

جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



آثار الدخول بالزوجة في قانون الأسرة

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في تخصص قانون الأحوال الشخصية

تحت إشراف:

إعداد الطالبة:

الأستاذة: عتيق نظيرة

غانوة ليلي

أعضاء لجنة المناقشة:

الأستاذة: سيليني كريمة..... رئيسا.

الأستاذة: عتيق نظيرة..... مشرفا ومقررا.

الأستاذة: لعلاوة سعاد..... مناقشا.

دورة جوان 2017

شكر:

بسم الله الرحمن الرحيم

"رب أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت علي وعلى والدي

وأن أعمل عملاً صالحاً ترضاه"

صدق الله العظيم. سورة النمل الآية: 19.

وأتقدم بجزيل الشكر وامتناني إلى والدي العزيزان وكل عائلتي
على ما قدماه لي وعلى مجهوداتهم وصبرهم.

كما أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى أستاذتي الفاضلة " نظيرة
عتيق " على قبولها الإشراف وعلى توجيهاتها القيمة التي لم تبخل
علي بها جزاها الله ألفه خير إنشاء الله.

ومن هذا ومن هذا المقام أتقدم بكلماتي كلما شكر إلى لجنة
المناقشة الأستاذة "سليني كريمة" رئيسة والأستاذة "لعلاوة سعاد"
مناقشا وإلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد ولو بكلمة دون
أن أنسى أستاذتي الأفاضل "أ.رحماني منصور" "أ.مسيخ محمد
لمين" "أ.بوصيدة امحمد".

إهداء:

أهدي هذا العمل المتواضع إلى أعمز شخصين وقفنا معي ودعماني خلال مشوارتي الدراسي الطويل اللذان تغزل الكلمات وتستحي العبارات عند ذكرهما.

أمي الحبيبة أهديك ثمرة سنين جهدي لأن رضاك كان وما زال تماما يقيني هجير الأيام ويعينني على المضي قدما فلولا دعائك ونصحتك لي لما بلغت أسمى الدرجات. حفظك الله يا أمي وأطال في عمرك.

أبي الغالي أنت رمز تضحية ومثال الصمود أنت من علمني معنى الكفاح فكنيت نبراسا لحياتي وكان لك الفضل في ما أنا عليه الآن فلو أهديتك الدنيا بأسرها ما كافأتك على عطاءك المتواصل. أربي أدامك الله فخرا لي مدى حياتي.

إلى توأما روحي أختي العزيزتين التي كانت سنداً لي في أصعب أيامي أختي الكبرى "صبرينة" ولا أنسى زوجها ووالديها آدم ومريم وأختي الصغيرة "هدى".

كما لا أنسى أخي العزيز "لياس" الذي أمانني وتحمل معي الكثير من العناء . وفي الأخير لا أنسى جميع أقاربي وصديقاتي .

ليلي غنانوة

قائمة المختصرات:

صفحة	ص.....
طبعة	ط.....
دون طبعة	د.ط.....
جزء	ج.....
دون مكان نشر	د.ب.ن.....
دون دار نشر	د.د.ن.....
دون تاريخ نشر	د.ت.ن.....
مجلة قضائية	م.ق.....
قرار محكمة عليا	ق.م.ع.....
نشرة قضائية	ن.ق.....
قانون أسرة	ق.أ.....
المادة	الم.....
عدد	ع.....
القانون المدني	الق. الم.....
غرفة أحوال شخصية	غ.أ.ش.....
مجلد	م.ج.....
قرار رقم	ق.ر.....

مقدمة

مقدمة:

سعت الشريعة الإسلامية منذ القديم إلى حماية الأسرة، وكفلت لها حقوقها ومن ذلك فقد شرعت الزواج وحمته وجعلته أساساً لالتقائهم، وتوجته أسمى العقود التي يعقدها الإنسان في حياته، وكفلته بضوابط وأسس حتى ينتج المقصد والغاية المرجوة منه وحتى يحقق شرعيته ويكفل مبدأ الحلال، فمقصده الأصلي هو حفظ النوع الإنساني باعتبار أن النسل أحد الضروريات الخمس.

ولتحقيق أسمى مقاصد الشريعة جاء القانون من خلال نصوصه القانونية كآلية منه لتكريس هذا المبدأ، وحمائته من خلال تشريعه للزواج الذي هو أساس الأسرة الصالحة، وكان لابد له من أسس وضوابط يقوم عليها حتى يكتسب الشرعية.

فالدخول بالزوجة إلى بيت الزوجية هو المقدمة أو التمهيد للمعاشرة الزوجية بجميع وجوهها فالدخول بمقدماته، أو ما يقوم مقامه كالخلوة مثلاً، هو السبيل لتحقيق ثمار الزواج، والذي لابد أن يكون متأثراً عن عقد شرعي، ورسمي سليم حيث لا يمكن اعتبار العقد دخولاً. لأنه يمكن أن يكون قد تم عقد، ولم يترتب دخول والعكس غير صحيح حيث لا يمكن أن يكون الدخول بدون عقد ولو كان فاسد أو حتى وطء حاصل بشبهة.

إضافة إلى أن الدخول في ترتيب الآثار يمكن أن ينتج العديد من الآثار لا يستطيع العقد ترتيبها، ولو حتى استطاع أن يقرها، فكان لا بد من دخول حتى يوجبها، فهو يكفل حماية للزوجة المدخول بها في ظل انتهاك صارخ لحقوقها، فلعظمتها واعتباراً لمكانة الزوجة فلقد أعطوه أولوية ورتب له آثاراً، ولكن هذا لا يمنع من أن الدخول يؤكد آثار الزواج الفاسد، والوطء بشبهة.

وبناء على ما سبق تحاول إشكالية هذه الدراسة الإجابة على التساؤل الرئيسي الآتي:

ما هي الآثار الناتجة عن الدخول، ثم هل كانت معالجة المشرع له من خلال نصوصه معالجة كافية؟

ويتفرع عن هذا التساؤل تساؤلات فرعية:

ما هو الدخول؟

ما هي الآثار المالية للدخول بالزوجة؟

وما هي الآثار غير المالية للدخول بالزوجة؟

ولمعالجة هذه الإشكاليات اخترت أثار الدخول بالزوجة في قانون الأسرة كموضوعا لمذكرتي.

ومما دفعني لاختيار هذا الموضوع دون غيره من المواضيع:

أن موضوع الأسرة والمرأة من أهم المواضيع. بل أن الوقوف على هكذا أحكام خطير جدا، خصوصا في ظل الواقع، وفي ظل طغيان الأفكار والمعتقدات المتطرفة، والتفكك الأخلاقي والبعث عن تعاليم ديننا الحنيف.

تبيان عظمة الدخول، وإعطاءه الأولوية اعتبارا لمكانته وكذا لما ينبني عنه من أحكام وآثار شرعية كانت أو قانونية.

بالإضافة إلى أن هذا الموضوع بالرغم من حساسيته، وأهميته إلا أنه لم يتناول بالدراسة فكان لي شرف أن أكتب فيه ولأول مرة، وتسطير آثاره وتقريب المادة العلمية إفادة لي وللطلبة وحتى للقارئ وتزويد الحقل المعرفي بهذا مذكرا متخصصة.

ويكتسي الموضوع أهميته للأسباب الآتية:

تتوافر الموضوع على أهم شروط البحث العلمي وهي الحدائة وعدم التكرار، ومعالجته جانباً مهماً وحساساً يمس الأسرة وحتى المجتمع.

بالإضافة أيضاً إلى أن من كتب إما كتب تحت آثار الزوجية، أو آثار عقد الزواج وهي كلها كتب عامة، وحتى المذكرات فتكون إما عن الحقوق الغير المادية أو... فكلها تصب في مضمار الحقوق المتأتية عن العقد لاعتن الدخول فهي لا تمد الموضوع بصلة، ومن ثم كان موضوعنا حتى يسيطر للزوجة آثار دخوله بها.

أهداف الموضوع:

ومن هنا ومن خلال كل هذا فرأيت أن من واجبي أن أسهم ولو بقطرة توضح تنظيم العلاقة الزوجية حتى يقف كل من الزوجين على تعاليم الإسلام في الحقوق والواجبات والآثار المترتبة إضافة إلى محاولة بيان ما يجب بالدخول والذي يترتب عنه الكثير من الآثار فهذا يتناول جانباً مهماً فهو يحمل العديد من الإشكالات القانونية ولذلك فهذه الدراسة تهدف إلى تسليط الضوء على أهم آثار الدخول بالزوجة.

الدراسات السابقة:

أما فيما يخص هذا البحث فإنه وحسب علمي لم أجد ولا دراسة تناولت هذا الموضوع إلا الكتب العامة من آثار العقد وآثار الزوجية وهي حقوق وآثار العقد ليس إلا فالدخول لم يسبق الحديث عنه ولو حتى إشارة.

أما الصعوبات:

فبالإضافة إلى قلة المراجع خصوصاً المتخصصة منها وضيق الوقت وعدم وجود مواضيع سابقة تخدم البحث.

صعوبة التقسيم وإيجاد خطة مناسبة يتم من خلالها التطرق للموضوع بصفة منضمة وممنهجة، وذلك لأن كل جزئية من جزئيات الموضوع تصلح في حد ذاتها لأن تكون عنوان لمذكرة مستقلة، ورغم هذا حاولت قدر الإمكان محاولة معالجة للموضوع والإلمام بجوانبه المختلفة من خلال التركيز على المنهج الاستقرائي والذي اعتمده من خلال استقراء نصوص المواد والاجتهادات القضائية. وأحياناً المنهج المقارن في بعض النقاط التي لم يغطيها المشرع بمقارنتها مع ما ورد في الشريعة الإسلامية وبعض القوانين الأخرى.

وللإجابة عن هذا الموضوع وما يثيره من إشكاليات والوصول إلى نتائج وحلول معقولة ومقبولة حاولت تقسيمه إلى خطة ثنائية بعد هذه المقدمة كالاتي:

الفصل الأول: الآثار المالية للدخول بالزوجة.

المبحث الأول: الصداق كأثر من آثار الدخول.

المبحث الثاني: النفقة كأثر من آثار الدخول.

الفصل الثاني: الآثار غير المالية للدخول بالزوجة.

المبحث الأول: النسب كأثر من آثار الدخول.

المبحث الثاني: حرمة المصاهرة وحل الاستمتاع بين الزوجين كأثر للدخول.

وخاتمة تضمنت أهم النتائج مع بعض التوصيات المقترحة.

الفصل الأول

الآثار المالية للدخول بالزوجة

الفصل الأول: الآثار المالية للدخول بالزوجة:

إن للدخول آثار عدة منها المالي ومنها غير المالي وهذه الآثار لا تكون للدخول إلا إذا نتجت عن عقد زواج انعقد صحيحا مستوفيا أحكامه وشرائطه، حتى يكون الدخول صحيحا ويرتب آثاره، وهذه الآثار قد تكون آثار مالية (أي مادية) أو غير مالية، والتي نحن بصدد الحديث عنها هي آثار الدخول المالية وهي آثار للزوجة على زوجها تنقرر بالدخول فهذه الأخيرة هي آثار ذات طابع مالي أي لها قيمة مالية، لأن موضوعها المال، وهي آثار ثابتة للزوجة دون الزوج.

فآثار الزوجة المالية منها ما يجب مرة واحدة لا أكثر ولو كان على دفعات وهو الصداق وآخر يستمر باستمرار الزوجية وهو النفقة ولقد عالج المشرع الجزائري مسألة الصداق في المواد (14،15،16،17) أما النفقة فقد عالجها في 7 مواد (من 74 إلى 80 من قانون الأسرة) لذلك ارتأيت تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: الصداق كأثر من آثار الدخول.

وتناولت فيه:- المطلب الأول مفهوم الصداق.

- المطلب الثاني الدخول كسبب موجب للصداق.

المبحث الثاني: النفقة كأثر من آثار الدخول.

وتناولت فيها:- المطلب الأول مفهوم النفقة.

- المطلب الثاني شروط وجوب النفقة ومسقطاتها.

المبحث الأول: الصداق كأثر من آثار الدخول:

شرع الإسلام الصداق تكريماً للمرأة وبياناً لنية الرجل على شراء مودتها والتقرب منها لبناء الأسرة وارتفاعاً لمكانة الزواج عن المساومات المالية يوجبه عقد صحيح أو دخول صريح وهذا الوجوب قصد به إظهار خطر عقد الزواج ومكانته وإعزازاً للمرأة ورفعاً لقدرها.

والصداق وإن كان واجب في الزواج ليس لاعتباره أنه شرط من شروطه بل باعتباره حكماً من أحكامه وأثر من آثاره تترتب عليه ومقتضى هذا أن الصداق يثبت بالزواج ولو لم ينص عليه في العقد والقارئ للصداق يتبادر إليه كيف أنه شرط من شروطه وهو في الوقت عينه أثر للدخول فالصداق متى لم يذكر في العقد أو يسمى تسمية صحيحة كان لا بد له من دخول حتى يقرر وجوبه ومن ثمة كان الصداق أحد آثار الدخول المالية ومن هنا كان لا بد من التعرض للصداق كأثر من آثار الدخول المالية في مطلبين كما يلي:

في مطلب أول: مفهوم الصداق.

وفي مطلب ثاني: الدخول كسبب موجب للصداق.

المطلب الأول: مفهوم الصداق:

إن الصداق في قانون الأسرة الجزائري يعتبر حكم من أحكام عقد الزواج وأثر من آثاره ويعتبر شرط من الشروط الموضوعية لعقد الزواج وهذا استناداً للم 09 مكرر المضافة بالأمر 02/05 ولكن يمكن أن يتحول إلى أثر من آثار الزوجية أي أثراً للدخول إذا لم يدفع قبل العقد أو في حالة تأجيله كله أو بعضه إلى ما بعد الدخول فهنا يتقرر بالدخول كما سنتعرض له لاحقاً بالإضافة إلى أن الصداق نوعان مسمى وآخر صداق مثل لذا وقبل الوقوف على الدخول وإجابته للصداق لا بد من التعرض أولاً لمفهوم الصداق وهذا من خلال هذا المطلب الذي أردت تناوله في فرعين:

الفرع الأول: تعريف الصداق والفرع الثاني أنواع الصداق كما يلي:

الفرع الأول: تعريف الصداق: للصداق عدة تعريفات نأخذ منها:

أولاً/ تعريف الصداق:

أ/ تعريفه لغة واصطلاحاً:

1- لغة: اسم مصدر لأصدق بفتح الصاد مهر المرأة¹...، الصداق: نقيض الكذب، صدق يصدق صدقاً وصدقاً وتصدقاً. وصدقه: قبل قوله².

أما المهر: لغة: الصداق، والجمع مهور، وقد مهر المرأة بمهرها وتمهر مهرها وامهراً وفي حديث أم حبيبة: وأمهرها النجاشي من عنده، ساق لها مهرها وهو الصداق³. (باعتبار أن الفقهاء يستعملون المهر أكثر من الصداق).

وللصداق مسميات عديدة منها: نحلة، حباء، المهر، الأجر، الفريضة ونحو ذلك مما هو مذكور في القرآن والصدق ضد الكذب وأصدقها، سمي لها صداقها⁴.

2/ اصطلاحاً: فهو المال الذي أوجبه الشارع على الزوج وجعله حقا للزوجة في مقابل الاستمتاع بها في النكاح الصحيح والوطء بشبهة وفي النكاح الفاسد...⁵.

¹ - محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، الخطبة والزواج، د.د.ن، د.ب.ن، ط2، د.ت.ن، ج1، ص247.

- المالكية وجمهور الفقهاء يعتبرونه شرط صحة ومن ثمة فلا يجوز للطرفين الاتفاق على إسقاطه، وإن لم يذكر عند العقد فلا بد من ذكره عند الدخول. (انظر: محمد محدة، مرجع نفسه، ص252-253).

² - ابن منظور (أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط6، 2008م، م.ج7، ص214.

³ - ابن منظور، لسان العرب، م.ج13، ص142.

⁴ - مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، سوريا، ط5، 1416هـ-1996م، ص116.

⁵ - محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، الخطبة والزواج، دار الشهاب، باتنة، د.ط، د.ت.ن، ج1، ص83.

ب/ تعريفه قانونا: أما قانون الأسرة فقد عرفه وذلك من خلال ما ورد في الم 14 من أن الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء¹.

ثانيا/ وجوبه: والدليل على وجوب الصداق منها ما يتعلق بالصداق كشرط ومنها ما قصره نضير الاستمتاع بها، فدليل مشروعيتها منها ما هو في القرآن، ومنها ما هو من السنة النبوية:

فمن القرآن الكريم قوله تعالى: { وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً } سورة النساء الآية 4.

وقوله أيضا: { فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً } سورة النساء الآية 24.

من خلال هاتان الآيتان فقد دلنا على وجوب الصداق (نحلة، أجور)، أما الآية الثانية فقد خصت بالذكر الاستمتاع وكيف يكون ذلك بلا دخول.

كما دلت السنة النبوية ومن ذلك القصة التي زوج النبي صلى الله عليه وسلم رجلا ودخل بها ولم يفرض لها صداقها، ولم يعطها منها شيئا، وكان له سهم بخبير فلما حضرته الوفاة قال ذلك للرسول صلى الله عليه وسلم فأعطى لها صداقها سهمه بخبير فأخذت السهم وباعته².

وحديث آخر: حدثنا أبو الوليد هشام بن عبد الملك: حدثنا ليث، عن يزيد بن أبي حبيب، عن أبي الخير، عن عقبة، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج)³.

¹ - المادة 14 من قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984، والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

² - أبي داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزوي، سنن أبي داود، كتاب النكاح (225)، باب فيمن تزوج ولم يسم صداقا حتى مات، رقم الحديث: 2117، م.ج 2، ص 244-245.

³ - أبي داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزوي، سنن أبي داود، (70) كتاب النكاح، مرجع نفسه، باب (53) باب الشروط في النكاح، رقم الحديث: 7225.

أما عن مقدار المهر، فلا يوجد تحديد له لا في الكتاب ولا في السنة ولا قانون الأسرة الجزائري كما أنه أشرط في العقد ولم يحدد مقداره: المهم أن لا يكون تافها، وما يستفاد من نص الم 14¹ التي نصت على أنه ".....ملك لها " أنه يفهم منها ضمنا أنه يمكن أن يكون مالا أو متقوما بمال حتى تستطيع تملكه².

ثالثا/ تعجيل المهر وتأخيره: لقد أوجبت المادة 15³ المعدلة تحديد وتسمية المهر في العقد " يجب تحديد الصداق في العقد سواء أكان معجلا أو مؤجلا " وهذا في فقرتها الأخيرة.

من هنا يحق للمرأة أن تأخذ بعض المهر وتؤجل بعضه فيما يسمى مقدم الصداق ومؤخره أو عاجله وأجله وفي ذلك يسر وتسهيل للزوج إذا كان المهر عاجلا كله أو بعضه لأن إن قبضته الزوجة وجب عليها الانتقال إلى بيت الزوج والدخول في طاعته بمجرد طلبه فإن امتنعت عن ذلك كانت ناشز وأجبرت على تسليم نفسها إلا إذا كان هناك ما يحول دون ذلك كالمرض ونحوه وإن لم يوف لها ذلك المعجل كان لها الامتناع سواء كان الزوج موسرا أو معسرا ولا يعد نشوزا منها لأن امتناعها بحق شرعي فإذا سمحت له في هذه الحال بالدخول أو الخلوة الصحيحة بها قبل ذلك بعد إسقاط حقها في الطلب العاجل ومنع نفسها منه في أي وقت أو لا⁴.

يرى أبو حنيفة أن هذا لا يسقط حقها فلها أن تمتنع منه لأن رضاها الدخول أو الخلوة قبل قبض معجل المهر إسقاط لحقها في منع نفسها في الماضي لا في المستقبل لأن منافع الزواج مستمرة ولا تستند في دفعة واحدة لاحتمال أن تكون فهمت ذلك لحمل الزوج على دفع المهر فلما لم يفعل رجع حقها في المنع إليها⁵.

¹ - م 14 من ق.أ.

² - الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 2008، ص 56 - 58.

³ - المادة 15 من ق.أ.

⁴ - طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2009، ص44.

⁵ - طاهري حسين، مرجع نفسه، ص44.

وأضاف إليه الشافعي أنه لاحق لها في المنع لما رضيت الدخول أو الخلوة قبل أن تقبض معجل صداقها فقد سلمت جميع المعقود عليه ولهذا تأكد جميع المهر بالمخالطة مرة واحدة فكانت مسقطة لحقها في طلبه قبل الدخول فيسقط حقها في الامتناع، فلو امتنعت لم تجب لها نفقة لأنها تعتبر ناشز وهو قول كذلك أبو يوسف ومحمد من الحنفية¹.

ولقد ذهب المالكية في هذا الصدد إلى التفرقة بين إذا كان معيناً أم لا، فإن كان الصداق معيناً كالثوب مثلاً فلا بد من تعجيله لأن التعجيل حق من حقوق الله تعالى وأنه يفسد العقد بالتأخير، أما إن لم يشترط فلها الحق في التعجيل والتأجيل إذ لا محذور².

الفرع الثاني: أنواع الصداق: إن الصداق حسب ما هو منصوص في الم 2/15³ والتي يتضح لنا منها أن الصداق نوعين مسمى وآخر صداق مثل يجب بالدخول فالدارس لأحكام الصداق لا يجد إلا نوعين اثنين لا ثالث لهما وهذا التقسيم يطال حتى شرح القانون ومن هنا فأنواع الصداق هما صداق مسمى وآخر صداق مثل.

أولاً: الصداق المسمى: وهو ما اتفق عليه العاقدان في العقد، وسمي تسمية صحيحة⁴، وهو ما كان على الرجل أداءه، تناولته الم 2/15 (المشار إليها سابقاً) والمسمى لا يثير إشكالات كثيرة كصداق المثل.

ثانياً: صداق المثل (مهر المثل): فهو المهم عندنا لأنه ومن خلال الم 2/15 تستحق الزوجة صداق المثل عند عدم تحديد قيمة الصداق فالمشرع في هذه الم عالج جميع حالات عدم تحديد الصداق وبيان استحقاق المرأة لصداق المثل.

¹- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة، ص44.

²- محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، الخطبة والزواج، ص279.

³- الم 2/15 " في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل".

⁴- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ص56.

