرادة الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية –بين مدونة الأسرة المغربية و قانون الأسرة الجزائري-،رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، السنة الجامعية 2008-2009.

ثامنا:المقالات القانونية

- بلقاسم مطالبي، مقاربة نقدية للقرار رقم 617374 الصادر عن المحكمة العليا (اعتبار الاغتصاب نكاح شبهة يثبت به النسب)، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية ، العدد 12، صادرة عن جامعة البليدة 2 .
- خليل عمرو، الطعن في الأحكام القضائية الصادرة بالطلاق، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، العدد1، جامعة سعد دحلب، البليدة،2011.

- صارة بن شويخ ، خصوصية لنفقة الزوجة بين معايير التقدير و تسريع التطبيق ، مجلة حوليات، ج2،العدد 26، جامعة الجزائر، نوفمبر 2014 .
- صارة بن شويخ ،الحماية القانونية للذمة المالية للزوجين، مداخلة في الملتقى الدولي :الحماية القانونية للأسرة، كلية الحقوق ،بجامعة الجلفة، يومي 18و19 نوفمبر 2018.
- فضيلة فضلة، نظام انفصال الذمة المالية للزوجين في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، دذاخلة في الملتقى الوطني الذمة المالية بين الزوجين في التشريع الجزائري المقارن، جامعة محمد الصديق بن يحي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، يومي 09-08 ديسمبر 2015.
- يوسف مسعودي، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة دراسات و أبحاث العدد 24، كلية الحقوق، جامعة الجلفة، سبتمبر 2016.

تاسعا:المجلات القضائية

1- المجلات القضائية الجزائرية

- المجلة القضائية، العدد 2014/2.
- مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001.
- المجلة القضائية العدد 2008/1.
- المجلة القضائية، العدد 2006/1.
- المجلة القضائية، العدد 2008/2.
- المجلة القضائية، العدد 2012/2.
- المجلة القضائية، العدد 1991/3.

- المجلة القضائية، العدد2010/2.
- المجلة القضائية، العدد1989/3.
- المجلة القضائية، العدد2005/1.
- المجلة القضائية، العدد 1989/2
- المجلة القضائية، العدد1991/4.
- المجلة القضائية، العدد 2011/1.
- المجلة القضائية، العدد1999/4.
- المجلة القضائية، عدد1993/1.
- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد2006/01.
- المجلة القضائية،عدد خاص، 2001.
- المجلة القضائية، العدد1990/1
- المجلة القضائية، العدد1995/1.
- المجلة القضائية، العدد1999/1.
- المجلة القضائية، العدد2002/1.
- المجلة القضائية، العدد2007/1.
- المجلة القضائية، العدد2013/1.
- المجلة القضائية، العدد2014/1.
- المجلة القضائية، العدد1989/1.
- المجلة القضائية، العدد2004/1.
- المجلة القضائية، العدد2012/1.

- المجلة القضائية، العدد1991/2.
- المجلة القضائية، العدد2001/2.
- المجلة القضائية، العدد 2002/2.
- المجلة القضائية، العدد 2009/2.
- المجلة القضائية، العدد 2013/2.
- المجلة القضائية، العدد 1994/2.
- المجلة القضائية، العدد 1996/2.
- المجلة القضائية، العدد 2007/2.
- المجلة القضائية، العدد 1990/3.
- المجلة القضائية، العدد 1989/4.
- المجلة القضائية، العدد1972/02.
- المجلة القضائية، العدد1986/1.
- المجلة القضائية، العدد1989/1.
- المجلة القضائية، العدد1992/1.
- المجلة القضائية، العدد2000/1.
- المجلة القضائية، العدد1994/1.
- المجلة القضائية، العدد2009/1.
- المجلة القضائية، العدد1992/2.
- المجلة القضائية، العدد1990/3.
- المجلة القضائية، العدد1990/4.

- المجلة القضائية، العدد1992/4.
- المجلة القضائية، عدد 2004/2.
- المجلة القضائية، عدد خاص، 1999.
- المجلة القضائية، عدد1993/03.
- المجلة القضائية، عدد1968/1
- المجلة القضائية، العدد 2006/2.
- مجلة المحكمة العليا، عدد 2011/2.
- منتقى في قضاء الأحوال الشخصية، 1990.
- نشرة القضاء الصادرة عن وزارة العدل، عدد1982/43
- نشرة القضاة، العدد 1988/44.
- نشرة القضاة، العدد 1992/46.
- نشرة القضاة، العدد2005/59.
- نشرة القضاة، العدد2005/63.
- نشرة القضاة، عدد 1997/56.
- نشرة القضاة،العدد 2005/66.

2- المجلات القضائية التونسية

- نشرة القضاء الصادرة عن وزارة العدل، عدد 1981/43.
- نشرة محكمة التعقيب التونسية لسنة 1977.
- نشرة محكمة التعقيب التونسية،ج2، لسنة 1982.
- نشرة محكمة التعقيب التونسية لسنة 1985.

- نشرة محكمة التعقيب التونسية لسنة 1970 .
- نشرة محكمة التعقيب التونسية لسنة 1992.
- نشرة محكمة التعقيب التونسية، عدد 1959/2.
- نشرة محكمة التعقيب التونسية لسنة 1966.
- نشرة محكمة التعقيب التونسية لسنة2001.
- نشرة محكمة التعقيب التونسية لسنة 1996.
- نشرة محكمة التعقيب التونسية لسنة 1998.
- نشرة محكمة التعقيب التونسية لسنة 1961.
- نشرة محكمة التعقيب التونسية لسنة 2000.
- نشرة محكمة التعقيب التونسية لسنة 2016.
- نشرة محكمة التعقيب التونسية لسنة 2010.
- نشرة محكمة التعقيب التونسية لسنة 1984.
- نشرة محكمة التعقيب التونسية لسنة 2000.
- نشرة محكمة التعقيب التونسية لسنة 2009.
- نشرة محكمة التعقيب التونسية لسنة 2006.
- نشرة محكمة التعقيب التونسية لسنة 1975.
- نشرة محكمة التعقيب التونسية لسنة 1981.
- نشرة محكمة التعقيب التونسية لسنة 2011.
- نشرة محكمة التعقيب التونسية لسنة 1999.
- نشرة محكمة التعقيب التونسية لسنة 1982.

- نشرة محكمة التعقيب التونسية لسنة 1991.
- نشرة محكمة التعقيب التونسية لسنة 2015.
- نشرة محكمة التعقيب التونسية لسنة 1964.
- نشرة محكمة التعقيب التونسية لسنة 1973.
- نشرة محكمة التعقيب التونسية لسنة 1984.
- نشرة محكمة التعقيب التونسية لسنة 1997.
- نشرة محكمة التعقيب التونسية لسنة 2004.
- نشرة محكمة التعقيب التونسية لسنة 2008.

عاشرا: القوانين

1- القوانين الجزائرية

- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 الذي يتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم بالقانون رقم 20-06 المؤرخ في 5 رمضان 1441 الموافق ل 28 أبريل 2020.
- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1386 هجري الموافق ل: 1970/02/19 ميلادي، و المتعلق بالحالة المدنية المعدل و المتمم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 09 غشت سنة 2014.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في رمضان 1395 هجري الموافق ل: 26 سبتمبر 1975 ميلادي، المتضمن القانون المدني المنشور في الجريدة الرسمية العدد 78 المؤرخة في 1975/09/30، المعدل و المتمم بالقانون رقم 80-70 المؤرخ في 9 غشت 1980 و القانون رقم 83-01 المؤرخ في 29 يناير 1983 و القانون رقم

84-21 المؤرخ في 24 ديسمبر 1984 و القانون رقم 88-14 المؤرخ في 3 مايو 1988 و القانون رقم 89-01 المؤرخ في 7 فبراير 1989 و القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المنشور بالجريدة الرسمية العدد 44 المؤرخة في 2005/06/26، المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007.

- القانون رقم 85/05 المؤرخ في 1985/02/16، المعدل بالقانون رقم 98/09 المؤرخ في 1998/08/19، المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها.
- القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن مهنة التوثيق.
- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر 1429 هجري الموافق ل 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية منشور بالجريدة الرسمية رقم 21 مؤرخة في 2008/04/23.
- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 هجري الموافق ل 9 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
- قرار 14 نوفمبر 1992 المتضمن النظام الداخلي للغرفة الوطنية للموثقين، منشور بالجريدة الرسمية عدد 92 لسنة 1992.
- قرار رقم 81877 صادر في 1992/04/14 عن لأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15 يونيو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، المنشور في الجريدة الرسمية ، العدد 46 المؤرخة في 16 يوليو 2006.