كما أنه جعل الاستحقاق للزوجة تمييزاً لها عن المعقود عليها لأنه وفي حالة ما تم الدخول ولم تأخذ الزوجة صداقها فهنا الزواج لا يبطل إذا تم بدونه بل يفرض لها صداق مثلها¹. ومن هذا نستخلص من أن مهر المثل يجب في حالة عدم تحديده في العقد وتم الدخول (الم 2/15) أو حسب ما هو منصوص في المادة 33 في حال ما إذا تم دخول ولم يتوفر العقد على شرطين أو أكثر فرض مهر المثل. كما تستحق صداق المثل في حالة عدم تسميته في العقد (م 02/15) وهو ما يسمى عند المالكية بنكاح التفويض، أي بأن تفوض الزوجة أو وليها أمر تقدير الصداق².

فالمشرع في هذه الم يجرنا للحديث عن النكاح الفاسد فهذا النكاح فاقد لصلاحياته في ترتيب الآثار الشيء الذي لا يستلزم شيئاً حتى البدء الفعلي في مباشرة آثاره، وعليه أمكن القول بأن النكاح الفاسد هو نكاح في نظر المشرع معدوم والمعدوم شرعاً كالمعدوم حساً من حيث الآثار³، فإنه يفسخ قبل البناء ولا صداق فيه، ويصح بعد البناء بصداق المثل (م 2/33) وهذا معناه أن صداق المثل واجب في الزواج الفاسد وهو ما سارت عليه المحكمة العليا، مؤكدة لما سبق من أنه يثبت الزواج بعد الدخول بصداق المثل، إذا اختل ركن واحد طبقاً لأحكام الم 33 من قانون الأسرة⁴. بمعنى أنه في حالة فسخ الزواج قبل الدخول فإنه لا صداق فيه، بينما أوجب صداق المثل في حال إمضاءه بعد الدخول لاختلاف أحد شروطه. ففي حالة ما فسخ بعد الدخول وفيه المسمى فإن كان صحيحاً غير جائز فلها مهر المثل⁵، كما جاءت به الم 34 " كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء"⁶.

¹ - أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية معاصرة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ط، 2010، ص 93.

² - سعدون نسمة، بلجباية آمنة، أحكام الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 1، 2015-2016، ص 58.

³ - محمد محدة، الأحكام الشخصية في الأحوال الشخصية، الخطبة والزواج، ص 94.

⁴ - م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 253366، الصادر بتاريخ 2001/01/23، (بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ب.ن، ط 6، 2012، ج 1، ص 209).

⁵ - محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، الخطبة والزواج، ص 95.

⁶ - الم 34 ق.أ.

ونوع آخر ككنكاح الشغار مثلا وهذا النوع مختلفون في فساده لاختلاف الفقهاء في نفاذه بعد الدخول، وإن لم يكن جائز وجب مهر المثل، إما إذا تبين حاله قبل الدخول وفسخ فلا مهر فيه لأن وكما قلنا كل فسخ قبل الدخول لا مهر فيه¹.

أما الوطاء بشبهة العقد غير موجود أصلا وإنما هو نتيجة خطأ مادي أدى إلى ارتكاب ذلك الفعل عن غير قصد معتقدا الشخص بفعلته تلك أنه مع زوجته ثم يتبين أمره، وعليه سقط عنه الحد ووجب مهر المثل² بشرط أن تكون غير عالمة بأنه أجنبي، فإن علمت أنه أجنبي، ومكنته من نفسها، فهي زانية ووجب مهر المثل للموطوءة سدا لأبواب الزنا حتى لا يعمدون ذلك الفعل ثم يحتجون بوجود الشبهة فمهر المثل يردع الشخص لتلك الفعلة إذا ما قارن بينها وبين ما يوجبه الشرع عليها من مهر مثلها، فسلامة النية استلزمت عدم توقيع الحد، وسد ذريعة الزنا استلزم وجوب مهر عليه لها³.

ويتحدد صداق المثل هذا بالقيمة التي تزوجت بها امرأة أخرى من أهلها، بحيث تقاس بأختها فابنة عمها، فإن لم توجد فالنظر إلى من تماثلها في العائلة أو القرابة فإنه يجب مهر المثل الذي يراعي في تقديره العصر البلد وحال الزوج، وقد حدده بما يماثل مهر قريباتها اللواتي يشابهنها في الحال والسن والجمال والعقل والعلم⁴، وفيه الكثير من الصفات التي تختلف باختلاف عرف الناس فيختلف الصداق تبعاً لها⁵.

1 - محمد محدة، الأحكام الشخصية في الأحوال الشخصية، الخطبة والزواج، ص 95.

2- محمد محدة ، مرجع نفسه، ص 95.

3- الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف، لبنان، د.ط، د.س.ن، ج 2، ص 607.

4- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ب.ن، ط 1،

2011، ص 41، الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ص 58.

5- نبيل صقر، قانون الأسرة نصوصها وتطبيقها، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د.ط، 2006، ص 47.

فالمهم امرأة تماثلها وقت العقد من أسرة أبيها¹ أي بشرط أن تكون القرابة من جهة الأب دون الأم كما هو متعامل به عرفا ووفقا لأحكام الشريعة ويعتبر لهذه الأوصاف في النكاح الصحيح بيوم العقد وفي النكاح الفاسد بيوم الوطء².

وتجدر الإشارة إلى أن نفي المهر نهائيا لو اشترط إسقاطه فهو فاسخ للعقد قبل الدخول، أما بعده فيثبت ومعه مهر المثل³.

فيفهم أن عدم تحديد الصداق جائز لأنه في النزاع يتحدد صداق المثل، والمشرع لم يتحدث عن كل هذا ولكنه قد أحسن صنيعا بوضع نص الم 222.

المطلب الثاني: الدخول كسبب موجب للصداق:

أي استحقاق الزوجة للصداق، وبمعنى أدق ما يوجبه الدخول من صداق.

فالصداق أحد الآثار المالية للدخول بالزوجة كما أشرنا سابقا والحكم في ذلك منصوص عليه في المادة 16 من ق.أ التي تنص صراحة على أنه " تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول... " ومن هنا فالدخول يؤثر على الصداق بإيجابته كاملا، فوجوبه على الزوج يكون وجوبا غير مستقر حتى يوجد ما يؤكد وجوبه كله أو بعضه، إذا لم يوجد مؤكد من مؤكدات المهر⁴.

ويتأكد المهر الواجب بالدخول الحقيقي أو ما يقوم مقامه وهذا ما سنحاول تناوله إضافة إلى النزاعات المثارة بشأنه كما يلي:

¹ - طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة، ص 42.

² - سهام صقر، أحكام الصداق في التشريع الإسلامي وتقنين الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في الفقه الإسلامي، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 1999، ص 75-130، وكذلك محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان، ط.1، 2008، ص 167.

³ - العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص 38.

⁴ - عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ط 1، 2011، ص 139.

الفرع الأول: الدخول الحقيقي: والمشرع كان صريحا في نص المادة عندما أكد على أن الصداق يتقرر بالدخول ولكنه لم يحدد ما المقصود به كما تجدر الإشارة هنا إلى أنه لم يتم التنصيص منه صراحة فيما يخص باقي الموجبات من خلوة ومدة إقامة الزوجة سنة... فالدخول قد أكده المشرع بنص المادة وأيضا من خلال نصوص عديد الاجتهادات القضائية. أولا وقبل التعرض إلى كيفية إثبات الصداق بالدخول (وجوبه بالدخول) من التعرض أولا إلى تعريف الدخول وذلك كما يلي:

أولا/ تعريف الدخول: أو ما يطلق عليه الدخول الحقيقي:

فالدخول لغة: نقيض الخروج، ودخل يدخل دخولا وتدخل ودخل به...¹.

وهو الوطء أو الاتصال الجنسي². ويعرف أيضا بأنه: الوطء من البالغ للمطابقة، وهذا الوطء لا يشترط فيه إزالة البكارة، وأن يكون في وقت مباح³.

ومن ثم فإن الدخول الحقيقي الفعلي هو ما جاء بعد العقد من علاقات جنسية بين الطرفين، ولو قبل حفلة الزفاف⁴.

ومن هنا ومن خلال هذه التعاريف يتبين أن الدخول هو البناء بالزوجة أو الوطء.

وقد جاءت نصوص كثيرة في القرآن والسنة تفيد أصل مشروعية هذا الاتصال منها قوله تعالى: { وَالَّذِينَ هُمْ لِأُفْرُوجِهِمْ حَافِظُونَ } سورة المؤمنون الآية 5.

ثانيا/ الدخول وإجابته للصداق: ولقد اتفق الفقهاء على أن المهر يجب بنفس العقد أي أنه يتعلق بالذمة ساعة العقد ويجب بالدخول إن كان الزواج صحيحا، والواجب هو المسمى

¹ - ابن منظور، لسان العرب، م.ج.13، ص228.

² - عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، باتنة، ط1، 2007، ص 140.

³ - محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية الخطبة والزواج، ص 91-92.

⁴ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، ص 216.

إن كانت التسمية صحيحة، ومهر المثل إن لم تكن هناك تسمية أو كانت تسمية وكانت فاسدة أو هناك اتفاق على نفي المهر¹، فالصداق يتأكد كله لهذه الزوجة بعد العقد عليها عقدا شرعيا وهو المفروض على الزوج بعد الدخول بها استنادا لقوله تعالى: { فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً } سورة النساء الآية 24.

وهو ما نص عليه المشرع الجزائري صراحة بقوله: " تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول.."². لكنه لم يحدد ما المقصود بالدخول ولم يوضح أي حكم من أحكامه ومن هنا وبالرجوع إلى الم 222، والتي تحيلنا على أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن هذا الوطاء أو الاتصال الجنسي هو الذي يتأكد به وجوب المهر ويستقر على الزوج لاستيفاء مقابله، فقد استوفى الزوج حقه بالدخول، فيتقرر حق الزوجة في المهر جميعه. ويترتب على استقرار المهر بالدخول أنه لا يسقط شيء منه بعدئذ إلا بالأداء لصاحبه، أو بالإبراء من صاحب الحق³، ويسقط كله إذا عملت الزوجة عملا يوجب الفرقة بينهما كمن ارتدت عن الإسلام⁴.

هذا معناه أنه بمجرد الدخول الحقيقي أي بالوطء إذا كان الزوج بالغا والزوجة مطيقة للوطء، تستحق الزوجة كامل الصداق المسمى⁵ فإن كان صغيرين لا يتقرر كامل المهر عند الحنفية والمالكية بل أن حصوله حتى مع وجود المانع يتأكد به المهر⁶.

وقد أشارت المحكمة العليا في قراراتها إلى أنه بالدخول الحقيقي يتأكد الصداق كاملا للزوجة، بل بمجرد اتصال الزوج بزوجه اتصالا جنسيا بعد العقد، فإن اختلفا في المسيس

1- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص 38.

2- م 16 من ق.أ.

3- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ص 140-141.

4- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذاهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، ط2، 1398هـ - 1977م، ص 271.

5- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 216.

6- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص 272.

فالقول قولها بيمينها، كما أنه إذا لم يشترط الزوج العذرية (أو البكارة) في عقد الزواج، فإن الدخول بالزوجة ينهي كل دفع بعدم العذرية¹.

كذلك ما جاء به القرار والذي أخذ بنفس المنحى والذي جاء فيه أنه من المقرر شرعا أن إثبات أو نفي إدعاء الزوج عدم المساس، وإدعاء الزوجة المسيس يوم الدخول بها، يكون فيه الحكم، القول قولها بيمينها إن حلفت استحقت الصداق كاملا وإن نكلت حلف الزوج وتشاطر صداقها، فإن نكل صدقت هي واستحقت الصداق كاملا، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قضاء منعدم التسبيب ومخالف لقواعد شرعية²، وقد أصابت المحكمة في ذلك على أن من استطاع الإثبات استحقه ويجوز للمحكمة عند النزاع حول العذرية (أو البكارة) إجراء التحقق بمعرفة الخبرة الطبية غير أنه عند عدم اشتراط العذرية في عقد الزواج، فإن البناء بها ينهي كل دفع بعدم العذرية³، كما أنه في حالة الإدعاء الكاذب بأن الزوجة لم تكن بكر ليلة الزفاف، هو ضرر شرعي مستمر يخول للزوجة الحق في طلب التطليق⁴، وكذا التعويض عن الأضرار الجسدية والمعنوية الناجمة عن المساس بالشرف وتشويه السمعة⁵.

لا بد من الوقوف على نقطة لم يقف عندها المشرع الجزائري وهي إزالة البكارة بالأصبع، ولكن الفقه المالكي تناولها ولم يغفلها فلقد أوضح بأنه لو أزال الزوج البكارة بأصبعه، كما هي عادة بعض قبائل البدو الذميمة، وطلقها قبل الوطاء، لزمه نصف الصداق، وتعويض المرأة عما فقدته⁶.

¹ - م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 243417، الصادر بتاريخ 2000/05/23، إ.ق، غ.أ.ش، ع خاص، ص109، (بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص217).

² - قرار رقم 34262 الصادر بتاريخ 1984/11/19، م.ق، 1990، ع1، ص75، (بلحاج العربي، مرجع نفسه، ص217).

³ - م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 243417، الصادر بتاريخ 2000/05/23، (بلحاج العربي، مرجع نفسه، ص217).

⁴ - م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 40429، الصادر بتاريخ 1986/05/05، ن.ق، ع44، (بلحاج العربي، مرجع نفسه، ص217).

⁵ - م.ق. قالمة، ملف رقم 31/86، الصادر بتاريخ 1986/03/31 غير منشور، (بلحاج العربي، مرجع نفسه، ص217).

⁶ - الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، لبنان، ط1، 1463 هـ، 2002م، ج2، ص598.

كما أنه وبعد توفر أركان الزواج المنصوص عليها قانونا المادتان 9 و9 مكرر من ق.أ، تجعل الدخول قد تم شرعا لأن الدخول ما هو إلا شكل من أشكال إتمام مراسيم الزواج¹.

وعلى هذا الأساس نقضت المحكمة في قرارها المشهور القرار الذي قضى بالطلاق واستحقاق الزوجة الصداق كاملا، لما كان ثابت أن الزوج لم يدخل بزوجته بعد انتقالها إلى داره لكونه أعتقل ليلة الدخول، مما يتعذر عليه إتمام الخلوة الحقيقية²، وفي قرار آخر قررت المحكمة العليا بأنه لا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج، من علاقات جنسية بل هو مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد³.

ونلاحظ في هذا الشأن، بأنه لا تجبر الزوجة على الدخول قبل حصولها على كامل صداقها المسمى في العقد، كما أنه للزوجة حق الامتناع عن مطاوعة زوجها، إذا لم يدفع لها صداقها المعجل، ولو كان قد دخل بها، نظرا للعموم والإطلاق الوارد في الم 16 من ق.أ⁴.

كما أنه لا يمكن للقاضي حتى بعد إبرام عقد الزواج إجبار الزوجة على إتمام مراسيم الدخول بها⁵ أي أن بامتناعها عن الدخول بسبب عدم دفعه كامل صداقها المسمى لا يعتبر نشوزا وهنا نجد مسألة مهمة ألا وهي حكم من يؤدي زوجته لدفعها للنشوز منه، وخلاصة ذلك أن الزوج كما يؤدي زوجته وبضايقها لدفعها إلى النشوز منه لكي يحصل على ما دفعه لها من مهر. فمن هنا فإن الزوج الذي لم يجد في زوجته ما يشينها في دينها أو خلقها وإن قصده من إيذاءها دفعها إلى النشوز منه واسترداد ما دفعه مهرا لها فعلى هذا يعتبر فعله

¹ - م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 289543 الصادر بتاريخ 2002/50/08، م.م.ع، 2004، ع2، ص373، (بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص217).

² - م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 289543، الصادر بتاريخ 1988/05/08، م.ق، 1992، ع2، ص44، (بلحاج العربي، مرجع نفسه، ص217).

³ - م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 34046. 1984/11/19، م.ق، 1990، ع1، ص67، (بلحاج العربي، مرجع نفسه، ص218).

⁴ - بلحاج العربي، مرجع نفسه، ص 217.

⁵ - م.ع، قرار رقم 415123 الصادر بتاريخ 2008/03/12، م.م.ع، 2008، ع1، ص275، (بلحاج العربي، مرجع نفسه، ص217).

محرمًا، وما قد يحصل منها على عوض عن نشوزها يعتبر بالتالي حرامًا عليه لما فيه من أكل المال بالباطل¹. - هذا لما صادفنا الحديث عن النشوز ووجوب الصداق -

وفي قرار حديث حكمت به المحكمة العليا، أن دخول الزوجة لبيت الزوجية ولو لليلة واحدة يعد بناءً، وهو أمر يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية لإمكانية الاتصال بين الزوجين².

ولقد أقام القضاة القرار المطعون فيه فيما إذا كانت الزوجة المصابة بداء الفرج مثل الرتق³ الموجب للخيار تستحق الصداق أم لا تستحقه في حالة رد زوجها لها، وتعرضوا لأقوال الفقهاء حول ذلك واختاروا من ذلك الأقوال التي تقول بالاستحقاق وهم غير مراقبين فيما فعلوا، فالمرض الذي ظهر بالمطعون ضدها من الأمراض التي تخفى عادة ولا تعرف إلا بمناسبة الوطاء أو عن طريق الكشف من النساء أو الخبير، وبالنسبة لهذه الأخيرة فإن حالتها لم تعرف ولا تعرف إلا بعد الدخول بها، ولولا محاولة الطاعن وطئها لبقى مجهولاً، وبالمحاولة المذكورة تم الكشف الكلي لموطن اللذة فيها والوطء الفعلي بها مما يوجب لها الصداق كاملاً وذلك أخذاً بما أتى به القرار من أقوال فقهية وتأييداً بقول عمر ابن الخطاب الذي أوجب لمثل هذه الزوجة صداقها، إذا فالقرار سار مع المشرع، والنعي عليه بما جاء في الوجه في غير محله⁴.

¹ - عبد الرحمن بن حسن النفيسة، حكم من يؤدي زوجته لدفعها إلى النشوز منه، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، السنة السادسة، ع22-1415هـ، ص 240 - 242.

² - قرار رقم 342922، الصادر بتاريخ 2005/09/14، م.م.ع، 2005، ع2، ص413، (بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ص219).

³ - الرتق لغة: هو من رتق الشيء إذا سده أو لحمه أو أصلحه.

وفي لغة الاصطلاح هو انسداد الفرج باللحم، فيكون ملتصقاً لا مسلك للذكر فيه بأصل الخلق، (قشيشد مريم، الأمراض المعاصرة وأثرها على الزواج، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، جوان 2014، ص68).

⁴ - لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة مدعم باجتهادات المجلس الأعلى والمحكمة العليا، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2014، ص51-52.

وكما جاء أيضا في أحد القرارات، أن المطعون ضدها تزوجت بالطاعن، ومما تدل عليه أوراق الملف أن هذه الأخيرة قد طردت من داره في اليوم الموالي كما أن هذا الأخير لم يكن يومه بدار أبويه، بل كان في حالة اعتقال، مما يتضح معه بأنه لم يبني بها، وأن خلوة الاهتداء¹ بهما لم تتم، ومن ثم فاعتبار نقلها للدار المشار إليها دخولا شرعيا تستحق به كامل الصداق هو فهما خاطئا لمقاصد الشريعة وتطبيقا سيئا لها الأمر الذي يعيبه ويعرضه للنقض².

الفرع الثاني: الفرق بين الدخول والخلوة: لابد أولا من التعرض قبل ذلك لتعريف الخلوة:

أولا/تعريف الخلوة:

أ/ الخلوة لغة: يخلو خلوا وخلا إذا لم يكن فيه أحد ولا شيء فيه.

يقال: خلا بنفسه، وخلا إليه، وخلا معه: انفراد، والخلوة: مكان الانفراد بالنفس أو بغيرها³.

ب/الخلوة اصطلاحا: الخلوة بالمعقود عليها لا تخرج عن معناها اللغوي من حيث أنها: انفراد الزوج بزوجه على وجه يؤمنان فيه من اطلاع أحد عليهما⁴، وهذه هي الخلوة

¹ - إن الخلوة نوعان: خلوة اهتداء: وسميت بذلك للهدوء أي السكون لأن كل واحد منهما اهتدى للآخر وسكن إليه وتسمى أيضا بإرخاء الستور، وإلى جانب خلوة الاهتداء يوجد نوع آخر هو خلوة الزيارة والتي كان على المشرع أن لا يتركها نظرا لتطور الأمور وتبادل الزيارات بين الزوجين وقد يبيت أحدهما عند الآخر الليلة أو الليلتين... (محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، ص92-93).

² - لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ص51-53، (ق.م.ع، غ.أ.ش ملف رقم 49283 الصادر بتاريخ 09 مايو 1988، م.ق، ع02 لسنة 1992، ص46).

³ - عثمان محمد عبد الحق إدريس، أحكام المعقود عليها قبل الدخول في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، ط.1، 2011، ص 203.

⁴ - عثمان محمد عبد الحق إدريس، مرجع نفسه، ص 203.

الصحيحة التي تقوم مقام الوطاء وتؤكد لزومه بتمامه، وليس هناك ما يمنع من المخالطة الجنسية، كأن يكون المكان غير آمن أو كان آمنا ووجد المانع لا تكون صحيحة أيضا¹.

ثانيا/الفرق بين الدخول والخلوة:

الخلوة الصحيحة تشارك الدخول الحقيقي في أحكام وتخالفه في أحكام أخرى.

أ/ نقاط الاتفاق أو نقاط اشتراك الخلوة مع الدخول: فيتفقان في الأحكام التالية:

- تأكيد وجوب المهر بتمامه أي كاملا، سواء أكان هو المسمى أم كان مهر المثل وهذا عند الحنفية والحنابلة خلافا للمالكية والشافعية في الجديد².
- وجوب العدة على الزوجة إذا وقعت فرقة بعد الخلوة بها خلوة صحيحة، ووجوب النفقة بأنواعها على الزوج فيها³.
- حرمة التزوج بامرأة أخرى محرم لها، وحرمة التزوج بخامسة، إذا كانت هي رابعة مادامت في العدة⁴.
- أما ثبوت نسب الولد، إذا أتت به بعد الخلوة، فهو بحكم العقد الصحيح وليس أثر للخلوة، أي أن ثبوت النسب هنا من الزواج الصحيح لا من الخلوة الصحيحة⁵ فيثبت هنا الزواج كما يثبت نسبه منه بعد الدخول، وهذا في الواقع ليس حكما للخلوة وللدخول، بل هو حكم لعقد الزواج الصحيح وإن لم يعقبه دخول ولا خلوة كما يذهب إليه الحنفية⁶.

¹- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص 375.

²- محمد مصطفى شلبي، مرجع نفسه، ص 375.

³- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د.ط، 1997، ص 214.

⁴- أحمد فراج حسين، مرجع نفسه، ص 214.