2- القوانين التونسية

- أمر مؤرخ في 15 ديسمبر 1906 (منشور بالرائد الرسمي ملحق عدد 100)، المتضمن مجلة الالتزامات و العقود التونسية، المنظمة وفقا للقانون عدد 87 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 المتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام هذه المجلة.
- القانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في أول أوت 1957 و المتعلق بتنظيم الحالة المدنية التونسي.
- قانون مؤرخ في 9 نوفمبر 1998، منشور في الرائد الرسمي عدد 91 المؤرخ في 13 نوفمبر 1998، يتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين التونسي.
- أمر علي مؤرخ في 06 محرم 1376 (13 أوت 1956) يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، منشور في الرائد الرسمي عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956، المعدل بقانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في 12 جويلية 1993 .

3- القوانين الإمارتية

- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، قانون اتحادي رقم 28 لسنة 2005 في شأن الأحوال الشخصية الإماراتي، المعدل بموجب مرسوم بقانون رقم 08 لسنة 2019 و مرسوم بقانون رقم 05 لسنة 2020.

حادي عشر: المراجع باللغة الفرنسية

- Magdalina Tekely, le particularisme des modes de preuve en droit de travail , mémoire en vue de l 'obtention d’études approfondies en droit privé -2001-2002 faculté de droit, sciences et gestion, Université nancy 2 , p10.

- Brigittehess-fallon et hélenhess et autres droit de la famille achevé d'imprimé par EMDS. AS en franc 5 éme édition 2004, p 25
- Ghaouti Benmelha, Elements du droit Algerien de la famille, tome 1 : le mariage et sa dissolution, publisud ,paris, p31.
- Mohamed Mahieddin, Quelques aspects des rapports juridiques entre parents et enfants en droit algérien de la famille, travaux de la faculté de droit de l'université catholique de louvain, le statut personnel des musulmans, 1992, bruylant, bruxelles, p 184-185

ثاني عشر: المواقع الالكترونية

- https://al-maktaba.org/book/31615/2957.
- https://www.binbaz.org.sa/fatawas/1120.
- https://www.dar-alifta.org/ar.
- https://www.fiqhacademy.org.sa.
- https://www.iifa-aifi.org/ar/1661.html.
- https://www.saffar.org/.
- https://www.unicef.org/iraq/ar.
- iso-tec-demos.com/islamfiqh/dataentry/ar/content.
- www.qaradaghi.com/chapterDetails.aspx.

قائمة المحتويات

الموضوع **رقم الصفحة**

الإهداء .....

الشكر و التقدير .....

مقدمة..... 01

الباب الأول

ادور الإثبات في حل النزاعات المتعلقة بإنشاء الرابطة الزوجية و آثارها.....09

الفصل الأول:دور الإثبات في حل النزاعات المتعلقة بقضايا إنشاء الرابطة الزوجية 12

المبحث الأول: الإثبات في النزاعات المتعلقة بقضايا الخطبة 14

المطلب الأول: **إثبات واقعة الخطبة** **16**

الفرع الأول: **إثبات واقعة الخطبة بالإقرار و شهادة الشهود**..... 17

أولا : **إثبات الخطبة بالإقرار** **23**

ثانيا: **إثبات الخطبة بشهادة الشهود** **26**

الفرع الثاني: **إثبات واقعة الخطبة باليمين و القرائن** **32**

أولا: **إثبات الخطبة باليمين**..... **32**

ثانيا: **إثبات الخطبة بالقرائن**..... **38**

المطلب الثاني:**إثبات العدول عن الخطبة و آثاره**..... **41**

الفرع الأول:**إثبات العدول عن الخطبة** **41**

الفرع الثاني:**إثبات آثار العدول عن الخطبة** **46**

المبحث الثاني:الإثبات في النزاعات المتعلقة بقضايا انعقاد الزواج 53

المطلب الأول:**إثبات الضوابط المتعلقة بانعقاد الزواج** **55**

الفرع الأول:**إثبات الضوابط الموضوعية لانعقاد الزواج** **55**

أولا: **إثبات التراضي في الزواج** **56**

ثانيا: **إثبات شروط صحة انعقاد الزواج** **58**

أ- إثبات الأهلية الزواج..... 58

ب- إثبات الولاية على الزواج. 60

ت- إثبات الصداق..... 65

ث- إثبات شرط الشاهدان في الزواج 70

ج- إثبات شرط انعدام الموانع الشرعية للزواج..... 73

الفرع الثاني:**إثبات الضوابط الشكلية لانعقاد الزواج**..... **78**

أولا : **إثبات عقد الزواج الموثق** **78**

أ- التنظيم الإجرائي لتوثيق عقد الزواج..... 78

ب- دور التوثيق في إثبات عقد الزواج..... 95

ثانيا : **إثبات الزواج غير الموثق** **102**

أ- إجراءات إثبات الزواج غير الموثق غير المتنازع فيه 102

ب-إجراءات إثبات الزواج غير الموثق المتنازع فيه 104

المطلب الثاني:**إثبات العقود المقترنة بعقد الزواج** **106**

الفرع الأول:**أنواع العقود المقترنة بعقد الزواج**..... **106**

أولا: **عقد الاشتراط بين الزوجين**..... **107**

ثانيا:**عقد الاتفاق المالي بين الزوجين** 109

أ- إمكانية الاتفاق المالي بين الزوجين 109

ب- شكل و مضمون عقد الاتفاق المالي..... 111

الفرع الثاني:**كيفية إثبات العقود المقترنة بعقد الزواج**..... **113**
أولا: **كيفية إثبات الشروط المقترنة بعقد الزواج** 113
ثانيا: **كيفية إثبات الاتفاقات المالية المقترنة بعقد الزواج** 114
الفصل الثاني:دور الإثبات في حل النزاعات المتعلقة بآثار الرابطة الزوجية **118**
المبحث الأول:الإثبات في القضايا المتعلقة بالحقوق الزوجية المادية **120**
المطلب الأول:الإثبات في **قضايا النفقة الزوجية**..... **121**
الفرع الأول:**مفهوم النفقة الزوجية**..... **121**
الفرع الثاني:**كيفية إثبات النفقة الزوجية** **134**
أولا: **إثبات قضايا وقت وجوب النفقة و تقديرها** 135
ثانيا:**الإثبات في موضوع العجز عن النفقة** 137
ثالثا: إثبات قضايا مسقطات النفقة..... 138
المطلب الثاني:إثبات **الحقوق المالية للزوجين** **141**
الفرع الأول:إثبات **الحقوق المالية للزوجة** **141**
أولا: **إثبات حرية الزوجة في التصرف في مالها**..... 141
ثانيا: **إثبات حق الزوجة في السكن**..... **143**
الفرع الثاني:**إثبات الحقوق المالية المشتركة للزوجين** **145**
أولا: **إثبات الأموال المشتركة بين الزوجين**..... 145
ثانيا: **إثبات حق التوارث بين الزوجين** 148
المبحث الثاني:الإثبات في القضايا المتعلقة بالحقوق الزوجية المعنوية **150**
المطلب الأول:إثبات **الحقوق المعنوية المشتركة بين الزوجين**..... **151**
الفرع الأول:إثبات **الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الزوجين**..... **151**
الفرع الثاني:إثبات **حق الأطفال في النسب** **159**