⁵- أحمد فراج حسين، مرجع نفسه، ص 214.

⁶- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر القانوني، د.ب.ن، د.ط، د.س.ن، ص 380.

ب/نقاط الاختلاف: ويختلفان في الأحكام الآتية:

1- الإحصان: حد الزنا للمحصن بالزواج مع الدخول الحقيقي أما الخلوة الصحيحة فلا يتحقق بها شرط الإحصان في حد الزنا وعلى ذلك من زنى بعد الدخول بزوجه كان حده الرجم ومن زنا بعد الخلوة الصحيحة وقبل الدخول لم يكن دخل بامرأة أخرى في زواج صحيح قبل ذلك فإن حده الجلد مائة جلدة¹.

2- حرمة البنات: أي حرمة الزوجة، فإذا تزوج رجل بامرأة يحرم عليه فرعها إذا دخل بها، أما لو اختلى بها فقط، فإن فرعها لا يحرم عليه لأن القرآن علق تحريم الرئائب على الدخول².

3- حل الزواج الأول: بمعنى حل المطلقة ثلاثا لمطلقها، فإنها لا تحل له حتى تتزوج بزوج آخر، ويدخل بها دخول حقيقيا، أما مجرد الخلوة بها فإنها لا تثبت الحل لمطلقها ولو كانت صحيحة³.

4- الرجعة: أي إمكان المراجعة بعد الطلاق الرجعي بدون عقد جديد، فإذا طلق الرجل زوجته بعد الدخول بها طلاقا رجعيا، لم يكن على مال ولا مكملا للثلاث، يمكن مراجعتها بدون عقد جديد، أما لو طلقها بعد الخلوة بها فقط فإن الطلاق يقع بائنا، وحينئذ لا يمكن إعادتها إلى عصمته إلا بعقد ومهر جديدين⁴.

¹- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 46.

²- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص 381.

³- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 47.

⁴- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ص 215.

5-الميراث: إذا طلق الرجل امرأته بعد الدخول بها طلاقاً رجعياً ثم مات أحدهما والعدة لم تنته بعد، فإن الآخر يرثه، لأن الموت في عدة الطلاق الرجعي كالموت حيال قيام الزوجية.

أما إذا مات أحدهما في عدة طلاق بعد الخلوة، فلا يرثه الآخر، لأن الطلاق في هذه الحالة يكون بائناً ولا تورث في عدة البائن¹.

6- إن المدخول بها تتزوج تزويج النثبات من أنه لا بد في تحقق رضاها من أذنها الصريح، أما المختلي بها فقط فتتزوج زواج الأبكار فيكفي في رضاها بمجرد السكوت².

الفرع الثالث: الخلوة ووجوب كامل الصداق:

إن هناك أمور أخرى تؤكد الصداق كاملاً كالدخول تماماً لم ينص عليها المشرع صراحة ومن هنا لذا كان لا بد من إيرادها من زاوية أنها توجب الصداق وتأخذ حكم الدخول في تقريره وهذا بالرجوع إلى أحكام الم 222 وهذا ما سنتناوله في هذا الفرع كما يلي:

أولاً/الخلوة:

إن الخلوة وكما سبق وأن أشرنا فالمشرع لم يتعرض لها بصريح العبارة على عكس الاجتهاد القضائي قد أخذ بما يسمى الخلوة وهذا في العديد من قراراته وبتطبيق الـ 222 نتعرض للخلوة كموجب للصداق فهي كالدخول تماماً. حتى أن أغلب الفقهاء منهم من يطلق على الخلوة بالدخول الحكمي كالحنفية والحنابلة³. ومن هنا فالخلوة تقام مقام الدخول الحقيقي

¹- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ص 215.

²- نقاط اختلاف واتفاق راجع: محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص 221-223.

³- محمد زيد الأبياني، تحقيق محمد خالد جمال رستم، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، معزز باجتهادات المحاكم الشرعية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، 2006، ج1، ص 135.

في تأكيد وجوب المهر، باعتبارها مظنته¹. وهي تكون في العقد الصحيح لا الفاسد باعتبار أن الفاسد يوجبه الدخول وهذا ما يظهر من خلال الم 33 ق.أ.

إن الخلوة الصحيحة كالدخول الحقيقي في وجوب المهر كاملا للزوجة وهذا قول الحنفية والحنابلة وقول الإمام الشافعي في مذهبه القديم وهو قول بعض الصحابة² أما المالكية والشافعية في الجديد لا يتأكد وجوب المهر بالخلوة وحدها بدون وطء فلو خلا الزوج بزوجته خلوة صحيحة ثم طلقها قبل الدخول بها وجب نصف المسمى فقط³.

ومن هنا فالقول القائل بالخلوة الصحيحة توجب المهر كاملا هو القول الراجح⁴.

واستنادا إلى ما جاء في فقه الشافعي ومالك، ونظرا إلى أن السبب الأصلي لاستقرار جميع الصداق إنما هو الدخول الفعلي لا يختلف في ذلك أحد من الفقهاء، وإنما أقام الخلوة الصحيحة من أقامها مقام الدخول على سبيل الاحتياط، باعتبار الخلوة مظنة الدخول⁵.

ويضيف مالك في مدونته أن الصداق لا يتقرر بالخلوة دون وطء: فالزوجة تستحق المهر كاملا بالوطء ولو لم تنزل بكارتها، ولا يتقرر الصداق كاملا بمجرد الخلوة، وغلق الباب وإرخاء الستور، لا بد من الوطاء، لأن المراد من قوله تعالى: { وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ } سورة البقرة الآية 237.

الوطء كما روي عن ابن عباس (المالكية)⁶.

1- نبيل صقر، قانون الأسرة نسا وفقها وتطبيقا، ص 48.

2- محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار يافا، الأردن، ط1، 2011، ص 308.

3- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ص 142.

4- محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ص 313.

5- نبيل صقر، قانون الأسرة نسا وفقها وتطبيقا، ص 48.

6- الحبيب بن طاهر، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج2، ص 598.

فإذا ما تأكدت الخلوة بين الزوجان اللذان أبرم عقد زواج بينهما، فإنه يصبح لهذه الزوجة الحق في جميع توابع العصمة وفي صداقها كاملاً حتى ولو لم يقع احتفال بالدخول¹ سواء أكان هذا الوطاء أدى إلى إزالة البكارة أم لا، ولو بالوطء الحرام (كالوطء في الدبر)، أو في حالة وجود مانع شرعي (كالحيض والنفاس والصوم والاعتكاف والإحرام....)، لأن الزوج قد استوفى منها الغرض المقصود بالوطء، كما أن الخلوة كافية وحدها لاستحقاق الزوجة الصداق كله والتمتع دون أداء اليمين².

فإذا ادعت الزوجة المسيس، بينما أنكر الزوج ذلك، فإن القول قولها في إدعاء المسيس مع يمينها عند المالكية³.

وما يؤكد أيضاً أنه بالخلوة يتأكد كامل المهر، ما ذهب إليه القرار من أن من المتفق عليه فقهيًا أن الخلوة الصحيحة توجب جميع الصداق المسمى، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بما يثيره الطاعن بعدم إتمام الدخول بزوجته، غير مبرر ويستوجب رفضه وهذا ما يتبين في قضية الحال الأمر بكامل الصداق وبترتب عليه توابع العصمة⁴. فإذا كانت هناك خلوة صحيحة بين الزوج والزوجة، وادعت المسيس، فالقول قولها مع يمينها (م16، 58، و222 ق.أ)، وقرار آخر الذي أكد أن متى تتم الخلوة صحيحة فللزوجة الحق في توابع العصمة⁵، وتأخذ في قراراتها حتى بخلوة الاهتداء⁶.

¹ - لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ص54-55، (القرار ق.م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 74375، الصادر بتاريخ 18 يونيو 1991، م.ق، ع1 لسنة 1993، ص63-64).

² - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 218.

³ - بلحاج العربي، مرجع نفسه، ص217. وكذا قرار، م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 34262 الصادر بتاريخ 19/11/1984 (بلحاج العربي، مرجع نفسه، ص218).

⁴ - قرار رقم 35107، الصادر بتاريخ 19/11/1984، م.ق، 1990، ع 2، ص55.

⁵ - قرار رقم، 74375 بتاريخ 18/06/1991، م.ق، 1993، ع1، ص61، (بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص221)، (جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، د.ب.ن، د.ط، د.س.ن، ج 2، ص 652).

⁶ - قرار رقم 49283 الصادر بتاريخ 09/05/1988، م.ق، 1992، ع2، ص44، (جمال سايس، مرجع نفسه، ص576).

ولابد من شروط للخلوة حتى تكون صحيحة ومؤثرة في عقد النكاح، على النحو التالي:

حصول الخلوة بعد العقد: إن الخلوة بالمرأة دون وجود العقد ولو كان فاسدا تعتبر خلوة

بين رجل وامرأة أجنبية لا أثر لها، ولا اعتبار لها كالخلوة بين الخاطبين فيحرم اختلاهما. ونص الحنفية وابن قدامة من الحنبلية على عكس باقي الحنبلية إلى عدم اعتبار الخلوة في النكاح الفاسد حتى وإن كانت الخلوة صحيحة، ودليل ذلك أن الوطء في النكاح الفاسد محرم، فيحرم الاختلاء¹.

كون الزوجين بالغين أو مطيقين للوطء: فإذا كان الزوجان أو أحدهما غير بالغ أو

مطيقا للوطء، فإن الخلوة لا تكون معتبرة، وذلك لأنها يترتب عليها الأثر لاحتمال حصول الوطء أو توفر الظروف المناسبة له، من حيث الانفراد بالمعقود عليها، وكون الزوجة صغيرة أو غير مطيقة للوطء دليل أكيد على عدم حصول الوطء حتى وإن حصلت الخلوة بينهما².

مدة الخلوة: وذلك بأن تكون المدة التي يختلي فيها الرجل بالمرأة مدة كافية لحصول

الوطء أو إمكانية حصوله، فإن كانت لمدة أقصر من زمن الوطء كمجرد لحظة من الزمن فلا اعتبار لها³.

مكان الخلوة: حتى تقع الخلوة صحيحة بين الزوجين، يشترط أن تكون الخلوة في مكان

مناسب لحصول الوطء أو إمكانيةه، بأن يسمح لهما هذا المكان بالاختلاء وحدهما على انفراد، في مكان أمين من اطلاع غيرهما عليهما⁴.

1- عبد الحق إدريس، أحكام المعقود عليها قبل الدخول في الفقه الإسلامي، ص 203.

2- عبد الحق إدريس، مرجع نفسه، ص 204.

3- عبد الحق إدريس، مرجع نفسه، ص 205.

4- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ص 213.

انتفاء الموانع: ويقصد بها: الأمور التي تمنع كلا الزوجين من الوصول إلى الآخر، بحيث لا يتمكن من وطئها، ولقد اختلف الفقهاء في اعتبار الموانع المؤثرة في الخلوة والموانع أنواع:

- مانع شرعي يعني وجود أمر شرعي يحرم معه حصول الوطاء كالحج مثلا.
- مانع طبيعى كوجود شخص ثالث معهما سواء كان أعمى أم بصير يقضا أو نائما..
- مانع حقيقي (حسي) وهذا كأن يوجد مانع في الزوجين يمنع حصول الوطاء أي مرض أو عيب...¹.

ومن هنا نجد إشكالية مهمة وهي إشكالية الزواج العرفي والخلوة فبقدر أهميتها بقدر ما هي صعبة وصعوبتها تكمن في ماهية الزواج العرفي وكذا الخلوة التي انجرت عنه ولقد كانت للمحكمة العليا في قرارها رأيها في ذلك والذي جاء فيه الخلوة الصحيحة بعد توفر جميع أركانها الشرعية والقانونية المثبتة فهنا الدخول ما هو إلا شكل من أشكال إتمام الزواج².

إضافة إلى أنه يأخذ بما يسمى الخلوة الصحيحة، بعد توافر أركان الزواج تجعل الدخول قد تم شرعا³.

¹- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ص213.

في الخلوة (أحكامها موانعها...) أنظر: عثمان محمد عبد الحق إدريس، أحكام المعقود عليها قبل الدخول، ص148 و203-208، أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ص214-215، محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وأثاره، ص380، محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص375-379، ومحمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ص135-136. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، (ط خاصة بالجزائر، 1413هـ-1992م) ج7، ص321-326.

²- نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري، دليل القاضي والمحامي، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2016، ص41-42.

(ق.م.ع، غ،أ.ش، قرار رقم 289545، بتاريخ 2002/05/08، منشور الم.ق، ع2/2004، ص373، نجيمي جمال، مرجع نفسه، ص41-42).

³- قرار رقم 289545 الصادر بتاريخ 2002/05/08، م.م.ع، 2004، ع2، ص373، (جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج3، ص1259).

ومن ذلك فالخلوة حتى تكون صحيحة وموجب للصداق كاملا فلا فرق في هاته الحالة بين ما إذا كان زواج عرفي أو زواج صحيح المهم أن يكون متوفرا على شروط الزواج وكذا ركنه الأساسي طبقا للم 9 و 09 مكرر.

ثانيا/إقامة الزوجة سنة مع زوجها بعد الدخول بها بلا وطء:

تستحق المرأة الصداق كاملا في هذه الحالة إذا كان قد فرض لها صداق، وكان الزوج بالغا والزوجة مطيقة للوطء، لأن إقامة السنة هذه كافية في الاستمتاع تقوم مقام الوطاء عند عدمه¹، أو هي خلوة صحيحة كالدخول الحقيقي في استحقاق الصداق كاملا فإن المالكية لا يعولون على الخلوة القصيرة، وإنما يركزون على ما يضاجعها من الوطاء، ولا يحكمون بتأكيد الصداق إلا إذا شهدت القرائن بالوطء أو المسيس وقال الشافعية هنا، إذا اتفقا على ألا مسيس، فإنه لا عدة عليها ولها نصف المهر².

كما أنه لو اتفق الزوج والزوجة على عدم الوطاء، فإنه لا يؤخذ بقولها بل يجب المهر كله، لأن الإقامة المذكورة مقام الدخول³.

وحتى هذه النقطة لم يتكلم عليها المشرع ولو حتى إشارة كما أن شراح القانون لم يتعرضوا لهاته النقطة إلا القليل منهم على غرار الاجتهاد القضائي الذي أشار إلى أنه يعد بناء دخول الزوجة بيت الزوجية ولو ليلة واحدة⁴.

ومن هذا كله نخلص إلى أن الزوجة تستحق الصداق كاملا بمجرد الدخول في النكاح الصحيح أو في نكاح الشبهة ولقد نص المشرع إلى أنها تستحقه كاملا بالدخول بها أو بوفاة الزوجة ولم ينص على الخلوة بالزوجة. لأنها قد تسبب في هذا العصر مشكلات أكثر وقوعها، وأصبح مجالا للاستغلال، لكثرة خلوة العروسين بعد العقد وقبل الزفاف على سبيل

¹ - الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج2، ص 600.

² - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 222-223.

³ - محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأسرة الأحوال الشخصية، ص 147.

⁴ - قرار رقم 342922 الصادر بتاريخ 2005/09/14، م.م.ع، 2005، ع2، ص413، (جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج3، ص 1302).

الزيارة والتنزه، مما فشا اليوم في عادات الناس ولم يكن مقصودا من قبل وقد انتبه الحنفية إلى هذا التدبير الاحتياطي وحتى الحنابلة أخذوا بالخلوة الصحيحة بشروطها المذكورة ولو لم يحصل وطء¹ ومن ثمة كان على المشرع تناولها.

الفرع الرابع: إشكالات الصداق (الخلاف أو النزاع في الصداق): أما بالنسبة للإشكالات التي يثيرها الصداق فهي عديدة ومتنوعة واكتفى المشرع فقط بوضع نص الم17 في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين ومن ثمة كان لا بد من التعرض لإشكالات الاختلاف في الصداق على أحوال متعددة ونحن نأخذ إلا ما يقتصر عليه مجال دراستنا ولكننا سنذكر فقط باقي الإشكالات كما يلي:

1/ الاختلاف في أصل التسمية أو في مقدار المسمى.

2/ الاختلاف في أصل قبض الصداق.

3/ الاختلاف في صداق السر وصداق العلن.

4/ الخلاف حول ما قدمه الزوج لزوجته أهو صداق أم هدية².

5/ الخلاف بين الزوجين في وصف المقبوض.

6/ الخلاف حول الجهاز³.

وكان علينا التركيز فقط على نزاعين كما يلي:

أولا/ الاختلاف في مسألة قبض الصداق وكان بعد الدخول: فالاختلاف أو النزاع في الصداق على حالتين الأولى قبل الدخول وثاني حالة هي في حالة النزاع وكان بعد الدخول وهذا الأخير هو ما سنحاول التركيز عليه.

¹- نبيل صقر، قانون الأسرة نسا وفقها وتطبيقا، ص48.

²- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ص139.

³- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص229-230.

ففيما يخص الخلاف في قبض الصداق، فإنه إذا اختلف الزوجان في قبض معجل الصداق كله أو بعضه، ووقع الاختلاف بينهما بعد الدخول الحقيقي، فالعرف يقوم ها هنا مقام القانون من غير حاجة إلى إثبات الآخر، والاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر، أو بين ورثتهما، كالاختلاف بين الزوجين حال حياتهما. ومن هنا تنص الم 17 من ق.أ، على أنه في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما، وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإن كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين¹.

فهذا الحكم الوارد في الم 17ق.أ مبني على قرينة تقوم لصالح الزوجة قبل الدخول، وهي تصوير للزوج بعده، وهو رأي المالكية كما ذكرنا سابقا، لأن الدخول بالزوجة عندهم دليل لصحة دعوى الزوج أنه دفع حال الصداق قبله لأن العرف بالمدينة كان عندهم أن لا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق المعجل (فإذا كان مؤجلا فيجب عند المالكية أن يكون ذلك إلى أجل محدد معلوم). ومن هنا يمكننا القول بأن المنازعات التي تحدث بين الزوجين أو ورثتهما بشأن المهر تخضع للقواعد العامة في الإثبات، كتقديم البينة بالكتابة، والشهود، والقرائن، وتطبيق القاعدة المعروفة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، والمسألة تقديرية للقاضي².

وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في اجتهاداتها المشهورة، من أنه في حالة النزاع على الصداق بين الزوجين أو ورثتهما، وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين³.

وعلى هذه الأساس يستوجب على قضاة الموضوع عدم إهمال تطبيق هذه القاعدة الشرعية وعدم السكوت عنها والقيام بما هو واجب شرعا في هذه المسألة، والرد على طلب اليمين المعروض من طرف والمقبول من الطرف المقابل في النزاع غير أنه يجوز للقاضي منع

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 230.

² - أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، ص 97.

³ - م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 54198، الصادر بتاريخ 1980/06/05، (بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 230).

توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسف وكان القرار معللا تعليلا كافيا، ولا يكون اللجوء إلى اليمين إلا عند غياب الوسائل الإثباتية¹ ومن ذلك ما هو مقرر قانونا أنه في حالة النزاع على الصداق بين الزوجين أو ورثتها وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع الذي منحوا المصوغ باعتباره صداق إلى الزوجة دون القيام بما هو واجب شرعا في هذه المسألة خالفوا القانون.

ومتى كانوا كذلك استوجب نقض القرار جزئيا². وأيضا القرار الذي أعطى حق الصداق كاملا إذا ما حلفت³.

وإذا كان النزاع بينهما، بعد الدخول، فالقول للزوج أو ورثته، مع اليمين وهو شرط على صحة الإدعاء ولا يكون اللجوء إلى اليمين إلا عند غياب الوسائل للإثبات⁴.

وقد اعتمد القاضي على الم 17 في حالة النزاع بين الزوجين حول الصداق، ويضيف الجندي أن اختلاف الزوجين في قبض المهر وكان بعد الدخول يحكم العرف⁵.

فمن خلال هذه الم فالمشرع أخذ بالبينة وإن لم تكن بينة فالقول للزوج مع اليمين أو لورثته من بعده باليمين. وعادة لا يتم اللجوء إلى اليمين إلا عند غياب الوسائل الإثباتية⁶.

1- م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 59335، الصادر بتاريخ 1990/04/30، (بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 230-231).

2- العيش فضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، ديوان المطبوعات، الجزائر، ط2، 2007، ص26، (ملف رقم 73515 قرار بتاريخ 1991/06/18، م.ق، ع4، 1992، العيش فضيل، مرجع نفسه، ص26).

3- ملف رقم 55116 الصادر بتاريخ 1989/10/02، م.ق، 1991، ع1، ص84، (بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص220).

4- الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ص62. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية- دار شتات، مصر، د.ط، د.س.ن، ص57.

5- أحمد نصر الجندي، مرجع نفسه، ص59.

6- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، ص39.

وقد حكم بأن القول قول الزوج يمينه في دعوى الدخول وعدمه ولا يحلف إلا بطلب الزوجة وبأن البينة على الدخول بينة الزوجة فإذا قالت أن البينة كان هذا إقرار منها لا بينة لها تعامل به كما لو تكلفت بالإثبات فعجزت عنه¹.

ثانياً/الاختلاف في مقدار المسمى بالعقد:

مع اتفاق الطرفين على التسمية - فإن كان الخلاف بعد الدخول ولم يكن لأحدهما بينة قضى بقول الزوج مع يمينه، فإن امتنع عن الحلف حلفت الزوجة وقضى لها بما تدعيه، فأبو يوسف من الأحناف يعتبر الزوجة مدعية لأنها تدعي الزيادة والزوج منكر لهذه الزيادة- والبينة على من ادعى واليمين على من أنكر. أما أبو حنيفة فيعتبر كل منهما مدعياً ومنكراً².

وأن الاجتهاد القضائي غير بعيد عن هذا فلقد ذهب في مسألة اختلاف الزوجين -حول مؤخر الصداق- لإثباته. حيث أنه في حالة نشوء خلاف بين الزوجين على مؤخر الصداق، يؤخذ بقول الزوجة مع يمينها إذا لم يدخل بها وبعد البناء يكون القول للزوج مع يمينه إذا ما تمت مخالفة هذا المبدأ³.

أما الذي لم يتطرق له بنصوصه وقد عالجه الاجتهاد القضائي القرار الذي جاء فيه أنه متى كان من المقرر قانوناً، أنه لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف ما لم تكن خاصة بمقاصة أو كانت بمثابة دفاع في الدعوة. فإن القضاء بالاستجابة إلى الطلبات المتعلقة بتوابع العصمة المقدمة لأول مرة أمام قضاة الاستئناف لا يعتبر طلبات جديدة باعتبار أنها مشتقة من الطلب الأصلي الذي هو فك العصمة الزوجية، ولا تطبق بشأنها قواعد المادة 107ق.إ.م⁴.

¹- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة، ص 45.

²- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 59.

³- قرار رقم 44058، الصادر بتاريخ 12/01/1981، م.ق، 1989، ع2، ص 97.

⁴- م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 189339 الصادر بتاريخ 10/05/1998، إ.ق، غ.أ.ش، ص217، ملف رقم 39022، م.ق، 1989، ع1، ص105، (بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص225)، والقرار: قرار رقم 32719، الصادر بتاريخ 16/04/1984، م.ق، 1989، ع2، ص64، (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، ص249).

المبحث الثاني: النفقة كأثر من آثار الدخل بالزوجة:

والمقصودة هنا في مجال بحثنا هي النفقة الزوجية وهي أثر شخصي ذات طابع مالي.

فهي من آثار الدخل بالزوجة وهي واجبة لها بموجب دخوله بها أي قصر نفسها عليه وهذا الاحتباس والتمكين يكون بعد عقد صحيح مستوفي لجميع أركانه وشروطه وهي نتيجة من نتائجه، مادامت الزوجية قائمة حقيقة، فالنكاح يوجب النفقة بشرط التمكين وعلماء المالكية أن لا نفقة للزوجة حتى يدخل بها الزوج ويمكن أن تكون غير مدخول بها فحتى هذه الأخيرة تجب لها النفقة وهذا إذا ما دعيت إلى الدخول وإلا فلا تجب وهذا ما سوف نتطرق إليه في هذا المبحث ذو مطلبين اثنين:

حيث مفهوم النفقة كمطلب أول، وكمطلب ثاني شروط وجوبها ومسقطاتها.

المطلب الأول: مفهوم النفقة:

الفرع الأول: تعريف النفقة: تعتبر النفقة من بين الآثار المثبة للزوجة شرعا وقانونا كما أن المتعرض لها يجد لها معاني كثيرة خصوصا اللغوية منها، ولكننا سنحاول فقط التركيز على ما تقتصر عليه دراستنا:

أولا/لغة: أنفق الرجل إذا افتقر، أنفق المال صرفه واستنطقه، أذهب. والنفقة ما أنفق، والجمع نفاق. والنفاق، بالكسر جمع النفقة من الدراهم، ونفق الزاد ينفق نفقا أي نفق، وقد أنفقت الدراهم من النفقة، ورجل منافق أي كثير النفقة. والنفقة ما أنفقت، وأستنفقت على العيال وعلى نفسك¹.

ومن هنا يتضح لنا أن النفقة هي الإخراج والذهاب.

¹ - ابن منظور، لسان العرب، ص362.

ثانيا/اصطلاحا: المراد بالنفقة الزوجية: ما تحتاج إليه لمعيشتها من الطعام والكسوة والمسكن والخدمة، وكل ما يلزم من فراش وغطاء وأدوات منزلية بحسب المتعارف بين الناس فعليا¹.

ثالثا/ تعريف المشرع الجزائري:

لقد عرف المشرع الجزائري في المادة 78 بقوله " تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة ".

فالمشرع هنا عرفها بما تشتمل عليه كما أنه أيضا لم يحدد نوع النفقة بل هذا النص ينطبق على جميع أنواع النفقات.

كما أنه قد ألغى نص الم 1/37² من قانون الأسرة والذي يفهم على أنه يخص نفقة الزوجة.

الفرع الثاني: حكم النفقة: لا خلاف بين الفقهاء في وجوب نفقة الزوجة على زوجها واستدلوا على ذلك بأدلة كثيرة منها³:

من القرآن: قوله تعالى: { أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ } سورة الطلاق الآية 6.

ومن السنة النبوية: منها حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: قد خطب الناس، فقال: " اتقوا الله في النساء، فإنكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله،

¹ - عبد الفتاح نقيه، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، ص 184.

² - يجب على الزوج: النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا أثبت نشوزها.

³ - شعبان إلهام، ضوابط استحقاق النفقة في ظل الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2015-2016، ص 7.

ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"¹.

ووجه الدلالة في قوله صلى الله عليه وسلم: ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"، يدل على وجوب نفقة الزوجة على زوجها². وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "إذا أنفق المسلم نفقة على أهله، وهو يحتسبها، كانت له صدقة"³.

وحتى ما روي عن السيدة عائشة رضي الله عنها قالت "تزوجني رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا سبع، قال سليمان: أو ست، ودخل بي وأنا بنت تسع"⁴.

أما الإجماع: اتفق المجتهدون من عصر النبي صلى الله عليه وسلم إلى الآن على وجوب النفقة للزوجة على زوجها، وأن امتناع الزوج الإنفاق على زوجته بدون عذر شرعي كان باطلا، وفرض القاضي عليه إذا طلبت ذلك⁵.

(وأدلة وجوب النفقة عديدة وكلها تصب في وجوب النفقة بالدخول بالزوجة).

المطلب الثاني: شروط وجوب النفقة ومسقطاتها: هذا المطلب الذي سنوضح فيه شروط وجوب النفقة والتي لا تجب بالعقد وحده كما أنه أحيانا لا تكفي شروط لوجوبها فتسقط وهذا كأن تكون غير مطيعة مثلا....

وهذا ما سنتناوله بالذكر من خلال هذا المطلب والذي سنتناوله فيه شروط وجوب النفقة وهذا كفرع أول وبعدها مسقطاتها وذلك في فرع ثاني كما يلي:

¹ - أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم بن ورد بن كوشان القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم، (1218)، رقم الحديث 14308، ص 891.

² - محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ص 339.

³ - أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، صحيح البخاري، كتاب النفقات (69) 1 باب النفقة على الأهل 1038 رقم الحديث 5351.

⁴ - أبي داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزوي، سنن أبي داود، ج 2، كتاب النكاح (225)، باب في تزويج الصغار، رقم الحديث: 2121، ص 246.

⁵ - عبد الفتاح تقي، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، ص 187.

الفرع الأول: شروط وجوب النفقة: لا شك أن للنفقة شروطا حتى تجب فهي أحد أهم أثر وأكثره ارتباطا بالدخول ذلك أنها تجب إما بالدخول أو حتى بدونه عن طريق ما يسمى بدعوتها له حتى تجب على غرار الصداق كأثر فهو يجب بالدخول متى لم يذكر في العقد وقبل الدخول فهنا يأتي الدخول ليقرره، ولقد جاءت المادة 74 صريحة في تقرير وجوب النفقة على شرطين إما بالدخول بها أو دعوتها إليه على الأقل كما أن تطبيق نص هذه المادة دون الإخلال بما جاء في المواد 78 و 79 و 180¹ من هذا القانون وهذا ما سنحاول تفصيله كما يلي:

أولا/ الدخول بالزوجة:

بمعنى الخلوة الصحيحة سواء باشرها أم لا متى كان العجز على المباشرة يعود لضعف في الزوج، ذلك أن عدم حصول المخالطة الجنسية برفض الزوجة ومقاومتها له يعتبر نشوزا منها وبالتالي يسقط حقها في النفقة وهو ما نص عليه المشرع في المادة 37² من قانون الأسرة السابق³ (قبل التعديل).

فهي حسب اتفاق عدد من الفقهاء أنها تجب بشرط التمكين فهنا تجب من وقت تمكينها زوجها من نفسها لئتمتع بها وهو ما يطلق عليه بالإيلاج الكامل أي نظير الاستمتاع بها فالنفقة لا تجب من تاريخ العقد لأن عقد الزواج ليس السبب المباشر في هذا الحق كما هو الشأن في المهر، بل تجب من وقت تمكين الزوجة زوجها من نفسها ويتم ذلك بتسليم نفسها

¹ - الم 74 " تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه بيينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون " .

² - الم 37 قبل التعديل تنص على أنه: "يجب على الزوج نحو زوجته: - النفقة الشرعية بحسب وسعه إلا إذا أثبت نشوزها.-العدل في حالة الزواج بأكثر من واحدة." (قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة).

³ - بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، ص343، وكذا زيتلي أميرة، أحكام نفقة الزوجة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2014-2015، ص8.

حقيقة ليتمتع بها¹، وبهذا يكون الفقهاء الأربعة متفقون، على أن النفقة الزوجية واجبة، مقابل احتباس المرأة في بيت الزوجية لمصلحة زوجها، وتمكينها زوجها من نفسها للدخول بها².

كما أن حصول الخلوة دون الدخول بها لا يعني بالضرورة عدم منعها نفسها من الزوج لأنها قد تمكنه من الخلوة بها من غير أن تمكنه من الدخول بها، وفي هذه الحالة لا تجب لها النفقة لأنها لم تمكنه من الاستمتاع الكامل، ويكون هذا برفع المانع من وطئها والاستمتاع بها³ ويضيف الحنفية أن الاعتبار لعقد النكاح الصحيح وليس بالنكاح الفاسد، وهذا لوجوب النفقة⁴.

من هنا ومن كل هذا فإن انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية واختلاء الزوج بها في بيته يعتبر دخولا فعليا، يترتب عنه الآثار الشرعية وتوجب نفقتها، لإمكانية الاتصال بين الزوجين ولو اتفق الطرفان على عدم الوطاء، فإذا مكنت الزوجة زوجها من نفسها، ليستمتع بها، وجب أن تأخذ حقها، حيث تعتبر النفقة الزوجية من تاريخ هذا التمكين إذا لم يوجد مانع⁵. أما عن الدخول فيكفي هو فقط بدون أي شرط⁶.

النكاح الفاسد والباطل ووجوب النفقة: إن تناولنا لهذا من منطلق أن النفقة تجب بالدخول بعد عقد صحيح فهل تجب نفقة في كل من النكاح الفاسد والباطل:

- **النكاح الفاسد:** إن المشرع في تناوله للنفقة لم يحدد في أي زواج تجب بالمقارنة مع باقي الآثار ولكن يفهم أنه لا بد أن تكون مترتبة عن عقد زواج تم صحيحا بشروطه وأركانه حتى ينتج أثره. ومن جانب الفقه يرى الحنفية أن الاعتبار لعقد النكاح الصحيح وليس

¹ - فتاوى إسلام ويب، فتوى تحت عنوان: تجب النفقة للزوجة على زوجها من وقت تمكين زوجها من نفسها ليتمتع بها (الجماع بالإيلاج الكامل)، رقم الفتوى 2317، بتاريخ الخميس 30 ذو القعدة 1424-1-2004.

² - محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، ص 224.

³ - فتاوى إسلام ويب، فتوى تحت عنوان: تجب النفقة للزوجة على زوجها من وقت تمكين زوجها من نفسها ليتمتع بها (الجماع بالإيلاج الكامل)، رقم الفتوى 2317.

⁴ - زيتلي أميرة، أحكام نفقة الزوجة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، ص 3.

⁵ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 344.

⁶ - محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، ص 224.

الفاقد، وهذا حتى تجب النفقة، وهذا كذلك ما ذهب إليه الحنابلة فالنفقة عندهم لا تجب في النكاح الفاسد لعدم وجود النكاح الصحيح، فإذا فرق القاضي بين الرجل والمرأة قبل الوطء فلا عدة عليها وان فرق بعد الوطء فعليها العدة ولا نفقة ولا سكنى إن كانت المرأة حائلاً، وسبب ذلك أن النفقة قبل التفريق غير واجبة فبعده أولى، ويرون أن المرأة في النكاح الفاسد - بعد تفريق القاضي- إذا كانت حاملاً فلا نفقة لها أيضاً لأن نفقتها قبل التفريق غير واجبة، فبعد التفريق أولى، ويرون أن الرجل إذا كان قد أنفق على المرأة قبل التفريق أو بعده لم يرجع بما أنفق، لأنه إن كان عالماً بعدم وجوب الإنفاق عليها فهو متطوع بالإنفاق، أما إذا لم يكن عالماً فهو مفرط، فلا يرجع كما لو كان قد أنفق على أجنبية¹. ومن ثمة فلا نفقة لمن كان زوجها فاسد لانعدام حق الاحتباس الواجب في عقد الزواج². وذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أنه تجب النفقة للمرأة في العقد الفاسد، متى كانت جاهلة لفساده يجعلها كالزوجة الشرعية في جانب استحقاق النفقة³.

وان أعطاها نفقة ثم ظهر فساد العقد، فإن أعطاها بناء على حكم القاضي رجع بها لأنه مضطر إلى ذلك بحكم القاضي الذي أعطاها إياها لاستحقاقها لها، وان كانت بدون حكم لم تستطع الرجوع فيها وهذا ما أخذته بعض القوانين المقارنة منها الأردني الم42 والمغربي في الم37.....⁴.

مع الإشارة أنه متى لا يعلم بفساد العقد يمكن استرداد النفقة سواء كان أمر قضائي يستردها بدعوى أما إذا كانت الزوجة لا تعلم بفساد العقد فلها النفقة أما إن قدمها طوعاً فلا يسترد منها شيئاً⁵.

¹- أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، د. ط، 2006، ص115-116.

²- زتيلي أميرة، أحكام نفقة الزوجة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، ص41.

³- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2013، ص507.

⁴- جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد، الأردن، ط1، 2009، ص231.

⁵- قرار رقم 231682 الصادر بتاريخ 2000/11/21، م.ق، 2001، ع1، ص290.

- **النكاح الباطل:** إن الزواج الباطل وكما تطرقنا سابقا لا يترتب أي أثر من آثار الزواج الصحيح ما بالك النفقة فهو في النفقة كالفاسد. لا تجب به نفقة لأن الزواج الباطل وقوعه يعتبر بمنزلة الزنا¹. وقد أشارت المحكمة العليا في قرارها المشهور إلى أنه يشترط لاستحقاق الزوجة النفقة الشرعية أن يكون زواج ناتج عن عقد صحيح، وأنها تجب على الزوج بمجرد الدخول بها (م74 من ق.أ)². فالزواج الباطل والفساد لا يترتبان أي أثر.

ثانيا/ نفقة غير المدخول بها (النفقة قبل البناء): إنه في هذا الأثر نفرق بين المدخول بها وغير المدخول بها فحتى غير المدخول بها تجب لها النفقة لأن عدم دخول الزوج بزوجه ليس مانعا من فرض نفقتها وهو ما عبر عنه المشرع بنص المادة 74 ..دعوتها إليه ببينة".

أي دعوة الزوجة أو وليها الزوج إلى الدخول، وتمكينه من المرأة، فإن لم يكن ذلك بأن لم يدع أصلا أو طلبها هو فلم يمكن منها فلا حق لها في المطالبة بالنفقة³ أو بقائها في بيت أهلها برضاه واختياره، أي أنها ليست بمجرد الزفاف والانتقال تستحق النفقة فقط بل أنها تستحقها حتى ولو كانت في بيت أبيها مادام لديها الاستعداد للانتقال، وكان التقصير من جهة الزوج بعدم دعوته لها أو أنه لم يوف حقوقها الشرعية⁴ أو أنها ظلت في بيت أهلها برضاه واختياره⁵ كما تجب النفقة ولو لم يتم الدخول بها متى برهنت على قبولها الاحتباس، وذلك بدعوتها الزوج بالدخول أي لا تقوت على نفسها حق الاحتباس بدون مسوغ شرعي⁶.

ومسألة الدخول والدعوة الفقهاء مختلفون فيها، فقد قال أحمد، والشافعي، بأنها تستحق النفقة من وقت العقد عليها، لأنها وجبت بإيجاب الشرع حكما للعقد⁷. في حين قال المالكية

¹- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص292.

²- غ.أ.ش، ملف رقم 390091 الصادر بتاريخ 2007/04/11، م.م.ع، 2008، ع1، ص245، (بلحاج العربي، مرجع نفسه، ص341).

³- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص583.

⁴- جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ص228.

⁵- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ص383.

⁶- محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، ص342.

⁷- نبيل صقر، قانون الأسرة نصوصها وفقها وتطبيقها، ص271.

لا تجب النفقة على الزوج إلا من وقت الدخول بها، أو بالدعوة إليه من طرفها، وكانت هي مطيقة للوطء وكان الزوج بالغاً¹.

ويضيف الفقهاء كذلك إما أن يتسلمها أو بذلت نفسها وإن لم يتسلمها، مثل أن يقول له أهلها: في أي يوم جئت فيه أخذتها، لكنه يماطل ولم يذهب، فهنا تجب النفقة مادام التأخير منه، وذلك لأنها زوجة والاستمتاع بها ممكن، والتأخير منه، وأما هي فهي معذورة حيث أنها قد بذلت الواجب وهي مستعدة لتمكينه من الاستمتاع بها، والنفقة تكون في مقابل الاستمتاع وإنه لا يعذر في وجوب النفقة، لكن لو طلب مدة يمهلونه منها لتجهيز بيته وما أشبه ذلك، وهنا لا نفقة لأنه معذور².

المهم هنا الدعوة فإن لم تحصل فلا تجب كما أن لا يكون احد الزوجين مشرفاً على الموت عند الدعوة إلى الدخول، فإن كان في حالة النزاع، فلا نفقة للزوجة لعدم القدرة على الاستمتاع³. لكن المشرع في نص المادة وضع حدا لهذا الخلاف بقوله بدعوتها.

تجدر الإشارة هنا إلى أن الدعوة إلى الدخول تحتاج إلى بيينة لإثباتها، كأن تقوم بإنذار الزوج عن طريق القضاء مطالبة إياه بالدخول ورفض هو ذلك حيث في هذه الحالة تثبت في حق الزوج النفقة رغم انعدام الدخول الحقيقي والفعلي⁴.

ثالثاً/ أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة ولتحقيق الأغراض الزوجية: فإن كانت الزوجة صغيرة مثلاً لا تصلح للاستئناس أو الخدمة، لم تجب لها نفقة، وإن كان زواجها صحيحاً لفوات الانتفاع بثمرات الزواج كأن كانت صغيرة لا تطيق الوطء... وفي نفس

¹ - محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، ص143.

² - أبو الفضل عادل سعد، فتاوى المرأة المسلمة عبادات ومعاملات، دار نور الكتاب، الجزائر، د.ط، 1428-2007، ص 214-215.

³ - محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، ص143، عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ص384.

⁴ - محمد محدة ، سلسلة فقه الأسرة، الخطبة والزواج، ص358.

السياق يشترط أن يكون الزوج قادرا على الوطاء وهذا الشرط لم يضعه المشرع على غرار المالكية¹.

كما أن النفقة تجب للزوجة غنية كانت أم فقيرة مسلمة كانت أم لا أي مهما كانت ديانتها، فهي تستحقها جزاء احتباسه إياها، عملا بذلك الأصل الكلي من كان محبوسا لحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه².

نخلص في الأخير إلى أن القاعدة العامة في هذا الباب: أن الوجوب في مقابل الاستمتاع، فإن تعذر الاستمتاع بسبب من المرأة بدون عذر، فالنفقة ساقطة مع الإثم، لأنه لا يجوز للمرأة أن تمنع زوجها من الاستمتاع بها بالمعروف، أما إن كان منها لكن بعذر فإنها ساقطة بدون إثم³.

الفرع الثاني: مسقطاتها:

وهنا الحالات التي لا تجب فيها أو تسقط بعد وجوبها فالنفقة حتى لو تحقق شرط لوجوبها يمكن أن تتعرض للسقوط ولكن هنا نفرق بين من كانت لهن نفقة ثم سقطت وبين لا نفقة لهن أصلا.....

أولا/ حالات سقوط النفقة: فهي لا تسقط إلا بواحد من الأمور التالية:

أ- إذا كان العقد باطلا أو فاسدا: لا يوجب نفقة كما أشرنا سابقا.

ب- وجود الزوجة مع زوجها:

وعليه فليس للزوج أن يكلف زوجته بالأكل معه، فإن فعلت ذلك عن رضا أسقطت نفقتها المقررة أو المطالبة بها إن لم تكن مقررة، والزوج في هذه الحالة يكون ملزما باللائم لبناء الجسم وذلك حتى يوفيهما حقها عن طريق التمكين، والذي يتفق مع الحياة الزوجية ومن ثم

¹- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص345.

²- لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط.2، ص70.

³- أبو الفضل عادل سعد، فتاوى المرأة المسلمة، عبادات ومعاملات، ص215.

تسقط نفقتها عنه، وسقوطها يعني أنه لا شيء عليه بعد ذلك، ولو حصل نزاع بينهما فطالبته بما هو مقرر لها وهو ادعى أكلها معه صدق في ذلك ولا شيء لها¹.

ج- إيسار الزوج:

إيسار الزوج مسقط للنفقة، كما ذهب إليه المالكية فلا يمكن أن يطالب الشخص بما ليس لديه، أو بما لا يملك ومادام الزوج ليس في وسعه، ولم يؤتى مالا فإنه لا يكلف بالإنفاق، فإن أنفقت المرأة عن نفسها سواء أكان الزوج حاضرا أو غائبا وهذا حاله فلا تستطيع الرجوع به على نفسها. أما لو أنفقت على نفسها وولدها عند غيبة الزوج ويسره كان لها حق المطالبة بما أنفقت على نفسها وولدها، ولها أن تدخل مع بقية الغرماء بدينها². مستدلين في ذلك:

بقوله سبحانه وتعالى: { لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا } سورة الطلاق الآية 7.

وكذلك قوله: { لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا } سورة البقرة الآية 286.

د/نفقة المحبوسة وزوجة الغائب:

1- نفقة المحبوسة: في جريمة من الجرائم لفوات الاحتباس الموجب للنفقة، على أن لا

يكون الحبس بسبب الزوج وحقه³.

فهنا فإذا ما كان الحبس لا دخل للزوج فيه، ثم ينتج تفويت حق الزوج ولهذا فإن إنفاق الزوج يتوقف طوال فترة الحبس، لأنها لم تقصر نفسها على زوجها بحكم عقد الزواج ولم تتفرغ لحياتها الزوجية وهذا في حالة ما إذا كان الحبس بسببها أو لدين ولو حتى ظلما، أما

¹ - محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، الخطبة والزواج، ص 149.

² - محمد محدة، مرجع نفسه، ص 151.

³ - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها، ص 597.

إذا احتبست لدين عليها لزوجها فإن نفقتها في هذه الحالة تجب على الزوج. أما حبس الزوج فلا يسقط نفقة الزوجة لأن فوات مقصود الزواج بسببه¹.

ب- نفقة زوجة الغائب: إذا طلبت الزوجة فرض نفقة لها على زوجها الغائب، فإن كان له مال ظاهر حكم لها القاضي بالنفقة ونفذ الحكم من هذا المال، والمال الظاهر قد يكون في يد الزوجة فتتفق منه على حسب حكم القضاء، وقد يكون للزوج مال أو وديعة عند شخص آخر فيجبره القاضي بدفع ما للزوجة في ذمة زوجها من نفقة².