أولا: **شروط ثبوت النسب** **159**

ثانيا: **طرق إثبات قضايا النسب** **179**

أ- إثبات النسب بالإقرار و البينة 179

ب- إثبات النسب بالطرق العلمية 187

المطلب الثاني:إثبات **الحقوق المعنوية المنفصلة بين الزوجين** **202**

الفرع الأول:إثبات **الحقوق المعنوية للزوجة** **202**

أولا: **إثبات العدل بين الزوجات في حال التعدد** 202

ثانيا: **إثبات عدم الإضرار بالزوجة** **204**

الفرع الثاني:**إثبات الحقوق المعنوية للزوج** **207**

أولا: **إثبات حق الطاعة والقوامة** **207**

ثانيا : **إثبات حق الزوج في قيام زوجته على خدمته** 210

الباب الثاني

دور الإثبات في حل النزاعات المتعلقة بإنهاء الرابطة الزوجية و آثارها.....214

الفصل الأول:إنهاء الرابطة الزوجية وقضايا الإثبات فيها 217

المبحث الأول:الإثبات في القضايا المتعلقة بالطلاق بالإرادة المشتركة للزوجين 218

المطلب الأول:**مفهوم الطلاق وأقسامه** **220**

الفرع الأول:**تعريف الطلاق** **220**

أولا: التعريف اللغوي للطلاق 221

ثانيا: التعريف الفقهي للطلاق 221

ثالثا: مشروعية الطلاق 222

رابعا: حكمة تشريع الطلاق 224

خامسا:التعريف القانوني للطلاق..... 225

الفرع الثاني:**أقسام الطلاق** **226**

أولا: **الطلاق الرجعي** **226**

ثانيا: **الطلاق البائن**..... **228**

أ- الطلاق البائن بينونة صغرى 228

ب- الطلاق البائن بينونة كبرى 229

المطلب الثاني:**الإثبات في قضايا الطلاق بالتراضي** **232**

الفرع الأول:**إجراءات الطلاق بالتراضي** **232**

الفرع الثاني:**إثبات الطلاق بالتراضي بواسطة الحكم القضائي** **245**

أولا: **مفهوم الحكم القضائي** **246**

ثانيا: **حجية الحكم القضائي في إثبات الطلاق بالتراضي** 246

المبحث الثاني:الإثبات في القضايا المتعلقة بالطلاق بإرادة كل من الزوجين.....249

المطلب الأول:إثبات **الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج**..... **250**

الفرع الأول:**إجراءات الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج** **250**

أولا: **إجراءات رفع دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج** 251

ثانيا: **كيفية إثبات الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج**..... 258

الفرع الثاني:إثبات **الطلاق التعسفي** **263**

أولا: **الإطار القانوني للطلاق التعسفي**..... 263

ثانيا: **كيفية إثبات الطلاق التعسفي** **266**

المطلب الثاني:إثبات **الطلاق بإرادة الزوجة** **269**

الفرع الأول:**إثبات قضايا التطليق**..... **269**

أولا: **إثبات قضاياالتطليق لعدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج**..... 270

1- شروط التطليق لعدم الإنفاق 270

2- قضايا الإثبات في التطليق لعدم الإنفاق 273

ثانيا: **التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج** 274

1- أقسام العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج 274

2-إثبات قضايا العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.....275

ثالثا:**الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر**..... 277

1- التفريق بين نوعين من الهجر في المضجعى 277

2-إثبات الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر 278

رابعا: **الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية**..... 280

خامسا: **الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة**..... 282

أ- شروط طلب التطليق بسبب الغياب و الفقدان 282

ب- إثبات قضايا التطليق للغياب و الفقدان 284

سادسا: **مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه**..... 285

سابعا: **إثبات ارتكاب فاحشة مبينة** **287**

ثامنا: **إثبات الشقاق المستمر بين الزوجين.**..... 288

تاسعا: **إثبات مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج**..... 290

عاشرا: **كل ضرر معتبر شرعا** **290**

أحدى عشر: **إثبات أوجه أخرى للتطليق** **292**

1- إثبات التطليق لنشوز الزوج..... 292

2- إثبات التطليق للردة و اختلاف الديانة..... 298
الفرع الثاني:إثبات **الطـلاق بـواسطة الخلـع**..... **301**
أولا : **تعريف الخلع و بيان سنده الشرعي** 302
ثانيا:**كيفية الإثبات في قضايا الخلع** **307**
الفصل الثاني:دور الإثبات في حل النزاعات المتعلقة بآثار إنهاء الرابطة الزوجية 311
المبحث الأول:الإثبات في قضايا آثار الطلاق الخاصة بالزوجين.....313
المطلب الأول:**إثبات قضايا العدة** **314**
الفرع الأول:**أحـكـــام الـعـــدة و سندها الشرعي**..... **314**
أولا: **تعريف العدة** **314**
ثانيا:السند الشرعي للعدّة و الحكمة منها..... 316
الفرع الثاني:إثبات **أنواع العدة** **319**
أولا: **أنواع العدة** **319**
ثانيا: **كيفية إثبات القضايا المتعلقة العدة**..... 324
المطلب الثاني:إثبات **قضايا النزاع حول متاع البيت**..... **326**
الفرع الأول:**حالات وجود الدليل في إثبات متاع البيت** **326**
أولا: **إثبات المتاع بإقرار من المدعى عليه**..... 327
ثانيا: **إثبات المتاع بالبينة**..... **328**
الفرع الثاني:**حالات انعدام الدليل في إثبات متاع البيت** **330**
أولا: **القول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء** 330
ثانيا: **القول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال** 332
ثالثا: **تقسيم المتاع المشترك مع اليمين** 333
المبحث الثاني:الإثبات في قضايا آثار الطلاق الخاصة بالأطفال 336