أما إذا لم يكن له مال ظاهر حكم القاضي بالنفقة وكلف من ينفق عليها، ولو لم تكن متزوجة بالإتفاق عليها خلال هذه المدة على أن يكون ذلك ديناً في ذمة الزوج. وإن لم يكن قريبها قادر أجاز القاضي لها أن تستدين من غيره على أن يرجع هذا على الزوج أو على الزوجة بخلاف القريب الذي ينفق له الرجوع على الزوج فقط³، وهذا لم يشر إليه المشرع الجزائري على غرار القانون السوري بنص الم 80 منه.

و/نفقة الزوجة المريضة والمرتدة والمغصوبة :

1- نفقة الزوجة المريضة: تجب النفقة اتفاقاً للزوجة المريضة، سواء مرضت عنده بعد الزفاف أم كانت مريضة حين الزفاف لتحقق شرط النفقة وهو التسليم، أو التمكين التام، ولأن الاستمتاع بها ممكن وإنما نقص بالمرض، ولأن المرض أمر طارئ لا دخل للزوجة فيه فهو كالحيض والنفاس، وليس من حسن العشرة أن يكون هذا الأمر الطارئ مسقطاً للنفقة⁴، وقال

¹- العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، مؤسسة كنوز الحكمة، د.ب.ن، 2013، ط1، ص201.

²- طاهري حسين الأوسط في شرح قانون الأسرة، ص168، عبد الرحمان الصابوني، قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق، المطبعة الجديدة، دمشق، ط5، 1979، ص314.

³- عبد الرحمان الصابوني، مرجع نفسه، ص314.

⁴- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في الزواج والطلاق، ص386.

علماء المالكية إن المريضة إذا مرضت مرضاً يمنع الجماع ودعت الزوج إلى البناء والنفقة لزمه ذلك¹.

2- الزوجة المرتدة:

وهي التي خرجت عن دين الإسلام. فرأى العلماء أن ارتدادها سواء قبل الدخول أو بعده يسقط نفقتها على زوجها، ولو كانت مستعدة لتسليم نفسها لزوجها، لأن تركها الإسلام وانتسابها لدين آخر يجعلها في وضع المرأة الناشز، والنشوز يحرم صاحبته من نفقة زوجها، وقد جاء في (التاج): إن المرتدة لا نفقة عليها، أما إذا كانت حاملاً، فإن النفقة والسكنى تجب لها حين وضع حملها، لأن الولد يلحق أباه، أما إذا لم تكن حاملاً واستبرئت، فإنها تسجن في مدة ردتها حتى تتوب، فإن لم ترجع إلى الإسلام فإنها تقتل².

3- الزوجة المغصوبة:

إذا حدث للزوجة اختطاف أو غصب، وانقطع الاتصال بينها وبين زوجها، فالراجح في المذهب الحنفي أن نفقتها تسقط مدة خطفها. والعلة في ذلك أنها فوتت على زوجها حقه في الاحتباس، بسبب لا دخل له فيه. لكن روي عن أبي يوسف أن الزوجة إذا خطفت، فإن نفقتها لا تسقط، لأنها ليست المتسببة في فوات الاحتباس³.

مع الإشارة إلى نفقة الزوجة الملاعنة والتي هي محل خلاف فقهي فإن لم ينفي الحمل كانت نفقتها عليه أما إن نفي الحمل لا نفقة، والمشرع لم يشر إليها⁴، أما الاجتهاد القضائي في قراره المؤرخ في 1970/11/24 أقر أن لا نفقة للملاعنة⁵.

¹- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص 151.

²- العربي بختي، مرجع نفسه، ص 152.

³- العربي بختي، مرجع نفسه، ص 150.

⁴- عمار فرطاس، الاجتهاد القضائي في مواد النفقة، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، جامعة 20 أوت 1955، جوان 2014، ص 30-31.

⁵- ق.ن.ق، 1972، ع1، ص70، (عمار فرطاس، مرجع نفسه، ص31).

ثانيا/ الاثني لا نفقة لهن من النساء:

أ/ الزوجة الناشز: والنشوز معناه الخروج عن طاعة الزوج وعدم الامتثال لأوامره بدون حق شرعي. والجمهور اتفق على أن الناشز لا نفقة لها، وقال قوم تجب النفقة وذلك لعموم الحديث النبوي القائل: " ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"¹.

فهو يشمل الناشز وغيرها، ومن بين القائلين به الإمام مالك حيث جاء في تهذيب الطالب اختلف في الناشز على زوجها هل لها نفقة، فجمهور المالكية وخاصة المتأخرين منهم، أن الناشز لا نفقة لها وهو ما أشار إليه الشيخ أبو عمران بقوله واستحسن في هذا الزمان أن يقال لها إما أن ترجعي إلى بيتك وتحاكمي زوجك وتصنيفيه وإلا فلا نفقة لك، وللنشوز صور هي²:

إذا خرجت الزوجة من بيت زوجها بدون رضاه أو دون عذر شرعي بعد الدخول بها حيث تسقط نفقتها لتفويت حق الاحتباس، وقد يكون سبب الخروج بداءة بإذنه ورضاه ثم بعد ذلك لا ترضى الرجوع والمجيء إلى بيت الزوجية ثانية فيسقط حقها في النفقة عليها، لا تعتبر الخارجة من البيت ولم يمنعها نشوز بل أن سكوته يعتبر رضا، غير أن القضاء لا يعتبرها ناشزا إلا إذا توفرت الشروط التالية :

* أن يكون بيد الزوج حكم وجوب طاعة نهائي³.

* ألا تكون الزوجة الناشز حاملا لأن الحمل وفقا للـ60 من ق.أ مانع من إيقاف

النفقة⁴.

1- حديث رقم 14308 (ص891) سبق تخريجه، ص39.

2- محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، ص144.

3- محمد محدة، مرجع نفسه، ص144.

4- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص355.

* أن يحاول الزوج تنفيذ الحكم ولا ترضى بذلك الزوجة فالحكم وحده غير كافي بل لابد من رفضها عند الطلب أو حكم ولم يطلب تنفيذه منها¹ وهذا ما أيده القرار (الصادر في 1971) من أن امتناع الزوجة عن الالتحاق بالسكن المعد في محل عمل زوجها نشوز².

أما إن لم تمنع الرجوع ولكن لم يطلبها للعودة فان نفقتها تبقى مستمرة في حقه ولا تسقط عنه ولو طالّت الزيارة³، كما في القرار الذي أقر بغياب الزوجة مدة طويلة ولكنه ينفق عليها لكونها مازالت في عصمته ولا وجود لحكم نشوزها وهذا التبرير سليم⁴.

- ماذا إذا كان هناك حكم وعدم رجوع وليس نشوز.

هذا ما ذهب إليه الاجتهاد القضائي من 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 ومن ثم النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق الشريعة الإسلامية في غير محله ويستوجب الرفض، لأنها طالبت بالرجوع إلى محل مستقل عن أهل زوجها ومن ثم فلا مبرر لاعتبار الزوجة في حالة نشوز ونفقتها لا تزال مستمرة ومستحقة⁵، وأيضا القرار الذي أخذ بنفس المنحى من أن المطالبة بسكن مستقل لا يعد مساسا بالطاعة الواجبة عليها اتجاه زوجها⁶.

1- محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، ص 145.

2- رقم قرار غير موجود، بتاريخ 1971/02/03، ن.ق، 1972، ع2، ص37، (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، ص90).

3- محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، ص144-146.

4- ق.م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 466390 الصادر بتاريخ 12 نوفمبر 2008، م.م.غ، ع2، 2008، ص319-320، (الحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ص286).

5- قرار رقم 33762 الصادر بتاريخ 1984/07/09، ع4، ص119، (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، ص333).

6- قرار رقم 218754 الصادر بتاريخ 1999/02/16، إ.ق، ع خاص 2001، ص222، (جمال سايس، مرجع نفسه، ج3، ص1109).

- وهذا أيضا ما ذهب إليه القرار الذي جاء فيه أن امتناع الزوجة عن الرجوع ليس نشوزا لعدم توفير الزوج كل مطالب الزوجة المحكوم لها بها¹، وأيضا القرار الذي لا يعتبر النشوز الامتناع عن السكن عند أقارب الزوج².

- منع الزوجة زوجها من الدخول عليها في بيتها بعد أن قامت فيه وإياه مدة زمنية ولم تخبره من قبل قصد البحث عن مسكن ولم تمنحه مهلة لهذا الشيء الذي يفيد إن للزوج أن يسكن مع زوجته في بيتها الخاص بها، ولاحق لها في طلب الكراء حسب المشهور في الإفتاء ولدى الفقهاء، أما إن كان منع الزوجة للزوج بعد مهلة وفترة كافية للبحث عن مسكن ولكن لم يفعل كان لها هذا الحق، ولا تعد ناشزا ولا تسقط نفقتها³.

- إذا منعت الزوجة نفسها من الزوج، أو امتنعت عن الانتقال إلى بيت الزوجية دون عذر شرعي⁴.

- عدم الانتقال إلى بيت الزوجية عند الدعوة إليه بعد العقد الصحيح، وهذا يكون بعد تجهيز المسكن وإعداده إعدادا لائقا بذلك وإلا لا نفقت لها⁵.

- خروج المرأة وسفرها بدون رضى أو عذر شرعي، ولو كان هذا السفر سفر طاعة لم يكن حج فرض. وتمنع من النفقة إذا كان حج نفل ولم يأذن لها الزوج بذلك وأذن لها فلا تسقط.

- كما لا تكون ناشزا لمن يضربها زوجها ضربا غير مبرح ويجعله هذا غير أمين عليها فلا تلزمها طاعته ولا تكون ناشزا⁶.

¹- قرار رقم 45311 الصادر بتاريخ 1987/03/09، م.ق، 1990، ع3، ص61، (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، ص395).

²- قرار رقم 251682 الصادر بتاريخ 2000/11/21، م.ق، 2001، ع1، ص290، (جمال سايس، مرجع نفسه، ج2، ص987).

³- محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، ص144.

⁴- بلحاج العري، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص353.

⁵- محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، ص146.

⁶- محمد محدة، مرجع نفسه، ص146.

كما أن النشوز يمكن أن يكون قبل الدخول في حال امتناع الزوجة عن الانتقال إلى بيت الزوجية بعد أن طلب الزوج منها ذلك، وكان امتناعها لغير عذر، أو لعذر غير مقبول شرعاً، كامتناعها حتى يطلق ضررتها مع عدم اشتراط ذلك¹.

ب/خروج المرأة للعمل: إذا عملت الزوجة نهاراً أو ليلاً خارج المنزل فالمقرر أنه إذا رضي الزوج بخروجها ولم يمنعها من العمل، وجبت لها النفقة، لأن احتباس الزوجة حق للزوج، فله أن يتنازل عنه².

وقد ذكر بعض شراح القانون الأسرة أن الزوجة المحترفة أو الموظفة التي تشتغل بعمل يقتضي خروجها من البيت ومنعها زوجها عن العمل فلم تمتنع لا نفقة لها على زوجها، غير أنه لا تسقط النفقة في حالتين هامتين: اشتراط المرأة العمل خارج البيت، ورضا الزوج بعمل الزوجة أو سكوته. وإن لم يرض بعملها ونهاها عن العمل، فخرجت من أجله، سقط حقها في النفقة، لأن الاحتباس في هذه الحالة ناقص غير كامل، فلو سلمت المرأة نفسها بالليل دون النهار أو عكسه، فلا نفقة لنقص التسليم³.

ج/الموطوءة وطء شبهة: لا نفقة للمرأة المدخول بها بناء على شبهة كما في الفاسد لأن النفقة مقابل احتباس الزوجة لمنفعة زوجها، وهذه لا احتباس للزوج عليها، لأن الواجب التفريق بينهما لفساد العقد⁴.

¹- جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ص236.

²- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ص385.

³- عبد القادر بن حرز الله، مرجع نفسه، ص385-386.

⁴- جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ص231.

الفصل الثاني

الآثار غير المالية للدخول بالزوجة

الفصل الثاني: الآثار غير المالية للدخول بالزوجة:

يعتبر النسب أثراً من آثار الدخول بفراش بعد عقد الزواج الصحيح، والذي لا يتم إلا في إطار حددت الشريعة شروطه وأركانه حتى أنها حمت هذا الحق وهذا اعتباراً لمكانة النسب وصيانة للولد من الضياع ومنعاً لاختلاط الأنساب كما أن موضوع النسب موضوع شائك لا تكفيه أسطر البحث القليلة لتناوله لأنه أهم وأعظم أثر حتى أهم من النفقة في حد ذاتها.

كما أنه ليس الأثر الوحيد من الآثار الغير مالية للدخول بالزوجة بل هناك حرمة المصاهرة التي تعتبر لحمة كلحمة النسب.

وكذا يحمل هذا الفصل تحت طياته حق الاستمتاع، ولو أن هذا الحق يعتبر نتاج طبيعي لعلاقة زوجية تمت بعقد وكان غرضها تكوين أسرة وهذا متى كان هناك دخول ناتج عن زواج شرعي.

من هنا وباعتبار أن الآثار غير المادية والتي أساسها ومحلها شيء غير المال وهي آثار شرعية أثبتها الله تعالى للزوجين على غرار الآثار المادية المالية والتي كما قلنا مرتكزها المال.

فمن خلال هذا الفصل حاولنا الوقوف على الآثار غير المالية (المعنوية) والتي أوجبها الدخول في مبحثين حيث تناولت:

في المبحث الأول: النسب كأثر من آثار الدخول:

وفي مبحث ثاني: حرمة المصاهرة وحل الاستمتاع بين الزوجين كأثر للدخول كما يلي:

المبحث الأول: النسب كأثر من آثار الدخول:

لقد كانت حكمة الله في خلقه أن يخلق الإنسان من ماء دافق يخرج من بين الصلب والترائب¹ إعمالاً لقوله تعالى في كتابه العزيز: { فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ } {5} خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ {6} يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ {7} سورة الطارق الآيات 5-7.

فطبيعي أن يخلق الولد من ماء الرجل الذي يصب في رحم المرأة فيختلط به اختلاطاً².

فلا خلاف في أن واقعة الولادة سبب لثبوت نسب المولود من أمه، سواء كان مجيء المولود، عن علاقة شرعية أم غير شرعية، أما من ثبت نسبه من أبيه بواسطة الزواج كان هذا النسب صحيحاً ولا نحتاج إلى إثباته بواسطة أخرى³.

قد أكد المشرع من أنه لا يثبت النسب بطريق الزواج الصحيح و فقط بل وحتى بالزواج الفاسد أو نكاح الشبهة وقد نصت على ذلك المادة 40⁴ صراحة وقصده من وراء كلمة أو التخيير أي بأحدها.

¹ - لقد قال العلماء والمفسرون في تفسير الآية أن الصلب لغة، هو فقرات الظهر، وأن الترائب هي أضلاع من الصدر. أما عن يخرج من ماء دافق، فالمقصود بها هو ماء الرجل والمرأة فالصلب والترائب هي بعينها مصدر للماء الدافق، ولكن العلم الحديث أثبت أنه يخرج من خصية ومبيض... (داود سلمان السعدي، أسرار خلق الإنسان العجائب في الصلب والترائب، دار الحرف العربي، لبنان، ط.1، ص 16)، وهذا إن دل على شيء فإنه يدل على أنه لا بد من حصول دخول حتى يلد هذا الطفل و بالتالي يثبت نسبه.

² - تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ط، 2001، ص92.

³ - طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ط، 2013، ص15.

⁴ - " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون.

يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب "

المطلب الأول: مفهوم النسب:

الفرع الأول: تعريف النسب:

أولاً/لغة: النسب له عدة معاني منها: النسب: القرابات¹ فالنسب: نسب القرابات، وهو واحد الأنساب، ابن سيده، والنسبة: القرابة، وقيل: هو في الآباء خاصة.

وقيل هي مصدر الانتساب وجمعه أنساب. وانتسب، ذكر نسبه².

ثانياً/اصطلاحاً:

لم يهتم الفقهاء قديماً بوضع تعريف للنسب، وإنما تحدثوا عن مسائله وعالجوا قضاياها دون تحديد لمعناه، حيث نجدهم قد جمعوه في مسائل القرابة والمصاهرة³.

فتعريفه اصطلاحاً غير بعيد عن تعريفه اللغوي فهو يدور حول القرابة.

وبالنسبة لتعريف النسب في القانون الجزائري، نجد أن المشرع لم يتعرض لتعريف النسب، رغم تنظيمه لموضوع النسب في ثماني مواد من قانون الأسرة.

الفرع الثاني: ثبوت النسب بالزواج غير الصحيح وبنكاح الشبهة:

إن النسب لا يثبت بالزواج الصحيح فقط، بل يتم إثباته حتى بالزواج غير الصحيح كما ذكرنا سابقاً لأن المشرع في نص المادة لم يحدده بل اعتبر إمكانية الاتصال بعد زواج شرعي و فقط، إلا أنه في الم 40 أخذ بكل زواج تم فسخه بعد الدخول وبنكاح الشبهة، إذن يمكن إثبات النسب بالزواج الفاسد وبنكاح الشبهة، وهذا ما سنتناوله بالدراسة كما يلي:

¹ زيدان عبد الفتاح قعدان، المعجم الإسلامي، دار أسامة، د.ب.ن، د. ط، د.س.ن، 42، ص 2129.

² ابن منظور، لسان العرب، م.ج 13، ص 242.

³ بلخير سديد، الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دار الخلدونية، د.ب.ن، ط1، 2009، ص 242.

أولا/النكاح غير الصحيح:

هو العقد الذي يحتوي الإيجاب والقبول لكنه فقد شرطا أو شرطين من شروط الم 9 مكرر¹ وقد نصت المادة 40 على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للم 32،33،34 من هذا القانون" وفحوى المواد 32، 33، 34، كآلاتي:

المادة 32: "يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافي ومقتضيات العقد".

المادة 33: " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

المادة 34: " كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده يترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الإستبراء"².

ومن هنا ومن خلال هذه المواد نجد أنه يمكن إثبات النسب بأدلة أخرى غير العقد الصحيح.

أ- ثبوت النسب بالزواج الفاسد³: بالرجوع إلى أحكام المواد 33 و 34 سابقة الذكر فإن الزواج الفاسد في إثبات النسب كالزواج الصحيح، لأن النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد⁴,

¹ - باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر، ط 2010، 2010، ص 51.

² - المواد 32، 33 و 34 من ق.أ.

³ - الزواج الفاسد في تعريفه القانوني هو العقد الذي يحتوي الإيجاب والقبول لكنه فقد شرطا من شروطه، الواردة في المادة 09 مكرر من ق.أ.ج، (أميرة سدراتي، يعقوب بن برغوث، إثبات النسب وتأثير التعديل الجديد بالطرق العلمية الحديثة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2015-2016، ص 23).

⁴ - مصطفى عبد الغني شبيبة، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الطلاق وآثاره، دار الكتب القانونية، ليبيا، ط1، 2006، ص 201.

ومحافظة عليه¹. والمشرع لا يعترف بإثبات النسب في الزواج الفاسد قبل الدخول، بل يعترف به بعد الدخول ويترتب عنه آثار قانونية².

و يشترط لثبوت النسب بالزواج الفاسد ثلاثة شروط:

أ- أن يكون الرجل ممن يتصور منه الحمل بأن يكون بالغاً عند المالكية والشافعية أو بالغاً أو مراهقاً عند الحنفية والحنابلة³.

ب- تحقق الدخول بالمرأة أو الخلوة بها في رأي المالكية، فإن لم يحصل الدخول أو الخلوة بعد زواج فاسد، لم يثبت نسب الولد، والخلوة في الزواج الفاسد كالخلوة في الزواج الصحيح، لإمكان الوطء في كل منهما.

واشترط الحنفية حصول الدخول فقط أما الخلوة فلا تكفي في ثبوت النسب بالزواج الفاسد، لأنه لا يحل فيها الوطء بين الرجل والمرأة⁴.

ج/ أن تلد المرأة بعد ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الدخول أو الخلوة عند المالكية، ومن الدخول عند الحنفية فلو ولدت المرأة قبل ذلك لا يثبت نسبه من الرجل، لأنه يدل على وجوده قبل ذلك وأنه من رجل آخر، وإذا كان بعد ذلك ثبت نسبه من الرجل ولا ينتفي نسبه عند الرجل إلا باللعان في رأي المالكية والشافعية والحنابلة⁵.

ولا ينتفي نسبه ولو باللعان في رأي الحنفية لأن اللعان لا يصح عند الحنفية إلا بعد زواج صحيح، والزواج هنا فاسد⁶.

¹ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ص 553.

² بن شولاق محمد أمين، جمعة زكرياء، إثبات النسب في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2014-2015، ص 25.

³ بن شولاق محمد أمين، جمعة زكرياء، مرجع نفسه، ص 25.

⁴ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ص 353، مصطفى عبد الغني شيبية، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الطلاق وآثاره، ص 201. بن شولاق محمد أمين، جمعة زكرياء، إثبات النسب في القانون الجزائري، ص 25.

⁵ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ص 353.

⁶ عبد القادر بن حرز الله، مرجع نفسه، ص 353.

ب/ الزواج الباطل:

إن مسألة الزواج الباطل والنسب تثير عدة إشكالات فبالنظر إلى من كتب عن إثبات النسب بالزواج الباطل إلا القليل منهم.....

والزواج الباطل هو كل عقد زواج فقد ركنه الأساسي والمتمثل في الرضا، أو الذي اختل فيه أكثر من شرط واحد من الشروط أو إذا وجد بين الزوجين أحد الموانع المنصوص عليها في المواد من 23-30 ق.أ¹.

فالزواج الباطل لا يثبت به النسب في جميع الحالات فقد اتفق العلماء على أن النسب لا يثبت بالنكاح الباطل، لأن الوطء فيه زنا، فلا يثبت به النسب، والمرأة تكون فراشا في الزواج الفاسد لا الباطل فمن تزوج بامرأة محرمة عليه عامدا عالما بالتحريم أقيم عليه الحد، ولا يلحق به الولد².

ولكن جانب آخر من الفقهاء يقر بأن النكاح الباطل ومحافظة على إثبات النسب وعدم إضاعة الولد جعله كالنكاح الصحيح تماما من حيث إنتاج هذا الأثر، وذلك إذا ما توافرت فيه شروط إثبات النسب في النكاح الصحيح من دخول حقيقي بالمرأة ومن الاختلاء بها إلى إمكانية مجيء الولد من الزوج ومن هذا الزواج³.

وهذا الاختلاف والإشكال قد طال حتى شراح القانون فحتى في توقيع الأثر من الزواج الباطل فهم مختلفون لأننا وكما قلنا فهم يعتبرونه أنه لا يرتب أثر حتى ولو دخل الرجل بالمرأة محل هذا العقد كانت المخالطة بينها حراما ووجب عليه الافتراق، فإن لم يفترقا فرق القاضي بينهما لأن هذا الدخول زنى⁴.

¹ - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 491.

² - سمية بن الشيخ الفقون، مليكة بوكوسي، إثبات النسب بالطرق الشرعية والبصمة الوراثية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2014-2015، ص 22.

³ - محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، الخطبة والزواج، ص 433-434.

⁴ - طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة، ص 57.

أما عن مسألة توقيع الحد من عدمه فحتى هذه المسألة فيها خلاف بين الفقهاء، فقد ذهب الأئمة مالك والشافعي وابن حنبل أنه موجب للحد كونه زني، أما أبو حنيفة قال أنه لا يوجب الحد لأن صورة العقد شبيهة تكفي لأن تبرأ الحد عنه¹.

ولكن في الأخير ومن كل ما سبق من وجهة نظري أن الزواج الباطل لا يترتب عنه ثبوت للنسب.

ثانياً/الاتصال الجنسي ببناء على شبهة: وهو أحد الطرق التي تضمنتها الم 40 والمقصود بالاتصال الجنسي ببناء على شبهة هو اتصال ليس مبنياً على عقد صحيح أو فاسد، وهو أيضاً ليس زناً ولا ملحقاً بالزنا وهذا الاتصال له صوراً منها: أن يتزوج الرجل امرأة لم يراها، تزف إليه أخرى، يقال له إنها زوجته، فيدخل بها فلو أن رجلاً اتصل بامرأة اتصالاً جنسياً ببناء على هذا الاشتباه ثم تأتي هذه المرأة بولد فيثبت نسبه منه إذا أتت به بعد مضي ستة أشهر أو أكثر من وقت الاتصال، وإن أتت به قبل مضي الستة أشهر ولا يثبت نسبه به لتأكد أن الحمل حدث قبل الاتصال، إلا إذا ادعاه للاحتمال أن يكون قد اتصل بها قبل ذلك ببناء على شبهة أخرى².

أما إذا لم يكن الاتصال بالمرأة قائماً على عقد صحيح أو فاسد أو شبهة فإن النسب لا يثبت به، فلو زنا رجل بامرأة وجاءت بولد لا يثبت نسبه منه حتى ولو أتت به بعد مرور ستة أشهر من وقت الزنا، لأن الزنا مهدر³.

وفي حالة ما إذا تعاشر زوجان بلا عقد وحملت الزوجة، ثم قام بإجراء عقد الزواج الشرعي فإنه إذا نشأ ولد لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها، فإن نسبه لأبيه لا يثبت إلا إذا ادعاه ولم يقل أنه ولد زناً⁴.

1- طاهري حسين، الأوساط في شرح قانون الأسرة، ص 57.

2- مصطفى عبد الغني شيبه، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الطلاق وآثاره، ص 202.

3- مصطفى عبد الغني شيبه، مرجع نفسه، ص 202.

4- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه والقانون، ص 74.

وقد يدخل الرجل بامرأة معتقدا أنها فراش صحيح له ثم يظهر له أنه اشتبه الأمر عليه وليست حلالا فيكون ذلك دافعا منه لشبهة وهذا له أثره وحكمه في ثبوت النسب¹. بالإضافة إلى أن هناك من يقول أن لابد فيه فراش حتى يثبت².

والحقيقة أن الشبهة تثير الكثير من المشاكل في إثباتها من الناحية القانونية لأن الزاني قد يحاول التمويه أو التستر بالشبهة، وعلى هذا الأساس يؤكد الفقهاء (ومن ضمنهم المالكية) على ضرورة إثباتها وله في ذلك جميع الوسائل الشرعية في الإثبات³.

الاغتصاب والنسب بمعنى مدى إمكانية ثبوت نسب ابن المغتصبة:

إن هاته النقطة لم يتحدث عنها المشرع الجزائري ولكن الاجتهاد القضائي لم يغفلها ومن ذلك القرار رقم 617374 والذي جاء فيه: "الاغتصاب الثابت بحكم قضائي، يعد وطء بالإكراه، وكيف بكونه نكاح شبهة، يثبت به النسب..."⁴.

وكذلك ما ذهب إليه القرار مؤكدا لما سبق من أنه في حالة ثبوت الاغتصاب بحكم قضائي يعد وطء بالإكراه وكيف بأنه نكاح شبهة يثبت بها النسب حتى ولو كان تسجيلها البنت باسمه في محاولة للتهرب من المتابعة الجزائية⁵.

إذا فالاغتصاب يعد وطء بشبهة يثبت تبعا لذلك النسب.

من كل هذا وحسب رأي إذا كان الاغتصاب باعتباره فعلا شنيعا ويثبت تبعا لذلك النسب ألا يدخل هذا في الزنا أم لأنه وكما أنه قد حصل بالإكراه فيعتبر وطئ بالإكراه فتبعا لهذا يثبت به النسب باعتبار أن الوطء بالإكراه يثبت به النسب.... كما أن القانون كان صريحا من خلال تأكيده على أن القاعدة في ثبوت النسب هي الفراش.

¹- نبيل صقر، قانون الأسرة نسا وفقها وتطبيقا، ص92.

²- باديس نيايبي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، ص56.

³- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 384.

⁴- قرار رقم 617374، الصادر بتاريخ 2011/05/12، ق.م.ع، الصادر عن غ.أ.ش، م.م.ق، ع1/2012، ص 294،

(نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري، دليل القاضي والمحامي، ص 85-86).

⁵- لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ص93.

المطلب الثاني: أسباب ثبوت النسب بالزواج الصحيح وعلاقته بالدخول:

إن المشرع لم يشر إلى كلمة الدخول صراحة ولكنه عبر عنها بكلمة أمكن الاتصال بعد الزواج الشرعي أي أن إمكانية الاتصال هي السبيل لثبوته وهذا بنص الم 41¹.

فالدخول هو السبب الشرعي لثبوت نسب الولد أثناء قيام الزوجية وكيف يأتي ولد ولم يكن هناك دخول ولو كان هناك عقد صحيح والإنجاب قد يكون بالطريق الطبيعي ويمكن أن يكون في إطار أو بطريق غير طبيعي ومن هذا المنطلق سنتناول إثبات النسب بالدخول بعد عقد صحيح في فرعين كما يلي:

الفرع الأول: الفراه في الزواج الصحيح وإثبات النسب:

إن الفراه يعد أقوى دليل في إثبات النسب ولا يعلو عليه سوى اللعان فالزوجية هي السبب في الزواج الصحيح ولا يتم هذا إلا إذا توافرت شروط أهمها الشروط المذكورة في الم 41 فقد جاءت المادة لتؤكد ثلاثة شروط مجتمعة (زواج شرعي، إمكانية الاتصال، عدم نفيه بالطرق المشروعة) وجاءت الم 43 لتؤكد على شرط آخر لا بد من توافره إلى جانب الدخول وهي ولادته بين الأجلين المحددين وهذا ما سيتم تفصيله كما يلي:

أولا/ إمكانية الاتصال بين الزوجين:

بالرجوع إلى أحكام المادة 41 المشار إليها آنفا والتي نصت صراحة أنه يشترط لإثبات نسب الولد من أبيه أن يكون الاتصال بين الزوجين ممكنا²، ومعنى إمكانية الاتصال بين الزوجين هو حدوث التلاقي بصورة فعلية لأنه إذا أثبت عدم الاتصال أو عدم التلاقي فلا يثبت النسب وهذا حسب رأي جمهور الفقهاء³.

فلقد اتفق الفقهاء على أن العقد الصحيح هو السبب في إثبات النسب لمن يولد حال قيام الزوجية، ولكن اختلفوا في أن هل يكفي مجرد العقد في إثبات النسب أم يجب الدخول

¹ - الم 41 من قانون الأسرة: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

² - طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي، ص 15.

³ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 372.

والتلاقي بين الزوجين، فالحنفية العقد الصحيح كاف لإثباته وذلك حماية للولد من الضياع وستر العرض، وكون الاتصال لا يمكن الإطلاع عليه، أما الجمهور فقد ذهبوا إلى أن الزواج الصحيح هو السبب في ثبوت النسب بشرط إمكان الدخول فالعقد وحده لا يكفي، بل يجب أن يكون الدخول بناء على هذا العقد¹.

ومن ثمة جعل له سببا واضحا يتفق وكرامة بني آدم، وهو الاتصال بالمرأة عن طريق الزواج، وما ألحق به من ملك اليمين، ولم يتركه لأهواء الناس ورغباتهم، فأبطل طريقه غير المشروعة التي كانت شائعة في الجاهلية من التبني ومن إحقاق الأولاد عن طريق الفاحشة². يقول تعالى: { وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ } {4} ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ } سورة الأحزاب الآية 4.

ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش الصحيح وللعاهر الحجر"³ وشدد النكير على الآباء الذين يجحدون نسب أولادهم، لأن الانتساب إلى غير الآباء من أكبر العقوق لهم، وكذلك حذر النساء من أن ينسبن إلى أزواجهن من يعلمن أنه ليس منهم⁴.

ومن ثمة فإن الفراش⁵، هو الزوجية فمتى ولدت المرأة من زوجية قائمة انتسب هذا الولد إلى زوجها دون حاجة إلى بينة بين الزوجة أو إقرار من الزوج⁶. والزوجة تسمى فراشا لأنه يفرشها (وللفقهاء اختلاف في تحديد معنى الفراش) وهو مرجع أساسي لثبوت النسب الشرعي

1- بن الشيخ الفقون، مليكة بوكريسي، إثبات النسب بالطرق الشرعية والبصمة الوراثية، ص 9-10، طفياني مخاطرية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري، ص 16.

2- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة، ص 67.

3- أبي داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزوي، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب الولد للفراش، رقم الحديث: 2273، ج 2، ص 290-291.

4- عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، ص 257.

5- الفراش له عدة تعريفات منها: بأنه الزواج الصحيح الذي ينشأ عن عقد صحيح فهو سبب الإباحة والوطء وحل العشرة الزوجية، وهذا السبب لثبوت النسب والولادة لأنه بالفراش يكون الوطاء والاتصال بين الزوجين، (سمية بن الشيخ الفقون، مليكة بوكريسي، إثبات النسب بالطرق الشرعية والبصمة الوراثية، ص 5).

6- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة، ص 70.

والعاهر هو الزاني وله الحجر أي بيوء بالخيبة، وأن له عقوبة الرجم بشروطها المقررة شرعا¹.

أما عن صلاحية الزوجين للحياة الزوجية، فمعنى الصلاحية هو أن يكون الزوج قادرا على الوطاء صحيحا وسليما في أعضائه، فلا يكون مريضا أو مجنونا أو مقطوع العضو، ولا صغيرا غير بالغ غير قادر على المباشرة، وأن تكون الزوجة سالحة فلا تكون صغيرة ولا مريضة².

فمتى حملت الزوجة يثبت نسب حملها إلى زوجها، ويثبت النسب دون إقرار من الولد، وهذا الشرط وضعته الشريعة الإسلامية. ولقد قررت المحكمة العليا في حكمها المشهور والذي أقر بأن القانون لا يسمح بإقامة النسب الشرعي لولد غير شرعي ناتج عن علاقات ما قبل الزواج الشرعي، أو في مرحلة الخطبة ذلك أنه لا ينسب الولد لأبيه إلا إذا كان هناك عقد للزواج بصفة قانونية وشرعية³، وكذا القرار الذي أقر بأن العلاقات غير الشرعية بين الرجل والمرأة لا تعتبر زواجا ولا يلحقها نسب⁴.

أما عن المشرع الجزائري فقد تبنى رأي جمهور الفقهاء قائلًا أن العقد وحده لا يكفي بل يجب الدخول لإثبات نسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال كدليل لإثبات النسب فالسبب في ثبوت النسب هو الدخول الحقيقي والمعاشرة الحقيقية فكما قال ابن تيمية أن العرف وأهل اللغة لا يعدون المرأة فراشا إلا بعد البناء بها⁵. فرتب ذلك نتيجة أساسية أن

¹ - طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي، ص13.

² - سمية بن الشيخ الفقون، مليكة بوكوسي، إثبات النسب بالطرق الشرعية والبصمة الوراثية، ص11.

³ - م.ع، غ.أ.ش، 1984/11/19، م.ق، م. ق، 1، 1990، ص67، (بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقہ الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، د.ط، 1996، ج2، ص624).

⁴ - ملف رقم 34137، الصادر بتاريخ 1984/10/08، م.ع، غ.أ.ش، م.ن، 1989، ع4، ص79، (دار العلوم، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، دار العلوم، عنابة، د.ط، 2001، ملف رقم 34046 الصادر بتاريخ 1984/11/19، م.ع، غ.أ.ش، م.ق، 1990، ع1، ص67، (دار العلوم، مرجع نفسه، ص108).

⁵ - باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، ص16.

عقد الزواج وإن كان سببا لثبوت النسب، غير أنه لا بد فيه من دخول لأن ثبوت النسب معلق على الدخول، أما إذا استحال ذلك الاتصال أو تأكد عدم الدخول فإن النسب لا يلحق¹.

هذا عن البناء بعد زواج صحيح من الناحيتين الشرعية والقانونية لكن هنا يجزنا الحديث عن النسب في الزواج العرفي:

إذن فمن الإشكالية التي يثيرها النسب نسب الزواج العرفي أي مدى إمكانية ثبوت النسب في الزواج العرفي.

إن المشرع لم ينص على هاته النقطة ولكن الاجتهاد تداركها وكان ذلك في قراره:

نعم فمتى كان الزواج العرفي متوفرا على أركانه التامة والصحيحة فإن القضاء بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد يكون قضاء موافقا للشرع والقانون. ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن².

ومن هنا فإن النسب كما يثبت بالزواج الصحيح يثبت حتى بالزواج العرفي وهذا متى كان ركن الرضا وجميع الشروط المتطلبة في عقد الزواج الصحيح وبعد تصحيحه وتسجيله في الحالة المدنية.

ثانيا- أن تتحقق مدة الحمل المفروضة قانونا: إن وقوع هذا الحمل يعد كأثر للاتصال الشرعي، فلكي ينسب الولد لأبيه لا بد أن يكون المولود قد وضعت الزوجة الحامل بين أقل مدة الحمل وأقصاها³، وهي المدة التي يمكثها الجنين في بطن أمه وقد تزيد هذه المدة وتتقص حسب الحاجة البيولوجية.

¹- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ص96، وكذلك بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقہ الإسلامي، ص624.

²- ملف رقم 58224 الصادر بتاريخ 1989/12/25، م.ع، غ.أ.ش، م.ق، 1991، ع4، ص110، (دار العلوم، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، ص109).

³- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008، ص231.

أ/ أن يولد الولد في أقل مدة الحمل:

لقد اتفق المشرع مع الأئمة الأربعة وغيرهم الفقهاء على أن أقل مدة الحمل هذه تسعة أشهر (مئة وستون يوماً) لقوله تعالى: { وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا } [15] سورة الأحقاف الآية 15.

وقوله تعالى في آية أخرى: { وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ } سورة لقمان الآية 14. وفي آية الثالثة: {232} وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ¹ سورة البقرة الآية 23.

وبالرجوع إلى القانون نجده أخذ بذلك وذلك من خلال المادتين 42 و 43 من ق.أ وهذا أيضاً ما استقرت عليه المحكمة العليا في قراراتها حسب ما جاء في قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية والذي جاء فيه أنه من المقرر شرعاً أن الزواج في العدة باطل ومن المقرر قانوناً أقل مدة الحمل هي ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر وذلك عن طريق الإنجاب الطبيعي أي الناتج عن الاتصال الجنسي الطبيعي بين الزوجين².

فالولد للفرأش إن مضى على عقد الزواج أقل مدة الحمل، وأمكن الاتصال، وإلا فالولد المستند لهذا العقد غير لاحق.

والطب يقرر ما يقوله المشرع الجزائري في أقصى مدة الحمل، بأن الجنين لا يمكث في بطن أمه أكثر من تسعة أشهر إلا نادراً³.

¹ - فكان الفارق بين الثلاثين والعامين هو ستة أشهر وهو أقل مدة الحمل.

² - أميرة سدراتي، يعقوب بن برغوث، إثبات النسب وتأثير التعديل الجديد بالطرق العلمية الحديثة، ص15، وكذا م.ق، مستغانم، 1966/12/15، م.ج، 1968، ص1233، محكمة الجزائر، 1968/01/28، م.ج، 1968، ص1198، م.ع، غ.أ.ش، 1984/12/17، م.ق، 1، 1990، ص86، (بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقہ الإسلامي، ص625).

³ - ق.م.ع، عن غ.أ.ش، ملف رقم 193825 الصادر بتاريخ 1998/5/19، (أميرة سدراتي، يعقوب بن برغوث، إثبات النسب وتأثير التعديل الجديد بالطرق العلمية الحديثة، ص15).

أي أنه لا بد من ثبوت النسب في مختلف الحالات من أن يأتي الولد في الفترة الواقعة بين أقل مدة الحمل وهي ستة أشهر، وأكثرها هي عشرة أشهر (المادة 42-43)¹ ومقتضي هذا أن المرأة التي تأتي بالولد قبل هذه المدة على عقد زواجها كان ذلك دليلاً على أن الحمل بهذا الولد حدث قبل الزواج فلا يثبت نسبه إلا إذا ادعاه الزوج.²

وكملاحظة على هذه المادة لم تحدد وقت ابتداء الحمل وللفقهاء اختلاف في ذلك وملخص ذلك أن وقت ابتداءه من عقد النكاح لكون الدخول أمراً باطنياً فيقوم عقد النكاح مقامه.... أما المالكية فتبدأ المدة من وقت إمكان الدخول لأنه حسب الجمهور أن الولد يتكون من ماء الزوج والزوجة بالوطء الحقيقي لها ولكن لما كان من المتعذر الوقوف على الوطء الحقيقي فقد قام مقامه ما يدل عليه وهو إمكان الدخول والقانون قد اعتبر إمكان الوطء بنص الم 341.

ومن هنا نرى اعتماد تاريخ الدخول لأن العبرة هي تلاقي الزوجين والإنجاب لا يكون إلا من هذا الطريق إلا إذا تم بواسطة التلقيح الاصطناعي⁴، والسبب الذي جعلنا نعتمد الدخول ولا نعتمد تاريخ العقد، لأننا بصدد الحد الأدنى للحمل.

إلا إذا كانت المدة الفاصلة بين الدخول والعقد قصيرة جداً كأسبوع مثلاً فلا مانع من الاعتداد بالعقد وهذا لمنع ما قد يحدث من تحايل على النسب⁵.

ولكن ماذا إذا ما اختلف تاريخ العقد والدخول فهنا العبرة بتاريخ الدخول بعد العقد الشرعي.

ب/أقصى مدة الحمل: إن المشرع قد وضع بنص المادة رأيه في أقصى وأدنى مدة الحمل

1- بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقهاء الإسلامي، ص 625-626.

2- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 73.

3- أحمد نصر الجندي، مرجع نفسه، ص 74.

4- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص 231.

5- بن شويخ الرشيد، مرجع نفسه، ص 232.

أما في المجال الفقهي في أقصى مدة الحمل فقد تضاربت الآراء الفقهية في تحديده وهذا لعدم وجود نص صريح في القرآن الكريم أو في السنة النبوية، ولكن قانون الأسرة الجزائري، قد أخذ بمدة أقل وهي عشرة أشهر¹.

أما عن مجمل الآراء الفقهية عن أكثر مدة الحمل هي سنة وهذا لاستيعاب احتمال ما يقع من الخطأ في حساب الحمل....²، فالمرجع هنا قد تماشى مع رأي الجمهور.

ثالثا/ عدم نفي الولد بالطرق مشروعة:

وهو ما نص عليه المشرع في المادة 41 من ق.أ ولكن لم يحدد هذه الطرق المشروعة لنفي النسب بل ترك الباب مفتوحا أمام الاجتهاد القضائي لاختيار الوسيلة المناسبة، وبتطبيق أحكام الم 222 نرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي حددت الطريق الشرعي لنفي النسب المتمثل في اللعان لكن هل أن اللعان هو الوسيلة الوحيدة لنفي النسب.

أ- اللعان:

1- تعريف اللعان: لم يوجد في القانون تحديد لمعنى اللعان ولكنه اكتفى بالإشارة إلى كلمة اللعان سوى في الم 138³ منه. وبالرجوع إلى المادة 222 التي تحيلنا على أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص نجد بأن:

لقد عرف بعض الفقهاء اللعان بأنه: هو شهادات مؤكدات بإيمان من الزوجين مقرونة بلعن من زوج وغضب من زوجة، قائمة مقام قذف زوجة محصنة أو قائمة مقام تعزيره لغيرها⁴.

¹ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص232.

² - المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية والعشرين المنعقدة بمكة المكرمة، نظر في موضوع: (أكثر مدة الحمل)، ق.4. في المدة من (24-23 محرم 1423هـ) التي يوافقها: (8-12/12/2012م).

³ - " يمنع من الإرث اللعان و الردة " .

⁴ - مصطفى عبد الغني شيبية، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ص148.

2- إجراءات اللعان:

عندما يغلب الزوج احتمال خيانة زوجته له، ويريد أن ينفي المولود الذي أتت به بين أدنى وأقصى مدة الحمل أثناء قيام الزوجية، فليس له إلا أن يرفع دعوى اللعان أمام المحكمة فيأمر القاضي الزوج إذا أصر على اتهام زوجته بالزنا بالملاعنة في جلسة سرية، بأن يحلف ويقول¹: " أشهد بالله أنني لمن الصادقين فيما رميتها به " ويكرر قوله هذا أربع مرات وفي المرة الخامسة يقول: " أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين " وتكررها أربع مرات وفي المرة الخامسة تقول: " أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين "

- ومرجع أو مرد ذلك سورة النور وذلك في الآيات من 4-9.

لقوله تعالى: {3} وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ {4} إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ {5} وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ {6} وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرَأُ {7} عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ {8} وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ {9} سورة النور الآيات 4-9.

وإذا تم اللعان بالكيفية المذكورة آنفا يثبت القاضي ذلك في حكمه ويفرق بين الزوجين حالا بتطبيقه بائحة وينفي نسب الولد من الزوج².

واللعان سببه أمران: أحدهما قذف الرجل زوجته قذف يوجب حد الزنا.