المطلب الأول:**الإثبات في القضايا المتعلقة بالنسب و النفقة**..... **337**
الفرع الأول:**الإثبات في القضايا المتعلقة بالنسب بعد الطلاق و الوفاة**..... **338**
أولا: **إشكالات النسب بعد الطلاق أو الوفاة** 338
ثانيا: **كيفية إثبات النسب بعد الطلاق أو الوفاة**..... 339
الفرع الثاني:**الإثبات في القضايا المتعلقة بالنفقة**..... **345**
أولا:**إثبات النفقة المعجلة**..... **345**
ثانيا:**إثبات أثر تغير الظروف على مراجعة مقدار النفقة**..... 347
المطلب الثاني:**الإثبات في القضايا المتعلقة بالحضانة** **350**
الفرع الأول:**المقصود بالحضانة و شروطها** **351**
أولا: **مفهوم الحضانة و سندها الشرعي** **351**
ثانيا: **شروط ممارسة الحضانة** **356**
الفرع الثاني:**إثبات الإشكالات المتعلقة بآثار الحضانة** **359**
أولا:**إثبات الإشكالات المتعلقة بمراتب الحاضنين** 359
ثانيا: **إثبات الإشكالات المتعلقة بمدّة الحضانة**..... 362
ثالثا: **إثبات الإشكالات المتعلقة بحق الزيارة** 363
رابعا: **إثبات الإشكالات المتعلقة بنفقة المحضون و سُكناه** 366
1- إثبات الإشكالات المتعلقة بنفقة المحضون 366
2- إثبات الإشكالات المتعلقة بسكن المحضون 369
خامسا: **إثبات الإشكالات المتعلقة بسقوط الحضانة و انتهاؤها** 373
1- سقوط الحضانة بانتهاء المدة 374
2- سقوط الحضانة بالزواج بغير قريب محرم 376
3- سقوط الحضانة بالتنازل عنها..... 378

4- سقوط الحضانة بعدم طلبها لمدة سنة 381

5- سقوط الحضانة باختلال الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة.. 383

6- سقوط حضانة الجدة والخالة بالسكن مع أم المحضون المتزوجة بأجنبي 386

7- سقوط الحضانة بالتوطن في بلد أجنبي..... 357

الخاتمة.....392

قائمة المراجع و المصادر.....398

قائمة المحتويات.....**423**

الملخص باللغة الأجنبية.....434

الملخص

للإثبات أهمية بالغة في العلاقات القانونية، فمن خلاله يتم إقامة الدليل أمام القضاء على وجود حق، أو صحة واقعة متنازع فيها، بقصد الوصول إلى حلول قانونية بهدف الفصل في المنازعات و حماية حقوق الأفراد، لاسيما إن كان الإثبات في النزاعات الأسرية ذات الطبيعة الخاصة.

و لدراسة موضوع الإثبات في قضايا الأسرة يستوجب الوقوف أمام الإشكالات التي يثيرها الموضوع و محاولة الوصول إلى حلول تقضي عليها، تفاديا للصراعات الأسرية التي تؤدي إلى مشاحنات بين أفراد الأسرة، فقد اعتمدت الزج بين المنهج الاستقرائي و التحليلي و النقدي بهدف الوصول إلى النتائج الأساسية لهذا البحث.

فقد أقر المشرع الجزائري بعض النصوص القانونية التي تبين كيفية إثبات القضايا الأسرية، إلا أنه أغفل عن العديد منها، الأمر الذي أحال القضاة إلى أحكام الشريعة الإسلامية ذات المصادر المتنوعة مما انجر عنه اختلاف و تضارب في القرارات القضائية.

لذلك يستوجب على المشرع الجزائري تدارك و ضبط هذا النقص التشريعي، من خلال وضع قانون يتعلق بالإثبات في القضايا الأسرية، تكريسا لمبدأ الحماية القانونية للأسرة و الحفاظ على الحقوق من الضياع.

summary

It requires standing in front of the problems raised by the subject and trying to reach solutions that eliminate them, in order to avoid family conflicts that lead to quarrels between family members.

Legal texts that show how to prove family cases, but he overlooked many of them, which referred judges to the provisions of Islamic Sharia with various sources, which resulted in differences and inconsistencies in judicial decisions.

The Algerian legislator must remedy and control this legislative deficiency, through the development of a law related to evidence in family cases, in order to establish the principle of legal protection for the family and the preservation of rights from loss.