والثاني: نفي الحمل أو الولد ولو من وطء بشبهة أو بنكاح فاسد واشترط المالكية أن يدعي

¹ - بومجان سولاف، إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة، المدرسة العليا للقضاء، المعهد الوطني للقضاء،

الجزائر، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2005-2008، ص12.

² - بومجان سولاف، مرجع نفسه، ص13-14.

الزوج أنه لم يطأ زوجته لأمد يلحق به الولد، وأن يدعي الإستبراء بحيضة واحدة، وأن ينفية قبل وضعه فإن سكت حتى وضعته حد، ولم يلاعن¹.

3- شروطه: يشترط لصحة الملاعنة بين الزوجين ما يلي:

- قيام الزوجية بين الزوجين المتلاعنين وهذا الشرط يستوي فيه أن تكون الزوجة مدخولا بها أو غير مدخول بها، كما أن الزواج الفاسد لا لعان فيه لأن الزوجة فيه تعتبر أجنبية.
 - النطق بألفاظ اللعان.
 - أن يحصل النفي دون أن يكون قد حصل من الزوج اعتراف بالولد صراحة أو ضمنا، ومن الإقرار الصحيح أن يقر حال حملها وقبل الولادة بأن الحمل منه ومن قبل الإقرار الضمني إعداد معدات الولادة وقبول التهنة بالمولود ومتى حصل ذلك فلا يصوغ للزوج نفي نسب الولد بعد ذلك².
 - أن يكون نفي الولد باللعان عند ولادته أو وقت شراء لوازمه أو مدة التهنة وكل هذه الأمور تدل على معاصرة النفي للولادة وعند الأحناف والحنابلة لا يصح عندهم اللعان بنفي النسب قبل الوضع لعدم التيقن لاحتمال أن يكون الحمل كاذبا- أما الشافعية والمالكية فقد أجازوا اللعان قبل الوضع مطلقا لما صح عندهم من نفي الحمل، ويشترطون التعجيل في اللعان بعد العلم فاللعان متى تم بالشروط السابق ذكرها يلحق نسب الولد بأمه ولا يعتبر ابنا للزوج فيما يتعلق بحقوق العباد كالنفقة.....³.
- أما فيما يخص الاجتهاد القضائي في مسألة اللعان:
- ومن اجتهادات المحكمة العليا فيما يخص اللعان كثيرة ومتعددة على غرار المشرع فقد تناولت اللعان بأغلب أحكامها نأخذ منها:

¹- سمية بن الشيخ الفقون، مليكة بوكوسي، إثبات النسب بالطرق الشرعية والبصمة الوراثية، ص15.

²- بومجان سولاف، إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة، ص14.

³- بومجان سولاف، مرجع نفسه، ص14.

- القرار رقم 35934 والذي جاء فيه من أن دعوى اللعان لا تقبل إذا أخرجت ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا¹.

- القرار رقم 69798 والذي جاء فيه أنه "من المقرر شرعا وقانونا أنه إذا وقع اللعان يسقط نسب الولد ويقع التحريم بين الزوجين....."².

- وأيضا قرار رقم 296020 والذي نص على أن مدة اللعان حسب استقرار اجتهاد المحكمة العليا هي رؤية الزنا أو العلم بالحمل³.

- القرار رقم 69798 " من المقرر شرعا وقانونا أنه إذا وقع اللعان يسقط نسب الولد ويقع التحريم بين الزوجين....."⁴.

ولقد وفقت هذه الاجتهادات لحد كبير بتحديد أجل ثمانية أيام لأنه لو فتح الباب واسعا لكان للزوج أن يشكك في بنوته متى شاء وهذا غير معقول وفيه حتى مساس باستقرار الحياة الزوجية.

- وكماحظة بسيطة لا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان بناء على طلب الزوج⁵.
"وهذا أمر لا يحتاج لقرار لبيانه لأن اللعان أولى وأول طريق شرعي...".

ب- نفي النسب بالطرق العلمية: إذا احتاج الزوجين إلى نفي النسب باللجوء إلى الطرق العلمية للحصول على نتائج يقينية دون اللجوء إلى اللعان فلا مانع من ذلك ولذا لا بد من توضيح نفي النسب وذلك باستعمال هذه الطرق وما يدخل فيها:

¹- قرار رقم 35934 الصادر بتاريخ 1985/02/25، م.ق، 1989، ع1، ص83، (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، ص 215).

²- قرار رقم 69798 الصادر بتاريخ 1991/04/23، م.ق، 1994، ع3، ص54، (جمال سايس، مرجع نفسه، ج2، ص 764).

³- قرار رقم 296020 الصادر بتاريخ 2002/12/25، م.ق، 2004، ع1، ص282.

⁴- قرار رقم 69798 بتاريخ 1991/04/23، إ.ق، غ.أ.ش، ع خاص سنة 2001، ص82، (بومجان سولاف، إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة، ص12).

⁵- لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ص95، (والقرار، ق.م.ع، غ.أ.ش، رقم148، الصادر بتاريخ10 يناير 2013، غير منشور، لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع نفسه، ص95).

1/ السند القانوني لاستعمال الوسائل العلمية:

لم يتعرض التشريع الجزائري صراحة لهذه الوسائل فقد نصت الم 41 من تقنين الأسرة على أن "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

بيد أن بعض الباحثين يرون أن عبارة الطرق المشروعة واردة في المادة بصيغة الجمع، وهو ما يفهم منه فتح المجال لتبني كل طريقة تفيد في نفي النسب¹.

2/ الوسائل العلمية في نفي النسب:

لقد وسع المشرع الجزائري من دائرة إثبات النسب بالنص على الخبرة الطبية كوسيلة شرعية في الإثبات بموجب نص الم 40/ف2، ولقد تنوعت هذه الطرق العلمية فقد كانت هي أول الاكتشافات العلمية إثر اكتشاف نظام ال A.B.O وهي الطريقة التي تعرف بخلايا الدم الحمراء، تلا هذا الاكتشاف تحليل الحامض النووي أو ما يسمى بالبصمة الوراثية ADN² والبطاقة الوراثية بظهور هذه الطريقة والتي تعد أكثر بساطة وأكثر نجاعة....، ونفي الأبوة بدراسة الفصائل الأبوية صالحة ومطردة بصورة علمية³.

وبعدها توصل العلماء إلى اكتشافات أخرى أكثر دقة وذات قدرة متميزة ويقصد بها تتابعات ال AD N..... فعندما يختلف ال ADN للطفل مع ADN للأبوين فإنهم بالقطع ليسوا آباء لهذا الطفل وبهذا يمكن نفي نسب الطفل لهذين الأبوين.

وتجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من أنها طريقة تستعمل في حالة الشك في النسب ..⁴

إلا أننا نقول إنه بالرغم من التطور العلمي الكبير في هذا المجال لا يمكن اعتماد هذه الطرق بشكل كلي، وحاسم للفصل في مسألة نفي النسب بسبب نتائجها التقريبية وليست

¹- طفياني مخطارية ، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري، ص35.

²- بومجان سولاف، إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة، ص36.

³- بوقندورة سليمان، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية، دار الأملية، الجزائر، ط1، 2015، ص245-246.

⁴- بوقندورة سليمان، مرجع نفسه، ص245-246.

القطعية¹، إلا أنه لا بد من عدم استخدام البصمة الوراثية في التأكد من نسب ثابت (كأن يكون ثابت لوسيلة من الوسائل الشرعية في الإثبات كالفراش منه) وهذا لما فيه من مفسد... كما لا يجوز تقديمها على اللعان².

وما يمكن استخلاصه أن وراثه فصائل الدم تصلح كدليل لنفي النسب بنسبة 100% لذلك تصنف ضمن الطرق العلمية ذات الحجية الظنية وقد أفرز التطور التكنولوجي أكثر من 20 نظام لفحص الدم تعد بمثابة قرينة قاطعة في نفي النسب دون إثباته³.

الفرع الثاني: إثبات النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي:

أمام تعدد طرق حمل المرأة بعدما كان الإنجاب ينحصر في مفهومه الطبيعي فقط ظهر الإنجاب الاصطناعي وحمل المرأة بواسطة التلقيح الاصطناعي⁴.

من خلال التعديل الأخير الذي طرأ على قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/07 تبين أن المشرع الجزائري قد تأثر بالتطورات المعاصرة المسيرة للتطور التكنولوجي الذي تتبع عنه استحداث تقنيات في الإنجاب فلم يبقى الإنجاب منحصرًا فقط بالمفهوم الطبيعي، إذ ظهر الإنجاب الاصطناعي ومعه تحمل المرأة بواسطة تلقيح عندما يكون هناك عدم إمكانية أو استحالة الإنجاب بالطريق الطبيعي.

أولاً/تعريف التلقيح الاصطناعي:

هو عملية يتم بموجبها تلقيح بويضة المرأة من مني الرجل، وهي عملية تتم للنساء اللاتي يعانين العقم⁵.

¹ طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري، ص 35-40. ويوقندورة سليمان، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية، ص 245-246.

² بن شولاق محمد أمين، جمعة زكرياء، إثبات النسب في القانون الجزائري، ص 64.

³ بومجان سولاف، إثبات النسب ونفيه وفقاً لتعديلات قانون الأسرة، ص 40.

⁴ تلي زينب، إثبات النسب وفق نصوص القانون الجزائري والاجتهاد القضائي، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة خيضر، بسكرة، 2014-2015، ص 16.

⁵ باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، ص 25.

وأيضاً هو تعبير يطلق على عملية نقل الحيوانات المنوية بعد تنقيتها إلى داخل الجهاز التناسلي للزوجة عن طريق الحقن¹.

ثانياً/إثبات نسب أطفال التلقيح الاصطناعي: تعددت طرق الحمل بعدما كان الإنجاب ينحصر سوى في مفهومه الطبيعي ظهر ما يسمى بالإنجاب الصناعي وهو ما نصت عليه الم 45 مكرر المضافة بموجب التعديل الصادر بالأمر 02-05 على أنه يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي. ومن ثمة فالأمر جوازي ثم نصت مباشرة على إخضاع هذه الطريقة في إثبات النسب إلى شروط محددة ورد ذكرها على سبيل الحصر وهذه الشروط والضوابط من شأنها تنظيم اللجوء إلى هذه العملية بشكل يجعلها تتماشى والإطار الشرعي المنوه عنه في أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك بتحريم أية عملية تستدعي تدخل طرف أجنبي عن العلاقة الشرعية². ومن ثمة وحسب ما هو منصوص عليه في الم 45 مكرر:

"يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:

- أن يكون الزواج شرعياً،
 - أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما،
 - أن يتم بمنى الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها
- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة³.

وكملاحظة على الشرطين التاليين:

¹- أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط.1، 2006، ص58.

²- باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، ص26.

³- الم 45 ق.أ.

أن يتم هذا التلقيح الاصطناعي بواسطة مني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها. (فهذه العملية تخضع للقاعدة المشهورة التي تحكم مسائل النسب بمعنى لابد من أن تلقح بمني زوجها دون غيره...¹).

وشرط أن يكون أثناء حياتهما ففي الحقيقة هذا الشرط وضع أساسا حتى لا يلجأ الناس إلى استعمال بنوك النطاف المجمدة وما قد يترتب عنها من اختلاط في الأنساب، وهو ما ينهي عنه الشارع الكريم و يحرمه تحريما قطعيا².

ومعنى هذا الكلام هو أن المشرعين الجزائريين واضعي تعديل قانون الأسرة قد اختاروا أن يسايروا العصر، وأن يستفيدوا من التقنيات الجديدة المعاصرة وأن يجدوا حلا لمعضلة الإنجاب لدى عدد لا بأس به من الأزواج فقرروا اعتماد التلقيح الاصطناعي كوسيلة وكطريقة من وسائل وطرق إثبات النسب كلما توفرت تلك الشروط المشار عليها أعلاه. كما قرروا رفض اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة، أي أنهم يرفضون أن تتم العملية بوضع مني الزوج في بويضة رحم المرأة غير زوجته الشرعية وبديلة لها، وهي ما يمكن أن يستأجرها لتحمل له ولدا³.

وبالمقابل فإذا أنكر الزوج أبوته للمولود الناتج من زواج صحيح أو فاسد وقام نزاع في ذلك بين الزوج والزوجة فإن الفقرة الثانية من الم 40 المعدلة قد أجازت للقاضي الذي يعرض عليه نزاع من هذا النوع أن يلجأ إلى كافة الطرق العلمية الممكنة لإثبات النسب بما في ذلك ما يسمى " بالحمض النووي"⁴.

¹- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة، ص103.

²- باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، ص27.

³- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2007، ص102-103.

⁴- عبد العزيز سعد، مرجع نفسه، ص102-103.

وحتى مجمع البحوث الفقهية في قرار رقم: 16 (3/4) بشأن أطفال الأنابيب وحتى هذا الأخير أجاز استعمال التلقيح الاصطناعي وذلك بشروط أو ما أطلق عليه تسمية المحاذير الشرعية¹.

ومن هنا نخلص إلى أنه إذا ولد الطفل بطريقة التلقيح الصناعي (الاصطناعي) من زوجين على قيد الحياة سواء كان التلقيح داخليا بأخذ السائل المنوي من الرجل وتلقيحه ببويضة المرأة داخل رحمها، أو كان التلقيح خارجيا بطريقة طفل الأنبوب، فإن النسب في هذه الحالة يثبت للطفل من جهة الأب والأم وذلك لأن المعتبر في النسب هو ماءهما وهذا متوفر لأن هو الذي أجري عليه التلقيح وهذا أهم شرط².

¹ - مجلة المجمع، بعد استعراضه البحوث المقدمة في موضوع التلقيح الاصطناعي، إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان عاصمة المملكة الأردنية الهاشمية، ع3، ج1، من 8-13 صفر 1407 هـ /11-16 تشرين الأول (أكتوبر) 1986، ص 423.

² - أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، ص197-198.

المبحث الثاني: حرمة المصاهرة وحل الاستمتاع بين الزوجين كأثرا للدخول:

لقد تناولنا في المبحث الأول أثر النسب وتناولنا لهذا المطلب ليس فقط لأنه من الآثار المادية المالية للدخول بالزوجة بل لأن أثر العشرة وحل استمتاع كل من الزوجين بالآخر ربط بينهما برباط قوي يشبه رباط النسب أو أقوى، ثم ربط بين أسرتيهما برباط المصاهرة، فأصبحت كأنهما أسرة واحدة

والأسرة لابد لها من ضوابط لبنائها ولحمايتها والحفاظ على استقرارها وتماسكها، ووسع مجال الموانع أكثر من غيره من بعض التشريعات السماوية والقوانين الوضعية. وفي هذا الإطار ورد في القرآن الكريم قوله تعالى: { وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ }.

سورة النساء الآية 22.

وقوله: { حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهُنَّ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ يَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا } {23}

سورة النساء الآية 23.

وبصدور قانون الأسرة خلال سنة 1984 تبني كل هذه الموانع وهذه المحرمات تناولها في تسع مواد تناولها مرتبا ومفصلا، وحق المصاهرة تضمنته المادتين 24 و26.

وحق الاستمتاع الذي تناولته أغلب القوانين العربية ومن كل هذا فإن في هذا المبحث والذي سنتناوله في مطلبين: مطلب أول حرمة المصاهرة كأثر من آثار الدخول، ومطلب ثاني حل الاستمتاع كأثر من آثار الدخول.

المطلب الأول: حرمة المصاهرة كأثر من آثار الدخول:

أولا نأتي على تعريف المصاهرة وكذا من هم المحرمات بالمصاهرة وما علاقة المصاهرة بحكم الدخول.

الفرع الأول: تعريف المصاهرة:

أولاً/ تعريف المصاهرة والأصهار: القرابة بسبب الزواج، وهم أقارب الزوج، وأقارب الزوجة، كأب الزوج وأب الزوجة وأمهاتهما، ويسمى قريب المرأة صهراً ويسمى كذلك خنتاً كأبيها وأخيها، وكذلك زوج البنت وزوج الأخت، ويقال لقريب الزوج صهر وحم¹.

والمحرمات بسبب المصاهرة هن:

- أم الزوجة - بنت الزوجة - زوجة الابن².

والقانون قد وافق ذلك من خلال نصه في الم 26 على أن المحرمات بالمصاهرة هي:

1- أصول الزوجة بمجرد العقد عليها.

2- فروعها إن حصل الدخول بها.

3- أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علوا.

4- أرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا³.

ومن هنا فإن المحرمات بسبب المصاهرة على التأييد:

*صنف أول يتأتى بالعقد *وصنف آخر يتأتى بالدخول

ومن هنا ومن خلال كل هذا فإننا سنقصر دراستنا فقط على ما يأتي بالدخول ويكون بمثابة اثر من آثاره وقبل التطرق بالحديث عنها في القانون لا بد من التعرض لها في باقي القوانين خصوصاً العربية منها:

فحتى القوانين العربية الأخرى تحدثت على حرمة المصاهرة فمنها من أشار إليها فقط من خلال أنها اثر من آثار الزواج الصحيح (السوري م 49)، (مغربي، الفصل 34)⁴.

1- الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج2، ص526.

2- الصادق عبد الرحمان الغرياني، مرجع نفسه، ص526.

3- الم 26 من ق.أ.

4- جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ص60.

أما القانون الأردني والقانون التونسي والقانون السوداني ومشروع القانون الإماراتي ومشروع القانون الكويتي ومشروع القانون الخليجي ومشروع القانون العربي الموحد، فقد أشارت إلى هذا الحق عندما نصت على المحرمات بالمصاهرة في الم(25) والم(16) والم(11) والم(24) والم(26) والتي تثبت أنه: " يحرم على التأبيد تزوج الرجل بامرأة بينه وبينها مصاهرة وهي على أربعة أصناف:

- 1- زوجات أولاد الرجل وأحفاده.
 - 2- أم زوجته وجداتها مطلقا.
 - 3- ربابه أي بنات زوجته، وبنات أولاد زوجته
- ويشترط في الصنف الرابع الدخول بالزوجات¹.

فهنا نخلص إلى أنه حتى القوانين العربية غير بعيدة على ما أورده القانون بنصه في الم 26 وهذا إذا ما دل على شيء إنما يدل على أنها في تشريعها لقانون الأسرة كان مرتكزا الأول للشريعة الإسلامية وهذا شيء جميل ومنعطف رائع أن تحتكم إلى آيات القرآن وتجعلها منهاجا.

ثانيا/ بنت الزوجة وهي الربيبة²:

فحتى الآية الكريمة فصلت وجعلت فقط بنت الزوجة أو ما يطلق عليها الربيبة هي من تحرم بسبب الدخول بها ولا يكفي العقد فلقد قال تعالى: { وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ } . سورة النساء: الآية 23.

وكما تحرم بنات الزوجة تحرم بنات بناتها وبنات بنيتها وأحفادها مهما بعدت ولا تحرم الربيبة، ولا بناتها وبنات بنيتها بمجرد العقد على أمها، بل لابد أن ينظم إلى ذلك الدخول بها ولا يشترط حصول الوطء بالفعل بل تحرم الربيبة بمجرد التلذذ بأمرها الحاصل بعد العقد. وهذا الشرط الذي ذكره الله تعالى في قوله: { اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ }³. سورة النساء الآية 23.

¹ - جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ص 60.

² - الربيبة هي ابنة الزوجة من رجل آخر، وتكون مريات في حجر الزوج،(العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص 44).

³ - الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج 2، ص 526.

والمراد بالدخول في الآية الكريمة (الوطء) في قول جمهور الفقهاء¹.

وللفقهاء وحتى شرح القانون نظرهم في ذلك واختلاف في وجوبه أيكفي التلذذ أم لا بد من دخول حقيقي.

فمن المتفق عليه بين الفقهاء على الوطء بأمرها يحرمها ولكن اختلفوا في ما يلحقه فقالوا تحرم حتى بمقدمات الوطء من المباشرة والقبلة².

ولقد ذهب جمهور الأئمة الأربعة إلى تحريم ابنة المرأة على الزوج بعد الدخول سواء أكانت في حجر الرجل أو لم تكن في حجره. وكذلك زوجة الأب³، بنات الزوجة وبنات بنتها وبنات ابنتها فمتى تزوج رجل امرأة ودخل بها حرمت عليه فروعها كما حرمت أصولها بشرط الدخول فالعقد وحده لا يكفي في التحريم⁴.

ويضيف نبيل صقر أنه حتى توجب حرمة المصاهرة أنه لا بد من دخولها دخولا حقيقيا لا مجرد الخلوة الصحيحة فلا يكفي في هاته الحالة العقد لأن العقد قبل الدخول الحقيقي لا أثر له⁵، ويرى جانب آخر من الفقه أنه يكفي في ذلك التلذذ وليس الدخول الحقيقي حتى تحرم⁶. وراح ابن حزم إلى أنه تكفي مقدمات الوطء. من المباشرة والقبلة - خلافا للمزني⁷. ويؤكد محمد محدة هو الآخر أن الدخول المعني هنا ليس الدخول الحقيقي بل يكفي التلذذ⁸ أما القيد المذكور في الآية { فِي حُجُورِكُمْ } سورة النساء الآية 23.

1- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص 44.

2- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ص 157.

3- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص 44.

4- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة، ص 30.

5- نبيل صقر، قانون الأسرة نصوصها وفقها وتطبيقها، ص 77.

مع الإشارة إلى أنه المقصود بالفروع البنات الصلبية المباشرة وبنات بنتها وبنات ابنتها فكل هذه الأنواع هي فروع لتلك الزوجة.

6- محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، الخطبة والزواج، ص 314.

7- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ص 157.

8- محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، ص 119.

فإنه لا يشترط لقيام هذا الحكم أن تعيش الربيبة في حجر أمها كما هو ظاهر النص وإنما الآية جاءت على سبيل الغالب فقط هو مستمد من الشأن الغالب، لأن الغالب في حال الناس أن تعيش الربيبة مع أمها في حجر زوجها، وثم لو وجدت الربيبة التي تعيش أصلاً في حجر زوج أمها، بل كانت تعيش في بلد أجنبي آخر لحقتها الحرمة وسرت في حقها لحق علة التحريم والمنع بها، وهي قطيعة الرحم إن تم الزواج بها¹.

ثالثاً/العقد الفاسد وحرمة المصاهرة: كما تثبت هذه الحرمة بالعقد الصحيح تثبت بالعقد الفاسد:

اتفق الفقهاء على أن المعقود عليها عقداً فاسداً إذا دخل بها الزوج، يترتب على هذا الدخول حرمة المصاهرة². وحتى المدخول بها بناءً على شبهة يترتب على الدخول بها حرمة المصاهرة³.

ونستنتج أن فيما يخص العقد الباطل باعتبار أنه لا يترتب أي آثار لأن وقوعه بمنزلة الزنا ومن هنا لا تثبت به حرمة المصاهرة.

الفرع الثاني: حرمة المصاهرة والزنا:

فيما يتعلق بالزنا، فإنه كالزواج في حرمة المصاهرة عند الحنفية والحنابلة فمن زنى بالمرأة حرمت عليه أمها وابنتها، ويحرم عليه أصول الزاني وفروعه واستدلوا بقوله تعالى: { وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ } سورة النساء الآية 22.

في حين ذهب الشافعي إلى القول بأن الزنا لا تثبت به المصاهرة أما المالكية فقد أشاروا في مدونتهم: إن الزنا لا يحرم الحلال، فمن زنا بامرأة، يجوز له نكاح ابنتها، ويجوز لأبيه أو ابنه

¹ - محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، الخطبة والزواج، ص 314.

² - عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ص 157، انظر بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 173.

³ - بلحاج العربي، مرجع نفسه، ص 173.

أن يتزوجها، لأن ماء الزنا فاسد لا حرمة له، ولأن الله قال عند ذكر المحرمات: { وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ } سورة النساء الآية 23.

وحرّم ما كان بسبب التزويج، ولم يذكر التحريم بسبب الزنا ولكن لا يجوز للرجل أن يتزوج ابنته من الزنا الذي خلقت من مائه، ولا يجوز كذلك أن يتزوجها أحد أصوله أو فروعه، فهي محرمة عليهم ولكنها ليست محرما لهم ، فلا تجوز لهم الخلوة بها، ولا توارث بينها وبينهم.

ثانيا/الوطء بشبهة: الزنا المحض هو الذي لا يحرم الحلال، أما الوطء الذي فيه شبهة نكاح صحيح، فإنه يحرم، مثل من أراد وطأ زوجته، أو التلذذ بها بتقبيل أو ضم، فوجد أمها أو ابنتها نائمة، فتلذذ بها غلط أو وطئها، فإن الزوجة تحرم عليه¹.

والحنابلة حرمت المصاهرة تثبت بالزنا واللمس والنظر بدون النكاح والملك شبهة لأن اللمس والنظر بسبب داع إلى الوطء فيقام مقامه احتياط وألحق الحنابلة اللواط بالزنا فقالوا: الحرام المحض وهو الزنا يثبت به التحريم، لا فرق بين الزنا في القبل والدبر، لأنه يتعلق به التحريم فيما إذا وجد في الزوجة.. وما استدلوا عليه من أدلة في ذلك كان ضعيفا².

بالنسبة لي أن ما ذهب إليه القول الذي أخذ من مذهب المالكية أن الزنا يحرم أصوب .

المطلب الثاني: حل الاستمتاع كأثر من آثار الدخول:

إن هذا الأثر يعد من الآثار المشتركة بين الزوجين معا والمترتب عن دخول بعد عقد زواج صحيح، ويعتبر هذا الحق كتحصيل حاصل بعد هذا الدخول وأثناء هاته العلاقة الزوجية.

ومن المتفق عليه أن عقد الزواج يفيد أصلا حل استمتاع كل من الرجل والمرأة بالآخر سواء كان بالنظر أو اللمس أو الضم أو المفاخضة أو كان بالجماع وهو ما نكنى عنه بالاتصال الجنسي³. وقد جاءت نصوص كثيرة في القرآن والسنة تفيد أصل مشروعية هذا الاتصال. فلما

¹ - الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج527-528.

² - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ص134-135، (حرمة المصاهرة، ص132-134)

³ - حامد محمود شمروخ، حق الاستمتاع بين الزوجين و آثاره وموانعه الشرعية، دار الجامعة الجديدة، د.ب.ن،

د.ط، 2001، ص7.

وجد عقد زواج إن لم يكن الغرض من ورائه دخول واستمتاع كل منهما بالآخر إذ حتى الشريعة الغراء أكدت هذا الأثر كما أن موضوعه موضوع شائك ولذا سنحاول معالجته من خلال:

الفرع الأول: حل الاستمتاع:

إنه وبالرجوع لنص المادة 1/36 نجد أن أهم حق وضعت في صدارة هذه المادة هو حق المحافظة على الروابط الزوجية، وكذلك بالرجوع لنص المادة 4 منه في فقرتها الأخيرة، حيث اعتبرت أن أهم أهداف، ومقاصد التشريع للزوج هو حل الاستمتاع أي طلب الزوجين التلذذ ببعضهما نظرا أو لمسا أو تقبيلًا أو مباشرة، وبالتالي يحل لكل منهما أن يتمتع بالآخر في حدود الشرع لقوله تعالى: { وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ } سورة الروم الآية 21.

فإنه سبحانه وتعالى خلق للرجال من جنسهم إناثا تكون لهم أزواجا ليسكنوا إليها فالإسلام اعترف بالغريزة الجنسية ولو يتركها من غير قيد أو حد، بل جعل ميل كل من الجنس إلى الآخر في إطار الزواج المشروع¹.

وهذا الميل أساس تناسل الإنسان واستمرار نوعه وهو الدافع للزواج وتحقيق الإشباع الجنسي للإنسان، وبالتالي تحقيق المقاصد الأساسية للزواج من تحصين الفرج، وتكثير النسل وهذا ما جاء في الم 4 من ق.أ، فالاستمتاع بالوطء وغيره من مقدماته حق مشترك للزوجين معا فيمكن لكل منهما أن يطالب به متى شاء².

الفرع الثاني: حكم الاستمتاع:

وتناولنا لهذا الفرع كمحاولة منا لبحث مدى وجوب الاستمتاع أو الوطاء وهذا كما يلي:

¹ - غرابوي نعيمة، الحقوق غير المالية بين الزوجين وآلية حمايتها دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفقہ الإسلامي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2014، ص 28-30، ومحمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، ص 37.

² - غرابوي نعيمة، الحقوق غير المالية بين الزوجين وآلية حمايتها دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفقہ الإسلامي، ص 37، ومحمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، ص 37.

قال الحنفية للزوجة أن تطالب زوجها بالوطء لأن حله لها حقها كما أن حلها له حقه وإذا طالبته يجب على الزوج، وقال المالكية الجماع واجب على الرجل للمرأة إذا انتفى العذر وحدد الشافعية بأنه لا يجب عليه الاستمتاع إلا مرة أما الحنابلة فقالوا يجب على الزوج أن يطأ زوجته في كل أربعة أشهر مرة إن لم يكن عذر وحجتهم أنه لو لم يكن واجبا لم يصر باليمين.

والخلاصة: أن الجمهور يوجبون الوطء على الرجل وإعفاف المرأة، والشافعية لا يوجبونه إلا مرة واحدة، والرأي الأول أرجح¹.

وباعتبار أن النكاح شرع لمصلحة الزوجين، ودفع الضرر عنهما فلو حرم الزوج زوجته من هذا الحق أدى إلى الإضرار بها، وتسبب في ارتكابها الفاحشة والرذيلة كالزنا فإذا ما تنازع الزوجان في ذلك فإن الأمر موكول لسلطة القاضي فيما يراه مناسبا تبعا لحال الزوجين، وقدرتهما الجنسية فهذا يخولها الحق في طلب التطليق والتعويض.

التطليق إما للضرر حسب م 10/53 أو 3/53 لهجرها في مضجعه فوق 4 أشهر أو 2/53 للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج².

كما تجدر الإشارة إلى امتناع الزوجة عن تسليم نفسها بغير عذر شرعي تعد ناشزا.

كما تجدر الإشارة أيضا إلى أن هذا الحق لم يتم التنصيص عليه من معظم التشريعات والقوانين العربية بشكل صريح، كما أنها لم تعتبره من الحقوق الزوجية المشتركة وبمعنى أصح نصها صراحة أنه نتاج طبيعي يمكن على أساس أن هذا الحق شيء بديهي مفروغ منه. فالقصد من الزواج هو حل الاستمتاع على غرار القانون الخليجي حيث تنص في المادة 41 والم 37 والذي اعتبرته من الحقوق المتبادلة بين الزوجين وحتى إحصان لكل منهما الآخر³.

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ص106-107.

² - غرابوي نعيمة، الحقوق غير المالية بين الزوجين وآلية حمايتها دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفقه الإسلامي، ص30.

³ - غرابوي نعيمة، مرجع نفسه، ص32.

أما المشرع الجزائري فلم ينص عليه صراحة لكن كما سبق ذكره أن الم 36/4 ف4 وكذلك الم 222 ق.أ تشمل في طياتها هذا الحق فمهما يكن فمن الصواب أن يكون حل الاستمتاع مقصد من مقاصد الزواج والألفة، والسكن، والمودة، والرحمة فهو حق دائم مشترك بين الزوجين¹.

¹ - غرابوي نعيمة، الحقوق غير المالية بين الزوجين وآلية حمايتها دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفقہ الإسلامي، ص32.

خاتمة

خاتمة:

نخلص في الأخير إلى أن الدخول يرتب مجموعة من الآثار منها ما هو أثناء قيام العلاقة ومنها حتى بعدها وقد تعلق مجال بحثنا بآثار الدخول بالزوجة وهي آثار مالية كالصداق والنفقة وأخرى غير مالية كالنسب وحرمة المصاهرة فيما تعلق منها بالريبة وكذا حل الاستمتاع كل من الزوجين بالآخر. بالإضافة إلى أن الآثار تترتب عن الدخول كما يمكن أن تترتب عن الخلوة وحتى يمكن أن تترتب حتى قبل البناء وهذا بالدعوة إليها.

وعلى ضوء ما تم عرضه وتفصيله توصلت إلى النتائج والتوصيات التالية:

النتائج:

إن الدخول في ترتيب الآثار يرتب آثار لا يربتها العقد وأثاره متعددة منها المالي ومنها غير المالي.

إن العقد الفاسد والوطء بشبهة في ترتيبهما للآثار في أغلبها يكونان كالعقد الصحيح فيرتبان بعض الآثار كالصداق مثلا.

إن المشرع الجزائري رغم تخصيص عدد من المواد لكل أثر من آثار الدخول إلا أنه أغفل العديد من النقاط المهمة التي لم يتناولها:

ففيما يخص الصداق بالرغم من تخصيص عدد من المواد إلى أنه لم يتعرض لمسألة الخلوة وترتيب الصداق كذلك فيما يخص إقامة سنة أو أكثر بدون ترتب عنها دخول أو موافقة فهنا هاتان النقطتان كالدخول من حيث أهميتها حتى أنه لم يضبط بالتحديد هذا الدخول الذي يرتب هكذا آثار كذلك النزاع بين الزوجين في الصداق بعد الدخول لم يلم لا بحالات النزاع ولا عن اليمين....

والنفقة لقد أحسن صنيعا عندما حدد وجوبها قبل البناء وبعده لكنه لم يوضح هذه الدعوة توضيحا جيدا خصوصا البيئة ما هي هذه البيئة وكيف تكون وأي قانون يحكمها.

أما النسب ولعظيم شأنه وعظيم أثره كان على المشرع أن لا يغفل نقطة إلا ويتناولها كما أنه أحسن صنيعا حينما تدارك فيما يخص تعديل المادة 40 والتغيير مس حرف الوصل "و" بحرف الفصل "أو" بينما كان الأول يقتضي التواصل كان الآخر للتخيير ولكنه في الفقرة الثانية المضافة لم يفصل ما هي الطرق العلمية وترك الباب مفتوحا على مصرعيه وترك لتدخل القاضي مجالا.

كذلك بوضعه إمكانية الاتصال نفي كل نسب آخر يلحق به ومن ذلك مسألة الزنا والنسب وما يترتب عنها من آثار بالرغم من أهميتها وكذا كثرة وقوعها، وحتى زواج المغتصبة وما يثيره من إشكال خاصة في مسألة النسب.

أعطى الأولوية في الاعتبار لثبوت النسب للزواج الصحيح وكذا الفاسد وحتى الوطاء بشبهة ومنعه من الزواج الباطل لاعتبار أنه لا يترتب أي أثر ولا اعتبار أن قاعدة الولد للفراش أقوى دليل وأقوى قرينة لا تحتاج بعدها إلى قرينة أخرى.

التوصيات:

أولا على الزوجين أن يتفهما أن القيام بالحقوق والواجبات المتبادلة تعمل على استقرار الأسرة.

محاولة التوعية وذلك من خلال الدروس والندوات ومحاولة تنوير الأزواج بهاته الأمور المهمة والحساسة خاصة المقبلين منهم على الزواج لأن هكذا أمور مهمة بقدر ما تحتاج إلى قانون إلى ضبطها بقدر ما تحتاج إلى وعي وإلى رؤية دينية واسعة.

إضافة إلى هذا لابد من توحيد الاجتهاد والقانون خصوصا الأمور المهمة، وتدارك النقائص بنصوص قانونية واضحة تزيل الغموض خصوصا مسألتي الاغتصاب والزنا في إثبات النسب.

ضرورة تحديد وضبط مصطلح الدخول كما لابد من تحديد دقيق وواضح لما يدخل مع الدخول في ترتيب الآثار كالخلوة خصوصا فيما تعلق منها بمسألتي الصداق والنسب وإضافة مواد أخرى تحسم منازعات الصداق.

ضرورة تزويد الساحة التشريعية كذلك بمواد قانونية أكثر معالجة منه لجميع متعلقات الموضوع.

قائمة المراجع

قائمة المراجع:

القرآن الكريم.

أولاً: الكتب:

1. ابن منظور (أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط6، 2008م، م.ج13.
2. ابن منظور (أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط6، 2008م، م.ج7.
3. أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم بن ورد بن كوشان القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، المطبعة العامرة، تركيا، ط1، 1430هـ.
4. أبو الفضل عادل سعد، فتاوى المرأة المسلمة عبادات ومعاملات، دار نور الكتاب، الجزائر، د.ط، 1428-2007، ص 214-215.
5. أبي داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزوي، سنن أبي داود، دار الجيل، لبنان، م.ج2، 1993.
6. أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، أعدها أحمد جاد، دار البصائر، الجزائر.
7. أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية معاصرة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ط، 2010.
8. أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د.ط، 1997.
9. أحمد محمد لطفي أحمد، التقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2006.

10. أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، د.ط، 2006.
11. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار شتات، مصر، د.ط، د.س.ن.
12. باديس نيايبي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، ط2010، 2010.
13. بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقہ الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، د.ط، 1996، ج2.
14. بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، د. ط، 2013.
15. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية، د. ب.ن، ط6، 2012.
16. بلخير سديد، الأسرة وحمايتها في الفقہ الإسلامي والقانون الجزائري، دار الخلدونية، د. ب.ن، ط1، 2009.
17. بوقندورة سليمان، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية، دار الألمعية، الجزائر، ط1، 2015.
18. تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ط، 2001.
19. جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، د.ب.ن، د.ط، د.س.ن، ج2.

20. جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، د.ب.ن، د.ط، د.س.ن، ج3.
21. جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، د.ب.ن، د.ط، د.س.ن، ج1.
22. جميل فخري محمد جانم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد، الأردن، ط1، 2009.
23. حامد محمود شمروخ، حق الاستمتاع بين الزوجين وآثاره وموانعه الشرعية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ط، 2001.
24. الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف، لبنان، ط5، 2008، ج2.
25. حسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2014.
26. دار العلوم، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، دار العلوم، عنابة، د.ط، 2001.
27. داود سلمان السعدي، أسرار خلق الإنسان العجائب في الصلب والترائب، دار الحرف العربي، لبنان، ط1، 1994.
28. زيدان عبد الفتاح قعدان، المعجم الإسلامي، دار أسامة، الأردن، د.ط، د.س.ن، ج4.
29. الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، لبنان، ط1، 1463 هـ، 2002 م، ج1.
30. طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2009.
31. طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ط، 2013.

32. عبد الرحمان الصابوني، قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق، المطبعة الجديدة، دمشق، ط5، 1979.
33. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة، الجزائر، د. ط، 2007.
34. عبد الفتاح تقيّة، قانون الأسرة مدعماً بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ط1، 2011.
35. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، باتنة، ط1، 2007.
36. عثمان محمد عبد الحق إدريس، أحكام المعقود عليها قبل الدخول في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، ط1، 2011.
37. العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، دم. ن، ط1، 2011.
38. العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، مؤسسة كنوز الحكمة، د. م. ن، ط1، 2013.
39. العيش فضيل، قانون الأسرة مدعماً باجتهادات قضاء المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 2005.
40. الغوثي بن ملحّة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 2008.
41. لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط2، 2006.

42. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، سوريا، ط5، 1416هـ-1996م.
43. محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر القانوني، د.ب.ن، د. ت.ن، د.ط، د.س.ن.
44. محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار يافا، الأردن، ط1، 2011.
45. محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، معزز باجتهادات المحاكم الشرعية، تحقيق محمد خالد جمال رستم، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، 2006، ج1.
46. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأسرة الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان، ط1، 2008.
47. محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، دار الشهاب، بانتة، د.ط، د. ت.ن، ج1.
48. محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة ، الخطبة والزواج ، د.دن، د.ب.ن، ط2، د.ت.ن، ج1.
49. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذاهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، ط2، 1398هـ/1977م.
50. مصطفى عبد الغني شيبه، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الطلاق وآثاره ، دار الكتب الوطنية، ليبيا، ط1، 2006.

51. نبيل صقر، قانون الأسرة نسا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د.ط، 2006.

52. نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري ، دليل القاضي والمحامي، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2016.

ثانيا: الرسائل والمذكرات:

1. أميرة سدراتي، يعقوب بن برغوث، إثبات النسب وتأثير التعديل الجديد بالطرق العلمية الحديثة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2015-2016.

2. بن شولاق محمد أمين، جمعة زكرياء، إثبات النسب في القانون الجزائري، إثبات النسب في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2014-2015.

3. بومجان سولاف، إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة، المدرسة العليا للقضاء، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2008/2005.

4. تلي زينب، إثبات النسب وفق نصوص القانون الجزائري والاجتهاد القضائي، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر، جامعة خيضر، بسكرة، 2014-2015.

5. زيتلي أميرة، أحكام نفقة الزوجة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2014-2015.

6. سعدون نسمة، بلجباية آمنة، أحكام الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة1، 2015-2016، ص58.

7. سمية بن الشيخ الفقون، مليكة بوكوسي، إثبات النسب بالطرق الشرعية والبصمة الوراثية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2014/2015.

8. سهام صقر، أحكام الصداق في التشريع الإسلامي وتقنين الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في الفقه الإسلامي، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية- قسنطينة، 1999.

9. شعبان إلهام، ضوابط استحقاق النفقة في ظل الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في قانون الأسرة، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2015-2016.

10. عمار فرطاس، الاجتهاد القضائي في مواد النفقة، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، جوان 2014، ص 30-31.

11. غرابوي نعيمة، الحقوق غير المالية بين الزوجين، وآلية حمايتها دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، 20 جامعة أوت 1955، سكيكدة، 2014.

12. قشيشد مريم، الأمراض المعاصرة وأثرها على الزواج، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، جوان 2014.

ثالثا: المقالات والمجلات:

1. عبد الرحمن بن حسن النفيسة، حكم من يؤدي زوجته لدفعها إلى النشوز منه، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة السادسة، ع22- 1415هـ: جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة.

2. فتوى اسلام ويب، فتوى تحت عنوان: تجب النفقة للزوجة على زوجها من وقت تمكين زوجها من نفسها ليتمتع بها(الجماع بالإيلاج الكامل)، رقم الفتوى 2317. بتاريخ الخميس 30 ذو القعدة 1424-1-2004.

3. المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية والعشرين المنعقدة بمكة المكرمة، نظر في موضوع: (أكثر مدة الحمل)، ق.4. في المدة من (24-23 محرم 1423هـ) التي يوافقها: (8-12/12/2012م).

4. مجلة المجمع، بعد استعراضه البحوث المقدمة في موضوع التلقيح الاصطناعي. إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان عاصمة المملكة الأردنية الهاشمية من 8-13 صفر 1407هـ/11-16 تشرين الأول (أكتوبر) 1986، ع3، ج1.

رابعاً: القوانين:

1. قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984، والمتضمن قانون الأسرة.
2. قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984، والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتم بالأمر 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ، الموافق ل 27 فبراير 2005، المتعلق بالأسرة.

الفهرس

أ- د	مقدمة
10	الفصل الأول: الآثار المالية للدخول بالزوجة:
11	المبحث الأول: الصداق كأثر من آثار الدخول:
11	المطلب الأول: مفهوم الصداق:
12	الفرع الأول: تعريف الصداق
15	الفرع الثاني: أنواع الصداق
18	المطلب الثاني: الدخول كسبب موجب للصداق:
19	الفرع الأول: الدخول الحقيقي
24	الفرع الثاني: الفرق بين الدخول وبين الخلوة
27	الفرع الثالث: الخلوة ووجوب كامل المهر
33	الفرع الرابع: إشكالات الصداق
37	المبحث الثاني: النفقة كأثر من آثار الدخول:
37	المطلب الأول: مفهوم النفقة:
37	الفرع الأول: تعريف النفقة
38	الفرع الثاني: حكم النفقة
39	المطلب الثاني: شروط وجوب النفقة ومسقطاتها:
40	الفرع الأول: شروط وجوب النفقة
45	الفرع الثاني: مسقطاتها
54	الفصل الثاني: الآثار غير المالية للدخول بالزوجة:
55	المبحث الأول: النسب كأثر من آثار الدخول:
56	المطلب الأول: مفهوم النسب وثبوته في الزواج غير الصحيح:
56	الفرع الأول: تعريف النسب
56	الفرع الثاني: ثبوت النسب بالنكاح غير الصحيح ونكاح الشبهة

62	المطلب الثاني: أسباب ثبوت النسب في الزواج الصحيح وعلاقته بالدخول:
62	الفرع الأول: الفراش في الزواج الصحيح
73	الفرع الثاني: إثبات النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي
77	المبحث الثاني: أثري حرمة المصاهرة وحل الاستمتاع بين الزوجين كأثرا للدخول:
77	المطلب الأول: حرمة المصاهرة كأثر من أثار الدخول:
78	الفرع الأول: تعريف المصاهرة
81	الفرع الثاني: حرمة المصاهرة والزنا
82	المطلب الثاني: حل الاستمتاع كأثر من أثار الدخول:
83	الفرع الأول: حل الاستمتاع
83	الفرع الثاني: حكم الاستمتاع
87	خاتمة
91	قائمة المراجع
100	الفهرس